

3 Menschenrechtliche und sozialrechtliche Perspektive auf eine diversitätssensible Leistungsgewährung

Im Rahmen der juristischen Teilexpertisen im Projekt wurden zunächst die rechtlichen Rahmenbedingungen für Diskriminierungsverbote auf menschenrechtlicher und unionsrechtlicher Ebene betrachtet. Für die menschen- und europarechtlich determinierten einfachgesetzlichen Diskriminierungsverbote ergeben sich Auslegungsmaßstäbe aus den internationalen Normen zur Antidiskriminierung. Die menschen- und unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote gelten mitunter für den Bereich des SGB II und strahlen durch Gestaltungs- und Ermessensspielräume auf die völkerrechtsfreundliche Auslegung des einfachen (Leistungs-)Rechts aus. Sodann wurden die Leistungstatbestände im SGB II betrachtet und Gestaltungsspielräume innerhalb der Normen ausgemacht. Schlussendlich wurden diese Gestaltungsspielräume in Beziehung gesetzt zu den Diskriminierungsverboten. Diese rechtliche Einschätzung leitet aus ihren Erkenntnissen ultimativ Handlungsempfehlungen ab, die (juristische) Defizite im Bereich der diversitätssensiblen Leistungsgewährung abzuschaffen versuchen.

3.1 Darstellung der menschenrechtlichen Rahmung

3.1.1 Völkerrechtliche Verträge

3.1.1.1 AEMR

In der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) von 1948 war bereits ein Diskriminierungsverbot enthalten. Art. 2 Abs. 1 AEMR lautet: „Jeder hat Anspruch auf alle in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten, ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Anschauung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand.“

Außerdem statuiert Art. 7 AEMR ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das sich nicht bloß auf die Rechte der AEMR bezieht: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Unterschied Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. Alle haben Anspruch auf gleichen Schutz

gegen jede Diskriminierung, die gegen diese Erklärung verstößt, und gegen jede Aufhetzung zu einer derartigen Diskriminierung.“

In Art. 22 AEMR ist außerdem ausdrücklich ein Recht auf soziale Sicherheit verankert. Art. 22 AEMR lautet: „Jeder Mensch hat als Mitglied der Gesellschaft Recht auf soziale Sicherheit; er hat Anspruch darauf, durch innerstaatliche Maßnahmen und internationale Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der Organisation und der Hilfsmittel jedes Staates in den Genuss der für seine Würde und die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlichen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen.“ Hierbei wird Bezug genommen auf den Menschenwürdekern der sozialen Sicherung sowie die Grundlage zur freien Entwicklung der Persönlichkeit betont (vgl. Lörcher 2015: 267).

Allerdings kommt der AEMR als Resolution keine Rechtsverbindlichkeit zu. Allenfalls gewohnheitsrechtlich können die Diskriminierungsverbote der AEMR Wirkung entfalten (vgl. Kingreen & Poscher 2020: Rn. 56). Die Rechte des UN-Sozialpakts und des UN-Zivilpakts hingegen greifen einige Rechte der AEMR auf und verschaffen den Grundgedanken der Resolution so Wirkung.

3.1.1.2 UN-Sozialpakt und UN-Zivilpakt

Auch der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt) sowie der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt), die zusammen mit der AEMR die „Universal Bill of Rights“ bilden, enthalten Diskriminierungsverbote.

UN-Sozialpakt (ICESCR)

Zunächst enthält der UN-Sozialpakt in seinem Art. 3 ein Gleichstellungsgebot in Bezug auf Männer und Frauen. Ein umfassendes Diskriminierungsverbot findet sich darüber hinaus in Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt verpflichtet die Unterzeichnerstaaten, „zu gewährleisten, dass die in diesem Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status ausgeübt werden“. Dabei handelt es sich nicht um ein unselbstständiges,

sondern ein akzessorisches Diskriminierungsverbot in Bezug auf die im Pakt normierten Rechte. Die Kategorien, die in Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt aufgeführt sind, sind abschließend zu verstehen. Dessen Kategorie „sonstiger Status“ öffnet das Diskriminierungsverbot jedoch etwa für die Anwendung auf Staatsangehörigkeiten (vgl. Zuleeg 1974: 325).

Zu den Rechten der Konvention gehört auch Art. 9 UN-Sozialpakt, in dem das Recht eines jeden auf soziale Sicherheit normiert ist. Das Recht ist eng verbunden mit der Menschenwürdevorstellung des Pakts als Grundlage eines jeden Freiheitsrechts („The right to social security is of central importance in guaranteeing human dignity for all persons when they are faced with circumstances that deprive them of their capacity to fully realize their Covenant rights.“ [CESCR 2008: Abschnitt 1]). Neben der Gewährleistung etwa sozialer Absicherung bei Arbeitsunfällen, Krankheit oder Mutterschaft gehört zum Recht auf soziale Sicherheit auch die soziale Sicherung im Falle der Arbeitslosigkeit und des damit verbundenen Verlusts von Arbeits-einkommen (vgl. ebd.: Abschnitt 16). In diesem Zusammenhang wird auch die Wichtigkeit einer angemessenen Einkommensunterstützung durch den jeweiligen Staat hervorgehoben (vgl. ebd.).

Darüber hinaus wird im General Comment des UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zu Art. 9 UN-Sozialpakt ausdrücklich der Zusammenhang mit den Diskriminierungsverboten des Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt hergestellt: „[T]he right to social security is enjoyed without discrimination.“ (Ebd.: Abschnitt 29) In diesem Kontext sollen insbesondere marginalisierte Gruppen wie etwa Frauen, Geflüchtete, Kranke, aber auch Arbeitslose besonders gefördert und geschützt werden (vgl. ebd.: Abschnitt 31).

Der UN-Sozialpakt entfaltet in Deutschland Wirkung durch das Gesetz zu dem Internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (BGBl II 1973: 1569), was bedeutet, dass bei der Auslegung und Anwendung nationalstaatlichen Sozialrechts die Vorgaben des UN-Sozialpakts zu beachten sind. Die Diskriminierungsverbote des UN-Sozialpakts strahlen also nach dem oben Ausgeführten – beispielsweise durch unbestimmte Rechtsbegriffe – in das deutsche Sozialleistungsrecht hinein.

UN-Zivilpakt (ICCPR)

Auch der UN-Zivilpakt (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte) enthält Menschenrechte auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung. In Art. 2 Abs. 1 und in Art. 3 UN-Zivilpakt sind die Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie ein allgemeiner Nichtdiskriminierungsgrundsatz bei der Anwendung der Rechte aus dem Pakt in Bezug auf insbesondere die Kategorien „der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status“ normiert.

Darüber hinaus enthält Art. 26 UN-Zivilpakt ein nichtakzessorisches Recht auf Nichtdiskriminierung (vgl. Hofmann & Boldt 2005: Rn. 1). Demnach sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. In dieser Hinsicht hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung, insbesondere wegen der „Rasse“, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten. In der Praxis bedeutet dies, dass bei der Gewährung eines Rechts auf soziale Sicherung, das staatlich garantiert ist, keine von Art. 26 UN-Zivilpakt verbotene Ungleichbehandlung vorliegen darf.¹⁹ Für die Leistungsgewährung etwa im SGB II bedeutet das, dass Diskriminierungen aufgrund der Kategorien „Rasse“, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politische oder sonstige Anschauung, nationale oder soziale Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstiger Status verboten sind. Das ergibt sich zum einen aus dem akzessorischen Diskriminierungsverbot des UN-Sozialpakts (Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt) und zum anderen aus dem nichtakzessorischen Diskriminierungsverbot aus Art. 26 UN-Zivilpakt.

3.1.1.3 ICERD, CEDAW, UN-BRK

Weitere UN-Konventionen, die Diskriminierungsverbote enthalten, sind die UN-Antirassismuskonvention (Internationales Übereinkommen zur

19 Broeks v. The Netherlands, Nr. 172/1984, Ziff. 12.4.

Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung [ICERD]) von 1965,²⁰ das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) von 1979²¹ und die UN-Behindertenrechtskonvention (Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen [UN-BRK]) von 2006.²² Diese Konventionen gelten als völkerrechtliche Verträge gemäß Art. 59 Abs. 2 S.1 GG in Deutschland im Rang einfachen Bundesrechts (vgl. Jarass 2022: Rn. 19).

ICERD

Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung (ICERD) schützt vor Diskriminierungen wegen der „Rasse“, der Hautfarbe, der Abstammung sowie der nationalen und ethnischen Herkunft. Die europäische Antirassismus-RL nimmt in ihren Erwägungsgründen ausdrücklich Bezug auf dieses Übereinkommen, sodass die Wertungen der ICERD einerseits über die Auslegung der Antirassismus-RL und andererseits auch im Rahmen ihrer Umsetzung in § 33c SGB I Wirkung entfalten. Die ICERD statuiert keine eigenen subjektiven Rechte, sondern legt staatliche Schutzpflichten an.

CEDAW

Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) zielt auf eine Gleichstellung von Mann und Frau in öffentlichen und privaten Kontexten. Art. 11 Abs. 1 e) CEDAW nimmt dabei ausdrücklich Bezug auf „das Recht auf soziale Sicherheit, insbesondere auf Leistungen [...] bei Arbeitslosigkeit“. In der Praxis des SGB II sind die umfassenden Gleichstellungsgebote der CEDAW demnach zu beachten. Eine Diskriminierung von Frauen gegenüber Männern ist mithin für den Bereich des SGB II auch durch die CEDAW untersagt.

20 1969 von Deutschland ratifiziert (BGBl. II 1969: 961).

21 1985 von Deutschland ratifiziert (BGBl. II 1985: 648).

22 2009 von Deutschland ratifiziert (BGBl. II 2009: 1419).

UN-BRK

Die UN-BRK enthält einen Menschenrechtskatalog für Menschen mit Behinderung und eine Reihe an Antidiskriminierungsvorschriften. Art. 5 Abs. 1 UN-BRK enthält ein Gleichbehandlungsgebot, Art. 5 Abs. 2 UN-BRK darauffolgend ein selbstständiges Diskriminierungsverbot. Der Anwendungsbereich der UN-BRK ist nicht begrenzt und bezweckt vielmehr eine umfassende Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen in allen Bereichen.

3.1.2 Fazit für das deutsche Sozialrecht

Die AEMR hat als Resolution keinen rechtsverbindlichen Charakter. Die Diskriminierungsverbote des UN-Sozialpakts (Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 9), des UN-Zivilpakts (Art. 26), der ICERD, der CEDAW und der UN-BRK gebieten eine Nichtdiskriminierung auch im Sozialrecht und gelten im Rang einfachen Bundesrechts.

3.2 Europäisches Antidiskriminierungsrecht

3.2.1 Allgemeines Diskriminierungsverbot im AEUV

Ein allgemeines Diskriminierungsverbot in Bezug auf eine Vielzahl von Lebensbereichen enthält bereits Art. 19 AEUV. Gemäß Art. 19 Abs. 1 AEUV kann der Rat im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der „Rasse“, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Diese Vorschrift entfaltet mithin keine unmittelbare Wirkung, sondern ermächtigt die EU bei entsprechender Sachkompetenz dazu, Antidiskriminierungsrichtlinien zu erlassen. Auf Grundlage von Art. 19 AEUV wurden im Jahr 2000 die RL 2000/43/EG (sog. Antirassismusricht-

linie)²³ und 2000/78/EG (sog. Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie)²⁴ erlassen.

Die Antirassismus-RL untersagt Diskriminierungen, die an die Kategorisierung „Rasse“ und ethnische Herkunft anknüpfen. Die Rahmen-RL hingegen umfasst die Kategorien Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung.

Darüber hinaus wurden ebenfalls auf Grundlage des Art. 19 AEUV die zwei sog. „Gender-Richtlinien“ erlassen: RL 2002/73/EG zur Verwirklichung des Verbots der Diskriminierung wegen des Geschlechts in Beschäftigung und Beruf und RL 2004/113/EG zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei der Bereitstellung von Gütern oder Dienstleistungen.

3.2.2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Auch die Charta der Grundrechte (GrCh) enthält Diskriminierungsverbote. Art. 23 GrCh schreibt die Gleichberechtigung von Frauen und Männern vor. Art. 21 GrCh konstruiert darüber hinaus ein Diskriminierungsverbot insbesondere – also nicht abschließend – wegen des Geschlechts, der „Rasse“, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Ausrichtung und der Staatsangehörigkeit.

Die GrCh entfaltet jedoch gemäß Art. 53 Abs. 1 S. 1 GrCh nur Wirkung für die Durchführung von Europarecht. Für das nationalstaatliche Sozialrecht, das weithin nicht europarechtlich koordiniert ist, hat die GrCh deshalb praktisch keine Bedeutung. Für den Bereich des deutschen Sozialleistungsrechts spielt die GrCh mit ihrem Diskriminierungsverbot daher keine Rolle (vgl. Huster & Kießling 2021: Rn. 8).

23 Richtlinie des Rates v. 29.06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl./EG L 180/22 v. 19.07.2000.

24 Richtlinie des Rates v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl./EG L 303/16 v. 02.12.2000.

3.2.3 EMRK

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) enthält ein Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK. Art. 14 EMRK verbietet Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der „Rasse“, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status. Sowohl die Verwendung des Wortes „insbesondere“, das einen nicht abschließenden Kategorienkatalog einleitet, als auch die Aufnahme der Kategorie des „sonstigen Status“ zeigen deutlich auf, wie weitreichend das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK konzipiert ist.

Dieses Diskriminierungsverbot, das selbst kein subjektives Recht begründet, bezieht sich jedoch wiederum lediglich auf den Bereich „der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten“. Zur Anwendung kann Art. 14 EMRK demnach nur kommen, wenn der jeweilige Sachverhalt ein Recht aus der EMRK zum Gegenstand hat. Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK ist mithin akzessorisch zu dem jeweils bestehenden Recht aus der EMRK. Eine Rechtfertigung kommt nur im Wege einer Zweck-Mittel-Relation in Betracht, die Diskriminierung muss im Einzelfall angemessen sein.

Ein Recht etwa auf soziale Sicherheit enthält die EMRK indes nicht (vgl. Krieger 2022: Rn. 64). Allerdings ist in der Rechtsprechung des EGMR anerkannt, dass sich Formen der sozialen Sicherheit aus Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens)²⁵ oder Art. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK (Schutz des Eigentums; vgl. dazu Grgić et al. 2007) ableiten können. Etwa für österreichische Arbeitslosenbezüge hatte der EGMR im Fall *Gaygusuz v. Österreich*²⁶ anerkannt, dass sich aus der Zahlung von Beiträgen in die Arbeitslosenversicherung ein Recht auf Geldleistungen im Fall der Arbeitslosigkeit aus Art. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK (ZP I EMRK), dem Eigentumsrecht, ergebe. Da Art. 1 ZP I EMRK auf den Fall anwendbar war, muss das akzessorische Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK beachtet werden – in diesem Fall ging es um eine Diskriminierung aufgrund der nationalen Herkunft.

25 *Gaygusuz v. Österreich* (Nr. 17371/90), 16. September 1996 (Arbeitslosenbezüge).

26 EGMR 16.09.1996 – 17371/90.

Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK konnte mithin immer dann wirksam gemacht werden, wenn es um beitragsbezogene Sozialleistungen ging, die Art. 1 ZP I EMRK umfasst.

Das SGB II knüpft jedoch an Erwerbsfähigkeit und Hilfebedürftigkeit an und setzt keine vorherige Beitragszahlung voraus. Leistungen nach dem SGB II fielen nach dieser Rechtsprechung nicht unter Art. 1 ZP I EMRK.

Die Judikatur des EGMR bezüglich Sozialleistungsansprüchen als Eigentumsrecht hat sich jedoch dahingehend fortentwickelt, dass Ansprüche auf Sozialleistungen von Art. 1 ZP I EMRK geschützt sind und es dabei nicht auf die (Beitrags-)Finanzierung des jeweiligen Sicherungssystems ankommt (vgl. Grabenwarter & Pabel 2016: Rn. 6). Die Eigentumsgarantie der EMRK sichert damit Ansprüche auf staatliche Sozialleistungen, solange sie gesetzlich vorgesehen und die gesetzlichen Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind (vgl. ebd.). Das bedeutet, dass der Staat – wenn er staatliche Systeme der sozialen Sicherung einrichtet – das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK zu beachten hat.²⁷

Darüber hinaus enthält das Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK ein allgemeines, nichtakzessorisches Diskriminierungsverbot, das bei der Anwendung „eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechts“ Wirkung entfalten soll – allerdings hat Deutschland dieses Zusatzprotokoll nicht ratifiziert. Als weitere dem deutschen Recht fremde Diskriminierungskategorie ist im allgemeinen Diskriminierungsverbot des Zusatzprotokolls Nr. 12 zur EMRK die Kategorie „nationale Herkunft“ enthalten. Da die nationale Herkunft sowie die Staatsangehörigkeit im deutschen Antidiskriminierungsrecht keine anerkannten Kategorien darstellen, würde bei Ratifizierung des Zusatzprotokolls eine weitere Kategorie mit – aufgrund der häufigen Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit im deutschen Sozialrecht – hoher praktischer Relevanz bestehen.

Das Antidiskriminierungsverbot der EMRK entfaltet wegen seiner Akzessorietät und mangels eines Rechts auf soziale Sicherheit in der EMRK zunächst keine direkte Wirkung auf das deutsche Sozialrecht. Bei gesetzlich eingerichteten Systemen der sozialen Sicherung kann jedoch bei Vorliegen aller Anspruchsvoraussetzungen Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 ZP I EMRK anwendbar sein.

27 Vgl. EGMR, 12.04.2006 (GK), Stec u. a. v. Großbritannien, Nr. 65731/01 u. a., Z. 53; EGMR, 07.07.2011 (GK), Stummer v. Österreich, Nr. 37452/02 = ÖJZ 2012, 138, Z. 83; EGMR, 23.01.2014, Montoya v. Frankreich, Nr. 62170/10, Z. 27.

3.2.4 Europäisches Sekundärrecht und seine Anwendung auf nationales Sozialleistungsrecht

3.2.4.1 Gender-Richtlinien

Die sog. „Gender-Richtlinien“ der EU bestehen aus der Gender-RL von 2002 (RL 2002/73/EG²⁸) und der Gender-RL von 2004 (RL 2004/113/EG²⁹). Die Gender-RL von 2002 bezweckt die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen. Relevant wird diese RL mithin vornehmlich im Arbeitsrecht (vgl. Husmann 2007: 14). Für das deutsche Sozialrecht ist die Richtlinie mit Ausnahme der Bereiche des Zugangs und der Bedingungen von Arbeit sowie Berufsberatung und Berufsbildung nicht relevant.³⁰

Die Gender-RL von 2004 bezweckt gemäß ihrem Art.1 die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen in öffentlichen und privaten Bereichen einschließlich öffentlicher Stellen. Damit soll ein lückenloser Schutz vor geschlechtsbezogener Diskriminierung für den Zivilrechtsverkehr außerhalb der Arbeitswelt gewährleistet werden. Einen Diskriminierungsschutz im Sozialleistungsrecht gewährleistet wiederum auch diese Richtlinie nicht.

Einzig die RL 79/7/EWG³¹, eine Antidiskriminierungsrichtlinie der älteren Generation, erstreckt ihren Anwendungsbereich eindeutig auf sozialrechtliche Sachverhalte. Diese Richtlinie zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit gebietet gemeinsam mit Art. 3 Abs. 2, 3 GG

28 Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.09. 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 269, S. 15 v. 05.10.2002).

29 Richtlinie 2004/113/EG des Rates v. 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. EU Nr. L 373, S. 37 v. 21.12.2004).

30 EuGH v. 13.07.1995, Rs. C 116/94 (Meyer).

31 Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (ABl. Nr. L 6, S. 24).

ein Diskriminierungsverbot in Bezug auf das Geschlecht im Bereich des deutschen Sozialrechts. Namentlich erstreckt sich der Anwendungsbereich in sachlicher Hinsicht gemäß den Erwägungsgründen in erster Linie auf gesetzliche Systeme, die Schutz gegen die Risiken Krankheit, Invalidität, Alter, Arbeitsunfall, Berufskrankheit und Arbeitslosigkeit bieten, sowie auf Sozialhilferegelungen, soweit sie die vorgenannten Systeme ergänzen oder ersetzen sollen. Das System des SGB II ist gemäß Art. 3 Abs. 1b RL 79/7/EWG als „Sozialhilferegelungen, soweit sie die [oben] genannten Systeme ergänzen oder ersetzen sollen“ – hier ergänzt das SGB II Sozialhilferegelungen in Bezug auf den Schutz vor Arbeitslosigkeit –, davon umfasst (vgl. Bieback & Kahil-Wolff 2022: Art. 3 RL 79/7/EWG Rn. 19; Huster & Kießling 2021: § 6 Rn. 33).

3.2.4.2 Antirassismus-RL 2000/43/EG

Ziel der Antirassismus-RL 2000/43/EG ist gemäß ihrem Art. 1 die Schaffung eines Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft in Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten. Die Antirassismus-RL schützt jedoch nicht, und das wird in Art. 3 Abs. 2 Antirassismus-RL ausdrücklich hervorgehoben, vor einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.

Bereits aus dem 12. Erwägungsgrund der Richtlinie geht hervor, dass der Anwendungsbereich sich auf das gesamte Sozialrecht erstrecken soll: „Um die Entwicklung demokratischer und toleranter Gesellschaften zu gewährleisten, die allen Menschen – ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft – eine Teilhabe ermöglichen, sollten spezifische Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft über die Gewährleistung des Zugangs zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit hinausgehen und auch Aspekte wie Bildung, Sozialschutz, einschließlich sozialer Sicherheit und der Gesundheitsdienste, soziale Vergünstigungen, Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, mit abdecken.“

Art. 3 Antirassismus-RL definiert den Geltungsbereich der RL, der gemäß Art. 3 Abs. 1c ausdrücklich auch die Bereiche Sozialschutz, soziale Sicherheit und Gesundheitsdienste umfasst. Dabei bildet der „Sozialschutz“ den Überbegriff, unter dem soziale Sicherheit und die Gesundheitsdienste zu fassen sind. „Soziale Sicherheit“ umfasst die Systeme, die Schutz

gegen Krankheit, Invalidität, Alter, Arbeitsunfall, Berufskrankheit und Arbeitslosigkeit bieten. „Gesundheitsdienste“ umfassen einerseits den Zugang zur öffentlichen Gesundheitsversorgung, andererseits auch die private Leistungserbringung (vgl. Agentur der Europäischen Union für Grundrechte 2010: 84 f.). Der „Sozialschutz“ geht über diese beiden Bereiche hinaus und umfasst weiter alle staatlich gewährten Sozialleistungen in Form von Dienst-, Sach- und Geldleistungen. Mithin umfasst der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie das gesamte Sozialrecht (vgl. ebd.: 84).

Der umfassende Geltungsbereich der Antirassismus-RL bewirkt, dass im gesamten Sozialrecht bei der Gewährleistung von Geld-, Sach- und Dienstleistungen keine Diskriminierung aufgrund der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft stattfinden darf. Relevant wird dies in der Verwaltung der Leistungsgewährung, die – gleichsam wie der Gesetzgeber – als „öffentliche Stelle“ an dieses Diskriminierungsverbot gebunden ist.

3.2.4.3 Rahmen-RL 2000/78/EG

Die Rahmen-RL 2000/78/EG schützt in Beschäftigung und Beruf neben Diskriminierungen aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft außerdem vor Diskriminierungen aufgrund von Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexueller Orientierung. Durch den Geltungsbereich der Richtlinie, der auf die Bereiche Beschäftigung und Beruf ausgerichtet ist, wird deutlich an die Erwerbsfähigkeit der Person angeknüpft. Zieht man eine Anwendung auf das Recht der sozialen Sicherheit also in Betracht, so würden beispielsweise Fürsorgeleistungen mangels Anknüpfung an die Erwerbsfähigkeit der Person nicht in den Anwendungsbereich der Rahmen-RL fallen.

Die Anwendung der Rahmen-RL auf das Sozialrecht ist nicht unumstritten. Zunächst nimmt Art. 3 Abs. 3 RL 2000/78/EG „Leistungen jeder Art seitens der staatlichen Systeme oder der damit gleichgestellten Systeme einschließlich der staatlichen Systeme der sozialen Sicherheit oder des sozialen Schutzes“ von der Richtlinie aus.

Leistungen etwa der Berufsberatung und Berufsausbildung stehen jedoch im engen Zusammenhang mit dem Arbeitsleben, sodass mitunter vertreten wird, dass diese in den Anwendungsbereich der RL fallen (so etwa Kobes & Liebscher 2017: 19). Das korrespondiert auch mit der deutschen Umsetzung der Richtlinie in § 19a SGB IV, dessen Geltungsbereich unten erläutert wird.

Darüber hinaus umfasst die Ausnahme des Art. 3 Abs. 3 RL 2000/78/EG in der englischen wie auch in der französischen Fassung lediglich Geldleistungen der oben genannten „Systeme“, sodass Sach- und Dienstleistungen, wie sie das deutsche Sozialrecht überdies kennt, wiederum von der Richtlinie erfasst sein sollen (vgl. Husmann 2007: 15). Eine Anwendung auf Geldleistungen der sozialen Sicherung kann dadurch allerdings nicht begründet werden.

3.2.4.4 Diskriminierung im Sinne der Richtlinien

Den Diskriminierungsrichtlinien ist gemein, dass sie in ihrem Art. 3 jeweils die gleichen Anforderungen an verbotene Diskriminierungen stellt. Demnach sind unmittelbare sowie mittelbare Diskriminierungen, Anweisungen zur Diskriminierung sowie (sexuelle) Belästigung verboten. Ferner enthalten die Richtlinien jeweils unterschiedliche Anforderungen an mögliche Rechtfertigungen der Benachteiligungen.

In der deutschen Umsetzung der Richtlinien, vornehmlich im AGG, aber auch in den sozialrechtlichen Diskriminierungsverboten, wurde lediglich der Begriff der Diskriminierung durch den der Benachteiligung ersetzt (siehe dazu Kapitel 3.3.2.2).

3.2.4.4.1 Unmittelbare Diskriminierung

Zunächst verbieten die Antidiskriminierungsrichtlinien unmittelbare Diskriminierungen. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn jemand direkt wegen eines der jeweils aufgezählten Merkmale benachteiligt wird und diese Benachteiligung nicht gerechtfertigt ist. Eine verbotene Diskriminierung kann auch vorliegen, wenn die Kategoriezugehörigkeit lediglich unterstellt wird, ohne dass sie tatsächlich zutrifft. Insofern kommt es allein auf die beabsichtigte Diskriminierung der diskriminierenden Person und nicht auf die – ohnehin problematische – Beurteilung einer tatsächlichen Kategoriezugehörigkeit an (vgl. Weselski 2018: § 33c SGB I Rn. 23).

3.2.4.4.2 Mittelbare Diskriminierung

Wenn scheinbar neutrale Vorschriften faktisch zu einer Benachteiligung wegen einer Kategorisierung führen, dann kann dies – wenn die Benachtei-

ligung nicht gerechtfertigt ist – eine mittelbare Diskriminierung darstellen. Werden beispielsweise Teilzeitbeschäftigte im Verhältnis zu Vollzeitbeschäftigten benachteiligt, dann trifft diese Benachteiligung aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten vornehmlich Frauen, obwohl die Anknüpfung an eine Teilzeitbeschäftigung zunächst neutral zu sein scheint und die Regelung nicht an das Geschlecht anknüpft. Gleichwohl sind tatsächlich mehr Frauen in Teilzeit beschäftigt. Mittelbare Benachteiligungen können durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden.

3.2.4.4.3 Anweisung zur Diskriminierung

Außerdem ist jegliche Anweisung zur Diskriminierung verboten. Demgemäß dürfen Vorgesetzte Beschäftigte nicht dazu anweisen, jemanden zu diskriminieren. Die Beschäftigten können sich entsprechenden Anweisungen widersetzen, ohne Konsequenzen für ihr Arbeitsverhältnis befürchten zu müssen. Im Beratungskontext des SGB II können etwa diskriminierende Weisungen innerhalb der Behörde verbotene Anweisungen zur Diskriminierung darstellen.

3.2.4.4.4 Belästigung

Eine Belästigung ist eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in den Diskriminierungsverboten genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

Bezogen auf Geschlechterdiskriminierung stellt die sexuelle Belästigung eine Belästigung durch unerwünschtes Verhalten mit sexuellen Bezügen dar.

Eine Beratung zu den Leistungen des SGB II, die diskriminierende Aussagen enthält, kann eine verbotene Belästigung im Sinne des Antidiskriminierungsrechts sein.

3.2.5 Fazit für das deutsche Sozialrecht

Art. 19 AEUV enthält lediglich eine Ermächtigung für die EU zur Rechtssetzung im Bereich der Antidiskriminierung. Die GrCh enthält Diskriminierungsverbote, gilt jedoch lediglich bei der Durchführung von EU-Recht. Die Rechtssetzungskompetenz im Sozialrecht ist allerdings weithin Sache der Mitgliedstaaten, sodass die GrCh sich nicht direkt auf das nationale Sozialrecht auswirkt.

Das Antidiskriminierungsverbot der EMRK entfaltet wegen seiner Akzessorietät und mangels eines Rechts auf soziale Sicherheit in der EMRK keine Wirkung für das deutsche Sozialrecht.

Die Antidiskriminierungsrichtlinien gelten nicht unmittelbar, sondern sind in das deutsche Recht umgesetzt und dienen als Auslegungshilfe bei der Anwendung der antidiskriminierungsrechtlichen Vorschriften des nationalen Rechts.

3.3 Darstellung rechtlicher Grundlagen einer diversitätssensiblen Leistungsgewährung im Sozialrecht

3.3.1 Sozialrechtliche Benachteiligungsverbote

Abgesehen von verfassungsunmittelbaren Diskriminierungsverboten aus Art. 3 GG und dem Landesantidiskriminierungsgesetz Berlin (LADG), an die Behörden gebunden sein können, gibt es spezielle sozialrechtliche Benachteiligungsverbote.

Die bereits dargestellten europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien wurden in Deutschland im Wesentlichen durch Inkrafttreten des AGG, aber auch durch Änderungen im SGB umgesetzt.³² § 33c SGB I und § 19a SGB IV sollen für den Bereich des Sozialgesetzbuchs Diskriminierungsverbote statuieren. Diese Rechtsvorschriften konstituieren zwar jeweils keinen eigenen Rechtsanspruch auf bestimmte Leistungen, sind bei der Auslegung und Anwendung der Leistungsvorschriften der Besonderen Teile des Sozialgesetzbuches aber zu berücksichtigen. Wirkung entfalten die Diskriminierungsverbote etwa bei der Ermessensausübung und bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe innerhalb der Leistungsvorschriften (vgl. BT-

32 Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14.8.2006 (BGBl. I 2006: 1897).

Drs. 16/1780: 32; Preis 2007: 254). Das AGG ist hingegen gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 AGG nicht anwendbar auf Leistungen des Sozialrechts (vgl. ebd.).

Den deutschen Diskriminierungsverboten ist gemein, dass sie die Terminologie der „Benachteiligung“ und nicht wie im Europarecht die der „Diskriminierung“ gewählt haben, da Benachteiligungen der Rechtfertigung zugänglich sind und das Wort „Diskriminierung“ bereits ein Unrechtsurteil in sich trägt. Die Benachteiligung bezeichnet zunächst eine Schlechterbehandlung, wenn diese in einem zweiten Schritt auch noch an eine Benachteiligungskategorie anknüpft und das ohne sachlichen Grund, dann kann von einer (verbotenen) Diskriminierung gesprochen werden.

3.3.2 § 33c SGB I

§ 33c Benachteiligungsverbot

„Bei der Inanspruchnahme sozialer Rechte darf niemand aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung benachteiligt werden. Ansprüche können nur insoweit geltend gemacht oder hergeleitet werden, als deren Voraussetzungen und Inhalt durch die Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuchs im Einzelnen bestimmt sind.“

§ 33c SGB I wurde durch das Gesetz zur Umsetzung europäischer Gleichbehandlungsrichtlinien mit Wirkung vom 18.08.2006 in das SGB I eingefügt (BGBl. I 2006: 1897). Als Teil des Allgemeinen Teils der Sozialgesetzbücher entfaltet § 33c SGB I Wirkung für das gesamte SGB und schafft so ein Mindestschutzniveau für alle Leistungsvorschriften (vgl. Schifferdecker 2021: § 33c Rn. 4). In Bezug auf § 33c SGB I wurde die Antirassismus-RL umgesetzt, sodass § 33c SGB I in erster Linie Diskriminierungen aus Gründen der „Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft verbietet. Der Gesetzgeber hat – über den Anwendungsbereich der Antirassismus-RL hinausgehend – in § 33c SGB I außerdem die Behinderung als Diskriminierungskategorie mit aufgenommen. Der Begriff der Behinderung ist in diesem Zusammenhang sozialrechtlich gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX und § 3 BGG und nicht unionsrechtlich zu verstehen (so Baier 2022: § 33c Rn. 9, unter Verweis auf BT-Drs. 16/1780: 31).

Die Inanspruchnahme sozialer Rechte umfasst alle Aktivitäten der Anspruchsinhaber*innen, die der Realisierung des jeweiligen Anspruchs dienlich sind (vgl. Schifferdecker 2021: SGB I § 33c Rn. 7). Die sozialen Rechte des SGB bestehen in allen Ansprüchen auf Dienst-, Sach- und Geldleistun-

gen (vgl. § 11 SGB I); außerdem sind damit zusammenhängend die Aufklärung, Auskunft und Beratung z. B. nach §§ 13–15 SGB I und § 14 Abs. 2 SGB II umfasst.

3.3.2.1 Kategorien

Der Anwendungsbereich des § 33c SGB I umfasst nur wenige Kategorien aus den Kategorienkatalogen der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien; das Schutzniveau des § 33c SGB I bleibt also hinter dem des AGG und des § 19a SGB IV zurück. Hingegen ist die Rechtsfolge weiter gefasst, sodass der einerseits beschränkte Schutz andererseits auf das gesamte Sozialrecht anwendbar ist.

3.3.2.1.1 „Rasse“

Der Begriff der „Rasse“ als Diskriminierungsmerkmal stößt hinlänglich auf zutreffende Kritik (vgl. etwa ISD 2015, 2021; zum Ganzen auch Liebscher 2021). Im Gesetzgebungsverfahren des § 33c SGB I wurde insofern klargestellt, dass die Aufnahme dieser Kategorie nicht etwa ein Bekenntnis zu Rassentheorien bedeute (BR-Drs. 329/60: 31; Erwägungsgrund 6 der RL, ABl EG 2000 Nr. L 180: 22). Mitunter wird vorgeschlagen, den Begriff der „Rasse“ durch den der „Abstammung“ zu ersetzen (vgl. etwa Mrozynski 2019: SGB I § 33c Rn. 7; Schifferdecker 2021: § 33c Rn. 14). Beide Begriffe umreißen umfassend die ethnische Herkunft. Eine Benachteiligung aus Gründen der „Rasse“ soll dann angenommen werden, wenn ein benachteiligendes Verhalten oder Unterlassen der Annahme entspringt, der Betroffene gehöre einer „Rasse“ an (vgl. Grutzler 2019: § 33c Rn. 21). Mit der Kategorie der „Rasse“ als unzulässigem Anknüpfungspunkt für Diskriminierungen sollen mithin rassistisch motivierte Benachteiligungen untersagt werden (vgl. Baier 2021: SGB I § 33c Rn. 7).

Sowohl in der Antirassismus-RL als auch in § 33c SGB I heißt es „aus Gründen der Rasse“; diese Formulierung soll eher auf die Motivation der diskriminierenden Person abstellen als auf die Existenz von Rassen. Demgegenüber heißt es in Art. 3 Abs. 3 GG „wegen seiner Rasse“, was mehr auf die Zugehörigkeit zu einer Rasse als auf die rassistische Motivation

der diskriminierenden Person abzustellen scheint.³³ Wegen dieser sprachlichen Feinheiten könnte man annehmen, dass die Problematik um den Rassebegriff im Grundgesetz im Bereich des europarechtlich determinierten einfachgesetzlichen Antidiskriminierungsrechts nicht trägt. Allerdings ist isoliert betrachtet die Formulierung „aus Gründen der Rasse“ nicht unbedingt als klares Bekenntnis gegen Rasetheorien zu verstehen. Die Problematik um den Begriff bleibt also bestehen. Um dieser problematischen Kategoriebezeichnung zu entkommen und gleichzeitig lückenlosen Schutz zu gewährleisten, könnte die Kategorie „rassistische Diskriminierung“ oder „Diskriminierung durch rassistische Zuschreibungen“ (Kobes & Liebscher 2017: 23) verwendet werden. Eine solche Formulierung legt den Fokus auf den Unrechtsgehalt der Diskriminierung an sich und ordnet Personen nicht wegen einer „Rasse“ oder trotz Nichtbestehen von „Rassen“ in eine solche Kategorie ein.

3.3.2.1.2 Ethnische Herkunft

Die ethnische Herkunft bezeichnet die Zugehörigkeit zu einer sprachlich und kulturell einheitlichen Volksgruppe (vgl. Baier 2021: SGB I § 33c Rn. 8). Der Begriff der ethnischen Herkunft orientiert sich am Begriffsverständnis des § 1 AGG, das sich wiederum nach der ICERD richtet. Aus dem weiteren Begriffsverständnis nach der ICERD (nach dem die Hautfarbe, die Abstammung, der nationale Ursprung und das Volkstum zu berücksichtigen sind) ergeben sich weite Überschneidungen mit der Kategorie der „Rasse“. Auch wenn ausdrücklich an Religion oder Staatsangehörigkeit angeknüpft wird, kann in Wirklichkeit die ethnische Herkunft betroffen sein (vgl. Weselski 2018: § 33c SGB I Rn. 25).

3.3.2.1.3 Behinderung

Der Behinderungsbegriff des § 33c SGB I entspricht den sozialrechtlichen Definitionen der §§ 2 Abs. 1 SGB IX und 3 BGG (BT-Drs. 16/1780: 31). Menschen mit Behinderungen sind demnach solche, die körperliche, see-

33 Eine Reform des Art. 3 Abs. 3 GG rund um eine Ersetzung des Rassebegriffs wurde 2021 vom Bundestag abgelehnt. Die Stellungnahmen der Sachverständigen sind abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw25-pa-recht-rasse-847538> [letzter Zugriff: 30.04.2023].

liche, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können. Eine Beeinträchtigung liegt vor, wenn der Körper- und Gesundheitszustand von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht.

Benachteiligungen wegen der Behinderung einer Person liegen nicht nur dann vor, wenn der Zugang zu öffentlichen Angeboten und Einrichtungen Menschen mit Behinderungen verwehrt ist, obwohl er grundsätzlich jedem zusteht. Vielmehr kann eine Benachteiligung auch bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt gegeben sein, wenn dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Förderungsmaßnahme hinlänglich kompensiert wird.³⁴

3.3.2.1.4 Fehlende Kategorie: Geschlecht

Nach den europäischen antidiskriminierungsrechtlichen Vorgaben, etwa aus RL 79/7/EWG, gilt auch ein Diskriminierungsverbot für das gesamte Sozialrecht in Bezug auf die Kategorie „Geschlecht“. Dies hätte im Zuge des § 33c SGB I mit umgesetzt werden können. Die Kategorie des Geschlechts findet sich im Gleichstellungsprinzip für den Bereich des SGB II in § 1 Abs. 2 SGB II. Das Regelungsregime in diesem Bereich ist mithin unsystematisch und sollte durch eine Aufnahme der Kategorie Geschlecht in § 33c SGB I korrigiert werden.

3.3.2.2 Benachteiligung/Diskriminierung

Welche Art der Benachteiligung verboten sein soll, regelt § 33c SGB I nicht ausdrücklich. Obwohl das AGG nach herrschender Meinung in der Literatur (vgl. statt vieler Mrozynski 2019: SGB I § 33c Rn. 4 ff.; Weselski 2018: § 33c Rn. 17; Schifferdecker 2021: SGB I § 33c Rn. 9) im Sozialrecht nicht anwendbar ist, lassen sich Wertungen des AGG doch auf das Sozialrecht übertragen (vgl. ebd.). Sowohl § 33c SGB I als auch das AGG entspringen den europarechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien, sodass für die sozialrechtlichen Diskriminierungsverbote ebenfalls von einem entsprechend

34 BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97, BVerfGE 96, 288, 303.

umfassenden Diskriminierungsschutz auszugehen ist. Der Begriff der „Benachteiligung“ aus § 33c SGB I entspricht dem des AGG und umfasst mit-

- *unmittelbare Diskriminierungen* (wenn eine Person aufgrund der „Rasse“, ethnischen Herkunft oder Behinderung in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde [§ 3 Abs. 1 AGG]),
- *mittelbare Diskriminierungen* (wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen der „Rasse“, ethnischen Herkunft oder Behinderung in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich [§ 3 Abs. 2 AGG]),
- *Anweisungen zur Diskriminierung* und
- *Belästigungen* (gelten als Diskriminierungen, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit der „Rasse“, ethnischen Herkunft oder Behinderung einer Person stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt oder ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird [§ 3 Abs. 3 AGG]).

Dabei genügt bereits, dass ein soziales Recht zeitlich verzögert realisiert wird, wenn dies eine ungünstigere Behandlung darstellt als die, die eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde (vgl. Mroczynski 2019: SGB I § 33c Rn. 4, unter Verweis auf Art. 2 Abs. 2 lit. a RL 2000/43/EG).

3.3.2.3 Rechtfertigung der Benachteiligung

Gründe, die eine Benachteiligung rechtfertigen könnten, sind in § 33c SGB I nicht ausdrücklich genannt. Zieht man die Regelungen des AGG heran, so wären Benachteiligungen rechtfertigungsfähig. Allerdings gilt das AGG nicht für den Bereich des Sozialrechts (§ 2 Abs. 2 AGG). Teilweise werden die Wertungen des AGG für die Beurteilung einer Rechtfertigung herangezogen, andererseits wird mitunter von einem absoluten Diskriminierungsverbot ausgegangen. Übernimmt man die Konzeption des Art. 4 RL 2000/43/EG, so würde bei Vorliegen eines tauglichen Grunds schon

keine Ungleichbehandlung vorliegen, sodass mangels Tatbestandserfüllung keine Rechtfertigung nötig wäre (vgl. Mrozynski 2019: SGB I § 33c Rn. 14). Dieser Ansatz verkennt allerdings die Konzeption des deutschen Antidiskriminierungsrechts beispielsweise im AGG, wo Benachteiligungen tatbestandsmäßig festgestellt und in einem zweiten Schritt gerechtfertigt werden können. Die Antirassismus-RL sieht vor, dass Ausnahmen von den Diskriminierungsverboten nur bei mittelbaren Diskriminierungen zulässig sind und durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden können (vgl. Schifferdecker 2021: SGB I § 33c Rn. 25).

3.3.3 § 19a SGB IV

§ 19a Benachteiligungsverbot

„Bei der Inanspruchnahme von Leistungen, die den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung, der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung betreffen, darf niemand aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität benachteiligt werden. Ansprüche können nur insoweit geltend gemacht oder hergeleitet werden, als deren Voraussetzungen und Inhalt durch die Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuchs im Einzelnen bestimmt sind.“

Ein weitergehendes sozialrechtliches Diskriminierungsverbot, dessen Kategorien denen des § 1 AGG entsprechen, findet sich in § 19a SGB IV. Allerdings beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 19a SGB IV auf den Bereich Inanspruchnahme von Leistungen, die den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung, der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung betreffen. Berufsberatung umfasst dabei Leistungen nach §§ 29 ff. SGB III, Berufsbildung die §§ 59 ff. SGB III und die berufliche Weiterbildung die §§ 81 ff. SGB III (vgl. Knospe 2012: § 19a SGB IV Rn. 13). Darüber hinaus gilt § 19a SGB IV gemäß § 1 Abs. 2 SGB IV auch für Berufsberatung und -bildung im System der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach SGB II (vgl. Kocher 2011: 546).

Für diesen Bereich verbietet § 19a SGB IV eine Benachteiligung aus Gründen der „Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Al-

ters oder der sexuellen Identität. In Bezug auf die Kategorien der „Rasse“, der ethnischen Herkunft und der Behinderung doppelten sich die sozialrechtlichen Benachteiligungsverbote – das Schutzniveau des § 19a SGB IV übersteigt das des § 33c SGB I insofern nicht (vgl. Huster & Kießling 2021: Rn. 87).

Mit § 19a SGB IV sollte vornehmlich die Rahmen-RL 2000/78/EG hinsichtlich Beschäftigung und Beruf umgesetzt werden. Adressiert ist vor allem die Bundesagentur für Arbeit (vgl. Knospe 2012: § 19a SGB IV Rn. 28). § 19a SGB IV gilt umfassend, nicht nur im Verhältnis zwischen berechtigter Person und Träger, sondern auch zwischen Träger und Leistungserbringer. Das Diskriminierungsverbot kann mithin nicht durch Leistungserbringung von beispielsweise privatrechtlich organisierten Trägern ausgehebelt werden (vgl. ebd.; a. A. KassKomm-Schifferdecker: Rz 31 zu § 33c SGB I m. w. N.).

Der eingeschränkte Anwendungsbereich des § 19a SGB IV schafft darüber hinaus keine Schutzlücken in Bezug etwa auf andere Bereiche des Sozialrechts. Wie auch die eingeschränkten Diskriminierungskategorien des § 33c SGB I werden Lücken ohnehin durch Art. 3 GG geschlossen, an den alle staatlichen Stellen gebunden sind. Deswegen stellt sich auch bei dem systemfremden (vgl. Huster & Kießling 2021: Rn. 103 f.) § 19a SGB IV mitunter die Frage der Daseinsberechtigung dieses Diskriminierungsverbots (vgl. Knospe 2012: § 19a SGB IV Rn. 10).

Für den Bereich der existenzsichernden Geldleistungen nach SGB II entfaltet § 19a SGB IV keine Wirkungen, da diese Leistungen nicht zu den Leistungen gehören, die den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung, der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung betreffen.

3.3.4 Sanktion bei Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote

Die sozialrechtlichen Diskriminierungsverbote regeln, anders als die Antidiskriminierungsrichtlinien vorgeben, keine Konsequenzen für den Fall eines Verstoßes. § 15 AGG kann hier nicht analog angewendet werden, da § 2 Abs. 2 AGG die Anwendung auf das Sozialrecht sperrt. Das Fehlen einer Regelung zu Konsequenzen bewirkt in der Praxis Rechtsunsicherheit für die Betroffenen.³⁵

35 Die Bundesregierung verweist dazu etwa pauschal auf Widerspruchs- und Klagewege (vgl. BT-Drs. 19/11042: 4 f.).

Der diskriminierten Person kann jedoch unter Rückgriff auf allgemeine Regeln ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch entstehen, es können Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung (Art. 34 GG i. V. m. § 824 BGB) entstehen, oder wenn eine Sozialleistung diskriminierend versagt wurde, wäre der Ablehnungsbescheid rechtswidrig.

Rechtsprechung zu Sanktionen bei einem Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote fehlt gänzlich. In der Praxis spielt eine Ahndung von verbotenen Diskriminierungen im Bereich des Sozialrechts keine Rolle, weshalb sich die Diskriminierungsverbote mehr als stumpfes Schwert denn als effektives Rechtsschutzinstrument verstehen lassen. Der Mangel einer Rechtsfolge wirft außerdem europarechtliche Bedenken auf. Die Antidiskriminierungsrichtlinien verpflichten nämlich die Mitgliedstaaten zur Normierung von wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen bei Verstößen gegen die Diskriminierungsverbote (vgl. etwa Art. 15 S. 1 und 2 RL 2000/43/EG).

Das Fehlen von gesetzlich normierten Sanktionen in den sozialrechtlichen Diskriminierungsverboten stellt folglich ein europarechtliches Umsetzungsdefizit dar. Der Gesetzgeber sollte tätig werden, um diese unbillige Situation zu beseitigen und dem Zweck der effektiven Diskriminierungsabwehr Rechnung zu tragen.

3.3.5 Verhältnis der Diskriminierungsverbote zueinander und die Rolle des Art. 3 Abs. 3 GG

Während § 33c SGB I die Antirassismus-RL umsetzt und inhaltlich die Kategorien „Rasse“, ethnische Herkunft und (über die Richtlinie hinaus) Behinderung umfasst und für das gesamte Sozialrecht gilt, setzt § 19a SGB IV die Rahmen-RL mit den zusätzlichen Kategorien Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Alter und sexuelle Identität um, gilt aber lediglich für den Bereich der Inanspruchnahme von Leistungen, die den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung, der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung betreffen. Der engere sachliche Anwendungsbereich des § 19a SGB IV liegt in der zugrunde liegenden Rahmen-RL begründet, deren Anwendungsbereich auf ebendiese berufsbezogenen Systeme beschränkt ist und ausdrücklich den Bereich der sozialen Sicherheit ausspart. Es handelt sich also beim Anwendungsbereich des § 19a SGB IV nicht um ein Defizit bei der Umsetzung der EU-Rahmen-RL. Deshalb kommt auch keine analo-

ge Anwendung des § 19a SGB IV auf den Geltungsbereich des § 33c SGB I in Betracht (vgl. dazu auch Huster & Kießling 2021: Rn. 106 f.).

An die Kategorien des Geschlechts oder der Religion oder Weltanschauung, die also nicht über sozialrechtliche Diskriminierungsverbote etwa im System des SGB II geschützt sind, darf aber bereits wegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht ohne sachlichen Grund angeknüpft werden. Die eigenständige Bedeutung bzw. Notwendigkeit der sozialrechtlichen Diskriminierungsverbote wird wegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG grundsätzlich angezweifelt, da das verfassungsrechtliche Differenzierungsverbot bereits alle Diskriminierungskategorien der §§ 33c SGB I und 19a SGB IV enthält und insofern kein über das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot hinausgehender rechtlicher Diskriminierungsschutz statuiert werden kann. Die deklaratorische Wirkung der Aufnahme der Diskriminierungsverbote in das SGB und deren potenzielle praktische Wirkung bleiben dabei allerdings unberücksichtigt.

3.3.6 Fazit

Bei genauerer Betrachtung der Diskriminierungsverbote aus §§ 33c SGB I und 19a SGB IV werden einerseits die unterschiedlichen Geltungsbereiche deutlich. Andererseits gebieten die Differenzierungsverbote Schutz wegen unterschiedlicher Kategorien. Nur die Kategorien „Rasse“, ethnische Herkunft und Behinderung sind in beiden Diskriminierungsverboten enumeriert und somit umfassend in allen Bereichen des Sozialrechts geschützt. Die übrigen Kategorien (Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Alter und sexuelle Identität) sind nur im Zusammenhang der Inanspruchnahme von Leistungen, die den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung, der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung umfassen, vor Diskriminierung geschützt.

Der allgemeine § 33c SGB I bleibt in seiner Schutzwirkung also zunächst hinter dem § 19a SGB IV zurück.

Mit der Schaffung der Diskriminierungsverbote sollte ursprünglich „der Schutz vor Diskriminierungen im Sinne des Artikels 3 des Grundgesetzes verbessert werden“ (BT-Drs. 16/1780: 20). Allerdings sind jegliche dem Staat zurechenbare Ungleichbehandlungen ultimativ an Art. 3 GG zu messen. Dass in das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 33c SGB I nur drei Kategorien aufgenommen wurden, ist deshalb dem Diskriminierungs-

schutz im Sozialrecht nicht abträglich, weil Diskriminierungen, die an den übrigen Kategorien anknüpfen, bereits durch Art. 3 Abs. 1, 3 GG verboten sind. Die Verknüpfung der Diskriminierungsverbote mit Art. 3 Abs. 3 GG zum Schließen etwaiger Schutzlücken der einfachgesetzlichen Diskriminierungsverbote führt außerdem dazu, dass jegliche Diskriminierungen unter Umständen der Rechtfertigung zugänglich sind (vgl. Schifferdecker 2021: § 33c SGB I Rn. 25 f.; Gutzler 2021: § 33c SGB I Rn. 20).

Eine weitere Richtlinie, die von Deutschland blockiert wird, würde alle weitergehenden Kategorien auch für den Bereich der sozialen Sicherheit umfassen (vgl. Göbel 2015). Damit wäre auch ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot wegen Gründen der sexuellen Identität gewährleistet, an dem es im Bereich der sozialen Sicherheit noch mangelt.³⁶

3.4 (Empfehlungen für) Kategoriedifferenzierungen

3.4.1 Kategoriedifferenzierungen

So sehr ein postkategoriales Antidiskriminierungsverständnis einleuchtet (vgl. Liebscher et al. 2012: 204), so viele Schwierigkeiten bietet es allerdings in der Praxis und in der Handhabbarkeit von Diskriminierungen. Eine Operationalisierung diversitätssensibler Leistungsgewährung lässt sich nur erreichen, wenn man die Diskriminierungskategorien als Orientierung für Diskriminierungsgefahren versteht. Entscheidungsspielräume der Behörden müssen in Hinblick auf die Kategorien diskriminierungsfrei ausgeschöpft werden (vgl. Kobes & Liebscher 2017: 35).

Wesentliche Kategorien, die sich aus menschen- und antidiskriminierungsrechtlichen Rechtsquellen ergeben und sich als Ergebnis einer Aufnahme institutioneller und gesellschaftlicher Diskriminierungserfahrungen ergeben, sind folgende:

3.4.1.1 Rassistische Zuschreibungen

Aus den oben bereits elaborierten Gründen wird eine Kategorie, die eine Zuordnung zu einer „Rasse“ zumindest sprachlich nahelegt, hier abgelehnt.

36 Die Kategorie der sexuellen Identität ist zwar von § 19a SGB IV umfasst, findet sich allerdings nicht in § 33c SGB I oder Art. 3 GG.

Diskriminierungen können jedoch anknüpfen an rassistische Zuschreibungen von außen. Rassistische Zuschreibungen entstehen etwa auf Basis äußerlicher Eigenschaften einer Person.

3.4.1.2 Ethnische Herkunft

Die ethnische Herkunft bezeichnet die Zugehörigkeit zu einer sprachlich und kulturell einheitlichen Volksgruppe (vgl. Baier 2021: SGB I § 33c Rn. 8). Der Begriff der ethnischen Herkunft orientiert sich am Begriffsverständnis des § 1 AGG, das sich wiederum nach der ICERD richtet. Aus dem weiteren Begriffsverständnis nach der ICERD (nach dem die Hautfarbe, die Abstammung, der nationale Ursprung und das Volkstum zu berücksichtigen sind) ergeben sich weite Überschneidungen mit der Kategorie der „Rasse“. Auch wenn ausdrücklich an Religion oder Staatsangehörigkeit angeknüpft wird, kann in Wirklichkeit die ethnische Herkunft betroffen sein (vgl. Weselski 2018: § 33c SGB I Rn. 25).

3.4.1.3 Religion

Die Religion einer Person bezeichnet zunächst die formale Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft (vgl. Knospe 2012: § 19a SGB IV Rn. 19). Darüber hinaus umfasst der Begriff in materieller Hinsicht religiöse Überzeugungen, die auf transzendenten Vorstellungen beruhen (vgl. Gutzeit 2018: § 19a SGB IV Rn. 12).

3.4.1.4 Geschlecht

Die Kategorie „Geschlecht“ bezeichnet die (biologische) Zuordnung eines Menschen zu einer Geschlechtsgruppe. Vornehmlich sollte mit der Aufnahme der Geschlechtskategorie in antidiskriminierungsrechtliche Materien eine Gleichstellung von Männern und Frauen bezweckt werden. Die biologische Zuordnung des Geschlechts endet jedoch nicht in binären Vorstellungen, sondern umfasst auch Intersexuelle. Die sexuelle Identität soll hingegen nicht von der Kategorie „Geschlecht“ umfasst sein, da es sich dabei um eine bloße sexuelle Ausrichtung handele, die nicht in Verbindung mit dem Geschlecht stehe (vgl. Knospe 2012: § 19a SGB IV Rn. 18).

Auch Transpersonen können sich, wenn eine Diskriminierung an ihre Transsexualität anknüpft, auf die Kategorie „Geschlecht“ berufen. Transsexualität stellt keine sexuelle Ausrichtung im Sinne der „sexuellen Identität“ dar, sondern eine individuelle Geschlechtszuordnung.³⁷

3.4.1.5 Alter

Die Kategorie „Alter“ bezeichnet das konkrete Lebensalter einer Person. Dabei geht es nicht nur um den Schutz älterer Menschen, sondern um ein grundsätzliches Diskriminierungsverbot wegen des konkreten Alters, das auch jüngere Menschen schützen kann (vgl. BT-Drs. 16/1780: 31). Diskriminierungen wegen des Alters sind mangels Nennung in Art. 3 Abs. 3 GG an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen.

3.4.2 Berücksichtigung von Mehrfachdiskriminierung/Intersektionalität

Intersektionalität bezeichnet den Umstand, dass „kein Mensch ‚nur‘ Frau oder Mann, Atheistin oder Moslem, Vertriebene oder von adliger Abstammung, behindert oder nicht-behindert usw. [ist]. [...] Menschen sind individuell nicht nur in einer Schublade unterzubringen, sondern immer mehrfach sozial situiert.“ (Baer & Markard 2018: Art. 3 Rn. 442)

Denkt man antidiskriminierungsrechtlich in Kategoriedifferenzierungen, so sind im Falle einer Mehrfachdiskriminierung mehrere Kategorien betroffen. Dabei fängt das Konzept der Intersektionalität ebensolche Sachverhalte auf, in denen sich die Gründe für die Diskriminierung gegenseitig verstärken. Die „intersection“ beschreibt das spezifische Zusammenwirken der diskriminierenden Faktoren (vgl. Crenshaw 1989: 139). Additive Diskriminierung hingegen beschreibt das Hinzutreten eines Diskriminierungsgrunds zu einem anderen, die dann jeweils in einer Diskriminierungserfahrung resultieren.³⁸

Wie mit Intersektionalität und intersektionaler Diskriminierung in der Rechtswissenschaft dogmatisch umgegangen wird, ist im deutschen Sprachraum nicht eindeutig geklärt. Außer Acht lassen darf man die

37 Vgl. EuGH v. 07.01.2004 – C-117/01.

38 Zum Unterschied zwischen additiver Diskriminierung und Intersektionalität als Unterfällen der Mehrfachdiskriminierung vgl. Mangold (2016: 153, unter Verweis auf Chege 2012: 504).

komplexen Gemengelage intersektionaler Sachverhalte indes nicht, da Diskriminierungen sich beim Zusammentreffen gegenseitig verstärken und erst eine intersektionale Perspektive Mehrfachdiskriminierungen greifbar macht. Vor allem im vorliegend zu untersuchenden SGB II sind Menschen, die in seinen Anwendungsbereich fallen, oftmals von Mehrfachdiskriminierungen betroffen. Anders als im AGG (§ 4 AGG) berücksichtigen die Diskriminierungsverbote des SGB jedoch nicht ausdrücklich den Fall der mehrdimensionalen Diskriminierung. Die Diskriminierungsgründe/Kategorien der sozialrechtlichen Diskriminierungsverbote stehen vielmehr nebeneinander (vgl. Baer et al. 2010: 37).

Weder in § 4 AGG noch in den Diskriminierungsverboten des SGB ist eine Rechtsfolge bezüglich Mehrfachdiskriminierungen normiert. Die Rechtfertigung einer solchen Diskriminierung muss für jede Differenzierungskategorie nebeneinander geprüft werden.³⁹ Für die Operationalisierung einer diversitätssensiblen Leistungsgewährung in Hinblick auf intersektionale Diskriminierungsgefahren könnten entweder typische Verschränkungen von Diskriminierungskategorien herausgearbeitet oder jeweils die Dimensionen einer Diskriminierungsgefahr in atypischen Bedarfslagen analysiert werden.

3.5 Grundlagen einer diversitätssensiblen Leistungsgewährung

3.5.1 Grundlegendes zur Leistungsgewährung im SGB II

Im Folgenden werden die einfachgesetzlichen Grundlagen der Leistungsgewährung im SGB II dargelegt. Dabei sollen Gestaltungsspielräume für eine diversitätssensible Leistungsgewährung ausgemacht und analysiert werden.

Ziel des SGB II ist, den Leistungsempfänger*innen ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen (§1 Abs.1 SGB II). Dabei entspricht die Art der Leistungsgewährung dem Prinzip der Hilfe zur Selbsthilfe. Übergeordnetes Ziel ist die Arbeitsmarktintegration. In diesem Prozess sollen die Leistungsempfänger*innen gefördert und gefordert werden (§2 SGB II). Es handelt sich also nicht um eine einseitige Hingabe, sondern um eine idealerweise wechselwirkende Beziehung zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger*in, die in einer Überwindung der Bedürftigkeit münden soll.

39 Vgl. BVerfGE 138, 296, 353 f.

Für Leistungen der Grundsicherung gilt außerdem das Nachrangprinzip. Hilfe können nur diejenigen erhalten, die sich nicht selbst helfen oder keine Hilfe von Dritten erhalten können (etwa § 3 Abs. 3 Halbs. 1 SGB II, § 19 Abs. 3 SGB II; vgl. dazu Löcher & Wendtland 2022: 56).

Ein konkreter Anspruch auf Bürgergeld richtet sich nach § 19 Abs. 1 S. 1 SGB II i. V. m. § 7 SGB II und setzt Folgendes voraus:

- gewöhnlicher Aufenthalt (§ 30 Abs. 3 Abs. 2 SGB I) in der Bundesrepublik,
- Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 SGB II und
- Hilfebedürftigkeit im Sinne des § 9 SGB II.

3.5.2 Leistungstatbestände im SGB II und Gestaltungsspielräume

3.5.2.1 Gesetzliche Grundlage der Regelleistung in § 20

§ 20 SGB II Regelbedarf

„Der Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts umfasst insbesondere Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Haushaltsenergie ohne die auf die Heizung und Erzeugung von Warmwasser entfallenden Anteile sowie persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens. Zu den persönlichen Bedürfnissen des täglichen Lebens gehört in vertretbarem Umfang eine Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft. Der Regelbedarf wird als monatlicher Pauschalbetrag berücksichtigt. Über die Verwendung der zur Deckung des Regelbedarfs erbrachten Leistungen entscheiden die Leistungsberechtigten eigenverantwortlich; dabei haben sie das Eintreten unregelmäßig anfallender Bedarfe zu berücksichtigen.“

Der Regelbedarf gemäß § 20 SGB II bemisst sich je nach Bedarfsstufe. Die konkrete Höhe der Regelleistungen, die als Pauschalbetrag monatlich ausgezahlt werden, ergibt sich jährlich neu entsprechend § 28 SGB XII in Verbindung mit dem Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz und den §§ 28a und 40 SGB XII in Verbindung mit der für das jeweilige Jahr geltenden Regelbedarfsstufen-Fortschreibungsverordnung. Aktuell (im Jahr 2024) wird alleinstehenden Leistungsbeziehenden monatlich ein Regelbedarf in Höhe von 563 EUR ausgezahlt.

3.5.2.2 Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat und Haushaltsenergie

Insbesondere vom Regelbedarf umfasst sein sollen die Bedarfe für Ernährung, Kleidung, Körperpflege und Hausrat und Haushaltsenergie.

3.5.2.3 Persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens

Um auch das soziokulturelle Existenzminimum – also alles, was über die Bedarfe für das „nackte Überleben“ hinausgeht – abzudecken, werden innerhalb des Regelbedarfs außerdem Beträge für die persönlichen Bedürfnisse des täglichen Lebens vorgesehen. Dazu gehören etwa Freizeitgestaltung oder Verkehr. Diese Bedarfe sollen „in vertretbarem Umfang“ gewährt werden. Diese Formulierung impliziert eine Limitierung des Regelbedarfs dahingehend, dass nicht etwa „zu viel“ geleistet wird, und stellt gleichzeitig heraus, dass persönliche Bedarfe des täglichen Lebens nur limitiert zugebilligt werden. Diese Grundannahme zieht sich durch das gesamte Grundsicherungsrecht und schlägt sich auch in der Bedarfsberechnung nieder. Diese wird durch die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS)⁴⁰ ermittelt, bei der von den unteren 15 bzw. 20 Prozent der Erwerbseinkommen ein Durchschnitt berechnet wird, der dann in den Regelsätzen des SGB II (und SGB XII) geleistet wird. Mit der Bedarfsorientierung an ausschließlich einkommensschwachen Haushalten soll sichergestellt werden, dass Grundsicherungsbeziehende nicht mehr Leistungen erhalten als einkommensschwache Erwerbstätige aus Erwerbsarbeit. Schon in dieser Konzeption ist ein restriktiver Umgang mit Grundsicherungsleistungen angelegt.

3.5.2.4 Ansparungspauschale

Mit § 20 Abs. 1 S. 3 SGB II legt das Gesetz der leistungsberechtigten Person auf, Geld für unregelmäßig anfallende Bedarfe zurückzulegen.

40 Vgl. Gesetz über die Statistik der Wirtschaftsrechnungen privater Haushalte (BGBI. I 1961: 1773).

3.5.2.5 Mehrbedarfe (§ 21 SGB II)

3.5.2.5.1 Abs. 2: werdende Mütter

Bei werdenden Müttern wird gemäß § 21 Abs. 2 SGB II ab der zwölften Schwangerschaftswoche bis zum Ende des Entbindungsmonats pauschal ein Mehrbedarf von 17 Prozent anerkannt.

3.5.2.5.2 Abs. 3: Alleinerziehende

Alleinerziehenden wird nach § 21 Abs. 3 SGB II je nach Alter des Kindes, für das sie allein sorgen, ein Mehrbedarf von 36 Prozent (Nr. 1) bzw. 12 Prozent (Nr. 2) zugebilligt.

3.5.2.5.3 Abs. 4: erwerbsfähige Menschen mit Behinderung

Erwerbsfähigen Menschen mit Behinderung wird gemäß § 21 Abs. 4 SGB II ein Mehrbedarf von 35 Prozent des Regelbedarfs gewährt.

3.5.2.5.4 Abs. 5: kostenaufwändige Ernährung

§ 21 Abs. 5 SGB II berücksichtigt kostenaufwändige Ernährung als Mehrbedarf. Wird diese aus medizinischen Gründen benötigt, wird ein Mehrbedarf in angemessener Höhe anerkannt. Zwischen Erkrankung und Notwendigkeit der kostenaufwändigen Ernährung muss dabei ein ursächlicher Zusammenhang bestehen.⁴¹ Diese Vorschrift eröffnet einen gewissen Gestaltungsspielraum (a. A. von Boetticher 2015: § 30 Rn. 26). Auslegungsbedürftig sind dabei zunächst die zulässigen medizinischen Gründe. Darüber hinaus ist die „angemessene Höhe“ im Einzelfall zu bestimmen. Dabei ist vorher zwingend eine Prüfung vorzunehmen, ob der Regelbedarf zur Deckung nicht ausreicht.

Medizinische Gründe: Bei den medizinischen Gründen für eine kostenaufwändige Ernährung ist zwischen verschiedenen Fallkonstellationen zu un-

41 BSG v. 10.05.2011, Az.: B 4 AS 100/10 R.

terscheiden. Zunächst gibt es Erkrankungen, bei denen ein Mehrbedarf bereits aufgrund der Erkrankung an sich zu bewilligen ist (etwa Zöliakie, Terminale Niereninsuffizienz mit Dialysetherapie, Schluckstörung, Mangelernährung [vgl. BA 2023a: 18]). Dann gibt es Erkrankungen, bei denen für die Gewährung des Mehrbedarfs neben der Erkrankung an sich noch weitere Voraussetzungen hinzukommen müssen. Dazu gehören etwa Mangelernährungserscheinungen, die durch bestimmte Erkrankungen bedingt werden. Durch das Vorliegen der Erkrankungen an sich kann noch keine Mangelernährung und damit kein Mehrbedarf an Ernährungskosten begründet werden. Hinzutreten muss bei Erkrankungen wie z. B. Tumorerkrankungen oder chronisch obstruktiven Lungenerkrankungen ein phänotypisches (Erscheinungsbild) und ein ätiologisches (Ursachen für die Mangelernährung betreffend) Merkmal (vgl. BA 2023a: 7).

Darüber hinaus gibt es Erkrankungen, bei denen laut den Weisungen der BA in der Regel grundsätzlich kein Mehrbedarf gewährt werden soll. Dazu gehören etwa Diabetes mellitus Typ I und Typ II, Neurodermitis, Lebererkrankungen, Endometriose, Laktoseintoleranz und Histaminunverträglichkeit; dabei wird angenommen, dass eine Vollkost, die grundsätzlich aus dem Regelbedarf finanziert werden kann, für den ernährungstechnischen Umgang mit der Erkrankung ausreicht (vgl. Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge 2015: 8). Für den Nachweis der medizinischen Gründe ist eine ärztliche Bescheinigung erforderlich, die hinreichend aussagekräftig sein muss. In Ausnahmefällen können auch spezielle Stellen eingeschaltet werden, etwa wenn mehrere Krankheiten kumulativ vorliegen und einen speziellen Ernährungsbedarf begründen.⁴²

In der Praxis soll die Beschränkung auf „harte“ medizinische Gründe kaum Relevanz haben, das Merkmal der medizinischen Gründe soll vielmehr im Umkehrschluss religiöse und weltanschauliche Gründe ausschließen (vgl. Breitkreuz 2021: SGB II § 21 Rn. 14). Eine im weiteren Sinne gesundheitliche Veranlassung der Gründe sollte daher ausreichen.

Angemessene Höhe: Der Begriff der „angemessenen Höhe“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und unterliegt damit voller gerichtlicher Kontrolle (vgl. ebd.: SGB II § 21 Rn. 15, unter Verweis auf SG Düsseldorf 2005: 154595; Behrend 2022: § 21 Rn. 69). Den Jobcentern kommt hierdurch kein echter Beurteilungsspielraum wie etwa bei sachbezogenen Prüfungsentscheidungen zu; gleichwohl können die Mitarbeitenden bei der Aus-

42 Zur Angemessenheit bei mehreren Erkrankungen vgl. SächsLSG (2009: 58859).

legung des Begriffs der angemessenen Höhe einen Gestaltungsspielraum ausnutzen.

Der Gesetzgeber hat bei seiner Konzeption der Regelung vorgesehen, dass zur Angemessenheit des Mehrbedarfs einer kostenaufwändigen Ernährung die vom Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge entwickelten Empfehlungen zugrunde zu legen sind (vgl. BT-Drs. 15/1516: 57). Die angemessene Höhe soll sich dabei am ernährungswissenschaftlich erforderlichen Bedarf orientieren (vgl. Behrend 2022: § 21 Rn. 69).

In der Praxis wird die Regelbedarfsstufe 1 als Bezugspunkt genommen. Medizinisch bedingte Mehrkostbedarfe, die im Regelbedarf nicht berücksichtigt und nicht berücksichtigungsfähig sind, sind im Ergebnis grundsätzlich angemessen und zu gewähren (vgl. BA 2023a: 9). Vorrangig ist indes zu prüfen, ob nicht ein anderer Kostenträger wie etwa die Krankenkasse im Rahmen der Krankenhilfe zuständig ist. Bei der Gewährung des Ernährungsmehrbedarfs gibt es in der Rechtsfolge jedoch keine absolute Begrenzung nach oben. Das, was medizinisch geboten und im Regelbedarf nicht berücksichtigt und nicht berücksichtigungsfähig ist, soll auch gewährt werden.

3.5.2.6 Abs. 6: unabweisbarer, besonderer Bedarf

Vor dem Hintergrund der Regelsatzentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2010⁴³ wurde in § 21 SGB II der Abs. 6 eingefügt, der sicherstellen soll, dass nicht nur einmalige, sondern auch laufende unabweisbare, besondere Bedarfe, die in atypischen Lebenslagen anfallen, zu tragen sind (vgl. Behrend 2022: § 21 Rn. 80). Abs. 6 hat insofern einen Härtefallcharakter und kann auch als Öffnungsklausel für Mehrbedarfe bezeichnet werden. Laut dem BVerfG-Urteil werden die besonderen Bedarfe von der EVS nicht aussagekräftig erfasst, sodass eine Deckung durch den Regelbedarf in der Folge nicht zugemutet werden kann.

Seit 2021⁴⁴ erfasst Abs. 6 auch einmalige unabweisbare, besondere Bedarfe. Bei diesen einmalig anfallenden Bedarfen ist jedoch jeweils vorab zu prüfen, ob die Bedarfslage nicht durch ein Darlehen gemäß § 24 Abs. 1 SGB II überwunden werden kann. Leistungen Dritter und der Regelbedarf müssen außerdem unzureichend sein.

43 BVerfG v. 09.02.2010, Az.: 1 BvL 1/09.

44 Gesetz zur Ermittlung der Regelbedarfe und zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sowie weiterer Gesetze vom 09.12. 2020 (BGBl. I 2020: 2855).

Grundsätzlich gelten für die Mehrbedarfe des Abs. 6 die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit; bei mehreren Leistungsoptionen ist die kostengünstigste zu gewähren. Die Leistungsberechtigten sind darüber hinaus immer auf ihre Ansprungsobliegenheit aus § 20 Abs. 1 S. 4 SGB II hinzuweisen.⁴⁵ Im Grundsatz soll individuell aus dem Regelbedarf für atypische Fälle vorgesorgt werden. Es gibt allerdings bei den Mehrbedarfen des Abs. 6 keine Bagatellgrenze, bei deren Unterschreitung immer selbst zu zahlen wäre;⁴⁶ im Einzelfall muss geprüft werden, ob dies der leistungsberechtigten Person zumutbar wäre. Insofern besteht auch kein Anteil aus dem Regelbedarf, der stets selbst einzusetzen wäre.

Die Formulierung des Abs. 6 ist zunächst weit und lässt einen Auslegungsspielraum zu. Durch die diesbezügliche Weisung der BA wird allerdings eine restriktive Auslegung angeordnet:

„Die Härtefallregelung ist unter den Aspekten des nicht erfassten atypischen Bedarfs sowie eines ausnahmsweisen höheren, überdurchschnittlichen Bedarfs angesichts seiner engen und strikten Tatbestandsmerkmale auf wenige Fälle begrenzt.“ (BA 2023a: 10)

3.5.2.6.1 Besonders

Zunächst muss der Bedarf einen besonderen Charakter aufweisen. Dies ist dann gegeben, wenn er durch eine außergewöhnliche Lebenssituation veranlasst wurde und er dem Grunde nach nicht bereits in anderen Leistungsnormen berücksichtigt wird. Es muss also eine unvorhergesehene, atypische Bedarfslage gegeben sein. Die außergewöhnliche Lebenssituation ist dann zu bejahen, wenn ohne die Bedarfsdeckung verfassungsrechtlich geschützte Güter außerhalb der Sicherung des Existenzminimums gefährdet wären (vgl. BT-Drs. 19/24034: 35). Das menschenwürdige Existenzminimum an sich soll bereits durch den Grundbedarf gedeckt sein.

3.5.2.6.2 Unabweisbar

Der Bedarf ist „unabweisbar“, wenn er insbesondere nicht durch Zuwendungen Dritter sowie unter Berücksichtigung von Einsparmöglichkeiten

45 BVerfGE 125, 175 ff., 253.

46 Vgl. BSG v. 19.08.2010, Az.: B 14 AS 13/10 R – juris Rn. 20; BSG v. 15.12.2010, Az.: B 14 AS 44/09 R – juris Rn. 23.

der Leistungsberechtigten gedeckt ist und seiner Höhe nach erheblich von einem durchschnittlichen Bedarf abweicht (§ 21 Abs. 6 S. 2 SGB II). Kann ein Bedarf auch mit geringeren Mitteln gedeckt werden oder ist ein Ausweichen auf eine andere Bedarfslage möglich, so ist die Unabweisbarkeit ebenfalls zu verneinen (vgl. Behrend 2022: § 21 Rn. 92). Die Gewährung der Mehrbedarfe erfolgt darüber hinaus zweckgebunden als Bewilligung mit Widerrufsvorbehalt (vgl. BA 2023a: 16). Das bedeutet, dass die Leistungsberechtigten ihre Aufwendungen für den beantragten Zweck im Einzelfall auch nachweisen müssen. Wurde die Leistung nicht für den beantragten Zweck verwendet, so kann der Bewilligungsakt widerrufen werden. Auf die Nachweispflicht und den möglichen Widerruf des Bewilligungsakts sind die Leistungsberechtigten insofern hinzuweisen.

In den fachlichen Weisungen der BA heißt es dazu:

„Die Leistung für besondere Bedarfe ist zweckentsprechend zu verwenden. Die Bewilligung kann nach § 47 Absatz 2 Nummer 1 SGB X widerrufen werden, wenn die Leistung nicht für den beantragten Zweck verwendet wird. Insofern hat die leistungsberechtigte Person Nachweise über die zweckentsprechende Verwendung der Leistung für den Mehrbedarf zu erbringen. Die Leistungsberechtigten sind auf ihre Nachweispflicht sowie die Möglichkeit eines Widerrufs bei der Bewilligung hinzuweisen.“ (Ebd.)

3.5.2.6.3 Geboten

Die Gebotenheit der Bedarfsdeckung wird restriktiv auszulegen sein. So ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass gemäß Abs. 6 nur „im Einzelfall“, also nicht in einer absehbaren Mehrzahl von Fällen, ein derartiger Mehrbedarf gedeckt werden soll (vgl. BT-Drs. 17/1465: 9).

3.5.2.6.4 Laufend oder einmalig

Um auch einmalige Bedarfe zu erfassen, wurde Abs. 6 mit dem Gesetz zur Ermittlung der Regelbedarfe und zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sowie weiterer Gesetze vom 09.12.2020 um die Deckung einmaliger Bedarfe erweitert (vgl. BT-Drs. 19/24034: 35).

Grundsätzlich kommen bei einmaligen Bedarfen, die grundsätzlich im Regelbedarf berücksichtigt sind, in Abgrenzung vom Gewährleistungsge-

halt des Abs. 6 Darlehen nach § 24 SGB II in Betracht. Diese einmaligen Bedarfe sind aber dann nicht zumutbar selbst zu tragen, wenn die betroffene Person aufgrund eines nicht absehbaren und auch nicht selbst zu verantwortenden Notfalls einen außergewöhnlich hohen finanziellen Bedarf hat (vgl. ebd.: 35 f.). Kurzfristige Bedarfsspitzen sind gemäß den Fachlichen Weisungen der BA „im Regelfall durch ein Darlehen auszugleichen“ (BA 2023a: 12). Dazu sollen etwa die Anschaffung einer Waschmaschine oder eines Wintermantels gehören.

Wenn einmalige Bedarfe gar nicht im Regelbedarf berücksichtigt sind, ist grundsätzlich der Anwendungsbereich des Abs. 6 eröffnet.

Laufende Bedarfe sind anzunehmen bei regelmäßig wiederkehrenden, dauerhaften, längerfristigen, unabweisbaren atypischen Bedarfen oder bei einem ausnahmsweise überdurchschnittlichen Bedarf (vgl. BT-Drs. 17/1465: 9). Der „laufende Bedarf“ ist weit auszulegen und dient bloß der Abgrenzung vom einmaligen Bedarf und einer etwaigen Einschlägigkeit von § 24 SGB II (vgl. Behrend 2022: § 21 Rn. 89).

3.5.2.6.5 Beispiele

Die folgenden Beispielfälle sind, soweit nicht anders gekennzeichnet, aus den Fachlichen Weisungen zu § 21 SGB II der Bundesagentur für Arbeit (BA 2023a) entnommen.

Im Gesundheitsbereich können Pflege- und Hygieneartikel, die aus gesundheitlichen Gründen benötigt werden, über Abs. 6 gewährt werden. Darunter fallen regelmäßig etwa Hygieneartikel bei einer ausgebrochenen HIV-Infektion oder Körperpflegeartikel bei Neurodermitis. Die Notwendigkeit der Pflege- und Hygieneartikel muss jeweils durch ein ärztliches Zeugnis nachgewiesen werden.

Außerdem können Bedarfe für Putz- und Haushaltshilfen für beeinträchtigte Personen über Abs. 6 gedeckt werden. Kann die betroffene Person aufgrund einer sowohl erheblichen als auch dauerhaften körperlichen Beeinträchtigung alltägliche Tätigkeiten wie Einkaufen oder Kochen nicht selbst vornehmen, so kommt eine sog. kleine Haushaltshilfe in Betracht. Dieser Bereich wird nur dann durch Abs. 6 abgedeckt, wenn nicht die Regelungen anderer Gesetzbücher wie etwa der Pflegeversicherung vorrangig einschlägig sind.

Auch Kosten zur Wahrnehmung des Umgangsrechts bei getrennt lebenden Eltern können durch Abs. 6 gedeckt werden. „In einem angemessenen Umfang“ sollen dem Elternteil die Kosten erstattet werden, die als Fahrt- und/oder Übernachtungskosten wegen der regelmäßigen Wahrnehmung des Umgangsrechts mit seinen Kindern entstehen. Entstehen den Kindern Kosten, gilt diese Regelung wiederum entsprechend. Die Jobcenter müssen die Kosten für den Umgang jedoch nicht in der Höhe decken, in der der Umgang vereinbart ist.⁴⁷ Die Grenze der Deckung der Umgangskosten soll deshalb bei „außergewöhnlich hohen Kosten“ liegen. Die Jobcenter müssen dazu zunächst alle Umstände feststellen, die das Eltern-Kind-Verhältnis prägen, pauschale Annahmen verbieten sich entsprechend.⁴⁸

Für Empfängnisverhütungsmittel hat das BSG entschieden, dass die Kosten grundsätzlich aus dem Regelbedarf zu bestreiten sind.⁴⁹ Das Verwenden von Empfängnisverhütungsmitteln sei laut Gericht kein Ausnahmefall an sich, sondern als Regelfall anzusehen. Dennoch könnten Bedarfe für Empfängnisverhütungsmittel dann über Abs. 6 zu decken sein, wenn eine unabweisbare, erheblich vom Durchschnittlichen abweichende Bedarfslage dies ergebe. Das ist etwa dann denkbar, wenn der Gesundheitsbedarf, der im Regelbedarf berücksichtigt ist (derzeit 19,16 EUR), individuell nicht ausreicht, um auch Kontrazeptiva abzudecken.⁵⁰

Nicht von Abs. 6 erfasst sein sollen laut den Weisungen der Bundesagentur für Arbeit (2023: 15) etwa Schülerfahrkarten (umfasst von § 28 Abs. 4 SGB II), Kosten für Nachhilfeunterricht (ebenfalls ein Anwendungsfall des § 28 SGB II) sowie Bekleidung und Schuhe (ggf. kommt in dem Fall ein Darlehen nach § 24 SGB II in Betracht) (BA 2023a:15). Im Falle einer Bedarfsspitze für Bekleidung, etwa für Abschlusskleider oder für Beerdigungskleidung – diese Anlässe hat die Person nicht selbst verschuldet und die Kosten liegen erheblich über dem vorgesehenen Regelbedarfssatz für Kleidung –, scheint der pauschale Verweis auf ein Darlehen allerdings auf den ersten Blick unbillig.⁵¹

47 BSG, Urt. v. 07.11.2006, Az.: B 7b AS 14/06 R.

48 BVerfG, Beschl. v. 25.10.1994, Az.: 1 BvR 1197/93.

49 BSG, Urt. v. 15.11.2012, Az.: B 8 SO 6/11 R.

50 Vgl. zu Empfängnisverhütungsmitteln im System der Grundsicherung Wersig und Dern, info also (2020: 56).

51 Dies sieht auch das LSG Berlin-Brandenburg, allerdings in Bezug auf laufende Mehrbedarfe für Kleidung wegen Übergröße, ähnlich: Vvgl. LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 07.04.2022, Az.: L 9 AS 400/19.

Im Rahmen der Härtefallregelung des Abs. 6 können auch Fahrtkosten – etwa zu Substitutionsprogrammen oder Spezialkliniken – übernommen werden. Das Gleiche soll laut SG Dresden auch für außergewöhnliche Fahrtkosten zur Therapie gelten.⁵² Voraussetzung ist jeweils, dass die Fahrt zu der speziellen Stelle erforderlich ist, ein ähnliches Angebot also nicht in näherer Entfernung wahrzunehmen wäre. In allen Fällen mit Bezug zu Gesundheitsbehandlungen sind vorrangig Übernahmeanträge bei der Krankenkasse zu stellen. Werden diese negativ beschieden, ist eine Kostentragung über § 21 Abs. 6 SGB II eröffnet.

Ausländische Pässe wurden in der vorherigen Rechtslage nicht unter Abs. 6 berücksichtigt.⁵³ Begründet wurde diese Beurteilung mit der zwar fortlaufenden Passpflicht bei aber bloß „einmaliger“ Beschaffung. Da aber seit 2021 auch einmalige Bedarfe von § 21 Abs. 6 SGB II umfasst sind, ist dieses Vorgehen durchaus in Zweifel zu ziehen. Man kann zwar davon ausgehen, dass Kosten für die Personalausweis- und Passbeschaffung bereits pauschaliert im Regelbedarf berücksichtigt sind. Allerdings orientiert sich die dem Regelbedarf zugrunde liegende EVS an den Kosten für deutsche Personalausweise. Die Kosten ausländischer Ausweispapiere liegen meist deutlich darüber. Die Kosten ausländischer Ausweispapiere sind deshalb nicht im Regelbedarf berücksichtigt, sodass auch kein Darlehen gemäß § 24 SGB II in Betracht kommt. Die behördliche Praxis, Bedarfe für ausländische Ausweispapiere von vornherein aus dem Anwendungsbereich von Abs. 6 auszuschließen, übersieht dies schlichtweg (vgl. zum Ganzen Amhaouach 2022).

3.5.2.7 Abs. 6a

Der Mehrbedarf für Schulbücher und Lernmittel wurde ebenfalls durch die Gesetzesänderung 2020 unter Abs. 6a in § 21 eingefügt.⁵⁴ Grundsätzlich werden Lernmittel und Schulbücher durch die EVS berücksichtigt, jedoch stellte das BSG mit seinem Urteil vom 08.05.2019 fest, dass dieser Bedarf

52 Vgl. Sozialgericht SG Dresden, Urt. v. 12.12.2016, Az.: S 3 AS 6001/14.

53 BSG, Urt. v. 12.09.2018, Az.: B 4 AS 33/17 R, und Urt. v. 29.05.2019, Az.: B 8 SO 14/17 R.

54 Diese Regelung ist durch Art. 4 G. v. 09.12.2020 in das SGB II eingefügt worden (BGBl. I 2020: 2855).

strukturell zu niedrig erfasst wurde.⁵⁵ Vor diesem Hintergrund wurde der Mehrbedarf in Abs. 6a festgeschrieben.

Besteht keine Lernmittelfreiheit, müssen die Kinder ihre Schulbücher jeweils selbst beschaffen. Für diese Fälle wurde der Lernmittelbedarf aus dem Regelbedarf als strukturell zu niedrig erkannt.

Unter Schulbüchern im Sinne des Abs. 6a sind auch Arbeitshefte zu verstehen. Ebenfalls gedeckt werden soll der Bedarf für die Kosten entgeltlicher Buchausleihe – demgegenüber soll Lernsoftware über § 28 Abs. 3 SGB II berücksichtigt werden (vgl. BA 2023a: 16). Die Anschaffung der Schulbücher muss zusätzlich durch die Schule bzw. eine Lehrkraft auch vorgegeben sein; die erstattungsfähigen Lernmittel gemäß Abs. 6a SGB II müssen außerdem über eine ISBN verfügen.

In Bundesländern, in denen Lernmittelfreiheit besteht, scheint die Regelung zunächst nicht einschlägig zu sein. Tatsächlich werden aber auch in Schulen in diesen Ländern Vereinbarungen zwischen Schule und Elternschaft geschlossen, die zusätzliche Lernmittelschaffungen durch die Eltern/Kinder selbst vorsehen. Der Anwendungsbereich des Abs. 6a muss folgerichtig auch auf diese Fälle erstreckt werden und darf nicht Kinder benachteiligen, die zwar in einem Bundesland mit Lernmittelfreiheit leben, denen aber trotzdem Kosten für Lernmaterialien aufgrund der o. g. Vereinbarungen entstehen.

3.5.2.8 Abs. 7: dezentrale Wasserversorgung

Kosten für dezentrale Wasserversorgung (wenn das Warmwasser über ein in der Wohnung befindliches Gerät wie z. B. Gastherme, Boiler oder Durchlauferhitzer erzeugt wird) sind in der Regel über Abs. 7 anzuerkennen. Die tatsächliche Höhe des Mehrbedarfs in diesem Bereich richtet sich nach dem Alter der leistungsberechtigten Personen und der Höhe ihres Regelbedarfs. In Abs. 7 S. 2 Nr. 1–4 sind die pauschaliert zu gewährenden Mehrbedarfe als feste Rechtsfolgen konstatiert.

3.5.3 Unterkunfts- und Heizungsbedarf (§ 22 SGB II)

Unterkunfts- und Heizungsbedarfe umfassen Aufwendungen, die mit dem Bezug (Einzug), der Aufrechterhaltung und dem Wechsel einer Unterkunft

55 BSG, Urt. v. 08.05.2019, Az.: B 14 AS 13/18 R.

zusammenhängen. Für die Unterkunfts- und Heizungsbedarfe sind die Kreise und kreisfreien Städte zuständig. Während das Bürgergeld, das sich aus dem Regelbedarf aus §§ 20 und 21 SGB II zusammensetzt, von der Arbeitsagentur erbracht wird, sind für Bedarfe nach § 22 SGB II die kommunalen Träger zuständig. Die Höhe der zu gewährenden Leistungen wird insofern auch durch die kommunalen Träger festgesetzt (vgl. § 44a Abs. 5 SGB II). Gemeinsame Einrichtungen der BA und der kommunalen Träger sind regelmäßig sog. Jobcenter. In Einzelfällen werden die Leistungen von Optionskommunen gemäß §§ 61 und 6b SGB II erbracht.

§ 22 SGB II stellt sicher, dass neben dem Regelbedarf die Bedarfe für Unterkunft und Heizung in tatsächlicher Höhe anerkannt werden, soweit sie „angemessen“ sind. Die Angemessenheit eröffnet als unbestimmter Rechtsbegriff hier einen gewissen Gestaltungsspielraum für die Entscheidenden.

Unterkunft ist jede Einrichtung oder Anlage, die geeignet ist, vor den Unbilden des Wetters zu schützen, und eine gewisse Privatsphäre (einschließlich der Möglichkeit, private Gegenstände zu verwahren) gewährleistet. Zur Entstehung der Ansprüche aus § 22 SGB II ist zunächst das tatsächliche Vorliegen von Kosten Voraussetzung; unentgeltliches Wohnen etwa bei Verwandten oder in Wohneigentum wird nicht finanziert.

Zu den Kosten der Unterkunft und Heizung im Sinne des § 22 SGB II gehören:

- die vertragliche Grundmiete (Nettokaltmiete),
- ggf. Modernisierungszuschläge nach § 559 BGB, soweit diese zulässig erhoben werden können,
- alle mietvertraglich geschuldeten Nebenkosten (Betriebskosten), die mit der Unterkunft verbunden sind und zulässigerweise auf den Mieter umgelegt werden dürfen,
- die Kosten für die Instandhaltung des Mietobjekts, soweit diese mietvertraglich geschuldet und nicht bereits in der Regelleistung enthalten sind,
- die Kosten für Schönheitsreparaturen, soweit der Mieter vertraglich wirksam zur Übernahme verpflichtet ist,
- die Heizkosten und Heiznebenkosten.

3.5.3.1 Miete

Die Miete fällt unter laufende Kosten für die Unterkunft nach Abs. 1. Grundsätzlich ist die Miete in Höhe der tatsächlichen Kosten geschuldet, soweit diese angemessen sind. Die Angemessenheit richtet sich jeweils nach

den örtlichen Begebenheiten; in den regionalen Weisungen sind insofern Richtwerte und Obergrenzen zur Beurteilung der Angemessenheit vorhanden.

Ein für sich genommen angemessener, aber im Vergleich zur vorherigen Wohnung erhöhter Bedarf wird jedoch dann nicht in voller Höhe übernommen, wenn er durch einen nicht erforderlichen Umzug verursacht wird. Bei der Beurteilung, wann ein Umzug erforderlich ist, kommt den Entscheidenden ein Gestaltungsspielraum zu. Der betroffenen Person wird der Betrag unter Umständen abgesenkt im Sinne von § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II.

Dieser Gestaltungsspielraum soll durch eine sog. Wirtschaftlichkeitsprüfung im Rahmen des § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II ausgeschöpft werden. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass ein erneuter Umzug zur Beseitigung der erhöhten Wohnungskosten wiederum Kosten verursachen würde (Mietkaution, Umzug an sich, Möbel) und der Verweis auf einen erneuten Umzug daher unwirtschaftlich sein könnte. Die Absenkung muss in diesem Fall nicht erfolgen. Aus dieser Formulierung im Gesetzestext folgt, dass der Leistungsträger bzw. die Sachbearbeiter*in einen Ermessensspielraum hat. Dieser Ermessensspielraum soll allein geprägt sein von Erwägungen zur wirtschaftlichen Mittelverwendung. Andere Erwägungen hier einfließen zu lassen, wäre unbillig und würde einen Ermessens Fehlgebrauch darstellen.

3.5.3.2 Umzug

Vor dem Umzug in eine andere Wohnung und vor dem Abschluss des entsprechenden Mietvertrags (auf eine bestimmte Form kommt es nicht an) soll die leistungsberechtigte Person die Zusicherung des kommunalen Trägers einholen. Darin sollen die Aufwendungen für die neue Unterkunft berücksichtigt sein.

Für unter 25-jährige Leistungsberechtigte gilt ein Zusicherungsvorbehalt. Unterbleibt die Einholung einer Zusicherung für die Wohnungskosten durch den Träger, können Wohnungskosten bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres gestrichen werden. Hinsichtlich der Erforderlichkeit des Umzuges bei Personen unter 25 werden außerdem andere Maßstäbe angelegt (§ 22 Abs. 5 SGB II). Zunächst muss ein Umzugsgrund ermittelt werden; das kann unter Umständen in speziellen Teams der Jobcenter und/oder unter Beteiligung des Jugendamts geschehen.

In ausgewählten Fällen hat das Jobcenter keinen Gestaltungsspielraum bei der Erteilung der Zusicherung:

- bei Vorliegen schwerwiegender sozialer Gründe (etwa schwer gestörte Eltern-Kind-Beziehung oder Gefahr für das Wohl der Person bei Verbleiben im Elternhaushalt),
- bei Erforderlichkeit des Umzuges zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt oder
- wenn ein sonstiger ähnlich schwerwiegender Grund gegeben ist.

Die Feststellung eines „sonstig ähnlich schwerwiegenden Grundes“ obliegt im Einzelfall den Jobcenter-Mitarbeitenden und eröffnet wiederum einen Gestaltungsspielraum.

3.5.3.3 Hauslasten

Gemäß Abs. 2 werden Aufwendungen für die Instandhaltung und Reparatur von Wohneigentum, das die leistungsberechtigte Person selbst bewohnt, dann übernommen, wenn diese die Aufwendungen für eine Mietwohnung nicht überschreiten.

Bedarfe für Unterkunft und Heizung werden nach den gleichen Maßstäben erbracht wie bei Menschen, die zur Miete wohnen. Eine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG soll nicht erfolgen.

Der Erhaltungsaufwand muss jeweils noch nicht durchgeführt und zusätzlich auch angemessen sein. Unabweisbar sind dabei nur solche Aufwendungen, die dringlich und absolut unerlässlich sind, wie bei einer defekten Heizung oder einem undichten Dach (vgl. BR-Drs. 17/3404: 161). Damit sind Maßnahmen gemeint, die für die weitere Bewohnbarkeit erforderlich sind oder deren weiteres Hinausschieben zu schweren Substanzschäden führen würde.

3.5.3.4 Heizkosten und Warmwasser

Die monatlichen Abschläge an die Energieversorgungsunternehmen oder die Vermieter*innen werden grundsätzlich als angemessen eingestuft. Wenn es jedoch zu außergewöhnlich hohen Abschlägen oder Nachzahlungen kommt, hat die leistungsberechtigte Person Gründe nachzuweisen, die den höheren Bedarf belegen.

Ab der Überschreitung einer bestimmten Schwelle kann eine Unangemessenheit der Heizkosten vermutet werden. Aufschluss über durchschnittlich angemessene Verbräuche gibt diesbezüglich der bundesweite Heizspiegel (heizspiegel.de), an dem sich die Jobcenter bei der Auslegung der Norm orientieren. Zu Heiznebenkosten gehören außerdem Stromkosten für den Betrieb der Heizungsanlage.⁵⁶

Die Kosten für die zentrale Warmwasserversorgung werden ebenfalls über § 22 SGB II übernommen. Davon abzugrenzen sind Kosten für die dezentrale Warmwasserversorgung gemäß § 20 Abs. 7 SGB II.

3.5.3.5 Angemessenheit des Bedarfs

Zur Ermittlung der Angemessenheit des Unterkunfts- und Heizungsbedarfs ermittelt das Jobcenter zunächst in Abhängigkeit von der jeweiligen Personenanzahl ein „schlüssiges Konzept“. Eine Abweichung der Bedarfe nach oben stellt ein Indiz für ihre Unangemessenheit dar. Die Leistungsberechtigten können davon abweichend Tatsachen vortragen, die einen erhöhten Wohnbedarf zu begründen vermögen.

Folgende Wohnflächenobergrenzen sind etwa in Nordrhein-Westfalen anzuwenden⁵⁷:

- 1-Personen-Bedarfsgemeinschaft: 50 m²;
- 2-Personen-Bedarfsgemeinschaft: 65 m²;
- 3-Personen-Bedarfsgemeinschaft: 80 m²;
- 4-Personen-Bedarfsgemeinschaft: 95 m².

Höhere Bedarfe werden regelmäßig etwa bei Schwangeren (künftiger Platzbedarf) und bei Rollstuhlfahrer*innen oder Pflegeeltern für weitere Kinder zugebilligt. Auch bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die Pflegebedürftigkeit mit sich bringen, bei Gehbehinderungen oder Familien mit Kindern sowie zur Ausübung eines Umgangsrechts mit Kindern können die Bedarfe zu erhöhen sein.

⁵⁶ BSG-Urteil v. 07.07.2011, Az.: B 14 AS 51/10 R.

⁵⁷ Konzept des JC Dortmund, Fachliche Weisungen des kommunalen Trägers zu §§ 22 und 24 SGB II, S. 22.

3.5.4 Unabweisbare und einmalige Bedarfe (§ 24 SGB II)

Die unabweisbaren einmaligen Bedarfe nach § 24 SGB II müssen stets mit den einmaligen Mehrbedarfen aus § 21 SGB II zusammengedacht werden. Systematisch unterscheiden die einmaligen Bedarfe nach § 21 SGB II sich in dem Punkt der Berücksichtigung im Regelbedarf von den einmaligen Bedarfen nach § 24 SGB II. Sind die Bedarfe nicht bereits im Regelbedarf angelegt, so kommt grundsätzlich ein Darlehen nach § 24 SGB II in Betracht. Auf Gewährung der Darlehensleistung für solch einen atypischen Regelbedarf haben die Leistungsberechtigten bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen einen gebundenen Anspruch. Der Darlehensregelung liegt folgende Logik zugrunde: Kann grundsätzlich aus dem Regelbedarf eine Summe für den Bedarf angespart werden, so kann die Vorausleistung für den Bedarf auch nachträglich aus dem Regelbedarf zurückgezahlt werden.

3.5.4.1 Abs. 1: unabweisbare Bedarfe

Die Bedarfe, die § 24 Abs.1 SGB II umfasst, müssen unabweisbar sein. Unabweisbarkeit meint in diesem Kontext einen unaufschiebbaren Bedarf, der zur Vermeidung einer akuten Notsituation zu befriedigen ist. Es kann in diesem Fall nicht erwartet werden, dass die leistungsberechtigte Person den gegenständlichen Bedarf nach einem Abwarten der nächsten Zahlung des Regelbedarfs bestreiten kann.

Unabweisbare Bedarfe können sich etwa ergeben durch notwendige Reparaturen, notwendige Anschaffungen (z. B. neue Winterkleidung bei heranwachsenden Kindern) oder zur Ersetzung von gestohlenen, verbrannten bzw. verlorenen Sachen. Insofern ist die Unabweisbarkeit des Bedarfs auch durch die antragstellende Person zu beweisen.

Besonders der Posten der neuen (Winter-)Kleidung für heranwachsende Kinder ist kritisch zu sehen. Man kann an diesem Punkt berechtigt die Frage aufwerfen, ob die Kosten für Kinderkleidung im Regelsatz hinreichend berücksichtigt werden, sodass § 24 Abs. 1 SGB II anwendbar wäre.

Kosten für Pässe und Personalausweise können nur dann als Darlehen gewährt werden, wenn die leistungsberechtigte Person vorher beim Einwohnermeldeamt einen Antrag auf Erlass bzw. Reduzierung der jeweiligen Kosten gestellt hat. Bei ausländischen Pässen liegt das Problem etwas anders. Grundsätzlich dürfen sich Ausländer*innen gemäß § 3 Abs. 1 AufenthG nur dann im Bundesgebiet aufhalten, wenn sie einen anerkannt-

ten und gültigen Pass oder Passersatz haben. Grundsätzlich kann ein Darlehen für die Passbeschaffung in Betracht kommen, wenn man davon ausgeht, dass auch für die Beschaffung von ausländischen Pässen Bedarfssätze im Regelsatz berücksichtigt sind. Geht man davon aus, wird aber regelmäßig eine Unabweisbarkeit des Bedarfs verneint, da auch ein Passersatz für den rechtmäßigen Aufenthalt zunächst ausreicht. Mit einem Passersatz ist aber teilweise keine Grenzübertretung möglich, sodass hier ein großes Diskriminierungsrisiko von Ausländer*innen besteht. Geht man, wie oben, hingegen davon aus, dass ausländische Ausweispapiere gar nicht im Regelsatz berücksichtigt sind, dann scheidet ein Darlehen grundsätzlich aus. Folgerichtig wäre eine Leistungserbringung gemäß § 21 Abs. 6 SGB II (vgl. dazu Amhaouach 2022).

Auch Kosten für Vaterschaftstests, z. B., wenn der Vater ein Sorge- oder Umgangsrecht erstreiten will, können unter § 21 Abs. 6 SGB II fallen. Eigenanteile einer Zahnbehandlung hingegen werden nicht über § 21 Abs. 6 SGB II erfasst, soweit diese über die Regelversorgung hinausgehen.⁵⁸

Ebenfalls im Negativkatalog der Rechtsprechung zu § 24 Abs. 1 SGB II tauchen Kosten für künstliche Befruchtung,⁵⁹ Beitragsschulden in der gesetzlichen Krankenversicherung⁶⁰ oder Kosten für alternativmedizinische Behandlungen auf.⁶¹

3.5.4.2 Abs. 2: ausnahmsweise Sachleistungserbringung

Ein Ermessen kommt den Sachbearbeiter*innen der Jobcenter dann zu, wenn Leistungsberechtigte ausnahmsweise Sachleistungen statt der finanziellen Deckung des Regelbedarfs erhalten sollen. Ein Grund dafür ist das sog. unwirtschaftliche Verhalten. Unwirtschaftliches Verhalten liegt dann vor, wenn der erbrachte Regelbedarf nicht verteilt auf den Bedarfszeitraum eingesetzt wird oder die Lebensführung nicht der Höhe der zu beanspruchenden Leistung angemessen ist. Indizien für unwirtschaftliches Verhalten liegen u. a. vor, wenn vom Leistungsberechtigten wiederholt beim Leistungsträger wegen zusätzlicher Geldleistungen zum Lebensunterhalt vorgespochen wird.

58 SG Nürnberg, Bescheid v. 15.09.2017, Az.: S 22 AS 229/17.

59 LSG Berlin-Brandenburg v. 26.05.2016, Az.: L 31 AS 2471/15.

60 LSG Bayern v. 30.09.2014, Az.: L 16 AS 232/14 B PKH.

61 LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 10.01.2019, Az.: L 15 AS 262/16.

Insofern kann sich nach mehrmaligem Vorsprechen für die Geltendmachung von Mehrbedarfen der Verdacht des unwirtschaftlichen Verhaltens erhärten. Als Konsequenz kann die ersatzweise Sachleistungserbringung (etwa in Form von Lebensmittelgutscheinen) nach Ermessen angeordnet werden. Hier befindet man sich in einem besonders grundrechtssensiblen Bereich, da das Geldleistungsprinzip die Autonomie des Einzelnen, die der Menschenwürde entspringt, wahren soll. Aus diesem Grund sind die betroffenen Personen vor Anordnung der Sachleistungserbringung zwingend gemäß § 24 SGB X anzuhören. Bei fortgesetzt unwirtschaftlichem Verhalten ist dann nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 SGB II zu sanktionieren.

3.5.4.2 Abs. 3 S. 2: einmalige Bedarfe

Die Leistungen nach § 24 Abs. 3 SGB II sind nicht in den Regelbedarfen nach § 20 SGB II enthalten und werden als Beihilfe gewährt.

Dazu gehören:

1. Erstausrstattungen für die Wohnung einschließlich Haushaltsgeräten,
2. Erstausrstattungen für Bekleidung und Erstausrstattungen bei Schwangerschaft und Geburt sowie
3. Anschaffung und Reparaturen von orthopädischen Schuhen, Reparaturen von therapeutischen Geräten und Ausrüstungen sowie die Miete von therapeutischen Geräten.

Erstausrstattungen für die Wohnung werden erbracht beim erstmaligen Umzug in eine eigene Wohnung sowie im Falle des Verlusts der vorherigen Einrichtung etwa durch Brand. Eine Wohnungserstausrstattung kann ebenfalls gewährt werden nach einer Haftentlassung. Der Umfang der Erstausrstattung deckt dabei nur tatsächlich erstmals anfallende Einrichtungsgegenstände ab und nicht auch Neubeschaffungen wie im Falle einer abgenutzten Matratze o. Ä.

Dabei können Erstausrstattungen für Menschen unter 25 Jahren nach dem Auszug aus dem Elternhaus nur dann übernommen werden, wenn die betroffene Person vorausgehend eine sog. Zusicherung vom Jobcenter erhalten hat.

Bekleidungserstausrstattungen gemäß Nr. 2 sind nur im Ausnahmefall beispielsweise dann vorgesehen, wenn durch Brand ein Totalverlust der vorherigen Kleidung erlitten wurde oder nach Flucht aus der Ehewohnung (was in der Praxis vornehmlich Frauen betrifft).

Erstausrüstungen für Schwangerschaft und Geburt (Babyerstausrüstung) werden gemäß Nr. 2 und in Höhe eines Pauschalbetrags je nach regelmäßig statthaftem Aufwand erbracht.

Nach Nr. 3 werden auch Kosten für die Anschaffung und Reparatur von orthopädischen Schuhen, die Reparatur von therapeutischen Geräten und Ausrüstungen sowie die Miete von therapeutischen Geräten erbracht. Die zu erstattenden Kosten betreffen dabei lediglich den Eigenanteil, der nach Abzug der von der Krankenkasse zu erbringenden Leistungen übrig bleibt. Darunter fallen auch Brillenreparaturen.⁶² Brillen an sich sind hingegen aus dem Regelbedarf zu bestreiten, wobei Darlehen nach Abs. 1 in Betracht kommen können – allerdings sind die Antragstellenden in der Praxis eher auf eine günstige Brille zu verweisen. Diese Vorgehensweise ist in Anbetracht von teilweise hohen Zuzahlungen, die kaum aus dem Regelbedarf bestritten werden können, kritisch zu sehen. Auch die Option, preisgünstige Brillen im Internet zu bestellen, haben etwa ältere Leistungsberechtigte, die wenig internetaffin sind, eher nicht.

3.5.5 Bedarfe für Bildung und Teilhabe (§ 28 SGB II)

Bedarfe für Bildung und Teilhabe werden gemäß § 28 SGB II für Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene unter 25 Jahren übernommen. Darunter fallen Kosten für Schul-/Kिताusflüge, Beförderung, Lernförderung, Mittagsverpflegung und außerschulische Gruppenaktivitäten wie etwa Vereins-sport. Den Sachbearbeiter*innen kommt im Rahmen dieser Regelung kein Gestaltungsspielraum zu; die Rechtsfolgen der einzelnen Anspruchsgrundlagen sind vielmehr gebunden. Die erstattungsfähigen Bedarfe werden pauschaliert oder in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen erbracht.

Die Bedarfe für Bildung und Teilhabe nach § 28 SGB II müssen abgegrenzt werden von den Bedarfen für Lernmittel (im Falle der Lernmittelfreiheit) wie Schulbücher oder Arbeitshefte mit ISBN gemäß § 21 Abs. 6a SGB II.

62 BSG v. 25.10.2017, Az.: B 14 AS 4/17 R.

3.5.6 Fazit: Gestaltungsspielräume und Ermessen in der Leistungsgewährung

Während manche Leistungstatbestände gebundene Rechtsfolgen mit der Höhe nach fest bestimmten, pauschalierten Bedarfsdeckungen vorsehen (z. B. § 21 Abs. 2, 3 SGB II), gibt es durchaus einige Leistungstatbestände, die entweder durch unbestimmte Rechtsbegriffe oder durch Ermessenseinräumung in der Rechtsfolge einen gewissen Gestaltungsspielraum für die entscheidenden Personen eröffnen. Diese Gestaltungsspielräume markieren jeweils die Grenze des zu leistenden Bedarfs und geben zunächst unbestimmte Limitierungen vor.

Tabelle 1: Gestaltungsspielräume in den Leistungsnormen (eigene Darstellung)

Vorschrift	Signalworte	Gesetzeskontext
§ 21 Abs. 5	„wird ein Mehrbedarf in angemessener Höhe anerkannt“	gesundheitlich bedingte Mehrkosten für Ernährung
§ 21 Abs. 6	„soweit im Einzelfall ein unabweisbarer, besonderer Bedarf besteht“	allgemeine Härtefallregelung
§ 22 Abs. 1 S. 1	„soweit diese angemessen sind“	Bedarfe für Unterkunft und Heizung
§ 22 Abs. 1 S. 2	„nach einem nicht erforderlichen Umzug “	Bedarfe für Unterkunft und Heizung nach Umzug
§ 22 Abs. 1 S. 4	„Eine Absenkung der nach Satz 1 unangemessenen Aufwendungen muss nicht gefordert werden“	Ermessen bei der Absenkung
§ 22 Abs. 2	„ unabweisbare Aufwendungen für Instandhaltung und Reparatur“	Instandhaltung und Reparatur bei selbst bewohntem Wohneigentum
§ 22 Abs. 5	„ schwerwiegenden sozialen Gründen “ oder „ sonstiger, ähnlich schwerwiegender Grund “	Umzug bei Personen unter 25 bei fehlender vorheriger Zusicherung
§ 22 Abs. 6	„Wohnungsbeschaffungskosten und Umzugskosten können bei vorheriger Zusicherung durch den bis zum Umzug örtlich zuständigen kommunalen Träger als Bedarf anerkannt werden“	Ermessen bei Wohnungsbeschaffungskosten und Umzugskosten
§ 24 Abs. 1	„nach den Umständen unabweisbarer Bedarf“	Darlehensregelung

Vorschrift	Signalworte	Gesetzeskontext
§ 24 Abs. 2	„ kann das Arbeitslosengeld II bis zur Höhe des Regelbedarfs für den Lebensunterhalt in voller Höhe oder anteilig in Form von Sachleistungen erbracht werden“	Ermessen bei abweichender Leistungserbringung
§ 28 Abs. 7 S. 2	„Neben der Berücksichtigung von Bedarfen nach Satz 1 können auch weitere tatsächliche Aufwendungen berücksichtigt werden, wenn sie im Zusammenhang mit der Teilnahme an Aktivitäten nach Satz 1 Nummer 1 bis 3 entstehen und es den Leistungsberechtigten im Einzelfall nicht zugemutet werden kann, diese aus den Leistungen nach Satz 1 und aus dem Regelbedarf zu bestreiten.“	Ermessen bei Leistungserbringung über den Pauschalbetrag i. H. v. 15 EUR hinaus bei Zusammenhang mit der Teilnahme an: 1. Aktivitäten in den Bereichen Sport, Spiel, Kultur und Geselligkeit, 2. Unterricht in künstlerischen Fächern (z. B. Musikunterricht) und vergleichbaren angeleiteten Aktivitäten der kulturellen Bildung und 3. Freizeiten.

3.6 Juristische Gestaltungsspielräume diversitätssensibler Leistungsgewährung im SGB II

3.6.1 Systematisierung der Gestaltungsspielräume

Zur Systematisierung der Gestaltungsspielräume bietet es sich an, die verschiedenen unbestimmten Begriffe und Ermessensspielräume zunächst in den Vorschriften zur Leistungsgewährung zu verorten.

Tabelle 2: Systematisierung der Gestaltungsspielräume in den Leistungsnormen (eigene Darstellung)

Vorschrift	Signalworte	Gestaltungsspielraum
§ 21 Abs. 5	„wird ein Mehrbedarf in angemessener Höhe anerkannt“	Auslegung „in angemessener Höhe“
§ 21 Abs. 6	„soweit im Einzelfall ein unabweisbarer, besonderer Bedarf besteht“	Auslegung „unabweisbar“ (nicht anderweitig zu bestreiten) und „besonders“ (atypisch)
§ 22 Abs. 1 S. 1	„soweit diese angemessen sind“	Auslegung „angemessen“ anhand örtlicher Begebenheiten

Vorschrift	Signalworte	Gestaltungsspielraum
§ 22 Abs. 1 S. 2	„nach einem nicht erforderlichen Umzug “	Auslegung „nicht erforderlicher Umzug“ durch negative Abgrenzung von der Frage, wann ein Umzug angemessen ist
§ 22 Abs. 1 S. 4	„Eine Absenkung der nach Satz 1 unangemessenen Aufwendungen muss nicht gefordert werden“	Ermessensausübung bei der Absenkung der Aufwendungen durch Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls
§ 22 Abs. 2	„ unabweisbare Aufwendungen für Instandhaltung und Reparatur“	Auslegung des Begriffs „unabweisbar“ anhand der Frage, welche Aufwendungen abweisbar wären (etwa Schönheitsreparaturen) unter Berücksichtigung der (bloßen) Gewährung eines menschenwürdigen Existenzminimums
§ 22 Abs. 5	„ schwerwiegenden sozialen Gründen “ oder „ sonstiger, ähnlich schwerwiegender Grund “	Auslegung der Begriffe „schwerwiegende soziale Gründe“ oder „sonstiger, ähnlich schwerwiegender Grund“ unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls
§ 22 Abs. 6	„Wohnungsbeschaffungskosten und Umzugskosten können bei vorheriger Zusicherung durch den bis zum Umzug örtlich zuständigen kommunalen Träger als Bedarf anerkannt werden“	Ermessensentscheidung über Übernahme der Umzugs- bzw. Wohnungsbeschaffungskosten
§ 24 Abs. 1	„nach den Umständen unabweisbarer Bedarf“	Auslegung, welcher einmalige, im Regelbedarf angelegte Bedarf unabweisbar ist
§ 24 Abs. 2	„ kann das Arbeitslosengeld II bis zur Höhe des Regelbedarfs für den Lebensunterhalt in voller Höhe oder anteilig in Form von Sachleistungen erbracht werden“	Ermessensentscheidung bei abweichender Leistungserbringung in Form von Sachleistungen
§ 28 Abs. 7 S. 2	„Neben der Berücksichtigung von Bedarfen nach Satz 1 können auch weitere tatsächliche Aufwendungen berücksichtigt werden, wenn sie im Zusammenhang mit der Teilnahme an Aktivitäten nach Satz 1 Nummer 1 bis 3 entstehen und es den Leistungsberechtigten im Einzelfall nicht zugemutet werden kann, diese aus den Leistungen nach Satz 1	Ermessensentscheidung bei Leistungserbringung über den Pauschalbetrag i. H. v. 15 EUR hinaus bei Zusammenhang mit der Teilnahme an: 1. Aktivitäten in den Bereichen Sport, Spiel, Kultur und Geselligkeit, 2. Unterricht in künstlerischen Fächern (z. B. Musikunterricht) und vergleichbaren angeleiteten

Vorschrift	Signalworte	Gestaltungsspielraum
	und aus dem Regelbedarf zu bestreiten.“	Aktivitäten der kulturellen Bildung und 3. Freizeiten.

3.6.2 Gestaltungsspielräume und Berücksichtigung der Diskriminierungsverbote

Überall, wo unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensausübungen in der Leistungsgewährung vorkommen, müssen Diskriminierungsverbote mitgedacht werden. In der ersten juristischen Teilexpertise (hier unter 3.3) wurden die Diskriminierungsverbote und daraus folgend die zu betrachtenden Diskriminierungskategorien hergeleitet. Im zweiten Schritt sollen jetzt die hier hergeleiteten Gestaltungsspielräume im SGB II in Bezug zu den zu berücksichtigenden Diskriminierungskategorien gesetzt werden. In der folgenden Übersicht finden sich also die Gestaltungsspielräume und die dabei mitzudenkenden Diskriminierungskategorien inklusive Angabe der Rechtsquellen, denen sie zu entnehmen sind.

Tabelle 3: Berücksichtigung der Diskriminierungsverbote in den Gestaltungsspielräumen der Leistungsnormen (eigene Darstellung)

Vorschrift	Zu berücksichtigende verbotene Diskriminierungskategorien	Rechtsquellen der Diskriminierungskategorien
§ 21 Abs. 5 „wird ein Mehrbedarf in angemessener Höhe anerkannt“	rassistische Zuschreibungen	Art. 3 Abs. 3 GG, § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt, ICERD
	ethnische Herkunft	Art. 3 Abs. 3 GG (Heimat/Herkunft/Abstammung), § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, ICERD
	Religion	Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 26 UN-Zivilpakt, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt
	Geschlecht	Art. 3 Abs. 2, 3 GG, § 1 Abs. 2 SGB II, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt
	Alter	Art. 3 Abs. 1 GG

Vorschrift	Zu berücksichtigende verbotene Diskriminierungskategorien	Rechtsquellen der Diskriminierungskategorien
§ 21 Abs. 6 „soweit im Einzelfall ein unabweisbarer, besonderer Bedarf besteht“	rassistische Zuschreibungen	Art. 3 Abs. 3 GG, § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt, ICERD
	ethnische Herkunft	Art. 3 Abs. 3 GG (Heimat/Herkunft/Abstammung), § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, ICERD
	Religion	Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 26 UN-Zivilpakt, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt
	Geschlecht	Art. 3 Abs. 2, 3 GG, § 1 Abs. 2 SGB II, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt
	Alter	Art. 3 Abs. 1 GG
§ 22 Abs. 1 S. 1 „soweit diese angemessen sind“	rassistische Zuschreibungen	Art. 3 Abs. 3 GG, § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt, ICERD
	ethnische Herkunft	Art. 3 Abs. 3 GG (Heimat/Herkunft/Abstammung), § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, ICERD
	Religion	Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 26 UN-Zivilpakt, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt
	Geschlecht	Art. 3 Abs. 2, 3 GG, § 1 Abs. 2 SGB II, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt
	Alter	Art. 3 Abs. 1 GG
§ 22 Abs. 1 S. 2 „nach einem nicht erforderlichen Umzug“	rassistische Zuschreibungen	Art. 3 Abs. 3 GG, § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt, ICERD
	ethnische Herkunft	Art. 3 Abs. 3 GG (Heimat/Herkunft/Abstammung), § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, ICERD
	Religion	Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 26 UN-Zivilpakt, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt
	Geschlecht	Art. 3 Abs. 2, 3 GG, § 1 Abs. 2 SGB II, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt
	Alter	Art. 3 Abs. 1 GG

Vorschrift	Zu berücksichtigende verbotene Diskriminierungskategorien	Rechtsquellen der Diskriminierungskategorien
§ 22 Abs. 1 S. 4 „Eine Absenkung der nach Satz 1 unangemessenen Aufwendungen muss nicht gefordert werden“	rassistische Zuschreibungen	Art. 3 Abs. 3 GG, § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt, ICERD
	ethnische Herkunft	Art. 3 Abs. 3 GG (Heimat/Herkunft/Abstammung), § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, ICERD
	Religion	Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 26 UN-Zivilpakt, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt
	Geschlecht	Art. 3 Abs. 2, 3 GG, § 1 Abs. 2 SGB II, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt
	Alter	Art. 3 Abs. 1 GG
§ 22 Abs. 2 „unabweisbare Aufwendungen für Instandhaltung und Reparatur“	rassistische Zuschreibungen	Art. 3 Abs. 3 GG, § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt, ICERD
	ethnische Herkunft	Art. 3 Abs. 3 GG (Heimat/Herkunft/Abstammung), § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, ICERD
	Religion	Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 26 UN-Zivilpakt, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt
	Geschlecht	Art. 3 Abs. 2, 3 GG, § 1 Abs. 2 SGB II, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt
	Alter	Art. 3 Abs. 1 GG
§ 22 Abs. 5 „schwerwiegenden sozialen Gründen“ oder „sonstiger, ähnlich schwerwiegender Grund“	rassistische Zuschreibungen	Art. 3 Abs. 3 GG, § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt, ICERD
	ethnische Herkunft	Art. 3 Abs. 3 GG (Heimat/Herkunft/Abstammung), § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, ICERD
	Religion	Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 26 UN-Zivilpakt, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt
	Geschlecht	Art. 3 Abs. 2, 3 GG, § 1 Abs. 2 SGB II, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt
	Alter	Art. 3 Abs. 1 GG

Vorschrift	Zu berücksichtigende verbotene Diskriminierungskategorien	Rechtsquellen der Diskriminierungskategorien
§ 22 Abs. 6 „Wohnungsbeschaffungskosten und Umzugskosten können bei vorheriger Zusicherung durch den bis zum Umzug örtlich zuständigen kommunalen Träger als Bedarf anerkannt werden“	rassistische Zuschreibungen	Art. 3 Abs. 3 GG, § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt, ICERD
	ethnische Herkunft	Art. 3 Abs. 3 GG (Heimat/Herkunft/Abstammung), § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, ICERD
	Religion	Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 26 UN-Zivilpakt, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt
	Geschlecht	Art. 3 Abs. 2, 3 GG, § 1 Abs. 2 SGB II, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt
	Alter	Art. 3 Abs. 1 GG
§ 24 Abs. 1 „nach den Umständen unabweisbarer Bedarf“	rassistische Zuschreibungen	Art. 3 Abs. 3 GG, § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt, ICERD
	ethnische Herkunft	Art. 3 Abs. 3 GG (Heimat/Herkunft/Abstammung), § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, ICERD
	Religion	Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 26 UN-Zivilpakt, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt
	Geschlecht	Art. 3 Abs. 2, 3 GG, § 1 Abs. 2 SGB II, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt
	Alter	Art. 3 Abs. 1 GG
§ 24 Abs. 2 „kann das Arbeitslosengeld II bis zur Höhe des Regelbedarfs für den Lebensunterhalt in voller Höhe oder anteilig in Form von Sachleistungen erbracht werden“	rassistische Zuschreibungen	Art. 3 Abs. 3 GG, § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt, ICERD
	ethnische Herkunft	Art. 3 Abs. 3 GG (Heimat/Herkunft/Abstammung), § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, ICERD
	Religion	Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 26 UN-Zivilpakt, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt
	Geschlecht	Art. 3 Abs. 2, 3 GG, § 1 Abs. 2 SGB II, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt
	Alter	Art. 3 Abs. 1 GG

Vorschrift	Zu berücksichtigende verbotene Diskriminierungskategorien	Rechtsquellen der Diskriminierungskategorien
§ 28 Abs. 7 S. 2 „Neben der Berücksichtigung von Bedarfen nach Satz 1 können auch weitere tatsächliche Aufwendungen berücksichtigt werden, wenn sie im Zusammenhang mit der Teilnahme an Aktivitäten nach Satz 1 Nummer 1 bis 3 entstehen und es den Leistungsberechtigten im Einzelfall nicht zugemutet werden kann, diese aus den Leistungen nach Satz 1 und aus dem Regelbedarf zu bestreiten.“	rassistische Zuschreibungen	Art. 3 Abs. 3 GG, § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt, ICERD
	ethnische Herkunft	Art. 3 Abs. 3 GG (Heimat/Herkunft/Abstammung), § 33c SGB I, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, ICERD
	Religion	Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 26 UN-Zivilpakt, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt
	Geschlecht	Art. 3 Abs. 2, 3 GG, § 1 Abs. 2 SGB II, Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 26 UN-Zivilpakt
	Alter	Art. 3 Abs. 1 GG

3.6.3 Gestaltungsspielräume in der Leistungsgewährung

3.6.3.1 Allgemeine Regeln aus dem SGB I

Die Verfahrensgrundsätze aus dem SGB I sind bei der Leistungsgewährung stets zu wahren.

Zunächst sind die allgemeinen Leistungsgrundsätze aus dem SGB I auch für die Leistungserbringung im SGB II relevant. Diese beinhalten Grundsätze etwa zur Aufklärung über Sozialleistungen (§ 13 SGB I), zur Beratung (§ 14 SGB I) und zur Ausführung der Sozialleistungen (§ 17 SGB I).

§ 13 Aufklärung

„Die Leistungsträger, ihre Verbände und die sonstigen in diesem Gesetzbuch genannten öffentlich-rechtlichen Vereinigungen sind verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Bevölkerung über die Rechte und Pflichten nach diesem Gesetzbuch aufzuklären.“

Die Aufklärungsverpflichtung aus § 13 SGB I trifft die Leistungsträger und verpflichtet diese, eine bestimmte Personengruppe, die Träger von sozialrechtlichen Rechten und Pflichten sein kann, über ebendiese Rechte und Pflichten aufzuklären. Dabei steht dem Leistungsträger ein weiter Gestal-

tungsspielraum zu, genaue Vorgaben zu Art und Zeitpunkt dieser Aufklärung gibt es nicht (vgl. Hase 2019: SGB I § 13 Rn. 6).

§ 14 Beratung

„Jeder hat Anspruch auf Beratung über seine Rechte und Pflichten nach diesem Gesetzbuch. Zuständig für die Beratung sind die Leistungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind.“

Beratung nach § 14 SGB I ist eine für den *Einzelnen* bestimmte und auf den *Einzelfall* bezogene Information der Verwaltung (vgl. Greiner 2021: Rn. 4 ff.). Anspruch darauf hat gemäß § 14 SGB I jeder, unabhängig etwa von Staatsangehörigkeit oder anderen Kriterien. Dabei kommt es nach herrschender Meinung auch nicht auf ein berechtigtes Interesse an der Beratung an (vgl. etwa ; Mrozynski 2019: § 14 SGB I Rn. 4; Öndül 2018: § 14 SGB I Rn. 2; Trenk-Hinterberger 2020: § 14 Rn. 10). Bei fehlerhafter oder pflichtwidrig unterlassener Beratung kann der geschädigten Person ein Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG oder ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch zustehen. Unterbleibt etwa eine gebotene Beratung, dann kann der betroffenen Person ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch erwachsen, der zum Ziel hat, die Person so zu stellen, wie sie ohne die unterbliebene Beratung stünde. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch bezweckt damit eine „Wiederherstellung des status quo“ (Wersig 2014: 148).

Voraussetzungen für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch sind:

1. Handeln einer Sozialverwaltungsstelle;
2. pflichtwidrige Verletzung eines sozialen Rechts;
3. kausale Fehldisposition der betroffenen Person;
4. sozialrechtlicher Nachteil.

Zunächst enthält § 17 SGB I in seinem Abs. 1 Nr. 1 ein subjektiv-öffentliches Recht auf zügige Leistungserbringung (vgl. zum Ganzen Spellbrink 2021: SGB I § 17 Rn. 15). Einerseits trifft die Behörde eine Verantwortung, ausreichende Strukturen zur Leistungserbringung zur Verfügung zu stellen, andererseits haben die jeweils Berechtigten aus § 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB I einen Anspruch darauf, dass „zügig“ beschieden wird. Darüber hinaus sieht § 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I mit seinem Sicherstellungsauftrag organisatorisch-strukturell vor, dass institutionell die nötigen Voraussetzungen für die Sozialleistungserbringung vorliegen.

Interessant auch für die Herstellung einer diversitätssensiblen Leistungsgewährung ist das Gebot des einfachen Zugangs zu den Sozialleistungen (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 SGB I). Damit wird hervorgehoben, dass die Behörden sich gegenüber Bürger*innen klar, einfach und deutlich ausdrücken müssen (vgl. ebd.: SGB I § 17 Rn. 34, unter Bezugnahme auf Öndül 2018: § 17 Rn. 37 ff.). Beispielhaft genannt werden dazu etwa allgemein verständliche Antragsvordrucke.

Die oben aufgeführten allgemeinen Leistungsgrundsätze sind bei der Betrachtung spezieller Leistungstatbestände – wie folgend für das SGB II – mitzudenken. Die sozialrechtlichen Benachteiligungsverbote aus § 33c SGB I und § 19a SGB IV beziehen sich jeweils nicht nur auf die Ausführung der speziellen Leistungstatbestände, sondern auch ganz grundsätzlich auf Auskunft und Beratung nach § 14 SGB I und § 14 Abs. 2 SGB II.

Demnach muss der gesamte Ablauf der Sozialleistungsgewährung, angefangen bei der Beratung, von den Verwaltungsmitarbeitenden diskriminierungsfrei gestaltet werden, da die Diskriminierungsverbote „bei der Inanspruchnahme sozialer Rechte“ gelten.

3.6.3.2 Struktur und Ablauf der Leistungsgewährung

Die nachfolgenden Beobachtungen ergeben sich aus einer Befragung von leitenden Jobcenter-Mitarbeitenden im Rahmen eines Gesprächs über Diversitätssensibilität in ihrem Jobcenter.

Die Leistungsgewährung im Jobcenter ist grundsätzlich geprägt vom persönlichen Kontakt der Mitarbeitenden mit den Antragstellenden. Zunächst wird der Erstantrag gestellt, im weiteren Verfahren wird die antragstellende Person dann meist einer Leistungsabteilung zugeordnet. Die Leistungsabteilungen sind dabei entweder nach Wohnort (PLZ) oder nach der speziellen Lebenslage der Antragstellenden (Selbstständige, Wohnungslose, Geflüchtete) aufgeteilt. Die spezielle Leistungsabteilung bescheidet dann jeweils die Anträge und Folgeanträge, ggf. nach erneuter Rücksprache mit den antragstellenden Personen. Je nach Jobcenter sind die Abläufe teils mehr automatisiert oder teilweise völlig ohne Kundenkontakt ausgestaltet. Der fehlende persönliche Kontakt mit den Antragstellenden wird teilweise als gewinnbringend hinsichtlich Diskriminierungsrisiken gesehen, da ohne Kontakt keine Diskriminierung entstehen könne.

Dabei ist das Engagement der Mitarbeitenden in Fragen der Diversitätssensibilität nicht nur aus ihren inneren Motiven zu bewerten oder

zu entnehmen, sondern ist geprägt durch eine Kultur des Umgangs mit Herausforderungen im jeweiligen Jobcenter. Das zeigt sich etwa am Umgang mit Sprachmittlungsdiensten deutlich. Während es Jobcenter gibt, die eine Sprachbarriere frühzeitig und eigenmächtig zu überwinden suchen (etwa durch intern schnell konsultierbare Dolmetscherdienste), gibt es andererseits Jobcenter, die darauf bestehen, dass die leistungsberechtigte Person zunächst alle Möglichkeiten der Sprachmittlungsbeschaffung selbst ausschöpft. Dass nicht deutschsprachige Leistungsberechtigte mitunter nur schwer an Informationen kommen, um Möglichkeiten der Sprachmittlung überhaupt erst ausfindig zu machen, wird in diesen Fällen nicht berücksichtigt. Mitunter finden sich in Jobcentern Listen, die intern die Sprachkenntnisse der Mitarbeitenden auflisten, damit man sich im Haus weiterhelfen kann. Davon wird – was bei einem normalen Betrieb auch durchaus nachzuvollziehen ist – nur wenig Gebrauch gemacht.

3.6.3.3 Allgemeine Vorgaben und tatsächliche Leistungsgewährung

Die nachfolgenden Beobachtungen ergeben sich aus einer Befragung von leitenden Jobcenter-Mitarbeitenden im Rahmen eines Gesprächs über Diversitätssensibilität in ihrem Jobcenter.

In der Praxis spielen die allgemeinen Vorgaben sowie die Diskriminierungsverbote eine latente Rolle. Ein aktives Bewusstsein für Diskriminierungsverbote im Sinne eines stetigen Mitdenkens dieser Vorgaben ist eher nicht zu beobachten. Die Vorgaben werden im Entscheidungsprozess eher als selbstverständlich betrachtet. Weisungen zur Leistungsgewährung werden jedoch praktisch sehr oft hinzugezogen und bilden eine zuverlässige Richtschnur für die Mitarbeitenden. Tatsächlich finden sich in den ausgewerteten Weisungen der Bundesagentur sowie verschiedener kommunaler Träger kaum Hinweise zu einem Umgang mit diversitätssensiblen Sachverhalten.

Auch hier spielt wieder die Jobcenterkultur eine große Rolle. Auf der einen Seite gibt es ein sog. „Selbstverständnis“, durch das sich das Jobcenter in aller Regel antirassistisch und weltoffen positioniert. Es gibt Jobcenter, bei denen an dieser Stelle das Engagement für Diversitätsbewusstsein zu enden scheint.⁶³ Auf der anderen Seite gibt es aber Jobcenter, die eine

63 Zumindest wird dies von den Mitarbeitenden so wahrgenommen. Laut Auskunft gibt es dann schlicht kein Engagement für Diversitätssensibilität. Dem steht jedoch

rege tätige Antidiskriminierungsstelle führen und Newsletter verschicken sowie regelmäßig Diversitätsworkshops anbieten. Ob und in welchem Umfang diese Angebote wahrgenommen werden, ist sicherlich (auch) von der Arbeitsbelastung der jeweiligen Mitarbeitenden abhängig. Dennoch prägt eine Antidiskriminierungsstelle mit ständigem internen Kontakt und Austausch die Kultur des Jobcenters. Harte und dadurch auch präsen- te interne Vorgaben in Form von Weisungen konnten indes für das Themenfeld der Diversitätssensibilität in keinem der kooperierenden Jobcenter ausgemacht werden. Auch die sozialrechtlichen Diskriminierungsverbote, die einfach- gesetzlich systematisch ganz nah am Regelungsbereich des SGB II liegen, tauchen in den fachlichen Weisungen der BA und der kommunalen Träger nicht auf. Hierin kann man mit guten Gründen ein Defizit in der Diversi- tätssensibilität der Jobcenter-Praxis annehmen.

3.6.3.4 Herausforderungen im Gewährleistungsprozess

Die nachfolgenden Beobachtungen ergeben sich aus einer Befragung von leitenden Jobcenter-Mitarbeitenden im Rahmen eines Gesprächs über Diver- sitätssensibilität in ihrem Jobcenter.

Der Gewährleistungsprozess bringt Herausforderungen mit sich. Zu- nächst müssen Sachbearbeitende sich die Frage stellen, wie viel Zeit sie in einen spezifischen Fall investieren. Wie viel Zeit habe ich, um mich zu kümmern? Außerdem sind für die Entscheidungsprozesse der Einzelnen das Netz der Kolleg*innen und Vorgesetzten sowie deren Support bedeut- sam.

Hinzu kommen die vorhandenen Ressourcen und der praktische Zugang zu Wissen. Weisungen der BA existieren ebenso wie Weisungen von kom- munalen Trägern für deren Zuständigkeiten. In den meisten Jobcentern gibt es außerdem intern ein über das jeweilige Intranet zugängliches „Wiki“ mit Präzedenzfällen, an denen sich Mitarbeitende orientieren können. Trotzdem überwiegt die Unsicherheit oft den Mut zu einer untypischen Entscheidung und ein unerwarteter Bedarf wird regelhaft abgelehnt. Zumal der teilweise erforderliche Aufwand, bei einer abweichenden Entscheidung eine Freigabe durch die Teamleitung o. Ä. einzuholen, oft mit Blick auf

gegenüber, dass teilweise Spezialabteilungen für besondere Bedarfslagen eingerichtet sind und auch die Weisungen der Bundesagentur für Arbeit auf bestimmte diversifi- zierte Leistungskonstellationen eingehen.

die begrenzten Ressourcen gescheut wird. Mitarbeitende spüren regelmäßig den Druck, sich in alle Richtungen abzusichern. Dass eine eigene Entscheidung in der Widerspruchsabteilung landet, wird oft befürchtet. Es kann dann häufig davon ausgegangen werden, dass die Sachbearbeitenden aus Angst davor im Zweifelsfall den „einfachsten“ Entscheidungsweg suchen und sich nicht im Einzelnen mit allen entscheidungserheblichen Umständen befassen und eine „gerechte“ Lösung zu finden versuchen.

Die Sorge vor dem Widerspruchsverfahren kann in zwei Richtungen gedeutet werden: Auf der einen Seite könnte diese Sorge zu einem besonders genauen Hinschauen und zum „Möglichmachen“ durch die Sachbearbeitenden führen, auf der anderen Seite kann es auch zu einem schnellen „Abbügeln“ der Angelegenheit kommen.