

# Mit dem Bundesverfassungsgericht vom sozialen zum neoliberalen Rechtsstaat?

## Ein Kommentar zur Sanktions-Entscheidung des Ersten Senats des BVerfG

von Armin Kammrad vom 19. November 2019

Obwohl in der Fülle von Bewertungen und Kommentaren durchaus auch kritische Stimmen zu hören waren und sind, wird doch häufig die Meinung vertreten, mit seiner [Entscheidung](#) hätte das BVerfG dem Gesetzgeber endlich die gebotenen verfassungsrechtlichen Grenzen aufgezeigt. Werden die Sanktionen nach SGB II - wie es in der [BVerfG-Pressemitteilung](#) zur Entscheidung heißt - doch zumindest als *"teilweise verfassungswidrig"* bezeichnet. Tatsächlich [reagierte die Bundesagentur für Arbeit prompt](#) und reduzierte nach der BVerfGE nicht nur alle laufenden Sanktionen auf 30 Prozent, sondern dehnte die Feststellungen des BVerfG zu Sanktionen auch auf die unter 25jährigen Regelleistungsberechtigten aus. Was aber bei aller Begeisterung für die BVerfGE oft übersehen wird: Es war gerade nicht das für die Verteidigung von Grundrechten zuständige höchste deutsche Gericht, was sich durch große Entscheidungsbereitschaft auszeichnete. Hätte das Sozialgericht Gotha nach der Ablehnung der ersten Antrags im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle 2016 sich entmutigen lassen und keinen neuen Ansatz mehr gewagt, wäre es bis heute dem BVerfG erspart geblieben, sich zur Sanktionspraxis nach §§ 31 SGB II überhaupt zu äußern; von Sanktionen Betroffenen stand der Weg einer Verfassungsbeschwerde schon wegen der Haltung der meisten Instanzengerichte nicht offen. Das Sozialgericht Gotha benötigte jedoch einen Fall von Verweigerung der Mitwirkung, der die Grundrechtsproblematik in den Mittelpunkt stellte und sich nicht auf Mängel in der Praxis reduzieren ließ. Das BVerfG drückt seine Anforderung selbst so aus: *"Das vorliegende Gericht hat vertretbar aufgezeigt, dass die Leistungsabsenkungen formell wie materiell rechtmäßig sind, wenn die Verfassungskonformität dieser Regelungen unterstellt wird. Die Klage wäre dann, anders als im Fall der Verfassungswidrigkeit der zur Prüfung gestellten Regelungen, abzuweisen."* (Rdnr. 109). Es lag also auch an der Konsequenz des ablehnenden Regelleistungsberechtigten, dass das SG Gotha die Möglichkeit eines Antrags hatte und das BVerfG überhaupt entscheiden musste.

Trotz aller nach Jahren erklärten "teilweisen" Verfassungswidrigkeit geht das BVerfG nun auch noch einen höchst befremdlichen Weg: Es erklärt nämlich das, was es für verfassungswidrig hält, nicht für nichtig, sondern - mit Bezug auf [BVerfGE 149, 222](#) (<151>) - nur für mit dem Grundgesetz unvereinbar, was einen Verzicht auf einen bindenden gesetzlichen Änderungsauftrag zur Folge haben soll. Doch es ist unverständlich, warum bei der aktuellen Gesetzeslage, die *"Nachteile des sofortigen Außerkräfttretens gegenüber den Nachteilen überwiegen"* sollen, *"die mit der vorläufigen Weitergeltung verbunden wären"*, wie es in der Entscheidung vom Juli 2018 heißt, auf die sich das BVerfG ausdrücklich bezieht. Dass *"der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den Verfassungsverstoß zu beseitigen"* (Rdnr. 212), erklärt diesen Verzicht nicht. Vielmehr gibt es den Sachentscheidungsgerichten nur komplizierte Aufgaben auf, denen die BA offenbar mit seiner grundsätzlichen Anweisung zur Reduzierung aller aktuellen Sanktionen bis auf weiteres, schon aus Gründen der Entlastung der Gerichte, zuvor kommen will. Wie ich zeigen werde, schafft das BVerfG mit seiner Entscheidung eher komplizierte Rechtsfindungsprobleme, als das es hier für Klarheit sorgt. Denn wenn es Sanktionen über 30 Prozent für unvereinbar mit dem Grundgesetz hält, hätte es zumindest § 31a Abs.1 Satz 2 und Satz 3 SGB II (60 Prozent und Vollsanktionen) für ab sofort nicht mehr anwendbar erklären können. Das tat es aber nicht, sondern erklärt zur Verwirrung aller: *"Der Gesetzgeber verfolgt mit den Sanktionsregelungen in § 31a Abs. 1, § 31b SGB II zur Durchsetzung von Mitwirkungspflichten nach § 31 Abs. 1 SGB II ein legitimes Ziel."* (Rdnr. 154). Während das SG Gotha genau diese Regelung für verfassungswidrig hält (Rdnr. 81), betrachtet das BVerfG sie als legitimes Ziel. Das lässt sich allerdings mit Bezug auf die ständige Rechtsprechung des höchsten deutschen Gerichts (z.B. BVerfGE 2, 266 <282>) vereinfacht auch so ausdrücken: Trotz aller erklärten Verfassungswidrigkeit, ist der Erste Senat offenbar der Ansicht, dass eine verfassungsrechtliche Auslegung von §§ 31 SGB II in der Praxis möglich ist, und deshalb eine Nichtigkeitsfeststellung unterbleiben kann.

## Wie passt das alles zusammen?

Tatsächlich hält das BVerfG nur eine Sanktionierung für akzeptabel, wenn sie das Ziel der Mitwirkung nach den vom Gesetzgeber vorgegebenen Anforderungen erfüllt. Nur wenn das nicht zutrifft sind Sanktionen über 30 Prozent verfassungswidrig. Den Anfang der BVerfG-Pressemitteilung sollte man deshalb sehr genau lesen: *"Allerdings hat er [der Erste Senat] auf Grundlage der derzeitigen Erkenntnisse (!) die Sanktionen für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt, soweit die Minderung nach wiederholten Pflichtverletzungen innerhalb eines Jahres die Höhe von 30 % des maßgebenden Regelbedarfs übersteigt oder gar zu einem vollständigen Wegfall der Leistungen führt."* Im Urteil wird die entscheidungserhebliche Bedeutung von Erkenntnissen noch deutlicher: *"§ 31a Abs. 1 Sätze 2 und 3 SGB II sind nachzeitigem Erkenntnisstand (!) verfassungswidrig, soweit die Minderung wegen einer ersten wiederholten und einer weiteren wiederholten Pflichtverletzung innerhalb eines Jahres die Höhe von 30 % des maßgebenden Regelbedarfs übersteigt. Die Regelung ist insoweit für mit dem Grundgesetz unvereinbar zu erklären."* (Rdnr. 215). Ebenfalls zur Leistungsminderung von 60 Prozent sieht das BVerfG eine Wirksamkeit *"nicht in einer Weise durch tragfähige Erkenntnisse (!) belegt, die eine derart einschneidende Maßnahme auch bei wiederholten Pflichtverletzungen als zumutbar erscheinen lassen könnte"* (Rdnr. 200). Die Zumutbarkeit hängt für das BVerfG somit vom Nachweis der Wirksamkeit ab, und nur deshalb ist der - zumindest bei Sanktionen über 30 Prozent - *"grundsätzlich bestehende Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers"* eng. (Rdnr. 207).

Zwar begründet das Gericht diesen engen Einschätzungsspielraum auch damit, dass eine Sanktion *"eine gravierende Belastungswirkung im grundrechtlich geschützten Bereich der menschenwürdigen Existenz entfaltet"* (ebd.). Es lehnt sie jedoch nicht deshalb ab, sondern - besonders bei Totalsanktionen - *"weil in keiner Weise belegt ist, dass ein Wegfall existenzsichernder Leistungen notwendig wäre, um die angestrebten Ziele zu erreichen, und dass eine Minderung der Regelbedarfsleistungen in geringerer Höhe, eine Verlängerung des Minderungszeitraumes oder auch eine teilweise Umstellung von Geldleistungen auf Sachleistungen und geldwerte Leistungen nicht genauso wirksam oder sogar wirksamer wäre, weil die negativen Effekte der Totalsanktion unterblieben."* (ebd.). Nur das führt überhaupt zu den Einschränkungen auf 30 Prozent und einer weniger starren Gesetzesanwendung (z.B. bei nachholender Mitwirkung). Und nur deshalb erklärt das BVerfG auch: *"Die Sanktionsregelungen der § 31a Abs. 1 Sätze 1, 2 und 3 und § 31b SGB II sind in den Fällen des § 31 Abs. 1 SGB II mit den tenorierten Einschränkungen weiter anwendbar"* (Rdnr. 218). Nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist für das BVerfG also nicht die gesetzliche Regelung, sondern deren Anwendung.

Hierunter fallen für den Ersten Senat auch existenzielle Härtefälle, also solche Fälle, wo eine Eingliederung in Arbeit von vornherein ausgeschlossen oder kontraproduktiv wäre, da eher das Gegenteil erreicht wird. So ist dem Gericht durchaus bewusst, dass Vollsanktionen zur kriminellen Handeln und totalem "Ausstieg" aus jeglicher Mitwirkung führen können. Warum allerdings bei einer, gemessen am Bedarf, kritikwürdigen Regelsatzhöhe 30 Prozent Minderung verfassungsrechtlich (noch) statthaft sein sollen, beantwortet sich nicht allein aus der BVerfG-Pressemitteilung, dass eine *"Leistungsminderung von 30 % des maßgebenden Regelbedarfs bei Verletzung bestimmter Mitwirkungspflichten nicht"* zu beanstanden sei. Dass bereits 30 Prozent Kürzung einen erheblichen Eingriff darstellen, weiß das Gericht. Deshalb hält es im Beschluss zur Übergangsregel auch 30 Prozent Leistungsminderung nur mit der Einschränkung für verfassungskonform, *"dass die Leistungsminderung wegen einer Pflichtverletzung nach § 31 Absatz 1 SGB II nicht erfolgen muss, wenn dies im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu einer außergewöhnlichen Härte führen würde."* (Urteil Pkt. 2/1). Man sollte diese Einschränkung allerdings nicht zu ernst nehmen. Sie soll wohl vor allem demonstrieren, dass man weiß, dass auch eine 30-prozentige Kürzung eine existenzielle Bedrohung darstellt, die allerdings aufgrund des großen Gestaltungsspielraums des Entscheiders (Jobcenter), in der Regel als noch verhältnismäßig beurteilt werden darf.

Der Erste Senat des BVerfG gibt dem Gesetzgeber eigentlich nur Ratschläge zur Gesetzesanwendung. So urteilt das Gericht selbst bei Vollsanktionen nach § 31a SGB II Abs.1 Satz 3 nur im Sinne einer Kann-Vorschrift: *"Von einer Leistungsminderung kann (!) abgesehen werden, wenn dies im konkreten"*

*Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu einer außergewöhnlichen Härte führen würde. Insbesondere kann (!) von einer Minderung abgesehen werden, wenn nach Einschätzung der Behörde die Zwecke des Gesetzes nur erreicht werden können, indem eine Sanktion unterbleibt. (...) Wird die Mitwirkungspflicht erfüllt oder erklären sich Leistungsberechtigte nachträglich ernsthaft und nachhaltig bereit, ihren Pflichten nachzukommen, kann (!) die zuständige Behörde unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ab diesem Zeitpunkt die Leistung wieder in vollem Umfang erbringen." (vgl. Rechtssätze der Entscheidung). Der Satz: "Die Minderung darf ab diesem Zeitpunkt nicht länger als einen Monat andauern" (ebd.), ist überhaupt die einzige bindende Verpflichtung.*

Wie wenig das BVerfG selbst Vollsanktionen in Frage stellt, zeigt auch die Feststellung, dass der Gesetzgeber zwar *"dafür Sorge zu tragen hat, dass trotz Wegfalls des Arbeitslosengeldes II die Chance realisierbar bleibt, existenzsichernde Leistungen zu erhalten, wenn zumutbare Mitwirkungspflichten erfüllt werden oder, falls das nicht möglich ist, die ernsthafte und nachhaltige Bereitschaft zur Mitwirkung tatsächlich vorliegt. Anders liegt dies folglich, wenn und solange Leistungsberechtigte es selbst in der Hand haben, durch Aufnahme einer ihnen angebotenen zumutbaren Arbeit (§ 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II) ihre menschenwürdige Existenz tatsächlich und unmittelbar durch die Erzielung von Einkommen selbst zu sichern. Ihre Situation ist dann im Ausgangspunkt derjenigen vergleichbar, in der keine Bedürftigkeit vorliegt, weil Einkommen oder Vermögen aktuell verfügbar und zumutbar einsetzbar sind. Wird eine solche tatsächlich existenzsichernde und im Sinne des § 10 SGB II zumutbare Erwerbstätigkeit ohne wichtigen Grund im Sinne des § 31 Abs. 1 Satz 2 SGB II willentlich verweigert, obwohl im Verfahren die Möglichkeit bestand, dazu auch etwaige Besonderheiten der persönlichen Situation vorzubringen, die einer Arbeitsaufnahme bei objektiver Betrachtung entgegenstehen könnten, ist daher ein vollständiger Leistungsentzug zu rechtfertigen."* (Rdnr. 207, 208).

Etwas widersprüchlich dazu wirkt der erste, ziemlich komplizierte und bandwurmartige 1. Rechtssatz am Anfang des Urteilstextes, der sich zwar auf eine "erneute()" Pflichtverletzung bezieht, wo eine Sanktion *"zwingend zu verhängen ist, auch wenn außergewöhnliche Härten vorliegen.* Die Unvereinbarkeit mit dem Sozialstaatsprinzip ergibt sich für das BVerfG jedoch nur aus dem Nachsatz: *"und soweit § 31b Absatz 1 Satz 3 Sozialgesetzbuch Zweites Buch für alle Leistungsminderungen ungeachtet der Erfüllung einer Mitwirkungspflicht oder der Bereitschaft dazu eine starre Dauer von drei Monaten vorgibt."* Erfüllt der oder die Betroffene also seine / ihre Mitwirkungspflicht oder ist zumindest dazu bereit, soll die zuvor verhängte Leistungsminderung nicht starr 3 Monate betragen. Die Unklarheit in der Formulierung ist hier nur Ausdruck der erwähnten Unentschlossenheit des Gerichts, Sanktionen über 30 Prozent grundsätzlich und bindend auszuschließen. Inhaltlich bleibt es bei "zwingend" zu verhängenden Sanktionen, auch über 30 Prozent, wenn es *"Leistungsberechtigte (...) selbst in der Hand haben, durch Aufnahme einer ihnen angebotenen zumutbaren Arbeit (...) ihre menschenwürdige Existenz tatsächlich und unmittelbar durch die Erzielung von Einkommen selbst zu sichern"* (vgl. oben).

Da das Gericht ausdrücklich die Regelung zur Zumutbarkeit nach § 10 SGB II für verfassungskonform hält, hat sich bei der Verpflichtung zur Annahme einer zumutbaren Tätigkeit (inkl. §§ 16 SGB II) kaum was geändert. Die Jobcenter sollen nur darauf achten, dass die Sanktion sich nicht kontraproduktiv auswirkt, sich bei einer Kürzung von 30 Prozent jedoch keine großen Gewissensprobleme machen. Außerdem steht ihnen auch der Weg offen, das nachzuweisen, was das BVerfG noch vermisst: Dass auch Sanktionen über 30 Prozent sinnvoll sein können. Der Erste Senat legt auf die Wirksamkeit großen Wert. Nur dort, wo diese nicht gegeben ist, sollen Sanktionen (auch die 30-prozentigen übrigens) mit der Verfassung nicht vereinbar sein. Bei Sanktionen von 60 und 100 Prozent vermisst das Gericht den Nachweis einer zielgerichteten Wirksamkeit und schränkt den Eingriff deshalb ein.

Dies macht es - nicht nur - dem SG Gotha nicht gerade leicht. Weigert sich der Betroffene z.B., wie bisher, mitzuwirken, könnte das SG Sanktionen über 30 Prozent als verfassungswidrig einstufen. Das muss es aber nicht, wenn es der Überzeugung ist, der Leistungsabhängige lehnt eine "zumutbare" Arbeit ab. Ebenso wenn es nur um irgendwelche Maßnahmen geht, die nicht - wie vom Erster Senat gefordert - die *"menschenwürdige Existenz tatsächlich und unmittelbar durch die Erzielung von Ein-*

kommen" real sichern (vgl. oben). Die BA tat gut daran, wie bereits erwähnt, dieses Problem durch eine vorübergehende bindende Reduzierung auf 30 Prozent zu umgehen. Aber die Problematik bleibt. Auch wenn vom BVerfG nicht gewollt, wäre es auch künftig möglich, aufgrund der komplexen Entscheidung des Gerichts, auf Förderung nur tatsächlicher existenzsichernder Arbeitsangebote zu bestehen - zum Zitieren findet man durchaus nützliche Aussagen im Urteil. Führt z.B. Leiharbeit zur Gefahr erneuter Erwerbslosigkeit, wäre eine Ablehnung mit der Berufung auf Aussagen im Urteil möglich. Ist die angebotene Stelle gar nicht existenzsichernd und wird der oder die Betroffene zum "Aufstocker", lassen sich ebenfalls im Urteil Aussagen finden, mit denen eine sanktionsfreie Ablehnung sich begründen lässt. Hinzu kommen noch die hohe Kosten durch staatliche Lohnsubvention. Zwar wurden, [laut neusten Berechnungen](#), zwischen 2007 und 2018 mehr als 117 Milliarden Euro für das Aufstocken niedriger Löhne ausgegeben worden. Aber der Erste Senat sieht nicht diese Belastung der Allgemeinheit, sondern - wie der Gesetzgeber - nur die durch unterbliebene Mitwirkung der existenziell vom Regelsatz Abhängigen.

Tatsächlich hat der Erste Senat gar keine verfassungsrechtliche Überprüfung der, durch das SGB II aus in Gesetzesform gegossener Arbeitsmarktpolitik durchgeführt. Aber das verstand er auch nicht als seine Aufgabe. Als er nun um eine verfassungsrechtliche Bewertung nicht mehr herum kam (vgl. oben), entschied er sich für eine Anpassung des Sozialstaatsgebotes nach Art. 1 i.V.m. Art 20 GG an die Bedürfnisse liberaler Arbeitsmarktpolitik. Letztlich folgte er den Wünschen der Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände (Rdnr. 91) nach Eingriffen in den Sozialstaat. Nicht die Menschenwürde, sondern die Interessen der Wirtschaft sollen maßgeblich sein. Ungeprüft und ohne Nachweis heißt es deshalb u.a. in der BVerfG-PM auch: *"Der Gesetzgeber verfolgt mit den in § 31 Abs. 1 SGB II geregelten Mitwirkungspflichten legitime Ziele, denn sie sollen Menschen wieder in Arbeit bringen"* - müssen dies aber nicht.

Verständlicherweise hatte mit dem Vorrang der Arbeitsvermittlung nach den Zumutbarkeitsregeln des SGB II der Erste Senat einige Probleme. Er konnte nicht, wie gewünscht, einfach die durch Art. 79 Abs.3 GG auf ewig gesicherten Grundsätze von Art. 1 und Art. 20 GG relativieren und aus dem "sozialen Bundesstaat" bzw. "sozialen Rechtsstaat" nach Art. 20 und Art. 28 GG problemlos einen "liberalen bürgerlichen" Rechtsstaat machen (bestenfalls lassen sich traditionell liberale Anknüpfungspunkte ausmachen (z.B. BVerfGE 5, 85 <197>)). Dies mag vielleicht Ziel des geübten Arbeitgeberanwalts Stephan Harbarth gewesen sein. Doch ging es auch darum, alle Richter\*innen des Ersten Senats auf einer Linie zu bekommen. Von der Senatsmehrheit abweichende Sondervoten wären unerwünscht gewesen. Außerdem ist die bisherige Rechtsprechung zu Sozialstaat und Schutz der Menschenwürde ziemlich eindeutig, wenn auch immer noch hart umstritten, wie nicht zuletzt dieses Urteil zeigt. Es ist in sofern auch interessant, dass zwar im Urteil alles, was den Schutz der Menschenwürde betrifft, ausführlich mit Verweisen auf andere BVerfGE belegt wird, nicht aber deren Anpassung an übergeordnete wirtschaftspolitische Interessen. Hier betrat der Erste Senat gewissermaßen "Neuland". Aber ist diese Anpassung mit Blick auf die Verfassung wirklich gelungen? Ich meine, nein.

## **Der Kampf um den angemessenen Umgang mit Art. 1 und Art. 20 Grundgesetz**

Es fällt auf, dass zwar einerseits das SG Gotha verpflichtet wurde mögliche Grundrechtsverletzungen geltend zu machen, damit es überhaupt zu einer BVerfGE kommt (vgl. oben). Andererseits nimmt die Auseinandersetzung des BVerfG mit den Grundrechten bei den über 200 Randnummern nur einen bescheidenen Raum ein. Gefördert wurde diese Reduzierung auch durch die schriftliche und mündliche Befragung, wo nahezu durchgehend die Grundrechtsproblematik durch Angaben über die Sanktionspraxis und deren zum Teil extrem fragwürdigen Folgen für die Betroffenen ersetzt wurde. Das ist aus Sicht der Betroffenen und ihrer Vertretung durch entsprechende Initiativen verständlich. Hinzu kommt ja noch, dass das BVerfG hier teilweise Einsicht zeigte: Es ging ihm um wirksame Durchsetzung von Mitwirkung im Sinne der Regelungen aus SGB II, nicht um nutzlose Quälereien oder gar Maßnahmen, die das Gegenteil bewirken und eine erfolgreiche Mitwirkung mehr behindern als fördern. So blieb es dem SG Gotha vorbehalten Grundrechtsverletzungen zu begründen und geltend zu

machen. Die Antwort des Ersten Senats zu den vom SG Gotha detailliert vorgebrachten Grundrechtsverletzungen durch Sanktionen fiel recht knapp aus und geht nicht wesentlich über das hinaus, was in der BVerfG-PM behauptet wird:

So wird zum Verbot von Zwangsarbeit nach Art. 12 Abs. 2 GG vom BVerfG angeführt, der *"Gesetzgeber muss hier – anders als im Recht der Arbeitsförderung – keinen Berufsschutz normieren, denn das Recht der Sozialversicherung und das Grundsicherungsrecht unterscheiden sich strukturell. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass hier andere als bislang ausgeübte und auch geringerwertige Tätigkeiten zumutbar sind"*. Dies erklärt aber nicht, warum durch den Gesetzgeber - wie im Falle der Schröder-Agenda - um Niedriglöhne und flexible Ausbeutung der Arbeitskraft durchzusetzen, einfach das frühere Arbeitrecht geändert und den Anspruch auf Arbeitslosengeld I auf ein Jahr beschränkt werden darf. Misslungen ist auch die Behauptung, gegen das Verbot von Zwangsarbeit nach Art. 4 Abs. 2 EMRK und ILO Nr.29 bestünden keine völkerrechtlichen *"Bedenken, da nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 in Verbindung mit § 10 SGB II keine unnötig beschwerliche oder gar schikanöse Tätigkeit verlangt werden darf"* (Rdnr. 151). Woher nimmt das Gericht seine Überzeugung, dass nicht bereits die Zumutbarkeitsregelungen von § 10 SGB II dem Verbot von "Zwangs- und Pflichtarbeit" nach Art. 4 EMRK widersprechen? *"In den allgemeinen Zumutbarkeitsregelungen, die auch für die Mitwirkungspflichten gelten, ist auch der grundrechtliche Schutz der Familie (Art. 6 GG) berücksichtigt"*, behauptet das BVerfG, obwohl nach § 10 Abs. 1 Pkt. 3 SGB II ab dem Alter von 3 Jahren die Hartz IV-Berechtigten auf die Möglichkeit *"einer Betreuung in einer Tageseinrichtung oder Tagespflege"* als "zumutbar" verwiesen werden können. Und das, obwohl Art. 6 Abs. 2 GG *"Pflege und Erziehung der Kinder"* als *"das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht bezeichnet"*. Zwar bestreitet das BVerfG nicht das der völlig Wegfall von ALG II zum Wegfall des Anspruchs auf gesetzlich garantierte Krankenkassenleistungen führt, bestreitet aber die vom SG Gotha geltend gemachte Verletzung von Art. 2 Abs.2 GG. Eine *"Verletzung von Art. 2 Abs. 2 GG, die das vorliegende Gericht annimmt, ist insoweit nicht erkennbar. Doch entstehen Beitragsrückstände bei der Krankenkasse, die auch das Risiko einer Schuldenfalle mit sich bringen, auch weil § 26 SGB II hier keine Anwendung findet"* (Rdnr. 204). Der Grund: Nach § 16 Abs. 3a Satz 4 SGB V besteht ein Behandlungsanspruch bei Vollsanktionen nur auf Kreditbasis - der aber nach SGB II auch dann nicht finanziell ausgeglichen wird, wenn die Vollsanktion wieder aufgehoben wird.

Doch ist die Detailwertung mühselig. Sie berührt nicht den Kern des Problems, nämlich dass das BVerfG immer wieder von "zumutbarer" Mitwirkung spricht, ohne darzulegen, warum die Zumutungen überhaupt verfassungsgemäß sein sollen. Dies behauptet das Gericht einfach - und das hat auch verfassungsrechtlich relevante Folgen. Denn gewöhnlich überprüft das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs in die Berufsfreiheit anhand der sog. Drei-Stufen-Theorie (vgl. BVerfGE 7, 377 <398>). Danach muss der Eingriff im Interesse des Gemeinwohls erfolgen (BVerfGE 36, 47 <59>) und sich daran messen lassen (BVerfGE 30, 292 <316>). Einseitige Arbeitgeberinteressen schließt das eigentlich aus - außer man betrachtet diese als Ausdruck des Gemeinwohls. Besonders schwer wiegt jedoch, wenn das höchste deutsche Gericht grundsätzlich den Gesetzgeber von einer Überprüfung der Verfassungskonformität sozialrechtlicher Maßnahmen freistellt und anfängt, den staatlichen Schutzauftrag nach Art. 1 GG mit einer ungeprüften Arbeitsmarktpolitik nur noch abzuwägen. Denn so wird eine klare Grenze beseitigt, die für ein verfassungskonforme Einordnung unerlässlich ist. Das BVerfG löst so nämlich jede Abgrenzung zu Zwangsarbeit überhaupt auf und verkennt damit völlig den Sinn des Verfassungsgebers, aufgrund der Erfahrung der Nazi-Zeit den Schutz der Menschenwürde im Grundgesetz an die erste Stelle zu setzen. Sehr befremdlich ist auch, dass der Erste Senat einem entscheidenden Argument des SG Gotha gar nichts - zumindest direkt - entgegensetzt. Das SG Gotha argumentiert nämlich: *"Eine verfassungskonforme Auslegung oder Anwendung der Minderungsregelungen sei ausgeschlossen. Dem stehe der Wortlaut entgegen."* (Rdnr. 86). Mit dem "Wortlaut" meint das SG Gotha die verfassungsrechtliche Begründung für die Höhe des Regelsatzes, die natürlich dann nicht mehr mit Art. 1 GG vereinbar sein kann, wenn sie gekürzt wird.

Nun widmet der Bedeutung des Schutz der Menschenwürde das BVerfG sehr viel Raum im Urteil und zitiert jede Menge ältere Entscheidungen des BVerfG dazu. Der Erste Senat beginnt sogar seine Be-

gründung mit dem höchstrichterlichen Extrakt zur Menschenwürde: *"Die zentralen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung staatlicher Grundsicherungsleistungen ergeben sich aus der grundrechtlichen Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG). Gesichert werden muss einheitlich die physische und soziokulturelle Existenz. Die den Anspruch fundierende Menschenwürde steht allen zu und geht selbst durch vermeintlich „unwürdiges“ Verhalten nicht verloren."* (1. Leitsatz). Wie kann dann aber jemand durch Kürzung des Existenzminimums sanktioniert werden, weil er sich in den Augen des Gesetzgebers (bzw. Jobcenters) "unwürdig" verhalten hat?

Das BVerfG versucht hier eine verfassungskonforme Antwort mit der Behauptung: *"Das Grundgesetz verwehrt es dem Gesetzgeber aber nicht, die Inanspruchnahme existenzsichernder Leistungen an den Nachranggrundsatz zu binden, also nur dann zur Verfügung zu stellen, wenn Menschen ihre Existenz nicht vorrangig selbst sichern können, sondern wirkliche Bedürftigkeit vorliegt."* (ebd.) Das lässt sich zwar so sehen, hat aber nichts mit Sanktionen zu tun. Wer seine Existenz ohne staatliche Unterstützung sichern kann, bekommt halt nichts; solche Nullleistungen sind keine Vollsanktionen. Entscheidender ist hier eher die Behauptung in Leitsatz 2: *"Der Gesetzgeber kann erwerbsfähigen Menschen, die nicht in der Lage sind, ihre Existenz selbst zu sichern und die deshalb staatliche Leistungen in Anspruch nehmen, abverlangen, selbst zumutbar an der Vermeidung oder Überwindung der eigenen Bedürftigkeit aktiv mitzuwirken. Er darf sich auch dafür entscheiden, insoweit verhältnismäßige Pflichten mit wiederum verhältnismäßigen Sanktionen durchzusetzen."*

Und hier haben wir sie wieder, die völlig unspezifische Zumutbarkeit. Hinzu kommt noch, dass jede Mitwirkung auch Sinn machen muss bei der *"Vermeidung oder Überwindung der eigenen Bedürftigkeit"*. Wie bereits erwähnt, schaffen viele ang. "zumutbare" Tätigkeiten gerade keine Unabhängigkeit von sozialer Unterstützung, sondern belasten den Staat (vgl. Aufstocker). Schließlich stellt sich die Frage, was denn überhaupt bezüglich Verhältnismäßigkeit laut Grundgesetz ins Verhältnis gesetzt werden darf. Die Menschenwürde kann es nicht sein. Denn - das weiß auch der Erste Senat - deren Schutz ist *"absolut"* (BVerfGE 109, 279 <313>). Art. 1 GG verpflichtet den Staat, alle Menschen vor Angriffe auf die Menschenwürde zu schützen (BVerfGE 102, 347 <367>). Der Standpunkt des BVerfG lässt sich weder im Grundgesetz noch in der Rechtsprechung des BVerfG finden.

Wesentlich ist hier, dass nach dem Menschenwürdebegriff des Art. 1 GG niemand zum bloßen Objekt staatlicher Politik degradiert werden darf (u.a. BVerfGE 27, 6; 50, 175; 87, 228). In sofern ist eine Mitwirkung durchaus denkbar, wenn der oder die Unterstützungsbedürftige nicht zum Objekt einer bestimmten Arbeitsmarktpolitik gemacht wird. Und hier wird es problematisch: *"Wir haben einen der besten Niedriglohnsektoren aufgebaut, den es in Europa gibt"*, lobte Gerhard Schröder am 28. Januar 2005 auf dem Weltwirtschaftsforum in Davos seine Sozialpolitik. Dabei muss man allerdings nicht mitmachen und der Erste Senat verfehlt völlig sein Ziel, wenn er die "Schröder-Regelungen" nach SGB II als verfassungskonforme Sozialpolitik durchgehen lässt. Die Umwandlung einer Abhängigkeit von Steuern, statt von der Arbeitslosenversicherung, lässt sich - wenn überhaupt - bestenfalls als demokratisch legitimiert bezeichnen. Der Nachranggrundsatz nach SGB II taugt für eine verfassungsrechtliche Wertung nicht, wenn er nicht Ausdruck einer Politik ist, die den Sozialstaat stärken, sondern ihn an wirtschaftspolitische Vorgaben anpassen, also schwächen, will. Der Wunsch Arbeitsplätze durch niedrige Löhne und flexible Ausbeutung der Arbeitskraft zu schaffen ist nicht verfassungsrechtlich geschützt. Der Schutz der Menschenwürde geht dem Schutz wirtschaftlicher Interessen vor. Der Erste Senat abstrahiert letztlich von den Vorgaben des Grundgesetzes, wenn er Sozialrecht nicht ausschließlich im Rahmen des sozialen Rechtsstaats betrachtet, sondern diesen sogar den Interessen von Verbänden der Arbeitgeber anpasst, die zwar nach Art. 14 Abs. 2 GG zum sozialen Gebrauch ihres Eigentums verpflichtet sind, diese Verpflichtung aber möglichst umgehen wollen.

Das betrifft auch die Eigenverantwortung nach § 1 Abs. 2 SGB II. Hier ist der Gesetzgeber verpflichtet die Individualität des Einzelnen Ernst zu nehmen und zu fördern (BVerfGE 49, 298). Dies schließt Sanktionierung vorrangig im Interesse anderer aus. Der Wunsch von Unternehmer nach billigen und leicht austauschbaren Arbeitskräften hat keinen Verfassungsrang. Sozialpolitik muss Eigenverantwor-

tung ermöglichen und diese nicht auf wirtschafts- und arbeitsmarktpolitische Wünsche reduzieren, und so "Eigenverantwortung" in Verantwortung ausschließlich gegenüber anderen verwandeln. Konrad Hesse, von 1975 bis 1987 Richter beim Bundesverfassungsgericht und maßgeblich 1979 an der Abwehr der Angriffe der Arbeitgeber auf die Mitbestimmung beteiligt (vgl. BVerfGE 50, 290), stellte 1962 zwar fest, dass *"eine umfassende staatliche Fürsorge, welche die selbstverantwortliche Freiheit aufhebt, (...) nicht mehr dem Gedanken des sozialen Rechtsstaates" entspricht* ("Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit", 1969, S. 569). Es sah es aber als verfassungsrechtlich unumgänglich an, dass dafür *"der Gleichheitssatz Grundprinzip der Art der Erfüllung sozialstaatlicher Aufgaben ist"*. *"Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit"* bestimmen nach Hesse die Aufgaben des Staates im sozialen Rechtsstaat. *"Sie entscheiden über das Ziel, die Grenzen und die Art der Erfüllung dieser Aufgaben"* (a.a.O., S.568). Eine Sozialpolitik, welche die Betroffenen zum Objekt von einseitigen und außerhalb des Sozialen liegenden Interessen macht, widerspricht dem. Das BVerfG scheint dies vergessen oder übersehen zu haben. Freiheit und Gleichheit sind Verfassungsgrundsätze, die auch für die von der freien Marktwirtschaft negativ Betroffenen gelten.

### Für eine verfassungskonforme Sozialpolitik

Die vom Ersten Senat angestrebte Einschränkung von Grundrechten in der Sozialpolitik, scheitert auch daran, dass das Grundgesetz keine bestimmte Wirtschaftsordnung garantiert (vgl. z.B. BVerfGE 7, 400). Auch in der bereits erwähnten BVerfGE zur Mitbestimmung betonte der Erste Senat 1979, dass das Grundgesetz bewusst keine bestimmte Wirtschaftsordnung zugrunde gelegt hat, *"und gerade auf dem Gebiet der Wirtschaftsordnung dem Gesetzgeber weite Gestaltungsfreiheit eingeräumt"* hat (BVerfGE 50, 290 <314>). Dem entspricht die Position von Wolfgang Abendroth, der schon 1954 betonte, dass die *"Formulierung des Sozialstaatsgedanken in Art 20 und 28 des Grundgesetzes"* die Funktion ausschließt, dass *"der Grundrechtsteil als starre Garantie der bestehenden Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung mißverstanden wird"* ("Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit", 1969, S. 121). Abendroth befürwortete deshalb nicht nur Eingriffe in die Eigentumsordnung, sondern hielt - völlig anders als nun der Erste Senat - *"eine Gestaltungsaufgabe"* des Gesetzgebers in die Eigentumsordnung (a.a.O., S.132), statt in die Grundrechte der von sozialer Unterstützung Abhängigen, für unverzichtbar. 1979 bestimmte das BVerfG dann mit Bezug auf die ständige BVerfG-Rechtsprechung zu Art. 14 GG, dass *"die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhaltsbestimmung und Schrankenbestimmung um so weiter [ist], je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht..."* Dass *"Nutzung und Verfügung in diesem Fall nicht lediglich innerhalb der Sphäre des Eigentümers bleiben, sondern Belange anderer Rechtsgenossen berühren, die auf die Nutzung des Eigentumsobjekts angewiesen sind. Unter dieser Voraussetzung umfaßt das grundgesetzliche Gebot einer am Gemeinwohl orientierten Nutzung das Gebot der Rücksichtnahme auf den Nichteigentümer, der seinerseits der Nutzung des Eigentumsobjekts zu seiner Freiheitssicherung und verantwortlichen Lebensgestaltung bedarf"* (BVerfGE 50, 290 <341f). Bei seiner Sanktionsentscheidung erwägt der Erste Senat diese Sichtweise nicht einmal.

Aber auch, wenn man davon ausgeht, dass das Grundgesetz den Belangen der Unternehmer wesentliche Freiheitsräume sichert (BVerfGE 29, 266), kommt man zu einem Schluss, der mit der jetzigen BVerfGE zu Sanktionen nicht vereinbar ist. In seiner Entscheidung zum Investitionshilfegesetz 1954, betonte das BVerfG zur *"wirtschaftspolitischen Neutralität"* des Grundgesetzes nämlich, dass diese *"lediglich darin"* besteht, dass *"sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. Das ermöglicht dem Gesetzgeber, die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er (!) dabei das Grundgesetz beachtet. Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche"* (BVerfGE 4, 7 <18>). Wie lässt sich das anders interpretieren, als dass die aktuelle Arbeitsmarktpolitik dann nicht mehr verfassungskonform ist, wenn sie mit dem Sozialstaatsgebot und dem Schutz der Menschenwürde kollidiert? Der Erste Senat überprüft das nicht, sondern konstruiert einen Verhältnisgrundsatz zwischen den von staatlichen Sozialleistung Abhängigen und einer nicht verfassungsverbindlichen Arbeitsmarktpolitik, die u.a. im SGB II ihren gesetzlichen Aus-

druck fand. Aber er hat Pech. Übergeordnet ist im Grundgesetz der Sozialstaat durch Art. 20 und Art. 28 in Verbindung mit Artikel 1 GG. Statt Sanktionen, die in das minimale Existenzminimum eingreifen, käme es auf eine Arbeitsmarktpolitik an, die den Sozialstaat fördert, statt ihn zu beschränken. Für Sanktionen fehlt schlicht eine verfassungskonforme Grundlage. Mitwirkung kann nur auf ein Verhältnis beruhen, was kein völlig ungleiches Machtverhältnis aufgrund von Sanktionen ist.

## Fazit

Das wesentliche Fazit aus der Entscheidung des Ersten Senat zu Sanktionen ist die Notwendigkeit einer Verteidigung des Sozialstaates. Vom Grundgesetz her gibt es sowie so nur zwei Verpflichtungen: Einmal die des Eigentums nach Art. 14 GG. Dann die "Verpflichtung aller staatlichen Gewalt" die Menschenwürde "zu achten und zu schützen" in Art. 1 GG. Letztere ist sogar mit Art 79 Abs. 3 GG einer Änderung durch das BVerfG entzogen. Nicht nur beim Sozialrecht nach SGB II sollten wir Rechenschaft von denen verlangen, welche der Verpflichtung aus Art. 1 GG nicht nachkommen. Dabei geht es nicht um Glaubensfragen, sondern um Nachweise, allerdings nicht von denen, die unter Angriffe auf ihre Grundrechte leiden, sondern von denen, welche uns die Angriffe als "legal" verkaufen wollen. Ich hoffe, dass bezüglich der Entscheidung des BVerfG deutlich geworden ist, dass dem Ersten Senat dieser Nachweis nicht gelungen ist.

*Siehe zum Hintergrund im LabourNet-Germany: Politik » Erwerbslosigkeit » Hartz IV » Die neue Waffe der Arbeitsagenturen: Sperren » Dossier: [Gericht bringt Hartz-IV-Sanktionen vor Verfassungsgericht](#)*