

Kasseler Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

6

Grégory Garloff

**Die Angemessenheit von
Unterkunftskosten nach
dem SGB II im Spannungsfeld
zwischen den Staatsgewalten**

Kasseler Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 6

Herausgegeben von
Prof. Dr. Andreas Hänlein
Prof. Dr. Felix Welti

Die Angemessenheit von Unterkunftskosten nach dem SGB II im Spannungsfeld zwischen den Staatsgewalten

Grégory Garloff


Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Universität Kassel als Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechtswissenschaften (Dr. jur.) angenommen.

Erster Gutachter: Prof. Dr. Felix Welti
Zweiter Gutachter: Prof. Dr. Peter Becker

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Oktober 2020



Diese Veröffentlichung – ausgenommen Zitate und anderweitig gekennzeichnete Teile – ist unter der Creative-Commons-Lizenz Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen International (CC BY-SA 4.0: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>) lizenziert.

 <https://orcid.org/0000-0001-7373-9293> (Grégory Garloff)

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Zugl.: Kassel, Univ., Diss. 2020
ISBN 978-3-7376-0940-1
DOI: <https://doi.org/doi:10.17170/kobra-202102243360>

© 2021, kassel university press, Kassel
<https://kup.uni-kassel.de>

Printing Shop: Print Management Logistics Solutions, Kassel
Printed in Germany

*„Oh, a storm is threat'ning my very life today,
if I don't get some shelter, oh yeah, I'm gonna fade away.“*

(The Rolling Stones, Gimme Shelter, London 1969)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist aus einer praktischen Perspektive heraus entstanden. Erste Berührungspunkte mit dem Thema hatte ich während meines Referendariates in der Verwaltungsstation bei der Behörde für Arbeit, Soziales, Familie und Integration (BASFI) der Freien und Hansestadt Hamburg. Im Zuge meiner Tätigkeit als Rechtsschutzsekretär beim DGB Rechtsschutz in Hamburg konnte ich als Prozessbevollmächtigter in sozialgerichtlichen SGB II-Verfahren sehr nahe Einblicke gewinnen, wie unmittelbar das (Sozial)Recht sich auf die Lebenssituation von Hilfebedürftigen auswirkt. Ich fertigte die Dissertation größtenteils während dieser Zeit an.

Die Arbeit konnte nur durch die Unterstützung zahlreicher Menschen entstehen, die mich immer wieder bei den Herausforderungen einer berufsbegleitenden Promotion motiviert haben. Der DGB Rechtsschutz ermöglichte mir zwei längere freie Phasen, um die Dissertation am Stück bearbeiten zu können. Ohne dies und die Bereitschaft meiner Kolleg*innen, mich zu vertreten, wäre die Erstellung der Arbeit nicht möglich gewesen. Dank gilt auch der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG), die mir während meiner heutigen Tätigkeit den notwendigen Freiraum für die Vorbereitung auf die Disputation ermöglichte. Meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Felix Welti danke ich für die kontinuierliche Betreuung der Arbeit und wertvolle, konzentrierte Impulsgebung. Ich danke Herrn Prof. Dr. Peter Becker für die Erstellung des Zweitgutachtens, sowie meiner juristischen Mentorin Frau Maren Petersen, Vizepräsidentin des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts, für zahlreiche Gespräche und Ermutigungen.

Ein besonders herzliches Dankeschön gilt den besonderen Menschen, die viele persönliche Einschränkungen auf sich genommen haben und mir stets die Kraft gaben, dieses Vorhaben abzuschließen. Meiner Mutter Muriel Garloff danke ich zudem für das Korrekturlesen der Arbeit.

Hamburg, Februar 2021

Grégory Garloff

Übersicht

Vorwort.....	VII
Übersicht.....	IX
Abbildungsverzeichnis.....	XXI
Einleitung.....	1
1 Analyse der einfachgesetzlichen Rechtslage.....	6
1.1 Die KdU im System unterkunftsbezogener Leistungen des SGB 6	
1.1.1 Regelung der KdU-Angemessenheitsgrenze im SGB II	7
1.1.1.1 Begriff der Unterkunft	8
1.1.1.2 Aufwendungen: Bruttokalt oder Nettokalt?	9
1.1.1.3 KdU als bedarfsdeckende Geldleistung.....	9
1.1.1.4 Keine Legaldefinition der Begriffe „Angemessenheit“ und „Zumutbarkeit“	10
1.1.2 Regelung des Wohngelds im WoGG: gesetzliche Definition der Angemessenheit	10
1.1.2.1 Parallelbegriff der „Angemessenheit“	11
1.1.2.2 Mietniveau als Angemessenheitsgrenze.....	11
1.1.2.3 WoGG-Obergrenzen als Anhaltspunkt der KdU- Bewilligungspraxis.....	12
1.2 Sozialrechtliche Entwicklung der KdU-Problematik	13
1.2.1 Vorgehende Normierungen: Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe	13
1.2.1.1 Arbeitslosenhilfe: pauschalisierte Versicherungsleistung ...	13
1.2.1.2 Fürsorgeleistung in der Weimarer Republik	14
1.2.1.3 Die Entscheidung des BVerwG zum Fürsorgerecht	15
1.2.1.4 KdU als Sozialhilfeleistung.....	17
1.2.1.4.1 tatsächliche Aufwendungen	18

1.2.1.4.2 Besonderheit des Einzelfalls angemessener Umfang: herrschende Lebensgewohnheiten	18
1.2.2 Verschmelzung der bestehenden Systeme im SGB II durch Hartz IV	18
1.2.2.1 Übernahme der RegelsatzVO mit Einführung der Regelbegrenzung von sechs Monaten.....	19
1.2.2.2 Kommunen als neue Kostenträgerinnen der KdU, Finanzierungsbeteiligung durch den Bund.....	19
1.2.2.3 Fehlen einer weitergehenden Gesetzesbegründung.....	20
1.2.3 Einführung einer Satzungermächtigung 2011.....	21
1.2.3.1 Fakultative und obligatorische Ermächtigung	22
1.2.3.2 Pauschalierungsmöglichkeit.....	22
1.2.3.3 Satzungsinhalt und empirische Vorgaben.....	23
1.3 Fazit: Bedarfsorientierte Leistung vs. Bedarf nach Pauschalierung	23
2 Analyse der gerichtlichen Rechtsauslegung.....	28
2.1 Judikatur des BVerwG und BSG im Wandel.....	28
2.1.1 Judikatur des BVerwG	28
2.1.1.1 1985: Keine Direktanwendung des WoGG-Regimes	29
2.1.1.2 1986: Beweislast des Trägers für andere zumutbare Wohnung?.....	30
2.1.1.3 1993: Größenbestimmung nach RiLi über sozialen Wohnungsbau	30
2.1.1.4 1994: Erste Stufe: unterer Bereich der marktüblichen Ortsmieten als Spanne	31
2.1.1.5 1996: Entwicklung einer zweiten Stufe: Verfügbarkeit von Unterkunftsalternativen und Zumutbarkeit	32
2.1.1.6 2002: Gleichheitssatz zwingt zu typisierter Angemessenheitsgrenze	33

2.1.1.7	2004: Wohngeldtabelle als Anknüpfungspunkt der ersten Stufe	33
2.1.1.8	2005: Produktmethode vs. Kombinationsmethode	35
2.1.1.9	Zwischenfazit: Zweistufiges Prüfungssystem mit behördlicher Verfügbarkeitskontrolle.....	37
2.1.1.9.1	Erste Stufe: Typisierte Stufe	38
2.1.1.9.2	Zweite Stufe: Verfügbarkeitskontrolle und Zumutbarkeitsbegriff	39
2.1.2	Judikatur des BSG	39
2.1.2.1	2006: Zunächst Dogmatikübernahme mit neuen Begriffen	40
2.1.2.2	2008: Anscheinsbeweis der Unterkunftsalternative?	42
2.1.2.3	2008: „Grundsicherungsrelevante Mietspiegel“ (Osnabrück)	44
2.1.2.4	2009: Begriff der „Referenzmiete“; räumlicher Vergleichsmaßstab als homogener Bereich; Modifikation der konkreten Angemessenheit (München).....	45
2.1.2.5	2009: Angemessener Quadratmeterpreis nach Größe	50
2.1.2.6	2009: Wohngeldlösung als „oberste Grenze“; Aufgabenteilung der Akteure	51
2.1.2.7	2009: Schlüssigkeitsdefinition in der Wilhelmshaven-Entscheidung.....	53
2.1.2.8	2009: Erstes unbeanstandetes Mietspiegelkonzept; kein Beurteilungsspielraum der Träger (Essen-Kettwig)	55
2.1.2.9	2010: Mietspiegel als Konzeptgrundlage (Berlin).....	56
2.1.2.10	2011: Verfügbarkeit als Anscheinsbeweis (Freiburg)	57
2.1.2.11	2011: Korrekte Datenerhebung (Bremen und Cuxhaven und Duisburg).....	59
2.1.2.12	2011: Tabellenmietspiegel als Grundlage; „Häufigkeitsprüfung“ (Duisburg).....	60

2.1.2.132012: Sicherheitszuschlag für die „Wohngeldlösung“; Amtsermittlungsgrundsatz.....	61
2.1.2.142012: Abstrakte Angemessenheit bei Alleinerziehung oder Behinderung (Kiel)	62
2.1.2.152013: Mietspiegeldaten und einfaches Segment (München)	63
2.1.2.162013: Unwirksamkeit der Satzung Berlins.....	64
2.1.2.17Zwischenfazit: Wandel zur empirischen Wohnmarktermittlung mit Beweislast der Verfügbarkeit 66	
2.1.2.17.1..... Erste Stufe: Referenzmiete nach der Produkttheorie	67
2.1.2.17.2..... Zweite Stufe: konkrete Angemessenheit (Anscheinsbeweis).....	70
2.2 Normative Setzungen und Divergenzen zur Satzungsermächtigung.....	71
2.2.1 Normative Setzungen.....	71
2.2.2 Divergenzen in der Satzungsermächtigung	72
2.2.2.1 Abweichung von der Produktmethode	72
2.2.2.2 Bruttowarmmiete.....	73
2.2.2.3 Bildung mehrerer Vergleichsräume	73
2.3 Fazit: Angemessenheit als Obergrenze, Zumutbarkeit als soziokulturelles Korrektiv	74
3 Existenz zwingender empirischer Vorgaben?	77
3.1 Empirische Annäherung an die KdU-Problematik	77
3.1.1 Besonderheiten des Wohnungsmarktes	77
3.1.1.1.1 Schlüsselkriterien: Raumdifferenz und Verfügbarkeit.	78
3.1.1.1.2 Mietpreisfaktoren sind nicht objektivierbar	79
3.1.1.1.3 Gentrifizierung und Segregation als Gefahren des KdU- Mechanismus.....	80
3.1.1.1.4 Keine Übernahme der Regelsatzmethode möglich.....	81

3.1.2 Zugang über das Mietrecht	82
3.1.2.1 Parallelproblematik der ortsüblichen Vergleichsmiete	82
3.1.2.1.1 Gesetzliche Regelung	83
3.1.2.1.2 Ebenfalls unbestimmter Rechtsbegriff	83
3.1.2.2 Abweichende Zielrichtung des Mietrechts	84
3.1.2.3 Methodenvielfalt bei der Mietspiegelerstellung.....	85
3.2 Die zwei Schritte der Datenerhebung und Datenauswertung....	85
3.2.1 Datenerhebung.....	85
3.2.1.1 Räumlicher Bereich	86
3.2.1.1.1 Raumabgrenzung im Mietrecht	86
3.2.1.1.2 Diskutierte Ansätze bei den KdU: Differenzierung von Stadt und Land.....	87
3.2.1.2 Datenquellen: Primäre und sekundäre Erhebungsmethoden.....	88
3.2.1.2.1 Hauptsächlich Primärerhebungen im Mietrecht.....	88
3.2.1.2.2 größere Bedeutung der Sekundärerhebungen bei den KdU.....	90
3.2.2 Datenauswertung.....	91
3.2.2.1 Tabellenmethode und Regressionsmethode im Mietrecht	91
3.2.2.1.1 Die mietspreisbildenden Faktoren.....	91
3.2.2.1.2 Tabellenmethode	92
3.2.2.1.3 Regressionsmethode: Formel statt Tabelle	94
3.2.2.1.4 Kritik an der Regressionsmethode.....	95
3.2.2.2 Sieben diskutierte Ansätze für die Angemessenheitsgrenze	96
3.2.2.2.1 Referenzgruppenverfahren.....	97
3.2.2.2.2 Wohngeldhausverfahren.....	98
3.2.2.2.3 Wohnwertmerkmalverfahren.....	98

3.2.2.2.4	Perzentilwertverfahren	98
3.2.2.2.5	Belegungsmatrizenverfahren.....	98
3.2.2.2.6	Verfügbarkeitsverfahren	99
3.2.2.2.7	Indikatorverfahren	99
3.3	Normative Setzungen vs. Statistik bei der Marktermittlung	99
3.3.1	Normative Setzungen bei der Mietspiegelerstellung.....	100
3.3.1.1	Tabellenmethode am Beispiel Hamburg	101
3.3.1.1.1	Datenerhebung: Definition der Wohnwertmerkmale.	101
3.3.1.1.2	Datenauswertung: Baualtersklassen und Spannenbildung.....	102
3.3.1.2	Regressionsmethode am Beispiel München.....	103
3.3.2	Die Wahl zwischen Empirik und normativer Setzung bei den KdU	103
3.4	Fazit: Kein empirisch zwingender Methodenweg.....	103
3.4.1.1	Wenig empirisch zwingende Vorgaben im Mietrecht.....	104
3.4.1.2	Zusätzliche Herausforderungen im Sozialrecht.....	105
4	Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?.....	106
4.1	Einordnung des Unterkunftsbedarfs in das grundrechtliche Normsystem.....	107
4.1.1	Kein ausdrückliches soziales Grundrecht im GG	107
4.1.1.1	Sozialstaatsprinzip als Optimierungsgebot.....	108
4.1.1.2	Internationale unterkunftsbezogene Sozialstaatsbezüge	109
4.1.1.2.1	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte.....	109
4.1.1.2.2	Europäische Sozialcharta.....	110
4.1.1.2.3	Charta der Grundrechte der EU	111
4.1.1.2.4	UN-Sozialpakt und „General Comments“ des WSK- Ausschusses	111

4.1.2	Unterkunft als Teil des Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum	114
4.1.2.1	Herleitung des Grundrechts	114
4.1.2.1.1	Gesetzgeberischer Gestaltungsauftrag.....	114
4.1.2.1.2	Verwirklichungszwang nur bei Sozialschutzvernachlässigung.....	115
4.1.2.2	Reichweite des Schutzbereichs bezüglich der Unterkunft auf Grundlage des Regelsatzurteils.....	116
4.1.2.2.1	Physische und soziokulturelle Existenz.....	117
4.1.2.2.2	Das „unbedingt Erforderliche“	119
4.1.2.3	Reichweite des gesetzgeberischen Auftrags	121
4.1.2.3.1	Schaffung eines Leistungsanspruchs.....	121
4.1.2.3.2	Nachvollziehbare und tragfähige Begründung ist letztlich Schlüssigkeit.....	122
4.1.2.3.3	Verfassungsrechtliche Beschränkung auf Evidenzkontrolle.....	123
4.1.2.3.4	Unterschiedliche Reichweite der Gestaltungsfreiheit bei den Schutzbereichskomponenten	124
4.1.3	Zuordnung der Elemente des unterkunftsbezogenen Existenzminimums zum Tatbestand des § 22 SGB II.....	124
4.1.3.1	Grundsätzliche Übernahme der KdU erfüllt die physische Komponente des „unbedingt Erforderlichen“	125
4.1.3.2	Angemessenheit ist keine Untergrenze, sondern Obergrenze	126
4.1.3.2.1	Obergrenze berührt den physischen Schutzbereich des Grundrechts grundsätzlich nicht	127
4.1.3.2.2	Grenze der Kollision mit sonstigen verfassungsrechtlichen Schutzpflichten.....	127
4.1.3.3	Enge und weite Sphäre der soziokulturellen Komponente: Vergleichsraum und Zumutbarkeit.....	128

4.1.3.3.1 Zumutbarkeit als Härtefallauslegung mit zeitlicher Begrenzung.....	129
4.1.3.3.2 Vergleichsmaßstab im Rahmen des Angemessenheitsbegriffs.....	130
4.2 Verfassungsrechtliche Pflicht zur gesetzlichen Normierung eines Angemessenheitsermittlungsverfahrens?	130
4.2.1 Vorlagebeschlüsse der 3. Kammer des SG Mainz.....	131
4.2.1.1 Transparentes Ermittlungsverfahren als verfassungsrechtlicher Rahmen	131
4.2.1.2 Kernthese: Das „unbedingt Erforderliche“ muss politisch definiert werden	132
4.2.1.3 Kernargument: Grundrechtsrelevanz existenzsichernder Leistungen	133
4.2.1.3.1 Wesentliche Regelungsmaterie.....	134
4.2.1.3.2 Anbindung an parlamentarische Entscheidung	134
4.2.1.4 Keine Korrektur durch gerichtliche Auslegung	135
4.2.2 Grenzen gesetzgeberischer Gestaltung durch unbestimmte Rechtsbegriffe	136
4.2.2.1 Abgrenzung von Zugriffs- und Vorbehaltsbereich von Legislative und Judikative durch den Bestimmtheitsgrundsatz.....	136
4.2.2.1.1 Vorbehaltsbereich der Legislative durch demokratische Legitimation.....	136
4.2.2.1.2 Grenze des Zugriffsbereichs der Judikative	138
4.2.2.2 Unbestimmte Rechtsbegriffe und Richterrecht: Gratwanderung zwischen den Gewalten	140
4.2.2.2.1 Juristische Auslegung und die Grenze unzulässiger Analogiebildung	141
4.2.2.2.2 Grundsätzliche Zulässigkeit bei bestimmten Regelungsmaterien.....	142

4.2.2.3 Die Wesentlichkeitsdoktrin als Maßstab für die „Regelungstiefe“	143
4.2.2.3.1 Regulierung „grundlegender normativer Bereiche“ ..	144
4.2.2.3.2 Grundrechtsbetroffenheit als gewichtiger Ausgangspunkt.....	146
4.2.2.3.3 „Normtiefe“ und Regelungsmaterie.....	147
4.2.2.3.4 Diskutierte Abgrenzungskriterien zur Wesentlichkeit 149	
4.2.3 Stellungnahme.....	150
4.2.3.1 Untergrenze und Wohnorteinschränkung sind wesentlich	151
4.2.3.2 Entscheidung des BVerfG zur ortsüblichen Vergleichsmiete.....	151
4.2.3.3 Mittelbare parlamentarische Auseinandersetzung durch die Satzungsermächtigung.....	153
4.2.3.4 Zusätzliche Freiheiten im Rahmen der sozialen Leistungsverwaltung?	153
4.2.3.4.1 Trennung von Eingriffs- und (sozialer) Leistungsverwaltung?.....	154
4.2.3.4.2 Weitgehende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei sozialpolitischen Fragen	156
4.2.3.5 Obergrenze ist im Gegensatz zur Untergrenze nicht wesentlich	157
4.2.3.6 Problem: Beweislast bei Unmöglichkeit der Kostensenkung	158
4.2.3.6.1 Konzeptionelles Tatbestandsproblem des § 22 Abs. 1 S. 1, 3 SGB II.....	159
4.2.3.6.2 Sekundäre Beweislast im Rahmen des „Förderns und Forderns“	160

4.2.3.6.3 Bestreiten eines überschießenden KdU-Teils aus dem Regelbedarf.....	161
4.3 Fazit: Hinreichende Umsetzung, sozialpolitisches Minimum..	162
5 Einschränkung einer gesetzlichen Verfahrensregulierung durch die kommunale Selbstverwaltung?	166
5.1 Derzeitige Rechtslage aus kommunaler Sicht	167
5.1.1 Die Kommunen als sozialpolitische Akteure	167
5.1.1.1 Tendenz der Zunahme sozialer Aufgaben	168
5.1.1.2 Strukturschwache Kommunen am intensivsten belastet	168
5.1.1.3 Finanzielle Steuerung durch die Länder.....	169
5.1.2 Ausgestaltung der KdU-Trägerschaft im SGB II	169
5.1.2.1 Aufgabenzuweisung an Kommunen	169
5.1.2.2 Parallelsystem der Optionskommunen	170
5.1.2.3 Kommunenstärkung als strittiges Sozialpolitikziel der Agenda 2010	171
5.1.2.4 Die Sonderstellung des Art. 91a GG bei der kommunalen Aufgabenverteilung	172
5.1.2.4.1 Unterschied zu den unechten Gemeinschaftsaufgaben in Art. 91b, c, und d.....	172
5.1.2.4.2 Direktanweisung als Grundlage kommunalen Aufgabenzuwachses im SGB II	172
5.2 Eigene Gestaltungsmöglichkeiten der Länder?.....	173
5.2.1 Angemessenheitsgrenze ist Gegenstand konkurrierender Gesetzgebung	174
5.2.2 Prüfungsmaßstäbe eigener Regulierung.....	174
5.2.2.1 Erforderlichkeitskompetenz des Art. 72 Abs. 2 GG und Bedürfnisklausel	174
5.2.2.2 Maßstab der Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse	176

5.2.2.3	Erforderlichkeit	177
5.2.3	Anwendung auf die KdU	178
5.2.3.1	Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse durch unbestimmten Rechtsbegriff	178
5.2.3.2	Reichweite der Sperrwirkung hinsichtlich der KdU- Angemessenheitsgrenze („soweit“)?	179
5.2.3.3	Fazit: jenseits der Satzungslösung kein Spielraum für die Länder	180
5.3	Zulässigkeit einer Regulierung durch den Bundesgesetzgeber	181
5.3.1	KdU-Angemessenheitsgrenze als Gegenstand des Schutzgehalts kommunaler Selbstverwaltung	182
5.3.1.1	Schutz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung.	183
5.3.1.2	Wohnungsmärkte als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft?	184
5.3.1.3	Schutzgehaltsreichweite bei übertragenen Aufgaben	187
5.3.1.4	In Betracht kommende betroffene Gemeindehoheiten....	190
5.3.1.4.1	Verpflichtende Satzungslösung im Schutzgehalt der Satzungshoheit?	190
5.3.1.4.2	Planungs- und Organisationshoheit	192
5.3.1.4.3	Grenze der aufgabenangemessenen Finanzausstattung	193
5.3.2	Eingriffsqualität gesetzlicher Verfahrensregulierung (Schranke)	193
5.3.2.1	Gesetzgeberische Ausgestaltungsbefugnis und Eingriff durch Aufgabenzuweisung („im Rahmen der Gesetze“)	193
5.3.2.2	Schutzverkürzung für die Kreise („nach Maßgabe der Gesetze“)	195
5.3.3	Eingriffsrechtfertigung: Verbleib kommunaler Spielräume (Schranken-Schranke)?	196

5.3.3.1	Lehre des Kern- und Randbereichs	197
5.3.3.2	Zuordnung der KdU-Angemessenheitsgrenze zum Randbereich.....	198
5.3.3.3	Verhältnismäßigkeit bundesgesetzlicher Harmonisierung	199
5.3.3.3.1	Legitime Zwecke und Geeignetheit.....	201
5.3.3.3.2	Erforderlichkeit: Wahl vorgegebener Methoden?	202
5.3.3.3.3	Angemessenheit.....	202
5.3.3.4	Ergebnis: Keine ungerechtfertigte Beeinträchtigung der kommunalen Selbstverwaltung	205
5.4	Fazit: Steuerungsmöglichkeiten der Länder und bundesgesetzliche Regulierungsfreiheit.....	206
6	Ergebnisse und Ausblick.....	207
	Literatur	215

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Mietspiegel Hamburg 93

Einleitung

Die angemessene Deckung des Unterkunftsbedarfs von Leistungsbedürftigen (Kosten der Unterkunft – KdU¹) stellt ein seit langer Zeit bestehendes Problemfeld dar. Ein Problemfeld ist es deshalb, weil nach dem Gesetz ein Anspruch nur soweit besteht, wie die Kosten angemessen sind. Beantragt eine bedürftige Person Leistungen, müssen die Träger also die Entscheidung treffen, ob die Unterkunft, in der sie lebt, preislich angemessen ist.

Der Begriff der Angemessenheit wird vom Gesetzgeber aber nicht weiter definiert. Er hat die Trägerschaft den kreisfreien Städten und Landkreisen und damit der kommunalen Ebene zugeordnet. Sie sind vor das praktische Problem gestellt, Regeln zur Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben aufstellen zu müssen. Hierbei gehen sie höchst unterschiedlich vor. Muster lassen sich in den bundesweit diversen KdU-Vorschriften nicht erkennen². Die Gerichte haben wiederum die Aufgabe, die getroffene Entscheidung zu überprüfen. Sie haben dabei zu beachten, ob die Vorgaben der Verfassung eingehalten wurden. Aus ihr wird abgeleitet, dass die Unterkunft zum Existenzminimum des Menschen gehört.

Diese Ausgangssituation stellt die beteiligten Akteure vor praktische Probleme. Diese sind zwar nicht neu. Sie bestehen, seitdem es einen Anspruch auf Übernahme von Unterkunftskosten für Bedürftige gibt. Mit Einführung des Arbeitslosengeldes II wurden die bestehenden Leistungssysteme aber stark restrukturiert. Dadurch ist der Kreis der Berechtigten dieser neu geschaffenen Leistung schlagartig angestiegen. Die Kommunen sind für die Unterkunftskosten auch finanziell verant-

¹ Das Gesetz kennt den Begriff der „KdU“ nicht. Es handelt sich um einen Praxisbegriff aus dem früheren Sozialhilferecht, der aber bis heute in der Praxis verwendet wird. Er wird daher auch in der vorliegenden Arbeit verwendet.

² Vgl. *IWU-Bericht* S. 17 u. S. 54. Teilweise existieren selbst in unmittelbar benachbarten Kommunen höchst unterschiedliche Ansätze zur Bestimmung der Angemessenheitsgrenze.

wortlich geworden. Es bestand für sie ein Bedürfnis, diese Kosten möglichst gering zu halten. Zudem ist die kommunale Haushaltslage bundesweit äußerst heterogen ausgestaltet.

Auch in Zeiten steigender Verfahrenszahlen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz ist der Kostenfaktor KdU in zahlreichen Kommunen immens und in seiner Tendenz weiterhin steigend. Der Wohnungsmarkt selbst wird tendenziell teurer. Die Freizügigkeitsrechte von Unionsbürgern bringen eine steigende Zahl von Leistungsempfängern mit sich. Auch die gestiegene Zahl von Flüchtlingen führt perspektivisch zu einem erhöhten Bedarf an preisgünstigen Unterkünften. Beschäftigte im Niedriglohnsektor konkurrieren zusätzlich um erschwinglichen Wohnraum. Leistungsempfänger zahlen schon jetzt häufig einen überschießenden Mietanteil aus ihrem Regelbedarf, wodurch die Angemessenheitsgrenze sich faktisch als Minderung der Regelleistung auswirken kann³.

Mit der Neuregulierung ging außerdem ein Wechsel der gerichtlichen Zuständigkeit einher. Vormalig entschieden die Verwaltungsgerichte über KdU-Streitigkeiten⁴. Diese führten durch Richterrecht eine mehrstufige Struktur des Angemessenheitsbegriffs ein. Mit Einführung des SGB II waren nunmehr die Sozialgerichte zuständig. Das Bundessozialgericht (BSG) entwickelte in seiner Rechtsprechung neue Vorgaben. Es veränderte die bestehende Angemessenheitsprüfung. Die Regeln, welche die Träger zur Ermittlung der Angemessenheit aufgestellt hatten, mussten auf einem sogenannten schlüssigen Konzept⁵ beruhen.

Ausgehend von dieser Vorgabe erweiterte das BSG zunehmend die Anforderungen an die Schlüssigkeit der KdU-Regeln der Leistungsträger⁶.

³ Vgl. hierzu: *Kofner*, WuM 2011, S. 76; *Spindler*, info also 2011, S. 247.

⁴ Auf die seinerzeitige Auslegung wird noch eingegangen. Für einen ersten Überblick s. z.B. *Krause*, ZfSH/SGB, 622 ff.

⁵ Bemerkenswert ist, dass der Begriff hernach zum geflügelten Wort geworden ist. Im Diskurs mit Praktikern in diesem Bereich wird von „dem schlüssigen Konzept“ eines Trägers gesprochen, auch wenn eine gerichtliche Prüfung noch gar nicht erfolgt ist.

⁶ S. hierzu die Rechtsprechungsanalyse unter Kapitel 2.1.2.

Es entstand eine umfangreiche Judikatur, die auch empirische Fragestellungen verstärkt ins Zentrum rückte.

Von Seiten der beteiligten Akteure stößt diese Erweiterung auf Kritik: Vor allem die kommunalen Träger in ländlichen Räumen sind verunsichert und haben Schwierigkeiten, „tragfähige“ Konzepte zu entwerfen⁷. Die Instanzgerichte sehen sich in eine überfordernde Ermittlungsfunktion gedrängt. Und die Leistungsempfänger haben Schwierigkeiten nachzuweisen, dass preisgünstiger Wohnraum für sie verfügbar ist. Die Auslegung des Angemessenheitsbegriffs durch das Bundessozialgericht wird daher als nicht praktikabel empfunden. Hieraus folgt die sozialpolitische Forderung an den Gesetzgeber, die Angemessenheitsgrenze bundesgesetzlich einheitlich zu regulieren.

Definition des Untersuchungsgegenstandes und Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, die derzeitige rechtliche Ausgestaltung der Angemessenheitsermittlung der KdU im SGB II kritisch zu beleuchten und der Frage nachzugehen, ob das Modell einer bundeseinheitlichen Regulierung ein zwingender Weg ist und welche rechtlichen Grenzen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie hierbei setzt.

Um sich dieser komplexen Fragestellung anzunehmen, sind fünf Arbeitsschritte notwendig. Zunächst ist eine Analyse der aktuellen einfachgesetzlichen Rechtslage erforderlich. Es existieren mehrere sozialrechtliche Leistungssysteme mit Unterkunftsbezug. Es ist daher unumgänglich, die Vorschrift im SGB II in diese unterschiedlichen Normsys-

⁷ Dieses Problem ist von der Politik erkannt. Die „AG Rechtsvereinfachung im SGB II“ gab aus diesem Grund beim BMAS die IWU-Studie in Auftrag. Darin ist bestätigend ausgeführt: *„Die gegenwärtige Situation wird als sehr unbefriedigend empfunden. Kritisiert wird, dass mit viel Zeit und Geld erstellte Konzepte von den Gerichten in Frage gestellt würden, auch wenn die Kriterien für ein schlüssiges Konzept erfüllt seien. Man wisse nie, was die Sozialgerichte mit den vor Ort erarbeiteten Lösungen machen, egal wie diese aussehen. Von Seiten der Gerichte würden Vorgaben gemacht, von denen sie selbst nicht wüssten, ob die überhaupt erfüllbar seien“* (S. 110).

teme einzuordnen und ihre divergierenden sozialpolitischen Zielrichtungen und Zwecke herauszuarbeiten. Auf diese Art kann methodisch neben dem Wortlaut und der Gesetzessystematik auch die gesetzgeberische Intention erforscht werden.

Da der Begriff der „Angemessenheit“ ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, ist sodann die hierdurch entstandene gerichtliche Auslegungsdogmatik zu analysieren. Es gibt eine Vielzahl höchstrichterlicher Entscheidungen zu diesem Themenfeld. Sie sind zu ordnen und ihre wesentlichen Kernaussagen herauszuarbeiten, um so die entstandene Dogmatik des „schlüssigen Konzepts“ verständlich zu machen.

In einem dritten Schritt sind sodann die empirischen Hintergründe herauszuarbeiten, um die Frage zu beantworten, ob aus empirischer Sicht ein bestimmtes Ermittlungsverfahren zwingend vorgeschrieben ist. Hierbei wird auch ein Blick in die zivilrechtliche Ausgestaltung der Mietspiegelaufstellung erforderlich sein, da mit dem dortigen Begriff der „ortsüblichen Vergleichsmiete“ ebenfalls ein unbestimmter Rechtsbegriff existiert. Wenn sich ein zwingender empirischer Weg zur Wohnungsmarktermittlung ergeben würde, wäre eine etwaige gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit „auf Null reduziert“.

Auf Grundlage der so gefundenen Ergebnisse kann im Anschluss die Frage geklärt werden, ob die jetzige rechtliche Ausgestaltung eine hinreichende Umsetzung der Gewährleistung des Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum darstellt und inwieweit das Verfassungsrecht den Gesetzgeber zu einer gesetzlichen Festlegung empirischer Verfahren zwingt. Dies führt zu einer mehrdimensionalen verfassungsrechtlichen Betrachtung: da noch keine unterkunftsbezogene Ausschärfung des grundrechtlichen Schutzbereichs erfolgt ist, werden auf diesem Weg die Herausarbeitung und Gewährleistungsgrenzen des Grundrechts auf Obdach möglich sein. Aus staatsorganisatorischer Sicht wird zudem die Reichweite des Gewaltenteilungsgrundsatzes zu analysieren sein.

Hiervon abhängig sind schließlich in einem fünften Arbeitsschritt die möglichen Grenzen durch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie für die verschiedenen rechtlichen Steuerungsinstrumente sichtbar zu machen. Die Untersuchung steckt damit die beiden verfassungsrechtlichen Außengrenzen der gesetzgeberischen Aktionsspielräume ab. Während dieses Arbeitsschrittes kann auch die Frage geklärt werden, ob die Länder möglicherweise eigene Gestaltungsbefugnisse haben.

Abschließend sind in einem Ausblick die sozialrechtlichen Lösungsmöglichkeiten gegeneinander abzuwägen.

Da sich die vorliegende Untersuchung somit auf die Frage der Unterkunftskosten Hilfebedürftiger beschränkt, werden die in diesem Zusammenhang ebenfalls gesetzlich geregelten Heizkosten ausgeklammert.

1 Analyse der einfachgesetzlichen Rechtslage

Ohne ein Verständnis ihrer Entstehung lässt sich die Dogmatik des sog. schlüssigen Konzepts nicht ergründen. Im ersten Teil der Arbeit soll daher zunächst das Fundament für die weitere Untersuchung bereitet werden. Ausgangspunkt ist der aktuelle Gesetzestext. Dabei ist eine grundlegende einfachgesetzliche Einordnung vorzunehmen, um das hier untersuchte Spezialthema in den Kontext der Bestimmungen des Sozialgesetzbuchs einzuordnen. Dies ermöglicht zugleich eine systematische sowie historisch-teleologische Analyse der Rechtslage.

1.1 Die KdU im System unterkunftsbezogener Leistungen des SGB

Im Sozialrecht gibt es zwei größere Regelungskomplexe zu unterkunftsbezogenen⁸ Leistungen: die Bedarfe für Unterkunft⁹ nach dem SGB II¹⁰ und das Wohngeld nach dem WoGG. Beide Systeme verwenden den Begriff der Angemessenheit¹¹. Außerdem schließen beide Leistungen sich gegenseitig aus¹². Dennoch sind sie praktisch miteinander verbunden. Die Werte der Wohngeldtabelle wurden in der Verwaltungs- und

⁸ Der Begriff „unterkunftsbezogen“ ist insoweit thematisch zu verstehen. Tatsächlich sind die KdU im SGB II wie auch das Wohngeld Instrumente der Subjektförderung – im Gegensatz zur sozialen Wohnraumförderung als sogenannte Objektförderung.

⁹ Zusätzlich zu den Unterkunftskosten besteht eine Parallelproblematik hinsichtlich der angemessenen Heizkosten. Um den Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht zu sprengen, werden diese vorliegend ausgeklammert. Zum diesbezüglichen Meinungsstand sei auf die Ergebnisse des IWU-Forschungsberichts und die dort niedergelegten weiteren Nachweise verwiesen.

¹⁰ Die KdU-Leistungen für Grundsicherung im Alter, bzw. bei Erwerbsunfähigkeit (Sozialhilfe) in den §§ 35 ff. SGB XII decken sich größtenteils mit denen des SGB II. Gleichwohl fällt ein Unterschied auf: § 35 Abs. 4 S. 2 SGB XII ermöglicht es explizit, Leistungen für Heizung und zentrale Warmwasserversorgung durch eine monatliche Pauschale abzugelten.

¹¹ Vgl. § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II und § 1 Abs. 1 WoGG.

¹² Dies gilt gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 WoGG; gleichwohl gibt es Fälle, in denen Systemwechsel geschehen können. Ziehen etwa Personen unter 25 Jahren ohne die notwendige Zusicherung nach § 22 Abs. 5 S. 1 SGB II um, kann ein Wohngeldanspruch bestehen.

Rechtsprechungspraxis¹³ nämlich schon früher zur Angemessenheitsbestimmung herangezogen¹⁴. Dies findet auch aktuell noch in erheblichem Umfang statt¹⁵.

Auch die Sozialgerichte rekurren im Geltungsbereich des SGB II als letzte Lösung auf die sogenannte „Wohngeld plus 10%-Lösung“. Sie hat zum Inhalt, auf die Werte der Tabelle zu § 8 WoGG abzustellen und diese um einen „maßvollen Zuschlag“ von 10 % zu erhöhen. Wie aufzuzeigen sein wird, findet sich dieser Ansatz auch in der Rechtsprechung des BSG wieder, allerdings in einer abgewandelten Form: Während das Bundesverwaltungsgericht die Wohngeldtabelle schließlich als Anknüpfungspunkt akzeptiert zu haben schien, lässt das Bundessozialgericht einen Rückgriff nur als ultima ratio zu. Zur Klärung von Vor- und Nachteilen dieser unterschiedlichen Herangehensweisen ist ein kurzer vergleichender Blick auf das Regelungsregime des Wohngeldrechts notwendig. Um dies zu verstehen, müssen wiederum die Entwicklungen, die zur Regelung der KdU-Angemessenheitsgrenze im SGB II geführt haben, mit in den Blick genommen werden.

1.1.1 Regelung der KdU-Angemessenheitsgrenze im SGB II

Die einfachgesetzliche Normierung findet sich in den §§ 22 ff. SGB II. § 22 Abs. 1 S. 1, 3 SGB II bestimmen¹⁶:

¹³ Verbreitet war diese Praxis etwa beim *VGH Kassel*, *OVG Lüneburg*, *OVG Münster* und *OVG Schleswig-Holstein*, vgl. die Verweise in der Entscheidung des *BVerwG* v. 31.08.2004 – 5 C 8/04 –, Buchholz 436.0 § 12 BSHG Nr 50, Rdnr.19.

¹⁴ Teilweise geschah dies unmittelbar, teilweise jedenfalls als Anknüpfungspunkt, dazu sogleich.

¹⁵ In der IWU-Studie gaben von 351 Kommunen 20,2 % an, auf die Wohngeldtabelle zurückzugreifen, siehe S. 47 der Studie. Betroffen sind danach vorwiegend kleinere Kommunen. Hieraus werden fiskalische Beweggründe deutlich. Die Autoren resümieren: *„Ein allgemeines Umschwenken der Kommunen von der Verwendung der Höchstbetragstabelle des Wohngelds zur Erstellung eines schlüssigen Konzepts aufgrund von steigenden KdU-Kosten lässt sich somit zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht feststellen“*, S. 48 der Studie.

¹⁶ Soweit für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung.

Bedarfe für Unterkunft werden in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen anerkannt, soweit diese angemessen sind. Soweit die Aufwendungen für die Unterkunft den der Besonderheit des Einzelfalles angemessenen Umfang übersteigen, sind sie als Bedarf solange anzuerkennen, wie es [...] nicht möglich oder nicht zuzumuten ist, [...] die Aufwendungen zu senken, in der Regel jedoch längstens für sechs Monate.

1.1.1.1 Begriff der Unterkunft

„Unterkunft“ im Sinne des § 22 SGB II meint nach der Rechtsprechung¹⁷ bei tatsächlicher Nutzung alle baulichen Anlagen oder Teile davon, die tatsächlich geeignet sind, vor den Unbilden der Witterung zu schützen und ein Mindestmaß an Privatheit ermöglichen, einschließlich der Möglichkeit sicherzustellen, persönliche Gegenstände zu verwahren¹⁸. Damit wird der Begriff funktional definiert.

In der vorliegenden Arbeit wird der rechtstechnische Begriff der Unterkunft in den Vordergrund gestellt.

Darüber hinaus existieren weiter gefasste soziologische Ansätze, die sich mit dem Begriff des „Wohnens“ auseinandersetzen. Der Begriff dient nicht zuletzt der (in anderen rechtlichen, bzw. soziopolitischen Zusammenhängen bedeutsamen) Abgrenzung zur Obdachlosigkeit. Gleichsam ist eine Definition des Unterkunftsbegriffs in den Bereichen von Bedeutung, in denen soziopolitisch bestimmte Wohnformen jenseits der Obdachlosigkeit vermieden werden sollen, beispielsweise die Errichtung alternativer Wohnwagensiedlungen¹⁹.

¹⁷ Der so definierte Unterkunftsbegriff wird in der Literatur nicht kritisiert, vgl. *Piepenstock* in *jurisPK-SGB II*, § 22 Rdnr. 28, *Berlit* in *Münder*, § 22 Rdnr. 12; *Lang/Link* in *Eicher/Spellbrink*, 2. Aufl 2008, § 22 Rdnr. 15; *Frank* in *Hohm GK-SGB II*, § 22 Rdnr. 5.

¹⁸ Z.B. *BSG*, Urt. v. 16.12.2008 – B 4 AS 1/08 R –, *SozR* 4-4200 § 22 Nr 14, Rdnr. 14.

¹⁹ Eine weitergehende Definition ist für die hier untersuchte rechtliche Fragestellung indes nicht relevant, sodass auf eine entsprechende Darstellung verzichtet wurde.

1.1.1.2 Aufwendungen: Bruttokalt oder Nettokalt?

Zu den tatsächlichen Aufwendungen zählen bei Mietwohnungen die nach dem Mietvertrag geschuldeten Kosten, grundsätzlich also der Kaltmietzins („Nettokaltmiete“) und die geschuldeten Betriebskosten i.S.d. § 556 Abs.1 BGB (zusammen als „Bruttokaltmiete“ bezeichnet)²⁰. Damit enthält das Gesetz aber keine Vorgaben darüber, wie diese Aufwendungen²¹ bei der Angemessenheitsgrenze zu berücksichtigen sind.

Es ist festzustellen, dass die Kommunen bei der Bestimmung der Angemessenheitsgrenze in den unterschiedlichen KdU-Richtlinien sowohl nettokalte, bruttokalte (also inklusive Nebenkosten) und sogar²² bruttowarme (Bruttokaltmiete inklusive Heizkosten) Oberwerte festlegen²³.

1.1.1.3 KdU als bedarfsdeckende Geldleistung

Die KdU sind Bestandteil des Arbeitslosengelds II, das wiederum Teil der Grundsicherungsleistungen für Arbeitssuchende²⁴ im SGB II ist. Normiert sind sie in dessen 3. Kapitel und untergliedern sich in zwei große Leistungsbereiche: zum einen die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit (Kapitel 3, Abschnitt 1 SGB II), zum anderen die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (Kapitel 3, Abschnitt 2 SGB II). Das Arbeitslosengeld II gehört zu den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts. Der Unterkunftsbedarf wird mithin mittels einer Geldleistung gedeckt²⁵.

²⁰ Vgl. *Berlit* in *Münder LPK*, § 22 Rdnr. 29.

²¹ Ein zusätzliches Problem stellt die komplexe Frage des KdU-Bedarfs bei (temporären) Bedarfsgemeinschaften dar. Es ist für die vorliegende Arbeit indes nicht von Bedeutung, sodass auf eine Darstellung verzichtet wird.

²² Die Festlegung einer Gesamtangemessenheitsgrenze für KdU und Heizkosten ist erst jüngst durch eine Gesetzesänderung ermöglicht worden. Nach der bisherigen Rspr. des BSG waren diese Bedarfe indes getrennt zu erfassen.

²³ *IVWU-Bericht*, S. 59.

²⁴ Die Leistungsberechtigten müssen nicht zwingend arbeitslos, d.h. ohne Erwerbstätigkeit sein, da auch sogenannte „Aufstocker“ Anspruch auf SGB II-Leistungen haben, wenn ihr Einkommen nicht zur Deckung ihres Lebensunterhalts ausreicht.

²⁵ Dies ist nicht der einzig denkbare Ansatz. Möglich wäre etwa auch eine (konzeptionell freilich grundlegend andere) Ausgestaltung als Sachleistung.

Leistungsberechtigt im Sinne der Legaldefinition des § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II sind Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (vgl. § 7a SGB II), erwerbsfähig²⁶ im Sinne von § 8 SGB II und hilfebedürftig im Sinne von § 9 SGB II sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 SGB II sind darüber hinaus auch Personen, die mit erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft leben, leistungsberechtigt. Aktuell beziehen in der Bundesrepublik Deutschland ca. 4,3 Mio. Personen Grundsicherungsleistungen für Arbeitssuchende²⁷.

1.1.1.4 Keine Legaldefinition der Begriffe „Angemessenheit“ und „Zumutbarkeit“

Gemäß § 1 Abs. 1 SGB II soll die Grundsicherung für Arbeitssuchende Leistungsberechtigten ermöglichen, ein Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht. Eine gesetzliche Definition des Angemessenheitsbegriffs enthält das SGB II nicht.

1.1.2 Regelung des Wohngelds im WoGG: gesetzliche Definition der Angemessenheit

Auch das Wohngeldrecht enthält den Begriff der Angemessenheit. Gemäß § 68 Nr. 10 SGB I gilt das WoGG als besonderer Teil des Sozialgesetzbuchs. § 1 Abs. 1 WoGG bestimmt:

Das Wohngeld dient der wirtschaftlichen Sicherung angemessenen und familiengerechten Wohnens.

Gezahlt wird gemäß § 1 Abs. 2 WoGG ein Mietzuschuss zu den Unterkunftskosten. Damit folgt das Wohngeld in seiner heutigen Ausgestal-

²⁶ Nicht erwerbsfähige Leistungsberechtigte haben gemäß § 19 Abs.1 S.2 SGB II einen Anspruch auf Sozialgeld, wenn sie mit erwerbsfähigen Leistungsberechtigten zusammen leben, bzw. erhalten Sozialhilfe nach dem SGB XII.

²⁷ Die jeweils aktuelle Statistik ist auf dem Internetauftritt der Bundesagentur für Arbeit abrufbar unter www.statistik.arbeitsagentur.de (Stand 31.12.2020).

tung als Sozialleistung seit dem 1. WoGG i.d.F. vom 01.04.1965 grundsätzlich einer ähnlichen Zweckbestimmung wie § 22 Abs.1 S.1 SGB II. Es soll nämlich den Begünstigten ein Mindestmaß an Wohnraum auch zur Vermeidung sozialer Härten sichern²⁸.

1.1.2.1 Parallelbegriff der „Angemessenheit“

Der Angemessenheitsbegriff im Wohngeldrecht knüpft an das Wohnen an, derjenige des SGB II an den Unterkunftsbedarf. Im Unterschied zum SGB II ist eine Mietkostenobergrenze in den §§ 9 bis 12 WoGG gesetzlich normiert. Die Höhe des Wohngeldes hängt von zwei Faktoren ab: der Zahl der zu berücksichtigenden Haushaltsmitglieder und der sogenannten Mietstufe, § 12 Abs. 1 WoGG. Kennt man beide Werte, so lässt sich aus der Tabelle ein pauschalierter Höchstbetrag ablesen. Welche der sechs Mietstufen einschlägig ist, ist gemäß § 12 Abs. 2 WoGG anhand des sogenannten Mietenniveaus zu ermitteln.

1.1.2.2 Mietniveau als Angemessenheitsgrenze

Das Mietenniveau – und damit letztlich der eigentlich mietmarktabhängige Grenzwert – wird nach den Regeln des § 12 Abs. 3-5 WoGG ermittelt. Nach diesen Vorschriften wird zunächst ein Vergleichsraum gebildet. Hierzu bestimmt § 12 Abs. 3 S. 1 WoGG im Grundsatz, dass größere Gemeinden (über 10.000 Einwohner) einzeln und sonstige Gemeinden nach Kreisen zusammengefasst werden.

Ist der Vergleichsraum gezogen, bestimmt sich das Mietenniveau nach der durchschnittlichen prozentualen Abweichung der Quadratmetermieten in der betreffenden Gemeinde vom Durchschnitt der Quadratmetermieten im Bundesgebiet. Je nach Größe der Abweichung wird die Wohnung der Stufe I (niedrigstes Mietniveau im Vergleich zum Bundesdurchschnitt) bis VI (höchstes Mietniveau im Vergleich zum Bundesdurchschnitt) zugeordnet.

²⁸ Vgl. *Schwerz*, Einleitung, Rdnr.1; auch für eine kurze Herleitung des Wohngeldrechts.

Als Datengrundlage wird die Wohngeldstatistik des Statistischen Bundesamtes herangezogen, § 12 Abs. 4 S. 3 WoGG. In dieser Statistik werden alle bewilligten Wohngeldfälle anhand der in § 35 WoGG genannten Erhebungsmerkmale wie etwa Wohnungsgröße und Höhe der Miete erfasst. Außerhalb der Wohngeldbewilligung am Wohnungsmarkt existierende Wohnungen bleiben in der Wohngeldstatistik unberücksichtigt. Letztlich handelt es sich dabei folglich um einen „wohngeldrelevanten Mietspiegel“²⁹.

1.1.2.3 WoGG-Obergrenzen als Anhaltspunkt der KdU-Bewilligungspraxis

Das WoGG wurde 1970 in der BRD eingeführt³⁰. Es fasste zwei frühere Regelwerke zusammen: das Mietbeihilfengesetz³¹, sowie das Wohnbeihilfengesetz³². Es bestimmte in seinem § 1 S. 2:

Das Wohngeld ist keine Leistung der Sozialhilfe im Sinne des BSHG.

Gleichwohl fand sich in § 8 Abs. 1 WoGG³³ eine gesetzliche Tabelle mit ablesbaren Grenzwerten für Wohnraum. Die Leistungsträger griffen in ihrer sozialhilferechtlichen Verwaltungspraxis zur Bestimmung der Angemessenheit von KdU daher auf diese Werte zurück. Für sie bildeten die Werte des WoGG eine Obergrenze. Wurde sie überschritten, galt es die „Besonderheiten des Einzelfalles“ genauer zu prüfen – jedoch freilich ohne einheitliche Maßstäbe³⁴.

²⁹ Der Begriff ist hier gewählt in Anlehnung an die Rechtsprechung des BSG zu sogenannten „grundsicherungsrelevanten Mietspiegeln“, die unten unter Kapitel 2.1.2.1 ff. noch ausführlicher erläutert werden.

³⁰ Zweites Wohngeldgesetz vom 14.12.1970, BGBl. I, S. 1637.

³¹ Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23.06.1960, BGBl. I, S. 389.

³² Gesetz über Wohnbeihilfen vom 29.06.1963, BGBl. I, S. 508. Es enthielt in seinem § 10 ebenfalls Tabellenwerte. Gemäß § 29 Abs. 1 wurde die Wohnbeihilfe nicht gewährt, wenn die Miete aus Mitteln der Sozialhilfe getragen wurde.

³³ Hinsichtlich ihrer Tabellenform ist die damalige Tabelle vergleichbar mit dem heutigen § 12 WoGG.

³⁴ Vgl. auch Krause, ZfSH/SGB 1995, S. 626 f.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG war das WoGG zur Bestimmung der Angemessenheitsgrenze jedoch grundsätzlich nicht heranzuziehen³⁵. Gleichwohl wurde diese Praxis weiterverfolgt, teilweise gefördert durch die Rechtsprechung der Instanzgerichte. Die Gründe hierfür werden sogleich noch herauszuarbeiten sein. Fest steht jedenfalls: Es lässt sich empirisch nicht feststellen, ob die Anwendung dieser Lösung im Vergleich zu den kommunalen Konzepten besser geeignet ist, sachgerechte Lösungen zu finden³⁶.

1.2 Sozialrechtliche Entwicklung der KdU-Problematik

Das Arbeitslosengeld II wurde zum 01.01.2005 eingeführt durch das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt³⁷. Um zu verstehen, weshalb die vorliegend untersuchte Problematik entstanden ist, ist ein kurzer Rückblick auf die Vorgängerregelungen erforderlich. Dies ermöglicht zudem gleichzeitig eine Analyse der gesetzgeberischen Regelungssintention.

1.2.1 Vorgehende Normierungen: Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe

Vor Einführung des SGB II gab es im deutschen Sozialrecht zwei verschiedene Normregime, welche den Lebensunterhalt hilfsbedürftiger erwerbsfähiger Personen sichern sollten: einerseits die Arbeitslosenhilfe nach den §§ 190 ff. SGB III a.F. und andererseits die Sozialhilfe nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG).

1.2.1.1 Arbeitslosenhilfe: pauschalierte Versicherungsleistung

Die Arbeitslosenhilfe war an die Arbeitslosenunterstützung angeknüpft. Letztere hatte ihre Ursprünge in der Weimarer Republik und war seitdem als Versicherungsleistung konzipiert³⁸. Die Arbeitslosenhilfe

³⁵ *BVerwG*, Urt. v. 27.11.1986 – 5 C 2/85 –, *BVerwGE* 75, 168-173, Leitsatz und Rdnr. 9; zur entsprechenden Rechtsprechungsanalyse siehe unten, Kapitel 2.1.1.2.

³⁶ *IWU-Bericht*, S. 60.

³⁷ Gesetz vom 24. Dezember 2003, *BGBl. I* S. 2954, 2955.

³⁸ Vgl. §§ 87 ff. des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. Juli 1927 in der Weimarer Republik, *RGBl. I*, S. 187 (197).

wurde 1956 in der Bundesrepublik Deutschland eingeführt³⁹. Fehlten die Anwartschaftsvoraussetzungen oder war die Arbeitslosenunterstützung ausgeschöpft, wurde die Arbeitslosenhilfe von den Arbeitsämtern an Arbeitslose gezahlt, wenn sie bedürftig waren⁴⁰. Als bedürftig galten Arbeitslose, soweit sie ihren Lebensunterhalt nicht auf andere Weise als durch Unterstützung aus der Arbeitslosenhilfe bestreiten konnten. Zeitlich war die Leistung nicht begrenzt. Die Höhe bestimmte sich nach dem zuvor verdienten Arbeitsentgelt. Diese Leistung diente selbstredend auch der Finanzierung des Wohnens, sie war als Pauschale konzipiert. Gesonderte Vorschriften über die Übernahme von Unterkunftskosten enthielten die Regelungen zur Arbeitslosenhilfe daher nicht. Für Streitigkeiten im Bereich der Arbeitslosenhilfe waren die Sozialgerichte zuständig.

1.2.1.2 Fürsorgeleistung in der Weimarer Republik

Die Sozialhilfe war entsprechend ihren historischen Vorgängermodellen⁴¹ dagegen als Fürsorgeleistung konzipiert. Sie war mithin losgelöst von der Zahlung von Beiträgen oder dem Vorhandensein eines Arbeitsverhältnisses. Erste deutschlandweite⁴² Normierungen wurden 1924 in der Weimarer Republik eingeführt: die Reichsfürsorgepflichtverordnung⁴³ und die Reichsgrundsätze über die Voraussetzungen, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge⁴⁴. Erstere enthielten organisatorische Vorschriften, letztere regelten den materiellen Leistungsumfang der Fürsorge.

³⁹ Gesetz über die Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Arbeitslosenvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. April 1956, BGBl. I, S. 243.

⁴⁰ Vgl. §§ 190-197 SGB II a.F.

⁴¹ Sozialhilfeleistungen gelten als die ältesten Sozialleistungen und gehen auf Modelle wie die (kirchliche) Armen- und Krankenfürsorge im Mittelalter zurück.

⁴² Vgl. für das alte preußische Recht das Gesetz über die Armenpflege vom 31.12.1842 - Preuß.Ges.Sammlg. 1843, S.8.

⁴³ Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13.01.1924, RGBl. I, S. 100. Mit ihr wurden die vormals vielfachen Ortsarmen- und Landarmenverbände restrukturiert und durch neue Fürsorgeverbände ersetzt.

⁴⁴ Reichsgrundsätze über die Voraussetzungen, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 04.12.1924, RGBl. I, S. 765.

Demzufolge hatte „die Fürsorge“⁴⁵ die Aufgabe, dem Hilfsbedürftigen den notwendigen Lebensbedarf zu gewähren. Gemäß § 6 S. 1 lit. a) BSHG gehörten zum notwendigen Lebensbedarf der Lebensunterhalt, insbesondere Unterkunft⁴⁶, Nahrung, Kleidung und Pflege.

Einen explizit normierten Anspruch auf Leistungen sahen beide Regelungswerke nicht vor. Hinsichtlich der Höhe der Hilfe existierten keine festgelegten Werte. Gemäß § 10 Abs. 1 richtete sie sich nach den Besonderheiten des Falles, namentlich nach Art und Dauer der Not, nach der Person des Hilfsbedürftigen und den örtlichen Verhältnissen⁴⁷.

In diesem Regelungswerk fand sich mithin ein höchst individualisiertes, bedarfsorientiertes Modell. Die Unterkunftskosten wurden explizit dem notwendigen Lebensbedarf zugeordnet und die Leistungshöhe nach den örtlichen Verhältnissen bestimmt⁴⁸.

1.2.1.3 Die Entscheidung des BVerwG zum Fürsorgerecht

In der Bundesrepublik Deutschland galt das Fürsorgerecht aus der Weimarer Zeit zunächst fort⁴⁹. Die anschließende gesetzliche Normierung eines Anspruchs auf Sozialhilfe im BSHG geht zurück auf ein Urteil des V. Senates des Bundesverwaltungsgerichts aus 1954⁵⁰. Darin hat das BVerwG erstmals einen gerichtlich durchsetzbaren Rechtsanspruch des Bürgers auf soziale Fürsorge gegen den Staat aus den Grundrechten auf

⁴⁵ § 1 S. 1 der Reichsgrundsätze. Die Hervorhebung erfolgt durch den Verfasser. Sie macht deutlich, dass „die Fürsorge“ nach damaligem Verständnis weniger als Leistung, sondern als Organisation verstanden wurde (siehe auch den letzten Satzteil „[...] zu gewähren“), siehe im Vergleich die Formulierung im späteren § 1 Abs. 2 S. 2 BSHG.

⁴⁶ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁴⁷ Hervorhebung durch den Verfasser. Der Begriff der örtlichen Verhältnisse wird im Laufe der vorliegenden Untersuchung an vielfacher Stelle wieder aufgegriffen werden.

⁴⁸ Gleichwohl schlüsselten die Behörden ihre Leistung später nach Richtsätzen auf, die auch den Wohnbedarf auswiesen, vgl. die sogleich genannte Entscheidung des BVerwG.

⁴⁹ Vgl. auch das Gesetz über die Änderung und Ergänzung fürsorgerechtlicher Bestimmungen vom 20.08.1953, BGBl. I, S. 967.

⁵⁰ *BVerwG*, Urt. v. 24.06.1954 – V C 78.54 – BVerwGE 1, 159-163.

Schutz der Menschenwürde (Art. 1 GG), der freien Entfaltung der Persönlichkeit und körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 GG) sowie dem Sozialstaatsgebot (Art. 20 GG) abgeleitet.

Bemerkenswert ist, dass diese Entscheidung einen Streit um Unterkunftskosten⁵¹ zum Gegenstand hatte. Der Kläger, der laufend Fürsorgeunterstützung erhielt, lebte in einem gemeinsamen Haushalt mit einer Frau, die ebenfalls Unterstützung erhielt, jedoch aus der damaligen Arbeitslosenfürsorge. In dieser war ein wöchentlicher Mietanteil von 25 % enthalten. Die Fürsorgebehörde war der Ansicht, die Frau könne die gemeinsame Miete daher zur Hälfte übernehmen. Sie bewilligte dem Kläger eine Mietbeihilfe lediglich in halber Höhe der Miete.

Das BVerwG entwickelte den Fürsorgeanspruch aus allgemeinen Grundsätzen und Leitideen des Grundgesetzes und griff damit die dogmatischen Erwägungen aus dem sogenannten Haftentschädigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts⁵² auf. Als Kehrseite der Verpflichtung staatlicher Fürsorgeträger existierten entsprechende Rechte der Bedürftigen.

Mangels Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen hat das BVerwG die Revision des Klägers letztlich zurückgewiesen. Dies folgte aus der Tatsache, dass zwischen dem Kläger und seiner Mitbewohnerin Rechtsbeziehungen bestanden, aus denen eine hälftige Teilung der Unterkunftskosten folge. Abschließend stellte der Senat in einem Satz fest:

*„Die Wohnung des Klägers ist größer, als er für sich selbst beanspruchen kann“.*⁵³

Eine weitere Begründung erfolgte nicht. In der Entscheidung ist lediglich festgehalten, dass die allgemeinen Fürsorgerichtsätze nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zur Deckung des unbedingt notwendigen Lebensunterhalts ausreichten.

⁵¹ Im Fall noch sogenannte Mietbeihilfe.

⁵² BVerfG, Urt. v. 01.07.1953 – 1 BvL 23/51 –, BVerfGE 2, 380-406; fußend auf der Idee, dass der Bürger Subjekt und nicht Objekt staatlichen Handelns ist.

⁵³ BVerwG, Urt. v. 24.06.1954 – V C 78.54 –, BVerwGE 1, 159-163, Rdnr. 36.

1.2.1.4 KdU als Sozialhilfeleistung

In Reaktion auf das Urteil des BVerwG wurde 1961 das Bundessozialhilfegesetz⁵⁴ eingeführt. Bundeseinheitlich normierte es den Lebensunterhalt der Bedürftigen⁵⁵ neu. Gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 BSHG war es Aufgabe der Sozialhilfe, dem Empfänger der Hilfe die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht.

Der notwendige Lebensunterhalt umfasste gemäß § 12 Abs. 1 BSHG besonders Ernährung, Unterkunft, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Heizung und persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens. Zu letzteren gehörten in vertretbarem Umfang auch Beziehungen zur Umwelt und eine Teilnahme am kulturellen Leben. § 12 Abs. 1 BSHG war Ausgangspunkt der Anspruchsgrundlage für die Übernahme der Unterkunftskosten.

Die Sozialhilfe als laufende⁵⁶ Leistung gliederte sich in einen Regelbedarf und Mehrbedarfe. Der Regelbedarf wurde gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 BSHG nach Regelsätzen gewährt, die durch Rechtsverordnung näher bestimmt werden sollten. 1962 entstand daraufhin die Regelsatzverordnung (RegelsatzVO⁵⁷). Sie bestimmte in § 3 Abs. 1:

Laufende Leistungen für die Unterkunft werden in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen gewährt. Soweit die Aufwendungen für die Unterkunft den der Besonderheit des Einzelfalles angemessenen Umfang übersteigen, sind sie als Bedarf [...] solange anzuerkennen, als es [...] nicht möglich oder nicht zuzumuten ist, [...] die Aufwendungen zu senken.

⁵⁴ Ursprüngliche Fassung vom 30.06.1961, BGBl. I S. 815 (berichtigt S. 1875).

⁵⁵ Darüber hinaus enthielt das Gesetz in den §§ 27 bis 75 auch Vorschriften zur sog. Hilfe in besonderen Lebenslagen für Behinderte Kranke, Pflegebedürftige und Wohnungslose.

⁵⁶ Daneben sah das Gesetz auch einmalige Leistungen vor.

⁵⁷ Verordnung zur Durchführung des § 22 des Bundessozialhilfegesetzes (Regelsatzverordnung) vom 20.07.1962, BGBl. I, 515, geändert durch die VO vom 10.05.1971, BGBl. I, S. 451 (die Änderungen sind für die vorliegende Untersuchung irrelevant).

Damit lag eine dem heutigen § 22 Abs. 1 S. 1 und 3 SGB II nahezu wortgleiche Regelung vor.

1.2.1.4.1 tatsächliche Aufwendungen

Unter tatsächlichen Aufwendungen verstand man die Mietkosten für eine am Markt angemietete Wohnung, aber auch für Sozialwohnungen, untergemietete Zimmer, WG-Zimmer, Hotelzimmer, Wohnheimzimmer bis hin zu Belastungen einer Eigentumswohnung oder eines Eigentumshauses wurden darunter gefasst.

1.2.1.4.2 Besonderheit des Einzelfalls angemessener Umfang: herrschende Lebensgewohnheiten

Entscheidend für die Bestimmung des angemessenen Umfangs galt es, die „herrschenden Lebensgewohnheiten“ zu beachten⁵⁸. Gemeint waren die durchschnittlichen örtlichen Mietpreise. Es ist damit festzuhalten, dass der Regionalität der Wohnungsmärkte auch insoweit eine hohe Bedeutung zugesprochen wurde. Für Fragen der Sozialhilfe waren bis dato zunächst die Verwaltungsgerichte zuständig⁵⁹.

1.2.2 Verschmelzung der bestehenden Systeme im SGB II durch Hartz IV

Im Jahr 2005 wurden mit dem sogenannten „Hartz IV“-Gesetz⁶⁰ Teile der Sozialhilfe und die Arbeitslosenhilfe zum Arbeitslosengeld II zusammengelegt. Die Übernahme der Wohnkosten der Leistungsempfänger ist dabei weitestgehend vom Bund-Länder finanzierten Wohngeld in den Bereich des SGB II verlagert worden. Transferleistungsempfänger hatten ab diesem Zeitpunkt auch keinen Anspruch mehr auf Wohngeld.

⁵⁸ Vgl. hier und im Folgenden *Birk*, LPK-BSHG (1994), S. 178.

⁵⁹ Dies gemäß § 40 VwGO, bis zur Einführung des § 51 Abs. 1 Nr. 6 a SGG im Jahr 2005. Fortan wurde das BSHG in die Zuständigkeit der Sozialgerichte übertragen.

⁶⁰ Art. 1 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003, BGBl. I S. 2954, 2955.

1.2.2.1 Übernahme der RegelsatzVO mit Einführung der Regelbegrenzung von sechs Monaten

Wie soeben bereits aufgezeigt, ist mit dem neuen § 22 SGB II SGB II keine wesentlich neue Regelung getroffen worden. Die RegelsatzVO enthielt bereits ganz ähnliche Vorschriften. Im Unterschied zu diesen Regelungen findet sich im heutigen § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II der Halbsatz, „soweit diese angemessen sind“. Dies geht auf die Rechtsprechung des BVerwG zurück, die eine teilweise Übernahme der KdU nach § 3 Abs. 1 S. 1 RegelsatzVO für rechtswidrig hielt unter Verweis auf den Wortlaut „tatsächliche“ Aufwendungen. Nach dem sozialhilferechtlichen Bedarfsdeckungsgrundsatz dürfe kein ungedeckter Bedarfsrest übrigbleiben⁶¹.

Hinzugetreten ist indes der Passus

[...] in der Regel jedoch längstens für sechs Monate.

Der Gesetzgeber hat folglich für die beiden Fälle unmöglicher und nicht zumutbarer Umzüge eine zeitliche Begrenzung eingeführt. Aus dem Wortlaut als Regelformulierung lässt sich die gesetzgeberische Intention schließen, dass eine entsprechende Weiterbewilligung von Leistungen nur in atypischen Ausnahmefällen erfolgen soll.

1.2.2.2 Kommunen als neue Kostenträgerinnen der KdU, Finanzierungsbeteiligung durch den Bund

Träger der SGB II-Leistungen waren unterschiedliche Akteure. Während der Regelbedarf weiterhin aus Bundesmitteln finanziert wurde, bestimmte der neu eingeführte § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II, dass die kreisfreien Städte und Kreise Träger der KdU sind, soweit durch Landesrecht⁶² nicht andere Träger bestimmt sind (kommunale Träger). Dies

⁶¹ Vgl. z.B. BVerwG, Urt. v. 30.05.1996 – 5 C 14/95 –, BVerwGE 101, 194-201, Rdnr. 11. Zur Rechtsprechungsanalyse s. auch unten unter Kapitel 2.1.

⁶² Staatsrechtlich sind die Kommunen Teil der Länder, vgl. Art. 106 Abs. 9 GG: „Als Einnahmen und Ausgaben der Länder im Sinne dieses Artikels gelten auch die Einnahmen und Ausgaben der Gemeinden“.

setzte einen länger bestehenden Trend der Verlagerung von Sozialausgaben auf den kommunalen Sektor fort.

§ 46 SGB II bestimmt in seinem Absatz 5, dass der Bund sich zweckgebunden mit landesspezifisch unterschiedlichen Beteiligungsquoten, maximal jedoch 49 %, an den Kosten für die KdU beteiligt.

Die genaue Auswirkung der Aufgabenübertragung – insbesondere im Hinblick auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie – wird an späterer Stelle⁶³ noch eingehender erörtert werden.

1.2.2.3 Fehlen einer weitergehenden Gesetzesbegründung

Zur Begründung der neuen KdU-Bestimmungen im SGB II wurden seitens der damaligen rot-grünen Bundesregierung die Verwaltungsvereinfachung⁶⁴ sowie die finanzielle Entlastung von Städten, Gemeinden und Kreisen in strukturschwachen Räumen angeführt⁶⁵. Wenngleich gemäß § 46 SGB II zunächst mit Bundesmitteln mitfinanziert, sind seitdem größtenteils die Kommunen finanziell für die Übernahme der Kosten der Unterkunft verantwortlich. Den Kommunen sind in diesem Bereich daher mit der Einführung des SGB II erheblich höhere Ausgaben entstanden. Klargestellt hatte der Gesetzgeber auch, dass die KdU zur Sicherung des Bedarfs in Höhe des soziokulturellen Existenzminimums diene⁶⁶. Weitergehende Begründungen enthalten die Gesetzesmaterialien nicht.

⁶³ S. unten, Kapitel 5.

⁶⁴ Sog. „Vereinfachungsmodell“, vgl. S.3, 45 und 48 des Entwurfs eines Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BT-Drs. 15/1516 - es entfiel „die Notwendigkeit, zwei Stellen – die Transferleistungsbehörde einerseits und die Wohngeldstelle andererseits – in die Bewilligung der Unterkunftskosten einzuschalten“ (S. 48); Hierzu zählt auch die Vereinfachung der Justiziabilität (vgl. S. 43 des Gesetzesentwurfs), da nach dem früheren System für die Arbeitslosenhilfe die Sozialgerichte und für die Sozialhilfe die Verwaltungsgerichte zuständig waren.

⁶⁵ S. den Entwurf eines Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BT-Drs. 15/1516, S. 41.

⁶⁶ Die frühere Arbeitslosenhilfe war dagegen am zuletzt erzielten Arbeitsentgelt ausgerichtet.

Eine einheitliche Regelung der Angemessenheitsgrenze für das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland besteht nach dem SGB II nicht. Die gesetzgeberische Wertung, eine solche sei nicht zielführend, lässt sich den Materialien zum Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch entnehmen:

*„Der Erlass einer bundeseinheitlichen Regelung der angemessenen Kosten wird vor dem Hintergrund der regionalen Vielfalt des Wohnungsmarktes nicht als zweckmäßig und sachgerecht erachtet“.*⁶⁷

Auch von einer Möglichkeit zur Verordnungsermächtigung hat der Gesetzgeber für den Bereich der KdU bewusst keinen Gebrauch gemacht, um die Verhältnisse der jeweiligen Wohnungsmärkte besser zu erfassen.

Der Gesetzgeber hat sich vielmehr der Gesetzgebungstechnik des unbestimmten Rechtsbegriffs bedient. Es obliegt dementsprechend der Exekutive (und damit dem jeweiligen kommunalen Leistungsträger) und der Rechtsprechung, die unbestimmten Rechtsbegriffe mit Leben zu füllen. Ob dies hinsichtlich der staatlichen Schutzpflichten zum Existenzminimum zulässig ist, ist daher eine zentrale Problematik der derzeitigen Rechtslage.

1.2.3 Einführung einer Satzungsermächtigung 2011

Im Jahr 2011⁶⁸ hat der Gesetzgeber überdies mit dem § 22a SGB II eine Möglichkeit eingeführt, auf Grundlage eines entsprechenden Landesgesetzes kommunale Satzungen zur Regelung der KdU-Angemessenheitsgrenze zu erlassen. Im Sozialhilferecht ist eine Parallelvorschrift enthalten. § 35a SGB XII erklärt den § 22a SGB II für entsprechend anwendbar.

⁶⁷ BT-Drs. 17/3404, S. 44.

⁶⁸ Die Norm wurde mit dem Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches eingeführt (BGBl. I, 2011, 453). Sie trat am 01.04.2011 in Kraft.

1.2.3.1 Fakultative und obligatorische Ermächtigung

§ 22a Abs. 1 S. 1 SGB II enthält in der ersten Alternative eine fakultative Satzungsermächtigung, die zweite Alternative sieht darüber hinaus sogar die Möglichkeit vor, die Kommunen dazu zu verpflichten, durch Satzung zu bestimmen, in welcher Höhe Aufwendungen für Unterkunft und Heizung in ihrem Gebiet angemessen sind.

Ob eine solche Ermächtigung durch Landesgesetz eingeführt wird, liegt damit in der Hand der Länder. „Ihre“⁶⁹ jeweiligen Kommunen können sie nicht erzwingen. Die Regelung erweitert mithin den Kreis der eingangs dargestellten Akteure im Zusammenhang mit den KdU. Sie stellt nämlich den Ländern grundsätzlich ein sozialpolitisches Instrument zur Verfügung, in den nach dem § 22 SGB II eigentlich den Kommunen überlassenen Themenkreis der KdU-Angemessenheitsgrenze einzuwirken. Dies kann in unterschiedlicher Weise erfolgen. So sieht § 22a Abs. 1 S. 2 SGB II etwa auch die Möglichkeit vor, ein Zustimmungserfordernis der obersten Landesbehörde in einem etwaigen Ermächtigungsgesetz zu regeln. Die Ermächtigung der Kommunen kann im Übrigen unabhängig davon erfolgen, ob diese die Aufgaben des SGB II im eigenen Wirkungskreis als Selbstverwaltungsaufgabe oder im übertragenen Wirkungskreis⁷⁰ wahrnehmen⁷¹.

1.2.3.2 Pauschalierungsmöglichkeit

Bemerkenswert ist, dass § 22a Abs. 2 SGB II zudem die grundsätzliche Möglichkeit zur Bewilligung einer monatlichen Pauschalzahlung für die KdU vorsieht. Die Norm koppelt diese Möglichkeit indes an weitere Voraussetzungen. So muss auf dem örtlichen Wohnungsmarkt ausreichend freier Wohnraum verfügbar sein und dies dem Grundsatz der

⁶⁹ Im Hinblick auf die grundgesetzliche Kompetenzverteilung gehören die Kommunen grundsätzlich zu den Ländern, wobei freilich die Besonderheiten der Art. 28 Abs. 2, 104a Abs. 4 und 106 GG zu beachten sind.

⁷⁰ Auf diese Unterscheidung wird an anderer Stelle noch einzugehen sein.

⁷¹ BT-Drs. 17/3404, S. 100.

Wirtschaftlichkeit⁷² entsprechen. Zudem sind gemäß § 22a Abs. 2 S. 2 SGB II in der Satzung Regelungen für den Fall vorzusehen, dass die Pauschalierung im Einzelfall zu unzumutbaren Ergebnissen führt.

1.2.3.3 Satzungsinhalt und empirische Vorgaben

§ 22b SGB II enthält Vorgaben, welchen konkreten Inhalt eine entsprechende Satzung aufzuweisen hat. Insbesondere ist gemäß § 22b Abs. 1 S. 1 SGB II zu bestimmen, welche Wohnfläche als angemessen anerkannt wird, und in welcher Höhe Aufwendungen für die Unterkunft als angemessen angesehen werden. § 22c SGB II macht Vorgaben zur Datenerhebung, -auswertung und -überprüfung.

Diese und die weiteren in den Normen aufgeführten Voraussetzungen sind weitgehend der Judikatur des Bundessozialgerichts⁷³ entnommen, weichen an einigen Stellen indes auch von ihr ab. Zum Verständnis der Unterschiede ist indes zunächst eine Analyse der gerichtlichen Rechtsauslegung erforderlich. Sie können daher erst in diesem Zusammenhang aufgezeigt werden.

Hervorzuheben ist das Begründungserfordernis in § 22b Abs. 2 SGB II. Die Satzungen können mittels des abstrakten Normenkontrollverfahrens gemäß § 55a SGG einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden⁷⁴.

1.3 Fazit: Bedarfsorientierte Leistung vs. Bedarf nach Pauschalierung

Im Gegensatz zum Arbeitslosengeld⁷⁵ ist das Arbeitslosengeld II in seiner Höhe nicht vom früheren Erwerbseinkommen des Leistungsberechtigten abhängig. Es ist hinsichtlich des auf die Bedarfe für Unterkunft

⁷² Soweit die Pauschalierungsmöglichkeit genutzt wird, gehen hierbei Evaluierungsgebote der Länder im Hinblick auf Erfahrungen und Wirtschaftlichkeit zudem zu evaluieren, BT-Drs. 17/3404, S. 100.

⁷³ Hierauf wird in der Rechtsprechungsanalyse noch gesondert eingegangen werden.

⁷⁴ S. hierzu ausführlich *Axer*, SGB 2013, 669 (669 ff.).

⁷⁵ Umgangssprachlich auch „Arbeitslosengeld I“ genannt. Hier gilt der sogenannte Individualisierungsgrundsatz.

und Heizung entfallenden Teils auch nicht pauschaliert. Es handelt sich vielmehr um eine Leistung, die an den tatsächlichen Bedarf anknüpft. Konzeptionell ist das Arbeitslosengeld II damit der Sozialhilfe nach dem früheren BSHG nachgebildet.

1.

Der Gesetzgeber ordnete hierdurch – im Unterschied zu den pauschalierten Regelsätzen – in diesem Bereich schon früh in der RegelsatzVO eine Einzelfallgerechtigkeit⁷⁶ an. Dies ermöglicht es, auf die jeweiligen örtlichen Wohnungsmarktsituationen⁷⁷ eingehen zu können. Dieses Modell ist – wie aufgezeigt – nicht neu. Es fand sich bereits in vorgehenden Regelungswerken der Sozialhilfe. Festzuhalten ist, dass die Materialien indes keine weitergehenden Anhaltspunkte zu deren Anwendung geben.

Die bisher ermittelte rechtliche Entwicklung offenbart aber ein grundkonzeptionelles, sozialpolitisches Spannungsverhältnis zwischen gewollter Einzelfalllösung und kommunalem Pauschalierungsbedarf.

Die Träger hatten in ihrer Bewilligungspraxis seit jeher erhebliche Schwierigkeiten, die gesetzgeberische Anordnung der Einzelfallgerechtigkeit auch umzusetzen. Sie griffen lieber auf die Wohngeldtabelle und ihre stark pauschalisierten Werte zurück. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass auf diesem Weg eine einfache, leicht zu bestimmende Obergrenze mit vergleichsweise wenig Aufwand abgelesen werden kann.

Fakt ist aber: Eine Pauschalierung der als angemessen anzusehenden KdU hat zwei mögliche Effekte. Ist die Pauschale zu niedrig bemessen, zwingt dies zu einer Verwendung von Mitteln aus dem Regelbedarf für

⁷⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 22.09.2009 – B 4 AS 18/09 R – (Wilhelmshaven), BSGE 104, 192-199, Rdnr. 12; BSG v. 10.09.2013 – B 4 AS 4/13 R – (Münster), SozR 4-4200 § 22 Nr 72, Rdnr. 15.

⁷⁷ Regionale Unterschiede mag es auch hinsichtlich des sonstigen Konsumgütermarkts geben. Diese kleineren Unterschiede werden indes hingenommen.

Wohnzwecke. Dies wurde in der Literatur⁷⁸ vielfach als große Gefahr der Pauschalierung benannt. Ist die Pauschale hingegen „zu hoch“ bemessen, stehen Hilfebedürftige überschießende Mittel zur anderweitigen Verfügung.

2.

Dadurch entsteht indes zusätzlich ein Spannungsverhältnis zum kommunalen Wirtschaftlichkeitsgebot.

Mit der Einführung des SGB II hatte die Beantwortung der Frage, bis zu welcher Höhe die KdU der Leistungsempfänger angemessen ist, für die Kommunen zudem eine deutlich gesteigerte fiskalische Relevanz. Die KdU stellen nämlich – zumindest in größeren Kommunen und Großstädten – regelmäßig einen auffallend hohen Kostenposten im kommunalen Haushalt dar⁷⁹. Beispielsweise betragen die Zahlungsansprüche der SGB II-Leistungsempfänger für KdU in der Freien und Hansestadt Hamburg im Jahr 2012 etwa 90.795.000 €. Diese Summe beträgt 53,2 % der Netto-Zahlungsansprüche für SGB II-Leistungsempfänger - und damit den größten Ausgabenposten in diesem Bereich⁸⁰.

Im Unterschied zum Regelungsregime des BSHG konnten die Kommunen nicht mehr „nach Augenmaß“ Einzelfälle regeln. Sie sahen sich einer größeren Zahl Leistungsempfänger entgegen. Klare gesetzgeberische Vorgaben ließen sich den Materialien weiterhin nicht entnehmen.

⁷⁸ Vgl. *Deutscher Verein für Private und Öffentliche Fürsorge e.V.*, Stellungnahme zur Diskussion über eine Pauschalierung der Leistungen für die Unterkunft und Heizung in der Grundsicherung für Arbeitssuchende, NDV 2010, 163-167, m.w.Nachw., aber auch *Knickrehm*, *SozSich* 2010, 190 ff.

⁷⁹ Vgl. hierzu auch *Adamy*, *SozSich* 2010, S. 245 ff.

⁸⁰ Damit liegt die FHH bundesweit auf dem ersten Platz; Quelle: Bremer Institut für Arbeitsmarktforschung und Jugendberufshilfe (BIAJ): <http://biaj.de/archiv-materialien/37-texte/389-hartz-iv-personen-und-zahlungsansprueche-bund-und-laender-2006-bis-2012-sgb-ii.html> (zuletzt abgerufen am 31.12.2020).

Gesetzlich sichtbar geworden ist dieses Spannungsverhältnis zum Wirtschaftlichkeitsgebot auch in der Möglichkeit einer „Pauschalierungssatzung“⁸¹ in § 22a Abs. 2 S. 1 HS. 2 Alt. 2 SGB II. Der Normtext führt das Gebot explizit auf. Die Länder sind für den Fall der Nutzung dieser Möglichkeit sogar angehalten, regelmäßig zu ergründen, ob eine Pauschalabgeltung nach der Haushaltsordnung wirtschaftlicher ist⁸².

3.

Die Idee, die Angemessenheit der KdU zu pauschalieren, wurde vor diesem Hintergrund zwischenzeitlich durchaus politisch immer wieder diskutiert⁸³. Bemerkenswert ist, dass auch schon das BSHG in seinem damaligen⁸⁴ § 101a eine befristete Experimentierklausel enthielt. Sie wurde indes äußerst restriktiv bis gar nicht genutzt⁸⁵.

Auch das Bundessozialgericht forderte in einer frühen Entscheidung eine bundeseinheitliche Regelung⁸⁶. Die rechtliche Gestaltungsmöglichkeit hierzu war im § 27 Nr. 1 SGB II vorgesehen. Die Norm enthielt eine Ermächtigung an das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) zum Erlass einer Rechtsverordnung zur Bestimmung, welche Aufwendungen angemessen sind und unter welchen Voraussetzungen eine Pauschalierung der Unterkunftskosten vorgenommen werden konnte. Parallel hierzu existierte auch im Grundsicherungsrecht mit

⁸¹ *Piepenstock* in juris PK zum SGB II, § 22a, Rdnr. 31; zum Vorstoß Berlins und der Entscheidung des BSG v. vom 04.06.2014 – B 14 AS 53/13 R –, BSGE 116, 94-112, s. sogleich in der Rechtsprechungsanalyse, sowie die Besprechung von *Rückebell*, NZS 2015, 498 f.

⁸² BT-Drs. 17/3404, S. 100 f.

⁸³ Vgl. die Antwort der Schwarz-Gelben Bundesregierung auf eine kleine Anfrage aus der Fraktion der Grünen (16. Wahlperiode) „Klageflut bei den Sozialgerichten“, BT-Drs. 16/12132, S. 2f. und den dortigen Hinweis auf die gegründete sog. gemeinsame Arbeitsgruppe.

⁸⁴ Die Norm galt befristet für die Jahre 1999 bis 2004.

⁸⁵ Als Beispiel kann die Pauschalisierungsverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 22.02.2000 (Verordnung zur Durchführung von Modellvorhaben zur Pauschalierung der Sozialhilfe, GV.NRW, S. 250) genannt werden. Sie trat am 01.01.2005 außer Kraft.

⁸⁶ Hierzu später in der Rechtsprechungsanalyse unter Kapitel 2.1.2.7; gegen eine Pauschalierung (vor Einführung einer Pauschalierungsmöglichkeit im Rahmen der sog. Satzungslösung) unter Verweis auf das Regelsatzurteil des BVerfG noch *Knickrehm*, Soz-Sich 2010, 190; in die gleiche Richtung *Gautzsch*, NZM 2011, 479 (481 f.).

dem § 29 Abs. 2 SGB XII eine Möglichkeit, die KdU pauschal zu bewilligen, wenn auf dem örtlichen Wohnungsmarkt hinreichend angemessener freier Wohnraum verfügbar und in Einzelfällen die Pauschalierung nicht unzumutbar war. Der heutige § 22a Abs. 2 SGB II ist diesen Normen nachgebildet⁸⁷. § 27 Nr. 1 SGB II a.F. ist im Gegenzug ersatzlos gestrichen worden.

4.

Festzustellen ist überdies, dass die Bedarfe für Unterkunft nach dem SGB II systematisch neben dem Wohngeld existieren und damit zwei einander tatbestandlich ausschließende, aber wesensverwandte Sozialsysteme vorliegen. Wie sogleich aufzuzeigen sein wird, wird das Wohngeldrecht als pauschalierter „Notnagel“ auch aktuell noch herangezogen. Daneben besteht mit der sozialen Wohnraumförderung ein sozialpolitisches Instrument der Länder⁸⁸ zur Schaffung preisgünstigen Wohnraums.

5.

Pauschalierungsansätze werden auch in jüngster Zeit wieder politisch diskutiert. In einem IWU-Forschungsbericht vom 30.11.2016⁸⁹ benennt die Forschungsgruppe dies als einen von drei gangbaren Wegen für die dezidierte Ausgestaltung des Angemessenheitsbegriffs durch den Bundesgesetzgeber⁹⁰. Heute existiert mit Einführung der Satzungsermächtigung in § 22a Abs. 2 SGB II ebenfalls eine Pauschalierungsmöglichkeit, jedoch durch die Länder für „ihre“ Kommunen. Im Ergebnis hat sich dieses Modell bisher politisch indes nicht durchgesetzt.

⁸⁷ BT-Drs. 17/3404, S. 100.

⁸⁸ Im Zuge der Föderalismusreform I (2006) wurde die Gesetzgebungszuständigkeit in diesem Bereich vom Bund auf die Länder übertragen; die Länder haben jedoch auch schon vor dieser Änderung die Vorgaben des WoFG konkretisiert.

⁸⁹ Forschungsbericht 478 - „Ermittlung der existenzsichernden Bedarfe für die Kosten der Unterkunft und Heizung in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII)“ - ISSN 0174-4992.

⁹⁰ *Ibidem*, S. 258 ff.

2 Analyse der gerichtlichen Rechtsauslegung

Nach der systematischen und teleologischen Analyse der Rechtslage ist im Folgenden die Entwicklung der gerichtlichen Auslegungspraxis zu beleuchten. Wie oben dargelegt beginnt die Problematik der KdU-Angemessenheitsgrenze vor Einführung des SGB II. Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen bedarfsorientierter Gesetzeskonzeption und dem praktischen Bedürfnis nach einer transparenten Handhabung der KdU-Bewilligung. Die heutige Dogmatik um die Angemessenheitsprüfung hat ihren Ursprung in der verwaltungsgerichtlichen Judikatur zum Sozialhilferecht. Mit dem Zuständigkeitswechsel zu den Sozialgerichten fand eine Veränderung der Angemessenheitsauslegung statt. Diese Entwicklungen sind zunächst nachzuvollziehen und sodann strukturiert gegenüberzustellen. Die entstandenen empirischen Fragestellungen sind mit den hier analysierten Kernentscheidungen gewissermaßen „mitgewachsen“. Sie können daher nicht isoliert „vor die Klammer gezogen“ werden. Sie werden vielmehr an der jeweiligen Stelle aufgegriffen und sodann im empirisch-analytischen Teil der Arbeit strukturiert.

2.1 Judikatur des BVerwG und BSG im Wandel

Die Auslegung des Angemessenheitsbegriffs durch die Rechtsprechung unterlag im Laufe der Zeit Veränderungen. Diese sind unter anderem in dem Zuständigkeitswechsel von BVerwG zu BSG begründet und sollen im Folgenden in der für die vorliegende Arbeit gebotenen Kürze herausgearbeitet werden.

2.1.1 Judikatur des BVerwG

Das BVerwG⁹¹ hat sich in mehreren Entscheidungen mit den Unterkunftskosten von Sozialhilfeempfängern befasst. Die ersten höchstgerichtlichen Berührungspunkte mit dem Thema illustrieren zugleich die

⁹¹ Zuständig für Fragen des Sozialhilferechts war der 5. Senat des BVerwG.

Schwierigkeiten, mit denen die Leistungsträger in der KdU-Praxis konfrontiert waren. Soweit für die vorliegende Untersuchung relevant, werden die Erkenntnisse aus der verwaltungsrechtlichen Judikatur im Folgenden kurz dargestellt.

2.1.1.1 1985: Keine Direktanwendung des WoGG-Regimes

Erstmals entschied das BVerwG in einem Urteil aus 1985⁹² zur Frage angemessener Unterkunftskosten.

Ausgangspunkt des Rechtsstreits⁹³ war folgender: Der Kläger bezog Sozialhilfe. Seine volljährigen Kinder studierten auswärts, hielten sich am Wochenende und während der Semesterferien aber im Haushalt auf. Die Wohngeldstelle bewilligte dem Kläger Wohngeld unter Berücksichtigung der Kinder im Haushalt. Der Sozialhilfeträger berücksichtigte die Kinder dagegen nicht. Für sie bestand kein Unterkunftsbedarf nach dem BSHG. Der Kläger war der Auffassung, die Bestimmungen des WoGG seien entsprechend anzuwenden.

Dem trat das BVerwG entgegen. Zunächst stellte der Senat fest, dass die Übernahmeverpflichtung durch den Begriff der Angemessenheit begrenzt werde und sich nach den Besonderheiten des Einzelfalls richte. In diesem Zusammenhang sei eine Anwendung des Wohngeldrechts abzulehnen. Der mit der Wohngeldgewährung verfolgte Zweck gehe weiter als derjenige der Sozialhilfegewährung. Im Wohngeldrecht sei der Begriff der Bedarfsgemeinschaft weiter definiert als die Haushaltsgemeinschaft im Sozialhilferecht.

Eine Direktanwendung des WoGG lehnte der Senat also ab. Zur mittelbaren Anwendbarkeit führte der Senat aus:

⁹² BVerwG, Urt. v. 22.08.1985 – 5 C 57/84 –, BVerwGE 72, 88-93.

⁹³ Soweit für die vorliegende Untersuchung relevant.

„[...] braucht die Rechtsfrage nicht entschieden zu werden, ob bei der Berechnung [der Angemessenheit, Anm. d. Verf.] die im Wohngeldrecht vorgesehenen Höchstbeträge ohne weiteres zugrunde gelegt werden dürfen.“

2.1.1.2 1986: Beweislast des Trägers für andere zumutbare Wohnung?

Die Ablehnung des Wohngeldrechts hat das BVerwG in einem Urteil aus 1986⁹⁴ nochmals bekräftigt. Klargestellt hat der Senat auch, dass hinsichtlich der Beurteilung von der tatsächlichen Miete⁹⁵ auszugehen ist.

Erwähnenswert ist, dass der beklagte Träger im Verfahren unter Beweisangebot vorgetragen hatte, die Klägerin hätte eine preisgünstigere Wohnung in seinem Zuständigkeitsbereich anmieten können. Der Senat verwies die Sache deshalb zurück an das OVG, um entsprechende Feststellungen zu treffen. Zur Beweislastverteilung enthält die Entscheidung aber keine Angaben.

2.1.1.3 1993: Größenbestimmung nach RiLi über sozialen Wohnungsbau

Wann eine Wohnung im Übrigen angemessen ist, hat das BVerwG erstmals in einem Urteil aus 1993⁹⁶ festgelegt. Gegenstand der Entscheidung war ein Umzug im laufenden Sozialhilfeanspruch⁹⁷. Der Leistungsempfänger war in eine größere (und teurere) Wohnung gezogen.

⁹⁴ BVerwG, Urt. v. 27.11.1986 – 5 C 2/85 –, BVerwGE 75, 168-173.

⁹⁵ Im Unterschied zur Auffassung des Klägers im Verfahren, es sei die um einen Wohngeldanspruch „bereinigte“ Miete zu berücksichtigen.

⁹⁶ BVerwG, Urt. v. 21.01.1993 – 5 C 3/91 –, BVerwGE 92, 1-6.

⁹⁷ Der Senat entschied auch, eine teilweise KdU-Übernahme sei nicht möglich. Dies leitete er aus dem Wortlaut der „tatsächlichen“ Aufwendungen in § 3 Abs. 1 S. 1 RegelsatzVO ab. Nach dem sozialhilferechtlichen Bedarfsdeckungsgrundsatz dürfe kein ungedeckter Bedarfsrest übrigbleiben. Kritisch hierzu z.B. *Schlegel*, info also 1994, 69. Dieses Problem löste der Gesetzgeber letztlich durch Art. 11 des Gesetzes zur Reform des Sozialhilferechts vom 23. Juli 1996, BGBl I, S. 1088. Er fügte eine Verpflichtung zur teilweisen Übernahme ein.

Für die Größenbestimmung einer angemessenen Wohnung griff der Senat auf die Kriterien der Förderungswürdigkeit im sozialen Wohnungsbau zurück⁹⁸.

2.1.1.4 1994: Erste Stufe: unterer Bereich der marktüblichen Ortsmieten als Spanne

Dies bestätigte er 1994⁹⁹ und baute den Angemessenheitsbegriff weiter aus: Es sei nicht auf den jeweiligen örtlichen Durchschnitt aller gezahlten Mietpreise, sondern auf die im unteren Bereich der für vergleichbare Wohnungen am Wohnort des Hilfeempfängers marktüblichen Wohnungsmieten abzustellen¹⁰⁰.

Zur Ermittlung dieses Bereichs hob der Senat die Besonderheiten des Wohnungsmarktes hervor:

- *Der Preisbildungsmechanismus sei unscharf*¹⁰¹
- *Die einzelnen Preisbildungsfaktoren der Miete*¹⁰² *bewegten sich in Spannbreiten.*

Dementsprechend lasse sich die Angemessenheit zunächst nur als abstrakte Spannbreite bestimmen.

Im konkreten Fall lag ein Mietspiegel vor. Die streitgegenständliche Wohnung befand sich "im (unteren) Durchschnittsbereich" der Spanne¹⁰³. Der Senat ließ erkennen, dass gute Wohnlagen als unangemessen vorab auszusortieren seien.

⁹⁸ Unter Bezugnahme auf seine Entscheidung vom 01.10.1992 - 5 C 28/89 -, Buchholz 436.0 § 88 BSHG Nr 28, zur Verwertung einer Eigentumswohnung als Vermögen im Rahmen eines Pflegegeldanspruchs.

⁹⁹ *BVerwG*, Urt. v. 17.11.1994 - 5 C 11/93 -, *BVerwGE* 97, 110-117.

¹⁰⁰ Unter Hinweis auf *BVerwG*, 17.01.1991 - 5 C 53/86 -, *BVerwGE* 87, 278-284; die Entscheidung betraf die Verwertbarkeit von Eigentumswohnungen als Vermögen.

¹⁰¹ Hierzu s. das Kapitel der vorliegenden Arbeit über die empirischen Erkenntnisse aus dem Mietrecht in Kapitel 3.1.2.; vgl. auch den Bericht der Bundesregierung betreffend die Ermöglichung einer vermehrten Aufstellung von Mietspiegeln durch die Gemeinden, *BT Drs.* 7/5160, S. 4 f.

¹⁰² Hierzu s. Kapitel 3.1.2. der vorliegenden Arbeit.

¹⁰³ Üblich (wenn auch nirgendwo vorgeschrieben) sind bei Mietspiegeln 2/3-Spannen, s. hierzu ebenfalls Kapitel 3.1.2 der vorliegenden Arbeit.

2.1.1.5 1996: Entwicklung einer zweiten Stufe: Verfügbarkeit von Unterkunftsalternativen und Zumutbarkeit

Diese Vorgaben zur Ermittlung einer abstrakten Spannbreite erweiterte das BVerwG in einem Urteil aus 1996¹⁰⁴ um ein weiteres Element: die konkrete Verfügbarkeit angemessener Unterkunftsalternativen.

Dies leitete der Senat aus § 3 Abs. 1 S. 2 RegelsatzVO¹⁰⁵ ab. Danach sei der Träger berechtigt, Hilfesuchende auf Alternativen zu verweisen. Dies sei aber nur zulässig, wenn Alternativen konkret verfügbar und zugänglich seien. Hierauf habe sich die Prüfung der Träger zu erstrecken.

Das Fehlen von Alternativen sei von den Leistungsempfängern substantiiert darzulegen. Jedenfalls müssten sie ernsthafte und intensive Bemühungen nachweisen, eine Alternative gesucht zu haben. Diese Anforderungen dürfen aber „je nach Marktlage nicht überspannt“ werden. Das Fehlen einer kostenangemessenen Unterkunftsalternative dürfe „wohl die Ausnahme“ sein.

Darüber hinaus äußerte der Senat sich auch zur Unzumutbarkeit von Unterkunftsalternativen. Sie erfordere besondere Umstände des Einzelfalls. Ein solcher Umstand liege darin, schon bei Beginn des Leistungsbezugs eine zu teure Wohnung zu bewohnen¹⁰⁶. Es bestehe ein schutzwürdiges Interesse, von einem Verlust des bisherigen sozialen Umfelds jedenfalls für eine Übergangszeit verschont zu bleiben.

¹⁰⁴ BVerwG, Urt. v. 30.05.1996 – 5 C 14/95 –, BVerwGE 101, 194-201.

¹⁰⁵ Wortgleich mit dem heutigen § 22 Abs. 1 S. 3 SGB II mit Ausnahme des letzten Halbsatzes, s.o. unter Kapitel 1.2.1.4.

¹⁰⁶ Hierzu verwies der Senat auf die o.g. Entscheidung vom 21.01.1993 – 5 C 3/91 –, BVerwGE 92, 1-6.

2.1.1.6 2002: Gleichheitssatz zwingt zu typisierter Angemessenheitsgrenze

Das so geschaffene zweistufige Prüfschema mit einer typisierten Angemessenheitsgrenze nach § 3 Abs. 1 S. 1 RegelsatzVO und einer konkreten Verfügbarkeitskontrolle nach § 3 Abs. 1 S. 2 RegelsatzVO verdeutlichte das BVerwG erneut 2002¹⁰⁷.

Der Senat entschied, dass auch geringfügige Überschreitungen der typisierten Angemessenheitsgrenze unzulässig seien. Hierzu zwingt der Gleichheitssatz bei der Bedarfsmessung. Diese sei nämlich von typisierten Wohnungsmerkmalen und von der Mietpreissituation auf dem regionalen Wohnungsmarkt abhängig. Sie seien zunächst einzelfallunabhängig zu Grunde zu legen. Erst danach könne mit Rücksicht auf die individuelle Bedarfslage der Hilfe Suchenden hiervon abgewichen werden.

2.1.1.7 2004: Wohngeldtabelle als Anknüpfungspunkt der ersten Stufe

2004¹⁰⁸ befasste sich das BVerwG aufgrund einer Revisionsentscheidung zu einem Urteil des OVG Lüneburg erneut mit der WoGG-Tabelle.

¹⁰⁷ BVerwG, Urt. v. 31.10.2002 – 5 C 11/01 –, Buchholz 436.0 § 12 BSHG Nr 49.

¹⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 31.08.2004 – 5 C 8/04 –, Buchholz 436.0 § 12 BSHG Nr 50.

Dem lag zugrunde, dass die Praxis weiterhin die Tabellenwerte heranzog – trotz der BVerwG-Entscheidung aus 1985. Im Rechtsstreit übernahm der Träger¹⁰⁹ nur einen Teil der KdU¹¹⁰ des Klägers. Als die Tabellenwerte des damaligen § 8 WoGG¹¹¹ erhöht wurden, berücksichtigte der Träger höhere KdU¹¹².

Viele Oberverwaltungsgerichte (OVG)¹¹³ hatten bislang eine Anwendung der Wohngeldtabelle als Anknüpfungspunkt zugelassen. Das OVG Niedersachsen löste den Rechtsstreit hingegen über die Beweislast. Der Träger musste nachweisen, dass es zum einen zu diesem Preis am Markt entsprechende Unterkünfte gibt. Zum anderen musste er nachweisen, dass diese Unterkünfte für den Hilfeempfänger konkret verfügbar und zugänglich seien. Der Träger legte entsprechende Analysen vor. Ein Sachverständiger bestätigte, dass am Markt ein ausreichendes Angebot an Wohnungen vorhanden war.

Für das BVerwG war damit letztlich im Ergebnis eine im unteren Bereich des örtlichen Wohnungsmarkts situierte Angemessenheitsgrenze gefunden. Der Senat ließ diese Vorgehensweise daher unbeanstandet.

¹⁰⁹ Der Sachverhalt ereignete sich in der Stadt Göttingen.

¹¹⁰ Es handelte sich um eine 45,56 m² große Singlewohnung. Die Brutto-Kaltmiete (also inklusive Nebenkosten) betrug 494,89 DM. Hiervon übernahm der Träger 460 DM.

¹¹¹ Die Vorschrift ist vergleichbar mit dem heutigen § 12 WoGG. Sie war etwas anders unterteilt. In der alten Fassung wurde explizit nach bezugsfähigem Datum und dem Vorhandensein von Dusche, Bad und/oder Sammelheizung unterschieden. Der höchste Wert fand sich in der ganz rechten Spalte der Tabelle. In der heutigen Fassung ist in der Tabelle jeweils nur ein einziger Wert abgebildet. Dafür wurden die Mietenstufen eingeführt.

¹¹² Im Fall nunmehr 479,18 DM.

¹¹³ Z.B. *VGH Hessen*, Urt. v. 22.08.1995 – 9 UE 2210/93 –, *NJW* 1996, 673; *OVG Nds.*, B. v. 31.07.1996 – 12 M 4000/96 –, *juris*; *OVG NRW*, Urt. v. 14.09.2001 – 12 A 4923/99 –, *NZM* 2002, 352-355; *OVG SH*, B. v. 28.08.1996 – 5 O 28/96 –, *SchlHA* 1997, 78-79.

2.1.1.8 2005: Produktmethode vs. Kombinationsmethode

In seinem letzten Urteil zur Thematik aus 2005¹¹⁴ setzte das BVerwG sich schließlich mit der Anwendung der sogenannten Produktmethode auseinander.

Die Beteiligten stritten um eine Weihnachtsbeihilfe für eine elfköpfige Großfamilie¹¹⁵. Bei der Bedarfsermittlung multiplizierte der Träger die Größe der klägerischen Wohnung (104,32 m²) mit der als angemessen angesehenen Quadratmetermiete (12,05 DM). Den so ermittelten Wert (mithin 1.257,06 DM) definierte er als Angemessenheitsgrenze. Tatsächlich war die Wohnung teurer. Ihr Bruttokalt¹¹⁶-Quadratmeterpreis lag bei 16,47 DM.

Das OVG NRW¹¹⁷ hielt diese Vorgehensweise (sogenannte Kombinationsmethode) für falsch. Statt der tatsächlichen Wohnungsgröße sei die abstrakt angemessene Wohnungsgröße in die Rechnung einzustellen (sogenannte Produktmethode). Maßgeblich sei also das mathematische Produkt aus angemessener Wohnfläche und angemessener Quadratmetermiete. Die angemessene Wohnfläche ergebe sich aus den anerkannten Wohnraumgrößen im sozialen Wohnungsbau¹¹⁸. Sie lag im konkreten Fall bei 195 m². Als Angemessenheitsgrenze ergebe sich mithin ein Wert von 2.349,75 DM (195 m² x 12,05 DM).

Wolle der Träger von diesem Wert abweichen, müsse er darlegen und beweisen, dass auf dem Markt ausreichende Wohnungen unterhalb der Wohnflächengrenze vorhanden seien.

¹¹⁴ BVerwG, Urt. v. 28.04.2005 – 5 C 15/04 –, info also 2006, 33-35. Dies ist die letzte Entscheidung des Senats zu den KdU im Sozialhilferecht.

¹¹⁵ Es klagten die Eheleute und ihre neun minderjährigen Kinder.

¹¹⁶ Miete mit Nebenkosten, jedoch ohne Heizkosten. Der „reine“ Mietzins wird hingegen als Nettokaltmiete bezeichnet.

¹¹⁷ OVG NRW, Urt. v. 15.03.2004 – 12 A 714/03 –, info also 2005, 37-39.

¹¹⁸ Vgl. die o.g. Entscheidung des BVerwG v. 21.01.1993 – 5 C 3/91 –, BVerwGE 92, 1-6.

Zur Begründung führte das OVG an, der zu deckende Bedarf¹¹⁹ sei „die Unterkunft“, nicht der Preis der Unterkunft. Zur Bestimmung ihrer Kosten gebe es aber zwei Kriterien: ihre Größe und den Quadratmeterpreis. Es sei sozialhilferechtlich nicht geboten, isoliert nur ein Kriterium zu betrachten.

Die Bedarfsbemessung richte sich gemäß § 3 Abs. 1 BSHG nach der Person des Hilfeempfängers. Gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 BSHG¹²⁰ sei es Aufgabe der Sozialhilfe, dem Empfänger ein Leben zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspreche. Mit Blick auf diesen Grundsatz sei die Bedarfsbemessung für eine Beeinflussung durch subjektive Präferenzen des Hilfeempfängers offen.

Das BVerwG schloss sich dieser Auffassung an. Zur Begründung zog der Senat zudem § 3 Abs. 1 S. 3 HS RegelsatzVO heran. Die Norm enthielt folgenden Satz¹²¹:

sind die Aufwendungen für die neue Unterkunft unangemessen hoch, ist der Träger der Sozialhilfe nur zur Übernahme angemessener Aufwendungen verpflichtet.

Hieraus schloss der Senat, der Bezugspunkt für die Bedarfsermittlung habe sich verändert. Die konkret bewohnte Unterkunft des Hilfebedürftigen sei nicht mehr ausschlaggebend.

Um dies zu verstehen, ist insoweit ein Vergleich mit seiner Judikatur vor Einführung des oben genannten Satzes erforderlich. Der Senat entschied in seinem Urteil von 1993¹²² nämlich auch, eine teilweise KdU-Übernahme sei nicht möglich. Dies leitete er aus dem Wortlaut der „tatsächlichen“ Aufwendungen in § 3 Abs. 1 S. 1 RegelsatzVO ab. Nach

¹¹⁹ Gemäß §§ 11 und 12 BSHG zählte die Unterkunft zum notwendigen Lebensunterhalt, s.o. unter Kapitel 2.1.1.2.

¹²⁰ Der Wortlaut findet sich wieder im heutigen § 1 Abs. 1 SGB II.

¹²¹ § 3 Abs. 1 S. 3 HS 2 RegelsatzVO, eingeführt durch das Gesetz zur Reform der Sozialhilferechts vom 23. Juli 1996, BGBl I, S. 1088. Die Vorschrift ist insoweit vergleichbar mit dem heutigen § 22 Abs. 1 S. 1 HS 2 SGB II („soweit diese angemessen sind“).

¹²² BVerwG, Urt. v. 21.01.1993 – 5 C 3/91 –, BVerwGE 92, 1-6.

dem sozialhilferechtlichen Bedarfsdeckungsgrundsatz dürfe aber kein ungedeckter Bedarfsrest übrigbleiben. Dies machte es Sozialhilfeempfängern unmöglich, einen „überschießenden“ KdU-Anteil aus dem Regelsatz zu bestreiten.

Aus der nunmehr gesetzlich ermöglichten Übernahme der Teilkosten folgte der Senat, die Betrachtung habe sich von einer objektbezogenen Angemessenheit hin zu einem abstrakten Bedarfsverständnis gewandelt. Die angemessene Höhe der Unterkunftskosten bestimme sich daher nach der abstrakt angemessenen Größe und dem angemessenen Quadratmeterpreis. Aufgrund der sich hieraus ergebenden Flexibilität für die Hilfebedürftigen wurde die Entscheidung auch von der Literatur begrüßt¹²³.

2.1.1.9 Zwischenfazit: Zweistufiges Prüfungssystem mit behördlicher Verfügbarkeitskontrolle

Das BVerwG hat nach dem Dargestellten ein mehrstufiges Modell zur Angemessenheitsprüfung entwickelt, das sich wie folgt resümieren lässt:

1. Typisierte Stufe

- a. *Wohnungsgröße* (RiLi über soz. Wohnungsbau)
- b. *Quadratmeterpreis* (Spanne im unteren Ortsmarkt)

2. Konkrete Stufe (Verfügbarkeitskontrolle)

- a. *Verfügbarkeit von Alternativen*
- b. *Zumutbarkeit dieser Alternativen*

Das Modell gliedert sich in eine typisierte und eine konkrete Stufe.

¹²³ Vgl. *Berlit*, jurisPR-BVerwG 16/2005 Anm. 6.

2.1.1.9.1 Erste Stufe: Typisierte Stufe

Die erste Stufe definiert die obere Angemessenheitsgrenze. Das BVerwG hob die Bedeutung des Gleichheitssatzes hervor, der zu einer Typisierung zwingt. Auf der ersten Stufe werden zwei Werte ermittelt. Die Größe ergibt sich aus den Richtlinien über den sozialen Wohnungsbau. Der Quadratmeterpreis wird anhand der wertbildenden Faktoren¹²⁴ für den jeweiligen Wohnungsmarkt ermittelt. Sodann wird (jedenfalls bei Mietspiegeln) eine Spanne¹²⁵ im unteren Ortsmarkt gebildet. Bei der Spannenbildung seien gute Wohnlagen vorab auszusortieren. Nähere Ausführungen zur Spannenbildung enthält die Judikatur des BVerwG nicht. Sie lässt auch sonst keine operativen empirischen Vorgaben erkennen.

Auf der ersten Stufe wandte das BVerwG die Produktmethode an. Ihr liegt die Überlegung zugrunde, der Hilfebedürftige könne seinen Unterkunftsbedarf unterschiedlich zusammensetzen¹²⁶. Er könne eine größere Wohnung zu einem niedrigen Quadratmeterpreis oder eine kleinere Wohnung zu einem höheren Quadratmeterpreis bewohnen. Diese beiden Werte ergeben miteinander multipliziert eine obere Grenze¹²⁷ der Angemessenheit.

¹²⁴ Die wertbildenden Faktoren einer Wohnung sind schwierig zu ermitteln. Das Mietrecht liefert hierzu Anhaltspunkte, dazu siehe unten in Kapitel 3.1.2.

¹²⁵ Auch hinsichtlich der Spannenbildung orientierte sich das *BVerwG* am Mietrecht, dazu siehe oben unter Kapitel 2.1.1.4.

¹²⁶ Damit folgt die Produktmethode letztlich dem Prinzip des sog. Warenkorbmodells.

¹²⁷ Der Begriff „Obergrenze“ hat sich insoweit etabliert, vgl. z.B. *BSG*, Urt. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, *BSGE* 102, 263-274, Rdnr. 4; *BSG*, Urt. v. 20.08.2009 – B 14 AS 41/08 R –, juris, Rdnr. 6; *BSG*, Urt. v. 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R –, *SozR* 4-4200 § 22 Nr 27, Rdnr. 20; *BSG*, Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 50/10 R –, *SozR* 4-4200 § 22 Nr 42, Rdnr. 25. Er wird jedoch teilweise an unterschiedlicher Stelle in der Angemessenheitsbestimmung verwendet (vgl. z.B. *BSG*, Urt. v. 10.09.2013 – B 4 AS 4/13 R (Münster) –, *SozR* 4-4200 § 22 Nr 72, wo der Begriff für die sogenannte „Wohngeldlösung“ verwendet wird.

2.1.1.9.2 Zweite Stufe: Verfügbarkeitskontrolle und Zumutbarkeitsbegriff

Die zweite Stufe kann als Verfügbarkeitskontrolle bezeichnet werden. Die Beweislastverteilung des OVG Niedersachsen, der Träger müsse das Vorhandensein von Alternativen aufzeigen, ließ das BVerwG unbeanstandet.

Der Begriff der Zumutbarkeit diene nach dem BVerwG dem Schutz des sozialen Umfelds. Aus der Judikatur kann als Beispiel die „Mitnahme einer unangemessenen Wohnung in den Leistungsbezug“¹²⁸, also das weitere Bewohnen der vor dem Eintritt der Hilfebedürftigkeit bewohnten Unterkunft, resümiert werden. Dies solle jedenfalls für eine gewisse Zeit gelten.

2.1.2 Judikatur des BSG

Mit Einführung des SGB II war das BSG für Streitigkeiten um Unterkunftskosten von Leistungsempfängern zuständig. Die Schwierigkeiten der Leistungsträger in der KdU-Praxis bestanden weiterhin. Wie nachfolgend dargestellt wird, bemühte sich das BSG insbesondere, operative empirische Vorgaben in seine Rechtsprechung zu implementieren. Die Modifikationen der bisherigen Angemessenheitsauslegung hin zur Dogmatik des schlüssigen Konzepts sollen im Folgenden herausgearbeitet werden. Die Judikatur des BSG zum Thema ist äußerst umfangreich¹²⁹. Sie wird im Folgenden – soweit für die vorliegende Untersuchung erforderlich – anhand der richtungsgebenden Entscheidungen zusammengefasst und ihre Kernaussagen herausgearbeitet. Für eine Darlegung ihrer Entwicklung und ein Verständnis der Fülle an über die Zeit entstandenen Konzeptprobleme ist auch hier zunächst eine chronologische Darstellung erforderlich; in einem Fazit werden diese dann thematisch zusammengefasst.

¹²⁸ Formulierung des Verfassers.

¹²⁹ Eine Juris-Recherche zu diesem Schlagwort fördert über einhundert Entscheidungen zutage.

2.1.2.1 2006: Zunächst Dogmatikübernahme mit neuen Begriffen

Im ersten KdU-Fall des BSG 2006¹³⁰ hatte der Träger mangels Vorliegens eines Mietspiegels die Tabellenwerte des WoGG herangezogen¹³¹. Der seinerzeit zuständige Senat 7b lehnte diese Vorgehensweise ab. Er definierte die Angemessenheitsprüfung wie folgt: Bei der Wohnungsgröße sei der soziale Mietwohnungsbau zugrunde zu legen. Sodann sei der Wohnungsstandard zu berücksichtigen. Der Senat führte aus:

„Angemessen sind die Aufwendungen für eine Wohnung nur dann, wenn diese nach Ausstattung, Lage und Bausubstanz¹³² einfachen und grundlegenden Bedürfnissen genügt und keinen gehobenen Wohnstandard aufweist.“

Der Quadratmeterpreis müsse daher im unteren Segment liegen. Der Senat lehnte wie schon das BVerwG die Kombinationsmethode ab und schloss sich der Produktmethode¹³³ hinsichtlich angemessener Wohnfläche und Standard¹³⁴ an. Er führte einen neuen Begriff ein: es sei sodann ein „räumlicher Vergleichsmaßstab“ zu ermitteln und zu bewerten. In einem letzten Schritt sei schließlich zu überprüfen, ob die Kläger tatsächlich die Möglichkeit hätten, eine abstrakt als angemessen eingestufte Wohnung konkret am Markt anmieten zu können.

¹³⁰ BSG, Urt. v. 07.11.2006 – B 7b AS 18/06 R –, BSGE 97, 254-265; vgl. auch die Parallelentscheidung v. 07.11.2006 – B 7b AS 10/06 R –, BSGE 97, 231-242.

¹³¹ Diese Vorgehensweise entsprach der Rechtsprechung des vormals zuständigen OVG Lüneburg. Es hatte sich gegen die Rspr. des BVerwG gestellt. Dieser Auffassung schloss sich die sozialgerichtliche Vorinstanz an, LSG Nds. an, Urt. v. 23.03.2006 – L 8 AS 388/05 –, juris. Sie zeigt auf, dass die Träger weiterhin Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Angemessenheitsbegriffs hatten. Dies galt insbesondere in Kommunen ohne Mietspiegel.

¹³² Hierbei handelt es sich um die sogenannten wertbildenden Faktoren aus dem Mietrecht. Sie sollen den Quadratmeterpreis maßgeblich bestimmen. Hierzu siehe unten im Kapitel über die Erkenntnisse aus dem Mietrecht unter 3.1.2.

¹³³ Im Fall Produkttheorie genannt.

¹³⁴ Die Produkttheorie stelle letztlich auf das Produkt aus angemessener Fläche und Standard ab, das sich in der Wohnungsmiete niederschläge, vgl. BSG, Urt. v. 07.11.2006 – B 7b AS 18/06 R –, BSGE 97, 254-265, Rdnr. 20.

Die Anwendbarkeit der WoGG-Tabelle lehnte der Senat jedoch nicht kategorisch ab. Sie käme allenfalls nach Ausschöpfen aller anderen Ermittlungsmöglichkeiten des Marktes in Betracht. Vorrangige Möglichkeiten seien die Auswertung von Mietspiegeln oder aber die Erstellung sogenannter „grundsicherungsrelevanter Mietspiegel“. In diesem Zusammenhang¹³⁵ führte der Senat aus:

„Die Grundsicherungsträger und die Gerichte werden bei der Prüfung der Angemessenheit [...] mithin nicht umhin kommen, jeweils die konkreten örtlichen Gegebenheiten auf dem Wohnungsmarkt zu ermitteln und zu berücksichtigen“.

Die Entscheidung enthält überdies Ausführungen zur Zumutbarkeitsregelung. Sie solle verhindern, dass Leistungsberechtigte gezwungen werden, ihre Wohnung sofort aufzugeben. Der Senat hielt zwei Fälle für schutzbedürftig: das Bewohnen unangemessener Unterkünfte bei Eintritt in die Bedürftigkeit¹³⁶ und Mieterhöhungen im laufenden Leistungsbezug.

Festzuhalten ist damit, dass der Senat zwei neue Begrifflichkeiten eingeführt hatte. Die vom BVerwG bezeichnete „Spanne im unteren Ortsmarkt“¹³⁷ nannte er das „untere Segment“¹³⁸. Neu war der Begriff des „räumlichen Vergleichsmaßstabs“. Der dogmatische Prüfungsstandort der Verfügbarkeit und die dortigen Hinweise auf die Ermittlungspflichten der Behörden¹³⁹ ließen zunächst vermuten, dass das BSG die Ver-

¹³⁵ Die Ausführungen finden sich unmittelbar im Anschluss an die Verfügbarkeitskontrolle, s. auch den Begriff „mithin“ im nachfolgenden Zitat in BSG, Urt. v. 07.11.2006 – B 7b AS 18/06 R –, BSGE 97, 254-265, Rdnr. 23.

¹³⁶ Damit übernahm der Senat die Judikatur des BVerwG im Urt. v. 30.05.1996 – 5 C 14/95 –, BVerwGE 101, 194-201.

¹³⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.11.1994 – 5 C 11/93 –, BVerwGE 97, 110-117.

¹³⁸ Die genaue Reichweite des „unteren Segments“ war indes nicht definiert; hierzu sogleich. In der Literatur wurde daher seinerzeit eine Festlegung auf 10 % befürwortet, s. etwa Butzer/Keller, NZS 2009, S. 69 ff.

¹³⁹ Zu den rechtlichen Implikationen im Hinblick auf die kommunale Selbstverwaltung s.u. im Teil 5 der vorliegenden Arbeit; ferner z.B. Keller, NDV 2009, S. 56 f.

füßbarkeitskontrolle des BVerwG übernommen hatte. Die Entscheidung des BSG fand als entsprechende Fortführung daher überwiegende Akzeptanz in der Literatur¹⁴⁰.

2.1.2.2 2008: Anscheinsbeweis der Unterkunftsalternative?

In einem Urteil aus 2008¹⁴¹ erklärte der Senat 14/7b die Suche nach einer Unterkunftsalternative indes zur Obliegenheit der Leistungsempfänger¹⁴². Dies leitete er aus § 22 Abs. 1 S. 2 SGB II a.F.¹⁴³ ab. Eine umfassende Beratungspflicht der Träger bestehe nach dessen Wortlaut nicht¹⁴⁴. Auch eine Kostensenkungsaufforderung sei nicht erforderlich. Sie sei lediglich ein Informationsschreiben mit Aufklärungs- und Warnfunktion¹⁴⁵. Es genüge die Angabe des angemessenen Mietpreises¹⁴⁶.

Im selben Jahr entschied der Senat 11b in seiner Osnabrück-Entscheidung¹⁴⁷ zur Beweislast. Falls die tatsächlichen Aufwendungen hinter

¹⁴⁰ Z.B. *Link*, Sozialrecht aktuell 2007, 8 ff., der den für die Kommunen hierdurch verursachten Mehraufwand im Hinblick auf den Individualisierungsgrundsatz als gerechtfertigt ansah; zudem befand etwa *Wenner*, SozSich 2006, 391 ff. eine grundsätzliche Stärkung der Position der Hilfebedürftigen; ferner etwa *Peters/Wrackmeyer*, NDV 2007, 145 ff.

¹⁴¹ BSG, Urt. v. 27.02.2008 – B 14/7b AS 70/06 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 8.

¹⁴² Damit folgt die Entscheidung dem o.g. Urteil des *BVerwG* Urt. v. 30.05.1996 – 5 C 14/95 –, BVerwGE 101, 194-201. Im hier genannten BSG-Fall hatten die Kläger keine Bemühungen unternommen, eine Unterkunftsalternative zu finden. Diese Entwicklung folgte aus dem sog. Konzept der Eigenverantwortung Hilfebedürftiger i.S.d. § 1 Abs 1 SGB II, vgl. hierzu die Anmerkung zum Urteil von *Hannappel* in SGB 2009, S. 108-110.

¹⁴³ Heute § 22 Abs. 1 S. 3 SGB II: „Soweit die Aufwendungen für die Unterkunft den der Besonderheit des Einzelfalles angemessenen Umfang übersteigen, sind sie als Bedarf solange zu berücksichtigen, wie es dem [...] Leistungsberechtigten [...] nicht [...] zuzumuten ist, die Aufwendungen zu senken, in der Regel jedoch längstens für sechs Monate“.

¹⁴⁴ Plastisch formuliert es der Senat an späterer Stelle der Entscheidung. Der Grundsicherungsträger sei nicht verpflichtet, Leistungsempfänger „an die Hand zu nehmen“ und ihm im Einzelnen aufzuzeigen, wie er die Kosten senken könne (Rdnr. 15).

¹⁴⁵ Der Senat lehnte damit die Verwaltungsaktqualität solcher Schreiben ab. Hieran hält das BSG bis heute fest, so zuletzt ausdrücklich der 4. Senat in seinem Urt. v. 15.06.2016 – B 4 AS 36/15 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 90, Rdnr. 15 f.

¹⁴⁶ Zu den Rechtsfolgen eines fehlenden Hinweises und eine dogmatische Behandlung im Rahmen der Zumutbarkeit s. *Fuchsloch*, SGB 2007, 550 ff.

¹⁴⁷ BSG, Urt. v. 19.03.2008 – B 11b AS 41/06 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 7 (Osnabrück I).

dem abstrakt angemessenen¹⁴⁸ Mietpreis zurückblieben, komme es in einem weiteren Schritt auf die konkrete Verfügbarkeit von Unterkunftsalternativen an. Die Klägerin hatte zahlreiche vergebliche Bemühungen dargelegt¹⁴⁹. Der Senat sah dann den Träger verpflichtet, konkrete Unterkunftsalternativen zu benennen.

Betrachtet man beide Entscheidungen aus 2008, so lässt sich ein System des Anscheinsbeweises¹⁵⁰ erkennen: Einerseits ist es eine Obliegenheit, sich um Unterkunftsalternativen zu bemühen. Bei Nachweis dieser Bemühungen ist es Aufgabe des Trägers, ihr Vorhandensein zu prüfen und zu belegen. Die Obliegenheit zum Nachweis von Bemühungen entspricht der Rechtsprechung des BVerwG. Andernfalls müsste ein Leistungsempfänger eine negative Tatsache darlegen¹⁵¹.

Im Urteil wird zudem erstmals der Begriff des schlüssigen Konzepts erwähnt:

„Die Beklagte wird ein schlüssiges Konzept nicht nur zur Wohnungsgröße, sondern auch zum Wohnungsstandard vorzulegen haben¹⁵².“

¹⁴⁸ Verstanden als Produkt aus zulässiger Wohnraumgröße und Quadratmeterpreis.

¹⁴⁹ Dies unterschied den Sachverhalt vom vorgehend genannten Urteil v. 19.03.2008.

¹⁵⁰ Auch tatsächliche Vermutung oder *prima-facie*- Beweis genannt. Bei bestimmten, regelmäßig wiederkehrenden Erfahrungssätzen wird deren Vorliegen vermutet. Diese Vermutung kann dann indes durch entsprechenden Vortrag noch erschüttert werden. Für das BSG ist dieser Erfahrungssatz, dass in Deutschland keine allgemeine Wohnungsnot herrscht. Der Begriff der Anscheinsbeweises ist vergleichbar mit der sekundären Darlegungslast beim Beibringungsgrundsatz, auch abgestufte Darlegungslast genannt. Letzterer stammt aus dem Zivilprozessrecht. Es handelt sich um ein durch Richterrecht entwickeltes Rechtsinstitut. Es findet Anwendung, wenn es der darlegungsbelasteten Partei typischerweise unzumutbar ist, alle Tatsachen vorzutragen, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen.

¹⁵¹ S. hierzu sogleich beim Ur. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274 .

¹⁵² BSG, Ur. v. 19.03.2008 – B 11b AS 41/06 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 7 (Osnabrück I), Rdnr. 23.

2.1.2.3 2008: „Grundsicherungsrelevante Mietspiegel“ (Osnabrück)

In einer weiteren Osnabrück-Entscheidung desselben Jahres¹⁵³ befasste sich der Senat 14/7b erneut¹⁵⁴ mit der Anwendbarkeit der WoGG-Tabelle¹⁵⁵. Der Träger legte den um 10 % erhöhten WoGG-Tabellenwert zugrunde¹⁵⁶. Nachweislich war auch genügend verfügbarer Wohnraum zu diesem Preis vorhanden.

Das LSG¹⁵⁷ beanstandete diese Vorgehensweise nicht¹⁵⁸. Der Senat des BSG lehnte sie ab. Die örtlichen Gegebenheiten seien nicht hinreichend ermittelt. Außerdem enthalte die Wohngeldtabelle keine Aussagen zur Bedarfsangemessenheit des Wohnraums. Der Senat stellte dabei klar, ein Mietspiegel sei „nicht zwingend“ zu verlangen. Der Träger könne erwägen, einen eigenen „grundsicherungsrelevanten Mietspiegel“¹⁵⁹ zu

¹⁵³ BSG, Urt. v. 18.06.2008 – B 14/7b AS 44/06 R –, FEVS 60, 145-150 (Osnabrück II). Der Senat 14/7b schloss sich mit dieser Entscheidung dem dogmatischen Aufbau des Angemessenheitsbegriffs des Senats 7b im Urt. v. 07.11.2006 – B 7b AS 18/06 R –, BSGE 97, 254-265 an.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ Im Fall existierte ein einfacher Mietspiegel, der überwiegend aus „Wohngeldfällen“ bestand (Dies wäre für sich genommen für den Senat unschädlich gewesen, vgl. BSG, Urt. v. 18.06.2008 – B 14/7b AS 44/06 R –, FEVS 60, 145-150 Rdnr. 17). Bei Zugrundelegung seiner Werte hätte das Produkt von Quadratmeterpreis und zulässiger Größe die Angemessenheitsgrenze nicht überschritten (Die Wohnung war 3 m² größer als zulässig, jedoch 2,45 € günstiger als nach dem Mietspiegel). Im Unterschied zu einfachen Mietspiegeln gibt es im Mietrecht sog. qualifizierte Mietspiegel. Für sie fordert das BGB, dass sie nach anerkannten wissenschaftlichen Standards aufgestellt wurden. Einfache Mietspiegel unterliegen keinen weitergehenden Regularien. Im Fall waren die Daten aus Wohngeldfällen und den Verbänden ermittelt worden. Vgl. zu Mietspiegeln unten das Kapitel über die Erkenntnisse aus dem Mietrecht unter 3.1.2.

¹⁵⁶ Die Klägerin bewohnte alleine eine 53 m² Altbauwohnung in Osnabrück zum Bruttokaltpreis (Miete mit Nebenkosten, jedoch ohne Heizkosten – im Fall irritierenderweise „Warmmiete“ genannt) von 308,65 €. Die WoGG-Tabelle wies für ein Haushaltsmitglied, Mietstufe III für das Alter der Wohnung 225,- € aus. Dementsprechend übernahm der Träger 247,50 € KdU (um 10 % erhöhter Wert).

¹⁵⁷ LSG Nds.-Bremen, Urt. v. 24.08.2006 – L 8 AS 133/06 –, juris. Dieses Vorgehen illustriert einmal mehr den Wunsch der Praxis nach Verwendung der Wohngeldtabelle.

¹⁵⁸ Den einfachen Mietspiegel hielt das LSG für nicht aussagekräftig genug. Seine Werte waren aus ca. 13.300 Datensätzen ermittelt worden.

¹⁵⁹ LSG Nds.-Bremen, Urt. v. 24.08.2006 – L 8 AS 133/06 –, juris, Rdnr. 7.

erstellen. Diesem müsse dann aber ein „lediglich“¹⁶⁰ schlüssiges Konzept zur Ermittlung der aktuellen örtlichen Mieten zugrunde liegen. Die Datenbasis müsse dann auf mindestens 10 % des Mietwohnungsbestandes beruhen.

Festzuhalten ist, dass der Senat damit inhaltlich von der oben genannten¹⁶¹ Entscheidung des BVerwG aus 2004 abwich. Für das BVerwG war bei Zugrundelegung der WoGG-Tabelle und erwiesener Verfügbarkeit entsprechender Wohnungen im Ergebnis eine korrekte Angemessenheitsgrenze gefunden.

Die Entscheidung lässt überdies erkennen, dass für den Senat die Aufstellung eines Mietspiegels für die Träger gleichwohl der Regelfall sein sollte¹⁶². Außerdem übernahm er den Begriff der „abstrakten Angemessenheit“ für die erste Stufe¹⁶³. Auf dieser gelte es, die „abstrakte Vergleichsmiete“¹⁶⁴ zu ermitteln. Die zweite Stufe nannte der Senat „konkrete Angemessenheit“.

2.1.2.4 2009: Begriff der „Referenzmiete“; räumlicher Vergleichsmaßstab als homogener Bereich; Modifikation der konkreten Angemessenheit (München)

In seiner umfangreichen ersten München-Entscheidung aus 2009¹⁶⁵ definierte nunmehr auch der 4. Senat den Angemessenheitsbegriff auf Grundlage der bisher ergangenen Entscheidungen der anderen Senate.

¹⁶⁰ *Ibidem*, Rdnr. 16 juris..

¹⁶¹ Siehe oben unter Kapitel 3.1.7.

¹⁶² Vgl. *LSG Nds.-Bremen*, Urt. v. 24.08.2006 – L 8 AS 133/06 –, juris, Rdnr. 7: „Zumindest dann, wenn die Erhebungen [...] auf einem schlüssigen Konzept [...] beruhen, ist nicht zwingend ein Mietspiegel [...] zu verlangen“.

¹⁶³ Der Begriff wurde wie gezeigt schon in der vorgehenden Entscheidung des Senats 11b verwendet (*BSG*, Urt. v. 19.03.2008 – B 11b AS 41/06 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 7).

¹⁶⁴ Vgl. *LSG Nds.-Bremen*, Urt. v. 24.08.2006 – L 8 AS 133/06 –, juris, Rdnr. 19; später hat sich der Begriff der „Referenzmiete“ durchgesetzt.

¹⁶⁵ *BSG*, Urt. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274 (München I).

Dem Fall lag inhaltlich erstmals ein zivilrechtlicher¹⁶⁶ Mietspiegel zugrunde. Der Träger hatte dessen Durchschnittsmieten verwendet. Hieran scheiterte sein Konzept, da er mithin nicht auf das untere Mietpreinsniveau abgestellt hatte¹⁶⁷.

Der Senat führte zunächst aus, der unbestimmte Rechtsbegriff der Angemessenheit sei gerichtlich voll überprüfbar¹⁶⁸ und definierte ihn wie folgt: In einem ersten Schritt seien abstrakt angemessene Wohnungsgröße und -standard zu bestimmen. In einem zweiten Schritt werde der räumliche Vergleichsmaßstab für die weiteren Schritte festgelegt. In einem dritten Schritt werde der Preis für eine nach Größe und Standard abstrakt angemessene Wohnung ermittelt¹⁶⁹. Dies ergebe die sogenannte „Referenzmiete“¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Wie schon in der Osnabrück-Entscheidung (BSG, Urt. v. 18.06.2008 – B 14/7b AS 44/06 R –, FEVS 60, 145-150, Rdnr. 17 (Osnabrück II)) ausgeführt, ist letztlich jede Aufstellung über Mieten ein (einfacher) Mietspiegel, vgl. hierzu unten das Kapitel über die Erkenntnisse aus dem Mietrecht unter 3.1.2.

¹⁶⁷ Vgl. BSG, Urt. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274 (München I), Rdnr. 25. Das Konzept scheiterte ebenfalls an der abstrakt angemessenen Wohnungsgröße. Die Wohnraumfördervorschriften sahen zwei verschiedene Angemessenheitswerte vor: 40 m² für eine Einzimmerwohnung und 50 m² für eine Zweizimmerwohnung. Aus Gründen der Rechtssicherheit stellte der Senat (entgegen dem Träger) auf den höheren Wert ab. Die Anwendbarkeit der WoFG-Werte hielt er jedoch wegen der Einflussmöglichkeiten der Länder auf die Bundesvorschrift des § 22 SGB II insgesamt für problematisch, vgl. Rdnr. 17 f. der Entscheidung.

¹⁶⁸ *Ibidem*, Rdnr. 12.

¹⁶⁹ Unter Anwendung der Produktmethode. Der Senat fügte hinzu, es sei nicht nur auf tatsächlich am Markt angebotene Wohnungen abzustellen, sondern auch auf vermietete Wohnungen, vgl. *ibidem*, Rdnr. 13.

¹⁷⁰ Definiert als „insgesamt angemessene Wohnungsmiete“, *ibidem*, Rdnr. 13 und 24.

Es ist also festzuhalten, dass der Senat¹⁷¹ die Definition eines angemessenen Wohnstandards¹⁷² dogmatisch vor die Ermittlung des örtlichen Wohnungsmarkts platziert und damit gewissermaßen „vor die Klammer gezogen“ hatte¹⁷³. Dies lässt erkennen, dass eine Vereinheitlichung eines „SGB II-Wohnstandards“¹⁷⁴ intendiert war:

„Im ersten Schritt konkretisiert das BSG normativ und unabhängig von den konkreten örtlichen Gegebenheiten, welche Wohnungsgröße und welcher Wohnstandard [...] abstrakt als angemessen anzusehen sind¹⁷⁵.“

In seiner deutlich späteren Dresden-Entscheidung aus 2014¹⁷⁶ relativierte der 4. Senat diese Linie jedoch und formulierte:

„Ein ‚verfahrensrechtliches Erfordernis‘, sämtliche Wohnwertmerkmale [...] in einem vorgeschalteten Schritt zu definieren, haben die [...] zuständigen Senate [...] nicht formuliert¹⁷⁷.“

¹⁷¹ Im Unterschied zum *BVerwG*.

¹⁷² Gleiches gilt für die Wohnungsgröße. Dies wirkt sich indes im Ergebnis nicht aus, da insoweit auf landesweite Vorschriften abgestellt wird. Da der „räumliche Vergleichsmaßstab“ nicht landesweit gezogen wird, ist der Prüfungsstandort daher irrelevant. Anders ist dies beim Wohnstandard. Den Rückgriff auf die Regelung zur sozialen Wohnraumförderung problematisierte der Senat übrigens in der Entscheidung. Es läge „theoretisch in der Hand der Bundesländer, eine bundeseinheitlich zu handhabende Regelung zumindest mittelbar zu beeinflussen“ (*BSG, Ur. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274 (München I), Rdnr. 16*). Der Senat hielt ihre Anwendung für „noch vertretbar“ bis zur Einführung einer „dringend wünschenswerten bundeseinheitlichen Bestimmung angemessener Wohnungsgrößen durch Verordnung“ (*ibidem*). Er ließ damit eine auf Pauschalierung gerichtete Sichtweise erkennen.

¹⁷³ Der „Vergleichsmaßstab“ wird erst im zweiten Schritt ermittelt. Angedeutet hatte sich diese Linie retrospektiv schon in der oben unter 2.1.2.1 genannten Entscheidung v. 07.11.2006 – B 7b AS 18/06 R –, *BSGE 97, 254-265*.

¹⁷⁴ Begriff des Verfassers. Im Urteil „Wohnung mit bescheidenem Zuschnitt“ genannt, vgl. *BSG, Ur. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274 (München I), Rdnr. 14*. Der 4. Senat übernahm überdies die Formulierung „lediglich einfacher und im unteren Segment liegender Ausstattungsgrad der Wohnung“ aus der oben unter 2.1.2.1 genannten Entscheidung des 7b. Senats v. 07.11.2006 – B 7b AS 18/06 R –, *BSGE 97, 254-265*.

¹⁷⁵ Vgl. *BSG, Ur. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274 (München I), Rdnr. 14*.

¹⁷⁶ *BSG, Ur. v. 18.11.2014 – B 4 AS 9/14 R –, BSGE 117, 250-260 (Dresden)*. Auch diesem Fall lag ein Mietspiegel zugrunde.

¹⁷⁷ *Ibidem*, Rdnr. 19.

Ausgangspunkt für den Vergleichsmaßstab im zweiten Prüfungsschritt war für den Senat der klägerische Wohnort, definiert als „homogener Lebens- und Wohnbereich“¹⁷⁸. Kriterien seien die Wohnbebauung, die Infrastruktur und die verkehrstechnische Verbundenheit. Der Senat erkannte die Gefahr einer Ghettobildung. Daher sei nicht auf bestimmte „billige“ (Stadt-)Teile, sondern nur auf den gesamten Vergleichsraum¹⁷⁹ abzustellen.

Auch insoweit sah er den Ordnungsgeber in der Pflicht, einheitliche Bestimmungskriterien zu definieren „und damit die Zumutbarkeitsschwelle für Umzüge [...] zu bestimmen“; gleichzeitig hielt der Senat fest, die „besonderen Belange und konkrete Situation“ des jeweiligen Hilfebedürftigen seien im Rahmen der Zumutbarkeit des § 22 Abs. 1 S. 3 SGB II zu berücksichtigen, nicht auf der abstrakten Angemessenheitsstufe der Vergleichsraumbildung¹⁸⁰.

Die Entscheidung enthält daher auch Ausführungen zur zweiten Stufe. Bei Überschreiten der abstrakten Angemessenheitsgrenze¹⁸¹ komme eine Übernahme der tatsächlichen Aufwendungen nur in Betracht, wenn Bedürftige auf dem Markt tatsächlich¹⁸² eine Wohnung zum Preis der Referenzmiete konkret¹⁸³ nicht anmieten können.

Diese Regel verknüpfte der Senat mit den Tatbestandsmerkmalen der Zumutbarkeit und Unmöglichkeit in § 22 Abs. 1 S. 3 SGB II¹⁸⁴. Auch für

¹⁷⁸ Vgl. *BSG*, Urt. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, *BSGE* 102, 263-274 (München I), Rdnr. 21.

¹⁷⁹ In der Entscheidung hielt der Senat das gesamte Stadtgebiet Münchens für einen zulässigen Vergleichsraum.

¹⁸⁰ *BSG*, Urt. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, *BSGE* 102, 263-274 (München I), Rdnr. 23.

¹⁸¹ „Referenzmiete“.

¹⁸² Dies verdeutlicht einmal mehr, dass die Judikatur eine Analyse der tatsächlichen Marktgegebenheiten erst nach Festlegung einer typisierten, fiktiven „Hartz IV-Wohnung“ vorsieht.

¹⁸³ Dies lässt die begriffliche Unterteilung in abstrakte und konkrete Angemessenheit erkennen, die der Senat 14/7b bereits in der letzten Entscheidung aus 2008 (*BSG*, Urt. v. 18.06.2008 – B 14/7b AS 44/06 R –, *FEVS* 60, 145-150) vorgenommen hatte.

¹⁸⁴ Wortlaut der Norm: Soweit die Aufwendungen [...] den der Besonderheit des Einzelfalles angemessenen Umfang übersteigen, sind sie als Bedarf solange anzuerkennen, wie es [...] Leistungsberechtigten nicht möglich oder nicht zuzumuten ist, [...] die Aufwendungen zu senken, in der Regel jedoch längstens für sechs Monate.

den 4. Senat war die Kostensenkung eine Obliegenheit¹⁸⁵ der Bedürftigen¹⁸⁶. Wenn Kostensenkungsmaßnahmen nicht möglich oder subjektiv unzumutbar sind, seien die tatsächlichen Aufwendungen nur ausnahmsweise zu übernehmen. Dies leitete der Senat aus dem Regel-Ausnahmeverhältnis in § 22 Abs. 1 S. 3 HS 2 SGB II ab¹⁸⁷. Es seien daher strenge Anforderungen an die Auslegung der Begriffe „Unmöglichkeit“¹⁸⁸ und „Unzumutbarkeit“¹⁸⁹ zu stellen.

Im Übrigen zitierte der Senat das BVerwG, das Fehlen einer kostengemessenen Unterkunftsalternative (objektive Unmöglichkeit) dürfe wohl die Ausnahme sein und ergänzte:

„zumal es in Deutschland derzeit keine allgemeine Wohnungsnot gibt“¹⁹⁰.

Einen Fall der (subjektiven) Unmöglichkeit sah der Senat etwa bei einem Irrtum des Hilfeempfängers aufgrund fehlerhafter Mitteilung des Trägers über die korrekten Parameter der Größe, bzw. des Quadratmeterpreises.

¹⁸⁵ Der Senat schloss sich damit der Rechtsprechung des 14. Senats aus 2008 (BSG, Urt. v. 18.06.2008 – B 14/7b AS 44/06 R –, FEVS 60, 145-150 (Osnabrück II)) an. Hilfeempfänger seien „angehalten, Maßnahmen zur Kostensenkung einzuleiten“, BSG, Urt. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274 (München I), Rdnr. 30.

¹⁸⁶ Als Kostensenkungsmaßnahmen nannte der Senat Wohnungswechsel, (Unter-)Vermietung und Neuverhandlungen mit dem Vermieter. Die beiden erst genannten Punkte ergeben sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut des § 22 Abs. 1 S. 3 SGB II.

¹⁸⁷ BSG, Urt. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274 (München I), Rdnr. 32.

¹⁸⁸ Der Senat verwendete die Begriffe „objektive Unmöglichkeit“ und „subjektive Unmöglichkeit“, vgl. *ibidem*, Rdnr. 36 und 40.

¹⁸⁹ Von dem Begriff der Unzumutbarkeit waren für den Senat grundrechtsrelevante Sachverhalte oder Härtefälle erfasst. Als Beispiele nannte er das soziale und schulische Umfeld minderjähriger Kinder, Alleinerziehende Mütter und behinderte oder pflegebedürftige Menschen.

¹⁹⁰ BSG, Urt. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274 (München I), Rdnr. 36.

2.1.2.5 2009: Angemessener Quadratmeterpreis nach Größe

In seiner Augsburg-Entscheidung desselben Jahres¹⁹¹ verhielt sich der 14. Senat zur Ermittlung des Quadratmeterpreises. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt¹⁹² existierte kein Mietspiegel¹⁹³. Der Senat führte aus, bei der Erstellung „grundsicherungsrelevanter Mietspiegel“ sei nach Wohnungsgrößen¹⁹⁴ zu differenzieren. Dies sei der Bevölkerungs- und Sozialstruktur, sowie der städtebaulichen Entwicklungen geschuldet¹⁹⁵. Hierin liege kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Größere Bedarfsgemeinschaften würden nicht ohne Rechtfertigung schlechter gestellt. Das Gesetz diene nämlich dazu, das soziokulturelle Existenzminimum bedarfsdeckend sicherzustellen.

Die Entscheidung enthält auch Ausführungen zur Prüfungsdichte des LSG. Es habe das Konzept des Trägers nicht nur nach den aufgestellten Maßgaben zu überprüfen. Vielmehr sei es zu eigenen Ermittlungen an-

¹⁹¹ BSG, Urt. v. 20.08.2009 – B 14 AS 41/08 R –, juris (Augsburg).

¹⁹² Geklagt hatte ein Ehepaar, das für seine 96,85 m² große Wohnung 404,47 € Grundmiete zuzüglich 102 € Betriebskosten (Bruttokaltmiete) und 118 € Heizkosten zahlte. Der Träger übernahm warm monatlich 447,50 € KdU.

¹⁹³ Im Fall hatte der Träger die Miethöhen aller aktuellen Leistungsempfänger ermittelt, die vor 2005 keine Sozialhilfe bezogen hatten. Das Ergebnis hatte er um einen Zuschlag von 25 % nach oben korrigiert. Dies ergab einen Quadratmeterpreis von 6,71 € (vom Senat „Referenzpreis“ genannt, vgl. BSG, Urt. v. 20.08.2009 – B 14 AS 41/08 R –, juris, Rdnr. 18). Der Preis beinhaltete den Mietzins und Nebenkosten ohne Heizkosten (in der vorliegenden Arbeit Bruttokaltmiete genannt, vgl. z.B. auch dieselbe Begriffsverwendung in BSG, Urt. v. 22.09.2009 – B 4 AS 18/09 R –, BSGE 104, 192-199, Rdnr. 2). Der Senat verwendete den irritierenden Begriff der „Nettokaltmiete“. Zu diesem Preis waren nachweislich (Die Wohnungsbaugesellschaft der Stadt Augsburg hatte bestätigt, es seien zu diesem Preis für 2-Personen-Haushalte ca. 30 Wohnungen zu vermieten gewesen) Wohnungen vorhanden. Der Senat monierte indes, dass für diesen Nachweis nur ein einziger Anbieter zu Rate gezogen wurde. Dies sei unzulässig, wenn er keine marktbeherrschende Stellung im einfachen Segment innehabt.

¹⁹⁴ Insoweit stellte der Senat klar, dass nicht zwingend die abstrakten Größen i.S.d. sozialen Wohnungsbaus gemeint waren.

¹⁹⁵ Als Beispiel führte der Senat an, bei kleineren Wohnungen müssten die Kosten für Bad und Küche auf eine kleinere Wohneinheit umgelegt werden. Sie wiesen daher regelmäßig einen höheren m²-Preis auf.

gehalten, um gegebenenfalls unzulängliche Feststellungen der Verwaltung mit deren Unterstützung nachzubessern und um Schwächen zu bereinigen¹⁹⁶.

2.1.2.6 2009: Wohngeldlösung als „oberste Grenze“; Aufgabenteilung der Akteure

Diese Linie bestätigte der Senat in seiner späteren Zweibrücken-Entscheidung¹⁹⁷ desselben Jahres. Auch in diesem Fall existierte kein Mietpiegel. Der Träger hatte Tageszeitungen ausgewertet, sowie Makler und Wohnungsbaugesellschaften angeschrieben. Er ließ aber bestimmte Wohnungsanbieter¹⁹⁸ außer Betracht. Für den Senat war deren Marktanteil nicht überprüfbar. Außerdem sah das Konzept des Trägers keine Differenzierung nach Wohnungsgrößen vor.

Zur Aufgabenverteilung der Akteure führte der Senat aus:

„Die Verwaltung trifft grundsätzlich die Entscheidung über das Vorgehen bei der Ermittlung der angemessenen Wohnungskosten¹⁹⁹ [...]“

Erweist sich das Konzept des Trägers als unschlüssig, kann das [...] Tatsachengericht auch den tatsächlichen Quadratmeterpreis [...] zugrunde legen [...]. Allerdings [...] nur bis zur Höhe der durch einen Zuschlag maßvoll erhöhten Tabellenwerte nach § 8 Wohngeldgesetz²⁰⁰.“

¹⁹⁶ BSG, Urt. v. 20.08.2009 – B 14 AS 41/08 R –, juris, Rdnr. 22, unter Verweis auf das Urteil des Senats vom 02.07.2009 – B 14 AS 33/08 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 25. Es hatte KdU-Fragen hinsichtlich eines selbst bewohnten Eigenheims zum Gegenstand. Das BSG übernahm die bisherige Dogmatik auch in diesem Bereich.

¹⁹⁷ BSG, Urt. v. 20.08.2009 – B 14 AS 65/08 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 26 (Zweibrücken).

¹⁹⁸ Im Fall waren es Anbieter, die typischerweise Wohnungen im hochpreisigen Segment anboten.

¹⁹⁹ Vgl. auch BSG, Urt. v. 20.08.2009 – B 14 AS 65/08 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 26 (Zweibrücken), Rdnr. 26: „Es ist im Wesentlichen Sache der Grundsicherungsträger, für ihren Zuständigkeitsbereich ein schlüssiges Konzept zu entwickeln“.

²⁰⁰ *Ibidem*, Rdnr. 20 und 21.

Diese „oberste Grenze der Angemessenheit“²⁰¹ gelte daher nur bei Nichterbringbarkeit²⁰² eines schlüssigen Konzepts, gewissermaßen also einem „gescheiterten Nachbesserungsversuch“ der Gerichte. Zur Begründung dieser obersten Grenze führte der Senat später in seiner Flensburg-Entscheidung an, durch sie solle verhindert werden, dass „per se unangemessene Mieten durch den Steuerzahler zu finanzieren sind“²⁰³.

Diese (erneute) ausdrückliche „Rückkehr“ zur Anwendung der Wohngeldtabelle wurde in der sozialrechtlichen Literatur durchaus kritisch gesehen²⁰⁴.

²⁰¹ Begrifflichkeit des Verfassers. Sie soll zur Abgrenzung des bereits genannten Begriffs der „Obergrenze“ für die nach der Produkttheorie ermittelte Angemessenheitsgrenze dienen. In einem späteren Urteil verwendete der Senat die Formulierung „Angemessenheitsgrenze nach ‚oben‘“, vgl. *BSG*, Urt. v. 17.12.2009 – B 4 AS 50/09 R –, *SozR* 4-4200 § 22 Nr 29 (Flensburg), Rdnr. 27. In späteren Entscheidungen verwendete er den Begriff „Angemessenheitsobergrenze“, vgl. *BSG*, Urt. v. 16.06.2015 – B 4 AS 45/14 R –, *juris* (Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald), Rdnr. 25.

²⁰² Damit verwies der Senat auf seine Entscheidung v. 02.07.2009 – B 14 AS 33/08 R –, *SozR* 4-4200 § 22 Nr 25, zum selbstbewohnten Eigentum. Dort verwendete der Senat den Begriff des „Fehlen lokaler Erkenntnismöglichkeiten“. Der Begriff wurde vom Senat an späterer Stelle weiterhin verwendet, vgl. z.B. das Urt. v. 22.02.2012 – B 4 AS 16/11 R –, *SozR* 4-4200 § 22 Nr 59 (LK Breisgau-Hochschwarzwald), Rdnr. 16. Später verwendete der 4. Senat den Begriff des „Erkenntnisausfalls“, vgl. *BSG*, Urt. v. 12.12.2013 – B 4 AS 87/12 R –, *SozR* 4-4200 § 22 Nr 73.

²⁰³ S. die Flensburg-Entscheidung v. 17.12.2009 – B 4 AS 50/09 R –, *SozR* 4-4200 § 22 Nr 29, Rdnr. 27.

²⁰⁴ Z.B. zur Wilhelmshaven-Entscheidung (hierzu sogleich) *Schnitzler*, *SGb* 2010, 509 (510, „Zickzackkurs“); ferner *Groth*, *jurisPR-SozR* 12/2010 Anm. 2: „Für manchen kommunalen Träger könnte es sich rechnen, diese Kosten zu sparen und ohne schlüssiges Konzept aufzuwarten, um nur in den zu Gericht gelangenden Fällen zur Gewährung von KdU auf Grundlage der ‚Angemessenheitsobergrenze‘ verurteilt zu werden“; *ders.* erklärte später wegen der „Wohngeldlösung“ das schlüssige Konzept gar für vorerst gescheitert, s. *SGb* 2013, S. 249 ff.; ferner später *Theesfeld*, *jurisPR-MietR* 7/2012 Anm. 3: „Die Sozialgerichte werden zukünftig verstärkt auf § 12 WoGG zurückgreifen, wenn die Grundsicherungsträger kein schlüssiges Konzept vorlegen können.“

2.1.2.7 2009: Schlüssigkeitsdefinition in der Wilhelmshaven-Entscheidung

In seiner Wilhelmshaven-Entscheidung²⁰⁵ definierte der 4. Senat den Begriff des schlüssigen Konzepts²⁰⁶. Es lag wiederum kein Mietspiegel vor. Der Senat ließ erkennen, dass operative gesetzgeberische Vorgaben zu begrüßen wären („Bislang hat der Gesetzgeber davon abgesehen [...]“)²⁰⁷. Den verfassungsrechtlichen Rahmen resümierte er knapp wie folgt:

„Die Angemessenheitsprüfung ist nicht ins Belieben der Verwaltung gestellt. Vielmehr sind weitere Konkretisierungen erforderlich, die schon auf Grund des allgemeinen Gleichheitssatzes nach einheitlichen Kriterien erfolgen müssen. Zum anderen fordert das Rechtsstaatsprinzip die Verlässlichkeit und Vorhersehbarkeit der Begrenzung“²⁰⁸.

Sodann definierte der Senat den Begriff eines Konzepts als ein planmäßiges Vorgehen zur Ermittlung und Bewertung von generellen Tatsachen im Gegensatz zu einem punktuellen Vorgehen von Fall zu Fall. Schlüssig sei das Konzept bei Erfüllung folgender Voraussetzungen²⁰⁹:

- Datenerhebung im gesamten Vergleichsraum (keine Ghetto-bildung)
- Definition des Beobachtungsgegenstandes
- Angaben zum Beobachtungszeitraum
- Festlegung einer validen Erhebungsmethode

²⁰⁵ BSG, Urt. v. 22.09.2009 - B 4 AS 18/09 R -, BSGE 104, 192-199 (Wilhelmshaven).

²⁰⁶ Im Fall hatte der Träger eigene Daten ermittelt. Sodann hatte er den Durchschnittswert hieraus als Obergrenze festgelegt. Das LSG sah hierin einen Verstoß gegen die Produktmethode, da nur ein Wert berücksichtigt wurde, vgl. LSG Nds.-Bremen, Urt. v. 11.12.2008 - L 13 AS 81/08 -, juris. Für den 4. Senat des BSG war nicht erkennbar, welche Wohnungsmieten in Wilhelmshaven zu zahlen und welche hiervon angemessen waren.

²⁰⁷ BSG, Urt. v. 22.09.2009 - B 4 AS 18/09 R -, BSGE 104, 192-199, Rdnr. 20.

²⁰⁸ *Ibidem*, Rdnr. 12.

²⁰⁹ Die Vorgaben sind in der Entscheidung bereits stichpunktartig aufgeführt. Sie wurden vorliegend nochmals prägnant zusammengefasst.

- Repräsentativität der Daten
- Einhaltung mathematisch-statistischer Grundsätze²¹⁰ bei der Auswertung
- Angaben über die Schlässe (Spannenoberwert oder Kapazitätsgrenze).

Zur Datengrundlage führte der Senat aus, es könne sowohl auf den gesamten Wohnungsbestand als auch (von vornherein) auf den nur einfachen Standard²¹¹ abgestellt werden²¹². Anders als bei zivilrechtlichen Mietspiegeln²¹³ sei auch sozial geförderter Wohnraum zu berücksichtigen. Die Daten müssten außerdem vergleichbar sein²¹⁴.

Zusätzlich zur bereits konturierten Prüfungsdichte der Instanzgerichte stellte der Senat die Obliegenheiten der Träger klar. Diese müssten wegen ihrer Mitwirkungspflicht gemäß § 103 S. 1 HS 2 SGG dem Gericht eine möglichst zuverlässige Entscheidungsgrundlage verschaffen. Diese Ermittlungspflicht gehe „nicht ohne Weiteres“ auf das Sozialgericht über²¹⁵.

²¹⁰ Hierbei handelt es sich um einen Terminus aus der Mietspiegelerstellung. Gemeint ist insbesondere, dass die zu ziehende Stichprobe repräsentativ sein muss. S. hierzu das Kapitel über die empirischen Erkenntnisse aus dem Mietrecht weiter unten unter 3.1.2.

²¹¹ Dann habe der Träger aber diese „Vorauswahl“ nachvollziehbar offenzulegen. Außerdem sei dann als Angemessenheitsgrenze der Spannenoberwert (oberer Wert der ermittelten Spanne) zu Grunde zu legen.

²¹² Es geht folglich um die Frage, zu welchem Zeitpunkt das „einfache Segment“ abgebildet wird: schon zum Zeitpunkt der Erhebung oder erst im Zeitpunkt der Auswertung der erhobenen Daten.

²¹³ Hierzu s. im Kapitel über die empirischen Erkenntnisse aus dem Mietrecht unter Teil 3) A) II).

²¹⁴ Gemeint ist, sich entweder auf die Netto- oder die Bruttokaltmiete festzulegen, vgl. Rdnr. 23 juris der Entscheidung.

²¹⁵ BSG, Urt. v. 22.09.2009 – B 4 AS 18/09 R –, BSGE 104, 192-199, Rdnr. 26. Der Senat wies auf die Möglichkeit der Instanzgerichte hin, gemäß § 131 Abs. 5 SGG unter Aufhebung des Verwaltungsakts einstweilige Regelungen zu treffen.

2.1.2.8 2009: Erstes unbeanstandetes Mietspiegelkonzept; kein Beurteilungsspielraum der Träger (Essen-Kettwig)

In seiner sogenannten Essen-Kettwig-Entscheidung²¹⁶ befasste sich der 4. Senat zum zweiten Mal²¹⁷ mit einem mietspiegelbasierten Konzept²¹⁸. Er ließ es unbeanstandet²¹⁹. Der Ersteller hatte Wohnungen, die 20 Jahre und älter waren, aus dem Mietspiegel ermittelt und daraus den Durchschnittswert gebildet²²⁰.

Die Kläger warfen indes die Frage auf, inwieweit das soziale Umfeld die abstrakte Angemessenheitsgrenze bestimmt²²¹. Der Senat lehnte dies zur Vermeidung einer Ghettoisierung ab²²². Hierzu zwingt die

²¹⁶ BSG, Urt. v. 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 27 (Essen-Kettwig).

²¹⁷ Die erste Entscheidung war die München-Entscheidung v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274.

²¹⁸ Im Fall war es jedoch nicht vom Träger, sondern von den Vorinstanzen aufgestellt worden. Der Träger selbst war einen anderen Weg gegangen: Er hatte das untere Wohnmarktsegment „beobachtet“ und die tatsächlich verfügbaren Wohnungen ermittelt, die bei der „Geschäftsstelle Wohnungsnotfälle“ gemeldet wurden, vgl. BSG, Urt. v. 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 27 (Essen-Kettwig), Rdnr. 25.

²¹⁹ Wie aufgezeigt werden wird, war das Essen-Konzept damit für lange Zeit das einzige Konzept, das das BSG nicht beanstandete. Das nächste „revisionsfeste“ Konzept war das der Stadt München, vgl. BSG, Urt. v. 10.09.2013 – B 4 AS 77/12 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 70 (München).

²²⁰ Das „einfache Segment“ bildete hier also (allein) die Gruppe der älteren Wohnungen. Eine weitere Eingrenzung fand nicht statt. Damit waren Wohnungen unterschiedlicher Ausstattungen noch im Datensatz vorhanden. Der Senat ließ die Frage offen, ob man deshalb einen Abschlag vornehmen müsse (im Fall durch Multiplikation mit dem Faktor 0,83), um eine einfache Ausstattung abzubilden. Die Begründung: „Es ergäbe sich selbst dann ein Wert, der dem von dem Beklagten angenommenen entspricht“, vgl. BSG, Urt. v. 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 27 (Essen-Kettwig), Rdnr. 29.

²²¹ Im Fall lebten die Kläger – beide griechische Staatsangehörige – seit 30 Jahren in Essen-Kettwig. Der Stadtteil war zu Beginn dieser Zeit noch eine selbständige Gemeinde. Er wies zum Zeitpunkt der Entscheidung ca. 50.000 Einwohner auf. Die Kläger hatten zum einen vorgetragen, dass der Stadtteil ein separater „räumliche Vergleichsmaßstab“ sei. Zum anderen werde ihr soziales Umfeld durch einen Verweis auf andere Stadtteile aufgehoben.

²²² BSG, Urt. v. 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 27 (Essen-Kettwig), Rdnr. 18.

Gleichbehandlung aller Hilfebedürftigen²²³. Das soziale Umfeld sei erst auf der Ebene der konkreten Angemessenheit²²⁴ zu berücksichtigen. Das Merkmal der „Zumutbarkeit“ erweiterte der Senat dabei um die Fallgruppe der Einschränkung der Umzugsfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen²²⁵. Hierzu nannte der Senat insbesondere Fälle, in denen die bisherige Wohnung mit speziellen Hilfsmitteln ausgestattet sei.

Die Entscheidung enthält auch Ausführungen zur Konzeption des Angemessenheitsbegriffs als unbestimmter Rechtsbegriff. Einen Beurteilungsspielraum der Träger lehnte der Senat ab. Zur Begründung führte er an, nach der normativen Ermächtigungslehre lasse sich kein Spielraum ermitteln²²⁶. Eine weitergehende Begründung findet sich in der Entscheidung hierzu nicht.

2.1.2.9 2010: Mietspiegel als Konzeptgrundlage (Berlin)

In seiner Berlin-Entscheidung aus 2010²²⁷ vertiefte der 14. Senat die Judikatur zu Mietspiegeln als Konzeptgrundlage. Dass diese lediglich Neuvertragsmieten und geänderte Bestandsmieten abbilden und preisgebundenen Wohnraum ausklammern²²⁸, hielt der Senat für unschädlich²²⁹. In einer Parallelentscheidung²³⁰ stellte der Senat zudem klar, das

²²³ Festzuhalten ist, dass der Senat sich damit der Vorgabe des *BVerwG*, Urt. v. 31.10.2002 – 5 C 11/01 –, Buchholz 436.0 § 12 BSHG Nr 49, anschloss, der Gleichheitssatz zwingt zu einer typisierten Angemessenheitsstufe.

²²⁴ Hier nannte der Senat das Tatbestandsmerkmal der „Zumutbarkeit“ i.S.d. § 22 Abs. 1 S. 3 SGB II.

²²⁵ *BSG*, Urt. v. 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 27 (Essen-Kettwig), Rdnr. 33.

²²⁶ *Ibidem*, Rdnr. 24.

²²⁷ *BSG*, Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 50/10 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 42 (Berlin).

²²⁸ S. hierzu unten das Kapitel über die Erkenntnisse aus dem Mietrecht unter 3.1.2.

²²⁹ *BSG*, Urt. v. 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 27 (Essen-Kettwig), Rdnr. 27.

²³⁰ *BSG*, Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 65/09 R –, juris (Berlin).

gesamte Stadtgebiet von Berlin sei zulässiger räumlicher Vergleichsmaßstab²³¹. Da Berlin die größte Stadt der Bundesrepublik Deutschlands ist, hat das BSG damit faktisch jede Stadt zum potenziell vollständigen Vergleichsraum erklärt.

Der Senat hielt die Verwendung der dem Mietspiegel zugrunde liegenden Daten²³² für sinnvoll. Die Unterteilung in Mietspiegeln selbst nach Baualtersklassen sei im Bereich der Grundsicherung nicht ohne weiteres zu berücksichtigen, wenn ihr Marktanteil nicht feststehe. Festzuhalten ist damit, dass der Senat einen Rückgriff auf die „rohen Erhebungsdaten“ (sogenannte Primärdaten²³³) eines Mietspiegels favorisierte und die Auswertung nach „SGB II-Kriterien“ einer Auswertung der Daten aus dem (fertigen) Mietspiegel vorzog²³⁴. Auf derselben Linie lag die spätere München-Entscheidung²³⁵ des 4. Senats. Er ließ eine Auswertung der Primärdaten zu einem Regressmietspiegel²³⁶ durch Sachverständige unbeanstandet.

2.1.2.10 2011: Verfügbarkeit als Anscheinsbeweis (Freiburg)

In seiner Freiburg-Entscheidung²³⁷ 2011 verfolgte der 14. Senat diese Linie weiter. Im konkreten Fall hatte das LSG aus dem Mietspiegel²³⁸ eine fiktive Wohnung errechnet. Es hatte bestimmte Abschläge²³⁹ vorgenom-

²³¹ BSG, Urt. v. 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 27 (Essen-Kettwig), Rdnr. 24. Vgl. insoweit auch das Urteil des Senats vom 13.04.2011 – B 14 AS 32/09 R –, juris (Berlin).

²³² Im Fall „Grundlagendaten“ genannt, BSG, Urt. v. 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 27 (Essen-Kettwig), Rdnr. 31.

²³³ Zu diesem Begriff siehe unten das Kapitel über Erkenntnisse aus dem Mietrecht unter 3.1.2.

²³⁴ Der Senat führte aus, dass daraus auch kein erhöhter Ermittlungsaufwand für die Gerichte resultiere. Die Träger seien zur Datenauswertung angehalten.

²³⁵ BSG, Urt. v. 10.09.2013 – B 4 AS 77/12 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 70 (München).

²³⁶ S. zu den Unterschieden zwischen Regress- und Tabellenmethode unten das Kapitel über die Erkenntnisse aus dem Mietrecht unter 3.1.2.

²³⁷ BSG, Urt. v. 13.04.2011 – B 14 AS 106/10 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 46 (Freiburg).

²³⁸ Mithin aus den bereits ausgewerteten Mietspiegeldaten.

²³⁹ Im Fall werden z.B. 6 % Abschläge für eine überwiegend einfache Bodenausstattung genannt.

men, um dem einfachen Segment Rechnung zu tragen. Der Senat äußerte Bedenken jedenfalls²⁴⁰ hinsichtlich der Verfügbarkeit solcher Wohnungen. Es sei nicht festgestellt worden, dass es entsprechende Wohnungen „in einer bestimmten Häufigkeit“²⁴¹ im Vergleichsraum gebe.

Hinsichtlich der Beweislastverteilung²⁴² in diesen Fällen schloss der Senat sich der Prämisse des 4. Senats²⁴³ an, in Deutschland herrsche keine allgemeine Wohnungsnot. Daher könne davon ausgegangen werden, dass es in ausreichendem Maße Wohnungen zum Preis der Referenzmiete gebe. Diese Prämisse stellte für den Senat eine prozessuale Tatsachenvermutung dar. Würden Einwände seitens der klagenden Partei vorgebracht²⁴⁴, habe das Gericht zu prüfen, ob der Anscheinsbeweis hierdurch erschüttert werde.

Eine Unzumutbarkeit für einen Umzug im Sinne des § 22 Abs. 1 S. 3 SGB II lag für den Senat überdies nicht vor. Weder ein baldiger Renteneintritt noch die „Lebensleistung“ durch höheres Alter erfüllten deren Voraussetzungen²⁴⁵.

²⁴⁰ Aus der Entscheidung geht nicht hervor, ob der Senat schon die abstrakte Angemessenheit anzweifelt. Diesen Prüfungspunkt behandelt er nämlich dogmatisch im Rahmen der abstrakten Prüfung, verweist letztlich aber auf die noch offene konkrete Angemessenheitsprüfung, vgl. *BSG*, Urt. v. 13.04.2011 – B 14 AS 106/10 R –, *SozR* 4-4200 § 22 Nr 46 (Freiburg), Rdnr. 26.

²⁴¹ *Ibidem*, Rdnr. 31. Zu einer validen Häufigkeitszahl enthält die Entscheidung keine Ausführungen. Siehe zur „Häufigkeitsprüfung“ ergänzend die Duisburg-Entscheidung *BSG*, Urt. v. 20.12.2011 – B 4 AS 19/11 R – *BSGE* 110, 52-62.

²⁴² Die Klägerin hatte im Fall einen entsprechenden Beweisantrag gestellt. Dessen erfolgte Ablehnung verstieß ihrer Auffassung nach gegen den fair-trial-Grundsatz aus Art. 6 EMRK, weil ihr eine objektiv nicht erbringbare Beweislast aufgebürdet worden sei.

²⁴³ S. die Entscheidung vom 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, *BSGE* 102, 263-274 (München).

²⁴⁴ Für den Senat lösten die klägerischen Einwände die konkrete Angemessenheitsprüfung erst aus, vgl. *BSG*, Urt. v. 13.04.2011 – B 14 AS 106/10 R –, *SozR* 4-4200 § 22 Nr 46 (Freiburg), Rdnr. 15: „Dann ist – falls insofern vom Hilfebedürftigen Einwände vorgebracht werden – zu prüfen, ob in dem örtlichen Vergleichsraum eine solche abstrakt angemessene Wohnung auch tatsächlich hätte angemietet werden können“.

²⁴⁵ Auch insoweit verwies der Senat auf eine Entscheidung des 4. Senats, vom 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R –, *SozR* 4-4200 § 22 Nr 27 (Essen-Kettwig).

2.1.2.11 2011: Korrekte Datenerhebung (Bremen und Cuxhaven und Duisburg)

In zwei weiteren Entscheidungen aus 2011²⁴⁶ befasste sich der 14. Senat mit der Auswertung erhobener Daten. In beiden Fällen existierte kein Mietspiegel.

Im Bremen-Fall hatte die Vorinstanz ein „Mischverfahren“ angewandt. Ausgehend von der Wohngeldtabelle hatte es diese Werte verändert, um ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Nachfrage und angemessenem Wohnbestand zu erreichen²⁴⁷. Der Senat lehnte dies mangels systematischer Marktermittlung ab und plädierte für eine Verwertung korrekt erhobener Primärdaten²⁴⁸.

In der Cuxhaven-Entscheidung stellte der Senat klar, dass eine Wohnbestandserhebung sich nicht bloß aus Wohnungen von Leistungsempfängern²⁴⁹ zusammensetzen dürfe. Andernfalls entstünde ein Zirkelschluss, wenn aus diesen Daten ein Durchschnitt gebildet und dieser im Nachgang um einen Zuschlag erhöht werde²⁵⁰.

²⁴⁶ BSG, Urt. v. 26.05.2011 – B 14 AS 132/10 R –, juris (Bremen-West) und Urt. v. 06.10.2011 – B 14 AS 131/10 R –, juris (Cuxhaven).

²⁴⁷ Hinsichtlich der genauen Vorgehensweise vgl. die Entscheidung des *OVG Bremen v. 18.02.2009 – S2 A 317/06 –*, juris.

²⁴⁸ BSG, Urt. v. 26.05.2011 – B 14 AS 132/10 R –, juris (Bremen-West), Rdnr. 30. Im Fall lag überdies ein Gutachten vor, mit welchem der Mietwohnbestand des gesamten Stadtgebiets Bremen erhoben wurde. Eine Verengung des Vergleichsraums auf den von den Klägern bewohnten Stadtteil Bremens lehnte der Senat ab.

²⁴⁹ Im Fall waren es Daten von Leistungsempfängern nach dem SGB II (78 %), dem SGB XII (10 %) und dem Wohngeldgesetz (12 %).

²⁵⁰ Zirkelschlüssig ist die Vorgehensweise aus folgendem Grund: der Durchschnittswert läge zwangsläufig unter dem Spitzenwert der teuersten Wohnung. Diese muss indes angemessen sein, da die Kostenübernahme nach dem SGB II ja bewilligt wurde. Für den Senat sei in einem solchen Fall der Spitzenwert zu verwenden. Er weist in der Entscheidung erneut (vgl. Urt. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274) darauf hin, es seien neben angebotenen auch vermietete Wohnungen zu berücksichtigen, vgl. BSG, Urt. v. 26.05.2011 – B 14 AS 132/10 R –, juris (Bremen-West), Rdnr. 23.

2.1.2.12 2011: Tabellenmietspiegel als Grundlage; „Häufigkeitsprüfung“ (Duisburg)

In seiner Duisburg-Entscheidung²⁵¹ desselben Jahres befasste sich der 4. Senat mit einem Tabellenmietspiegel²⁵² als Datengrundlage. Der Duisburger Mietspiegel war in sechs Baualtersklassen gegliedert, die nochmals in die beiden Kategorien „normale Wohnlage“ und „gute Wohnlage“ aufgeteilt waren.

Hinsichtlich der Datenerhebung stellte der Senat zunächst fest, dass die für einen qualifizierten Mietspiegel erhobene Stichprobe regelmäßig repräsentativ sei²⁵³. Dass der Tabellenmietspiegel auf bestimmte einzelne Wohnwertmerkmale²⁵⁴ eingeschränkt war, hielt der Senat für unschädlich. Gewisse „möglicherweise begünstigende Spannweiten“²⁵⁵ seien zur Sicherstellung des Existenzminimums hinzunehmen²⁵⁶.

Allerdings sei bei der Auswertung „verarbeiteter“ Mietspiegeldaten in Tabellenmietspiegeln ein weiterer Prüfungsschritt erforderlich. Um zu verhindern, dass Leistungsberechtigte de facto auf besonders verdichtet bebaute Ortsteile verwiesen werden, sei eine „Häufigkeitsprüfung“²⁵⁷ vorzunehmen. Eine Zahl nannte der Senat hierzu nicht. Er sprach sich vielmehr für die Arbeit mit den Primärdaten aus²⁵⁸.

²⁵¹ BSG, Urt. v. 20.12.2011 – B 4 AS 19/11 R –, BSGE 110, 52-62 (Duisburg).

²⁵² Zur Tabellenmethode s.u. das Kapitel über die Erkenntnisse aus dem Mietrecht unter Teil 3) A) II). Ein wesentliches Kriterium ist, dass für das Befüllen eines Feldes eine bestimmte Anzahl von Wohnungen in der jeweiligen Wohnlage vorliegen muss (Schwellenwert).

²⁵³ BSG, Urt. v. 20.12.2011 – B 4 AS 19/11 R –, BSGE 110, 52-62 (Duisburg), Rdnr. 24.

²⁵⁴ Hierbei handelt es sich um die sogenannten wertbildenden Faktoren einer Wohnung. S. hierzu das Kapitel über die Erkenntnisse aus dem Mietrecht unter Kapitel 3.1.2.

²⁵⁵ BSG, Urt. v. 20.12.2011 – B 4 AS 19/11 R –, BSGE 110, 52-62 (Duisburg), Rdnr. 25.

²⁵⁶ Aus dieser Formulierung wird ersichtlich, dass der Senat mit seiner Rechtsprechung nicht bloß als „Hüter der unteren Grenze des Existenzminimums“ fungieren möchte. Er bemüht sich vielmehr, die Grenze genau zu ermitteln.

²⁵⁷ Vgl. BSG, Urt. v. 20.12.2011 – B 4 AS 19/11 R –, BSGE 110, 52-62 (Duisburg), Rdnr. 26; Begriff des Verfassers, er passt aufgrund der oben dargestellten Einführung des Begriffs durch das BSG.

²⁵⁸ Vgl. *ibidem*, Rdnr. 32. Auch in diesem Urteil sprach sich der Senat gegen eine Ausklammerung oder einen Verweis bestimmter Baualtersklassen aus, wenn hierzu keine statistischen Erkenntnisse vorliegen.

2.1.2.13 2012: Sicherheitszuschlag für die „Wohngeldlösung“; Amtsermittlungsgrundsatz

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2012²⁵⁹ äußerte der 4. Senat sich erneut²⁶⁰ zur „Wohngeldlösung“²⁶¹ beim Fehlen von Erkenntnismöglichkeiten. Die Anwendung der Wohngeldtabelle erfordere einen Sicherheitszuschlag, der nach generellen, abstrakten Kriterien festzulegen sei²⁶². Er betrage 10 %²⁶³. Eine Begründung für diese normative Vorgabe enthält die Entscheidung nicht²⁶⁴.

Die Entscheidung enthält auch Ausführungen zur gerichtlichen Prüfungsdichte. Vor Annahme eines Erkenntnisausfalls müsse „erkennbar sein, dass das Gericht [...] die generellen rechtlichen Anforderungen für die Erstellung eines schlüssigen Konzepts berücksichtigt hat“²⁶⁵.

Diese Vorgabe sollte ersichtlich verhindern, dass die Instanzgerichte ein Fehlen lokaler Erkenntnisse für das BSG bindend feststellen, ohne sich mit dessen Judikatur auseinander zu setzen. Auf einer ähnlichen Linie

²⁵⁹ BSG, Urt. v. 22.03.2012 – B 4 AS 16/11 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 59 (Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald).

²⁶⁰ Vgl. die Entscheidung des 14. Senats vom 20.08.2009 – B 14 AS 65/08 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 26 (Zweibrücken).

²⁶¹ Verstanden als „Angemessenheitsobergrenze“, vgl. BSG, Urt. v. 22.03.2012 – B 4 AS 16/11 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 59 (Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald), Rdnr. 20.

²⁶² Dabei schloss der Senat eine Berücksichtigung lokale Erkenntnisse schon deshalb aus, da die „Wohngeldlösung“ erst nach Fehlen von Erkenntnissen über den Wohnungsmarkt zum Tragen komme.

²⁶³ Dieser Wert sei „angemessen, aber auch ausreichend“, vgl. *ibidem*, Rdnr. 22. Bestätigt hat der Senat diesen Wert in seinem Urt. v. 12.12.2013 – B 4 AS 87/12 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 73 zu den Tabellenwerten in § 12 WoGG. Er hielt dort einen Zuschlag von 10 % jedoch „zurzeit“ für angemessen, vgl. Rdnr. 28 der Entscheidung. An dem 10 %-Wert hält der Senat auch weiterhin fest, vgl. das Urt. v. 16.06.2015 – B 4 AS 44/14 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 85 (Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald), Rdnr. 30. Auch die Instanzgerichte greifen hierauf zurück, s. etwa das *BayLSG*, Urt. v. 17.08.2017 – L 11 AS 276/17, juris, Rdnr. 27.

²⁶⁴ Zur Kritik hieran s. *Groth*, SGB 2013, 249 (252).

²⁶⁵ BSG, Urt. v. 22.03.2012 – B 4 AS 16/11 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 59 (Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald), Rdnr. 16; bestätigt durch das Urt. v. 11.12.2012 – B 4 AS 44/12 R –, NZS 2013, 389-392 (Landkreis Lüneburg).

liegt eine spätere Entscheidung²⁶⁶ des Senats. Dort legte er die Reichweite des Amtsermittlungsgrundsatzes²⁶⁷ für die KdU-Angemessenheitsgrenze fest. Er führte aus, die Beteiligten könnten einzelne Teile des Prüfungsumfangs nicht „unstreitig stellen“²⁶⁸.

Noch weiter vertiefte der Senat diese Linie in einem Beschluss von 2014²⁶⁹. Dort hatte der Träger sich weiteren Ermittlungen verweigert. Das LSG hatte daher die Berufung des Trägers mangels Rechtsschutzbedürfnisses zurückgewiesen. Dies lehnte der Senat ab. Welche konkreten Anforderungen an die Darlegung von Tatsachen zu stellen sind, sei jedoch nicht generell zu beantworten. Es seien vielmehr die tatsächlichen regionalen Begebenheiten zu beachten²⁷⁰.

2.1.2.14 2012: Abstrakte Angemessenheit bei Alleinerziehung oder Behinderung (Kiel)

In seiner Kiel-Entscheidung aus 2012²⁷¹ befasste sich der 14. Senat mit der Zweistufigkeit der Angemessenheitsprüfung. Im zugrunde liegenden Sachverhalt²⁷² hatte eine alleinerziehende Mutter geklagt. Der Senat führte aus, dass dieser Umstand auf der abstrakten Angemessenheitsstufe nicht zu berücksichtigen sei. Hieran ändere auch die Einführung

²⁶⁶ BSG, Urt. v. 16.05.2012 – B 4 AS 109/11 R –, juris.

²⁶⁷ Dagegen ist in der ständigen Judikatur des BSG anerkannt, dass eine Verdichtung des Streitgegenstands allein auf die KdU möglich ist, vgl. BSG, Urt. v. 07.11.2006 – B 7b AS 8/06 R –, BSGE 97, 217-230.

²⁶⁸ Im Fall wollten die Beteiligten allein die Rechtsfrage geklärt wissen, ob die abstrakt angemessene Wohnfläche vom Träger korrekt ermittelt wurde. Der Senat führte hingegen aus: „Von der Pflicht zur nachvollziehbaren Darlegung einzelner Anspruchselemente entbinden solche Erklärungen [...] nicht“, BSG, Urt. v. 16.05.2012 – B 4 AS 109/11 R –, juris, Rdnr. 26.

²⁶⁹ BSG, B. v. 05.06.2014 – B 4 AS 349/13 B –, juris (Lüneburg).

²⁷⁰ *Ibidem*, Rdnr. 14.

²⁷¹ BSG, Urt. v. 22.02.2012 – B 14 AS 13/12 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 64 (Kiel).

²⁷² Die Wohnung der Klägerin war 79,63 m² groß zu einer Bruttokaltmiete von 471,59 €. Die Angemessenheitsgrenze der Stadt Kiel lag bei einer Bruttokaltmiete von 385 €.

des § 22b Abs. 3 SGB II²⁷³ nichts. Es sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber eine Abkehr der Angemessenheitsdogmatik des BSG intendiert hätte²⁷⁴.

2.1.2.15 2013: Mietspiegeldaten und einfaches Segment (München)

In seiner München-Entscheidung²⁷⁵ aus 2013²⁷⁶ verhielt der 4. Senat sich erstmals²⁷⁷ zur Aussonderung des einfachen Segments. Er ließ eine Auswertung²⁷⁸ der einem Regressmietspiegel²⁷⁹ zugrunde liegenden Daten durch einen Sachverständigen unbeanstandet²⁸⁰. Das einfache Segment wurde im Verfahren dabei durch Ermittlung der unteren 20 % des aus-

²⁷³ Die Vorschrift wurde im Rahmen der Satzungsermächtigungsvorschriften der §§ 22a ff. SGB II mit dem Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch (RBEG/SGB II/SGB XII-ÄndG) vom 24.03.2011 - BGBl. I, S. 453) eingeführt. Sie normiert eine Sonderregelung für Personen mit erhöhtem Raumbedarf.

²⁷⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 22.02.2012 - B 14 AS 13/12 R -, SozR 4-4200 § 22 Nr 64 (Kiel), Rdnr. 23. Auf derselben Linie liegt eine spätere Entscheidung des 14. Senats vom 16.04.2013 - B 14 AS 28/12 R -, SozR 4-4200 § 22 Nr 67 (Kreis Saale-Holzland). Der Senat bekräftigt darin, dass Krankheit, Behinderung, Pflegebedürftigkeit, schulpflichtige Kinder und Alleinerziehung erst auf der Ebene der Zumutbarkeitsprüfung eines Umzugs zu berücksichtigen seien (unter Verweis auf die o.g. Entscheidung vom 19.02.2009 - B 4 AS 30/08 R -, BSGE 102, 263-274. Kritisch hierzu im Hinblick auf die Verfassungsgemäßheit des § 22 SGB II z.B. *Stöltzing*, SGB 2013, S. 543 ff.

²⁷⁵ BSG, Urt. v. 10.09.2013 - B 4 AS 77/12 R -, SozR 4-4200 § 22 Nr 70 (München).

²⁷⁶ Es klagte eine alleinstehende Klägerin. Sie bewohnte eine 48 m² große Wohnung zum Preis von 745 € (Bruttokaltmiete, 690 € Miete zuzüglich 55 € Betriebskosten). Hiervon übernahm der Träger 496,45 €.

²⁷⁷ Die auf Mietspiegeln basierenden Konzepte in den genannten vorhergehenden Entscheidungen waren jeweils schon an anderer Stelle gescheitert.

²⁷⁸ „Auswertung“ meint in diesem Zusammenhang folgendes: Nach Ermittlung der abstrakt angemessenen Wohnungsgröße von 50 m² „verdichteten“ die Sachverständigen die Primärdaten (Stichprobe) auf ebensolche Wohnungen (im Fall „um die“ 50 m²). Es verblieb ein Datensatz von 331 Wohnungen. Dieser wurde um Ausreißer bereinigt auf 243 Wohnungen.

²⁷⁹ S. zu den Unterschieden zwischen Regress- und Tabellenmethode unten das Kapitel über die Erkenntnisse aus dem Mietrecht unter 3.1.2.

²⁸⁰ Die Verwendung der sog. Primärdaten (zu diesem Begriff s.u.) hat auch der 4. Senat in seinem späteren Dresden-Urteil vom 18.11.2014 bestätigt - B 4 AS 9/14 R -, BSGE 117, 250-260.

gewerteten Datensatzes gebildet. Diesen Wert ließ der Senat unbeanstandet. Er führte hierzu (lediglich) aus, dies entspreche einer Orientierung an den unteren 20 % der Einkommensbezieher²⁸¹.

2.1.2.16 2013: Unwirksamkeit der Satzung Berlins

2013²⁸² hatte der 14. Senat über die erste KdU-Satzung²⁸³ auf Grundlage der eingeführten Satzungsermächtigung des § 22a SGB II zu entscheiden. Im konkreten Fall hatte ein alleinstehender SGB XII-Leistungsempfänger Normenkontrollklage²⁸⁴ gemäß § 55a SGG erhoben. Der Senat erklärte die Satzung insoweit²⁸⁵ für unwirksam. Er hielt die Datenerhebung nicht für ausreichend:

„Unzureichend zur Erfassung der sozialen Wirklichkeit sind [...] Schätzungen pauschaler Werte „ins Blaue hinein“ ohne gesicherte empirische Grundlage; das würde den Anforderungen zur Ermittlung des verfassungsrechtlich garantierten Existenzminimums nicht gerecht²⁸⁶“.

Der Senat bestätigte zunächst seine bisherige Rechtsprechung²⁸⁷, der Angemessenheitsbegriff sei gerichtlich vollständig überprüfbar. Dann

²⁸¹ BSG, Urt. v. 10.09.2013 – B 4 AS 77/12 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 70 (München), Rdnr. 37.

²⁸² BSG, Urt. v. 17.10.2013 – B 14 AS 70/12 R –, BSGE 114, 257-273 (Berlin).

²⁸³ Verordnung zur Bestimmung der Höhe der angemessenen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung nach dem Zweiten und Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (Wohnungsaufwendungsverordnung - WAV) des Landes Berlin vom 03.04.2012 (GVBl. 2012, S. 99).

²⁸⁴ Das Normenkontrollverfahren des § 55a SGG wurde im Zuge der Satzungsermächtigung des § 22a SGB II ebenfalls mit dem Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch (RBEG/SGB II/SGB XII-ÄndG) vom 24.03.2011 – BGBl. I, S. 453) eingeführt.

²⁸⁵ Da es sich um einen Leistungsempfänger nach dem SGB XII (und nicht SGB II) handelte, konnte der Senat mangels Rechtsschutzbedürfnis nicht über die Wirksamkeit der vollständigen Satzung entscheiden (BSG, Urt. v. 17.10.2013 – B 14 AS 70/12 R –, BSGE 114, 257-273 (Berlin), Rdnr. 45). S. hierzu jedoch die weitere Entscheidung des Senats vom 04.06.2014 – B 14 AS 53/13 R –, BSGE 116, 94-112 (Berlin), mit welcher der Senat die Satzung auch im Übrigen für Unwirksam erklärte.

²⁸⁶ BSG, Urt. v. 17.10.2013 – B 14 AS 70/12 R –, BSGE 114, 257-273 (Berlin), Rdnr. 30. Der Senat zitierte damit nahezu wörtlich aus dem Regelsatzurteil des BVerfG (Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 –, BVerfGE 125, 175-260).

²⁸⁷ Vgl., BSG, Urt. v. 17.12.2009 – B 4 AS 27/09 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 27 (Essen-Kettwig).

folgerte er, die Maßgaben der Angemessenheitsjudikatur gelten gleichermaßen für untergesetzliche Normen²⁸⁸. Der Gesetzeswortlaut lasse auch insoweit²⁸⁹ Entscheidungsspielräume nicht erkennen. Dies folge aus § 22a Abs. 3 S. 1 SGB II, wonach der einfache Standard auf dem örtlichen Wohnungsmarkt abgebildet werden soll.

Unter Verweis auf das Regelsatzurteil des BVerfG führte der Senat aus, allein der Gesetzgeber sei nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes zu Werteentscheidungen über die Leistungshöhe berufen²⁹⁰.

Die (Teil-)Unwirksamkeit der Satzung ergab sich für den Senat aus ihrer Umsetzungsnorm²⁹¹ für Sonderbedarfe im Sinne des § 22b Abs. 3 SGB II²⁹². Letzterer enthalte eine gesetzgeberische Verlagerung bestimmter Elemente der konkreten Angemessenheitsprüfung auf die abstrakte Ebene. Die Satzung sah indes Ermessen und damit keine typisierte Sonderregelung vor. Dem Senat fehlten zudem zeit- und realitätsgerechte Erhebungen des Satzungsgebers, inwieweit diese typisierten Sonderbedarfe tatsächlich bestünden.

²⁸⁸ Dies schloss der Senat daraus, dass die Satzungsvorschriften stark an die bisherige BSG-Rechtsprechung zum Angemessenheitsbegriff angelehnt sind.

²⁸⁹ BSG, Urt. v. 17.10.2013 – B 14 AS 70/12 R –, BSGE 114, 257-273 (Berlin), Rdnr. 30: „Schon der Gesetzeswortlaut bietet keinen Anhalt dafür, dass den Normgebern insoweit andere und von den Gerichten nur in reduziertem Maß gerichtlich zu kontrollierende Spielräume zustehen könnten als der Verwaltung“.

²⁹⁰ *Ibidem*, Rdnr. 32.

²⁹¹ § 6 Abs. 2 der Satzung sah vor, dass in besonders begründeten Einzelfällen die Richtwerte um bis zu 10 % überschritten werden könnten bei Alleinerziehenden, längerer Wohndauer, wesentlichen sozialen Bezügen, über 60-Jährigen, Schwangeren und Personen, die in absehbarer Zeit kostendeckende Einkünfte haben.

²⁹² Die Norm wurde bereits in der Kiel-Entscheidung thematisiert, BSG, Urt. v. 22.02.2012 – B 14 AS 13/12 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 64 (Kiel).

2.1.2.17 Zwischenfazit: Wandel zur empirischen Wohnmarktermittlung mit Beweislast der Verfügbarkeit

Nach Auswertung der einschlägigen, richtungsgebenden Judikatur des BSG lässt sich dessen Angemessenheitsauslegung mithin wie folgt resümieren:

1. Abstrakte Angemessenheit (Referenzmiete)

a. Wohnungsgröße (RiLi über soz. Wohnungsbau)

b. Räumlicher Vergleichsmaßstab

c. Quadratmeterpreis (einfaches Segment)

aa. Datenerhebung: (realitätsgerechte Abbildung)

- vorhandene Mietspiegeldaten (Angebotsmieten²⁹³)

- eigene Daten (mind. 10 % des Bestandes)

(Angebots- und Bestandsmieten)

→ wenn Erhebung unmöglich: WoGG-Tabelle + 10 %

bb. Datenauswertung:

- Primärdaten

- Mietspiegel: 20 % als unteres Segment

- Eigene Daten: Spannenoberwert²⁹⁴

- Sekundärdaten

- nach Größen zu differenzieren

- Absonderung des unteren Segments

→ „Häufigkeitsprüfung“

²⁹³ Grundlage für Mietspiegel sind gemäß § 558 Abs. 2 BGB nur Neuvertragsmieten und geänderte Bestandsmieten, s. hierzu unten das Kapitel über die Erkenntnisse aus dem Mietrecht unter 3.1.2.

²⁹⁴ Gemeint ist der obere Wert des ermittelten Preisspektrums (Die höchste ermittelte Miete).

2. Konkrete Angemessenheit (Anscheinsbeweis)

a. Unmöglichkeit der Kostensenkung

b. Unzumutbarkeit der Kostensenkung

- Nachweis von Kostensenkungsbemühungen

Auch das BSG nimmt – wie schon das BVerwG – eine zweistufige Prüfung vor. Es unterscheidet zwischen einer abstrakten und einer konkreten Stufe. Erstere ist für den Regelfall anzuwenden, letztere konkret-individuell vorzunehmen.

2.1.2.17.1 Erste Stufe: Referenzmiete nach der Produkttheorie

Auf der ersten Stufe bestimmt das BSG einen preislichen Grenzwert, die sog. Referenzmiete. Hierzu gibt das Gericht drei Schritte vor: die Festlegung der abstrakten Größe, die Festlegung des abstrakten Quadratmeterpreises und die Multiplikation beider Werte. Letztere sind danach isoliert zu ermitteln, aber nicht isoliert auf ihre Angemessenheit hin zu bewerten (sog. Produkttheorie).

2.1.2.17.1.1 abstrakte Größe

Die Findung des Größenwertes bereitet keine erheblichen²⁹⁵ praktischen Schwierigkeiten.

2.1.2.17.1.2 Räumlicher Vergleichsmaßstab: zwischen Gleichheit und Segregation

In einem zweiten Schritt verlangt das BSG die Grenzziehung eines sog. räumlichen Vergleichsmaßstabs.

²⁹⁵ Im Vergleich zur Findung des angemessenen Quadratmeterpreises. Die Größe lässt sich aus den Finanzierungsvorschriften zur sozialen Wohnraumförderung nach dem WoFG ablesen. Streitigkeiten entstanden in diesem Bereich, wenn die entsprechenden Richtlinien weitergehende Unterscheidungen aufzeigten (z.B. für Mehrpersonenhaushalte oder Alleinerziehende).

Dieses Erfordernis erfüllt innerhalb des § 22 Abs. 1 SGB II eine Doppelfunktion: Einerseits hat innerhalb der Vergleichsräume die Ermittlung des abstrakt angemessenen Quadratmeterpreises zu erfolgen; andererseits bilden sie die Grenze der regelmäßigen Zumutbarkeit von Umzügen.

Dies stellt einen Unterschied zur Rechtsprechung des BVerwG dar. Die explizite Forderung nach einem räumlichen Vergleichsmaßstab fördert ein Spannungsverhältnis zutage: Einerseits soll gewährleistet werden, dass für Hilfsbedürftige in diesem Vergleichsraum eine dem Gleichheitssatz entsprechende Bedarfsdeckung erfolgt. Andererseits soll eine Segregation durch Ghettoisierung verhindert werden.

Außerdem erweiterte das BSG damit den Angemessenheitsbegriff um eine vormals allein aus dem Zumutbarkeitsbegriff abgeleitete, soziokulturelle Dimension.

2.1.2.17.1.3 Quadratmeterpreis: Schlüssiges Konzept

Der angemessene Quadratmeterpreis ist in Form einer Bruttokaltmiete (also ohne Heizkosten und mit Nebenkosten) anzugeben. Hinsichtlich seiner Ermittlung verlangt das BSG ein schlüssiges Konzept.

Hierbei umschreibt das BSG sieben operative²⁹⁶ Schritte, gibt aber keine bestimmte empirische Methode vor. Im Kern ist aber die klare Anforderung zu erkennen, den jeweiligen Wohnungsmarkt empirisch zu ermitteln²⁹⁷. Adressaten dieses Ermittlungsauftrags sind für die Senate zwar in erster Linie die Träger. Das BSG entwickelte jedoch eine weitgehende Amtsermittlungspflicht der Instanzgerichte.

²⁹⁶ Die operative Vorgehensweise sagt nichts über die inhaltliche methodische Bestimmung aus.

²⁹⁷ So schon in der ersten Entscheidung aus 2006, BSG, Urt. v. 07.11.2006 – B 7b AS 18/06 R –, BSGE 97, 254-265.

Die Empirik²⁹⁸ macht zwei grundsätzliche Arbeitsschritte erforderlich: Zuerst ist aus der verwendeten Datengrundlage aller ermittelten Unterkünfte (Referenzgruppe) eine standardisierte Einheit (sog. statistische Masse, bzw. Grundgesamtheit) zu bilden. Gemeint ist damit die Menge aller Erhebungseinheiten mit übereinstimmenden Identifikationskriterien²⁹⁹.

Dies ermöglicht den zweiten Schritt: Die Entscheidung für eine Auswertungsmethode (sog. statistisches Maß) zur abschließenden Abgrenzung des einfachen Segments. Diese Arbeitsschritte können unterschiedlich vorgenommen werden. Bei eigenen Erhebungen wird bereits bei der Bildung der Referenzgruppe eine Selektion vorgenommen und schon auf dieser Stufe das einfache Segment „herausrechnet“. Bei qualifizierten Mietspiegeln geschieht die Ermittlung des einfachen Segments erst auf einer zweiten Ebene (Auswertungsebene).

2.1.2.17.1.3.1 Datenerhebung: Datenquellen

Es lassen sich zwei verschiedene Datenquellen identifizieren, von denen das BSG weitere Vorgaben abhängig macht: qualifizierte Mietspiegeldaten und eigene Erhebungen (sog. „grundsicherungsrelevante Mietspiegel“). Die überwiegende Mehrzahl der Entscheidungen des BSG beruhen auf mietspiegelbasierten Datengrundlagen.

In diesem Bereich der Datenerhebung machen die Senate kaum Vorgaben (10 % des Marktes, Angebots- und Bestandsmieten). Nicht weiter begründet ist die Forderung, sowohl Angebots- als auch Bestandsmieten zu verwenden³⁰⁰. Das Vorhandensein von Primärdaten qualifizierter Mietspiegel schafft weniger praktische Probleme. Es wird durch

²⁹⁸ Vgl. hierzu v. *Malottki*, info also 2012, S. 99 ff.

²⁹⁹ Eine einheitliche Grundgesamtheit erreicht das BSG durch die Vorgabe, entweder ausschließlich Bruttokalt- oder Nettokaltmieten zu erheben.

³⁰⁰ Es wird vermutet, dass so unerwünschte Anreize für Vermieter vermieden werden sollen. Dem liegt die Überlegung zugrunde, die alleinige Verwendung von Angebotsmieten könnte Vermieter dazu bewegen, Bestandsmieten auf das jeweilige (angebotsmietenbasierte) Angemessenheitsniveau anzugleichen, vgl. *IVWU* Studie, S. 37.

diese Vorgabe indes in Kauf genommen, dass keine Angebotsmieten erhoben werden.

2.1.2.17.1.3.2 Datenauswertung: einfaches Segment

Auch auf der Ebene der Datenauswertung macht das BSG letztlich keine empirischen Vorgaben.

Das BSG nimmt eine Differenzierung anhand der Datenquellen vor. Letztlich geben beide Senate aber lediglich vor, dass ein einfaches Segment auszusondern ist. Die konkrete Methode, wie dies geschieht, überlässt das BSG indes den Konzeptstellern.

Eine echte Verfügbarkeitskontrolle in Form einer „Häufigkeitsprüfung“ normiert das BSG (nur) dort, wo bereits verarbeitete Mietspiegeldaten verwendet werden. Werden die Primärdaten verwendet, lassen die Senate eine Absonderung der unteren 20 %³⁰¹ der Daten zu. Festzuhalten ist indes, dass bei der Erhebung von Mietspiegeln keine Angebotsmieten erfasst werden³⁰².

Ist es dagegen nicht möglich, den Wohnungsmarkt zu erheben, lässt das BSG die „Wohngeldlösung“ als oberste Grenze der Angemessenheit zu, anders als das BVerwG 2004 jedoch nur nach Ausfall der Erkenntnismöglichkeiten. Deren Anwendung selbst ist dann im Wesentlichen³⁰³ unproblematisch. Ohne weitere Begründung halten die Senate einen Zuschlag von 10 % für richtig.

2.1.2.17.2 Zweite Stufe: konkrete Angemessenheit (Anscheinsbeweis)

Auf der zweiten Stufe prüft das BSG, ob Leistungsempfänger sich um Kostensenkung bemüht haben. Ausgehend von der Prämisse, in

³⁰¹ Dies entspricht dem unteren Segment bei der Regelbedarfsermittlung von Familienhaushalten, vgl. § 4 S. 2 Nr. 2 RBEG.

³⁰² S. hierzu unten das Kapitel über die Erkenntnisse aus dem Mietrecht unter 3.1.2.

³⁰³ Unklarheiten entstehen allenfalls bei der Frage, welche Mietenstufe der Wohngeldtabelle einschlägig ist, vgl. hierzu BSG, Urt. v. 16.06.2015 – B 4 AS 45/14 –, juris (Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald), Rdnr. 26.

Deutschland herrsche keine Wohnungsnot, hat das BSG indes die vom BVerwG geduldete Beweislastverteilung hin zur Annahme eines Anscheinsbeweises verschärft.

§ 22 Abs. 1 S. 3 SGB II sieht zur Kostensenkung indes nicht nur Wohnungswechsel vor, sondern auch Fälle der (Unter-)Vermietung oder „auf andere Weise“. Ohne echte Verfügbarkeitskontrolle könnte hierdurch die Gefahr bestehen, dass es eine Wohnungsalternative zur Referenzmiete am Markt nicht wirklich gibt. Da schon die spätere Rechtsprechung des BVerwG ein Bestreiten des „überschießenden Mietteils“ aus dem Regelsatz ermöglichte, bestand auch kein Zwang zu einer echten Verfügbarkeitskontrolle.

Den Zumutbarkeitsbegriff legt das BSG ähnlich wie das BVerwG aus. Folgende Fälle fallen nach seiner Judikatur hierunter: Die „Übernahme unangemessener Wohnungen“ in den Leistungsbezug, sowie Mieterhöhungen während des Leistungsbezugs. Außerdem werden hierunter grundrechtsrelevante Sachverhalte und Härtefälle erfasst. Als Beispiele nannte das BSG das soziale und schulische Umfeld minderjähriger Kinder, alleinerziehende Mütter und behinderte oder pflegebedürftige Menschen.

2.2 Normative Setzungen und Divergenzen zur Satzungsermächtigung

Für eine rechtliche Bewertung bietet es sich an, die normativen Setzungen durch die Judikatur sichtbar zu machen. Da mit der Satzungsermächtigung ein weiteres Gestaltungsinstrument zur Verfügung steht, sollen im Anschluss die Abweichungen zur dargelegten Rechtsprechung herausgearbeitet werden, um sie für eine sozialpolitische Betrachtungsweise fruchtbar zu machen.

2.2.1 Normative Setzungen

Der Rechtsprechung sowohl des BVerwG als auch des BSG lassen sich wenig konkrete empirischen Vorgaben für eine bestimmte methodische

Ausgestaltung der Angemessenheitsermittlung entnehmen. Bei der Erstellung eines schlüssigen Konzepts haben die Träger im Hinblick auf die technisch-empirische Bestimmung der Angemessenheitsgrenze nach der Rechtsprechung mithin eine Methodenfreiheit³⁰⁴.

Auch hinsichtlich der empirischen Schlussfolgerungen eines einmal korrekt erhobenen Wohnungsmarktes existieren kaum konkrete Vorgaben der Rechtsprechung. Der IWU-Forschungsbericht³⁰⁵ fasst diese griffig wie folgt zusammen:

1. *einfache Segment des Wohnungsmarkts*
2. *Orientierung an einer Referenzgruppe*
3. *ausreichende Häufigkeit tatsächlich anmietbarer Wohnungen*
4. *Vermeidung von Ghettoisierung*

2.2.2 Divergenzen in der Satzungsermächtigung

Die sozialpolitische Entscheidung, möglichst eine Vielzahl an Konzepten zur Bestimmung der angemessenen KdU zu ermöglichen, ist auch erklärtes Ziel der 2011 eingeführten Satzungsermächtigung³⁰⁶.

Die Satzungsermächtigung der §§ 22a ff. SGB II weicht aus diesen Gründen, wie bereits angeführt, in einigen Punkten von der Judikatur des BSG ab. Hintergrund ist die Eröffnung weitergehender kommunaler Handlungsspielräume. Die Unterschiede sollen für eine Auseinandersetzung mit den sozialpolitischen Vor- und Nachteilen dieser Modelle im Folgenden herausgearbeitet werden.

2.2.2.1 Abweichung von der Produktmethode

§ 22b SGB II eröffnet den Kommunen die Möglichkeit, von der Produktmethode abzuweichen. So bestimmt § 22b Abs. 1 S. 3 SGB, dass in der

³⁰⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 18.11.2014 - B 4 AS 9/14 R -, BSGE 117, 250-260, sowie *Knickrehm* - „Methodenfreiheit und -vielfalt“, SozSich 2015, 287 ff.

³⁰⁵ IWU, S. 28.

³⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 17/3404, S. 101.

Satzung auch eine sogenannte Quadratmeterhöchstmiete gebildet werden kann. Die Angemessenheit wird hierdurch nicht in einem Ergebnis, sondern durch doppelte Begrenzung abgebildet. Legt man die dargestellte Adaption der Produktmethode zugrunde, gleicht dies im Ergebnis eher einer modifizierten Kombinationsmethode³⁰⁷.

2.2.2.2 Bruttowarmmiete

Die Norm ermöglicht zudem die Bildung einer Gesamtangemessenheitsgrenze, zusammen mit den Heizkosten, mithin das Konzept einer Bruttowarmmiete. Dies war in der Judikatur des Bundessozialgerichts bisher nicht vorgesehen. Eine entsprechende Modifikation hat der Gesetzgeber indes zwischenzeitlich auch in den § 22 Abs. 10 SGB II implementiert. Dies hat die Handlungsmöglichkeiten der Kommunen in beiden KdU-Instrumenten mithin angepasst.

2.2.2.3 Bildung mehrerer Vergleichsräume

Im Unterschied zur Judikatur des Bundessozialgerichts im Zusammenhang mit dem § 22 Abs. 1 SGB II³⁰⁸ ermöglicht § 22b Abs. 1 S. 4 SGB II den Kommunen, ihr Gebiet in mehrere Vergleichsräume zu unterteilen, für die sie jeweils eigene Angemessenheitswerte bestimmen.

Zur Begründung hat der Gesetzgeber die bessere Abbildung örtlicher Wohnungsmärkte bei heterogenen Strukturen angeführt, wenn insoweit mehrere, klar abgrenzbare Teilwohnungsmärkte entstanden sind³⁰⁹.

³⁰⁷ So z.B. auch *Berlit* in Münder, SGB II, § 22b Rdnr. 6. Dieser Befund ist in der Literatur unstrittig.

³⁰⁸ Vgl. BSG, Urt. v. 22.02.2012 – B 14 AS 13/12 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 64 (Kiel), s.o. unter Kapitel 2.1.2.14.

³⁰⁹ BT-Drs. 17/3404, S. 101.

2.3 Fazit: Angemessenheit als Obergrenze, Zumutbarkeit als soziokulturelles Korrektiv

Der Angemessenheitsbegriff wird vom Gesetzgeber nicht weiter definiert. Es ist festzuhalten, dass der Begriff der Angemessenheit konzeptionell eine Obergrenze darstellt; ein Maximalwert, bis zum welchem der Anspruch einzelner Hilfebedürftiger noch reicht³¹⁰. Der Gesetzgeber hat sich nicht für ein Prinzip des „Alles oder Nichts“ entschieden, sodass den Bedarf übersteigende KdU aus dem Regelbedarf bestritten werden können.

1.

In der Rechtsprechung unterlag die Auslegung des Angemessenheitsbegriffs einer zentralen Modifikation: Durch eine andere Interpretation des Gesetzeswortlauts führte das BSG eine andere Beweislastverteilung hinsichtlich der Verfügbarkeit ein. Diese ist nach der Konzeption des Gesetzestextes und der bis dato existierenden Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht dogmatisch eigentlich der konkreten Angemessenheitsprüfung zuzuordnen³¹¹.

Diese dogmatische Verlagerung der Verfügbarkeit auf die abstrakte Ebene findet sich übrigens auch bei der Satzungsermächtigung in § 22a Abs. 2 S. 1 SGB II wieder.

2.

Der Rechtsprechung – insbesondere des Bundessozialgerichts – ist das Bemühen zu entnehmen, möglichst wenige detaillierte Methodenvorgaben zu machen. Eine Erklärung hierfür dürfte in der Motivation begründet sein, sich nicht in die Rolle des Gesetzgebers zu begeben und eigene Rechtsetzung vorzunehmen. Man könnte es auch so formulie-

³¹⁰ Vgl. BSG, Urt. v. 17.12.2009 – B 4 AS 50/09 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 29, Rdnr. 19: „Ihm wohnt der Gedanke der Begrenzung inne“.

³¹¹ Dies ist bemerkenswerter Weise in der Literatur ein unstreitiger Befund, vgl. z.B. *Piepenstock*, jurisPraxisPK, § 22a, Rdnr. 33; zum § 22 SGB II s. *Fuchsloch*, SGB 2007, 550 ff.

ren: Das BSG nimmt seine staatsorganisatorische Rolle als Teil der Judikative ernst und überprüft entworfene Konzepte der Kommunen. Es bedient sich dabei der rechtstechnischen Voraussetzung der Schlüssigkeit.

3.

„Schlüssigkeit“ ist ein prozessualer Begriff. Er bedeutet, dass ein Sachverhalt zur Überzeugung des Gerichts nachvollziehbar vorgetragen werden muss. Insoweit ist die Forderung nach der Schlüssigkeit eines Konzepts nicht überzogen, sondern eine prozessrechtliche Selbstverständlichkeit.

4.

Es ist nicht möglich, den Begriff der Angemessenheit isoliert zu betrachten. Ein weiterer, für die Frage der KdU-Deckelung maßgeblicher Begriff, ist derjenige der Zumutbarkeit von Unterkunftsalternativen. Er umschreibt jenen Bereich an sich unangemessener, aber gleichwohl zur Bedarfsdeckung erforderlicher Unterkünfte. Der Begriff stellt damit dementsprechend das „soziokulturelle Korrektiv“ des Angemessenheitsbegriffs dar.

Ist eine Unterkunft unangemessen teuer, können Hilfebedürftige durch den Leistungsträger nicht unmittelbar zum Umzug gezwungen werden. Rechtsfolge ist (allein), dass die Kosten bis zur Höhe der Angemessenheitsgrenze zu übernehmen sind.

Unzutreffend wäre folgende „Lesart“: Bestehen an sich angemessene Unterkunftsalternativen, so ist zu fragen, ob es dem Hilfebedürftigen zumutbar ist, ihn auf diese Alternativen zu verweisen. Die Verfügbarkeit derartiger Alternativen muss der Hilfebedürftige nachweisen.

Richtigerweise ist die Zumutbarkeit eine der Verfügbarkeit alternativen Wohnraums vorgelagerte Frage. Anders formuliert: Wenn ein Fall der Unzumutbarkeit vorliegt, ist schon die Suche nach anderweitig verfügbarem Wohnraum nicht erforderlich.

Der dogmatische „Prüfungsstandort“ der Verfügbarkeit ist folglich nach der Auslegung des Bundessozialgerichts im Rahmen der Zumutbarkeit nicht von Bedeutung.

5.

Der Großteil der maßgeblichen Entscheidungen hatte städtische Konzepte zum Gegenstand. Entscheidungen zu Konzepten aus ländlichen Bereichen sind demgegenüber deutlich seltener. Die Rechtsprechung brachte die dortigen Kommunen in die Lage, Konzepte aufstellen zu müssen und verursachte für sie mithin einen entsprechenden Mehraufwand³¹². Dort, wo bereits mietrechtliche Mietspiegel vorhanden sind, sind die Aufstellung eines empirischen KdU-Konzepts und dessen rechtliche Überprüfung erleichtert. Dies offenbart aus sozialpolitischer Sicht mithin ein Differenzierungserfordernis zwischen strukturstarken und strukturschwachen Kommunen.

³¹² Der verursachte Mehraufwand wurde indes im Hinblick auf den Individualisierungsgrundsatz bereits früh als gerechtfertigt angesehen, vgl. etwa *Link*, Sozialrecht aktuell 2007, 8 ff.

3 Existenz zwingender empirischer Vorgaben?

Nachdem die aktuellen rechtlichen Vorgaben zur Bestimmung der Angemessenheitsgrenze herausgearbeitet wurden, soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, ob die Empirik ein zwingendes Verfahren zu ihrer Ermittlung vorschreibt. Wäre dies der Fall, bestünden nämlich keine Handlungsoptionen bezüglich der Wahl einer bestimmten empirischen Methode. Die durch die Rechtsprechung zugestandene Methodenfreiheit³¹³ der kommunalen Träger wäre folglich aus empirischer Sicht unzureichend. Im Rahmen dieser Prüfung können zudem die normativen „Stellschrauben“ der KdU-Problematik sichtbar gemacht werden. Zunächst gilt es mithin, die grundlegende empirische Methodik zu erschließen. Entstandene empirische Problemstellungen aus der Rechtsprechungsanalyse können auf diesem Weg eingeordnet werden. Hierauf aufbauend sollen in einem zweiten Schritt die Ergebnisse des IWU-Forschungsberichts 2017 für die vorliegende Untersuchung fruchtbar gemacht werden.

3.1 Empirische Annäherung an die KdU-Problematik

Eine Annäherung an die empirische Methodik der Wohnungsmarktermittlung erfordert, sich zunächst die ökonomischen Besonderheiten des Wohnungsmarktes zu vergegenwärtigen. Schließlich dienen die KdU der Deckung eines Bedarfs mit einem Konsumgut, dem Konsumgut „Unterkunft“. Sodann empfiehlt sich ein Zugang zu den operativen empirischen Schritten über das in Teilen themenverwandte Mietrecht.

3.1.1 Besonderheiten des Wohnungsmarktes

Es stellt sich zunächst die Frage, warum für die Ermittlung des Wohnbedarfs nicht auf dieselben Instrumente wie zur Ermittlung des Regelbedarfs zurückgegriffen werden kann. Für ein empirisches Verständnis

³¹³ Vgl. nur BSG, Urt. v. 22.09.2009 – B 4 AS 18/09 R –, BSGE 104, 192-199 (Wilhelmshaven).

des vorliegenden Themas ist es daher erforderlich, zunächst die wesentlichen Besonderheiten des Wohnungsmarktes im Vergleich zu anderen Konsumgütern³¹⁴ herauszuarbeiten.

3.1.1.1.1 Schlüsselkriterien: Raumdifferenz und Verfügbarkeit

Der Markt für Wohnungen ist ökonomisch anders strukturiert als derjenige für sonstige Konsumgüter. Offenkundig ist zunächst, dass erhebliche regionale Differenzen zwischen den Wohnungsmärkten bestehen.

Wohnraum in Städten ist tendenziell teurer und knapper als Wohnraum in ländlichen Bereichen. Dieses Phänomen ist eng verzahnt mit dem soziologischen Befund der Urbanisierung³¹⁵. Ein und dieselbe Wohnung mit „einfacher Ausstattung“ kann daher je nach Standort ein sehr unterschiedliches Preisniveau annehmen. Wohnungen sind somit ein heterogenes Konsumgut. Auch die Frage, wie man einen Wohnungsmarkt genau eingrenzt, spielt insoweit eine Rolle. Es ist eine Trennung zwischen städtischen und ländlichen Bereichen geboten. Doch damit ist noch nichts zur genauen räumlichen Eingrenzung gesagt. Mit anderen Worten: Was ist in räumlicher Hinsicht „der Wohnungsmarkt“?

³¹⁴ Der Begriff des Konsumguts wird definiert als Sachgüter, die unmittelbar der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse dienen und im Gegensatz zu den Investitionsgütern nicht als Produktionsmittel eingesetzt werden. Unterschieden wird in über einen längeren Zeitraum nutzbare Gebrauchsgüter (z. B. Wohnungseinrichtung oder Bekleidung) und Verbrauchsgüter (z. B. Lebensmittel), die nur einmal genutzt werden können, siehe die Bundeszentrale für politische Bildung unter Verweis auf den *Duden Wirtschaft von A bis Z: Grundlagenwissen für Schule und Studium, Beruf und Alltag*. 6. Aufl. Mannheim: Bibliographisches Institut 2016. Lizenzausgabe Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung 2016.

³¹⁵ Gleichzeitig ist auch das Gegenphänomen zu beobachten: viele Menschen ziehen von der Stadt aufs Land (sog. Stadtflicht). In jüngster Zeit ist in den größten deutschen Städten erstmalig ein negativer sog. Wanderungssaldo zu verzeichnen, vgl. die Regionalstatistik der statistischen Ämter des Bundes und der Länder; abrufbar unter www.regionalstatistik.de/genesis/online (31.12.2018). Ob sich dieser Trend fortsetzen wird, ist nicht abzusehen. Nicht erhoben wird überdies, wo die Stadtbevölkerung tendenziell hinzieht. Es darf indes vermutet werden, dass ein Populationsanstieg in den urbanen Randbereichen (sog. „Speckgürtel“) erfolgt und damit die Bedeutung der Metro- und Regiopolregionen weiter zunimmt. Zugleich dürfte der demographische Wandel ein weiterer Einflussfaktor sein.

Zudem ist der Markt wenig flexibel. Im kurzfristigen Bedarfsfall kann auf eine Wohnung nicht verzichtet oder diese durch anderweitig verfügbare Ersatzgüter substituiert werden³¹⁶. Aufgrund dieser zeitlichen Komponente ist der Wohnungsmarkt tendenziell zyklisch³¹⁷.

Für die KdU-Thematik stellen diese beiden Besonderheiten der Raumdifferenz und Verfügbarkeit mithin Schlüsselkriterien dar. Sie finden sich spiegelbildlich auch in der dargestellten Rechtsprechungsanalyse als wesentliche Problemfelder wieder: der Vergleichsraumbildung und der Häufigkeit, bzw. dem Verfügbarkeitskriterium im Rahmen der konkreten Angemessenheitsprüfung.

3.1.1.1.2 Mietpreisfaktoren sind nicht objektivierbar

Hinzu kommt, dass auch innerhalb eines regionalen Wohnungsmarktes die Faktoren, welche einen bestimmten Mietpreis bedingen, nicht objektivierbar ermittelt werden können. Zwar hat der Gesetzgeber im Bereich des Mietrechts (dazu sogleich) in § 558 Abs. 2 S. 1 BGB fünf wertbildende Faktoren definiert³¹⁸. Indes folgt aus zahlreichen empirischen Untersuchungen, dass diese Wohnwertmerkmale nur teilweise die Höhe eines Mietpreises bestimmen³¹⁹. Konsumenten messen den Merkmalen einer Wohnung (z.B. Größe, Schnitt) nämlich unterschiedlich ge-

³¹⁶ Die diesbezüglichen Schwierigkeiten wurden besonders sichtbar, als infolge der humanitären Migrationsaufnahme eine große Anzahl Hilfebedürftiger untergebracht werden musste. Insoweit wurden leerstehende Gewerbeflächen wie Baumärkte oder Sporthallen zu Massenunterkünften umgewidmet, die den oben unter 1.1.1.1 genannten rechtlichen Kriterien des Unterkunftsbegriffs im Rahmen der KdU nicht genügen würden.

³¹⁷ Die IWU-Studie zieht insoweit eine Parallele zu den sog. „Schweinezyklen“ im Agrarsektor, S. 36. Auch dort braucht die Nachproduktion im Verknappungsfall naturgemäß eine nicht zu beschleunigende Zeit.

³¹⁸ Diese sind: Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage der Wohnung; Näheres zu diesen Merkmalen und Beispiele ihrer normativen Festlegung siehe unten Kapitel 3.3.1.1.1 sowie 3.1.2.1.1 und 3.2.2.1.1.

³¹⁹ Vgl. *Hinkelmann*, Die ortsübliche Miete, S. 84, m.w.Nachw.

wichtige Bedeutungen bei: steht für die einen die Ausstattung im Vordergrund, ist für die anderen die Lage entscheidendes Kriterium³²⁰. Außerdem tritt - wenn dies auch nicht offen zugegeben wird - der Preis einer Wohnung wiederum in Wechselwirkung mit dem Bewohner und dessen sozialer Herkunft. Auch die Person des Vermieters beeinflusst den Preis. Dies beginnt damit, dass Eigentümer einer Wohnung es privatautonom in der Hand haben, ob und an wen sie vermieten. Zudem schöpfen Privatvermieter die zulässigen Miethöhen nicht in gleichem Maße aus wie gewerbliche Wohnungsunternehmen. Die Dauer, die eine Wohnung im Eigentum eines Vermieters steht, spielt ebenfalls eine Rolle.

Es gilt daher als unmöglich, einen Standardpreis für das Konsumgut „Wohnung“ zu generieren³²¹. Anders als bei sonstigen Konsumgütern ist also erst der Preis selbst die Referenz zur Bildung eines Standards.

3.1.1.1.3 Gentrifizierung und Segregation als Gefahren des KdU-Mechanismus

Eine Gefahr, die sich Rahmen der Städteplanung in Wohnungsmarktfragen stellt, ist die der Ghettoisierung, bzw. Segregation³²² bestimmter Personengruppen. Dies hat auch die sozialgerichtliche Rechtsprechung erkannt. Sie versucht diese Phänomene im Rahmen der KdU-Angemessenheitsbestimmung unbedingt zu verhindern³²³.

³²⁰ Diese subjektiven Faktoren bestimmen den Mietpreis zu einem nicht unerheblichen Teil; die genannten Untersuchungen gehen von einem Einfluss von 40 % bis zu 80 % aus. Zum Versuch der sogenannten Regressionsmethode, diesem Aspekt statistisch Rechnung zu tragen, siehe unten unter Kapitel 3.2.2.1.3; vgl. außerdem hier und im Folgenden: v. Malottki, info also 2012, S. 99 ff.

³²¹ Es gibt keine „vollstandardisierten“ Wohnungen, vgl. *IWU-Bericht*, S. 137.

³²² Der Begriff der Segregation wird definiert als „die Konzentration bestimmter sozialer Gruppen auf bestimmte Teilräume einer Stadt oder einer Stadtregion“, vgl. *IWU*, S. 161.

³²³ Vgl. nur BSG, Urt. v. 17.12.09 - B 4 AS 27/09 R -, SozR 4-4200 § 22 Nr 27 (Essen), Rdnr. 18. Allerdings führen die Autoren des IWU-Forschungsberichts aus, Segregation sei durch Angemessenheitsgrenzen kaum steuerbar und mithin kein geeignetes Steuerungsinstrument, vgl. S. 169. Hiervon ist indes die Frage zu trennen, ob die Angemessenheitsgrenze einen Einfluss auf Segregationsphänomene hat.

Hier wirkt der soziologische Mechanismus, dass Menschen sich nicht von sich aus gleichmäßig auf Räume verteilen, sondern in ein soziokulturelles Umfeld eingebettet sind, das sich aus verschiedensten Faktoren wie Alter, Bildungsstand und nicht zuletzt ethnischer Herkunft zusammensetzt.

Das Phänomen der Gentrifizierung spielt hier hinein. Es ist verknüpft mit der städtepolitisch gewollten³²⁴ Aufwertung von Wohnstandards in den Städten und Gemeinden. Es beschreibt die Verdrängung einkommensschwächerer Bewohner aus vormals günstigen Wohnlagen zugunsten statushöherer Bevölkerungsschichten im Zuge einer baulichen Aufwertung.

Obgleich vornehmlich Großstädte mit Gentrifizierungsproblemen zu kämpfen haben, erlangt das Phänomen auch in kleineren Städten an Bedeutung, bei denen ebenfalls die Bildung bestimmter einkommensabhängiger Viertel zu beobachten ist. Mit diesem Phänomen geht die Gefahr der sozialen Segregation einher, das die Politik erklärtermaßen³²⁵ zu bekämpfen versucht. In einkommensschwachen Vierteln löst dies fehlende Sanierungsinvestitionen aus und kann ohne gegensteuerndes Instrument zu einem „Ausbluten“ von Wohnstrukturen führen. Eindrucksvoll äußerlich sichtbar ist dies in den östlichen Bundesländern Deutschlands, die vielfach erhebliche Wohnungsleerstände aufweisen.

3.1.1.1.4 Keine Übernahme der Regelsatzmethode möglich

Es wird deutlich: Die rechnerischen Maßstäbe zur Ermittlung des Regelbedarfes sind auf KdU-spezifische Fragen nicht ohne Weiteres übertragbar. Der Regelbedarf als Teil der SGB II-Leistung soll gerade den Bedarf an sonstigen Konsumgütern decken. Die gesetzgeberische Kon-

³²⁴ Als einen Ausgangspunkt nennt sie die Vollversammlung des Deutschen Städtetages in München unter dem Motto „Rettet unsere Städte jetzt!“ im Jahr 1971, *ibidem*, Rdnr. 42.

³²⁵ Beispielhaft sei der „Nationale Aktionsplan für Deutschland zur Bekämpfung von Armut und sozialer Ausgrenzung“ vom 27.05.04 genannt – BT-Drs. 15/3270.

zeption, den Wohnungsbedarf einem eigenen Normregime zu unterstellen, wird diesen ökonomischen Besonderheiten mithin grundsätzlich gerecht.

3.1.2 Zugang über das Mietrecht

Um sich den empirischen Mechanismen anzunähern, empfiehlt es sich, den ersten Zugang über das Mietrecht zu suchen. Auch in diesem Bereich ist es erforderlich, den Wohnungsmarkt zu erfassen und auszuwerten. Zudem greift ein nicht unerheblicher Teil der Kommunen auf Mietspiegel zurück³²⁶. Aus Sicht des Mietrechts ist zudem jede Übersicht über den Mietmarkt ein Mietspiegel³²⁷. So betrachtet zwingt die vom BSG aufgestellte Forderung nach einem schlüssigem Konzept die Kommunen letztlich zur Aufstellung von Mietspiegeln.

3.1.2.1 Parallelproblematik der ortsüblichen Vergleichsmiete

Wesentlicher Begriff in diesem Kontext ist die sogenannte „ortsübliche Vergleichsmiete“. Auch sie stellt die Rechtsanwender im Mietrecht vor empirische Herausforderungen. Hieraus lassen sich Gesetzmäßigkeiten ableiten, die auf die KdU-Praxis übertragen werden können. Gleichzeitig ist darauf zu achten, dass Unterschiede, die der speziellen Zweckrichtung des Mietrechts geschuldet sind, in der sozialrechtlichen Umsetzung unter Umständen keinen Eingang finden dürfen, da das Mietrecht in erster Linie die zivilrechtlichen Interessen zwischen den Mietvertragsparteien ausgleichen und keine Versorgung Hilfebedürftiger sicherstellen soll.

³²⁶ Von den im Rahmen der IWU-Studie befragten Kommunen gaben 32,6 % an, auf Mietspiegel zurückzugreifen, S. 50.

³²⁷ Hierzu sogleich.

3.1.2.1.1 Gesetzliche Regelung

Der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete findet sich in § 558 Abs. 1 S. 1 BGB, der das gesetzliche Mieterhöhungsverfahren³²⁸ regelt. Gemäß § 558 Abs. 2 BGB wird sie gebildet aus

den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage in den letzten vier Jahren³²⁹ vereinbart oder geändert worden ist.

3.1.2.1.2 Ebenfalls unbestimmter Rechtsbegriff

Jenseits dieser weit gefassten Legaldefinition ist auch der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete als unbestimmter Rechtsbegriff ausgestaltet. Es herrscht Einigkeit darüber, dass es sich nicht um einen festen Wert handelt. Vielmehr kann er nur innerhalb einer Spanne (vgl. § 558a Abs. 4 S. 1 BGB) mehrerer repräsentativer Durchschnittsmieten angenähert werden³³⁰. Dies resultiert aus der oben genannten ökonomischen Tatsache, dass die wertbildenden Faktoren einer Wohnung sich nicht trennscharf ermitteln lassen.

Spiegelbildlich zur vorliegend untersuchten Problematik ist es die zivilrechtliche Herausforderung, einen oberen Grenzwert dieser Spanne zu bestimmen, bis zu welchem ein Vermieter eine Zustimmung zur Erhöhung der Miete verlangen kann.

³²⁸ Vor Einführung des Vergleichsmietensystems in den 1970er Jahren war es Vermietern möglich, einseitig Änderungskündigungen auszusprechen. Dies ist mit Einführung des § 573 Abs.1 S.2 BGB nach heute geltendem Recht unzulässig, vgl. zur historischen Entwicklung *Blank* in Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, § 573 Rdnr. 1 ff.

³²⁹ Bei Veröffentlichung der Arbeit ist der Gesetzestext auf sechs Jahre geändert worden, vgl. die Neufassung durch das Gesetz zur Verlängerung des Betrachtungszeitraums für die ortsübliche Vergleichsmiete vom 21. Dezember 2019, BGBl.- I 2019, S. 2911-2912.

³³⁰ Vgl. *BGH*, Urt. v. 20.04.2005 – VIII ZR 110/04 –, NJW 2005, 2074-2075, Rdnr. 13; s. auch *Börstinghaus* in *ibid.*, § 558 Rdnr. 44 f., m.w.Nachw.

3.1.2.2 Abweichende Zielrichtung des Mietrechts

Anders als die KdU-Angemessenheitsgrenze haben zivilrechtliche Mietspiegel eine Befriedungsfunktion zwischen den mietrechtlichen Parteien. Sie können im Fall eines Rechtsstreits als Substantiierungsgrundlage³³¹ im Kontext von gesetzlichen Mieterhöhungen durch den Vermieter herangezogen werden. Gleichzeitig sind die Parteien bei Abschluss eines Mietvertrags aber grundsätzlich nicht an die Vorgaben von Mietspiegeln gebunden. Die Dispositionsfreiheit ermöglicht es ihnen, Mietspiegel zwar als Orientierungshilfe heranzuziehen, sie aber grundsätzlich³³² ebenso außer Acht zu lassen. Beschränkt wird die Dispositionsfreiheit durch das zivilrechtliche Gebot von Treu und Glauben. In diesem Kontext erlangen Mietspiegel wieder Bedeutung, wenn der Mieter durch allzu großes Abweichen von der ortsüblichen Vergleichsmiete übervorteilt wird. Auch für die dann gegebenenfalls anzustellende strafrechtliche Bewertung (z.B. § 5 WiStG oder § 291 StGB) können Mietspiegel herangezogen werden. Im Rahmen der Bestimmung der KdU-Angemessenheitsgrenze dienen sie als Sekundärdatenquelle.

³³¹ Mietspiegel sind nicht zum Kanon der Strengbeweismittel der ZPO zu zählen. Gleichwohl dienen sie in mietrechtlichen Verfahren doch regelmäßig als Instrument zur Bestimmung der örtlichen Vergleichsmiete. Sie können dadurch aber in Zivilprozessen durch Strengbeweismittel (vor allem durch Sachverständigengutachten) entkräftet werden.

³³² An dieser Stelle wird mit dem in jüngerer Zeit eingeführten Modell der sog. „Mietpreisbremse“ in § 565d Abs. 1 BGB eine gesetzgeberisch-normative Korrektur versucht. Sie soll ein Abweichen von mehr als 10 % von der ortsüblichen Vergleichsmiete verhindern. Die Wirkung dieses Instruments ist indes bisher nicht belegt. In erster Linie liegt dies daran, dass viele Mieter Konflikte mit potenziellen Vermietern während der Vertragsanbahnung scheuen. Vgl. die entsprechende DIW-Studie: https://www.diw.de/de/diw_01.c.535261.de/themen_nachrichten/ein_jahr_nach_inkrafttreten_mietpreisbremse_wirkt_nicht_wie_erhofft.html (31.12.2018). Auch die Besonderheit besonders angespannter Mietmärkte hat der Gesetzgeber erkannt und hierfür in § 566d Abs. 2 BGB Ausnahmen vorgesehen.

3.1.2.3 Methodenvielfalt bei der Mietspiegelerstellung

Unterschieden werden zwei Arten von Mietspiegeln: einfache Mietspiegel und qualifizierte Mietspiegel. Grundsätzlich ist dabei schon jede Aufstellung ortsüblicher Mieten ein einfacher Mietspiegel, wenn sie entsprechend den gesetzlichen Vorgaben zustande gekommen oder jedenfalls anerkannt worden ist. Für die Qualifizierung ist gemäß § 558d BGB überdies erforderlich, dass die Übersicht zusätzlich nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt wurde.

Hinsichtlich der hierbei anzuwendenden Methodik bestehen indes keine einheitlichen verbindlichen gesetzlichen Vorgaben. Hier existieren viele Schnittmengen zu Fragen des Schlüssigen Konzepts, da die empirische Methodik zur Erfassung des Wohnungsmarktes in beiden Rechtskreisen benötigt wird.

3.2 Die zwei Schritte der Datenerhebung und Datenauswertung

Soll der Wohnungsmarkt empirisch erhoben werden, sind denknotwendig zwei operative Schritte erforderlich: die Datenerhebung und die Datenauswertung. Vor einer Datenerhebung sind wiederum zwei Aspekte zu klären: Für welchen räumlichen Bereich die Daten erhoben und welche Quellen herangezogen werden sollen. Liegen die so erhobenen Daten vor, müssen diese wiederum mittels eines mathematischen Verfahrens ausgewertet und sodann die relevante Mietpreisspanne gebildet werden.

Bei allen Schritten können unterschiedliche Methoden zum Einsatz kommen. Sie sollen im Folgenden erläutert werden. Insbesondere die Erkenntnisse zur Datenerhebung dürften sich für die Ermittlung der KdU-Angemessenheitsgrenze fruchtbar machen lassen.

3.2.1 Datenerhebung

Obleich dies für eine exakte Ermittlung des Wohnungsmarktes optimal wäre, scheint es derzeit nicht politisch intendiert, den gesamten

Wohnungsmarkt zu erheben. Es ist daher erforderlich, eine repräsentative Stichprobe zu ziehen. Der Grund hierfür liegt auf der Hand: Eine Erhebung ist stets eine Momentaufnahme des beobachteten Marktes³³³. Um die Aktualität der Daten zu gewährleisten, ist folglich eine rasche Umsetzung der operativen Schritte zu gewährleisten. Limitiert wird dies durch eine wirtschaftliche Komponente. Das Gesetz trägt der wirtschaftlichen Komponente Rechnung, indem es in § 558c Abs. 4 S. 1 BGB bestimmt, die Gemeinden sollen Mietspiegel erstellen, wenn [...] dies mit einem vertretbaren Aufwand möglich ist.

Die Datenerhebung gliedert sich mithin in vier Schritte: Zunächst muss eine Erhebungsmethode gewählt werden. Sodann müssen eine Datenquelle gefunden und Kriterien für die Ziehung einer Stichprobe definiert werden. Noch auf der Erhebungsebene ist die so gewonnene Stichprobe dann zu bereinigen. Dem ist die Frage vorgeschaltet³³⁴, in welchem räumlichen Bereich die Erhebung stattfinden soll.

3.2.1.1 Räumlicher Bereich

3.2.1.1.1 Raumabgrenzung im Mietrecht

Mietrechtlich bestehen keine verbindlichen Vorgaben an den räumlichen Erhebungsbereich. Die Erstellung von Mietspiegeln kann sowohl das gesamte Gemeindegebiet als auch mehrere Gemeinden oder Teilbereiche erfassen, § 558c Abs. 2 BGB. Drei Kriterien kommen hierfür in Betracht: das Wohnungsangebot, die jeweilige Mietstruktur oder aber die Siedlungsstruktur.

³³³ Er enthält eine Übersicht über die ortsübliche Vergleichsmiete an einem bestimmten Stichtag, s. *Weidenkaff* in Palandt, BGB, § 558c Rdnr. 2.

³³⁴ Insoweit sind hier auch mehrere Phasen der räumlichen Abgrenzung denkbar: Eine erste grobe Festlegung, in welchem Bereich die Datenerhebung erfolgen soll und sodann eine Verengung des räumlichen Bereichs auf Grundlage der gewonnenen Daten. Dies hängt letztlich an der Entscheidung, nach welchen Kriterien räumlich abgegrenzt werden soll: nach Preisraum oder aber infrastrukturellen, bzw. Gemeindegebietsgesichtspunkten.

Regelmäßig werden sie von der betreffenden Gemeinde unter Beteiligung von Interessenvertretern von Mietern und Vermietern in entsprechenden Arbeitskreisen erstellt. Auch dieses Prozedere ist jedoch nicht zwingend vorgeschrieben. Eine Erstellung nur durch Interessenvertreter oder gar Dritte ist zulässig, wenn die Akteure den Mietspiegel anerkennen³³⁵. Nach den Hinweisen des Ministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen sollten grundsätzlich nur Wohnungen zugrunde gelegt werden, die sich in dem Gebiet befinden, für das der Mietspiegel erstellt wird³³⁶.

3.2.1.1.2 Diskutierte Ansätze bei den KdU: Differenzierung von Stadt und Land

Auch hinsichtlich der KdU-Angemessenheitsgrenze kommen die Kriterien Wohnungsangebot, Mietstruktur oder Siedlungsstruktur zur Raumabgrenzung in Betracht. Die Rechtsprechung des BSG hat sich für eine Abgrenzung nach infrastrukturellen Gesichtspunkten entschieden³³⁷. Letztere sind in Städten weniger problematisch. Urbane Bereiche sind tendenziell infrastrukturell homogen gestaltet. Dem urbanen Segregationseffekt kann aus empirischer Sicht begegnet werden, indem das gesamte Stadtgebiet räumlich herangezogen wird; dann ist letztlich die Preiszone das maßgebliche Abgrenzungskriterium³³⁸. Für den ländlichen Bereich ist diese Vorgabe etwas schwieriger umzusetzen, sodass der infrastrukturelle Ansatz von Vorteil ist. Für die KdU-Angemessenheitsgrenze eröffnet dies das Zusatzproblem der gemeinde-, bzw. kreisübergreifenden Raumabgrenzung³³⁹. Hier können rechtliche Konflikte

³³⁵ Vgl. *Hinkelmann*, Die Ortsübliche Miete, S. 123, die insoweit ausgehandelte Mietspiegel von empirisch-statistischen Mietspiegeln unterscheidet.

³³⁶ Vgl. *BMVBW, Hinweise Zur Erstellung von Mietspiegeln*, Teil 2, I.2 a).

³³⁷ S. die München-Entscheidung in BSG, Urt. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274 (München).

³³⁸ So auch das Ergebnis der *IWU*-Studie, S. 169. Die Autoren bestätigen in diesem Punkt mithin die Erwägungen des 4. Senats in der München-Entscheidung, s. auch die o.g. (ablehnende) Entscheidung zum Versuch einer innerstädtischen infrastrukturellen Aufteilung der Stadt Kiel durch die Förde.

³³⁹ So sprechen sich die Autoren der *IWU*-Studie für die Bildung von sog. Mittelbereichen aus, deren Größe sich nach der erwünschten „Körnigkeit“ richtet, S. 169.

mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie entstehen, die im dritten Teil der Arbeit beleuchtet werden.

3.2.1.2 Datenquellen: Primäre und sekundäre Erhebungsmethoden

Empirisch können zwei Arten von Erhebungsmethoden unterschieden werden: unmittelbare Erhebungen und mittelbare Erhebungen. Zu den unmittelbaren Erhebungen, auch Primärerhebungen genannt, sind Methoden der direkten Datengewinnung mittels Umfragen zu zählen. In Betracht kommen telefonische, schriftliche oder persönliche Mieter- oder Vermieterbefragungen. Demgegenüber stellt die Verwertung bestehender Daten aus bereits vorhandenen Datenbanken eine sekundäre Erhebungsmethode dar.

3.2.1.2.1 Hauptsächlich Primärerhebungen im Mietrecht

Als mittelbar erhobene Datenquellen kommen Datenbanken von Wohnungsunternehmen in Betracht. Dies erscheint indes nur dann sinnvoll, wenn das entsprechende Wohnungsunternehmen eine beherrschende Marktposition innehat und seine Daten auch entsprechend dezidiert erfasst hat³⁴⁰. Da dies in der Regel jedoch selten vorkommen dürfte, hat die primäre Befragungsmethode³⁴¹ im Mietrecht eine herausragende Bedeutung³⁴².

3.2.1.2.1.1 Repräsentativitätserfordernis bei qualifizierten Mietspiegeln

Bei der Wahl der Datengrundlage lässt der mietrechtliche Gesetzgeber den Erstellern von Mietspiegeln viel Freiraum. Für einfache Mietspiegel

³⁴⁰ Vgl. *Börstinghaus* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, S. 1935. Spiegelbildlich zu diesem Befund hat auch das BSG eine entsprechende Vorgabe für die sog. grundsicherungsrelevanten Mietspiegel aufgestellt, s. oben unter 2.1.2.3 die Osnabrück-Entscheidung des Senats 14/7b aus 2008.

³⁴¹ Die Wahl von Mieter- oder Vermieterbefragungen ergibt für das statistische Ergebnis keinen Unterschied, *Ibid.*, S. 1920 Rdnr. 92.

³⁴² *Börstinghaus* and Clar, Mietspiegel - Erstellung und Anwendung Rdnr. 663 führen an, dass wohl 99 % aller Mieterhebungen als Befragungen stattfinden.

bestehen gar keine Vorgaben. Für qualifizierte Mietspiegel ist ein Datensatz erforderlich, der den Wohnungsmarkt möglichst getreu abbildet, mithin also repräsentativ³⁴³ ist, vgl. § 558d Abs. 1 BGB.

3.2.1.2.1.2 Neuvertragsmieten und geänderte Bestandsmieten

Das Datenmaterial soll gemäß § 558 Abs. 2 BGB dabei nur Neuvertragsmieten und geänderte Bestandsmieten erfassen, also solche Wohnmieten, die zum jeweiligen Erhebungsstichtag vereinbart oder aber vertraglich modifiziert wurden. Mieten, die zu diesem Zeitpunkt unverändert geblieben sind (Bestandsmieten), werden dementsprechend nicht erfasst. Dies ist der dargestellten Zweckrichtung des Mietrechts geschuldet: Soll mit Mietspiegeln (lediglich) überprüft werden, ob eine Mieterhöhung sich im ortsüblichen Rahmen bewegt, ist folgerichtig lediglich von Bedeutung, ob diese Vertragsanpassung üblich ist.

3.2.1.2.1.3 Nettokaltmiete

Dadurch ist auch eine weitere Weichenstellung hinsichtlich des Materials im Hinblick auf die Wahl der Mietenart bedingt: Hier hat sich die Erfassung der Nettokaltmiete (auch Grundmiete), also der puren Miete ohne Berücksichtigung der Heiz- oder Betriebskosten, durchgesetzt. Allein dieser Wert ist für die entsprechenden Mietrechtsprozesse bedeutsam. Daher ist das Datenmaterial nach mietrechtlichen Maßstäben insoweit zu bereinigen³⁴⁴.

3.2.1.2.1.4 Aktualität und Fortschreibung

Auch eine zeitliche Komponente beeinflusst die Datenerhebung: Je mehr Zeit zwischen ihr und der eigentlichen Erstellung des Mietspie-

³⁴³ Qualifizierte Mietspiegel müssen nach der Gesetzesbegründung zu § 558d BGB gewährleisten, dass der Wohnungsmarkt realistisch abgebildet wird, BT-Drs. 14/4553, S. 57.

³⁴⁴ Vgl. *Börstinghaus* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, S. 1914.

gels vergeht, desto mehr büßt er an Repräsentativität ein. Ein Mietspiegel ist alle vier Jahre neu zu erstellen und alle zwei Jahre den Marktentwicklungen anzupassen³⁴⁵.

3.2.1.2.2 größere Bedeutung der Sekundärerhebungen bei den KdU

Im Rahmen der KdU-Angemessenheitsgrenze ist die Notwendigkeit sekundärer Datenquellen größer als im Mietrecht. Dies liegt daran, dass der überwiegende Teil der Kommunen keine Mietspiegel erstellt hat, dies betrifft insbesondere den ländlichen Bereich³⁴⁶. Dort, wo Mietspiegel existieren, können sie indes als Sekundärdatenquelle³⁴⁷ herangezogen werden. Als einzige Form der Primärerhebung hat das BSG³⁴⁸ insoweit die sog. grundsicherungsrelevanten Mietspiegel eröffnet. Anders als bei sonstigen Mietspiegeln werden hier meist auch alle Bestandsmieten von den Kommunen erfasst. Für Sekundärerhebungen kommen darüber hinaus nur zwei Quellen ernsthaft³⁴⁹ in Betracht: die Einkommens- und Verbraucherstichprobe (EVS) und die Mikrozensus Zusatzerhebung „Wohnen“. Beide differenzieren indes nicht nach den dargestellten Vergleichsräumen und erfassen derzeit nur Bestandsmieten. Als zusätzlichen Aspekt bei der Wahl der Datengrundlage hebt die

³⁴⁵ Zur Fortschreibung von Trägerkonzepten im Rahmen der KdU in Zweijahreszeiträumen unter Verweis auf die vom BVerfG abgeleiteten Synergieeffekte mit den §§ 22a ff. SGB II s. BSG, Urteil vom 12. Dezember 2017 - B 4 AS 33/16 R -, BSGE 125, 29-38, Rdnr. 17 f. und die Anmerkung v. *Baufeld*, Sozialrecht aktuell 2018, 169 ff.

³⁴⁶ Bundesweit ist ein Trend zur Erstellung von mehr Mietspiegeln zu verzeichnen. Er betrifft indes hauptsächlich urbane Bereiche. Für eine detaillierte Übersicht siehe die Internetpräsenz des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR): <http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/WohnenImmobilien/Immobilienmarktbeobachtung/ProjekteFachbeitraege/Mietspiegel/Mietspiegel.html> (31.12.2018).

³⁴⁷ Das BSG spricht sich für eine Verwendung der zugrunde liegenden Daten eines Mietspiegels aus, vgl. BSG, Ur. v. 19.02.2009 - B 4 AS 30/08 R -, BSGE 102, 263-274 (München).

³⁴⁸ S. die Osnabrück-Entscheidung BSG, Ur. v. 18.06.2008 - B 14/7b AS 44/06 R -, juris (Osnabrück).

³⁴⁹ Vgl. hierzu auch die *IWU*-Studie, S. 170 ff. Dort ist noch die WoGG-Höchstbetragstabelle, die SGB II- und SGB XII-Statistik, sowie Angebotsdatenbanken und Mietpreissammlungen und Bodenrichtwerte der Gutachterausschüsse genannt. Während die beiden ersteren (jedenfalls für sich genommen) als ungeeignet bewertet werden, weisen die beiden letzteren Repräsentativitätsschwierigkeiten auf.

IWU-Studie zudem eine Häufigkeitsprüfung (dort „Mengengerüst“ genannt³⁵⁰) hervor.

3.2.2 Datenauswertung

3.2.2.1 Tabellenmethode und Regressionsmethode im Mietrecht

Die Datenauswertung ist der statistische Kernbereich der Mietspiegelstellung. Hinsichtlich der Auswertung der erhobenen Daten existieren zwei unterschiedliche Erstellungsmethoden: die Regressions- und die Tabellenmethode.

Letztere versucht durch Bildung typischer Wohnungskategorien (kombiniert aus bestimmten Wohnmerkmalen und dem sog. Mietspiegelfeld) die Struktur des Wohnungsmarktes abzubilden. Dagegen verfolgt das Regressionsmodell einen an den Marktpartnern (Mieter und Vermieter) orientierten Ansatz - entsprechend der oben genannten Prämisse, der Wert einer Wohnung ergebe sich aus der individuellen Bewertung ihrer Wohnwertmerkmale.

3.2.2.1.1 Die mietspreisbildenden Faktoren

Eine große Schwierigkeit bei der Erfassung eines Mietpreises ist das Ermitteln der wertbildenden Faktoren. Das Mietrecht liefert mit § 558 Abs. 2 BGB eine abschließende Legaldefinition von fünf Faktoren:

- *Art,*
- *Größe,*
- *Ausstattung,*
- *Beschaffenheit und*
- *Lage*

³⁵⁰ *Ibidem*, S. 184 ff.

der Wohnung. Diese vermeintlich einfachen Begriffe lassen sich aufgrund der Unterschiedlichkeit von Wohnungen jedoch nicht einheitlich mit Leben füllen.

Die Wohnungsgröße beeinflusst den Preis naturgemäß wesentlich. Tendenziell sind kleine Wohnungen teurer als große Wohnungen. Besonders in größeren Städten ist der Bedarf an kleineren Singlewohnungen hoch. Hohen Einfluss auf den Preis hat auch die Wohnlage. Hierbei handelt es sich indes um ein wenig greifbares Merkmal. Da die insoweit wirkenden Mechanismen schwer zu erfassen sind, finden in Mietspiegeln grobe Unterteilungen in einfache und gute Wohnlagen statt.

Der Begriff der Wohnungsart definiert sich nach seiner Baustruktur: Etwa ob es sich um ein Loft oder eine Mehrzimmerwohnung, einen Altbau oder Neubau handelt und für wie viele Bewohner die Wohnung konzipiert ist. Hier gibt es wiederum Überschneidungen zum Begriff der Beschaffenheit einer Wohnung, der im Wesentlichen den bausubstanzlichen und energetischen Zustand erfassen soll.

3.2.2.1.2 Tabellenmethode

Ziel der Tabellenmethode ist es, die Gesamtheit der Quadratmetermieten in einzelne Tabellenfelder zu zerlegen. Die Felder sollen in sich eine möglichst geringe Variation und zueinander eine möglichst große Variation aufweisen³⁵¹. Abgebildet wird das Ergebnis, wie der Name es anzeigt, in einer Tabelle.

Bei der Tabellenmethode werden – vor der Datenerhebung – zunächst die Wohnwertkriterien bestimmt³⁵², die im sogenannten Abfrageraster erhoben werden sollen. Sodann werden die erhobenen Daten in Form von Mietspannen in mehreren Rasterfeldern zusammengestellt. Dabei werden die Rasterfelder innerhalb der Wohnwertkriterien gebildet. Die

³⁵¹ Vgl. *Börstingshaus* and *Clar*, *Mietspiegel - Erstellung und Anwendung* Rdnr. 699. Statistisch werden Tabellenmietspiegel dementsprechend als varianzanalytisches Auswertungsdesign bezeichnet.

³⁵² Statistisch spricht man von sogenannten „Modellvoraussetzungen“.

einzelnen Wohnwertmerkmale werden dementsprechend isoliert erhoben. Da das Rasterfeld nicht uferlos dargestellt werden kann, werden innerhalb der Felder Mietpreisspannen und/oder Mittelwerte abgebildet. Liegt nicht genügend Datenmaterial³⁵³ innerhalb des Rasterfeldes eines Wohnwertmerkmals vor, bleibt das entsprechende Feld eventuell leer. Beispielhaft sei dies am hamburgischen Mietspiegel gezeigt (*Quelle: www.hamburg.de/mietspiegel*):

**Mietspiegel 2019
der Freien und Hansestadt Hamburg in EURO**

Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen · Amt für Wohnen, Stadterneuerung und Bodenordnung ·
(Erhebungsstichtag 01.04.2019)

Jede Verwendung dieser Tabelle mit abweichenden Werten ist unzulässig.
Diese Tabelle lässt sich nur richtig anwenden, wenn die Erläuterungen
in der Broschüre „Hamburgischer Mietspiegel 2019“ genau beachtet werden.

Bauartklasse/Bezugsfertigkeit		Nettokalmiete ohne Heizung und ohne Betriebskosten (in EURO/M²)																
		bis 31.12.1918		1.1.1919 bis 20.6.1948		21.6.1948 bis 1960		1961 bis 1967		1968 bis 1977		1978 bis 1993		1994 bis 2010		2011 bis 2018		
Ausstattung		B		C		F		H		K		L		M		N		
Wohnlage	Wohnfläche																	
Normal Wohnlage	25 m² bis unter 41 m²	1	Mittelwert Spanne Anzahl	12,10 10,12 - 14,55 29*	9,36 7,46 - 11,57 22*	8,33 7,00 - 10,00	8,45 5,79 - 11,70	9,29 6,01 - 11,91 28*						9,77 7,51 - 12,37 11*				
	41 m² bis unter 66 m²	2	Mittelwert Spanne Anzahl	9,84 8,33 - 11,86	8,47 7,24 - 9,80	7,40 6,56 - 8,15	6,76 6,10 - 7,00	7,20 5,50 - 8,94	9,32 7,82 - 10,71	9,28 8,00 - 10,72	12,75 10,00 - 15,04							
	66 m² bis unter 91 m²	3	Mittelwert Spanne Anzahl	8,01 7,77 - 8,65 10*	10,26 8,94 - 11,91	8,54 7,06 - 9,96	7,79 6,80 - 9,21	6,17 5,63 - 6,50	6,22 5,41 - 6,90	7,71 6,30 - 9,26	9,90 8,00 - 11,53	12,28 10,22 - 14,51						
	ab 91 m²	4	Mittelwert Spanne Anzahl	9,68 8,22 - 12,02 15*	8,23 6,89 - 10,11 24*	7,16 6,56 - 7,93 12*	6,90 6,28 - 7,42 13*	6,14 5,56 - 6,56 25*	8,59 5,62 - 10,80 11*	10,55 8,79 - 11,93	12,98 10,64 - 15,29							
Gute Wohnlage	25 m² bis unter 41 m²	5	Mittelwert Spanne Anzahl	13,05 10,39 - 15,19 15*	10,61 8,57 - 12,53	9,26 7,04 - 11,09	10,77 8,82 - 12,99	12,02 10,96 - 13,54	10,93 9,00 - 12,73 12*									
	41 m² bis unter 66 m²	6	Mittelwert Spanne Anzahl	10,89 9,20 - 13,27	10,61 8,57 - 12,53	9,26 7,04 - 11,09	10,77 8,82 - 12,99	12,02 10,96 - 13,54	10,93 9,00 - 12,73 12*									
	66 m² bis unter 91 m²	7	Mittelwert Spanne Anzahl	11,28 9,42 - 13,70	11,14 8,72 - 14,21	10,32 8,26 - 13,00	7,63 6,09 - 8,85	9,03 6,29 - 11,78	10,15 7,91 - 11,82	11,60 9,54 - 14,20	14,18 12,88 - 15,34							
	91 m² bis unter 131 m²	8	Mittelwert Spanne Anzahl	9,08 7,45 - 10,59 11*	11,14 9,00 - 13,88	10,14 8,60 - 13,00	10,54 8,30 - 12,61	10,13 7,57 - 12,31 13*	10,81 9,25 - 11,77 15*	10,25 10,60 - 16,00 24*	12,99 10,60 - 16,00	13,91 12,82 - 15,00						
	ab 131 m²	9	Mittelwert Spanne Anzahl	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83	11,05 8,54 - 13,83

Bei Leerfeldern können aufgrund einer zu geringen Datenbasis keine statistisch belastbaren Aussagen getroffen werden.
* Für Felder mit weniger als 30 Datensätzen ist die Aussage eingeschränkt.

Abbildung 1: Mietspiegel Hamburg

³⁵³ Gemeint ist eine repräsentative Anzahl an Wohnungen im entsprechenden Rasterfeld. In der Regel wird von 30 Wohnungen als Schwellenwert ausgegangen.

3.2.2.1.3 Regressionsmethode: Formel statt Tabelle

Im Gegensatz zur Tabellenmethode versucht die insoweit neuere³⁵⁴ Regressionsmethode, diese leeren Felder auch zu bestimmen. Ziel ist es, eine Formel zur punktgenauen Berechnung der jeweiligen Vergleichsmiete für eine Wohnung zur Verfügung zu stellen. Die Regressionsmethode verfolgt dabei den Ansatz, die Beziehungen der einzelnen Wohnwertmerkmale zum Mietpreis mathematisch darzustellen.

Mangels Notwendigkeit, die Wohnmerkmale in bestimmte Tabellenfelder unterteilen zu müssen, können die Merkmale feiner differenziert dargestellt werden. Bei der Regressionsmethode wird das so gebildete Raster dann nicht gewichtet und abgebildet. Es wird vielmehr versucht mathematisch zu ermitteln, inwiefern bestimmte Merkmale die jeweilige Miete beeinflusst haben. Abgebildet wird dieser Rechenschritt dann in einer sogenannten Regressionsgleichung³⁵⁵. Ziel dieser Gleichung ist es, die ortsübliche Vergleichsmiete nach Einbeziehung aller wertbildenden Faktoren präzise errechenbar zu machen³⁵⁶. Praktisch umgesetzt wird dies anhand einer fragebogenähnlichen Formel, an deren Ende ein bestimmter Wert errechnet ist. Ein Beispiel für die Verwendung eines mit der Regressionsmethode ermittelten Mietspiegels in einer Großstadt ist der Mietspiegel der Stadt München³⁵⁷.

³⁵⁴ Die Regressionsmethode ist ein altbewährtes statistisches Auswertungsverfahren, wird im Zusammenhang mit der Erstellung von Mietspiegeln jedoch erst seit einer Fachveröffentlichung im Jahr 1988 breitflächig beachtet und seitdem kontrovers diskutiert, vgl. *Börstingshaus* and *Clar*, Mietspiegel - Erstellung Und Anwendung Rdnr. 703, m.w.Nachw.

³⁵⁵ Vgl. *Hinkelmann*, Die Ortsübliche Miete, S. 135.

³⁵⁶ Der Münchener Mietspiegel errechnet mehrere Werte: einen präzisen Wert und eine Spanne nach oben und unten, S. 23 der Erläuterungen.

³⁵⁷ Im Münchener Mietspiegel wird die ortsübliche Vergleichsmiete in sechs Arbeitsschritten ermittelt. Er ist online abrufbar unter <https://www.muenchen.de/rathaus/Stadtverwaltung/Sozialreferat/Wohnungsamt> (31.12.2018).

3.2.2.1.4 Kritik an der Regressionsmethode

Die Anwendbarkeit der Regressionsmethode bei der Erstellung von Mietspiegeln ist unter Statistikern nicht unumstritten. Der Meinungsstreit findet seinen Niederschlag dementsprechend in der Rechtsprechung der mietrechtlichen Instanzgerichte. Da der Streitstand bedeutsam ist für die Frage, ob der Wohnungsmarkt im Rahmen der KdU-Angemessenheitsgrenze mit dieser Methode treffsicher ermittelt werden kann, sollen im Folgenden kurz die einzelnen Argumente dargestellt werden.

Der Vorteil der Regressionsmethode ist die Möglichkeit, die einzelnen Wohnwertmerkmale vielfältiger darzustellen³⁵⁸. Über die bloße Zusammenfassung der ermittelten Ergebnisse in eine Tabelle hinaus wird versucht, die Einflüsse der einzelnen Wohnwertmerkmale auf den Mietpreis für den jeweils betrachteten Wohnungsmarkt zu berücksichtigen. Exemplarisch sei die Annahme genannt, qualitativ bessere Wohnungen dürfen keine niedrigeren Mieten aufweisen als qualitativ schlechtere Wohnungen³⁵⁹. Diese Annahme wird dann für den Wohnungsmarkt unterstellt³⁶⁰. Liegen für bestimmte Bereiche keine ausreichenden Daten vor, geht die Regressionsmethode davon aus, die Wirkungszusammenhänge seien dieselben wie im belegten Teil³⁶¹.

Kritisiert werden die gewonnenen Regressionsgleichungen aufgrund zweier wesentlicher Aspekte: die Einwirkungen der einzelnen wertbildenden Faktoren auf den Mietpreis sind weder sichtbar noch können sie objektiv sichtbar gemacht werden. Sie sind nicht beweisbar³⁶². Statistisch können die gewonnenen Erkenntnisse aber nur korrekt sein, wenn sie den Wohnungsmarkt realitätsgerecht abbilden. Die Regressionsmethode dreht diesen Mechanismus gewissermaßen um. Kritisiert

³⁵⁸ Vgl. *Alles*, WuM 1988, 241 (242), der für die Stadt Darmstadt 40 Merkmale darstellt.

³⁵⁹ Diese Annahme fand sich in den 1990er Jahren im Mietspiegel für München, vgl. *Aigner/Oberhofer/Schmidt*, WuM 1993, 18 (19).

³⁶⁰ Vgl. *Clar*, WuM 1992, 662 (663).

³⁶¹ *Alles*, WuM 1998, 241 (243).

³⁶² Statistiker verwenden insoweit den Begriff der Modellannahme.

wird, dass sie ein Bild zeichnet, wie der Wohnungsmarkt wäre, wenn die Hypothese des jeweiligen Wirkungszusammenhangs zuträfe³⁶³. Der entsprechende Mietspiegel bildet dann jedoch den Wohnungsmarkt nicht notwendigerweise ab, sodass die Regressionsgleichungen als fehleranfällig angesehen werden³⁶⁴.

3.2.2.2 Sieben diskutierte Ansätze für die Angemessenheitsgrenze

Die Autoren des IWU-Forschungsberichts haben in ihrer Studie eine bundesweite³⁶⁵ empirische Analyse³⁶⁶ bestehender KdU-Richtlinien vorgenommen. Sie haben dabei äußerst unterschiedliche Ansätze vorgefunden, die sich auf allen Ebenen der herausgearbeiteten normativen „Stellschrauben“ wiederfinden. Zusammenfassend haben die Autoren die Fülle der KdU-Regelungen in drei grundlegende empirische Ansätze klassifiziert:

1. *Orientierung an Vergleichsgruppen*
2. *Orientierung am Wohnungsstandard*
3. *Orientierung an der Häufigkeit günstiger Wohnungen*

Der erste Ansatz bestimmt normativ eine Vergleichsgruppe von Haushalten außerhalb des Leistungsbezugs. Mit anderen Worten: aus dem bestehenden Datensatz wird ein bestimmter Prozentsatz an Wohnungen als angemessen herausgetrennt. Der zweite Ansatz definiert – auf Basis empirisch ermittelter Wohnkosten – normativ einen einfachen Standard. Der dritte Ansatz vereinigt beide Ansätze: Es wird eine Vergleichsgruppe von Wohnungen (nicht Haushalten) definiert, jedoch

³⁶³ Vgl. *Börstinghaus* in Schmidt-Futterer, *Mietrecht* Rdnr. 72, m.w.Nachw.

³⁶⁴ Vgl. *Krämer*, WuM 1992, 172 (173); *Aigner/Oberhofer/Schmidt*, WuM 1993, 585 (586).

³⁶⁵ Die Autoren befragten onlinebasiert eine Grundgesamtheit von 402 Kommunen (Kreise und kreisfreie Städte). Von den letztlich 416 zum Fragebogen Zugangsberechtigten erfolgte eine Rücklaufquote von 84 %. Zum genauen Vorgehen siehe S. 46 ff. des Forschungsberichts.

³⁶⁶ Eine bundesweite Sammlung zugänglicher KdU-Richtlinien findet sich auf den Internetseiten von *Harald Thomé* unter <http://harald-thome.de/oertliche-richtlinien> (31.12.2018).

kein gesonderter Wohnstandard, sondern allein der Preis als maßgeblich erachtet. Anders ausgedrückt: Aus einer Vergleichsgruppe von Wohnungen wird ein bestimmter Anteil günstiger Wohnungen zur Grundlage gemacht. Dabei ist entscheidend, wie häufig günstiger Wohnraum in der Vergleichsgruppe vorkommen muss.

Im IWU-Bericht wird zudem weiter ausgeführt, dass die Wahl der empirischen Methode hinsichtlich der Absonderung des „einfachen Segments“ zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Im Bericht³⁶⁷ werden sodann – gewissermaßen als Weiterentwicklungen der erhobenen Befunde – sieben verschiedene empirische Verfahren zur Ermittlung der Angemessenheitsgrenze vorgestellt: zwei vergleichsgruppenorientierte Verfahren („Referenzgruppenverfahren³⁶⁸“ und „Wohngeldhausverfahren“), ein standardorientiertes Verfahren („Wohnwertmerkmalverfahren“), sowie drei häufigkeitsorientierte Verfahren („Perzentilwertverfahren“, „Belegungsmatrizenverfahren“, „Verfügbarkeitsverfahren“). Schließlich schlägt der Bericht als „Indikatorverfahren“ noch eine vereinfachte Kombination vor. Vereinfacht³⁶⁹ können die Verfahren so resümiert werden:

3.2.2.2.1 Referenzgruppenverfahren

Das Referenzgruppenverfahren verwendet als Datenquelle die EVS, sondert die Mietdaten der normierten Referenzgruppe (in der Studie: untere 15 %³⁷⁰) aus und teilt diese in Haushaltsgrößenklassen auf. Die räumliche Differenzierung in „Mietbereiche“ erfolgt anhand normativ festgelegter Kriterien („regionalökonomische Größen“). Ergebnis ist ein Grenzwert nach Haushaltsgrößen.

³⁶⁷ IWU-Forschungsbericht, S. 202.

³⁶⁸ Das Referenzgruppenverfahren folgt prinzipiell der Logik von Regressionsmietspielen. Auch ihm liegt eine Regressionsgleichung anhand zuvor gewichteter Einzelfaktoren zugrunde.

³⁶⁹ Für eine detailliertere empirische Beschreibung, die für die vorliegende rechtswissenschaftliche Arbeit nicht erforderlich ist, wird auf den Forschungsbericht, S. 207 ff. verwiesen.

³⁷⁰ Bei Einpersonenhaushalten.

3.2.2.2.2 Wohngeldhausverfahren

Das Wohngeldhausverfahren verwendet als Datenquelle die der Wohngeldtabelle zugrundeliegende Wohngeldstatistik³⁷¹, gliedert sie in Haushaltsgrößenklassen auf und normiert als Angemessenheitsgrenze das 80. Perzentil der Häufigkeitsverteilung³⁷². Die räumliche Differenzierung ist aufgrund der Vereinheitlichung³⁷³ in Mietenstufen gering. Auch hier wird ein Grenzwert nach Haushaltsgrößen ermittelt.

3.2.2.2.3 Wohnwertmerkmalverfahren

Das Wohnwertmerkmalverfahren verwendet als Datengrundlage einen (qualifizierten) Mietspiegel und definiert hieraus einen einfachen Standard von Wohnwertmerkmalen („Standardwohnung“)³⁷⁴. Die räumliche Differenzierung folgt aus der Regionalität der Mietspiegel. Ergebnis ist ein Quadratmeterpreis, der mit den zulässigen Höchstflächen multipliziert wird.

3.2.2.2.4 Perzentilwertverfahren

Das Perzentilwertverfahren ist ein an der Nachfrage³⁷⁵ orientiertes Instrument. Der Nachfrage wird der Angebotsmarkt gegenübergestellt. Letzterer wird auf Grundlage der Angebotsmietdatenbank des BBSR³⁷⁶ ermittelt. Man erhält mithin einen Prozentwert (Perzentil) der dem einfachen Segment zuzuordnenden Haushalte.

3.2.2.2.5 Belegungsmatrizenverfahren

Das Belegungsmatrizenverfahren ist im Grunde auch ein Perzentilwertverfahren, das zusätzlich zum Angebot auch die Nachfrage zu erheben

³⁷¹ Hierzu s.o. unter Kapitel 1.1.2.2.

³⁷² Dies entspricht der o.g. „Wohngeldlösung“.

³⁷³ Sog. Nivellierung.

³⁷⁴ Zu den Wohnwertmerkmalen s.o. unter Kapitel 3.1.1.1.1 sowie 3.1.2.1.1 und 3.2.2.1.1.

³⁷⁵ Im Grunde wird die Anzahl der Interessenten an einer einfachen Wohnung ermittelt: SGB II und SGB XII-Leistungsbezieher und ein geringer Anteil außerhalb des Leistungsbezugs stehender Interessenten.

³⁷⁶ Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung.

sucht. Als Datengrundlage hierfür dient der Zensus. Es werden also zwei Datengrundlagen kombiniert. Hat man den normativen Wert erreicht, an dem „genügend“ Angebote für die Nachfrager vorhanden sind, ist dies das Perzentil der Angemessenheitsgrenze.

3.2.2.2.6 Verfügbarkeitsverfahren

Auch das Verfügbarkeitsverfahren basiert auf diesem Mechanismus. Es hat aber überdies zum Ziel, durch das Hinzufügen weiterer Variablen einen Angemessenheitswert zu ermitteln, an dem (rechnerisch) für jeden Leistungsempfänger eine Wohnung verfügbar ist. Normative Vorgaben sollen hiermit ausgeklammert werden³⁷⁷.

3.2.2.2.7 Indikatorverfahren

Schließlich ist es Ziel des Indikatorverfahrens, anstelle komplexer mathematischer Faktoren zwei normativ bestimmte Variablen („Indikatoren“) zu verwenden. Als erster Indikator dient die Angebotslage. Sie wird wie beim Perzentilwertverfahren ermittelt und normativ ein unterer Perzentilwert festgelegt. Der zweite Indikator ist die Nachfragelage, die über den Bestand der SGB II-Leistungsbezieher (oberer Perzentilwert) ermittelt wird.

3.3 Normative Setzungen vs. Statistik bei der Marktermittlung

Im Folgenden ist aufzuzeigen, in welchem Umfang in den Regelungsregimen des Miet- und Sozialrechts normative, also wertend geregelte, Setzungen zu finden sind. Hieraus ist abzuleiten, inwiefern methodisch zwingende Ermittlungswerte überhaupt existieren. Es empfiehlt sich auch hier, zunächst die Erkenntnisse aus der mietrechtlichen Mietspie-

³⁷⁷ Die Autoren weisen in der Studie indes auf erhebliche regionale Unterschiede hin, die je nach Anspannung des Wohnungsmarktes verstärkt werden. Dies birgt erhebliche Stigmatisierungsgefahren in sich und könnte einen ungewünschten Urbanisierungseffekt auslösen.

gelerstellung in den Blick zu nehmen. Im Anschluss ist kurz auf weitergehende Besonderheiten bei der sozialrechtlichen KdU-Angemessenheitsgrenze einzugehen.

3.3.1 Normative Setzungen bei der Mietspiegelerstellung

Um die genannten Erkenntnisse aus dem Mietrecht für die vorliegende Untersuchung fruchtbar machen zu können, ist es wichtig, die operativen Schritte herauszuarbeiten, bei welchen die statistische Erfassung des Wohnungsmarkts der jeweiligen Methode normative Setzungen vornimmt und sich damit von mathematischen Berechnungen löst.

Gewissermaßen vor die Klammer gezogen werden die sog. ausgehandelten Mietspiegel³⁷⁸. Hier ist der Einfluss normativer Setzungen offensichtlich. Für die sonstigen Mietspiegel gilt: Zur Detektion normativer Setzungen spielen die jeweiligen Erläuterungen im Textteil von Mietspiegeln eine wesentliche Rolle. Dies gilt vor allem dann, wenn sie als Grundlage für gerichtliche Entscheidungen herangezogen werden. Um hier fehlerhafte (echte oder faktische) Bindungswirkungen auszuschließen, muss den entscheidenden Spruchkörpern bewusst sein, an welchem Punkt sie den Bereich mathematischer Begebenheiten verlassen. In diesem Zusammenhang ist die Dokumentation der Entstehungsverfahren zur Überprüfbarkeit der gewählten statistischen Vorgehensweise unentbehrlich. Obgleich eine Dokumentation der Mietspiegelerstellung nicht gesetzlich vorgeschrieben ist³⁷⁹, gehört sie nach weit überwiegender Auffassung zu den anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen³⁸⁰. Beide Teile enthalten aber nicht zu jeder normativen Setzung Hinweise und Begründungen.

³⁷⁸ Es ist auf den von *Börstinghaus* erwähnten Unterschied hinzuweisen: Er sieht Mietspiegel als empirische Tatsachenfeststellung, erwähnt indes den Aufsatz von *Huber*, ZMR 1992, 469 (474), der nicht die empirische Tatsachenfeststellung, sondern die normative Setzung im Vordergrund sieht.

³⁷⁹ Einen entsprechenden Gesetzesentwurf erarbeitete die sogenannte Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Mietrechtsvereinfachung“ in einem geplanten § 560c Abs.4 BGB; der Entwurf ist jedoch niemals in Gesetzesform umgesetzt worden.

³⁸⁰ Vgl. *Börstinghaus* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, §§ 558c, 558d Rdnr. 73 auch unter Hinweis auf die Gesetzesbegründungen zu den §§ 558c und 558d BGB.

3.3.1.1 Tabellenmethode am Beispiel Hamburg

Bei der Bildung von Tabellenmietspiegeln können nach dem oben genannten normative Setzungen bei beiden operativen Schritten der Datenerhebung und Datenverwertung identifiziert werden:

3.3.1.1.1 Datenerhebung: Definition der Wohnwertmerkmale

Zum einen müssen schon auf der Erhebungsebene die abzufragenden Wohnwertmerkmale definiert und gegeneinander abgesteckt werden. Wie dargestellt wird hier allen voran das Merkmal der Wohnlage unterschiedlich definiert. Im hamburgischen Mietspiegel wird etwa lediglich nach den Wohnlagen „normal“ und „gut“ unterschieden. Hierzu greifen die Ersteller auf das sog. Hamburger Wohnlagenverzeichnis zurück. Maßgebliche Kriterien sind danach neben Bodenrichtwerten und Bebauungsdichte die Einwohnerdichte, Lärmbelastung, Grünflächenanteil, sowie Anbindung an den ÖPNV³⁸¹. Anders verhält es sich beim Münchener Mietspiegel. Er unterscheidet - feingliedriger - die sechs verschiedenen Wohnlagen „einfach“, „durchschnittlich“, „gut“, „beste“, „zentral durchschnittlich“ und „zentral gut/beste“. Als Anknüpfungspunkte werden hier auch „Image“-Aspekte herangezogen und bestimmte „In-Viertel“ und „traditionell gefragte Viertel“ daher höher bewertet³⁸².

Hervorzuheben ist auch das Ausstattungsmerkmal, das ebenfalls durch normative Setzungen eingegrenzt wird. Im hamburgischen Mietspiegel werden zwei Ausstattungsklassen gebildet, ausgehend von einem einzigen Ausstattungsmerkmal: unterschieden wird zwischen „Wohnungen mit Bad oder mit Sammelheizung“ einerseits und „Wohnungen mit Bad und mit Sammelheizung“ andererseits. Im Übrigen wird im Mietspiegel angenommen, die weiteren Ausstattungsmerkmale fänden ih-

³⁸¹ Vgl. S. 11 der Erläuterungen zum Mietspiegel der Freien und Hansestadt Hamburg 2015.

³⁸² Vgl. S. 13 der Erläuterungen zum Mietspiegel der Stadt München 2015.

ren preislichen Niederschlag im Mietpreis und würden so über die jeweilige Mietpreisspanne abgebildet³⁸³. Der Münchener Mietspiegel unterscheidet die Ausstattungsklassen „einfacher Altbau“ und „einfacher Nachkriegsbau“³⁸⁴ und berücksichtigt diverse Ausstattungsmerkmale durch punktgenau berechnete Zu- und Abschläge.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber im Mietrecht selbst normative Vorgaben macht: Die Erhebung von Neuvertrags- und geänderten Bestandsmieten sowie die Erhebung der Nettokaltmiete ist reguliert.

3.3.1.1.2 Datenauswertung: Baualtersklassen und Spannenbildung

Auf der Auswertungsebene (der Tabellenbildung) werden ebenfalls normative Setzungen vorgenommen. Bei Tabellenmietspiegeln werden nämlich nach Vorliegen der erhobenen Daten Baualtersklassen gebildet. Im hamburgischen Mietspiegel sind zum Beispiel sieben verschiedene Baualtersklassen definiert³⁸⁵. Auch die Einordnung modernisierter Altbauten in das Baualtersklassensystem wird normativ bestimmt.

Schließlich ist auf dieser Ebene auch die Spannenbildung Ergebnis normativer Festlegungen³⁸⁶. Wie dargestellt gibt es hierzu keine gesetzlichen Vorgaben. Eingebürgert hat sich eine 2/3-Spanne, wobei das obere und untere Sechstel als „Ausreißer“ üblicherweise ausgesondert wird; dies ist auch im hamburgischen Mietspiegel der Fall³⁸⁷. Diese Punkte werden in den textlichen Erläuterungen der Mietspiegel regelmäßig nicht weiter begründet.

³⁸³ S. 8 der Erläuterungen zum Hamburgischen Mietspiegel.

³⁸⁴ S. 18 der Erläuterungen zum Münchener Mietspiegel.

³⁸⁵ S. 10 der Erläuterungen zum Hamburgischen Mietspiegel.

³⁸⁶ Der Hamburgische Mietspiegel weist sowohl einen Mittelwert als auch eine Spanne auf. Der Münchener Mietspiegel weist jeweils einen punktuellen Wert sowie eine Spanne auf.

³⁸⁷ S. 5 der Erläuterungen zum Hamburgischen Mietspiegel.

3.3.1.2 Regressionsmethode am Beispiel München

In Regressionsmietspiegeln finden sich zunächst dieselben normativen Setzungen wie bei Tabellenmietspiegeln. Auch hier besteht die Notwendigkeit, die einzelnen Wohnwertmerkmale zu definieren und die erhobenen Daten zu gewichten. Die Thesen zum Einfluss der jeweiligen Merkmale auf den Mietpreis haben insoweit aber eine zusätzliche normative Komponente. Sie finden – regelmäßig ohne weitere transparente Begründung – durch Setzung der Zu- oder Abschlagswerte in die Regressionsgleichung Eingang. Dadurch sind umfangreiche normative Vorüberlegungen in Form von Modellannahmen erforderlich³⁸⁸.

3.3.2 Die Wahl zwischen Empirik und normativer Setzung bei den KdU

Auch in Bezug auf die Bestimmung der KdU-Angemessenheitsgrenze sind die verschiedenen Lösungsansätze geprägt von einer Vielzahl normativer Setzungen. Die Autoren halten die häufigkeitsorientierten Verfahren für am besten geeignet³⁸⁹. Der Kernunterschied dieser Verfahren liegt in zwei Fragen: Wie genau die Regionalität der Wohnungsmärkte abgebildet werden soll³⁹⁰ und ob die tatsächliche Verfügbarkeit einer Wohnung eher abstrakt sichergestellt oder entsprechend dem Regel-Ausnahme-Prinzip einer Einzelfallprüfung vorbehalten bleiben soll. Hinsichtlich der Wahl zwischen mehr Empirie und mehr normativen Setzungen halten die Autoren der IWU-Studie zwei Verfahren für empfehlenswert: Belegungsmatrizenverfahren (empirischer Schwerpunkt) und Indikatorverfahren (normativer Schwerpunkt).

3.4 Fazit: Kein empirisch zwingender Methodenweg

Für die vorliegende Untersuchung können folgende Erkenntnisse aus der mietrechtlichen Analyse resümiert werden:

³⁸⁸ So auch *Börstinghaus* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, §§ 558c, 558d BGB Rdnr. 72.

³⁸⁹ *IWU-Forschungsbericht*, S. 232.

³⁹⁰ „Körnigkeit“ der regionalen Differenzierung.

Im Mietrecht wird der Wohnungsmarkt in zwei Schritten ermittelt: Erhebung und Auswertung der Daten. Die Datenerhebung erfolgt weit überwiegend durch Befragungen, wobei es keinen Unterschied macht, ob Mieter oder Vermieter befragt werden.

Hierzu müssen die wertbildenden Faktoren definiert werden. Sie können nicht trennscharf voneinander abgegrenzt werden und sie beeinflussen sich gegenseitig. Sie sind im Mietrecht durch das Gesetz normativ vorgegeben und von den Mietspiegelerstellern normativ weiter definiert. Dabei entstehen divergente Definitionen der Wohnwertmerkmale. Dieser Befund lässt sich auf die Bestimmung der KdU-Angemessenheitsgrenze übertragen³⁹¹.

Hinsichtlich der Datenauswertung liegen mit der Tabellenmethode und der Regressionsmethode im Mietrecht zwei verschiedene statistische Modelle vor. Beiden Modellen liegt eine Mehrzahl normativer Wertungen zugrunde. Für die Ermittlung der KdU-Angemessenheitsgrenze werden weitere Verfahren diskutiert, die gleichfalls einer Vielzahl normativer Bestimmungen unterliegen.

3.4.1.1 Wenig empirisch zwingende Vorgaben im Mietrecht

Für die Frage der Angemessenheit der KdU lässt sich damit aus empirischer Sicht zunächst festhalten, dass das Mietrecht einen bestimmten empirischen Weg zur Wohnungsmarktermittlung weder vorschreibt noch erzwingt. Es finden sich diverse normative „Stellschrauben“ im Rahmen der statistischen Methoden. Der Gesetzgeber greift insoweit an drei Stellen regulierend ein: durch die Festlegung von (nicht weiter definierten) Wohnwertmerkmalen, durch die Vorgabe, nur Angebots- und geänderte Bestandsmieten zu erfassen, sowie durch die Fortschreibungspflicht.

³⁹¹ So auch das Ergebnis der Gegenüberstellung bei *Knickrehm*, jM 2014, 337 (343).

3.4.1.2 Zusätzliche Herausforderungen im Sozialrecht

Das mietrechtlich relevante empirische Ziel ist das Finden der ortsüblichen Vergleichsmiete. Die sozialrechtliche Angemessenheits-Fragestellung ist demgegenüber um einen zusätzlichen Aspekt erweitert: die Aussonderung des „einfachen Segments“, das wiederum aus der Begrenzungsfunktion des Angemessenheitsbegriffs in § 22 Abs. 1 SGB II („soweit“) abgeleitet wird. Außerdem können sich die Akteure im SGB II aufgrund der gebotenen Gleichbehandlung nicht dispositiv von den Erhebungen des Wohnungsmarktes lösen. Dies bekräftigt auch das Erfordernis der Vergleichsraumbildung gegenüber dem Mietrecht³⁹². Zudem hat das BSG wiederum einige normative sozialrechtliche Vorgaben gemacht: durch die Vorgabe, sowohl Angebots-, als auch Bestandsmieten zu verwenden³⁹³ und den Wunsch, die angemessenen KdU als Bruttokaltmiete abzubilden. Außerdem existieren (anders als im Mietrecht) mit dem Infrastrukturmerkmal etwas engere Vorgaben in Bezug auf den Vergleichsraum.

Es lässt sich mithin schließen, dass es ein empirisch zwingendes Verfahren zu Regelung der Angemessenheitsgrenze nicht gibt. Die Rechtsprechung des BSG, welche den Kommunen insoweit eine empirische Methodenfreiheit zugesteht, stellt sicher, dass nur empirisch überprüfbare Ergebnisse einer gerichtlichen Kontrolle standhalten.

³⁹² Aufschlussreich zur Vergleichsraumbildung etwa *LSG S-H*, Urt. v. 31.01. 2018 – L 5 AS 201/17 –, juris.

³⁹³ Vgl. *BSG*, Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 50/10 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 42 (Berlin), s. auch unter Kapitel 2.1.2.17.

4 Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?

Nachdem der Begriff der Angemessenheit der KdU in den einfachgesetzlichen Kontext des Sozialgesetzbuchs gestellt und die einschlägige Ausgestaltung durch die Rechtsprechung herausgearbeitet wurden, steht schließlich nach empirischer Analyse fest, dass es für die Ermittlung der Angemessenheitsgrenze kein empirisch zwingendes Verfahren gibt, sondern mehrere valide Modelle zur Verfügung stehen.

Vor diesem Hintergrund bleibt zu beantworten, ob den Gesetzgeber eine Pflicht zur weitergehenden Ausgestaltung des Angemessenheitsbegriffs trifft. Die Frage wird in der Judikatur der Instanzgerichte vereinzelt diskutiert³⁹⁴. Zuletzt wurde sie mit umfangreicher Begründung durch einen Vorlagebeschluss des SG Mainz³⁹⁵ aufgeworfen.

Zur Klärung dieser Fragestellung ist eine Vorprüfung notwendig. Die KdU dienen nämlich im Zusammenspiel mit der Regelbedarfsleistung der existenznotwendigen Bedarfsdeckung. Hierbei erlangt das von der Rechtsprechung des BVerfG³⁹⁶ entwickelte Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum Bedeutung. Diese grundrechtlichen Vorgaben für die KdU als Leistung des SGB II müssen zunächst herausgearbeitet werden. Insbesondere eine trennscharfe Schutzbereichsabgrenzung des unterkunftsbezogenen Existenzminimums ermöglicht sodann die Untersuchung, ob die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung eine hinreichende Umsetzung gewährleistet. Handlungsbedarf für den Gesetzgeber bestünde nämlich, wenn die jetzige Rechtslage die grundrechtlichen Vorgaben nicht oder unvollständig umsetzt. Es gilt somit zunächst, den Unterkunftsbedarf im grundrechtlichen Kontext wiederzufinden und sodann dessen Umsetzung durch Gesetz und richterrechtlicher Ausgestaltung zu überprüfen.

³⁹⁴ Die entsprechenden Entscheidungen bilden eine Minderheit in der Judikaturlandschaft ab.

³⁹⁵ Z.B. *SG Mainz*, B. v. 12.12.14 – S 3 AS 130/14 –, juris.

³⁹⁶ *BVerfG*, Urt. v. 09.02.10 – 1 BvL 1/09 –, BVerfGE 125, 175-260, s. hierzu unten in Kapitel 4.1.2.

4.1 Einordnung des Unterkunftsbedarfs in das grundrechtliche Normsystem

Um die Frage der Angemessenheit der KdU einer verfassungsrechtlichen Überprüfung unterziehen zu können, empfiehlt es sich, eine Zuordnung zum grundrechtlichen Normgefüge vorzunehmen. Die so gewonnen Erkenntnisse dienen dann als Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung. Als Kernfrage ist dabei zu klären, wo genau die Abgrenzung des Existenzminimums im Hinblick auf die Unterkunft eines Menschen gegenwärtig vorgenommen wird. Maßgeblich für die Abgrenzung des Schutzbereichs ist die sog. Regesatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts³⁹⁷, deren Kernaussagen fruchtbar gemacht werden. Zugleich kann so die Reichweite des gesetzgeberischen Auftrags verdeutlicht werden. Dies ermöglicht im Anschluss die Feststellung, inwieweit diese Vorgaben durch den § 22 Abs. 1 S. 1, 3 SGB II und die gerichtliche Ausgestaltung umgesetzt werden.

4.1.1 Kein ausdrückliches soziales Grundrecht im GG

Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt der Bewilligung angemessener KdU ist das in den Art. 20 Abs. 1 Var. 3 GG und Art. 28 Abs. 1 S. 1 Var. 3 GG verankerte Sozialstaatsprinzip³⁹⁸. Die Bundesrepublik Deutsch-

³⁹⁷ BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, 3/09, sowie 4/09 –, BVerfGE 125, 175-260.

³⁹⁸ Art. 20 GG ist einer der beiden durch die sogenannte „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 Var. 3 GG geschützten Artikel des Grundgesetzes. Der Begriff des Sozialstaatsprinzips (z.B. verwandt in BVerfG, B. v. 12.11.1958 – 2 BvL 4/56 –, BVerfGE 8, 274-332 (329); BVerfG, Urt. v. 07.08.1962 – 1 BvL 16/60 –, BVerfGE 14, 263-288 (286); BVerfG, B. v. 23.06.1981 – 2 BvR 1067/80 –, BVerfGE 58, 68-81 (78); BVerfG, B. v. 13.01.1982 – 1 BvR 848/77 –, BVerfGE 59, 231-274 (263)) ist bei genauerer Betrachtung nur eine der in der Judikatur des BVerfG zu findenden Terminologien. So finden sich etwa die Formulierungen „sozialstaatliche Ordnung“ (BVerfG, B. v. 27.10.1959 – 2 BvL 5/56 –, BVerfGE 10, 141-177 (371); BVerfG, B. v. 26.11.1964 – 1 BvL 14/62 –, BVerfGE 18, 257-274 (267)), „Grundsatz der Sozialstaatlichkeit“ (BVerfG, Urt. v. 24.07.1963 – 1 BvL 11/61 –, BVerfGE 17, 1-38 (11)), „Sozialstaatsgebot“ (BVerfG, B. v. 26.01.1977 – 1 BvL 17/73 –, BVerfGE 43, 213-231 (226); BVerfG, B. v. 22.06.1977 – 1 BvL 2/74 –, BVerfGE 45, 376-393 (387); BVerfG, B. v. 16.10.1979 – 1 BvL 5/77 –, BVerfGE 52, 264-277 (272)) und „Sozialstaatsgrundsatz“ (BVerfG, B. v. 29.05.1990 – 1 BvL 20/84 –, BStBl II 1990, 653, BVerfGE 82, 60-105 (80)).

land ist danach ein „sozialer Bundesstaat“ und ein „sozialer Rechtsstaat“. Konkreter ist der Wortlaut des Grundgesetzes nicht. Anders als die älteren Landesverfassungen, die der Schaffung des Grundgesetzes insoweit als Vorlage dienten³⁹⁹, ist ein echtes sogenanntes „soziales Grundrecht“⁴⁰⁰ auf eine Wohnung nicht im Grundgesetz enthalten – obgleich hierüber freilich debattiert wurde⁴⁰¹. Insbesondere die Formulierung im Antrag der Partei Bündnis 90/ Die Grünen⁴⁰² sticht insoweit hervor:

„Der Staat schützt das Recht jedes Menschen auf eine angemessene Wohnung“

Diese Formulierung hat indes keinen Einzug in das Grundgesetz gefunden. Aufgrund ihres Wortlautes („schützt“) wäre auch diskutabel, ob sie dem Kanon der Grundrechte überhaupt zuzuordnen gewesen wäre.

4.1.1.1 Sozialstaatsprinzip als Optimierungsgebot

Aufgrund der höchst zurückhaltenden Formulierung des Verfassungsgesetzgebers im Grundgesetz ist es dementsprechend nicht ohne weiteres möglich, konkrete Folgen für den Einzelfall abzuleiten. Daher werden allein aus dem Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung auch keine konkreten Ansprüche gegen den Staat hergeleitet. Gleichwohl ist es mehr als bloß deklaratorischer Natur. Das Sozialstaatsprinzip mit seinen Facetten des sozialen Ausgleichs, der sozialen Sicherheit und der sozialen Gerechtigkeit richtet sich vielmehr an den Gesetzgeber. Er allein kann „das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaats“⁴⁰³ tun. Damit geht zwar einerseits ein Verfassungsauftrag zur Gestaltung des

³⁹⁹ *Sachs* in *Sachs*, Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 52, *Gröschner* in *Dreier*, Art. 20 GG (S), Rdnr. 15, jew. m.w.Nachw.

⁴⁰⁰ Zum Begriff s. *Sachs* in *ibid.* Vor. Art. 1, Rdnr. 47.

⁴⁰¹ Vgl. zu den entsprechenden Anträgen von SPD und Grünen nach der Wiedervereinigung in der Gemeinsamen Verfassungskommission (GVK) und den entsprechenden Debatten BT-Drs. 12/6000, S. 75 ff.

⁴⁰² Kommissionsdrucksache Nr. 39 der GVK.

⁴⁰³ *BVerfG*, B. v. 19.12.1951 – 1 BvR 220/51 –, *BVerfGE* 1, 97-108 (105). Vgl. auch die weitere Rechtsprechungsnachweise bei *Gröschner* in *Dreier*, Art. 20 GG (S), Rdnr. 32.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?

Sozialstaats einher, die genaue Ausgestaltung unterliegt dabei aber wegen der Unschärfe der grundgesetzlichen Formulierung seiner weitreichenden Gestaltungsfreiheit⁴⁰⁴. Demensprechend verpflichtet das Sozialstaatsprinzip den Gesetzgeber nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG nicht zur Gewährung sozialer Leistungen in einem bestimmten Umfang⁴⁰⁵.

4.1.1.2 Internationale unterkunftsbezogene Sozialstaatsbezüge

In den internationalen Sozialstaatsbezügen finden sich hervorzuhebende soziale und explizit unterkunftsbezogene Normwerke, die im Folgenden zur umfassenden Befunderhebung kurz beleuchtet werden sollen.

4.1.1.2.1 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte

Die Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte⁴⁰⁶ (AEMR) ist eine Resolution der Vereinten Nationen (UN). Sie sieht in Art. 22 AEMR⁴⁰⁷ ein Recht auf soziale Sicherheit vor. Art. 25 Abs. 1 AEMR führt explizit die Wohnung als Teil eines „Lebensstandards, der seine und seiner Familie Gesundheit und Wohl gewährleistet“⁴⁰⁸ auf. Als Resolution der

⁴⁰⁴ Das Sozialstaatsprinzip bestimmt demzufolge gewissermaßen über das „Ob“, nicht aber über das „Wie“ der Gestaltung, vgl. auch *BVerfG*, Urt. v. 18.07.1967 – 2 BvF 3/62 –, *BVerfGE* 22, 180-220 (204).

⁴⁰⁵ *BVerfG*, B. v. 08.06.2004 – 2 BvL 5/00 –, *BVerfGE* 110, 412-446 (445); *BVerfG*, B. v. 12.03.1996 – 1 BvR 609/90 –, *BVerfGE* 94, 241-267 (263).

⁴⁰⁶ Resolution 217 A (III) der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948, A/RES/217, UN-Doc. 217/A-(III).

⁴⁰⁷ Art. 22 AEMR lautet: „Jeder hat als Mitglied der Gesellschaft das Recht auf soziale Sicherheit und Anspruch darauf, durch innerstaatliche Maßnahmen und internationale Zusammenarbeit sowie unter Berücksichtigung der Organisation und der Mittel jedes Staates in den Genuß der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen, die für seine Würde und die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlich sind“.

⁴⁰⁸ Art. 25 Abs.1 AEMR lautet: „Jeder hat das Recht auf einen Lebensstandard, der seine und seiner Familie Gesundheit und Wohl gewährleistet, einschließlich Nahrung, Kleidung, Wohnung, ärztliche Versorgung und notwendige soziale Leistungen gewährleistet sowie das Recht auf Sicherheit im Falle von Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität oder Verwitwung, im Alter sowie bei anderweitigem Verlust seiner Unterhaltsmittel durch unverschuldete Umstände“.

UN-Generalversammlung ist die AEMR aber völkerrechtlich nicht verbindlich, wie sich aus einem Umkehrschluss zu Art. 25 der UN-Charta ergibt⁴⁰⁹.

4.1.1.2 Europäische Sozialcharta

Die vom Europarat beschlossene Europäische Sozialcharta (ESC) enthält in ihrer revidierten Fassung⁴¹⁰ in Art. 31 ein ausführliches „Recht auf Wohnung“:

„Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Wohnung zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien, Maßnahmen zu ergreifen, die darauf gerichtet sind:

- 1. den Zugang zu Wohnraum mit ausreichendem Standard zu fördern;*
- 2. der Obdachlosigkeit vorzubeugen und sie mit dem Ziel der schrittweisen Beseitigung abzubauen;*
- 3. die Wohnkosten für Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, so zu gestalten, daß sie tragbar sind.“*

Erwähnenswert ist hier insbesondere die Formulierung des „ausreichenden Standards“, findet sie sich doch in der oben dargestellten Rechtsprechung als Definition des „unteren Segments“ bzw. „einfachen Standards“ wieder. Die europäische Sozialcharta ist in ihrer revidierten Fassung von der Bundesrepublik Deutschland zwar unterzeichnet, bisher aber nicht ratifiziert worden⁴¹¹. In der nicht revidierten Fassung ist das Recht auf Wohnung nicht enthalten.

⁴⁰⁹ Die AEMR ist selbst kein völkerrechtlicher Vertrag und für Resolutionen der Generalversammlung existiert im Unterschied zu Resolutionen des Sicherheitsrates keine dem Art. 25 der UN-Charta entsprechende Vorschrift, welche eine Bindungswirkung auslösen könnte.

⁴¹⁰ Europäische Sozialcharta (revidiert) vom 3. Mai 1996, SEV Nr. 163 (ESC revidiert).

⁴¹¹ Eine Liste zum Unterzeichnungs- und Ratifikationsstand findet sich auf der Internetpräsenz des Europarates unter <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163/signatures> (31.12.18).

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?

4.1.1.2.3 Charta der Grundrechte der EU

Die Charta der Grundrechte der EU⁴¹² enthält in Art. 34 Abs. 3 die – freilich weniger explizite – Formulierung, „Um die soziale Ausgrenzung und die Armut zu bekämpfen, anerkennt und achtet die Union das Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung, die allen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherstellen sollen, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.“

Diese Verknüpfung der Wohnung mit dem menschenwürdigen Dasein findet sich in der sogleich genauer in den Blick zu nehmenden Rechtsprechung des BVerfG wieder. Es kann indes befunden werden, dass ein weitergehender Schutz sich aus den bisher verbindlichen internationalen Normwerken nicht ableiten lassen dürfte⁴¹³. Auch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) bietet keine weiter als das nationale Recht gehende unterkunftsspezifischen Anhaltspunkte⁴¹⁴.

4.1.1.2.4 UN-Sozialpakt und „General Comments“ des WSK-Ausschusses

Der „UN-Sozialpakt“⁴¹⁵ enthält in seinem Art. 11 Abs. 1 ein ausdrückliches Recht auf eine angemessene Unterbringung. Art. 11 Abs.1 UN-Sozialpakt lautet:

⁴¹² Charta der Grundrechte der Europäischen Union - 2000/C 364/01.

⁴¹³ Aufgrund dieses Befundes wird aufgrund des nationalrechtlichen Untersuchungsfokus der vorliegenden Arbeit auf eine weitergehende Darstellung der internationalen Sozialstaatsbezüge verzichtet.

⁴¹⁴ Eine Pflicht zur sozialen Fürsorge lässt sich der EMRK nur durch die (insoweit mangels europäischer Solidargemeinschaft restriktive) Auslegung durch den EGMR und der Menschenwürdegewährleistung herleiten, vgl. zum Ganzen auch *Frohwerk*, S. 215 ff.

⁴¹⁵ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR), von der Generalversammlung der UN am 16.12.1966 einstimmig verabschiedet.

„Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie an, einschließlich ausreichender Ernährung, Bekleidung und Unterbringung, sowie auf eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen. Die Vertragsstaaten unternehmen geeignete Schritte, um die Verwirklichung dieses Rechts zu gewährleisten, und erkennen zu diesem Zweck die entscheidende Bedeutung einer internationalen, auf freier Zustimmung beruhenden Zusammenarbeit an“.

Bemerkenswert ist, dass sich in dieser Norm ein Angemessenheitsbegriff wiederfindet. Der UN-Sozialpakt ist als völkerrechtlicher Vertrag von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert⁴¹⁶ und 1976 in Kraft getreten. Zur näheren Auslegung ist ein Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte eingerichtet (sog. WSK-Ausschuss⁴¹⁷), welcher sog. „General Comments“ (allgemeine Bemerkungen) publiziert. Von Bedeutung für die vorliegende Untersuchung ist insbesondere der General Comment Nr. 4⁴¹⁸. Darin macht der Ausschuss deutlich, dass eine angemessene Unterkunft nicht ausschließlich physisch zu verstehen ist⁴¹⁹, sondern aus weiteren Faktoren besteht, insbesondere in Sicherheit (verstanden als Schutz vor Zwangsräumungen⁴²⁰) und Würde zu leben. Unter anderem nehmen in dem Papier insoweit die (finanzielle) Verfügbarkeit, der Zugang für benachteiligte⁴²¹ Gruppen, sowie

⁴¹⁶ Gesetz zu dem Internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 23.11.1973, BGBl. II, S. 1569.

⁴¹⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights – CESCR.

⁴¹⁸ General Comment No. 4 v. 13.12.1991: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant), Doc. Nr. E/1992/23; in englischer Sprache abrufbar unter <http://www.refworld.org/docid/47a7079a1.html>.

⁴¹⁹ „Merely having a roof over ones head“, Ziff. 7 des Dokuments.

⁴²⁰ Siehe hierzu auch den General Comment No.7.

⁴²¹ In den Comments sind Diskriminierungen aufgrund ethnischer Zugehörigkeit, des Familienstands, einer Behinderung oder der sexuellen Orientierung genannt, die „direkt oder indirekt den Zugang zu Wohnraum verweigern“; vgl. den General Comment No.20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art.2 para.2 of the International Convention on Economic, Social and Cultural Rights).

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche
Ausgestaltung?

die „kulturelle Identität“⁴²² einer Unterkunft eine hervorgehobene Bedeutung ein⁴²³.

Festzuhalten ist, dass der WSK-Ausschuss in seinen Schlussfolgerungen zu den Staatenberichten⁴²⁴ auf die hohe Bedeutung der Verfügbarkeit von Wohnraum im unteren Preissegment und die Gefahren der Obdachlosigkeit in Deutschland hingewiesen hat⁴²⁵. Die Bundesrepublik Deutschland reagierte hierauf im Ergebnis unter Bezugnahme auf Erhebungen der Bundesarbeitsgemeinschaft (BAG) Wohnungshilfe mit dem Hinweis auf die Sozialleistungs- und Wohngeldsysteme, sowie die soziale Förderung nach dem WoFG⁴²⁶.

Aus dem UN-Sozialpakt erwachsen mangels self-executing-Funktion keine unmittelbaren Rechtsansprüche⁴²⁷. Die vom WSK-Ausschuss hervorgehobenen Aspekte finden sich in der Dogmatik des Bundessozialgerichts indes wieder. Im Folgenden wird auch die grundrechtliche Verankerung dieser Grundsätze aufzuzeigen sein.

⁴²² „Cultural adequacy“, vgl. Ziff. 8 lit. g) des Dokuments.

⁴²³ Vgl. hier und im Folgenden auch das Dokument des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags „Soziales Menschenrecht auf angemessene Unterkunft nach dem VN-Sozialpakt“ – WD 6 – 3000 – 088/16.

⁴²⁴ Gemäß Art. 16 und Art. 17 des UN-Sozialpakts erstatten die Staaten einen Erstbericht, sowie in einem fünf-Jahres-Rhythmus einen periodischen Staatenbericht.

⁴²⁵ Vgl. Abs. 28 und 46 der Schlussfolgerungen des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zum vierten Staatenbericht vom 31.08.2001, http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/ICESCR/icescr_state_report_germany_4_2000_cobs_2001_de.pdf (31.08.2019), sowie zum Vorbericht Abs.24 der Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 04.12.1998, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1%2fAdd.29&Lang=en (31.08.2019).

⁴²⁶ Vgl. S. 73-75 des fünften Staatenberichts der BRD, https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/ICESCR/icescr_state_report_germany_5_2008_de.pdf (31.08.2019).

⁴²⁷ So zurecht LSG NRW, Urt. v. 29.02.2016 – L 19 AS 1536/15 –, juris, Rdnr. 60.

4.1.2 Unterkunft als Teil des Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem sogenannten „Regelsatz-Urteil“ vom 09.02.2010 bekräftigt, dass die Unterkunft eines Menschen Teil seines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Sicherung der physischen Existenz ist und die Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen Leben umfasst⁴²⁸. Es hat damit nochmals klargestellt, dass die Bewilligung von Unterkunftsbedarfen eine grundrechtsbezogene Verantwortung hat. Die genaue Reichweite des damit grundrechtlich geschützten Gehalts im Hinblick auf die Unterkunft ist im Folgenden herauszuarbeiten.

4.1.2.1 Herleitung des Grundrechts

In dieser Entscheidung verweist das BVerfG auf seine bisherige Rechtsprechung zur Herleitung der staatlichen Gewährleistungspflicht eines menschenwürdigen Existenzminimums⁴²⁹. Die Herleitung soll kurz dargestellt werden, um die verfassungsrechtlichen Vorgaben trennscharf resümieren zu können.

4.1.2.1.1 Gesetzgeberischer Gestaltungsauftrag

Erstmals in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung findet das Konzept der staatlichen Schutzpflicht in Bezug auf das Existenzminimum Erwähnung im sogenannten „Waisenrente II-Beschluss“⁴³⁰ aus 1975. Aus dem Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 Var. 3 GG folge die

⁴²⁸ BVerfG, Urt. v. 09.02.10 - 1 BvL 1/09 -, BVerfGE 125, 175-260.

⁴²⁹ Diese Herleitung eines „neuen“ Grundrechts ist in der Literatur teilweise kritisiert worden, vgl. Kingreen, NVwZ 2010, 558 ff., der das Regelsatzurteil als Fortsetzung der „Reihe der neuen Grundrechtskreationen“ (S. 558) bezeichnet unter Verweis auf das „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“.

⁴³⁰ BVerfG, B. v. 18.06.1975 - 1 BvL 4/74 -, BVerfGE 40, 121-140; der Beschluss betraf die Frage der Vereinbarkeit der Altersgrenze von 25 Jahren für die Waisenrente im Rahmen des § 44 S. 2 des damaligen Angestelltenversicherungsgesetzes (AVG).

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche
Ausgestaltung?

Pflicht zur Fürsorge für Hilfebedürftige und damit die allgemeine Schutzpflicht der staatlichen Gemeinschaft, die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein zu sichern. Diese Erwägungen fanden sich wie oben dargestellt⁴³¹ bereits in der Fürsorge-Entscheidung des BVerwG⁴³². Das BVerfG sah in seinem Beschluss einen weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, um diese staatliche Schutzpflicht zu verwirklichen. Folgerichtig nahm der Senat einen Verstoß gegen Art. 20 Abs. 1 Var. 3 GG (erst) dann als gegeben an, wenn bei einer Gesamtbetrachtung der soziale Schutz vernachlässigt werde. In seinem „Elternunterhalts-Urteil“⁴³³ präzisierte das BVerfG, das Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG begründe zur Sicherung des Existenzminimums einen Anspruch auf staatliche Hilfe. In seinem „Lissabon-Urteil“⁴³⁴ betonte das BVerfG erneut den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zur Umsetzung des Sozialstaatsprinzips, aus welchem daher nur in wenigen Fällen konkrete verfassungsrechtliche Handlungspflichten abgeleitet worden seien. Eine davon sei die die Existenzsicherung des Einzelnen als eine nicht nur im Sozialstaatsprinzip, sondern auch in Art. 1 Abs. 1 GG gegründete Staatsaufgabe.

4.1.2.1.2 Verwirklichungszwang nur bei Sozialschutzvernachlässigung

Verdeutlicht hat das BVerfG die Verbindung zu Art. 1 Abs. 1 GG in seinem „Lebenslänglich-Urteil“⁴³⁵ und – freilich aus einem anderen Blickwinkel – ausgeführt, die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Menschen müssten erhalten bleiben. Aus

⁴³¹ S.o. zur Fürsorgeentscheidung Kapitel 1.2.1.3.

⁴³² *BVerwG*, Urt. v. 24.06.1954 – V C 78.54 –, *BVerwGE* 1, 159-163.

⁴³³ *BVerfG*, Urt. v. 07.06.2005 – 1 BvR 1508/96 –, *BVerfGE* 113, 88-113; das Urteil betraf die Bestimmung der Leistungsfähigkeit von Kindern, die aus übergegangenem Recht vom Sozialhilfeträger zur Zahlung von Unterhalt für einen Elternteil herangezogen wurden.

⁴³⁴ *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 –, *BVerfGE* 123, 267-437; das Urteil betraf die Ratifikation des Vertrags von Lissabon.

⁴³⁵ *BVerfG*, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 –, *BVerfGE* 45, 187-271; das Urteil betraf die Verfassungskonformität der lebenslangen Freiheitsstrafe.

Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip sei daher die Verpflichtung des Staates herzuleiten, jenes Existenzminimum zu gewähren, das ein menschenwürdiges Dasein überhaupt erst ausmache.

In seinem „Kindergeld-Beschluss“⁴³⁶ führte das BVerfG erneut aus, der Sozialstaatsgrundsatz enthalte einen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, der sehr weit und unbestimmt sei. Aus diesem Grund enthalte er regelmäßig kein Gebot, soziale Leistungen in einem bestimmten Umfang zu gewähren. Der Staat könne demnach frei entscheiden, auf welche Weise er den ihm aufgetragenen Schutz verwirklichen will. Das BVerfG sah (nur dann) einen Verwirklichungszwang des Staates, wenn es um die Schaffung von Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein seiner Bürger geht. In dieser Entscheidung erläuterte das BVerfG, welche Instrumente für die Ermittlung des Existenzminimums von Kindern herangezogen werden können.

4.1.2.2 Reichweite des Schutzbereichs bezüglich der Unterkunft auf Grundlage des Regelsatzurteils

Damit ist aber noch nichts über die genaue Reichweite des Anspruchs gesagt. Art. 1 Abs. 1 GG enthält mit der Aussage „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ unmittelbar keinerlei konkrete Vorgaben zum Umfang des menschenwürdigen Existenzminimums. Durch die Bezugnahme auf den Menschenwürdegehalt ist aber jedenfalls festzuhalten, dass das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum - zumindest dem Grunde nach⁴³⁷ - unverfügbar ist.

⁴³⁶ BVerfG, B. v. 29.05.1990 - 1 BvL 20/84 -, BStBl II 1990, S. 653, BVerfGE 82, 60-105; der Beschluss betraf die Verfassungskonformität der Kürzung des Kindergeldes für Besserverdienende.

⁴³⁷ Vgl. Höfling in Sachs, Art. 1 Rdnr. 32, der angesichts des großen gesetzgeberischen Spielraums von einem „lediglich“ dem Grunde nach unverfügbarem Grundrecht spricht.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?

In seinem „Regelsatz-Urteil“ konturierte⁴³⁸ das BVerfG den Leistungsanspruch daher und stellte zunächst fest, dass er sich auf das „unbedingt Erforderliche“ beschränkt. Hierzu gehöre die physische Existenz des Menschen, die auch dessen Unterkunft umfasst⁴³⁹. Gleichzeitig sei auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst, da der Mensch als Person notwendig in sozialen Bezügen existiere. Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum habe daher ein über den physischen Aspekt hinausgehendes, soziokulturelles Element. Die Entscheidung des BVerfG bezog sich maßgeblich auf den empirisch ermittelten Regelsatz; die KdU hatte das Gericht nicht vornehmlich im Blick. Im Folgenden sollen daher die Vorgaben im Hinblick auf die KdU-Angemessenheitsgrenze genauer herausgearbeitet werden.

4.1.2.2.1 Physische und soziokulturelle Existenz

Der Schutzbereich des Grundrechts hat nach der Dogmatik des BVerfG zwei Komponenten: einen physischen Gehalt und einen Teilhabegehalt. Bezogen auf die Unterkunft bietet sich zunächst eine Umgrenzung von der anderen Seite an. Die beiden Komponenten ermöglichen nämlich zumindest Rückschlüsse darauf, wann der Schutzgehalt jedenfalls unterschritten wäre.

4.1.2.2.1.1 Grundrecht auf Obdach

Die Unterkunft des Menschen ist nach der Rechtsprechung des BVerfG zunächst explizit im physischen Existenzteil verankert. Anders formuliert: Eine Unterkunft ist erforderlich für das physische Überleben. Diese Zuordnung macht eine unterste Grenzziehung des Schutzbe-

⁴³⁸ Vorliegend wurde der Begriff der Konturierung gewählt, da eine echte Abgrenzung durch das *BVerfG* gerade nicht vorgenommen wurde, s. hierzu sogleich.

⁴³⁹ Das *BVerfG* führt hier explizit Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit als Bestandteile der physischen Existenz auf.

reichs im Rahmen der physischen Komponente vergleichsweise einfach. Daraus folgt nämlich zunächst, dass durch den Staat überhaupt irgendeine Form von Obdach gewährleistet sein muss. Das Existenzminimum wäre folglich in jedem Fall unterschritten, wenn ein Zustand der Obdachlosigkeit eintritt oder aufrechterhalten bleibt. Insoweit könnte man das Grundrecht auf Gewährleistung eines Existenzminimums mit hin auch als ein Grundrecht auf Obdach bezeichnen.

4.1.2.2.1.2 Soziokulturelle Komponente: Einzelfallbezogenheit und räumliche Wirkung

Aufgrund der soziokulturellen Komponente erschöpft sich die Reichweite des Schutzbereichs jedoch nicht in diesem Befund. Der soziokulturelle Gehalt ist ungleich schwieriger zu umreißen als der rein physische Gehalt. Im Unterschied zu den sonstigen, mit dem Regelbedarf erfassten Konsumgütern ist der soziokulturelle Gehalt einer Unterkunft indes jedenfalls plastisch zu erfassen. Unterschritten wäre das Existenzminimum nämlich, wenn durch den Staat zwar überhaupt das Bewohnen einer Unterkunft ermöglichen würde, hiermit aber erhebliche soziale Veränderungen des konkret hilfebedürftigen Menschen verbunden wären. Aus dieser Überlegung folgt ein wichtiger Befund: Soziokulturelle Aspekte lassen sich – auch politisch – wesentlich schwieriger objektivieren als die rein physische Seite einer Unterkunft. Dies macht einerseits eine Einzelfallbetrachtung der Lebenssituation erforderlich. Andererseits muss einem klar sein, wie der Begriff „soziale Bezüge“ überhaupt zu verstehen sein soll.

Soziale Bezüge ermöglicht die Unterkunft als Lebensmittelpunkt eines Menschen dabei in erster Linie durch den Ort, an dem sie sich befindet. Ausgedrückt wird dies durch die konkrete Wohnung, die ein Mensch gerade bewohnt. Ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben ist daher nur gewährleistet, wenn der Schutzbereich auch eine räumliche Wirkung entfaltet.

4.1.2.2.2 Das „unbedingt Erforderliche“

Was genau innerhalb dieser Parameter zum „unbedingt Erforderlichen“ gehört, macht das BVerfG an drei Kriterien fest⁴⁴⁰: Zum einen seien die gesellschaftlichen Anschauungen maßgeblich. Weiteres Kriterium sei zum anderen, in welcher konkreten Lebenssituation der Hilfebedürftige sich befinde. Schließlich seien die jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten für die Bestimmung des unbedingt Erforderlichen von Bedeutung:

1. *Gesellschaftliche Anschauungen*
2. *Konkrete Lebenssituation der Hilfebedürftigen*
3. *Jeweilige wirtschaftliche und technische Gegebenheiten*

4.1.2.2.2.1 Gesellschaftliche Anschauungen

Der erste Blickwinkel ist somit ein gesamtgesellschaftspolitischer. Er ist weniger eine Vorgabe als mehr die Feststellung, dass Regelsetzung stets ein von Wert- und Weltanschauungen initiiertes, normatives Vorgang ist. Er zeigt auch die Dynamik dieses Vorgangs auf, da gesellschaftliche Anschauungen sich ändern können.

Diese Feststellung offenbart zugleich die Grenzziehung, welche das BVerfG sich hinsichtlich der Definition einer Untergrenze selbst auferlegt hat. Aus der Bezugnahme auf die gesellschaftlichen Anschauungen könnte nämlich abgeleitet werden, dass die untere Grenze des Existenzminimums im Wege der politischen Meinungsfindung gezogen werden muss. Dies markiert eine wichtige Abgrenzung im Selbstverständnis des BVerfG, auf den sogleich noch einzugehen sein wird. Das Kriterium ist Ausdruck des Prinzips des *judicial self-restraint*⁴⁴¹, welchem sich das BVerfG verschrieben hat. Dieser Grundsatz bedeutet

⁴⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 –, BVerfGE 125, 175-260 (Regelsatz), Rdnr. 138.

⁴⁴¹ Vgl. zu diesem Grundsatz in Abgrenzung zum gegensätzlichen *judicial activism* grundlegend Green, „an intellectual history of judicial activism“, online abrufbar unter works.bepress.com/roger_craig_green/1/ (31.12.18).

„den Verzicht "Politik zu treiben", d.h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen. Er zielt also darauf ab, den von der Verfassung für die anderen Verfassungsorgane garantierten Raum freier politischer Gestaltung offenzuhalten.“⁴⁴²

Das BVerfG ist nämlich bemüht, allein den Befund zu erheben, dass die gesellschaftlichen Anschauungen sich geändert haben, ohne eigene Wertungen zu oktroyieren. Für den Bereich der KdU-Angemessenheitsgrenze ist dieses Kriterium indes besonders problematisch, da die Begriffe der „Angemessenheit“ und „Zumutbarkeit“ nicht vom Gesetzgeber selbst, sondern von der Rechtsprechung ausgefüllt und von den kommunalen Trägern umgesetzt werden. Auch Gerichte sind bei der Auslegung gesetzlicher Tatbestände nämlich ein „Spiegel gesellschaftlicher Anschauungen“ und könnten dieses Kriterium mithin gewährleisten. Dies ist explizit im Bereich unbestimmter Rechtsbegriffe gesetzgeberisch intendiert. Die Zulässigkeit einer derartigen Gesetzgebungstechnik im Bereich der KdU-Angemessenheitsgrenze wird im Anschluss zu klären sein.

4.1.2.2.2 Konkrete Lebenssituation

Die Vorgabe, die konkrete Lebenssituation des Hilfsbedürftigen in den Fokus zu nehmen, ist ein Anhaltspunkt dafür, dass das BVerfG eine gesetzliche Pauschalierung entsprechender Ansprüche nur dort verfassungsrechtlich nicht beanstandet, wo die konkreten Lebenssituationen der Menschen sich nicht wesentlich voneinander unterscheiden. In dieselbe Richtung geht auch die dritte Prämisse des BVerfG, die jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten zu betrachten. Die „konkrete Lebenssituation“ meint damit folglich nicht die finanziellen Verhältnisse der Betroffenen, sondern wiederum ihr soziokulturelles Lebensumfeld. Das Kriterium versucht damit der Problematik Herr zu werden, dass „soziale Bezüge“ sich nicht pauschaliert abbilden lassen.

⁴⁴² Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.07.1973 - 2 BvF 1/73 -, BVerfGE 36, 1-37 (Grundlagenvertrag), Rdnr. 51.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche
Ausgestaltung?

4.1.2.2.3 Wirtschaftliche und technische Begebenheiten

Mit den wirtschaftlichen und technischen Begebenheiten verdeutlicht das BVerfG die zeitliche Komponente des Existenzminimums. Technischer und wirtschaftlicher Fortschritt sollen an Hilfebedürftigen nicht vorbeigehen. Das Existenzminimum ist außerdem nicht isoliert, sondern stets in Relation zur Gesamtgesellschaft zu begreifen. Steigen etwa die Lebensführungskosten aller, muss dies auch beim Bedarf von Hilfebedürftigen berücksichtigt werden. Auch dies lässt sich auf die Unterkunft eines Menschen übertragen. Es muss gewährleistet sein, dass Marktveränderungen Berücksichtigung finden. Aufgrund der aufgezeigten Besonderheiten des Konsumguts „Unterkunft“ und der schnelleren Marktschwankungen erhält die zeitliche Komponente daher eine erhöhte Bedeutung als bei sonstigen Konsumgütern.

4.1.2.3 Reichweite des gesetzgeberischen Auftrags

Damit ist festzuhalten, dass das BVerfG den Schutzbereich der Untergrenze der physischen Existenz aber allenfalls rudimentär selbst definiert hat. Es sieht den Gesetzgeber als primären Adressaten der Umsetzung seines staatlichen Schutzauftrags in der Pflicht, aber auch in der Freiheit, das „unbedingt Erforderliche“ nach Maßgabe dieser Kriterien konkret zu bestimmen.

4.1.2.3.1 Schaffung eines Leistungsanspruchs

Der Gesetzgeber hat einen Leistungsanspruch⁴⁴³ zu schaffen⁴⁴⁴, der in der Lage ist, den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers stets zu decken:

Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden, bedarf aber der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch

⁴⁴³ Rixen spricht in Sozialrecht Aktuell 2010, 81 (82) insoweit von einer „parlamentarischen Konkretisierungsverantwortung“.

⁴⁴⁴ Aubel spricht in Emmenegger/Wiedmann, S. 275 in diesem Zusammenhang von einer „Aktivierung des Grundrechts als Gewährleistungsrecht im Sozialrecht“.

*den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat. Dabei steht ihm ein Gestaltungsspielraum zu.*⁴⁴⁵

Dies erfordert zwingend zwei Handlungsschritte. Zunächst muss⁴⁴⁶ der Gesetzgeber die soziale Wirklichkeit überhaupt zeit- und realitätsgerecht erfassen⁴⁴⁷. Welche Wertungen und Gewichtungen innerhalb der dargestellten Kriterien er dabei vornimmt, unterliegt seiner Einschätzungsfreiheit. Der zweite Handlungsschritt ist die Ausgestaltung eines formalgesetzlichen Rechtsanspruchs zur Sicherung des so definierten Existenzminimums, dessen Umfang wiederum einer Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers unterliegt.

Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber kann wertend einschätzen, welcher Bedarf aus seiner Sicht notwendig ist. Welcher konkreten Methode der Gesetzgeber sich zur Ermittlung des Bedarfes sowie der dazu aufzuwendenden Kosten und Berechnung der Leistung selbst bedient, ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben.

4.1.2.3.2 Nachvollziehbare und tragfähige Begründung ist letztlich Schlüssigkeit

Für die Bemessung des Regelsatzes fordert das BVerfG den Gesetzgeber daher zur Schaffung eines vollständigen, realitätsgerechten, transparenten und sachgerechten Ermittlungsverfahrens auf, damit eben die Einhaltung der so definierten verfassungsrechtlichen Grenzen kontrolliert werden kann⁴⁴⁸. Die gesetzgeberischen Festlegungen zur Berech-

⁴⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 –, BVerfGE 125, 175-260 (Regelsatz), Rdnr. 133.

⁴⁴⁶ Das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verpflichten ihn, die für die Verwirklichung des Grundrechts maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen.

⁴⁴⁷ BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 –, BVerfGE 125, 175-260 (Regelsatz), Rdnr. 138.

⁴⁴⁸ Diese Verfahrenskontrolle wird im Schrifttum durchaus kontrovers diskutiert, s. Höfling in Sachs, Art.1 Rdnr. 31, Fn. 125, m.w.Nachw.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche
Ausgestaltung?

nung müssten nachvollziehbar und tragfähig begründet sein. Ansonsten wäre dieser Anspruch nicht verfassungskonform gewährleistet. Er wäre durch das BVerfG nämlich nicht überprüfbar.

Dabei wird die vom BVerfG vorgenommene Verfahrenskontrolle zur Ermittlung des Regelbedarfs in der verfassungsrechtlichen Literatur nicht ohne Bedenken gesehen, weil das Gericht damit inhaltlich in gesetzgeberische Verfahrensentscheidungen eingreife⁴⁴⁹.

Im Ergebnis ist diese Prämisse aber letztlich Ausfluss des Grundsatzes der Justiziabilität von Rechtsnormen. Er dient ihrer gerichtlichen Kontrolle und ist eine Grundvoraussetzung der „*checks and balances*“ im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung (hierzu sogleich). Das Grundgesetz steckt nämlich den Bereich gesetzgeberischen Wirkens in seiner Funktion als Erschaffer einfachgesetzlicher Normen ab. Der Gesetzgeber hat es in seiner Funktion als Verfassungsgesetzgeber indes (jenseits der in sog. „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG verbrieften Art. 1 und 20 GG) in der Hand, diesen Bereich zu verändern.

Damit ist das Erfordernis nachvollziehbarer und tragfähiger Begründung mithin mit dem prozessualen Erfordernis der Schlüssigkeit synonym. Nur eine schlüssige Begründung vermag das Gericht in die Lage zu versetzen, eine Argumentation nachzuvollziehen und auf ihre Kohärenz zu überprüfen.

4.1.2.3 Verfassungsrechtliche Beschränkung auf Evidenzkontrolle

Das BVerfG zieht in seinem Regelsatzurteil damit auch die Grenze der (verfassungs-)gerichtlichen Kontrolle des gesetzgeberischen Spielraums. Die Judikative könne sich mangels konkreter Anspruchsdefinitionen im Grundgesetz nur auf die Prüfung eines evidenten Verstoßes beschränken. Anders formuliert bedeutet dies also: Erst wenn das unbedingt Erforderliche vom einfachen Gesetz evident nicht gewährleistet wird, kann das BVerfG eine korrigierende Entscheidung treffen.

⁴⁴⁹ Nolte, Der Staat 2013, S. 245 ff.; Rixen, SozR Aktuell 2010, S. 81 ff.

Die Untergrenze des menschenwürdigen Existenzminimums bildet folglich die Trennlinie der verfassungsrechtlichen Kontrolle, sie wird selbst vom BVerfG aber nicht definiert. Gleichzeitig engt die Vorgabe, ein transparentes Ermittlungsverfahren einzuführen, den gesetzgeberischen Gestaltungsraum ein. Das BVerfG hat mithin mit der Regelsatzentscheidung das Gebot der Folgerichtigkeit gesetzgeberischer Entscheidungen weiter profiliert⁴⁵⁰.

4.1.2.3.4 Unterschiedliche Reichweite der Gestaltungsfreiheit bei den Schutzbereichskomponenten

Zur Frage, wann der verfassungsrechtlich vorgegebene gesetzgeberische Spielraum (noch) eingehalten ist, enthält die Rechtsprechung des BVerfG keine weitgehenden Vorgaben. Klar ist: Kommt der Gesetzgeber seiner Pflicht zur Bestimmung des Existenzminimums nicht hinreichend nach, ist die einfachgesetzliche Regelung verfassungswidrig. Das BVerfG führt zum Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers aber aus, er sei

enger, soweit er das zur Sicherung der physischen Existenz eines Menschen Notwendige konkretisiere und weiter, wo es um Art und Umfang der Möglichkeiten zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben gehe.

4.1.3 Zuordnung der Elemente des unterkunftsbezogenen Existenzminimums zum Tatbestand des § 22 SGB II

Nachdem oben eine weitestgehende Abgrenzung des Schutzbereichs des unterkunftsbezogenen Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum herausgearbeitet wurde, können die genannten Maßstäbe nun auf den vorliegend untersuchten Angemessenheitsbe-

⁴⁵⁰ S. hierzu *Rixen*, SozR aktuell 2010, S. 81 (84 ff.); zustimmend *Axer* in Ehlers/Fehling/Pünder, § 81 Rdnr. 48, der insoweit auf die Rechtsprechung des *EuGHs* zur Unionsbürgerschaft verweist.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche
Ausgestaltung?

griff und dessen Auslegung durch die Rechtsprechung übertragen werden. Hierbei werden die verfassungsrechtlichen Schutzbereichselemente – in Auslegung der Sozialgerichte – dem Tatbestand zugeordnet.

Zur Erinnerung: § 22 Abs. 1 S. 1, 3 SGB II bestimmen⁴⁵¹:

Bedarfe für Unterkunft werden in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen anerkannt, soweit diese angemessen sind. Soweit die Aufwendungen für die Unterkunft den der Besonderheit des Einzelfalles angemessenen Umfang übersteigen, sind sie als Bedarf solange anzuerkennen, wie es [...] nicht möglich oder nicht zuzumuten ist, [...] die Aufwendungen zu senken, in der Regel jedoch längstens für sechs Monate.

4.1.3.1 Grundsätzliche Übernahme der KdU erfüllt die physische Komponente des „unbedingt Erforderlichen“

Wie oben dargelegt umfasst die physische Komponente des Existenzminimums die Unterkunft des Menschen. Soweit das Gesetz in § 22 Abs. 1 S. 1, 3 SGB II also die grundlegende Formulierung enthält:

„Bedarfe für Unterkunft werden [in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen] anerkannt“,

hat der Gesetzgeber seine grundrechtlich geforderte Gewährleistungspflicht insoweit mithin erfüllt. Mit dieser Regelung wird nämlich grundsätzlich verhindert, dass Hilfebedürftige in einen Zustand der Obdachlosigkeit versetzt werden. Das Tatbestandsmerkmal ist auf einen demokratisch legitimierten Gesetzgebungsvorgang zurückzuführen. Der Gesetzgeber hat die grundsätzliche Entscheidung getroffen, sicherzustellen, dass Hilfebedürftige die Möglichkeit haben, eine Unterkunft zu bewohnen, indem er dieser Personengruppe eine Geldleistung zur Verfügung stellt.

⁴⁵¹ Soweit für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung.

In diesem Kontext erlangt die vom BVerwG gewonnene und seither in der Rechtsprechung des BSG nicht in Frage gestellte Prämisse Bedeutung, in Deutschland herrsche keine allgemeine Wohnungsnot. Verstanden als Grundrecht auf Obdach, gewährleistet allein diese Prämisse, dass das physische Existenzminimum gewahrt bleibt.

4.1.3.2 Angemessenheit ist keine Untergrenze, sondern Obergrenze

Gefahrlos darf daher zunächst angenommen werden, dass die physische Untergrenze eingehalten ist, solange Hilfebedürftige überhaupt die Möglichkeit haben, eine (irgendwie geartete) „Unterkunft“ zu bewohnen. Der Anspruch auf ein Existenzminimum wäre dementsprechend jedenfalls nicht verwirklicht, wenn Hilfebedürftige keine Unterkunft bewohnen können. Obdachlosigkeit begründet folglich einen Anspruch gegen den Staat, diesen Zustand zu beenden.

Insoweit ist die Definition der physischen Untergrenze mithin erheblich einfacher als bei den sonstigen Konsumgütern, deren Bedarf mit dem Regelbedarf gedeckt werden soll. Diese müssen nämlich insgesamt, also „gebündelt“, zu einer Untergrenze zusammengefasst werden. Dies erklärt die Entstehung des früheren „Warenkorbmodells“. Mit ihm wurde versucht, die unterschiedlichen Konsumgüter, welche dem Menschen als unbedingt erforderliches Existenzminimum zustehen sollten, zu enumerieren und sodann preislich zusammenzufassen. Auch in dem heute angewandten Statistikmodell verbleibt der Gedanke der „gebündelten“ Konsumgüter⁴⁵². Diese Probleme bestehen beim Konsumgut „Unterkunft“ nicht. Es besteht isoliert und muss mit keinem anderen Konsumgut verbunden werden⁴⁵³.

⁴⁵² In dem über die EKS ermittelten Ausgabenwert sind diverse mögliche Ausgaben enthalten. Der klare Vorteil des Statistikmodells liegt darin, dass gerade keine Zuordnung bestimmter Konsumgüter zum Existenzminimum erfolgen muss. Damit wird der unterschiedlichen Bedeutungsgewichtung Hilfebedürftiger für verschiedene Konsumgüter besser Rechnung getragen.

⁴⁵³ Eine „Bündelung“ könnte allenfalls im Bedarf für das Heizen gesehen werden. Diesen Weg hat der Gesetzgeber durch eine grundsätzliche Möglichkeit zur Schaffung einer Gesamtangemessenheitsgrenze für die KdU und Heizkosten ermöglicht.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche
Ausgestaltung?

Die Frage nach der Gewährleistung des „unbedingt Erforderlichen“, unterkunftsbezogenen physischen Existenzminimums erschöpft sich mithin in der Ermittlung von zwei Fragen: Zum einen, ob eine Unterkunft überhaupt vorliegt und zum anderen, wie diese zu definieren ist. Hinsichtlich einer Definition des Unterkunftsbegriffs enthält das Regel-satzurteil indes keine weiteren Ausführungen.

4.1.3.2.1 Obergrenze berührt den physischen Schutzbereich des Grundrechts grundsätzlich nicht

Aus dem Genannten wird indes deutlich: Der Begriff der „Angemessenheit“ ist nicht synonym für diese Untergrenze. Er nähert sich dem Existenzminimum konzeptionell vielmehr „von der anderen Seite“ und statuiert eine Obergrenze für die dem Existenzminimum zuordenbaren Unterkünfte. Zwischen diesen beiden Grenzen besteht eine Spannweite.

Hieraus folgt: Solange die Begrenzung der Angemessenheit im Ergebnis nicht dazu führt, dass einem Hilfebedürftigen die Möglichkeit einer Unterkunft vollständig genommen wird (er also obdachlos wird), berührt sie den Schutzbereich der physischen Komponente des „unbedingt Erforderlichen“ des Grundrechts auf ein Existenzminimum schon nicht. In diesem Kontext ist die oben genannte These des 4. Senats des Bundessozialgerichts aus der München-Entscheidung⁴⁵⁴ nochmals hervorzuheben, in Deutschland herrsche keine allgemeine Wohnungsnot. Sie kann aber gleichwohl einen Eingriff in das vom BVerfG entwickelte Grundrecht darstellen, wenn die zweite Komponente unterschritten wird, nämlich den Teilhabegehalt des Grundrechts (hierzu sogleich).

4.1.3.2.2 Grenze der Kollision mit sonstigen verfassungsrechtlichen Schutzpflichten

Eine Grenzziehung des physischen Unterkunftsbegriffs dürfte dort vorzunehmen sein, wo sie gesundheitsgefährdend ist. Auf eine solche

⁴⁵⁴ BSG, Urt. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274 (München), Rdnr. 36.

müssten sich Hilfebedürftige nicht verweisen lassen. Insoweit begründet Art. 2 Abs. 2 S. 1 (ggfs. i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG oder dem Sozialstaatsprinzip) nämlich eigene staatliche Schutzpflichten als Kehrseite zu ihrer abwehrrechtlichen Konzeption⁴⁵⁵. Freilich besteht auch hier eine weitreichende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Aus den „gesellschaftlichen Anschauungen“ lässt sich zudem ableiten, dass Notunterkünfte ebenfalls aus dem so verstandenen Unterkunftsbegriff auscheiden können. Schwieriger gestaltet sich die Abgrenzung bei sog. alternativen Wohnformen wie Bauwagen oder Zelten. Festzuhalten ist aber, dass die Rechtsprechung das Tatbestandsmerkmal der Unterkunft komplikationslos auslegt.

4.1.3.3 Enge und weite Sphäre der soziokulturellen Komponente: Vergleichsraum und Zumutbarkeit

Auf Grundlage der vorliegenden Untersuchung kann nunmehr auch die schwieriger zu ermittelnde Reichweite der soziokulturellen Komponente des Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum abgebildet werden. Sie findet sich an zwei Stellen wieder: den beiden unbestimmten Rechtsbegriffen der Zumutbarkeit und Angemessenheit. Dies allerdings in verschiedenen Abstufungen, die sich in eine weite und eine enge soziokulturelle Schutzsphäre einteilen lassen können.

⁴⁵⁵ Vgl. die von *Schulze-Fielitz* zusammengestellte Rechtssprechungsübersicht in *Dreier - GG Kommentar*, 2. Aufl. 2004, Bd. I, Art. 2 II, Rdnr. 76; *BVerfG*, Urt. v. 25.02.1975 - 1 BvF 1/74 -, *BVerfGE* 39, 1-95 (36 ff., 42); *BVerfG*, Urt. v. 21.06.1977 - 1 BvL 14/76 -, *BVerfGE* 45, 187-271 (254 f.); *BVerfG*, Abl. e.A.v. 16.10.1977 - 1 BvQ 5/77 -, *BVerfGE* 46, 160-165 (164 f.); *BVerfG*, B. v. 08.08.1978 - 2 BvL 8/77 -, *BVerfGE* 49, 89-147 (132, 141 f.); *BVerfG*, B. v. 20.12.1979 - 1 BvR 385/77 -, *BVerfGE* 53, 30-96 (57 f.); *BVerfG*, B. v. 14.01.1981 - 1 BvR 612/72 -, *BVerfGE* 56, 54-87 (73); *BVerfG*, B. v. 29.10.1987 - 2 BvR 624/83 -, *BVerfGE* 77, 170-240 (214); *BVerfG*, B. v. 26.01.1988 - 1 BvR 1561/82 -, *BVerfGE* 77, 381-408 (402 f.); *BVerfG*, B. v. 30.11.1988 - 1 BvR 1301/84 -, *BVerfGE* 79, 174-202 (201 f.); *BVerfG*, Urt. v. 28.01.1992 - 1 BvR 1025/82 -, *BVerfGE* 85, 191-214 (212); *BVerfG*, Urt. v. 28.05.1993 - 2 BvF 2/90 -, *BVerfGE* 88, 203-366 (251); *BVerfG*, B. v. 09.03.1994 - 2 BvL 43/92 -, *BVerfGE* 90, 145-226 (195) und den Verweis auf das Werk von *Unruh*, S. 26 ff.

4.1.3.3.1 Zumutbarkeit als Härtefallauslegung mit zeitlicher Begrenzung

Nach der aktuellen Auslegung durch das BSG wird die soziokulturelle Komponente (weiterhin) hauptsächlich durch den Begriff der Zumutbarkeit von Umzügen in § 22 Abs. 1 S. 1, 3 SGB II widergespiegelt. Der Begriff stellt sicher, dass tatsächlich von Hilfebedürftigen bewohnte Unterkünfte, welche preislich jenseits der Angemessenheitsgrenze liegen, nicht umgehend aufgegeben werden müssen. Schon aus der Systematik des § 22 Abs. 1 S. 2 SGB II folgt mithin, dass der Gesetzgeber einen weitergehenden Schutz von Einzelfallkonstellationen bei Erschaffung der Norm vor Augen hatte. Die Zumutbarkeit ist insoweit ebenfalls als unbestimmter Rechtsbegriff ausgestaltet. Die Rechtsprechung hat unter dieses Tatbestandsmerkmal daher vornehmlich soziokulturelle Gesichtspunkte hierunter subsumiert, wie die „Übernahme unangemessener Wohnungen“ in den Leistungsbezug, Mieterhöhungen, das soziale und schulische Umfeld minderjähriger Kinder, alleinerziehende Mütter und behinderte oder pflegebedürftige Menschen. Diese Umsetzung gewährleistet, dass grundlegende soziokulturelle Aspekte bei der Anwendung des § 22 Abs. 1 SGB II Berücksichtigung finden. Diese Aspekte können auch nur nach Betrachtung des konkreten Einzelfalls Wirkungen entfalten.

Dem Gesetzeswortlaut lässt sich überdies eine weitere gesetzgeberische Wertung entnehmen: Der Schutz besonderer, soziokultureller Rechtspositionen soll nicht zeitlich unbegrenzt erfolgen, sondern – im Gegensatz zur Rechtslage vor Einführung des SGB II (s.o.)⁴⁵⁶ – in der Regel für sechs Monate. Unmittelbar aus dem Normtext kann mithin ein abgestufter Schutz der engen soziokulturellen Sphäre abgelesen werden.

⁴⁵⁶ Kapitel 1.2.1.4.

4.1.3.3.2 Vergleichsmaßstab im Rahmen des Angemessenheitsbegriffs

Eine soziokulturelle Dimension ist seit der Rechtsprechung des BSG auch in den (objektiven) Angemessenheitsbegriff implementiert. Der „örtliche Vergleichsmaßstab“ erfüllt nämlich wie gezeigt die Funktion, Umzüge innerhalb des Vergleichsraums zu begrenzen. Damit entfaltet der Angemessenheitsbegriff eine soziokulturelle Wirkung. Er schützt das weitere soziale Umfeld hilfebedürftiger Menschen und verhindert auf diese Weise, dass ein Umzug in gänzlich neue, weit entfernte Wohnorte erzwungen wird. Der Rechtsprechung des BSG lässt sich entnehmen, dass die zuständigen Senate dabei die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben im Blick hatten. Verhindert wird, dass Menschen den von ihnen als Lebensmittelpunkt gewählten Wohnort verlassen müssen. Damit sichert die Auslegung durch das BSG mithin eine weite Sphäre des soziokulturellen Existenzminimums.

Aus dem Genannten kann mithin eine zweistufige gesetzliche Umsetzung des soziokulturellen Anteils des unterkunftsbezogenen Existenzminimums befunden werden. Beide Stufen weisen dabei unterschiedliche Intensitäten aus: Die Zumutbarkeit schützt die „engere“ soziokulturelle Sphäre des Menschen, der räumliche Vergleichsmaßstab schützt die „weitere“ soziokulturelle Sphäre. Die engere Sphäre ist zeitlich begrenzt geschützt, die weitere Sphäre wirkt ohne zeitliche Begrenzung.

4.2 Verfassungsrechtliche Pflicht zur gesetzlichen Normierung eines Angemessenheitsermittlungsverfahrens?

Nachdem nunmehr geklärt ist, an welchen Stellen im grundrechtlichen Normgefüge die Rechtsprechung des BSG die grundrechtlichen Vorgaben des menschenwürdigen Existenzminimums ausfüllt, soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, ob den Gesetzgeber eine

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?

Pflicht zur Gestaltung weitergehender „Normtiefe“ trifft. Mit eingehender Begründung aufgeworfen, hatte diese Frage zuletzt das SG Mainz. Dessen wesentliche Argumentation soll zunächst herausgearbeitet und sodann einer Überprüfung und eigener Stellungnahme zugeführt werden. Hierbei wird auch auf den entsprechenden Beschluss des Bundesverfassungsgerichts⁴⁵⁷ eingegangen, der bei Fertigstellung des vorliegenden Kapitels nunmehr vorlag und das hier gefundene Ergebnis bestätigt, jedoch keine weitergehende Begründung enthält.

4.2.1 Vorlagebeschlüsse der 3. Kammer des SG Mainz

Die dritte Kammer des SG Mainz vertritt in ihrem Vorlagebeschluss vom 12.12.2014⁴⁵⁸ die Auffassung, der unbestimmte Rechtsbegriff der „Angemessenheit“ in § 22 Abs. 1 S. 1 HS. 2 SGB II sei verfassungswidrig. Er verstoße in seiner Umsetzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG gegen das Bestimmtheitsgebot. Dem Fall lag der „klassische“ Sachverhalt einer nach den örtlichen KdU-Vorgaben zu teuer bewohnten Mietwohnung⁴⁵⁹ zugrunde. Um sich mit der Entscheidung auseinander setzen zu können, soll im Folgenden die verfassungsrechtliche Kernargumentation herausgearbeitet werden.

4.2.1.1 Transparentes Ermittlungsverfahren als verfassungsrechtlicher Rahmen

Ausgangspunkt für die Kammer ist die dargestellte einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, der sich die Kammer „auch

⁴⁵⁷ *BVerfG*, B. v. 06.10.2017 – 1 BvL 2/15 –, juris. Darüber hinaus hat das *BVerfG* eine entsprechende Verfassungsbeschwerde nicht angenommen, s. *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss v. 10.10.2017 – 1 BvR 617/14 –, juris.

⁴⁵⁸ *SG Mainz*, Vorl.-B. v. 12.12.2014 – S 3 AS 130/14 –, juris; ferner der Parallelbeschluss v. selben Tag S 3 AS 370/14.

⁴⁵⁹ Im Fall bewohnte der Kläger (zuletzt allein) eine 73 m² große Wohnung zu einem Kaltmietzins von zuletzt monatlich 335,80 Euro (bei angekündigter Mieterhöhung), zuzüglich Betriebskosten in Höhe von 118 Euro. Die vom zuständigen Träger, dem Landkreis Alzey-Worms (Rheinland-Pfalz), vorgegebene Angemessenheitsgrenze lag hingegen bei 285 Euro. Sie errechnete sich aus einer Flächenhöchstgrenze von 50 m² und einem Mietpreis von 5,70 Euro pro m².

grundsätzlich“ anschließt⁴⁶⁰. Sie leitet hieraus die Obliegenheit des Gesetzgebers ab, die zur Bestimmung des Existenzminimums im Gesetzgebungsverfahren eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte nachvollziehbar offenzulegen. Komme der Gesetzgeber dieser Obliegenheit nicht nach, sei die Ermittlung des Existenzminimums nicht mit dem Grundrecht auf ein Existenzminimum vereinbar. Die Kammer hebt in diesem Zusammenhang die Unverfügbarkeit des Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum hervor. Dieses Grundrecht sei „abwägungsfest“.

Kernkritik der Kammer ist der Umstand, dass der einzige Regelungsgehalt des Angemessenheitsbegriffs seine leistungseinschränkende Funktion sei⁴⁶¹, die auch durch andere Vorschriften des SGB II nicht weiter konkretisiert werde. Bemerkenswert ist der Hinweis der Kammer auf den § 33 S. 1 SGB I, nach welchem bei der Ausgestaltung der Rechte und Pflichten Leistungsberechtigter unter anderem die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen seien, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Hieraus lasse sich „allenfalls ein Hinweis auf Bedeutung der örtlichen Verhältnisse gewinnen“⁴⁶². Aus der hernach eingeführten „Satzungslösung“⁴⁶³ könnten keine Erkenntnisse gewonnen werden, da es sich um ein Parallelsystem handele, das letztlich für die Bestimmung der Angemessenheit im Sinne des § 22 Abs. 1 S. 1 HS. 2 SGB II nicht einschlägig sei⁴⁶⁴.

4.2.1.2 Kernthese: Das „unbedingt Erforderliche“ muss politisch definiert werden

Die Kammer führt sodann aus, die normative Festlegung des „unbedingt Erforderlichen“ könne nur im Wege eines politischen Prozesses

⁴⁶⁰ Die Kammer nutzt diesen dogmatischen Prüfungspunkt für Ausführungen im Rahmen eines *obiter dictums* zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Leistungssanktionen im SGB II, vgl. *SG Mainz*, Vorl.-B. v. 12.12.2014 – S 3 AS 130/14 –, Rdnr. 218. Sie haben indes keinen unmittelbaren Bezug zur vorliegend untersuchten Problematik.

⁴⁶¹ *Ibidem*, Rdnr. 305 und 308.

⁴⁶² *Ibidem*, Rdnr. 310.

⁴⁶³ Hierzu s.o. unter Kapitel 1.2.3.

⁴⁶⁴ *SG Mainz*, Vorl.-B. v. 12.12.2014 – S 3 AS 130/14 –, Rdnr. 311.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?

erfolgen. Dies sei im Fall des Angemessenheitsbegriffs in unzureichendem Maße erfolgt. Der materielle Gehalt des Grundrechts müsse im Gesetzgebungsprozess konkretisiert werden. Die Konstituierung des Existenzminimums als „Gewährleistungsrecht“ zwingt die Legislativorgane dazu, den demokratischen Prozess, der sich nicht im Gesetzgebungsakt erschöpfe, praktisch zu realisieren, auch wenn grundsätzlich nur dessen Ergebnis der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliege⁴⁶⁵. Eine dem Grundrecht auf ein Existenzminimum genügende Gestaltung des ALG II-Anspruchs setze daher eine verfassungsgemäße Bestimmung aller einzelnen Berechnungselemente (Regelbedarf, Mehrbedarfe, Unterkunft- und Heizungsbedarfe) voraus⁴⁶⁶. Der Angemessenheitsbegriff verstoße daher gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot.

4.2.1.3 Kernargument: Grundrechtsrelevanz existenzsichernder Leistungen

Das Hauptargument für das Erfordernis einer weitergehenden Regulierung eines Angemessenheitsermittlungsverfahrens führt die Kammer mit der Grundrechtsrelevanz des Angemessenheitsbegriffs.

Aus der Grundrechtsrelevanz existenzsichernder Leistungen ergäben sich qualitative Anforderungen an die Intensionstiefe der jeweiligen Norm. Diese müssten so viele Merkmale aufweisen, dass Verwaltung und Fachgerichten eine „argumentative Rückbindung“ an die Gesetzestexte ermöglicht werde. Jede von ihnen getroffene Entscheidung müsse noch als Konkretisierung eines bestimmten Gesetzgebungsakts nachvollzogen werden können. Ansonsten liefe die Anforderung, der Gesetzgeber müsse die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen (Wesentlichkeitstheorie), ins Leere⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, Rdnr. 223.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, Rdnr. 229.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, Rdnr. 253.

4.2.1.3.1 Wesentliche Regelungsmaterie

Die Kammer sieht aus zwei Gründen im Existenzminimum eine wesentliche Regelungsmaterie in diesem Sinn: zum einen aufgrund seiner Grundrechtsqualität, zum anderen aufgrund der Ausgestaltung als „Gewährleistungsrecht“. Letztere bewirkt, dass das Grundrecht nur dann zur Entfaltung kommen könne, wenn der gesetzgeberische Gestaltungsauftrag auch erfüllt werde.

Hieraus folgert die Kammer, dass der Gesetzgeber die Regelungen „möglichst exakt“⁴⁶⁸ ausgestalten müsse. Der Grad der Bestimmbarkeit müsse daher „besonders hoch“⁴⁶⁹ sein. Der Gesetzgeber müsse die „gesellschaftlichen Anschauungen über das für ein menschenwürdiges Dasein Erforderliche“ politisch transformieren.

4.2.1.3.2 Anbindung an parlamentarische Entscheidung

Eine auf die Regelung gestützte Entscheidung der Verwaltung müsse in qualifizierter Weise auf eine gesetzgeberische Entscheidung zurückgeführt werden können. Nur ein Gesetzestext könne dem parlamentarischen Willensbildungsprozess eindeutig zugerechnet werden. Folglich müssten die wesentlichen Bestimmungen in Gesetzesform gegossen sein.

Nicht einschlägige Normtexte und Gesetzesbegründungen könnten hierbei nur Auslegungskongretisierungen, aber keine Kompensation des Wesentlichkeitsvorbehalts sein. Sie seien nämlich nicht Ergebnisse des parlamentarisch-demokratischen Entscheidungsprozesses⁴⁷⁰.

Die Grundrechtsträger als Teilnehmer am demokratischen Prozess müssten darüber hinaus erkennen können, welche staatlichen Akteure für die Ausgestaltung ihrer Rechte verantwortlich seien (sog. Verantwortungszusammenhang).

⁴⁶⁸ *Ibidem*, Rdnr. 259.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, Rdnr. 270.

⁴⁷⁰ Es fehle an den Sicherungen im Hinblick auf die Öffentlichkeit der Debatte, vgl. *ibidem*, Rdnr. 260.

4.2.1.4 Keine Korrektur durch gerichtliche Auslegung

Die Kammer führt in ihrer Entscheidung an, der befundene Bestimmtheitsmangel könne nicht durch eine (normative) gerichtliche Rechtsanwendung (insbesondere des BSG) behoben werden. Es sei daher unerheblich, ob die Rechtsprechung selbst den verfassungsrechtlichen Vorgaben genüge⁴⁷¹.

Der vom BVerfG aufgestellte Satz, die Rechtsunterworfenen müssten in zumutbarer Weise erkennen können, ob die tatsächlichen Voraussetzungen einer Norm vorliegen und hierfür reiche es aus, wenn sich dies mithilfe anerkannter Auslegungsregeln bestimmen lasse, dürfe nicht so verstanden werden, dass ein Bestimmtheitsmangel durch Auslegung ausgeglichen werden könne⁴⁷². Hiervon losgelöst sei die Frage, ob unbestimmte Rechtsbegriffe mittels Auslegung für eine gerichtliche Entscheidung nutzbar gemacht werden können. Aus der Gewährung effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 GG folge die Verpflichtung, auch bei unbestimmten Gesetzesbegriffen bestimmte Sachentscheidungen treffen zu müssen.

Für die Kammer stellt sich folglich eine Legitimationsfrage. Die demokratische Willensbildung könne nur wirken, indem sie durch Gesetze Verwaltung und Rechtsprechung binde. Das Bestimmtheitsgebot verlange eine Regelungstechnik, die geeignet sei, eine Gesetzesbindung zu erzeugen⁴⁷³. Eine Norm müsse daher so viele Merkmale aufweisen, dass der Konkretisierungsprozess wirksam im Sinn der demokratischen Willensbildung gesteuert werden könne.

Prüfungsmaßstab für die Reichweite des Bestimmtheitsgebots sei, in welchem Ausmaß der Normtext (auch in seinem systematischen Zusammenhang) die wesentlichen Werteentscheidungen des Gesetzgebers erkennen lasse und behördliche und gerichtliche Entscheidungen begrenzen könne.

⁴⁷¹ *Ibidem*, Rdnr. 394 ff.

⁴⁷² *Ibidem*, Rdnr. 264.

⁴⁷³ *Ibidem*, Rdnr. 268.

4.2.2 Grenzen gesetzgeberischer Gestaltung durch unbestimmte Rechtsbegriffe

Der Vorlagebeschluss offenbart in seiner Kernargumentation die Frage der Reichweite richterlicher Rechtsfortbildung in Abgrenzung zu politischer Gestaltungspflicht in diesem Bereich des Sozialrechts.

Rechtlich stecken dahinter zwei an ihren Rändern dogmatisch höchst unscharf gefasste Bereiche: zum einen die generelle Legitimität unbestimmter Rechtsbegriffe, zum anderen die Definitionsschwierigkeiten bei der Bestimmung wesentlicher Regelungsmaterien im Zusammenhang mit der Wesentlichkeitsdoktrin.

4.2.2.1 Abgrenzung von Zugriffs- und Vorbehaltsbereich von Legislative und Judikative durch den Bestimmtheitsgrundsatz

Damit sind zunächst Fragen des Gewaltenteilungsgrundsatzes berührt. Um zu beleuchten, ob die Rechtsprechung zur Ausgestaltung des Angemessenheitsbegriffs überhaupt befugt sein kann, ist es erforderlich, sich die staatsorganisationsrechtliche Trennlinie zwischen Judikative und Legislative zu vergegenwärtigen. Die so herausgearbeiteten Maßstäbe können sodann auf den Fall der KdU-Angemessenheitsgrenze zur Anwendung kommen.

4.2.2.1.1 Vorbehaltsbereich der Legislative durch demokratische Legitimation

Für die Normsetzung ist nach der verfassungsrechtlichen Konzeption des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG der Gesetzgeber originär zuständig. Dies ist Ausdruck des funktionalen⁴⁷⁴ Gewaltenteilungsgrundsatzes zwischen Legislative, Judikative und Exekutive. Verfassungsrechtlich verbrieft ist

⁴⁷⁴ Der Gewaltenteilungsgrundsatz hat darüber hinaus auch eine institutionell-organisatorische (horizontale Gewaltenteilung) und eine personelle Dimension, s. *Schulze-Fielitz* in Dreier, Art. 20 (R), Rdnr. 69, m. w. Nachw.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?

diese Zuständigkeit insbesondere⁴⁷⁵ durch den Vorbehalt des Gesetzes. Dies hängt mit der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers zusammen, die durch das Parlament in besonderer Weise vermittelt⁴⁷⁶ wird und durch Wahlen auf das Volk als Souverän der Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) zurückzuführen ist. Diese Rückbindung an das Volk ermöglicht den Bereich politischen Wirkens. Die unterschiedlichen im Volk vertreten Meinungen werden durch die Parteien im Parlament abgebildet und sind Gegenstand eines öffentlich geführten (sozial)politischen Diskurses. Die vom Volk gewählten Mitglieder der Legislative können auf diesem Weg sicherstellen, dass etwa die oben genannten „gesellschaftlichen Anschauungen“ sich in diesem Diskurs wiederfinden, ggfs. ein Kompromiss gefunden und in einfachgesetzliches Recht transformiert werden können.

Der legislativen Gewalt ist es aufgrund dieser besonderen demokratischen Rückkopplung daher jedenfalls verwehrt, diese Kompetenz gänzlich durch pauschale Übertragung auf die Exekutive zu veräußern (sog. Delegationsverbot)⁴⁷⁷. Eine klare Abgrenzung der drei Gewalten ist aber jenseits der vollständigen Kompetenzabgabe nicht möglich. Aus diesem Gedanken folgt indes, dass jeder der drei Staatsgewalten ein originärer, allein ihr vorbehaltener Kompetenzkern zusteht.

Es lassen sich in der staatsorganisationsrechtlichen Dogmatik dementsprechend zwei Bereiche voneinander abgrenzen: der Vorbehaltsbereich und der Zugriffsbereich einer Staatsgewalt⁴⁷⁸. Der Vorbehaltsbereich definiert sich durch den originären Kompetenzteil und der Zugriffsbereich definiert die äußere Grenze des Kompetenzumfangs einer

⁴⁷⁵ Daneben existieren weitere, indes für den Fokus der vorliegenden Untersuchung nicht relevante Instrumente wie z.B. den Vorrang des Gesetzes oder die parlamentarische Kontrolle der Exekutive.

⁴⁷⁶ *BVerfG*, B. v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 –, *BVerfGE* 40, 237-261 (249).

⁴⁷⁷ Vgl. *BVerfG*, B. v. 09.05.1972 – 1 BvR 518/62 –, *BVerfGE* 33, 125-171 (158); *BVerfG*, B. v. 10.10.1972 – 2 BvL 51/69 –, *BVerfGE* 34, 52-62 (60); *BVerfG*, B. v. 14.06.1983 – 1 BvR 545/82 –, *BVerfGE* 64, 203-208 (214 f.); *BVerfG*, B. v. 13.07.2004 – 1 BvR 1298/94 –, *BVerfGE* 111, 191-225 (216 f.).

⁴⁷⁸ Vgl. *Gusy*, *DÖV* 1992, 461 (462).

Staatsgewalt. Ihr Zugriffsbereich kann danach maximal bis zum Vorbehaltsbereich einer anderen Gewalt reichen.

4.2.2.1.2 Grenze des Zugriffsbereichs der Judikative

Der Bestimmtheitsgrundsatz ist daher so betrachtet das dogmatische Gegenstück. Er zieht die Grenze des Zugriffsbereichs der Judikative und ist damit gewissermaßen eine aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz folgende Konsequenz des Gesetzesvorbehalts. Er hält den Gesetzgeber nämlich zur präzisen Formulierung von Rechtsnormen an. Der Bestimmtheitsgrundsatz wird neben dem Rechtsstaatsprinzip aus dem Demokratieprinzip abgeleitet⁴⁷⁹. Die Ableitung aus dem Demokratieprinzip bewirkt indes, dass der Rechtsprechung ein Zugriff auf Regelungsmaterien, die dem Gesetzgeber vorbehalten sind, verwehrt ist. Die Judikative verfügt nämlich nicht über dessen demokratische Legitimation.

4.2.2.1.2.1 Kein politisches Wirken der Judikative

Durch Richterrecht wird gerade nicht gewährleistet, dass der Entscheidungsfindung der Judikative eine (die Entscheidung auch tragende⁴⁸⁰) öffentliche Meinungsbildung vorausgegangen ist. Dies ließe sich mit dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit⁴⁸¹ auch nicht in Einklang bringen. Verstößt die legislative Gewalt gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, wird eine von ihr geschaffene Norm wiederum

⁴⁷⁹ Vgl. *BVerfG*, B. v. 24.11.1981 – 2 BvL 4/80 –, *BVerfGE* 59, 104-119 (114); *BVerfG*, B. v. 18.05.1988 – 2 BvR 579/84 –, *BVerfGE* 78, 205-214 (213); *BVerfG*, B. v. 22.06.1988 – 2 BvR 234/87 –, *BVerfGE* 78, 374-390 (388).

⁴⁸⁰ Freilich können gewichtigen gerichtlichen Entscheidungen auch öffentliche Diskussionen vorausgehen. Inwieweit diese letztlich die richterliche Entscheidungsfindung beeinflussen, lässt sich nicht genau ermitteln. Es gibt darüber hinaus den in der Geschichte der Judikatur retrospektiv zu beobachtenden Befund, dass der „Zeitgeist“ Eingang in juristische Entscheidungen findet; dies ist am offensichtlichsten bei den klassischen gesetzlichen „Einfallstoren“ in das grundrechtliche Wertesystem, wie beispielsweise den Begriffen „Treu und Glauben“, „Sittenwidrigkeit“ oder „öffentliche Ordnung“.

⁴⁸¹ Richter*innen sind nach der Konzeption des Grundgesetzes gerade nicht an den Mehrheitswillen des Volkes gebunden.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?

justiziabel. Die Judikative hat dann einen begrenzten Zugriff auf die Legislative. Er ist begrenzt, da er sich im Grundsatz darin erschöpft, diesen Verstoß festzustellen und die Legislative dadurch zu „Nachbesserungen“ anzuhalten. Überschritten wäre die Kompetenz der Judikative folglich, wenn sie die Regelungsmaterie durch eigene politische Erwägungen ersetzen und anwenden würde. Denn eine gerichtliche Entscheidung wirkt grundsätzlich nur zwischen den streitenden Parteien eines Rechtsstreits; sie hat im Gegensatz zu Gesetzen keine intendiert abstrakt-generelle Zielrichtung.

4.2.2.1.2.2 Justiziabilität und Normenklarheit

Dieser Befund ergibt sich auch aus einem anderen Blickwinkel heraus: Die Funktion von Normen ist, das Verhalten der Normadressaten zu steuern⁴⁸². Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass eine Regelung so hinreichend bestimmt sein muss, dass die Normadressaten sich wiederum nach den Normanforderungen richten können. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus Art. 20 Abs. 3 GG erfordert eine begrenzte und bestimmte Ermächtigung, da die Exekutive die gesetzgeberische Norm durch Verwaltungsakte umsetzt. Damit auch die Verwaltung die ihr obliegenden Aufgaben und Befugnisse in der gebotenen Klarheit erkennen kann⁴⁸³, muss das entsprechende Gesetz hinreichend bestimmt sein. Insoweit grenzt der Bestimmtheitsgrundsatz die legislative Gewalt auch von der Exekutive ab.

Je nach Normadressat erfüllt der Bestimmtheitsgrundsatz daher verschiedene Aufgaben: Aus der Perspektive des Bürgers setzt dessen Rechtsschutzanspruch in Art. 19 Abs. 4 GG zudem voraus, dass eine sein Verhalten steuernde Norm so bestimmt sein muss, dass sie gerichtlich überprüft werden kann. (Grundsätze der Justiziabilität und Normenklarheit)⁴⁸⁴.

⁴⁸² Vgl. hier und im Folgenden *Hofmann* in Hofmann/Henneke, Art. 20 Rdnr. 84.

⁴⁸³ *Ibid*, Rdnr. 2134.

⁴⁸⁴ Vgl. *Robbers* in BK, Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 2131, der hierin auch eine Ausprägung des Vertrauensschutzprinzips in Form einer Vertrauensbegründung des Bürgers in den Bestand und die Verlässlichkeit der Rechtsordnung sieht.

4.2.2.1.2.3 Rechtsfolge bei Verstößen gegen den Bestimmtheitsgrundsatz

Verstößt eine Norm gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, ist sie unwirksam. Dies ist die konsequente Folge des durch den *judicial restraint* begründeten Verbots, politisch zu wirken. Zwar hat das BVerfG in seiner Rechtsprechung deutlich gemacht, dass nicht jeder Verstoß automatisch verfassungswidrig ist; dies gilt indes im Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger zueinander⁴⁸⁵.

Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings in diesem Zusammenhang auch klargestellt: beim Fehlen gesetzlicher Regelungen hat die Rechtsprechung der Fachgerichte dann sachgerechte Lösungen zu entwickeln.

4.2.2.2 Unbestimmte Rechtsbegriffe und Richterrecht: Gratwanderung zwischen den Gewalten

Wie am vorliegend untersuchten Thema deutlich wird, besteht in Bezug auf die Kompetenz der Judikative hierbei ein besonderes Spannungsverhältnis. Was darf die Judikative im Rahmen des sog. Richterrechts überhaupt regeln? Unbestimmte Rechtsbegriffe verlagern die konkrete Ausgestaltung der juristischen Einzelfalllösung weitestgehend auf die Gerichte. Sie sind dann berufen, den Gesetzeswortlaut zu interpretieren, fortzubilden, aber eben auch durch „schöpferische Rechtsfindung“⁴⁸⁶ zu ergänzen. Eine trennscharfe Abgrenzung von Rechtsauslegung zu Rechtsfortbildung ist vor diesem Hintergrund schwierig vorzunehmen.

⁴⁸⁵ BVerfG, B. v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85 –, BVerfGE 84, 212-232 (Aussperrung, Arbeitskampf), Rdnr. 40, zur Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit.

⁴⁸⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 –, BVerfGE 3, 225-248, Rdnr. 44.

4.2.2.2.1 Juristische Auslegung und die Grenze unzulässiger Analogiebildung

Einigkeit besteht darin, dass das sogenannte Richterrecht einen Anknüpfungspunkt im Gesetz haben muss. Die Rechtsprechung ist gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nämlich an Gesetz und Recht⁴⁸⁷ gebunden. Sie muss die abstrakt-generellen Gesetzesvorgaben in eine konkret-individuelle Entscheidung transformieren. Je spezieller⁴⁸⁸ der Gesetzgeber eine Norm ausgestaltet hat, desto mehr verdichtet sich die Aufgabe der Judikative auf die Subsumtion des vorgegebenen Tatbestandes, ggfs. auf Grundlage einer zuvor erfolgten Beweiswürdigung.

Umgekehrt kann der Gesetzgeber eine Norm auch offener gestalten. Dann ist es Aufgabe der Rechtsprechung, die so entstandenen „Gesetzeslücken“ mittels der anerkannten juristischen Auslegungsmethoden zu schließen.

Folglich hängt die Reichweite des Bindungsgrundsatzes dann davon ab, inwieweit das Gesetz überhaupt in der Lage ist, die Rechtsprechung zu binden. Es kann daher unterschieden werden zwischen einer innergesetzlichen Kompetenz (*intra legem*) und einer außergesetzlichen (*praeter legem*) Tätigkeit der Judikative⁴⁸⁹. Letztere ist aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes im Ergebnis nur in den engen Grenzen der juristischen Analogie zulässig. Die Rechtsprechung darf fehlende Gesetze nämlich nicht durch Analogien unanwendbarer Gesetze ersetzen⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ In seiner Stellung neben den Begriff des Gesetzes ist der Begriff des Rechts im Einzelnen umstritten. Für die vorliegende Arbeit ist diese Abgrenzung indes nicht weiter relevant. S. für einen kurzen Überblick über die unterschiedlichen Ansätze *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, Art. 20 GG (R), Rdnr. 94.

⁴⁸⁸ Es gilt als unmöglich, Gesetze so auszugestalten, dass das Ergebnis einer Subsumtion ohne Rücksicht auf den Einzelfall mit Sicherheit vorhergesagt werden könnte, vgl. hierzu *BVerfG*, Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 –, *BVerfGE* 3, 225-248 (Gleichberechtigung), Rdnr. 41. Die Entscheidung befasst sich mit der Ausgestaltung des Art. 3 Abs. 2 GG als unbestimmten Rechtsbegriff.

⁴⁸⁹ Vgl. *Gusy*, aaO, S. 463 und 464, der die Begriffe *intra legem*, *praeter legem* und *contra legem* verdeutlicht, m.w.Nachw.

⁴⁹⁰ S. aber auch z.B. *BVerwG*, Urt. v. 23.05.1989 – 7 C 2/87 –, *BVerwGE* 82, 76-97 (77); *BVerwG*, Urt. v. 18.10.1990 – 3 C 3/88 –, *JZ* 1991, S. 624, 626 f.

Aus diesem Grund ist für eine Analogie *lege artis* die Planwidrigkeit einer Regelungslücke erforderlich. Sie ermöglicht letztlich die dogmatische Rückkoppelung an den demokratisch legitimierten Gesetzgeberwillen.

4.2.2.2 Grundsätzliche Zulässigkeit bei bestimmten Regelungsmaterien

Würde man dogmatisch an dieser Stelle stehenbleiben, wären unbestimmte Rechtsbegriffe unzulässig. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Gesetz verstößt nach der Rechtsprechung des BVerfG für sich genommen aber noch nicht gegen die Grundsätze der Justitabilität und Normklarheit⁴⁹¹. Sogar im besonders einschneidenden Bereich der Steuer⁴⁹²- oder Strafgesetze⁴⁹³ hielten unbestimmte Rechtsbegriffe einer verfassungsrechtlichen Überprüfung durch das BVerfG ebenso stand wie die polizeiliche Generalklausel⁴⁹⁴.

Wie beim Angemessenheitsbegriff der KdU fehlt es für die hieraus entstandenen, teils umfangreichen Prüfungsprogramme der Judikatur im Gesetz an konkreten Vorgaben. Wie bei der Frage der KdU-Angemessenheitsgrenze haben auch diese Regelungsmaterien eine grundrechtliche Bedeutung. Dass diese gesetzgeberische Regelungstechnik dennoch grundsätzlich verfassungsrechtlich akzeptiert wird, ist praktischen Erwägungen geschuldet:

⁴⁹¹ BVerfG, B. v. 10.10.1961 – 2 BvL 1/59 –, BVerfGE 13, 153-165, Rdnr. 27: „Die Grundsätze des Rechtsstaates verwehren es dem Gesetzgeber nicht schlechthin, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden“.

⁴⁹² *Ibidem*.

⁴⁹³ Z.B. BVerfG, B. v. 10.01.1995 – 1 BvR 718/89 –, BVerfGE 92, 1-25 (Sitzblockade III); BVerfG, B. v. 10.06.1997 – 2 BvR 1516/96 –, BVerfGE 96, 68-100 (DDR-Botschafter).

⁴⁹⁴ BVerfG, Dreierausschussb. v. 23.05.1980 – 2 BvR 854/79 –, BVerfGE 54, 143-148 (Taubenfütterungsverbot), Rdnr. 5; BVerwG, EuGH-Vorlage v. 24.10.2001 – 6 C 3/01 –, BVerwGE 115, 189-205 (Laserdome), Rdnr. 62; BVerwG, Urte. v. 03.07.2002 – 6 CN 8/01 –, BVerwGE 116, 347-358 (GefahrtierVO Ndr.), Rdnr. 32.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?

An seine Grenzen stößt das Bestimmtheitsgebot nämlich dann, wenn die Regelungsmaterie eine hohe Zahl einzelfallbezogener Besonderheiten aufweist⁴⁹⁵. In diesem Bereich ist eine Verwendung abstrakter oder unbestimmter Begriffe notwendig und damit zulässig, wenn eine detailliertere einheitliche Regelung auch für Teilbereiche nicht möglich wäre⁴⁹⁶.

Dem Gesetzgeber ist es aufgrund des Bestimmtheitsgrundsatzes zudem nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht verwehrt, eine Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Judikative abzuwarten und gegebenenfalls weitere gesetzliche Konkretisierungen vorzunehmen; etwa, wenn er bemerkt, dass es aufgrund der Auslegung des Rechts nicht zu einer im wesentlichen gleichen Rechtsanwendung kommt⁴⁹⁷. Gleichzeitig geht die Befugnis der Judikative, das Recht auszulegen, nicht ausufernd weit.

Zudem spielt eine zeitliche Komponente eine Rolle. Es ist nämlich anerkannt, dass mit steigendem Zeitablauf seit Erlass einer Norm der Spielraum richterlicher Rechtsfortbildung zunehmen kann⁴⁹⁸.

4.2.2.3 Die Wesentlichkeitsdoktrin als Maßstab für die „Regelungstiefe“

Wann ein Gesetz gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstößt, lässt sich vor diesem Hintergrund nicht allgemein bestimmen. Dies hängt viel-

⁴⁹⁵ „Streubreite einzelfallspezifischen Besonderheiten“, vgl. *Hain/Schlette/Schmitz*, AÖR 122 (1997), 32 (35); *Schulze-Fielitz in Dreier*, Art. 20 Rdnr. 137.

⁴⁹⁶ Vgl. *Papier/Möller*, AÖR 1997, 175 (187).

⁴⁹⁷ Vgl. *BVerfG*, B. v. 09.03.1994 – 2 BvL 43/92 –, BVerfGE 90, 145-226 (Cannabis, Haschischkonsum, „kein Recht auf Rausch“), Rdnr. 168; die Verfahren betraf die Möglichkeiten der Einstellung von Ermittlungsverfahren im Betäubungsmittelstrafrecht in § 31a BtMG.

⁴⁹⁸ Vgl. z.B. *BVerfG*, B. v. 14.02.1973 – 1 BvR 112/65 –, BVerfGE 34, 269-293 (Soraya) Rdnr. 41; *BVerfG*, B. v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 –, BVerfGE 96, 375-407 (Kind als Schaden), Rdnr. 53; *Rüthers*, JZ 2006, 53 (59).

mehr davon ab, welcher Gegenstand gesetzlich geregelt wird, zu welchem Zweck die Norm geschaffen wurde und wie intensiv sie sich auf die Grundrechte des Bürgers auswirkt⁴⁹⁹.

Letztlich beurteilt sich diese Frage dementsprechend nach den Maßstäben der zum Gesetzesvorbehalt entwickelten Wesentlichkeitsdoktrin⁵⁰⁰. Nach ihr wird bestimmt, wie detailliert der Gesetzgeber eine Norm auszugestalten hat. Hieraus folgt: Dass juristische Auslegung durch Gerichte einen Anknüpfungspunkt im Gesetz haben müssen, ist nur eine Minimalvoraussetzung. Die Wesentlichkeitsdoktrin geht als Maßstab für die „Regelungstiefe“ einer Norm weiter. Wie zu sehen sein wird, eröffnet die Rechtsprechung des BVerfG gleichzeitig, dass die juristische Auslegung einer Norm bei der Beurteilung der Wesentlichkeit einer Rechtsmaterie nicht einfach ausgeklammert wird. Vielmehr stehen beide Elemente (Normsetzung und Auslegung durch die Gerichte) in Wechselwirkung.

4.2.2.3.1 Regulierung „grundlegender normativer Bereiche“

Die Wesentlichkeitsdoktrin bildet nach dem oben Genannten mithin die eigentliche Trennlinie zwischen dem Vorbehalt des Gesetzes und dem Bestimmtheitsgrundsatz. Demnach muss der parlamentarische Gesetzgeber

⁴⁹⁹ „Qualitative Anforderungen hinsichtlich der Intensionstiefe“, vgl. Müller/Christensen, S. 196.

⁵⁰⁰ Auch „Wesentlichkeitstheorie“ genannt.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?

„in grundlegenden normativen Bereichen, zumal in der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlichen Regelungen zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen“⁵⁰¹.

Zur Begründung lässt sich der Rechtsprechung des BVerfG entnehmen, dass auf diese Weise sichergestellt werden soll, dass die Norm einem transparenten Verfahren der öffentlichen Meinungsbildung und -vertretung auch unter Beteiligung einer parlamentarischen Opposition entspringt⁵⁰². Grundvoraussetzung ist damit, dass staatliches Handeln in bestimmten Bereichen der Legitimation durch ein förmliches Gesetz bedarf⁵⁰³. Damit ist auch die Wesentlichkeitsdoktrin Ausfluss des Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzips. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung eine äußere Grenzziehung der Wesentlichkeit vorgenommen.

Es betont aber außerdem, dass das Gewaltenteilungsprinzip auch auf möglichst richtige staatliche Entscheidungen abzielt, indem sie von Organen getroffen werden, die dafür „nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Vorausset-

⁵⁰¹ BVerfG, B. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147 (Kalkar I, Schneller Brüter), Rdnr. 80; BVerfG, B. v. 20.10.1982 – 1 BvR 1470/80 –, BVerfGE 61, 260-291 (275); BVerfG, B. v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83 –, BVerfGE 77, 170-240 (230 f.) (C-Waffen-Einsatz, Lagerung chemischer Waffen); BVerfG, B. v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85 –, BVerfGE 84, 212-232 (226) (Aussperrung, Arbeitskampf); BVerfG, B. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 –, BVerfGE 88, 87-103 (116) (Postbeamter, Beamteneinsatz bei Streik); BVerfG, Urt. v. 08.04.1997 – 1 BvR 48/94 –, BVerfGE 95, 267-322 (307) (Altschulden); BVerfG, Urt. v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97 –, BVerfGE 98, 218-264 (251) (Rechtsschreibreform); BVerfG, Urt. v. 06.07.1999 – 2 BvF 3/90 –, BVerfGE 101, 1-45 (34) (Hennenhaltungsverordnung); BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 –, BVerfGE 108, 282-340 (312) (Kopftuch für Lehrerin); BVerwG, Urt. v. 18.05.1982 – 7 C 24/81 –, BVerwGE 65, 323-346 (325); BVerwG, Urt. v. 07.10.1983 – 7 C 44/81 –, BVerwGE 68, 62-69 (72); BVerwG, Urt. v. 15.04.1999 – 3 C 25/98 –, BVerwGE 109, 29-40 (37); BVerwG, Urt. v. 17.06.2004 – 2 C 34/02 –, BVerwGE 121, 91-103 (108 ff.).

⁵⁰² Vgl. BVerfG, Urt. v. 08.04.1997 – 1 BvR 48/94 –, BVerfGE 95, 267-322 (Altschulden), Rdnr. 157, m.w.Nachw. Hier hatte der Gesetzgeber die Voraussetzungen, Umfang und Verfahren „weder im Gesetz selbst noch – aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung – in einer Verordnung geregelt“, sondern in zwei (nicht öffentlichen) ministeriellen Arbeitsanweisung (*ibidem*, Rdnr. 159).

⁵⁰³ BVerfG, Urt. v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97 –, BVerfGE 98, 218-264 (Rechtsschreibreform), Rdnr. 132.

zungen verfügen“; dieses Ziel dürfe aber nicht durch einen „Gewaltensmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts unterlaufen“ werden⁵⁰⁴.

Festzuhalten ist im Übrigen auch, dass mit der Wesentlichkeitsdoktrin nicht zwingend eine Pflicht zur Regulierung bestimmter Bereiche einhergeht; so kann der Gesetzgeber sich auch bewusst zur Nichtregulierung einer Materie entscheiden. Die Wesentlichkeitsdoktrin erfordert aber, dass im Falle einer Regulierung die wesentlichen Entscheidungen durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber getroffen werden müssen.

4.2.2.3.2 Grundrechtsbetroffenheit als gewichtiger Ausgangspunkt

Durch die Betonung der Grundrechtsausübung („zumal in der Grundrechtsausübung“) wird deutlich, dass die Wesentlichkeitsdoktrin einen gewichtigen Ausgangspunkt in den Grundrechten hat. Die Grundrechte bilden den materiellen Kern der grundsätzlichen Stellung des Einzelnen im verfassten Staat⁵⁰⁵ und prägen damit die Gesamtentscheidung des Staatswesens⁵⁰⁶. Durch die Formulierung „zumal“ in der Grundrechtsausübung wird zwar auch deutlich, dass die Grundrechtsbetroffenheit keine zwingende Voraussetzung ist für die Zuordnung einer Regelungsmaterie zum wesentlichen Bereich im Sinne der Wesentlichkeitsdoktrin. Indes formuliert das BVerfG die Wesentlichkeit an anderer Stelle als „in der Regel wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, Rdnr. 132.

⁵⁰⁵ Vgl. *Sachs* in *Sachs*, GG, Vor. Art. 1 Rdnr. 16.

⁵⁰⁶ Grundlegend zur prägenden Rolle der Grundrechte *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 173 ff.

⁵⁰⁷ *BVerfG*, Urt. v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97 –, BVerfGE 98, 218-264 (Rechtsschreibreform), Rdnr. 132.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?

Festzuhalten ist zudem, dass ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip wegen Unbestimmtheit nur einen Ausnahmefall darstellen kann. Entscheidend sind die Folgen, die im Rechtsverkehr und im sozialen Leben von der Unbestimmtheit abhängen⁵⁰⁸.

Im Umkehrschluss kann hieraus gefolgert werden, dass jenseits der Grundrechtsbetroffenheit eine Regelungsmaterie nur ausnahmsweise als wesentlich zu klassifizieren ist. Dieser teilweise als „erweiterter Gesetzesvorbehalt“⁵⁰⁹ bezeichnete Wesentlichkeitsbereich ist anerkannt bei institutionell besonders bedeutsamen Fragen. Freilich ist in diesem Bereich Zurückhaltung geboten.

4.2.2.3 „Normtiefe“ und Regelungsmaterie

Die Wesentlichkeitsdoktrin erschöpft sich nicht im Rahmen des bloßen Erschaffens einer formalgesetzlichen Norm. Sie wird vielmehr auch zur Bestimmung darüber herangezogen, wie weit ihre Regelungen im Einzelnen zu gehen haben⁵¹⁰. So hat das BVerfG entschieden, dass das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung den Gesetzgeber verpflichte, im Bereich der Grundrechtsausübung die der staatlichen Gestaltung offenliegende Rechtssphäre selbst abzugrenzen und nicht dem Ermessen der Behörde zu überlassen habe⁵¹¹.

Das BVerfG hat nämlich den Rechtssatz aufgestellt, dass Normen generell so genau zu fassen sind, wie dies nach der Eigenart der zu ordnen-

⁵⁰⁸ BVerfG, B. v. 24.07.1963 – 1 BvR 425/58 –, BVerfGE 17, 67-86, Rdnr. 29.

⁵⁰⁹ Sachs in Sachs, Art. 20 Rdnr. 117.

⁵¹⁰ BVerfG, Urt. v. 06.07.1999 – 2 BvF 3/90 –, BVerfGE 101, 1-45 (HennenhaltungsVO), Rdnr. 125.

⁵¹¹ BVerfG, Urt. v. 06.12.1972 – 1 BvR 230/70 –, BVerfGE 34, 165-200 (Förderstufe, Hessische Förderstufe, Privatschulen), Rdnr. 104. Das Verfahren betraf die Regelung der sog. Förderstufe und damit die organisatorische Regelung des Schulwesens. Im maßgeblichen Gesetz war (lediglich) der Standort der Förderstufe in der (zeitlichen) Gliederung des Schulsystems geregelt. Die nähere Ausgestaltung war den ministeriellen Schulordnungen überlassen. Das BVerfG sah die Wesentlichkeitsdoktrin nicht verletzt, vgl. *ibidem*, Rdnr. 107 ff.

den Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck überhaupt möglich ist⁵¹². Der Grundsatz ist aber nicht uferlos⁵¹³, sondern im Sinne einer hinreichenden Bestimmtheit zu verstehen. Folglich können verschiedene graduelle Bestimmtheitsabstufungen das Bestimmtheitsgebot (noch) erfüllen⁵¹⁴. Die Abgrenzung wird dort vorgenommen, wo eine Präzisierung mit herkömmlichen Auslegungsmethoden noch möglich ist.

Eine Pflicht zur detaillierten Regelung hat das BVerfG etwa befunden beim Aufeinandertreffen konkurrierender grundrechtlicher Freiheitsrechte ohne expliziten Gesetzesvorbehalt, deren Konturen nur schwer abzugrenzen sind⁵¹⁵. Für die vorliegende Arbeit bedeutsam ist auch die abweichende Meinung zur Entscheidung; insbesondere die Formulierung:

*„In komplexen Fragen der Einzelbeurteilung von Bewerbern für ein öffentliches Amt kann die grundsätzlich freiheitsfördernde Wirkung des förmlichen Gesetzes vielmehr in eine freiheitsverkürzende Wirkung umschlagen, da einzelfallorientierte Maßnahmen so erschwert werden.“*⁵¹⁶

Sie zeigt das empfindliche Spannungsverhältnis zwischen dem Erfordernis abstrakt-genereller Regulierung und Einzelfallregulierung auf. Dort, wo die Regelungsmaterie sehr komplex ist und eine flexible Handhabung der jeweiligen Einzelfälle bedarf, stößt das Bestimmtheitsgebot folglich letztlich an seine Grenzen. Aus diesem Grund hat das

⁵¹² Vgl. etwa BVerfG, B. v. 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82 –, BVerfGE 71, 108-122 (Anti-Atomplakette), Rdnr. 15: „[...] steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen“; so auch im B. v. 06.05.1987 – 2 BvL 11/85 –, BVerfGE 75, 329-347 (Blankettsrafbestimmung), Rdnr. 37; sowie im B. v. 10.01.1995 – 1 BvR 718/89 –, BVerfGE 92, 1-25 (Sitzblockade III), Rdnr. 45.

⁵¹³ So verstanden ließe sich jede Norm noch bestimmter fassen, etwa durch die Enumeration von Regelbeispielen, vgl. Schulze-Fielitz in Dreier, Art. 20 Rdnr. 130.

⁵¹⁴ *Ibidem* (Schulze-Fielitz).

⁵¹⁵ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 –, BVerfGE 108, 282-340 (Kopftuch für Lehrerin), Rdnr. 67.

⁵¹⁶ *Ibidem*, Rdnr. 128.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?

BVerfG betont, dass ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip wegen Unbestimmtheit nur einen Ausnahmefall darstellen kann.

Das BVerfG hat - gewissermaßen von der anderen Seite her - hervorgehoben, dass diese Vorgaben insbesondere dann gelten, wenn die Regelung einen verhältnismäßig einfachen und leicht zu übersehenden Lebenssachverhalt betrifft und es daher einfach ist, den gesetzlichen Tatbestand zu formulieren⁵¹⁷. Entscheidend sind die Folgen, die im Rechtsverkehr und im sozialen Leben von der Unbestimmtheit abhängen⁵¹⁸.

4.2.2.3.4 Diskutierte Abgrenzungskriterien zur Wesentlichkeit

Was in diesem Sinne „wesentlich“ ist, lässt sich folglich nicht trennscharf definieren⁵¹⁹. Zentraler Anhaltspunkt ist nach dem Dargestellten mithin die sog. Grundrechtsrelevanz. Darüber hinaus erlangt auch das Demokratiegebot eine Bedeutung bei der Frage rechtsstaatlicher Normsetzungskompetenz. Das BVerfG hat auch den (gewissermaßen „umgekehrten“) Fall der vorliegenden Problematik erörtert: Es kann auch in unterhalb der Grundrechtsrelevanz bedeutsamen Bereichen die Wesentlichkeit einer Rechtsmaterie bedingen und eine parlamentarische Entscheidung für grundlegend bedeutende politische Fragen erforderlich machen.

In der Literatur⁵²⁰ werden als Kriterien für die Wesentlichkeit aus der Rechtsprechung zusammengefasst:

- *Grundrechtsrelevanz*
- *Größe des Adressatenkreises*
- *Langfristigkeit der Festlegung*

⁵¹⁷ BVerfG, B. v. 07.04.1964 – 1 BvL 12/63 –, BVerfGE 17, 306-319 (Mitfahrzentrale), Rdnr. 29.

⁵¹⁸ BVerfG, B. v. 24.07.1963 – 1 BvR 425/58 –, BVerfGE 17, 67-86, Rdnr. 29.

⁵¹⁹ BVerfG, Urt. v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97 –, BVerfGE 98, 218-264 (Rechtsschreibreform), Rdnr. 132.

⁵²⁰ Vgl. z.B. *Grzeszick* in Maunz-Dürig – GG, Bd. III, Art. 20 VI Rdnr. 107; s. auch *Schulze-Fielitz* in Dreier, Art. 20 GG, Rdnr. 114.

- *gravierende finanzielle Auswirkungen*
- *erhebliche Auswirkungen auf das Staatsgefüge*
- *Konkretisierungen offenen Verfassungsrechts*
- *politische Wichtigkeit oder Umstrittenheit*

Dagegen werden als Kriterien gegen eine Wesentlichkeit angeführt:

- *Erfordernis flexibler Regelungen*
- *Vorliegen entwicklungsöffener Sachverhalte*
- *Entlastung des Parlaments*
- *Bedürfnis nach dezentraler Regelung und bundesstaatlicher Koordinierung*
- *Einräumen von Beteiligungsrechten*
- *Grenze des parlamentarischen Sachverständs*

4.2.3 Stellungnahme

Legt man die dargelegten Vorgaben auf den Angemessenheitsbegriff der KdU zugrunde, drückt der Vorlagebeschluss des SG Mainz in seinen Kernargumenten die grundsätzliche Problematik unbestimmter Rechtsbegriffe aus. An zwei entscheidenden Punkten ist der Entscheidung indes argumentativ zu begegnen: zum einen statuiert der Angemessenheitsbegriff wie in Teil IV A) 3. dargestellt nur eine Obergrenze. Die existenzsichernde Untergrenze, die sich im physischen Grundrecht auf Obdach ausdrückt, ist gesetzgeberisch verwirklicht worden. Zum anderen verwirft die Kammer die langjährige gerichtliche Auslegung durch das Bundesverwaltungs- und Bundessozialgericht insoweit un-

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche
Ausgestaltung?

zulässigerweise als rechtsunerheblich. Im Ergebnis bestätigt wird dieser Befund durch den entsprechenden Beschluss des Bundesverfassungsgerichts⁵²¹.

4.2.3.1 Untergrenze und Wohnorteinschränkung sind wesentlich

Führt man die oben dargestellten Ergebnisse zusammen, so ist festzuhalten, dass die Untergrenze des Existenzminimums aufgrund ihrer Grundrechtsbezogenheit – hier gar in einer grundrechtsbegründenden Funktion – als wesentliche Regelungsmaterie zu qualifizieren ist. Auch die enge soziokulturelle Sphäre ist Teil dieser Untergrenze. Beides findet indes einen parlamentarisch rückgekoppelten Ansatz im Gesetz. § 22 Abs. 1 SGB II schafft eine Anspruchsgrundlage. Der Wohnortbezug ist den knappen Gesetzesmaterialien zum § 22 SGB II zu entnehmen. Bei der weiteren soziokulturellen Komponente hat der Gesetzgeber einen größeren Spielraum. Diesen hat er durch Schaffung des § 22 Abs. 1 S. 3 SGB II indes ebenfalls verwirklicht.

4.2.3.2 Entscheidung des BVerfG zur ortsüblichen Vergleichsmiete

Soweit die dritte Kammer des SG Mainz den Rechtssatz aufstellt, die gerichtliche Rechtsanwendung sei für die Frage der Wesentlichkeit ohne Bedeutung, so kann dem nicht gefolgt werden. Das BVerfG prüft nämlich im Rahmen von unbestimmten Rechtsbegriffen auch die sie ausfüllende Rechtsprechung. Aufschlussreich (und zugleich inhaltlich themenverwandt) ist insoweit eine Entscheidung des 1. Senats des BVerfG zum Begriff der „ortsüblichen Vergleichsmiete“ im Mietrecht aus 1974⁵²². Der erste Senat stellte darin die grundsätzliche Pflicht des Gesetzgebers fest, gesetzliche Vorschriften inhaltlich und „in ihren Voraussetzungen“ so zu formulieren, dass die von ihnen Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten können; es

⁵²¹ BVerfG, B. v. 06.10.2017 – 1 BvL 2/15 –, juris. Darüber hinaus hat das BVerfG eine entsprechende Verfassungsbeschwerde nicht angenommen, s. BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 10.10.2017 – 1 BvR 617/14 –, juris.

⁵²² BVerfG, B. v. 23.04.1974 – 1 BvR 6/74 –, BVerfGE 37, 132-149.

müsse für sie in zumutbarer Weise festzustellen sein, ob diese Voraussetzungen vorliegen⁵²³.

Auf den Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete übertragen, müssten zum einen die Parteien eines Mietvertrages in der Lage sein, die gesetzlich zulässige Miete zu errechnen und zum anderen die Gerichte eine Überprüfung vornehmen können, ob eine Mieterhöhung gerechtfertigt ist.

Der Senat erkannte in dieser Entscheidung zudem die erheblichen Ermittlungsschwierigkeiten im Bereich der Wohnungsmärkte. Er sah die Grenze der Verfassungswidrigkeit dann nicht erreicht, wenn

„nicht ausgeschlossen ist, dass die Norm ihrem materiellen Inhalt und den aufgestellten verfassungsrechtlichen Grundsätzen folgend sachgerecht angewandt wird“⁵²⁴.

Dementsprechend stellte das BVerfG daraufhin in der Rechtsprüfung die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs durch die (fach-)gerichtliche Rechtsprechung auf den Prüfstand. Im konkreten Fall maß der Senat die Rechtsprechung der Zivilgerichte an den Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.

Im Ergebnis ließ der Senat die so gefundene Judikatur unbeanstandet.

Die Entscheidung verdeutlicht, dass die Maßstäbe der Wesentlichkeitstheorie nicht ohne die ausfüllende Rechtsprechung auf unbestimmte Rechtsbegriffe angewandt werden können⁵²⁵. Dies fügt sich mit dem oben genannten Befund, mit zunehmendem Zeitablauf gewinne die entstandene Judikatur an Bedeutung⁵²⁶.

⁵²³ *Ibidem*, Rdnr. 26.

⁵²⁴ *Ibidem*, Rdnr. 28.

⁵²⁵ Vgl. z.B. auch *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 03.09. 2014 – 1 BvR 3353/13 –, juris, Rdnr. 17 f.– zum unbestimmten Rechtsbegriff der „Unwürdigkeit“ als Maßstab für den Entzug eines akademischen Titels.

⁵²⁶ Aufschlussreich s. etwa den Aufsatz von *Keppeler/Schenk-Busch*, BRJ 2018, 23 ff., die im Hinblick auf die neue DSGVO resümierend eine höhere „Rechtsprechungsdichte“ zur Beseitigung von Unbestimmtheitsproblemen fordern („Hätte es in den vergangenen

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche
Ausgestaltung?

4.2.3.3 Mittelbare parlamentarische Auseinandersetzung durch die Satzungsermächtigung

Zu berücksichtigen ist überdies, dass es mit Einführung der Satzungs-
ermächtigung in den §§ 22a-c SGB II eine – mindestens mittelbare – parla-
mentarische Auseinandersetzung mit der KdU-Thematik gegeben
hat. Unklar ist, ob hierdurch ein paralleles Normgefüge geschaffen
wurde und hierdurch Wechselwirkungen für die Auslegung des § 22
Abs. 1 SGB II bestehen. Ob dies zutrifft, kann im Ergebnis indes dahin-
stehen.

Durch die Übernahme der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts
hinsichtlich der empirischen Methodenfreiheit und der oben dargestell-
ten Modifikationen ist aber jedenfalls deutlich, dass es eben eine parla-
mentarische sozialpolitische Auseinandersetzung mit dem Thema ge-
geben hat. Dies ist in der entsprechenden Gesetzesbegründung auch
hinreichend dokumentiert⁵²⁷. Der Gesetzgeber hat damit die bisherige
Rechtslage jedenfalls gebilligt. Eine (lediglich deklaratorische) Über-
nahme der Judikatur in Gesetzesform ist bei dieser Sachlage nicht mehr
erforderlich, da sie wie oben dargelegt den unbestimmten Rechtsbegriff
als schöpferischen Rechtsakt gebilligt ausgefüllt hat.

4.2.3.4 Zusätzliche Freiheiten im Rahmen der sozialen Leistungsverwaltung?

Es ist zudem zu berücksichtigen, dass es sich beim Unterkunftsbedarf
um einen zu schaffenden Leistungsanspruch und nicht um eine staatliche
Eingriffsermächtigung handelt.

20 Jahren deutlich mehr Rechtsstreitigkeiten [...] gegeben, wären viele nun offene Auslegungsfrä-
gen vermutlich geklärt“, S. 30).

⁵²⁷ BT-Drs. 17/3404, S. 100 f.

4.2.3.4.1 Trennung von Eingriffs- und (sozialer) Leistungsverwaltung?

„Grundrechtsrelevanz“ im Sinne der Wesentlichkeitsdoktrin meint die staatliche Eingriffsintensität in die Grundrechtsausübung und andererseits die Bedeutung des Staatshandelns für die Verwirklichung von Grundrechten. Damit wird eine wichtige Unterscheidung zwischen staatlichem Eingriffs- und Leistungshandeln⁵²⁸ deutlich, die eine trennscharfe Abgrenzung der Wesentlichkeit weiter erschwert⁵²⁹.

Staatliches Leistungshandeln ist Ausfluss staatlicher Teilhabegewährungen⁵³⁰. Dadurch erlangt das Gleichbehandlungsgebot an Bedeutung. Gewährt der Staat Hilfebedürftigen unterschiedliche Leistungen (dies ist angesichts der unterschiedlichen KdU-Angemessenheitsgrenzen der Fall), so findet innerhalb der Normadressatengruppe grundsätzlich eine Ungleichbehandlung statt, die der Gesetzgeber freilich aufgrund des Erfordernisses regionaler Differenzierung vorgenommen hat.

Demgegenüber verlangt die Rechtsprechung eine Vertiefung der Reglungsdichte, soweit eine Leistung sich auf die Verwirklichung der grundrechtlichen Freiheit des Leistungsempfängers oder Dritter intensiv auswirkt, z.B. wenn Belastungen und Begünstigungen untrennbar in Wechselwirkung stehen⁵³¹. Macht der Gesetzgeber die Ausübung von grundrechtlichen Befugnissen von einem Genehmigungsverfahren

⁵²⁸ Die Gegenüberstellung dieser beiden Begriffe wird teilweise wegen ihrer Unvergleichbarkeit kritisiert und eine Differenzierung von ordnendem und leistendem Staatshandeln vorgeschlagen, vgl. *Haverkate*, S. 5 Fn. 17, m.w.Nachw. Diese Begriffe finden indes in der rechtswissenschaftlichen Literatur weitreichende Verwendung und werden daher auch vorliegend genutzt.

⁵²⁹ Der Begriff markierte eine Abkehr vom klassischen Verständnis der Grundrechte als reine Abwehrrechte gegen den Staat Vgl. zur grundlegenden Kritik an den hiermit zusammenhängenden Konturierungsschwierigkeiten z.B. schon *Papier*, „Gewaltentrennung im Rechtsstaat“ in Merten, 95 (S. 97 f.), m.w.Nachw.

⁵³⁰ Die Idee des teilhabegeleiteten Leistungsstaates lässt sich auf Ernst *Forsthoff* zurückführen; das BVerfG griff diesen Begriff in seiner Rechtsprechung auf und erkannte hierin die beiden Elemente der Gewährung finanzieller Begünstigungen und des Zugangs zu staatlichen Einrichtungen, s. hierzu grundlegend *Haverkate*, S. 3 ff., m. zahlr. w. Nachw.

⁵³¹ *Robbers* in BK, Art. 20 GG Rdnr. 2291.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche
Ausgestaltung?

abhängig, muss die Rechtsvorschrift selbst erkennen lassen, welche Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung erfüllt sein müssen und welche Gründe zu ihrer Versagung führen dürfen⁵³².

Um den Begriff nicht vollends konturlos werden zu lassen, postuliert das BVerfG im Rahmen des Leistungshandelns das Wesentlichkeitserfordernis daher etwas zurückhaltender als bei der Eingriffsverwaltung⁵³³. Es sind jedenfalls dann Differenzierungen zu machen, wenn die Leistungsgewährung ähnliche Bedeutung für den Grundrechtsträger haben wie ein Freiheitseingriff⁵³⁴; daher der Begriff der Grundrechtsrelevanz. Dies zeigt sich an der Rspr. des BVerwG zum Haushaltsgesetz als Leistungsgrundlage⁵³⁵. Sie steht im Gegensatz zur Forderung nach einem „Totalvorbehalt des Gesetzes“.

⁵³² Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 05.08.1966 – 1 BvF 1/61 –, BVerfGE 20, 150-162 (gesetzlicher Erlaubnisvorbehalt), Rdnr. 25, ferner *Robbers* in BK, Art. 20 GG Rdnr. 2310, m. w. Nachw.

⁵³³ Vgl. *BVerfG*, B. v. 06.05.1958 – 2 BvL 37/56 –, BVerfGE 8, 155-173 (Gesetzesvorbehalt bei leistungsgewährender Verwaltung, Lastenausgleich), Rdnr. 74.

⁵³⁴ *Grzeszick* in Maunz-Dürig, Bd. III, Art. 20 VI Rdnr. 117.

⁵³⁵ *BVerwG*, Urt. v. 21.03.1958 – VII C 6.57 –, BVerwGE 6, 282-294 (287 f.); *BVerwG*, Urt. v. 12.06.1964 – VII C 146.63 –, BVerwGE 18, 352-356 (353); *BVerwG*, Urt. v. 26.04.1979 – 3 C 111/79 –, BVerwGE 58, 45-54 (48); *BVerwG*, Urt. v. 08.04.1997 – 3 C 6/95 –, BVerwGE 104, 220-230 (222).

4.2.3.4.2 Weitgehende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei sozialpolitischen Fragen

Des Weiteren stellt das Grundgesetz selbst keine konkreteren Anforderungen an die Bestimmtheit von Gesetzen auf⁵³⁶. Hieraus folgt im Umkehrschluss eine grundsätzliche Freiheit⁵³⁷ des Gesetzgebers bei der Gestaltung von Gesetzen. Dies hat das BVerfG insbesondere bei sozial- und gesellschaftspolitischen Fragen betont⁵³⁸. Es sei dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht verwehrt, in Abwägung von Interessen des Einzelnen sowie der Allgemeinheit zum Schutz gegen soziale Risiken Formen der sozialen Sicherung zu wählen, die von herkömmlichen Modellen⁵³⁹ abweichen.

Der Gesetzgeber ist mithin grundsätzlich darin frei, einen zu regelnden Sachverhalt enger oder weiter zu regeln. Diese Freiheit findet ihre Grenzen indes an den Grundsätzen der Normklarheit und der Justiziabilität sowie der Aufgabe, die Verwaltung anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren. Die tatbestandlichen Grenzen muss der Gesetzgeber da-

⁵³⁶ Als Ausnahme hierzu kann z.B. der Art. 103 Abs. 2 GG angeführt werden. Aus ihm begründen sich spezielle, weitergehende Anforderungen an die Bestimmtheit von Strafgesetzen.

⁵³⁷ Der vom *BVerfG* verwendete Begriff des Gestaltungsspielraums ist nicht unkritisch zu sehen. So wird in der Literatur zurecht darauf hingewiesen, dass hiermit suggeriert wird, die Rechtsprechung besitze eine durch parlamentarische Spielräume begrenzte „prinzipielle Allkompetenz“, vgl. z.B. *Haverkate*, „Rechtsfragen des Leistungsstaates, Haverkate/J.C.B. Mohr, Tübingen, S. 287. Hierin verbirgt sich häufig die Freiheit des Gesetzgebers zur Wahl der Zwecke, bzw. Maßstäbe zur Zweckerreichung einer Regelungsmaterie, vgl. *ibidem*, S. 289. Aus diesem Grund wird in der vorliegenden Arbeit der Terminus der Gestaltungsfreiheit verwendet.

⁵³⁸ Vgl. *BVerfG*, B. v. 11.03.1980 - 1 BvL 20/76 -, BVerfGE 53, 313-332, Rdnr. 42. Die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfahren (Normenkontrollantrag und Verfassungsbeschwerde) betrafen das Zusammentreffen von Arbeitslosengeld und Versorgungsleistungen. Hintergrund war die Regelung in § 118 AFG, der ein Ruhen des Arbeitslosengeldanspruchs vorsah für Bezieher von Alters-, bzw. Knappschaftsruhegeld und vergleichbaren Leistungen. Diese Personengruppen waren verpflichtet, Beiträge an die Bundesanstalt für Arbeit zu leisten, erhielten im Falle der Arbeitslosigkeit jedoch kein Arbeitslosengeld. Der 1. Senat sah hierin indes weder einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, noch Art. 14 Abs. 1 GG.

⁵³⁹ Im Fall ging es um die Ausgestaltung weg vom (reinen) Versicherungsprinzip hin zu einem Präventivkonzept im Arbeitsförderungsgesetz.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung?

bei selbst festlegen. Er darf sie nicht in das Ermessen des Rechtsanwenders stellen. Die Regelungsdichte einer Norm bestimmt die Aufgabenverteilung zwischen Rechtssetzer und Rechtsanwender.

4.2.3.5 Obergrenze ist im Gegensatz zur Untergrenze nicht wesentlich

Es lässt sich resümieren, dass das Verfassungsrecht (lediglich) eine Untergrenze im Sinne eines „unbedingt Erforderlichen“ im Hinblick auf die Unterkunft eines Menschen vorgibt. Auf die Einhaltung dieser Untergrenze haben Hilfebedürftige einen Anspruch. Der physische Teil lässt sich als Grundrecht auf Obdach verstehen und damit klarer umreißen als die soziokulturelle Komponente. Durch den Verweis auf die „gesellschaftlichen Anschauungen“ ist diese Untergrenze indes nicht weiter definiert. Es existiert eine zweite, soziokulturelle Komponente. Die Reichweite dieser soziokulturellen Komponente ist ebenfalls nicht erfasst. Durch die Formulierung „Mindestmaß an Teilhabe“ ist jedenfalls auch insoweit eine Untergrenze intendiert.

Das Verfassungsrecht kann aber nur dazu verpflichten, den Wohnungsmarkt soweit zu erfassen, dass damit die Feststellung ermöglicht wird, ob für Hilfebedürftige überhaupt Unterkünfte verfügbar sind. Der oben dargestellte, nachgelagerte empirische Schritt der Bildung einer Angemessenheitsspanne löst sich demgegenüber vom Existenzminimum.

Die Gesetzesmaterialien zum § 22 SGB II enthalten weder in Bezug auf die heutige Rechtslage noch vorgehenden KdU-Regelungen weitere Vorgaben zum Regelungszweck. Es ist aber festgehalten, dass die Bewilligung von KdU der Gewährleistung des soziokulturellen Existenzminimums dient. Zwar trifft zu, dass mit zunehmender Unklarheit über die Zielrichtung des Gesetzgebers die Menge an untergesetzlichen Normen steigt, die „den Grundgedanken des Gesetzgebers zu formulieren suchen und es doch nicht können“⁵⁴⁰. Der grundsätzliche Zweck der KdU-Regelungen lässt sich aber aus den Materialien entnehmen. Eine

⁵⁴⁰ Haverkate, S. 291.

weitergehende Begründung hinsichtlich der Untergrenze können sie indes auch nicht enthalten.

Es ist folglich festzuhalten: Die verfassungsrechtliche Frage des Existenzminimums darf nicht unzulässig vermengt werden mit (freilich sinnvollen) sozialpolitischen Erwägungen der Reichweite des zuzubilligenden Bedarfs. Die Verhinderung von Gentrifizierung, sozialer Stigmatisierung und Segregation von Hilfebedürftigen ist von erheblicher Bedeutung für eine moderne sozialstaatliche Politik. Das BVerfG hat diese Aspekte des Sozialstaatsprinzips indes gerade nicht zu einem sozialen Grundrecht erhoben. Allein im Zusammenspiel mit der Menschenwürde erwächst ein echter Gewährleistungsanspruch Hilfebedürftiger.

Die Reichweite dieser Begrenzung („Angemessenheit“) ist eine sozialpolitische Frage, welche der Gesetzgeber aufgrund von Regionalitätsunterschieden bewusst offengelassen hat. Dies lässt sich den spärlichen Gesetzesmaterialien entnehmen. Da es aber jenseits der weiteren Ausgestaltung dieser Begrenzung einen grundsätzlichen gesetzlichen Ausgangspunkt für die Entwicklung der Dogmatik des schlüssigen Konzepts gibt, ist ein grundlegender Kernkompetenzverstoß etwa im Sinne einer unzulässigen Analogie sonst nicht anwendbarer Gesetze in der Rechtsprechung des BVerwG und später des BSG nicht festzustellen. Anders formuliert: Da es ein Gesetz gibt, bewegen die Gerichte sich jedenfalls insoweit innerhalb ihres Zugriffsbereichs.

4.2.3.6 Problem: Beweislast bei Unmöglichkeit der Kostensenkung

Aufgrund der Auslegung durch das BSG kommt der Verfügbarkeit einer zumutbaren Unterkunft eine grundrechtsrelevante Schlüsselbedeutung zu. Nur wenn innerhalb des örtlichen Vergleichsraums eine angemessene Alternative tatsächlich für Hilfebedürftige vorhanden ist, ist der grundrechtlich geschützte Mindeststandard eingehalten. Die oben genannte Prämisse, es gäbe keine allgemeine Wohnungsnot in Deutschland, muss aufgrund der soziokulturellen Komponente des Existenzmi-

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche
Ausgestaltung?

nimums mithin erweitert werden: Es kommt diesem Verständnis folgend für das unterkunftsbezogene Existenzminimum nicht auf eine „allgemeine Wohnungsnot in Deutschland“, sondern auf eine „allgemeine Wohnungsnot am Wohnort“ des Menschen an. Dies hat letztlich auch das BSG selbst in seiner Rechtsprechung erkannt und formuliert, dass allenfalls in einzelnen Regionen Mangel an ausreichendem Wohnraum besteht⁵⁴¹.

4.2.3.6.1 Konzeptionelles Tatbestandsproblem des § 22 Abs. 1 S. 1, 3 SGB II

Die vorstehenden Überlegungen offenbaren aber ein konzeptionelles Problem des Tatbestandes von § 22 Abs. 1 S. 1, 3 SGB II: die zeitliche Begrenzung der Leistungsübernahme unmöglicher Unterkunftswechsel. Dem kann eigentlich nur begegnet werden, wenn die Unmöglichkeit der Kostensenkung so verstanden wird, dass sie zugleich einen atypischen Fall verwirklicht und damit die Sechsmonats-Grenze außer Kraft setzt.

Es ist zu vermuten, dass das BSG aus diesem Grund eine umfangreichere Empirikanalyse auf der dogmatischen Ebene der abstrakten Angemessenheit implementiert hat. Dies soll die Unmöglichkeit des Bewohnens einer angemessenen Unterkunft nicht in die Beweissphäre Hilfebedürftiger verlagern⁵⁴².

Hieraus lässt sich der Schluss ziehen, dass die Rechtsprechung – eine korrekte Umsetzung der empirischen Vorgaben und Nachvollziehbarkeit vorausgesetzt – sicherstellt, dass Hilfebedürftige letztlich die Möglichkeit haben, eine Unterkunft zu bewohnen. Dass das Bundessozialgericht hier allein die Schlüssigkeit von den Kommunen im Übrigen frei

⁵⁴¹ Z.B. BSG, Urt. v. 13.04.2011 – B 14 AS 106/10 R –, SozR 4-4200 § 22 Nr 46 , Rdnr. 30, m. w. Nachw. (Anschluss an die München-Entscheidung des 4. Senats (BSG, Urt. v. 19.02.2009 – B 4 AS 30/08 R –, BSGE 102, 263-274, SozR 4-4200 § 22 Nr 19)).

⁵⁴² Im informellen Dialog mit den entsprechenden Richter*innen ließ sich diese Intention bestätigen.

gestalteter empirischer Konzepte verlangt, ist Konsequenz der getroffenen gesetzgeberischen Entscheidung, die konkrete empirische Methode in die Hände der Leistungsträger zu geben.

4.2.3.6.2 Sekundäre Beweislast im Rahmen des „Förderns und Forderns“

Prozessual fordert das Bundessozialgericht von den Hilfebedürftigen im konkreten Einzelfall bei Bestreiten der Verfügbarkeit einer Wohnung trotz empirisch korrekt ermitteltem Wohnungsmarkt insoweit den Nachweis von Kostensenkungsbemühungen.

Bedeutsam ist dabei die oben herausgearbeitete gerichtliche Auslegungspraxis des BSG seit der sog. „Freiburg-Entscheidung“, das Erfordernis der Verfügbarkeit prozessual mit einer sekundären Darlegungslast (und damit vielfach faktischen⁵⁴³ Beweislastumkehr) zu versehen. Auf diese Art ist zumindest theoretisch nicht ausgeschlossen, dass Hilfebedürftige in Folge einer Nichtbewilligung von Leistungen überhaupt keine Unterkunft am Wohnort mehr bewohnen können⁵⁴⁴. Diese Konsequenz kann nur eintreten, wenn Hilfebedürftige keine ernsthaften Kostensenkungsbemühungen in einem bestimmten Umfang vorweisen. Der Senat ging hierbei wie gezeigt von einer zu weit gefassten Prämisse aus, als er diese Lesart mit dem Fehlen einer allgemeinen Wohnungsnot in Deutschland begründete.

Fraglich ist damit, ob es im Rahmen der Grundrechtsausübung zulässig ist, die konkrete Ausgestaltung des soziokulturellen Existenzminimums von einer Handlung des Hilfebedürftigen abhängig zu machen.

Erkenntnisse über das konkrete soziokulturelle Umfeld lassen sich indes nur in Mitarbeit des Hilfebedürftigen gewinnen. In der Anwendungspraxis fordern die Jobcenter Hilfebedürftige zur Kostensenkung,

⁵⁴³ In der Praxis gelingt es Hilfebedürftigen häufig nicht, entsprechende Kostensenkungsbemühungen ordentlich zu dokumentieren.

⁵⁴⁴ *Nota bene:* Maßstab ist insoweit nicht, dass Hilfebedürftige ihre derzeit bewohnte Unterkunft verlieren können, solange sie in der Folge in die Lage versetzt werden, eine Unterkunft, die dem Existenzminimum genügt, zu bewohnen.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche
Ausgestaltung?

bzw. Nachweis von Kostensenkungsbemühungen innerhalb einer bestimmten Frist auf. Klar ist: Ein vollumfänglicher Schutz ließe sich auf jeden Fall wirkungsvoller verwirklichen, wenn der zuständige Träger zur Ermittlung der Verfügbarkeit angemessenen Wohnraums am Wohnort verpflichtet wäre. Die Anknüpfung an Mitwirkungspflichtigen Hilfebedürftiger hält sich indes im Rahmen des vom BVerfG bisher⁵⁴⁵ verfassungsrechtlich nicht beanstandeten Grundsatzes des „Forderns und Förderns“⁵⁴⁶. Die Darlegung (und ggfs. der Beweis) von Kostensenkungsbemühungen ist nach normativem Verständnis⁵⁴⁷ daher keine unzumutbare Belastung.

4.2.3.6.3 Bestreiten eines überschießenden KdU-Teils aus dem Regelbedarf

Letzteres gilt jedenfalls bei isolierter Betrachtung des Angemessenheitsbegriffs und des Zumutbarkeitsbegriffs. Das Bewohnen einer unangemessenen Wohnung kann aber auch eine faktische Verkürzung der Regelleistung (und damit Erhöhung des tatsächlichen Regelbedarfs) zur

⁵⁴⁵ Am schärfsten erfolgt die verfassungsrechtliche Diskussion des Grundsatzes im Zusammenhang mit dem Sanktionssystem der §§ 31 ff. SGB II, siehe hierzu das entsprechende Vorlageverfahren beim BVerfG unter dem Az. 1 BvL 7/16 (BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16 –, BVerfGE 152, 68-151).

⁵⁴⁶ Die Grundidee des „Forderns und Förderns“ geht auf das sozialpolitisch von der SPD 1998 verbreitete Konzept des „aktivierenden Sozialstaates“ zurück und findet sich an zahlreichen Stellen der sog. Hartz-Reformen wieder, ausdrücklich etwa an prominenter Stelle im heutigen § 1 SGB II. Sie ist der programmatische Rechtsgrundsatz des SGB II und wird daher bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe mit herangezogen. Weitere, konkrete Ausprägungen sind beispielsweise die Regelungen über die Eingliederungsvereinbarung (§ 15 SGB II), sowie die allgemeinen Mitwirkungspflichtigen Hilfebedürftiger in den §§ 60 ff. SGB I.

⁵⁴⁷ Ein solches ist bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen. Damit soll nicht gesagt werden, dass eine sozialpolitische Entscheidung zu Gunsten Hilfebedürftiger nicht zu begrüßen wäre. Bedenkt man, dass die große Gruppe Hilfebedürftiger auch Personen mit geringerem Bildungsstand aufweisen.

Folge haben. Dieser Befund war schon in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vorhanden. Es fehlt indes an konkreten empirischen Erhebungen in diesem Bereich⁵⁴⁸.

Es stellt sich die Frage, ob eine derartige Leistungsverkürzung nicht eine Einkalkulierung bei der Regelbedarfsbemessung zur Folge haben muss. Dieses Problem löst sich nach der jetzigen Rechtslage bei genauerer Betrachtung indes wiederum über die konkrete Verfügbarkeit von Wohnraum im Vergleichsraum. Hier ist nämlich zu unterscheiden: Wenn grundsätzlich anderweitiger, innerhalb der Angemessenheitsgrenze liegender Wohnraum grundsätzlich verfügbar ist, liegt der Zahlung des überschießenden KdU-Anteils aus dem Regelbedarf letztlich eine freiwillige⁵⁴⁹ Entscheidung der Hilfebedürftigen zugrunde. Ist hingegen kein angemessener Wohnraum verfügbar, sieht das Gesetz eine Übernahme der Kosten in tatsächlicher Höhe vor. Auch insoweit besteht mithin bei Akzeptanz der Prämisse der Darlegung von Eigenbemühungen kein verfassungsrechtliches Problem.

4.3 Fazit: Hinreichende Umsetzung, sozialpolitisches Minimum

Es ist nach alledem festzustellen, dass die gesetzliche Ausgestaltung der KdU-Gewährung – im Lichte der sozialgerichtlichen Auslegungspraxis – das grundrechtlich vorgegebene Existenzminimum erfüllt.

⁵⁴⁸ Der Autor kann durch seine Tätigkeit in der Prozessvertretung nur davon ausgehen, dass eine große Zahl Hilfebedürftiger von diesem Phänomen betroffen ist. Auch scheint es Wechselwirkungen zwischen KdU-Angemessenheitsgrenzen und der Mietanpassung im preisgünstigen Wohnungsmarktsektor seitens der Vermieter zu geben. Konkrete empirische Erkenntnisse liegen zum Zeitpunkt der vorliegenden Arbeit indes nicht vor.

⁵⁴⁹ Über das Maß der Freiwilligkeit kann in diesen Fällen freilich gestritten werden; hierbei handelt es sich im Ergebnis aber um eine sozialpolitische und keine rechtliche Bewertungsfrage.

Bei Fertigstellung des vorliegenden Kapitels liegt nunmehr auch der entsprechende Beschluss des BVerfG⁵⁵⁰ vor, der das hier gefundene Ergebnis bestätigt. Insbesondere bestätigt der Beschluss den Befund, die Bestimmtheitsfrage nicht losgelöst von der begriffsausfüllenden Rechtsprechung zu bewerten:

Es wäre [...] näher zu begründen gewesen, warum diese gesetzgeberische Weichenstellung eine verfassungskonforme Auslegung [...] nicht tragen können soll, zumal der Gesetzgeber dadurch, dass er in § 22a Abs. 1 SGB II [...] zu erkennen gibt, dass er die gesetzliche Regelung in § 22 SGB II vor dem Hintergrund der sozialgerichtlichen Rechtsprechung für hinreichend bestimmt hält⁵⁵¹.

Bedauerlicherweise setzt das BVerfG sich in diesem Beschluss mit den einzelnen Argumentationspunkten im Übrigen nicht auseinander und bleibt somit eine juristische Herleitung des gefundenen Ergebnisses schuldig; gleichwohl findet die Entscheidung durchweg Anklang in der sozialrechtlichen Literatur⁵⁵².

1.

Das unterkunftsbezogene Grundrecht auf ein soziokulturelles Existenzminimum ist dreigeteilt in eine physische, eine enge und eine weite soziokulturelle Komponente. Das Grundrecht auf Obdach ist durch Schaffung eines Leistungsanspruchs gewahrt. Die enge soziokulturelle Sphäre drückt sich durch den Wohnort Hilfebedürftiger aus.

⁵⁵⁰ BVerfG, B. v. 06.10.2017 – 1 BvL 2/15 –, juris. Darüber hinaus hat das BVerfG eine entsprechende Verfassungsbeschwerde nicht angenommen, s. BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 10.10.2017 – 1 BvR 617/14 –, juris.

⁵⁵¹ BVerfG, B. v. 06.10.2017 – 1 BvL 2/15 –, juris, Rdnr. 18.

⁵⁵² Im Ergebnis zustimmend etwa Coester, RdLH 2018, 8 f.; Wolff/Wolff, Sozialrecht aktuell 2018, 41 (Mit etwas „düsteren“ Ausblickszenarien, s. S. 46 f.); Berlit, jurisPR-SozR 1/2018 Anm. 1 (der jedoch ebenfalls ausführt, dem Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum sei „(noch) hinreichend Rechnung“ getragen); Siebel-Huffmann, NJW 2017, 3771 f.;

2.

Eine Schlüsselfunktion zur Einhaltung der Untergrenze stellt die Verfügbarkeit von Wohnraum am Wohnort Hilfebedürftiger dar. Diese Verfügbarkeit muss staatlich gewährleistet sein. Ist sie als abstrakte „Häufigkeitsprüfung“ in der Judikatur des Bundessozialgerichts erhalten, kommt der Staat dieser Gewährleistungspflicht ohne weiteres nach.

Problematischer ist der Fall, wenn sie auf der abstrakten Ebene nicht implementiert ist. Dann hängt der Nachweis verfügbaren Wohnraums von einer Handlung Hilfebedürftiger ab. Eine sozialpolitische Rechtfertigung hierfür wäre allein in der Konzeption des Förderns und Forderns zu finden.

Es ist empirisch bisher nirgendwo dokumentiert, ob Hilfebedürftige aufgrund einer Kostensenkungsaufforderung tatsächlich gezwungen waren, ihren Wohnort zu verlassen. Eine solche empirische Ermittlung würde zu einer Überprüfung der Angaben Hilfebedürftiger indes ebenfalls eine objektive Verfügbarkeitskontrolle erforderlich machen.

3.

Losgelöst vom gefundenen juristischen Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Gesetzgeber freilich befugt ist, sozialpolitisch andere Entscheidungen zu treffen. Die wesentlichen normativen Stellschrauben der KdU-Thematik sind mit der vorliegenden Arbeit herausgearbeitet. Sie sind – wohl vor dem Hintergrund der Komplexität des Themas – einer breiten politischen Debatte noch weitgehend verschlossen geblieben.

Der als vorrangig empirische Untersuchung ausgerichtete IWU-Forschungsbericht⁵⁵³ kommt zu drei möglichen Ausgestaltungslösungen: Neben der bundesweiten Festlegung von Angemessenheitsgrenzen

⁵⁵³ Forschungsbericht 478 - „Ermittlung der existenzsichernden Bedarfe für die Kosten der Unterkunft und Heizung in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII)“ - ISSN 0174-4992.

Hinreichende Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben durch die gegenwärtige rechtliche
Ausgestaltung?

(Weg 1) ist dort die bundesweite Festlegung eines Ermittlungsverfahrens (Weg 2) genannt, welche auch mit kommunalen Spielräumen (Weg 3) ausgestaltet sein könnte.

Eine bundesweite Festlegung dürfte an Praktikabilitätsabwägungen scheitern und erscheint im Hinblick auf den zu beobachtenden Trend der kommunalen Aufgabenüberbürdung wenig wahrscheinlich. Zudem sind die Kommunen tatsächlich mit einer erheblich größeren Sachnähe ausgestattet. Zielführender erscheint eine bundeseinheitliche Festlegung von Ermittlungsverfahren. Der beste Weg dürfte ein vermittelnder sein: entsprechende empirische Vorgaben in die Satzungsermächtigung zu implementieren. Auf diesem Weg verbliebe die konkrete Ausgestaltung bei den Kommunen.

5 Einschränkung einer gesetzlichen Verfahrensregulierung durch die kommunale Selbstverwaltung?

Nachdem nunmehr geklärt ist, dass die gesetzliche Ausgestaltung der KdU-Gewährung – im Lichte der sozialgerichtlichen Auslegungspraxis – das grundrechtlich vorgegebene Existenzminimum erfüllt, bleibt die Frage, welche Ausgestaltungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der KdU-Thematik rechtlich möglich sind und wie diese sozialpolitisch am besten in den Griff zu bekommen sind. Wie bereits dargelegt wird als eine Option erwogen, ein Ermittlungsverfahren per Bundesgesetz zu regeln.

Dies wirft verfassungsrechtlich indes ein mehrdimensionales Problemfeld auf: Zum einen stellt sich im Hinblick auf die grundgesetzgesetzlichen Kompetenzzuständigkeiten die Frage, ob ausschließlich der Bundesgesetzgeber berechtigt ist oder nicht auch ein Landesgesetzgeber Regelungen einführen dürfte. Zum anderen sind hierdurch nachgelagert auch Fragen der Vollzugszuständigkeit berührt. Insbesondere ist zu klären, ob dem Gesetzgeber bei Einführung eines konkreten Ermittlungsverfahrens für die Angemessenheitsgrenze durch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie Grenzen gesetzt wären, die ihn zur Einräumung kommunaler Spielräume bei der Methodenwahl zur Ermittlung der Obergrenze zwingen.

Für die Regelung des KdU-Komplexes stehen mehrere Instrumente zur Verfügung. Die gesetzliche Konzeption des SGB II stellt die Kommunen als Schlüsselakteure ins Zentrum. Einflussnahmemöglichkeiten bestehen insoweit durch finanzielle Steuerung. Dies führt zu den bereits aufgeworfenen Fragen des Wirtschaftlichkeitsgebots und damit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie. Aufgrund der Satzungsermächtigung sind zudem auch den Ländern Einflussspielräume eröffnet. Darüber hinaus gibt es Überlegungen, den Themenkreis der KdU-Angemessenheitsgrenze bundesgesetzlich zu regeln. Diese sind den Schwierigkeiten der Kommunen in strukturschwächeren, ländlichen Bereichen

bei der Erstellung von Angemessenheitsgrenzen geschuldet. Hier verfügen die Träger in der Regel nicht über die notwendigen Ressourcen zur Aufstellung empirisch nachvollziehbarer Konzepte. Losgelöst von der Rechtslage ist damit ein sozialpolitisches Problem detektiert.

Angesichts der bereits bestehenden und diskutierten Instrumente ist hierdurch zu klären, wie sich diese zur kommunalen Selbstverwaltungsgarantie verhalten. Bisher werden die Angemessenheitsermittlungsverfahren von den Kommunen – also den kreisfreien Städten und Kreisen – als Leistungsträgerinnen aufgestellt. In diesem Bereich ergeben sich folglich möglicherweise weitere verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsfreiheit für den Gesetzgeber. Dies macht eine Auseinandersetzung mit der Reichweite der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie erforderlich. Aus Akteurssicht nähert sich die Untersuchung den Grenzen gesetzgeberischer Freiräume damit von der anderen Seite.

5.1 Derzeitige Rechtslage aus kommunaler Sicht

Als Basis für eine rechtliche Beurteilung ist es notwendig, sich die sozialpolitische Rolle der Kommunen vor Augen zu führen. Hiervon ausgehend ist dann die zu Beginn der Untersuchung angerissene Ausgestaltung der Trägerschaft im SGB II genauer zu beleuchten, um in Anschluss den verfassungsrechtlichen Hintergrund in den Blick zu nehmen.

5.1.1 Die Kommunen als sozialpolitische Akteure

Um die KdU-Problematik auch aus kommunaler Sicht zu verstehen, ist ein Blick in die sozialpolitische Entstehung der heutigen Ausgestaltung unerlässlich. Wie oben dargestellt, geht die von den Kommunen empfundene Überlastungssituation wesentlich auf die sog. Hartz-IV Reform und die damit eingeführten Finanzierungsnormen zurück. Die Angemessenheit der KdU wurde damit zum „Zankapfel“ einer bestehenden Debatte über die kommunale Rolle im Sozialstaat.

5.1.1.1 Tendenz der Zunahme sozialer Aufgaben

Die KdU stellen für die Kommunen eine besondere Herausforderung dar. Dies geht einher mit dem grundsätzlichen Befund, dass die sozialen Aufgaben der Kommunen mit der Zeit stetig zugenommen haben. Dies drückt sich entsprechend in der kommunalen Haushaltslage aus. Soziale Aufgaben nehmen auf das gesamte Bundesgebiet bezogen etwa 40 % der kommunalen Haushalte in Anspruch⁵⁵⁴. Das soziale kommunale Betätigungsfeld ist weit gefasst und reicht bei Umsetzung bundesrechtlicher Gesetze neben der Grundsicherung für Erwerbslose nach dem SGB II etwa auch über die Kinder- und Jugendhilfe nach dem SGB VIII bis zur Sozialhilfe nach dem SGB XII. Die konkrete Ausgestaltung dieser Leistungen kann neben dem Instrument der Geldleistungen auch Sachleistungen, die Einrichtung von Infrastrukturen oder Beratungsleistungen umfassen. Hierbei sind zudem erhebliche Unterschiede zu verzeichnen, zum einen zwischen den Ländern, zum anderen innerhalb deren kommunaler Landschaften. Diese Unterschiede zeigen sich auch in den divergierenden Finanzierungskonzepten der Länder.

5.1.1.2 Strukturschwache Kommunen am intensivsten belastet

Festzuhalten ist, dass besonders Kommunen in sogenannten strukturschwachen Gebieten mit Haushaltsschwierigkeiten konfrontiert sind. Hier können die Kommunen wenig eigene Einnahmen generieren, müssen aber zugleich in erhöhtem Maße Mittel für Sozialaufgaben aufwenden. Dies ist eine der Ursachen, weshalb sich entsprechende Kommunen vor den finanziellen Ausgaben scheuen, die mit der Aufstellung von Angemessenheitskonzepten verbunden sind.

⁵⁵⁴ Vgl. hier und im Folgenden: *Geißler/Niemann* – Kommunale Sozialausgaben, S. 6. Die Studie enthält überdies eine konkrete Aufschlüsselung der einzelnen Sozialausgaben. Sie wurde ausgehend vom Koalitionsvertrag der großen Koalition von CDU/CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode und der darin enthaltenen kommunalen Entlastungszusage in Höhe von 5 Milliarden Euro gefertigt. Auf die Umsetzung dieser Koalitionszusage wird an anderer Stelle eingegangen.

5.1.1.3 Finanzielle Steuerung durch die Länder

Damit ist eine weitere steuerungspolitische Facette des Problems benannt: Von den entsprechenden kommunalen Ausgaben erstatten die einzelnen Länder je nach Ausgestaltung der einzelnen Finanzausgleichsgesetze anteilig deren Sozialausgaben. Zu berücksichtigen ist, dass der Bund den Kommunen grundsätzlich keine Finanzmittel unmittelbar zuweisen kann, sondern stets eine Zuweisung „über Eck“ an die Länder erfolgen muss. In der Praxis geht die Sorge der Kommunen vor finanziellen „Reibungsverlusten“ bei diesem Vorgang einher.

5.1.2 Ausgestaltung der KdU-Trägerschaft im SGB II

Die einfachgesetzliche Rechtsgrundlage für die Übernahme der KdU durch die Kommunen findet sich in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II. Die Norm bestimmt, dass die kreisfreien Städte und Kreise⁵⁵⁵ Träger der KdU sind, soweit durch Landesrecht nicht andere Träger bestimmt sind (kommunale Träger). Die einzelnen Gemeinden sind damit nicht Trägerinnen. § 6 Abs. 2 SGB II regelt, dass die Länder bestimmen können, ob und inwieweit die Kreise ihre zugehörigen Gemeinden oder Gemeindeverbände zur Durchführung dieser Aufgaben heranziehen und ihnen entsprechende Weisungen erweisen können.

5.1.2.1 Aufgabenzuweisung an Kommunen

Konzeptionell bestimmt § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II, dass grundsätzliche Trägerin der Leistungen nach dem SGB II die Bundesagentur für Arbeit ist. Zu verstehen ist die Aufgabenzuweisung der KdU an die kommunalen Träger daher im Zusammenhang mit § 44b SGB II. Die Norm sieht zur einheitlichen Aufgabenwahrnehmung die Bildung von gemeinsamen Einrichtungen (Jobcenter⁵⁵⁶) vor.

⁵⁵⁵ Das GG verwendet den Begriff der Kreise; er wird auch im schleswig-holsteinischen, sowie nordrhein-westfälischen Landesrecht verwendet. Die anderen Länder benutzen den Begriff der Landkreise.

⁵⁵⁶ § 6d SGB II.

5.1.2.2 Parallelsystem der Optionskommunen

Daneben existiert mit § 6a SGB II zudem die Möglichkeit, das Aufgabenspektrum der Kommunen erheblich dahingehend zu erweitern, auch die Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit zu übernehmen. Auch diese Vorschrift ist im Zuge des sog. Hartz IV-Gesetzes eingeführt worden. Sie regelte zunächst die Option einer (einheitlich) kommunalen Trägerschaft; das Nähere wurde entsprechend durch das Kommunale Optionsgesetz vom 30.07.2004⁵⁵⁷ bestimmt und sah darin zunächst eine Ausgestaltung als Experimentierklausel vor⁵⁵⁸, die nunmehr nach Abschluss der Experimentierphase⁵⁵⁹ im heutigen⁵⁶⁰ § 6a SGB II eine zeitlich unbefristete Rechtsgrundlage für die Zulassung bestimmter Kommunen als Träger anstelle der Bundesagentur für Arbeit auch für Leistungen nach § 6 Abs.1 S.1 Nr.1 SGB II erfahren hat.

Die Anzahl dieser entsprechend so bezeichneten Optionskommunen ist gemäß § 6a Abs. 2 S. 4 SGB II auf 25 % der Gesamtzahl der bundesweit existierenden Träger limitiert. Derzeit sind 108 Optionskommunen zugelassen⁵⁶¹.

Die Finanzierung der Ausgaben der Optionskommunen ist in § 6b Abs. 2 SGB II geregelt. Danach trägt der Bund die Kosten der Grundsiche-

⁵⁵⁷ BGBl. I 2004, 2014.

⁵⁵⁸ Zur entsprechenden Gesetzesbegründung siehe BT-Drs. 15/2816, S. 11 und BT-Drs. 15/3495.

⁵⁵⁹ Vgl. näheres hierzu z.B. in *Wieser* in Adolph, SGB II, § 6 B II, Rdnr. 4.

⁵⁶⁰ Eingeführt wurde der heutige § 6a SGB II schließlich durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisation der Grundsicherung für Arbeitssuchende vom 03.08.2010, BGBl. 2010, 1112.

⁵⁶¹ Die Anzahl der zugelassenen Träger war in der Kommunalträger-Zulassungsverordnung v. 28.09.2004 zunächst begrenzt auf 69 Kommunen. Die Verteilung erfolgte - abhängig von der Stimmenverteilung im Bundesrat - nach Länderkontinenten. Die Länder haben bis Ende März 2011 weitere 41 Kommunen bestimmt, die durch die Zweite Verordnung zur Änderung der KomtrZV v. 14.04.2011 (BGBl. I 2011, 645) zugelassen wurden. Eine Liste aller zugelassenen Optionskommunen ist abrufbar auf dem Internetauftritt des Deutschen Landkreistages: http://www.kreise.de/__cms1/images/stories/pressemitteilungen/2011%20dlr%20alle%20108%20optionskommunen%20im%20berblick.pdf (abgerufen am 31.12.2018).

rung für Arbeitslose einschließlich der Verwaltungskosten mit Ausnahme derjenigen Kosten, die den kommunalen Trägern ohnehin zugewiesen sind⁵⁶², namentlich die KdU.

5.1.2.3 Kommunenstärkung als strittiges Sozialpolitikziel der Agenda 2010

Die Einzelheiten des Zulassungssystems der Optionskommunen sind für die vorliegende Arbeit nicht relevant. Festzuhalten ist indes, dass dieses zweigleisige System auf grundkonzeptionelle sozialpolitische Meinungsstreitigkeiten zurückzuführen ist: Während die damalige rot-grüne Bundesregierung eine Stärkung der Zuständigkeit der Bundesagentur für Arbeit bevorzugte, votierte die im Bundesrat entsprechend stärker vertretene Opposition aus CDU/CSU und FDP für eine Stärkung der Kommunen⁵⁶³. Anzumerken ist zudem, dass die Kommunen selbst hierzu keine einheitliche Haltung hatten⁵⁶⁴.

Es wurde das Verfahren nach Art. 77 Abs.2, 2a GG eingeleitet und durchgeführt⁵⁶⁵; Der sozialpolitische Kompromiss ist das dargestellte geteilte Trägerschaftssystem. Um dennoch eine Leistungsbewilligung „aus einer Hand“ zu ermöglichen, wurde seinerzeit zunächst der § 44b SGB II a.F. geschaffen, der einen Zusammenschluss beider Träger in sog. Arbeitsgemeinschaften (Argen) vorsah und aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20.12.2007⁵⁶⁶ nach einer Verfassungsänderung in der heutigen Rechtslage mündete.

⁵⁶² § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II.

⁵⁶³ Zum Streithergang lassen sich beide damaligen Gesetzesentwürfe der Bundesregierung, sowie der Fraktionen (BT-Drs. 15/1516 und 15/1638, S. 2 und 10) und andererseits derjenige der CDU/CSU-Fraktion (BT-Drs. 15/1523, S. 1 f., 31 und die Entwürfe der Länder Hessen, Baden-Württemberg, Bayern und Sachsen (BR-Drs. 654/03) vergleichen; siehe hierzu *Volkman* in v. Mangoldt/Klein/Starck – GG, Bd. III, Art. 91e Rdnr. 1 (6. Aufl.).

⁵⁶⁴ Vgl. *ibidem*, sowie zusammenfassend BT-Drs. 15/1749, S. 16.

⁵⁶⁵ Zu dessen Empfehlungen im Einzelnen s. BT-Drs. 15/2259.

⁵⁶⁶ BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 –, BVerfGE 119, 331-394 (Hartz IV-Arbeitsgemeinschaft).

5.1.2.4 Die Sonderstellung des Art. 91a GG bei der kommunalen Aufgabenverteilung

Die verfassungsrechtliche Grundlage für das heutige System der Optionskommunen ist der daraufhin eingeführte Art. 91e Abs. 2 S. 1 GG. Die Norm bestimmt, dass bei der Ausführung von Bundesgesetzen auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitssuchende Bund und Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Gemeinden und Gemeindeverbände in der Regel in gemeinsamen Einrichtungen zusammenwirken. Die Norm hebt damit den Grundsatz des Verbots der Mischverwaltung auf⁵⁶⁷ und weicht auch im Übrigen von der grundgesetzlichen Konzeption der Gemeinschaftsaufgaben ab.

Um das Zusammenwirken mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zu ergründen, werden die Besonderheiten im Folgenden kurz zusammengetragen.

5.1.2.4.1 Unterschied zu den unechten Gemeinschaftsaufgaben in Art. 91b, c, und d

Anders als in den Art. 91b, c und d GG geregelt, ordnet Art. 91e Abs. 2 S. 1 GG eine zwingende Zusammenarbeit von Bund und Ländern im Rahmen einer Mischverwaltung an. Sie verdrängt als *lex specialis* damit die Art. 83 ff. GG und Art. 104a GG.

5.1.2.4.2 Direktanweisung als Grundlage kommunalen Aufgabenzuwachses im SGB II

Obgleich Art. 91e Abs. 1 GG die „nach Landesrecht zuständigen Gemeinden und Gemeindeverbände“ bei der Ausführung der Bundesgesetze nennt und damit auf die Entscheidungsbefugnis der Länder verweist, „ihren“ Kommunen auf Grundlage der jeweiligen Landesverfassung den konkreten Vollzug des Grundsicherungsrechts zu gestalten,

⁵⁶⁷ BT-Drs. 17/1554, S. 4.

besteht durch den Regelungsvorbehalt in Art. 91e Abs. 3 GG die Möglichkeit einer direkten Aufgabenzuweisung vom Bund an die Kommunen.

Diese Regelung ist Grundlage für den oben dargestellten § 6 SGB II und weicht konzeptionell vom Verbot der direkten Aufgabenzuweisung gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ab. Sie stellt mithin eine Ausnahmenorm im Anwendungsbereich des Art. 91a GG dar und bildet die verfassungsrechtliche Grundlage für einen künftigen potenziellen Aufgabenzuwachs für die Kommunen im SGB II⁵⁶⁸.

5.2 Eigene Gestaltungsmöglichkeiten der Länder?

Es wäre möglich, (empirische) Regelungen zur Ermittlung der Angemessenheitsgrenze in Bundesgesetzesform zu gießen. Angesichts der grundgesetzlichen Gesetzeskompetenzverteilung ist indes fraglich, ob nicht die Länder als die den Kommunen „nähere“ Gesetzgeber nicht die eigentliche Regelungskompetenz hierüber hätten.

Die Grundsicherung für Arbeitssuchende ist gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Damit wäre es den Ländern grundsätzlich nicht verwehrt, eigene Regeln zu schaffen.

Derzeit haben die Länder im SGB II selbst nur eine sozialrechtlich vorgesehene Gestaltungsmöglichkeit. Sie können gemäß § 22a Abs. 1 S. 1 SGB II entscheiden, ob sie den Kreisen und kreisfreien Städten die Regulierung der Angemessenheitsgrenze durch Satzung ermöglichen. Einer eigenen Regulierung der Länder könnte insoweit also eine kompetenzrechtliche Sperrwirkung entgegenstehen. Dies soll im Folgenden geklärt werden.

⁵⁶⁸ So sieht es der Verfassungsgesetzgeber selbst, vgl. BT-Drs. 17/1554, S. 4. Der Befund ist auch in der Literatur im Ergebnis unstrittig, vgl. *Hermes* in Dreier, GG, Bd. III, Art. 91e Rdnr. 31, m.w.Nachw.

5.2.1 Angemessenheitsgrenze ist Gegenstand konkurrierender Gesetzgebung

Festzuhalten ist zunächst, dass das Sozialrecht (und mit ihm die KdU) nicht dem Katalog der Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebung in Art. 73 GG unterfällt. Vielmehr erstreckt sich gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG auf die öffentliche Fürsorge (ohne das Heimrecht) die konkurrierende Gesetzgebung.

Der Begriff der öffentlichen Fürsorge ist mit Blick auf das Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 Alt. 3 GG weit zu verstehen⁵⁶⁹. Er erfasst jedenfalls den Gesamtbegriff der Sozialhilfe im Sinne des kodifizierten Sozialrechts⁵⁷⁰ und umfasst neben dem Umfang auch die Regelung über deren rechtsträgerschaftliche Organisation. Damit unterfällt das Recht der Grundsicherung für Arbeitslose und folglich auch die KdU und deren Angemessenheit dem Anwendungsbereich des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG.

5.2.2 Prüfungsmaßstabe eigener Regulierung

Im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebungsmaterien des Bundes haben die Länder gemäß Art. 71 die Befugnis zur Gesetzgebung nur, wenn und soweit sie hierzu in einem Bundesgesetz ausdrücklich ermächtigt werden.

5.2.2.1 Erforderlichkeitskompetenz des Art. 72 Abs. 2 GG und Bedürfnisklausel

Anders ist dies bei der konkurrierenden Gesetzgebung. Art. 72 Abs. 1 GG bestimmt, dass die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung haben, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit

⁵⁶⁹ Bzw. „nicht eng“, s. *BVerfG*, Urt. v. 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 –, *BVerfGE* 88, 203-366 (Schwangerschaftsabbruch II), Rdnr. 359; *BVerfG*, B.v. 10.03.1998 – 1 BvR 178/97 –, *BVerfGE* 97, 332-349 (gestaffelte Kindergartenbeiträge), Rdnr. 55; für eine dezidierte Herleitung der weiten Auslegung des Begriffs s. zudem: *BSG*, Urt. v. 20.12.1957 – 7 RKg 4/56 –, *BSGE* 6, 213-238, Rdnr. 35 ff.

⁵⁷⁰ Vgl. *Kunig* in *Münch/Kunig*, Bd II, Art. 74 Rdnr. 30, dort auch m.w.Nachw. zu der (für die vorliegende Arbeit nicht relevanten) umstrittenen Frage der Reichweite dieses Begriffs.

nicht durch Bundesgesetz Gebrauch gemacht hat. Gemäß Art. 72 Abs. 2 GG hat der Bund unter anderem auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge⁵⁷¹ das Gesetzgebungsrecht (nur dann),

„wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.“

Damit statuiert Art. 72 Abs. 1 GG eine „Kernkompetenz⁵⁷²“, bzw. Vorranggesetzgebungskompetenz⁵⁷³ und Art. 72 Abs. 2 GG eine demgegenüber mit weiteren Hürden für den Bundesgesetzgeber versehene Erforderlichkeitskompetenz. Konzeptionell steht nach dem Grundgesetz den Ländern damit die regelhafte Gesetzgebungskompetenz zu. Deren Rolle sollte nach der Föderalismusreform 2006 hierdurch gestärkt werden.

Festzuhalten ist zudem, dass das Bundesverfassungsgericht mit dem Erforderlichkeitserfordernis keine Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die Kompetenzordnung des GG anwendet⁵⁷⁴. Zur Justiziabilität hat das

⁵⁷¹ Schon in der Weimarer Reichsverfassung von 1919 war die Wohlfahrtspflege in Art. 9 Nr. 1 WRV neben dem Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit explizit erwähnt. Die Formulierung des Art. 72 („solange und soweit“) geht auf den Art. 12 WRV zurück.

⁵⁷² Vgl. BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05 –, BVerfGE 128, 1-90 (Gentechnikgesetz), Rdnr. 125.

⁵⁷³ Der Begriff wurde bei der Vorbereitung des GG verwendet und ist im Parlamentarischen Rat bewusst in „konkurrierende Gesetzgebung“ verändert worden, vgl. Kunig in von Münch/Kunig, Bd II, Art. 74, Rdnr. 1, m.w.Nachw.

⁵⁷⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.05.1990 – 2 BvG 1/88 –, BVerfGE 81, 310-347 (Kalkar II), Rdnr. 102.

BVerfG daher ausgeführt, dass dem Bund bei grundsätzlich voller Überprüfbarkeit⁵⁷⁵ eine Einschätzungsprärogative zusteht⁵⁷⁶.

5.2.2.2 Maßstab der Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse

Die Maßstäbe zur Überprüfbarkeit der Erforderlichkeitskompetenz hat das BVerfG in einer Leitentscheidung zum AltenpflegeG⁵⁷⁷ hergeleitet. Die Erforderlichkeitsklausel hat eine früher bestehende Bedürfnisklausel abgelöst. Letztere ist auf die Frage der Kompetenzmäßigkeit von Gesetzen, die vor dem 15.11.1994 erlassen wurden, aber wegen Art. 125a Abs. 2 GG weiterhin anzuwenden.

Art. 72 Abs. 2 GG a.F. sah ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung in drei Fällen vor, wenn

„1. eine Angelegenheit durch die Gesetzgebung einzelner Länder nicht wirksam geregelt werden kann oder

2. die Regelung einer Angelegenheit durch ein Landesgesetz die Interessen anderer Länder oder die Gesamtheit beeinträchtigen könnte oder

3. die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus sie erfordert.“

Das größte praktische Gewicht hatte insoweit die letzte Alternative. Die erste Alternative bezog sich nämlich auf die Effektivität landesrechtlicher Regelungen, insbesondere bei überregionalen Angelegenheiten.

⁵⁷⁵ Dies war im Hinblick auf die frühere Bedürfnisklausel umstritten, ist seit Einführung der Erforderlichkeitsklausel mittlerweile aber jedenfalls anerkannt; zum (hier irrelevanten) Meinungsstand und zur (lesenswerten) historischen Herleitung des Streits, insbesondere zum Empfinden als aufgedrängte Besatzerregelung s. *Uhle* in Maunz/Düring, GG, Art. 72 Rdnr. 26 ff.; kompakter z.B. *Kunig*, Münch/Kunig, Bd II, Art. 72 Rdnr. 21 f, jeweils m.w.Nachw.

⁵⁷⁶ Z.B. *BVerfG*, Urt. v. 27.07.2004 – 2 BvF 2/02 –, BVerfGE 111, 226-286 (Juniorprofessur), Rdnr. 102; *BVerfG*, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05 –, BVerfGE 128, 1-90 (Gentechnikgesetz), Rdnr. 126.

⁵⁷⁷ *BVerfG*, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 –, BVerfGE 106, 62-166 (Altenpflegegesetz).

Die zweite Alternative erfasste Fälle der zwar effektiven landesrechtlichen Regelung, aber mit negativen Auswirkungen auf die Interessen anderer Länder oder des Bundes. Übertragen auf die Angemessenheit der KdU erscheint die dritte Alternative dementsprechend als die einzige einschlägige Alternative, und zwar in der Ausprägung zur Wahrung der Rechtseinheit. Diese ist gewahrt, wenn für eine Angelegenheit in mehreren Ländern die gleiche (oder inhaltlich übereinstimmende) Rechtsnorm gilt.

Vergleicht man beide Formulierungen der Bedürfnis- und Erforderlichkeitsklausel insoweit, so ist festzustellen, dass die heute wirksame Regelung die „Wahrung der Einheitlichkeit“ hin zur „Herstellung gleichwertiger“ Lebensverhältnisse modifiziert hat.

Hierzu ist der Rechtsprechung des BVerfG zu entnehmen, dass sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinanderentwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet⁵⁷⁸. Im Hinblick auf die Sozialversicherung hat das BVerfG daher etwa festgestellt, dass ihre Funktionsfähigkeit zu gleichen Bedingungen von elementarer Bedeutung für gleichwertige Lebensverhältnisse ist⁵⁷⁹.

5.2.2.3 Erforderlichkeit

Damit ist jedoch noch nicht die tatbestandlich hiervon losgelöste Frage der Erforderlichkeit geklärt. Erforderlich ist eine bundesrechtliche Normierung der Regelungsmaterie, wenn ohne diese die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse bzw. die Wahrung der Rechtseinheit

⁵⁷⁸ *Ibidem*, Leitsatz 2 b) aa); *BVerfG*, Urt. v. 27.07.2004 – 2 BvF 2/02 –, BVerfGE 111, 226-286 (Juniorprofessur), Rdnr. 98; *BVerfG*, Urt. v. 26.01.2005 – 2 BvF 1/03 –, BVerfGE 112, 226-254 (Studiengebühren), Rdnr. 89.

⁵⁷⁹ *BVerfG*, B. v. 18.07.2005 – 2 BvF 2/01 –, BVerfGE 113, 167-273 (Risikostrukturausgleich), Rdnr. 90.

nicht oder nicht hinlänglich erreicht werden kann⁵⁸⁰. Dementsprechend ist eine Regelung durch den Bundesgesetzgeber dann nicht erforderlich, wenn landesrechtliche Bestimmungen zur Erreichung des genannten Ziels ausreichen.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Erforderlichkeitsprüfung zweistufig erfolgt: zum einen im Hinblick auf die grundsätzliche Regelungsbefugnis, zum anderen aber auch hinsichtlich ihres Ausmaßes (so weit).

5.2.3 Anwendung auf die KdU

Im Hinblick auf die KdU könnte nun der Standpunkt eingenommen werden, im Bereich der Angemessenheitsgrenze habe der Bundesgesetzgeber mit der Einführung eines unbestimmten Rechtsbegriffs das Gesetz so beschaffen, dass gerade keine Einheitlichkeit übrig bleibt.

5.2.3.1 Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse durch unbestimmten Rechtsbegriff

Indes herrscht – vor dem Hintergrund der weiten Auslegungsfähigkeit des Begriffs zurecht – Einigkeit⁵⁸¹ darüber, dass das Ziel der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse auch durch regional diversifizierende Regelungen erfasst werden kann. Der Bund kann hier trotz regionaler Unterschiede Regelungen erlassen, sofern diese für das gesamte Bundesgebiet der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse dienen.

Es ist daher im Hinblick auf die KdU-Angemessenheitsgrenze festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber eine Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse gerade dadurch herstellen wollte, dass er die Frage der Angemessenheitsgrenze aufgrund der Regionalität der Wohnungsmärkte

⁵⁸⁰ Z.B. *BVerfG*, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 –, *BVerfGE* 106, 62-166 (Altenpflegegesetz), Rdnr. 359 ff.; *BVerfG*, Urt. v. 27.07.2004 – 2 BvF 2/02 –, *BVerfGE* 111, 226-286 (Juniorprofessur), Rdnr. 128.

⁵⁸¹ Vgl. nur *Uhle* in Maunz-Dürig, Art. 72 Rdnr. 137; *Oeter* in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 2002, Art. 72 Rdnr. 102; *Wittreck* in Dreier, GG, Bd. II (2015), Art. 72 Rdnr. 20.

den Kommunen überantwortet hat. Damit hat er aber gerade eine bundesrechtliche Regelung über die Materie getroffen. Es spricht vor diesem Hintergrund kompetenzrechtlich nichts dagegen, wenn der Bundesgesetzgeber diese Regelung durch Schaffung weitergehender Vorgaben noch ausschärfen möchte.

Damit ist aber von einer Sperrwirkung durch die bundesgesetzliche Regelung gegenüber möglichen landesrechtlichen Regelungen auszugehen.

5.2.3.2 Reichweite der Sperrwirkung hinsichtlich der KdU-Angemessenheitsgrenze („soweit“)?

Zu klären bleibt aber noch die Frage der Reichweite dieser Sperrwirkung. Die sachliche Reichweite der Sperrwirkung („soweit“) wird nämlich nicht allein durch die bloße Schaffung einer bundesrechtlichen Regelung im entsprechenden Sachgebiet erzeugt.

Erforderlich ist, dass die Regelung die Materie erschöpfend regelt⁵⁸². Prüfungsmaßstab hierfür ist eine „Gesamtwürdigung des betreffenden Normkomplexes“⁵⁸³. Hierbei dürfen also nicht allein konkrete Einzelregelungen in den Blick genommen werden. Maßgeblich ist nach der Rechtsprechung des BVerfG die gesetzgeberische Gesamtkonzeption, aus der sich unter Umständen auch auf einen absichtlichen Regelungsverzicht schließen lassen kann⁵⁸⁴.

Entscheidend ist, ob der Bundesgesetzgeber ein Sachgebiet (subjektiv) so regeln will und (objektiv) so geregelt hat, dass kein Raum mehr für

⁵⁸² Z.B. *BVerfG*, B. v. 22.04.1958 – 2 BvL 32/56 –, BVerfGE 7, 342-358 (Hamburgisches Urlaubsgesetz) Rdnr. 44; *BVerfG*, B. v. 09.10.1984 – 2 BvL 10/82 –, BVerfGE 67, 299-329 (Laternengarage), Rdnr. 73 ff.; *BVerfG*, Urt. v. 10.02.2004 – 2 BvR 834/02 –, BVerfGE 109, 190-255 (nachträgliche Sicherungsverwahrung), Rdnr. 157.

⁵⁸³ Z.B. *BVerfG*, B. v. 22.04.1958 – 2 BvL 32/56 –, BVerfGE 7, 342-358 (Hamburgisches Urlaubsgesetz) Rdnr. 27, m.w.Nachw.

⁵⁸⁴ *BVerfG*, Urt. v. 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96 –, BVerfGE 98, 265-365 (Bayerisches Schwangerenhilfegergänzungsgesetz), Leitsatz 2 (Rdnr. 123); *Kunig*, Münch/Kunig, Bd II, Art. 72, Rdnr. 9, m.w.Nachw.

eine landesrechtliche Regelung verbleibt⁵⁸⁵. Hierbei können aber noch Bereiche verbleiben, deren Regelung offen geblieben ist⁵⁸⁶. Erschöpfend geregelt ist die Materie damit auch dann, wenn ergänzende Vorschriften zwar möglich wären, nach dem erkennbaren Regelungswillen des Gesetzgebers aber ausgeschlossen sein sollen⁵⁸⁷ bzw. keine entsprechende Öffnungsklausel vorgesehen ist⁵⁸⁸. Anders formuliert:

*„Der Bund kann von einer Kompetenz auch durch erkennbaren, absichtsvollen Regelungsverzicht [...] Gebrauch machen“.*⁵⁸⁹

5.2.3.3 Fazit: jenseits der Satzungslösung kein Spielraum für die Länder

Genau dies ist im Hinblick auf die Angemessenheit der KdU wie oben untersucht der Fall. Auch das BVerfG stellt in seinem Regelsatzurteil⁵⁹⁰ fest, durch den Erlass SGB II habe der Bundesgesetzgeber die Materie abschließend geregelt. Das BVerfG folgert daraus:

*„Der Bund trägt dementsprechend die Verantwortung für die Sicherstellung des gesamten menschenwürdigen Existenzminimums.“*⁵⁹¹

⁵⁸⁵ Kunig, *ibidem*.

⁵⁸⁶ BVerfG, B. v. 20.01.1981 – 2 BvL 2/80 –, BVerfGE 56, 110-128, Rdnr. 29.

⁵⁸⁷ BVerfG, B. v. 09.02.1972 – 1 BvR 111/68 –, BVerfGE 32, 319-332 (Außenwerbung) Rdnr. 27, m.w.Nachw.

⁵⁸⁸ BVerfG, Urt. v. 10.02.2004 – 2 BvR 834/02 –, BVerfGE 109, 190-255 (nachträgliche Sicherungsverwahrung), Rdnr. 157: „Auch bei umfassender und erschöpfender Regelung eines Gegenstandes der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz durch den Bund sind landesrechtliche Regelungen insoweit zulässig, als das Bundesrecht Vorbehalte zugunsten der Landesgesetzgebung enthält“.

⁵⁸⁹ BVerfG, Urt. v. 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96 –, BVerfGE 98, 265-365 (Bayerisches Schwangerenhilfeergänzungsgesetz), Leitsatz 2 (Rdnr. 123); kritisch hingegen Barczak, ZG 2016, 154 ff., der die Dogmatik des „absichtlichen Regelungsverzichts“ aufzulösen sucht, indes explizit Konstellationen anführt, die – wie vorliegend – eine partielle, aber erschöpfende Regelung vorsehen und damit eine Sperrwirkung auslösen.

⁵⁹⁰ BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 –, BVerfGE 125, 175-260 (241).

⁵⁹¹ *Ibidem*, Rdnr. 181.

Abgeleitet hat das BVerfG dies aus § 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Nr. 2 SGB II, wonach die Grundsicherung für Arbeitsuchende den Lebensunterhalt sichern soll, sowie aus § 3 Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz SGB II, wonach „die nach diesem Buch vorgesehenen Leistungen den Bedarf der erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und der mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen decken“. Auch § 20 Abs. 1 SGB II, die Vorschriften über die Abgrenzung zu den Leistungen nach dem SGB XII (§ 5 Abs. 2, § 28 Abs. 1 Satz 1 SGB II, § 21 SGB XII) sowie die Entstehungsgeschichte des SGB II würden belegen, dass der Bundesgesetzgeber im SGB II das Existenzminimum vollständig sichern wollte.

Für eine eigene Regelung der Materie durch die Länder verbliebe damit im Ergebnis mithin kein Raum. Eine Abweichung findet sich freilich wie gezeigt in der Satzungslösung in den §§ 22a ff. SGB II. Hier hat sich der Bundesgesetzgeber ausdrücklich von seinem Kompetenztitel zugunsten der Länder zurückgezogen und die Regelungskompetenz der Länder wieder aufleben lassen⁵⁹².

5.3 Zulässigkeit einer Regulierung durch den Bundesgesetzgeber

Die Zuweisung von Aufgaben an Kommunen, die nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes originär vom Bund auszuführen sind, kann indes Konflikte mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie auslösen. Gleiches gilt für einen Aufgabenentzug, insbesondere, da die Kommunen derzeit wie gezeigt über eine freie Methodenwahl zur Ermittlung der Angemessenheitsgrenze verfügen.

Es könnte nach der verfassungsrechtlichen Dogmatik daher ein Erfordernis bestehen, den Kommunen bei der Wahrnehmung der vom Bundesgesetzgeber übertragenen Aufgaben Spielräume zur Ausgestaltung und Findung der Angemessenheitsgrenze zu belassen. Da sozialpolitische Bestrebungen zu einem bundesrechtlich normierten Ermittlungsverfahren existieren, soll im Folgenden die Frage beantwortet werden,

⁵⁹² So auch *Berlit* in Münder, § 22a Rdnr. 9.

wo insoweit die Grenzen einer Bundesregulierung der KdU-Angemessenheitsgrenze verlaufen.

Hierzu ist eine Prüfung erforderlich, inwieweit eine bundesgesetzliche Regulierung der Angemessenheitsgrenze den Schutzgehalt der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie berühren und an welche Grenzen eine einschränkende Regelung stoßen würde.

5.3.1 KdU-Angemessenheitsgrenze als Gegenstand des Schutzgehalts kommunaler Selbstverwaltung

Die Zulässigkeit der Wahrnehmung dieser Aufgabe durch die kommunalen Träger richtet sich nach den Maßstäben des Art. 28 Abs. 2 GG bzw. der jeweiligen Landesverfassungen. Beide Regelungsregime existieren grundsätzlich nebeneinander; die überlagernden Bundesverfassungsgrundsätze haben indes eine homogenisierende Wirkung⁵⁹³. Art. 28 Abs. 2 GG bildet daher für die vorliegende Untersuchung den Prüfungsrahmen.

Dieser bestimmt in seinem Satz 1, dass den Gemeinden das Recht gewährleistet sein muss, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Nach Satz 2 dieser Vorschrift haben auch die Gemeindeverbände im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. S. 3 HS. 1 der Norm bestimmt, dass die Gewährleistung der Selbstverwaltung auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung umfasst.

Will der Bundesgesetzgeber eine weitergehende Regulierung der KdU-Angemessenheitsgrenze vornehmen, stellt sich daher die Frage, ob die Regelungsmaterie der Wohnungsmärkte aufgrund ihres ortsbezogenen Charakters überhaupt vom Schutzgehalt der kommunalen Selbstverwaltung umfasst sein kann.

⁵⁹³ Vgl. z.B. *BVerfG*, Urt. v. 27.04.1959 – 2 BvF 2/58 –, *BVerfGE* 9, 268-291 (Bremer Personalvertretung), Rdnr. 55; ferner *Scharf*, *GewArch*, S. 2, m. w. Nachw.

5.3.1.1 Schutz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung

Obgleich die genaue dogmatische Reichweite der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nicht einheitlich definiert ist, herrscht jedenfalls Einigkeit darüber, dass sie eine Doppelfunktion erfüllt. Sie ist einerseits Einrichtungsgarantie und andererseits rechtsschutzbewehrtes⁵⁹⁴ subjektives Recht⁵⁹⁵. Auch die Kommunen selbst nehmen hierdurch bedingt eine Doppelrolle ein: Die kommunalen Gebietskörperschaften sind zwar im Rahmen der sog. mittelbaren Staatsverwaltung Teil des Staates⁵⁹⁶, aber eben auch eigenständige, demokratisch legitimierte, dezentral organisierte Rechtspersönlichkeiten.

Die Doppelrolle der Kommunen spiegelt sich in der doppelten Zielrichtung des Schutzgehalts der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie wider. Er umfasst einerseits den Erhalt eines bestimmten Aufgabenbestands. Zum anderen ist eine eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung zu gewährleisten.

Vor Schaffung des Grundgesetzes war die kommunale Selbstverwaltung dogmatisch eher den Grundrechten zugeordnet⁵⁹⁷. Aus diesem

⁵⁹⁴ Die genaue Reichweite der Rechtsschutzmöglichkeiten von Kommunen wird uneinheitlich beantwortet. Jedenfalls existiert mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG der Rechtsbehelf der Kommunalverfassungsbeschwerde, sowie aus Art. 28 Abs. 2 GG hergeleiteten Klagemöglichkeiten, s. *Nierhaus* in *Sachs*, Art. 28 GG Rdnr. 45; ob insoweit eine Berufungsmöglichkeit auf Art. 19 IV GG besteht, ist strittig, vgl. *Schmidt-Aßmann* in *Maunz/Düring*, Art. 19 IV, Rdnr. 43.

⁵⁹⁵ Diese Dreiteilung geht zurück auf *Stern*; er differenzierte die institutionelle Rechtssubjektgarantie (Gewährleistung der Institutionen „Gemeinde“ und „Gemeindeverband“.), die objektive Rechtsinstitutionsgarantie (Gewährleistung der Erledigung kommunaler Aufgaben unter kommunaler Eigenverantwortung.), sowie die subjektive Rechtsstellungsgarantie (Rechtsschutz bei Verletzungen der genannten Garantien), *Stern*, *Staatsrecht*, Bd. I, § 12 II 4.

⁵⁹⁶ Das *BVerfG* spricht von „einem Stück Staat“, s. *BVerfG*, Urt. v. 04.11.1986 – 1 BvF 1/84 –, *BVerfGE* 73, 118-205 (4. Rundfunkurteil), Rdnr. 172.

⁵⁹⁷ So etwa in § 184 der Verfassung des Deutschen Reiches von 1849, s. hierzu auch *Gebhardt*, „Das kommunale Selbstverwaltungsrecht“, S. 23.

Unterschied folgt zunächst, dass die Kommunen selbst keine Grundrechtsträgerinnen sind⁵⁹⁸. Gleichwohl wird ihnen ein Bestand an Aufgaben durch das Grundgesetz garantiert. Die Gemeinden sollen ihre Aufgaben eigenverantwortlich wahrnehmen. Sie müssen daher grundsätzlich in die Lage versetzt werden, über das Ob, Wann und Wie dieser Aufgabenwahrnehmung entscheiden zu können.

5.3.1.2 Wohnungsmärkte als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft?

Der originäre Wirkungsbereich der Kommunen entfaltet sich gemäß Art. 28 Abs. 2 GG auf der Ebene der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“. Dieser Begriff wird definiert als

„diejenigen Aufgaben, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf [sie] einen spezifischen Bezug haben und von [dieser] eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden können“⁵⁹⁹.

Kennzeichnend für sie, dass sie den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in einer (politischen) Gemeinde betreffen⁶⁰⁰. Der Begriff lässt sich durch die Bezugnahme auf den relevanten Ortsbezug mithin positiv schwer eingrenzen. Das BVerfG geht daher grundsätzlich von

⁵⁹⁸ Diese Erkenntnis leitete das BVerfG in seiner Sasbach-Entscheidung her (BVerfGE 61, 82 (105), welche den griffigen Satz enthält „Art. 14 GG schützt nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater“. Vgl. zur grundsätzlichen Akzeptanz, aber auch vereinzelten Kritik an dieser Sichtweise Gebhardt, S. 26.

⁵⁹⁹ BVerfG, Urt. v. 30.07.1958 – 2 BvG 1/58 –, BVerfGE 8, 122-141 (Atomwaffen), 3. Leitsatz; BVerfG, B. v. 17.01.1979 – 2 BvL 6/76 –, BVerfGE 50, 195-205 (Rheda-Wiedenbrück), Rdnr. 15; BVerfG, Urt. v. 24. Juli 1979 – 2 BvK 1/78 –, BVerfGE 52, 95-131 (Amtsverwaltung Schleswig-Holstein), Rdnr. 78.

⁶⁰⁰ BVerfG, B. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83 –, BVerfGE 79, 127-161 (Rastede), Rdnr. 59; vgl. auch Nierhaus in Sachs, Art. 28 Rdnr. 46, unter Verweis auf BVerfG, B. v. 06.05.2004 – 2 BvL 16/02 –, BVerfGE 110, 353-370 (Dienstrechtsreform); ferner BVerwG, Urt. v. 11.11.2004 – 3 C 36/03 –, BVerwGE 122, 157-166, Rdnr. 24.

einer prinzipiellen Allzuständigkeit (Universalität) im Rahmen der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft aus⁶⁰¹. Dem Gesetzgeber ist es folglich grundsätzlich verwehrt, einfach zu definieren, welche Regelungsmaterie hierzu gehört. Im Umkehrschluss ist der Gesetzgeber bei Fehlen eines relevanten ortsbezogenen Charakters in seiner Zuordnung frei⁶⁰². In einer frühen Entscheidung hat das BVerfG den Begriff wie folgt eingegrenzt:

„Die Gemeinde überschreitet die ihr gesetzten rechtlichen Schranken, wenn sie zu allgemeinen, überörtlichen, vielleicht hochpolitischen Fragen Resolutionen fasst oder für oder gegen eine Politik Stellung nimmt, die sie nicht als einzelne Gemeinde besonders trifft, sondern der Allgemeinheit - ihr nur so wie allen Gemeinden - eine Last aufbürdet oder sie allgemeinen Gefahren aussetzt.“⁶⁰³

Es ist in der verfassungsrechtlichen Literatur und Judikatur⁶⁰⁴ aufgrund der dargestellten Abgrenzungsschwierigkeiten des Begriffs anerkannt, dass zahlreiche Regelungsmaterien zwar eine grundsätzlich überörtliche Bedeutung, auf der anderen Seite aber auch regionale Bezüge aufweisen. Diese Aufgaben mit hybridem Charakter⁶⁰⁵ sind dann jedenfalls im Umfang ihres regionalen Bezugs vom Schutzgehalt der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie erfasst.

⁶⁰¹ Jedenfalls jenseits der Organisationshoheit vgl. *BVerfG*, B. v. 26.10.1994 – 2 BvR 445/91 –, *BVerfGE* 91, 228-245 (kommunale Gleichstellungsbeauftragte), Rdnr. 35; *BVerfG*, B. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83 –, *BVerfGE* 79, 127-161 (Rastede), Rdnr. 48 ff.

⁶⁰² *BVerfG*, B. v. 06.05.2004 – 2 BvL 16/02 –, *BVerfGE* 110, 353-370 (Dienstrechtsreform), Rdnr. 42; aufschlussreich für das Zusammenspiel zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen, dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und dem Verhältnis zur kommunalen Selbstverwaltungsgarantie im Zusammenhang zum Anschlusszwang: *BVerwG*, Urt. v. 23.11.2005 – 8 C 14/04 –, juris, Rdnr. 22. Hier hatte eine Gemeinde den prozessual umgekehrten Fall des Heranziehens bestimmter Aufgaben qua eigener Kompetenz zu regulieren versucht. Zur Kritik hieran vgl. z.B. *Schmidt-Aßmann*, S. 489 ff.

⁶⁰³ *BVerfG*, Urt. v. 30.07.1958 – 2 BvG 1/58 –, *BVerfGE* 8, 122-141 (Atomwaffen), 3. Leitsatz.

⁶⁰⁴ Vgl. z.B. den Rastede-Beschluss des *BVerfG*, das insoweit daher vom „Wirkungskreis“ spricht, B. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83 –, *BVerfGE* 79, 127-161 (Rastede), Rdnr. 16.

⁶⁰⁵ S. *Henneke*, Art. 28 Rdnr. 93a; er verwendet z.B. den Begriff der Aufgaben mit örtlich/überörtlichem Substanzgemisch.

Allerdings verfügt der (Bundes-)Gesetzgeber bei der Zuweisung derartiger Aufgaben aufgrund seiner sog. Typisierungsbefugnis⁶⁰⁶ über einen besonderen Gestaltungsspielraum. Das BVerfG hat hierzu ausgeführt, dass der Gesetzgeber bei seiner Aufgabenzuordnung nicht jeder einzelnen Gemeinde und auch nicht jeder insgesamt unbedeutenden Gruppe von Gemeinden Rechnung tragen muss⁶⁰⁷. An anderer Stelle formuliert das BVerfG indes, dass der Gesetzgeber bei Hybridaufgaben örtliche Aspekte bei der Ausgestaltung der Selbstverwaltungsgarantie angemessen zu berücksichtigen hat⁶⁰⁸.

Die KdU-Angemessenheitsgrenze erfordert – wie oben dargelegt – sowohl eine empirische Erfassung des regionalen Wohnungsmarkts als auch eine normative Aussonderung des einfachen Segments. Die Zuweisung regionaler Wohnungsmärkte zum Tatbestandsbegriff der Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft ist mithin nicht unproblematisch: einerseits ließe sich argumentieren, dass die Bestimmung der Angemessenheitsgrenze für den jeweiligen Wohnungsmarkt eine allgemeine, überörtliche Frage im o.g. Sinn darstellt. Andererseits handelt es sich gerade aufgrund der Regionalität der jeweiligen Wohnungsmärkte um ein spezifisch ortsgebundenes Phänomen. Anders formuliert: Es gibt nicht den einen, bundesweiten Wohnungsmarkt, sondern viele, von regionalen Faktoren stark beeinflusste Wohnungsmärkte.

Exemplarisch hat die verwaltungsrechtliche Judikatur das Vorliegen einer Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft verneint bei einer kommunalen Aufwendungsbeihilfe als Ergänzung des allgemeinen Familienleistungsausgleichs⁶⁰⁹, der Erklärung eines Gemeindegebiets zur

⁶⁰⁶ S. *BVerfG*, B. v. 18.05.2004 – 2 BvR 2374/99 –, BVerfGE 110, 370-402 (Klärschlamm-Entschädigungsfonds), Rdnr. 136.

⁶⁰⁷ *BVerfG*, B. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83 –, BVerfGE 79, 127-161 (Rastede), Rdnr. 64; s. hierzu auch *Ritgen ZG* 2016, S. 270.

⁶⁰⁸ *BVerfG*, B. v. 19.11.2014 – 2 BvL 2/13 –, BVerfGE 138, 1-33 (Schulnetzplanung), Rdnr. 48. Dies bezieht sich indes auf die Allzuständigkeit von (Einzel-)Gemeinden, die nicht ohne Weiteres auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie der Gemeindeverbände gilt, hierzu sogleich.

⁶⁰⁹ *OVG NRW*, Urt. v. 19.01.1995 – 15 A 569/91 –, juris.

atomwaffenfreien Zone⁶¹⁰, aber auch bei der Unterbringung wohnungsloser Asylbewerber⁶¹¹. Hingegen wurde eine Zuordnung bei der Abwasserbeseitigung⁶¹² und Abfallentsorgung, Fernwasserversorgung⁶¹³ und Trägerschaft für Schulen⁶¹⁴ bejaht.

Die Beispiele machen deutlich, dass nicht jeder örtliche Bezug für eine Schutzbereichszuordnung genügt. Eine Einbeziehung dürfte indes immer dann geboten sein, wenn gerade die Ortsbezogenheit ein charakteristisches Kriterium darstellt. Vor dem Hintergrund des stark ortsgeprägten Charakters der Preisbildung regionaler Wohnungsmärkte und der Ergebnisunterschiede bei der angewandten empirischen Methode spricht mehr für eine Schutzbereichszuordnung.

5.3.1.3 Schutzgehaltsreichweite bei übertragenen Aufgaben

Mit dieser Rechtsfrage verknüpft ist die dogmatische Einordnung der KdU-Angemessenheitsgrenze im Hinblick auf die Aufgabenkategorie.

Die Eigenverantwortlichkeit kennzeichnet die grundsätzliche Entscheidung über das Ob, Wann und Wie der Wahrnehmung kommunaler Aufgaben⁶¹⁵. Hiervon indes abzugrenzen sind Aufgaben, welche den Kommunen auferlegt werden, aber nicht zur originären Selbstverwaltung zählen. Dies ist im Rahmen der sog. Auftragsangelegenheiten der Fall. Es werden drei⁶¹⁶ Aufgabentypen unterschieden: freiwillige Selbstverwaltungsangelegenheiten, pflichtige Selbstverwaltungsangelegenheiten zur Erfüllung nach Weisung sowie staatliche Auftragsangelegenheiten. Je nach Aufgabentypus ist die inhaltliche Reichweite des Eigen-

⁶¹⁰ BVerwG, Urt. v. 14.12.1990 – 7 C 37/89 –, BVerwGE 87, 228-236.

⁶¹¹ BVerwG, Urt. v. 15.05.1990 – 9 C 17/89 –, BVerwGE 85, 139-148.

⁶¹² BVerfG, B. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83 –, BVerfGE 79, 127-161 (Rastede).

⁶¹³ BVerwG, Urt. v. 20.01.2005 – 3 C 31/03 –, BVerwGE 122, 350-360.

⁶¹⁴ Jedenfalls für Schulen zur Umsetzung der allgemeinen Schulpflicht der Gemeindeeinschüler (äußere Schulangelegenheiten der Grund- und Hauptschulen).

⁶¹⁵ Nierhaus, Art. 28 GG, Rdnr. 52.

⁶¹⁶ Auch dieser Bereich wird im Einzelnen nicht einheitlich beurteilt. So wird auch vertreten, die Gemeindeaufgaben ließen sich allein in zwei Typen klassifizieren. Ihnen gemein ist jedenfalls, dass es nicht-originäre und originäre Aufgaben gibt.

verantwortlichkeitsschutzes enger oder weiter gefasst. Sie bestimmt, inwieweit eine Kommune im Verhältnis zu anderen Hoheitsträgern frei von Vorgaben agieren kann⁶¹⁷. Ihren Ursprung hat diese Unterteilung in der föderalistischen Konzeption des Grundgesetzes. Danach haben die verschiedenen vertikalen staatlichen Ebenen jeweils geschützte, originäre Zuständigkeitsbereiche. Sie definieren sich nach der Reichweite der Regelungsmaterie. Der Bund regelt demnach die Sachverhalte, welche einheitliche Lebensverhältnisse betreffen. Den Ländern stehen ähnliche Regulierungskompetenzen im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung zu; im Bereich des Sozialrechts spielen sie indes eine untergeordnete Rolle⁶¹⁸.

Bei den freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben wird den Kommunen der weitestgehende Schutz eingeräumt; sie können hier (frei von Fachaufsicht⁶¹⁹) sowohl über das „Ob“ als auch über das „Wie“ der Aufgabenwahrnehmung entscheiden. Erfasst werden hiervon die „klassischen“ Gemeindeaufgaben der Daseinsvorsorge; die KdU-Angemessenheitsgrenze fällt demensprechend nicht in diese Kategorie.

Pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben zeichnen sich dadurch aus, dass der Gesetzgeber eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft für so wichtig hält, dass die Gemeinde zur Aufgabenübernahme verpflichtet. Sie haben mithin nur noch die Wahl über das „Wie“ der Aufgabenwahrnehmung.

Eine Auftragsangelegenheit liegt dann vor, wenn der Gesetzgeber kraft seiner Gesetzgebungskompetenz die Kommunen zur Durchführung ihm originär obliegender Aufgaben verpflichtet und (gegebenenfalls) den Standard der Aufgabenerfüllung vorgibt.

⁶¹⁷ Vgl. *Mann* in BK, Art. 28 Rdnr. 184, m. w. Nachw.

⁶¹⁸ Sozialpolitisch wirken die Länder im Rahmen eigener Gesetzgebung im Wesentlichen im Bereich des Gesundheitswesens.

⁶¹⁹ Die Kommunalaufsicht ist insoweit auf die reine Rechtsaufsicht beschränkt.

Da der Bund den grundgesetzlichen Kompetenztitel für die öffentliche Fürsorge im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung an sich gezogen hat, gehört die KdU-Angemessenheitsgrenze mit zu den originär bundesgesetzlich vorgesehenen Pflichtaufgaben, die den Kommunen zur Aufgabenerfüllung zugewiesen sind. Grundsätzlich werden diese Auftragsangelegenheiten vom Schutzgehalt des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nicht erfasst. Die Kommunen können eine (bundes-)gesetzliche Reglementierung deswegen zwar grundsätzlich auch nicht abwehren⁶²⁰.

Allerdings können durch detaillierte gesetzgeberische Vorgaben Gemeindehoheiten beeinträchtigt sein. So hat das Bundesverfassungsgericht etwa entschieden, dass die organisatorische Autonomie einer Gemeinde weiter reicht als die inhaltliche⁶²¹. Weitere Grenzen ergeben sich, wenn durch im Übermaß übertragene Auftragsangelegenheiten vorhandene Verwaltungskapazitäten und finanzielle Mittel ausgeschöpft werden und mithin kein Raum mehr für die eigenverantwortliche Wahrnehmung der (freiwilligen) Selbstverwaltungsaufgaben verbleibt⁶²². Da überdies im Rahmen des sog. monistischen Modells⁶²³ der Begriff der Selbstverwaltungsaufgaben danach definiert ist, ob sie auf dem Gemeindegebiet anfallen⁶²⁴, stellt sich die Frage der Eignung der hier dargestellten Begriffe für die Schutzgehaltsdefinition. Es spricht auch vor diesem Hintergrund viel dafür, zunächst von einer Schutzgehaltsbetroffenheit auszugehen. Auch diese Frage kann indes dahinstehen bleiben, wenn diese im Ergebnis nicht zu einer Beeinträchtigung der Selbstverwaltungsgarantie führt.

⁶²⁰ Vgl. *Mann* in BK, Art. 28 Rdnr. 193, *Dreier* Art. 28 Rdnr. 81.

⁶²¹ *BVerfG*, B. v. 07.02.1991 – 2 BvL 24/84 –, *BVerfGE* 83, 363-395 (Krankenhausfinanzierungsumlage Rheinland-Pfalz), Rdnr. 67.

⁶²² *Ibidem*; s. auch *Nierhaus* in *Sachs*, Art. 28 Rdnr. 52.

⁶²³ Dies existiert in den Ländern Baden-Württemberg, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Schleswig-Holstein. Es geht zurück auf den Weinheimer Entwurf für eine einheitliche Gemeindeordnung von 1948.

⁶²⁴ *Mann* in BK, Art. 28 Rdnr. 194, m. w. Nachw.

5.3.1.4 In Betracht kommende betroffene Gemeindehoheiten

Bei der Definition der Reichweite des Schutzgehalts der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie werden daher typisierend die sog. Gemeindehoheiten (Gebietshoheit, Personalhoheit, Organisationshoheit, Planungshoheit, Satzungshoheit, Finanzhoheit sowie Steuerhoheit) herangezogen⁶²⁵. Es stellt sich daher die Frage, ob der Schutzgehalt durch eine bundesgesetzliche Ermittlungsverfahrensregelung jedenfalls insoweit eröffnet wäre. In Bezug auf die vorliegende Untersuchung käme eine Betroffenheit der Kommunen in mehrerer Hinsicht in Betracht:

5.3.1.4.1 Verpflichtende Satzungslösung im Schutzgehalt der Satzungshoheit?

Die sog. Satzungslösung ist an der Satzungshoheit als Ausfluss der Satzungsautonomie der Kommunen zu messen. Sie umfasst das Recht zum Erlass von Satzungen als zentralem Instrument kommunaler Steuerung. Da § 22a Abs. 1 S. 1 Alt. 2 SGB II indes auch eine potenzielle Verpflichtung der Kommunen durch Landesgesetz zum Erlass von KdU-Satzungen vorsieht, stellt sich die Frage, ob den Kommunen eine negative Satzungshoheit im Sinne eines Abwehranspruchs gegen eine solche Verpflichtung zusteht. Als Argument für eine Eröffnung des Schutzgehalts werden insoweit teilweise die hiermit einhergehenden Ermittlungs- und Begründungspflicht, sowie der Verlagerung der Entscheidungsbefugnis zwischen den Organen der Kommunen angeführt⁶²⁶.

Hierzu ist indes anzumerken, dass die in Art. 28 Abs. 2 GG ausdrücklich genannte Kompetenz des eigenverantwortlichen Regelns die Gemeinden aber grundsätzlich nicht auf eine bestimmte Handlungsform (z.B.

⁶²⁵ Insoweit besteht Uneinheitlichkeit darüber, ob die Gemeindehoheiten die Eigenverantwortlichkeit oder aber die örtlichen Aufgaben akzentuieren. Da der Meinungsstreit indes im Ergebnis für die vorliegende Untersuchung keine Bedeutung hat, erübrigt sich eine Stellungnahme.

⁶²⁶ Vgl. *Berlit* in *Münder*, § 22a Rdnr. 5.

Satzung) festlegt. Vielmehr ist mit diesem funktionalen Begriff das gesamte Spektrum kommunaler Handlungsformen gemeint⁶²⁷. Von der ganz h.M. im Schrifttum⁶²⁸ wird eine Verpflichtung zum Satzungserlass hingegen als grundsätzlich zulässig erachtet. Neben der Hauptsatzung gilt dies zum Beispiel auch für die Haushaltssatzung und die Bauleitplanung. Gerade letztere geht indes ebenfalls mit einem erheblichen Ermittlungsaufwand einher. Es ist überdies zu berücksichtigen, dass die Kommunen bereits im Regelungsregime des Angemessenheitsbegriffs nach § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II dieselben Ermittlungspflichten treffen, da sie nach der oben dargestellten Rechtsprechung zur Aufstellung eines schlüssigen Konzepts verpflichtet sind.

Die entgegenstehende Auffassung ist vor dem Hintergrund der weitestgehend anerkannten Dogmatik um die pflichtigen Selbstverwaltungsangelegenheiten auch nicht nachvollziehbar. Insoweit spricht viel dafür, dass durch die Verpflichtung zum Handlungsinstrument der kommunalen Satzung allein der Schutzgehalt der kommunalen Selbstverwaltung nicht berührt ist. Zu beachten ist dabei freilich, dass das Gleichbehandlungsgebot entsprechend auch zwischen Hoheitsträgern Anwendung findet und den Landesgesetzgeber insoweit dazu zwingen kann, die Kommunen nicht ungerechtfertigt ungleich zu behandeln⁶²⁹. Diese Frage kann im Ergebnis indes offenbleiben, wenn eine bundesgesetzliche Regulierung des Ermittlungsverfahrens schon gerechtfertigt wäre.

⁶²⁷ Schwarz in v. Mangoldt/Klein/Starck, Bd. 2 Art. 28 Rdnr 182.

⁶²⁸ S. nur Henneke, Art. 28 Rdnr. 116: „Gemeinden und Kreise können zum Erlass bestimmter Satzungen gesetzlich verpflichtet werden, z.B. der Hauptsatzung.“. So auch Dreier (wortgleich), zudem: „auch Anzeigepflichten und (punktuelle, nicht flächendeckende) Genehmigungsvorbehalte sind zulässig“, Dreier in Dreier, Bd. II, Art. 28 Rdnr. 134, unter Verweis auf die Ausführungen von Ipsen JZ 1990, 789 (792) und Weber, BayVBl. 1998, 327 (331 ff.); S. auch Mann in BK, Art. 28 Rdnr. 229.

⁶²⁹ S. z.B. BVerfG, B. v. 07.02.1991 – 2 BvL 24/84 –, BVerfGE 83, 363-395 (Krankenhausfinanzierungsumlage Rheinland-Pfalz, Rdnr. 99, m. w. Nachw.

5.3.1.4.2 Planungs- und Organisationshoheit

Eine weitergehende Ausgestaltung des Angemessenheitsermittlungsverfahrens durch den Bundesgesetzgeber könnte indes die Organisations- und Planungshoheit betreffen.

Die Planungshoheit umfasst die Befugnis, aufgrund von Analysen und Prognosen erkennbarer Entwicklungen Konzepte zu erarbeiten, die als Rahmen und Zielvorgaben für die Erledigung der eigenen Angelegenheiten dienen können⁶³⁰. Die Organisationshoheit gewährleistet die Befugnis der Kommunen zur eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte einschließlich der Art und Weise der Aufgabenerledigung, sowohl hinsichtlich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft als auch hinsichtlich der Erfüllung staatlich übertragener Aufgaben⁶³¹.

Bedeutsam wurde die Organisationshoheit auch im Zusammenhang mit dem oben dargestellten damaligen § 44b SGB II a.F., der eine Verpflichtung der Kommunen zur Zusammenarbeit in den Arbeitsgemeinschaften vorsah. Das Bundesverfassungsgericht⁶³² sah hierin eine Beeinträchtigung des Grundsatzes der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung der Kommunen, die zur Ausführung mit eigenen Einrichtungen, Personal, Sachmitteln und Organisation verpflichtet wurden. Wie gezeigt hat der Gesetzgeber durch Einführung des Art. 91e GG die verfassungsrechtlichen (Ausnahme-)Voraussetzungen geschaffen, um diese Form der Aufgabenwahrnehmung in den heutigen Jobcentern zu legitimieren.

Eine bundesweite Regulierung eines Angemessenheitsermittlungsverfahrens würde vor diesem Hintergrund aber jedenfalls den Schutzgehalt der kommunalen Selbstverwaltung berühren.

⁶³⁰ Mann in BK, Art. 28 Rdnr. 229

⁶³¹ Z.B. BVerfG, B. v. 07.02.1991 – 2 BvL 24/84 –, BVerfGE 83, 363-395 (Krankenhausfinanzierungsumlage Rheinland-Pfalz), Rdnr. 67; s. z.B. auch Henneke, Art. 28 Rdnr. 103.

⁶³² BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 –, BVerfGE 119, 331-394 (Hartz IV-Arbeitsgemeinschaft), Rdnr. 149 ff.

5.3.1.4.3 Grenze der aufgabenangemessenen Finanzausstattung

Schließlich bildet der Grundsatz der finanziellen Eigenverantwortung in seiner Ausprägung als Anspruch auf eine aufgabenangemessene Finanzausstattung gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG eine mögliche Regulierungsgrenze.

5.3.2 Eingriffsqualität gesetzlicher Verfahrensregulierung (Schranke)

Nachdem nunmehr geklärt ist, dass jedenfalls im Hinblick auf die Organisationshoheit der Kommunen bei einer bundesrechtlichen Regulierung der Schutzgehalt der kommunalen Selbstverwaltung betroffen wäre, ist im Folgenden der Frage nachzugehen, inwiefern diese einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff darstellen würde.

5.3.2.1 Gesetzgeberische Ausgestaltungsbefugnis und Eingriff durch Aufgabenzuweisung („im Rahmen der Gesetze“)

Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie wird „im Rahmen“ (Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 S.1 GG) und „nach Maßgabe“ (Gemeindeverbände nach Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG) der Gesetze⁶³³ gewährleistet. Sie findet mithin eine Schranke in (verfassungsgemäßen) Bundes- oder Landesgesetzen. Damit besteht ein Gesetzesvorbehalt⁶³⁴, der sich auf die Aufgabengarantie sowie die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung erstreckt. Dem Gesetzgeber steht es damit grundsätzlich frei, den Kommunen Aufgaben zuzuweisen, die inhaltliche Aufgabenerfüllung durch Vorgaben zu konkretisieren, aber eben auch Aufgaben durch Verlagerung an andere Kommunen oder auf die gesetzliche Ebene (sog. Hochzonung⁶³⁵) zu entziehen. Die Adressatenstellung des Gesetzesvorbehalts folgt aus der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung. Dies ist vorliegend der Bundesgesetzgeber. Würde der

⁶³³ „Gesetz“ i.d.S. meint jede Außenrechtsnorm, also auch neben den formellen (Parlaments-)Gesetzen auch materielle Gesetze wie z.B. Rechtsverordnungen.

⁶³⁴ Vgl. Henneke in GG, Art. 28 Rdnr. 64.

⁶³⁵ Vgl. *ibidem*, Rdnr. 98.

Bundesgesetzgeber – anders als mit der derzeitigen Ausgestaltung – konkrete Vorgaben zur Ermittlung der KdU-Angemessenheitsgrenze machen, würde eine ebensolche Konkretisierung erfolgen.

Allerdings kann eine solche Aufgabenzuweisung gleichwohl einen (rechtfertigungsbedürftigen) Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie darstellen⁶³⁶. Dies hat auch das BVerfG in seiner Entscheidung zu den SGB II-Arbeitsgemeinschaften aus dem Jahr 2007⁶³⁷ anerkannt, wenn hierdurch eine Einschränkung verbunden ist, die Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen, die zum verfassungsrechtlich geschützten (Kern-)Aufgabenbestand gehören.

Bejaht wird das Vorliegen eines Eingriffs überdies, wenn eine unmittelbare rechtliche (und keine bloße faktische⁶³⁸) Betroffenheit des Schutzgehalts erfolgt. Herrschend wird mithin die herkömmliche Definition eines Eingriffs im Zusammenhang mit der Grundrechtsdogmatik angewandt.⁶³⁹ Ein solcher ist daher gegeben bei jeder Regulierung, welche die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie mit sich bringt⁶⁴⁰.

Eine etwaige Normierung eines Angemessenheitsermittlungsverfahrens wäre nach dem oben Genannten folglich in der Lage, den Schutzgehalt der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zu beeinträchtigen.

⁶³⁶ So bereits *Petz* DÖV 1991, 320 (323 ff.), *Henneke*, DÖV 2005, 177 (183), *Dreier* in *Dreier* Art. 28 Rdnr. 120, *Nierhaus* in *Sachs* Art. 28 Rdnr. 71, ferner z.B. *VerfGH NRW*, Ur. v. 22.09.1992 – 3/91 –, juris, Rdnr. 48 ff.

⁶³⁷ *BVerfG*, Ur. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 –, BVerfGE 119, 331-394 (*Hartz IV-Arbeitsgemeinschaft*), Rdnr. 120 ff.

⁶³⁸ „Mittelbar faktische (reflexhaft)“, *Mehde* in *Maunz/Düring*, Art. 28 Rdnr. 102. Indes sind auch faktische Auswirkungen als Eingriff zu bewerten, wenn sich das betreffende Gesetz nach Bedeutung und Ziel an die Gemeinde richtet, vgl. *VerfGH NRW*, Ur. v. 09.06.1997 – 20/95 –, juris, Rdnr. 50.

⁶³⁹ Diese grundsätzliche Dogmatik ist auch in der Literatur herrschend, vgl. *Mehde* in *Maunz/Düring*, Art. 28 II Rdnr. 97; *Dreier* in *Dreier*, Art. 28 Rdnr. 109; *Mann* in *BK*, Art. 28 Rdnr. 244. Gleichwohl handelt es sich bei der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie wie dargestellt nicht um ein Grundrecht.

⁶⁴⁰ Vgl. *Mann* in *BK* Art. 28, 246, m. w. Nachw.

5.3.2.2 Schutzverkürzung für die Kreise („nach Maßgabe der Gesetze“)

Hierbei hat das BVerfG indes eine Differenzierung zwischen Kreisen und Gemeinden vorgenommen. Danach werde die Selbstverwaltung von Gemeinden bereits berührt, wenn eine Aufgabenzuweisung die Übernahme ihrer Selbstverwaltungsaufgaben erschwert. Kreisen stehe hingegen eine im Gegensatz hierzu abgeschwächte Rechtsposition zu. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG gewähre ihnen in der Regel gerade keinen Abwehranspruch gegen Veränderungen des gesetzlichen Aufgabenbestands. Da sie auf einen gesetzlichen Aufgabenbestand verwiesen seien, spreche eine Vermutung hier grundsätzlich gegen einen Eingriff und vielmehr (lediglich) für eine neue Umschreibung dieses Aufgabenbestands.

Ein Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie der Kreise liege erst dann vor, wenn die Übertragung einer neuen Aufgabe ihre Verwaltungskapazitäten derart in Anspruch nehme, dass sie nicht mehr ausreichen, um einen Mindestbestand an zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises wahrzunehmen, der für sich genommen und im Vergleich der zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht aufweise, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht werde⁶⁴¹. Exemplarisch benennt das BVerfG insoweit etwa die Trägerschaft für weiterführende Schulen, den Nahverkehr, die Abfallentsorgung oder die Krankenhausversorgung⁶⁴². Nach diesen Maßstäben würde eine gesetzliche Normierung

⁶⁴¹ BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 –, BVerfGE 119, 331-394 (Hartz IV-Arbeitsgemeinschaft), Rdnr. 120 ff.

⁶⁴² Umstritten ist, ob darüber hinaus auch freiwillige und weisungsfreie Pflichtaufgaben der Kreise dem Schutzbereich unterfallen und eine Regulierung mithin Eingriffsqualität aufweisen kann. Das BVerfG differenziert in der o.g. Entscheidung insoweit, da Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG lediglich an die vom Gesetzgeber zugewiesenen Aufgaben anknüpfe und sich hierin auch erschöpfe. Demgegenüber wird im Schrifttum überwiegend für eine Ausdehnung des Schutzbereichs auf freiwillige und weisungsfreie Pflichtaufgaben der Kreise plädiert, vgl. statt Vieler Henneke, Art. 28 Rdnr. 69, m. zahlr. w. Nachw.

der KdU-Angemessenheitsgrenze indes diesen Maßstäben gerecht werden. Sie weisen eine ähnlich hohe Bedeutung wie die Schulträgerschaft auf.

Umgekehrt kommt aber auch einem gesetzlichen Aufgabenentzug Eingriffscharakter zu. Die Grenze des zulässigen Aufgabenentzugs kann nämlich nicht erst dann angenommen werden, wenn sich positiv feststellen lässt, dass der den Gemeinden verbleibende Aufgabenbestand einer Betätigung ihrer Selbstverwaltung keinen hinreichenden Raum mehr belässt⁶⁴³.

Die Schutzeinschränkungen für die Gemeindeverbände ergeben sich mithin aus dem Umstand, dass ihnen durch das Grundgesetz zwar eine Eigenverantwortlichkeit, nicht aber eine Allzuständigkeit garantiert wird⁶⁴⁴. Schließlich wird ihr Aufgabenbestand durch den Gesetzgeber erst definiert.

Dann hat eine weitergehende gesetzliche Tatbestandskonkretisierung der KdU-Angemessenheitsgrenze aber grundsätzlich Eingriffscharakter. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine Regulierung geeignet wäre, die bisher methodische freie Ausgestaltung der Angemessenheitsgrenze durch die Kommunen zu beschränken. Sie würde nämlich ihren zugewiesenen Aufgabenbestand verkürzen.

5.3.3 Eingriffsrechtfertigung: Verbleib kommunaler Spielräume (Schranken-Schranke)?

Eine bundesgesetzliche Normierung der KdU-Angemessenheitsgrenze mit weitergehender Normtiefe kann grundsätzlichen Eingriffscharakter aufweisen. Durch den (bundes-)gesetzlichen Gesetzesvorbehalt kann eine Normierung aber auch eine rechtliche Grundlage haben. Indes ist auch diese nicht uferlos gewährleistet. Es herrscht dabei allerdings keine einheitliche Dogmatik zur Prüfung vor. Einerseits wird die sog. Lehre des Kern- und Randbereichs angewandt, andererseits geht diese

⁶⁴³ BVerfG, B. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83 –, BVerfGE 79, 127-161 (Rastede), Rdnr. 53.

⁶⁴⁴ Vgl. BVerwG, B. v. 28.02.1997 – 8 N 1/96 –, juris, Rdnr. 11.

in eine Anwendung der „klassischen“ Verhältnismäßigkeitsprüfung über. Im Folgenden soll beantwortet werden, ob den Kommunen bei Anwendung dieser Maßstäbe Spielräume zuzubilligen wären, oder ob der Gesetzgeber bei einer Gesetzesregulierung freie Hand hätte.

5.3.3.1 Lehre des Kern- und Randbereichs

Etabliert hat sich die dogmatische Differenzierung zwischen Eingriffen in den Kernbereich und solchen in den bloßen Randbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie. Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung den Rechtssatz übernommen⁶⁴⁵, eine Gemeinde dürfe nicht derart eingeschränkt werden,

*„dass sie innerlich ausgehöhlt wird, die Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung verliert und nur noch ein Scheindasein führen kann“.*⁶⁴⁶

Daher müsse den Kommunen ein unantastbarer Kernbereich verbleiben, der sich jeglicher gesetzlicher Einwirkung entzieht⁶⁴⁷. Insoweit bestehen dogmatische Ähnlichkeiten zur Wesensgehaltslehre von Gesetzesmaterien. Das Bundesverfassungsgericht führt nämlich aus, der Gesetzgeber sei gebunden, die überkommenen identitätsstiftenden Merkmale (den Wesensgehalt) der gemeindlichen Selbstverwaltung zu beachten:

⁶⁴⁵ Mann, BK, Art. 28 Rdnr. 252.

⁶⁴⁶ So den *Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich* zu Art. 127 der Weimarer Reichsverfassung, zitierend, s. *BVerfG*, Urt. v. 20.03.1952 – 1 BvR 267/51 –, *BVerfGE* 1, 167-184 (Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde) Rdnr. 9; das *BVerwG* verwendete in einem späteren Zitat den Begriff des „Schattendaseins“, s. *BVerwG*, B. v. 20.12.1989 – 7 B 181/89 –, *juris*, Rdnr. 8.

⁶⁴⁷ Z.B. *BVerfG*, B. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83 –, *BVerfGE* 79, 127-161 (Rastede), Rdnr. 40; *BVerfG*, B. v. 07.05.2001 – 2 BvK 1/00 –, *BVerfGE* 103, 332-391 (Landesnaturschutzgesetz Schleswig-Holstein), Rdnr. 123; *BVerfG*, B. v. 19.11.2002 – 2 BvR 329/97 –, *BVerfGE* 107, 1-27 (kommunale Verwaltungsgemeinschaften Sachsen-Anhalt), Rdnr. 45 ff.; *BVerfG*, B. v. 19.11.2014 – 2 BvL 2/13 –, *BVerfGE* 138, 1-33 (Schulnetzplanung), Rdnr. 55 ff.

*„Was herkömmlich das Bild der gemeindlichen Selbstverwaltung in ihren verschiedenen historischen und regionalen Erscheinungsformen durchlaufend und entscheidend prägt, darf weder faktisch noch rechtlich beseitigt werden“.*⁶⁴⁸

Eine trennscharfe Definition des Kernbereichs ist nicht möglich. Ein entsprechender Orientierungsansatz für die Wesentlichkeit ist indes das „Essentiale“, das man aus einer Institution nicht entfernen kann, ohne deren Struktur und Typus zu verändern⁶⁴⁹ und meint damit den traditionellen, eine Gemeinde prägenden gemeindlichen Aufgabenbereich⁶⁵⁰.

5.3.3.2 Zuordnung der KdU-Angemessenheitsgrenze zum Randbereich

Die Lehre des Kern- und Randbereichs ist aufgrund ihrer Konturunschärfen in der Literatur nicht unumstritten; teilweise wird etwa für eine direkte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes plädiert⁶⁵¹. Eine Auseinandersetzung mit dem Meinungsstreit kann indes für die vorliegende Untersuchung dahinstehen.

Zum einen wirken die oben genannten Einschränkungen des Gewährleistungsschutzes für Gemeindeverbände auch hier. Ihnen wird im Kernbereich durch Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG (lediglich) ein Bestand an überörtlichen, kreiskommunalen Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises zugestanden, der bei der Zuweisung staatlicher Aufgaben

⁶⁴⁸ BVerfG, B. v. 07.02.1991 – 2 BvL 24/84 –, BVerfGE 83, 363-395 (Krankenhausfinanzierungsumlage Rheinland-Pfalz), Rdnr. 65.

⁶⁴⁹ Die Definition geht auf *Stern* zurück, s. z.B. Staatsrecht I, S. 416 f. Sie wird etwa auch vom OVG S-H herangezogen, s. KommJur 2012, 12 (13 f.), BVerfG, B. v. 26.10.1994 – 2 BvR 445/91 –, BVerfGE 91, 228-245 (238 f.) zitierend.

⁶⁵⁰ Vgl. z.B. BVerfG, B. v. 07.02.1991 – 2 BvL 24/84 –, BVerfGE 83, 363-395 (Krankenhausfinanzierungsumlage Rheinland-Pfalz), Rdnr. 75.

⁶⁵¹ Z.B. Ipsen, ZG 1994, 194-212 (196 ff.); Frenz, Verw 28, 33-63 (34 ff.); aus einem anderen Blickwinkel, aber mit demselben Vorgehen in der neueren Literatur etwa: Hasemann-Trutzel, AbfallR 2014, 72-79 (73 ff.), sowie Hellermann, EnWZ 2012, 49-50; eine gute Übersicht findet sich bei Mann, in BK Art. 28, Rdnr. 258, dort m. zahlr. w. Nachw.

ein Gewicht haben muss, das der institutionellen Garantie des Kreises als Selbstverwaltungskörperschaft gerecht wird⁶⁵².

Zum anderen unterfällt die Ausgestaltung der Angemessenheitsgrenze der KdU auch unter Anwendung der o.g. Maßstäbe nicht dem Kernbereich gemeindlicher Selbstverwaltung. Zwar wurden die Unterkunftskosten Hilfebedürftiger – wie in der Eingangsanalyse gezeigt – über eine lange Zeit durch die Kommunen definiert; diese Aufgabe gehört, anders als etwa die klassische gemeindliche Daseinsvorsorge, indes nicht zum prägenden Element kommunaler Tätigkeit. Dies gilt schon vor dem Hintergrund, dass die KdU-Angemessenheitsgrenze Teil der übergeordneten und nach den Kompetenztiteln des Grundgesetzes den Gesetzgebern zugewiesenen Gesetzesmaterie der SGB II-Leistungen als Teil staatlicher Fürsorge sind. Sie weisen – wie oben dargestellt – allein in dem Punkt der Regionalität der Wohnungsmärkte einen Bezug zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auf. Würde die Freiheit der Methodenwahl bei der Bestimmung der Angemessenheitsgrenze nicht mehr bei den Kommunen liegen, entfielen mithin kein identitätsstiftendes Element.

Die Angemessenheitsgrenze der KdU ist mithin in der Dogmatik der Kern- und Randbereichslehre dem Randbereich kommunaler Selbstverwaltung zuzuordnen.

5.3.3.3 Verhältnismäßigkeit bundesgesetzlicher Harmonisierung

Indes ist der Gesetzgeber auch im Randbereich der kommunalen Selbstverwaltung in seiner Gestaltungsmöglichkeit nicht völlig frei. Er muss

⁶⁵² BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 –, BVerfGE 119, 331-394 (Hartz IV-Arbeitsgemeinschaft), Rdnr. 117.

vielmehr die allgemeinen verfassungsrechtlichen Schranken beachten, insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁶⁵³.

Mithin ist zu beantworten, ob eine bundesgesetzliche Ausgestaltung des Angemessenheitsbegriffs durch eine weitergehende Normtiefe die kommunale Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen unverhältnismäßig einschränken würde. Zu klären ist folglich, ob sie einem legitimen Zweck dienen und jeweils eine geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahme zur Erfüllung dieses Zwecks darstellen würden.

Dabei ist indes zu berücksichtigen, dass nach der oben dargestellten Normsystematik des Art. 28 Abs. 2 GG der Gesetzgeber bei der Veränderung gemeindeverbandlicher Aufgaben im Vergleich zu den Gemeinden einen größeren Gestaltungsspielraum hat⁶⁵⁴.

Im Randbereich der Organisationshoheit wird zudem im Hinblick auf organisatorische Vorgaben noch nicht einmal eine spezifische Rechtfertigung gefordert, solange ein hinreichender organisatorischer Spielraum bei der Wahrnehmung der einzelnen Aufgaben verbleibt⁶⁵⁵. Einige Landesverfassungsgerichte⁶⁵⁶ wenden hingegen auch insoweit den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an. Eine Stellungnahme hierzu erübrigt

⁶⁵³ Dies hat das *BVerfG* schon sehr früh ausgeführt, s. *BVerfG*, B. v. 24.06.1969 – 2 BvR 446/64 –, *BVerfGE* 26, 228-245 (Schulzweckverbandsausschluß Sorsum), Rdnr. 50; *BVerfG*, B. v. 07.10.1980 – 2 BvR 584/76 –, *BVerfGE* 56, 298-353 (Flugplatz Memmingen), Rdnr. 45; ohne es ausdrücklich zu benennen methodisch: *BVerfG*, B. v. 23.06.1987 – 2 BvR 826/83 –, *BVerfGE* 76, 107-124 (kommunale Planungshoheit, Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen), Rdnr. 41; *BVerfG*, B. v. 07.02.1991 – 2 BvL 24/84 –, *BVerfGE* 83, 363-395 (Krankenhausfinanzierungsumlage Rheinland-Pfalz, Rdnr. 98, 382; *BVerfG*, B. v. 19.11.2002 – 2 BvR 329/97 –, *BVerfGE* 107, 1-27 (kommunale Verwaltungsgemeinschaften Sachsen-Anhalt), Rdnr. 79; *BVerfG*, B. v. 08.12.2009 – 2 BvR 758/07 –, *BVerfGE* 125, 104-141 (Personenbeförderung Ausgleichsbetrag), Rdnr. 83.

⁶⁵⁴ *BVerfG*, B. v. 07.02.1991 – 2 BvL 24/84 –, *BVerfGE* 83, 363-395 (Krankenhausfinanzierungsumlage Rheinland-Pfalz, Rdnr. 84; *Tettinger/Schwarz* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 28 Rdnr. 237; *Lusche*, S. 131.

⁶⁵⁵ Z.B. *BVerfG*, B. v. 26.10.1994 – 2 BvR 445/91 –, *BVerfGE* 91, 228-245 (kommunale Gleichstellungsbeauftragte), Rdnr. 38; *LVerfG LSA*, Ur. v. 20.01.2000 – 53/98 –, juris, Rdnr. 100 f.

⁶⁵⁶ *NdsStGH*, Ur. v. 13.03.1996 – 1/94 –, juris; *VerfGH NRW*, Ur. v. 15.01.2002 – 40/00 –, juris, Rdnr. 36.

sich indes, wenn sich auch bei Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung kein Verstoß gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ergibt.

5.3.3.3.1 Legitime Zwecke und Geeignetheit

Zunächst ist erforderlich, dass das Handeln des Gesetzgebers einem am Gemeinwohl⁶⁵⁷ orientierten, legitimen Zweck dient⁶⁵⁸. Zu beachten ist indes, dass dem Gesetzgeber bei der Definition der Gemeinwohlziele eine weitreichende Einschätzungsprärogative zugestanden wird, welche auch die Befugnis beinhaltet, Gemeinden nach unterschiedlicher Ausdehnung, Einwohnerzahl und Struktur zu typisieren⁶⁵⁹.

Im Fall der Regulierung eines Ermittlungsverfahrens für die Angemessenheit der KdU läge (ähnlich wie im Fall einer bundesweiten Pauschalierung) ein Zweck darin, eine einheitliche (empirische) Handhabung der Datenerhebung, -auswertung und Aussonderung des einfachen Segments zu gewährleisten und das Angemessenheitsverfahren damit zu harmonisieren. Vorstellbar wäre es, dass der Gesetzgeber in Analogie zum Regelbedarfsermittlungsgesetz für die Kommunen verbindliche Maßgaben darüber aufstellt, wie ihre jeweiligen Wohnungsmärkte zu erfassen und auszuwerten sind. Damit wäre zugleich eine einheitliche Rechtsanwendung gewährleistet. Dies würde die Instanzgerichte der Sozialgerichtsbarkeit, zumindest in qualitativer Hinsicht, entlasten. Ob hieraus auch eine quantitative Entlastung resultieren würde, ist

⁶⁵⁷ Vgl. *BVerfG*, B. v. 12.01.1982 – 2 BvR 113/81 –, BVerfGE 59, 216-231 (Söhlde), Rdnr. 35. Dem Verfahren lag eine durch Gesetz regelte gemeindliche Namensänderung zugrunde.

⁶⁵⁸ Z.B. *BVerfG*, B. v. 23.06.1987 – 2 BvR 826/83 –, BVerfGE 76, 107-124 (Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen), Rdnr. 45; Methodisch ging das *BVerfG* auch in seinem Argen-Urteil so vor: *BVerfG*, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 –, BVerfGE 119, 331-394 (Hartz IV-Arbeitsgemeinschaft).

⁶⁵⁹ *BVerfG*, B. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83 –, BVerfGE 79, 127-161 (Rastede), Rdnr. 64; *BVerfG*, B. v. 07.02.1991 – 2 BvL 24/84 –, BVerfGE 83, 363-395 (Krankenhausfinanzierungsumlage Rheinland-Pfalz, Rdnr. 68; *BVerfG*, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 –, BVerfGE 119, 331-394 (Hartz IV-Arbeitsgemeinschaft), Rdnr. 148.

schwer zu beantworten, da die Angemessenheit der KdU selten der einzige Streitgegenstand bei Auseinandersetzungen Hilfebedürftiger mit den Trägern sein dürften. Jedenfalls würde es damit aber zu einer besseren Justitiabilität der Angemessenheitsgrenze führen. Es ist davon auszugehen, dass hiermit auch eine größere gesellschaftliche Akzeptanz einhergehen würde.

Da diese Zwecke an sich nicht gegen die Wertung des Grundgesetzes verstoßen, sind sie als legitim zu qualifizieren. Eine bundesweite Harmonisierung des Ermittlungsverfahrens wäre wie gezeigt geeignet, diese Zwecke zu erreichen.

5.3.3.3.2 Erforderlichkeit: Wahl vorgegebener Methoden?

Fraglich ist, ob zur Erfüllung des Regulierungszwecks andere gleich geeignete, die Kommunen weniger einschränkende Alternativen zur Verfügung stünden.

Grundsätzlich denkbar wäre es etwa, den Kommunen mehrere gesetzliche Methodenoptionen einzuräumen und ihnen insoweit die Wahl der für „ihren“ Wohnungsmarkt passenden Methode zu ermöglichen. Inhaltlich käme dies in etwa einer Nachbildung der bereits jetzt bestehenden Satzungsermächtigung gleich, die eine gesetzliche Übernahme der Vorgaben der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts beinhaltet.

Will der Gesetzgeber eine bundeseinheitliche Regulierung, kommt jedoch nur die Festlegung eines einzigen Ermittlungsverfahrens (gegebenfalls unter Berücksichtigung der Kommunengröße) bei Wegfall der methodischen Wahlfreiheit für die jeweiligen kommunalen Träger in Betracht. Weniger einschneidende Möglichkeiten, eine Harmonisierung zu realisieren, existieren mithin nicht.

5.3.3.3.3 Angemessenheit

Damit ist die Frage der Angemessenheit einer bundeseinheitlichen Regulierung zu klären. Verhältnismäßig im engeren Sinn ist diese nur dann, wenn die mit der Maßnahme verbundenen Nachteile nicht außer

Verhältnis zu ihren Vorteilen stehen. Die Vor- und Nachteile sind in eine umfassende Abwägung einzustellen und anhand der bereits herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Vorgaben zu gewichten. Den Prüfungsrahmen hat das BVerfG in seinem Rastede-Beschluss wie folgt gezogen:

„Im Streitfall ist zu prüfen, ob die gesetzgeberische Einschätzung von Maß und Gewicht der örtlichen Bezüge einer Aufgabe in Ansehung des unbestimmten Verfassungsbegriffs "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" vertretbar ist. Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist dabei umso enger und die gerichtliche Kontrolle umso intensiver, je mehr als Folge der gesetzlichen Regelung die Selbstverwaltung der Gemeinden an Substanz verliert.“⁶⁶⁰

aa)

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass offensichtliche praktische Schwierigkeiten bei der Findung der Angemessenheitsgrenze existieren, die sich insbesondere in den ländlichen Kommunen manifestieren. Zudem zeigte die Rechtsprechungsanalyse auf, dass die Konzepte derjenigen Kommunen, in denen keine Mietspiegel existieren, in gesteigertem Maß Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen sind.

Weiterhin ist festzustellen, dass die Länder von der Möglichkeit der Satzungsermächtigung weitestgehend keinen Gebrauch gemacht haben.

Sozialpolitisch besteht zudem der Befund, dass die Kommunen Unsicherheiten bei Erstellung ihrer Konzepte empfinden. Es besteht mithin durchaus ein Regulierungsbedürfnis aus dem Akteurkreis der Kommunen. Derartige Unklarheiten würden durch ein bundesweites Ermittlungsverfahren beseitigt werden. Angesichts einer zu erwartenden höheren Akzeptanz würde wie gezeigt eine Entlastung der Gerichte mit einer solchen Harmonisierung einhergehen.

⁶⁶⁰ BVerfG, B. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83 –, BVerfGE 79, 127-161 (Rastede), Rdnr. 64.

bb)

Auf der anderen Seite lag der Grund für eine Ausgestaltung als unbestimmter Rechtsbegriff in den jeweiligen regionalen Besonderheiten der Wohnungsmärkte. Ginge es nur um eine Erhebung der Daten und gäbe es nur eine in Betracht kommende empirische Methode, so wäre es denkbar, seitens des Bundesgesetzgebers nur diese vorzugeben. Die vorliegende Untersuchung hat indes gezeigt, dass gerade keine empirisch zwingende Methode existiert. Selbst im Mietrecht hat der Bundesgesetzgeber für die empirische Erstellung von Mietspiegeln eine Methodenfreiheit vorgesehen.

cc)

Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Wirkungsbereich der Kommunen im Rahmen der eingeräumten Schutzgehaltsgewährleistung des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG in weiten Teilen durch den Bundesgesetzgeber erst determiniert wird. Dementsprechend gesteht das Grundgesetz dem Gesetzgeber bei der Umgestaltung kreiskommunaler Aufgaben einen größeren Gestaltungsspielraum zu⁶⁶¹. Entschiede er sich für die Vorgabe eines bestimmten Ermittlungsverfahrens, so stieße diese Entscheidung dann an ihre Grenzen, wenn dies eine willkürliche Entscheidung darstellen würde. Angesichts der Tatsache, dass es mehrere empirisch denkbare Wege der Angemessenheitsermittlung vorhanden sind, gibt es andererseits keinen Anhaltspunkt dafür anzunehmen, dass die kommunalen Träger zur Wahl einer besseren Methode in der Lage sind als der Bundesgesetzgeber.

dd)

Überdies handelt es sich – wie herausgearbeitet – um eine Regelungsmaterie, die allein den Randbereich der kommunalen Selbstverwaltung berührt. Entzieht man den kommunalen Trägern die Möglichkeit, eine

⁶⁶¹ Vgl. *BVerfG*, B. v. 07.02.1991 – 2 BvL 24/84 –, *BVerfGE* 83, 363-395 (Krankenhausfinanzierungsumlage Rheinland-Pfalz, Rdnr. 68; *Mann*, BK, Art. 28, Rdnr. 265; *Lusche*, S. 78 f.

eigene Angemessenheitsgrenze der KdU aufzustellen, ist ihre institutionelle Existenz nicht gefährdet.

Hier ist zu beachten, dass der Gesetzgeber auch im Hinblick auf die Frage der Überörtlichkeit einer Regelungsmaterie einen Einschätzungsspielraum hat⁶⁶².

Der Kernbereich der Organisationshoheit wird (nur) dann berührt, wenn sie eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit der Kommunen im Ergebnis ersticken würde. Hier ist allein der Randbereich der Organisationshoheit betroffen. Dabei sind, wenn möglich, kommunale Spielräume zu belassen. Will man eine bundesweite Harmonisierung, ist der Verbleib von Spielräumen indes gerade nicht möglich.

ee)

Vor diesem Hintergrund ist das Interesse der Kommunen an der Beibehaltung von Spielräumen bei der Gestaltung eines bundesweit harmonisierten Ermittlungsverfahrens nicht so schwerwiegend, dass es das legitime Gemeinwohlinteresse an einer transparenten, höher akzeptierten Harmonisierung überwiegen würde, insbesondere wenn man die Gestaltungsprärogativen des Gesetzgebers durch die grundgesetzliche Wertung, diesen die soziale Fürsorge kompetenzrechtlich zuzuweisen mitberücksichtigt.

5.3.3.4 Ergebnis: Keine ungerechtfertigte Beeinträchtigung der kommunalen Selbstverwaltung

Damit ist im Ergebnis festzuhalten, dass eine bundesgesetzliche Harmonisierung nicht durch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie der Gemeindeverbände limitiert wäre. Sie würde nicht den Kern-, sondern den Randbereich kommunaler Selbstverwaltung betreffen und den Gemeindeverbänden keinen identitätsprägenden Aufgabentypus entziehen.

⁶⁶² Vgl. Henneke in GG, Art. 28 Rdnr. 98, m.w.Nachw.

5.4 Fazit: Steuerungsmöglichkeiten der Länder und bundesgesetzliche Regulierungsfreiheit

Damit ist die Frage beantwortet, inwieweit die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gesetzgeberisches Handeln im Bereich der KdU-Angemessenheitsgrenze einschränkt. Die Frage kommunaler Spielräume stellte sich im Übrigen schon nach dem jetzigen Modell des unbestimmten Rechtsbegriffs in dogmatischer Hinsicht bei der Prüfung, ob die Kommunen Beurteilungsspielräume bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Angemessenheit haben. Dies wird von der Rechtsprechung und der herrschenden Literatur ebenfalls verneint. Es lässt sich resümieren:

1.

Die Länder haben keine Möglichkeit, ein eigenes Ermittlungsverfahren mittels landesgesetzlicher Regelungen einzuführen. Ihnen steht aber mit der Satzungsermächtigung, bzw. -verpflichtung ein Instrument zur Einführung einer materiellgesetzlichen Obergrenze in den bundesgesetzlich vorgegebenen Bahnen zur Verfügung. Nach dieser Maßgabe können die Kommunen im Übrigen bestimmen, welches Verfahren zur Anwendung kommt.

2.

Der Bundesgesetzgeber ist durch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nicht daran gehindert, ein bundesweites Ermittlungsverfahren zu regulieren. Da es keinen zwingenden empirischen Methodenweg gibt, hat der Gesetzgeber hierbei die Wahl zwischen mehreren Modellen mit unterschiedlicher normativer Reichweite.

6 Ergebnisse und Ausblick

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass der Themenkomplex der Unterkunftskosten von SGB II-Leistungsempfänger*innen vielschichtig ist. Dies gilt zum einen in Bezug auf die verfassungsrechtlichen Akteure. Zum anderen hat die Untersuchung mit der hohen Bedeutung der gerichtlichen Rechtsauslegung auch eine prozessuale Dimension aufgezeigt. Überlagert wird der Problemkomplex zudem von dem nach wie vor aktuellen empirischen Befund einer sinkenden Verfügbarkeit kostengünstigen Wohnraums. Dieser ist indes nicht der Gruppe der Bedürftigen vorbehalten, sondern wird auch von geringverdienenden Beschäftigten, sowie z.B. Studierenden nachgefragt.

1.

Dies ist indes kein spezifisch SGB II-bezogener Zustand. Für die Steuerung der Wohnungsmärkte und entsprechende Anreizsetzung zur Schaffung preiswerteren Wohnraums sind die KdU-Angemessenheitsgrenzen im Ergebnis im Grunde auch nur ein bedingt taugliches Instrument. Jenseits ihrer Ausprägung als Grundrecht auf Obdach dienen sie nämlich dem Zweck, einen Bereich verfügbaren Wohnraums für Bedürftige zu limitieren. Sie können Wohnraum aber nicht schaffen.

Die politische Einflussnahme auf Preisentwicklungen der Wohnungsmärkte ist eine der großen sozialpolitischen Herausforderungen unserer Zeit. Es überrascht daher nicht, dass das Thema in mehreren Landtagswahlkämpfen eine große Bedeutung erlangt hat und perspektivisch wohl auch im Rahmen der Bundestagswahl ein erhebliches Gewicht haben wird. Politisch wird kritisiert, dass sich auch in diesem Bereich die negativen Effekte einer Privatisierung zeigen, beispielsweise durch die Hergabe von Wohnungsbaugesellschaften aus der öffentlichen Hand und den Einfluss großer Investorengruppen auf die Preisgestaltung der örtlichen Märkte.

Tauglichere Steuerungsmöglichkeiten und Lösungsansätze dürften indes nicht im Sozialrecht, sondern vielmehr im Mietrecht und in der (finanz-)wirtschaftlichen Steuerung zu finden sein. Warum sollte eine Steuerung auch ausgerechnet „von unten nach oben“ erfolgen? Sinnvoller erscheint es, der Möglichkeit zur Spekulation mit Immobilien größere Grenzen zu setzen. Die sog. Mietpreisbremse ist ein sinnvoller Ansatz, muss indes für eine verbesserte Wirkung effektiver ausgestaltet werden. Auch andere mietrechtliche Steuerungsmöglichkeiten, wie etwa ein Modernisierungsumlagenverbot bieten mehr Einflussmöglichkeiten als der Versuch, den Wohnungsmarkt über die Angemessenheitsgrenze zu beeinflussen.

2.

Sozialpolitisch geht der Bezug von SGB-Leistungen mit einem erheblichen Stigmatisierungsgrad einher. Das hiermit einhergehende Erfordernis eines Unterkunftswechsels führt regelmäßig zu einem Ansehensverlust. An keiner anderen Stelle zeigt sich der gesellschaftliche „Treppenfall“ wie bei der Aufforderung, aus der derzeit bewohnten Unterkunft ausziehen zu müssen, da diese nicht angemessen ist. Diese Stigmatisierungseffekte sollen zwar möglichst weitestgehend abgefedert werden, sind politisch indes aber auch in Kauf genommen. Sie sind im Kern dem Umstand geschuldet, dass Vollzeit-Erwerbstätigkeit und Hilfebedürftigkeit nach dem SGB II sich zur gesellschaftlichen Akzeptanz offenbar nach außen sichtbar unterscheiden sollen.

Der Frust über den tiefen Fall durch die Sozialsysteme ist mir durch jahrelange Tätigkeit in der Prozessvertretung an seinem scharfen Ende vor Augen geführt. Das vorwiegend auf kommunale Ebene wahrgenommen Problem der KdU-Angemessenheitsgrenze ist damit im Ergebnis aber auch Auswirkung der Einführung des SGB II. Ein Ansatz zur Entzerrung des Problems findet sich (wie häufig im Sozialrecht) an der Schnittstelle zwischen den unterschiedlichen Systemen. Der Übergang aus der Arbeitslosenversicherung zur Grundsicherung wird in der Praxis als besonders rasant wahrgenommen. Besonders getroffen fühlen sich die Personen, die langjährig erwerbstätig gewesen sind, indes

unterschiedslos nach dem einjährigen Bezug kein Arbeitslosengeld mehr erhalten. Hier bietet sich eine sozialpolitische Stellschraube, um eine kommunale Entlastung bei den KdU herbeizuführen.

3.

Die vorliegende Arbeit hat zudem gezeigt, dass die derzeitige Rechtslage zwei im Grundsatz unterschiedliche sozialpolitische Instrumente vorsieht, um die Angemessenheit der KdU zu regeln: einen bedarfsorientierten Ansatz sowie den Ansatz der Pauschalierung. Der verbindende Schlüsselfaktor beider Systeme ist indes die Verfügbarkeit von Wohnraum am jeweiligen Wohnort Hilfebedürftiger. Die Möglichkeit der Pauschalierung von Leistungen kann die Träger freilich nicht von der Prüfung entbinden, ob zum pauschal bewilligten Preis auch tatsächlich Unterkünfte am Wohnort vorhanden sind. Wie gezeigt berührt die Frage der Verfügbarkeit nämlich nicht die Obergrenze, sondern die Untergrenze des Schutzbereichs des Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum.

Es haben sich im Zuge der vorliegenden Untersuchung zwei Ansatzmöglichkeiten gezeigt, dieses Problem zu lösen: ein empirischer Ansatz und ein prozessualer Ansatz. In den Bahnen der derzeitigen dogmatischen Ausgestaltung gesprochen: Auf der abstrakten Angemessenheitsebene wirkt die empirische, auf der konkreten Angemessenheitsebene wirkt die prozessuale Stellschraube.

Beide sind letztlich aber miteinander verbunden, weil die dahinterstehende Grundvoraussetzung dieselbe ist: Der Staat muss garantieren, dass eine Wohnung zum aufgerufenen Preis zur Verfügung steht. An welcher Stelle diese Prämisse dogmatisch umgesetzt wird, ist insoweit unerheblich.

Es ist indes nicht ersichtlich, warum als zusätzlicher Kontrollmechanismus nicht eine Beweislastumkehr zugunsten Hilfebedürftiger auf der Ebene der konkreten Angemessenheit Berücksichtigung finden sollte. Wie die Rechtsprechungsanalyse ergeben hat, ist dies letztlich eine Auslegungsfrage. Sozialpolitisch kann ein Anhaltspunkt im Ansatz des

„Fördern und Fordern“ gesehen werden. Ob dieser Leitsatz in der aktuellen sozialpolitischen Diskussion weiter Bestand haben wird, bleibt abzuwarten.

Die derzeitige Auslegung ist mit Fragen der Reichweite des (sozialgerichtlichen) Amtsermittlungsgrundsatzes verbunden. Im – informellen – Dialog mit Richter*innen der Sozial- und der Verwaltungsgerichtsbarkeit ergibt sich instanzübergreifend ein divergierendes Verständnis der Reichweite dieses Grundsatzes, der im Sozialrecht (zu Recht) als weitergehender gelebt wird.

Die derzeit angenommene Variante eines „Anscheinsbeweises“ für verfügbaren Wohnraum gründet wie gezeigt in der empirischen Ausschärfung des abstrakten Angemessenheitsbegriffs durch das Bundessozialgericht. Dies ist an sich wie gezeigt auch nicht zu beanstanden. Bei Annahme einer funktionierenden abstrakten empirischen Ermittlung stünde ein „Systemfehler“ durch Einzug einer echten konkreten Verfügbarkeitskontrolle indes aber auch nicht zu befürchten. Warum also die Träger nicht in die zusätzliche Pflicht nehmen, beispielhafte Wohnungsalternativen schon in eine Kostensenkungsaufforderung aufzuführen?

4.

Die vorliegende Untersuchung hat überdies aufgezeigt, dass es den einen empirischen Weg nicht gibt: weder zur Ermittlung des bestehenden Wohnungsmarktes noch zur Bildung einer Angemessenheitsobergrenze. Da es hierfür keine weitergehenden Anhaltspunkte im Gesetz gibt, hat das Bundessozialgericht seine verfassungsrechtliche Rolle ernst genommen und insoweit auch kein Recht gesetzt, sondern lediglich gefordert, nachvollziehbare Empirie zu betreiben. Der gewählte Ansatz hält aus diesem Grund wie dargestellt einer verfassungsrechtlichen Untersuchung stand.

Bei der derzeitigen rechtlichen Ausgestaltung ist die so „ingeräumte“ Methodenvielfalt verfassungsrechtlich der einzig gangbare Weg. Ohne normative Setzungen kommt die Rechtsprechung wie gezeigt hierbei

nicht aus. Dies ist indes die zwingende Folge der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und folgt der Hinnahme „schöpferischer“ Rechtsfindung.

Sie ist angesichts der Vielfalt möglicher empirischer Gestaltungen aber auch sozialpolitisch sinnvoll, da nur so sichergestellt wird, dass der Regionalität der Wohnungsmärkte hinreichend Rechnung getragen wird.

5.

Wollte man eine empirische Ausgestaltung in die Form eines (materiellen) Gesetzes gießen, so haben sich für den Themenkreis der KdU-Angemessenheitsgrenze derzeit drei unterschiedliche Akteure ergeben: Die Kommunen, sowie der Landes- und der Bundesgesetzgeber. *De lege lata* ist allein eine Regelung durch die Kommunen, bzw. (mittelbar) die Länder vorgesehen.

Ein wesentlicher Vorteil der Satzungslösung ist dabei die erhöhte Transparenz durch das in § 22b Abs. 2 SGB II vorgesehene Begründungserfordernis. Sie wird als sozialpolitisches Instrument indes bisher nicht angenommen. Dabei bietet eine Regelung durch Satzung den Vorteil, eine juristisch „breitere“ Wirkung zu erzielen. Schließlich wirken Entscheidungen mit inzident angegriffenen KdU-Verwaltungsvorschriften grundsätzlich allein zwischen den Verfahrensbeteiligten. Schließen diese zur Beilegung des Rechtsstreits einen gerichtlichen Vergleich, erreichen die Prozessergebnisse andere Leistungsempfänger*innen nicht.

6.

Unterschiede entstehen mithin auch durch die unterschiedlichen Rechtsschutzmöglichkeiten. Der bisher in der Praxis favorisierte Weg der Angemessenheitsgrenze verortet diese dogmatisch im Rahmen einer Inzidentprüfung eines individualrechtlichen Anspruchs. Eine kommunale Satzung ist (neben dieser weiterhin bestehenden Möglichkeit der Inzidentprüfung) hingegen auch isoliert mit dem Instrument des

Normenkontrollverfahrens nach § 55a SGG überprüfbar. Dieser prozessuale Unterschied wirkt sich indes aus: Das individualrechtliche Verfahren hat zunächst nur Wirkung inter partes. Diese Wirkungen treten im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens nicht auf.

7.

Die Länder selbst dürfen kompetenzrechtlich keine eigenen Regeln zur Ermittlung der Angemessenheitsgrenze aufstellen, da der Bundesgesetzgeber durch die Einführung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Angemessenheit in § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II eine bewusst offene, abschließende Regelung getroffen hat.

8.

Dem Bundesgesetzgeber wäre es darüber hinaus auch unter Berücksichtigung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nicht verwehrt, jenseits der Satzungslösung ein Ermittlungsverfahren gesetzlich vorzuschreiben. Insoweit ist zwar der Schutzgehalt kommunaler Selbstverwaltung durch einen örtlichen Bezug und die mit der Vorgabe der Methodenwahl verbundene veränderte organisatorische Aufgabenzuweisung berührt. Dies betrifft indes nur den Randbereich der auch den Gemeindeverbänden grundsätzlich gewährleisteten Eigenverantwortlichkeit und wäre durch den überwiegenden Gemeinwohlzweck der Harmonisierung der Fürsorgevorschriften gerechtfertigt. Hiervon losgelöst stieße eine Regelung freilich dann an ihre Grenzen, wenn den Kommunen bei der Ausführung ihres so modifizierten Aufgabenbestandes keine ausreichenden Finanzmittel zur Verfügung gestellt würden.

Vergleicht man die bestehenden Regulierungsmöglichkeiten, erscheint eine bundeseinheitliche Regulierung – jenseits der rechtlichen Zulässigkeit – allerdings nicht als der sozialpolitisch sinnvollste Weg. Befasst man sich mit den Chancen, welche die Satzungslösung der §§ 22a ff. SGB II demgegenüber bietet, ist es nicht nachvollziehbar, warum von dieser bereits bestehenden Möglichkeit nicht in größerem Maße Gebrauch gemacht wird. Sie stellt unter allen in dieser Arbeit erwogenen Instrumenten diejenige dar, welche den Kommunen nötige Spielräume

bei der Ausgestaltung der Angemessenheitsgrenzen „ihrer“ Wohnungsmärkte belässt.

In jüngerer Zeit hat sich die Fülle gerichtlicher Auseinandersetzungen zum Themenfeld der KdU-Angemessenheitsgrenze ein wenig entspannt. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass eine faktische Harmonisierung der Methoden durch die Beauftragung einiger weniger hierauf spezialisierter Dienstleister durch die Kommunen stattfindet, deren Konzepte zuletzt auch einer höchstrichterlichen Überprüfung standgehalten haben⁶⁶³.

Für die Zukunft wäre es wünschenswert, wenn die Länder diese Entwicklung zum Anlass nehmen würden, den Weg für diese mittlerweile erprobten Konzepte durch kommunale Satzungen zu gestalten.

Grégory Garloff

⁶⁶³ Vgl. hingegen die zwischenzeitlich vorliegende Entscheidung des BSG, Urt. v. 30.01.2019 - B 14 AS 24/18 R -, BSGE 127, 214-223.

Literatur

- Adamy, Wilhelm - „Steigende Belastungen der Kommunen durch Hartz IV“, SozSich 2010, S. 245-254;
- Adolph, Olgierd (Hrsg.) - „SGB II, SGB XII, Asylbewerberleistungsgesetz - Kommentar“, Loseblattsammlung, Hüthig Jehle Rehm (Heidelberg), Stand: 105. Lieferung, September 2018;
- Aigner, Konrad/Oberhofer, Walter/Schmidt, Bernhard - „Eine neue Methode zur Erstellung eines Mietspiegels am Beispiel der Stadt Regensburg“, WuM 1993, S. 16-21;
- Alles, Roland - „Die Ermittlung ortsüblicher Vergleichsmieten - Neue Ansätze und Methoden“, WuM 1988, S. 241-245;
- Axer, Peter - „Sozialgerichtliche Kontrolle untergesetzlicher Normen - Zur Normenkontrolle nach § 55a SGG und zur zeitlichen Verlagerung des Rechtsschutzes, insbesondere nach § 56a SGG“, SGB 2013, S. 669-676;
- Barczak, Tristan - „Legislativbefugnisse im Lückenbereich - Eine verfassungsrechtliche und rechtstheoretische Kritik an der Verdrängung der Gesetzgebungskompetenz der Länder durch "absichtsvollen Regelungsverzicht", ZG 2016, S. 154-179;
- Baufeld, Stefan - „Zur Fortschreibung der Konzepte zur Bestimmung der angemessenen Kosten der Unterkunft - Zugleich eine Besprechung von BSG, Urteil vom 12. Dezember 2017 - B 4 AS 33/16 R“, Sozialrecht aktuell 2018, S. 169-174;
- Berlit, Uwe - „Sicherung einheitlicher Unterkunftskostengewährung durch Rechtsprechung (insb. des BSG) und kommunale Vielfalt?“, info also 2010, S. 195-204;

Grégory Garloff / Die Angemessenheit von Unterkunftskosten nach dem SGB II im Spannungsfeld zwischen den Staatsgewalten

Birk, Ulrich-Arthur / Armbrorst, Christian/ Brühl, Albrecht/ Conradis, Wolfgang/Hofmann, Albert/ Kraemer, Utz/ Münder, Johannes/ Roscher, Falk/ Schoch, Dietrich - „Bundessozialhilfegesetz - Lehr- und Praxiskommentar (LPK-BSHG), 6. Aufl., Nomos (Baden-Baden) 2003;

Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR) - „Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln“, 2. Aufl. 2014;

Burgi, Martin - „Kommunalrecht“, 5. Aufl. C.H. Beck (München) 2015;

Butzer, Hermann/Keller, Ulf - „Grundsicherungsrelevante Mietspiegel" als Maßstab der Angemessenheitsprüfung nach § 22 SGB 2“, NZS 2009, S. 65-71;

Clar, Michael - „Tabellen - versus Regressionsmethode bei der Mietspiegelerstellung - Andante?“, WuM 1992, S. 662-666;

Coester Ruth - „Dauerthema Angemessenheit der Unterkunftskosten“, RdLH 2018, S. 8-9;

Deutscher Verein für Öffentliche und Private Fürsorge - „Stellungnahme des Deutschen Vereins zur Diskussion über eine Pauschalierung der Leistungen für Unterkunft und Heizung in der Grundsicherung für Arbeitsuchende“, NDV 2010, S. 163-167;

Dreier, Horst - „Grundgesetz Kommentar: GG - Band II: Artikel 20-82“, 3. Aufl. Mohr Siebeck (Tübingen) 2015;

Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann (Hrsg.) - „Besonderes Verwaltungsrecht - Band 3“, 3. Aufl., C.F. Müller (Heidelberg) 2013;

Eicher, Wolfgang/Luik, Steffen (Hrsg.) - „SGB II - Grundsicherung für Arbeitsuchende - Kommentar“, 4. Aufl., C.H. Beck (München) 2017;

Emmenegger, Sigrid/Wiedmann, Ariane - „Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern - Band 2“, De Gruyter (Berlin) 2011;

- Frenz, Walter – „Gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie und Verhältnismäßigkeit“, Verw 28, 33-63 (1995);
- Frohwerk, Arno - „Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR“, Mohr Siebeck (Tübingen) 2012;
- Fuchsloch, Christine – „Anmerkung zum Urteil des BSG vom 07.11.2006, Az.: B 7b AS 18/06 (Kosten der Unterkunft)“, SGB 2007, S. 550-551;
- Gautzsch, Holger – „Die Bedeutung von Mietspiegeln und modernisierungsbedingten Mieterhöhungen für die Bestimmung der Kosten der Unterkunft gemäß SGB II und SGB XII“, WuM 2011, S. 603-610;
- Gautzsch, Holger – „Kosten der Unterkunft gem. SGB II und SGB XII“, NZM 2011, S. 497-508;
- Gebhardt, Ihno – „Das kommunale Selbstverwaltungsrecht - Verfassungsrechtliche Maßstäbe und verfassungsgerichtliche Maßstabbildung für kommunale Gebietsformen, staatliche Aufgabenverlagerungen und Ausgestaltungen des kommunalen Finanzausgleichs“, 1. Aufl., Nomos (Baden-Baden) 2007;
- Geißler, René /Niemann, Friederike-Sophie – „Kommunale Sozialausgaben – wie der Bund sinnvoll helfen kann“, Bertelsmann Stiftung (Gütersloh) 2015;
- Groth, Andy – „Vorerst gescheitert – Die Sozialgerichtsbarkeit und das schlüssige Konzept“, SGB 2013, S. 249-252;
- Groth, Andy/Siebel-Huffmann, Heiko – „Die Leistungen für die Unterkunft nach § 22 SGB II“, NZS 2007, S. 69-76;
- Gusy, Christoph – „Richterrecht und Grundgesetz“, DÖV 1992, S. 461-470;
- Hain, Karl-Eberhard/Schlette, Volker/Schmitz, Thomas – „Ermessen und Ermessensreduktion – ein Problem im Schnittpunkt von Verfassungs- und Verwaltungsrecht“, AÖR 1997, S. 32-64;

- Hasemann-Trutzel, Hans-Joachim - „Zweckverbände als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger? - Überlegungen zur rechtlichen Zulässigkeit am Beispiel Nordrhein-Westfalen“, AbfallR 2014, S. 72-79;
- Haverkate, Görg - „Rechtsfragen des Leistungsstaats - Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshanden“, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) (Tübingen) 1983;
- Hellermann, Johannes - „„Effizienz“ über alles?“, EnWZ 2012, S. 49-50;
- Henneke, Hans-Günter - „Aufgabenwahrnehmung und Finanzlastverteilung im SGB II als Verfassungsproblem“, DÖV 2005, S. 177-191;
- Hinkelmann, Beate - „Die ortsübliche Miete“, Duncker & Humblot (Berlin) 1999;
- Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter - „Grundgesetz: GG Kommentar“, 14. Auflage, Carl Heymanns Verlag (Köln) 2017;
- Hohm, Karl-Heinz - „Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch Zweites Buch (GK-SGB II) - Grundsicherung für Arbeitssuchende“, Loseblattsammlung, Luchterland (München), Stand: 2018;
- Huber, Peter - „Zur Notwendigkeit normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften - Grundsätzliche Überlegungen am Beispiel des Mietspiegels“, ZMR 1992, S. 469-478;
- Ipsen, Jörn - „Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie und Einwirkungsmöglichkeiten des Gesetzgebers“, ZG 1994, S. 194-212;
- Ipsen, Jörn - „Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden?“, JZ 1990, S. 789-796;

- IWU (Institut Wohnen und Umwelt; Autoren: v. Malottki, Christian/ Krapp, Max-Christopher/ Kirchner, Joachim/ Lohmann, Günter/ Nuss, Galina/ Rodenfels, Markus/ Egner, Björn) - „Ermittlung der existenzsichernden Bedarfe für die Kosten der Unterkunft und Heizung in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) – Endbericht mit Materialband vom 30.11.2016“, BMAS Forschungsbericht 478 (ISSN 0174-4992), Januar 2017.
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo - „Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG Kommentar“, 15. Auflage C.H. Beck (München) 2018;
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian - „Bonner Kommentar zum Grundgesetz“ (BK), Loseblattsammlung, C.F. Müller (Heidelberg), Stand: 193. Lieferung, November 2018;
- Keller, Ulf - „Konzeptionelle Bestandteile und Verfahren für grundsicherungsrelevante Mietspiegel“, NDV 2009, S. 51-57;
- Keppeler, Lutz/Schenk-Busch, Thea - „Das Rechtsstaatsproblem der DSGVO“, BRJ 2018, S. 23-30;
- Kingreen, Thorsten - „Schätzungen "ins Blaue hinein": Zu den Auswirkungen des Hartz IV-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf das Asylbewerberleistungsgesetz“, NVwZ 2010, S. 558-562;
- Klerks, Uwe - „Die neuen Regelungen zur Bestimmung der Angemessenheit von Unterkunftskosten - Stein der Weisen oder Stein des Anstoßes?“, info also 2011, S. 195-202;
- Knemeyer, Franz-Ludwig - „Staat - Kommunen, Gemeinden - Landkreise - Die Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.11.1988 - 2 BvR 1619/83 = BVerfGE 79, 127“, Der Staat 29, S. 406-414 (1990);
- Knickrehm, Sabine - „Das Schlüssige Konzept - Kontrollierte Methodenfreiheit bei Methodenvielfalt“, SozSich 2015, S. 287-293;

Knickrehm, Sabine – „Das schlüssige Konzept im Wandel von Rechtsprechung und Politik“, SGB 2017, S. 241-250;

Knickrehm, Sabine – „Kostensparende Pauschalierung bei Wohnkosten von Hartz-IV-Empfängern kaum noch möglich - Nach dem Regelsatz-Urteil des Bundesverfassungsgerichts“, SozSich 2010, S. 190-193;

Knickrehm, Sabine – „Mietspiegel - ein Patentrezept? Grundsicherungsrecht trifft auf Mietrecht“, jM 2014, S. 337-345;

Kofner, Stefan – „Unterkunft und Heizung im SGB II: Unangemessene Leistungen für angemessene Bedarfe?“, WuM 2011, S. 71-78;

Krämer, Walter – „Pro und Contra die Erstellung von Mietspiegeln mittels Regressionsanalyse“, WuM 1992, S. 172-175;

Krause, Patrick – „Zur Problematik "angemessener" Mietkosten in der Sozialhilfepraxis“, ZfSH/SGB, S. 622-639;

Link, Christian – „Hartz IV vor dem BSG - Schutz von Eigentum und Mietwohnraum“, Sozialrecht aktuell 2007, S. 8-14;

Lusche, Ute – „Die Selbstverwaltungsaufgaben der Landkreise“, R. Boorberg (Stuttgart), 1998;

Malottki, Christian von – „Empirische Aspekte bei der Bestimmung von Angemessenheitsgrenzen der Kosten der Unterkunft“, info also 2012, S. 99-108;

Mangoldt, Felix v./Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.) – „Kommentar zum Grundgesetz: GG - Kommentar in 3 Bänden: Band 1: Präambel, Art. 1-19, Band 2: Art. 20-82, Band 3: Art. 83-146“, 7. Aufl., C.H. Beck (München), 2018;

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.) – „Grundgesetz, Kommentar“, Loseblattsammlung, C.H. Beck (München), Stand: 84. Lieferung, August 2018;

- Merten, Detlef (Hrsg.) - „Gewaltentrennung im Rechtsstaat – zum 300. Geburtstag von Charles Montesquieu – Vorträge und Diskussionsbeiträge der 57. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung 1989 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer“, Duncker & Humblot (Berlin) 1989;
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph - „Juristische Methodik Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis“, 10. Aufl., Duncker & Humblot (Berlin) 2009;
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.) - „Grundgesetz-Kommentar“, Gesamtwerk in 2 Bänden (Band 1: Präambel, Art. 1 bis Art. 69, Band 2: Art. 70 bis Art. 146 und Gesamtregister), 6. Aufl., C.H. Beck (München) 2012;
- Münder, Johannes (Hrsg.) - „Sozialgesetzbuch II, Grundsicherung für Arbeitsuchende - Lehr- und Praxiskommentar“ (LPK), 6. Aufl., Nomos (Baden-Baden) 2017;
- Nolte, Julius - „Rationale Rechtsfindung im Sozialrecht: Die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderungen an die Bestimmung des Existenzminimums im Lichte neuerer sozialgerichtlicher Rechtsprechung“, Der Staat 2013, S. 245–265;
- Palandt, Otto (Begr.) - „Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar“, 77. Aufl., C.H. Beck (München) 2018;
- Papier, Hans-Jürgen/Möller, Johannes - „Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung“, AÖR 1997, S. 175-211;
- Peters, Karen/Wrackmeyer, Antje - „Erste Entscheidungen des Bundessozialgerichts zum SGB II“, NDV 2007, S. 145-153;
- Petz, Helmut - „Aufgabenübertragungen und kommunales Selbstverwaltungsrecht“, DÖV 1991, S. 320-327;
- Ritgen, Klaus - „Aufgabenverteilung im kreisangehörigen Raum - Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Schulnetzplanung (BVerfGE 138, 1 ff.) auf dem Prüfstand“, ZG 2016, S. 263-284;

Grégory Garloff / Die Angemessenheit von Unterkunftskosten nach dem SGB II im Spannungsfeld zwischen den Staatsgewalten

Rixen, Stephan – „Verfassungsrecht ersetzt Sozialpolitik? - "Hartz IV" auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts“, Sozialrecht aktuell 2010, S. 81-87;

Rückebeil, Sylvia – „Gesamtangemessenheitsgrenze für Unterkunft und Heizung - Notwendig, aber nicht um jeden Preis!“, NZS 2015, S. 498-499;

Rüthers, Bernd – „Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz“, JZ 2006, S. 53-60;

Sachs, Michael (Hrsg.) – „Grundgesetz: GG“, 8. Auflage C.H. Beck (München), 2018;

Scharpf, Christian – „Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden zwischen Grundrechtsrelevanz und kommunalem Selbstverwaltungsrecht“, GewArch 2005, S. 1-8;

Schlegel, Bernd – „Von den "unangemessenen Aufwendungen für die Unterkunft" zur "sozialhilferechtlich unangemessenen Unterkunft"“, info also 1994, S. 69-73;

Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas – „juris PraxisKommentar SGB II - Grundsicherung für Arbeitsuchende“, 4. Auflage, juris (Saarbrücken) 2015;

Schmidt-Aßmann, Eberhard – „Anschluss- und Benutzungszwang bei der Fernwärmeversorgung - Kommunalem Aktivismus Grenzen setzen!“, ZHR 170, S. 489-497 (2006);

Schmidt-Futterer, Wolfgang – „Mietrecht: MietR - Kommentar“, 13. Aufl. C.H. Beck (München) 2017;

Schnitzler, Jörg – „Von der Wohngeldtabelle zur Schlüssigkeitsprüfung - und zurück - Die Rechtsprechung des BSG zur Angemessenheitsprüfung gem. § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II“, SGB 2010, S. 509-512;

Schwerz, Günter – „Wohngeldgesetz - Handkommentar“, 4. Auflage Nomos (Baden-Baden) 2006;

- Siebel-Huffmann, Heiko - „Übernahme nur der angemessenen Kosten von Unterkunft und Heizung bei Alg II“, NJW 2017, S. 3771-3772;
- Spindler, Helga - „Verfassungsrecht trifft auf Statistik. Wie soll man mit den Regelsätzen weiter umgehen? - Zu den Gutachten von Irene Becker und Johannes Münder in - Soziale Sicherheit, Sonderheft September 2011“, info also 2011, S. 243-247;
- Stern, Klaus - „Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland“ - Band I: „Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung“, 2. Aufl., C.H. Beck (München), 1984;
- Stern, Klaus - „Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland“ - Band III/1: „Allgemeine Lehren der Grundrechte“, 1. Aufl., C.H. Beck (München), 1988;
- Stölting, Carsten - „Anmerkung zum Urteil des BSG vom 22.8.2012 - B 14 AS 13/12 R“, SGB 2013, S. 543-546;
- Unruh, Peter - „Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten“, Duncker & Humblot (Berlin) 1996;
- Weber, Martin - „Die gemeindliche Satzungsgewalt im Spannungsverhältnis zwischen autonomer Rechtsgestaltung und staatlicher Einflußnahme“, BayVBl 1998, S. 327-333;
- Wenner, Ulrich - „Erste BSG-Urteile zu Hartz IV stärken teilweise Rechte der Betroffenen“, SozSich 2006, S. 391-395;
- Wolff, Felix Normen/Wolff, Heinrich Amadeus - „Begrenzung der Erstattung der Grundsicherung auf angemessenen Wohnbedarf“, Sozialrecht aktuell 2018, S. 41-47.

Die Arbeit untersucht die rechtliche Ausgestaltung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Angemessenheit von Unterkunftsbedarfen in § 22 Abs.1 S.1 SGB II. Sie geht den Fragen nach, ob die Regelung eines bundeseinheitlichen Verfahrens zur Ermittlung der Angemessenheitsgrenze durch den Gesetzgeber verfassungsrechtlich geboten ist und welche Grenzen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie hierbei setzt.

Zunächst wird eine Analyse der einfachgesetzlichen Rechtslage vorgenommen, wobei insbesondere die Vorgeschichte der rechtlichen Regelung von Unterkunftsbedarfen im SGB II und dessen Gesetzgebungsgeschichte dargestellt werden. Sodann wird die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundessozialgerichts analysiert. In einem dritten Schritt wird über die empirische Grundlage der Rechtsanwendung und Rechtsauslegung reflektiert. Dabei werden Parallelen zum mietrechtlichen Begriff der „ortsüblichen Vergleichsmiete“ aufgezeigt. Schließlich werden die Ergebnisse im Lichte der Grundrechte, insbesondere dem Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, und der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung diskutiert.

ISBN 978-3-7376-0940-1



9 783737 609401 >