

***Grundlagen des Rechts für Bachelor Soziale Arbeit***

Angela Busse

**Stand 28.06.17 14:55:41**

**Aktualisierung:**

**vgl. Fassung vom 17.1.2017**

**SGG und SGB aktualisiert. Stand 1.1.2017. Ausnahme Buch V !**

**Alle anderen Gesetzestextverweise aktualisiert. 18.4.2017. Ausnahme Buch V !**

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen.....	7
Statt eines Vorworts – ein Beipackzettel.....	1
Buch I Allgemeine Grundlagen des Rechts.....	6
Kapitel 1 Die Kommunikation über Recht.....	6
1. Wie denken, schreiben und sprechen Juristen?.....	6
2. Rechtserkenntnisquellen.....	6
3. Konventionen.....	12
Kapitel 2 Ordnung im Recht.....	17
1. Die Normenpyramide.....	17
2. Orientierung durch Normenpyramide und Gesetzgebungskompetenzen.....	21
Kapitel 3 Arbeiten mit und an der Rechtsnorm.....	23
1. Die Anatomie der Rechtsnorm.....	23
2. Die klassische Methodenlehre.....	27
3. Die Anwendung der traditionellen Auslegungsmethoden.....	29
4. Das Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander.....	32
4.1. Die verfassungskonforme Auslegung.....	32
4.2. Das Prinzip der praktischen Konkordanz.....	34
4.3. Die strukturierende Rechtslehre nach Müller / Christensen.....	34
4.4. Hilfsmittel zur Ermittlung der Bedeutung von Tatbestandsmerkmalen.....	35
5. Justizsyllogismus und Gutachten-/ bzw. Urteilsstil.....	35
6. Subsumtion und Syllogismus am Beispiel des Sozialrechts (Sozialhilfe).....	38
7. Subsumtion und Syllogismus am Beispiel des Kinder- und Jugendhilferechts.....	39
Kapitel 4 Das Lesen eines Gesetzestextes.....	42
1. Kodifizierungstechnik.....	42
2. Arten von Rechtsnormen.....	42
3. Das Verhältnis verschiedener Rechtsnormen zueinander.....	45
Kapitel 5 Einige praktische Hinweise zur juristischen Arbeit.....	47
1. Zur Vorgehensweise bei der Fallbearbeitung.....	47

2. Hinweise zur Lektüre gerichtlicher Entscheidungen.....	51
3. Grundlegende Weichenstellungen im Recht.....	53
3.1. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.....	54
3.2. Charakteristische Handlungsformen – Verwaltungsakt und Vertrag.....	54
3.3. Gerichtsbarkeit.....	56
3.4. Der Rechtsweg für sozialrechtliche und familienrechtliche Streitigkeiten.....	57
 Buch II Basiswissen Zivilrecht.....	 60
 Kapitel 1 Grundlagen des bürgerlichen Rechts.....	 60
1. Aufbau und Bedeutung des BGB.....	60
2. Wichtige Grundbegriffe des Privatrechts.....	61
2.1. Der Vertrag.....	61
2.2. Weitere Beispiele für Verträge: Dienst -, Werkvertrag.....	64
2.3. Gesetzliche Schulverhältnisse.....	65
2.4. Ansprüche aus dem Eigentum ( „Vindikationslage“ §§ 985 ff. BGB).....	65
2.5. Deliktsrecht - Unerlaubte Handlung (§§ 823 - § 853 BGB).....	67
2.6. Bereicherungsrecht - Ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 - 822 BGB).....	70
2.7. Rechtssubjekte.....	71
2.8. Handlungs-, Geschäfts- und Deliktsfähigkeit.....	72
 Kapitel 2 Familienrecht.....	 75
1. Ehe.....	76
1.1 Der Güterstand „Zugewinngemeinschaft“.....	78
1.2. Gütertrennung.....	79
1.3. Gütergemeinschaft.....	79
1.4. Wahl- Zugewinngemeinschaft.....	80
1.5. Ehescheidung §§ 1564-1568 BGB.....	80
1.6. Scheidungsfolgen.....	81
2. Lebenspartnerschaft.....	81
3. Abstammung und Adoption.....	82
4. Grundzüge der gesetzlichen Unterhaltsansprüche (Verwandtenunterhalt).....	83
4.1. Der Unterhaltsberechtigte.....	83
4.2. Bedürftigkeit der unterhaltsberechtigten Person.....	84
4.3. Einkommen und Vermögen.....	84
4.4. Der Inhalt des Unterhaltsanspruchs.....	85
4.5. Der Unterhaltspflichtige.....	85

4.6. Die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten § 1603 BGB.....	86
4.7. Einwendungen gegen den Unterhaltsanspruch.....	87
4.8. Abweichende Regelung des Unterhaltsanspruches durch Vertrag.....	87
4.9. Einrede der Verjährung.....	87
5. Vormundschaft, §§ 1773 - 1895 BGB.....	87
6. Betreuung.....	88
Kapitel 3 Kindschaftsrecht.....	90
1. Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind.....	90
2. Die elterliche Sorge.....	91
3. Kinderschutz.....	94
4. Umgangsrecht.....	96
Buch III Basiswissen öffentliches Recht.....	99
Kapitel 1 Der Verwaltungsakt.....	99
1. Beispiele.....	99
2. Funktionen.....	102
3. Widerspruchsverfahren.....	103
3.1. Notwendigkeit des Widerspruchsverfahrens.....	104
3.2. Die Zulässigkeit des Widerspruchs.....	106
3.2.1. Die Statthaftigkeit des Widerspruchs.....	106
3.2.3. Form und fristgerechte Einlegung des Widerspruchs.....	107
3.2.4. Beteiligtenfähigkeit.....	109
3.2.5. Handlungsfähigkeit.....	109
3.2.6. Legitimation des gewillkürten Vertreters.....	109
3.2.7. Rechtsschutzinteresse.....	109
3.3. Begründetheit des Widerspruchs.....	109
3.4. Beginn und Ende des Widerspruchsverfahrens.....	110
3.5. Aufschiebende Wirkung.....	110
3.6. Verböserung (reformatio in peius).....	111
4. Prüfschema mit Erläuterungen.....	111
Kapitel 2 Die Grundrechte.....	119
1. Allgemeine Lehren der Grundrechte.....	119
2. Struktur der Freiheitsgrundrechte.....	120
3. Allgemeine Grundrechtslehren am Beispiel des Art. 2 I 1 GG.....	123

4. Wichtige Freiheitsgrundrechte im Sozialrecht.....	124
4.1. Art. 1 I GG.....	124
4.2. Art. 2 II 1 GG.....	126
4.3. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG Freiheit der Person.....	127
5. Wichtige Grundrechte im Familien- und Jugendhilferecht.....	127
Kapitel 3 Grundlagen des Strafrechts.....	130
1. Die Straftat.....	131
2. Unterlassungsdelikte.....	133
3. Täterschaft und Teilnahme.....	133
4. Zum Beispiel: § 203 StGB Verletzung von Privatgeheimnissen.....	134
4.1. Berufsbezogene Strafbarkeit § 203 Abs. 1 StGB.....	134
4.1.1 Tatbestand § 203 Abs. 1 StGB.....	134
4.1.2. Rechtfertigungsgründe.....	135
4.2. Strafbarkeit von Amtsträgern § 203 Abs. 2 StGB.....	135
4.3. Unbefugtes Offenbaren.....	136
Kapitel 4 Grundlagen des Aufenthaltsrechts.....	138
1. Das Aufenthaltsgesetz im Überblick.....	138
2. Der Ausländer.....	141
2.1. Die deutsche Staatsangehörigkeit.....	141
2.2. Grundrechte der Ausländer.....	142
3. Die Einreise und das Grundrecht auf Asyl.....	143
3.1. Die Einreise.....	143
3.2. Das Individualgrundrecht auf politisches Asyl, Art. 16a GG.....	143
4. Die Aufenthaltstitel.....	144
4.1. Das Visum.....	144
4.2. Die Aufenthaltserlaubnis.....	145
4.2.1. Aufenthaltzweck der Ausbildung.....	145
4.2.2. Aufenthaltzweck Erwerbstätigkeit.....	145
4.2.3. Völkerrechtliche, humanitäre oder politische Gründe.....	146
4.2.4. Aufenthaltzweck Familiennachzug.....	147
4.3. Die Niederlassungserlaubnis.....	147
4.4. Die Erlaubnis zum Daueraufenthalt- EU und Blaue Karte – EU.....	147
5. Der rechtswidrige Aufenthalt.....	148
6. Die Ausweisung.....	148
7. Die Abschiebung.....	149

Buch IV Grundzüge des Sozialrechts.....	151
Kapitel 1 Das System des Sozialrechts.....	151
1. Das gegliederte Sozialleistungssystem.....	151
2. Der Sozialrechtsbegriff.....	154
3. Sozialrecht und Kodifizierung.....	155
Kapitel 2 Eine Auswahl wichtiger allgemeiner Regelungen aus dem SGB im Überblick.....	157
1. Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt § 30 III SGB I.....	157
2. Gesetzesvorbehalt im Sozialleistungsrecht.....	157
3. Vorbehalt abweichender Regelungen.....	157
4. Ansprüche und Ermessensleistungen.....	158
5. Orientierungshilfen für Leistungsberechtigte.....	158
6. Datenschutzrecht und Schutz der Sozialdaten.....	159
6.1. Grundsätze.....	160
6.2. Schutz der Sozialdaten.....	161
7. Mitwirkungspflichten.....	162
8. Das Beschäftigungsverhältnis § 7 I SGB IV.....	163
Kapitel 3 Handlungsformen im Sozialverwaltungsverfahren.....	166
1. Der Sozialverwaltungsakt.....	166
1.1. Bestandskraft.....	167
1.2. Wirksamkeit.....	167
1.3. Aufhebbarkeit.....	168
1.4. Terminologische Regeln.....	169
2. Der öffentlich - rechtliche Vertrag § 53 ff SGB X.....	170
2.1. Beispiele.....	170
2.2. Die Abgrenzung.....	171
2.3. Arten öffentlich rechtlicher Verträge.....	172
2.4. Abschluss und Inhalt des öffentlich – rechtlichen Vertrages.....	173
2.5. Einreden und Einwendungen gegen den öffentlich- rechtlichen Vertrag.....	173
Kapitel 4 Ein Überblick über die Sozialversicherung.....	176
1. Gesetzliche Krankenversicherung.....	176
2. Soziale Pflegeversicherung.....	182
3. Leistungen der Arbeitslosenversicherung.....	187
4. Gesetzliche Rentenversicherung.....	197

5. Gesetzliche Unfallversicherung.....	200
Kapitel 5 Leistungen der Fürsorge - Eine Auswahl.....	204
1. BAföG.....	204
2. Wohngeld.....	205
3. Grundsicherung für Arbeitsuchende.....	206
3.1. Leistungsträger.....	206
3.2. Der leistungsberechtigte Personenkreis.....	207
3.3. Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes.....	209
3.4. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld II.....	209
3.4.1. Leistungen für Bildung und Teilhabe.....	212
3.4.2. Leistungen für Auszubildende.....	212
3.4.3. Deckung des Bedarfs durch Einkommen und Vermögen.....	212
3.4.4. Berechnung und Verfahren.....	217
3.5. Sanktionen.....	218
3.7. Leistungen zur Eingliederung in Arbeit.....	220
4. Sozialhilfe.....	223
4.1. Hilfe zum Lebensunterhalt und Grundsicherung nach dem SGB XII.....	225
4.2. Hilfen nach Kapitel 5 – 9 SGB XII: Die wichtigsten Hilfearten im Überblick.....	227
4.2.1. Hilfen zur Gesundheit §§ 47 bis 52 SGB XII.....	227
4.2.2. Eingliederungshilfe für behinderte Menschen §§ 53 bis 60 SGB XII.....	228
4.2.2.1. Wirkung des SGB IX.....	230
4.2.2.2. Leistungsberechtigte Personen.....	231
4.2.2.3. Inhalt und Ziel der Leistungen.....	232
4.2.3. Hilfe zur Pflege §§ 61 bis 66 SGB XII.....	234
4.2.3.1. Der leistungsberechtigte Personenkreis.....	235
4.2.3.2. Die Leistungen der Hilfe zur Pflege.....	235
4.2.4. Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten §§ 67 bis 69 SGB XII.....	237
4.2.4.1. Leistungsberechtigter Personenkreis.....	238
4.2.4.2. Inhalt der Leistungen.....	238
4.2.5. Hilfe zur Weiterführung des Haushalts § 70 SGB XII.....	239
4.2.6. Altenhilfe § 71 SGB XII.....	240
4.3. Einkommen und Vermögen im Rahmen der Hilfen nach Kapitel 5 – 9 SGB XII.....	241
5. Grundlagen des Kinder- und Jugendhilferechts.....	243
5.1. Sozial- und verfassungsrechtliche Grundlagen der Kinder – und Jugendhilfe.....	244
5.2. Die Kinder- und Jugendhilfe als Ordnungs- und Leistungsgesetz.....	248
5.3. Das Sozialleistungsrecht der Kinder- und Jugendhilfe.....	250

5.4. Erziehung als Rechtsbegriff des SGB VIII.....	252
5.5. Das „Wohl“ des Kindes als Rechtsbegriff.....	255
5.6. Wichtige Leistungsgrundsätze.....	257
5.7. Ausgewählte Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe.....	258
5.7.1. Der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz.....	259
5.7.2. Der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung.....	261
5.7.3. Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche.....	263
5.7.4. Leistungen zum Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen.....	263
5.8. Räumlicher Geltungsbereich des SGB VIII.....	264
5.9. Verwaltungsverfahren.....	265
5.10. Antragsabhängigkeit und Selbstbeschaffung.....	266
5.11. Beteiligung § 8 I SGB VIII.....	267
5.12. Hilfeplan § 36 II, III SGB VIII.....	267
5.13. Landesrechtliche Sonderregelungen.....	268
Buch V Übungen.....	272
Kapitel 1 Vertiefungsfragen.....	272
1. Zur Arbeit mit und an den Vertiefungsfragen.....	272
2. Vertiefungsfragen.....	272
Kapitel 2 Übungen zur Gutachtentechnik.....	277
1. Übung zur Methodenlehre.....	277
2. Standarddefinitionen zum § 1666 Abs. 1 BGB.....	277
3. Gutachtenübung: Der Normalfall § 1666 Abs. 1 BGB.....	278
4. Gutachtenübungen zum Familienrecht.....	278
5. Standarddefinitionen zum § 27 Abs. 1 SGB VIII.....	279
6. Gutachtenübung: der Normalfall § 27 Abs. 1 SGB VIII.....	279
7. Gutachtenübungen zum Kinder- und Jugendhilferecht.....	280
8. Standarddefinitionen zu § 136 SGB III.....	280
9. Gutachtenübung: Der Normalfall § 136 SGB III.....	281
10. Gutachtenübungen zum Arbeitslosengeld 1.....	281
11. Standarddefinitionen zu § 19 Abs. 1 S. 1 SGB II.....	282
12. Gutachtenübung: Der Normalfall § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB II.....	283
13. Gutachtenübungen zum Arbeitslosengeld 2.....	283



Kapitel 3 Fallbearbeitung : Fälle und Lösungen.....	284
Fall 1: Evolution und Schöpfung (Familienrecht).....	284
Fall 2: Praktische Hilfe (Familienrecht).....	287
Fall 3: Kindersegen in der JVA (Kinder- und Jugendhilferecht).....	290
Fall 4: Training a la AgfA (Arbeitslosenversicherung).....	296
Fall 5: Die Kellnerin (Arbeitslosenversicherung).....	300
Fall 6. Bessere Chancen durch Bildung (Grundsicherung für Arbeitsuchende, Arbeitslosenversicherung).....	306
Fall 7: Mieterpech (Grundsicherung für Arbeitsuchende).....	312
Fall 8: Eigenes Dach über dem Kopf (Grundsicherung für Arbeitsuchende).....	318
Fall 9: Am Ende des Studiums am Ende ? (Grundsicherung für Arbeitsuchende).....	326
Fall 10: Natasha's Auszug (Sozialhilfe, Rehabilitationsrecht, Grundsicherung für Arbeitsuchende).....	333
Kapitel 4 Vom Gutachten zu Beratung und Schriftsatz.....	350
Fall 1: Altenbetreuung.....	350
Fall 2: Umzug und Doppelmiete.....	366
Fall 3: Integrative Lerntherapie.....	375
Fall 4: Der Ersatzvater.....	384
Fall 5: Verwandtschaft.....	392

## Abkürzungen

a.A.	andere Ansicht
ADSH	Aufmerksamkeits-Defizits-Syndrom mit Hyperaktivität
AgfA	Agentur für Arbeit
AktG	Aktiengesetz
AlgII- VO	Arbeitslosen- und Sozialgeldverordnung
ANBA	Anordnungen der Bundesagentur für Arbeit
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
Az.	Aktenzeichen
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BetrKostVO	Betriebskostenverordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVG	Bundesversorgungsgesetz
d.h.	das heißt
DV	Durchführungsverordnung
EinglHVO	Eingliederungshilfverordnung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FamGer	Familiengericht
FamRZ	Zeitschrift für Familienrecht
FEVS	Fürsorgerechtliche Entscheidungen der Verwaltungs- und Sozialgerichte
frz.	Französisch

GdB	Grad der Behinderung
GdS	Grad der Schädigungsfolgen
GG	Grundgesetz
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
GRV	Gesetzliche Rentenversicherung
GSi- Träger	Grundsicherungsträger
GUV	Gesetzliche Krankenversicherung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HSOG	Hessisches Gesetz über die Sicherheit und Ordnung
HSRB	Handbuch Sozialrechtsberatung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JUS	Juristische Schulung
JURA	JURA – Juristische Ausbildung
JVA	Justizvollzugsanstalt
KdU(H)	Kosten der Unterkunft (und Heizung)
LRS	Lese- Rechtschreib- Schwäche
lt.	laut
LSG	Landessozialgericht
LVwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz Land
MAE	Mehraufwandsentschädigung
MDK	Medizinischer Dienst der Krankenversicherung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW – Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ - Rechtsprechungsreport
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht

OVG	Oberverwaltungsgericht
OEG	Opferentschädigungsgesetz
qm	Quadratmeter
RBEG	Regelbedarfsermittlungsgesetz
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SPV	Soziale Pflegeversicherung
SRH	Sozialrechtshandbuch
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
SVE	Sachverhaltselement
SVG	Soldatenversorgungsgesetz
TBM	Tatbestandsmerkmal
UN	Vereinte Nationen / United Nations
u.U.	Unter Umständen
VersMedVO	Versorgungsmedizin- Verordnung
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
(R)VO	(Rechts)Verordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VersG	Versammlungsgesetz
WfbM	Werkstatt für behinderte Menschen
z.B.	zum Beispiel
ZfF	Zeitschrift für das Fürsorgewesen
ZfJ	Zeitschrift für Jugendrecht

## **Statt eines Vorworts – ein Beipackzettel**

Jurabücher sind für Studierende der Sozialen Arbeit in aller Regel ungenießbar. Daran wird sich so rasch nichts ändern. Dennoch wird der Sozialarbeiter und die Sozialarbeiterin gerade in Rahmen ihrer ureigensten Aufgabe der Beratung nicht daran vorbei kommen, den rechtlichen Kontext der mit den Klienten erarbeiteten Optionen im Auge zu behalten. Optionen sind nicht nur das Ergebnis einer Beratungstätigkeit. Ob Optionen realisiert werden können, ist oft genug davon abhängig, dass das Recht sie ermöglicht. Wann das Recht diese Optionen ermöglicht, ist oft erst dann erkennbar, wenn eine vertiefte Auseinandersetzung mit den einschlägigen Rechtsgrundlagen stattgefunden hat. Dieses Skript möchte eine Basis für diese Auseinandersetzung mit der Rechtsnorm und der Konfrontation mit den rechtsanwendenden Berufen, auf die der Sozialarbeiter oder die Sozialarbeiterin trifft, anbieten.

Juristische Lehr- und Lernbücher, Skripten und Fallbearbeitungslehren für Juristen und Sozialarbeiter gibt es in ausreichender Zahl. Es gibt sie zu allen Themen- und Rechtsgebieten der Rechtswissenschaften und der Sozialen Arbeit. Es gibt sie für alle Studiengänge. Viele sind wissenschaftlich hervorragend vertieft und viele Fallbearbeitungslehren zeugen von hohem technischen und inhaltlichem Können.

Trotzdem habe ich ein weiteres Lernbuch zusammen gestellt. Es unterscheidet sich insofern von allen anderen, als es versucht die Entwicklung juristischer Arbeit von der ersten Unterrichtsstunde in der Sozialen Arbeit bis zur praktischen Beratungsarbeit und rechtlichen Interessenvertretung inklusive Vertretung in förmlichen Verfahren nachzuzeichnen. Diesem technischen Ansatz fällt die Ausdifferenzierung des Inhalts zum Opfer. Ich lege in der Ausbildung großen Wert darauf, dass sich Sozialarbeiter und Sozialarbeiterinnen im juristischen Diskussions- und Verständigungsprozess als Kommunikationspartner und – partnerinnen für Juristen sowie Juristinnen und Verwaltungsdienst präsentieren können. Voraussetzung dafür ist die Beherrschung der spezifischen Kommunikationsformen dieser Profession. Sie erscheint mir wichtiger als die detaillierte Durchdringung des sich ohnehin eher wechselhaft gebenden Normenmaterials. Seriös kann dies wohl ohnehin durch Kommentierungen und große Lehrbüchern zum jeweiligen Rechtsgebiet geleistet werden.

Wie man mit dem Buch arbeitet, bleibt im Grunde jedem selbst überlassen. Man kann es einfach von vorne bis hinten durcharbeiten. Der Nachteil: die ungelesenen Seiten scheinen über lange Zeit nicht weniger zu werden.

Folgendes didaktisches Übungsmaterial kann die „Seitenfresserei“ nach Bedarf ein bisschen auflockern:

1. Orientierungsfragen lenken Ihre Aufmerksamkeit zu Beginn des jeweiligen Kapitels.
2. Nach jedem Kapitel gibt es Wiederholungsfragen. Sie helfen dabei zu überprüfen, ob man das Kapitel gelesen oder sogar gelernt hat. Hat man die Bücher I und II Kapitel 1 und Buch III gelesen, kann man die übrigen Bücher II Kapitel 2 und alle Kapitel im Buch IV in willkürlicher Reihenfolge nach Interesse angehen.
3. Das Buch V kann man entweder ganz zum Schluss durcharbeiten. Oder man nimmt sich die Übungen zur Gutachtentechnik und Fallbearbeitung jeweils nach den Themenblöcken Familienrecht, Kinder- und Jugendhilferecht, Arbeitslosenversicherung oder Grundsicherung für Arbeitsuchende vor. Ganz nach Geschmack.
4. Die Vertiefungsfragen sollten erst in Angriff genommen werden, wenn die Bücher I – IV durchgearbeitet wurden. Dabei ist nicht wichtig, ob bereits Übungen absolviert wurden oder nicht.
5. Buch V Kapitel 4 bildet in jedem Fall den Abschluss und zeigt den Weg von der rechtlichen Würdigung eines Sachverhaltes bis hin zur rechtlichen Beratung oder zum Schriftsatz.

Mit dem vorliegenden Skript alleine ist es nicht getan. Sie benötigen ergänzend die jeweils zitierten Gesetzestexte und müssen die jeweils zitierte Regelung unbedingt nachlesen. Das ist zunächst umständlich. Aber im Lauf der Zeit werden Sie erkennen, dass der Gesetzestext, Ihnen immer deutlicher signalisiert, wie Sie mit Ihrem Rechtsproblem umzugehen haben.

Varianten zur Arbeit mit diesem Skript:

Im Unterricht gehe ich gelegentlich einen Weg, der in der Abfolge der Kapitel hier nicht abgebildet ist. Vielleicht möchten Sie es ausprobieren, wenn Ihnen die Methode „von vorn nach hinten“ gar nicht zusagt.

#### *Variante 1. Vom Allgemeinen zum Besonderen*

Schritt 1: Erarbeitung Buch I Allgemeine Grundlagen des Rechts. Es enthält das Handwerkszeug, das benötigt wird, um mit Normtexten arbeiten zu können.

Schritt 2: Buch II Basiswissen Zivilrecht stellt knapp die wichtigsten Regelungen des BGB vor und bietet damit exemplarisches Normenmaterial, das einfache Beispiele zur Fallbearbeitung und Anwendung der Methodik erlaubt

Schritt 3: Übungen zu Gutachtentechnik zum Familienrecht im Buch V Kapitel 2.

Schritt 4: Fallbearbeitung zum Familienrecht Buch V Kapitel 3

Schritt 5: Buch III Kapitel 1 Basiswissen öffentliches Recht

Die Prüfungen im öffentlichen Recht sind aufgrund der vielen zur Rechtsgrundlage hinzutretenden Faktoren (Verwaltungsakt, Grundrechte, Prüfschema der Rechtsgrundlage) komplexer und stehen deshalb in zweiter Reihe.

Schritt 6: Sozialrecht Buch IV bis einschließlich Kapitel 3

Schritt 7: Methodischen Übungen zum Recht der Arbeitslosenversicherung, Buch V Kapitel 2.

Schritt 8: Sozialrecht Buch IV Kapitel 4

Nach dem Abschnitt Grundsicherung für Arbeitsuchende und Kinder – und Jugendhilferecht können die thematisch zugehörigen methodischen Übungen im Buch 5 Kapitel 2 absolviert werden.

Im Anschluss daran folgen die Fallbearbeitungen, Kapitel III des 5. Buches.

Tipp: Verzweifelt man beim Arbeitslosengeld 1 lässt man sowohl Kapitel 3 und 5 1.-4. erst einmal komplett weg. Ziehen Sie das Kinder- und Jugendhilferecht Buch IV Kapitel 5 5. Grundlagen des Kinder- und Jugendhilferechts vor. Widmen Sie sich dann den methodischen Übungen zu diesem Gebiet und wagen sich an eine erste Fallbearbeitung zu diesem Thema. Danach sind Sie für den Rest grüster.

### *Variante 2. Vom Besonderen zum Allgemeinen*

Wer mit dem ersten Buch Allgemeine Grundlagen des Rechts schlicht nichts anzufangen weiß, der beginnt in der Mitte:

Schritt 1: Buch II Familienrecht.

Schritt 2: Buch I Kapitel 3 Arbeiten mit und an der Rechtsnorm. Damit besitzt man bereits das Rüstzeug, um die ersten methodischen Übungen um Familienrecht im Buch V Kapitel 2 zu versuchen.

Schritt 3: Buch IV Kapitel 4 5. Grundlagen des Kinder- und Jugendhilferechts

Schritt 4: Buch 3 Basiswissen

Schritt 5: Buch 5 Kapitel 2 Methodischen Übungen zum Kinder – und Jugendhilferecht an.

Schritt 6: Fallbearbeitungen zum Familien und Kinder- und Jugendhilferecht Buch V Kapitel 3

Schritt 7: Übriges Sozialrecht Buch IV.

Methodischen Übungen und die Fallbearbeitungen schließen dabei jeweils das Arbeitslosengeld 1 und danach das Arbeitslosengeld 2 ab.

Schritt 8: Alle ausgelassenen Kapitel.

Achtung: Diese Vorgehensweise setzt m.E. entweder eine engmaschige Anleitung durch einen Lehrenden oder sehr gute Selbstlernkompetenzen voraus.





# **Buch I Allgemeine Grundlagen des Rechts**

## **Kapitel 1 Die Kommunikation über Recht**

### Orientierungsfragen

- Welchen Quellen entnehmen Juristen ihr Wissen über das Recht ?
- Wie kann man diese Quellen sinnvoll zur Erschließung eines Rechtsproblems nutzen ?
- Wie verständigen sich Juristen, wenn sie über Recht diskutieren ?
- Welche Darstellungsregeln halten Juristen beim schriftlichen und mündlichen Diskurs über das Recht ein ?
- Warum sollten Sozialarbeiter über diese Regeln informiert sein und sie beherrschen ?

### **1. Wie denken, schreiben und sprechen Juristen?**

Das juristische Denken, Sprechen und Schreiben wird durch eine Vielzahl von Anforderungen und Quellen geformt. In der Rechtswissenschaft geht es in erster Linie um die rationale Verarbeitung verschiedener Rechtserkenntnisquellen. Um also in eine rechtswissenschaftliche Bearbeitung von Sachverhalten, die Ihnen in der sozialen Arbeit begegnen können, zu meistern, ist es notwendig, dass Sie zunächst einen Überblick über die Rechtserkenntnisquellen erhalten.

### **2. Rechtserkenntnisquellen**

Man unterscheidet primäre Rechtsquellen von den Sekundärquellen des Rechts. Primäre Quellen des Rechts sind die Gesetzestexte selbst. Üblicherweise arbeiten wir mit redaktionell bearbeiteten Gesetzestextausgaben. Als Beispiel kann die Ausgabe von Ulrich Stascheit, Gesetze für Sozialberufe<sup>1</sup>, dienen.

Gesetzestexte werden zunächst im Bundesgesetzblatt<sup>2</sup> bekannt gegeben. Dies gilt für das Bundesrecht. Dabei versteht man unter Bundesrecht dasjenige Recht, das durch den Bund und seine Organe erlassen wird. Im Bundesgesetzblatt befinden sich die Rechtsquellen im vom Gesetzgeber vorgesehenen Original. Dort sind sie abgedruckt, wie der Urheber des Bundesrechts

---

<sup>1</sup>[www.fhverlag.de](http://www.fhverlag.de).

<sup>2</sup>[www.bgbl.de](http://www.bgbl.de).

das Recht erlassen hat. Wenn Sie sich diese Originalquellen ansehen, stellen Sie oft fest, dass in einem Artikelgesetz oftmals nur Änderungen eines anderen Gesetzes angeordnet werden. Dies führt dazu, dass der aktuelle Gesetzesstand oftmals nicht so ohne weiteres oder auch gar nicht erkennbar ist. Um dieses Problem zu meistern, gibt es redaktionell bearbeitete Gesetzestextausgaben. Eine frei im Internet verfügbare Plattform für redaktionell bearbeitete Gesetzestextausgaben ist: [www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de).<sup>3</sup>

Neben dem Bundesrecht gibt es als primäre Rechtserkenntnisquelle auch das Recht der einzelnen deutschen Bundesländer. Diese Texte werden durch die Landesregierungen im Internet, redaktionell bearbeitet, zur Verfügung gestellt. Die Originalquellen finden Sie in den Verkündungsblättern des jeweiligen Bundeslandes, die bspw. als Gesetz- und Verordnungsblätter bezeichnet werden.

Sekundäre Rechtserkenntnisquellen kann man grob nach ihrer Herkunft unterteilen. Entscheidungen der Gerichte werden unter dem Oberbegriff „Rechtsprechung“ zusammengefasst. Daneben gibt es eine Vielzahl von Autoren, die sich in verschiedenen Formen und aus unterschiedlichen Perspektiven zu Rechtsproblemen äußern. Diese Quellen fasst man unter dem Oberbegriff „Literatur“ zusammen. Auch der Gesetzgeber äußert sich zu den Gesetzen. Diese Äußerungen stehen der Öffentlichkeit als sogenannte „Parlamentaria“ zur Verfügung. Im Internet finden Sie die Parlamentaria des Bundes im Dokumentations- und Informationssystem des Bundestages.<sup>4</sup> Sehr benutzerfreundlich ist das Dokumentationsystem des Bundesrates,<sup>5</sup> das alle Vorgänge auch mit dem Dokumentationssystem des Bundestages verlinkt.

Im Detail unterscheidet man:

Literatur:

Aufsätze aus Fachzeitschriften, Monografien, Kommentare, Festschriften, Handbücher, Lehrbücher, andere Sammelwerke.

Rechtsprechung:

Amtliche und andere Sammlungen, aus Internetquellen, aus Fachzeitschriften.

Parlamentaria:

Bundestagsdrucksachen, Bundesratsdrucksachen, Stenografische Berichte,

---

<sup>3</sup>Ein Angebot des Bundesministeriums für Justiz in Zusammenarbeit mit JURIS, nachgewiesen unter [www.juris.de](http://www.juris.de).

<sup>4</sup><http://dip.bundestag.de>.

<sup>5</sup><http://www.bundesrat.de/DE/dokumente/dokumente-node.html>.

Landtagsdrucksachen, Bürgerschaftsdrucksachen (in Stadtstaaten)

Onlinequellen:

Expertensysteme, Onlinebücher, Websites der Justiz und anderer Einrichtungen

Wofür verwendet man nun diese Quellen?

Aufsätze aus Fachzeitschriften sind meist ungeeignet, um sich in ein bestimmtes Rechtsgebiet einzuarbeiten. Eine Ausnahme stellen Aufsätze zur Einführung in bestimmte Rechtsgebiete in Ausbildungszeitschriften wie JUS, JURA oder JA dar. In Fachzeitschriften werden aktuelle Rechtsprobleme zu den unterschiedlichsten Rechtsgebieten diskutiert. Die Autorenschaft ist höchst heterogen. Rechtspraktiker, Rechtswissenschaftler und teilweise auch Nichtjuristen nehmen aus ihrer Sicht zu speziellen Rechtsfragen Stellung, die die Gemeinschaft der Rechtsanwender und -wissenschaftler bewegen. Aufsätze eignen sich besonders zur Klärung von Detailfragen zu einem bestimmten Rechtsproblem.

Für Monografien gilt Ähnliches. Monografien beschäftigen sich sehr intensiv und differenziert mit einem bestimmten Thema oder einer ganz bestimmten Rechtsfrage. Üblicherweise erwartet man hier Grundlagenarbeit, aus der sich neue Impulse für die Rechtsanwendung oder -entwicklung ergeben sollen. Oft handelt es sich um Dissertationen oder Habilitationsschriften. Dissertationsschriften werden zur Erlangung eines Doktorgrades angefertigt. Habilitationsschriften werden üblicherweise als zweites wissenschaftliches Werk angefertigt, um von einer Universität die Berechtigung zur universitären Lehre verliehen zu bekommen. Man kann Monografien nicht verwenden, um sich einen Überblick über ein Rechtsgebiet zu erarbeiten. Sie setzen voraus, dass man weiß, was man sucht, also seine Frage an einen bestimmten Rechtssatz, oder bzgl. eines bestimmten Rechtsproblems bereits herausgearbeitet hat. Festschriften, Handbücher und andere Sammelwerke, wie z.B. Tagungsbände vertiefen üblicherweise auch Detailfragen eines bestimmten Rechtsproblems.

Kommentare zeichnen sich dadurch aus, dass jede Einzelnorm eines Gesetzestextes mit Anmerkungen zu ihrer Entstehung, Anwendung und Interpretation versehen ist. Vom Anwender verlangen sie, dass er bereits einen Überblick über ein Rechtsgebiet erlangt hat. Der Anwender sollte eine Vorstellung davon haben, aufgrund welcher Norm er seine Rechtsfrage höchstwahrscheinlich lösen möchte. Kommentare geben manchmal einen guten Überblick über Tatbestandsmerkmale einer Einzelnorm, der dazu ergangenen Rechtsprechung und weiteren dazu vertretenen Meinungen aus der Literatur. Das Studium der Kommentare einer Norm eignet sich zur

Vertiefung der Rechtskenntnis in Zweifelsfragen der Anwendbarkeit einer Norm. Üblicherweise ist dort auch wichtige Rechtsprechung und Literatur zu konkreten Problemstellungen nachgewiesen.

Die Bezeichnung eines Buches als „Lehrbuch“ erzeugt gewöhnlich die Assoziation, dass man dieses Buch zum Erlernen eines bestimmten Rechtsgebietes verwenden könne und solle. Dies trifft grundsätzlich auch für juristische Lehrbücher zu. Es gibt Lehrbücher zu jedem denkbaren Rechtsgebiet. Meist ist ihnen jedoch folgende Eigenschaft vorzuwerfen: Wer ein Lehrbuch aufschlägt erwartet, es voraussetzungslos lesen zu können. Man möchte bei null oder darunter anfangen dürfen und dort abgeholt werden. Dies ist bei juristischen Lehrbüchern meist nicht der Fall. Juristische Lehrbücher präsentieren kenntnis- und detailreich einen Überblick über examensrelevanten Stoff. Examensrelevant bedeutet in diesem Fall natürlich: relevant für das juristische Staatsexamen oder Bachelorabschlüsse, die auf die juristischen Staatsexamen vorbereiten.

Ein wenig anders ist das bei Lehrbüchern, die für andere Adressaten z.B. Sozialwissenschaftler oder für künftige Sozialarbeiter geschrieben werden. Diese Bücher wiederum beschränken sich oft auf eine knappe systematische Darstellung des Stoffes. Sie ermöglichen einen groben Überblick über den Inhalt der Gesetzestexte. Was sie nicht leisten ist eine Verbindung zu weiterführender Rechtsprechung, Falllösungstechnik, juristischer Methodik und praktischer Rechtsanwendung herzustellen. Dennoch sind sie für einen allerersten Einstieg eines Nebenfachstudenten ins Recht sehr nützlich. Beim Lesen darf jedoch keinesfalls vergessen werden, dass fast alles, was in diesen Büchern steht, auch dem Gesetzestext zu entnehmen ist. D.h. man liest diese Bücher niemals ohne parallel einen Gesetzestext zu Rate zu ziehen und ihn mit dem Inhalt des Lehrbuches zu vergleichen. Das gilt natürlich auch für die juristischen Lehrbücher, sobald Sie Prüfungsvorbereitungen in Angriff nehmen.

Hilfreich, wenn auch üblicherweise für Jurastudierende angefertigt, sind Skripten und Fallbearbeitungslehren. Einen ersten Überblick verschaffen Skripten in jedem Fall. Oftmals ist dieser Überblick primär auf das juristische Examenscurriculum ausgerichtet. Bei Rechtsgebieten wie dem Sozialrecht oder Familienrecht setzen sie voraus, dass man die Grundlagen des Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrechtes sowie des Bürgerlichen Rechts beherrscht. Diese Voraussetzungen sind gewöhnlich aufgrund der eingeschränkten Curricula der Nebenfachstudierenden nicht vorhanden. Wenn Sie sich entscheiden, Skripten zu verwenden, müssen Sie die vorausgesetzten Grundlagen selbständig aufarbeiten. Die jeweiligen Skriptreihen sind hierbei üblicherweise hilfreich.

Die Lektüre von Rechtsprechung bietet sich ebenfalls erst an, wenn man konkrete rechtliche Fragen vertiefen möchte bzw. mit der Rechtsentwicklung in seinem Fachgebiet auf dem Stand der Zeit sein möchte. Allerdings will das Lesen gerichtlicher Entscheidungen gelernt sein. Geschrieben sind sie im Urteilsstil und sie berücksichtigen viele formale Vorgaben, die für einen juristischen Anfänger nicht sofort verständlich und geschweige denn sichtbar sind. Da Gerichte die ihnen vorgelegten Fälle unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen haben, steht der unerfahrene Leser immer wieder vor dem Problem, dass er mit Rechtsgebieten und Normenmaterial konfrontiert wird, das ihm unbekannt ist.

Parlamentaria werden insbesondere bei der Erschließung neuer Gesetzestexte verwendet, zu denen es noch keine anderen Materialien gibt. Bei ganz neuen Gesetzen sind sie üblicherweise die einzige Informationsquelle, aus der man erfahren kann, was andere - also der Gesetzgeber - sich bei der Formulierung des Textes gedacht haben und welche Ziele und Vorstellungen verfolgt wurden.

Wenn man also versucht, sich das rechtswissenschaftlich notwendige Basiswissen an zu eignen, hält man sinnvoller Weise diese Reihenfolge ein:

Am besten man beginnt mit einem Nebenfachlehrbuch und einer Gesetzestextausgabe. Zur Erarbeitung des Wissens für eine Prüfungsleistung ist ein Skript oder Lehrbuch und eine parallel zu lesende Gesetzestextausgabe sinnvoll. Dies alles findet man meist, leider aber gewöhnlich nicht in ausreichender Zahl, in der hochschuleigenen Bibliothek. Ein hervorragendes Programm juristischer Primär- und Sekundärquellen bieten natürlich auch die Universitäts- und Staatsbibliotheken sowie Gerichtsbibliotheken. In den Bibliotheken sollte man sich auch umschauen, um heraus zu finden, mit welchem Buch man zum Einstieg gut zu recht kommt. Man sollte darauf achten, dass einem Schreibstil, Druck und Layout des Buches sympathisch und ansprechend erscheinen. Die vermeintlich schlaue Wahl eines dünnen Büchleins statt eines „Wälzers“ hat oftmals ihre Nachteile. Meist ist derselbe Inhalt auf weniger Raum und Worte zusammen gepresst. Dies macht das Buch meist nicht unbedingt verständlicher, sondern voraussetzungsvoller. Sie dürfen davon ausgehen, dass kurze Bücher weniger Erläuterungen und Erklärungen enthalten als dicke. Wahrscheinlich bleiben viele Dinge Ihrer eigenen analytischen Fähigkeit vorbehalten, ohne dass Sie eine Möglichkeit haben zu prüfen, ob Ihre eigenen Gedanken richtig sind. Für Lernende, die nicht über das auswendig lernen, sondern über das Verstehen von Zusammenhängen lernen, sind derartige Bücher eher hinderlich als nützlich. Selbst wenn Sie also Literaturvorgaben aus der Präsenzveranstaltung mitnehmen, müssen Sie sich mit der Eignung dieser Literatur für Sie selbst auseinandersetzen und sich gegebenenfalls für das ergänzende

Lernen mit anderer Literatur entscheiden. Das klingt umständlich. Allerdings haben Sie damit auch Ihren ersten Schritt zur Übernahme des behandelten Stoffes in das Langzeitgedächtnis vollendet.

Wenn es Ihnen nicht möglich ist, das Buch oder die Bücher, die Sie zum Lernen verwenden und verwenden möchten, für die gesamte Dauer des Semesters oder Veranstaltungsdauer aus der Bibliothek zu beschaffen, müssen Sie sich dieses Buch oder diese Bücher selbst kaufen.

Im Internet oder zumindest über das Internet stehen zahlreiche Informationsquellen über und zum Recht zur Verfügung. Dies geht weit über den Literaturnachweis in Online-Bibliothekskatalogen hinaus. Gängige Expertensysteme, die meist aus Lizenzgründen nur aus dem Hochschulnetz abrufbar sind, sind, u.a. Lexis Nexis, Juris, Beck-online und Nomos-Online. Sie eignen sich hervorragend zur Literatur- und Rechtsprechungsrecherche nach spezifischen Suchkriterien. So kann man auch einen kurzen einführenden Aufsatz in das Rentenversicherungsrecht finden und bei einem ausreichenden Abonnement seitens der wissenschaftlichen Einrichtung auch gleich den Volltext abrufen. Raschen Zugriff erhält man so auch auf aktuelle Entscheidungen eines obersten Bundesgerichts zu einer spezifischen Rechtsfrage bzw. auf die neueste Entscheidung zu einem bestimmten Rechtsgebiet.

Wenn Sie sich fragen, wozu Sie diesen Aufwand betreiben sollen: Verwaltungsbehörden, Gerichte und üblicherweise Ihr Widerpart in einer Streitsache bereitet sich mit diesen Werkzeugen auf das Gespräch mit Ihnen vor. Wenn Sie diese Sichtweise nicht überzeugt, lautet die alternative Antwort, weil Sie Ihre Modulprüfungen bestehen und als Bachelor of Arts der Sozialen Arbeit die Hochschule verlassen wollen.

### **Checkliste:**

Wie man ein rechtliches Problem mit Hilfe von Rechtsquellen eingrenzt und löst:

1. Vorauswahl der betroffenen Rechtsmaterie

Treffen Sie eine grobe Einordnung, welche Rechtsmaterie durch das rechtliche Problem berührt sein könnte.

2. Überblick durch Grundwissen zur Rechtsmaterie

Verschaffen Sie sich einen Überblick über die fragliche Rechtsmaterie unter Verwendung eines Nebenfachlehrbuchs zu diesem Rechtsgebiet und eines Gesetzestextes

3. Bestimmung der möglichen Rechtsgrundlage

Präzisieren Sie das rechtliche Problem im Hinblick auf eine Rechtsgrundlage, die Sie durch die Lektüre von Skripten und Lehrbüchern für Juristen herausfinden können, soweit Ihnen der Gesetzestext (noch) nicht hilft.

4. Ermittlung der Bedeutung der Rechtsgrundlage für die konkret zu lösende Rechtsfrage

Auswertung des aktuellen Standes der rechtswissenschaftlichen Diskussion zur konkret in Betracht kommenden Rechtsgrundlage anhand von Kommentaren, Aufsätzen, Monografien, Gesetzesmaterialien und Rechtsprechung

Abb. 1

### **3. Konventionen**

Juristen beachten bei ihrer Kommunikation über das Recht untereinander einige Regeln, die Sie ebenfalls beherrschen müssen. Schließlich möchten Sie, dass Juristen Ihnen (wohlwollend und interessiert) zuhören, Sie darüber hinaus sogar verstehen und sich Ihrer Auffassung zu Gunsten eines Ihrer Klienten anschließen. Wenn Ihnen dies gleichgültig ist, sollten Sie Ihre Motivation aus dem erstrebten Studienziel beziehen.

Zur Kommunikation über Recht gehört die Verwendung einer besonderen Art Sprache. Diese Sprache ist zunächst unabhängig von der Verwendung standardisierter Darstellungsregeln, also der Verwendung von Gutachten – oder Urteilsstil. Diese Sprache wird Ihnen innerhalb der Lehrveranstaltung präsentiert. Sie hören deutsch klingende Begriffe, die Sie aus der Alltagssprache zu kennen glauben. Sie haben jedoch eine andere, meist engere und spezifischere Bedeutung, wenn sie im Diskurs über das Recht verwendet werden. Ein alltagsnahes Beispiel dafür sind die Begriffe „Eigentum“ und „Besitz“. Die Ihnen hinlänglich vertraute Alltagssprache verwendet beide Begriffe meist synonym. Als Rechtsbegriff bedeutet der Besitz jedoch das schwächere Recht an einem Gegenstand als das Eigentum. Wer Besitzer einer Sache ist, hat nur die tatsächliche Gewalt über die Sache. Aber wer Eigentümer ist, dem gehört sie und nur er darf sie sanktionsfrei zerstören, verkaufen oder beschädigen; sich eben wie ein Eigentümer verhalten.



Eigentümer dürfen die Sache dem Besitzer auch abnehmen oder ihn von der tatsächlichen Gewalt über die Sache ausschließen. Der Eigentümer ist also, wenn wir im Rechtsunterricht sprechen, vom Besitzer zu unterscheiden. Der rechtliche Unterschied liegt in den verschiedenen Rechten an der Sache. Das gleicht dem Vokabelpauken einer Fremdsprache. Allerdings ist die Übersetzung meist nicht mit einem Wort möglich, sondern nur mit der Erläuterung einer mehr oder weniger komplexen Struktur. Ich denke, auch das wird an dem Beispiel des Unterschieds von Eigentümer und Besitzer deutlich. Wenn Sie also Rechtswissenschaften erlernen, eigenen Sie sich gleichzeitig einen neuen Sprachgebrauch an, der nur zu einem Teil mit der deutschen Alltagssprache übereinstimmt. Wer Ihre Prüfungsleistungen korrigiert, erwartet eine korrekte und professionelle Verwendung der erlernten Begriffe. Die Verwendung einer falschen Terminologie überzeugt weder den Prüfer noch Ihren Widerpart in der Praxis.

Bitte verwechseln Sie diese Sprache nicht mit Juristen- oder Verwaltungsdeutsch. Beide Begriffe stehen für schlechtes Deutsch mit Schachtelsätzen, unästhetischen und unverständlichen Nominalisierungen. Juristendeutsch ist eine bis zur Unleserlichkeit verstümmelte Variante der deutschen Sprache. Es sollte immer auch das Ziel des Rechtsanwenders sein, in einer schlichten und verständlichen Sprache zu schreiben. Sie sollte sachlich sein, keine Fremdwörter enthalten und eine besondere Distanziertheit zur Materie vermitteln. Adjektive und Adverbien kommen fast gar nicht vor, d.h. sie werden wenn überhaupt nur eingesetzt, um eine ausnahmsweise vorliegende Besonderheit zu betonen.

Die erste Person wird ebenfalls nicht verwendet. So sollen Distanz und Objektivität vermittelt werden. Der Autor tritt hinter den Text zurück, er ist somit grammatisch unsichtbar. Das darf nicht zu Passivsätzen verleiten, die einen Text zu schwer verdaulichem Blei machen. So wichtig Emotionalisierung eines Lernstoffes zum Behalten des Gelernten ist, so falsch ist die Emotion im juristischen Text platziert.

Um die ersten Hürden der juristischen Kommunikation zu meistern, ist es erforderlich zunächst einmal zu begreifen, worüber wir sprechen. Gesetze haben Eigenarten. Sie sollten im Unterricht und in der Prüfung bekannt sein, da es sonst schwierig bis unmöglich ist, der Veranstaltung zu folgen oder das Erlernte angemessen in der Prüfung zu reproduzieren.

Damit Sie wissen, um welche Texte es geht, sehen wir uns eine Textausgabe von verschiedenen Gesetzen, die in der Sozialen Arbeit eine Rolle spielen können, an.

Jede Gesetzestextausgabe hat eine alphabetische Schnellübersicht über alle Gesetzestexte, die in diese Sammlung aufgenommen wurden. Die Gesetzestexte sind hier abgekürzt angegeben. Ihnen

ist jeweils eine Nummer zu geordnet. Diese Nummer bezeichnet man als Ordnungsnummer. Die Ordnungsnummer gibt den Standort des jeweiligen Gesetzestexts in der Gesetzessammlung an. Wenn Sie nun die Abdruckseiten aufschlagen, finden Sie die Ordnungsnummer, jeweils in der linken und rechten oberen Ecke einer jeden Seite wieder. Anhand dieser Ordnungsnummern orientiert man sich in der Gesetzestextsammlung. Man verwendet also nicht die Seitenzahl, um auf den Fundort eines Gesetzes in der Sammlung hinzuweisen, sondern verweist auf die Ordnungsnummer, um einen Gesetzestext in dem Buch aufzufinden.

Die Schnellübersicht verrät zudem gleichzeitig die Standardabkürzungen für die einzelnen aufgenommenen Gesetzestexte. Ist das nicht der Fall, findet man die Standardabkürzung im Abdruck der jeweiligen Texte. Die Ordnungsnummern bilden gleichzeitig das Inhaltsverzeichnis der Textsammlung. Manche Gesetzestextausgaben wie z.B. wie Beck oder Nomos Texte haben am Ende der Sammlung einen Index mit Stichwörtern. Diesen Index kann man zur thematischen Orientierung in der Sammlung verwenden. Bei der Verwendung des Index ist aber auch Vorsicht geboten: ohne solides systematisches Rechtswissen und methodische Versiertheit führt der Index schnell in die Irre und auf einen völlig falschen Weg.

Betrachten Sie nun das Grundgesetz in Ihrer Gesetzestextausgabe. Der Abdruck beginnt mit einer Inhaltsübersicht, in der alle Artikel des Grundgesetzes einzeln aufgezählt sind. Anhand der Überschriften der einzelnen Artikel können Sie erkennen, was Gegenstand der jeweiligen Regelung ist. Sie können auch erkennen, dass das Grundgesetz nicht etwa Paragraphen hat, sondern Artikel.

Anders ist dies beim Bürgerlichen Gesetzbuch. Hier sehen Sie bereits an dem sehr langen Inhaltsverzeichnis, dass das Bürgerliche Gesetzbuch aus Paragraphen besteht und eine Vielzahl verschiedener Themen behandelt. Dazu gehören unter anderem das Recht der Schuldverhältnisse und das Familienrecht. Dasselbe gilt für das Sozialgesetzbuch. Das Sozialgesetzbuch gliedert sich in zwölf Teile und wir wählen das dritte Buch Sozialgesetzbuch aus, um einen ersten Einblick zu bekommen. Das dritte Buch Sozialgesetzbuch beschäftigt sich mit der Arbeitsförderung. Wie das Bürgerliche Gesetzbuch besteht es aus Paragraphen.

Um die Paragraphen exakt und verständlich zitieren zu können, muss man erkennen, dass sie in Absätze unterteilt sind, die üblicherweise mit eingeklammerten arabischen Zahlen gekennzeichnet sind. Die Absätze wiederum sind in Sätze unterteilt, die mit kleinen hochgestellten arabischen Zahlen bezeichnet werden.

Es existieren weitere Unterteilungen der Paragraphen durch Nummern (oder Spiegelstriche). Ein Beispiel dafür finden Sie z.B. in § 26 Sozialgesetzbuch III oder § 1666 Absatz 3 Bürgerliches Gesetzbuch.

Wenn Sie diese Normen schriftlich zitieren möchten, haben Sie verschiedene Möglichkeiten zur Auswahl. Z.B.:

Paragraph 60 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Sozialgesetzbuch Erstes Buch wird zu:

§ 60 Abs. 1 Satz 1 Nr.1 SGB I oder § 60 I 1 Nr. 1 SGB I

Paragraph 1666 Absatz 3 äNummer 1 Bürgerliches Gesetzbuch wird zu:

§ 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB oder 1666 III Nr. 1 BGB

Art. 2 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz wird zu:

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG oder Art. 2 II 1 GG.

**Bitte merken:** Wie zitiert man einen Gesetzestext ?

Unterscheiden:

Artikel = Art. bspw. Grundgesetz GG

Paragraf = § bspw. SGB VIII, SGB I, BGB

Paragraph 1666 Absatz 3 Nummer 1 Bürgerliches Gesetzbuch:

§ 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB oder 1666 III Nr. 1 BGB

Art. 2 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz:

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG oder Art. 2 II 1 GG.

Abb. 2

Der Inhalt des Textes ist als bekannt vorauszusetzen, wenn Sie über die jeweilige Norm schreiben oder diskutieren. Der sog. Wortlaut ist öffentlich bekannt gemacht. Er steht in der amtlichen Fassung fest. Über ihn wird nicht diskutiert. Er ist jeweils in der geltenden Fassung<sup>6</sup> zu zitieren und zu benutzen. Diskutiert wird über die Bedeutung der einzelnen Wörter des Wortlautes der

<sup>6</sup>Die geltende Fassung ist nur in akademischen Kontext die jeweils in Ihrer Sammlung abgedruckte Fassung. In der Praxis ist es immer erforderlich, das zum konkreten Zeitpunkt des Rechtsstreites geltende Recht zu ermitteln und zugrunde zu legen. Bei dieser schwierigen Aufgabe helfen mittlerweile Online- Datenbanken wie Juris oder Beck- Online oder Nomos- Online, die alle Fassungen der jeweiligen Norm mit Geltungszeitraum ausweisen.

jeweiligen Norm. Allein dies ist rechtswissenschaftliches, da methodisches Vorgehen im Rahmen der Rechtsanwendung.

#### Wiederholungsfragen

- Welche primären und sekundären Rechtserkenntnisquellen kennen Sie ?
- Wie heißt das Verkündungsblatt für die Gesetze des Bundes ?
- Was versteht man unter Bundesrecht ?
- Erläutern Sie folgende Begriffe: Kommentar, Parlamentaria, Skript.
- Beschreiben Sie sinnvolle Verwendungsmöglichkeiten für sekundäre Rechtserkenntnisquellen !
- Beschreiben Sie charakteristische Merkmale der juristischen Sprache.
- Was versteht man unter einer Ordnungsnummer ?

## Kapitel 2 Ordnung im Recht

### Orientierungsfragen

- Welches sind die ranghöchsten und rangniedrigsten Rechtsnormen ?
- Welche Folgen hat der Rang einer Rechtsnorm für ihre Anwendung ?
- Wer darf Rechtsnormen erlassen ?
- Wie verhält sich das Recht der Europäischen Union zum nationalen Recht der Bundesrepublik Deutschland ?
- Wer hat die Kompetenz Gesetze zu erlassen ?
- Welche Gesetzgebungskompetenzen gibt es ?

### 1. Die Normenpyramide.

Im letzten Abschnitt haben Sie bereits bemerkt, dass es verschiedene Arten von Gesetzen gibt, wie zum Beispiel das Grundgesetz, das Bürgerliche Gesetzbuch und das Sozialgesetzbuch mit seinen 12 Büchern.

Das Recht der Bundesrepublik Deutschland kennt, weitere verschiedene Arten von Rechtsnormen. Deren hierarchische Ordnung hilft uns, uns in der Rechtsordnung zu orientieren und die zutreffende Norm für unseren Fall heraus zu finden. Man stellt die klassische hierarchische Ordnung aller möglichen Arten unserer Rechtsnormen zur Veranschaulichung in der Form einer Pyramide dar.

An der Spitze der Pyramide steht das Grundgesetz, die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland. Sie regelt Staatsorganisation und Grundrechte. Sie gilt für das gesamte Staatsgebiet der Bundesrepublik und damit auch in den einzelnen deutschen Bundesländern. Das Grundgesetz regelt auch das parlamentarische Verfahren, in dem einfache Bundesgesetze zustande kommen. Hierbei wirken Bundestag und Bundesrat zusammen.

Auf der nächst niedrigeren Stufe der Normenhierarchie befinden sich die Bundesgesetze. Darunter versteht man alle Gesetze, die in einem durch die Verfassung vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen sind. Einen raschen Überblick über verschiedene Bundesgesetze können Sie sich verschaffen, wenn Sie die Inhaltsübersicht einer beliebigen Gesetzestextausgabe betrachten. Beispiele für einfache Bundesgesetze sind z.B. das Bürgerliche Gesetzbuch und die verschiedenen Sozialgesetzbücher. Die Bundesgesetze haben sich nach den

inhaltlichen und formalen Vorgaben des Grundgesetzes zu richten. Sie dürfen dem Grundgesetz und insbesondere seinen Grundrechten nicht widersprechen.

Auf der dritten Ebene der Pyramide finden Sie Rechtsverordnungen und Satzungen des Bundes, sowie seine Verwaltungsvorschriften. Anders als die Bundesgesetze, die von der Legislative erlassen wurden, also von Bundestag in Zusammenarbeit mit dem Bundesrat, werden Rechtsverordnung und Satzungen sowie Verwaltungsvorschriften von der Exekutive, also von der Verwaltung des Staates, erlassen. Da sie in der hierarchischen Gliederung unterhalb der Bundesgesetze und des Grundgesetzes angeordnet sind, müssen sie inhaltlich und formal sowohl mit dem Grundgesetz als auch mit den Bundesgesetzen übereinstimmen. Beispiele für Rechtsverordnungen des Bundes sind z.B. die Straßenverkehrsordnung, die Arbeitslosengeld II / Sozialgeld-Verordnung sowie die Hausrats - Verordnung. Diese Rechtsnormen werden von der Exekutive erlassen. Verwaltungsvorschriften sind hingegen interne Regelungen der Verwaltung. Sie erzeugen daher üblicherweise weder Rechte noch Pflichten für den Bürger. Sie binden in der Regel auch die Gerichte nicht. Sie sind damit keine Rechtsquellen im engeren Sinne.<sup>7</sup> In einigen Fällen erlangen diese Regelungen jedoch besondere Bedeutung für den Bürger indem sie mittelbar oder unmittelbar Außenwirkung erlangen. Zumindest in den Fällen unmittelbarer Außenwirkung gilt auch eine Pflicht, diese Regelungen wie Rechtsnormen zu veröffentlichen.<sup>8</sup> In diesen Fällen wirken sie wie reguläre Rechtsnormen.

Landesrecht gilt jeweils nur auf dem Staatsgebiet eines Bundeslandes. Das heißt alle 16 Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland haben eigene Gesetzgebungskompetenzen, die sie aus dem Art. 70 Grundgesetz ableiten. In ihren Landesverfassungen sind wiederum die Gesetzgebungskompetenzen der Landesparlamente geregelt. In Flächenstaaten heißen diese Parlamente Landtage und in Stadtstaaten werden sie als Bürgerschaft bezeichnet. Die Bundesländer haben eigene Verfassungen. Manche Landesverfassungen verweisen auf die Grundrechte, die im Grundgesetz geregelt sind und regeln nur die Staatsorganisation. Andere insbesondere ältere Landesverfassungen besitzen eigene Grundrechtskataloge. Die Landesverfassungen sehen Gesetzgebungsverfahren für die Landesgesetze vor. Sie müssen inhaltlich und formal mit den Vorgaben der Landesverfassung und dem gesamten Bundesrecht, also auch dessen Satzungen und Rechtsverordnungen, übereinstimmen.

Die Notwendigkeit der Übereinstimmung von Landesrecht mit Bundesrecht ergibt sich aus Art. 31 Grundgesetz. Er regelt, dass Bundesrecht Landesrecht bricht. Das bedeutet, dass jegliches Landesrecht auch die Landesverfassung mit der niedrigsten Ebene der Rechtsnormen des Bundes

---

<sup>7</sup> Sodan/ Ziekow Grundkurs öffentliches Recht § 4 Rz. 16; Röhl / Röhl Allgemeine Rechtslehre S. 551; BVerwG 25.11.2004, 5 CN 2/03.

<sup>8</sup> BVerwG 25.11.2004, 5 CN 2/03.

übereinzustimmen hat. Beachten Sie, dass das auch bedeutet, dass sogar Rechtsverordnungen des Bundes den Landesverfassungen vorgehen, hätten sie denselben Regelungsgehalt.

Daneben gibt es im Landesrecht auch Rechtsverordnungen, Satzungen und Verwaltungsvorschriften. Dabei handelt es sich um von der Exekutive des jeweiligen Bundeslandes gesetztes Recht. Dieses Recht wird von Verwaltungseinheiten des Landes erlassen. Dies können Ministerien sein. In Stadtstaaten erledigen dies die Fachbehörden.

Soweit wir uns mit Familienrecht beschäftigen, müssen wir zunächst keine landesrechtlichen Regelungen berücksichtigen. Beschäftigen wir uns jedoch mit dem Kinder- und Jugendhilferecht (Sozialgesetzbuch VIII), finden wir eine Vielzahl landesrechtlicher Regelungen in den verschiedenen Bundesländern. Üblicherweise werden diese Gesetze als Ausführungsgesetz zum Kinder- und Jugendhilferecht bezeichnet. Sie regeln meist Finanzierungsfragen der Kinder- und Jugendhilfeträger bzw. deren Einrichtungen. Seit einigen Jahren steigt auch die Zahl der landesrechtlichen Kindertagesstätten-, Kinderschutzgesetze. Die Gesetzeslandschaft ist hier sehr heterogen. Auch im Sozialrecht ist eigenständiges Landesrecht eher die Ausnahme, wenn es um Sozialleistungen geht. Die immer wieder umstrittenen Satzungen nach § 22a SGB II zu den Kosten der Unterkunft und Heizung stellen ein Beispiel für sozialrechtliche Satzungen auf Länderebene dar.

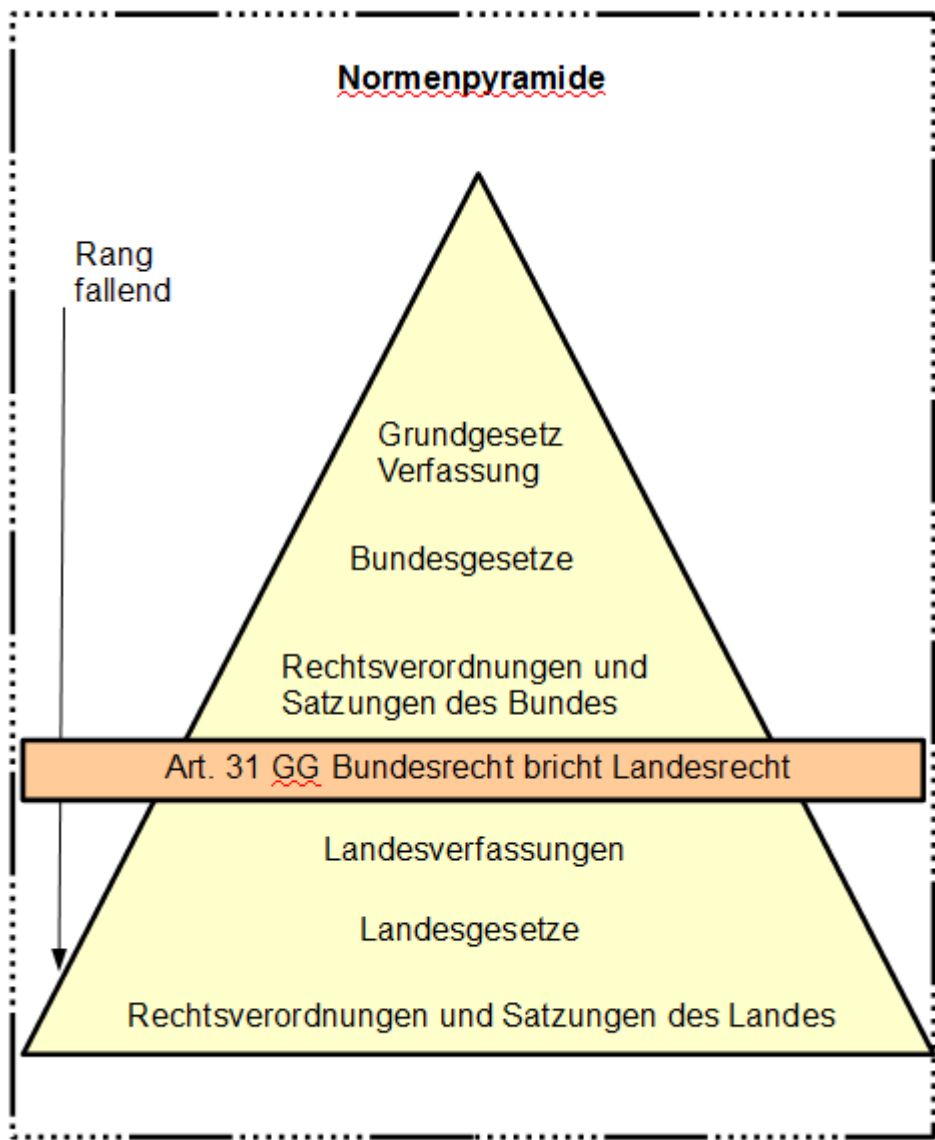


Abb. 3

**Exkurs:**

An dieser Stelle wird oft die Frage nach der Bedeutung und dem Rang des Rechts der Europäischen Union gestellt. Man muss von einem Anwendungsvorrang des Rechts der Europäischen Union ausgehen. Das bedeutet, dass das Recht eines Mitgliedsstaates im Falle des Widerspruchs gegen EU-Recht zwar nicht nichtig ist. Das entgegenstehende mitgliedstaatliche Recht ist also nicht unwirksam. Aber seine Anwendung hat zu unterbleiben, soweit es im Widerspruch zum EU-Recht steht.

Innerhalb der Normenpyramide der Rechtsnormen der Bundesrepublik ist, anders als im Verhältnis des Bundesrechts zum europäischen Recht von einem Geltungsvorrang auszugehen: Art. 31 GG,



wonach Bundesrecht Landesrecht bricht ist ein Beispiel dieses Geltungsvorranges. Dem Bundesrecht entgegenstehendes Landes recht ist nichtig, also unwirksam.

Hinsichtlich der durch die Europäischen Union ausgeprägten Rechtsordnung ist die Frage streitig, inwiefern und ob europäische Rechtsnormen den Grundrechten der deutschen Verfassung zu entsprechen haben. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in den 70er-Jahren in den sogenannten Solange - Entscheidungen festgelegt, dass es die Einhaltung der Grundrechte im Rahmen der Rechtsakte der Europäischen Union nicht überprüfen wird, solange es der Auffassung ist, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) einen Grundrechtsschutz bietet, der dem der deutschen Verfassung entspricht. Mittlerweile hat das BVerfG jedoch in verschiedenen Fällen, z.B. zum Europäischen Haftbefehl und in der Maastricht Entscheidung wieder europäisches Recht an den deutschen Grundrechten gemessen. Der Europäische Gerichtshof hingegen ist der Auffassung, dass die europäische Rechtsordnung den nationalen Rechtsordnungen vorrangig sei. Es legt großen Wert darauf, die europäische Integration zu fördern und zu vollenden. Deshalb legt es die europäischen Rechtsnormen so aus, dass das Ziel der europäischen Integration möglichst weitreichend verwirklicht wird. Es legt alle Normen des europäischen Rechts so aus, dass ihr Ziel optimal erreicht wird. (So genannter „effet utile“ (frz.))

~~~ hier weiter ~~~

## **2. Orientierung durch Normenpyramide und Gesetzgebungskompetenzen**

Anhand dieser Normenpyramide, kombiniert mit dem Wissen um die verschiedenen Gesetzgebungskompetenzen des Grundgesetzes können wir uns in der deutschen Rechtsordnung grundlegend orientieren. Dies erleichtert das Auffinden von Normenmaterial. Damit Sie wissen, wo Sie mit dem Suchen nach einer Norm beginnen müssen, ist es sinnvoll, dass Sie feststellen, auf welcher Normenebene Sie die geregelte Materie wahrscheinlich finden. Betrachten Sie diesem Zweck die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes in Art. 73 und 74 Grundgesetz. Finden Sie eine Materie hier aufgeführt, dann müssen Sie auf alle Fälle im Bereich des Bundesrechts weiter suchen. Wenn dies nicht der Fall ist, dann gilt Art. 70 Grundgesetz. Danach haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, wenn der Gegenstand der Gesetzgebung nicht in Art. 72 bis 74 Grundgesetz geregelt ist.

Zu den ausdrücklich geregelten Gesetzgebungskompetenzen des Bundes gehören die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz. Grundsätzlich steht die Gesetzgebungskompetenz der Ländern nach Art. 30, 70 I GG zu. Regelungstechnisch ist eine Kompetenz des Bundes, Gesetze zu erlassen eine staatsrechtliche Ausnahme. Ist eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 71, 73 GG gegeben, ist eine

gesetzgeberische Tätigkeit der Länder nicht zulässig. Länder dürfen für die in Art. 73 GG aufgezählten Materien keine Regelungen treffen. Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes, lässt Regelungen der Länder zu, solange der Bund von seiner in Art. 72, 74 GG geregelten Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat.

Am Beispiel des Familienrechts bzw. Sozialrechts sehen Sie, dass dies zumindest ein wenig Orientierung erlaubt. In Art. 74 I Grundgesetz, also im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung, finden wir in der Nummer 1 das Bürgerliche Recht und in den Nummern 7 und 12 die verschiedenen Bereiche des Sozialrechts.

#### Wiederholungsfragen

- Welchen Rang hat das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland im Vergleich zu anderen Rechtsnormen?
- Wer erlässt Bundesgesetze und wie kommen sie zustande?
- Erläutern Sie was Rechtsverordnungen Satzungen und Verwaltungsvorschriften sind. Wer erlässt sie ?
- Was versteht man unter Legislative, Exekutive und Jurisdiktion?
- Welche Arten von Landesrecht gibt es?
- Wo ist das Verhältnis von Landes und Bundesrecht geregelt? Was bedeutet diese Regelung ?
- Erläutern Sie den Aussagegehalt der Normenpyramide.
- Wie verhält sich das bundesdeutsche Recht zum Recht der Europäischen Union?
- Was regelt Ihre Landesverfassung? Gelten die Grundrechte des Grundgesetzes auch in Ihrem Bundesland?
- Muss die Verfassung eines deutschen Bundeslandes mit einer Rechtsverordnung oder Satzung des Bundes übereinstimmen ?
- Wo sind die Gesetzgebungskompetenzen geregelt?
- Wie unterscheiden sich die ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes ?
- Erläutern Sie die Gesetzgebungskompetenzen für das Sozialrecht und das Familienrecht.

## Kapitel 3 Arbeiten mit und an der Rechtsnorm

### Orientierungsfragen

- Wie sind Rechtsnormen aufgebaut ?
- Wie ermittelt man die Bedeutung von Rechtsnormen ?
- Welche Methoden gibt es einen Gesetzestext auszulegen ?
- Wie verhalten sich diese Auslegungsmethoden zueinander ?
- Wie stellt man die Auslegung eines Gesetzestextes dar ?
- Nennen Sie Beispiele für Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen.
- Wie unterscheiden sich Rechtsgutachten und Gerichtsurteil hinsichtlich der Darstellung rechtlicher Probleme ?
- Welche Funktion hat eine Anspruchs- bzw. Ermächtigungsgrundlage für ein Gutachten oder Gerichtsurteil ?
- Wie formuliert man ein Gutachten ?

### 1. Die Anatomie der Rechtsnorm

Ob Sie bei der rechtswissenschaftlichen Arbeit Erfolg haben, hängt nicht nur davon ab, dass Sie sich zahlreiche terminologische Besonderheiten einprägen können und bestimmte Darstellungskonventionen einhalten. In erster Linie hängt Ihr Erfolg auch davon ab, ob Sie die Struktur von Rechtsnormen verstehen und mit ihnen arbeiten können. Die Präzision, mit der Sie eine Rechtsnorm, einen einzelnen Satz oder auch nur ein Wort dieses Satzes anschauen können, ist maßgeblich daran beteiligt, ob Sie verstehen, wie Rechtstexte und Texte über das Recht zu Stande kommen.

Üblicherweise kleiden sich Rechtsnormen in Konditionalsätze, also wenn - dann Sätze. Aufgrund der Anschaulichkeit strafrechtlicher Beispiele wechseln wir kurz in das Strafrecht, um schließlich die dazu erläuterten Strukturen auf das Sozialrecht und Familienrecht zu übertragen. Lesen Sie § 212 Abs. 1 StGB:

*Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein,  
wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren bestraft.*

Man könnte diese Norm auch wie folgt formulieren:

*Wenn jemand einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, dann wird er als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren bestraft.*

§ 212 Abs. 1 StGB besitzt, da er als Bedingung formuliert werden kann, eine konditionale Struktur.

Der erste Teil, der in der veränderten Formulierung unter „Wenn“ eingeordnet ist, ist der **Tatbestand** der Norm. Er umschreibt ein menschliches Verhalten in abstrakter Form, den das Gesetz rechtlich würdigen soll. Die rechtliche Würdigung des Tatbestandes erfolgt durch die sog. **Rechtsfolge**, der „Dann“ - Satz. In der Rechtsfolge erläutert der Gesetzestext die rechtlichen Konsequenzen der Verwirklichung des Tatbestandes durch menschliches Verhalten (Sachverhalt, „Geschichte“).

Rechtsnormen besitzen einzelne Glieder, aus denen sie zusammengesetzt sind, die sog. Tatbestandsmerkmale. Bleiben wir bei § 212 Abs. 1 StGB. Dies sind die Tatbestandsmerkmale:

*Wer, einen Menschen, tötet, ohne Mörder zu sein, wird,  
als Totschläger, mit einer Freiheitsstrafe, nicht unter 5 Jahren, bestraft*

Eine der wichtigsten Aufgaben des Rechtsanwenders ist, alle Tatbestandsmerkmale einer Rechtsnorm zu erkennen. Meist gilt: ein Wort entspricht einem Tatbestandsmerkmal. Manchmal besteht aber ein Tatbestandsmerkmal auch aus 2 oder auch 3 Wörtern, die als Sinneinheit nicht getrennt werden können. Gelegentlich kommt es dann aber wieder in einem ganz bestimmten Fall darauf an, dass sich in einem bisher zusammengesetzt verwendeten Tatbestandsmerkmal zwei Tatbestandsmerkmale verbergen, die für die Lösung des Falles einen deutlichen Unterschied machen.

Üblicherweise werden die Elemente der Rechtsfolge nicht ausdrücklich als Tatbestandsmerkmale bezeichnet; sie sitzen schließlich auf der Rechtsfolgeseite der Norm. Sie unterscheiden sich hinsichtlich der Notwendigkeit einer Anwendung auf den Sachverhalt aber nicht von den Tatbestandsmerkmalen auf der Tatbestandsseite der Norm. Ihre Aufgabe ist es, den Sachverhalt, d.h. die tatsächliche Situation des Rechtsunterworfenen entsprechend der Inhalte des Gesetzes zu verändern. Wie auf der Seite der Merkmale des Tatbestandes stellt sich die Frage, wie der Inhalt des Gesetzes auf den Sachverhalt einwirken soll. Es ist deshalb gerechtfertigt, auch die Elemente der Rechtsfolge, wie Tatbestandsmerkmale zu behandeln. Suchen Sie eine spezielle Bezeichnung für die Tatbestandsmerkmale der Rechtsfolge, bezeichnen Sie sie gern als „Merkmale der Rechtsfolge“.

Sozialrechtliche Normen neigen in diesem Zusammenhang zu besonderer Komplexität, die die der familienrechtlichen Normen weit hinter sich zurück lässt. Ein großer Teil unseres Unterrichtes bezieht sich darauf, die Tatbestandsmerkmale herauszufinden und ihre Bedeutung zu ermitteln.

Im Moment ist es wichtig, dass Sie an diesem einfachen Beispiel die Funktion der Tatbestandsmerkmale erkennen. Die Tatbestandsmerkmale verbinden die Rechtsnorm mit dem Sachverhalt. Dabei verstehe ich unter Sachverhalt die uns zugängliche und veränderbare soziale und individuelle Realität. Sie dürfen den Sachverhalt auch Geschichte nennen.

Unsere Geschichte oder unser Sachverhalt sieht folgendermaßen aus:

Ludwig sticht Anton mit einem Messer während eines gegenseitig provozierten Zweikampfes von vorn ins Herz. Anton stirbt an dem Messerstich auf der Stelle. Ein Strafrichter verurteilt Ludwig wegen Totschlags zu einer 6 jährigen Strafe im Gefängnis.

Bei einem Vergleich mit dem Tatbestand ergibt sich allgemeinverständlich folgende Gegenüberstellung von Sachverhalt und den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 212 Abs. 1 StGB.

#### **Tatbestand:**

Wer = Ludwig

Einen Menschen= Anton

Tötet = Tod (des Anton) durch ins Herz stechen

Ohne Mörder zu sein = Nicht von hinten, im Zweikampf bei gegenseitiger Provokation

-----> **Rechtsfolge**

Wird als Totschläger = Ludwig ist kein Mörder

Mit einer Freiheitsstrafe = §§ 38, 39 StGB Gefängnis

Nicht unter 5 Jahren = §§ 38, 39 StGB 6 Jahre

bestraft = Festsetzung der Strafen nach §§ 38 ff StGB

Nachdem der Vorfall zwischen Ludwig und Anton mit § 212 Abs. 1 StGB in Beziehung gesetzt wurde, ändert sich die Realität besonders für Ludwig sehr gründlich: er muss eine Gefängnisstrafe verbüßen. Rechtsnorm und Sachverhalt beeinflussen einander unter Umständen sehr intensiv.

Damit diese Beeinflussung nicht willkürlich und im rechtsfreien Raum geschieht, ist der Rechtsanwender an das Verfahren der Subsumtion im Wege des sog. Justizsyllogismus gebunden. Beide Verfahren gehören zum Kern der Rechtswissenschaft. Die Einzelheiten dieser Methodik sind hoch umstritten. Für uns ist jedoch ausschlaggebend, dass es ohne diese Verfahren

keine Rechtsanwendung gibt, die den wissenschaftlichen, rationalen und praktischen Ansprüchen aller mit Rechtsnormen befasster Akteure genügt.

Damit Rechtsnorm und Sachverhalt zur Deckung gebracht werden können, wird das Verfahren der Subsumtion verwendet. Subsumtion vollzieht sich in einem mehrteiligen induktiven Prozess. Nach der Aufgliederung der Fall entscheidenden Rechtsnorm in Tatbestand und Rechtsfolge und die Zerlegung dieser Glieder in Tatbestandsmerkmale, sind die Tatbestandsmerkmale auf ihre Bedeutung hin zu untersuchen. Oft gibt es für die Tatbestandsmerkmale überkommene Bedeutungen, die von der Rechtsprechung und/ oder Literatur erarbeitet wurden. Genauso oft oder sogar öfter müssen wir uns die Bedeutung von Tatbestandsmerkmalen, ihre Definition, durch Anwendung der Auslegungsmethoden (Kanones) erarbeiten. Die Auslegungsmethoden lernen wir in Kürze kennen. Wenn wir nun der Auffassung sind, dass die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals einem Ausschnitt des Sachverhaltes, den wir zur Beurteilung bekommen haben, entspricht, ist die Subsumtion eines Sachverhaltselements unter die Rechtsnorm vollzogen.

In unserem Beispielfall könnte dies wie folgt aussehen:

| <b>Tatbestandsmerkmal</b>     | <b>Definition</b>                                          | <b>Sachverhalt</b>                       |
|-------------------------------|------------------------------------------------------------|------------------------------------------|
| Wer                           | Ein Mensch, denn nur Menschen können sich strafbar machen  | Ludwig                                   |
| Einen Menschen                | Lebewesen auf Kohlenstoffbasis, biologisches Gattungswesen | Anton                                    |
| Tötet                         | durch eine Handlung das Leben auslöscht                    | Stich ins Herz mit sofortigem Versterben |
| Ohne Mörder zu sein           | keine Mordmerkmale des § 211 StGB                          | provozierter Zweikampf                   |
| <b>----&gt; Rechtsfolge</b>   |                                                            |                                          |
| Wird Als Totschläger          | Jemand, der nicht gemordet (§ 211 StGB) hat                | keine Mordmerkmale                       |
| Mit einer Freiheitsstrafe     | §§ 38,39 StGB                                              | zeitige Strafe                           |
| Nicht unter 5 Jahren bestraft | Zwischen 5 und 15 Jahren § 38 StGB                         | Schuld des Anton<br>Dauer der Strafe     |

Im nächsten Schritt müssen wir uns nun fragen: ist Anton ein Mensch, gehört Ludwig zur Gattung Mensch, hat Ludwig die Mordmerkmale verwirklicht, ist Antons Leben durch eine Handlung

beendet worden usw. In der Rechtsfolge müssen wir uns ähnlich fragen: wie sieht Ludwigs Freiheitsstrafe aus, wie lange muss sie dauern, um seiner Schuld zu entsprechen usw. Wenn wir Antworten auf alle diese Fragen gegeben haben, ist die Subsumtion des gesamten Falles unter die Rechtsnorm erfolgt.<sup>9</sup>

Wenn wir genau hinsehen, erkennen wir, dass sich die Subsumtion an zwei Stellen vollzieht:

Subsumtion tritt dort auf, wo Elemente des Sachverhaltes in Beziehung zu einem Tatbestandsmerkmal gesetzt werden. Gleichzeitig wird eine Subsumtion unter den gesamten Rechtssatz vollzogen, soweit alle Tatbestandsmerkmale mit allen Elementen des Sachverhaltes übereinstimmen und die Rechtsnorm als Ganze verwirklicht ist.

## **2. Die klassische Methodenlehre**

Die Ermittlung der Bedeutung von Tatbestandsmerkmalen, also deren Definition, vollzieht sich für alle Rechtsgebiete und alle Arten von Rechtsnormen nach demselben Verfahren. Dabei kann man zwei Grundrichtungen der Bedeutungsermittlung unterscheiden:

### **Subjektive Auslegung vs. objektive Auslegung**

Die subjektive Auslegung verlangt vom Rechtsanwender, sich in die Situation des historischen Gesetzgebers hinein zu versetzen und zu ermitteln, was der Gesetzgeber mit dem Gesetz bewirken wollte. Es wird Wert darauf gelegt, den im Gesetz zum Ausdruck kommenden Willen des historischen Gesetzgebers zu ermitteln. Maßgeblich für die Ermittlung der Bedeutung eines Tatbestandsmerkmals ist ausschließlich, was der Gesetzgeber in die Norm und das Tatbestandsmerkmal hineingelegt hat. Der Rechtsanwender muss diese Bedeutung nur rekonstruieren.

Die subjektive Auslegung wird aufgrund von negativen historischen Erfahrungen heute nicht mehr in dieser Form vertreten. Sie fand - pervertiert - als Führerprinzip während des Nationalsozialismus Anwendung. Weitere Nachteile waren ihre historisierende Wirkung und fehlende Entwicklungsoffenheit. Sie trägt der Komplexität der heutigen realen Lebensverhältnisse nur unzureichend Rechnung.

---

<sup>9</sup>Es wäre weiterhin allerdings zu berücksichtigen, dass die Straftat nicht nur aus den §§ 212, 211 StGB und deren ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen besteht, sondern weitere Merkmale also die Rechtswidrigkeit der Tat und Schuld des Ludwig, hinzutreten müssen, damit eine Bestrafung tatsächlich erfolgen kann.

Die objektive Auslegung ist seit dem Ende des vorvergangenen Jahrhunderts im Vordringen begriffen. Danach wird angenommen, mit dem Akt der Gesetzgebung löse sich das Gesetz von seinem Urheber los. Der Urheber hat seine Rolle mit dem Erlass des Gesetzes ausgespielt und tritt hinter sein Werk zurück. Der dem Gesetz immanente Gedanke und Willensinhalt ist fortan allein maßgeblich. Die um ihn kreisenden Vorstellungen und Erwartungen des Gesetzesschöpfers erlangen keinerlei Verbindlichkeit. Wie jeder andere ist der Schöpfer des Gesetzes diesem nun auch unterworfen, vgl. dazu auch Art. 20 III GG. Dieser objektive Auslegungsansatz ermöglicht eine gegenwartsnahe und zeitgemäße Interpretation des Gesetzestextes.

Während die „ subjektive“ Theorie auf den historischen Willen des „Gesetzgebers“, d.h. Gesetzesverfassers, auf dessen Motive in ihrem geschichtlichen Zusammenhang abstellt, ist nach der „objektiven« Theorie, die in Rechtsprechung und Lehre immer stärkere Anerkennung gefunden hat, Gegenstand der Auslegung das Gesetz selbst, also der im Gesetz verobjektivierte Wille des Gesetzgebers:

*„Der Staat spricht nicht in den persönlichen Äußerungen der an der Entstehung des Gesetzes Beteiligten, sondern nur im Gesetz selbst.“<sup>10</sup>*

Indem wir die Bedeutung einzelner Tatbestandsmerkmale ermitteln, ermitteln wir also nicht den Willen des Gesetzgebers. Nur was der Gesetzgeber für Dritte erkennbar in das Gesetz hineingelegt hat, wird als Inhalt des Gesetzestextes anerkannt.

Diesem Auslegungsziel dienen die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung). Diese vier Methoden bezeichnet man auch als die klassischen Kanones der Auslegung. Um die Bedeutung eines Tatbestandsmerkmals zu erfassen, sind alle Auslegungsmethoden nebeneinander erlaubt. Sie schließen einander nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig. Das gilt auch für die Heranziehung der Gesetzesmaterialien, soweit sie auf den objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen. Freilich sind die „Vorarbeiten (im Rahmen) eines Gesetzes für dessen Auslegung immer nur mit einer gewissen Zurückhaltung, in der Regel bloß unterstützend, zu verwerten“.<sup>11</sup> Die Berücksichtigung von Gesetzesmaterialien darf nicht dazu verleiten, die Vorstellungen der gesetzgebenden Instanzen mit dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen. Der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung des Gesetzes nur insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat.

---

<sup>10</sup>Radbruch, Rechtsphilosophie, 1950, S. 210 f.

<sup>11</sup>So bereits das Reichsgericht in RGZ 128, 102 (111) v. 26.3.1930.



Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in einer Entscheidung vom 21. Mai 1952<sup>12</sup> ausgesprochen, dass für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift der in dieser zum Ausdruck kommende verobjektivierte Wille des Gesetzgebers maßgeblich ist, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, und dass der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zukommt,

„als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können“.

In einer Entscheidung vom 15. Dezember 1959<sup>13</sup> hat das Gericht diese Grundsätze nochmals bestätigt und sich auch in neuerer Rechtsprechung nicht von dieser Vorgehensweise distanziert.

Die Entscheidungen des BVerfG bestätigen damit im Wesentlichen die objektive Auslegungsmethode. Zudem greifen sie das klassische juristische Handwerkszeug, die Kanones, auf.

### **3. Die Anwendung der traditionellen Auslegungsmethoden**

#### *Grammatische Auslegung:*

Die grammatische Auslegung fragt: Hilft der Wortlaut der Norm weiter? Dabei wird auf die allgemein sprachlichen Wortbedeutungen geachtet, sowie die Ausdrucksweise des Gesetzes berücksichtigt. Besondere technische Ausdrücke, auch Anknüpfungen an die juristische Fachsprache oder außerjuristische Fachsprachen sind möglich. Hier fließt regelmäßig Gedankengut aus anderen wissenschaftlichen Disziplinen in die Gesetzesinterpretation ein. Eine unkritische Übernahme der Terminologie einer anderen Fachdisziplin ist jedoch nicht angebracht.

#### *Systematische Auslegung*

Oft wechselt der Gebrauch eines Wortes von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet, von Gesetz zu Gesetz bzw. auch teilweise zwischen den Abschnitten eines Gesetzes.<sup>14</sup> Die systematische Auslegung fragt, ob aus dem rechtlichen Zusammenhang mit anderen Normen eine zwingende Lösung abzuleiten ist, damit sich die Norm widerspruchsfrei in das Rechtssystem einfügt. Die

---

<sup>12</sup>BVerfGE 1, 299 (312).

<sup>13</sup>BVerfGE 10, 234 (244).

<sup>14</sup>Dazu s.a. systematische Auslegung.

Stellung der Norm innerhalb des Gesetzes bzw. des Gesetzes innerhalb der Rechtsordnung wird zur Klärung der Bedeutung herangezogen. Ein Beispiel:

Ein Beispiel ist der Begriff „Kind“:

In § 1666 BGB bezeichnet er alle Kinder, die unter elterlicher Sorge stehen also alle minderjährigen Kinder. Das ergibt sich aus dem Zusammenhang des § 1666 BGB mit der elterlichen Sorge, denn § 1666 BGB gehört zu den Regelungen über die elterliche Sorge nach Kapitel 4. Buch Abschnitt 2 Titel 5. des Bürgerlichen Gesetzbuches.

In § 27 I SGB VIII hingegen ist das Kind ausdrücklich durch § 7 I Nr. 1 SGB VIII beschrieben. Entsprechend dieser Legaldefinition ist das Kind nie über 14 Jahre alt.

Andererseits knüpft der Begriff „Personensorgeberechtigte“ wie anhand §§ 27 I, 7 I Nr. 5 SGB VIII ersichtlich, ausdrücklich an den Begriff des Personensorgeberechtigten im BGB an, vgl. a. § 1626 I 2 BGB.

#### *Historische (und genetische) Auslegung*

Die historische und die genetische Auslegung beziehen Gesetzgebungsverfahren und ältere Fassungen derselben gesetzlichen Regelung mit ein. Oft wird die Fassung des Wortlauts des Gesetzes im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens mehrfach verändert. Durch die unterschiedlichen sprachlichen Fassungen wird oftmals deutlich, welche Fallgestaltungen vom Geltungsbereich der Norm ausgenommen oder welche Fallgestaltungen einbezogen werden sollten. An dieser Stelle finden der Wille und die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers Eingang in die Interpretation. Seine Materialien, die er den Gesetzesentwürfen beigegeben hat, werden im Hinblick auf Regelungsabsichten und Ziele des Gesetzgebers durchgesehen. Dennoch sollte darauf geachtet werden, die subjektive Auslegung nicht in den Vordergrund zu stellen. Der „Wille des Gesetzgebers“ muss Ausdruck im Gesetzeswortlaut gefunden haben. In den Gesetzesmaterialien werden die heute geltenden Gesetze alle begründet. Die Drucksachen enthalten teilweise ausführliche Anwendungshinweise des Gesetzgebers. Diese Begründungen werden in aller Regel von den Referenten in den entsprechenden Fachministerien geschrieben. Sie sind also eigentlich Begründungen der Exekutive, die die Legislative in ihren Gesetzgebungswillen aufgenommen hat. Aufgrund der Masse an Gesetzen, die der Bundestag oder auch die Länderparlamente regelmäßig verabschieden, ist es an sich ausgeschlossen, dass jeder Bundes- oder Landtagsabgeordnete jede Begründung zu einem Gesetz, über das er abstimmt, gelesen hat. Damit historische Gesetzesauslegung nicht im Abschreiben von Referentenmeinungen gipfelt, muss unbedingt auch auf andere Interpretationsmöglichkeiten geachtet werden. Sie müssen vor allem auch bei der Entwicklung des Gesetzestext selbst

berücksichtigt werden. Hierbei kann man die historische Auslegung noch über das aktuell geltende Gesetz ausdehnen, indem man auf Gesetze zurückgreift, die dem gerade Untersuchten in der zeitlichen Geltung voran gingen. Dieses Verfahren bezeichnet man auch genauer als genetische Auslegung.

### *Teleologische Auslegung*

Die teleologische Auslegung fragt danach, welchen Zweck eine Norm erfüllen soll. Die Frage nach dem Normzweck lässt sich subjektiv oder objektiv stellen. Die Frage nach den Zwecken, die der Gesetzgeber subjektiv verfolgte, als er die Norm erließ, weist direkt zurück in die historische Auslegung und zeigt die starke Verbindung zu dieser im Grunde veralteten Auslegungsmethode. Danach teilt die subjektiv teleologische Auslegung auch die Schwachpunkte der subjektiven Auslegung. An dieser Stelle wird aber auch deutlich, wie weit die Hand des historischen Gesetzgebers reichen kann und inwieweit sie in der Lage ist, die praktische Rechtsentwicklung zu steuern.

In der Praxis ist die teleologische Auslegung eine der beliebtesten Methoden; sind doch die Zwecke vom Normanwender prinzipiell frei wählbar. Dies birgt die Gefahr, dass die Frage nach dem Zweck der Norm in die Beliebigkeit abrutscht. Das kann nur dadurch verhindert werden, dass die Auslegungsfrage auch durch die anderen Auslegungsmethoden bearbeitet wird. Daneben muss man sich vor allem darüber klar werden, in welchem Gesamtzusammenhang die Norm steht, der man „seinen“ selbst gewählten Zweck beugeben möchte. Ein in diesem Sinne tragfähiger Ansatzpunkt ist die Herausarbeitung des jeder Rechtsnorm zugrunde liegenden Interessenkonflikts. Wurde dieser Interessenkonflikt sichtbar gemacht, wird zumindest deutlich, zu wessen Gunsten der Gesetzeszweck instrumentalisiert wird. Aber auch darüber hinaus sind die Zwecke nicht völlig beliebig auswählbar. Sie müssen ihrerseits mit den Grundlagen der Rechtsordnung im Einklang stehen. Als solche können hier zunächst genannt werden:

- Gleichbehandlungsgrundsatz
- Sachgerechtigkeit
- Rechtssicherheit
- allgemeine Verfassungskonformität
- EU-Rechtskonformität

#### **4. Das Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander**

Es ist nicht ungewöhnlich, dass man mit vier Auslegungsmethoden auch viele verschiedene und eventuell sogar widersprechende Auslegungsergebnisse erhält. Eigentlich ist dies bei sorgfältiger Arbeit sogar der Regelfall, gilt es doch zunächst erst einmal alle möglichen und irgend denkbaren Normbedeutungen zu ermitteln.

Um diesem Problem der zahlreichen und zum Teil auch widersprechenden Normbedeutungen aufgrund der Anwendung unterschiedlicher Kanones zu begegnen, wird gerade im Bereich der Strafrechtswissenschaft der Vorrang der grammatischen Auslegung behauptet. Vor allem die teleologische Auslegung der Norm könne sich nie oder selten gegen den Wortlaut der Norm durchsetzen. Dagegen spricht, dass es keine verbindliche Rangfolge der Auslegungsmethoden im Sinne eines Vorranges der Wortlautinterpretation gibt.<sup>15</sup> Finden sich widersprechende Teilergebnisse, muss im Hinblick auf ein einheitliches Gesamtergebnis abgewogen und begründet werden.

Beim Begründen des einheitlichen Gesamtergebnisses bieten sich folgende neuere Auslegungsansätze an, die nicht in den klassischen Kanones aufgeführt wurden.

##### **4.1. Die verfassungskonforme Auslegung**

Diese Auslegungstechnik strebt dort, wo der ermittelte Wortsinn mehrdeutig ist, die Entscheidung zugunsten derjenigen Variante an, die zur Vereinbarkeit der auszulegenden gesetzlichen Bestimmung mit der Verfassung und ihren Prinzipien führt. Dabei werden alle aufgefundenen Auslegungsergebnisse daraufhin überprüft, ob sie mit den Werten der Verfassung, also insbesondere mit den Grundrechten, übereinstimmen.

In diesen Fällen kann es durchaus vorkommen, dass sich herausstellt, dass eine verfassungskonforme Auslegung völlig von den mit den traditionellen Kanones ermittelten Ergebnissen abweicht. Ist das der Fall, liegt eigentlich eine verfassungswidrige Norm vor.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung vom 17. Juni 1953<sup>16</sup> die Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung wie folgt gezogen:

---

<sup>15</sup>Gerade für den Bereich des Strafrechts ist diese Aussage aufgrund des Grundsatzes „Keine Strafe ohne Recht“ (Art. 103 II GG) weder unbestritten noch unproblematisch.

<sup>16</sup>BVerfGE 2, 336 (340, 341).

„wenn vom Boden des geltenden Rechts aus noch eine positive Regelung dem Gleichheitssatz Rechnung tragen kann und diese mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar ist. Keinesfalls darf jedoch eine solche verfassungskonforme Auslegung das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkte verfehlen oder verfälschen. Das aber wäre hier der Fall. (...) Die vom Oberlandesgericht anscheinend beabsichtigte „verfassungskonforme Auslegung“ würde dem klaren Gesetzeswortlaut einen geradezu entgegengesetzten Sinn geben. Das Gericht würde dadurch nicht nur in die Kompetenzen des Gesetzgebers, sondern auch in die des Bundesverfassungsgerichts eingreifen; diesem allein ist es nach Art. 100 I GG; vorbehalten, ein dem Grundgesetz - hier dem Art. 3 GG - nach Sinn und Wortlaut eindeutig widersprechendes Gesetz, das unter Geltung des Grundgesetzes erlassen worden ist, für verfassungswidrig zu erklären.“

Ein klassisches Beispiel verfassungskonformer Auslegung finden Sie bei Lüdemann:<sup>17</sup>

Die Medien melden den Ausbruch des Irak-Krieges. Wenige Minuten später versammeln sich mehrere hundert Menschen spontan auf dem Kölner Domplatz und demonstrieren gegen die Außenpolitik der USA. Fraglich ist, ob diese Versammlung vorher bei der zuständigen Behörde angemeldet werden musste. § 14 I Versammlungsgesetz sieht eine Anmeldepflicht für Versammlungen unter freiem Himmel vor: „Wer die Absicht hat, eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel oder einen Aufzug zu veranstalten, hat dies spätestens 48 Stunden vor der Bekanntgabe der zuständigen Behörde unter Angabe des Gegenstandes der Versammlung oder des Aufzuges anzumelden.“ Anderenfalls kann die Versammlung nach § 15 II Versammlungsgesetz aufgelöst werden. Die spontane Versammlung hätte also 48 Stunden vor ihrem tatsächlichen Anlass angemeldet werden müssen. Damit verlangt § 14 I Versammlungsgesetz etwas tatsächlich Unmögliches, es sei denn er gilt gerade nicht für ungeplante Spontanversammlungen. § 14 I Versammlungsgesetz gilt den Wortlaut nach für alle Versammlungen und Aufzüge, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt und ihr Zustandekommen. Andererseits deutet die Einleitung der Regelung „wer die Absicht hat,... zu veranstalten“ darauf hin, dass nur Demonstrationen gemeint sind, die frühzeitig geplant werden. Die beiden Möglichkeiten § 14 I Versammlungsgesetz auszulegen müssen mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar sein. Art. 8 I GG regelt die Anmeldefreiheit von Versammlungen und sieht für Versammlungen unter freiem Himmel die Möglichkeit vor, gesetzliche Regelungen zu treffen die diese Anmeldefreiheit begrenzen. Für aus spontanem Anlass entstehende Versammlungen käme eine Anmeldepflicht mit 48 Stunden Vorlauf einem faktischen Verbot gleich. Entschluss zur Versammlung und ihre Durchführung fallen bei der Spontanversammlung in einem Zeitpunkt zusammen. Auch fehlt es bei Spontanversammlungen üblicherweise an einem Veranstalter, der die

---

<sup>17</sup>JuS 2004, 27 (28).

Anmeldung vornehmen könnte. Ein derartiger Eingriff in Art. 8 I GG wäre unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig, da er das Grundrecht für diese Form der Versammlung leer laufen ließe. Infolgedessen fordert das BVerfG eine verfassungskonforme Auslegung des § 14 I Versammlungsgesetz dahingehend, dass er nicht auf Versammlungen angewendet wird, die kurzfristig und ungeplant wegen eines aktuellen Ereignisses stattfinden. Im Ausgangsfall handelte es sich um eine Spontanversammlung. Sie hätte also nicht zuvor bei der zuständigen Behörde angemeldet werden müssen.

#### **4.2. Das Prinzip der praktischen Konkordanz**

Das Prinzip der praktischen Konkordanz wurde der verfassungsrechtlichen Dogmatik entlehnt und für die Gesetzesinterpretation fruchtbar gemacht. Es wird aber gelegentlich auch darüber hinausgehend angewendet. (z.B: im Sinne einer europarechtskonformen Auslegung bei Fuchs<sup>18</sup>) Die sich für das einfache Recht ergebende Auslegungsregel lautet, dass die Auslegung einer Norm so zu erfolgen habe, dass ihr ein sinnvoller Anwendungsbereich verbleibt.

#### **4.3. Die strukturierende Rechtslehre nach Müller / Christensen<sup>19</sup>**

In einer umfangreichen Untersuchung von Gerichtsentscheidungen haben Müller/ Christensen im sprach- und rechtswissenschaftlichen Verbund untersucht, wie Gerichte der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten Recht tatsächlich interpretieren. Sie haben untersucht, ob die Gerichte die traditionellen Kanones noch verwenden und wenn sie es nicht tun, welche Methoden sie an deren Stelle zur Interpretation heranziehen. Das Ergebnis zeigt, dass Gerichte zwar die traditionellen Kanones weiterhin heranziehen. Dabei werden aber auch neue methodische Ideen integriert, wie z.B. die Normbereichsanalyse, die die Passung von aktueller Realität und Rechtsnorm überprüft. Auch der Einfluss außerjuristischer Fachsprachen, geistes- und kulturgeschichtlicher Ideen usw. ist durch die Untersuchung nachgewiesen. Nicht nachgewiesen werden konnte jedoch, dass die Kanones die Entscheidungsfindung der Gerichte primär steuern. Deshalb kommen Müller/Christensen zu dem Schluss, dass eine methodisch gut fundierte Entscheidung darin besteht, dass der Gesetzesanwender alle denkbaren möglichen Normhypothesen aufstellt und schließlich diejenige auswählt, die am plausibelsten begründbar ist.

---

<sup>18</sup>NZS 2002, 338(343).

<sup>19</sup>Friedrich Müller / Ralph Christensen, Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentliches Recht, 8. Auflage, Berlin 2002. Online erreichbar mit zahlreichen lesenswerten Publikationen unter: <http://www.recht-und-sprache.de>.

#### 4.4. Hilfsmittel zur Ermittlung der Bedeutung von Tatbestandsmerkmalen

Wie Sie nun in einer juristischen Ausarbeitung die Bedeutung von Tatbestandsmerkmalen ermitteln, hängt von der konkreten Aufgabenstellung ab. In einer Klausur sind Sie auf Ihren Ideenreichtum und Ihren Gesetzestext angewiesen. Zum Teil werden Sie Bedeutungen von Tatbestandsmerkmalen auch einfach auswendig lernen. Das werden Sie tun, wenn Sie sich in Gesetzestexten nur schlecht orientieren können. Sie werden dies vermutlich auch tun, wenn Sie keinen Zugang zur Arbeit mit Gesetzestexten finden. So lernt auch der weit überwiegende Teil der Studierenden an den Universitäten. Insbesondere das Strafrecht bietet diesen recht leichten Einstieg in die Methodik an: Das Pauken tradierter Definitionen.

Das Problem an dieser Methode ist, dass das auswendig Gelernte nicht garantiert, dass man damit auch wirklich arbeiten kann. Man hat nicht verstanden, wie eine Definition zustande kommt und wendet sie dann folglich auch schematisch und unter Umständen unzutreffend an. Sinnvoller ist es, auch wenn man eine Definition auswendig lernt, zu verstehen, was in ihr steckt, wie sie zustande kam und für welche Zusammenhänge sie zu bereits eingesetzt wurde. Beim Lernen oder in Hausarbeiten helfen Kommentare zu den einzelnen Gesetzestexten, Rechtsprechung, Fachaufsätze und weitere Sekundärquellen Definitionen zu verstehen, zu entwickeln und eine gute Lösung zu finden.

#### 5. Justizsyllogismus und Gutachten-/ bzw. Urteilsstil

Mit der Rangfolge der Normen, Anatomie der Rechtsnorm und der Technik zur Ermittlung der Bedeutung der Rechtsnorm haben wir fast alle Elemente zusammen getragen, um über das Recht und mit professionellen Rechtsanwendern kommunizieren zu können. Es fehlen noch die damit untrennbar verbundenen Elemente des Justizsyllogismus und der besonderen Kommunikationsstile „Gutachten- und Urteilsstil“.

Gehen wir zurück zu unserem ersten kleinen Fall über Anton und Ludwig. (Seite XXX)

Schematisch betrachtet muss nun noch folgendes passieren. Wir müssen zum ersten Tatbestandsmerkmal des Tatbestandes herausfinden, ob Ludwig ein „Wer“ und Anton ein „einen Menschen“ usw. ist.

Dabei hilft uns der dreiteilige Syllogismus als klassische logische Schlussform.

Schematisch sieht er folgendermaßen aus:

Weil            A= B

und C = B  
deshalb C = A

Sie sehen, dass sich über diese Form des logischen Schließens zwei wahre Aussagen zu einer dritten wahren Aussage verbinden lassen, weil beide wahre Aussagen ein gemeinsames Element besitzen. Im Grunde dreht sich bei der Rechtsanwendung alles nur darum, dieses gemeinsame Element zu finden und plausibel darzulegen oder zu begründen, dass es dieses gemeinsame Element gibt oder warum es dieses gemeinsame Element gerade nicht gibt.

Für unseren Fall sähe der Syllogismus beim ersten Tatbestandsmerkmal wie folgt aus.

Wer = Ein Mensch (Denn nur Menschen können sich strafbar machen: systematische Interpretation des Wortes „wer“ !)

Ludwig = ein Mensch

Ludwig = Wer

Beim zweiten Tatbestandsmerkmal käme folgender Syllogismus in Frage:

Einen Menschen = Lebewesen auf Kohlenstoffbasis, biologisches Gattungswesen (grammatische Interpretation des Wortes „Mensch“)

Anton = Lebewesen auf Kohlenstoffbasis, biologisches Gattungswesen

Anton = Mensch

Diese Technik des Schließens wird mit dem sog. Gutachtenstil verbunden. Für das erste Tatbestandsmerkmal sähe dies wie folgt aus:

These (Obersatz):

Ludwig müsste „Wer“ im Sinne des § 212 I StGB sein.

Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Wer“ (Mittelsatz):

Mit „Wer“ bezeichnet das StGB ausschließlich Menschen. Aus dem systematischen Kontext des StGB ergibt sich, dass nur ein Mensch, keine Organisationseinheit oder anderes Lebewesen sich strafbar machen kann. Insbesondere die Anknüpfung der Strafbarkeit an eine Tat, also aktives Tun, oder auch Unterlassen aktiven Tuns, § 13, 14 StGB, machen deutlich, dass es nur menschliches Handeln ist, das eine Straftat begründen kann. Nur ein Mensch kann danach strafrechtlich verantwortlich sein. „Wer“ kann also nur ein Mensch sein.

Ludwig ist ein Mensch.



Dementsprechend ist Ludwig auch „Wer“ im Sinne des § 212 I StGB. (Conclusio des Syllogismus, gleichzeitig Ergebnis der aufgestellten These.)

Im Urteilsstil, der sich hier anbietet, weil uns völlig klar ist, dass Ludwig sich des Totschlags strafbar machen kann, wäre – allerdings in einer umständlichen Langform, die in der Praxis nicht angewendet würde - wie folgt zu formulieren :

Ludwig ist „Wer“ im Sinne des § 212 I StGB. (Ergebnis = conclusio vorweg!)

Mit „Wer“ bezeichnet das StGB ausschließlich Menschen. Aus dem systematischen Kontext des StGB ergibt sich, dass nur ein Mensch, keine Organisationseinheit oder anderes Lebewesen sich strafbar machen kann. Nur ein Mensch kann strafrechtlich verantwortlich sein. (systematische Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Wer“ . )

„Wer“ kann also nur ein Mensch sein. (Obersatz des Syllogismus)

Ludwig ist ein Mensch.

Genau genommen sähe der Urteilsstil sogar so aus:

Ludwig ist „wer“ im Sinne des § 212 StGB.

Noch praktischer gedacht, würde ein Richter sich in seinem Urteil zu dieser Frage gar nicht äußern, weil es offensichtlich ist, dass Ludwig ein Mensch ist und sich strafbar machen kann.

Das Wechseln vom einen Stil zum anderen bedarf der Übung und erfordert ein wenig Erfahrung. Üblicherweise schreibt man Gutachten in der Klausur und in Hausarbeiten fast durchgehend im Gutachtenstil. Der Urteilsstil findet nur ausnahmsweise Anwendung, weil im Gutachten nur rechtlich problematische Fragen zu erläutern sind.

Ein Rechtsgutachten oder eine gerichtliche Entscheidung hat immer eine Anspruchs- oder Ermächtigungsgrundlage als Ausgangspunkt. Bisher gingen wir von einer strafrechtlichen Ermächtigungsgrundlage aus, einem Straftatbestand. Der Straftatbestand ermöglicht, wie unschwer zu erkennen ist, erhebliche Eingriffe in die Freiheit des Bürgers. Darin gleicht er allen anderen Ermächtigungsgrundlagen, die es dem Staat ermöglichen dem Bürger Handlungspflichten aufzuerlegen und in seine Rechte einzugreifen. § 1666 I BGB ist ein Beispiel für einen staatlichen Eingriff in (elterliche) Rechte. Anspruchsgrundlagen gewähren dem Bürger ein Recht eine Leistung zu fordern, sei gegen den Staat oder einen anderen Bürger. § 194 I BGB ist als Legaldefinition des Rechtsanspruchs für alle Rechtsgebiete anzusehen. Ein einfaches Beispiel für eine Anspruchsgrundlage gegen den Staat ist § 27 I SGB VIII. Eine Anspruchsgrundlage, die sich gegen einen anderen Bürger richtet, ist beispielsweise der Anspruch auf Verwandtenunterhalt, §

1601 BGB. Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen werden im ersten Satz Ihres Gutachtens als Ausgangspunkt Ihrer Ausführungen verwendet. Der erste Satz Ihre Gutachtens wird durch die „W-Formel“ getragen:

| WER                  | WILL WAS                               | VOM WEM                           | WORAUS ?             |
|----------------------|----------------------------------------|-----------------------------------|----------------------|
| Strafrichter         | Betrafung                              | des Anton                         | § 212 Abs. 1 StGB    |
| Familiengericht      | Entziehung<br>der elterlichen<br>Sorge | Mutter und<br>Vater des<br>Kindes | § 1666 Abs. 1 BGB    |
| Mutter des<br>Kindes | Hilfe zur Erziehung                    | Jugendhilfeträger                 | § 27 Abs. 1 SGB VIII |
| Kind                 | Unterhalt                              | Vater                             | § 1601 BGB           |

Versuchen wir eine Übertragung der erläuterten Strukturen in das Sozialrecht und Kinder- und Jugendhilferecht an den folgenden Beispielen:

## 6. Subsumtion und Syllogismus am Beispiel des Sozialrechts (Sozialhilfe)

Sachverhalt: **Max hat nur ein Bein und möchte vom Sozialhilfeträger einen Rollstuhl erhalten.**  
 Gesetzeshinweis: Anspruchsgrundlage ist **§§ 17 I 1, 19 III, 53 I 1 SGB XII.**

Nach §§ 17 I 1, 19 III, 53 I 1 SGB XII könnte M gegen den Sozialhilfeträger einen Anspruch auf Ausstattung mit einem Rollstuhl haben. (These gem. „W – Formel“)

Dies setzt voraus, dass sein **fehlendes Bein** zu einer **wesentlichen** Behinderung führt. (Obersatz)  
**Wesentlich** behindert ist ein Mensch, wenn gem. **§ 1 Nr. 1 EingHVO** seine Bewegungsfähigkeit durch Beeinträchtigung des Stütz- und Bewegungssystems erheblich eingeschränkt ist. (Definition des Tatbestandsmerkmals)

Ein **fehlendes Bein** beeinträchtigt die **Bewegungsfähigkeit** des M erheblich und es gehört zum Stütz- und Bewegungssystem.

Das **fehlende Bein** führt demnach zu einer **wesentlichen** Behinderung. (Conclusio)

Schematisch sähe das Beispiel so aus:

Wesentlich = § 1 Nr. 1 EinglHVO

Einbeinig = § 1 Nr. 1 EinglHVO

Einbeinig = wesentlich

## 7. Subsumtion und Syllogismus am Beispiel des Kinder- und Jugendhilferechts

Sachverhalt: Tine ist 2 Jahre alt und möchte in den Kindergarten gehen. Sie möchte vom Jugendhilfeträger einen Kindergartenplatz nachgewiesen bekommen.

Gesetzeshinweis: Anspruchsgrundlage § 24 II 1 SGB VIII.

Nach § 24 II 1 SGB VIII könnte Tine gegen den Jugendhilfeträger einen Anspruch auf einen Kindergartenplatz haben. (These gemäß „W- Formel“)

Dies setzt voraus, dass Tine ein Kind ist. (Obersatz)

Ein Kind ist nach § 7 I Nr. 1 SGB VIII eine Person, die noch nicht 14 Jahre alt ist.

Tine ist 2 Jahre alt und damit noch nicht 14 Jahre alt.

Deshalb ist Tine ein Kind. (Conclusio)

Schematisch:

Kind = noch nicht 14 Jahre alt

Tine 2 Jahre alt = noch nicht 14 Jahre alt

Tine = Kind

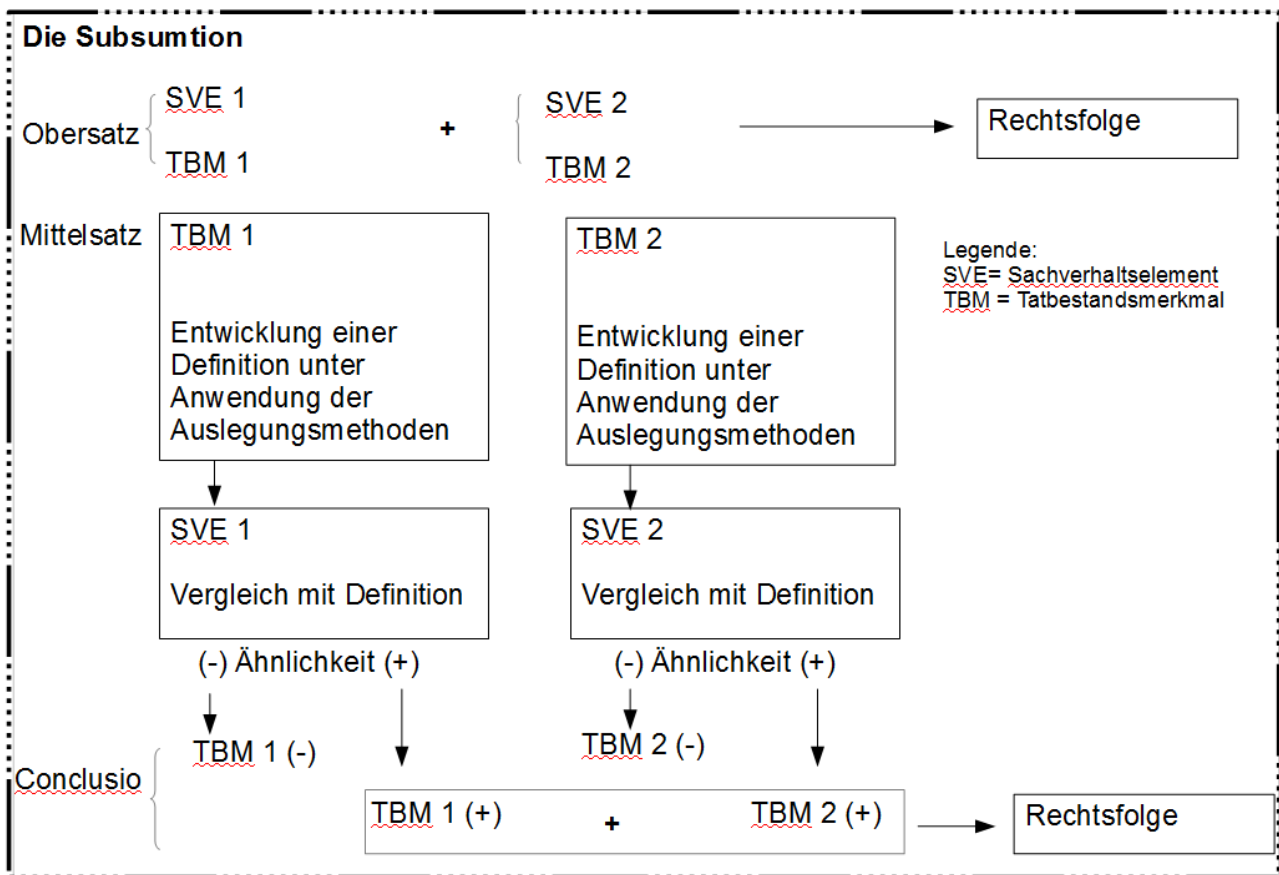


Abb. 4

### Wiederholungsfragen

- Bestimmen Sie Tatbestand und Rechtsfolge bei folgenden Normen: § 137 I SGB III, § 19 I 1, 2 SGB II, § 27 I SGB VIII und § 1666 I BGB.
- Erläutern Sie folgende Begriffe: Tatbestand, Sachverhalt, Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolge.
- Finden Sie dazu drei Beispiele zu einer beliebigen, von Ihnen auszuwählenden Rechtsnorm aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch, dem Sozialgesetzbuch II, III, VIII, XII.
- Beschreiben Sie Justizsyllogismus und Subsumtion an einem selbst gewählten Beispiel. Formulieren Sie dieses Beispiel im Gutachtenstil und Urteilsstil aus.
- Diskutieren Sie die Gesetzesbindung des Gesetzgebers nach Erlass eines Gesetzes anhand Art. 20 II und III und 28 I1, 1 III GG.

- Erläutern Sie den Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Auslegung von Gesetzen.
- Wieso distanzieren sich Rechtspraxis und Wissenschaft von der subjektiven Auslegung?
- Erläutern Sie die klassischen Kanones.
- Wie verhalten sich objektive Auslegung und Kanones zueinander?
- Lesen Sie Art. 6 I bzw. Art. 2 II GG. Was bedeuten die Begriffe: Ehe, Familie, Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit ?
- Wieso wird für das Strafrecht der Vorrang der grammatischen Auslegung gefordert? Beachten Sie zur Beantwortung des Frage die Justizgrundrechte nach Art. 103, 104 GG.
- Beschreiben Sie die Regeln für die verfassungskonforme Auslegung.
- Erläutern Sie das Prinzip der praktischen Konkordanz.
- Worin besteht nach Auffassung der strukturierenden Rechtslehre die Aufgabe des Rechts Interpreten ?

## Kapitel 4 Das Lesen eines Gesetzestextes

Orientierungsfragen:

Welche Arten von Rechtsnormen gibt es ?

Wie unterscheiden sich Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen ?

Was versteht man unter Normenkonkurrenzen und wie werden sie aufgelöst ?

### 1. Kodifizierungstechnik

Wie man am Beispiel des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Sozialgesetzbuches gut erkennen kann, sind unsere Gesetzestexte auf eine besondere Art strukturiert. Was man an allgemeinen Regulationsstrukturen und Rechtsinstituten vor die Klammer ziehen konnte, wird in einem allgemeinen Teil vorangestellt. Die Regelungen, die diesen meistens auch als solchen bezeichneten *allgemeinen Teilen* zugeordnet sind, gelten meist nur vorbehaltlich abweichender Regelungen. Sie gelten damit auch für die Materien, die in den *besonderen Teilen* der jeweiligen Kodifizierung geregelt sind.

### 2. Arten von Rechtsnormen

Um Gesetzestexte verstehen zu können, muss man über Kenntnisse bzgl. der Arten von Rechtsnormen verfügen. Vollständige Rechtsnormen besitzen eine *Konditionalstruktur* (wenn → dann). Sie haben einen Tatbestand (wenn) und eine Rechtsfolge (dann) und können daher vereinfacht als „Wenn-Dann-Regelung“ bezeichnet werden.

Konditionalstrukturen sind insbesondere auch in den *Anspruchsgrundlagen* sichtbar. Anspruchsgrundlagen geben auf die Frage Auskunft: Wer will was von wem woraus?

Im Sozialrecht sind die Anspruchsgrundlagen meistens deutlich dadurch gekennzeichnet, dass einem bestimmten Personenkreis ausdrücklich ein Anspruch auf eine bestimmte Sozialleistung zuerkannt wird. Dabei bedeutet einen Anspruch zu haben, das Recht zu besitzen, etwas, in der Regel eine Leistung, zu fordern, vgl. a. § 194 Abs. 1 BGB. Ein Rechtsanspruch ist klagbar, d.h. kann vor den Gerichten eingefordert werden.

Dieselbe Konditionalstruktur weist auch die zweite Form der Rechtsgrundlagen, die *Ermächtigungsgrundlage* auf. Ermächtigungsgrundlagen erlauben dem Staat, in die Grundrechte des Bürgers einzugreifen. Ermächtigungsgrundlagen sind von den Kompetenz- und Aufgabenzuweisungsnormen zu unterscheiden.

Aufgabenzuweisungsnormen geben dem Bürger keinen Rechtsanspruch. Sie stellen nur ein Gebot an die Verwaltung dar, tätig zu werden. Es handelt sich um objektives Recht, das eine Aufgabe der Verwaltung beschreibt. Oftmals ist es schwierig und auch durchaus strittig, ob eine Norm einen klagbaren Anspruch beschreibt, also Anspruchsgrundlage ist, oder ob sie nur nicht klagbares objektives Recht in der Form einer Aufgabenzuweisung ist. Als Beispiele für Aufgabenzuweisungen können die folgenden Regelungen dienen: § 1 III SGB II, § 15 I 1 SGB II, § 22 IX 1 SGB II, § 2 SGB VIII, §§ 11 I, 13 I, 14 I SGB VIII, § 8 SGB XII, § 36 II 1 SGB XII.

Kompetenznormen regeln, welche Körperschaft gesetzliche Aufgaben auszuführen hat. Sie beschreiben die Zuständigkeit. Dies erfolgt beispielsweise in § 3 I SGB XII, § 6 I 1 SGB II, § 3 II 1 SGB VIII.

Üblicherweise findet man weder in Kompetenznormen noch in Aufgabenzuweisungen Tatbestandsvoraussetzungen, die angeben unter welchen Bedingungen in Grundrechte eingegriffen werden darf. Von den Aufgabenzuweisungs- bzw. Kompetenznormen darf deshalb nie auf eine Befugnis zum Grundrechtseingriff geschlossen werden. („Kein Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis.“) Anders als den Ermächtigungs- oder Anspruchsgrundlagen fehlt Kompetenznormen und Aufgabenzuweisungen auch deren charakteristische Konditionalstruktur.

Bei Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen gibt es unterschiedlich strenge Bindungen an die Konditionalstruktur. Tatbestands- und Rechtsfolge werden durch unterschiedliche Formulierungen zwingender oder freier ausgestaltet. Man kann folgende Formen unterscheiden:

- Gebundene Rechtsansprüche und Ermächtigungen
- Ermessensleistungen und- ermächtigungen
- Gebundenes Ermessen

Gebundene Rechtsansprüche und Ermächtigungen ordnen eine Rechtsfolge zwingend an. Beispiele: hat Anspruch auf (§§ 17 Abs. 1, 53 Abs. 1 S. 1 SGB XII, § 27 Abs. 1 SGB VIII), ist zu bestrafen (§ 212 Abs. 1 StGB), ist zu erteilen (§ 43 Abs. 2 S. 1 SGB VIII)

Bei Ermessensleistungen und entsprechenden Ermächtigungen kann die Verwaltung im jeweiligen Einzelfall unter Einhaltung der Grenzen des Ermessens entscheiden, ob und oft auch in welcher Form die Rechtsfolge eintritt.

Beispiel: kann (§ 53 Abs. 1 S. 2 SGB XII; § 11 HSOG, § 21 S. 2 SGB VIII)

Gebundenes Ermessen wird durch die Formulierung „soll“ gekennzeichnet. Dies bedeutet, dass die Verwaltung nur in atypischen Ausnahmefällen ihr Ermessen dahingehend ausüben darf, dass sie die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge nicht eintreten lässt.

Beispiel: soll § 41 Abs. 1 SGB VIII

Um einen Gesetzestext zu verstehen, d.h. um seine Struktur zu begreifen, sollte man zuerst versuchen, sämtliche Anspruchs- oder Ermächtigungsgrundlagen, die in dem Gesetzestext untergebracht sind, zu erkennen. Alle anderen Normen dienen nur dem Zweck, diese Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen zu vervollständigen. Dies kann in verfahrensmäßiger oder inhaltlicher Hinsicht geschehen.

Verfahrensregelungen und organisatorische Regelungen erkennt man daran, dass sie beschreiben, welche Schritte zur Entscheidungsfindung eingehalten werden müssen und wer überhaupt entscheiden darf. Verfahrens- und Organisationsnormen beschreiben nicht den Inhalt einer Entscheidung, sondern den Weg zu der Entscheidung.

In inhaltlicher Hinsicht werden Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen

- durch Legaldefinitionen ergänzt,
- durch Ausnahmeregelungen modifiziert,
- oder auch durch Regelbeispiele präzisiert.

Man findet zudem statische und dynamische Verweisungen auf andere Gesetzestexte. Dabei verweist die statische Verweisung auf ein Gesetz in einer ganz bestimmten zeitlichen Fassung. Die dynamische Verweisung bezieht sich hingegen auf ein Gesetz in der jeweils aktuell geltenden Fassung.



Zweck- und Zielbestimmung in einem Gesetzestext dienen als Auslegungshilfen oder Auslegungsrichtlinien. Meist sind diese Bestimmungen auch im Text als Ziel- oder Zweckbestimmungen ausdrücklich ausgewiesen. Sie finden sich sehr oft am Beginn einer verwaltungsrechtlichen Kodifizierung.

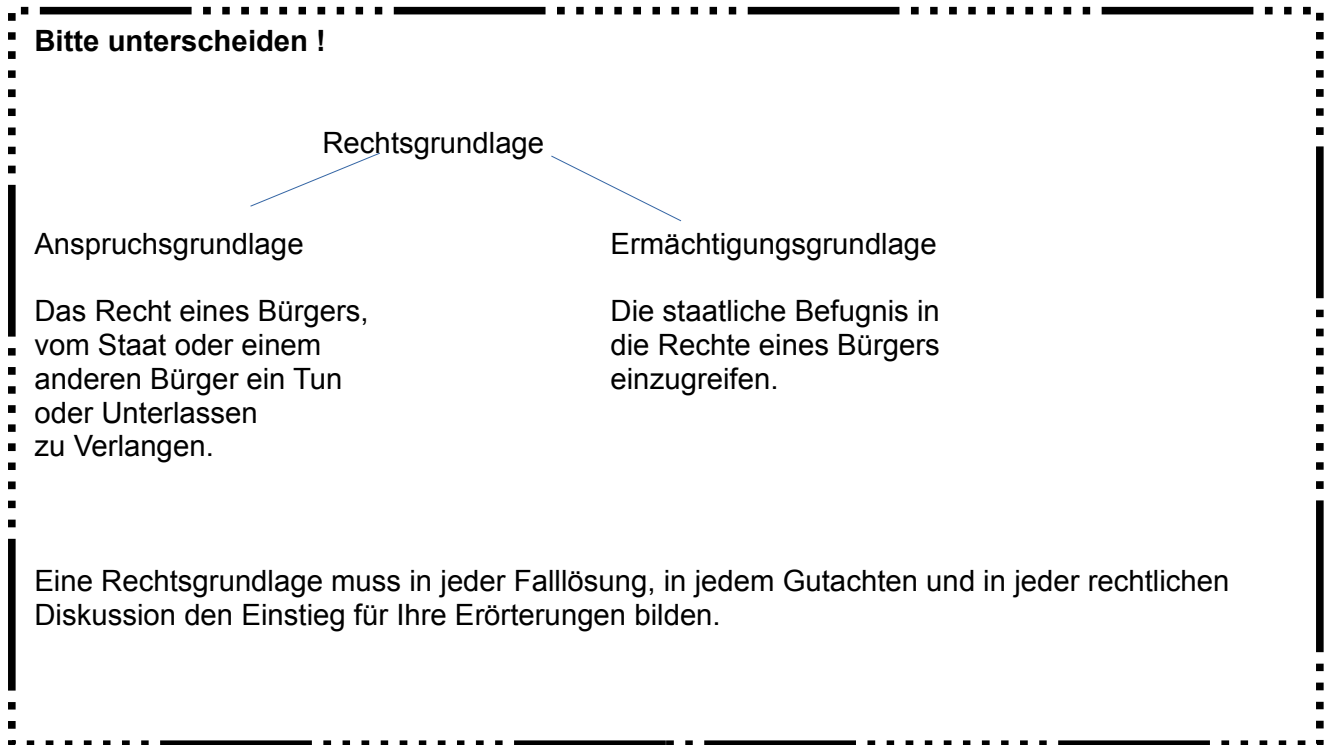


Abb. 5

### 3. Das Verhältnis verschiedener Rechtsnormen zueinander

Gesetze enthalten meist zahlreiche Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen. Entsprechend trifft man auch immer wieder auf gleichzeitig nebeneinander anwendbare Normen, d.h. man trifft auf *Konkurrenzen*. Dies bedeutet, dass derselbe Sachverhalt unter verschiedene Normen subsumierbar ist.

Sind mehrere Normen anwendbar und sehen unterschiedliche, nicht miteinander zu vereinbarende rechtliche Folgen für denselben Ausgangsfall vor, bezeichnet man dies als Normenkollision. Die unvereinbaren oder gar widersprüchlichen Rechtsfolgen führen dann zu einer *Kollision*.

Um diese Konkurrenzen auszuschließen und Kollisionen zu vermeiden, werden drei Anwendungsregeln verwendet:

- Die *lex superior* Regel besagt, dass die ranghöhere Norm vorrangig anzuwenden ist.
- Eine ältere Norm wird durch die neuere, also später erlassene Norm suspendiert, *lex posterior* Regel.
- Eine Norm, die durch engere Tatbestandsvoraussetzung gekennzeichnet ist, als die Norm, mit der sie kollidiert oder in Konkurrenz steht, ist eine Spezialregelung. Hier gilt die Regel der *lex specialis*. Danach hat die spezielle Regelung Vorrang vor der allgemeinen Regelung (*lex generalis*).

Ein möglicher Anwendungsfall für die *lex superior* Regel ist das Verhältnis zwischen § 67 S. 1 SGB XII und § 1 VO nach § 69 SGB XII<sup>20</sup> sowie § 68 SGB XII und § 2 VO nach § 69 SGB XII. Die Regelungen der Rechtsverordnung präzisieren den Personenkreis, der die Hilfe erhalten soll, und den Inhalt der Hilfen. Aufgrund des höheren Ranges der Regelung des SGB XII können Abweichungen in der Rechtsverordnung nicht greifen.

§ 67 SGB XII kann uns auch helfen die *lex posterior* Regel zu demonstrieren. Das SGB XII ist erst am 1.1.2005 in Kraft getreten. Die Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten gab es aber bereits vorher. § 72 BSHG regelte diese Hilfeart bis zum Inkrafttreten des § 67 SGB XII.

Ein einprägsames Beispiel einer *lex specialis* ist der Anspruch auf Grundsicherung für alte und erwerbsgeminderte Menschen nach §§ 17 I 1, 19 II, 41 I SGB XII. Vergleichen Sie den Normtext des § 19 II SGB XII mit dem des § 19 I SGB XII. § 19 II SGB XII hat auf der Tatbestandsseite mehr Merkmale, die vom Hilfeberechtigten zu erfüllen sind. Der Anwendungsbereich der Regelung ist gegenüber § 19 I SGB XII entsprechend enger. Der Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt §§ 17 I 1, 19 I, 27 SGB XII ist demnach der allgemeinere Anspruch. Entsprechend konsequent bestimmt § 19 II 2 SGB XII, dass der Anspruch nach §§ 17 I 1, 19 II, 41 I SGB XII auf Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung Vorrang vor dem Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt §§ 17 I 1, 19 I, 27 SGB XII hat.

#### Wiederholungsfragen

- Worin unterscheiden sich Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen ?
- Was sind Normenkonkurrenzen und -kollisionen und wie werden sie aufgelöst ?

---

<sup>20</sup>Verordnung zur Durchführung der Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten.

## **Kapitel 5 Einige praktische Hinweise zur juristischen Arbeit**

### Orientierungsfragen

- Wie liest man einen juristischen Aufgabentext ?
- Welche Arbeitsschritte führen zum fertigen Gutachten ?
- Wie sind Gerichtsentscheidungen aufgebaut ?

### **1. Zur Vorgehensweise bei der Fallbearbeitung**

Lesen Sie den Sachverhalt und die Fallfrage um sich einen Überblick zu verschaffen. Wenn Ihnen, etwa Begriffe unklar sind, etwa weil Sie nicht Deutsch als Muttersprache gelernt haben, nutzen Sie die Gelegenheit sie in einem Wörterbuch nachzuschlagen und notieren Sie diese Begriff mit Übersetzung auf einem Extrazettel. Achten Sie auf verschiedene Sprachebenen und Konnotationen der Begriffe. Falls im Sachverhalt Paragrafen genannt sind, schlagen Sie diese unbedingt nach. Verschaffen Sie sich einen Eindruck der Thematik der Rechtsnorm und sehen sich ferner ihren systematischen Kontext an. Meist steckt in der Nennung der Norm ein Hinweis auf ein rechtliches Problem. Soweit Rechtsmeinungen im Sachverhalt wiedergegeben sind, ermitteln Sie, auf welche Paragrafen sich diese Meinungen beziehen. Man kann trefflich darüber streiten, ob Sie Ihren Sachverhalt markieren sollten. Rechtsmeinungen, sollten Sie, damit sie nicht vergessen werden, ausnahmsweise im Sachverhalt (diskret) kennzeichnen.

Sehen Sie sich nun die Fallfrage genau an. Die Fallfrage ist die Grundlage für Ihren Arbeitsauftrag. Klären Sie für sich genau, welche Frage beantwortet werden soll. Die Fallfrage stellt klar, was in welchem Umfang zu prüfen ist. Sie enthält mit ein bisschen Glück Hinweise zur Einschränkung der Prüfung des Falles. Eine Beschränkung kann unter anderem hinsichtlich bestimmter Themen, Rechtsgrundlagen oder auch einzelner Positionen eines Anspruchs vorgesehen sein.

Fertigen Sie nun eine Fallskizze an. Diese Fallskizze sollte die wesentlichen Informationen über die beteiligten Personen und ihre rechtlichen Beziehungen untereinander enthalten. Enthält der Sachverhalt zahlreiche Daten, die zeitliche Abläufe klären sollen, tragen Sie diese Daten mit den zugehörigen Geschehnissen auf einem Zeitstrahl ein. Gönnen Sie bei einer Mehrheit von Beteiligten mit unterschiedlichen Anliegen und zeitlichen Ereignissen jedem Beteiligten einen eigenen Zeitstrahl.

Nun sollten Sie einen guten Überblick über alle vorgesehenen Informationen zu dem Fall haben, die Ihnen der Ersteller vermitteln wollte. Der schwierigste Part steht an: Wie finde ich die richtige Rechtsgrundlage zur Lösung des Falles ? Hier kommt es (leider) auf eine gute systematische Rechtskenntnis an. Oftmals wird Ihnen die Rechtsgrundlage schon einmal zur Kenntnis gebracht worden sein, im Rechtsunterricht, in der begleitenden Literatur mit viel Glück steht sie auch schon im Sachverhalt oder ist dort angedeutet. Eine gute Vorbereitung hilft Ihnen: Sehen Sie sich die Gesetzestexte, die Sie kennen müssen nach Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen durch. Richten Sie Ihr Augenmerk auf die Rechtsfolgen ! Nur die Rechtsfolgen geben Aufschluss darüber, was eine Person rechtlich einfordern kann oder was eine staatliche Stelle vom Bürger verlangen kann.

Den Weg vom Sachverhalt zur Rechtsfolge finden Sie, indem Sie analysieren wer etwas möchte. Ermitteln Sie die Interessen der Beteiligten. Oft genug sind die Interessen im Sachverhalt ausdrücklich benannt. Sind keine Interessen benannt, müssen Sie überlegen, welches Interesse die Beteiligten haben könnten. Haben Sie das Interesse ermittelt, müssen Sie eine Norm suchen, die dem Beteiligten dieses Interesse zubilligt. Dabei kann es vorkommen, dass Sie keine (in Klausuren fast ausgeschlossen), eine, oder zahlreiche in Betracht kommende Rechtsgrundlagen finden. Notieren Sie alle Rechtsgrundlagen, die Sie für möglicherweise einschlägig halten !

Wählen Sie nun die Rechtsgrundlage, mit der Sie Ihr Gutachten beginnen möchten. Welche es unter zahlreichen sein soll, hängt ein bisschen vom persönlichen Stil und auch den Vorlieben Ihres Prüfers ab. Dabei gelten wohl üblicherweise folgende Regeln:

Ist Ihr Ziel eine praxisorientierte Darstellung, beginnen Sie mit der Rechtsgrundlage, die aller Voraussicht nach im Fall die Lösung bietet. Möchten Sie eine vorrangig wissenschaftlich orientierte Darstellung, heben Sie sich diejenige Rechtsgrundlage/n bis zum Ende auf, die die Lösung des Falles darstellt und erörtern Sie alle anderen Rechtsgrundlagen, die zwar einschlägig sind aber letztlich aus gewichtigen Gründen nicht greifen vorweg.

Bevor Sie nun ein Gutachten ausformulieren, fertigen Sie zu Ihrem Gutachten eine Gliederung an. Diese Gliederung sollte alle problematischen Punkte des Gutachtens bereits deutlich erkennen lassen. Unproblematische Tatbestandsmerkmale sollten ausgelassen werden.

Die Gliederung orientiert sich an Fallfrage und zu bearbeitenden Rechtsgrundlagen. Auch wenn Sie nun das Gutachten noch nicht beginnen, notieren Sie jetzt bereits den ersten Obersatz Ihres Gutachtens, bzw. bei mehreren Rechtsgrundlagen, jeweils auch die weiteren Obersätze für jede zu prüfende Rechtsgrundlage. Der erste Obersatz Ihres Gutachtens verrät dem Leser bereits, ob Sie

in der Lage sind, sich auf die Regeln rechtswissenschaftlicher Kommunikation und deren Konventionen einzulassen.

Die Leitfrage zur Formulierung des ersten Obersatzes für das Gutachten lautet:

Wer will was von wem woraus ? „Woraus“ fragt nach der ersten Rechtsgrundlage, die über den Grundaufbau des Gutachtens entscheidet.

An dieser Stelle müssen Sie sich darüber klar werden, welche Prüfungsschritte Sie für einen nachvollziehbaren und vollständigen Aufbau Ihres Gutachtens durchführen müssen. Ist ein Widerspruch zu prüfen, die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes oder der Inhalt einer familiengerichtlichen Entscheidung zu begründen ?

Die Prüfungsschritte werden Ihnen meistens durch Aufbauschemata/ Prüfschemata vermittelt. Achten Sie darauf dass Prüf- oder Aufbauschemata nur eine Orientierungshilfe sind, die Ihnen Sicherheit vermitteln sollen und Sie darin unterstützen, keinen wichtigen Aspekt der Fallprüfung zu übersehen.

Traditionell ist es in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung üblich, im öffentlichen Recht verfahrensrechtliche Aspekte der Entscheidung zu berücksichtigen. Deshalb wird bei jeder Verwaltungsentscheidung überprüft, ob die Voraussetzungen eines Verwaltungsaktes vorliegen müssen. Soweit verfahrensrechtliche Fragen zu berücksichtigen sind, wie bei Entscheidungen durch einen Verwaltungsakt, achten Sie darauf, das Grundprüfschema der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes mit dem Prüfschema der ausgewählten Rechtsgrundlage zu vereinen. Überlegen Sie, an welcher Stelle die ausgewählte Rechtsgrundlage das Grundprüfschema der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes modifiziert.

Haben Sie die Gliederung fertig gestellt überprüfen Sie noch einmal kritisch, ob die ausgewählten Rechtsgrundlagen überhaupt, in der vorgesehen Reihenfolge und in der vorgesehenen Ausführlichkeit in das Gutachten übernommen werden sollen. Manches Mal stellen Sie vielleicht fest, dass Fragen, die Sie für problematisch hielten, sich beim zweiten Ansehen gerade gegenüber anderen Punkten des Gutachtens als unwichtig erweisen. Haben Sie in diesen Fällen den Mut, diese Punkte im Gutachten auszulassen.

Nun beginnen Sie mit der Formulierung Ihres Gutachtens. Ihren ersten Obersatz für die ausgewählte Rechtsgrundlage „Wer- will- was- von- wem- woraus“ übernehmen Sie in das Gutachten. Verzichten Sie unbedingt darauf den Sachverhalt noch einmal zusammen zu fassen,

den Inhalt der Rechtsgrundlage zu schildern. Verzichten Sie auch auf Vorbemerkungen oder inhaltliche Würdigungen des Sachverhaltes. Starten Sie mit dem ersten Obersatz.

Wählen Sie nun das erste Tatbestandsmerkmal der von Ihnen im ersten Obersatz genannten Rechtsgrundlage und ein Sachverhaltselement. Formulieren Sie daraus den Obersatz für die Prüfung des Vorliegens dieses Tatbestandsmerkmals. Als Formulierungshilfen, die zwar sprachlich nicht sehr professionell klingen, aber meist auf den richtigen Weg führen werden oft Einleitungen wie: „Fraglich ist ob, ...“ „Zu prüfen ist, ob...“ verwendet.

Sie müssen nun eine Definition für das erste Tatbestandsmerkmal finden. Dazu bedienen Sie sich der Auslegungsmethoden oder verwenden natürlich vorrangig vorhandene Legaldefinitionen. Manchmal ist es hilfreich, sich zu überlegen, wie man den Begriff, der das Tatbestandsmerkmal bildet, einem Menschen erklären würde, der diesen Begriff gar nicht kennt.

Im nächsten Schritt erklären Sie die Gemeinsamkeiten oder Unterschiede zwischen dem von Ihnen im Obersatz ausgewählten Sachverhaltselement und dem Inhalt der Definition. Vergleichen Sie Definition und Sachverhaltselement und erläutern Sie die Kriterien, die Sie vergleichen. Lassen Sie den Leser an Ihren Ideen dazu teilhaben.

Liegen nach Ihrer Auffassung hinreichende Gemeinsamkeiten vor, ist das Tatbestandsmerkmal erfüllt. Ist dies nicht der Fall, ist das Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt. Dieses Ergebnis fassen Sie noch einmal in der Conclusio zusammen.

Wiederholen diese Schritte für alle Tatbestandsmerkmale der Rechtsgrundlage.

Unsicherheiten herrschen oft hinsichtlich der Reihenfolge der Prüfung der Tatbestandsmerkmale. Soweit Sie auf vorgegebene Prüfungsschemata zurückgreifen können, ist es natürlich ratsam, diese zu beachten. Im übrigen empfiehlt es sich, sich an der Reihenfolge Ihres Auftretens in der Rechtsnorm zu orientieren.

Haben Sie alle Tatbestandsmerkmale Ihrer ersten Rechtsgrundlage geprüft und die Rechtsfolge erläutert, vergessen Sie nicht die Conclusio für die gesamte Rechtsgrundlage. Für alle weiteren Rechtsgrundlagen wiederholen Sie die genannten Schritte und schließen Ihr Gutachten mit der Antwort auf den allerersten Obersatz Ihres Gutachtens. Erst dann ist Ihre Gutachten zu Ende.

### **Checkliste zur Fallbearbeitung**

1. Lesen des Sachverhaltes incl. Fallfrage
2. Unklare Begriffe klären
3. Im Sachverhalt genannte Paragrafen nachlesen
4. Im Sachverhalt wiedergegebene Rechtsmeinungen beachten
5. Fallfrage bzgl. Eingrenzung des Prüfungsumfanges analysieren
6. Fallskizze und Zeitstrahl
7. Auswahl der zu prüfenden Rechtsgrundlage(n)
8. Erster Obersatz für das Gutachten:  
Wer will was von wem woraus ?
10. Entscheidung über Aufbau des Gutachtens
11. Gliederung: Grundprüfschema und Prüfschema der ausgewählten Rechtsgrundlage  
„vereinen“
12. Beginn des Gutachtens mit Obersatz aus (8.)
13. Obersatz aus 1. TBM der einschlägigen Rechtsgrundlage und SVE 1
14. Definition für das TBM 1 finden
15. Erklären der Gemeinsamkeiten oder Unterschiede zwischen SVE 1 und dem Inhalt der  
Definition
15. Vorliegen des TBM1 je nach Gemeinsamkeit oder Unterschieden feststellen in einer  
Conclusio.
16. Schritte 12. -15. wiederholen für alle TBM der Rechtsgrundlage.
17. Conclusio für die Rechtsgrundlage
18. Bei weiteren Rechtsgrundlagen wiederholen 13. - 17.
19. Conclusio des Gutachtens

Abb. 18 Zählung 6

## **2. Hinweise zur Lektüre gerichtlicher Entscheidungen**

Gerichtliche Entscheidungen zu lesen gelingt einfacher, wenn man sich darauf einstellt, dass diese Schriftstücke typische Strukturen und Inhalte haben. Nicht nur die Erläuterungen der Entscheidung in der Form des Urteilsstils ist eine fortwährende Konstante, die zur Orientierung geeignet ist. Auch die äußeren Strukturen bieten wertvolle Orientierungspunkte.

Wenn Sie eine Entscheidung lesen, sollten Sie zuerst darauf achten, ob ein Urteil oder ein Beschluss eines Gerichts vorliegt. Falls es sich um einen Beschluss handelt sind alle Erläuterungen der Entscheidung unter „Gründe“ zusammengefasst. Dabei wird im ersten Teil der Sachverhalt und das Verfahren bis zum Zeitpunkt der Entscheidung der Streitsache wiedergegeben. Hier finden Sie auch die Anträge der Parteien. Erst im zweiten Teil der „Gründe“ finden Sie die rechtlichen Erläuterungen, die das Gericht zur Entscheidung des Falles macht. Zu

Beginn dieses Abschnittes finden Sie immer das Ergebnis des Rechtsstreites, das im folgenden im Urteilsstil erläutert wird. Bei einer Entscheidung des Rechtsstreites durch Urteil ist die Trennung zwischen Sachverhaltsschilderung und Verfahren einerseits und rechtlichen Erläuterungen andererseits deutlich gekennzeichnet: Sachverhalt und Verfahren tragen den Titel „Tatbestand“. Rechtliche Erläuterungen werden mit „Entscheidungsgründe“ überschrieben.

Meist enthält der Tatbestand/ bzw. der Sachverhalts- und Verfahrensteil (folgend: Tatbestand) weitere immer gleiche Bestandteile in gleicher Reihenfolge.

Der Tatbestand beginnt mit einer kurzen Bezeichnung des Streitgegenstandes. Meist ist das nur ein (kurzer) Satz direkt zu Beginn. Danach beginnt das inhaltlich und tatsächlich unstrittige Vorbringen beider am Rechtsstreit beteiligter Parteien. Daran schließt sich das strittige Vorbringen der angreifenden Partei, z.B. als Kläger oder Antragsteller bezeichnet, an. Im Anschluss daran formulieren beide Parteien ihre konkreten Anträge an das Gericht, zuerst der Kläger/ Antragsteller, dann der Beklagte/ Antragsgegner. Im Folgenden begründet dann der Beklagte seinen Antrag, soweit er strittige Tatsachen noch vorzubringen hat, die das Gericht berücksichtigen soll. Daran schließt sich eine Zusammenfassung des Verfahrens bis zum Zeitpunkt der Entscheidung des Streites an. Das kann nur der Hinweis auf ein durchgeführtes Widerspruchsverfahren sein. Das Verfahren kann aber auch mehrere Instanzen gerichtlicher Verfahren inklusive Auszüge aus Begründungen der Entscheidungen aus Vorinstanzen beinhalten.

Erst dann folgt die eigentliche Begründung der Entscheidung, üblicherweise eingeleitet mit dem Ergebnis des Rechtsstreites.

Achten Sie bei der Lektüre dieser Gründe darauf, an welcher Rechtsgrundlage und welchen Tatbestandsmerkmalen dieser Rechtsgrundlage das Gericht arbeitet.

Tatbestand und Entscheidungsgründe werden in den Originaldrucken der Entscheidungen immer von Rubrum, Tenor und Kostenentscheidung sowie Rechtsbehelfsbelehrung eingerahmt. Das Rubrum bezeichnet die streitenden Parteien und ihre Vertreter sowie deren Anschriften. Der Tenor formuliert das vollstreckbare Ergebnis des Rechtsstreites. Die Gründe der Kostenentscheidung und eine Rechtsbehelfsbelehrung schließen die Entscheidung ab.

Üblicherweise finden Sie in Portalen und Fachzeitschriften redaktionell bearbeitete Entscheidungen, die gelegentlich gekürzt sind und es fehlen die eben genannten Bestandteile. Dafür enthalten diese Entscheidungen oftmals einen Leitsatz, der die rechtlich wichtigsten Aspekte der Entscheidung knapp zusammenfasst.



### **Checkliste zur Lektüre gerichtlicher Entscheidungen**

1. Beschluss oder Urteil ?
2. Grobstruktur: „Gründe“ oder „Tatbestand und Entscheidungsgründe“
3. Erfassen des Streitgegenstands (Anträge, deren Inhalte) und der streitenden Parteien
4. Feststellen des Ergebnisses des Rechtsstreites
5. Bestimmung der streitentscheidenden Rechtsgrundlagen
6. Bestimmung der Tatbestandsmerkmale der Rechtsgrundlage, die in der Entscheidung vom Gericht überprüft wurden

Abb. 19 Zählung 7

#### Wiederholungsfragen

- Welche Funktion hat die Fallfrage ?
- Wie sieht eine Fallskizze aus ?
- Wie findet man die Rechtsnorm, die den Fall löst ?
- Welche Aufgabe hat die Gliederung ?
- Welche Funktion haben sog. Prüfschemata ?
- Wie lange und oft wird in einem Gutachten subsumiert ?
- Erläutern Sie was Definitionen sind und wozu Sie sie im Gutachten benötigen.
- Wie unterscheiden sich Tatbestand und Sachverhalt einer Gerichtlichen Entscheidung ?
- Wann hat eine Entscheidung „Gründe“ oder „Entscheidungsgründe“ ?
- Was ist ein Rubrum ?
- Was ist ein Tenor ?

### **3. Grundlegende Weichenstellungen im Recht**

#### Orientierungsfragen

- In welche Rechtsgebiete kann man das Recht einteilen ?
- Welchen Rechtsgebieten sind Sozial- und Familienrecht zuzuordnen ?
- Welche charakteristischen Handlungsformen treten in den verschiedenen Rechtsgebieten auf ?
- Welche Gerichtsbarkeiten gibt es in der Bundesrepublik und wie sind sie aufgebaut ?

- Für welche Rechtsstreitigkeiten sind Sozial- und Verwaltungsgerichte einerseits und Zivilgerichte andererseits zuständig ?

### **3.1. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht**

Wenn Sie sich mit dem Sozialrecht und dem Familienrecht beschäftigen, beschäftigen Sie sich mit Auszügen aus den beiden größten klassischen Gebieten der Rechtswissenschaft, dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht (Zivilrecht).

Als öffentliches Recht bezeichnen wir diejenigen Normen, die die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger regeln. Als Beispiel für eine öffentlich rechtliche Rechtsnormen können wir uns § 136 I SGB III anschauen. § 136 I SGB III gibt dem Bürger, der arbeitslos ist, einen Anspruch auf Arbeitslosengeld. Die Bundesagentur für Arbeit ist in rechtlicher Hinsicht als Teil des Staates anzusehen, vgl. a. § 367 I SGB III. Durch § 136 I SGB III wird der Staat verpflichtet, an den Bürger eine Sozialleistung auszusahlen. Demnach betrifft diese Regelung das Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Hingegen regelt § 1353 Bürgerliches Gesetzbuch das Verhältnis zwischen Ehegatten. Es handelt sich also, da die Beziehung zwischen Bürgern geregelt wird, um Privatrecht.

Diese Unterscheidung erscheint zunächst abstrakt, beliebig und zweckfrei. Da aber in aller Regel ausschließlich staatliches Handeln an Grundrechte und Gesetze gebunden ist, vgl. Art. 1 III, 20 III GG, stehen dem Staat Handlungsformen offen, die dem Bürger nicht in die Hand gegeben werden. Aufgrund des Gewaltmonopols des Staates, deutlich sichtbar in Art. 20 II GG, ist es dem Bürger nicht erlaubt, Recht gegen einen anderen Bürger einseitig durchzusetzen. Können sich Bürger nicht einigen müssen sie zur Verfolgung ihrer Recht immer staatliche Einrichtungen einschalten, um eine einseitige, für alle Beteiligten verbindliche Regelung zu erreichen. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht hat demnach weitreichende Folgen. Sie bestimmt, auf welche Art und Weise rechtlich bindend gehandelt werden darf und ob die Akteure darauf angewiesen sind, eine Übereinkunft angewiesen sind oder einseitig (hoheitlichen) Zwang ausüben dürfen.

### **3.2. Charakteristische Handlungsformen – Verwaltungsakt und Vertrag**

Bleiben wir zunächst bei dem Anspruch auf Arbeitslosengeld. Die charakteristische und typische Handlungsform für das öffentliche Recht ist der Verwaltungsakt, § 31 SGB X, § 35 VwVfG oder § 35 LandesVwVfG. Der Verwaltungsakt ist in der Lage, ohne den Willen der von ihm Betroffenen, einseitige und für die Betroffenen verbindliche, sowie vollstreckbare rechtliche Folgen anzuordnen.

Im Fall der Bewilligung von Sozialleistungen, dabei handelt es sich um einen Verwaltungsakt, wird nur schwer deutlich deutlich werden, wo die Besonderheit liegt. Verbieta Ihnen ein Verwaltungsakt jedoch ein bestimmtes Verhalten und knüpft an dieses Gebot etwa Nachteile an, wie dies bei § 31a I SGB II der Fall ist, dürfte Ihnen die Besonderheit auffallen. Die Agentur für Arbeit, die die Pflichtverletzung feststellt, muss keinen Richter einschalten, um weniger Arbeitslosengeld II auszahlen zu dürfen. Anders ist das etwa beim Kindesunterhalt, § 1601 BGB, der dem als Privatrecht eingeordneten Familienrecht entspringt. Ein Kind hat zwar gegen einen Verwandten in gerader Linie einen Unterhaltsanspruch, § 1601 BGB. Es kann ihn aber gegen den Verwandten, der nicht freiwillig zahlt, nur durchsetzen, wenn es ein Gericht überzeugen kann, den Verwandten zu verurteilen und dieses Urteil schließlich auch, z.B. durch eine Gehaltspfändung, zu vollstrecken.

Verwaltungsakte begegnen Ihnen immer bei der Entscheidung über Sozialleistungen oder bei der Inobhutnahme von Kindern. Der Verwaltungsakt stellt eine einseitige hoheitliche Entscheidung der Verwaltung dar, auf die der Bürger in aller Regel keinen Einfluss nehmen kann. Sein Zweck ist es, ein Verwaltungsverfahren abzuschließen, § 8 SGB X. Darüber hinaus soll er gewährleisten, dass die Entscheidung der Verwaltung mit sämtlichen verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Voraussetzungen, die die Rechtsordnung vorsieht, im Einklang steht. Er ist damit ein wichtiges Instrument, die Gesetzesbindung der Verwaltung im Rahmen der konkreten Einzelfallentscheidung zur Geltung zu bringen. Die Gesetzesbindung ist als Verfassungsprinzip in Art. 20 III GG geregelt. Man versteht darunter die Pflicht der Verwaltung, die geltenden Gesetze als Grundlage ihres Handelns zu beachten, also gesetzeskonform zu handeln.

Die charakteristische Handlungsform des Privatrechts ist hingegen der Vertrag. Hier gilt das Prinzip der Privatautonomie. Das heißt, grundsätzlich können Parteien in ihren Verträgen alles vereinbaren, was sie vereinbaren möchten. Die Betonung liegt hier auf dem herzustellenden Konsens zwischen den am Vertrag beteiligten Parteien. Fehlt ein entsprechender Konsens, kommt ein Vertrag erst gar nicht zustande. Ein rechtlich bindendes Handeln liegt dann meist nicht vor. Anders als beim Verwaltungsakt sind die Parteien des Vertrags hier aufgerufen, den Inhalt der Verträge frei, ohne Bindung an Gesetze auszuhandeln. So zumindest die historische Idee. Inzwischen hat die moderne Rechtsentwicklung hier ebenfalls vielfach zwingendes Recht geschaffen, das auch von den Parteien des privatrechtlichen Vertrages beachtet werden muss. Dennoch gilt für das Privatrecht weiterhin das Prinzip der Privatautonomie. Beispiele für Verträge sind z.B. der Kaufvertrag nach § 433 BGB sowie die Ehe nach §§ 1303 ff BGB. Insbesondere bei Kaufverträgen, mit denen Sie täglich zu tun haben, können Sie das Prinzip der Privatautonomie beobachten. Aber auch im Familienrecht, gibt es zahlreiche Möglichkeiten, z.B. die gesetzlichen Wirkungen der Eheschließung und -scheidung durch einen Ehevertrag zu beeinflussen. Zur

Durchsetzung und Vollstreckung von autonom festgelegten Rechten und Pflichten aus den Verträgen benötigt der Bürger Hilfe seitens der staatlichen Gerichte.

### **3.3. Gerichtsbarkeit**

Man teilt die deutsche Gerichtsbarkeit in die ordentliche Gerichtsbarkeit und in die Verwaltungsgerichtsbarkeit ein. Die ordentliche Gerichtsbarkeit besteht aus Zivilgerichtsbarkeit und Strafgerichtsbarkeit. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit gliedert sich wiederum in drei Fachgerichtsbarkeiten: die Verwaltungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne, die Sozialgerichtsbarkeit und die Finanzgerichtsbarkeit. Die verschiedenen Gerichtsbarkeiten sind ihrerseits in verschiedene Instanzen gegliedert. Wir betrachten Zivilgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne und Sozialgerichtsbarkeit genauer.

Das oberste deutsche Bundesgericht in Zivilsachen heißt Bundesgerichtshof. In jedem Bundesland sind dem Bundesgerichtshof Oberlandesgerichte und Landgerichte untergeordnet. Auf der örtlichen Ebene wird die zivilrechtliche Rechtsprechung durch die Amtsgerichte wahrgenommen.

Ähnlich gliedert sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne. Verwaltungsgerichte entscheiden auf örtlicher Ebene, Oberverwaltungsgerichte, die manchmal auch Verwaltungsgerichtshof heißen, entscheiden auf Landesebene und das Bundesverwaltungsgericht ist das höchste Verwaltungsgericht der Bundesrepublik.

Das höchste deutsche Sozialgericht ist das Bundessozialgericht. Ihm ist auf Landesebene das Landessozialgericht nachgeordnet. Auf örtlicher Ebene sind die Sozialgerichte zuständig. Wissenswert ist ferner, dass es für arbeitsrechtliche Streitigkeiten eine besondere Zivilgerichtsbarkeit gibt, die sogenannte Arbeitsgerichtsbarkeit mit dem Bundesarbeitsgericht an der Spitze.

Das höchste deutsche Gericht ist das Bundesverfassungsgericht. Es überprüft unter anderem die Entscheidungen der bereits genannten Gerichte im Wege der Verfassungsbeschwerde, Art. 93 I Nr.4a GG, eines Bürgers. Es wird ausschließlich tätig, wenn der Instanzenzug des Rechtswegs ausgeschöpft ist. Das Bundesverfassungsgericht prüft bei der Verfassungsbeschwerde ausschließlich, ob durch die Gerichtsentscheidung Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte, vgl. Art. 93 I Nr. 4a GG verletzt wurden. Der Instanzenzug eines Rechtsstreites entspricht nicht immer dem eben dargestellten hierarchischen Aufbau der verschiedenen Gerichtsbarkeiten. Der

zivilrechtliche Instanzenzug geht niemals über alle 4 aufgeführten Gerichtsarten. Ein Instanzenzug ist ausgeschöpft, wenn kein Rechtsmittel mehr innerhalb der einzelnen Gerichtsbarkeit möglich ist.

### **3.4. Der Rechtsweg für sozialrechtliche und familienrechtliche Streitigkeiten**

Das Sozialrecht gehört zu den Streitigkeiten über öffentliches Recht. Streitigkeiten auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts sind in aller Regel durch § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO den Verwaltungsgerichten zugewiesen. Für Streitigkeiten aus dem Kinder- und Jugendhilferecht – Sozialgesetzbuch VIII - und nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz bleibt es bei der Regelung des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die meisten sozialrechtlichen Streitigkeiten, sind als in der Regel öffentlich - rechtliche Streitigkeiten allerdings von der Sonderzuweisung nach § 40 Abs. 1 S. 1 2. HS VwGO, erfasst. Für sozialrechtliche Streitigkeiten sind oft die Sozialgerichte zuständig. § 51 SGG ist eine Sonderzuweisung im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 2. HS am Ende VwGO.

Bei § 51 SGG gilt das sogenannte Enumerationsprinzip. Dies bedeutet, dass nur die in der Regelung ausdrücklich aufgezählten Rechtsgebiete der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen sind. Somit weist § 51 Abs. 1 Nr. 4 SGG die Streitigkeiten über das Arbeitslosengeld den Sozialgerichten zu.

Da Familienrecht Privatrecht ist, sind die Streitigkeiten aus dem Familienrecht der Zivilgerichtsbarkeit zugewiesen, § 23a Abs. 1 Nr. 1 GVG.

#### Wiederholungsfragen

- Erläutern Sie den Unterschied zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.
- Nennen Sie eine typische Handlungsform des öffentlichen Rechts. Wo ist sie geregelt ?
- Wenn Sie eine typische Handlungsform des Privatrechts. Wo ist sie geregelt ?
- Lesen Sie § 40 Abs. 1 VwGO und § 51 SGG. Bestimmen Sie, welcher Rechtsweg für die gesetzliche Krankenversicherung, die soziale Pflegeversicherung, die Grundsicherung für Arbeitsuchende, Fragen der Arbeitsförderung, der Sozialhilfe, sowie Kinder- und Jugendhilfe und das Aufenthaltsrecht eröffnet ist. In welchem Verhältnis stehen die genannten Regelungen ?
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht.
- Fertigen Sie ein Schaubild an, das zeigt, welche Gerichte die Bundesrepublik Deutschland zur Verfügung stellt, wie ihre Zuständigkeit bestimmt wird und welcher Ebene des föderalen Staates sie zugeordnet sind.





## **Buch II Basiswissen Zivilrecht**

### **Kapitel 1 Grundlagen des bürgerlichen Rechts**

#### Orientierungsfragen

- Welche Themen behandelt das Bürgerliche Gesetzbuch ?
- Was bewirkt ein Kaufvertrag ?
- Welche wichtigen Vertragsarten gibt es ?
- Welche Arten von Schuldverhältnissen gibt es ?
- Wie werden Eigentum und Besitz übertragen ?
- Gibt es außervertraglichen Schadensersatz ?
- Welche Möglichkeiten zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge gibt es ?
- Was ist eine juristische Person ?
- Was bedeutet Rechtsfähigkeit und worin unterscheidet sie sich von Geschäfts- und Handlungsfähigkeit ?
- Welche Bedeutung haben Willenserklärungen für Verträge ?

#### **1. Aufbau und Bedeutung des BGB**

Das Privatrecht, das die Rechtsbeziehungen zwischen den Bürgern regelt, ist im Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen kodifiziert. Wir haben bereits erfahren, dass das leitende Grundprinzip des Privatrechts die Privatautonomie anstelle der Gesetzesbindung ist.

Das BGB gliedert sich in fünf Bücher:

Der Allgemeine Teil des BGB (BGB-AT) enthält Begriffe und Regelungen für alle anderen Bücher des BGB und auch andere privatrechtliche Gesetze.

Das 2. Buch enthält das Recht der Schuldverhältnisse. Fragen, die alle Schuldverhältnisse und Verträge betreffen, sind im Schuldrecht Allgemeiner Teil (SR-AT) geregelt. Hier finden Sie v.a. Regelungen zum Verzug, Rücktrittsrecht, Widerrufsrecht, die grundsätzlich für alle möglichen Vertragsarten gelten. Im Schuldrecht Besonderer Teil (SR-BT) sind einzelne Vertragsarten geregelt. Hier befinden sich Regelungen, die nur für ganz bestimmte Vertragsarten gelten.

Das Sachenrecht im 3. Teil des BGB regelt vor allem Inhalt und Rechte hinsichtlich des Eigentums und Besitzes an Mobilien und Immobilien.



Das BGB schließt mit dem Familienrecht, 4. Buch, und dem Erbrecht, 5. Buch.

Eine weitere privatrechtliche Materie ist das weithin nicht kodifizierte Arbeitsrecht. Eine ansatzweise Regelung des Arbeitsrechts erfolgt durch §§ 611 ff BGB, die jedoch durch zahlreiche andere Gesetze und Rechtsprechung ergänzt werden.

Seit der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 wurden weitere privatrechtliche Sondermaterien in das BGB integriert, bspw.:

Bestimmungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Formularverträge deren Inhalt von den grundsätzlichen Bestimmungen im BGB abweicht): §§ 305 –310 BGB

Verbraucherkreditverträge: §§ 493 – 508 BGB

Haustürgeschäfte, Fernabsatzverträge und Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr: §§ 312 ff BGB

## **2. Wichtige Grundbegriffe des Privatrechts**

### **2.1. Der Vertrag**

Grundmodell privatrechtlichen Handelns ist der Vertrag. Das BGB spricht selbst ausdrücklich von bestimmten Vertragstypen. Verträge sind ein Beispiele für Schuldverhältnisse. „Schuldverhältnis“ ist der Oberbegriff für einseitige (vertragliche) Schuldverhältnisse und einen gegenseitigen Vertrag, § 241 BGB. Das klassische und vielleicht auch elementarste Beispiel ist der Kaufvertrag § 433 BGB. Dennoch gibt es eine allgemeinere Regelung, die eine Vorstellung von dem vermitteln kann, was ein Vertrag ist.

Bspw.:

§ 145 BGB: Wer einem anderen die Schließung eines Vertrages anträgt,...

§ 157 BGB: Verträge sind so auszulegen, ....

§ 241 I 1 BGB: Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.

Der Vertrag berechtigt also mindestens eine Partei von einer anderen etwas zu fordern. Man nennt dies auch einen „Anspruch“ begründen. Der Anspruch wiederum ist definiert in § 194 I BGB: Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch),...

Verträge begründen danach Ansprüche. Dabei ist es möglich, dass ein Vertrag nur einer Partei einen Anspruch einräumt, sog. einseitiger Vertrag, oder dass sich die Parteien gegenseitig etwas schulden, gegenseitiger Vertrag.

Ein Beispiel für den einseitigen Vertrag ist die Schenkung, § 516 BGB. Für den zugewendeten Gegenstand erhält der Schenker keine Gegenleistung. Gegenseitiger Vertrag ist der Kaufvertrag § 433 BGB:

Abs. 1: Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben, und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. ....

Abs. 2: Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

Die im BGB aufgezählten Vertragstypen sind keinesfalls abschließend. Es gilt der Grundsatz der Privatautonomie bzw. der Vertragsfreiheit. Der Inhalt des Vertrages ist, von wenigen Ausnahmen abgesehen, in denen gegen gesetzliche Vorgaben verstoßen wird, gleichgültig. Danach wird in der Regel noch nicht einmal geprüft, ob Leistung und Gegenleistung in einem gerechten Verhältnis stehen.

Einschränkende Vorgaben sind z.B. §§ 134, 138 BGB, oder die Inhaltskontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen §§ 305 ff BGB. Ein wichtiger Bereich der die Inhaltskontrolle von Verträgen ausweitet ist das Arbeitsrecht, und dort insbesondere das Tarifvertragsrecht, Arbeitszeit- und Arbeitsschutzrecht.

Prinzipiell gilt jedoch, dass Verträge weder an bestimmte Formen noch an bestimmte Inhalte gebunden sind. Einschränkungen dienen in der Regel dem sozial und wirtschaftlich schwächeren und schutzbedürftigen.

Verträge kommen durch (mindestens 2) übereinstimmende Willenserklärungen zustande.

D.h. der Wille einen Vertrag zu schließen, muss erklärt werden, vgl. a. §§ 116 ff BGB.

Diese Willenserklärungen werden bei Verträgen als Antrag § 145 f BGB und Annahme § 147 ff BGB bezeichnet.

Beispiel:

Frau A geht in einen Laden und verlangt Schokolade einer bestimmten Marke. Sie erhält vom Verkäufer die Tafel, gibt ihm den Preis in Euromünzen, steckt die Schokolade ein und geht.

Frau A hat nach § 433 BGB einen Kaufvertrag über Schokolade abgeschlossen. Ihr Verlangen nach dem Produkt war der Antrag, die Willenserklärung einen Vertrag über die Schokolade abschließen zu wollen. Der Verkäufer hat stillschweigend diesen Antrag angenommen, also seinerseits den Willen zum Vertragsschluss bekundet, indem er die Schokolade aushändigte.

Dabei hat der Verkäufer Frau A die Schokolade auch übergeben, d.h. ihr den Besitz verschafft, wie es § 433 I BGB verlangt.


Durch den Vertragsschluss schuldete der Verkäufer die Übergabe und die Verschaffung des Eigentums. Frau A hatte einen Anspruch darauf aus dem geschlossenen Kaufvertrag.

Damit ist der juristische Teil dieses alltäglichen Geschäftes leider noch nicht erledigt.

Nicht nur, dass Frau A ihrerseits noch Verschiedenes schuldete, auch der Verkäufer hat noch viel mehr getan, als Frau A die Schokolade in die Hand zu drücken.

So musste er ihr Besitz und Eigentum verschaffen. Dazu reicht, zumindest nach deutschem Recht, kein einfacher Kaufvertrag. Der Kaufvertrag ist nur der Grund, wieso der Verkäufer Übergabe und Eigentumsverschaffung schuldet. Er verpflichtet sich damit nur dies zu tun. Wie eine Sache Übergeben und Eigentum an ihr verschafft wird, darauf gibt erst das Sachenrecht Antwort.

Ebenso ist die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises durch Frau A nur durch den Kaufvertrag begründet worden. Wie diese Verpflichtung erfüllt wird, richtet sich ebenfalls nach dem Sachenrecht.

Frau A  Verkäufer

Anspruch auf Übergabe und Eigentum an der Schokolade aus § 433 I BGB

Frau A  Verkäufer

Übergabe und Erwerbs des Eigentums durch A ???

Frau A ← Verkäufer

Anspruch auf Abnahme der Schokolade und Zahlung des Preises § 433 II BGB

Frau A → Verkäufer

Zahlung des Preises an Verkäufer????

Die Trennung dieser verschiedenen Phasen des Kaufes ist nicht zwingend logisch. Andere Rechtsordnungen kennen das hier dargestellte sog. Abstraktionsprinzip nicht und machen es sich so wesentlich einfacher.

## 2.2. Weitere Beispiele für Verträge: Dienst -, Werkvertrag

Weitere im BGB geregelte Vertragsformen sind u.a. der Dienstvertrag, § 611 BGB, der Arbeitsvertrag, § 611a BGB, und der Werkvertrag, § 631, BGB.

Der Werkvertrag ist durch die Pflicht des „Unternehmers“ zur Herstellung des versprochenen Werkes charakterisiert, § 631 Abs. 1 BGB. Der Werkvertrag ist also erfolgsbezogen (Bsp: Schuhreparatur, Architektenvertrag, Beförderungsvertrag), während der Dienstvertrag, § 611 BGB, tätigkeitsbezogen ist. Ein Beispiel für einen Dienstvertrag ist der Behandlungsvertrag, § 630a BGB, weil der Arzt regelmäßig nur die sachgemäße Behandlung schuldet, nicht aber den Erfolg der Heilung. ER ist ein Sonderfall des Dienstvertrages, § 630b BGB. In Zweifelsfällen ist für die Abgrenzung der im Vertrag zum Ausdruck kommende Wille der Parteien maßgebend. Beispielsweise können Forschungs- und Entwicklungsleistungen Gegenstand eines Dienstvertrages wie auch eines Werkvertrages sein; entscheidend ist, ob nach dem Vertrag eine Dienstleistung als solche, also ein den Regeln der Wissenschaft und Technik entsprechendes Vorgehen, geschuldet wird oder die Herbeiführung eines Erfolgs, also etwa ein bestimmtes Arbeitsergebnis oder die Anfertigung von Berichten.

§ 611a BGB regelt den Arbeitsvertrag. § 622 BGB regelt Kündigungsfristen beim Arbeitsvertrag. Der Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrages anzusehen. Prinzipiell gilt auch beim Arbeitsvertrag das Prinzip Vertragsfreiheit. Ihre Einschränkung findet sie jedoch deutlich in der verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit Art. 9 III GG.

Der Arbeitsvertrag unterscheidet sich vom Dienstvertrag wie folgt:

Im Unterschied zum Dienstvertrag wird die Tätigkeit durch den Arbeitnehmer fremdbestimmt, unselbständig und sozial abhängig ausgeübt. Der dienstverpflichtete Selbständige, kann hinsichtlich Zeit, Ort und Inhalt seine Tätigkeit frei bestimmen. Der Arbeitnehmer untersteht dem Weisungsrecht des Arbeitgebers, d.h. er ist in eine fremde Betriebsorganisation eingegliedert. Ein Indiz für das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft ist, dass der Arbeitnehmer immer nur für einen Dienstberechtigten tätig wird, der Selbständige wird dagegen in der Regel für eine Vielzahl von Dienstberechtigten arbeiten. Für den Arbeitsvertrag gilt grundsätzlich das Dienstvertragsrecht des BGB. Ergänzend gelten arbeitsrechtliche Spezialgesetze, z.B. KSchG, BetrVG, TVG, MitBestG.

Tarifverträge sind besondere arbeitsrechtliche Rechtsquellen. Sie sind Kollektivvereinbarungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeber(verbände)n, in denen für bestimmte Gruppen von Einzelarbeitsverhältnissen Rechtsnormen vereinbart werden können, vgl. § 1 I TVG. Tarifverträge gelten grundsätzlich nur für die Mitglieder der Tarifvertragsparteien. Tariflich festgelegte Inhalte von Arbeitsverträgen sind nur unter eingeschränkten Voraussetzungen abdingbar.

### **2.3. Gesetzliche Schulverhältnisse**

Gesetzliche Schuldverhältnisse entstehen ohne vertragliche Grundlage aufgrund gesetzlicher Regelungen. Ein hier nicht vertieftes Beispiel ist die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 - § 687 BGB),

### **2.4. Ansprüche aus dem Eigentum ( „Vindikationslage“ §§ 985 ff. BGB)**

Die Verfassung garantiert in Art 14 GG das Privateigentum. Diese Verfassungsnorm hat neben erheblicher wirtschaftlicher und sozialer Bedeutung eine Besonderheit, die sich aus ihrem Satz 2 ergibt: Was Eigentum im Rechtssinne letztendlich ist, bestimmt das einfache Gesetz.

Im Privatrecht muss man sich über diese Besonderheit keine Gedanken machen, denn im BGB tritt das Eigentum in erster Linie als technischer Begriff auf, §§ 903 ff BGB. Danach ist das Eigentum

dadurch gekennzeichnet, dass der Eigentümer damit machen kann, was er möchte, § 903 BGB. Im obigen Fallbeispiel könnte Frau A, wäre sie Eigentümerin, die Schokolade aufessen, verschenken, wegschmeißen, ohne dass der Verkäufer sie daran hindern könnte. Versuchte er das, wäre Frau A berechtigt seine „Einwirkung“ auf die Schokolade auszuschließen.

Voraussetzung wäre jedoch, dass Frau A Eigentümerin wurde. Wie dies geschieht ist in § 929 BGB geregelt. Damit Frau A nicht nur einen Grund hat, die Tafel Schokoladentafel bekommen zu wollen, sondern sie auch tatsächlich bekommt und damit nach Belieben verfahren darf, ist es erforderlich, dass

- der Verkäufer seinerseits Eigentümer ist
- der Verkäufer ihr die Schokolade übergibt, ihr also den Besitz an der Schokolade verschafft
- der Verkäufer ihr Eigentum, also den unbeschränkten Gebrauch verschaffen möchte
- Frau A das Eigentum haben möchte.

Das letzte Kriterium, hier aufgeteilt in die letzten beiden Spiegelstriche, ist die Einigung über den Eigentumsübergang. Man kann es sich entweder denken oder man findet es beim Nachlesen heraus, die Einigung entspricht dem, was wir bereits als Vertrag kennengelernt haben. Wiederum sind es zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Nur ist es kein Verpflichtungsvertrag, sondern jetzt geht endlich das Eigentum tatsächlich über. Man nennt dies das „Verfügungsgeschäft“. Das Verfügungsgeschäft kann man sich als Aufhebung, Änderung und Übertragung von Rechten erklären kann.

Was nun passiert ist, dass das Verpflichtungsgeschäft (also der Kaufvertrag) seitens des Käufers erfüllt wird.

Das BGB sieht nämlich noch vor, dass Besitz verschafft wird, also eine Übergabe stattfindet, vgl. § 929 BGB. Wie man einer anderen Person Besitz verschafft und wo im Vergleich zur Alltagssprache der Unterschied zwischen Besitz und Eigentum ist, regelt § 854 BGB. Danach erlangt Besitz an einer Sache, wer die tatsächliche Gewalt über die Sache ausüben kann. Besitzer ist, wer die Sache tatsächlich in den Händen hält. Der Besitzer kann zwar mit der Sache tatsächlich verfahren, wie er möchte. Aber nur der Eigentümer ist dazu berechtigt. Eigentümer ist derjenige, der mit der Sache machen darf, was er möchte. Er darf insbesondere das Eigentum weiter übertragen, aufgeben, die Sache zerstören etc.

Zurückkommend auf unseren Ausgangsfall dürfte nun klar sein, dass Frau A Eigentum und Besitz erworben hat. Umgekehrt hat sie dem Verkäufer, um ihre Verpflichtung aus § 433 II BGB zu erfüllen, Besitz und Eigentum an den Euromünzen verschafft. Nur so erhält er ein Äquivalent zu seiner Leistung.

Das Verhältnis von Eigentümer und Besitzer lässt sich auch anschaulich am Mietvertrag über Wohnungen erklären. Geregelt ist der Mietvertrag in § 535 BGB. Sondervorschriften zum Mietvertrag über Wohnraum sind in § 549 ff BGB zu finden.

Nach § 535 BGB schuldet der Vermieter dem Mieter den Gebrauch der Mietsache zu gewähren. Der Vermieter muss dafür sorgen, dass die Mietsache in gebrauchsfähigem Zustand ist. Der Mieter muss die vereinbarte Miete zahlen.

Dies ist das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft der Miete. Sachenrechtlich wird dem Mieter Besitz § 845 BGB eingeräumt, er hat die tatsächliche Gewalt über die Sache. D.h. er stellt Möbel in der Wohnung auf, geht ein und aus wann und wie er möchte, wechselt mehrmals die Tapeten ohne dass der Vermieter etwas daran ändern könnte. Über die Wohnung verfügen, d.h. sie verkaufen ist jedoch nur demjenigen Vermieter möglich, der selbst Eigentümer ist.

Das Eigentum ist durch verschiedene Abwehransprüche gegen Beeinträchtigung durch Dritte geschützt: §§ 823 I, 985 I, 1004 I BGB

## **2.5. Deliktsrecht - Unerlaubte Handlung (§§ 823 - § 853 BGB)**

Das Deliktsrecht, auch Recht der Unerlaubten Handlungen genannt, gewährt außervertragliche Ansprüche auf Schadensersatz wegen der Verletzungen von Rechten. Die wichtigste Vorschrift ist § 823 I BGB.

Beispielfall:

Herr M spielt mit seinem Nachbarn Herr N auf der Terrasse Darts. Nach einem besonders misslungenen Wurf bekommt die Nachbarin Frau N, die gemütlich bei der Frau M auf Terrasse sitzt, einen Dartpfeil in die Schulter. Frau N hat einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 I BGB.

§ 823 BGB ist ein Beispiel für die sog. Verschuldenshaftung, d.h. Haftung für fahrlässige oder vorsätzliche Rechtsverletzungen. Ergänzt wird diese Haftung zum einen durch vertragliche Schadensersatzansprüche, wenn zwischen Schädiger und Geschädigtem vertragliche Beziehungen bestehen, z.B: § 280 BGB, und Ansprüchen aus Gefährdungshaftung, z.B: § 833 BGB, § 17 StVG. Während bei der Verschuldenshaftung Haftungsgrund die persönliche Verantwortlichkeit ist, ist Haftungsgrund der Gefährdungshaftung die abstrakte von bestimmten Dingen wie Tieren oder KfZ ausgehende Gefahr. Wer eine Gefahrenquelle in den Verkehr bringt, sie beherrscht und von ihr profitiert, soll das damit verbundene Risiko tragen.

Prüfungsschema § 823 I BGB mit Erläuterungen

(1) der Anspruchsgegner hat den Anspruchsteller in einem der geschützten Rechte bzw. Rechtsgüter verletzt:

-Leben (verletzt durch: Tötung)

-Körper und Gesundheit (Eingriff in die körperliche Integrität bzw. Störung der inneren Funktionen oder Beeinträchtigung des körperlichen oder psychischen Wohlbefindens)

-Freiheit (Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit)

-Eigentum (Verletzung der Befugnisse des § 903 BGB: Substanzeinwirkung, Entziehung, Gebrauchsbeeinträchtigung, Verfügung eines Nichtberechtigten)

oder auch sonstige Rechte, d.h.

- alle beschränkt dinglichen Rechte einschließlich Anwartschaftsrechte

- berechtigter Besitz

- Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (nur subsidiär)

- allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 1 I, 2 I GG)

- räumlich gegenständlicher Bereich der Ehe

(2) durch eine Handlung

(a) aktives Tun

(b) oder pflichtwidriges Unterlassen bei Garantenstellung

(aa) Garantenstellung



-spezielle Pflichten (Garantenstellung aus Gesetz/Vertrag/enger Lebensgemeinschaft/vorausgehendem gefährdendem Verhalten)

-allgemeine Verkehrssicherungspflicht (Verantwortlichkeit für eine Gefahrenquelle)

(bb) die Pflicht besteht dem Anspruchsteller gegenüber

(cc) der Anspruchsgegner hat die Pflicht verletzt, d.h. das Erforderliche und Zumutbare nicht getan um Verletzung abzuwenden

(3) Haftungsbegründende Kausalität: Kausalität zwischen Handlung und Rechtsverletzung

(a) condicio sine qua non (Äquivalenztheorie)

-positives Tun: Äquivalenz

-Unterlassen: pflichtgemäßes Handeln hätte die Rechtsverletzung verhindert

(b) Adäquanz: die Bedingung ist generell, wenn nicht außergewöhnliche Umstände vorliegen, geeignet, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen

(4) Rechtswidrigkeit

(a) ist nach h.M. grundsätzlich durch die Verwirklichung des Tatbestands indiziert

(b) Rechtfertigungsgründe: wie z.B.: §§ 227, 228, 229, 904 BGB oder Einwilligung des Verletzten

(5) Verschulden

(a) Verschuldensfähigkeit, § 827, 828 BGB

(b) Verschulden

- Vorsatz: Wissen und Wollen des Erfolgs (bezüglich Tatbestand und Rechtswidrigkeit!)

- Fahrlässigkeit: § 276 II BGB

(6) Schaden § 249 ff BGB

Vermögensschäden nach der Differenzhypothese: Vergleich der Güterlage der Güterlage, die durch das Schadensereignis tatsächlich geschaffen wurde mit derjenigen, die ohne schädigendes Ereignis bestünde.

Immaterieller Schaden vgl. § 253 BGB

(7) Haftungsauffüllende Kausalität, d.h. ursächlicher Zusammenhang zwischen Verletzung des Rechtsgutes und Vermögensschaden

Ersatz des kausal und adäquat verursachten Schadens unter Beachtung des Schutzzweckes der Norm.

## **2.6. Bereicherungsrecht - Ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 - 822 BGB)**

Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung ist in §§ 812 - 822 BGB geregelt. Wichtigste Rechtsgrundlage ist § 812 I 1 BGB. Maßgeblich ist dass jemand etwas „ohne rechtlichen Grund“ von einer anderen Person erlangt. „Ohne rechtlichen Grund“ weist in erster Linie darauf hin, dass das Bereicherungsrecht Mechanismus zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge ist.

Frau A will einen großen Vorrat Schokolade ihrer Liebessorte kaufen. Sie verhandelt darüber am Telefon. Der Verkäufer Herr V bietet sie ihr für 50 € an. Frau A hört nicht richtig hin und versteht 15 €. Das ist ein günstiges Angebot, denkt sie und sagt: »Ja, zu diesem Preis nehme ich sie.« Die Schokolade wird geliefert, und bald darauf kommt auch die Rechnung. In ihr steht der Preis von 50 €.

Frau A gehört die Schokolade, denn sie wurde ihm geliefert, übergeben, und man war sich einig, dass sie Eigentümerin werden soll.

Aber Frau A hat sich geirrt und kann den Vertrag nach § 119 I 1. Alt. BGB anfechten. Durch die Anfechtung wird der Kaufvertrag unwirksam. Allerdings wird durch die Anfechtung zunächst nur das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft, also der Kaufvertrag nach § 433 BGB unwirksam. Bezüglich der Übereignung war man sich schließlich einig und diese war auch fehlerlos. Die Schokolade gehört also weiterhin Frau A.

Frau A. kann die Schokolade dennoch nicht behalten. Das gerade dargelegte und sehr merkwürdige Ergebnis des Abstraktionsprinzips, das das Verpflichtungsgeschäft unwirksam werden kann, ohne das Verfügungsgeschäft zu erfassen, wird durch das Bereicherungsrecht ausgeglichen. Das Bereicherungsrecht ist sozusagen der technische Ausgleich für das Abstraktionsprinzip. Mit der Unwirksamkeit des Kaufvertrages, fehlt nun der rechtliche Grund für den Eigentumserwerb der Frau A. Also hat Verkäufer V einen Anspruch auf Rückübereignung der Schokolade nach § 812 I 1 1. Alt. BGB, weil Frau A. durch die Leistung zur Erfüllung des Kaufvertrages etwas erlangt hat. Spitzfindige Juristen sind hier der Ansicht im Fall der Anfechtung

läge ein Fall des § 812 I 2 BGB vor, da der Rechtsgrund der Leistung zunächst besteht und erst durch die Anfechtung wegfällt. Meist wird der Anwendungsbereich des § 812 I 2 BGB jedoch auf Fälle beschränkt, in denen der Rechtsgrund nicht rückwirkend wegfällt. (Bspw. Eintritt einer auflösenden Bedingung.) bei der Anfechtung ist der Vertrag jedoch von Anfang an als nichtig anzusehen.

Neben der eben behandelten Leistungskondition gibt es im Bereicherungsrecht die sog. Eingriffskondition, § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB. Als Beispiel mag folgende kleine und weitgehend alltägliche Begebenheit dienen:

Student S und Studentin T sitzen nebeneinander in einer Rechtsveranstaltung. Die Tische sind wie üblich zu klein für die ganzen Gesetzbücher, Tablets und Unterlagen. Aus Versehen steckt Studentin T nicht nur ihr Smartphone, sondern auch das des S ein. Dieser merkt zunächst nichts, da er rasch zum Zug laufen muss. Zuhause angekommen, vermisst er sein Smartphone. Leider verliert Studentin T ihre Tasche auf dem Weg nach Hause in der S- Bahn. Die Tasche mit den beiden Smartphones ist unauffindbar.

Hier gibt es keinen Vertrag zwischen S und T. Trotzdem kann S von T den Wert des Smartphones nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alternative BGB verlangen: er hat ohne rechtlichen Grund auf sonstige Weise, also gerade nicht durch Leistung, und auf Kosten des anderen etwas erlangt.

## **2.7. Rechtssubjekte**

Als handelnde Subjekte im Privatrechtsverkehr kommen juristische und natürliche Personen in Betracht. Natürliche und juristische Personen sind Zuordnungssubjekte von Rechten und Pflichten.

Natürliche Person kann ausschließlich ein Mensch sein. Natürliche Personen sind ebenfalls rechtsfähig, können also Träger von Rechten und Pflichten sein. Nach § 1 BGB beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt. Sie endet mit dem Tod des Menschen. Tiere sind nicht rechtsfähig, §§ 90, 90a BGB.

Man unterscheidet juristische Personen des Privatrechts von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Juristische Personen des Privatrechts sind z.B. der eingetragene Verein, § 21 BGB, die Aktiengesellschaft oder die Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind Bund, Länder, Gemeinden, staatliche Hochschulen, Sozialversicherungsträger sind Beispiele für juristische Personen des öffentlichen Rechts.

Juristische Personen sind (nicht alle) Vereinigungen von Menschen. Ob eine Vereinigung eine juristische Person ist, ist ausdrücklich geregelt, bzw. die Verleihung von Rechtsfähigkeit ist ausdrücklich bestimmt. Eine *juristische Person* ist deshalb eine Personenmehrheit, die als solche Träger von Rechten und Pflichten sein kann, also *rechtsfähig* ist. Nicht die Personen selbst sind hier Inhaber von Rechten und Pflichten sondern der Zusammenschluss der Personenmehrheit ist als Rechtssubjekt verselbständigt und deshalb selbst Träger von Rechten und Pflichten. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts erhalten ihre Rechtsfähigkeit durch einen konstitutiven Staatsakt, üblicherweise ebenfalls ein Gesetz, der ihnen die entsprechende staatsorganisationsrechtliche Rechtsform verleiht.

Die Rechtsfähigkeit der privatrechtlichen Vereinigung ist immer gesetzlich geregelt, z.B. die Aktiengesellschaft in § 1 I 1 AktG oder die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in § 13 I GmbHG.

## **2.8. Handlungs-, Geschäfts- und Deliktsfähigkeit**

Von der Rechtsfähigkeit ist die (rechtliche) Handlungsfähigkeit zu unterscheiden. Sie gibt Auskunft darüber, ob der Mensch für sein Handeln rechtlich verantwortlich gemacht werden kann. Man differenziert hier nach Geschäfts- und Deliktsfähigkeit. Der Begriff Deliktsfähigkeit bezieht sich auf die sog. unerlaubten Handlungen, §§ 823 ff BGB, §§ 827, 828 I BGB. Es sind Deliktsunfähigkeit, § 828 II BGB, sog. bedingte Deliktsfähigkeit/„Einsichtsfähigkeit“ zu unterscheiden.

Geschäftsfähigkeit bezeichnet die Fähigkeit, Willenserklärungen wirksam abzugeben, vgl. § 104 BGB, und bestimmt damit maßgeblich die Möglichkeit, Verträge verbindlich abzuschließen.

Bei der Geschäftsfähigkeit wird zwischen voller oder beschränkter Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit unterschieden. Geschäftsunfähig sind Minderjährige, die das 7. Lebensjahr nicht vollendet haben, § 104 Nr. 1 BGB, sowie Geisteskranke, deren freie Willensbestimmung dauerhaft ausgeschlossen ist, § 104 Nr. 2 BGB. Ihre Willenserklärungen sind unwirksam, d.h. nichtig, § 105 BGB. Sie erzeugen keine rechtliche Wirkung. Beschränkt geschäftsfähig sind Personen zwischen dem vollendeten 7. und vor Vollendung des 18. Lebensjahres, § 106 BGB. Ihre Willenserklärungen sind schwebend unwirksam, vgl. § 108 I BGB, soweit es sich nicht um ein einseitiges Geschäft handelt. Dieses ist nichtig, § 111 BGB. Eine nachträgliche Genehmigung

eines schwebend unwirksamen Geschäfts durch den gesetzlichen Vertreter führt zur Wirksamkeit der Willenserklärung. Willigt der gesetzliche Vertreter eines beschränkt Geschäftsfähigen in die Vornahme eines Geschäfts ein, ist das Geschäft des minderjährigen beschränkt Geschäftsfähigen wirksam, § 107 BGB. Ebenso ist es, wenn das Geschäft dem Minderjährigen nur einen rechtlichen Vorteil bringt. Der Volljährige ist voll geschäftsfähig, § 2 BGB, seine Willenserklärungen sind uneingeschränkt wirksam.

Die Willenserklärung ist ein weiterer zentraler Begriff des bürgerlichen Rechts. Aus Willenserklärungen entstehen Verträge. Die Willenserklärung ist ihrer Natur nach immer auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet. Sie gestaltet Rechte und Pflichten der Privatrechtssubjekte. Sie muss aus der Perspektive eines objektiven Dritten auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet sein. Bei dem Erklärenden selbst müssen Handlungswille, Erklärungsbewusstsein und Geschäftswille vorhanden sein. Fehlt eines dieser Elemente, liegt keine Willenserklärung vor. Unter Handlungswille versteht man das Bewusstsein des Erklärenden, dass er eine Handlung vornimmt. Bloßes reflexhaftes Verhalten genügt nicht. Der Handelnde muss sich bewusst sein, dass er durch seine Handlung eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt. Auf den Inhalt der Vorstellung von dem Geschäft kommt es nicht an. Das so umschriebene Erklärungsbewusstsein fehlt, wenn jemand bei einer öffentlichen Versteigerung die Hand hebt, um einem Freund zu zuwinken und schlicht nicht weiß, dass diese Geste bei Versteigerungen ein Gebot auf die zu versteigernde Sache bedeutet.

Der Geschäftswille ist hingegen auf einen konkreten rechtsgeschäftlichen Erfolg gerichtet.

Die (wirksame) Willenserklärung ist Voraussetzung dafür, dass ein Schuldverhältnis zustande kommt.

Ohne Willenserklärung/en, bspw. § 145 BGB „Antrag“ und § 147 BGB „Annahme“, so lauten die Bezeichnungen der Willenserklärungen, die zum Abschluss eines gegenseitigen Vertrags abgegeben werden, gibt es keine vertraglichen Schuldverhältnisse.

Wiederholungsfragen

- Wie unterschieden sich Vertrag und Schuldverhältnis ?
- Welche gesetzlichen Schuldverhältnisse gibt es ?
- Worin unterscheidet sich der Arbeits- vom Dienstvertrag ?
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft ?
- Wie unterscheidet sich Eigentum von Besitz ?

- Was bedeutet das Tatbestandsmerkmal „ohne Rechtsgrund“ in § 812 Abs. 1 BGB ? Nennen Sie ein Beispiel !
- Was ist eine juristische Person ?
- Was versteht man unter Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit ?
- Welche Voraussetzung hat eine Willenserklärung ?

## Kapitel 2 Familienrecht

### Orientierungsfragen

- Wo ist das Familienrecht geregelt ?
- Welche Rechtsbeziehungen regelt das Familienrecht ?
- Was ist eine Ehe ?
- Welche Folgen hat die Eheschließung ?
- Wann ist eine Scheidung möglich ?
- Was ist eine Lebenspartnerschaft ?
- Welche Formen der Verwandtschaft gibt es ?
- Wer schuldet wem Unterhalt ?
- Was ist Inhalt des Unterhaltsanspruchs ?
- Für wen gibt es Vormünder ?
- Welche Folgen hat eine Betreuung ?
- Was versteht man unter Pflegschaft ?

Das BGB schließt mit dem Familienrecht als viertem Buch. Im Familienrecht werden die Rechte und Pflichten der Familienmitglieder geregelt. Die sind z.B. Rechtswirkungen, die sich aus Verwandtschaft, Kindschaft und Eheschließungen geben. Es betrifft die Rechtsbeziehungen natürlicher Personen zueinander. Familienrecht ist weitgehend zwingendes Recht. Man unterscheidet das Eherecht (§§ 1297 – 1588 BGB) vom Verwandtschaftsrecht (§ 1589 – 1772 BGB) und vom Vormundschaftsrecht §§ 1773 – 1921 BGB.

Weitere Rechtsquellen des Familienrechts sind beispielsweise:

- Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- Gesetz über den Versorgungsausgleich (Versorgungsausgleichsgesetz – VersAusglG)
- Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG)
- Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG)
- Gesetz über die religiöse Kindererziehung (KERzG)
- Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz – GewSchG)
- Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG)

- Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern (Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz – VBVG)

## 1. Ehe

Die Ehe ist eine dauernde vertragliche Lebensgemeinschaft. Um eine Ehe schließen zu können, ist die Eheschließung Voraussetzung sowie das Fehlen von Willensmängeln und von Eheverboten.

Die Voraussetzungen der fehlerfreien Eheschließung sind danach:

- Geschlechtsverschiedenheit
- Eheschließung §§ 1303 f BGB
- Geschäftsfähigkeit vgl. a § 1303 III- IV
- Fehlen von Eheverboten §§ 1306 ff BGB
  - Doppelehe § 1306
  - Verwandtschaft § 1307, 1308
  - Eheschließungszeugnis für Ausländer § 1309 BGB
- .- Fehlen von Willensmängeln § 1314 BGB
- Einhaltung von Formvorschriften §§ 1309- 1312 BGB
  - vor dem Standesamt am Wohnsitz der Verlobten
  - Vertrag der Brautleute
  - persönliche und gleichzeitig unbedingte Erklärung

Durch die Eheschließung entsteht eine Rechts- und Verantwortungsgemeinschaft. Dazu gehört vor allem die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft.. Die darin erfassten Pflichten sind nur unvollständig durch eine Generalklausel, § 1353 I 2 BGB, geregelt. Es gehören dazu:

1. Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft
2. Pflicht zur Wahrung der ehelichen Treue
3. Pflicht zur Beistandsleistung, Hilfe- und Gefahrenabwehr
4. Pflicht zur einvernehmlichen Regelung gemeinsamer Angelegenheiten
5. Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Partner
6. Pflicht zur Gewährung der Mitbenutzung von Hausratsgegenständen
7. Ausschluss der Pflicht zur Lebensgemeinschaft § 1353 II BGB
8. Haushaltsführung u. Erwerbstätigkeit § 1356 BGB
9. Pflicht zur Mitarbeit in Beruf und Geschäft
10. Rechtlicher Schutz der ehelichen Lebensgemeinschaft



Mit einer negativen Herstellungsklage kann das Recht auf Getrenntleben festgestellt werden.

Aus der Ehe resultiert eine gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten. Sie ergibt sich bei Zusammenleben aus §§ 1360 -1360b BGB und bei Getrenntleben aus § 1361 BGB.

Der Verzicht auf auf Unterhalt für die Zukunft ist nicht möglich. Unterhalt für die Vergangenheit wird nur nach Maßgabe des § 1613 BGB zuerkannt. Ein Regress bei irrtümlicher Zuvielleistung § 13 60 b BGB ist nicht vorgesehen. Zur Feststellung der Voraussetzungen des Unterhaltsanspruches bestehen Auskunftsansprüche nach § 1605 BGB, § 1361 Abs. 4 am Ende BGB.

Für den Familienunterhalt nach § 1360 S. 1 BGB gilt, dass jeder Ehegatte Zahlung an sich verlangen kann. Kinder haben kein Recht aus § 1360 BGB. Ihr Unterhalt bestimmt sich nach § 1601 ff BGB. Der Anspruch des Ehegatten nach § 1360 BGB umfasst den Lebensbedarf des Ehegatten und der unterhaltsberechtigten Kinder (§ 1360 S. 1, 1360a I BGB). Inhaltlich wird eine Geldrente oder Naturalunterhalt geschuldet.

Der Trennungsunterhalt ist in § 1361 I, IV BGB geregelt. Dabei liegt ein Getrenntleben nur vor, wenn die eheliche Gemeinschaft aufgegeben wurde. Trennungsunterhalt bis Rechtskraft der Scheidung gezahlt. Voraussetzung des Trennungsunterhaltes ist Bedürftigkeit. Soweit eigene Einkünfte oder Vermögen vorhanden sind besteht kein Anspruch. Ggf. mindert sich der Anspruch bei unterlassenem Erwerb. Die Höhe richtet sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen, die im wesentlichen von dem in der Ehe verfügbaren Einkommen geprägt werden. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt der Trennung.

Weitere Positionen des Unterhaltes sind der Vorsorgeunterhalt auch für angemessene Versicherung und ggf. ein Sonderbedarf (bspw. §1360a IV BGB).

Eine Härteklausele, § 1361 III BGB iVm §1579 S. 2-8 BGB, lässt den Unterhaltsanspruch entfallen. Der Unterhaltsanspruch wird nach der „Düsseldorfer Tabelle“ berechnet.

Ehegatten führen üblicherweise einen Ehenamen, § 1355 Abs. 1 BGB. Sie sind allerdings nicht gezwungen dies zu tun, § 1355 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Namenswahl richtet sich nach § 1355 Abs. 2 – 5 BGB.

Weitere wichtige Regelungen zur Ehwirkung:

Die Schlüsselgewalt nach § 1357 BGB ermöglicht bei Geschäften des Lebensbedarfs die Verpflichtung des Ehegatten des Vertragsschließenden ohne weitere Rücksprache im Außenverhältnis.

Gemäß der Eigentumsvermutung § 1362 BGB wird zugunsten der Gläubiger eines Ehegatten vermutet, dass die im Besitz eines oder beider Ehegatten befindlichen Sachen dem Schuldner, d.h. gerade dem Ehegatten gehören, der im konkreten Verfahren als Schuldner in Anspruch genommen wird. Die Vermutung ist widerleglich. Die Vermutung gilt nach § 1362 Abs. 2 BGB nicht für Gegenstände die zum persönlichen Gebrauch eines Ehegatten bestimmt sind.

Das BGB bietet den Ehegatten die Wahl zwischen verschiedenen Güterständen: der Gütergemeinschaft, Gütertrennung, Zugewinnngemeinschaft und Vertragliche Vereinbarungen.

Zum 1.5.2013 trat der deutsch-französische Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft in Kraft. Er bietet deutsch-französische Ehepaaren / Lebenspartnern eine neue Möglichkeit, ihren Güterstand zu regeln, steht aber auch rein deutschen oder französischen Paaren offen.

Der gesetzliche Güterstand ist die Zugewinnngemeinschaft. Im Ehevertrag können nach § 1408 I BGB: Gütertrennung oder Gütergemeinschaft oder auch Modifizierungen aller drei Güterstände im Rahmen dispositiven Rechts vereinbart werden. Dieser Vertrag ist notariell zu beurkunden, § 1410 BGB. Die Ehegatten können sich hier nicht vertreten lassen. Es handelt sich um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft. Die Schließung eines Ehevertrages ist während und vor der Ehe möglich.

Der Ehevertrag kann unwirksam sein. Ein Beispiel ist seine Sittenwidrigkeit §§ 123, 138 BGB wegen Verzichts auf den Zugewinnausgleich, wenn dadurch Sozialhilfe in Anspruch genommen werden soll.

Der Güterstand der Ehegatten wird durch Eintragung im Güterrechtsregister kenntlich gemacht. Die Eintragung erfolgt auf Antrag. Sie ist erforderlich, da der Güterstand nicht nur das Verhältnis der beiden Ehegatten untereinander betrifft, sondern auch Dritten gegenüber bedeutsam werden kann (z.B. hinsichtlich Verfügungsbeschränkungen und Schuldnerhaftung).

### **1.1 Der Güterstand „Zugewinnngemeinschaft“**

In der Zugewinnngemeinschaft bestehen im Grundsatz getrennte Vermögensmassen § 1363 II 1, 1364 1. HS BGB. Dazu gehören das in die Ehe eingebrachte sowie das während der Ehe hinzuerworbene Vermögen § 13 63 II 1 1 HS BGB. Gemeinsames Vermögen ist aber möglich, wie bspw. Miteigentum nach Bruchteilen oder Gesamthandsgesellschaft.

Jeder Ehegatte kann über sein Vermögen frei verfügen. In Ausnahmefällen bestehen Verfügungsbeschränkungen (§ 1364 2. HS, 1365, 1369 BGB).

Die Zugewinnngemeinschaft endet bei Auflösung der Ehe, §§ 1564ff BGB, Aufhebung der Ehe: §§ 1313 ff BGB, Tod eines Ehegatten § 1353 I 1 BGB oder auch bei Fortbestand der Ehe, wenn ein nachträglicher Ehevertrag, §§ 1408,1410 BGB, geschlossen wird, oder ein Urteil über den vorzeitigen Zugewinnausgleich, § §1388 iVm 1385,1386 BGB ergeht.

## **1.2. Gütertrennung**

Wird Gütertrennung vereinbart gibt es keine spezifisch güterrechtlichen Beziehungen zwischen den Eheleuten. Es gelten aber auch hier die §§ 1353-1362 BGB.

Voraussetzungen der Gütertrennung sind, dass er durch Ehevertrag, § 1408 BGB, in dem Gütertrennung entweder ausdrücklich vereinbart oder nach den Auslegungsregeln des § 1414 S. 2 BGB als vereinbart vermutet wird.

Alternativ kommt Gütertrennung als subsidiärer gesetzlicher Güterstand mit Rechtskraft eines auf vorzeitigen Zugewinnausgleich, § 1388 BGB i.V.m. §§ 1385, 1386 BGB, oder auf Aufhebung der Gütergemeinschaft, §§ 1449, 1470 BGB erkennenden Urteils in Betracht. Gütertrennung bewirkt, dass jeder Ehegatte sowohl sein in die Ehe mitgebrachtes als auch während des Güterstandes erworbenes Vermögen. Jeder Ehegatte verwaltet sein Vermögen selbst. Verfügungsbeschränkungen (§§ 1365, 1369 BGB) gelten nicht. Eine Haftung für Schulden des Ehepartners kommt allenfalls unter den Voraussetzungen des § 1357 I S.2 BGB in Betracht. Gläubigern kommen jedoch die Vermutungen der §§ 1362 BGB, 739 ZPO zugute. Gemeinschaftliches Vermögen kann nach den allgemeinen Vorschriften als Bruchteils- oder Gesamthandseigentum gebildet werden, §§ 741 ff., 1008 ff. bzw. 705 ff. BGB. Beide Ehegatten haben nach den allgemeinen Vorschriften Mitbesitz an der Ehewohnung und am Hausrat. Eine Verpflichtung zur Einräumung von Mitbesitz folgt aus § 1353 BGB. Es existieren keine güterrechtlichen Ausgleichsansprüche bei Beendigung des Güterstandes. Eine Rückabwicklung von Vermögensverschiebungen erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften

## **1.3. Gütergemeinschaft**

Bei der Gütergemeinschaft wird ein einheitliches Vermögen der Ehegatten gebildet. Dies hat Nachteile im Insovenzfall und bei Haftungsfragen. In der Gütergemeinschaft sind folgende Vermögensmassen zu unterscheiden: Das Gesamtgut entsteht automatisch. Es ist

Gesamthandsvermögen der Ehegatten. Sondergut ist nicht rechtsgeschäftlich übertragbares Vermögen. Vorbehaltsgut kann durch Vereinbarung und Eintragung im Güterrechtsregister geschaffen werden. Sonder- und Vorbehaltsgut stehen jeweils im Alleineigentum des Ehegatten. Die Gütergemeinschaft endet, durch Aufhebung mittels Ehevertrag, §§ 1408, 1410 BGB, Aufhebungsurteil, § 1479 BGB i.V.m. §§ 1447 - 1449 und §§ 1469, 1470 BGB, Tod eines Ehegatten, sofern nicht durch Ehevertrag fortgesetzte Gütergemeinschaft, §§ 1483 ff. BGB vereinbart wurde oder Scheidung oder Aufhebung der Ehe.

#### **1.4. Wahl- Zugewinnngemeinschaft**

Die Wahl-Zugewinnngemeinschaft ist im § 1519 BGB geregelt. Er orientiert sich am deutschen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, mit Modifikationen entsprechend französischer Besonderheiten. Während der Ehe bleiben die Vermögen der Ehepartner oder eingetragenen Lebenspartner getrennt. Erst bei Beendigung des Güterstandes wird der erwirtschaftete Zugewinn zwischen ihnen ausgeglichen. Verschiedene Vermögenspositionen werden nicht im Zugewinnausgleich berücksichtigt.

#### **1.5. Ehescheidung §§ 1564-1568 BGB**

Eine Ehescheidung ist auf Antrag möglich. Es gilt das Zerrüttungsprinzip:

Das Gericht prüft eine materielle Zerrüttung im Rahmen der Voraussetzungen des § 1565 I 2 BGB. Ein Scheitern liegt vor, wenn eine Lebensgemeinschaft nicht besteht, eine Wiederherstellung nicht zu erwarten ist und die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt leben oder eine Härte bei Festhalten an der Ehe vorläge. Getrenntleben liegt vor, § 1567, wenn „Tisch und Bett“ objektiv nicht geteilt werden und ein Trennungswille vorliegt. Ein kurzes Zusammenleben ist für den Lauf der Trennungsfrist unschädlich.

Nach einjähriger Trennung kann die Ehe einvernehmlich geschieden werden, § 1566 I BGB. Auf einseitige Initiative kann die Ehe nach 3jähriger Trennung § 1566 II BGB geschieden werden. In beiden Fällen gilt eine unwiderlegliche Vermutung der Zerrüttung § 1565 I 2, 1566 I BGB. Härten soll § 1568 BGB abwenden, der eine Kinderschutzklausel und eine persönliche Härteklausel enthält.

## **1.6. Scheidungsfolgen**

Eine Ehescheidung hat verschiedene rechtliche Folgen.

Zunächst ist Scheidungsunterhalt gem. §§ 1569-1586b BGB zu zahlen. Dabei gilt zunächst der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit § 1569 BGB. Der gesetzlichen Konstruktion nach ist ein nahehehlicher Unterhaltsanspruch der Ausnahmefall. Er besteht nur, soweit er gesetzlich vorgesehen ist. Die einzelnen Unterhaltstatbestände sind in §§ 1570 - 1576 BGB geregelt.

Zu beachten ist auch die Erwerbsobliegenheit § 1574 BGB. Der Unterhaltsanspruch besteht aus einer monatlichen Geldrente, die im Voraus zu zahlen ist, § 1585 I BGB.

Hinsichtlich der Versorgungsanwartschaften findet ein Versorgungsausgleich, § 1587 BGB, statt. Dieser ist grundsätzlich zwingend. Der Ausschluss ist durch Ehevertrag möglich, aber § 1408 II, 1414 BGB sind zu beachten. Das Versorgungsausgleichsgesetz regelt Näheres.

Im Falle des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft wird auch der Zugewinnausgleich, § 1372 BGB durchgeführt.

Grundsätzlich unberührt bleibt die Rechtsstellung der Kinder im Fall der Scheidung.

Prinzipiell gilt ohne Antrag der Ehegatten im Scheidungsverfahren das gemeinsame Sorgerecht weiter. Die besondere Ausgestaltung der Sorge richtet sich nach § 1687 BGB wie im Fall des Getrenntlebens. Auf Antrag können Veränderungen des Sorgerechtes, § 1671 BGB angeordnet werden. Unabhängig von der Ausgestaltung der elterlichen Sorge haben Elternteil und Kinder ein Umgangsrecht, § 1684 BGB.

Der Kindesunterhalt wird im Scheidungsurteil mit geregelt und richtet sich nach § 1601ff BGB.

## **2. Lebenspartnerschaft**

Da die Ehe derzeit verschiedengeschlechtlichen Personen vorbehalten ist, regelt das Lebenspartnerschaftsgesetz der Ehe ähnliche Rechtsfolgen im Falle der Eingehung einer Lebenspartnerschaft zwischen gleichgeschlechtlichen Partnerinnen oder Partnern, § 2 – 11 LPartG. Eine Lebenspartnerschaft kann wie eine Ehe nur durch ein gerichtliches Urteil aufgehoben

werden, § 15 I LPartG. Rechtsfolgen der Aufhebung einer Lebenspartnerschaft richten sich nach §§ 16 - 30 LPartG und ähneln denen einer Ehescheidung.

### 3. Abstammung und Adoption

Wer in welcher Form miteinander verwandt ist, regeln BGB § 1589, 1590, §§ 1741 ff BGB. Danach unterscheidet man Verwandtschaft in gerader Linie § 1589 S. 1 BGB mit ihren Aszendenten und Deszendenten von der Verwandtschaft in der Seitenlinie, § 1589 S. 2 BGB. Der Grad der Verwandtschaft bestimmt sich nach der Zahl der Geburten ohne Geburt des Vermittelnden 1589 S. 3 BGB. Hilfreich bei der Ermittlung von Verwandtschaftsverhältnissen ist die Erstellung eines Stammbaumes.

§ 1590 Abs. 1 BGB regelt die Schwägerschaft nur bzgl. der Verwandten der Ehegatten. Sie besteht auch nach Eheauflösung fort, § 1590 II BGB. Ehegatten sind als solche weder miteinander verwandt noch verschwägert.

Das Verwandtschaftsverhältnis kann außer durch Abstammung (leibliche Verwandtschaft) auch durch Annahme als Kind (Adoption, juristische Verwandtschaft; Verwandtschaft im Rechtssinne) entstehen. Der Status des Adoptierten ist der eines gemeinschaftlichen Kindes des Annehmenden, §§ 1754, 1767 II BGB. Voraussetzungen sind der Antrag des Annehmenden und die Einwilligung "der Eltern", § 1747 S.1 BGB bei der Adoption eines Kindes. Rechtsfolge ist eine Statusänderung durch Hoheitsakt (Ausspruch des VormundschaftsG), § 1752 BGB, sog. *Dekretsystem*. Die Adoption Minderjähriger ist in §§ 1741 - 1766 BGB geregelt. Das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den bisherigen Verwandten, § 1755 I S.1 BGB (Ausnahmen: §§ 1755 II, 1756 BGB) erlischt, stattdessen entsteht eine Verwandtschaft mit den Verwandten des Annehmenden und der Adoptierte wird gemeinschaftliches Kind des Annehmenden, §§ 1754, 1767 II BGB.

Die Adoption Volljähriger ist in §§ 1767 - 1772 BGB geregelt. Es handelt sich um eine Teiladoption, § 1770 BGB. Dabei wird das Verwandtschaftsverhältnis nur zum Annehmenden, nicht aber zu dessen Verwandten begründet und die alten Verwandtschaftsverhältnisse bleiben bestehen (vgl. aber § 1772 BGB).

Eine Aufhebung der Adoption ist für die Zukunft nach §§ 1759 ff. bzw. § 1771 BGB möglich.

#### 4. Grundzüge der gesetzlichen Unterhaltsansprüche (Verwandtenunterhalt)

Die Darstellung folgt im Wesentlichen dem für das Zivilrecht typischen Anspruchsaufbau und gibt die Grundlagen des gesetzlichen Verwandtenunterhaltsrechts wieder. Kindesunterhalt ist ein Unterfall des Verwandtenunterhalts.

Man unterscheidet zwei Arten der Unterhaltsverpflichtung:

Die gesteigerte und die nicht gesteigerte Unterhaltspflicht. Gesteigert unterhaltspflichtig<sup>21</sup> sind Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern und diesen minderjährigen Kindern gleichgestellten Kindern (§ 1603 Abs. 2 BGB). Gleichgestellt sind Kinder bis zum 21. Lebensjahr, die sich in der allgemeinen Schulausbildung befinden und im Haushalt der Eltern (eines Elternteils) wohnen. Sie gilt auch zwischen Ehegatten und unter Umständen sogar bei geschiedenen Eheleuten, sowie bei eingetragenen Lebenspartnern, vgl. § 5 LPartG. Bei gesteigerter Unterhaltspflicht teilt der Pflichtige sein „letztes Hemd“ mit dem Unterhaltsberechtigten. Unterhaltsarithmetisch ausgedrückt, verbleibt dem Unterhaltsverpflichteten in diesem Fall nur der notwendige (auch genannt: „kleiner“) Selbstbehalt. Im Gegensatz dazu verbleibt dem nicht gesteigert Unterhaltspflichtigen der angemessene (auch genannt: „großer“) Selbstbehalt. Diese Unterhaltspflicht gilt für alle übrigen Unterhaltsansprüche.

##### 4.1. Der Unterhaltsberechtigte

Der bürgerlichrechtliche Unterhalt wird geschuldet zwischen Verwandten gerader Linie, Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern. Der Vater des nicht ehelichen Kindes schuldet darüber hinaus der Mutter ebenfalls Unterhalt.<sup>22</sup> Für das nicht eheliche Kind ist inzwischen geregelt, dass es mit seinem Vater verwandt ist. Geschwister und Verschwägerter schulden einander nach deutschem Unterhaltsrecht keinen Unterhalt.

Der Unterhalt zwischen Ehegatten wird für die Zeit der Dauer der Ehe, § 1360 BGB, während des Getrenntlebens, § 1361 BGB, und nach der Scheidung, §§ 1569 ff BGB, geschuldet. Die Regelungen für die eingetragenen Lebenspartner verweisen insoweit auf die Regelungen für Ehepartner, § 5 Satz 2 LPartG.

---

<sup>21</sup> Schoch, Sozialhilfe, S. 457.

<sup>22</sup> Schwab, Familienrecht, Rz. 723.

Wo verschiedene Unterhaltsansprüche gegen eine Person zusammentreffen, stellt sich die Frage, wessen Unterhaltsansprüche der Pflichtige vorrangig vor den anderen zu befriedigen hat. § 1609 BGB führt zu folgender Rangfolge:<sup>23</sup>

Vorrangig ist minderjährigen und ihnen gleichgestellten Kindern Unterhalt zu leisten.

Demgegenüber nachrangig sind Mütter und Väter, die wegen der Betreuung eines Kindes unterhaltsberechtig sind oder es im Fall der Scheidung wären. Ihnen stehen Ehegatten und geschiedene Ehegatten bei einer Ehe von langer Dauer gleich.

Es folgen sonstige Ehegatten und geschiedene Ehegatten.

Den vierten Rang nehmen alle übrigen Kinder, insbesondere die volljährigen Kinder ein. Es folgen Enkel und sonstige Abkömmlinge, dann die Eltern des Unterhaltspflichtigen sowie die weiteren Verwandten der aufsteigenden Linie.

Die Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber vorrangig Berechtigten mindert die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners gegenüber dem nachrangigen Unterhaltsgläubiger. Gibt es mehrere gleichrangig Berechtigte, deren Anspruch der Gläubiger nicht vollständig erfüllen kann ist der geschuldete Unterhaltsbeitrag anteilig herabzusetzen. Die Dringlichkeit der Bedürfnisse wird berücksichtigt.

#### **4.2. Bedürftigkeit der unterhaltsberechtigten Person**

Ein Unterhaltsanspruch besteht nur, soweit der potenziell Berechtigte bedürftig ist. Der Begriff der unterhaltsrechtlichen Bedürftigkeit ist ein anderer als der der sozialhilferechtlichen Bedürftigkeit. Anders als die Sozialhilfe, die ein soziokulturelles Existenzminimum schuldet und gewähren soll, orientiert sich der familienrechtlich angemessene Unterhaltsbedarf an einem individuelleren, familientypischen Maß. Die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten ist gegeben, wenn der Unterhaltsberechtigte seinen angemessenen Unterhalt nicht sicherzustellen vermag. (§§ 1602, 1610 BGB)

#### **4.3. Einkommen und Vermögen**

Um seinen Unterhalt zu bestreiten ist der Unterhaltsberechtigte gehalten jedwede zumutbare Arbeit aufzunehmen. Es besteht kein Berufsschutz. Zugemutet wird auch eine Tätigkeit außerhalb des erlernten Berufes und der bisherigen Lebensstellung.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Vgl. auch Schwab, Familienrecht, Rz. 866 f.

<sup>24</sup> Schwab, Familienrecht, Rz. 852.



Soweit der Unterhaltsberechtigte Einkommen erzielt, ist es ihm anzurechnen. Das Unterhaltsrecht kennt den Begriff des Einkommens nicht. Alle tatsächlich zufließenden und verfügbaren Mittel einschließlich der Sachbezüge sind Einkünfte im Sinne des Unterhaltsrechts. Darüber hinaus wird sogar fiktives Einkommen bei Unterlassung einer zumutbaren Erwerbstätigkeit hinzugerechnet.<sup>25</sup>

Auch freiwillige Zuwendungen Dritter können als unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen zählen, je nach dem welche Zweckbestimmung der Dritte getroffen hat.<sup>26</sup>

Von diesem Einkommen werden, Absetzungen vorgenommen (Unterhaltsrechtliche Bereinigung). Solche Abzugsposten sind:<sup>27</sup> arbeitsbedingte Aufwendungen, notwendige Versicherungen und Vorsorgeaufwendungen für Krankheit und Alter<sup>28</sup>, Schuldverpflichtungen und Absetzbeträge für konkurrierende Unterhaltsansprüche.

In einigen Fällen kann auch der Einsatz des Vermögens gefordert werden, um die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten abzuwenden. Dies ist dann der Fall, wenn die Verwertung des sog. Vermögensstammes (Unterscheiden von den Vermögenserträgen) zumutbar ist.<sup>29</sup> Auch der Begriff des Vermögens wird im Unterhaltsrecht nicht definiert.

#### **4.4. Der Inhalt des Unterhaltsanspruchs**

Man unterscheidet die Barunterhaltungspflicht vom Naturalunterhalt, § 1612 BGB. Naturalunterhalt gibt es nur in bestimmten Fällen, d.h. bei Eltern gegenüber ihren Kindern und zwischen den Ehegatten, § 1612 Abs. 2 BGB. Üblicherweise wird der Unterhaltsanspruch durch Zahlung einer Geldrente erfüllt. Positionen des Unterhaltes sind: der gesamte Lebensbedarf wie Nahrung, Wohnung, Gesundheitsvorsorge, gesellschaftliche Bedürfnisse, Freizeit, Kosten einer angemessenen Schul- und Berufsausbildung, sonstige Erziehungsmaßnahmen. Nicht dagegen die Kosten einer Altersvorsorge.<sup>30</sup>

#### **4.5. Der Unterhaltspflichtige**

---

<sup>25</sup> Schwab, Familienrecht, Rz.853.

<sup>26</sup> BGH FamRZ 1986, 151; BGH FamRZ 1992, 1045.

<sup>27</sup> Ehmann/Mittelman Plagemann, Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 4. Auflage, 2013 Rn 127.

<sup>28</sup> Dazu auch *BVerfG, Urteil vom 7. 6. 2005 - 1 BvR 1508/96*.

<sup>29</sup> BGH FamRZ 1982,157 f, Schwab, Familienrecht, Rn 854.

<sup>30</sup> Schwab, Familienrecht, Rz. 856.

Die unterhaltspflichtigen Personen ergeben sich aus der Übersicht zu den Unterhaltsberechtigten. Auch hinsichtlich der unterhaltspflichtigen Personen gibt es eine Rangfolge der Einstandspflicht.<sup>31</sup> Den ersten Rang belegen der Ehegatte bzw. der eingetragene Lebenspartner. Er haftet vor den Verwandten und Eltern des Bedürftigen, es sei denn, der Ehegatte gefährdet durch den Unterhalt seinen eigenen Unterhalt. In diesem Fall haften die Verwandten vor dem Ehegatten, § 1608 BGB.

Unter den Verwandten haften die Abkömmlinge vor den Aszendenten, § 1606 Abs. 1 BGB. Unter Gleichrangigen haften die näheren vor den entfernteren Abkömmlingen bzw. Aszendenten, § 1606 Abs. 2 BGB. Unter Gleichnahen wird anteilig nach den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen gehaftet.

Ist ein Verwandter mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltspflichtig, fällt der Unterhaltsanspruch gegen ihn aus. Statt seiner haftet der im Rang nach ihm stehende Verwandte, § 1607 Abs. 1 BGB. Dieses Prinzip gilt entsprechend, wenn von anteilig haftenden Verwandten einer wegen fehlender Leistungsfähigkeit ausfällt. Dieser Ausfall geht zu Lasten der übrigen gleichrangigen Verwandten.

#### **4.6. Die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten § 1603 BGB**

Der Unterhaltsverpflichtete haftet nur , wenn er leistungsfähig ist. Er ist leistungsfähig, wenn er Unterhalt leisten kann, ohne seinen eigenen angemessenen oder notwendigen Unterhalt zu gefährden, § 1603 Abs. 1 BGB.

Zum Einkommensbegriff gilt da oben gesagte. Problematisch ist regelmäßig, ob das Einkommen des Ehegatten des Unterhaltspflichtigen mit angerechnet werden kann. Da Unterhalt zwischen Verschwägerten nicht geschuldet wird, führte die Anrechnung dieses Einkommens im Ergebnis doch zu einem verkappten Verschwägertenunterhalt. Andererseits führt die wirtschaftliche Situation des Schwiegerkindes immer auch zu einer Beeinflussung derjenigen des Kindes.<sup>32</sup>

Auch für die Absetzung vom Einkommen gilt das oben gesagte. (Unterhaltsrechtliche Bereinigung.) Der nach der Düsseldorfer Tabelle ausgewiesene Selbstbehalt kann auch überschritten werden, denn die Tabelle weist nur Mindestbeträge aus.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Vgl. auch Schwab, Familienrecht, Rz. 740.

<sup>32</sup> Näher Ehmann/Mittelmann Plagemann, Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht 4. Auflage, 2013 Rn 107 ff.

<sup>33</sup> BGH FamRZ 2002, 1698 (1700 ff).

Der Einsatz des Vermögens ist beim Elternunterhalt gegenüber ihren minderjährigen und gleichgestellten Kindern, § 1603 Abs. 2 BGB gefordert.<sup>34</sup>

#### **4.7. Einwendungen gegen den Unterhaltsanspruch**

Es gilt der Grundsatz, dass Unterhalt für die Vergangenheit nicht gefordert werden darf, § 1613 BGB. Der Unterhaltsanspruch erlischt durch Tod, § 1615 Abs. 1 BGB. Eine Unterhaltspflicht entfällt auch, wenn sie einer Härte gleichkommt, § 1611 BGB.

#### **4.8. Abweichende Regelung des Unterhaltsanspruches durch Vertrag**

Als abweichende vertragliche Regelung kommt beispielsweise ein Unterhaltsverzicht in Betracht. Dieser kann nach § 138 BGB nichtig sein: ein (Teil-) Verzicht auf Verwandtenunterhalt für die Zukunft ist nicht möglich.<sup>35</sup> Allerdings sind Modifikationen zulässig, soweit dem Unterhaltsberechtigten der Anspruch im wesentlichen verbleibt.

#### **4.9. Einrede der Verjährung**

Für die Verjährung gilt § 195 BGB (3 Jahre).

### **5. Vormundschaft, §§ 1773 - 1895 BGB**

Vormundschaft bezeichnet die rechtlich umfassend geregelte Sorge für einen Minderjährigen, dessen Eltern nicht kraft Sorgerechts als gesetzliche Vertreter fungieren, vgl. §§ 1773, 1793 BGB. Der Vormund hat grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie sie den Eltern aufgrund der elterlichen Sorge zustehen, § 1793 BGB. Ihm steht also die Personensorge, §§ 1800, 1631 - 1633 BGB und die Vermögenssorge, §§ 1802 - 1831 BGB, sowie das Vertretungsrecht in beiden Bereichen zu.

Der Vormund wird unter den Voraussetzungen des § 1773 BGB durch das Familiengericht bestellt, § 1789 BGB. Der bestellte Vormund erhält eine Bestallungsurkunde, § 1791 BGB. Der materielle Umfang der Vormundschaft bestimmt sich vielmehr allein aus dem Bestellungsakt, § 1789 BGB.

---

<sup>34</sup> Ehmann/Mittelmann Plagemann, Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht 4. Auflage, 2013 Rn 133..

<sup>35</sup> Schwab, Familienrecht, Rz. 863.

Unter den Voraussetzungen der §§ 1794, 1795, 1796 BGB kann der Vormund den Mündel nicht vertreten

## **6. Betreuung**

Betreuung ersetzt seit 1991 die Vormundschaft bei Volljährigen. Ihre Voraussetzungen sind in § 1896 BGB, die Bestellung des Betreuers ist in § 1897 BGB geregelt.

Ein Betreuer darf nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist, § 1896 II S.1 BGB (Erforderlichkeitsprinzip). Gem. § 1896 II S. 2 BGB ist die Betreuung überdies subsidiär.

Der Betreuer ist innerhalb des übertragenen Aufgabenkreises gesetzlicher Vertreter des Betreuten, § 1902 BGB. Beschränkungen seiner Vertretungsmacht ergeben sich aus den Verweisungen des § 1908i I BGB auf das Vormundschaftsrecht.

Schließt der Betreuer außerhalb seines Aufgabenkreises ein Rechtsgeschäft für den Betreuten ab, so finden §§ 177 ff. BGB Anwendung. Die Anordnung der Betreuung berührt als solche die Geschäftsfähigkeit des Betreuten nicht. Dieser kann allenfalls nach § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig sein. Da die Geschäftsfähigkeit des Betreuten demnach die Regel ist, muss derjenige, der sich auf eine Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB beruft, diese beweisen.

Das VormG kann jedoch unter den Voraussetzungen des § 1903 BGB einen Einwilligungsvorbehalt anordnen. Über die Verweisung des § 1903 I S. 2 BGB gelten dann, soweit der Einwilligungsvorbehalt reicht, die Bestimmungen über Rechtsgeschäfte beschränkt Geschäftsfähiger entsprechend, §§ 108 – 113, 131 Abs. 2 und 210 BGB. § 1903 III S.1 BGB enthält eine dem § 107 BGB entsprechende Regelung, die durch § 1903 III S.2 BGB erweitert.

## **7. Pflegschaft, §§ 1909 ff. BGB**

Die Pflegschaft bezieht sich - anders als die Vormundschaft - lediglich auf einen beschränkten Bereich, nämlich die Sorge für einzelne persönliche oder vermögensrechtliche Angelegenheiten. § 1915 BGB verweist in weitem Umfang auf das Vormundschaftsrecht.

Wiederholungsfragen

- Ist Familienrecht dispositiv ?

- Welche Rechtsquellen des Familienrechts sind Ihnen bekannt ?
- Nennen Sie die Voraussetzungen einer Eheschließung ?
- Welche Pflichten hat die Eheschließung zu Folge ?
- Schulden sich die Mitglieder einer Familie gegenseitig Unterhalt und wenn ja wer schuldet wem Unterhalt?
- Was versteht man unter Schlüsselgewalt ?
- Welche ehelichen Güterstände kennen Sie ?
- Was versteht man unter gesetzlichem Güterstand ?
- Wann liegt ein Getrenntleben als Voraussetzung für eine Scheidung vor ?
- Welche Folgen hat die Scheidung einer Ehe, insbesondere für das Sorgerecht der gemeinsamen Kinder ?
- Wo ist die Lebenspartnerschaft geregelt ?
- Was versteht man unter Aszendenten bzw. Deszendenten ?
- Sind Ehegatten verwandt oder verschwägert ?
- Nennen Sie eine Form der juristischen Verwandtschaft.
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen der Adoption Erwachsener und der Adoption von Kindern.
- Wo ist die Unterhaltspflicht zwischen Verwandten geregelt ?
- Erstellen Sie eine Übersicht zur Rangfolge der Unterhaltsverpflichtung und - berechtigung der Familienmitglieder.
- Welche Formen der Unterhaltspflicht gibt es ?
- Wonach bestimmt sich die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ?
- Umreißen Sie die Grenzen in denen der Unterhalt vertraglich abweichend geregelt werden kann.
- Welche Aufgaben hat ein Vormund ?
- Erläutern Sie die Folgen einer Betreuung und der Anordnung eines Einwilligungsvorbehaltes für den Betreuten.
- Wie unterscheiden sich Vormundschaft und Pflegschaft ?

## Kapitel 3 Kindschaftsrecht

### Orientierungsfragen

- In welchem Buch des BGB ist das Kindschaftsrecht geregelt ?
- Welche Regelungsbereiche betrifft das Familienrecht ?
- Welche Rechtsbeziehungen regelt das Kindschaftsrecht ?
- Wie kommt rechtliche Elternschaft zustande ?
- Was bedeutet elterliche Sorge und welchen Inhalt hat sie ?
- Welche Möglichkeiten zivilrechtlichen Kinderschutzes gibt es ?
- Wie ist das Umgangsrecht mit dem Kind und das Umgangsrecht des Kindes geregelt ?

### 1. Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind

Das Kindschaftsrecht ist nach der systematischen Ordnung des BGB Teil des Familienrechts. Das Familienrecht beschäftigt sich in erster Linie mit drei Regelungsbereichen: Ehe, Verwandtschaft und Vormundschaft (einschließlich Betreuung). Im Recht der Verwandtschaft bildet die Rechtsbeziehungen zwischen Kindern und Eltern (Kindschaftsrecht) den zentralen Gegenstand.

Das Kindschaftsrecht betrifft die rechtliche Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Eltern und ihren minderjährigen Kindern. Diese Beziehung wird innerhalb eines Verwandtschaftsverhältnisses infolge Abstammung oder Adoption begründet. Das Eltern Kind Verhältnis erzeugt eine Reihe wichtiger rechtlicher Wirkungen: zunächst der namensrechtliche Status des Kindes, § 1616 ff BGB, die gegenseitige Unterhaltungspflicht, § 1601 BGB, sowie das Recht der Eltern zur Ausübung der elterlichen Sorge und Pflichten, das Recht zum Umgang der Eltern dem Kind, sowie das Recht des Kindes auf Umgang mit seinen Eltern, § 1626ff BGB.

Im Abstammungsrecht, § 1589 BGB, ist der Begriff der Verwandtschaft geregelt. Danach sind Personen miteinander verwandt, die von derselben dritten Person abstammen. Das Abstammungsrecht beschäftigt sich auch mit der Frage, wer im rechtlichen Sinne die Eltern eines Kindes sind. Wer die Mutter eines Kindes ist, regelt § 1591 BGB. Mutter ist diejenige Frau, die das Kind geboren hat. Gem. § 1592 BGB bestehenden drei unterschiedliche Möglichkeiten, wie Vaterschaft im rechtlichen Sinne zustande kommen kann. Sie kann kraft Gesetzes bestehen, sie kann von einem Mann anerkannt werden oder sie kann gerichtlich festgestellt werden. Biologische und rechtliche Vaterschaft müssen nicht übereinstimmen.

Ist ein Mann zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet, so ist gem. § 1592 Nr. 1 BGB der Ehemann kraft Gesetzes Vater des Kindes. Wenn die Eltern zum Zeitpunkt der

Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, dann ist nach § 1592 Nr. 2 BGB der Mann Vater des Kindes, der die Vaterschaft anerkannt hat. Die Anerkennung setzt die Zustimmung der Mutter voraus, § 1595 BGB. Das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung, die in der Regel vom Jugendamt vorgenommen wird ( § 59 SGB VIII), ist einzuhalten. Nach § 1592 Nr. 3 BGB ist der Mann Vater des Kindes, dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt ist. Antragsberechtigt zu dieser Feststellung sind die Mutter und das Kind, auch der Mann, der sich für den biologischen Vater hält, dessen Vaterschaftsanerkennung aber die Zustimmung seitens der Mutter oder des Kindes verwehrt wurde. Voraussetzung ist, dass noch kein anderer Mann im rechtlichen Sinne Vater des Kindes ist.

Soweit dies der Fall ist, kann nach § 1599 I BGB eine Vaterschaft die kraft Gesetzes oder durch Anerkennung eingetreten ist, angefochten werden. Anfechtungsberechtigt sind nach § 1600 BGB der bisher als Vater geltende Mann, die Mutter, das Kind und unter engen Voraussetzungen ein anderer Mann. § 1600 b BGB sieht für eine derartige Anfechtung eine Frist von zwei Jahren vor. Sie beginnt für jeden Berechtigten individuell zu laufen.

## **2. Die elterliche Sorge**

Die Grundsätze der elterlichen Sorge sind in § 1626 BGB geregelt. Nach § 1626 BGB haben die Eltern die Verantwortung, die Pflicht und das Recht, für ihr minderjähriges Kind zu sorgen. Vgl. auch Art. 6 Abs. 2 GG. Volljährig ist, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat, § 2 BGB. Entsprechend endet spätestens zu diesem Zeitpunkt die elterliche Sorge. Eingriffe in das elterliche Sorgerecht oder Beschränkungen dieses Rechts unterliegen einem Gesetzesvorbehalt. Der inhaltliche Umfang der elterlichen Sorge ist unter anderem in §§ 1626, 1629, 1631 Abs. 2 BGB verankert. Das Kind ist danach in seiner eigenen Persönlichkeit, seinen Bedürfnissen und Fähigkeiten zur Kenntnis zu nehmen. Eine gewaltfreie Erziehungsgrundhaltung, § 1631 Abs. 2 BGB, ist Voraussetzung und entspricht den Anforderungen des § 1 SGB VIII. Dennoch ist das rechtliche Konzept der elterlichen Sorge im wesentlichen Eltern - zentriert. Dem Kind steht ein Recht auf Gewalt freie Erziehung zu, § 1631 Abs. 2 BGB. Ferner hat das Kind einen Rechtsanspruch auf Umgang mit beiden Elternteilen § 1684 Abs. 1. 1. Halbsatz BGB.

Die Position der Eltern ist durch die Rechtsordnung sehr stark ausgestaltet und die ihrer minderjährigen Kinder relativ schwach ausgeprägt. Diese strukturelle Asymmetrie findet sich auch in den privatrechtlichen Beziehung zwischen Eltern und ihren minderjährigen Kindern. Einen Ausgleich soll die Rechtsfigur des „Wohls“ des Kindes herbeiführen. Das Wohl des Kindes verweist darauf, dass den Eltern das Elternrecht nicht um ihrer selbst willen, sondern der Kinder

wegen gewährt ist. Die zentrale Bedeutung des Begriffes des Wohl des Kindes wird auch in § 1697a BGB sichtbar, der das Wohl des Kindes als Maßstab allen richterlichen Handelns in den von ihm zu entscheidenden Konflikt zu berücksichtigen hat. Das Wohl des Kindes orientiert sich an den Grundrechten und Grundbedürfnissen der Kinder. Dazu zählen auch empirisch zugängliche pädagogische, soziologische und psychologisch objektivierbare Kriterien. Bei der Subsumtion unter Anwendung der Norm im jeweiligen Einzelfall ist es darüber hinaus notwendig, konkret und detailliert die Situation des Minderjährigen in seinem gesamten Umfeld zu betrachten und auszuwerten.

Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge §§ 1631ff BGB) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge § 1638 ff. BGB). Beide Teile der elterlichen Sorge haben einen tatsächlichen handlungsbezogenen und einen rechtsgeschäftlichen Aspekt. Der tatsächlich handlungsbezogene Aspekt besteht in der Erziehung, Fürsorge, Aufsicht und wirtschaftlicher Vermögensverwaltung. Der rechtsgeschäftliche Aspekt besteht in der gesetzlichen Vertretung, § 1629 BGB. Als Bestandteile der Personensorge nennt § 1631 Abs. 1 BGB zunächst Pflege und Erziehung des Kindes im allgemeinen, wozu auch Ernährung, Körperpflege, Gesundheit, Sorge sowie eine angemessene Lernbetreuung gehören. Weiterhin gehören dazu die Aufsichtspflicht und das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Zum Aufenthaltsbestimmungsrecht gehört auch, dass die Eltern oder ein Elternteil das Kind von einem Dritten heraus verlangen können, sofern dieser es ihnen widerrechtlich vorenthält, § 1632 Abs. 1 BGB. Zur Personensorge gehört auch, dass die Eltern den Umgang des Kindes mit anderen Person bestimmen können, § 1632 Abs. 2 BGB. Das Umgangsbestimmungsrecht der Eltern findet jedoch seine Begrenzung im gesetzlichen Umgangsrecht für Großeltern, Geschwister und anderen Bezugspersonen aus § 1685 BGB sowie dem Umgangsrecht des anderen Elternteils und des Kindes bei Getrenntleben der Eltern nach § 1684 BGB. Bei der Ausübung der Personensorge wird von den Eltern erwartet, dass sie die zunehmende Fähigkeit des Kindes zur Selbstbestimmung im Laufe seines Entwicklungsprozesses berücksichtigen, § 1626 Abs. 2 BGB. § 1631a BGB gibt den Eltern das Recht, auf die Berufswahl ihrer Kinder angemessenen Einfluss zu nehmen. Aus dem Bereich der elterlichen Sorge herausgenommen ist die Einwilligung in eine freiheitsentziehende Unterbringungsmaßnahme sowie in die Sterilisation einer oder eines Minderjährigen, § 1631 b BGB, § 1631 c BGB. Zur freiheitsentziehenden Unterbringung besteht ein Richtervorbehalt. Die Sterilisation von Minderjährigen ist ausgeschlossen.

Die in § 1638 ff. BGB geregelte Vermögenssorge sieht eine Reihe von besonderen gesetzlichen Anordnungen und Genehmigungspflichten für verschiedene Rechtsgeschäfte vor, die dem Schutz des Vermögens des der Minderjährigen dienen sollen.



Da der Minderjährige bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres geschäftsunfähig ist, § 104 Nr. 1 BGB, bzw. danach beschränkt geschäftsfähig, § 106 BGB, bedarf er eines gesetzlichen Vertreters, der in seinem Namen und mit Wirkung für und gegen ihn Willenserklärungen abgibt oder empfängt. Dazu gehört es auch, die Interessen des Minderjährigen vor Gericht als Kläger oder Beklagte wahrzunehmen. Diese gesetzliche Vertretung liegt nach § 1629 BGB bei den Eltern. Auch sie steht im Grundsatz beiden Eltern gemeinschaftlich zu.

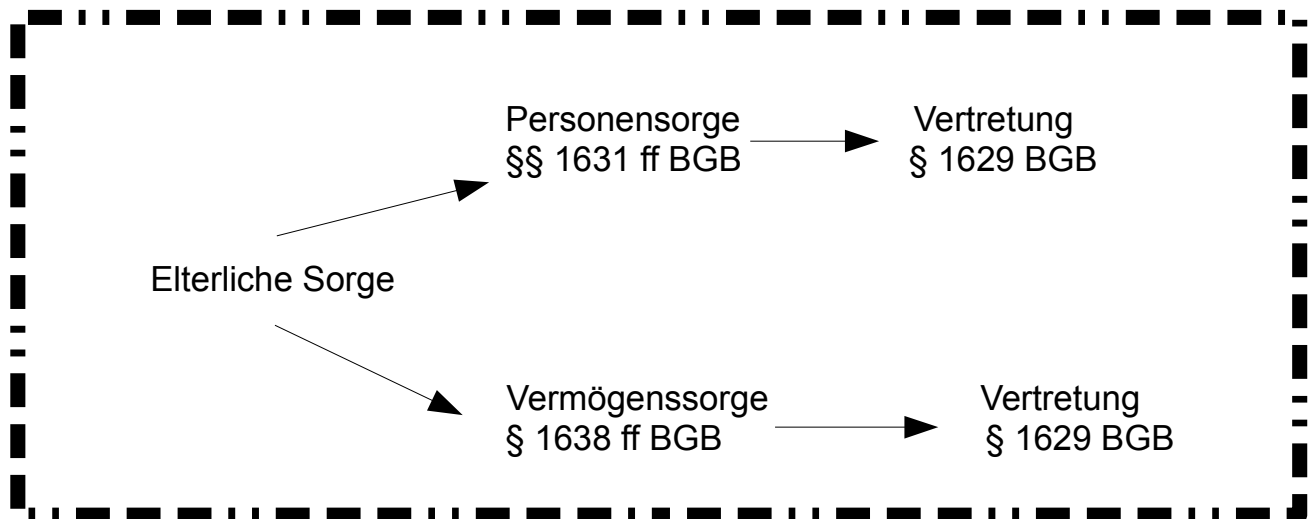


Abb. 17

§ 1626 Abs. 1 S. 1 BGB erläutert, wer Inhaber der elterlichen Sorge ist. Der Umkehrschluss aus § 1626a BGB führt zu dem Ergebnis, dass es das gemeinsame elterliche Sorgerecht zunächst nur für verheiratete Elternteile gibt. Ansonsten bedarf es, sofern die Eltern nicht noch nach der Geburt des Kindes heiraten, nach dem Gesetzeswortlaut zur Begründung eines gemeinsamen Sorgerechts der Abgabe einer Sorgeerklärung der beiden Elternteile, § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB. In allen anderen Fällen hat die Mutter die alleinige elterliche Sorge, § 1626 a Abs. 3 BGB.

Die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf ein Elternteil ist unter den Voraussetzungen des § 1671 BGB auf Antrag möglich. In beiden Fällen ist Voraussetzung, dass die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt leben. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge muss entweder der andere Elternteil zustimmen. In diesem Fall hat das über 14-jährige Kind ein Widerspruchsrecht. Oder die Übertragung der Alleinsorge auf ein Elternteil muss dem Wohl des Kindes am besten entsprechen. Obwohl das Wohl des Kindes als Tatbestandsmerkmal nicht in § 1671 Abs. 1 Nr. 1 BGB als Tatbestandsvoraussetzung genannt ist, ist davon auszugehen, dass es gemäß § 1697a BGB bei der gerichtlichen Entscheidung zu berücksichtigen ist. Der Vater kann bei Alleinsorge der Mutter nach § 1671 Abs. 2 BGB auf Antrag die alleinige Sorge durch gerichtliche Entscheidung erhalten.

Die beiden Alternativen setzen jeweils voraus, dass die Alleinsorge des Vaters dem Wohl des Kindes entspricht. Stimmt die Mutter nicht zu, § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB, muss dem Antrag des Vaters stattgegeben werden, wenn eine gemeinsame Sorge nicht in Betracht kommt.

Die Trennung oder Scheidung der Eltern hat keine unmittelbaren Auswirkungen auf das Fortbestehen der gemeinsamen elterlichen Sorge. Nur wenn mindestens einer der beiden Elternteile einen Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge oder Teile von ihr auf sich allein beantragt, ist eine entsprechende familiengerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Geschieht dies nicht, dann wird die Sorge nach Maßgabe von § 1687 BGB auch weiterhin von beiden Eltern gemeinsam ausgeübt.

Die elterliche Sorge kann darüber hinaus beschränkt bzw. entzogen werden oder es kann ein Ruhen der elterlichen Sorge eintreten. In einigen gesetzlich festgelegten Fällen kommt es zum Ruhen der elterlichen Sorge. Dies ist nach § 1673 BGB oder § 1674 BGB der Fall, wenn die elterliche Sorge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen von einem Elternteil nicht ausgeübt werden kann. Rechtliche Gründe sind beispielsweise die Geschäftsunfähigkeit oder die beschränkte Geschäftsfähigkeit eines Elternteils. Ein Grund, aus denen ein Elternteil im tatsächlichen Sinne an der Ausübung der elterlichen Sorge gehindert ist, kann z.B. der längere Aufenthalt im Strafvollzug sein.

### **3. Kinderschutz**

Um den Schutz von Minderjährigen zu gewährleisten und das staatliche Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 GG umzusetzen, räumt § 1666 Abs. 1 BGB dem Staat ein Eingriffsrecht in die elterliche Sorge ein. Sobald das körperliche, geistige oder seelische Wohl eines Kindes oder sein Vermögen gefährdet ist und die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, hat das Familiengericht nach § 1666 Abs. 1 BGB die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, die dieser Gefahr entgegenwirken. Nach der alten Gesetzeslage konnte man verschiedene Typen der Gefährdung unterscheiden: der Missbrauch des elterlichen Sorgerechts, die Vernachlässigung des Kindes, das unverschuldete Versagen der Eltern oder die Gefährdung durch ein Verhalten Dritter. Diese Tatbestandsmerkmale sind in der Reform des § 1666 BGB von 2008 aufgegeben worden. Als Tatbestandsmerkmal für den Eingriff in das Sorgerecht blieb danach die objektive Gefährdungslage, die diese alten Kriterien ablöst. Dies gilt insbesondere für die Frage nach einem Verschulden der Eltern.

Die Gefährdung wird nach ständiger Rechtsprechung als gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr, dass sich bei der weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt, verstanden. Die Gefährdung nach § 1666 Abs. 1 BGB liegt erst vor, wenn die durch objektive Anhaltspunkte begründete Sorge besteht, dass eine für das Kind oder Jugendlichen nachteilige Situation aufgrund ausbleibender Intervention gegenwärtig oder doch zumindest unmittelbar zu einer erheblichen und nachhaltigen Beeinträchtigung führt. Ob elterliches Fehlverhalten vorliegt, ist irrelevant. Der Begriff der Gefährdung setzt nicht voraus, dass ein Schaden oder eine Beeinträchtigung bereits eingetreten ist. Es darf aber auch andererseits nicht bloß eine rein abstrakte Gefahrenlage vorliegen.

Wesentlicher Bestandteil des Wohls des Kindes ist das Recht dieses Kindes auf eine gewaltfreie Erziehung, § 1631 Abs. 2 BGB. Dieses Recht gilt unabhängig von sozialen, ethnischen oder kulturellen Identitäten der Sorgerechtsinhaber. Das Recht bietet keinen Freiraum für kulturbedingte Misshandlung oder Missbräuche.

Bei der Frage der Unwilligkeit bzw. Unfähigkeit der Eltern, die Gefahr von dem Kind abzuwenden, kommt es nicht darauf an, ob die Eltern diesbezüglich eine Schuld trifft.

Die Rechtsfolgen des § 1666 BGB sind in dessen Absatz 3 nicht abschließend aufgezählt. Das Familiengericht darf nicht immer die gesamte Personensorge entziehen. Der Entzug von Teilbereichen wie z.B. des Aufenthaltsbestimmungsrechts, des Herausgaberechts oder Entscheidung im Hinblick auf die Gesundheitsorge des Kindes entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, § 1666a BGB, ist viel eher möglich. Wichtig ist auch festzustellen, dass der Entzug der Personensorge nicht mit dem Entzug des Umgangsrechts einhergeht. Nach § 1666 Abs. 4 BGB kann das Gericht auch Maßnahmen mit Wirkung gegen Dritte treffen. Das Gericht hat in jedem Fall das mildeste Mittel zu wählen, mit dem die Gefahr abgewendet werden kann, § 1666a BGB. Die gesamte Personensorge darf nach § 1666 Abs. 3 BGB nur entzogen werden, wenn andere Maßnahmen erfolglos geblieben sind oder wenn anzunehmen ist, dass sie zur Abwendung der Gefahr nicht ausreichen. Das in § 1666a Abs. 1 S. 1 BGB geregelte Prinzip der Verhältnismäßigkeit gilt auch für alle anderen familienrechtlichen Entscheidungen. Wird ein Teil der elterlichen Sorge entzogen, so erhält das Kind für diese Teilbereiche nach § 1909 Abs. 1 BGB einen Pfleger.

### Prüfschema § 1666 Abs. 1 BGB

Tatbestand:

1. Gefährdung
2. seelisches oder geistiges oder körperliches Wohl oder Vermögen
3. des Kindes
4. Eltern
5. nicht gewillt oder nicht in der Lage
6. Gefahr abzuwenden

Rechtsfolge:

1. Familiengericht
2. Maßnahmen
3. Abwendung der Gefahr
4. erforderlich

## 4. Umgangsrecht

Der Umgang mit ihrem Kind ist für die Eltern eine Pflicht und ein Recht, unabhängig davon, ob ihnen die elterliche Sorge zusteht. Gleichzeitig ist das Recht des Kindes auf Umgang mit beiden Elternteilen eines der wenigen subjektiven Rechte des Kindes im Eltern-Kind-Verhältnis, § 1684 Abs. 1 BGB. Darüber hinaus haben auch Großeltern und Geschwister ein Umgangsrecht unter der Maßgabe, dass dies dem Wohl des Kindes dient. Gleiches trifft auch auf andere Bezugspersonen zu, wenn diese mit dem Kind in einer sozial familiären Beziehung zusammengelebt haben. Dies können Stiefeltern sein oder auch Personen, bei denen das Kind in Familienpflege lebt, § 1685 Abs. 1 und 2 BGB.

Wiederholungsfragen

- Erläutern Sie den Unterschied zwischen rechtlicher und biologischer Vaterschaft.
- Was versteht man unter einem gemeinsamen Sorgerecht?
- Wann hat die Mutter die Alleinsorge?
- Unter welchen Voraussetzungen kann der Vater das alleinige Sorgerecht für ein Kind haben?
- Erläutern Sie den Inhalt der elterlichen Sorge.

- Was ist Inhalt der Personensorge?
- Auf welche Bereiche der elterlichen Sorge bezieht sich die gesetzliche Vertretung des Kindes?
- Wie wirkt sich die Trennung oder Scheidung der Inhaber der elterlichen Sorge auf die elterliche Sorge für das Kind aus?
- Erläutern Sie Inhalt und Umfang des Umgangsrechts bzw. der Umgangspflicht der Eltern mit ihren Kindern und umgekehrt.
- Welche Rechtsgrundlagen für gerichtliche Eingriffe in das Sorgerecht kennen Sie?
- Sind Maßnahmen nach § 1666 BGB Verwaltungsakte i.S. des § 31 SGB X?
- Erläutern Sie den Zusammenhang von § 27 SGB VIII mit § 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB.
- Welche Grundsätze hat das Gericht bei der Anordnung der Rechtsfolgen nach § 1666 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen?
- Welche Gerichtsbarkeit entscheidet über Maßnahmen nach § 1666 BGB ?
- Welche Funktion hat § 1666 Abs. 2 BGB ?
- Das Gericht ordnet gegenüber einem allein sorgeberechtigten Elternteil ein Gebot an, Hilfe zur Erziehung in Vollzeitpflege in Anspruch zu nehmen. Welche Regelung muss es hinsichtlich der elterlichen Sorge außerdem treffen ?
- Erläutern Sie den Zusammenhang zwischen Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG und § 1666 BGB.



## **Buch III Basiswissen öffentliches Recht**

### Orientierungsfragen

- In welcher Form wird über Sozialleistungsansprüche des Bürgers entschieden ?
- Welche formalen und inhaltlichen Anforderungen gibt es für Entscheidungen der Sozialverwaltung ?
- Wie kann man sich gegen eine unerwünschte Entscheidung der Sozialverwaltung wehren ?
- Welche Funktion haben die Grundrechte im Rahmen der Entscheidungen der Sozialverwaltung ?

### **Kapitel 1 Der Verwaltungsakt**

#### Beispiel (1) Der Straßenclown

Anton treibt als Clown seine Späße mit den Passanten der städtischen Fußgängerzone. Die Späße sind den Passanten sehr willkommen. Immer mehr Menschen bleiben stehen, sehen zu, lachen und applaudieren. Die Menschenmenge blockiert schließlich den Zugang zu den Geschäften in der Fußgängerzone. Ein erboster Geschäftsinhaber alarmiert die Polizei. Die Polizei kommt schließlich mit einem Streifenwagen vorbei und fordert Anton auf, die Fußgängerzone zu verlassen. In Zukunft dürfe er dort keinen Menschauflauf mehr verursachen.

#### Beispiel (2) Das behinderte Kind

Max ist 6 Jahre alt und ein aufgewecktes Kerlchen. Er ist schwer gehbehindert und daher darauf angewiesen, einen Rollstuhl zu verwenden. Er geht in eine integrative Regelschule. Diese ist auch barrierefrei ausgestattet. In den Pausen fühlt er sich aber ausgeschlossen. Sein Rollstuhl ist nicht wendig genug. Sein sehnlichster Wunsch ist es, einen knallgrünen, wendigen Kindersportrollstuhl zu besitzen. Seine Eltern wenden sich in seinem Namen an das Sozialamt. Das Sozialamt lehnt es ab, den Kindersportrollstuhl zu finanzieren.

#### **1. Beispiele**

Beide Fälle bieten Beispiele für einen Verwaltungsakt. Die klassische Form des Verwaltungshandelns ist die Eingriffsverwaltung, hier am Beispiel des Fall 1 eingeführt. Der Bürger tut etwas oder möchte etwas tun und die Verwaltung verbietet es ihm.

Polizei- und Ordnungsbehörden sind Behörden der Eingriffsverwaltung. Man nennt diese Behörden auch Gefahrenabwehrbehörden. Prototyp einer Ermächtigungsgrundlage für die Eingriffsverwaltung ist polizeiliche Generalklausel (z.B. § 11 Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) sowie die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen der anderen Bundesländer). Typisches Ordnungsrecht ist auch das Ausländeraufenthaltsrecht, das Gewerberecht, das Baurecht oder das Versammlungsrecht. Beispiele für Verwaltungsakte auf diesen Gebieten sind z.B.: die Erteilung und Widerruf von Genehmigungen.

Ernst Forsthoff hat 1938 darauf hingewiesen, dass es nicht nur Eingriffsverwaltung gibt. Die Verwaltung tritt auch als Leistungsverwaltung auf. Dies ist insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge der Fall. Daseinsvorsorge beschreibt wirtschaftliche Tätigkeit der Verwaltung für die technischen Grundbedürfnisse der Bürger: Versorgung mit Gas, Wasser, Elektrizität, Müllabfuhr, öffentliche Verkehrsmittel, Telefon, Post, Kindergärten, Bildungseinrichtungen, Schulen, Hochschulen, Gesundheitsversorgung, Badeanstalten, Krankenhäuser, Friedhöfe, die Organisation sozialer Leistungen. Geht es um die Teilhabe von Bürgern an Gütern, handelt es sich um Leistungsverwaltung. So auch im zweiten Beispiel.

Der Verwaltungsakt ist eine Handlungsform für beide Verwaltungsarten. Er steuert die Entscheidungsfindung und steuert die Gesetzesbindung der Verwaltung sowohl in der Eingriffs- als auch in der Leistungsverwaltung. Als zentrale Rechtsfigur des verwaltungsrechts ist er im § 35 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz) bzw. VwVfG der Länder (L VwVfG) bzw. § 31 SGB X geregelt. Inhaltlich kommt dreimal dieselbe Norm in unterschiedlichen Gesetzen vor. Dieser Überfluss beruht auf den unterschiedlichen Anwendungsbereichen der jeweiligen Kodifikation (Gesetzbücher) zustande: Führt der Bund das Verfahren durch, wendet er das VwVfG an. Liegt das Verwaltungsverfahren in der Hand der Länder, wenden sie das jeweilige Landesverwaltungsverfahrensgesetz an. Die Tätigkeit der Sozialverwaltung richtet sich regelmäßig nach dem SGB X, soweit es um Gegenstände des Sozialgesetzbuches geht. Diese Regelung zum jeweiligen Anwendungsbereich sind in §§ 1, 2 der genannten Gesetze zu finden. Die Anwendungsbereiche entsprechen der verfassungsrechtlichen Teilung der Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern, vgl. a. Art. 80, 83 ff GG.

Der Verwaltungsakt ist nicht sehr anschaulich. In den Verwaltungsverfahrensgesetzen ist er nur sehr abstrakt und verallgemeinernd umschrieben, § 31 SGB X, § 35 VwVfG bzw. VwVfG der Länder. Dem Bürger begegnet der Verwaltungsakt in der Regel als Schriftstück der Verwaltung, das auch als „Bescheid“ oder „Verfügung“ bezeichnet wird. Manchmal sind Verwaltungsakte aber auch eindrucksvoller: Verkehrsampeln, Verkehrszeichen und die Hand- und Körperzeichen der



Verkehrspolizei bei ausgefallenen Verkehrsampeln sind nach herrschender Meinung ebenfalls Verwaltungsakte, denn sie „sprechen“ konkrete Verbote bzw. Gebote an die Verkehrsteilnehmer aus.

Im Beispiel 2 könnte das Sozialamt geantwortet haben:

„Sehr geehrte Familie K,

Ihr Sohn Max hat bereits von seiner Krankenkasse einen voll funktionsfähigen und altersgerechten Rollstuhl erhalten. Dass er sich bei den Pausenspielen ausgeschlossen fühlt, bedauern wir aufrichtig. Allerdings gehen wir davon aus, dass sich die anderen Kinder bei angemessener pädagogischer Begleitung auch um ihn kümmern werden und ihn einbeziehen, selbst wenn er aufgrund seiner Behinderung nicht so agil ist. Sein Anspruch auf Hilfsmittel nach § 54 SGB XII und § 33 SGB V ist durch die Bereitstellung eines altersgerechten Rollstuhls erfüllt worden. Darüber hinaus hat er keinen Anspruch auf einen Sportrollstuhl.

Gegen diesen Bescheid können Sie binnen eines Monats nach Zugang Widerspruch einlegen. Der Widerspruch ist schriftlich oder zur Niederschrift bei der Rechtsantragsstelle (Adresse) einzulegen.

Mit freundlichen Grüßen  
(Sachbearbeiter)“

Dieser Bescheid versagt dem Max einen Sportrollstuhl. Der Verwaltungsakt, hier in der Form eines Bescheides, gestaltet damit die Rechtsposition des Max, der glaubte, auf diesen Rollstuhl einen Anspruch zu haben. Der Anspruch besteht nach Ansicht der Sozialverwaltung nicht. Dabei ist es für die Wirkung des Verwaltungsaktes zunächst völlig gleichgültig, ob dieser Anspruch bei rechtmäßiger Anwendung des Gesetzes tatsächlich besteht. Die „Macht“ des Verwaltungsaktes erkennen Sie an folgender Tatsache. Angenommen Max wehrt sich nicht mittels Widerspruch § 78 SGG gegen diese Entscheidung, wird dieser Verwaltungsakt bestandskräftig. Stand Max nach den gesetzlichen Voraussetzungen eigentlich ein Anspruch auf diesen Rollstuhl zu, verliert er ihn endgültig durch Eintritt der Bestandskraft. Was im Bescheid steht, gilt nun als zutreffend.<sup>36</sup> Max kann nach Eintritt der Bestandskraft nicht mehr vor Gericht auftreten und behaupten, die Verwaltung habe sich geirrt, d.h. z.B. die Rechtslage oder Sachlage verkannt. Ihm habe der Sportrollstuhl zum Zeitpunkt der Entscheidung des Sozialamtes nun doch zugestanden.

---

<sup>36</sup>Sogenannte Tatbestandswirkung.

Im ersten Beispiel erging der Verwaltungsakt unauffälliger. Die Verwaltung kann Verwaltungsakte formlos erlassen, d.h. auch mündlich § 37 VwVfG bzw. LVwVfG und § 33 SGB X. Indem der Polizist die Menschen aufforderte, auseinander zu gehen, hat er ein Verbot ausgesprochen, sich an dieser Stelle aufzuhalten. Auch dies ist ein Verwaltungsakt.

Im Beispiel der Eingriffsverwaltung wird deutlicher als im Beispiel 2, welchen Zwang der Verwaltungsakt zu erzeugen vermag. Ähnlich dem Beschluss oder Urteil eines Richters kann der Verwaltungsakt gegen den Willen desjenigen, an den er gerichtet war, durchgesetzt werden, d.h. vollstreckt werden. Rechtsgrundlage sind hier die Verwaltungsvollstreckungsgesetze oder Polizeigesetze der Länder. Die Polizei könnte demnach eine besonders unkooperative Menschenmenge auseinander treiben, bzw. die Beteiligten festnehmen und entfernen.

## **2. Funktionen**

Der Verwaltungsakt hat demnach die Funktion dem Betroffenen die Entscheidung der Verwaltung zur Kenntnis zu bringen, diese verbindlich festzulegen und die Entscheidung schließlich auch gegen den Willen des Betroffenen durchzusetzen.

Der Verwaltungsakt ist die am häufigsten verwendete Möglichkeit, ein Verwaltungsverfahren abzuschließen, vgl. § 9 VwVfG, § 8 SGB X. Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieser Gesetze ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet sind; dies schließt den Erlass des Verwaltungsaktes ein. Eine nach außen wirkende Tätigkeit ist immer gegeben, wenn der Bürger in seinen Rechten betroffen ist. Entscheidet die Verwaltung über Rechte oder Pflichten des Bürgers, leitet sie entweder von Amts wegen oder auf Antrag ein Verwaltungsverfahren ein. Dabei muss sie unabhängig vom sachlich und inhaltlich geltenden materiellen Recht die Verfahrensvorgaben der Verwaltungsverfahrensgesetze wie SGB X, VwVfG oder LVwVfG beachten.

Das Verwaltungsverfahren ist dazu gedacht, die Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsaktes zu ermitteln. Die Verwaltung muss sich also darüber klar werden, dass sie eine bestimmte Rechtsgrundlage anwenden möchte. Im Beispiel 1 wird sie die einschlägige polizeiliche Generalklausel des jeweiligen Bundeslandes und evtl. auch § 15 III VersG in Betracht ziehen. Im zweiten Fall bieten §§ 17 I, 19 III, 53, 54 SGB XII und § 33 SGB V die entsprechende Rechtsgrundlage. Die Verwaltung ermittelt den Sachverhalt, der die Rechtsgrundlage für ihr Handeln erfüllen soll, nach § 24 LVwVfG bzw. § 20 SGB X von Amts wegen. D.h. sie muss dafür

sorgen, dass der Sachverhalt, den sie zugrunde legen möchte, vollständig zusammen getragen wird.

Wenn wir die wichtigsten Funktionen des Verwaltungsaktes noch einmal zusammenfassen, ergibt dies folgendes Bild:

Der Verwaltungsakt

- schließt das Verwaltungsverfahren ab,
- stellt die Gesetzesbindung der Verwaltung sicher,
- gestaltet die Rechtspositionen der von ihm betroffenen Personen,
- besitzt Tatbestandswirkung,
- ist die Grundlage für die Vollstreckung von Verwaltungsentscheidungen,
- fasst sein eigenes Entstehungsverfahren zusammen.

Wenn in beiden Ausgangsfällen nun Verwaltungsakte ergangen sind, mit denen die Betroffenen nicht zufrieden sind, können sie sich gegen die darin getroffenen Entscheidungen mit dem Rechtsbehelf „Widerspruch“ zur Wehr setzen.

### **3. Widerspruchsverfahren**

Im Beispiel 1 wird nun davon ausgegangen, dass Anton sich nach Aufforderung der Polizei murrend entfernt hat. Er ist Künstler und lebt von dieser Tätigkeit. Dass die Polizei ihm ein gutes Geschäft verboten hat, ärgert ihn.

Im Beispiel 2 will sich Max nicht davon abbringen lassen, dass er einen echten Flitzer-Rollstuhl erhalten kann. Hier wird im Bescheid selbst schon ausdrücklich darauf hingewiesen, § 78 SGG, was Max' Eltern tun können. Im Beispiel 1 wurde dazu nichts ausdrücklich gesagt. Dennoch kann Anton auch hier Widerspruch einlegen, vgl. § 68 VwGO.

§ 78 SGG und § 68 VwGO setzen im Wortlaut den Verwaltungsakt voraus, da Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ihn ihrerseits voraussetzen.

Durch den Widerspruch bekommt die Verwaltung einmal mehr Gelegenheit, ihre Entscheidung zu überdenken. Ist sie der Ansicht, dass ihr Verwaltungsakt nicht mit der Rechtslage übereinstimmt, hebt sie den Verwaltungsakt auf. Sie erlässt einen neuen Verwaltungsakt, den man auch als Abhilfebescheid bezeichnet, § 72 VwGO, § 85 Abs. 1 SGG. Ist sie jedoch der Ansicht, dass sie Recht hatte, wird die Sache an die nächsthöhere Behörde abgegeben, die die Sach- und Rechtslage überprüft. Die nächsthöhere Behörde kann ihrerseits abhelfen, wenn sie der

Auffassung ist, die Ausgangsbehörde habe fehlerhaft entschieden. Teilt sie die Ansicht der Ausgangsbehörde, wird sie einen Bescheid erlassen, der den Widerspruch zurückweist. Der alte Verwaltungsakt behält dann seine Gültigkeit. In beiden Fällen heißt der von der nächsthöheren Behörde erlassene Bescheid Widerspruchsbescheid, § 73 VwGO, § 85 II SGG.

Verfahrensrechtlich stehen in beiden Beispielen dieselben Möglichkeiten des Rechtsschutzes zur Verfügung. Allerdings stützt sich der jeweilige Rechtsbehelf auf verschiedene Rechtsgrundlagen: §§ 68, 72, 73 VwGO bzw. §§ 78, 85 SGG. Das Widerspruchsverfahren ist also nicht in den Verwaltungsverfahrensgesetzen geregelt. Es ist als Vorverfahren zum gerichtlichen Klageverfahren in den jeweiligen Prozessordnungen der einschlägigen Gerichtsbarkeit eingeordnet. Je nachdem, auf welche Rechtsgrundlagen sich der Verwaltungsakt stützt, findet das Vorverfahren nach der entsprechenden Prozessordnung statt.

Im Beispiel 1 würde Anton seinen Widerspruch nach §§ 40, 68 VwGO durchführen, Max Eltern im Beispiel 2 hingegen gemäß §§ 51 I Nr. 6a, 78 SGG. Wichtig ist, zu wissen, dass ein Vorverfahren bei Vorliegen eines Verwaltungsaktes in der Regel durchgeführt werden muss, bevor eine die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes im Rahmen einer Klage von einem Gericht überprüft werden kann.

### **3.1. Notwendigkeit des Widerspruchsverfahrens**

Das Widerspruchsverfahren wird auch als Vorverfahren bezeichnet. Es ist eine besondere Form des Verwaltungsverfahrens. Es soll der Behörde die Gelegenheit verschaffen, einen erlassenen Verwaltungsakt selbständig zu korrigieren. Dabei soll sie Fehler berichtigen und die Zweckmäßigkeit ihrer Entscheidung überdenken. Anders als das Gericht im Klageverfahren ist die Behörde auch berechtigt, neben der Rechtmäßigkeit die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes in vollem Umfang zu überprüfen, § 78 Abs. 1 S. 1 SGG, § 68 Abs. 1 S.1 VwGO. Das Widerspruchsverfahren soll gleichzeitig der Entlastung der Gerichte dienen. Sobald die Widerspruchsbehörde den Widerspruch abhilft, gehen diese Fälle nicht in das Klageverfahren. Dadurch gewinnt das Widerspruchsverfahren auch eine Filterfunktion und eine Befriedungsfunktion.

Sowohl VwGO (§§ 68 ff. VwGO) als auch das SGG (§ 78 ff SGG) enthalten Vorschriften über die Zulässigkeit von Widersprüchen. Welche Vorschriften anwendbar sind, hängt vom Rechtsweg für die konkrete Streitsache ab. Aus historischen Gründen sind nicht alle sozialrechtlichen Angelegenheiten den Sozialgerichten zur Entscheidung zugewiesen, vgl. § 51 SGG. Gemeinsame Voraussetzung für die Eröffnung des Sozial- oder Verwaltungsrechtsweges ist, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt.

Eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art ist gegeben, wenn die doppelte Verfassungsunmittelbarkeit fehlt. Doppelte Verfassungsunmittelbarkeit fehlt, wenn der Streit Verfassungsrecht betrifft und mindestens ein Verfassungsorgan, nach h.M. sogar zwei Verfassungsorgane, am Streit beteiligt ist.

Wann eine Streitigkeit dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, kann anhand drei verschiedener Ansätze bestimmt werden:

Die Subordinationstheorie geht davon aus, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, wenn zwischen den Beteiligten ein Gleich- bzw. Unter- und Überordnungsverhältnis vorliegt. Liegt ein Gleichordnungsverhältnis vor, ist das Rechtsverhältnis dem Privatrecht zuzuordnen. Bei Vorliegen eines Unter- und Überordnungsverhältnisses geht die Subordinationstheorie davon aus, dass es sich um einen Streit auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts handelt.

Die zweite Theorie, Interessentheorie, stellt die Interessen der Beteiligten in den Mittelpunkt. Hier ist zunächst diejenige Norm zu bestimmen, die den Streit voraussichtlich entscheiden wird. Dient diese Norm den individuellen Interessen eines Beteiligten, dann ist der Streit dem Privatrecht zuzuordnen. Dient die streitentscheidende Norm dem allgemeinen Interesse, handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

Die modifizierte Subjektstheorie geht ebenfalls von der streitentscheidenden Norm aus. Verpflichtet und berechtigt die streitentscheidende Norm einen Hoheitsträger und richtet sie sich nicht an Privatpersonen, dann ist diese Norm als öffentlich-rechtlich anzusehen. Hier kommt es darauf an, dass einem Hoheitsträger Kompetenzen zugeordnet werden. Entsprechend ist das auf eine derartige Kompetenznorm gestützte Verwaltungshandeln ist ebenfalls als öffentlich-rechtlich anzusehen.

Beschäftigt man sich mit sozialrechtlichen Widersprüchen, findet § 40 VwGO nur Anwendung soweit keine Sonderzuweisung nach § 51 SGG oder kraft weiterer sondergesetzlicher Regelung vorliegt, § 51 Abs. 1 Nr. 10 SGG.

Mit der Eröffnung des Verwaltungs- bzw. Sozialrechtsweges wird darüber hinaus geklärt, welche weiteren prozessualen und verfahrensrechtlichen Regelungen anwendbar sind. Soweit sich im Rahmen einer Zulässigkeitsprüfung des Widerspruchs eine bestimmte Fragen nicht durch VwGO und SGG beantworten lassen, sind die Regelungen des SGB X zur Lösung heranzuziehen, § 62 2. HS SGB X. Einzelheiten sind hier auch durchaus streitig.

### **3.2. Die Zulässigkeit des Widerspruchs**

Damit ein Widerspruchsverfahren stattfinden kann, ist zunächst die Frage zu klären, ob der Widerspruchsführer alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt hat, damit sich die Behörde im Rahmen des Widerspruchsverfahren inhaltlich mit dem angefochtenen Verwaltungsakt beschäftigen muss. Die dazu gehörigen Voraussetzungen, fasst man unter der Frage der Zulässigkeit des Widerspruchs zusammen. Diese Voraussetzungen sind von der Frage zu unterscheiden, ob die Behörde alle gesetzlichen Voraussetzungen zum Erlass des angefochtenen Verwaltungsakt erfüllt hatte. Diese Voraussetzungen werden im Rahmen der Begründetheit des Widerspruchs überprüft.

Zur Zulässigkeit des Widerspruchs gehören:

- die Statthaftigkeit des Widerspruchs, § 68 VwGO bzw. § 78 SGG
- die Widerspruchsbefugnis § 42 Abs. 2 VwGO analog, § 54 Abs. 1 S. 2 SGG analog
- die Form und fristgerechte Einlegung des Widerspruchs, §§ 70, 58 VwGO, §§ 84, 66 SGG
- die Beteiligtenfähigkeit des Widerspruchsführers §§ 62, 10 SGB X
- die Handlungsfähigkeit oder gesetzliche Vertretung des Widerspruchsführers §§ 62, 11 SGB X
- die Legitimation des Vertreters §§ 62, 13 SGB X
- das Rechtsschutzinteresse des Widerspruchsführers

#### **3.2.1. Die Statthaftigkeit des Widerspruchs**

Der Widerspruch in der konkret vorliegenden Angelegenheit muss im Grundsatz als Rechtsbehelf in der vorliegenden Streitsache vorgesehen sein. Nur dann ist er statthaft. Ein Widerspruch ist nicht in allen Angelegenheiten der Verwaltung und nicht bei jedem Begehren eines Bürgers gesetzlich vorgeschrieben. § 78 SGG, § 68 VwGO ordnen ihn an, weisen aber gleichzeitig darauf hin, dass er in einigen Fällen ausgeschlossen ist, § 78 Abs. 1 S. 2 SGG, § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO. Die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens ist vorgesehen:

- vor Erhebung einer Anfechtungsklage (Anfechtungswiderspruch)
- vor der Erhebung einer Verpflichtungsklage (Verpflichtungswiderspruch)
- vor der Erhebung einer kombinierten Klage, deren Bestandteile eine Anfechtungs- oder Versagungsgegenklage ist.

Aus diesen Klagearten ergibt sich, dass das Ziel des Widerspruchsführers die Abänderung eines Verwaltungsakts sein muss. Der Widerspruchsführer muss die Aufhebung eines belastenden bzw. den Erlass eines bisher versagten begünstigenden Verwaltungsakts verfolgen.

In den in § 68 Abs. 1 Nrn. 1-3 VwGO, § 78 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1-3 SGG vorgesehenen Fällen ist das Widerspruchsverfahren ausgeschlossen bzw. entbehrlich. Mittlerweile haben einige Bundesländer aufgrund von § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO bzw. § 78 Abs. 1 S. 1 SGG das Widerspruchsverfahren durch Landesgesetz in einigen Rechtsgebieten abgeschafft.

Eine Klageerhebung ist aber auch ohne vorheriges Widerspruchsverfahren möglich. Das Widerspruchsverfahren ist lediglich Voraussetzung dafür, dass das Gericht eine Entscheidung in der Streitsache fällen kann. D.h. ohne Widerspruchsbescheid kann eine Sachentscheidung des Gerichts ergehen. Fehlt der Abschluss des Widerspruchsverfahrens im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts noch immer, kann das Gericht in der Sache, d.h. die materielle Rechtslage noch nicht entscheiden. Somit ist die ohne vorheriges Widerspruchsverfahren erhobene Klage nicht schlichtweg unzulässig. Üblicherweise wird in diesen Fällen das Gerichtsverfahren bis zur Entscheidung über den Widerspruch analog § 114 Abs. 2 SGG, § 94 VwGO ausgesetzt.

### **3.2.2. Die Widerspruchsbefugnis**

Nach § 42 Abs. 2 VwGO analog, § 54 Abs. 1 S. 2 SGG analog muss der Widerspruchsführer plausibel behaupten, dass der angefochtene Verwaltungsakt oder die Ablehnung des beantragten Verwaltungsakts ihn in seinen Rechten verletzt. An dieser Stelle muss die Verletzung eines Rechts des Widerspruchsführers lediglich möglich sein, sog. Möglichkeitstheorie. Ist der Widerspruchsführer der Adressat des Verwaltungsaktes, ist davon auszugehen, dass seine Rechte beeinträchtigt sein können. Denn hier besteht nicht die Gefahr, dass der Adressat als Hüter fremder Interessen auftritt. Problematisch ist allerdings die Konstellation, dass der Verwaltungsakt durch einen Dritten angefochten wird. In diesen Fällen ist zu prüfen, ob der Verwaltungsakt, der an einen anderen gerichtet ist, die eigenen Rechte des Dritten verletzen könnten. Diese Voraussetzung soll den sog. Popularwiderspruch ausschließen. Die Widerspruchsbefugnis setzt immer voraus, dass der streitentscheidenden Norm zu entnehmen ist, dass sie zumindest auch den Individualinteressen des Widerspruchsführers zu dienen geeignet ist.

### **3.2.3. Form und fristgerechte Einlegung des Widerspruchs**

Der Widerspruch muss nach § 84 Abs. 1 S. 1 SGG, § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO schriftlich oder zur Niederschrift eingelegt werden. Dem Schriftformerfordernis genügt ein Telegramm oder Telefax. Nicht ausreichend ist ein Telefonat, da die Niederschrift die gleichzeitige persönliche Anwesenheit des Widerspruchsführers bzw. dessen Bevollmächtigten und die Mitarbeiter der Behörde voraussetzt. Der Widerspruch durch E-Mail erfolgt elektronisch und genügt daher grundsätzlich

nicht der Schriftform. Nach § 36a SGB I kann die elektronische Form die durch Rechtsvorschrift vorgesehene Schriftform ersetzen. Dazu ist jedoch Voraussetzung, dass das Dokument, das elektronisch versendet wird, mit einer qualifizierten elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz versehen wurde. Eine eingescannte Unterschrift des Widerspruchsführers genügt nicht.

Der Widerspruch ist bei der Stelle einzulegen, die den Verwaltungsakt erlassen hat.

Eine Begründung des Widerspruchs ist im Gesetz nicht vorgesehen. Der Widerspruch ist deshalb auch dann ordnungsgemäß erhoben, wenn er nicht begründet wurde. Eine Begründung ist jedoch sinnvoll, da sie das Begehren des Widerspruchsführers unterstützt. Wurden entscheidungserhebliche Tatsachen bisher nicht berücksichtigt oder fehlerhaft interpretiert, oder wurde Recht unzutreffend ausgelegt, so kann eine Widerspruchsbegründung auf eine Korrektur hinwirken. Eine fundierte Begründung des oft erst nach Akteneinsicht, § 25 SGB X, möglich. Zur Fristwahrung bietet es sich an, ein nicht begründeten Widerspruch zu erheben und zugleich Akteneinsicht zu beantragen. In dem Widerspruch sollte angekündigt werden, dass eine Begründung nach Akteneinsicht erfolgt.

Nach § 84 SGG, § 58 VwGO ist der Widerspruch innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes zu erheben. Wird ein Verwaltungsakt im Ausland bekannt gegeben, so beträgt die Widerspruchsfrist drei Monate. Die Widerspruchsfrist wird nach § 26 SGB X i.V.m. §§ 187 ff. BGB berechnet. Anknüpfungspunkt für die Berechnung der Frist ist die Bekanntgabe des Verwaltungsaktes. Wird der Verwaltungsakt als Brief verschickt, so gilt § 37 Abs. 2 S. 1 SGB X. Nach dessen gesetzlicher Fiktion geht der Verwaltungsakt am dritten Tag nach Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, sofern er nicht später oder überhaupt nicht zugeht. Die Fiktionswirkung tritt nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auch dann ein, wenn der dritte Tag nach Aufgabe zur Post ein Samstag Sonntag oder Feiertag ist. Endet allerdings die Widerspruchsfrist an einem Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder Sonnabend, so bestimmt § 26 Abs. 1 SGB X i.V.m. § 193 BGB, bzw. § 26 Abs. 3 SGB X, den Ablauf des darauf folgenden Werktags als Fristende.

Wird ein Verwaltungsakt ohne Rechtsbehelfsbelehrung oder mit einer inhaltlich fehlerhaften Rechtsbehelfsbelehrung, vgl. die Anforderungen des § 36 SGB X, bekannt gegeben, so beginnt die Widerspruchsfrist nicht zu laufen, §§ 84 Abs. 2 S. 3, 66 SGG, § 58 Abs. 2 VwGO. Die in diesem Fall geltende Jahresfrist ist eine Ausschlussfrist bis zu der der Widerspruch noch erhoben werden kann. Zwar muss der Widerspruch bei der Stelle erhoben werden, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Die Frist wird jedoch auch dadurch gewahrt, dass der Widerspruch bei einer anderen inländischen Behörde eingeht, § 84 Abs. 2 S. 1 SGG. Die Regelung in § 70 Abs. 1 S. 2 VwGO ist nicht so großzügig. Fristwährend wirkt dort die Einlegung bei der Widerspruchsbehörde.



### **3.2.4. Beteiligtenfähigkeit**

Beteiligungsfähigkeit ist die Fähigkeit an einem Widerspruchsverfahren beteiligt zu sein. Nach § 10 SGB X liegt sie bei natürlichen und juristischen Personen, Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann, und Behörden vor.

### **3.2.5. Handlungsfähigkeit**

Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit, wirksame Verfahrenshandlungen selbst oder durch einen Vertreter vorzunehmen. Sie ist nach § 11 SGB X i.V.m. § 36 SGB I in aller Regel bereits mit der Vollendung des 15. Lebensjahres vor, sofern sie nicht durch einen gesetzlichen Vertreter nach Maßgabe des § 36 Abs. 2 S. 1 SGB I ausgeschlossen wurde. Im übrigen richtet sich die Handlungsfähigkeit weitgehend nach den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, § 11 Abs. 1 Nr. 2 SGB X i.V.m. §§ 104 ff BGB.

### **3.2.6. Legitimation des gewillkürten Vertreters**

Beteiligte können sich im Widerspruchsverfahren vertreten lassen. § 13 SGB X regelt die Einzelheiten zur Bevollmächtigung.

### **3.2.7. Rechtsschutzinteresse**

Das Rechtsschutzinteresse fehlt, wenn der Widerspruch offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist oder das mit dem Widerspruch verfolgte Ziel anderweitig leichter, besser oder schneller erreicht werden kann. Ein geringer Wert des mit der Klage verfolgten Anspruch spricht nicht für ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis: es gibt keine Bagatellgrenze.

## **3.3. Begründetheit des Widerspruchs**

Im Rahmen der Begründetheit wird überprüft, ob die Erlassbehörde die Voraussetzungen der dem Verwaltungsakt zugrundeliegenden Rechtsgrundlage eingehalten hat. Der Verwaltungsakt kann infolge der Verletzung formeller Anforderungen oder materieller Fehler rechtswidrig sein. Ist der Widerspruch darauf gerichtet einen belastenden Verwaltungsakt zu beseitigen (Anfechtungswiderspruch), ist der Widerspruch begründet, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Widerspruchsführer hierdurch in seinen Rechten verletzt ist. Ergeht der Verwaltungsakt aufgrund einer Ermessensentscheidung so führt auch eine unzumutbare Entscheidung zur Rechtswidrigkeit. Möchte der Widerspruchsführer erreichen, dass ein ihn begünstigender Verwaltungsakt erlassen wird, den die Behörde zuvor abgelehnt hat (Verpflichtungswiderspruch),

ist der Widerspruch begründet, wenn der Widerspruchsführer einen Anspruch auf Erlass des abgelehnten Verwaltungsakts hat. Handelt es sich hier wiederum um eine Ermessensentscheidung, ist der Widerspruch begründet, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm erfüllt sind und der begehrte Verwaltungsakt nach Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zu erlassen ist. Weitere Voraussetzung der Begründetheit ist, dass Rechte des Klägers durch den Verwaltungsakt verletzt wurden. Zusammenfassend formuliert, gehört zur Begründetheit des Widerspruches, dass der angegriffene Verwaltungsakt wegen fehlender Übereinstimmung mit seiner Rechtsgrundlage den Widerspruchsführer in seinen Rechten verletzt.

### **3.4. Beginn und Ende des Widerspruchsverfahrens**

Das Widerspruchsverfahren beginnt mit der Erhebung des Widerspruchs, § 83 SGG, § 69 VwGO. Es schließt, sofern der Widerspruch nicht zurückgenommen wird oder sich auf andere Art und Weise erledigt, mit der Bekanntgabe des Abhilfe- oder Widerspruchsbescheids. Ein Abhilfebescheid ergeht, wenn der Widerspruch erfolgreich ist, § 85 Abs. 1 SGG, § 72 VwGO. Der Widerspruchsbescheid wird immer durch die nächsthöhere Behörde erlassen. Ergeht ein Widerspruchsbescheid, war der Widerspruchsführer zumindest nicht in vollem Umfang mit seinem Vorbringen erfolgreich, § 85 Abs. 2 SGG, § 73 VwGO. Der Widerspruchsbescheid ist schriftlich zu erlassen, zu begründen und den Beteiligten bekanntzugeben. Darüber hinaus ist der Widerspruchsbescheid mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen.

Das Widerspruchsverfahren ist kostenfrei, § 64 Abs. 1 SGB X. Es dürfen also durch den Sozialleistungsträger bzw. die Widerspruchsstelle keine Gebühren erhoben werden. Die Kostenerstattung bei erfolgreichem Widerspruch richtet sich nach § 63 Abs. 1 SGB X.

### **3.5. Aufschiebende Wirkung**

Sofern es nicht anders geregelt ist, hat der Widerspruch aufschiebende Wirkung, § 86 Abs. 1 SGG. Für den Widerspruchsführer bedeutet dies das Ende dass der angefochtene Verwaltungsakt bis zur Entscheidung über den Widerspruch nicht vollzogen werden darf.

Dies gilt nur für den Anfechtungswiderspruch, also derjenige Widerspruch, mit dem der Beteiligte eine Belastung durch Verwaltungsakt abwenden möchte. Die Aufschiebende Wirkung ist darüber hinaus in verschiedenen Fällen gesetzlich ausgeschlossen, § 86a Abs. 2 SGG, § 80 Abs. 2 VwGO. Weitere wichtige Ausnahmen sind in Spezialgesetzen geregelt, wie bspw. § 39 SGB II oder § 93 Abs. 3 SGB XII. Ein Verpflichtungswiderspruch, also ein Widerspruch mit dem der Beteiligte eine den Erlass eines bisher abgelehnten begünstigenden Verwaltungsakts begehrt, hat keine

aufschiebende Wirkung. Der Beteiligte hat hier nach Maßgabe des § 86 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG, § 80 Abs. 5 VwGO die Möglichkeit, eine gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu beantragen.

### **3.6. Verböserung (reformatio in peius)**

Grundsätzlich gilt, dass eine Schlechterstellung im Rechtsbehelfsverfahren ausgeschlossen ist. Es darf weder die Ausgangs- noch die Widerspruchsstelle das Ermessen in Bezug auf den Betroffenen ungünstiger ausüben. Die gilt selbst wenn dies beim Erlass des Ausgangsbescheids innerhalb der Grenzen einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung gelegen hätte. Es darf allerdings ausnahmsweise in die durch den angefochtenen Verwaltungsakt begründete Rechtsposition zulasten des Beteiligten eingegriffen werden, wenn es hierfür eine gesetzliche Ermächtigung gibt. §§ 45, 48 SGB X bieten eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage. Ein laufendes Widerspruchsverfahren hindert die Behörde nicht daran, diese Regelungen anzuwenden.

## **4. Prüfschema mit Erläuterungen**

### *Prüfschema - Das Vorliegen eines Verwaltungsaktes*

Als wichtigste Handlungsform der Sozialverwaltung ist der Verwaltungsakt in § 31 SGB X. Für andere Verwaltungsverfahren findet sich die Legaldefinition in § 35 VwVfG/ LVwVfG legaldefiniert. Danach ist der Verwaltungsakt:

1. jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme,
2. die eine Behörde
3. zur Regelung
4. eines Einzelfalles
5. auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft
6. und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Die hier aufgeführten Tatbestandsmerkmale dieser Legaldefinition sind direkt aus der Norm erkennbar. Um eine behördliche Handlung als Verwaltungsakt qualifizieren zu können, benötigen wir subsumtionsfähige Definitionen dieser Tatbestandsmerkmale.

Unter „*Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme*“ versteht man jegliches Verwaltungshandeln.

Was eine *Behörde* ist, verrät uns § 1 IV VwVfG bzw. LVwVfG und § 1 II SGB X.

Eine *Regelung* ist eine behördliche Äußerung, die auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist, also eine Aufhebung oder Änderung von Rechten zur Folge hat.

Unter *Einzelfall* versteht man eine ganz bestimmte Situation, in der sich eine Person befindet.

*Unmittelbare Rechtswirkung nach außen* besitzt eine behördliche Entscheidung, wenn die Wirkungen der Entscheidung gegenüber Personen eintreten, die außerhalb der Verwaltung stehen.

Das schwierigste Merkmal ist die Frage nach dem „*Gebiet des öffentlichen Rechts*“. Oben haben wir bereits eine Möglichkeit kennen gelernt, wie man öffentliches Recht vom Privatrecht unterscheiden kann. Tatsächlich ist es hier jedoch ein wenig komplexer. Wenn nicht die Einordnung der für die Lösung des Falles richtigen Rechtsnorm aufgrund ihrer Einordnung im BGB deutlich zu Tage tritt, wird man, und so ist es teilweise im Rahmen des SGB, herausfinden müssen, um welches Rechtsgebiet es sich handelt. In Rechtsprechung und in Literatur wurden dazu Abgrenzungstheorien entwickelt. Die Interessentheorie ordnet dem öffentlichen Recht zu, was der Verfolgung öffentlicher Interessen dient. Die Subordinationstheorie hält ein Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen den Beteiligten als ausschlaggebend für die Zuordnung eines Sachverhalts zum öffentlichen Recht. Zu guter Letzt verwendet man die modifizierte Subjekttheorie. Danach ist eine Norm öffentlich-rechtlich, wenn sie sich ausschließlich an einen Hoheitsträger in seiner Funktion als solchem richtet.

Sozialleistungen machen es uns einfach: sie werden nach h.M. immer durch einen Verwaltungsakt bewilligt.

### *Prüfschema - Die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes*

Wenn wir uns mit Sozialleistungen beschäftigen, wird unser Hauptaugenmerk nicht auf der Frage liegen, ob ein Verwaltungsakt vorliegt, sondern, ob der Verwaltungsakt, also die Bewilligung einer Sozialleistung, mit der Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit übereinstimmt. Nun ist die Rechtsordnung äußerst umfangreich. Sie ist umfangreicher, als es alle möglichen Gesetzestextausgaben erahnen lassen. Einen Eindruck bekommen Sie bei [www.gesetze-im-](http://www.gesetze-im-)

internet.de . Damit man eine Orientierungshilfe hat, hat die Rechtswissenschaft allgemeine Regeln zum Verwaltungshandeln durch Verwaltungsakt abgeleitet, die für jeden Verwaltungsakt, egal welchen Verwaltungsrechtsgebietes gelten. Das Grundschema der Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes sieht wie folgt aus:<sup>37</sup>

### **Prüfschema: Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes**

Angabe der materiellen **Rechtsgrundlage** für den Verwaltungsakt

#### 1. Formelle Voraussetzungen

- 1.1. Zuständigkeit (sachlich, örtlich gemäß der Rechtsgrundlagen in dem jeweiligen Fachgesetz<sup>38</sup>)
- 1.2. Anhörung § 24 SGB X
- 1.3. Form § 33 SGB X
- 1.4. Begründung § 35 SGB X
- 1.5. Rechtsbehelfsbelehrung § 36 SGB X, vgl. aber auch § 58 VwGO, § 66 SGG
- 1.6. Bekanntgabe § 37 SGB X
- 1.7. Heilungsmöglichkeit § 41 SGB X

#### 2. Materielle Voraussetzungen

- 2.1. Wirksamkeit der Rechtsgrundlage
- 2.2. Vorliegen der Voraussetzungen der Rechtsgrundlage
- 2.3. Richtiger Adressat
- 2.4. Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne, d.h. geeignet, erforderlich, und angemessen
- 2.5. Fehlerfreie Ermessensausübung hinsichtlich „Ob und Wie“
- 2.6. Vereinbarkeit der Maßnahme mit höherrangigem Recht

Es bedarf einer Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsaktes. Ausnahmen dazu gibt es, was streitig ist, im Subventionsrecht. Im Bereich des Sozialrechts benötigen Sie jedoch immer eine Anspruchsgrundlage für Verwaltungsakte, die einen Vorteil für den Adressaten bedeuten (begünstigende Verwaltungsakte), vgl. a. § 31 SGB I, oder eine Ermächtigungsgrundlage für Verwaltungsakte, die Nachteile für den Adressaten bedeuten (belastende Verwaltungsakte), Art. 20

<sup>37</sup>Im Folgenden werden nur noch die Regelungen des Sozialverwaltungsverfahrens nach SGB X zugrunde gelegt.

<sup>38</sup>Wie z.B. SGB VIII, SGB II, SGB XII usw.

III GG. Die Ermächtigungs- und Anspruchsgrundlagen, die man zusammengefasst auch als Rechtsgrundlagen bezeichnen kann, finden Sie nie im Verfahrensrecht. Das (Verwaltungs-)Verfahrensrecht gibt Ihnen Auskunft darüber, welche Schritte einzuhalten sind, damit ein Verwaltungsakt, mit dem das Verwaltungsverfahren regelmäßig endet, ergehen kann. Sein Ziel ist es, alle Informationen und Interessen zu sammeln, die für die Entscheidung der Behörde von Bedeutung sein können. Besonders deutlich wird dies bei der Anhörung des vom Verwaltungsakt betroffenen Bürgers. Ferner soll das Verwaltungsverfahren auch dafür sorgen, dass die sachlich kompetenteste und räumlich am besten erreichbare Behörde den Fall entscheidet. Deshalb fragt man nach der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit. Diese ergibt sich allerdings nie aus dem Verwaltungsverfahrensrecht von SGB X und/ oder VwVfG. Vorschriften über die Zuständigkeit finden sich immer in den Fachgesetzen und dort in den speziellen Verfahrensvorschriften. Betrachten Sie als Beispiele: § 327 SGB III, § 36 SGB II, §§ 85 ff SGB VIII.

Als Merksatz können Sie sich einprägen:

Das Verwaltungsverfahren beschreibt den Weg zur Entscheidung. Das materielle Verwaltungsrecht bestimmt den Inhalt des Verwaltungsaktes.

In den Grundlagenveranstaltungen stehen meist die materiellen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes im Vordergrund. Aus dem Bereich des Verwaltungsverfahrens, also den formellen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes, greift man oft die wichtigsten Punkte auf, die meist ebenfalls in den speziellen Sozialgesetzbüchern geregelt sind. Sie werden zusammen mit den Modifikationen des folgenden Grundschemas als Teil der einzelnen Sozialrechtskodifizierungen vermittelt. Um einen inhaltlich zutreffenden Verwaltungsakt erlassen zu können, müssen die Funktionen der einzelnen Prüfungspunkte der materiellen Rechtmäßigkeit bekannt sein.

#### *Zur Wirksamkeit der Rechtsgrundlage*

Im Normalfall gehen wir davon aus, dass die Rechtsnormen, die den Gesetzessammlungen abgedruckt sind, wirksame Rechtsnormen sind. Das bedeutet, dass diese Normen nicht nichtig sind, sondern von der Verwaltung im Rahmen ihrer Gesetzesbindung angewendet werden müssen. Nichtig können aber selbst im „Stascheit“ oder anderen Textsammlungen abgedruckte Rechtsnormen sein, wenn das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung festgestellt hat, dass die in Frage stehende Rechtsnorm nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist. In einem derartigen Verfahren prüft das BVerfG, ob die Rechtsnorm, auf die sich die Entscheidung stützt, in einem verfassungsmäßigen Verfahren zustande gekommen ist und ob sie gegen Grundrechte oder andere Verfassungsnormen verstößt.

Beispiele einiger nichtiger Normen, die dennoch jahrelang angewendet wurden, waren gem. BVerfG (1 BvL 1/09 vom 9.2.2010):

*„§ 20 Absatz 2 1. Halbsatz und Absatz 3 Satz 1, § 28 Absatz 1 Satz 3 Nr. 1 1. Alternative, jeweils in Verbindung mit § 20 Absatz 1 Sozialgesetzbuch Zweites Buch in der Fassung des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (Bundesgesetzblatt I Seite 2954), § 20 Absatz 2 Satz 1 und Absatz 3 Sozialgesetzbuch Zweites Buch in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 24. März 2006 (Bundesgesetzblatt I Seite 558), § 28 Absatz 1 Satz 3 Nr. 1 1. Alternative in Verbindung mit § 74 Sozialgesetzbuch Zweites Buch in der Fassung des Gesetzes zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 2. März 2009 (Bundesgesetzblatt I Seite 416), jeweils in Verbindung mit § 20 Absatz 1 Sozialgesetzbuch Zweites Buch in der Fassung des Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20. Juli 2006 (Bundesgesetzblatt I Seite 1706), sowie die Bekanntmachungen über die Höhe der Regelleistung nach § 20 Absatz 2 und § 20 Absatz 2 Satz 1 Sozialgesetzbuch Zweites Buch vom 1. September 2005 (Bundesgesetzblatt I Seite 2718), vom 20. Juli 2006 (Bundesgesetzblatt I Seite 1702), vom 18. Juni 2007 (Bundesgesetzblatt I Seite 1139), vom 26. Juni 2008 (Bundesgesetzblatt I Seite 1102) und vom 17. Juni 2009 (Bundesgesetzblatt I Seite 1342).*

*Diese Regelungen sind mit Art. 1 Absatz 1 Grundgesetz in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Absatz 1 Grundgesetz unvereinbar.“*

Diese Entscheidung des BVerfG betraf alle Regelungen, die die Höhe der Regelleistung für das Arbeitslosengeld II und Sozialgeld zwischen dem 1.1.2005 und dem 1.1.2011 bestimmten.

Da dem BVerfG die alleinige Kompetenz zugeordnet ist, über die Wirksamkeit und Verfassungsmäßigkeit von nachkonstitutionellem Bundesrecht<sup>39</sup> zu entscheiden, ist dieser Prüfungspunkt üblicherweise nicht ausführlich zu erörtern, es sei denn, es wird in der Fallbearbeitung danach gefragt.

#### *Zum Vorliegen der Voraussetzungen der Rechtsgrundlage*

An dieser Stelle werden die Tatbestandsmerkmale der Rechtsgrundlage (Anspruchs- oder Ermächtigungsgrundlage) geprüft, die den Fall lösen soll. Erinnern Sie sich, dass jede Rechtsnorm aus Tatbestandsmerkmalen besteht. Oft werden Ihnen diese als gesonderte Prüfschemata an die

<sup>39</sup>Bundesrecht, dass nach Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassen wurde.

Hand gegeben. Aber eigentlich müssten Sie an dieser Stelle nichts anderes tun, als die Norm, die Sie als Rechtsgrundlage ausgesucht haben, in Tatbestandsmerkmale zu zerlegen und diese einzeln zu prüfen. Sie werden sehen, dass viele sozialrechtliche Rechtsgrundlagen bereits die folgenden Prüfungspunkte ausdrücklich umfassen: der *richtige Adressat* ist im Sozialleistungsrecht immer als Inhaber des Sozialleistungsanspruchs ausdrücklich bezeichnet. Oft wird eine Sozialleistung nur bewilligt, wenn sie erforderlich oder notwendig ist. Dieses Merkmal verweist dann noch einmal ausdrücklich auf den *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne*. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip abgeleitet, Art. 20 III GG.<sup>40</sup> Zu prüfen ist dann, ob die Leistung oder Maßnahme geeignet ist, das gewünschte Ziel zu erreichen. Die Maßnahme muss darüber hinaus das mildeste verfügbare Mittel darstellen, d.h. es darf keine Maßnahme geben, die dasselbe Ziel erreichen lässt und dennoch den Adressaten der Maßnahme weniger belastet. Nur dann ist die ausgewählte Maßnahme erforderlich. Die Angemessenheit einer Maßnahme ergibt sich daraus, dass Zweck und Mittel nicht außer Verhältnis stehen, dass die Mittel- Zweck- Relation stimmt. Um ein Ziel zu erreichen, müssen oft genug andere Interessen und Rechte zurück stehen. Im Rahmen der Angemessenheit prüft man deshalb, um welchen (rechtsstaatlichen) Preis man eine bestimmte Maßnahme einsetzt. Der Zweck muss das Mittel noch rechtfertigen können.

Soweit es im Sozialrecht um Geldleistungen geht, also insbesondere Leistungen, die den Lebensunterhalt des Sozialleistungsberechtigten zu decken bestimmt sind, ist die Leistungshöhe für gewöhnlich vollständig gesetzlich voraus bestimmt. In diesen Fällen bleibt für gewöhnlich kein Raum für die Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Gelegentlich räumt eine Rechtsgrundlage der Verwaltung *Ermessen* ein. Das bewerkstelligt sie durch eine Lockerung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, die sprachlich durch die Einfügung eines „kann“ zwischen Tatbestand und Rechtsfolge bewerkstelligt wird. Vgl. z.B. § 53 I 1 SGB XII und § 53 I 2 SGB XII, die jeweils allerdings nur ein Teil einer vollständigen Anspruchsgrundlage sind. (Vollständig: §§ 17 I, 19 III, 53 I 1 SGB XII oder §§ 17 I, 19 III, 53 I 2 SGB XII) Im ersten Fall handelt es sich um einen gebundenen Rechtsanspruch. Im Fall des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen tritt die Rechtsfolge „Eingliederungshilfe“ immer und unbedingt ein. Die Verwaltung hat keinen Spielraum. Im zweiten Fall steht der Eintritt der Rechtsfolge in ihrem

---

<sup>40</sup>Meist wird Art. 20 III GG als Grundlage des Rechtsstaatsprinzips angegeben, obwohl der Begriff „Rechtsstaat“ dort nicht ausdrücklich vorkommt. Ausdrücklich erwähnt ist er hingegen in Art. 28 I GG und Art. 23 I 1 GG. Entsprechend umstritten ist der verfassungsrechtliche Standort des Rechtsstaatsprinzips. Am überzeugendsten erscheint es, da jede dieser Regelungen jeweils nur einen Teil der Vorstellungen wiedergibt, die mit dem Rechtsstaatsprinzip einher gehen, aus der Gesamtschau der Verfassung her zu leiten. Einige Aspekte sind: Rechtsbindung der Staatsgewalten, Gewaltenteilung, Grundrechtsbindung, Rechtsschutzgarantie, Homogenitätsklausel, Staatshaftung, prozessuale Grundrechte, Verwirklichung materieller Gerechtigkeit, Rechtssicherheit.



pflichtgemäßen Ermessen. Dieses pflichtgemäße Ermessen ist in § 39 SGB I näher erläutert. Dort ist beschrieben, wie dieses Ermessen ausgeübt wird und welche Aspekte dabei zu beachten sind. Zur pflichtgemäßen Ermessensausübung gehört u.a. auch: nur sachlich richtige Aspekte als Entscheidungsgrundlage zu verwenden, die Entscheidung nicht willkürlich zu treffen, sondern sie an sachlichen Kriterien zu orientieren, oder überhaupt Ermessen auszuüben. Die Ermessensausübung kann sich auf das „Ob“ und das „Wie“ der Rechtsfolge beziehen. Das „Ob“ der Rechtsfolge betrifft die Frage nach dem Eintreten der Rechtsfolge überhaupt. Aber Ermessen wird nicht nur dahingehend ausgeübt, ob die Rechtsfolge, die im Gesetz vorgesehen ist, überhaupt eintritt, sondern das Ermessen bezieht sich oft auch auf die Art oder den Umfang der Rechtsfolge. (Vgl. z.B. §§ 17 II, 19 III, 53 I 2, 54 SGB XII)

Der letzte Aspekt, die *Vereinbarkeit der Maßnahme mit höherrangigem Recht* stellt sicher, dass die konkrete Verwaltungsentscheidung mit den Grundrechten und sonstigem Verfassungsrecht vereinbar ist. Art. 1 III GG fordert dies ausdrücklich. Diese Voraussetzung darf nicht vergessen werden. Die im Verwaltungsakt getroffene Einzelfallentscheidung muss dahingehend überprüft werden, ob sie gegen die Grundrechte des Adressaten des Verwaltungsaktes oder betroffener Dritter verstößt. Unterscheiden Sie dies unbedingt vom ersten Prüfungspunkt „Wirksamkeit der Rechtsgrundlage“. Er bezieht sich auf die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage, also auf das gesetzgeberische Handeln. Mit dem letzten Prüfungspunkt *Vereinbarkeit der Maßnahme mit höherrangigem Recht* wird die Verfassungsmäßigkeit eines Verwaltungshandelns im konkreten Einzelfall überprüft.

**Bitte unterscheiden:**

Die Voraussetzungen des § 31 SGB X entscheiden über das Vorliegen eines Verwaltungsaktes und betreffen die Form des Abschlusses des Verfahrens.

Die Frage nach der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes betrifft die Frage der Übereinstimmung der Verwaltungsentscheidung mit allen formellen und materiellen Voraussetzungen, die die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit für diese Entscheidung vorsieht.

Abb. 6

Wiederholungsfragen

- Welche Funktion hat der Verwaltungsakt?
- Was bedeutet Gesetzesbindung ?

- Lesen Sie Art. 20 III GG. Wie verhalten sich Gesetz und Recht, sowie die verfassungsmäßige Ordnung zueinander ?
- Lesen Sie Art. 103 II Grundgesetz. Besteht ein Zusammenhang mit Art. 20 Grundgesetz ?
- Diskutieren Sie in welchen privaten Beziehungen eine Gesetzesbindung wünschenswert wäre bzw. in welchen öffentlich-rechtlichen Beziehungen eine geringere Gesetzesbindung vorteilhaft sein könnte.
- Welche Funktion hat das Widerspruchsverfahren ?
- Wo ist das Widerspruchsverfahren geregelt ?
- Wie nennt man die Bescheide, die über einen Widerspruch entscheiden? Wer erläßt diese Bescheide ?
- Versuchen Sie Beispiele zu finden, in denen (nur) ein Tatbestandsmerkmal des Verwaltungsaktes fehlt.
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen der Frage nach dem Vorliegen eines Verwaltungsaktes und seiner Rechtmäßigkeit.
- Welche Formen von Rechtsgrundlagen gibt es und wozu dienen sie?
- Welchen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ?
- Erläutern Sie den Inhalt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.
- Wie unterscheidet sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vom Ermessen ?
- Woran erkennt man, dass die Verwaltung Ermessen ausüben darf bzw. muss ?
- Welche inhaltlichen Vorgaben gibt es für die Ausübung von Ermessen ?
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen der Frage nach der Wirksamkeit einer Rechtsgrundlage und der Vereinbarkeit einer Maßnahme der Verwaltung mit höherrangigem Recht.

## Kapitel 2 Die Grundrechte

### Orientierungsfragen

- Welche Arten von Grundrechten gibt es ?
- Welche Strukturen liegen allen Grundrechten zugrunde ?
- Wie wird ein Grundrechtsverstoß überprüft ?
- Welche Grundrechte sind für das Sozial- und Familienrecht besonders bedeutsam und welchen Inhalt haben sie ?

### 1. Allgemeine Lehren der Grundrechte

Im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes haben wir festgestellt, dass die Grundrechte unserer Verfassung an zwei Stellen eine wichtige Rolle spielen. Zum einen muss die Rechtsgrundlage des Verwaltungsaktes mit ihnen übereinstimmen. Zum anderen muss der Inhalt des Verwaltungsaktes selbst mit den Grundrechten im Einklang stehen. Um dies beurteilen zu können, müssen Struktur und Funktion der Grundrechte bekannt sein.

Man fasst die Grundrechte (Abschnitt I. Die Grundrechte) des Grundgesetzes zu verschiedenen Grundrechtsarten zusammen, die gleichzeitig auch über die konkrete Funktion der Grundrechte Auskunft geben. Man unterscheidet Freiheitsgrundrechte, Gleichheitsgrundrechte und originäre Teilhaberechte. Freiheitsgrundrechte garantieren die Freiheit eines bestimmten Verhaltens. Dabei bedeutet Freiheit in diesem Sinne zunächst einmal nur, dass der Staat dieses Verhalten nicht beeinträchtigen oder stören darf. Die Freiheitsgrundrechte stellen damit eine Eingriffsbarriere des Staates in die Rechte seiner Bürger dar. Dabei ist wichtig zu erkennen, dass grundsätzlich nur der Staat und seine Untergliederungen verpflichtet sind, die Grundrechte zu wahren und die durch sie garantierte Freiheit zu schützen. Wichtige Freiheitsgrundrechte sind z.B. in Art. 2 GG, Art. 4 GG, Art. 5 GG, Art. 6 I, II GG, sowie Art. 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 GG geregelt. Gleichheitsgrundrechte sind seltener, sie gebieten die Gleichbehandlung von Normadressaten durch staatliche Untergliederungen und den Staat. Art. 3 GG, Art. 6 I, V GG, sowie Art. 33 I, II GG sind klassische und wichtige Gleichheitsgrundrechte. Originäre Teilhaberechte sind in der Verfassung geregelt und zählen zu den Grundrechten. Dazu gehört z.B. das Petitionsrecht, Art. 17 GG sowie Art. 103 I GG, das Recht auf rechtliches Gehör vor Gericht.

Mit der Natur der Grundrechte als Freiheits-, Gleichheits- oder Teilhaberechte gehen verschiedene Grundrechtswirkungen einher. Im Rahmen der Freiheitsrechte wurde deren Abwehrfunktion bereits angesprochen. Dem Staat ist es danach aufgrund dieser Funktion verwehrt, in die Grundrechte der Bürger einzugreifen. Aufgrund der Abwehrfunktion hat der Bürger ein Recht darauf, von jeglichem staatlichen Handeln verschont zu bleiben. Wäre dies die einzige Funktion der Grundrechte gäbe es kein Sozialleistungsrecht. Der Staat wäre zudem unfähig, die Staatsordnung aktiv zu gestalten. Insbesondere den mittellosen Menschen in einem Staat wäre es unmöglich, eigene Grundrechte zu verwirklichen, wenn die Grundrechte nur Abwehrfunktion besäßen. Deshalb hat man den Grundrechten auch eine Leistungs- und Teilhabefunktion zuerkannt, wonach der Staat aktiv darauf hin wirken muss, dass die Grundrechte seiner Bürger so weit wie möglich verwirklicht werden können. Dazu darf und muss der Staat aktiv und gestaltend tätig werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes verkörpern die Grundrechte auch eine objektive Werteordnung. Jegliche staatliche Gewalt ist nicht nur an die Grundrechte, sondern auch an die in ihnen verkörperte objektive Werteordnung gebunden. Soweit ein Richter also Privatrechtsnormen im Rahmen seiner Entscheidung auslegt, muss er dies so tun, dass die Auslegung der Normen die objektive Werteordnung des Grundgesetzes wiedergibt. Somit strahlt die objektive Werteordnung der Grundrechte sogar in das Privatrecht aus und führt zu einer mittelbaren Bindung von Privatpersonen an die Grundrechte. Man nennt diesen Effekt auch mittelbare Drittwirkung der Grundrechte.

Neben diesen Grundrechtswirkungen hat das Bundesverfassungsgericht in Anlehnung an ausdrückliche Schutzpflichten im GG, z.B: Art. 6 IV GG, Schutzpflichten aus anderen Grundrechten abgeleitet. So besteht etwa eine Schutzpflicht des Staates gegenüber der werdenden Mutter und dem ungeborenen Kind aus Art. 1 I, 2 I GG bzw. Art. 1 I, 2 II 1 GG. Diese Ordnung der Grundrechte nach ihren Schutzrichtungen hilft uns, Struktur und Inhalt der Freiheitsgrundrechte besser zu verstehen und herauszuarbeiten.

## **2. Struktur der Freiheitsgrundrechte**

Die Normen, die unsere Freiheitsgrundrechte regeln, weisen eine gemeinsame Grundstruktur auf.

Dieses *Prüfschema der Freiheitsgrundrechte* sieht folgendermaßen aus:

So verfügt jedes Grundrecht über einen spezifischen *Schutzbereich*. In ihm wird in sachlicher Hinsicht umschrieben, welches Verhalten oder welche Tätigkeiten oder Rechtsgüter das

Grundrecht schützt.<sup>41</sup> Darüber hinaus legt der Schutzbereich fest, welcher Personenkreis durch das Grundrecht geschützt werden soll.<sup>42</sup> Elementar unterscheidet man hinsichtlich des persönlichen Schutzbereiches zwischen Menschenrechten und Bürgerrechten. Die Bürgerrechte werden auch Deutschengrundrechte genannt. Auf Menschenrechte kann sich jeder Mensch berufen. Auf Bürgerrechte können sich nur deutsche Staatsangehörige berufen.

Bei einem *Eingriff* muss es sich um eine staatliche Maßnahme handeln. Ursprünglich vertrat man die Auffassung, dass nur dann ein Eingriff in ein Grundrecht vorliegen könne, wenn die Grundrechtsbeeinträchtigung zielgerichtet (final), zwingend (imperativ) und unmittelbar erfolge. Die staatliche Instanz musste also sehenden Auges die Grundrechte beeinträchtigen. Die ständig zunehmende Komplexität der Umwelt und zunehmend weniger austarierte Gesetze ließen die Anforderungen sinken. Heute genügt ein faktischer Eingriff, also ein tatsächlicher Eingriff. Er muss allerdings noch immer ein Minimum an Zielgerichtetheit erkennen lassen und bei der Grundrechtsbeeinträchtigung muss es sich um eine typische Auswirkung von einiger Intensität handeln.

Der Gesetzgeber des Grundgesetzes, der Parlamentarische Rat,<sup>43</sup> vertrat die Auffassung, dass staatliche Maßnahmen nötig sind und grenzenloser Freiheitsgebrauch der Bürger den Staat handlungsunfähig macht. Grenzenloser Freiheitsgebrauch eines Bürgers schließt denselben grenzenlosen Freiheitsgebrauch anderer Bürger aus. Grundrechte sichern zwar Freiheit. Aber diese Freiheit darf auch zur Sicherung eines übergeordneten Zieles begrenzt werden. Entsprechend hält das Grundgesetz den Eingriff in ein Grundrecht auch unter bestimmten Voraussetzungen für verfassungsgemäß. Diese Voraussetzungen stellt man unter dem Merkmal der *Rechtfertigung* des Grundrechtseingriffs zusammen.

Zunächst haben viele Grundrechte ausdrückliche *Schranken* in ihren Text aufgenommen. Dazu gehören die einfachen Gesetzesvorbehalte, die nach h.M. durch ein formelles, also parlamentarisches, Gesetz erfüllt werden. Ein einfacher Gesetzesvorbehalt steht immer ausdrücklich im Text des Grundrechts, wonach ein Eingriff in das Grundrecht nur „aufgrund eines Gesetzes“ oder „durch Gesetz“ erlaubt ist. Neben dem einfachen Gesetzesvorbehalt existieren qualifizierte Gesetzesvorbehalte. Durch zusätzliche Anforderungen an das Gesetz, wird erreicht, dass das einschränkende Gesetz bestimmten inhaltlichen Anforderungen genügt. Als Beispiel kann

---

<sup>41</sup>Sachlicher Schutzbereich.

<sup>42</sup>Persönlicher Schutzbereich.

<sup>43</sup>Bundesrat, Vor 60 Jahren konstituierte sich der parlamentarische Rat;

[http://www.bundesrat.de/nn\\_8396/DE/service/thema-aktuell/08/20080908-Parl-Rat.html](http://www.bundesrat.de/nn_8396/DE/service/thema-aktuell/08/20080908-Parl-Rat.html); mit Link auf die Online- Ausstellung des Hauses der Deutschen Geschichte: Beobachtungen - Der Parlamentarische Rat 1948/49 - Fotografien von Erna Wagner-Hehmke mit zahlreichen Text und Tondokumenten.

Art. 5 II GG dienen, der ein „allgemeines Gesetz“ verlangt. In der Rechtsprechung und Literatur ist allerdings natürlich streitig, welche Anforderungen ein „allgemeines Gesetz“ zu erfüllen hat. Im Grundgesetz befinden sich auch schrankenlose Grundrechte, also Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt, oder ohne Schrankentrias („Rechte anderer“, „verfassungsmäßige Ordnung“, „Sittengesetz“), wie ihn Art. 2 I GG besitzt. Selbst schrankenlosen Grundrechte sind durch Grundrechte Dritter sowie andere Rechtsgüter von Verfassungsrang (bspw. Tierschutz, Art. 20a GG) beschränkt.

Das Gesetz oder eine andere Schranke, die den Schutzbereich eines Grundrechts einschränkt, muss ihrerseits inhaltliche und formale Anforderungen der Verfassung erfüllen, damit die Einschränkung des Schutzbereichs des Grundrechts verfassungsmäßig ist. Herkömmlich wird diese Prüfung als *Schranken-Schrankenprüfung* bezeichnet. Zu den Schranken - Schranken gehört, dass das einschränkende Gesetz den Wesensgehalt des Grundrechts, Art. 19 II GG, nicht verletzen darf. Man stellt sich unter dem Wesensgehalt einen im Einzelfall schwer identifizierbaren Kern des Grundrechts vor, in den nicht mehr eingegriffen werden kann, ohne dass das Grundrecht seine Schutzfunktion vollständig verliert und dadurch wertlos wird. Folge der Verletzung des Wesensgehaltes wäre, dass von dem Grundrecht nur eine Leere Worthülse übrig bliebe.

Den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit haben wir bereits als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Verwaltungsaktes kennen gelernt. Als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzipes ist er auch hier zu berücksichtigen.

Nach Art. 80 Abs. 1 GG muss der Gesetzgeber, wenn er Normsetzungskompetenzen durch ein Parlamentsgesetz auf die Verwaltung delegiert, im Parlamentsgesetz bereits hinreichend klar Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung regeln. Er muss die Möglichkeit Normsetzung der Exekutive deutlich genug beschreiben und die wesentlichen Voraussetzungen exekutiver Rechtssetzung vorausbestimmen. Diese Anforderung bezeichnet man auch als Wesentlichkeitsgrundsatz.

Wenn wir die Anforderungen an Schranken vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte untersuchen, führen wir eine Prüfung durch, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (auch Angemessenheit) ähnelt. Dort nennt man die Abwägung der kollidierenden Grundrechte allerdings nicht „Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“ sondern „Herstellung der praktischen Konkordanz“ zwischen den verschiedenen kollidierenden Grundrechten bzw. Rechtsgütern von Verfassungsrang. Man ermittelt alle durch den Grundrechtseingriff betroffenen Rechtsgüter und stellt ihnen die Ziele und Zwecke des staatlichen Eingriffs gegenüber. Ziele und Zwecke des Eingriffs sind üblicherweise verfassungsmäßige Leitbilder und Prinzipien, die der Allgemeinheit

dienen. Hier findet schließlich, wie Sie es aus der Prüfung der Angemessenheit kennen, eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter gegeneinander ab.

### Prüfschema der Freiheitsgrundrechte

#### 1. Eröffnung des Schutzbereiches

Sachlicher Schutzbereich: Verhalten, Tätigkeit, Rechtsgut

Persönlicher Schutzbereich: Bürgerrechte (Deutschengrundrechte), Menschenrechte

#### 2. Eingriff

Staatliche Maßnahme

- gezielt, zwingend und unmittelbar das Grundrecht verletzend

- faktischer Eingriff mit Minimum an Zielgerichtetheit und typische Auswirkung von einiger Intensität

#### 3. Rechtfertigung des Eingriffs/ Schranken des Grundrechts

- einfacher Gesetzesvorbehalt

- qualifizierter Gesetzesvorbehalt

- Schrankentrias (nur Art 2 Abs. 1 GG)

- kollidierendes Verfassungsrecht (Grundrechte anderer Personen, Rechtsgüter von Verfassungsrang)

#### 4. Schranken-Schranken

bezeichnen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die eingreifenden Gesetze

u.a.:

- Wesensgehaltsgarantie

- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

- Wesentlichkeitsgrundsatz

- Praktische Konkordanz

### 3. Allgemeine Grundrechtslehren am Beispiel des Art. 2 I 1 GG

Art. 2 I 1 GG

(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

**Rot** = Schutzbereich

**Grün**= Schranken, hier Schrankentrias

Der Schutzbereich des Art. 2 I GG umfasst in sachlicher Hinsicht die allgemeine Handlungsfreiheit. Das bedeutet, dass jegliches Handeln eines Menschen als Ausdruck seiner Freiheit von staatlichem Zwang als schützenswert anerkannt wird. Der Schutzbereich ist in sachlicher Hinsicht also sehr weit und umfassend angelegt. Selbst banale Tätigkeiten, wie Beeren sammeln und das Reiten im Wald sind als Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die allgemeine Handlungsfreiheit geschützt. Aufgrund dieser Weite versteht man Art. 2 I GG auch als Auffanggrundrecht. Ist eine Handlung in den anderen, spezieller gefassten Grundrechten nicht vom Schutzbereich umfasst, wendet man Art. 2 I GG an. Man spricht insofern von einer subsidiären Anwendbarkeit des Art. 2 I GG und bezeichnet ihn deshalb auch folgerichtig als die *lex generalis* zu allen anderen Freiheitsgrundrechten. Der persönliche Schutzbereich umfasst alle Menschen. Art. 2 I GG ist kein Bürgerrecht bzw. Deutschengrundrecht sondern Menschenrecht.

Eingriffe in dieses Grundrecht müssen den Grad einer Belästigung überschreiten und eine gewisse Intensität aufweisen.

Die Schranken des Art. 2 I GG, die den Eingriff in den Schutzbereich rechtfertigen können heißen Schrankentrias. Zu ihm gehört die verfassungsmäßige Ordnung, d.h. die Gesamtheit derjenigen Normen, die materiell und formell verfassungsmäßig sind. Außerdem gehören die Rechte anderer, insbesondere also auch die Grundrechte anderer, sowie das Sittengesetz zum Inhalt des Schrankentrias.

Zu den wichtigsten Schranken-Schranken gehört der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Danach ist ein Eingriff nur gerechtfertigt, wenn es einen legitimen Eingriffszweck gibt. Dieser Eingriff muss auch geeignet sein, um den Eingriffszweck zu erreichen. Ein milderer Mittel zur Erreichung des Eingriffszwecks darf nicht ersichtlich sein, denn sonst fehlt die Erforderlichkeit des Eingriffs. Der Eingriff muss auch angemessen sein, d.h. die Zweck- Mittel Relation muss ausgewogen sein.

## **4. Wichtige Freiheitsgrundrechte im Sozialrecht**

### **4.1. Art. 1 I GG**

Streitig ist bereits, ob Art. 1 I GG ein Grundrecht ist oder ein Programmsatz, im Sinne einer Zielbestimmung. Für das Vorliegen einer Zielbestimmung spricht die Formulierung, wonach Art. 1 I



GG auf die „nachfolgenden Grundrechte“ verweist. Andererseits ist Art. 1 I GG systematisch im Abschnitt Grundrechte eingeordnet. Sein Inhalt ist, wie Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG zeigt, als typisches Abwehrrecht ausgestaltet.

Den sachlichen Schutzbereich zu bestimmen, ist schwierig. Der Begriff der Menschenwürde hat eine lange philosophische Tradition, an die angeknüpft werden kann. Zahlreiche Ansätze stellen auf den Eigenwert des Menschen ab. Die Rechtsprechung wählt meist eine Definition aus der Eingriffsperspektive. Ein klassischer Fall in dem die Verletzung der Menschenwürde befürwortet wurde, war der „Zwergenweitwurf“.<sup>44</sup> In neuerer Zeit wurde die Ausstellung „Körperwelten“ (Plastinierte Leichname)<sup>45</sup> und das LuftsicherheitsG (erlassen als Reaktion auf die Anschläge des 11.9.2001, mit dem Ergebnis der Verletzung der Menschenwürde der Opfer durch Abschuss der gekaperten Flugzeuge)<sup>46</sup> an Art. 1 I GG gemessen und als verletzt betrachtet. In diesen Fällen wurde die sog. Objektformel herangezogen. Nach dieser Formel ist die Menschenwürde verletzt, wenn der Mensch zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht wird.

Das BVerfG leitete unter anderem aus Art. 1 I GG das Recht auf ein soziokulturelles Existenzminimum im Rahmen der Grundsicherung und Sozialhilfe ab.<sup>47</sup> Der persönliche Schutzbereich umfasst alle Menschen, ungeborene Kinder, sowie die Würde Verstorbener (postmortales Ehrenrecht).

Das Grundrecht Art. 1 I GG besitzt keine Schranke. Im Gegenteil geht der Gesetzestext von der Unantastbarkeit der Menschenwürde aus. Eine Verletzung der Menschenwürde durch einen staatlichen Eingriff ist deshalb niemals rechtfertigungsfähig. In der neueren Diskussionen wird diese Auffassung in Frage gestellt. Anlass sind Entführungsfälle,<sup>48</sup> in denen die Folter des Täters zur Rettung des entführten Menschen als verfassungsmäßig anerkannt werden soll. Selbst kollidierendes Verfassungsrecht, wie z.B. das Recht auf Leben eines anderen Menschen oder einer Viel- oder Mehrzahl von Menschen, sind nicht geeignet unter den geltenden verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einen Eingriff in das Recht der Menschenwürde zu rechtfertigen. Daneben gilt nach Art. 79 Abs. 3 GG (sog. Ewigkeitsgarantie), dass Art. 1 GG selbst dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen ist.

Das Verhältnis des Art. 1 GG zu den anderen Grundrechten ist ebenfalls streitig. Meist wird vertreten, dass die auf Art. 1 I GG folgenden Grundrechte Konkretisierungen der Menschenwürde darstellen.

---

<sup>44</sup>VG Neustadt 21.05.1992 - 7 L 1271/92 NwZ 1993, 98.

<sup>45</sup>OVG Bremen 19.4.2010 – 1 B 88/10; anders VG Berlin 10.2.2015 – 21 L 29.15.

<sup>46</sup>BVerfG 15.2.20106 - 1 BvR 357/05.

<sup>47</sup>BVerfG 9.2.2010 – 1 BVL 1,3,4/09.

<sup>48</sup>LG Frankfurt 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04).

## 4.2. Art. 2 II 1 GG

Art. 2 II 1 GG enthält mehrere Schutzbereiche. In sachlicher Hinsicht schützt er in Variante 1 das Leben, das bereits vor der Geburt beginnt. Das Leben wird als physisches Dasein verstanden. Der zweite Schutzbereich und damit das zweite Grundrecht ist in Variante 2 die körperliche Unversehrtheit. Diese wird zunächst dem Wortlaut entsprechend biologisch - physisch verstanden. Der Schutz der psychisch-seelischen Gesundheit wird vor allem im Hinblick auf die biologischen Grundlagen bezogen. Die rein seelische Unversehrtheit soll in Art. 2 II 1 GG nur insoweit geschützt sein, als sie durch Beeinträchtigungen von erheblicher Intensität in Frage gestellt werde.

Aus Art. 2 II 1 1. Variante GG entspringt eine staatliche Schutzpflicht i.V.m. Art. 1 I GG. Das BVerfG hat in seinen Abtreibungsentscheidungen der 70er und 90er Jahre klargestellt, dass dem verfassungsrechtlichen Recht auf Leben nur aktives Handeln des Staates zugunsten des ungeborenen Lebens und der werdenden Mutter entspricht.

Ein weiterer Meilenstein in der Rechtsprechung des BVerfG ist seine Rechtsprechung zur Krankenbehandlung bei schweren regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankungen. Methoden der Krankenbehandlung, die nicht ausdrücklich im unter gesetzlichen Leistungsrecht der Gesetzlichen Krankenversicherung vorgesehen sind, sind nach dieser Rechtsprechung in besonderen Fällen dennoch zu finanzieren.<sup>49</sup>

Ein Eingriff in den Schutzbereich der Grundrechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit ist jede Beeinträchtigung gegen den Willen des Betroffenen.

Art. 2 II 1 GG hat einen (einfachen) Gesetzesvorbehalt als Schranke. Im Sinne der Wesentlichkeitstheorie handelt es sich bei dem Gesetzesvorbehalt hier regelmäßig um einen Parlamentsvorbehalt, Art. 80 I GG. Der Parlamentsvorbehalt besagt, dass nur ein von der Legislative erlassenes Gesetz diese Grundrechte verfassungsmäßig einschränken kann, da der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen zu Lasten der Grundrechte selbst zu treffen hat und dies nicht der Exekutive im Rahmen von einzelnen Verwaltungsentscheidungen und exekutivem Normenmaterial, wie Verordnungen und Satzungen (oder gar

---

<sup>49</sup>BVerfG vom 6.12.2005 Az. 1 BvR 347/98.

Normsetzungsverträgen,<sup>50)</sup> überlassen darf. Diese verfassungsrechtliche Ausgangslage ist insbesondere im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung zu beachten.

Als Schranken-Schranke ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen, sowie Art. 102 GG, die Abschaffung der Todesstrafe, und Art. 104 I 2 GG, das Verbot der Züchtigung festgehaltener Personen.

#### **4.3. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG Freiheit der Person**

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ist ein Menschenrecht. Es schützt die physische Bewegungsfreiheit eines Menschen. Geschützt ist die Freiheit, einen beliebigen Ort zu verlassen und einen anderen aufzusuchen. Inhaltlich von Art 11 Abs. 1 GG, dem Recht auf Freizügigkeit, das alleine Deutschen zusteht. Art. 11 Abs. 1 GG schützt die Freiheit einen Wohnsitz oder Aufenthalt im Bundesgebiet zu nehmen. Dabei handelt es sich um längeres oder, wie im Fall des Wohnsitzes ständigen Verbleibens an einem Ort.

Hinsichtlich der Eingriffe sind Freiheitsbeschränkungen von Freiheitsentziehungen zu unterscheiden. Freiheitsbeschränkungen sind Maßnahmen, die durch physischen Zwang oder Drohung damit den Grundrechtsträger daran hindern, einen Raum zu verlassen oder einen Ort zu meiden. Art. 104 Abs. 1 GG ist hier hinsichtlich der Rechtfertigung des Eingriffs und der Schranken- Schranken zu beachten.

Freiheitsentziehungen sind mit gegenüber einer Freiheitsbeschränkung erhöhten Eingriffsintensität verbunden. Eine Freiheitsentziehung bezeichnet das Festhalten einer Person auf eng umgrenztem Raum für einen nicht unerheblichen Zeitraum. Neben Art. Art. 104 Abs. 1 GG sind hier auch die verfassungsrechtlichen Anforderungen zum Freiheitsentzug zu beachten, Art 104 Abs. 2 – 4 GG. Dazu gehört insbesondere der Richtervorbehalt. Dieser zeigt, dass bereits die Anordnung einer Freiheitsentziehung einen Eingriff in die Freiheit der Person darstellt.

#### **5. Wichtige Grundrechte im Familien- und Jugendhilferecht**

Für das Familien- und Jugendhilferecht ist Art. 6 GG zentral, da diese Regelung die verfassungsrechtliche Grundlegung für das Institut der Ehe und Familie ist. Darüber hinaus klärt Art. 6 Abs. 2 GG die Haltung des Staates im Rahmen der Kindererziehung.

---

<sup>50</sup>Bei Normsetzungsverträgen handelt es sich um eine besondere Form der Rechtsetzung im Sozialrecht, insbesondere im Krankenversicherungsrecht.

Art. 6 GG enthält verschiedene Grundrechte.

Es sieht den Schutz der Ehe als Institutsgarantie und Abwehrrecht vor. Die Familie ist im Sinne eines Abwehrrechts vor den Eingriffen des Staates geschützt.

Art. 6 I GG enthält mit dem Besserstellungsverbot gegenüber nicht Verheirateten auch ein gegenüber Art. 3 I GG spezielleres Gleichheitsrecht.

Das Recht der Eltern die Kinder zu erziehen, ist in Art. 6 II GG als Abwehrrecht ausgestaltet. Der Schutz der Mütter ist Abwehrrecht und Teilhaberecht.

Ein weiteres spezielles Gleichheitsgrundrecht ist die Gleichstellung der nichtehelichen Kinder, Art. 6 V GG.

Der sachliche Schutzbereich des Art. 6 I GG umfasst die Ehe als verweltlichte bürgerlich-rechtliche Ehe. Dabei wird die verfassungsrechtlich geschützte Ehe als grundsätzlich unauflösbare Gemeinschaft zwischen Mann und Frau verstanden. Nicht dazu gehören: die Scheinehe (str.), die wilde Ehe, die nicht eheliche Lebens(abschnitts)gemeinschaft und die (eingetragene) Lebenspartnerschaft (nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz) zwischen gleichgeschlechtlichen Menschen. Das geschützte Verhalten umfasst die Eheschließung sowie das eheliche Zusammenleben auch über die Scheidung hinaus.

In personeller Hinsicht handelt es sich bei Art. 6 I GG um ein Grundrecht auf das sich jeder Mensch berufen kann, ohne dass es auf seine Staatsangehörigkeit ankommt.

Art. 6 I GG ist ein schrankenloses Grundrecht, d.h. Eingriffe sind nur durch kollidierendes Verfassungsrecht, regelmäßig also die Grundrechte der anderen Beteiligten, zu rechtfertigen.

Der Schutz des elterlichen Erziehungsrechts ist in Art. 6 II, III GG geregelt. In persönlicher Hinsicht schützt er Menschen ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit. Sachlich werden Eltern im biologischen und rechtlichen Sinne geschützt. Nach der herrschenden Auffassung handelt es sich bei Art. 6 II GG auch um eine Grundpflicht der Eltern gegenüber den Kindern. Man spricht in diesem Zusammenhang auch zurückhaltender von einem treuhänderischen Recht der Eltern zugunsten der Kinder. Ein eigenes Recht der Kinder auf Erziehung ist in Art. 2 I (z.T: i.V.m. Art. 1 I) GG anerkannt. Das geschützte Verhalten im Rahmen von Art. 6 II, III GG ist die Sorge für das körperliche Wohl, Erziehung, seelische und geistige Entwicklung der Kinder.

Eingriffe müssen sich an den Voraussetzungen des Art. 6 II 2 und III GG messen lassen. Bei diesen Regelungen handelt es sich um qualifizierte Gesetzesvorbehalte. Die Vorbehalte müssen inhaltlich einschlägig sein, d.h. sich ausdrücklich auf das staatliche Wächteramt beziehen. Diese

staatliche Wächterfunktion berechtigt und verpflichtet den Staat, bei elterlichem Versagen die Pflege und Erziehung der Kinder in deren Interesse durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen. Art 6 Abs. 3 GG konkretisiert die Regelung insoweit, dass eine staatlich initiierte Trennung der Familie nur unter engen Voraussetzungen stattfinden darf.<sup>51</sup> Soweit diese Vorbehalte inhaltlich nicht einschlägig sind, handelt es sich um ein vorbehaltlos gewährleistetes Recht.

#### Wiederholungsfragen

- Wer ist verpflichtet sich an die Grundrechte zu halten, wer ist der Nutznießer der Grundrechte?
- Wie verhalten sich Freiheits- und Gleichheitsrechte zueinander?
- Welche Funktionen haben die Grundrechte?
- Beschreiben Sie die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte.
- Welche Schranken der Grundrechte unterscheidet man. Nennen Sie Beispiele aus dem Text der Verfassung.
- Was versteht man unter Schrankentrias?
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen qualifiziertem und einfachem Gesetzesvorbehalt. Nennen Sie jeweils Beispiele.
- Wie werden schrankenlose Grundrechte eingeschränkt ?
- Welche Funktion erfüllen die Schranken- Schranken eines Grundrechtes ? Welche Schranken- Schranken kennen Sie ?
- Prüfen Sie anhand von Art. 2 I Grundgesetz, ob ein Rauchverbot in öffentlichen Gebäuden, in der gesamten Öffentlichkeit oder in Schulen und Kindergärten mit diesem Grundrecht vereinbar ist.
- Ist eine Pflicht der Eltern, ihre Kinder in der Regel ab dem dritten Lebensjahr in einer Kindertageseinrichtung unterzubringen, mit Art. 6 II Grundgesetz vereinbar?

---

<sup>51</sup>Sodan/ Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, § 34 Rn 17.

## Kapitel 3 Grundlagen des Strafrechts

### Orientierungsfragen

- Was ist Strafrecht ?
- Welche besonderen verfassungsrechtlichen Grundlagen hat das Strafrecht ?
- Was ist eine Straftat ?
- Wo ist Strafrecht geregelt ?
- Gibt es eine „Berufsstrafbarkeit“ für Sozialarbeiter und Sozialarbeiterinnen ?

Zentrale Kodifizierung des Strafrechts ist das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung. Während das StGB die Voraussetzungen der Strafbarkeit im Hinblick auf das konkrete Tun oder Unterlassen regelt und die zentrale Konkretisierung des Grundsatzes „Keine Strafe ohne Gesetz“ Art 103 GG darstellt, befasst sich die StPO mit dem Verfahren, das zur Verhängung der Strafe führen kann. Die Strafvollzugsgesetze des Bundes und der Länder regeln schließlich, wie eine Strafe bei Erwachsenen und Jugendlichen vollzogen wird. Die Verfassung widmet dem Strafrecht nicht nur mit dem Rechtsstaatsprinzip, sondern auch mit den speziellen Rechten aus Art. 103 und Art. 104 GG spezielle Aufmerksamkeit. In keinem anderen Rechtsgebiet hat ein Eingriff des Staates so einschneidende Folgen, wie im Strafrecht.

Art. 103 GG regelt in seinem Absatz 1 den Anspruch auf rechtliches Gehör vor den Gerichten. Art. 103 Abs. 2 GG verlangt, dass niemand bestraft wird, ohne dass dafür eine gesetzliche Grundlage existiert. Aufgrund dieser Regelung wird der Vorrang der Auslegung nach dem Wortlaut für die Auslegung strafrechtlicher Normen postuliert. Art. 103 Abs. 3 GG regelt schließlich das Verbot der Doppelbestrafung. Art. 104 GG konkretisiert Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, die (körperliche Bewegungs-) Freiheit der Person. Er enthält verfassungsrechtliche Vorgaben für alle Formen der Freiheitsentziehung. So darf die Freiheit nur in einer gesetzlich vorgesehenen Form entzogen werden. Darüber hinaus gilt für Freiheitsentziehungen ein Richtervorbehalt, soweit die Freiheitsentziehung länger dauert als bis zum Ende des Tages nach ihrem Beginn, also maximal bis knapp 48 Stunden. Jeweils bis zum Ende des auf den Beginn der Freiheitsentziehung folgenden Tages ist der Betroffene freizulassen. Dabei ist der Betroffene spätestens am Tag nach Beginn der Freiheitsentziehung dem Richter vorzustellen. Aber auch der Richter soll „kontrolliert“ werden: Art. 104 Abs. 4 GG soll dem schlichten Verschwinden von Personen vorbeugen, indem er fordert, dass von richterlich angeordneten Freiheitsentziehungen ein Angehöriger oder eine Person des Vertrauens benachrichtigt wird.

## 1. Die Straftat

Das mit Strafe bedrohte Verhalten ist im StGB geregelt. Dort bringt der Gesetzgeber durch abstrakte Umschreibungen menschlichen Verhaltens zum Ausdruck, welches Verhalten zu Strafe führt.<sup>52</sup> Diese Regelungen werden auch als Tatbestand (der Strafbarkeit) bezeichnet. Das bloße Vorliegen des Tatbestandes des Strafgesetzes führt nicht sofort zur Strafbarkeit. Rechtsgüterkonflikte werden durch Rechtfertigungsgründe gelöst. Rechtfertigungsgründe erlauben das grundsätzlich verbotene Verhalten ausnahmsweise und lassen dadurch den Unrechtsvorwurf entfallen. Liegen Rechtfertigungsgründe vor, hat der Täter den Boden der Rechtsordnung nicht verlassen. Das verletzte Rechtsgut wurde nur um den Preis des Schutzes eines anderen Rechtsgutes angegriffen, sodass der Täter die Rechtsordnung in ihrem Bestand verteidigt.

Strafbar ist allerdings auch die rechtswidrige Tat, also eine Tat, der keine Rechtfertigungsgründe zu Gute kommen, nur, wenn dem Täter die Tat persönlich vorgeworfen werden kann. Dafür muss der Täter schuldhaft gehandelt haben.

### Die dreigliedrige Straftat

Tatbestand:

Verwirklichung der Tatbestandsvoraussetzungen eines Straftatbestandes bspw. § 211, 212, 203 StGB

Rechtswidrigkeit: Fehlen von Rechtfertigungsgründen

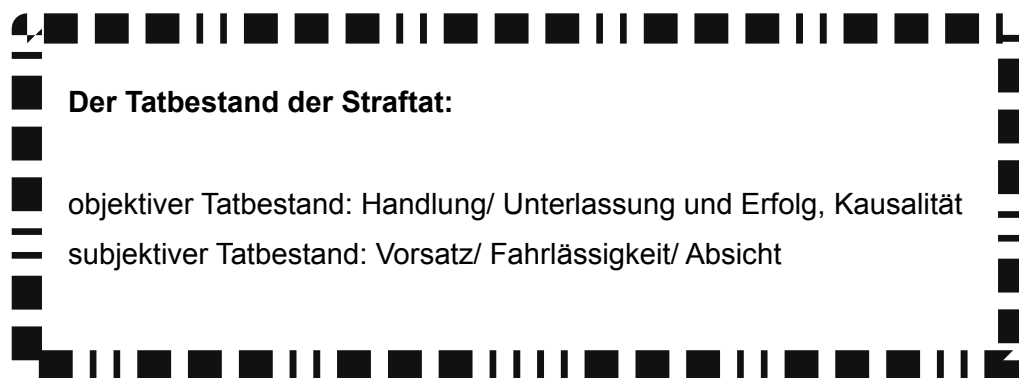
Schuld: Vorwerfbarkeit im Sinne eines Fehlens von Schuldausschließungsgründen

Straftatbestände unterscheiden objektive und subjektive Tatbestandselemente. Der objektive Tatbestand beschreibt einen nach außen sichtbaren Vorgang, eine Handlung, Unterlassung und eine dadurch eingetretene Rechtsgutverletzung. Soweit die Handlung oder Unterlassung zur Verwirklichung einer Rechtsgutverletzung führt, muss diesbezüglich ein Verursachungszusammenhang festgestellt werden. Dies erfolgt zunächst im Sinne der Äquivalenztheorie. Da diese Theorie alle Ursachen unabhängig von Typik oder Atypik erfasst und Kausalverläufe auf diese Weise nicht begrenzt sind, wird die Kausalität durch die sog. objektive

<sup>52</sup> Zur Struktur der Straftat Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts 4. A. 2014 S. 675 ff.

Zurechnung begrenzt: völlig atypische Folgen des Verhaltens des Täters können diesem nicht objektiv zugerechnet werden. Hier handelt es sich um eine wertende Entscheidung auf der Grundlage von Wahrscheinlichkeitseinschätzungen.

Der subjektive Tatbestand unterscheidet Vorsatz und Fahrlässigkeit. Nach außen sind diese inneren Haltungen des Täters nicht sichtbar. Der Täter handelt vorsätzlich, wenn er möchte dass die Tat geschieht und ihre Folgen eintreten. Dabei genügt es, dass der Täter dies billigend in Kauf nimmt. Nur diese Taten sind in der Regel strafbar. Fahrlässige Taten sind nur strafbar, wenn ihre Strafbarkeit gesetzlich ausdrücklich bestimmt ist, vgl. bspw. § 229 StGB. Bei Fahrlässigkeit unterlässt der Täter die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und die von ihm persönlich zu erwartende Sorgfalt. D.h. im Unterschied zum Zivilrecht gilt hier ein individualisierter Maßstab für die Sorgfalt. Er kann der den üblichen Maßstab auch übertreffen. Gelegentlich fordert das Gesetz eine spezielle Absicht, vgl. § 242 StGB. Absicht wird hier als zielgerichteter Erfolgswille verstanden.



Die Tat ist nicht rechtswidrig, wenn Rechtfertigungsgründe vorliegen. Diese können der gesamten Rechtsordnung entspringen. Oft genügt bereits die Zustimmung oder das Einverständnis des Geschädigten um die Rechtswidrigkeit auszuschließen. Vgl. dazu die Einwilligung in die Körperverletzung § 223, 228 StGB.<sup>53</sup> Eine Einwilligung setzt nicht voraus, dass die einwilligende Person geschäftsfähig ist. Es ist ausreichend, wenn die Person nach ihrer geistigen und sittlichen Reife in der Lage ist, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu verstehen und danach zu handeln (natürliche Einsichtsfähigkeit).<sup>54</sup>

Auch Notwehr stellt einen Rechtfertigungsgrund dar, § 32 StGB. Zu beachten ist, dass eine Überschreitung des Notwehrrechts (nur) zu einem Entfallen des Schuldvorwurfs nach § 33 StGB führt. Der rechtfertigende Notstand ist in § 34 StGB geregelt. Hier ist die Abwehr einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr an eine Güterabwägung geknüpft.

<sup>53</sup> BeckOK StGB/Eschelbach StGB § 223 Rn. 35.

<sup>54</sup> BeckOK StGB/Eschelbach StGB § 228 Rn. 13.



Gerechtfertigt ist die Abwehr nur, wenn das geschützte Interesse das beeinträchtigte Rechtsgut wesentlich überwiegt.

Die Schuld beantwortet die Frage nach der persönlichen Vorwerfbarkeit der Tat. Ihre Schwere ist nach § 46 StGB Grundlage der Strafzumessung. Kinder sind nach § 19 StGB schuldunfähig. Jugendliche und Erwachsene sind, vgl. a §§ 1, 3, 5 JGG, grundsätzlich schuldfähig. Hier entfällt die Schuld nur unter den Voraussetzungen des § 20 StGB. Die „actio libera in causa“ verlagert jedoch in besonderen Fällen die Verantwortlichkeit auf einen Zeitpunkt vor der Tat. Dies ist der Fall, wenn der Täter im schuldfähigen Zustand ein Geschehensablauf in Gang setzt, der zu einer rechtswidrigen Tat im schuldunfähigen Zustand führt.

Im Einzelnen führt die überaus filigrane Irrtumslehre des Strafrechts auch zum Entfallen einzelner Elemente der Straftat und damit zur Strafflosigkeit.<sup>55</sup>

## **2. Unterlassungsdelikte**

Straftaten können auch durch Unterlassung verwirklicht werden.<sup>56</sup> Die echten Unterlassungsdelikte können von jedermann nur durch Unterlassen begangen werden, vgl. a. §§ 138, 323c StGB. Daneben können alle Tatbestände, die durch aktives Tun verwirklicht werden, auch durch Unterlassen verwirklicht werden, sog. unechte Unterlassungsdelikte. Strafbar ist jedoch nur derjenige, der rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt. Dem Täter muss aufgrund ihrer besonderen Beziehung, die als Garantenstellung bezeichnet wird, eine spezielle Rechtspflicht zum Tätigwerden haben. Diese Rechtspflicht kann sich aufgrund einer besonderen Verantwortlichkeit für besondere Gefahrenquellen oder aus der Rechtspflicht zum Schutz eines bestimmten Rechtsgutes vor unbestimmt vielen Gefahren ergeben. Ein derartiges Beispiel bietet §§ 8a SGB VIII für die im Kinder- und Jugendschutz tätigen Personen.

## **3. Täterschaft und Teilnahme**

Straftaten können als Täter oder Teilnehmer begangen werden.<sup>57</sup> Täter ist diejenige Person, die die Tatherrschaft innehat, vgl. a. § 25 StGB. Hier gibt es die Allein- und Mittäterschaft, sowie den mittelbaren Täter, der die Tat durch einen anderen als schuldunfähiges oder gutgläubiges Werkzeug begeht. Teilnehmer einer Tat ist der Anstifter, § 26 StGB. Auch Beihilfe, § 27 StGB, ist eine Form der Teilnahme an einer Straftat. Der Teilnehmer ist alleine nicht in der Lage die Straftat

<sup>55</sup> Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts, 4.A. 2014, S. 677.

<sup>56</sup> Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts, 4.A. 2014, S. 684.

<sup>57</sup> Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts, 4.A. 2014, S. 686.

zu verwirklichen. Er verfügt nicht über die Tatherrschaft, also die Macht, die Tat in die Realität umzusetzen.

#### **4. Zum Beispiel: § 203 StGB Verletzung von Privatgeheimnissen**

§ 203 Abs. 1 und 2 StGB unterscheiden zwei unterschiedliche Straftatbestände. Nach § 203 Abs. 1 StGB können sich Personen strafbar machen, die als Angehörige bestimmter Berufsgruppen ein besonderes Vertrauen ihrer Klienten, Mandanten, Patienten genießen. Zu diesen Berufsgruppen gehören auch die staatlich anerkannten Sozialarbeiter und Sozialpädagogen, § 203 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Nach § 203 Abs. 2 StGB können sich bestimmte Amtsträger strafbar machen. Allerdings kann sich ein Täter, auf den beide Tatbestände zutreffen, nach beiden Rechtsgrundlagen strafbar machen. In diesem Fall liegt allerdings nur eine Tat vor.<sup>58</sup> Das Verhältnis der beiden Regelungen zueinander ist strittig.<sup>59</sup> In beiden Fällen ist es unter Androhung von Strafe verboten, fremde Geheimnisse, die ihnen in Ausübung einer besonderen Tätigkeit anvertraut wurden, unbefugt zu offenbaren. Schutzgut ist in erster Linie das individuelle Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>60</sup>

#### **4.1. Berufsbezogene Strafbarkeit § 203 Abs. 1 StGB**

##### **4.1.1 Tatbestand § 203 Abs. 1 StGB**

Die Strafbarkeit nach § 203 Abs. 1 StGB kann nur vorliegen, wenn der Täter den in Abs.1 genannten Berufsgruppen angehört. Dazu gehören bspw.:

- Ehe-, Familien-, Erziehungs- oder Jugendberater, Berater für Suchtfragen in einer staatlich oder anderweitig öffentlich anerkannten Beratungsstelle sowie Mitglieder oder Beauftragte einer anerkannten Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz, ohne dass es auf deren konkrete berufliche Qualifikation ankommt (§ 203 Abs. 1 Nr. 4, 4 a StGB)
- staatlich anerkannte Sozialarbeiter und -pädagogen (§ 203 Abs. 1 Nr. 5 StGB).

Diesen Personen stehen ihre berufsmäßigen Gehilfen und die bei diesen zur Vorbereitung auf den Beruf Tätigen gleich (§ 203 Abs. 3 S. 2 StGB).<sup>61</sup>

<sup>58</sup> BeckOK StGB/Weidemann StGB § 203 Rn. 52.

<sup>59</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 51.

<sup>60</sup> BVerfG 14.12.2001 - 2 BvR 152/01 Rn. 10.

<sup>61</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 41.

Geschützt werden „Geheimnisse“. Geheimnisse sind zum persönlichen Lebensbereich gehörende Tatsachen, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und an deren Geheimhaltung derjenige, den sie betreffen, ein von seinem Standpunkt aus, sachlich begründetes Interesse hat. Ein Geheimnis muss personenbezogen sein, kann sich aber auf jeden Lebensbereich beziehen.<sup>62</sup> Dabei kann es sich auch lediglich um die Tatsache des Bezugs von Sozialleistungen bspw. nach dem SGB II handeln.

Allein dass es sich um ein Geheimnis handelt, ist nicht ausreichend. Dieses Geheimnis muss dem Berufsträger „anvertraut“ oder „bekannt“ geworden sein. Anvertrauen ist die Mitteilung unter der (ausdrücklichen oder sich aus den Umständen ergebenden) Anforderung des Geheimhaltens, Bekanntwerden die Kenntnisnahme eines Geheimnisses im Rahmen einer gerade durch die Berufsausübung geschaffenen Gelegenheit.

Es genügt dabei nicht, dass die Kenntniserlangung in irgendeiner sozialen Konstellation erfolgt. Die Geheimnisse müssen einer Person „als“ Berufsträger anvertraut oder bekannt geworden sein.

Strafbar ist die „Offenbarung“ des Geheimnisses. Dafür genügt jede Mitteilung. Die Mitteilung kann ausdrücklich, durch schlüssiges Verhalten oder, bei Bestehen einer Garantenpflicht, durch Unterlassen<sup>63</sup> erfolgen.<sup>64</sup> Geeigneter Adressat der Offenbarung ist jeder Dritte, der das Geheimnis oder die Einzelangabe noch nicht kennt. Greift der Geheimnisschutz nach § 203 Abs. 1 StGB ein, so gilt er nach der einschlägigen Rechtsprechung auch innerdienstlich, d.h. auch gegenüber Urlaubs-, Abwesenheits- und Krankheitsvertretern oder bei Übergabe eines Falles.<sup>65</sup>

#### **4.1.2. Rechtfertigungsgründe**

Strafbar macht sich nur, wer ein fremdes Geheimnis „unbefugt“ offenbart. Eine Befugnis zur Offenbarung rechtfertigt eine Schweigepflichtverletzung.<sup>66</sup>

#### **4.2. Strafbarkeit von Amtsträgern § 203 Abs. 2 StGB**

Die Strafbarkeit nach dem Tatbestand des § 203 Abs. 2 StGB ist unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe. Strafbar nach dieser Regelung sind Beamte, §

---

<sup>62</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 44.

<sup>63</sup> BeckOK StGB/Weidemann § 203 Rn. 31.

<sup>64</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 48.

<sup>65</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 49.

<sup>66</sup> Kargl in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch 4. Auflage 2013 § 203 StGB Rn. 50. Anders für die Einwilligung BeckOK StGB/Weidemann StGB § 203 Rn. 33.

11 Abs. 1 Nr. 2 a StGB und zur Wahrnehmung von Aufgaben öffentlicher Verwaltung bestellte Angestellte § 11 Abs. 1 Nr. 4 a StGB.<sup>67</sup>

Auch hier ist das Geheimnis, wie in Abs. 1, geschützt. Darüber hinaus sind sonstige Einzelangaben, die persönliche oder sachliche Verhältnisse eines anderen betreffen, geschützt. Dies erfasst auch Angaben ohne Geheimnischarakter.<sup>68</sup> Der Schutz bezieht sich aber nicht auf sog. offenkundige Daten, also Informationen, über die sich „verständige Menschen aus zuverlässigen Quellen (...) ohne besondere Fachkunde unterrichten können (...), ferner Tatsachen hinsichtlich derer die Rechtsordnung selbst durch Auskunfts- oder Einsichtsrechte Zugang gewährt“.<sup>69</sup>

Auch hier setzt der Tatbestand ein „Anvertrauen“ oder „Bekanntwerden“, sowie einen funktionalen Zusammenhang dieser Handlungen mit der Amtsausübung voraus. (Vgl. oben.)

Der Offenbarungsbegriff des § 203 Abs. 2 StGB wird abweichend von Abs. 1 ausgelegt. Die Geheimnisse werden hier nicht einem bestimmten Amtsträger, sondern der Behörde anvertraut. Von einem Offenbaren wird deshalb nur ausgegangen, wenn das Geheimnis die Behörde verlassen hat.<sup>70</sup>

### 4.3. Unbefugtes Offenbaren

Nach § 203 Abs. 1 oder 2 StGB ist nur strafbar macht sich nur, wer ein fremdes Geheimnis unbefugt offenbart.<sup>71</sup> Rechtfertigend wirken also alle Offenbarungsbefugnisse.

Dies können sein:

- die Einwilligung des Betroffenen
- die gesetzlichen Anzeige- oder Meldepflichten bspw. § 138 StGB, § 158 StPO, § 8 IfSG
- die Zeugnispflicht beim Fehlen eines Zeugnisverweigerungsrechts, bspw. das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 3, 3 a und b StPO, das verfassungsrechtliche Zeugnisverweigerungsrecht,<sup>72</sup> das sozialdatenschutzrechtliche Zeugnisverweigerungsrecht aus § 35 Abs. 3 SGB I

<sup>67</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 39.

<sup>68</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 45.

<sup>69</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 45.

<sup>70</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 52.

<sup>71</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 52.

<sup>72</sup> Grundsätzlich anerkannt durch BVerfG 31. Mai 1988 – 2 BvR 367/88 Rn. 2.

- eine gerichtliche Anordnung bspw. zur Duldung einer Untersuchung als Befugnis zur Aussage des Sachverständigen<sup>73</sup>
- der gerichtliche Amtsermittlungsgrundsatz bei gesetzlicher Regelung einer Offenbarungspflicht (bspw gem. § 18 Abs. 3 S. 4 SGB VIII)<sup>74</sup>
- das Erziehungsrecht der Eltern
- die spezialgesetzlichen Offenbarungspflichten (bspw. § 182 Abs. 2 StrafvollzG, § 56 d Abs. 1 StGB, § 24 Abs. 1 S. 1 JGG, § 56 d Abs. 3 S. 3 und 4 StGB, § 25 S. 2 und 3 JGG)
- die Übermittlungsbefugnisse aus dem Datenschutzrecht BDSG, Landesdatenschutzgesetze, SGB X und SGB I.

#### Wiederholungsfragen

- Erläutern Sie die Begriffe Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld im Kontext des Strafrechts.
- Geben Sie Rechtfertigungsgründe an !
- Was unterscheidet Täterschaft und Teilnahme ?
- Erläutern Sie die strafrechtliche Garantenstellung !
- Erläutern Sie die Bedeutung der Tatbestandsmerkmale „Geheimnis“ und „Offenbarung“ des § 203 StGB
- Welche Rolle spielt der Sozialdatenschutz bei der Strafbarkeit von § 203 StGB ?

---

<sup>73</sup> BGH 21.10.2008 – 1 StR 536/08.

<sup>74</sup> OLG Stuttgart 17. Mai 2006– 1 Ws 128/06 Rn. 4.

## Kapitel 4 Grundlagen des Aufenthaltsrechts

### Orientierungsfragen

- Was regelt das Aufenthaltsgesetz ?
- Wer ist Ausländer im Sinne des Aufenthaltsgesetzes ?
- Wo ist die deutsche Staatsangehörigkeit geregelt ?
- Wann ist ein Aufenthalt eines Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland rechtswidrig ?
- Was ist ein Aufenthaltstitel ?
- Was ist eine Duldung ?

### 1. Das Aufenthaltsgesetz im Überblick

Das Ziel des AufenthG ist es entsprechend dessen § 1 Abs. 1 S. 1 AufenthG den Zuzug von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland zu steuern zu begrenzen. Nach § 4 Abs. 1 AufenthG besteht für Ausländer ein grundsätzliches Einreiseverbot in die Bundesrepublik Deutschland. Es handelt sich um ein so genanntes Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.<sup>75</sup> Die Ausnahme vom Einreiseverbot wird mit dem Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz (AufenthG) erteilt.

Wer nun nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, also Ausländer § 2 Abs.1 AufenthG ist, für den gilt nach § 4 Abs. 1 AufenthG, soweit das Aufenthaltsgesetz anwendbar ist, ein Einreiseverbot. Diese Personen benötigen einen Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz. Dieser Aufenthaltstitel hat Verwaltungsaktqualität. Ausnahmen vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels regelt § 4 Abs. 1 S. 1 AufenthG. Durch das Recht der Europäischen Union oder durch Rechtsverordnung sowie aufgrund des Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei kann diesen Ausländern ein spezielles Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet zustehen.

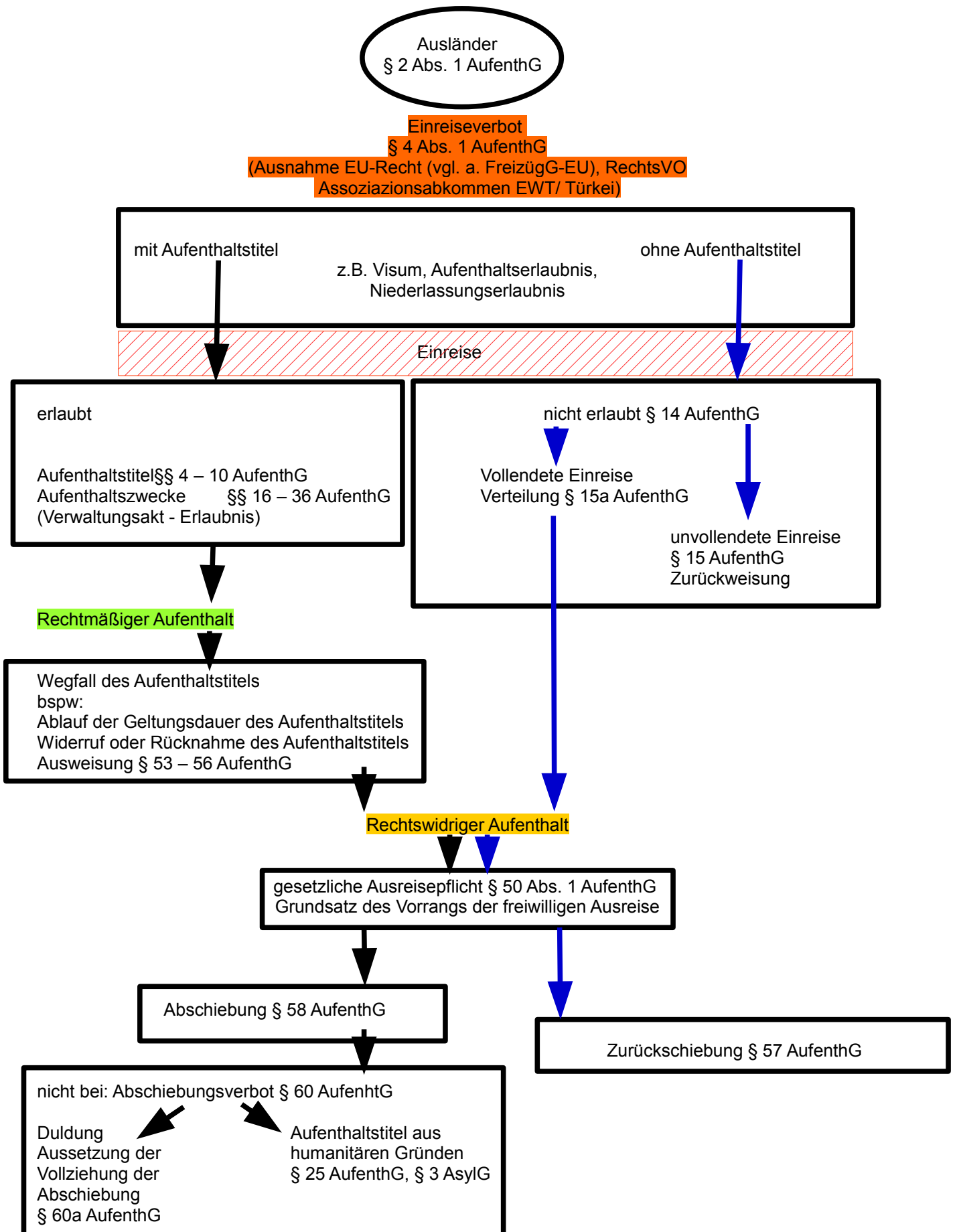
Aus dem Einreiseverbot für Ausländer in die Bundesrepublik Deutschland folgt, dass Ausländer entweder erlaubt oder nicht erlaubt in die Bundesrepublik einreisen. Die Voraussetzung einer

---

<sup>75</sup> Thym NZS 2016, 441 (441).

erlaubten Einreise ist der Besitz eines Aufenthaltstitels. Besitzt der Ausländer einen Aufenthaltstitel ist sein Aufenthalt rechtmäßig. Bei unerlaubter Einreise ohne Aufenthaltstitel führt dies zu einem rechtswidrigen Aufenthalt. Im Falle des Besitzes eines Aufenthaltstitel kann auch dieser Aufenthalt rechtswidrig werden, wenn der Aufenthaltstitel wegfällt. Der Aufenthaltstitel kann durch Aufhebung oder Erledigung wegfallen. Im Falle eines rechtswidrigen Aufenthaltes ist der Ausländer nach § 50 Abs. 1 AufenthG zur Ausreise verpflichtet. Im Falle einer Ausreiseverpflichtung geht die freiwillige Ausreise einer zwangsweisen Durchsetzung der Ausreisepflicht vor. Erst wenn eine freiwillige Ausreise nicht erfolgt, wird die Ausreisepflicht (zwangsweise) durchgesetzt. Die Durchsetzung der Ausreisepflicht kann bereits bei unerlaubter Einreise nach § 14 AufenthG erfolgen. In diesem Fall wird der Ausländer nach § 57 AufenthG zurückgeschoben. Entsteht die Ausreisepflicht nicht durch unerlaubte Einreise ist eine Abschiebung nach § 58 AufenthG erforderlich. Die Abschiebung wird bei fehlendem Abschiebungsverbot nach § 60 AufenthG angeordnet. Auch dies ist ein Verwaltungsakt. Vor dem Vollzug der Abschiebung wird die Abschiebung angedroht. Dabei können bspw. räumliche Beschränkung, Abschiebungshaft oder Ausreisegewahrsam angeordnet werden. Besteht ein Abschiebungsverbot nach § 60 AufenthG besteht die Möglichkeit einen Aufenthaltstitel nach § 25 AufenthG aus humanitären Gründen zu erhalten. Ist dies nicht der Fall kann der Vollzug der Abschiebung zeitweise durch Duldung nach § 60 a AufenthG ausgesetzt werden. Die Duldung ist kein Aufenthaltstitel. Der Aufenthalt in der Bundesrepublik aufgrund einer Duldung ist rechtswidrig.

Stark vereinfacht können im ausländerrechtlichen Verwaltungsverfahren fünf Teile unterschieden werden: Dies ist zunächst die Festlegung der Eigenschaft „Ausländer“, die Einreise, der Aufenthalt mit oder ohne Aufenthaltstitel, das Entstehen der Ausreisepflicht und ihre Durchsetzung im Wege der Zurückschiebung oder Abschiebung.





## **2. Der Ausländer**

Das Aufenthaltsgesetz gilt nur für Ausländer. Ausländer ist nach der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 AufenthG jeder der nicht Deutscher im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG ist. Das Aufenthaltsgesetz gilt jedoch nicht für alle Ausländer. Nach § 1 Abs. 2 AufenthG findet das Aufenthaltsgesetz keine Anwendung auf Unionsbürger, deren Freizügigkeit im Gesetz über die Freizügigkeit von Unionsbürger geregelt ist, sowie die weiteren dort aufgezählten Ausländer. Dazu gehören auch die türkischen Staatsangehörigen. Sie unterliegen dem Assoziierungsabkommen des Europäischen Wirtschaftsraum mit der Türkei. Der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit schließt die Anwendbarkeit des Aufenthaltsgesetzes vollständig aus. Maßgeblich für die Anwendung des AufenthG ist also unter welchen Voraussetzungen die deutsche Staatsangehörigkeit erworben werden kann.

### **2.1. Die deutsche Staatsangehörigkeit**

Bereits Art. 116 GG ist geregelt, wer Deutscher ist. Danach ist Deutscher, vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiet des Deutschen Reiches nach dem Stand vom 31.12.1937 Aufnahme gefunden hat. Der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit ist im Staatsangehörigkeitsgesetz (StAG) geregelt. Nach dessen § 3 StAG kann die deutsche Staatsangehörigkeit durch Geburt, durch Erklärung nach § 5 StAG, durch Annahme als Kind und durch Einbürgerung von Ausländern nach §§ 8 bis 16 StAG u.a. begründet werden. § 4 StAG regelt den Grundtatbestand des Staatsangehörigkeitsrechts. Es folgt grundsätzlich dem sogenannten jus sanguinis. Wie beim jus sanguinis üblich, erwirbt das Kind die Staatsangehörigkeit des Elternteils, wenn das Elternteil die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Maßgeblich ist also nicht der Geburtsort des Kindes (jus loci). Aber auch das Kind ausländischer Eltern hat die Möglichkeit die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben, § 4 Abs. 3 StAG, wenn sich ein Elternteil seit acht Jahren regelmäßig gewöhnlich im Inland aufhält und ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besteht. Kinder, die vor dem 1.7.1993 geboren wurden und von einem deutschen Vater und einer ausländischen Mutter abstammen, können die Staatsangehörigkeit nach § 5 StAG durch Erklärung erwerben. Nach § 6 StAG kann eine Person, die durch einen deutschen als Kind angenommen wird und das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben. Weitere Alternativen der Einbürgerung regeln §§ 8-16 StAG. Die Regelungen zeigen, dass eine doppelte Staatsangehörigkeit in der Regel vermieden werden soll. Auch der Verlust der deutschen

Staatsangehörigkeit ist im Staatsangehörigkeitsgesetz geregelt, § 17 Abs. 1 StAG zählt die möglichen Alternativen auf.

## 2.2. Grundrechte der Ausländer

Auf verfassungsrechtlicher Ebene spiegelt sich die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit in der Differenzierungen der Menschenrechte und der Deutschengrundrechte, auch Bürgerrechte genannt. Die Menschenrechte kann man an Formulierungen erkennen, die darauf abstellen, dass dieses Grundrecht jedem zusteht und alle Menschen geschützt sind, sowie niemand aus der Geltung des Schutzbereiches ausgeschlossen werden darf. Als Beispiele für Bürgerrechte können die Versammlungsfreiheit Art. 8 GG, die Vereinigungsfreiheit Art. 9 Abs. 1 GG, die Freizügigkeit Art. 11 Abs. 1 GG sowie die Berufsfreiheit Abs. 12 Abs. 1 GG genannt werden. Diese beziehen sich ausdrücklich jeweils nur auf alle Deutschen. Art. 16 Abs. 1 GG legt fest, dass die deutsche Staatsangehörigkeit nicht entzogen werden darf. Gem. Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG darf kein Deutscher an das Ausland ausgeliefert werden.

Das in den sachlichen Schutzbereich der Deutschengrundrechte fallende Verhalten von der Ausländern wird nach herrschender Meinung durch das in Art. 2 Abs. 1 GG garantierte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in seiner Funktion als Auffanggrundrecht geschützt.<sup>76</sup> Bezüglich der Ausländer der Europäischen Union ist problematisch, ob sie sich auf die Freiheitsgehalte der Deutschengrundrechte nur unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz berufen können. Gegen die Anwendbarkeit der Bürgerrechte spricht der klare Wortlaut derjenigen Grundrechte, die ausdrücklich nur für Deutsche gelten. Nach anderer Ansicht soll zwar nur die Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG möglich sein. Allerdings sind die regelmäßig engeren Beschränkungsmöglichkeiten des betreffenden Bürgerrechts auf Art. 2 Abs. 1 GG zu übertragen. Diese „Schrankenübertragungstheorie“ lässt sich nicht auf den Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 GG stützen. Die gemeinschaftsrechtlich gebotene Gleichbehandlung der Ausländer der Europäischen Union erfordert im Ergebnis nur eine gleiche Reichweite des geschützten Betätigungsbereiches. D.h. Art 2 Abs. 1 GG muss so ausgelegt werden, dass für EU - Ausländer im Ergebnis derselbe Freiheitsgehalt erreicht wird, wie im Rahmen der speziellen Bürgerrechte.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup>Sodan/ Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 21 Rz. 7.

<sup>77</sup>Sodan/ Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 23 Rz. 7.

### **3. Die Einreise und das Grundrecht auf Asyl**

Eine Einreise im ausländerrechtlichen Sinne bedeutet nicht schlicht das Betreten des Staatsgebiets eines Landes. Den Grenzübertritt und die Voraussetzungen für eine Einreise regelt § 13 AufenthG

#### **3.1. Die Einreise**

Nach § 13 AufenthG findet eine Einreise des Bundesgebietes nur dann statt, wenn sie an einer zugelassenen Grenzübergangsstelle und innerhalb der festgesetzten Verkehrszeiten stattfindet. An dieser Grenzübergangsstelle ist der Ausländer auch dann eingereist, wenn er die Grenze überschritten und die Grenzübergangsstelle passiert hat. Die erlaubte wird von der unerlaubten Einreise in § 14 AufenthG abgegrenzt. Danach ist die Einreise eines Ausländers unerlaubt, wenn insbesondere er den erforderlichen Pass und Aufenthaltstitel nicht besitzt. Eine erlaubte Einreise setzt das Vorliegen der Voraussetzung für einen Aufenthaltstitel voraus und führt zu einem rechtmäßigen Aufenthalt. Bei der unerlaubten Einreise nach § 14 AufenthG besteht die Möglichkeit, den Ausländer nach § 15 AufenthG bei der unvollendeter Einreise zurückzuweisen. Im Einzelfall ist es sogar möglich den Ausländer zur Sicherung der Zurückweisung auf richterliche Anordnung in Haft zu nehmen, § 15 Abs. 5 AufenthG. Bei vollendeter unerlaubter Einreise findet eine Verteilung nach § 15a AufenthG statt.

#### **3.2. Das Individualgrundrecht auf politisches Asyl, Art. 16a GG**

Neben der Möglichkeit im Rahmen des Verfahrens des Aufenthaltsgesetzes in die Bundesrepublik einzureisen, hat der Ausländer nach Art. 16a GG die Möglichkeit ein Individualgrundrecht auf Asyl wegen politischer Verfolgung geltend zu machen. Dieses Individualgrundrecht steht allen Personen zu, die politisch verfolgt sind. Dabei gilt als Verfolgung jede Maßnahme, die nach ihrer Art, Intensität und Schwere die Menschenwürde verletzt. Notwendig ist auch dass der Betreffende in eine gegenwärtige Zwangslage gerät. Die Verfolgung muss auch eine staatliche bzw. quasi staatliche sein. Sie muss an unverfügbaren Merkmalen der Person anknüpfen. Soweit der Ausländer aus einem sicheren Drittstaat eingereist ist, ist der persönliche Geltungsbereich des Art. 16a Abs. 1 GG beschränkt. In diesem Fall findet ein Asylverfahren erst gar nicht statt. Es besteht kein vorläufiges Bleiberecht zur Durchführung eines Asylverfahrens und der Asylantrag ist unbeachtlich. Der Bewerber ist an der Grenze zurückzuweisen. Hinsichtlich der Ausländer aus

sicheren Herkunftsstaaten besteht eine widerlegbare Vermutung der Verfolgungssicherheit. Es findet lediglich ein verkürztes Asylverfahren statt. Der Asylantrag gilt als offensichtlich unbegründet. Das Nähere ist im Asylgesetz (AsylG) geregelt. Die sicheren Herkunfts- und Drittstaaten ergeben sich aus den Anlagen zu §§ 26a und 29a AsylG. Während des Asylverfahrens hat der Ausländer keinen Aufenthaltstitel, sondern ihm ist der Aufenthalt nach § 55 AsylG zur Durchführung des Asylverfahrens im Bundesgebiet gestattet.

#### **4. Die Aufenthaltstitel**

In §§ 4-10 AufenthG sind die verschiedenen Aufenthaltstitel geregelt. Man unterscheidet nach § 4 Abs. 1 S. 2 AufenthG: Visum § 6 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 AufenthG, die Aufenthaltserlaubnis § 7 AufenthG, die Blaue Karte EU § 19 A. AufenthG, die Niederlassungserlaubnis § 9 AufenthG, und die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU. § 9a AufenthG. Diese Aufenthaltstitel berechtigen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit soweit es nach dem AufenthG bestimmt ist oder im Aufenthaltstitel die Ausübung der Erwerbstätigkeit ausdrücklich erlaubt wird.

Ein Aufenthaltstitel wird nur erteilt, wenn sowohl die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen als auch die besonderen Erteilungsvoraussetzungen vorliegen. Die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen regelt § 5 AufenthG. Diese Voraussetzungen müssen unabhängig von der Art des Aufenthaltstitels vorliegen. Sie müssen bei Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 4 Abs. 1 AufenthG vorliegen. Beispielhaft seien hier genannt: die Sicherstellung des Lebensunterhaltes, geklärte Identität, die Erfüllung der Passpflicht, keine Gefährdung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland. Die besonderen Erteilungsvoraussetzungen für Aufenthaltstitel sind in der jeweiligen Rechtsgrundlage des entsprechenden Aufenthaltstitels speziell geregelt. Folgende Aufenthaltstitel sind zu unterscheiden:

##### **4.1. Das Visum**

Das Visum ist in § 6 AufenthG geregelt. Über Einreise und Aufenthalt eines Ausländers ist grundsätzlich zu entscheiden, solange er sich im Ausland befindet. Der für die Einreise erforderliche Aufenthaltstitel ist das Visum. Es ist zwischen dem Schengen Visum für kurzfristige Aufenthalte von bis zu drei Monaten § 6 Abs. 1-3 AufenthG und dem nationalen Visum für längerfristige Aufenthalte, § 6 Abs. 4 AufenthG zu unterscheiden. Das Schengen Visum ist für eine oder mehrere Einreisen gültig. Weder die Dauer des ununterbrochenen Aufenthaltes, noch die Dauer der aufeinander folgenden Aufenthalte dürfen drei Monate überschreiten. Eine Verlängerung

kann nur als nationales Visum erfolgen.<sup>78</sup> Für einen mehr als dreimonatigen Aufenthalt benötigt man ein nationales Visum.

## **4.2. Die Aufenthaltserlaubnis**

Die Aufenthaltserlaubnis ist in § 7 AufenthG geregelt. Es ist ein befristeter Aufenthaltstitel und wird zu den im AufenthG genannten Aufenthaltszwecken erteilt. Die Aufenthaltserlaubnis wird unter Berücksichtigung des beabsichtigten Aufenthaltszwecks befristet. Hinsichtlich des Aufenthaltszwecks unterscheidet man: Ausbildung, Erwerbstätigkeit, drittens völkerrechtlich humanitäre oder politische Gründe und Familiennachzug.

### **4.2.1. Aufenthaltszweck der Ausbildung**

Nach § 16 AufenthG kann einem Ausländer zum Zwecke des Studiums an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Eine Aufenthaltserlaubnis kann auch zum Zweck der Studienbewerbung erteilt werden. Diese Aufenthaltserlaubnis berechtigt auch zur Ausübung einer Beschäftigung. Sie kann nach erfolgreichem Abschluss befristet verlängert werden. Nach § 17 AufenthG kann einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis auch zum Zweck der betrieblichen Aus- und Weiterbildung erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Aus- und Weiterbildung ohne Zustimmung der Bundesagentur zulässig ist. Auch diese Aufenthaltserlaubnis kann nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung befristet verlängert werden. Nach § 17a AufenthG kann dem Ausländer auch zum Zweck der Anerkennung seiner im Ausland erworbenen Berufsqualifikationen eine Aufenthaltserlaubnis zur Durchführung einer Bildungsmaßnahme und der sich daran anschließenden Prüfung erteilt werden.

### **4.2.2. Aufenthaltszweck Erwerbstätigkeit**

Nach § 18 AufenthG kann einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Ausübung einer nicht selbständigen Tätigkeit erteilt werden. Die Zustimmung der Agentur für Arbeit nach §§ 39 f AufenthG ist notwendig. Nach § 18 AufenthG kann einem geduldeten Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zu Ausübung einer seiner beruflichen Qualifikation entsprechenden

---

<sup>78</sup>von Auer in: Anwalt Formulare, 2015 § 6 Rn. 5.

Beschäftigung erteilt werden. Auch hier muss die Bundesagentur nach § 39 AufenthG zustimmen. Auch Absolventen deutscher Hochschulen kann nach 18 b AufenthG eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden. § 18 AufenthG sieht vor, dass einem Ausländer, der über einen deutschen oder anerkannten oder einen einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss verfügt eine Aufenthaltserlaubnis zur Suche nach einem seiner Qualifikation angemessenen Arbeitsplatz befristet für bis zu sechs Monaten erteilt wird. Diese Aufenthaltserlaubnis berechtigt allerdings nicht Erwerbstätigkeit.

§ 19 AufenthG sieht vor, dass einem hochqualifizierten Ausländer in besonderen Fällen eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden kann. Auch hier muss die Bundesagentur nach § 39 zustimmen. Einem Ausländer kann eine Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG zum Zweck der Forschung erteilt werden. Auch zur Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit kann einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis nach § 21 AufenthG erteilt werden.

#### **4.2.3. Völkerrechtliche, humanitäre oder politische Gründe**

Nach § 22 AufenthG kann einem Ausländer für die Aufnahme aus dem Ausland aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Eine ähnliche Regelung sieht § 23 AufenthG vor, wonach die oberste Landesbehörde aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung der politischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnen kann, dass Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden soll. Auch in Fällen, in denen ein Ausländer vollziehbar ausreisepflichtig ist, darf die oberste Landesbehörde nach § 23 AufenthG in Härtefällen anordnen, dass eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. § 24 AufenthG sieht eine Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz eines Ausländers vor. Voraussetzung ist der Beschluss des Rates der Europäischen Union gemäß Richtlinie 2001/55/EG, Diesen Ausländern vorübergehenden Schutz zu gewähren. Nach § 25 Abs. 1 AufenthG wird einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis erteilt, wenn er als Asylberechtigter anerkannt ist. Dies gilt nach § 25 Abs. 2 AufenthG auch, wenn dem Ausländer durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge die Flüchtlingseigenschaft nach § 3 Abs. 1 des AsylG oder subsidiärer Schutz nach § 4 Abs. 1 AsylG zuerkannt wurde. Auch in den Fällen des Vorliegens eines Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG soll eine Aufenthaltserlaubnis in der Regel erteilt werden. Weitere Rechtsgrundlagen für eine Aufenthaltserlaubnis regeln die § 25 Abs. 4 a und b AufenthG. Einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, kann eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall des Ausreisehindernisses in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist. Die Aufenthaltserlaubnis soll erteilt

werden, wenn die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt ist, § 25 Abs. 5 AufenthG. §§ 25a und 25 b AufenthG sehen Aufenthaltserlaubnisse für Personen vor, die in der Bundesrepublik integriert leben. Dabei kann es sich durchaus auch um geduldete Personen handeln.

#### **4.2.4. Aufenthaltswitzwek Familiennachzug**

Aufgrund des besonderen Schutzes der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG sieht auch das Aufenthaltsgesetz zum Schutz der Familie spezielle Aufenthaltsregeln vor. Besonderen Schutz genießt danach der Nachzug zu Deutschen nach § 28 AufenthG sowie der Familiennachzug zu Ausländern unter den Voraussetzungen des §§ 29 ff AufenthG. Die speziellen Voraussetzungen des Ehegattennachzugs regeln §§ 30 – 31 AufenthG. Spezielle Voraussetzung des Nachzugs von Kindern sind in §§ 32-35 AufenthG geregelt. Voraussetzung ist, dass die Kinder minderjährig und ledig sind. Die besonderen Voraussetzungen für die Nachzug von Eltern und anderen Familienangehörigen regelt § 36 AufenthG.

#### **4.3. Die Niederlassungserlaubnis**

Die Niederlassungserlaubnis ist in § 9 AufenthG geregelt. Sie berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Voraussetzung ist, dass der Ausländer seit fünf Jahren eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, sein Lebensunterhalt gesichert ist und Beiträge zur sozialen Absicherung geleistet wurden. Daneben schießen Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder eine von ihm ausgehende Gefahr die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis aus. Der Ausländer muss außerdem unter anderem über ausreichende Kenntnisse der deutsche Sprache verfügen, sowie über Grundkenntnisse der Rechts und Gesellschaftsordnung, sowie der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet. Außerdem muss er ausreichend mit Wohnraum versorgt sein.

#### **4.4. Die Erlaubnis zum Daueraufenthalt- EU und Blaue Karte – EU**

Auch die Erlaubnis zum Daueraufenthalt nach § 9a AufenthG ist eine unbefristete Aufenthaltstitel. In den Voraussetzungen ist sie an die Niederlassungserlaubnis angelehnt. Ihren Ursprung finden die Erlaubnis zum Daueraufenthalt - EU und die Blaue Karte - EU im Recht der Europäischen Union. Die Blaue Karte - EU ist in § 19a AufenthG geregelt. Sie ist ein spezieller Aufenthaltstitel, die einem Ausländer zum Zweck der Ausübung einer seiner Qualifikation angemessenen

Beschäftigung erteilt wird. Ziel der Regelung ist es, qualifizierter ausländische Arbeitskräfte erleichtert in das Bundesgebiet aufnehmen zu können.

## **5. Der rechtswidrige Aufenthalt**

Grund für einen rechtswidrigen Aufenthalt kann die unerlaubte Einreise § 14 AufenthG, sowie das Ende des rechtmäßigen Aufenthaltes unter anderem durch den Ablauf der Geltungsdauer des befristeten Aufenthaltstitels oder Rücknahme und Widerruf des Aufenthaltstitels nach §§ 52, 51 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AufenthG sowie nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz sein. Ferner kann der rechtmäßige Aufenthalt durch Ausweisung nach §§ 53-55 AufenthG enden. Einen Überblick über die Möglichkeiten der Beendigung des rechtmäßigen Aufenthaltes gibt § 51 Abs. 1 AufenthG. Unmittelbare Folge des Ende des rechtmäßigen Aufenthaltes ist Pflicht des Ausländers zur Ausreise, § 50 AufenthG.

## **6. Die Ausweisung**

Das neue Ausweisungsrecht ist am 1.1.2016 in Kraft getreten.<sup>79</sup> Die Ausweisung ist in § 53 Abs. 1 AufenthG geregelt. Eine Ausweisung eines Ausländers kommt nur in Betracht, wenn sein Aufenthalt die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitlich demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik gefährdet. Diese Schutzgüter werden durch § 54 AufenthG zu vertypen Ausweisungsinteressen konkretisiert und zugleich gewichtet. Dies verdeutlicht, an welches Fehlverhalten eine Ausweisung geknüpft werden kann. Daneben bedarf es der Feststellung einer ebenfalls im konkreten Einzelfall vorliegenden Wiederholungsgefahr. Im Fall des § 53 Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG ist vorgesehen, dass eine Ausweisung erhöhte Anforderungen an das Gewicht der drohenden Rechtsgutverletzung voraussetzt. Diesen staatlichen Interessen in § 54 AufenthG sind die ebenfalls normierten, ebenso typisierten und gewichteten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Bundesrepublik gegenüberzustellen, sog. Bleibeinteressen § 55 AufenthG. § 53 Abs. 2 AufenthG verlangt eine Abwägung sämtlicher den Fall prägenden Umstände hinsichtlich ihrem Gewicht im konkreten Einzelfall. Eine Ausweisung kann nur dann stattfinden, wenn das Ausweisungsinteresse das Bleibeinteresse überwiegt.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup>Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts unter Aufenthaltsbeendigung vom 27.7.2015 BGBl. I Nr. 215 Seite 1386.

<sup>80</sup>Bauer/ Beichel-Benedetti NVwZ 2016, 416.



Rechtsfolge der Ausweisungsverfügung ist ein rechtswidriger Aufenthalt.

## 7. Die Abschiebung

Die Durchsetzung der Ausreisepflicht im Rahmen eines rechtswidrigen Aufenthaltes erfolgt im Falle einer unerlaubten Einreise, § 14 AufenthG, durch Zurückschiebung nach § 57 AufenthG. Auf die Zurückschiebung finden einige Regelungen der Abschiebung Anwendung. Im Falle des ursprünglich rechtmäßigen Aufenthaltes wird nach Entstehen der Ausreisepflicht nach § 50 AufenthG die Ausreisepflicht durch Abschiebung nach § 58 AufenthG durchgesetzt. Voraussetzung ist nach § 58 Abs. 1 AufenthG, zunächst dass die Ausreisepflicht vollziehbar ist. Eine freiwillige Ausreise geht immer vor. Deshalb ist für eine Abschiebung immer Voraussetzung, dass die freiwillige Erfüllung der Ausreisepflicht nicht gesichert ist oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine Überwachung der Ausreise erforderlich erscheint. Wann die Ausreisepflicht vollziehbar ist, regelt § 58 Abs. 2 AufenthG. § 58 Abs. 3 AufenthG regelt die Fälle, in denen eine Überwachung der Ausreise erforderlich ist. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Die Abschiebung ist nach § 59 AufenthG unter Bestimmung einer angemessenen Frist für die freiwillige Ausreise anzudrohen.

Eine Abschiebung findet hingegen nicht statt, wenn ein Abschiebungsverbot nach § 60 AufenthG besteht. Danach darf ein Ausländer u.a. nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht ist. Dies gilt auch für Asylberechtigte und Ausländer, denen die Flüchtlingseigenschaft unanfechtbar zuerkannt wurde. Wird in diesen Fällen kein Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen erteilt, besteht die Möglichkeit, die Abschiebung vorübergehend nach § 60 a AufenthG auszusetzen. Aus dieser Duldung entsteht kein rechtmäßiger Aufenthalt. Die Duldung ist kein Aufenthaltstitel und die Ausreisepflicht besteht weiterhin.

1. Erläutern Sie die Bedeutung eines „Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt“.
2. Welches Ziel hat das Aufenthaltsgesetz ?
3. Welche Funktion hat ein Aufenthaltstitel ?
4. Was bedeutet „jus sanguinis“ ? Was unterscheidet es vom jus loci ?
5. Wie kann ein Ausländer die deutsche Staatsangehörigkeit erhalten ?

6. Welche Gründe können für einen rechtswidrigen Aufenthalt eines Ausländers vorliegen ?
7. In welchen Fällen ist ein Ausländer zur Ausreise aus der Bundesrepublik verpflichtet ?
8. Wie nennt man die zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht eines Ausländers ?
9. Wieso geht die freiwillige Ausreise einer Abschiebung vor ?
10. Begründen Sie, wieso ein Aufenthaltstitel ein Verwaltungsakt ist.
11. Beschreiben Sie eine Einreise im aufenthaltsrechtlichen Sinne in die Bundesrepublik.
12. Erläutern Sie den Schutzbereich des Art. 16a GG.
13. Welche Möglichkeiten sehen Sie, den Ausländern mit einer Staatsangehörigkeit der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union denselben Grundrechtsschutz wie den Deutschen zukommen zu lassen ?
14. In welchen Fällen berechtigt ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit ?
15. Welche Aufenthaltsw Zwecke gibt es ?
16. Erläutern Sie den Zusammenhang zwischen Ausweisung, Abschiebung, Duldung und einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen.
17. Fathi ist nun 14 Jahre alt und im Rahmen eines Asylverfahrens seit 9 Jahren als Asylberechtigter anerkannt. Er besitzt einen Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen. Mit seiner Familie, d.h. seinen Eltern und 3 weiteren jüngeren Geschwistern, wohnt er in einer deutschen Großstadt. Mit seiner Gang beging er seit seinem 7 Lebensjahr bereits mehrfach kleinere Delikte. Dazu gehörten einfache Körperverletzungen, Brandstiftungen, Hausfriedensbrüche, Diebstähle und Unterschlagungen. Bei der Staatsanwaltschaft und Polizei ist er wohl bekannt. Auch das Jugendamt hat sich dauerhaft um eine Zusammenarbeit mit der Familie und Fathi bemüht. Die Mühen waren nun leider erfolglos. Kurz nach seinem 14 Geburtstag verletzt Fathi einen anderen jungen Mann mit einer Schusswaffe schwer, als er ihm zusammen mit seiner Gang ein nagelneues iPhone und seine Geldbörse stehlen will. Ein Strafgericht verurteilt Fathi zu 3 Jahren Jugendstrafe. Die Ausländerbehörde überlegt nun, ob sie ihn ausweisen kann. Ist eine Ausweisung möglich ?

## Buch IV Grundzüge des Sozialrechts

### Kapitel 1 Das System des Sozialrechts

#### Orientierungsfragen

- Welche Risiken decken die deutschen Sozialleistungssysteme ab ?
- Welche Sozialleistungsträger gibt es?
- Was ist Sozialrecht ?
- Welche Bücher enthält das Sozialgesetzbuch ?

#### 1. Das gegliederte Sozialleistungssystem

Die Bundesrepublik Deutschland verfügt über ein sehr ausdifferenziertes Sozialleistungssystem. Die einzelnen beteiligten Institutionen des Systems zeichnen sich durch hohe Spezialisierung aus. Weithin bekannte Akteure dieses Systems sind die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, der Arbeitslosenversicherung. Ferner gibt es die Rentenversicherungsträger und die Träger der Sozialen Pflegeversicherung. Sie bilden den Schwerpunkt sozialer Absicherung. Die Arbeitnehmer - in der Regel sind es Arbeitnehmer - sind gesetzlich verpflichtet (z.B. § 5 I Nr. 1 SGB V, § 1 Nr. 1 SGB VI, §§ 24 I, 25 I SGB III) in diesen Versichertengemeinschaften Mitglied zu sein. Die Versicherungsleistungen werden aus Beiträgen der Arbeitnehmer und ihrer Arbeitgeber finanziert.<sup>81</sup> Anders als in den privaten Versicherungen, in denen ausschließlich das individuelle Risiko des Eintritts eines Versicherungsfalles abgesichert wird und der Beitrag sich nach dieser Risikohöhe richtet, richten sich die Beiträge in diesen gesetzlichen bzw. sozialen Versicherungszweigen nach der finanziellen Leistungsfähigkeit des Mitglieds (sog. Solidarprinzip).<sup>82</sup> Innerhalb des gegliederten Sozialleistungssystems bilden die gesetzlichen bzw. sozialen Versicherungszweige eine Art „Mittelschicht“, die die häufigsten Lebensrisiken absichern. Sie sind beitrags- (Ausnahme: Bundeszuschüsse), nicht steuerfinanziert. Sie sind außerdem einem selbstständigen Haushalt, der neben dem allgemeinen staatlichen Haushalt steht, zugeordnet. Zwar sind diese Einheiten in der Regel Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 29 I SGB IV) und somit Träger mittelbarer Staatsverwaltung, jedoch sind sie aus dem eigentlichen Staatshaushalt ausgegliederte

---

<sup>81</sup>Kessler in: Fasselt/ Schellhorn (Hrsg.), Handbuch der Sozialrechtsberatung - HSRB, Teil 1 Einführung Rz. 5; Waltermann, Sozialrecht, 6. Auflage, 2006, § 5 Rz. 63.

<sup>82</sup>Igl/ Welti, Sozialrecht, § 2 Rz. 7.

eigenständige Rechtssubjekte. Eine vorgelagerte Ebene sozialer Sicherung, die vorrangig vor den Sozialversicherungsträgern für besondere Risiken einzutreten hat, sind die sozialen Versorgungssysteme.<sup>83</sup> Gesetzliche Grundlage ist hier regelmäßig das Bundesversorgungsgesetz mit den Gesetzen, die auf seine Anwendung verweisen, bspw. das Opferentschädigungsgesetz, Soldatenversorgungsgesetz. Das Bundesversorgungsgesetz ist durch zahllose Änderungen unübersichtlich geworden. Für den Bereich sozialer Versorgung ist es charakteristisch, dass der Leistungsberechtigte ein besonderes Opfer für den Staat erbrachte<sup>84</sup> und der Staat selbst eine besondere Verantwortung für den Eintritt des sozialen Risikos wie Krankheit, Tod, Behinderung o.ä. trägt bzw. anerkennt (z. B. Soldatenversorgung, Opferentschädigung). Entsprechend ist es für das Eingreifen des sozialen Sicherungssystems „Versorgung“ von ausschlaggebender Bedeutung, aus welchem Grund ein Schadensfall wie „Krankheit“ oder „Behinderung“ eintrat. Die soziale Versorgung soll nur Schäden ersetzen, in denen sich das vom Staat verantwortete besondere Risiko verwirklicht hat.<sup>85</sup> In diesem Fall ist dann in der Regel kein anderer Sozialleistungsträger verpflichtet, Leistungen zu erbringen. Ein ähnliches Entschädigungssystem bietet die Gesetzliche Unfallversicherung. Sie löst die Haftpflicht der Arbeitgeber für (Körper-)Schadensfälle ab, die Arbeitnehmern bei der Ausübung ihrer Arbeit für den Arbeitgeber zustoßen. Sie ist eine Art „Haftpflichtversicherung für Arbeitgeber“, die statt der Schadensersatzansprüche ihrer Arbeitnehmer ausgesetzt zu sein, (§ 104 SGB VII) gemeinsam (ohne Arbeitnehmeranteil) in eine Versicherung einzahlen, um durch die Arbeitstätigkeit entstandene Körperschäden des Arbeitnehmers ab zu gelten. Hier trägt der Arbeitgeber eine gesteigerte Verantwortung für den Eintritt des Schadensfalles beim Arbeitnehmer, wie bei der Entschädigung nach dem Bundesversorgungsgesetz die jeweilige staatliche Ebene eine gesteigerte Verantwortung für den Eintritt des Risikos übernimmt. Gegenüber den anderen Arbeitnehmersicherungen (insbesondere Gesetzliche Krankenversicherung, Gesetzliche Rentenversicherung) besteht die Besonderheit darin, dass der Versicherungs- oder Leistungsfall erst dann eintritt, wenn feststeht, dass der Schaden aufgrund eines versicherten Verhaltens entstand. D.h. die Gesetzliche Unfallversicherung und auch das soziale Versorgungsrecht verlangen, dass der Schaden aus dem versicherten bzw. geschützten Verhalten kausal (ursächlich) entstanden ist.<sup>86</sup> Die Gesetzliche Krankenversicherung hingegen versichert einen Körperschaden egal aufgrund welchen Verhaltens oder welcher Ursache der Schaden eintrat.<sup>87</sup> Sowohl Sozialversicherung als auch soziale Versorgung sind gegenüber den Fürsorgeleistungen vorrangig, da allgemeine Lebensrisiken nach dem Versicherungsprinzip bzw. Entschädigungsprinzip abdecken und nicht den vorrangigen Einsatz eigener Mittel verlangen.

---

<sup>83</sup>Kessler in: Fasselt/ Schellhorn (Hrsg.), HSRB, Teil 1 Einführung Rz. 6.

<sup>84</sup>Kessler in: Brühl u.a., HRSB, Teil 1 Kap. 1 Rz. 6.

<sup>85</sup>Igl/ Welti, Sozialrecht, § 2 Rz. 14.

<sup>86</sup>Zur finalen und kausalen Leistungsstruktur z.B. Waltermann, Sozialrecht, § 5 Rz. 66; Igl/ Welti, Sozialrecht, § 2 Rz. 4.

<sup>87</sup>Igl/ Welti, Sozialrecht, 8. Auflage, 2007, § 2 Rz. 3.

Für das Verhältnis der Leistungspflichten der verschiedenen Träger zueinander gilt, dass ursachenabhängig gewährte (kausale) Sozialleistungen denjenigen Sozialleistungen vorgehen, die ursachenunabhängig und ausschließlich zielgerichtet (final) gewährt werden. Unter denjenigen Trägern, die ursachenunabhängig und ausschließlich zielgerichtet Leistungen erbringen, sind diejenigen Träger, die keine Einkommensanrechnung vorsehen, also nur bei Bedürftigkeit des Leistungsberechtigten leisten dürfen, gegenüber den anderen Trägern nachrangig verpflichtet. Sie leisten nur, wenn keine Ansprüche gegen Versicherungs- oder Versorgungsträger bestehen.

Ob eine Person zum versicherten Personenkreis eines Sozialversicherungsträgers gehört, ist anhand der jeweils einschlägigen Spezialgesetze des Sozialgesetzbuches zu prüfen. Dasselbe gilt für die Deckung der Leistungsbedarfe seitens eines Versorgungsträgers.

Die Fürsorgesysteme bilden das über Sozialversicherung und Versorgung hinausgehende Auffangnetz.<sup>88</sup> Wenn eine Person eine Sozialleistung nicht erhalten kann, weil sie weder zum leistungsberechtigten Personenkreis der Versorgungsträger noch der Versicherungsträger gehört, bzw. ein durch diese Träger erfasster Leistungsfall bzw. Versicherungsfall nicht vorliegt, oder eine Leistung begehrt wird, die nicht zum Leistungskatalog der Versorgungs- und Versicherungsträger gehört, wird regelmäßig als letzte Möglichkeit einer Hilfe das Leistungsangebot der Fürsorgeträger zu prüfen sein. Kennzeichnend für diese Leistungen ist dann auch regelmäßig die Abhängigkeit der Leistungspflicht der Träger von der finanziellen Bedürftigkeit der hilfesuchenden Person.<sup>89</sup> Die Fürsorgeträger sind in aller Regel kommunale Gebietskörperschaften. Daneben allerdings, nach der Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe, auch die Bundesagentur für Arbeit, die Arbeitsgemeinschaften zwischen ihnen und den kommunalen Trägern, sowie nach Landesrecht bestimmte, verschiedene Körperschaften des öffentlichen Rechts. Die wichtigsten Beispiele der Fürsorgeleistungen sind die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende und dauerhaft erwerbsgeminderte sowie für alte Menschen, die Sozialhilfe und die Kinder- und Jugendhilfe.

Einen kompakten Überblick über das gegliederte Sozialleistungssystem bieten §§ 18 bis 29 SGB I, die sowohl Leistungen als auch die verantwortlichen Leistungsträger kurz beschreiben.

---

<sup>88</sup>Igl/Welti, Sozialrecht, § 3 Rz. 19.

<sup>89</sup>Kessler in: Fasselt/ Schellhorn (Hrsg.) HSRB, Teil 1 Einleitung Rz. 6.

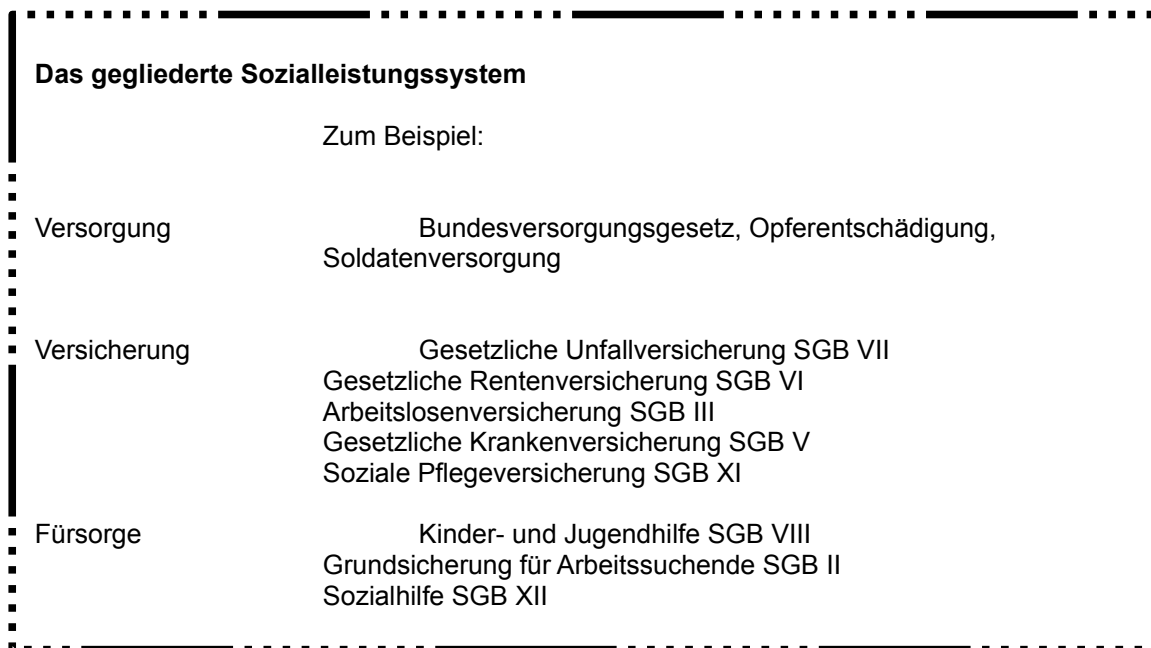


Abb. 7

## 2. Der Sozialrechtsbegriff

Neben dieser am Gesetz orientierten Beschreibung des Gegenstandes des Sozialrechts, die gleichzeitig die wichtigsten Akteure und Strukturen darstellt, stellt sich die Frage, nach einem Begriff des Sozialrechts. Was Sozialrecht ist, ist nicht gesetzlich definiert. Man arbeitet zur Orientierung mit zwei unterschiedlichen Begriffen, die unterschiedliche Hintergründe und Zielsetzungen haben. Der weitergehende materielle (inhaltliche) Sozialrechtsbegriff wird von einem engeren formellen (pragmatischen) Sozialrechtsbegriff unterschieden.<sup>90</sup>

Ohne Rücksicht auf den konkreten Inhalt der gesetzlichen Regelung wird vom formellen Sozialrechtsbegriff jede Regelung erfasst, die der Gesetzgeber dem Sozialrecht zuweist.<sup>91</sup> Diese Zuordnung erfolgt durch die Eingliederung einer Materie in das fortlaufend nummerierte SGB I – (derzeit) SGB XII vorgenommen. Darüber hinaus gibt es im SGB I eine Vorschrift, wonach weitere Bereiche als besondere Teile des SGB anzusehen sind, die in § 68 SGB I aufgezählt werden.

<sup>90</sup>Waltermann, Sozialrecht, § 2 Rz. 32.

<sup>91</sup>Waltermann, Sozialrecht, § 2 Rz. 33; Igl/ Welti, Sozialrecht, § 1 Rz. 3.

Pragmatisch lässt sich also formulieren: zum Sozialrecht gehören alle Normen, die dem SGB als geltendes Recht zugeordnet sind.

Der materielle Sozialrechtsbegriff ist offener und weitgehend konturlos. Während für den formellen Begriff ein funktionaler Hintergrund, nämlich die Anwendbarkeit von SGB I und SGB X existiert, ist ein solcher für den materiellen Sozialrechtsbegriff nicht auszumachen. Eine Annäherung an diesen Begriff versucht § 1 SGB I, der Ziele des Sozialrechts formuliert.<sup>92</sup> Direkte Geltung haben diese Ziele nur für das SGB. Aber dort werden die allgemeinen politischen Ziele sozialer Sicherheit und sozialer Gerechtigkeit als kennzeichnend hervorgehoben. Für das SGB stellen dies die Ziele dar, die mit den Mitteln der Sozialleistung erreicht werden sollen.<sup>93</sup> Für einen materiellen Begriff kann man davon ausgehen, dass jede Rechtsnorm, die diese Ziele erreichen soll, dem (materiellen) Sozialrecht zuzuordnen ist. Angesichts dieser mangelhaften Kontur des Gegenstandes ist es nicht verwunderlich, dass sich das Sozialrecht erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, seit etwa 1960-1980, als eigenes Teilgebiet der Rechtswissenschaft etablieren konnte.<sup>94</sup>

### **3. Sozialrecht und Kodifizierung**

Das Sozialrecht ist modernes Recht mit all seinen Nachteilen. Zwar hat man zwischen 1975 und heute versucht durch die Zusammenstellung eines Sozialgesetzbuches eine Kodifizierungsform zu finden, die den traditionellen Anforderungen an eine systematische Ordnung erfüllt. Dies bedeutete insbesondere, dass allgemeine Regelungen konsequent den Speziellen vorangestellt werden. Die Qualität der Kodifizierung lässt aber aufgrund der rasanten Änderungsfrequenz sehr zu wünschen übrig. Was heute darin niedergelegt ist und gelernt wird, ist morgen veraltet. Eines der größten Probleme des Sozialrechts ist das Auffinden der relevanten Normen, die sich nun leider gerade nicht alle an den besonderen Lebenssituationen orientieren, in die Menschen geraten können, sondern an traditionellen Risikostrukturen, die im gegliederten Sozialrechtssystem abgesichert werden. Bei der Orientierung helfen die Einweisungsvorschriften §§ 18 - 29 SGB I. Sie geben einen Überblick über die Leistungen und zuständigen Träger, sowie das vom jeweiligen Zweig des gegliederten Systems abgedeckte Lebensrisiko. Die Einweisungsvorschriften §§ 18 bis 29 SGB I begründen keine Anspruchsgrundlagen. D.h. aufgrund dieser Normen kann niemand eine Leistung vor Gericht einklagen oder von der Verwaltung fordern. Dasselbe gilt für die sozialen Rechte §§ 3 bis 10 SGB I, vgl. dazu auch § 2 II SGB I. Die Anspruchsgrundlagen sind in den besonderen Teilen des SGB SGB II, III, V bis VIII, XI, XII und in den in § 68 SGB I genannten Kodifizierungen zu finden.

---

<sup>92</sup>Waltermann, Sozialrecht, § 2 Rz. 34.

<sup>93</sup>Igl/Welti, Sozialrecht, § 1 Rz. 1.

<sup>94</sup>Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, S. 307.

**Bitte merken:**

Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen zur Verwirklichung und Ausgestaltung der sozialen Rechte befinden sich vorwiegend in den besonderen Teilen des Sozialgesetzbuches. § 68 SGB I nennt weitere besondere Teile des Sozialgesetzbuches.

Abb. 8

Wiederholungsfragen

- Nennen Sie die Träger der Sozialversicherung.
- Was versteht man unter einem kausalen Sicherungssystem?
- Nennen Sie Beispiele Fürsorgeleistungen.
- Welches Gesetz regelt Versorgungsleistungen? Welche Funktion haben Versorgungsleistungen?
- Erläutern Sie, wieso man die gesetzliche Unfallversicherung ebenfalls zu den Versorgungsleistungen zählen kann?
- Was versteht man unter dem Finalprinzip und in welchem Verhältnis steht es zum Kausalprinzip?
- Was versteht man unter Sozialrecht?
- Wie viele Sozialgesetzbücher gibt es?
- Seit wann gibt es das Sozialgesetzbuch?
- Welche Funktion haben die Einweisungsvorschriften im SGB I?



## **Kapitel 2 Eine Auswahl wichtiger allgemeiner Regelungen aus dem SGB im Überblick**

### Orientierungsfragen

- Was bedeutet Wohnsitz und wo ist der Unterschied zum gewöhnlichen Aufenthalt ?
- Darf es Sozialleistungen ohne gesetzliche Grundlage geben ?
- Welche Funktion hat das SGB I und das SGB X ?
- Wie unterscheidet man Ansprüche und Ermessensleistungen ?
- Gibt es Orientierungshilfen zum Auffinden von Sozialleistungen und den verantwortlichen Sozialleistungsträgern ?
- Was bedeutet der Schutz der Sozialdaten ?
- Welche Pflichten hat der Leistungsberechtigte ?
- Was ist ein Beschäftigungsverhältnis und welche sozialrechtliche Funktion hat es ?
- Gibt es einen Unterschied zwischen Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsverhältnis ?

### **1. Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt § 30 III SGB I**

Zahlreiche Vorschriften über die Zuständigkeit von Sozialleistungsträgern knüpfen zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit an die Begriffe des Wohnsitzes bzw. weitaus häufiger an den Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes an. Die Legaldefinitionen dazu finden sich in § 30 III SGB I. Sie gelten mit geringfügigen Abweichungen, die einzelne Rechtsgebiete durch die Rechtsprechung erfahren haben, für alle Sozialleistungsträger.

### **2. Gesetzesvorbehalt im Sozialleistungsrecht**

Traditionell ist der Gesetzesvorbehalt als Konsequenz des Rechtsstaatsprinzipes Art. 20 GG bei der Eingriffsverwaltung zu finden. In der Eingriffsverwaltung ist die Verletzbarkeit der Grundrechte am deutlichsten. Eine besondere Grundrechtsrelevanz für die Verwirklichung von Grundrechten hat der Gesetzgeber auch im Sozialleistungsrecht erkannt und rechtlich anerkannt, sodass er in § 31 SGB I einen einfach Gesetzesvorbehalt für das Sozialleistungsrecht eingeführt hat.

### **3. Vorbehalt abweichender Regelungen**

§ 37 SGB I regelt das Verhältnis einzelner Teile des Sozialgesetzbuches zueinander. Damit es einheitliche Grundlagen gibt, gelten §§ 1 bis 17 sowie §§ 31 bis 36 SGB I im Rahmen aller Teile des Sozialgesetzbuches. Grundsätzlich darf man auch alle Regelungen des SGB I und SGB X in allen Sozialleistungszweigen anwenden, wenn man mit den Besonderen Teilen des Sozialgesetzbuches arbeitet. Man muss aber darauf achten, ob in den Besonderen Teilen von SGB I und X abweichende Regelungen getroffen werden. Ist dies der Fall, sind nur diese Regelungen als speziellere Regelungen anwendbar. Leider ist es manchmal nicht völlig klar, ob abweichende Regelungen in den Besonderen Teilen vorliegen.

#### **4. Ansprüche und Ermessensleistungen**

§§ 38 und 39 SGB I befassen sich mit der Frage, wann ein Rechtsanspruch auf Sozialleistungen besteht und wenn dies nicht der Fall ist, wie bei Ermessensleistungen zu verfahren ist. Der Anspruch ist nach § 194 BGB als das Recht definiert, von einem Anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Nach § 38 SGB I ist der Rechtsanspruch bei der Entscheidung über Sozialleistungen die Regel.

#### **5. Orientierungshilfen für Leistungsberechtigte**

Die Informationspflichten den §§ 13 bis 15 SGB I treffen alle Sozialleistungsträger. Sie sind Folge der Unübersichtlichkeit des Sozialrechts und sollen den Zugang zu den Sozialleistungen erleichtern, Orientierungsschwierigkeiten abhelfen und so die sozialen Rechte nach den §§ 3 bis 10 SGB I stärken.

Die Aufklärung § 13 SGB I umfasst unter anderem die Information über wichtige Bestimmungen des Leistungsrechts, insbesondere über die Voraussetzungen für die Erlangung von Sozialleistungen und über ihren Umfang. Die Aufklärungspflicht besteht im Zusammenhang mit neuen gesetzlichen Regelungen verstärkt. Durch die Aufklärung muss der Bürger seine Rechte und Pflichten konkret und allgemeinverständlich erläutert bekommen. Mittel der Aufklärung sind u.a. Informationsschriften, Merkblätter, Plakate, Zeitungsanzeigen, Informationsveranstaltungen, Filme und Werbespots sowie neue Medien. Die Amtssprache ist nach § 19 I SGB X zwar Deutsch. Aufklärungsmaterial wird aber auch in den häufigsten Fremdsprachen zur Verfügung gestellt.

Die Aufklärung umfasst nur die gegenwärtige Rechtslage und erstreckt sich ausschließlich auf Angelegenheiten des Sozialgesetzbuches. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich bei diesen Angelegenheiten um Ermessens- oder Pflichtleistungen handelt. Die Verpflichtung zur Aufklärung

besteht für den einzelnen Sozialleistungsträger nur im Rahmen seiner örtlichen und sachlichen Zuständigkeit. Die Aufklärung ist für den Sozialleistungsträger selbst eine absolute Verpflichtung. Dem steht jedoch kein klagbarer Anspruch des einzelnen Bürgers gegenüber, denn die Aufklärung richtet sich gerade bewusst an die Allgemeinheit.

§ 14 SGB I verpflichtet den Sozialleistungsträger zur Beratung. Von der Auskunftspflicht nach § 15 SGB I unterscheidet sich die Beratung in zweierlei Hinsicht. Die Auskunft setzt eine gezielte Frage voraus und bezieht sich ausschließlich auf diese. Unter Beratung hingegen versteht man eine umfassende Aufklärung über einen größeren Kreis von Rechten und Pflichten. Diese Pflicht setzt keine gezielte Informationsfrage voraus. Die beiden Institute der Beratung und der Auskunft unterscheiden sich auch nach den Adressaten der Informationspflicht. Der Beratungsanspruch besteht gegenüber dem jeweiligen Leistungsträger der begehrten Sozialleistung. Zur Auskunft im Sinne des § 15 SGB I sind alle in dieser Norm genannten Auskunftsstellen verpflichtet.

Die Beratungspflicht nach § 14 SGB I ist begrenzt. Es bedarf eines konkreten Anlasses für die Informationserteilung. In aller Regel besteht der Anlass einer Beratung darin, dass sich der einzelne Bürger mit einem Anliegen an den Sozialleistungsträger wendet.

Man kann die Informationspflichten, die in §§ 13 bis 15 SGB I niedergelegt sind, auch als Nebenpflichten des Sozialrechtsverhältnisses zwischen Sozialleistungsberechtigtem und Sozialleistungsträger verstehen. Eine Verletzung dieser Pflichten kann zur Haftung führen.

## **6. Datenschutzrecht und Schutz der Sozialdaten**

Das BVerfG hat in den 80er Jahren aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitet. Danach hat jeder das Recht, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu entscheiden. Eine Einschränkung dieses Rechts muss für den Bürger anhand einer gesetzlichen Grundlage erfolgen, aus der sich Voraussetzungen und Umfang der Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung klar ergeben.<sup>95</sup>

Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) wie auch die Landesdatenschutzgesetze (LDSGe) bilden derartige Rechtsgrundlagen zur Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Sie regeln den Datenschutz aber jeweils nur für bestimmte Rechtssubjekte. Die Normadressaten

---

<sup>95</sup>BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83 Rn. 151.

des BDSG sind vor allem öffentliche Stellen des Bundes und nicht-öffentliche (private) Stellen im Bereich von Wirtschaft, Handel und Arbeit. Dazu gehören auch die freien Wohlfahrtsträger.<sup>96</sup> Die Normadressaten der LDSGe sind üblicherweise Stellen der öffentlichen Landesverwaltung.<sup>97</sup> Dazu gehören auch Kommunen und soweit im jeweiligen Bundesland, vorgesehen die sog. Mittelstufen der Verwaltung. Das Datenschutzrecht ist gekennzeichnet durch ein Nebeneinander allgemeiner und bereichsspezifischer Datenschutzregelungen. Das BDSG findet bspw. gemäß § 1 Abs. 2 BDSG Anwendung, wenn öffentliche Stellen des Bundes, unter bestimmten Umständen auch öffentliche Stellen der Länder sowie nichtöffentliche Stellen personenbezogene Daten erheben, verarbeiten und nutzen. Daneben wird in § 1 Abs. 3 BDSG eine Regelung zur nachrangigen Anwendbarkeit des BDSG und dessen Subsidiarität getroffen, falls einschlägige bereichsspezifische Datenschutzregelungen existieren sollten. Neben dem BDSG existieren zahlreiche bereichsspezifische Datenschutznormen und –gesetze.<sup>98</sup> Gemäß § 1 Abs. 3 BDSG kommt das BDSG als Auffanggesetz immer dann zur Anwendung, wenn keine spezielleren Rechtsvorschriften einschlägig sind. (Lehrbuch Datenschutzrecht S. 222) Speziellere Regelungen zum Schutz von Sozialdaten sind zentral in SGB I und SGB X zu finden. Daneben existieren weitere Spezialregelungen zum Datenschutz in einzelnen Sozialgesetzbüchern, insbesondere auch im SGB VIII. Nicht ganz zu unrecht gilt das Recht des Datenschutz als unübersichtlich.<sup>99</sup>

## 6.1. Grundsätze

Das Datenschutzrecht ist leichter verständlich, wenn man sich wesentliche Grundsätze des Datenschutzrecht vergegenwärtigt. Sie erleichtern eine Einschätzung der auftretenden Fragen und können den Blick leichter auf die im Einzelfall wesentlichen gesetzlichen Regelungen lenken.

### Zweckbindungsgrundsatz

Daten dürfen von der verantwortlichen Stelle grundsätzlich nur zu dem Zweck verarbeitet und genutzt werden, zu dem sie erfasst worden sind. Der Zweckbindungsgrundsatz gilt für alle Phasen des Umganges mit personenbezogenen Daten. Insbesondere eine Datenverarbeitung „auf Vorrat“ ist mit dem Zweckbindungsgrundsatz nicht vereinbar.<sup>100</sup>

### Grundsatz der Direkterhebung

---

<sup>96</sup> Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts 4. A. 2014 S. 404.

<sup>97</sup> Tinnefeld/ Buchner/ Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5.A. 2012, S. 113.

<sup>98</sup> Tinnefeld/ Buchner/ Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5.A. 2012, S. 221.

<sup>99</sup> Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts 4. A. 2014 S. 400; Tinnefeld/ Buchner/ Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5.A. 2012, S. 221.

<sup>100</sup> Tinnefeld/ Buchner/ Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5.A. 2012, S. 237.

Personenbezogene Daten grundsätzlich beim Betroffenen selbst zu erheben. So wird sichergestellt, dass eine Datenerhebung nur mit Kenntnis und unter Mitwirkung des Betroffenen erfolgt: die Erhebung beim Betroffenen bietet die beste Gewähr für die Authentizität und Richtigkeit der personenbezogenen Informationen.<sup>101</sup>

#### Datenvermeidung und Datensparsamkeit

Grundsätzlich gilt, dass die verantwortliche Stelle, keine (Datenvermeidung) oder nur so wenig personenbezogene Daten wie möglich (Datensparsamkeit) erheben soll.<sup>102</sup>

#### Datensicherheit

Der Grundsatz der Datensicherheit soll die Integrität, sichere Lagerung und Übertragung sowie Verfügbarkeit von Daten erreichen.<sup>103</sup>

#### Transparenzgebot

Aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung folgt auch, dass die Betroffenen unter den jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf Auskunft, Löschung, Saperrung von personenbezogenen Daten haben.<sup>104</sup>

#### Grundsatz des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt

Grundsätzlich ist jede Datenerhebung und -verarbeitung untersagt. Da es sich um einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung handelt greift der Gesetzesvorbehalt. Für jeden Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist eine entsprechende hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage, also eine (gesetzliche) Erlaubnis nötig.

## 6.2. Schutz der Sozialdaten

Auch Sozialdaten sind grundsätzlich davor geschützt, ohne gesetzliche Grundlage erhoben oder verarbeitet zu werden. Dieses Sozialgeheimnis regelt § 35 Abs. 1 S. 1 SGB I. Sozialdaten sind nach § 67 Abs. 1 SGB X Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmaren natürlichen Person, die von einer in § 35 SGB I genannten Stelle erhoben werden.

Aus § 67 SGB I ergeben sich die wichtigsten Rechtsbegriffe für das Datenschutzrecht:

Datenerhebung ist die Beschaffung von Daten.

<sup>101</sup> Tinnefeld/ Buchner/ Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5.A. 2012, S. 238.

<sup>102</sup> Tinnefeld/ Buchner/ Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5.A. 2012, S. 238.

<sup>103</sup> Tinnefeld/ Buchner/ Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5.A. 2012, S. 239.

<sup>104</sup> Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts 4. A. 2014, S. 402.

Datenverarbeitung bedeutet das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen von Sozialdaten.

Datennutzung ist jede Verwendung, die nicht Datenverarbeitung darstellt.

Eine Erhebung von Sozialdaten ist nur zulässig, wenn die Kenntnis zur Erfüllung einer Aufgabe der erhebenden Stelle erforderlich ist, § 67a SGB X. Darin kommt auch der Grundsatz der Datensparsamkeit und Vermeidung zum Ausdruck.

Als Grundregel der Datenverarbeitung und Datennutzung gilt, dass sie nur dann erfolgen darf, wenn sie gesetzlich zugelassen ist oder soweit der von ihr Betroffene eingewilligt hat, § 67 b Abs. 1 SGB X.

Bedeutsam ist insbesondere die Frage der Erlaubnis einer Übermittlung von Sozialdaten. Einige Übermittlungsbefugnisse regeln §§ 68 -77 SGB X. Eine Übermittlung ist beispielsweise zulässig, wenn der Betroffene eingewilligt hat, § 67 d SGB X.

## **7. Mitwirkungspflichten**

Die Sozialleistungsträger haben die Pflicht, den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, § 20 Abs. 1 S. 1 SGB X. Sie müssen dabei alle für den Einzelfall erheblichen Umstände berücksichtigen, § 20 Abs. 2 SGB X. In vielen Fällen kann aber allein der Leistungsberechtigte die notwendigen Informationen zur Sachverhaltsaufklärung beitragen. Aus diesem Grund sehen § 60 ff SGB I Mitwirkungspflichten des Leistungsberechtigten vor. Diese berühren zwar das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, Art 2 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. §§ 60 ff SGB I werden aber als legitime Schranken dieses Grundrechts verstanden.<sup>105</sup> Im eigentlichen Sinne handelt es sich bei den Mitwirkungspflichten nicht um Pflichten, da sie nicht klagbar sind. Vielmehr handelt es sich um Obliegenheiten des Leistungsberechtigten, die er im eigenen Interesse einhalten sollte. Die Nichterfüllung dieser Pflichten ist nicht rechtswidrig, aber für den Leistungsberechtigten mit Nachteilen verknüpft: es gehen Rechte verloren oder können nicht mehr geltend gemacht werden.<sup>106</sup> Die Pflichten zur Mitwirkung nach §§ 60 – 62 SGB I (Angabe von Tatsachen, persönliches Erscheinen, Untersuchungen) dienen der Aufklärung des Sachverhalts, der für die Bewilligung von Leistungen zugrunde gelegt werden muss. Die Mitwirkungspflichten nach §§ 63 und 64 SGB I verlangen vom Leistungsberechtigten, sich einer Heilbehandlung oder einer Maßnahme zur beruflichen Rehabilitation zu unterziehen. Dadurch soll eine Änderung des Gesundheitszustandes bzw. der beruflichen Qualifikation erreicht werden. Ziel ist es, das

<sup>105</sup> BSG 19.9.2008 B 14 AS 45/07 Rn. 26.

<sup>106</sup> Sauer, Vor §§ 60 -67 SGB I, GK-SRB Rn 4.

Angewiesensein des Leistungsberechtigten auf Sozialleistungen zu verringern und damit die Solidargemeinschaft zu entlasten.

Die Mitwirkungspflichten sind nach § 65 SGB I begrenzt. § 66 SGB I regelt die Folgen fehlender Mitwirkung. Ergänzt wird diese Regelung durch § 67 SGB I, der im Fall einer Nachholung der Mitwirkungshandlung die Möglichkeit bietet, die zunächst versagten Leistungen vollständig oder teilweise zu erbringen.

In den besonderen Teilen des Sozialgesetzbuches sind weitere Mitwirkungspflichten geregelt, bspw. §§ 56 -62 SGB II, § 315 – 319 SGB III, § 18 Abs. 2 SGB XI. Für das Verhältnis zwischen den Mitwirkungspflichten nach dem SGB I und denen in den anderen Büchern gilt grundsätzlich § 37 S. 1 SGB I. Im Rahmen der Sozialhilfe und Grundsicherung haben die Mitwirkungspflichten und die dazugehörigen Sanktionen, §§ 66, 60 ff SGB I, traditionell für Streit gesorgt. Für das SGB II hat das BSG entschieden, dass sie neben und ergänzend zu den Sanktionen und Pflichten des § 31a, 31ff SGB II gelten.<sup>107</sup>

## **8. Das Beschäftigungsverhältnis § 7 I SGB IV**

Beschäftigung, § 7 Abs. 1 SGB IV, als nicht selbständige Arbeit insbesondere in einem Arbeitsverhältnis<sup>108</sup> definiert, führt immer zu einem Versicherungspflichtverhältnis in der Sozialversicherung. Das zwischen dem Beschäftigten und den Sozialversicherungsträgern bestehende Verhältnis nennt man Sozialversicherungsverhältnis. Es ist eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung. Inhaltlich knüpft sie an das privatrechtliche Arbeitsverhältnis, § 611 I BGB i.V.m. dem Arbeitsverhältnis, ant. Das Versicherungspflichtverhältnis entsteht jeweils direkt durch Gesetz, vgl. a. § 5 I Nr. 1 SGB V, § 20 I 2 Nr. 1 SGB XI, § 2 I Nr. 1 SGB VII, § 1 Nr. 1 SGB VI und § 25 I SGB III.

Das sozialrechtliche Beschäftigungsverhältnis deckt sich in den meisten Fällen mit dem Arbeitsverhältnis. Die Begriffe sind aber nicht gleichbedeutend. Arbeitsverhältnis und Beschäftigungsverhältnis fallen immer dann auseinander, wenn der Arbeitsvertrag nichtig und

---

<sup>107</sup>BSG 19. 9. 2008 - B 14 AS 45/07 R Rn. 14 zur Pflicht zur Vorlage von Kontoauszügen.

<sup>108</sup>Geplant ist § 611a BGB, der vertragstypische Pflichten beim Arbeitsvertrag regelt und Hinweise regelt, wann jemand in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt.

[http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/searchDocuments/documentData\\_detail\\_vo.do;jsessionid=D90B89066AC5E2E6057D5ABD8B60DA6C.dip21](http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/searchDocuments/documentData_detail_vo.do;jsessionid=D90B89066AC5E2E6057D5ABD8B60DA6C.dip21) (Stand 18.1.2017).

damit unwirksam ist.<sup>109</sup> Dann fehlt zwar der zivilrechtliche Arbeitsvertrag, es liegt aber dennoch ein Beschäftigungsverhältnis vor.

Maßgebliches Kriterium des Beschäftigungsverhältnisses ist die fehlende Selbständigkeit einer Tätigkeit. Um festzustellen, ob eine nicht selbständige oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, haben Bundesarbeits- und Bundessozialgericht einheitliche Kriterien entwickelt. Sie knüpfen an § 7 I SGB IV an, wonach das Weisungsrecht des Arbeitgebers und die Eingliederung des Arbeitnehmers in dem Betrieb des Arbeitgebers für eine nicht selbständige Beschäftigung charakteristisch sind.

Diese beiden Merkmale wurden durch weitere Indizien konkretisiert:

Für eine nicht selbständige Beschäftigung spricht die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber. Diese äußert sich in der sozialen Schutzbedürftigkeit und in der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers.

Ein Weisungsrecht des Arbeitgebers, das sich auf Zeit, Ort, Dauer, Inhalt und Gestaltung der Arbeit bezieht, spricht ebenfalls für eine nicht selbständige Beschäftigung. Dem Beschäftigten bzw. Arbeitnehmer fehlt seine Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft, er hat in der Regel keine Möglichkeit, Hilfskräfte zu beschäftigen und muss auch selbst keine Arbeitsmaterialien beschaffen. Darüber hinaus trägt er kein unternehmerisches Risiko und hat keine eigene Betriebsstätte. Hat eine Person nur einen Auftraggeber, spricht dies dafür, dass es sich um einen Arbeitnehmer bzw. Beschäftigten handelt.

Bei den dargestellten Kriterien handelt es sich nur um Indizien. Das bedeutet, dass nicht in jedem Fall alle Kriterien vorliegen müssen. Vielmehr muss aus diesen Indizien ein Gesamtbild im Einzelfall hergeleitet werden, um dieses abschließend und einheitlich zu beurteilen.

#### Wiederholungsfragen

- Wo sind Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt geregelt?
- Welche gesetzlichen Regelungen des SGB I gelten ausnahmslos im Rahmen aller Teile des Sozialgesetzbuches?
- Worin unterscheiden sich Ansprüche von Ermessensleistungen?
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen Aufklärung, Beratung und Auskunft!
- Wie lauten die wichtigsten datenschutzrechtlichen Grundsätze ?
- Welches Grundrecht schützt das Recht zum Schutz der Sozialdaten ?

---

<sup>109</sup>Muckel/ Ogorek, Sozialrecht, 4. Auflage 2011, § 7 Rz. 22.



- Welche Mitwirkungsobliegenheiten hat der Leistungsberechtigte im Rahmen der Erbringung von Sozialleistungen ?
- Wie unterscheiden sich Mitwirkungspflichten von Mitwirkungsobliegenheiten ?
- Welchen Grenzen unterliegen die Mitwirkungspflichten nach §§ 60 – 64 SGB I ?
- In welchem Verhältnis stehen die Mitwirkungspflichten nach §§ 60 – 64 SGB I zu den Mitwirkungspflichten in anderen Büchern des Sozialgesetzbuches ?
- Wie unterscheiden sich Arbeitsverhältnis und Beschäftigungsverhältnis?
- Welche Indizien haben Bundesarbeitsgericht und Bundessozialgericht zur nicht selbstständigen Tätigkeit entwickelt?
- Welche Funktion haben die Indizien, die zur nicht selbstständigen Tätigkeit entwickelt wurden?
- In welchem Sozialgesetzbuch sind folgende Bereiche kodifiziert: Unfallversicherung, Allgemeine Vorschriften zur Sozialversicherung, Sozialverwaltungsverfahren, Kinder- und Jugendhilfe, Grundsicherung für alte und erwerbsunfähige Menschen, Allgemeine Mitwirkungspflichten, Leistungen der Arbeitsförderung, Sozialhilfe, Rentenversicherung, soziale Pflegeversicherung, Leistungen der Opferentschädigung und Grundsicherung für Arbeitsuchende ?
- Was ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und welche Organisationen aus dem Sozialrecht gehören dazu?
- Nach welchen Regelungen sind Arbeitnehmer in der Sozialversicherung versicherungspflichtig?
- Was ist charakteristisch für ein Sozialversicherungssystem im Vergleich zu einem Fürsorgesystem ?

## Kapitel 3 Handlungsformen im Sozialverwaltungsverfahrenrecht

### Orientierungsfragen

- Welche Rolle spielt der Verwaltungsakt im Sozialrecht ?
- Kann ein Verwaltungsakt abgeändert werden ?
- Was ist ein öffentlich- rechtlicher Vertrag ?
- Wann wird der öffentlich- rechtlicher Vertrag im Sozialrecht verwendet ?
- Was passiert, wenn ein öffentlich- rechtlicher Vertrag rechtswidrig ist ?

### 1. Der Sozialverwaltungsakt

Der Verwaltungsakt steuert die Entscheidungsfindung und garantiert die Gesetzesbindung der Verwaltung sowohl in der Eingriffs- als auch in der Leistungsverwaltung. Die Tätigkeit der Sozialverwaltung richtet sich regelmäßig nach dem SGB X, soweit es um Gegenstände des Sozialgesetzbuches geht. Die Regelung zum Anwendungsbereich sind in §§ 1, 2 SGB X zu finden.

Der Verwaltungsakt ist die am häufigsten verwendete Möglichkeit, ein Verwaltungsverfahren abzuschließen, vgl. § 9 VwVfG, § 8 SGB X. Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieser Gesetze ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet sind; dies schließt den Erlass des Verwaltungsaktes ein. Eine nach außen wirkende Tätigkeit ist immer gegeben, wenn der Bürger in seinen Rechten betroffen ist. Entscheidet die Verwaltung über Rechte oder Pflichten des Bürgers, leitet sie entweder von Amts wegen oder auf Antrag ein Verwaltungsverfahren ein. Dabei muss sie unabhängig vom sachlich und inhaltlich geltenden materiellen Recht die Verfahrensvorgaben der Verwaltungsverfahrensgesetze wie des SGB X beachten.

Das Verwaltungsverfahren ist dazu gedacht, die Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsaktes zu ermitteln. Die Verwaltung ermittelt den Sachverhalt, der die Rechtsgrundlage für ihr Handeln erfüllen soll, nach § 20 SGB X von Amts wegen. D.h. sie muss dafür sorgen, dass der Sachverhalt, den sie zugrunde legen möchte, vollständig zusammen getragen wird.

## 1.1. Bestandskraft

Der Begriff der Bestandskraft ist in § 77 SGG definiert. Dort wird die Bestandskraft als Bindungswirkung bezeichnet. Zu unterscheiden sind formelle und materielle Bestandskraft. Formelle Bestandskraft bezeichnet die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes, §§ 84, 87 SGG. Sie tritt mit Ablauf der Rechtsbehelfsfristen ein. Die materielle Bestandskraft bezeichnet die inhaltliche Verbindlichkeit des Verwaltungsaktes für die Behörden und den Adressaten. Ein Verwaltungsakt kann nicht in Bestandskraft erwachsen, wenn er unwirksam ist. Voraussetzung für den Eintritt der Bestandskraft ist demnach die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes. Sie ist in § 39 SGB X geregelt. Die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes setzt dessen Bekanntgabe voraus. Die Bekanntgabe ist vollendet, wenn der Verwaltungsakt in den Machtbereich des Empfängers gelangt.<sup>110</sup> Die Möglichkeiten der Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes sind in § 37 SGB X geregelt. Die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes tritt erst dann ein, wenn die Bekanntgabe gegenüber der Person erfolgt, für die „er bestimmt ist“ oder die „von ihm betroffen ist“, § 39 Abs. 1 S. 1 SGB X. Gemeint ist hier die Übermittlung an den Adressaten, dessen Rechte oder rechtlich geschützte Interessen verletzt oder abgeändert werden. Die Bekanntgabe ist auch gegenüber Bevollmächtigten möglich, § 13 Abs.1 S. 2 SGB X.

## 1.2. Wirksamkeit

Der Verwaltungsakt wird nicht wirksam, wenn seine Bekanntgabe mit Fehlern behaftet ist, § 37 SGB X. Wirksamkeit tritt auch bei Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes nicht ein, § 39 Abs. 3 i.V. m. § 40 SGB X. Einzelne Nichtigkeitsgründe sind in § 40 Abs. 2 SGB X aufgezählt. § 40 Abs. 1 SGB X regelt die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes in der Form einer Generalklausel. Danach muss der Verwaltungsakt unter einem besonders schweren Fehler leiden. Dieser Fehler muss offensichtlich sein. Zur Erläuterung der Offensichtlichkeit wird die Evidenztheorie verwendet: der Verwaltungsakt ist nichtig, wenn ihm die Nichtigkeit nach dem Urteil eines mit den Umständen vertrauten und verständigen Betrachters, gleichsam auf die Stirn geschrieben ist. Das Vorliegen eines besonders schweren Fehlers ist in Anlehnung an die Aufzählung des § 40 Abs. 2 SGB X zu bestimmen.<sup>111</sup> Ein Verwaltungsakt kann bei Teilbarkeit seines Regelungsgehaltes auch teilnichtig sein, § 40 Abs. 4 SGB X. Dann muss er mehrere selbständige Regelungen enthalten.<sup>112</sup> Ein nichtiger Verwaltungsakt ist nicht vollstreckbar.

---

<sup>110</sup> KSW/ Fichte § 39 SGB X Rn 9.

<sup>111</sup> Wallerath in: Maydell / Ruland / Becker (Hrsg.) Sozialrechtshandbuch 5. Auflage 2012 § 11 Rn 209.

<sup>112</sup> KSW/ Fichte § 43 SGB X Rn 13.

### 1.3. Aufhebbarkeit

Ist der Verwaltungsakt wirksam, hindert auch seine Rechtswidrigkeit nicht den Eintritt der Bestandskraft, vgl. a. §§ 44, 45 SGB X. Rechtswidrigkeit führt zur Aufhebbarkeit des Verwaltungsaktes im Wege eines Rechtsbehelfs. Ein wirksamer Verwaltungsakt kann vollstreckt werden, sobald er unanfechtbar ist oder die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfes, vgl. § 86a I SGG, z.B. wegen § 86a II SGG oder § 39 SGB II, fehlt. Die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs hat zur Folge, dass die Rechtswirkungen des Verwaltungsaktes noch nicht eintreten.

Nach § 66 SGB X findet die Vollstreckung nach dem VwVG oder nach den Regelungen der ZPO statt. Der wirksame Verwaltungsakt ist ferner der Rechtsgrund für das Behaltendürfen von Leistungen. Der wirksame rechtmäßige oder rechtswidrige Verwaltungsakt erwächst demnach in Bestandskraft. Diese Bestandskraft ist nicht absolut. Auch bestandskräftige Verwaltungsakte sind nach §§ 44 – 49 SGB X aufhebbar.

Die Regelungen über die Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten sollen einen Interessenkonflikt bewältigen. Auf der Seite des Adressaten des Verwaltungsaktes wird davon ausgegangen, dass dieser auf den Bestand des Verwaltungsaktes von Beginn an vertraut. Für die Verwaltung steht jedoch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Vordergrund, auch Legalitätsprinzip.<sup>113</sup> Sie sollte also alles tun um ihrer Gesetzesbindung in vollem Umfang nachzukommen. Die Regelungen nach §§ 44 – 49 SGB X versuchen anhand weiterer Differenzierungskriterien, (begünstigender / nicht begünstigender Verwaltungsakt, rechtmäßiger / rechtswidriger Verwaltungsakt, anfängliche Fehler/ nachträgliche Veränderungen), diese gegebenenfalls widerstreitenden Interessen der am Verwaltungsverfahren Beteiligten gegeneinander abzuwägen und zum Ausgleich zu bringen. Hinsichtlich der Rechtsfolgen, die sich insbesondere an der Intensität des Vertrauensschutzes orientieren, kann ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit oder für die Zukunft aufgehoben werden.

§§ 44 – 49 SGB X sind bereits vor Eintritt der Bestandskraft und auch im Rechtsbehelfsverfahren, vgl. § 49 SGB X, anwendbar. D.h. eine sog. Reformation in peius („Verböserung“) im Widerspruchsverfahren ist möglich, soweit sie auch nach §§ 44 – 48 SGB X möglich wäre.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Waschull in: Fichte/ Plagemann/ Waschull § 4 Rn 18.

<sup>114</sup> Richter/ Kreische in: Berchtold/ Richter § 3 Rn 47.

#### 1.4. Terminologische Regeln

Die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes wird als Rücknahme (§§ 44, 45 SGB X) und die eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes als Widerruf (§§ 46, 47 SGB X) bezeichnet.

Ein nicht begünstigender Verwaltungsakt kann auch als belastender Verwaltungsakt bezeichnet werden.<sup>115</sup> Belastend ist jeder Eingriff in eine Rechtsstellung und geschützte Vermögenspositionen des Adressaten. Dies gilt z.B. wenn einem Antrag nicht oder nicht vollständig entsprochen wurde. Der begünstigende Verwaltungsakt als Gegenteil des nicht begünstigenden Verwaltungsaktes ist in § 45 Abs. 1 SGB X legaldefiniert.

Bei Verwaltungsakten, die belastende und begünstigende Wirkung jeweils gegenüber verschiedenen Personen entfalten (Verwaltungsakte mit Drittwirkung), kommt es auf die Wirkung gegenüber der jeweiligen einzelnen Person an. Wird derselbe Adressat durch den Verwaltungsakt sowohl belastet als auch begünstigt, (Verwaltungsakt mit Doppel – oder Mischwirkung) ist hinsichtlich der Regelungswirkungen zu trennen.

Ein rechtswidriger Verwaltungsakt liegt vor, wenn er gegen formelles und/ oder materielles Recht verstößt.<sup>116</sup> Er stimmt mit der Rechtsordnung nicht überein, da Sachverhaltsfeststellung und / oder Rechtsauslegung oder – anwendung fehlerhaft sind.<sup>117</sup>

Ein rechtmäßiger Verwaltungsakt ist mit formellem und materiellem Recht vollständig vereinbar. Anfechtbar ist ein Verwaltungsakt, wenn die Fristen für Rechtsbehelfe noch nicht abgelaufen sind. Unanfechtbar ist der Verwaltungsakt nach Ablauf der Fristen für Rechtsbehelfe. §§ 84, 87 SGG und §§ 70, 74 VwGO.

Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes erfolgt entweder mit Wirkung für die Vergangenheit oder für die Zukunft. Die Aufhebung mit Wirkung für die Vergangenheit erfolgt rückwirkend zum Erlasszeitpunkt.<sup>118</sup> Bei der Aufhebung mit Wirkung für die Zukunft endet die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes entweder mit Bekanntgabe der Aufhebungsentscheidung, oder bei der Aufhebung auf Antrag zum Zeitpunkt des Antrages.<sup>119</sup>

Die Regelungen zur Aufhebung von Verwaltungsakten unterscheiden auch danach, ob ein Verwaltungsakt dauerhafte Rechtsfolgen bewirkt oder nur eine einmalige punktuelle Regelung

---

<sup>115</sup> Beispiele bei Waschull in: Fichte/ Plagemann/ Waschull § 4 Rn. 63.

<sup>116</sup> Waschull in: Fichte/ Plagemann/ Waschull § 4 Rn 84.

<sup>117</sup> Schütze in: von Wulffen SGB X § 45 Rn 22.

<sup>118</sup> Waschull in: LPK- SGB X § 44 Rn 11.

<sup>119</sup> Waschull in: LPK- SGB X § 46 Rn 8.

enthält. So finden die Rechtsfolgen des § 45 Abs. 3 S. 1 SGB X oder § 48 SGB X nur dann Anwendung, wenn ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung vorliegt. Ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung liegt vor, wenn sich der Verwaltungsakt nicht in einen einmaligen Gebot oder Verbot oder einmaliger Gestaltung der Rechtslage erschöpft. Voraussetzung dafür ist, dass ein auf Dauer berechnetes oder in seinem Bestand vom Verwaltungsakt abhängiges Rechtsverhältnis begründet oder inhaltlich verändert wird. Der Verwaltungsakt mit Dauerwirkung erzeugt Bindung und Wirkung über den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Verfügung hinaus.<sup>120</sup>

## **2. Der öffentlich - rechtliche Vertrag § 53 ff SGB X**

Neben dem Verwaltungsakt ist der öffentlich-rechtliche Vertrag, auch Verwaltungsvertrag genannt, die häufigste Form des Verwaltungshandelns.<sup>121</sup> Der wichtigste Unterschied zum Verwaltungsakt ist, dass ein Verwaltungsvertrag nie einseitig zustande kommen kann. Ein Rangverhältnis zwischen den beiden Handlungsformen besteht nicht.<sup>122</sup>

### **2.1. Beispiele**

Der für das Sozialleistungsrecht wichtigste Fall des öffentlich- rechtlichen Vertrags, nämlich die Möglichkeit eines Vertrags über Sozialleistungen ist in § 53 Abs. 2 SGB X geregelt. Danach kann eine Behörde nur einen Vertrag über Sozialleistungen schließen, soweit die Leistungen im Ermessen der Behörde stehen. Dies ist jedoch aufgrund § 38 Abs. 1 SGB I, wonach auf Sozialleistungen grundsätzlich ein Anspruch besteht, meist nicht der Fall. Der Verwaltungsvertrag über Sozialleistungen ist daher eine Ausnahme, soweit nicht Vergleichs- oder Austauschverträge vorliegen, §§ 54 Abs. 2, 55 Abs. 3 SGB X.<sup>123</sup>

Zu den öffentlich- rechtlichen Verträgen im Sozialrecht gehören die Eingliederungsvereinbarungen nach § 15 II SGB II und § 37 II SGB III. Hier wird der öffentlich-rechtliche Vertrag als Handlungsinstrument in der Massenverwaltung eingesetzt, um flexibel und individuell Verpflichtungen der Arbeitsuchenden zu konkretisieren.<sup>124</sup> Im Leistungserbringerrecht dominiert der Vertrag als Handlungsform zur Realisierung und Zurverfügungstellung von Sozialleistungen.

---

<sup>120</sup> BeckOK SozR/ Heße § 45 SGB X Rn 32; BSG Urteil vom 2.2.2012 - B 8 SO 5/10 R; Beispiele für einen Dauerverwaltungsakt bei Waschull in: LPK- SGB X § 45 Rn 82.

<sup>121</sup> Muckel/ Ogorek Sozialrecht 4. Auflage 2011 § 17 Rn 12.

<sup>122</sup> Diering in: LPK-SGB X Vor §§ 53 ff Rn 2.

<sup>123</sup> Muckel/ Ogorek Sozialrecht § 17 Rn 12.

<sup>124</sup> Diering in: LPK-SGB X Vor §§ 53 ff Rn 4.

## 2.2. Die Abgrenzung

Die Abgrenzung der öffentlich-rechtlichen Vertrags vom privatrechtlichen Vertrag richtet sich nach der sog. Vertragsgegenstandstheorie.<sup>125</sup> Wenn der Vertrag seinem Inhalt nach Fragen des öffentlichen Rechts regelt, wenn also durch den Vertrag Rechte oder Pflichten geregelt werden, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind, liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor.<sup>126</sup> Bei gemischten Verträgen, die sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten regeln, kommt es für die Zuordnung darauf an, ob der Regelungsschwerpunkt öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist und welcher Teil dem Vertrag das entscheidende Gepräge gibt. Der Vertrag ist einheitlich zu betrachten und nach seinem Gesamtcharakter zu beurteilen.<sup>127</sup> Nach anderer Ansicht ist ein Vertrag, der sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten begründet, stets dem öffentlichen Recht zuzurechnen.<sup>128</sup>

Obwohl der öffentlich-rechtliche Vertrag eine eigenständige spezifisch öffentlich-rechtliche Handlungsform darstellt, knüpft er grundsätzlich hinsichtlich seiner Vertragsnatur an das Recht der Schuldverhältnisse gemäß §§ 104 ff BGB an. Die Regelungen des BGB gelten neben dem Verwaltungsverfahrenrecht des SGB X gem. § 61 S. 2 SGB X entsprechend, sind also auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag anzuwenden. Zu beachten ist, dass § 61 SGB X eine Rangfolge der Anwendung der unterschiedlichen Regelungen in SGB X und BGB vorsieht.<sup>129</sup> Zunächst ist eine Regelung in §§ 53 – 60 SGB X vorrangig heranzuziehen. Ist das fragliche Problem nicht erfasst, und sehen auch die übrigen Regelungen des SGB X keine Lösung vor, ist für die ergänzende und entsprechende Anwendung der Regelungen des BGB Raum. Für diese ergänzende entsprechende Anwendung muss bei jeder BGB-Regelung geprüft werden, ob bei dem öffentlich-rechtlichen Vertrag eine vergleichbare Interessenlage besteht, die eine Heranziehung rechtfertigt.<sup>130</sup>

Die Abgrenzung von Verwaltungsakt und Vertrag erfolgt dadurch, dass der Verwaltungsakt auf einseitigem hoheitlichem Handeln beruht. Verträge sind aber (wenigstens) zweiseitig.

---

<sup>125</sup> Engelmann in: von Wulffen SGB X § 53 Rn 7.

<sup>126</sup> Diering in: LPK-SGB X § 53 Rn. 6.

<sup>127</sup> Diering in: LPK-SGB X § 53 Rn 7.

<sup>128</sup> Engelmann in: von Wulffen SGB X § 53 Rn 9.

<sup>129</sup> Diering in: LPK-SGB X § 61 Rn 1.

<sup>130</sup> Engelmann in: von Wulffen SGB X § 61 Rn 4.

### 2.3. Arten öffentlich rechtlicher Verträge

Öffentlich-rechtliche Verträge werden als koordinationsrechtliche und subordinationsrechtliche Verträge unterschieden. Koordinationsrechtliche Verträge werden zwischen gleichgeordneten Rechtssträgern geschlossen.<sup>131</sup> In der Praxis sind es Verträge zwischen privaten Rechtsträgern, Verträge zwischen Leistungserbringern sowie deren Verbänden und Krankenkassen sowie deren Verbänden, und Verträge zwischen öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern.<sup>132</sup>

Subordinationsrechtliche Verträge, § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB X, haben regelmäßig die Funktion, Verwaltungsakte zu ersetzen. Nur insofern kann hier an ein Über- und Unterordnungsverhältnis angeknüpft werden.<sup>133</sup> Als subordinationsrechtlicher Vertrag wurde die Eingliederungsvereinbarung nach § 15 II SGB II angesehen.<sup>134</sup> Beim subordinationsrechtlichen Vertrag unterscheidet man Vergleichsverträge, § 54 SGB X von Austauschverträgen § 55 SGB X. Der Vergleichsvertrag kann bei Ungewissheit der Parteien über die Sach- oder Rechtslage abgeschlossen werden. Der Vertrag muss schließlich ein gegenseitiges Nachgeben erkennen lassen, d.h. beide Parteien müssen von ihren ursprünglichen Positionen abrücken.<sup>135</sup> Der Austauschvertrag § 55 SGB X kann gemäß § 55 Abs. 3 SGB X sowohl über Pflicht- als auch Ermessensleistungen geschlossen werden.<sup>136</sup> § 55 Abs. 1 S. 1 SGB X enthält die Legaldefinition des Austauschvertrages. In diesem verpflichtet sich der Vertragspartner des Sozialleistungsträgers zu einer Gegenleistung.

Neben diesen aufgezählten Arten öffentlich-rechtlicher Verträge gibt es keinen *numerus clausus* der Vertragsarten. Normenverträge, auch Normsetzungsverträge genannt, bilden einen Unterfall des koordinationsrechtlichen Vertrages, der nicht nur Vertragselemente, sondern auch Elemente der Rechtssetzung aufweist. Unter Normsetzungsverträgen versteht man Verträge, deren unmittelbare Rechtswirkungen nicht nur gegenüber den Vertragsparteien, sondern auch gegenüber den von der vertraglichen Regelung (abstrakt-generell) betroffenen Dritten entstehen.<sup>137</sup> Die Anwendbarkeit der §§ 53 ff SGB X auf diese Form der Verträge wird befürwortet. Der normsetzende Vertrag im Sozialrecht ist eine Ableitung aus dem Tarifvertrag des kollektiven Arbeitsrechts. Als mittlerweile klassisches Beispiel kann der Bundesmantelvertrag § 87 Abs. 1 SGB V dienen.<sup>138</sup>

---

<sup>131</sup> Muckel/ Ogorek, Sozialrecht § 17 Rn 12.

<sup>132</sup> Zur Systematik Zuck in: Fichte/Plagemann/Waschull § 5 Rn 106 – 111.

<sup>133</sup> Zuck in: Fichte/Plagemann/Waschull § 5 Rn 93.

<sup>134</sup> LSG Bayern 05.12.2012 - L 16 AS 927/11.

<sup>135</sup> Diering in: LPK-SGB X § 54 Rn 9.

<sup>136</sup> Diering in: LPK-SGB X § 55 Rn 1.

<sup>137</sup> Zuck in: Fichte/Plagemann/Waschull § 5 Rn 112.

<sup>138</sup> Sodan NZS 1998, 305 (306).



## **2.4. Abschluss und Inhalt des öffentlich – rechtlichen Vertrages**

Nach § 53 Abs. 1 Satz 1 SGB X ist der öffentlich- rechtliche Vertrag als Handlungsform zulässig, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegen stehen.

Beim Abschluss des Vertrages sind nicht nur die Regelungen über das Zustandekommen von Verträgen entsprechend dem BGB zu beachten. Das SGB X sieht daneben die Schriftform vor, soweit nicht andere Formvorschriften gesetzlich vorgeschrieben sind, § 56 SGB X. Dies gilt insbesondere auch für Formvorschriften, die sich auch dem Bürgerlichen Recht ergeben, z.B. §§ 128, 129, 311b BGB.<sup>139</sup>

Zu beachten ist auch § 57 Abs. 1 SGB X, wonach ein Vertrag, der in die Rechte eines Dritten eingreift, erst mit der schriftlichen Zustimmung dieses Dritten zustande kommt. Wenn ein Verwaltungsakt nur unter Mitwirkung einer weiteren behördlichen Handlung vorgenommen werden könnte, kann ein diesen ersetzender öffentlich-rechtlicher Vertrag ebenfalls erst nach Vornahme dieser Handlung in der vorgeschriebenen Form wirksam werden, § 57 Abs. 2 SGB X.

Die inhaltlichen Anforderungen richten sich in der Sache nach der konkreten Art des Vertrages. Weitere allgemeine Anforderungen ergeben sich aus der Bindung des Vertrages an das Recht. Wie jedes staatliche Handeln unterliegt auch der Verwaltungsvertrag gesetzlichen Bindungen, insbesondere auch den Bindungen des Verfassungsrechts. So besteht ein natürliches Spannungsverhältnis zwischen Verwaltungsvertrag und Gesetzesvorbehalt.

## **2.5. Einreden und Einwendungen gegen den öffentlich- rechtlichen Vertrag**

Der öffentlich-rechtliche Vertrag begründet üblicherweise Ansprüche (§ 194 Abs. 1 BGB) sowohl für Sozialleistungsträger als auch für dessen Vertragspartner. Während der Gläubiger eines Anspruchs diesen durchsetzen möchte und auch üblicherweise die Beweislast für das Vorliegen des Anspruchs trägt, ist dem Schuldner oftmals daran gelegen, den Anspruch abzuwehren. Dazu stehen ihm Einwendungen bzw. Einreden zur Verfügung. Einwendungen und Einreden sind somit Verteidigungsmittel des Schuldners. Während Einwendungen im Streitfall von Amts wegen zu berücksichtigen sind, sind Einreden wie die Verjährung, vom Schuldner ausdrücklich geltend zu machen.

---

<sup>139</sup> Engelmann in: von Wulffen SGB X § 56 Rn 9.

Ein Vertrag kann nach § 58 SGB X nichtig sein und damit unwirksam. Aus dem unwirksamen Vertrag können keine Rechte hergeleitet werden. Die Regelung in § 58 SGB X ist abschließend. Die generellen Nichtigkeitsgründe des § 58 Abs. 1 SGB X gelten sowohl für koordinationsrechtliche als auch für subordinationsrechtliche Verträge.<sup>140</sup> Mögliche Nichtigkeitsgründe sind u.a. in §§ 105, 116 Satz 2, 117, 118, 125, 134, 138, 275 Abs. 1 BGB zu finden.<sup>141</sup>

Die speziellen Nichtigkeitsgründe nach § 58 Abs. 2 SGB X betreffen ausschließlich den subordinationsrechtlichen Vertrag. Über § 58 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 40 Abs. 2 Nr. 3 SGB X ist ein Vertrag, der zu einer objektiv unmöglichen Leistung verpflichtet, nichtig.<sup>142</sup> § 58 Abs. 2 Nr. 2 SGB X soll die Verbindlichkeit von Verträgen ausschließen, mit denen die Vertragsparteien in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen wollen (Kollusion).<sup>143</sup>

Die Nichtigkeit erstreckt sich üblicherweise auf den gesamten Vertrag. Nur im Falle der Teilbarkeit des Vertragsinhaltes kommt eine Teilnichtigkeit in Betracht, § 58 Abs. 3 SGB X. Teilbarkeit ist anzunehmen, wenn die von den Vertragsparteien geschlossene Vereinbarung so zerlegt werden kann, dass ein Teil verbleibt, der zu einer selbstständigen Geltung fähig ist.<sup>144</sup>

Da die Anfechtung ex tunc wirkt, also auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück wirkt, führt auch die Anfechtbarkeit eines Vertrages dazu, dass ein Anspruch aus dem Vertrag nicht mehr hergeleitet werden kann. Eine Anfechtung kann z.B. aufgrund Irrtums oder Täuschung bzw. Drohung erfolgreich sein, §§ 119, 123 BGB.<sup>145</sup>

Ein Anspruch aus Vertrag ist auch nicht mehr durchsetzbar, wenn er erfüllt wurde, also die geschuldete Leistung bewirkt wurde, § 362 BGB.

Auch eine Kündigung anlässlich einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse seit Vertragsschluss, § 59 Abs. 1 Satz 1 SGB X, führt dazu, dass Leistungen nicht mehr bewirkt werden müssen.

#### Wiederholungsfragen

- Was versteht man unter Verwaltungsverfahren ?
- Diskutieren Sie die „Evidenztheorie“. Hat sie Schwächen ?

<sup>140</sup> So für die Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II LSG Bayern 05.12.2012 - L 16 AS 927/11.

<sup>141</sup> Engelmann in: von Wulffen SGB X § 58 Rn 5.

<sup>142</sup> Diering in: LPK-SGB X § 58 Rn 6.

<sup>143</sup> Diering in: LPK-SGB X § 58 Rn 13

<sup>144</sup> Engelmann in: von Wulffen SGB X § 58 Rn 12.

<sup>145</sup> Diering in: LPK-SGB X § 61 Rn 6

- Wie verhalten sich die Begriffe Rücknahme, Widerruf und Aufhebung von Verwaltungsakten zueinander ?
- Wann ist ein Verwaltungsakt rechtswidrig ?
- Nennen Sie ein Beispiel für einen Dauerverwaltungsakt.
- Was versteht man unter Bestandskraft eines Verwaltungsaktes ?
- Wann ist ein Verwaltungsakt wirksam ?
- Erläutern Sie was passiert, wenn einem Rechtsbehelf die aufschiebende Wirkung fehlt !
- Nennen Sie Beispiele für Fälle einer fehlenden aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs nach § 86a SGG.
- Welche Funktion haben die §§ 44 -49 SGB X ?
- Finden Sie Beispiele für Verwaltungsakte mit Drittwirkung, mit Doppel- oder Mischwirkung.
- Finden Sie Beispiele für belastende und begünstigende Verwaltungsakte.
- Was ist ein Vertrag ?
- Welches Problem löst die Vertragsgegenstandstheorie ?
- Wann darf ein Verwaltungsakt durch einen öffentlich- rechtlichen Vertrag ersetzt werden ?
- Worin unterscheidet sich der öffentlich- rechtliche Vertrag vom Verwaltungsakt ?
- Erläutern Sie, was ein subordinationsrechtlicher Vertrag ist.
- Was ist bei den Verträgen über Sozialleistungen zu beachten ?
- Lesen Sie § 92 Abs. 8 SGB V. Erkennen Sie einen weiteren Normsetzungsvertrag ?

## Kapitel 4 Ein Überblick über die Sozialversicherung

### 1. Gesetzliche Krankenversicherung

#### Orientierungsfragen

- Welche Versicherungsfälle gibt es in der gesetzlichen Krankenversicherung ?
- Was bedeutet Krankheit ?
- Welche Bedeutung haben die Richtlinien des Bundesausschusses für den Anspruch auf Krankenbehandlung ?
- Gibt es besondere Regelungen bei den Anforderungen an eine Krankenbehandlung bei lebensbedrohlicher bzw. tödlicher Erkrankung ?
- Welche Lohnersatzleistungen bietet die gesetzliche Krankenversicherung ?

Ein Überblick über Leistungen und Träger der gesetzlichen Krankenversicherung befindet sich in § 21 SGB I. Die Krankenkassen als Träger der gesetzlichen Krankenversicherungen sind dezentral organisiert. Sie gliedern sich in die Allgemeinen Ortskrankenkassen, Betriebskrankenkassen, Innungskrankenkassen, die landwirtschaftlichen Krankenkassen, die Deutsche Rentenversicherungsknappschaft Bahn/See als Träger der Krankenversicherung und die Ersatzkassen. Diese Krankenkassen sind weder private Unternehmen noch Behörden der unmittelbaren Staatsverwaltung. Sie sind selbständige und selbstverwaltete Körperschaften des öffentlichen Rechts, die unter staatlicher Aufsicht stehen. Sie sind nach dem Prinzip der Selbstverwaltung durch die Versicherten und ihre Arbeitgeber organisiert, § 29 I, II SGB IV. Die Kassenärztlichen Vereinigungen sind gesetzlich zur Sicherstellung der Versorgung im Rahmen dieses Versicherungssystems, das ein Naturalleistungssystem ist, verpflichtet. Als gemeinsame Einrichtung unterhalten die Krankenkassen den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung, §§ 275 ff SGB V.

Den versicherungspflichtigen und freiwillig Versicherten steht ein Wahlrecht darüber zu, in welcher Krankenkasse sie Mitglied sein wollen. Das Wahlrecht ist gegenüber der gewählten Krankenkasse zu erklären. Die entsprechenden Regelungen finden sich in §§ 173 bis 175 SGB V.

Leistungen der Krankenversicherung können ausschließlich in Anspruch genommen werden, wenn ein Versicherungsverhältnis besteht. Man unterscheidet zwischen der Versicherungspflicht § 5 SGB V und deren Ausnahmeparagraphen §§ 6 bis 8 SGB V, sowie Versicherungsberechtigten, § 9 SGB V, also freiwillig Versicherten. Eine Besonderheit der Gesetzlichen Krankenversicherung ist

die Familienversicherung für Familienangehörige, Ehepartner und Kinder, die beitragsfrei mitversichert sind, § 10 SGB V. Grundsätzlich entsteht der Versicherungsschutz sofort mit dem Beginn der Mitgliedschaft bzw. des Versicherungsverhältnisses.

Gemäß § 5 I Nr. 1 SGB V sind die abhängig Beschäftigten im Sinne von § 7 SGB IV versicherungspflichtig. Auch hier hängt das Bestehen einer Versicherungspflicht von einem Beschäftigungsverhältnis ab. Dazu gehören immer Arbeitnehmer, soweit sie nicht aufgrund Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze versicherungsfrei sind. Weiterhin sind Bezieher von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch II und III pflichtversichert, § 5 I Nr. 2 und 2a SGB V. Leistungsbezieher von Grundsicherung bei dauerhafter Erwerbsminderung und im Alter, von Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII sowie nach dem Asylbewerberleistungsgesetz sind über § 264 SGB V in die gesetzliche Krankenversicherung einbezogen. Sie sind nicht versicherungspflichtig, aber dennoch Mitglieder der Gesetzlichen Krankenversicherung. Die Krankenversicherung übernimmt Leistungen für sie gegen Kostenerstattung durch den für den jeweiligen Personenkreis zuständigen Träger.

Nach § 5 I Nr. 13 SGB V sind Personen in der Gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert, die keine anderweitige Absicherung im Krankheitsfalle haben. Voraussetzung ist, dass sie zuletzt gesetzlich krankenversichert waren oder bisher nicht gesetzlich oder privat krankenversichert waren, soweit sie nicht hauptberuflich selbstständig erwerbstätig sind oder aus § 6 I oder II SGB V versicherungsfrei sind.

Flankierend sieht § 193 Abs. 3 VVG für alle nicht versicherten Personen eine Versicherungspflicht in der privaten Krankenversicherung vor, soweit sie keinen Ausnahmetatbestand erfüllen, § 193 Abs. 3 S. 2 VVG:

Personen, die

1. in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert oder versicherungspflichtig sind oder
2. Anspruch auf freie Heilfürsorge haben, beihilfeberechtigt sind oder vergleichbare Ansprüche haben im Umfang der jeweiligen Berechtigung oder
3. Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz haben oder
4. Empfänger laufender Leistungen nach dem Dritten, Vierten, Sechsten und Siebten Kapitel des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sind für die Dauer dieses Leistungsbezugs und während Zeiten einer Unterbrechung des Leistungsbezugs von weniger als einem Monat, wenn der Leistungsbezug vor dem 1. Januar 2009 begonnen hat.

Einen Einstieg in das Leistungsrecht bietet § 11 I SGB V. Die wichtigsten Leistungen sind die Krankenbehandlung, das Krankengeld und das Mutterschaftsgeld. Ein Anspruch auf

Krankenbehandlung ergibt sich immer aus § 11 I Nr. 4, § 27 I , 1, 2 Nrn. 1 bis 6 in Verbindung mit den einzelnen Leistungstatbeständen des SGB V. Um einen Anspruch auf Krankenbehandlung geltend machen zu können, muss die betreffende Person versichert sein.

Als weitere Voraussetzung muss der Versicherungsfall § 27 I 1 SGB V eingetreten sein. Der Versicherungsfall hinsichtlich der Leistung Krankenbehandlung ist das Eintreten einer Krankheit. Die traditionelle Definition für den Versicherungsfall „Krankheit“ lautet, dass ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der der ärztlichen Behandlung bedarf, vorliegen müsse.<sup>146</sup> Regelwidrigkeit liege vor, wenn Körper- oder Geisteszustand vom Leitbild des gesunden Menschen abweicht. Vom Leitbild pflegt man ein funktionales Verständnis. Nach diesem Verständnis ist das Leitbild erfüllt, wenn der Versicherte in der Lage ist, die normalen psychophysischen Funktionen auszuüben.<sup>147</sup> Eine modernere Definition des Krankheitsbegriffs lautet deshalb: Krankheit ist ein Körper oder Geisteszustand, der die Ausübung der normalen psychophysischen Funktionen beeinträchtigt. An einer Regelwidrigkeit fehlt es laut Bundessozialgericht, wenn die Abweichung von körperlichem oder geistigem Zustand Folge einer natürlichen Körper- oder Geistesentwicklung ist.<sup>148</sup> Als Beispiele dafür führt man Altersgebrechlichkeit oder Schwangerschaft auf. Wesentlich ist auch das sogenannte Finalprinzip. Danach kommt es für die Entstehung des Leistungsanspruchs auf die Ursache des regelwidrigen Zustandes nicht an.

Ist der Versicherungsfall eingetreten, ist die konkrete Leistungsart zu bestimmen. Bei der Bestimmung der Leistungsart sind nicht nur die Voraussetzungen der einzelnen Leistungsarten zu berücksichtigen, sondern auch die allgemeinen Leistungsgrundsätze. Prägend ist das Sach- und Dienstleistungsprinzip § 2 II SGB V. Es geht davon aus, dass sich der Anspruch des Versicherten gegen die Krankenkasse richtet. Allerdings besteht dieser Anspruch grundsätzlich nicht in einer Erstattung der Kosten für die Inanspruchnahme von gesundheitsbezogenen Leistungen, sondern in der Verschaffung von Naturalleistungen. Die Krankenversicherung erbringt diese Leistung nicht selbst, sondern sie bedient sich verschiedener Leistungserbringer (Ärzte, Zahnärzte, Krankenhäuser, Apotheken). Der Sinn des Sach- und Dienstleistungsprinzips besteht darin, den Versicherten von der Last zu befreien, die Behandlungskosten vorstrecken zu müssen.

Die gesetzliche Krankenversicherung sieht bei Krankheit folgende in § 27 I 2 SGB V aufgeführte Leistungen als Krankenbehandlung vor:

---

<sup>146</sup>RVA GE Nr. 2140 AN 1916, 341; RVA GE Nr. 5115 AN 1937, 265; BSG Urt. v. 28.2.2008 – B 1 KR 19/07 R, BSGE 100, 119, Rn. 10 ff.; BSG Urt. v. 19.10.2004 – B 1 KR 3/03 R, BSGE 93, 252.

<sup>147</sup>BSG Urt. v. 19.10.2004 – B 1 KR 3/03 R, BSGE 93, 252; BSG Urt. v. 12.11.1985 – 3 RK 48/83, BSGE 59, 119.

<sup>148</sup>BSG Urt. v. 30.9.1999 – B 8 KN 9/98 KR R.

- Ärztliche Behandlung einschließlich Psychotherapie als ärztliche und psychotherapeutische Behandlung, § 28 SGB V, auch in Form einer Zweitmeinung, § 27b SGB V
- zahnärztliche Behandlung, §§ 28, 29 SGB V
- Versorgung mit Zahnersatz einschließlich Zahnkronen und Suprakonstruktionen, § 55 SGB V
- Versorgung mit Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln, §§ 31 -36 SGB V
- häusliche Krankenpflege und Haushaltshilfe, §§ 37, 38 SGB V
- Krankenhausbehandlung, § 39 SGB V
- Leistungen zur medizinischen Rehabilitation und ergänzende Leistungen, § 40 - 43 SGB V. Ferner sind Ansprüche auf künstliche Befruchtung, § 27a SGB V, Soziotherapie § 37a SGB V, spezialisierte ambulante Palliativversorgung § 37b SGB V, stationäre und ambulante Hospizleistungen, § 39a SGB V, Hospiz und Palliativberatung durch die Krankenkassen § 39 b SGB V, Kurzzeitpflege bei fehlender Pflegebedürftigkeit § 39 c SGB V, und nichtärztliche sozialpädiatrische Leistungen für Kinder, sowie für Erwachsene mit geistiger Behinderung oder schweren Mehrfachbehinderungen, § 43a und b SGB V, vorgesehen. Erwähnenswert ist auch die Übernahme von Fahrtkosten im sich auch § 60 SGB V ergebenden Umfang.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts steht dem Versicherten aus o.g. Rechtsgrundlagen grundsätzlich kein Anspruch auf eine ganz bestimmte Leistung zu. Es besteht nur ein Anspruch dem Grunde nach. Dieser wird als Rahmenrecht bezeichnet. Erst der Vertragsarzt konkretisiert den Anspruch auf die konkrete Leistung aufgrund von verbindlichen Rechtsvorschriften. Zu diesen Rechtsvorschriften gehören insbesondere auch die Richtlinien des gemeinsamen Bundesausschusses nach § 92 SGB V. Über § 73 II Nrn. 1 bis 12 SGB V wird ein verfahrensrechtlicher Arztvorbehalt eingerichtet. Materiell-rechtlich soll dieser in § 28 I 2 SGB V verankert sein. Da der Arzt an diese Regelungen gebunden ist, eröffnet seine Entscheidung über die Einschaltung weiterer Dienstleister oder anderer Hilfeleistungen den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung für den Versicherten. Seine Bindung an die o.g. Richtlinien sorgt dafür, dass nur ein bestimmter Kanon von Behandlungsmethoden für bestimmte Diagnosen vorhanden ist. Mit dieser Konstruktion soll den Leistungsgrundsätzen der gesetzlichen Krankenversicherung, wie sie in § 2 SGB V niedergelegt sind, Rechnung getragen werden. Zu diesen Leistungsprinzipien gehören die Wirtschaftlichkeit, die Qualität und Bedarfsgerechtigkeit der Leistungen. Daneben müssen die Leistungen auf dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse erbracht werden. Dazu vertrat das Bundessozialgericht die Auffassung, dass der allgemein anerkannte Stand der medizinischen Erkenntnisse Leistungen ausschließt, die mit wissenschaftlich nicht anerkannten Methoden erbracht werden. Neue Verfahren, die nicht ausreichend erprobt sind, oder sogenannte Außenseitermethoden, die zwar bekannt sind, aber sich nicht bewährt haben, waren nach Auffassung des Bundessozialgerichts

von der Leistungspflicht nicht umfasst. Zur Begründung führte das Bundessozialgericht an, es sei nicht Aufgabe der Gesetzlichen Krankenversicherung, medizinische Forschung zu finanzieren. Problematisch dabei ist, dass die Ermittlung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Wissenschaft den Methoden der evidenzbasiert Medizin überantwortet ist. Nur durch diese Verfahren könne die Wirksamkeit von Therapien ausreichend sicher bewertet werden. Dies führte dazu, dass im Einzelfall Behandlungen versagt wurden, die unter Umständen lebensrettend hätten sein können.

Das Bundesverfassungsgericht entschied deshalb in seinem Nikolaus - Beschluss,<sup>149</sup> dass aufgrund des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei lebensbedrohlichen Erkrankung keine zu hohen Anforderungen an den Wirksamkeitsnachweis gestellt werden dürfen. Die Leistung ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zu übernehmen, wenn:

- eine lebensbedrohliche oder regelmäßig tödlich verlaufende Erkrankung vorliegt,
- bezüglich der Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinische Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht,
- bezüglich der neuen nicht allgemein anerkannten Behandlungsmethode eine auf Indizien gestützte, nicht ganz fern liegende Aussicht auf Heilung, oder wenigstens auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.

Diese Aussage wurde dahingehend interpretiert, dass in den Fällen lebensbedrohlicher Erkrankung nun doch auf den Erfolg im Einzelfall abgestellt werden könne. Das Bundessozialgericht hingegen ist weiterhin der Auffassung, dass auf eine Feststellung der Wirksamkeit in einer Vielzahl von Fällen nicht verzichtet werden könne. Auch die Reichweite des Bundesverfassungsgerichtsurteils ist umstritten. Nach einer Ansicht hat das BVerfG nur die Grenzen des Leistungsabbaus in der Gesetzlichen Krankenversicherung umschrieben. Nach anderer Ansicht hat das Bundesverfassungsgericht einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Leistungen im Falle lebensbedrohlicher Erkrankungen geschaffen. Anspruchsgrundlage wäre in diesem Fall Art. 2 I in Verbindung mit Art. 20 I, Art. 2 II Grundgesetz gewesen. Nach der aktuellen Rechtslage hat der Gesetzgeber auf diese Rechtsprechung reagiert. Er hat einen Rechtsanspruch der betreffenden Versicherten nach § 2 Ia 1 SGB V geschaffen, die Leistungen entsprechend den Vorgaben des BVerfG auszugestalten. Die Leistungen sind nach § 2 Ia 2 SGB V zu beantragen.

Die GKV bietet auch Leistungen, die den Lebensunterhalt sicherstellen. Nach § 44 I SGB V haben Stammversicherte Anspruch auf Krankengeld, wenn eine Krankheit sie arbeitsunfähig macht. Dieser Anspruch besteht ebenfalls, wenn sie auf Kosten der Krankenkasse in einem Krankenhaus

---

<sup>149</sup>BVerfG vom 6.12.2005 1 BvR 347/98.



oder einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung stationär behandelt werden. Das Krankengeld hat Entgeltersatzfunktion.

Der Versicherungsfall Arbeitsunfähigkeit ist hier Voraussetzung für den Erhalt von Krankengeld. Arbeitsunfähig ist, wenn infolge eines regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes nicht oder nur unter der Gefahr, seinen Zustand zu verschlimmern, seiner bisher ausgeübten Erwerbstätigkeit oder sonst vertraglich geschuldeten Tätigkeit nachgehen kann. Die bisher ausgeübte Tätigkeit ist die zuletzt, also vor dem Eintritt der Erkrankung konkret ausgeübte Tätigkeit. Auf die Behandlungsbedürftigkeit des regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes kommt es hier nicht an. Allerdings ist ein Kausalzusammenhang zwischen Krankheit und fehlender Arbeitsfähigkeit Voraussetzung. Der Kausalzusammenhang wird nach der Theorie der wesentlichen Bedingung bestimmt. Der Anspruch auf Krankengeld setzt ferner nicht voraus, dass die versicherte Person ohne die Arbeitsunfähigkeit Arbeitsentgelt erzielt hätte. Erkrankt ein Arbeitnehmer, so zahlt in aller Regel der Arbeitgeber für die ersten sechs Wochen das volle Arbeitsentgelt weiter, § 616 I und II BGB, § 3 I Entgeltfortzahlungsgesetz. Soweit der Versicherte Arbeitsentgelt erhält, ruht der Anspruch auf das Krankengeld.

Im Mutterschutz wird als Entgeltersatz Mutterschaftsgeld gezahlt, § 24i I SGB V. Danach besteht ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld während der Schutzfristen vor und nach der Entbindung, § 3 II und § 6 I Mutterschutzgesetz.

#### Wiederholungsfragen

- Wie ist die Krankenversicherung der Asylbewerber und der Bezieher von Grundsicherung bei dauerhafter Erwerbsminderung und im Alter sowie der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII geregelt?
- Was bedeutet Krankheit als Versicherungsfall der gesetzlichen Krankenversicherung?
- Wo sind die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung für Schwangere geregelt ?
- Erläutern Sie die Lehre vom Rahmenrecht im SGB V.
- Welche Funktion hat der gemeinsame Bundesausschuss in der gesetzlichen Krankenversicherung?
- Was versteht man unter dem Arztvorbehalt in der gesetzlichen Krankenversicherung?
- Welche Folgen hat der Nikolaus - Beschluss des Bundesverfassungsgerichts?
- Welche existenzsichernden Leistungen bietet die gesetzliche Krankenversicherung?

## 2. Soziale Pflegeversicherung

### Orientierungsfragen

- Was bedeutet Pflegebedürftigkeit ?
- Welche Leistungen der sozialen Pflegeversicherung gibt es ?
- Wie entwickelte sich die soziale Pflegeversicherung ?

Als jüngster Zweig der Sozialversicherung trat 1995 die soziale Pflegeversicherung in Kraft. Ihre Leistungen sind in der Einweisungsvorschrift des § 21a SGB I aufgezählt. Die Pflegeversicherung ist im SGB XI geregelt. Träger der Pflegeversicherung sind die Pflegekassen. Diese wurden bei jeder Krankenkasse errichtet. Die Pflegeversicherung wird durch Beiträge der Mitglieder und ihrer Arbeitgeber finanziert.

In den Schutz der Pflegeversicherung sind gemäß § 1 II 1 SGB XI kraft Gesetzes alle einbezogen, die in der Gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind. Wer in einer privaten Krankenversicherung versichert ist, ist nicht kraft Gesetzes in die gesetzliche Pflegeversicherung einbezogen, muss jedoch eine private Pflegeversicherung abschließen. Vergleiche § 1 II 1 und 2 SGB XI.

Am 1.1.2015 trat das Erste Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften in Kraft. (PSG I)<sup>150</sup> Dieses Gesetz soll die Pflegeversicherung zusammen mit der sog. 2. Stufe der Pflegereform (Zweites Pflegestärkungsgesetz PSG II)<sup>151</sup> weiterentwickeln. Ziel dieser beiden Gesetze ist es, die Leistungen zu erhöhen, auszuweiten und zu flexibilisieren. Insbesondere soll dies für die häusliche Pflege und die Ermöglichung von mehr Personal in stationären Pflegeeinrichtungen gelten. Darüber hinaus steht eine generationengerechte Finanzierbarkeit der Pflegeversicherung im Fokus. Erst mit dem PSG II erfolgte eine grundlegende Reform des Pflegebedürftigkeitsbegriffs. Rund 20 Jahre nach ihrer Entstehung erfährt die Soziale Pflegeversicherung ihre bisher umfangreichste Modernisierung, die auch in die Hilfe zur Pflege der Sozialhilfe übertragen wird.

Mit dem PSG II wird ab 1.1.2017 allen Pflegebedürftigen unabhängig von einer kognitiven, somatischen oder psychischen Ursache gleicher Zugang zu Pflegeleistungen ermöglicht werden. Zu diesem Zweck wird ein neuer Pflegebedürftigkeitsbegriff und ein neues Begutachtungsinstrument (NBA Neues Begutachtungsassessment) eingeführt.

---

<sup>150</sup> Erstes Pflegestärkungsgesetz – PSG I vom 17. Dezember 2014, BGBl. I, S. 2222.

<sup>151</sup> Zweites Pflegestärkungsgesetz (PSG II) G. v. 21.12.2015 BGBl. I S. 2424.

Die bisherigen 3 Pflegestufen werden durch 5 Pflegegrade abgelöst. Diese Pflegegrade werden als Grade der „(geringen bis schwersten) Beeinträchtigungen der Selbständigkeit oder der Fähigkeiten“ definiert, § 15 Abs. 3 S. 4 SGB XI. Zu den bisherigen Aspekten des Pflegebedürftigkeitsbegriffs und der Feststellung der eingeschränkten Alltagskompetenz formen weitere Komponenten den neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff.

Körperliche, geistige und psychische Einschränkungen werden gleichermaßen erfasst und in die Einstufung einbezogen. Mit der Begutachtung wird der Grad der Selbständigkeit in sechs verschiedenen Bereichen gemessen und – mit unterschiedlicher Gewichtung – zu einer Gesamtbewertung zusammengeführt. Daraus ergibt sich die Einstufung in einen Pflegegrad. Die sechs Bereiche („Module“) sind, § 15 Abs. 2 i.V.m. § 14 Abs. 2 SGB XI:

1. Mobilität
2. Kognitive und kommunikative Fähigkeiten
3. Verhaltensweisen und psychische Problemlagen
4. Selbstversorgung
5. Bewältigung von und selbstständiger Umgang mit krankheits- oder therapiebedingten Anforderungen und Belastungen
6. Gestaltung des Alltagslebens und sozialer Kontakte

Anknüpfungspunkt ist der personenorientierte und weitgehend kontextunabhängige Grad der Selbständigkeit des Patienten. Das Ausmaß an personeller Unterstützung hat weiterhin Einfluss auf die Bewertung des Ausmaßes der Pflegebedürftigkeit. Unter anderem werden die Belastung und Häufigkeit des Bedarfs berücksichtigt.

Wer vor dem 1.1.2017 Leistungen der Pflegeversicherung in Anspruch nimmt, wird durch Übergangsregelungen in das neue System übergeleitet, § 140 SGB XI. Dabei gilt: Alle, die bereits Leistungen von der Pflegeversicherung erhalten, erhalten diese auch weiterhin mindestens in gleichem Umfang.

Als Faustformel gilt: Menschen mit ausschließlich körperlichen Einschränkungen werden automatisch in den nächst höheren Pflegegrad übergeleitet, § 140 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 SGB XI  
Beispiele: Pflegestufe I wird in Pflegegrad 2, Pflegestufe III wird in Pflegegrad 4 übergeleitet).  
Menschen mit geistigen Einschränkungen kommen automatisch in den übernächsten Pflegegrad, § 140 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB XI (Beispiel: Pflegestufe 0 wird in Pflegegrad 2, Pflegestufe II mit eingeschränkter Alltagskompetenz wird in Pflegegrad 4 übergeleitet.)

Der neue Pflegebedürftigkeitsbegriff im Detail:

Definiert ist der Begriff der Pflegebedürftigkeit weiterhin in § 14 Abs. 1 SGB XI. Voraussetzungen sind insbesondere das Vorliegen gesundheitlicher Ursachen, die die Selbständigkeit und Fähigkeiten der Person beeinträchtigen sowie dazu führen, dass die Person der Hilfe anderer bedarf.

Die gesundheitlichen Ursachen können kognitiver, psychischer oder körperlicher Art sein.

Wann Selbständigkeit und Fähigkeiten beeinträchtigt sind regelt § 14 Abs. 2 SGB XI. Hier werden 6 Bereiche (sog. Module, s.o.) unterschieden, die als Anknüpfungspunkt für den Hilfebedarf durch Pflegekräfte bedürfen. Zu beachten sind insoweit auch § 14 Abs. 3 und § 15 Abs. 5 SGB XI, die die Haushaltsführung und (zum Teil) behandlungspflegerische Versorgung zum Inhalt des Pflegebedürftigkeitsbegriffs hinzufügen.

Nach § 15 SGB XI wird der Grad der Selbständigkeit, der nun den Kern des Pflegebedürftigkeitsbegriffs darstellt, für jedes der Module nach der Skala in § 15 Abs. 2 SGB XI ermittelt. Je geringer die Selbständigkeit oder Fähigkeit im jeweiligen Modul beeinträchtigt ist, desto weniger Punkte werden für diesen Bereich vergeben.

Die Module und deren Selbständigkeitsbewertung werden für die Feststellung des Grades der Pflegebedürftigkeit nicht im Verhältnis 1: 1 angerechnet, sondern nach verschiedenen Modulen unterschiedlich gewichtet. Die Details regelt § 15 Abs. 2 S. 7 u. 8 SGB XI. § 15 Abs. 3 SGB XI regelt die Berechnung der Gesamtpunktzahl aus der sich schließlich der Pflegegrad nach § 15 Abs. 3 u. 7 SGB XI ergibt. Ausnahmen von diesem Verfahren gibt es für die Zuordnung zum höchsten Pflegegrad (Grad 5). Hier sieht § 15 Abs. 4 SGB XI vor, dass eine individuelle Einstufung in besonderen Fällen möglich ist. Das Nähere soll in Richtlinien nach § 17 SGB XI (Richtlinien zur pflegfachlichen Konkretisierung der Inhalte des Begutachtungsinstrumentes) geregelt werden.

Pflegebedürftig ist darüber hinaus nur, wer für voraussichtlich mindestens 6 Monate der pflegerischen Unterstützung bedarf, § 14 Abs. 1 S. 3 SGB XI.

## **Die Leistungen**

§ 28 Abs. 1 SGB XI gibt einen Überblick über die (neuen) Leistungen der Pflegeversicherung:

1. Pflegesachleistung (§ 36),

2. Pflegegeld für selbst beschaffte Pflegehilfen (§ 37),
3. Kombination von Geldleistung und Sachleistung (§ 38),
4. häusliche Pflege bei Verhinderung der Pflegeperson (§ 39),
5. Pflegehilfsmittel und wohnumfeldverbessernde Maßnahmen (§ 40),
6. Tagespflege und Nachtpflege (§ 41),
7. Kurzzeitpflege (§ 42),
8. vollstationäre Pflege (§ 43),
9. Pflege in vollstationären Einrichtungen der Hilfe für behinderte Menschen (§ 43a),
- 9a. Zusätzliche Betreuung und Aktivierung in stationären Pflegeeinrichtungen (§ 43b),
10. Leistungen zur sozialen Sicherung der Pflegepersonen (§ 44),
11. zusätzliche Leistungen bei Pflegezeit und kurzzeitiger Arbeitsverhinderung (§ 44a),
12. Pflegekurse für Angehörige und ehrenamtliche Pflegepersonen (§ 45),
- 12a. Umwandlung des ambulanten Sachleistungsbetrags (§ 45a),
13. Entlastungsbetrag (§ 45b),
14. Leistungen des Persönlichen Budgets nach § 17 Abs. 2 bis 4 des Neunten Buches,
15. zusätzliche Leistungen für Pflegebedürftige in ambulant betreuten Wohngruppen (§ 38a SGB XI).

Daneben regelt § 28 Abs. 1 a SGB XI einen Anspruch auf Pflegeberatung (§ 7a SGB XI) des Versicherten gegen ihre Pflegekasse oder ihr Versicherungsunternehmen. Vorübergehend gibt es weiterhin einen Anspruch auf Anschubfinanzierung bei Gründung von ambulant betreuten Wohngruppen. Die Pflege soll nun auch Sterbebegleitung mit einschließen. Diese Leistungen stehen allen Personen zu, die eine Einstufung in die Pflegegrade 2 – 5 erreichen.

Die Leistungen für Personen mit dem Pflegegrad 1 sind in § 28a SGB XII geregelt. Diese Personen erhalten:

1. Pflegeberatung gemäß den §§ 7a und 7b,
2. Beratung in der eigenen Häuslichkeit gemäß § 37 Absatz 3,
3. zusätzliche Leistungen für Pflegebedürftige in ambulant betreuten Wohngruppen gemäß § 38a,
4. Versorgung mit Pflegehilfsmitteln gemäß § 40 Absatz 1 bis 3 und 5,
5. finanzielle Zuschüsse für Maßnahmen zur Verbesserung des individuellen oder gemeinsamen Wohnumfelds gemäß § 40 Absatz 4,
6. zusätzliche Betreuung und Aktivierung in stationären Pflegeeinrichtungen gemäß § 43b,
7. Pflegekurse für Angehörige und ehrenamtliche Pflegepersonen gemäß § 45.

Nach § 28a Abs. 2 SGB XI gewährt die Pflegeversicherung den Entlastungsbetrag gemäß § 45b Absatz 1 Satz 1 in Höhe von 125 Euro monatlich. Wenn Pflegebedürftige des Pflegegrades 1 vollstationäre Pflege wählen, gewährt die Pflegeversicherung einen Zuschuss in Höhe von 125 Euro monatlich, § 28a Abs. 3 SGB XI.

## Wiederholungsfragen

- Welches ist der historisch jüngste Zweig der Sozialversicherung?
- Woran knüpft die Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung an?
- Was versteht man unter dem Sach- und Dienstleistungsprinzip?

### 3. Leistungen der Arbeitslosenversicherung

#### Orientierungsfragen

- Wer ist in der Arbeitslosenversicherung versichert ?
- Unter welchen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I ?
- Wie wird die Höhe des Anspruchs auf Arbeitslosengeld I ermittelt ?
- Wann treten Sperrzeiten ein ?
- Welche Folge haben Sperrzeiten für den Anspruch auf Arbeitslosengeld I und II ?

Die Ziele der Leistungen der Arbeitsförderung sind in § 1 Sozialgesetzbuch III beschrieben. Danach soll ein hoher Beschäftigungsstand erreicht und die Beschäftigungsstruktur ständig verbessert werden, § 1 I 4 SGB II. Primäres Ziel der Arbeitsförderung nach § 1 I 1 SGB III ist es, der Entstehung von Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken. § 1 II SGB III führt beispielhaft einzelne Zielvorgaben auf, an denen sich die Leistungen der Arbeitsförderung zu orientieren haben. Die Leistungen der Arbeitsförderung sollen insbesondere die Transparenz auf dem Ausbildungs- und Arbeitsmarkt erhöhen, die berufliche und regionale Mobilität unterstützen und die zügige Besetzung offener Stellen ermöglichen. Sie sollen die individuelle Beschäftigungsfähigkeit durch Erhalt und Ausbau von Fertigkeiten, Kenntnissen und Fähigkeiten fördern. Auch unterwertiger Beschäftigung ist entgegenzuwirken und die berufliche Situation von Frauen ist zu verbessern. Es besteht eine Pflicht auf die Beseitigung bestehender Nachteile sowie auf die Überwindung eines geschlechtsspezifisch geprägten Ausbildungs- und Arbeitsmarktes hinzuwirken und Frauen mindestens entsprechend ihrem Anteil an den Arbeitslosen und ihrer relativen Betroffenheit von Arbeitslosigkeit zu fördern. Diese Aufzählung ist nicht abschließend.

Diesem Aufgabenkatalog lässt sich auch entnehmen, dass es nicht Aufgabe des Staates sein soll, Ausbildungs- oder Arbeitsplätze bereit zu stellen. Eine ausdrückliche Verknüpfung der Arbeitsmarktpolitik mit anderen Politikbereichen ist in § 1 II SGB III ebenfalls sichtbar. Eine staatliche Primärverantwortung für den Arbeitsmarkt wird mit dem SGB III nicht anerkannt. In § 2 SGB III wird dies besonders gut sichtbar, da hier die Verantwortlichkeit von Arbeitgebern und -nehmern ebenfalls eingefordert wird.

Die Einweisungsvorschrift für die Leistungen der Arbeitsförderung findet man in § 19 I und II SGB I. Eigene Ansprüche begründen diese Rechtsgrundlagen nicht. Sie konkretisieren das soziale Recht auf Bildung und Arbeitsförderung nach § 3 SGB I.

Das SGB III geht davon aus, dass alle Leistungen der aktiven Arbeitsförderung grundsätzlich Ermessensleistungen sind, § 3 Abs. 3 SGB VIII. Die Ausnahmen zählt § 3 Abs. 3 SGB III auf. Auf die aufgezählten Leistungen besteht ein Rechtsanspruch.

Einen systematischen Überblick über die Leistungen der Arbeitsförderung bietet § 3 SGB III ebenfalls. Daneben nimmt die Bundesagentur für Arbeit weitere Aufgaben wahr: dies sind z.B. ordnungsrechtliche Tätigkeiten wie die Erteilung von Genehmigungen und Erlaubnissen im Zusammenhang mit der Ausländerbeschäftigung § 284 SGB III. Sie ist für die Erteilung von Erlaubnissen im Zusammenhang mit privater Arbeitsvermittlung und Arbeitsberatung zuständig, §§ 288a ff SGB III. Auch die Bekämpfung von Leistungsmissbrauch und illegaler Ausländerbeschäftigung, § 394 I Nr. 6 SGB III, gehört zu ihren Aufgaben. Die Bundesagentur für Arbeit führt auch Arbeitsmarkt und Berufsforschung durch, §§ 280 ff SGB III.

Träger der Leistungen der Arbeitsförderung ist nach § 367 SGB III die Bundesagentur für Arbeit. Sie gliedert sich in eine Zentrale, Regionaldirektionen und Agenturen für Arbeit. Die Bundesagentur für Arbeit nimmt ihre Aufgaben eigenverantwortlich nach dem Prinzip der Selbstverwaltung wahr. Sie ist eine rechtsfähige bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts.

Versicherungspflichtig in der Arbeitslosenversicherung sind nach § 24 I SGB III alle Personen, die als Beschäftigte oder aus sonstigen Gründen versicherungspflichtig sind. Beschäftigte sind Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind, § 25 I 1 SGB III, der inhaltlich an § 7 I SGB IV anschließt. Außerdem begründet der Bezug der in § 26 II SGB III genannten Sozialleistungen eine Versicherungspflicht: u.a. bei Bezug von Krankengeld, Verletztengeld oder Übergangsgeld besteht entsprechend eine Versicherungspflicht.

Die wichtigsten Leistungen an Arbeitnehmer, die durch die Bundesagentur für Arbeit erbracht werden, werden im Folgenden kurz genannt.

Zu den klassischen Aufgabenfeldern der Bundesagentur für Arbeit gehört die in §§ 29 ff SGB III genannte Berufsberatung. Die Berufsberatung bietet Auskunft und Rat für Personen, die in Zukunft auf den Arbeitsmarkt gelangen. Berufswahl, Berufswechsel und berufliche Bildung sollen besprochen werden. Im Rahmen der Berufsberatung, § 30 SGB III, kann eine Eignungsfeststellungen nach § 32 SGB III oder eine Berufsorientierung gemäß § 33 SGB III durchgeführt werden.

Die Arbeitsvermittlung nach §§ 35 ff SGB III ist gemäß § 42 I SGB III, wie die Beratung, mit Ausnahmen § 42 II, III SGB III, unentgeltlich. Die Vermittlungstätigkeit ist darauf ausgerichtet



Ausbildungs- und Arbeitssuchende mit Arbeitgebern zur Begründung eines Ausbildungs- bzw. Arbeitsverhältnis zusammenzuführen. Wichtig ist, dass die Norm dem Einzelnen keinen Anspruch auf Schaffung eines Arbeitsplatzes gibt. Sie begründet lediglich ein subjektives Recht darauf, dass die Agentur für Arbeit die Vermittlungstätigkeit aufnimmt. Ausgangspunkt der Vermittlung ist die gemäß § 37 I SGB III stattfindende Potenzialanalyse. Als Ergebnis dieser Potenzialanalyse soll eine Vermittlungsstrategie zwischen den Beteiligten entstehen. Diese soll in der Eingliederungsvereinbarung, § 37 II SGB III, festgehalten werden. In dieser Eingliederungsvereinbarung soll auch die Einbindung des Arbeitssuchenden festgelegt werden. Die Grundsätze der Arbeitsvermittlung sind § 36 SGB III normiert. § 38 SGB III enthält einige Mitwirkungspflichten des Ausbildungs- oder Arbeitssuchenden. Dazu gehören vor allem eine fristgebundene Meldepflicht sowie eine Auskunftspflicht hinsichtlich tatsächlicher Angaben, die die Arbeitsvermittlung betreffen.

Die §§ 45 bis 51 SGB III alte Fassung enthielten Regelung zur Übernahme von Bewerbungs- und Reisekosten, Mobilitätshilfen (Leistungen für Arbeitskleidung und Arbeitsgerät, Fahrtkostenbeihilfen, Umzugskostenbeihilfen) sowie Maßnahmen der Eignungsfeststellung und Trainingsmaßnahmen. Diese sind durch § 44 SGB III, die Förderung aus den Vermittlungsbudget ersetzt worden.

§ 45 SGB III sieht Leistungen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung vor. Dazu gehört die Ausstellung eines Aktivierungs- und Vermittlungsgutscheins, § 45 IV SGB III. Dieser ermöglicht die Inanspruchnahme von externen zugelassenen Dienstleistern mit Leistungsangebot im Bereich der Arbeitsvermittlung und Aktivierung. Unter den Voraussetzungen des § 45 VII SGB III besteht ein Anspruch auf einen Vermittlungs- und Aktivierungsgutschein.

Ein Anspruch auf Berufsausbildungsbeihilfe kann nach § 56 SGB III während der beruflichen Ausbildung oder einer berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahme bestehen. Diesen Bestimmungen kommt erhebliche Bedeutung in der Praxis der Agenturen für Arbeit zu, denn ein Großteil der arbeitslos gemeldeten Personen verfügen nicht über eine abgeschlossene Berufsausbildung. Berufliche Ausbildung oder berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen können auch im Ausland gefördert werden, vergleiche § 58 SGB III.

Bei der Förderung der beruflichen Weiterbildung, § 81 ff SGB III, kann die Teilnahme an Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen durch Übernahme Lehrgangskosten gefördert werden, § 84 SGB III.

Zur Förderung der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit sieht § 93 SGB III einen Gründungszuschuss vor. Ein Anspruch darauf besteht nicht. Der Gründungszuschuss kann nach

billigem Ermessen gewährt werden, wenn der Arbeitnehmer bis zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit einen Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nach dem Sozialgesetzbuch III hat und bei Aufnahme der selbständigen Tätigkeit noch über einen Anspruch auf Arbeitslosengeld von mindestens 150 Tagen verfügt. Darüber hinaus hat er der Agentur für Arbeit die Tragfähigkeit der Existenzgründung nachzuweisen und seine Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung der selbständigen Tätigkeit darzulegen.

Die Bundesagentur für Arbeit ist Rehabilitationsträger im Sinne des Sozialgesetzbuches IX. §§ 112 ff SGB III regeln die Leistungen der Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben. Als Faustregel kann man dabei berücksichtigen, dass behinderten Menschen zunächst alle diejenigen Leistungen ebenfalls zu stehen, die nicht behinderten Menschen zustehen, § 115 SGB III. Nur soweit diese Leistung nicht ausreichend sind, erbringt die Agentur für Arbeit besondere Leistungen nach §§ 118 ff SGB III. Dazu gehören auch das Ausbildungsgeld, § 119 SGB III, das Übergangsgeld, § 122 SGB III, sowie die Übernahme von Teilnahmekosten nach § 127 SGB III.

§ 3 IV SGB III bietet einen Überblick über die existenzsichernden Entgeltersatzleistungen der Bundesagentur für Arbeit: Arbeitslosengeld, Teilarbeitslosengeld, Übergangsgeld, Kurzarbeitergeld und Insolvenzgeld.

Kurzarbeitergeld, §§ 95 ff SGB III, wird gezahlt, wenn in Betrieben oder Betriebsabteilungen die regelmäßige betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit vorübergehend verkürzt wird. Es dient dem Zweck, den Betrieben bereits eingearbeitete Arbeitnehmer zu erhalten, gefährdete Arbeitsplätze zu sichern, sowie den Arbeitnehmern einen Teil des durch die Kurzarbeit bedingten Lohnausfalls zu ersetzen. Ein Rechtsanspruch besteht.

Bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers wird dem Arbeitnehmer ein Insolvenzgeld gezahlt, §§ 165 ff SGB III. Auf Insolvenzgeld besteht ein Rechtsanspruch. Die Leistung soll zu einer sichereren und schnellen Befriedigung der offenen Entgeltansprüche des Arbeitnehmers bei Insolvenz des Arbeitgebers beitragen.

Ein Anspruch auf Arbeitslosengeld steht gemäß § 136 I Nr. 1 SGB III in Verbindung mit § 137 I SGB III Arbeitnehmern zu, wenn sie arbeitslos sind, sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet haben und die Anwartschaftszeit erfüllt haben. Der Anspruch besteht nicht soweit der Arbeitnehmer die Höchstaltersgrenze nach § 136 II SGB III erreicht hat. Arbeitslosengeld wird nur auf Antrag gewährt, § 323 I 1 SGB III. Mit der persönlichen Arbeitslosmeldung, § 141 SGB III, gilt jedoch der Antrag auf Zahlung von Arbeitslosengeld als gestellt, § 323 I 2 SGB III.

Der zentrale Begriff des Arbeitslosengeldanspruchs, die Arbeitslosigkeit, ist in § 138 I SGB III legaldefiniert. Er besteht aus den Elementen der Beschäftigungslosigkeit, der Eigenbemühungen und der Verfügbarkeit. Die Begriffe Eigenbemühungen und Verfügbarkeit werden in § 138 IV und V SGB III konkretisiert. Zu den Eigenbemühungen gehört, dass der Arbeitslose alle Möglichkeiten der beruflichen Eingliederung nutzt. Er muss die Verpflichtungen aus der Eingliederungsvereinbarung wahrnehmen, bei der Vermittlung durch Dritte mitwirken und die Selbstinformationseinrichtungen der Agentur für Arbeit in Anspruch nehmen.

Verfügbar ist, wer eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden umfassende, zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes ausüben kann und darf. Ferner muss der Arbeitssuchende den Vorschlägen der Agentur für Arbeit zeitnah Folge leisten können und bereit sein, jede zumutbare Beschäftigung anzunehmen. Ferner muss er bereit sein, an Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung teilzunehmen. Sonderfälle der Verfügbarkeit sind in § 139 SGB III geregelt. In diesem Zusammenhang ist auch die Erreichbarkeitsanordnung der Bundesagentur für Arbeit von 1997 zu beachten. Nach § 1 I Erreichbarkeitsanordnung<sup>152</sup> hat der Arbeitslose deshalb sicher zu stellen, dass die Agentur für Arbeit ihn persönlich an jedem Werktag an seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt unter der von ihm genannten Anschrift durch Briefpost erreicht. Zur Verfügbarkeit gehört, dass der Arbeitslose bereit ist, jede zumutbare Beschäftigung aufzunehmen und auszuüben. Zu dieser zumutbaren Beschäftigung gehören grundsätzlich alle Beschäftigungen, die er ausführen kann und darf. Nähere inhaltliche Konturen bietet § 140 SGB III. Eine zumutbare Beschäftigung liegt danach nicht vor, wenn die Beschäftigung gegen gesetzliche, tarifliche oder in Betriebsvereinbarungen festgelegte Bestimmungen oder gegen Bestimmungen des Arbeitsschutzes verstößt. Unzumutbar ist eine Beschäftigung auch, wenn das aus der Beschäftigung erzielbare Arbeitsentgelt erheblich niedriger ist, als das der Bemessung des Arbeitslosengeldes zugrunde liegende Entgelt. Ferner ist eine Beschäftigung unzumutbar soweit unverhältnismäßig lange Pendelzeiten zwischen Arbeitsplatz und Wohnung zurückzulegen wären.

Um Arbeitslosengeld zu erhalten muss der Versicherte die gesetzlich vorgeschriebene Anwartschaftszeit erfüllt haben, § 142 SGB III. Innerhalb einer Rahmenfrist von von 2 Jahren, § 143 SGB III, muss der Arbeitslose mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden haben.

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld besteht zeitlich befristet. Die Bezugsdauer richtet sich nach der Dauer des Versicherungspflichtverhältnisses innerhalb der um drei Jahre erweiterten Rahmenfrist, § 147 I Nr. 1 SGB III, und dem Lebensalter, das der Arbeitslose bei der Entstehung des Anspruchs

---

<sup>152</sup>ANBA 1997 S. 1685.

vollendet hat, § 147 II Nr. 2 SGB III. Die Anspruchsdauer im Einzelnen ist in § 147 II SGB III geregelt. In einzelnen Fällen, u.a. bei Eintritt einer Sperrzeit vermindert sich die Anspruchsdauer, § 148 SGB III.

Die Höhe des Arbeitslosengeldes beträgt nach § 149 SGB III 67% (erhöhter Leistungssatz), bei kinderlosen Arbeitslosen 60% (allgemeiner Leistungssatz) des Leistungsentgelts. Beim Leistungsentgelt handelt es sich um ein pauschaliertes Netto - Entgelt. Das bedeutet, dass sich das Leistungsentgelt nicht aus dem tatsächlichen Nettogehalt des Arbeitslosen ableitet. Die unterschiedlichen Abzüge vom Arbeitnehmergehalt werden typisiert berücksichtigt und vom tatsächlichen Bruttogehalt abgezogen. Da das Bruttogehalt über die Versicherungszeit des versicherten Arbeitslosen schwanken kann, wird nicht auf das zuletzt bezogene Bruttogehalt abgestellt, sondern auf ein Durchschnittsbruttogehalt aus einem bestimmten Zeitraum. Dies bedeutet im Einzelnen:

Im ersten Schritt wird das Bemessungsentgelt § 151 SGB III ermittelt. Bei dem Bemessungsentgelt handelt es sich um das im Bemessungszeitraum innerhalb des Bemessungsrahmens erzielte tägliche Bruttoentgelt. Der Bemessungsrahmen beträgt ein Jahr. Er endet mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs, § 150 Abs.1 S.2 SGB III. Die über diesen Zeitraum bezogenen Einkünfte sind zu addieren und schließlich durch 360 Kalendertage zu teilen, § 154 SGB III. Im zweiten Schritt wird das Leistungsentgelt nach § 153 SGB III ermittelt. Dazu werden vom ermittelten Bemessungsentgelt pauschale Abzüge für Sozialversicherung, Steuer und Solidaritätszuschlag gemacht. Auf dieses Ergebnis ist der jeweilige allgemeine oder erhöhte Leistungssatz zu beziehen.

Das Vermögen wird auf das Arbeitslosengeld nicht angerechnet, da es sich um eine Versicherungsleistung handelt, die sich der Versicherte durch seine eigenen Beiträge erwirtschaftet hat.

Nach § 155 SGB III ist Nebeneinkommen aus Erwerbstätigkeit teilweise auf das Arbeitslosengeld anzurechnen.

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld kann ruhen oder erlöschen. Ein Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht während der Zeit, für die dem Arbeitslosen ein Anspruch auf die in § 156 SGB III genannten Sozialleistungen (z.B. Krankengeld, Mutterschaftsgeld, Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung) zu steht. § 157 SGB III sieht ein Ruhen des Anspruchs ebenfalls vor, wenn der Arbeitslose Arbeitsentgelt oder eine Urlaubsabgeltung erhält oder beanspruchen kann. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht, soweit ein Sperrzeitatbestand erfüllt ist, § 159 I 1 SGB III. §

159 I SGB III ordnet das Ruhen des Anspruchs für die Dauer einer Sperrzeit an, soweit versicherungswidriges Verhalten vorliegt. Sieben verschiedene Möglichkeiten versicherungswidrigen Verhaltens werden in § 159 I 2 SGB III genannt: Versicherungswidriges Verhalten besteht danach in einer Arbeitsaufgabe, einer Arbeitsablehnung oder in unzureichenden Eigenbemühungen, sowie der Ablehnung einer beruflichen Eingliederungsmaßnahme oder in einem Abbruch einer beruflichen Eingliederungsmaßnahme sowie bei einem Meldeversäumnis oder verspäteter Arbeitssuchendmeldung. Die Sperrzeit tritt in diesen Fällen durch Gesetz ein, soweit der Arbeitnehmer keinen wichtigen Grund für sein versicherungswidriges Verhalten nachweisen kann. Einer Anordnung des Ruhens durch einen Verwaltungsakt bedarf es nicht.

Von einem wichtigen Grund ist auszugehen, wenn dem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung seiner Interessen mit den Interessen der Versichertengemeinschaft ein anderes Verhalten nicht zugemutet werden kann. Ein wichtiger Grund für die Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses kann z.B. bestehen, wenn der Arbeitgeber eine fristgemäße, sozial gerechtfertigte Kündigung ausspricht und der Arbeitnehmer durch sein Verhalten keinen Anlass für die Kündigung gegeben hat. Auch der Umstand, dass der Arbeitnehmer von einem unbefristeten in ein befristetes Arbeitsverhältnis gewechselt ist, steht einem wichtigen Grund nicht ausnahmslos entgegen. Soweit objektiv eine konkrete Aussicht besteht, dass das neue befristete Beschäftigungsverhältnis sich in ein Dauerhaftes umwandeln würde, liegt ein wichtiger Grund für die Aufgabe der unbefristeten Beschäftigung vor.<sup>153</sup> Ferner liegt kein wichtiger Grund vor, wenn ein Beschäftigungsverhältnis infolge eines Ortswechsel zur Aufrechterhaltung einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft aufgegeben wird. Die Rechtsprechung ist sehr vielfältig und am Einzelfall orientiert. Zwar muss der wichtige Grund objektiv gegeben sein und nicht nur in der Vorstellung des Arbeitnehmers. Jedoch ist das Prinzip der Zumutbarkeit hier zielführend. Der wichtige Grund ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der als solcher auszulegen ist. Eine Sperrzeit greift grundsätzlich in die Berufsfreiheit Art. 12 GG und Eigentumsgarantie, Art. 14 GG, ein. Der Eingriff in die Berufsfreiheit Art. 12 Grundgesetz ergibt sich daraus, dass es dem Versicherten gem. Art. 12 Grundgesetz grundsätzlich möglich ist, seinen Beruf frei zu wählen. Für das Ergreifen eines anderen Berufes keine Sanktionen hinnehmen zu müssen, ist Inhalt des Schutzbereichs des Grundrechts. Der Eingriff in die Eigentumsgarantie, Art. 14 I Grundgesetz, ergibt sich daraus, dass die Anwartschaft auf einen Anspruch auf Arbeitslosengeld aufgrund der eigenen Beiträge des Versicherten dem verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz unterliegt. Sperrzeitgrund und Sperrzeitfolgen müssen deshalb dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Allerdings verlangt § 159 SGB III keinen wichtigen Grund mit Verfassungsrang. Weitere Grundrechte, die hier auch betroffen sein können, sind der Schutz von Ehe und Familie in Art. 6 I GG, sowie die Bekenntnisfreiheit aus Art. 4 I 2 GG.

---

<sup>153</sup>BSG vom 26. 10. 2004 - B 7 AL 98/03 R.

Die Dauer der Sperrzeit ergibt sich aus § 159 III bis VI SGB III.

Weitere Sperrzeittatbestände finden sich in §§ 158 und 160 SGB III. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht also auch bei einer Entlassungsentschädigung, § 158 SGB III oder ähnlichen Leistungen, sowie bei Arbeitskämpfen, § 160 SGB III.

Soweit der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht, mindert er sich nach § 148 SGB III. Die Minderung bezieht sich auf die Dauer des Anspruchszeitraums. D.h. die Zeitdauer, die der Anspruch ruht, wird nach den näheren quantitativen Vorgaben des § 148 SGB III von der Gesamtdauer des Anspruchs abgezogen. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld erlischt mit der Entstehung eines neuen Anspruchs oder wenn der Arbeitslose nach der Entstehung eines Anspruchs Anlass für den Eintritt einer Sperrzeit mit einer Dauer von insgesamt mindestens 21 Wochen gegeben hat, § 161 I SGB III. Der Anspruch erlischt auch, wenn er für den Zeitpunkt seiner Dauer erfüllt wurde.

## **A. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld §§ 136 I Nr. 1, 137 SGB III**

### **1. Versicherte: („Arbeitnehmer“)**

Personen, die im Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung und während der Zeit der sich anschließenden Arbeitslosigkeit beabsichtigen, eine Beschäftigung aufzunehmen

### **2. Versicherungsfall:**

#### **2.1. Arbeitslosigkeit § 137 I Nr.1 SGB III**

2.1.1. arbeitslos § 137 I Nr. 1 I, 138, 140 SGB III

2.1.2. Arbeitslosmeldung bei der AgfA § 137 I Nr. 2, § 141, § 323 I 2 SGB III

2.1.3. Erfüllung der Anwartschaftszeit § 137 I Nr. 3, § 142, §143, § 24ff SGB III

2.1.3.1. Zeiten einer Beschäftigung § 142 Abs. 1 S. 1 SGB III

2.1.3.2. Beschäftigungsverhältnis § 25 SGB III § 7 SGB IV

2.1.3.3. weitere Zeiten § 26 SGB II

2.1.4. keine Erreichung des Alters für Regelaltersrente § 136 II SGB III

#### **2.2. Rechtsfolge:**

Anspruch auf Arbeitslosengeld dem Grunde nach

### **3. Versicherungsleistung Arbeitslosengeld**

#### **3.1. Dauer des Anspruchs:**

§ 147 I SGB III gestaffelt nach Lebensalter und Versicherungszeit

§ 147 II SGB III (nur „Altfälle“)

Verlängerung § 147 IV SGB III

Verkürzung § 148 SGB III z.B. wegen einer Sperrzeit

#### **3.2. Höhe des Anspruchs: § 149 SGB III**

1. Ermittlung des Bemessungsentgelts

§§ 151,152 SGB III

2. Ermittlung des Leistungsentgelts § 153 SGB III

3. Ermittlung des Leistungssatzes § 149 Nr. 1 und 2 SGB III

#### **3.3. Berechnung § 154 SGB III**

für Kalendertage, Kalendermonat 30 Tage

## **B. Einwendungen gegen den Arbeitslosengeld – Anspruch**

### **1. Anrechnung und Ruhen**

Zusammentreffen von Alg I mit sonstigem Einkommen (auch andere Sozialleistungen z.B. Krankengeld):

Anrechnungs- und Ruhensregelung in § 155 ff SGB III !

Bspw.: Ruhen bei versicherungswidrigem Verhalten

§ 159 SGB III

#### **1.1. Versicherungswidriges Verhalten § 159 I 1 SGB III**

7 Fallgruppen: § 159 I 2 Nrn 1-7 SGB III

#### **1.2. ohne wichtigen Grund: § 159 I 1 SGB III**

oftmals Grundrechte des Betroffenen wie:

Gesundheit, Religionsfreiheit, Familie und Ehe etc.

### **2. Folgen der Sperrzeit**

Ruhen des Anspruchs: kein Bezug von Alg

Minderung der Anspruchsdauer entspr. § 148 SGB III

Verlust des Anspruchs auf Alg bei mehreren Sperrzeiten von insges. 21 Wochen § 161 I Nr. 2 SGB III

## Wiederholungsfragen

- Wo ist die Einweisungsvorschrift und das soziale Recht für die Leistungen der Arbeitsförderung nach dem SGB III geregelt?
- Welche Rechtsansprüche finden Sie im SGB III?
- Sieht das Recht der Bundesagentur für Arbeit Leistungen für Menschen mit Behinderungen vor?
- Welches sind die Lohnersatzleistungen des Sozialgesetzbuch III?
- Wo sind die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit geregelt?
- Was versteht man unter einer Anwartschaftszeit des Anspruchs auf Arbeitslosengeld I und wann ist sie erfüllt?
- Wie wird die Höhe des Arbeitslosengeldes ermittelt?
- Was ist eine Sperrzeit? Welche Folgen hat eine Sperrzeit für den Anspruch auf Arbeitslosengeld ? Gibt es auch für das Grundsicherungsrecht Folgen ?
- Wann liegt ein wichtiger Grund für ein versicherungswidriges Verhalten nach § 159 SGB III vor?
- Wird der Eintritt einer Sperrzeit durch Verwaltungsakt geregelt?
- Welche Folgen hat das Ruhen des Anspruchs für den Anspruch auf Arbeitslosengeld I?
- Wann erlischt der Anspruch auf Arbeitslosengeld I ?



## 4. Gesetzliche Rentenversicherung

### Orientierungsfragen

- Bietet die gesetzliche Rentenversicherung andere Leistungen als Renten ?
- Welche Zeiten sind für den Erwerb einer Rentenanwartschaft von Bedeutung ?

Die Gesetzliche Rentenversicherung ist im SGB VI kodifiziert. Die dort versicherten Risiken der Invalidität, des Alters und des Todes werden von speziellen Sicherungssystemen des Beamtenrechts, der berufsständischen Versorgung, der betrieblichen Altersversorgung und der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes flankiert. Die Finanzierung der Renten erfolgt im Umlageverfahren, das umgangssprachlich auch als Generationenvertrag bezeichnet wird. Es funktioniert damit anders als das Kapitaldeckungsverfahren, das ohne Kapitalansammlung und -ansparung nicht auskommt.

Die Verwaltung der gesetzlichen Rentenversicherung war von jeher zweigeteilt. Es gibt die Deutsche Rentenversicherung Bund, die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft- Bahn- See und die Regionalträger.

Für die Beiträge zur Rentenversicherung gilt, dass von Arbeitgebern und Versicherten jeweils die Hälfte des Beitrages bezahlt wird. Versicherungspflichtig kraft Gesetzes sind die in §§ 1 bis 3 SGB VI genannten Personengruppen, darunter zunächst wieder die Beschäftigten gemäß § 7 I SGB VI. Neben den Leistungen zur Teilhabe für behinderte Menschen, den sogenannten Rehabilitationsleistungen, §§ 9 bis 32 SGB VI, erbringt die gesetzliche Rentenversicherung Rentenleistungen.

Im Rahmen der Leistungen zur Teilhabe gibt es Leistungen zur materiellen Existenzsicherung begleitend zu den Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation, Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben oder sonstigen Leistungen. Die Leistung wird als Übergangsgeld, § 20 SGB VI, bezeichnet. Die Rechtsgrundlagen zur Berechnung finden sich gem. § 21 I SGB VI im SGB IX. Das SGB IX fasst alle Regelungen, die Leistungen Menschen mit Behinderungen betreffen, zusammen.

Hinsichtlich der Renten unterscheidet man drei Rentenarten. Dies sind

- Renten wegen Alters
- Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit und
- Renten wegen Todes.

Renten wegen Alters sind: Regelaltersrente § 35 SGB VI, Altersrente für langjährig Versicherte § 36 SGB VI, Altersrente für schwerbehinderte Menschen § 37 SGB VI, Altersrente für langjährig unter Tage beschäftigte Bergleute § 40 SGB VI, Altersrente wegen Arbeitslosigkeit oder nach Altersteilzeitarbeit § 237 SGB VI und die Altersrente für Frauen § 237a SGB VI.

Die Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit heißen: Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung, § 43 I SGB VI, Rente wegen voller Erwerbsminderung, § 43 II SGB VI, Rente für Bergleute, § 45 SGB VI.

Die Renten wegen Todes stehen in der Regel den Hinterbliebenen eines Versicherten zu. Dazu gehören: Kleine Witwen- oder Witwerrente, § 46 I SGB VI, Große Witwen – oder Witwerrente, § 46 II SGB VI, und Waisenrente, § 48 SGB VI. Der Bezieher von Erziehungsrente, § 47 SGB VI ist hingegen selbst versichert. Der Verstorbene muss hingegen nicht versichert gewesen sein.

Auf diese Renten besteht ein Anspruch, wenn die für die jeweilige Rente erforderliche Mindestversicherungszeit, die sogenannte Wartezeit, erfüllt ist und die jeweiligen besonderen versicherungsrechtlichen und persönlichen Voraussetzungen der jeweiligen Rentenart vorliegen, § 34 I SGB VI. Ferner werden die Renten nur auf Antrag erbracht, § 19, 1 SGB IV, § 115 I SGB VI.

Welche Zeiten bei der Berechnung der Wartezeiten zu berücksichtigen sind und als solche die Leistungsansprüche der gesetzlichen Rentenversicherung als sogenannte rentenrechtliche Zeiten beeinflussen können, regeln die §§ 54 bis 62 SGB VI. Dazu gehören Beitragszeiten, beitragsfreie Zeiten und Berücksichtigungszeiten, § 54 SGB VI. Die Höhe der Rente wird durch die Rentenformel, § 64 SGB VI, bestimmt. Eine Anpassung der Renten erfolgt zum 1. Juli eines jeden Jahres, § 65 SGB VI.

#### Wiederholungsfragen

- Was bedeutet Arbeitsunfähigkeit? Wie unterscheidet sich Arbeitsunfähigkeit von der Erwerbsunfähigkeit und von einer Minderung der Erwerbsfähigkeit?
- Erläutern Sie das Kapitaldeckungsverfahren der gesetzlichen Rentenversicherung im Gegensatz zum Umlageverfahren.
- Welche Rentenversicherungsträger kennen Sie?
- Welche Rentenarten unterscheidet die gesetzliche Rentenversicherung?
- Welche Versicherungsfälle deckt die gesetzliche Rentenversicherung?
- Was versteht man in der gesetzlichen Rentenversicherung unter Wartezeit ?

## 5. Gesetzliche Unfallversicherung

### Orientierungsfragen

- Welche Versicherungsfälle gibt es in der Unfallversicherung ?
- Welche ursächlichen Verknüpfungen muss ein Arbeitsunfall aufweisen ?
- Welche Sozialleistungen hält die Unfallversicherung bereit ?
- Wie wirken sich die Leistungen auf die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche aus ?

Die Unfallversicherung ist ein Zweig der Sozialversicherung. Ihre Einzelheiten sind im siebten Buch des Sozialgesetzbuches geregelt. Die allgemeinen Vorschriften finden sich in §§ 4 und 22 SGB I.

Die Ziele der Unfallversicherung werden in § 1 SGB VII genannt. Danach sollen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten verhütet werden. Treten sie dennoch ein, sollen durch die Leistungen der Unfallversicherung Gesundheit und Leistungsfähigkeit des Versicherten wiederhergestellt werden oder ein Versicherter bzw. seine Hinterbliebenen sind zu entschädigen. Kerngedanke der Unfallversicherung ist das Versicherungsprinzip. Beschäftigte werden gegen Unfälle versichert. Zugleich ist die Unfallversicherung auch eine Art Haftpflichtversicherung für die Unternehmer, die deren zivilrechtliche Haftung in vielen Fällen ablöst. Alleiniger Beitragszahler für die Unfallversicherung ist der Unternehmer, § 150 I SGB VII. Pflichtversichert kraft Gesetzes ist der Beschäftigte, § 23 Nr. 1 SGB VII. Der Begriff „Unternehmer“ wird hier synonym mit dem Begriff des Arbeitgebers verwendet. Träger der Unfallversicherung sind die Berufsgenossenschaften. Sie sind branchenspezifisch organisiert. Dabei ist es für das Bestehen eines Versicherungspflichtverhältnisses unerheblich, ob der Unternehmer seiner Beitragspflicht ordnungsgemäß nachgekommen ist. Weitere Einzelheiten der Versicherungspflicht sind in § 2 SGB VII geregelt, sowie in den §§ 3 bis 6 SGB VII.

Die Versicherungsfälle der Gesetzlichen Unfallversicherung folgen dem Kausalprinzip. Damit wird kein Versicherungsschutz gegen allgemeine Risiken geschaffen, sondern nur gegen Risiken, die auf bestimmten Ursachen beruhen. Die Gesetzliche Unfallversicherung kennt zwei Arten von Versicherungsfällen. Dies ist einerseits der Arbeitsunfall § 8 I SGB VII und andererseits die Berufskrankheit nach § 9 I SGB VII.

Der Arbeitsunfall ist in § 8 I SGB VII definiert. Den Arbeitsunfall kann man danach als Unfall eines Versicherten infolge einer versicherten Tätigkeit verstehen. Das Gesetz definiert den Begriff des

Unfalls als ein von außen auf den Körper wirkendes Ereignis. Dieses Ereignis muss zeitlich begrenzt sein, um es von einer Berufskrankheit zu unterscheiden.

Der Unfall muss „*infolge*“ einer versicherten Tätigkeit eintreten. Der Unfall seinerseits muss zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod *führen*. Zwischen versicherter Tätigkeit und dem Verhalten, das zum Unfall führt, dem Unfallereignis und den Gesundheitsschäden des Arbeitnehmers müssen Zusammenhänge bestehen.

Der Zusammenhang zwischen versicherter Tätigkeit und dem Verhalten, das zum Unfall führt ist eine Frage der rechtlichen Wertung. Das bedeutet, dass man die konkrete Tätigkeit im Wege der Subsumtion der versicherten Tätigkeit zuordnen muss. Dies bezeichnet man auch als normativen Zurechnungszusammenhang. Zwischen dem Verhalten des Arbeitnehmers und dem Unfallereignis sowie zwischen dem Unfallereignis und dem Gesundheitsschaden bestehen ursächliche (kausale) Zusammenhänge. Der Kausalzusammenhang zwischen Verhalten des Arbeitnehmers und dem Unfallereignis bezeichnet man als haftungsbegründende Kausalität. Den Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und dem Gesundheitsschaden bezeichnet man als haftungsausfüllende Kausalität. Ob eine solche Kausalität vorliegt, bestimmt sich nach der Lehre von der rechtlich wesentlichen Bedingung. Wie beim Zurechnungszusammenhang ist auch bei der Bestimmung eines Kausalzusammenhanges eine wertende Betrachtung notwendig. Grundlage dieser Wertung muss der Schutzzweck der Unfallversicherung sein.<sup>154</sup> Dafür ist zu überprüfen inwieweit sich der Zweck der Unfallversicherung, nämlich das Risiko der Unternehmerhaftpflicht, in dem konkreten Unfallgeschehen verwirklicht hat.

Entschädigt bzw. versorgt werden lediglich Gesundheitsschäden oder der Tod des Versicherten.

§ 8 II SGB VII zählt Tätigkeiten auf, die ebenfalls dem Versicherungsschutz unterliegen sollen, obwohl sie nicht im Zeitraum der eigentlich versicherten Tätigkeit liegen. Dazu gehören Wegeunfälle und Arbeitsgeräteunfälle.

---

<sup>154</sup> Muckel/ Ogorek, Sozialrecht, § 10 Rz. 41.

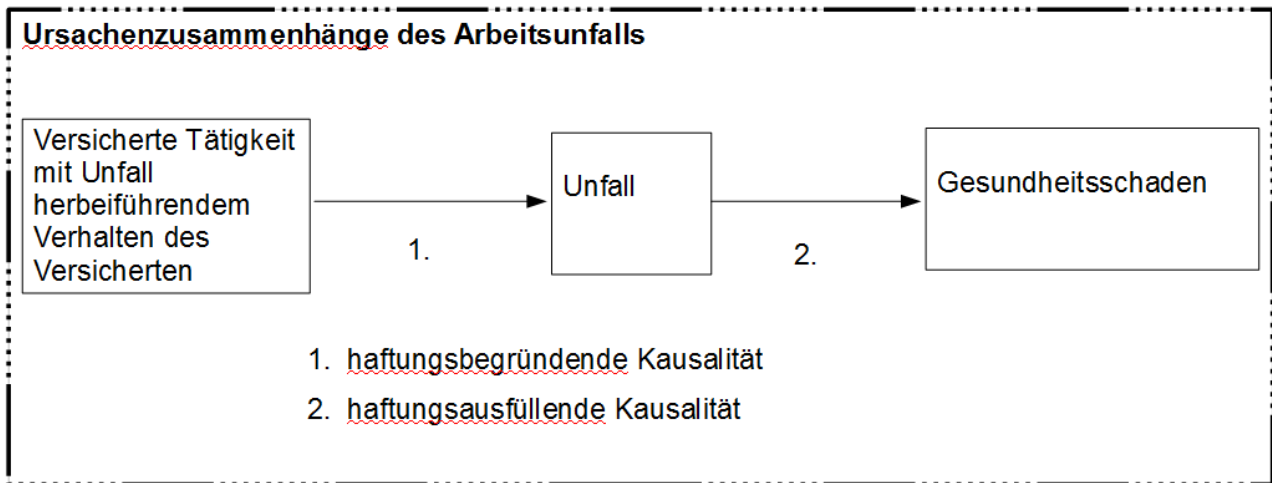


Abb. 9

Der zweite Versicherungsfall ist die Berufskrankheit, § 7 I SGB VII. Darunter fallen vor allen Dingen diejenigen Erkrankungen, die durch die Berufskrankheiten-Verordnung als solche bezeichnet werden und unter denen der Versicherte infolge der versicherten Tätigkeit leidet.

Die Unfallversicherung kennt eine grobe Einteilung in zwei Leistungsarten. Dies sind nach §§ 26 bis 44 SGB VII die Leistungen zur Wiederherstellung der Gesundheit und zur Wiedereingliederung des Versicherten, sowie mit diesen Zielen in Zusammenhang stehende Leistungen. Weitere Leistungen regeln §§ 56 ff SGB VII. Dazu gehören Entschädigungsleistungen wie Renten, Beihilfen und Abfindungen. Die Leistungen zur Wiederherstellung der Gesundheit und Wiedereingliederung haben Vorrang vor den Leistungen nach §§ 56 ff SGB VII, vgl. § 26 III SGB VII. Leistungen zur Wiederherstellung der Gesundheit sind insbesondere Heilbehandlung, § 27 SGB VII und Pflegeleistungen, § 44 SGB VII.

Der Unfallversicherungsträger ist Rehabilitationsträger nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 SGB IX. Die Rehabilitationsleistungen sind in § 26 Abs. 1 S. 1 SGB VII aufgeführt und umfassen medizinische Leistungen zur Rehabilitation §27 ff SGB VII, Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, § 35 SGB VII, Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft, sowie ergänzende Leistungen, § 39 SGB VII.

Existenzsichernde Leistungen im Sinne von Leistungen, die den Lebensunterhalt sichern sollen, sind das Verletztengeld, das Übergangsgeld, sowie Renten. Das Verletztengeld wird gemäß § 45 SGB VII erbracht, sofern der Versicherte infolge eines Versicherungsfalles eine Erwerbstätigkeit nicht mehr ausüben kann und unmittelbar vorher ein Anspruch auf Arbeitsentgelt oder

Entgeltersatzleistungen im Sinne des § 45 I Nr. 2 SGB VII bestand. Anknüpfungspunkt ist das regelmäßige Arbeitseinkommen bis zu einer an den Höchstjahresarbeitsverdienst gekoppelten Höchstgrenze. Das Übergangsgeld gemäß § 49 SGB VII wird gezahlt, wenn der Versicherte Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben erhält. Renten sind in § 56 SGB VII geregelt. Diese Regelung beinhaltet auch die Grundvoraussetzung sowie die Berechnungsgrundlagen für die Gewährung einer Rente an einen Versicherten. §§ 63 ff SGB VII regeln Leistungen an Hinterbliebene. Dies sind nach § 63 Abs. 1 S. 1 SGB VII: Sterbegeld, § 64 SGB VII, Erstattung der Kosten der Überführung an den Ort der Bestattung, § 64 SGB VII, Hinterbliebenenrenten, § 65 – 70 SGB VII, und Beihilfen, § 71 SGB VII.

Im Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung ist insbesondere zu beachten, dass sich Haftungsfreistellungen in §§ 104 ff SGB VII finden. Diese Freistellungen betreffen zum einen die Haftung des Unternehmers gegenüber dem Versicherten und zum anderen die Haftung von Personen, die im Betrieb zusammen mit dem Versicherten tätig sind.

#### Wiederholungsfragen

- Nennen Sie die Versicherungsfälle der gesetzlichen Unfallversicherung. Geben Sie Beispiele.
- Was versteht man unter haftungsbegründender und unter haftungsausfüllender Kausalität?
- Welche existenzsichernden Leistungen bietet die gesetzliche Unfallversicherung?

## Kapitel 5 Leistungen der Fürsorge - Eine Auswahl

### 1. BAföG

#### Orientierungsfragen

- Wann wird Ausbildungsförderung nach dem BAföG gewährt ?

Das Bundesausbildungsförderungsgesetz regelt allein auf die Hilfen während der Ausbildung an Schulen und Hochschulen. Die Ausbildungsförderung nach dem BAföG wird nur für den Besuch bestimmter Ausbildungsstätten gewährt. In aller Regel wird auch nur eine Ausbildung im Inland gefördert, § 4 BAföG. Einen Anspruch auf Ausbildungsförderung haben grundsätzlich Deutsche im Sinne des Art. 116 Grundgesetz. Ausländer sind nur unter den Voraussetzungen des § 8 BAföG förderungswürdig. Persönlich förderungsfähig ist zudem nur, wer bei Beginn der Ausbildung das 30. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Die Ausbildungsförderung dient der Deckung des Lebensbedarfes und des Ausbildungsbedarfs des Auszubildenden, § 11 I BAföG. Der Bedarf ergibt sich aus festen Beträgen, § 12 BAföG. Dazu kommen auch Zuschussbeträge für die gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung, § 13 BAföG. Die Leistung zur Ausbildungsförderung entspricht dem um das anzurechnende Einkommen bzw. Vermögen gekürzten Bedarf. In der Regel werden die Leistungen als Zuschüsse bezahlt. Insbesondere beim Besuch von höheren Fachschulen Akademien und Hochschulen wird der Förderungsbetrag zur Hälfte als Zuschuss und zur Hälfte als Darlehen geleistet, § 17 BAföG. Die Leistung wird für die gesamte Dauer der Ausbildung bezahlt. Eine Förderungshöchstdauer jedoch festgelegt. Bei Fachhochschulstudiengängen beträgt diese sieben bis acht Semester, § 15 a I BAföG. Zuständig sind Ämter für Ausbildung, die von den Ländern in den Kreisen bzw. kreisfreien Städten, sowie über Hochschulen bzw. bei den Studentenwerken eingerichtet werden, § 40 BAföG. Die Verwaltung bzw. Rückführung der Darlehensbeträge wird vom Bundesverwaltungsamt wahrgenommen, § 39 II BAföG. Ein schriftlicher Antrag ist zu stellen, § 46 I 1 BAföG. Die Streitigkeiten aufgrund des BAföG werden auf dem Verwaltungsrechtsweg entschieden, § 54 I BAföG.

#### Wiederholungsfragen

- Was versteht man unter einer dem Grunde nach BAföG - förderungsfähigen Ausbildung? In welchem Rechtsgebiet spielt diese Formulierung eine Rolle?

## 2. Wohngeld

### Orientierungsfragen

- Welche Leistungen gibt es nach dem Wohngeldgesetz ?

Das Wohngeldgesetz kennt zwei Formen der wirtschaftlichen Sicherung des angemessenen und familiengerechten Wohnens. Als Mietzuschuss kann Wohngeld Mietern von Wohnraum geleistet werden, § 3 II Wohngeldgesetz. Eigentümer eines Eigenheims, einer Eigentumswohnung können einen Lastenzuschuss erhalten, § 3 III und IV Wohngeldgesetz. Durch das Wohngeldgesetz wird § 7 SGB I, das soziale Recht auf einen Zuschuss für eine angemessene Wohnung, realisiert. Der Anspruch auf Wohngeld hängt von der Größe des Haushaltes, von Gesamteinkommen und Höhe der Miete oder der Belastung ab, § 2 I Wohngeldgesetz. Die angemessene Größe des Haushalts bestimmt sich nach der Zahl der Familienmitglieder, § 4 Wohngeldgesetz.

Die Leistungen nach dem Wohngeldgesetz wurden ab dem 01.01.2016 verbessert.<sup>155</sup> Das Wohngeld wurde an die Mieten- Einkommensentwicklung seit der letzten Wohngelderhöhung im Jahr 2009 angepasst. Die Wohngeldreform enthält eine Übergangsregelung für alle bis nach 2016 reichenden Wohngeldbewilligungen. Mit dieser Übergangsregelung wird sichergestellt, dass die Leistungsverbesserung auch diesen Wohngeldhaushalten bereits ab dem 01.01.2016 zugutekommt. Zur Umsetzung der Übergangsregelung wird am Jahresbeginn 2016 das Wohngeld neu berechnet und ein neuer Wohngeldbescheid erlassen. Ein neuer Antrag muss nicht gestellt werden. Die Nachzahlung soll automatisch erfolgen. Durch die Reform werden auch die Miethöchstbeträge, bis zu denen die Miete bzw. die finanzielle Belastung für Eigentümerinnen und Eigentümer bezuschusst wird, angehoben. Die Anhebung der Miethöchstbeträge erfolgt in Abhängigkeit von der Mietenentwicklung bundesweit regional gestaffelt. Auch die Mietenstufen wurden neu festgelegt.

### Wiederholungsfragen

- Welche Leistungen können aufgrund des Wohngeldgesetzes in Anspruch genommen werden?

---

<sup>155</sup> Gesetz zur Reform des Wohngeldrechts und zur Änderung des Wohnraumförderungsgesetzes vom 2. Oktober 2015 (BGBl. I S. 1610).



### 3. Grundsicherung für Arbeitsuchende

#### Orientierungsfragen

- Wer ist Leistungsträger der Grundsicherung für Arbeitsuchende ?
- Welche Voraussetzungen muss eine erwerbsfähige und leistungsberechtigte Person erfüllen ?
- Wie wird der Anspruch auf Arbeitslosengeld II und Sozialgeld errechnet ?
- Wann darf der Anspruch auf Arbeitslosengeld II gekürzt werden ?
- Welche Leistungen zur Eingliederung in Arbeit sind nach dem SGB II vorgesehen ?
- Was ist eine Eingliederungsvereinbarung ?

Die Grundsicherung für Arbeitsuchende, das Resultat der Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe, findet sich seit 2005 im SGB II. Die Grundsicherung für Arbeitsuchende hat den Anwendungsbereich der Hilfe zum Lebensunterhalt des ehemaligen BSHG begrenzt und die Arbeitslosenhilfe als Sozialleistung abgelöst. An ihre Stelle sind die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II getreten, die als Arbeitslosengeld II, Sozialgeld und Leistungen für Bildung und Teilhabe bezeichnet werden. Als neuer Kern der Leistungen der Grundsicherungen für Arbeitssuchende sind die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit anzusehen.<sup>156</sup> In §§ 14 – 18e SGB II wurden die ehemalige Hilfe zur Arbeit des Bundessozialhilfegesetzes und die Instrumente der Bundesagentur für Arbeit mit verschiedenen ergänzenden Leistungen zusammengeführt. Die Einweisungsvorschrift zur Grundsicherung für Arbeitsuchende ist § 19a I SGB I. Die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes sollen gegenüber den Leistungen zur Eingliederung in Arbeit subsidiär erbracht werden, § 3 III SGB II.

#### 3.1. Leistungsträger

Die Zusammenführung zweier Sozialleistungsbereiche in vormals verschiedener Trägerschaft hat seine Spuren im Zuständigkeitsrecht und im Hinblick auf die Trägerstruktur hinterlassen. Die Träger sind in ihren möglichen Varianten in § 6 I SGB II aufgezählt. Dies ist die Bundesagentur für Arbeit für den Teil der Leistungen, die ihren Ursprung im SGB III haben, sowie für die Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes. Für die restlichen Aufgaben sind die kreisfreien Städte oder Landkreise zuständig. Auch besteht nach dem Vorbild der Sozialhilfe die Möglichkeit einer Heranziehung, § 6 II SGB II. Die Aufgaben können nach § 6a SGB II auch alle

---

<sup>156</sup>Waltermann, Sozialrecht, § 14 Rz. 453d.

einem kommunalen Träger, den sog. Optionskommunen, zugeordnet werden, wenn sie zu dieser Aufgabe vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales zugelassen werden.

Zur organisatorischen Bewältigung dieser aufgeteilten Trägerschaft, wurde die „gemeinsame Einrichtung“ geschaffen, § 44b SGB II. Durch die Änderung des Art. 91e GG<sup>157</sup> wurde die in den Vorgängern der gemeinsamen Einrichtungen, den Arbeitsgemeinschaften, vorgesehene gemeinsame Verwaltung von Kommunen und Bundesagentur für Arbeit legalisiert. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II in seiner Entscheidung vom 20.12.2007 als verfassungswidrig eingestuft.<sup>158</sup> Nach § 6d SGB II führen sowohl die gemeinsamen Einrichtungen als auch die zugelassenen kommunalen Träger die Bezeichnung „Jobcenter“. Trotz der Unterscheidung der Leistungen in kommunale Aufgaben und Aufgaben der Bundesagentur wird damit eine einheitliche Durchführung der Leistungen des SGB II angestrebt um dem Leistungsberechtigten ein einheitlicher Ansprechpartner zu bieten.<sup>159</sup> Diese wünschenswerte Klarheit wird allerdings verfassungsrechtlich teuer erkaufte. Gerade aufgrund der Verfassungsänderung vom Juli 2010 wird im neuen Art. 91e GG die unklare Verantwortungsstruktur der politischen Ebenen von Bund und Land bzw. Kommune verfassungsrechtlich fortgeschrieben und legitimiert.

Die Grundlagen der Leistungen zur Eingliederung in Arbeit sind in §§ 14f SGB II geregelt. Die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit sind in §§ 16 – 16h SGB II geregelt.

### **3.2. Der leistungsberechtigte Personenkreis**

Anknüpfungspunkt für die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit ist der Begriff des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten, der in § 7 I SGB II definiert ist. Dies gilt ebenfalls für die Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB II.

Leistungsberechtigt sind danach Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Regelaltersgrenze für die Altersrente des § 7 a SGB II noch nicht erreicht haben. Ferner müssen die Personen erwerbsfähig und hilfebedürftig sein, sowie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Gemäß § 8 SGB II ist erwerbsfähig, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außer Stande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein. Dieser Begriff ist dem Rentenversicherungsrecht, § 43 II SGB VI, entlehnt. Die dort geltenden Grundsätze

<sup>157</sup>Vgl. Deutscher Bundestag Drucksache 17/1554 vom 04. 05. 2010. Gesetz vom 21. Juli 2010 BGBl. I S. 944.

<sup>158</sup>BverfG 20.12.2007 - BvR 2433/04 und 2 BvR 2434/04.

<sup>159</sup>Waltermann, Sozialrecht, § 14 Rz. 453b.

sind hinsichtlich der gesundheitlichen Anforderungen, der üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes und der Verslossenheit des Arbeitsmarktes auch in diesem Rahmen von Bedeutung. Das Merkmal „auf absehbare Zeit“ bedeutet auch hier „wenigstens sechs Monate“. Bei einem Streit über die Erwerbsfähigkeit wird eine vorläufige Leistungspflicht der Bundesagentur für Arbeit und des kommunales Trägers gemäß § 44a I 7 SGB II angeordnet. Unter den Voraussetzungen des § 41a SGB II sind vorläufige Entscheidungen über die Leistungen möglich.

Der weitaus komplexeste Begriff des SGB II ist der Begriff der Hilfebedürftigkeit gemäß § 9 SGB II. Wer seinen Lebensunterhalt, seine Eingliederung in Arbeit und den Lebensunterhalt der mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen nicht oder nicht ausreichend aus eigenem Einkommen und Vermögen sichern kann, ist hilfebedürftig. Das zu berücksichtigende Einkommen, § 11 SGB II, und Vermögen, § 12 SGB II, sowie die Sicherung des Lebensunterhaltes durch Leistungen von Angehörigen oder durch andere Sozialleistungen, oder die Aufnahme einer zumutbaren Arbeit soweit dabei Einkünfte erzielt werden, sowie Sozialleistungen, die im Zeitpunkt des Bedarfs als Einkommen tatsächlich vorhanden sind, schließen Hilfebedürftigkeit aus. Dabei ist zu beachten, dass diese Aufzählung nicht abschließend ist.

Die Personen der Bedarfsgemeinschaft sind in § 7 III SGB II abschließend legaldefiniert. Dazu gehören:

- der erwerbsfähige Leistungsberechtigte selbst
- die im Haushalt lebenden Eltern oder der Elternteil eines unverheirateten erwerbsfähigen Kindes, das noch nicht 25 Jahre alt ist
- der im Haushalt lebende Partner eines Elternteils des unverheirateten erwerbsfähigen Kindes, das das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet hat
- der Partner des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten, wobei als Partner der nicht dauernd getrennt lebende Ehegatte oder Lebenspartner gilt.

Als Partner gilt auch eine Person, die mit dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einem gemeinsamen Haushalt zusammen lebt und ein wechselseitiger Willen für einander Verantwortung zu tragen und füreinander einzustehen anzunehmen ist. Das Vorliegen eines solchen wechselseitigen Willens wird bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 IIIa SGB II widerleglich vermutet.

Ferner gehören die unverheirateten Kinder der eben genannten Personen zur Bedarfsgemeinschaft, wenn sie dem Haushalt angehören und nicht das fünfundzwanzigste Lebensjahr vollendet haben, sowie ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenem Einkommen und Vermögen beschaffen können.

### **3.3. Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes**

Im Jahr 2005 wurde das soziale Sicherungssystem der Gewährung eines soziokulturellen Existenzminimums neu strukturiert. Bildete früher allein die Hilfe zum Lebensunterhalt der Sozialhilfe aus dem BSHG, jetzt Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII, das soziokulturelle Existenzminimum ab und war alleinige Auffangleistung, verfügen wir nach dem neuen Recht um ein dreistufiges Sicherungssystem des soziokulturellen Existenzminimums.

Der Lebensunterhalt in der Form des Existenzminimums wird durch das Arbeitslosengeld II und das Sozialgeld gesichert. Beide Leistungen sind im Sozialgesetzbuch II geregelt. Liegen deren Voraussetzungen nicht vor, handelt es sich also nicht um einen erwerbsfähigen arbeitssuchenden Menschen und dessen Angehörige, ist zu prüfen, ob ein Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung gemäß §§ 41 bis 46 SGB XII besteht. Liegt keine Erwerbsminderung vor und ist die Regelaltersgrenze für die gesetzliche Rentenversicherung nicht erreicht, findet die Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII, § 19 I in Verbindung mit 27 ff SGB XII, Anwendung.

Für alle drei Systeme gilt, dass sie eine subsidiäre Basissicherung darstellen, also gegenüber den übrigen Sozialleistungen, die den Lebensunterhalt sichern, nachrangig sind. Als Regel kann man sich merken, dass alle Entgeltersatzleistungen aus der Sozialversicherung und der sozialen Versorgung dem Arbeitslosengeld II und Sozialgeld, sowie den Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII vorgehen.

### **3.4. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld II**

Die erwerbsfähigen Leistungsberechtigten haben Anspruch auf Arbeitslosengeld II, § 19 I 1 SGB II. Neben dem Arbeitslosengeld II, das nur erwerbsfähigen Leistungsberechtigten zusteht, sieht das Sozialgesetzbuch II einen Anspruch auf Sozialgeld für deren Angehörige vor, § 19 I 2 SGB II, wenn sie in der Bedarfsgemeinschaft mit dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten leben.

Die Ansprüche auf Arbeitslosengeld II und Sozialgeld setzen sich zusammen aus:

- dem Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhaltes § 20 SGB II,
- dem Mehrbedarf nach § 21 SGB II,
- dem Bedarf für Unterkunft und Heizung nach § 22 SGB II,

Daneben besteht ein Anspruch auf einen Zuschuss zu Versicherungsbeiträgen der Kranken- und Pflegeversicherung gemäß § 26 SGB II. Hinsichtlich der Übernahme von Versicherungsbeiträgen

nach § 26 SGB II ist zu beachten, dass die Bezieher von Arbeitslosengeld II in der Sozialversicherung meist versicherungspflichtig sind.

Inhaltlich umfasst der Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhaltes Beträge für Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Haushaltsenergie ohne die auf die Heizung entfallenden Anteile, sowie Bedürfnisse des täglichen Lebens. Zu diesen gehören in vertretbarem Umfang auch Beziehung zur Umwelt und Teilnahme am kulturellen Leben, § 20 I 1, 2 SGB II.

Eine genauere inhaltliche Konkretisierung der in Ansatz gebrachten Posten ist dem Regelbedarfsermittlungsgesetz (RBEG) zu entnehmen. Dort werden bei der Bemessung der Regelbedarfe konkret berücksichtigte Positionen nachgewiesen.

Die Höhe der Regelleistung bzw. deren Zustandekommen wurde vom BVerfG<sup>160</sup> im Februar 2010 als verfassungswidrig eingestuft. Die Referenzdaten zur Ermittlung des Regelbedarfs wurden verändert. Anders als im Rahmen der Rechtslage bis 2010 werden die monatlichen Regelbedarfe nun nicht mehr alle aus der monatlichen Regelleistung einer alleinstehenden Person prozentual abgeleitet. Die Regelbedarfe für Kinder und Erwachsene werden nun anhand von unterschiedlichen Referenzhaushalten ermittelt. Den Erwachsenenbedarfen liegen die Verbrauchsausgaben von Einpersonenhaushalten zu Grunde. Den Bedarfen der Kinder liegen die Verbrauchsausgaben von Familienhaushalten zugrunde.

Das SGB II verwendet 6 Regelbedarfsstufen, § 20 II - III, § 23 Nr. 1 SGB II. Die Änderung der Regelbedarfe erfolgt spätestens zum 1.1. eines Kalenderjahres. Bis 1.11. des jeweiligen Vorjahres wird sie im Bundesgesetzblatt bekannt gegeben. Die Regelbedarfsstufen ergeben sich gemäß § 20 Ia SGB II aus dem Rückgriff auf das RBEG, § 28a SGB XII und entsprechend der Fortschreibungsverordnung nach § 40 SGB XII.

Die Leistungen der Grundsicherung für alte und erwerbsgeminderte Menschen nach dem SGB XII gehen dem Sozialgeld vor, § 19 I 2 SGB II.

Die Mehrbedarfe nach §§ 21, 23 Nrn. 2 – 4 SGB II sollen erhöhte Bedarfe verschiedener Positionen des soziokulturellen Existenzminimums abdecken. Folgende Mehrbedarfsgründe sind vorgesehen:

1. Mehrbedarf für werdende Mütter, § 21 Abs. 2 SGB II
2. Mehrbedarf für Alleinerziehende, § 21 Abs. 3 SGB II
3. Mehrbedarf für erwerbsfähige behinderte Leistungsberechtigten bei Bezug bestimmter Sozialleistungen, § 21 Abs. 4 SGB II

---

<sup>160</sup>BVerfG vom 9.2.2010 1BvL 1+3+4/09.

4. Mehrbedarf wegen einer kostenaufwändigen Ernährung, § 21 Abs. 5 SGB II

5. Ein Mehrbedarf bei dezentraler Warmwassererzeugung § 21 Abs. 7 SGB II.

Die Mehrbedarfe sind nach § 21 Abs. 8 SGB II gedeckelt.

In § 21 Abs. 6 SGB II ist der sogenannte „Sonderbedarf“ geregelt, den das BVerfG<sup>161</sup> als Auffangregelung zur Wahrung des soziokulturellen Existenzminimums verlangt hat.

Die Bedarfe für Unterkunft und Heizung nach § 22 SGB II werden in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen erbracht, soweit diese Aufwendungen angemessen sind. Bei Mietwohnungen umfassen die tatsächlichen Aufwendungen, die nach dem Mietvertrag geschuldeten Kosten. Neben dem Kaltmietzins gehören dazu auch die Nebenkostenzahlungen. Bei selbstgenutzten Eigenheimen oder Eigentumswohnungen, die nicht als Vermögen zu verwerten sind, sind in der Regel nur Schuldzinsen und Erhaltungsaufwendungen zu übernehmen. Bei Benutzung einer Unterkunft durch mehrere Personen ist für die individuelle Zuordnung eine Aufteilung der Unterkunfts-kosten insbesondere dann vorzunehmen, wenn auch nicht hilfebedürftige Person die Unterkunft nutzen.

Die Kosten werden nur übernommen, soweit sie angemessen sind. Die Angemessenheit ist als unbestimmter Rechtsbegriff der Überprüfung durch die Gerichte in vollem Umfang zugänglich. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist auf die Angemessenheit der tatsächlichen Aufwendungen im Ergebnis abzustellen. Auf die Angemessenheit einzelner Faktoren, Größe und Kosten, ist keine Rücksicht zu nehmen. § 22 Abs. 10 SGB II gestattet es nun eine Gesamtangemessenheitsgrenze (Bruttowarmmiete) unter Berücksichtigung sowohl des Unterkunfts- als auch des Heizungsbedarfs zu bilden.<sup>162</sup> Leistungen für Unterkunft und Heizung können ferner durch Satzungen

a) zur Frage der Angemessenheit der Kosten

b) zur Pauschalierung der Unterkunfts-kosten

geregelt sein, § 22a SGB II. In Grenzen ist bei der Übernahme von Unterkunfts-kosten auch eine Schuldenübernahme durch den Grundsicherungsträger möglich, § 22 VIII, IX SGB II.

Die bisher genannten Leistungen sind als laufende Leistungen im Sinne einer monatlichen Zahlungen zu erbringen.

Darüber hinaus sieht § 24 SGB II eine abweichende Erbringung von Leistungen vor. Dazu gehört nach § 24 I SGB II das Darlehen bei einem unabweisbaren und dringenden Bedarf. Nach § 24 III SGB II gehören auch einmalige Leistungen zum Arbeitslosengeld II dazu. Die dort aufgeführten Tatbestände sind abschließend. Einmalige Leistungen können danach nur erbracht werden:

<sup>161</sup>BVerfG vom 9.2.2010 1BvL 1+3+4/09.

<sup>162</sup> BT- Drs. 189/8041 S. 40.

- für die Erstausrüstung für die Wohnung einschließlich Haushaltsgeräte, Erstausrüstung für Bekleidung und Ausstattung bei Schwangerschaft und Geburt,
- sowie für die Anschaffung und Reparatur von Gegenständen mit therapeutischer Funktion.

### **3.4.1. Leistungen für Bildung und Teilhabe**

Leistungen für Bildung und Teilhabe, § 28 SGB II, stehen ausschließlich Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen bis zum 25. Geburtstag zu. Voraussetzung für den verlängerten Leistungsbezug jenseits des 18. Geburtstages ist, dass es sich bei der leistungsberechtigten Person um einen Schüler, § 28 I 2 SGB II, handelt. Verschiedene einmalige und laufende Bedarfe werden hier abgegolten, wie z.B. Bedarfe für Schulausflüge, Klassenfahrten, Schulbedarf, Schülerbeförderung, Lernförderung, Mittagsverpflegung oder Mitgliedsbeiträge.

### **3.4.2. Leistungen für Auszubildende**

Leistungen für Auszubildende sind nach § 7 V SGB II ausgeschlossen. Dieser Leistungsausschluss blickt auf eine jahrzehntelange Tradition zurück und wurde von der Rechtsprechung restriktiv interpretiert. Er sollte sich nur auf Leistungen zum Lebensunterhalt, den sog. nicht ausbildungsgeprägten Bedarf beziehen. Mit dem Verweis in § 7 V SGB II auf § 27 SGB II hat der Gesetzgeber diese Rechtsprechung kodifiziert. Leistungen stehen dem Auszubildenden nach § 27 II bis III SGB II zu. Sie gelten nicht als Arbeitslosengeld II, § 27 Abs. 1 S. 2 SGB II. Auszubildende deren Ausbildung im Rahmen des BAföG dem Grund nach förderungsfähig ist erhalten abweichend von § 7 V 1 SGB II unter den Voraussetzungen des § 7 VI SGB II Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes. Voraussetzung für die Herausnahme aus dem Anspruchsausschluss ist neben anderen Tatbeständen, dass die Leistungen nach dem BAföG entweder tatsächlich bezogen werden, oder nur wegen der Vorschriften zur Berücksichtigung von Einkommen oder Vermögen nicht bezogen werden.<sup>163</sup>

### **3.4.3. Deckung des Bedarfs durch Einkommen und Vermögen**

Mit der Ermittlung des laufenden oder einmaligen Bedarfs hat man das Äquivalent des soziokulturellen Existenzminimums des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten bestimmt. Im

---

<sup>163</sup> BT-Drs. 18/8041 S. 30.

nächsten Schritt ist zu überprüfen, ob dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten die Deckung dieses Existenzminimums aus eigenen Mitteln möglich ist, § 9 I SGB II.

Die Deckung des Bedarfs kann durch Einkommen erfolgen, § 11 SGB II. Nach der Zuflusstheorie ist Einkommen das, was jemand innerhalb der Bedarfszeit, also regelmäßig innerhalb eines Kalendermonats, an Einnahmen in Geld dazu erhält. Die Anrechnung einmaliger Geldzuwendungen erfolgt nicht, soweit sie einen festen monatlichen Betrag nicht übersteigt, § 1 I Nr. 1 Arbeitslosengeld II Verordnung. Andere einmalige Einkommen werden nach den näheren Bestimmungen des § 11 III SGB II angerechnet. Einnahmen, die nicht als Einkommen zu berücksichtigen sind, sind in § 11a SGB II aufgezählt, sowie in § 1 Alg II-VO. Hinsichtlich der zweckbestimmten Einnahmen und Zuwendungen der freien Wohlfahrtspflege, die nicht als zu berücksichtigendes Einkommen gelten, ist zu beachten, dass die Zweckbestimmung nicht ausdrücklich benannt sein muss. Es ist ausreichend, dass eine erkennbare Zweckbestimmung aus den gesetzlichen Vorschriften ersichtlich ist. Unter Zuwendungen der freien Wohlfahrtspflege versteht man freiwillige Leistungen, die nicht auf einer rechtlichen Pflicht beruhen. Diese Zuwendungen erfassen alle Personen oder Stellen, die freie ( d.h. nicht öffentliche) Wohlfahrtspflege zu Gunsten von Hilfebedürftigen betreiben. Diese Leistungen müssen einem anderen Zweck als die SGB II Leistungen dienen und dürfen die Lage des Empfängers nicht so günstig beeinflussen, dass daneben Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch II nicht mehr gerechtfertigt wären. Nicht anrechenbar ist zudem ein Schmerzensgeld nach § 253 II BGB, das im Falle der Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung als immaterieller Schadensersatz gezahlt wird

Die AlgII - VO enthält weitere Regelungen zur Berechnung des Einkommens aus nicht selbständiger Arbeit bzw. aus selbständigem Gewerbebetrieb oder Land- und Forstwirtschaft. § 4 AlgII-VO regelt auch, dass Sozialleistungen, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, Kapitalvermögen sowie Einnahmen während Wehr- und Ersatzdienst als Einkommen anzurechnen sind.

Ist die Höhe des anrechenbaren Einkommens, ausgehend von den jeweiligen Bruttobeträgen ermittelt, ist das Einkommen zu bereinigen, § 11 b SGB II. Zur Bereinigung gehört insbesondere das Absetzen von auf das Einkommen zu entrichtenden Steuern, Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Beiträge zur Arbeitsförderung, Beiträge zu weiteren öffentlichen oder privaten Versicherungen, geförderte Altersvorsorgebeiträge, Werbungskosten sowie Aufwendungen zur Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht. Absetzbar sind danach unter anderem neben Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung insbesondere Familienhaftpflichtversicherungen oder auch Hausratsversicherungen. § 6 Arbeitslosengeld II



Verordnung sieht verschiedene pauschale Beträge als Absetzungsmöglichkeit vor. Dazu gehören 30,00 € monatlich für Beiträge zu privaten Versicherungen, sowie eine Fahrtkostenpauschale. Für Erwerbstätige ist ferner ein Betrag nach § 11b III SGB II abzusetzen.

Die Deckung des Bedarfs kann durch Vermögen erfolgen. Was Vermögen im Sinne des § 12 SGB II ist, ist primär durch die Abgrenzung vom Einkommensbegriff zu bestimmen. Was Einkommen ist, kann nicht Vermögen sein. Geldwerte Einnahmen sind zwar als Einkommen anrechnungsfrei. Aber ab dem Monat, der auf den Zufluss folgt, sind sie dem Vermögen des Leistungsberechtigten zuzuordnen.<sup>164</sup> Zum Vermögen gehört, dass es sich um Werte handelt, die zum maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich vorhanden sind und tatsächlich zur Verfügung stehen. Vermögenswerte, sind nicht zum Vermögen zu zählen, wenn sie nicht verwertbar sind. Ein Vermögensgegenstand ist verwertbar, wenn der Verwertung keine rechtlichen Hindernisse entgegen stehen und auch keine wirtschaftliche Unverwertbarkeit vorliegt. Rechtliche Verwertbarkeitshindernisse sind z.B. die wirksame Abtretung bzw. das Übertragen eines Anspruches, ferner Rechte, die einem Dritten zustehen bzw. ein Vermögensgegenstand, der mit einem Recht eines Dritten belastet ist. Nicht aufhebbare Beschränkungen des Inhabers eines Vermögensgegenstandes (z.B. bei Beschlagnahme oder Insolvenz, Mietkaution in der Hand des Vermieters) sind rechtlich ebenfalls unverwertbar. Wirtschaftliche Unverwertbarkeit liegt vor, wenn das Vermögen nicht in absehbarer Zeit zu Geld gemacht werden kann. Dies kann bei Ansprüchen der Fall sein, die noch keinen Geldwert haben, bei Wertpapieren, die derzeit nicht gehandelt werden oder bei einem überschuldeten Grundstück.

§ 12 III SGB II stellt klar, dass es Vermögensgegenstände gibt, die von vornherein nicht als anrechenbares Vermögen berücksichtigt werden können. Dazu gehört der angemessene Hausrat: Möbel und sonstige Wohnungseinrichtungen, wie Bilder, Gemälde, Bücher, Fernseh- und Haushaltsgeräte sowie Haushaltswäsche. Anhaltspunkt für die Angemessenheit ist die Üblichkeit entsprechenden Hausrats in Bevölkerungskreisen, deren Lebenszuschnitt dem des Vermögensinhabers gleicht. Ein maßgebliches Kriterium für die Angemessenheit ist vor allem die Dauer des Bezuges von Arbeitslosengeld II sowie die Größe der Bedarfsgemeinschaft. Nicht mehr angemessen sind weit über die Üblichkeit hinausgehende luxuriöse Gegenstände, deren Verwertung auch wirtschaftlich ist. Fehlt es nach ihrer Veräußerung an einem notwendigen Bedarfsgegenstand, ist der Austausch gegen einen einfacheren Gegenstand zumutbar. Der Betrag des geeigneten Ersatzstücks ist vom Reinerlös abzusetzen.

Nicht zum Vermögen zählt nach § 12 III Nr. 2 SGB II ein angemessenes Kraftfahrzeug für jede in der Bedarfsgemeinschaft lebende erwerbsfähige Person. Nach der Rechtsprechung des

---

<sup>164</sup> BT-Drs. 18/8041 S. 31.

Bundessozialgerichtes, ist derzeit davon auszugehen, dass der Wert des Kraftfahrzeuges 7500 € nicht übersteigen darf. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass sich die Angemessenheit eines Kraftfahrzeuges mit der Dauer der Arbeitslosigkeit verändere. Insbesondere dürfte davon auszugehen sein, dass im Falle einer Sonderausstattung eines Kraftfahrzeuges, die den Bedürfnissen eines behinderten Menschen Rechnung trägt, ein Wert von über 7500 € noch angemessen ist. Wer von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit ist, kann Gegenstände, die der Altersvorsorge dienen, dem zu berücksichtigenden Vermögen entziehen, § 12 Abs. 3 Nr. 3 SGB II. Voraussetzung dafür ist, dass der Inhaber die Vermögensgegenstände als für die Altersvorsorge bestimmt bezeichnet hat. Nicht als Vermögen zählt ferner nach Nummer 4 ein selbst genutztes Hausgrundstück von angemessener Größe oder eine entsprechende Eigentumswohnung. Die Angemessenheit richtet sich nach dem eindeutigen Wortlaut allein nach der Größe. Nummer 5 schützt das Vermögen, solange es nachweislich zur baldigen Beschaffung oder Erhaltung eines Hausgrundstücks in angemessener Größe bestimmt ist. Einen Auffangtatbestand bietet § 12 III Nr. 6 SGB II. Soweit ihre Verwertung offensichtlich unwirtschaftlich wäre oder für den Betroffenen eine besondere Härte bedeutete, stellen Sachen und Rechte kein Vermögen im Sinne des § 12 I SGB II dar. Eine offensichtliche Unwirtschaftlichkeit ist anzunehmen, wenn der zu erwartenden Nettoerlös erheblich unter dem tatsächlichen Wert liegt. Die Härteregelung stellt auf die atypischen und ungewöhnlichen Situationen ab, bei denen aufgrund einer Gesamtbetrachtung besondere Umstände des Einzelfalles eine typische Vermögenslage deshalb zu einer besonderen Situation werden lassen, weil die soziale Stellung des Hilfesuchenden nachhaltig beeinträchtigt ist. Dabei ist insbesondere auch auf die künftige Verwendung des Vermögens abzustellen.

Weitere Tatbestände des nicht zu berücksichtigenden Vermögens regelt § 7 AlgII - VO. Dabei sind insbesondere Gegenstände nicht als Vermögen zu berücksichtigen, die zur Aufnahme oder Fortsetzung der Berufsausbildung oder der Erwerbstätigkeit unentbehrlich sind.

Auch das verwertbare Vermögen ist zu bereinigen. Die Bereinigung richtet sich nach § 12 II SGB II.

Von dem Vermögen ist ein Grundfreibetrag nach § 12 II Nr. 1 und Nr. 1 a SGB II abzusetzen. Dieser Grundfreibetrag ist nicht für bestimmte Zwecke vorgesehen. Für bestimmte Zwecke sind die Freibeträge des § 12 II Nr. 2 SGB II vorgesehen, wonach gefördertes Altersvorsorgevermögen anrechnungsfrei bleibt. Dasselbe gilt für die Altersvorsorgevermögen nach Nummer 3. Der Anschaffungsfreibetrag nach Nummer 4 verbleibt dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten, da die Regelbedarfe vorsehen, dass alle pauschalierbaren Bedürfnisse umfasst sind. Es wird davon ausgegangen, dass der Berechtigte aus dem Regelbedarf Einsparungen für größere

Anschaffungen macht. Diese größeren Anschaffungen wurden im BSHG noch als einmalige Leistungen gewährt. Dazu gehören unter anderem der Ersatz für Haushaltsgeräte, Beschaffung von Winterkleidung und Ähnliches. Diese Ansparungen müssen dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten durch einen entsprechenden Freibetrag ermöglicht werden.

Das danach verbleibende einsetzbare Vermögen wird auf den Bedarfszeitraum verteilt.

Übersteigen nun einsetzbares Vermögen und einsetzbares Einkommen den Bedarf, besteht kein Anspruch auf Arbeitslosengeld II. Soweit der Bedarf jedoch nicht durch Vermögen oder Einkommen gedeckt ist und auch nicht durch zumutbare Arbeit gedeckt werden kann, besteht ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II in Höhe des ungedeckten Bedarfes, wenn das Vermögen und Einkommen anderer Personen nicht anrechenbar sind und die Bedarfsdeckungsvermutung des § 9 V SGB II nicht eingreift.

Das Einkommen und Vermögen anderer Personen ist nach § 9 II SGB II zu berücksichtigen, wenn es sich um Partner in einer Bedarfsgemeinschaft handelt. Das Einkommen der Eltern, der unverheirateten Kinder, die mit ihren Eltern oder einen Elternteilen einer Bedarfsgemeinschaft leben, ist ebenso zu berücksichtigen wie Einkommen und Vermögen des Partners des Elternteils.

Ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II besteht auch nicht, wenn der Bedarf des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten anderweitig gedeckt ist.

§ 9 V SGB II regelt hierzu eine Bedarfsdeckungsvermutung. Wer danach in Haushaltsgemeinschaft mit Verwandten oder Verschwägerten lebt, erhält unter Umständen deswegen keine Leistungen der Grundsicherung, weil vermutet wird, dass sein Bedarf aus Leistungen dieser Verwandten und Verschwägerten gedeckt wird.

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld II ist in verschiedenen Fällen ausgeschlossen. § 7 IV SGB II schließt Leistungen in stationären Einrichtungen, Aufenthalt in einer Einrichtung zum Vollzug richterlich angeordneter Freiheitsentziehung, sowie bei Bezug von Renten wegen Alters und ähnlichen öffentlich-rechtlichen Leistungsbeziehungen vom Arbeitslosengeld II aus. Vom Leistungsausschluss für den Aufenthalt in einer stationären Einrichtung ist der Aufenthalt in einem Krankenhaus für weniger als sechs Monate nicht erfasst. Wer sich nicht im zeit- und ortsnahen Bereich aufhält, wie ihn die Erreichbarkeitsanordnung definiert, ist ebenfalls vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen. § 7 V und VI SGB II regeln einen grundsätzlichen Ausschluss der Auszubildenden.

Auch wenn der Umfang des Anspruchs auf Arbeitslosengeld II hier mathematisch exakt vorgegeben scheint, spielen doch die Leistungsgrundsätze d.h. die allgemeinen Anforderungen an die Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch II eine tragende Rolle bei der Auslegung der einzelnen Normen. Zu diesen Leistungsgrundsätzen gehört der Grundsatz der Hilfe zur Selbsthilfe nach § 1 II 1 SGB II. Das bedeutet, dass die Grundsicherung für Arbeitsuchende so zu gestalten und zu leisten ist, dass der erwerbsfähige Leistungsberechtigte und seine in der Bedarfsgemeinschaft erfassten Angehörigen eine Chance bekommen, sich wieder aus dem Leistungsbezug nach dem SGB II zu befreien. Einen etwas anderen Akzent bringt der Grundsatz der Selbsthilfe nach § 2 SGB II ein. Hier wird in erster Linie deutlich gemacht, dass man von den erwerbsfähigen Leistungsberechtigten erwartet, dass sie eigene Anstrengungen unternehmen, sich aus dem Leistungsbezug nach dem SGB II zu lösen. Diese beiden Grundsätze markieren das Spannungsfeld, das bereits schlagwortartig mit dem Motto des Sozialgesetzbuchs II "fördern und fordern" umschrieben wird.

#### **Kurzprüfschema Arbeitslosengeld 2**

1. Berechtigter Personenkreis § 7 I SGB II
2. Höhe des Anspruchs § 19 ff SGB II (Bedarfsberechnung)  
Berechnung der Höhe des Alg II Anspruchs für die berechtigten Personen aus der Differenz zwischen Bedarfsberechnung (a) und den eigenen Mitteln (b)
  - a) Lebensunterhalt, §§ 20 –24, 26 SGB II
    - Regelbedarf § 20 II – IV SGB II Regelleistung
    - Mehrbedarf § 21 SGB II
    - Unterkunftsbedarf 22 SGB II
    - abweichende Erbringung § 24 I, II, IV- VI SGB II
    - Versicherungsbeiträge § 26 SGB II
    - Sonderregelung für Auszubildende § 27 SGB II
    - einmaliger Bedarf § 24 III SGB II
  - b) Einkommen und Vermögen der Einsatzgemeinschaft § 9 II,III,V SGB II
    - Einkommen: § 11, 11 a SGB II (Bestimmung des Einkommens)
    - Einzusetzender Betrag nach Bereinigung § 11 b SGB II
    - Vermögen: § 12 I, III, IV SGB II (Bestimmung des Vermögens)
    - Einzusetzender Betrag Abzug des Schonvermögens §§ 12 II, 9 IV SGB II
3. Kein Ausschluss des Anspruches § 7 IV – VI SGB II

#### **3.4.4. Berechnung und Verfahren**

Berechnet man das Arbeitslosengeld II und den Sozialgeldanspruch einer gesamten Bedarfsgemeinschaft ist zu beachten, dass die Unterdeckung des Bedarfs einer einzelnen Person

in dieser Bedarfsgemeinschaft, dazu führt, dass alle Personen der Bedarfsgemeinschaft in den Leistungsbezug nach dem SGB II integriert werden. Nach § 9 II 3 SGB II gilt in diesem Fall jede Person der Bedarfsgemeinschaft im Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf als hilfebedürftig. Dies gilt nicht hinsichtlich der Leistungen für Bildung und Teilhabe. Diese Verrechnung führt jedoch nicht dazu, dass es einen Anspruch der Bedarfsgemeinschaft gäbe. Vielmehr steht jedem Mitglied der Bedarfsgemeinschaft ein individueller Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung zu.

Für die Berechnung der Leistung, § 41 SGB II, gilt, dass der Monat mit 30 Tagen berechnet wird. Die Leistungen sollen in der Regel jeweils für ein Jahr bewilligt, § 41 III SGB II und monatlich im Voraus erbracht werden sollen, § 42 I SGB II. Der Bewilligungszeitraum kann unter den Voraussetzungen des § 41 III 2 SGB II auf sechs Monate verkürzt werden. Für alle Personen der Bedarfsgemeinschaft wird der Bewilligungszeitraum einheitlich festgelegt, § 41 III 3 SGB II.

Verfahrensrechtlich sind folgende Punkte zu beachten: Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 36 SGB II. Für die Leistungen, die in § 6 I 1 Nr. 2 SGB II aufgezählt sind, ist der kommunale Träger zuständig, in dessen Bezirk der Erwerbsfähige Leistungsberechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Für alle anderen Leistungen ist die Agentur für Arbeit zuständig, in deren Bezirk der erwerbsfähige Leistungsberechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Soweit ein gewöhnlicher Aufenthaltsort nicht feststellbar ist, ist der Träger der Grundsicherung für Arbeitssuchende zuständig, in dessen Bereich sich der erwerbsfähige Hilfebedürftige tatsächlich aufhält. Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende werden ausschließlich auf Antrag erbracht, § 37 SGB II. Nach § 38 SGB II wird vermutet, dass der erwerbsfähige Leistungsberechtigte bevollmächtigt ist, Leistungen nach dem SGB II auch für die Personen, die in seiner Bedarfsgemeinschaft leben, zu beantragen und entgegen zu nehmen.

### **3.5. Sanktionen**

Sanktionen im Sinne einer Minderung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld II oder Sozialgeld drohen den Leistungsberechtigten im Fall einer Pflichtverletzung, § 31a SGB II. Die Pflichtverletzungen sind in § 31 SGB II aufgeführt. Insbesondere die Ablehnung einer zumutbaren Erwerbstätigkeit, § 10 SGB II stellt eine Pflichtverletzung dar, § 31 I Nr. 2 SGB II. Dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten ist grundsätzlich jede Arbeit zuzumuten, § 10 SGB II. Dazu gehört neben abhängiger Beschäftigung auch jede andere Form der Erwerbstätigkeit. Eine Arbeit ist jedoch unzumutbar, wenn jemand zu einer bestimmten Arbeit körperlich, geistig oder seelisch nicht fähig ist. Auch das wesentliche Erschwernis künftiger Arbeit, die Gefährdung der Erziehung

eines Kindes, die Ausübung der Pflege eines Angehörigen führt zur Unzumutbarkeit. Als Auffangtatbestand sieht § 10 Nr. 5 SGB II vor, dass ein sonstiger wichtiger Grund die Zumutbarkeit von Arbeit entfallen lassen kann. Hier gilt im Vergleich zum SGB III, dass die Anforderungen an den Erwerbsfähigen schärfer sind als diejenigen im Versicherungssystem. Während das Arbeitslosengeld I aufgrund eigener Beiträge erwirtschaftet wurde, ist das Arbeitslosengeld II steuerfinanziert und nimmt insofern auch nicht am Eigentumsschutz des Art. 14 I Grundgesetz teil. Soweit eine Arbeit jedoch gegen gesetzliche Bestimmungen über Arbeitsbedingungen oder gegen solche des Arbeitsschutzes verstößt, ist auch im SGB II davon auszugehen, dass die Arbeit unzumutbar ist. Wie im Sozialgesetzbuch III ist bei der Auslegung des Begriffs des wichtigen Grundes auf Verfassungskonformität zu achten. D.h. insbesondere die Grundrechte können der Zumutbarkeit von Arbeit Grenzen ziehen. Grenzen der Zumutbarkeit können sich ebenso aus der ganzen Rechtsordnung ableiten. Dazu zählen insbesondere die Verbotsgesetze oder sittenwidrige Handlungen, §§ 134, 138 BGB. Die Fälle fehlender Unzumutbarkeit sind in § 10 II SGB II nicht abschließend aufgezählt.

Weitere Pflichtverletzungen, die Sanktionen nach sich ziehen können sind u.a.:

- die Weigerung in der Eingliederungsvereinbarung, § 15 II SGB II, festgelegte Pflichten zu erfüllen, § 31 I Nr. 1 SGB II, oder eine zumutbare Maßnahme zur Eingliederung in Arbeit abzulehnen, § 31 I Nr. 3 SGB II. Die Folgen der Leistungskürzung treten nur bei Fehlen eines wichtigen Grundes ein. Das Fehlen eines wichtigen Grundes ist auch bei weiteren Sanktionen wegen Meldeversäumnissen, § 32 SGB II, zu berücksichtigen. Pflichtverletzungen nach § 31 II Nr. 1 und 2 SGB II sehen die Möglichkeit sich auf einen wichtigen Grund zu berufen nicht vor.

Nach Maßgabe von § 31a I 1 SGB II wird das Arbeitslosengeld oder Sozialgeld im ersten Schritt um 30% gekürzt. Bei weiterer Pflichtverletzung im Minderungszeitraum tritt eine Minderung um 60 % ein.<sup>165</sup> Bei einer Minderung des Arbeitslosengeldes um mehr als 30% der nach § 20 maßgebende Regelleistung kann der zuständige Träger in angemessenem Umfang ergänzende Sachleistungen oder geldwerte Leistungen erbringen, § 31a III 1 SGB II. Nach § 31a I SGB II mindert sich nur der Regelbedarf. Gemäß § 31a III 3 SGB II sollen die Leistungen für Unterkunft und Heizung an den Vermieter oder den Empfangsberechtigten ausgezahlt.

Während Absenkung oder Wegfall der Leistungen besteht kein Anspruch auf ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII, § 31 b II SGB II.

---

<sup>165</sup> BRat- Drs. Empfehlungen 66/1/16 S.

### 3.7. Leistungen zur Eingliederung in Arbeit

Die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit sind in §§ 14 ff SGB II geregelt.

§ 14 SGB II enthält in Absatz 1 den Leistungsgrundsatz des Förderns. Dieser ist bei der Auslegung des Inhalts der einzelnen Sozialleistungen zu berücksichtigen ist. Nach § 14 II SGB II erhält der Leistungsberechtigte auch Beratung, ohne dass vollständig klar wäre, ob es sich hier um ein Recht des Leistungsberechtigten handelt.

§ 15 II SGB II regelt die Eingliederungsvereinbarung. Die Agentur für Arbeit soll danach im Einvernehmen mit dem kommunalen Träger mit jedem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten die für seine Eingliederung erforderlichen Leistungen vereinbaren (Eingliederungsvereinbarung). In der Eingliederungsvereinbarung soll bestimmt werden, welche Leistungen der Erwerbsfähige zur Eingliederung in Arbeit erhält und welche Bemühungen der erwerbsfähige Leistungsberechtigte in welcher Häufigkeit zur Eingliederung in Arbeit mindestens unternehmen muss und in welcher Form er die Bemühungen nachzuweisen hat. Daneben soll bestimmt werden, welche Leistungen Dritter, insbesondere Träger anderer Sozialleistungen, in den Eingliederungsprozess einbezogen werden. Diese Aufzählung möglicher Inhalte ist nicht abschließend. Die Eingliederungsvereinbarung kann bestimmen, in welche Tätigkeiten oder die Leistungsberechtigte Person vermittelt werden soll oder welche Bereiche außer Betracht bleiben sollen. § 15 I SGB II setzt voraus, dass die Agentur für Arbeit eine Potenzialanalyse erstellt, die die persönlichen Umstände zur Vermittlung in Arbeit erfasst. Die Eingliederungsvereinbarung kann aufgrund § 15 III 3 SGB II durch einen „Eingliederungsverwaltungsakt“ ersetzt werden, wenn keine konsensuale Lösung gefunden wird.

§ 16 SGB II beginnt mit einer Verweisung auf das SGB III. Zu Recht wurde diese Regelung in ihrer Fassung bis zum April 2012 als „monströse Ziffernfolge mit der Notwendigkeit detektivischer Enträtselung“ bezeichnet.<sup>166</sup> Mit der Neufassung des § 16 durch das Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen auf dem Arbeitsmarkt<sup>167</sup> ist diese Regelung nun übersichtlicher geraten.

Ihr Absatz 1 beschreibt diejenigen Leistungen, die die Leistungsträger nach dem SGB II entsprechend den Leistungen der Bundesagentur erbringen können. Insgesamt ist die Verweisung sehr verschachtelt und auch dogmatisch unklar. Bei allen Leistungen handelt es sich um Ermessensleistungen, denn nach § 16 II 1 SGB II richten sich die Rechtsfolgen nach den Regelungen des Dritten Buches Sozialgesetzbuch.

---

<sup>166</sup>Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, 2006, S. 337.

<sup>167</sup>BGBl. I 2011 S. 2854.

Leistungsträger der Leistungen nach § 16a SGB II sind die kommunalen Träger. Die Eingliederungsleistungen sind abschließend aufgezählt. Soll § 16a SGB II eine eigenständige Bedeutung haben, verweist er nicht nur auf vom kommunalen Träger zu organisierende Leistungen anderer Leistungsträger, sondern begründet eine originäre Zuständigkeit<sup>168</sup> des kommunalen Trägers für Leistungen der Betreuung, Pflege, Beratung. Der Anspruchsberechtigte ist hier der erwerbsfähige Leistungsberechtigte.<sup>169</sup> Damit weicht diese Regelung von SGB XI und SGB VIII ab, da dort der Anspruchsberechtigte für Pflegeleistungen und Kinderbetreuung der Pflegebedürftige bzw. das Kind ist. Die Zuständigkeit der kreisfreien Städte und Landkreise ergibt sich aus § 6 I Nr. 2 SGB II.

§ 16b SGB II sieht vor, ein Einstiegsgeld zur Überwindung von Hilfebedürftigkeit zu leisten, wenn der erwerbsfähige Leistungsberechtigte, arbeitslos ist und eine sozialversicherungspflichtige oder selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt und dies zur Eingliederung in den allgemeinen Arbeitsmarkt erforderlich ist.

Die Arbeitsgelegenheiten nach § 16d SGB II sind die viel diskutierten 1 € Jobs.<sup>170</sup> Die im öffentlichen Interesse liegenden zusätzlichen Arbeiten,<sup>171</sup> werden landläufig als „1€-Jobs“ bezeichnet. Durch sie entsteht kein Arbeitsverhältnis. Übertragen wird diese Arbeit durch Verwaltungsakt gegenüber dem Leistungsberechtigten.<sup>172</sup> Es entsteht ein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis eigener Art.<sup>173</sup> Es ist kein Lohn zu zahlen, sondern eine Mehraufwandsentschädigung, § 16d VII 1 SGB II. Folgt man der Ansicht, die in den sog. MAE-Arbeitsgelegenheiten eine echte Sozialleistung für den Hilfeberechtigten sieht, handelt es sich auch hier um Sozialleistungen und nicht um Befugnisse der Agentur für Arbeit einen Leistungsberechtigten zur Aufnahme einer Arbeit zu zwingen.<sup>174</sup> § 16d V SGB II betont die Subsidiarität der MAE-Arbeitsgelegenheiten.

Nach § 16e SGB II können Arbeitgeber Leistungen zur Beschäftigungsförderung zur Eingliederung von erwerbsfähigen Leistungsberechtigten mit Vermittlungshemmnissen in Arbeit einen Beschäftigungszuschuss als Ausgleich der zu erwartenden Minderleistungen des Arbeitnehmers und einen Zuschuss zu sonstigen Kosten erhalten.

---

<sup>168</sup>Thie in: Münder, Sozialgesetzbuch II, § 16a Rz. 2.

<sup>169</sup>Voelzke in: Schlegel/ Voelzke (Hrsg.), juris Praxiskommentar SGB II, 2. Auflage, 2007, § 16 Rz. 328 geht ebenfalls davon aus, dass § 16 II eine eigenständige Anspruchsgrundlage ist.

<sup>170</sup>Zur Fragwürdigkeit der Bezeichnung: Igl/Welti, Sozialrecht, § 51 Rz. 6 am Ende.

<sup>171</sup>Thie in: Münder, Sozialgesetzbuch SGB II, § 16d Rz. 13 ff.

<sup>172</sup>Str. vgl. dazu Voelzke in: Schlegel/ Voelzke (Hrsg.), juris Praxiskommentar SGB II, § 16 Rz. 415 mit weiteren Nachweisen.

<sup>173</sup>Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 272.

<sup>174</sup>Bieritz-Harder in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 99-102.



Nach § 16f kann die Agentur für Arbeit auf sie entfallende Eingliederungsmittel für Leistungen zur Eingliederung in Arbeit einsetzen.

In § 16g SGB II findet man eine unselbständige Anschlussförderung bei Wegfall der Hilfebedürftigkeit des Erwerbsfähigen in besonderen Fällen ihre Grundlage. Der Inhalt der Hilfe richtet sich nach der vorangegangenen Hilfeart.

§ 16h SGB II sieht besondere Leistungen zur Förderung schwer zu erreichender junger Menschen bis zum 25. Lebensjahr vor.

#### Wiederholungsfragen

- In welchem Verhältnis stehen die Leistungen nach dem BAföG zu den Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II?
- Welche historischen Quellen hat der Anspruch auf Arbeitslosengeld II und Sozialgeld?
- Was versteht man unter Leistungen zur Eingliederung in Arbeit?
- Welche Träger der Grundsicherung nach dem SGB II gibt es? Für welche Leistungen sind die Träger zuständig?
- Erläutern Sie, was eine Arbeitsgemeinschaft nach dem SGB II ist.
- Was ist ein Jobcenter?
- Welche verfassungsrechtliche Neuregelung wurde durch die Einführung der Arbeitsgemeinschaften nach dem SGB II verursacht ?
- Wo ist der Leistungsberechtigte des Arbeitslosengeld II legal definiert? Wie heißt er?
- Welcher dogmatische Zusammenhang besteht zwischen der Frage der Erwerbsfähigkeit nach dem SGB II und dem Rentenversicherungsrecht?
- Welche dogmatische Aufgabe hat der Begriff Hilfebedürftigkeit nach § 9 SGB II?
- Was ist eine widerlegliche Vermutung? Nennen Sie ein Beispiel aus dem SGB II.
- Welche dogmatische Funktion hat die Bedarfsgemeinschaft nach § 7 III SGB II ?
- Bezeichnen Sie die Anspruchsgrundlage des Anspruchs auf Arbeitslosengeld II und diejenige des Sozialgeldes.
- Wer hat Anspruch auf Sozialgeld?
- In welchem Verhältnis stehen der Anspruch auf Sozialgeld zu den Leistungen nach dem SGB XII?
- Aus welchen Bestandteilen setzen sich sowohl der Anspruch auf Arbeitslosengeld II als auch Sozialgeld zusammen?
- Was ist im Regelbedarfsermittlungsgesetz geregelt? Erläutern Sie die Bedeutung für SGB II und XII ?

- Unter welchen Voraussetzungen kann Arbeitslosengeld II oder Sozialgeld als Darlehen ausgezahlt werden?
- Welche Funktion hat die Sonderbedarfsregelungen in § 21 VI SGB II? Wie ist sie entstanden?
- Was ist in der Arbeitslosengeld II Verordnung geregelt?
- Was ist Schmerzensgeld? Welche Rolle spielt es im SGB II ?
- Was versteht man unter einem angemessenen Kraftfahrzeug?
- Welche Rolle spielen die Leistungsgrundsätze, d.h. die allgemeinen Anforderungen an Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch II? Welche Leistungsgrundsätze gibt es?
- Welche formellen Voraussetzungen hat der Anspruch auf Grundsicherung für Arbeitsuchende?
- In welchem Zusammenhang spielt die Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit, vgl. auch § 10 SGB II, eine Rolle?
- Was ist eine Eingliederungsvereinbarung ?
- Besteht ein Rechtsanspruch des Arbeitssuchenden auf Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung ?
- In welchem Verhältnis stehen die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit zum Arbeitslosengeld II und zum Sozialgeld?

#### **4. Sozialhilfe**

##### Orientierungsfragen

- Was versteht man unter Sozialhilfe und wo ist sie kodifiziert ?
- Welche existenzsichernden Leistungen sieht die Sozialhilfe vor ?
- Wer ist Träger der Sozialhilfe ?
- Welche Bedarfe gehören zum notwendigen Lebensunterhalt ?
- In welchem Verhältnis stehen Hilfe zum Lebensunterhalt und Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung zueinander ?
- Wie unterscheiden sich die Hilfen zur Gesundheit von den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung ?
- Welchen Anwendungsbereich hat die Hilfe zur Gesundheit und wie unterscheidet sie sich von anderen Sicherungssystemen ?
- Wer erhält Eingliederungshilfeleistungen ?
- Wer ist ein wesentlich behinderter Mensch ?
- Welche Arten von Leistungen zur Teilhabe gibt es und wo sind sie geregelt ?

- Welche Bedeutung hat das SGB IX für die Eingliederungshilfe ?
- Welche Bedeutung haben SGB V und SGB III für die Eingliederungshilfe ?
- Was ist ein persönliches Budget ?
- Wer erhält Hilfe zur Pflege ?
- Welche Leistungen sind im Rahmen der Hilfe zur Pflege vorgesehen ?
- Wie verhalten sich die Leistungen der Hilfe zur Pflege zu den Pflegeleistungen der Pflegeversicherung ?
- Welcher Personenkreis wird von der Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten erfasst ?

Die Sozialhilfe in ihrer derzeitigen Form ist im SGB XII kodifiziert. Die „Sozialhilfe“ gibt es an sich nicht (mehr). Sozialhilfe umfasst die Hilfe zum Lebensunterhalt, §§ 27 ff SGB XII, die Grundsicherung für alte und dauerhaft erwerbsgeminderte Menschen, §§ 41 ff SGB XII und Hilfen, die in besonderen Lebenslagen nach den Kapiteln 5 bis 9, §§ 47 bis 74 SGB XII geleistet werden. Einen Überblick über Leistungen und Träger der Sozialhilfe gibt die Einweisungsvorschrift § 28 SGB I.

Die Sozialhilfe knüpft nicht an ein bestimmtes Lebensrisiko oder an bestimmte Bedarfs- bzw. Schadensursachen an. Sie greift ohne Vorbedingungen ein soweit Bedürftigkeit vorliegt. Es handelt sich um eine finale Sozialleistung. Die Sozialhilfe ist entsprechend in aller Regel auch nicht von einer Antragstellung abhängig.<sup>175</sup> Sie setzt ein, soweit und sobald dem Träger der Sozialhilfe bekannt wird, dass die Voraussetzungen für die Leistung vorliegen, § 18 I SGB XII. Die Sozialhilfe soll gemäß § 1 I SGB XII dem Hilfeempfänger eine Lebensführung ermöglichen, die der Würde des Menschen entspricht. Das Bundesverfassungsgericht hat im Februar 2010 einen Anspruch auf das soziokulturelle Existenzminimum nach Art. 1 I in Verbindung mit 20 I Grundgesetz festgestellt.<sup>176</sup> Bereits 1954 hatte das Bundesverwaltungsgericht einen Rechtsanspruch auf Sozialhilfe befürwortet.<sup>177</sup> In § 17 I SGB XII ist dieser Anspruch noch einmal ausdrücklich geregelt.

Aufgrund ihrer Auffangfunktion sind Leistungen der Sozialhilfe ausgenommen, soweit sich der Hilfebedürftige selbst helfen kann oder von anderer Seite Hilfen zur Beseitigung der Notlage erhält (Grundsatz der Subsidiarität), § 2 I SGB XII. Anders als in den Bereichen der Sozialversicherung und auch der Grundsicherung für Arbeitssuchende verlangt der Grundsatz der Individualisierung im § 9 SGB XII, dass Art, Form und Maß der Sozialhilfe den Besonderheiten des Einzelfalles angepasst werden müssen. Sozialhilfeleistungen sollen immer ein Mittel zur Selbsthilfe sein und

<sup>175</sup>Ausnahme: Leistungen für Bedarfe der Bildung und Teilhabe, § 34a I 1 SGB XII und Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, § 41 I 1 SGB XII.

<sup>176</sup>BVerfG vom 9.2.2010 1 BvL 1+3+4/09.

<sup>177</sup>BVerwG vom 24.06.1954 - V C 78/54.

den Hilfeempfänger befähigen, unabhängig von der Sozialhilfe zu leben, § 1, 2 SGB XII. Für die Gewährung von Sozialhilfeleistungen zum Lebensunterhalt und auch in besonderen Lebenslagen ist grundsätzlich das Vorliegen einer gegenwärtigen Notlage des Bedürftigen erforderlich. Hilfe für vergangene Notlagen ist in der Regel ausgeschlossen.<sup>178</sup> Die Sozialhilfe wird nach § 10 SGB XII in der Form von Geldleistungen, Dienstleistungen oder Sachleistungen erbracht. Dabei gilt ein begrenzter Vorrang der Geldleistung, § 10 III SGB XII.

Sozialhilfe wird von örtlichen und überörtlichen Trägern geleistet, § 3 I SGB XII. Grundsätzlich sind gemäß § 97 I SGB XII die örtlichen Träger, d.h. die kreisfreien Städte und Landkreise sachlich zuständig, soweit gemäß § 97 II -V SGB XII nichts Abweichendes regeln. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich bei der Grundsicherung für erwerbsgeminderte und alte Menschen und bei stationärem Aufenthalt nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort. Im übrigen richtet sie sich nach dem tatsächlichen Aufenthalt des Leistungsberechtigten.

#### **4.1. Hilfe zum Lebensunterhalt und Grundsicherung nach dem SGB XII**

Hilfe zum Lebensunterhalt erhält, wer seinen notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, vor allem aus Einkommen und Vermögen bestreiten kann, § 19 I 1 SGB XII. Der Bedürftige muss also sein gesamtes Einkommen und Vermögen einsetzen, um die vorliegende Notlage zu überwinden. Auch nicht getrennt lebende Ehegatten oder Lebenspartner, sowie minderjährige unverheiratete Kinder, die dem Haushalt angehören, gehören zu dieser Einsatzgemeinschaft, § 27 II 2 und 3 SGB XII. Die laufende Hilfe zum Lebensunterhalt wird nach Regelbedarfsstufen bemessen, § 27a II SGB XII und in Regelsätzen geleistet, § 27 III SGB XII. Die Höhe der Regelbedarfe ist aus der Anlage zu § 28 SGB XII, § 27 III 1 SGB XII ersichtlich. Danach existieren 6 Regelbedarfsstufen. Aus den Regelsätzen hat der Leistungsberechtigte seinen Regelbedarf zu bestreiten. Dabei hat er das Eintreten von unregelmäßigen Bedarfen zu berücksichtigen, § 27a III 2 2. HS SGB XII. Das bedeutet, dass ein Teil des Regelsatzes anzusparen ist.<sup>179</sup> Unter den engen Voraussetzungen des § 27a IV, V SGB XII kann der Regelsatz abweichend festgelegt werden. Die Ermittlung des Regelbedarfs ist durch das Regelbedarfsermittlungsgesetz geregelt. Darin sind auch inhaltliche Positionen, die Bestandteil des Regelsatzes sind, erkennbar.

Bestimmten Personen werden nach § 30 SGB XII für die Positionen des notwendigen Lebensunterhalts Mehrbedarfszuschläge zugewiesen. Die Kosten für Unterkunft und Heizung

---

<sup>178</sup>Ausnahme z.B. die Übernahme von Mietschulden, § 36 SGB XII.

<sup>179</sup>Zur Verfassungsmäßigkeit dieses Ansatzes BVerfG vom 9. Februar 2010, 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09; 1 BvL 4/09 Rz. 150.

werden nach § 35 SGB XII in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen erbracht. Sonderregelungen gelten für Personen, die in sonstigen Unterkünften nach § 42a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB IX leben, § 35 Abs. 5 SGB XII (1.7.2017). Ab 1.7.2017 gehören zur Unterkunft im Sinne des § 35 SGB XII Wohnungen, § 42a Abs. 2 S. 2 SGB XII, und sonstige Unterkünfte. Die **sonstige Unterkunft** ist weder eine Wohnung noch eine Einrichtung zuzuordnen, vgl. § 42a Abs. 2 Nr. 2 SGB XII. Sonstige Unterkünfte sind besondere Unterbringungsformen, die in der Regel nicht einer länger- oder gar dauerhaften Unterbringung dienen, sondern stattdessen der Überbrückung von Zeiträumen, für die Leistungsberechtigte über keine Wohnung (Absatz 2 Satz 1 Nummer 1) verfügen und damit oftmals der Vermeidung von Obdachlosigkeit dienen. Dies sind bspw. Zimmer in Pensionen, Ferienwohnungen, Wohnwagen auf Campingplätzen bis hin zu Notquartieren, letzteres oftmals in Form von Gemeinschaftsunterkünften.<sup>180</sup>

Aufgrund der Satzungen nach § 35a SGB XII können die Kosten der Unterkunft und Heizung auch lediglich pauschal übernommen werden. Übernommen werden nach § 32 SGB XII Beiträge für die Kranken- und Pflegeversicherung. Werden Beiträge zur Altersvorsorge nicht nach § 82 Abs. 2 Nr. 2 und 3 SGB XII vom Einkommen abgesetzt, sind sie als Bedarfe zur Vorsorge zu berücksichtigen. § 33 SGB XII (1.7.2017).

Ergänzt wird der laufende Lebensunterhalt durch einmalige Leistung zum Lebensunterhalt nach § 31 I SGB XII. Nach § 34 SGB XII gehören auch Leistungen für Bildung und Teilhabe zum notwendigen Lebensunterhalt, § 27a I 2 und 3 SGB XII, soweit Schüler, Kinder oder Jugendliche Leistungen nach SGB XII erhalten.

Da Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 19 I SGB XII nur Personen geleistet wird, die ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht aus eigenen Kräften und Mitteln bestreiten können, sind Einkommen und Vermögen anzurechnen. Die Einzelheiten der Einkommensanrechnung ergeben sich aus § 82 SGB XII. Zum Vermögen gehört das gesamte verwertbare Vermögen, § 90 I SGB XII, mit Ausnahme des in § 90 II SGB XII aufgeführten Schonvermögens. § 90 III SGB XII sieht eine Härtefallregelung vor.

Eine entsprechende Struktur haben die Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, § 41 SGB XII. Leistungsberechtigte erhalten auf Antrag einen der Hilfe zum Lebensunterhalt mit entsprechendem Regelsatz, sowie Zahlungen für den in § 42, 1 SGB XII abschließend aufgezählten weiteren Bedarf. Zu beachten ist hier die komplexe Regelung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung, § 42a SGB XII (1.7.2017). Diese unterscheiden danach, ob

---

<sup>180</sup>BT-Drs 541-16 S.92.

der Leistungsberechtigten in einer Einrichtung, § 42 Nr. 4 SGB XII, Wohnung oder sonstigen Unterkunft, § 42a Abs. 2 SGB XII, wohnt.

Leistungsberechtigt sind Personen, die das Renteneintrittsalter nach § 41 II SGB XII erreicht haben. Daneben sind Personen leistungsberechtigt, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und im Sinne von § 43 II SGB VI voraussichtlich dauerhaft voll erwerbsgemindert sind. Einkommens- und Vermögenseinsatz richten sich ebenfalls nach den Regelungen, die für die Hilfe zum Lebensunterhalt gelten.

Für das Verhältnis zwischen Hilfe zum Lebensunterhalt und Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung gilt, dass die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung der Hilfe zum Lebensunterhalt vorgeht. Nach § 21, 1 SGB XII erhalten Personen, die nach dem SGB II als Erwerbsfähige oder Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine Leistungen zum Lebensunterhalt. Davon ausgenommen sind Angehörige erwerbsfähiger Leistungsberechtigter, die dauerhaft erwerbsgemindert sind oder das Alter der Regelaltersrente erreicht haben. Denn hier geht der Anspruch auf Grundsicherung bei Erwerbsminderung und im Alter dem Anspruch auf Sozialgeld vor, § 19 I 2 SGB II.

#### **4.2. Hilfen nach Kapitel 5 – 9 SGB XII: Die wichtigsten Hilfearten im Überblick**

Die ehemals unter dem Oberbegriff der Hilfe in besonderen Lebenslagen zusammengefassten Hilfen nach Kapitel 5 bis 9 SGB XII<sup>181</sup> sind meist dadurch gekennzeichnet, dass sie durch die Sozialverwaltung nicht zugehörige Leistungserbringer, also durch Dritte, erbracht werden. Die Hilfen nach Kapitel 5 bis 9 haben eine besondere soziale Bewertung erfahren, indem als besonders Schutz bedürftig angesehene Personengruppen unter großzügigerer Belassung eigener Mittel spezielle Hilfen erhalten können. Neben der individuellen Notlage spielt hier auch in größerem Umfang als in der Hilfe zum Lebensunterhalt der Ausgleich von gesellschaftlich verursachten Nachteilen eine Rolle. Die quantitativ wichtigsten Leistungen sind die Hilfe zur Pflege, die Eingliederungshilfe und die Hilfen zur Gesundheit. Die Hilfen nach Kapitel 5 bis 9 können je isoliert, grundsätzlich auch nebeneinander in Anspruch genommen werden. Sie umfassen:

- Hilfen zur Gesundheit, §§ 47 bis 52 SGB XII
- Eingliederungshilfe für behinderte Menschen, §§ 53 bis 60 SGB XII
- Hilfe zur Pflege, §§ 61 bis 66a SGB XII

---

<sup>181</sup>Waltermann, Sozialrecht, § 14 Rz. 475.

- Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten, §§ 67 bis 69 SGB XII
- sowie Hilfe in anderen Lebenslagen:
- Hilfe zur Weiterführung des Haushalts, § 70 SGB XII
- Altenhilfe, § 71 SGB XII
- Blindenhilfe, § 72 SGB XII
- Hilfe in sonstigen Lebenslagen, §73 SGB XII, sofern der Einsatz öffentlicher Mittel gerechtfertigt erscheint sowie
- Bestattungskosten, § 74 SGB XII.

#### **4.2.1. Hilfen zur Gesundheit §§ 47 bis 52 SGB XII**

Die Hilfen zur Gesundheit haben durch die Erfassung der Sozialhilfeberechtigten in § 264 II SGB V an praktischer Bedeutung verloren. Nach dieser Regelung wird die Krankenbehandlung von Empfängern von Leistungen der Sozialhilfe, die nicht krankenversichert sind, durch die Krankenkassen übernommen. Der Sozialhilfebezug muss außerdem mindestens für einen Monat ununterbrochen andauern. Es handelt sich hier um eine Kostenerstattungsregelung zwischen dem Sozialhilfeträger und der Krankenversicherung. Diese Regelung sieht keine Ansprüche der Sozialhilfeberechtigten vor. Die Ansprüche der Sozialhilfeberechtigten ergeben sich aus den Rechtsgrundlagen der Hilfe bei Hilfen bei Gesundheit nach §§ 47 bis 52 ff SGB XII. Diese Leistungen entsprechen aber durch gesetzliche Anordnung den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, § 52 I 1 SGB XII. Eine qualitative oder quantitative Ergänzung der Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung ist aufgrund der Hilfen bei Gesundheit nicht möglich. Zu beachten ist, dass die Hilfen zur Gesundheit auch einen anderweitigen Anspruch auf Absicherung im Krankheitsfall im Sinne der Versicherungspflicht nach § 5 I Nr. 13 SGB V darstellt.<sup>182</sup>

Soweit die Hilfen zur Gesundheit noch Anwendung finden werden folgende Leistungsinhalte unterschieden.

- Vorbeugende Gesundheitshilfe, § 47 SGB XII
- Hilfe bei Krankheit, § 48 SGB XII
- Hilfe zur Familienplanung, § 49 SGB XII
- Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft, § 50 SGB XII

---

<sup>182</sup>Peters, Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Stand 1.12.2012, § 5 SGB V Rz. 163.

- Hilfe bei Sterilisation, § 51 SGB XII.

Durch die inhaltliche Gleichschaltung der Hilfen zur Gesundheit mit den Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung sind auch die dort entwickelten Grundsätze wie das Rechtskonkretisierungskonzept, die Berücksichtigung der Bedeutung des untergesetzlichen Rechts, insbesondere die Bedeutung der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses für die gesundheitliche Versorgung der Sozialhilfeberechtigten zu berücksichtigen. Auch die inzwischen in § 2 I a SGB V kodifizierten Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Behandlung lebensbedrohlicher Erkrankungen sind im Rahmen der Hilfen zur Gesundheit insbesondere natürlich bei der Krankenbehandlung zu berücksichtigen.

Die in der Krankenversicherung vorgesehenen medizinischen und ergänzenden Leistungen zur Rehabilitation werden über die Eingliederungshilfe nach §§ 53 ff SGB XII von der Sozialhilfe übernommen und von ihr abweichend von § 264 SGB V selbst durchgeführt.

#### **4.2.2. Eingliederungshilfe für behinderte Menschen §§ 53 bis 60 SGB XII**

Die Eingliederungshilfe für behinderte Menschen nach §§ 53 ff SGB XII bildet einen zentralen Ausschnitt aus dem Recht der Rehabilitationsleistungen für behinderte Menschen. Die Einweisungsvorschrift zu den Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, § 29 I SGB I regelt, dass behinderte Menschen

1. Leistungen zur medizinischen Rehabilitation,
  2. Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben,
  3. Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft
  4. unterhaltssichernde und andere ergänzende Leistungen
- in Anspruch nehmen können.

In ihrem Absatz 2 zeichnet sie das auch nach Inkrafttreten des SGB IX äußerst zerrissene Bild des Rehabilitationsrechts: ausweislich dieser Regelung gibt es keinen einheitlich zuständigen Träger für Leistungen an behinderte Menschen: „Zuständig sind die in den §§ 19-24, 27 und 28 genannten Leistungsträger und die Integrationsämter.“

Die Leistungen zur Rehabilitation werden von einer Vielzahl von Sozialleistungsträgern zur Verfügung gestellt. Um diesem Problem der Unübersichtlichkeit und der Gefahr von negativen Zuständigkeitsstreitigkeiten zu Lasten behinderter Menschen zu begegnen wurde das Rehabilitationsrecht im SGB IX zusammengefasst. Allerdings wurde dadurch kein einheitliches Leistungsgesetz für die verschiedenen Träger von Rehabilitationsleistungen geschaffen. Nach § 37 SGB I gilt, dass Regelungen der besonderen Teile des SGB IX in der Regel vorgehen.



Entsprechend regelt auch § 7 SGB IX, dass die Vorschriften des SGB IX nur für die Leistungen zur Teilhabe gelten, soweit sich aus den für den jeweiligen Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen nichts Abweichendes ergibt. Danach hat jeder Träger von Leistungen zur Rehabilitation die Kodifizierung des Rehabilitationsrechts vorrangig anzuwenden, deren Inhalte ihm durch besonderes Gesetz zugewiesen sind. § 7 SGB IX bestimmt konsequenterweise, dass Zuständigkeit und die Voraussetzungen für die Leistungen zur Teilhabe sich nach den für den jeweiligen Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen richtet. Anspruchsgrundlagen und Anspruchsvoraussetzungen finden sich entsprechend weiterhin vorrangig in der Spezialgesetzen. Ergänzend sind die Regelungen des SGB IX anzuwenden, nicht nur soweit in den Spezialgesetzen auf das SGB IX verwiesen wird. Sondern auch soweit die Regelungen des SGB IX eine Regelungslücke der speziellen Gesetze schließen können oder die Regelungen der speziellen Gesetze ergänzen. Für die Eingliederungshilfe nach §§ 53 ff SGB XII gilt demnach, dass das SGB IX ergänzend zu den §§ 53 ff SGB XII Anwendung findet.

#### **4.2.2.1. Wirkung des SGB IX**

Auch wenn das SGB IX kein einheitliches Leistungsgesetz ist, hat es doch zahlreiche Vereinheitlichungen bewirkt.<sup>183</sup> Alle Sozialleistungsträger die Leistungen zu Rehabilitation schulden haben nun denselben Begriff der Behinderung nach § 2 I SGB IX zugrunde zu legen. Die Bezeichnung der Leistungen zur Teilhabe, § 5 und §§ 26, 33, 44, 55 SGB IX, wurde vereinheitlicht: Nach § 5 SGB IX sind nun folgende Leistungen in allen Bereichen des Rehabilitationsrechts zu unterscheiden:

- Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, §§ 26 ff SGB IX
- Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, §§ 33 ff SGB IX
- unterhaltssichernde und andere ergänzende Leistungen, §§ 44, 45 SGB IX
- Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft, §§ 55 ff SGB IX.

Die Systematik findet man in allen Spezialgesetzen der Leistungsträger wieder und auch in der Einweisungsvorschrift, § 29 SGB I.

Für alle Rehabilitationsleistungen gelten nun identische Zielbestimmungen, § 4 SGB IX. Das Antragsverfahren und die Erstattung selbst beschaffter Leistungen nach §§ 14, 15 SGB IX wurden zentral geregelt, um die Auswirkungen negativer Zuständigkeitsstreitigkeiten auf den behinderten Menschen abzumildern. Persönliche Budgets, § 17 SGB IX, sollen die Selbstbestimmung und Einflussnahme des behinderten Menschen auf seine Rehabilitation sicherstellen. Für alle Rehabilitationsträger gilt nun, dass Rente erst gezahlt werden darf und Pflegeleistungen erst angebracht sind, wenn alle Rehabilitationsleistungen ausgeschöpft sind, § 8 SGB IX. Auch gilt der

---

<sup>183</sup>Ehmann in: Fasselt/ Schellhorn (Hrsg.), HSRB, Kapitel 12 Rz. 134.

Vorrang der Prävention, § 3 SGB IX. Um die Selbstbestimmung und Einflussnahme des behinderten Menschen zu stärken, wurde ein Wunsch- und Wahlrecht, § 9 SGB IX, zu Lasten aller Träger von Rehabilitationsleistungen eingeführt. Ein der Sozialversicherung völlig fremdes Prinzip der Individualisierung, § 4 II 2 SGB IX, wurde ebenfalls für alle Leistungsträger vorgeschrieben. Der Geltungsbereich des SGB IX erfasst alle Träger von Rehabilitationsleistungen, wie sie in §§ 6, 6a SGB IX aufgezählt sind. Träger der Leistungen zur Teilhabe (Rehabilitationsträger) sind

1. die gesetzlichen Krankenkassen
2. die Bundesagentur für Arbeit, auch für Leistungen nach dem SGB II
3. die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung
4. die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung, die Träger der Alterssicherung der Landwirte
5. die Träger der Kriegsopferversorgung und die Träger der Kriegsopferfürsorge im Rahmen des Rechts der sozialen Entschädigung bei Gesundheitsschäden
6. die Träger der öffentlichen Jugendhilfe
7. die Träger der Sozialhilfe

Nicht jeder der aufgezählten Rehabilitationsträger bietet alle Arten möglicher Rehabilitationsleistungen an. § 6 I SGB IX gibt einen Überblick über die bei dem jeweiligen Träger verfügbaren Leistungen.

Das SGB IX löste auch das Schwerbehindertengesetz ab und fasst die dort geregelten Materien, insbesondere auch verschiedene Nachteilsausgleiche in §§ 68 ff SGB IX zusammen. Im Verhältnis zu den Leistungen der anderen Rehabilitationsträger gilt die Systems subsidiarität der Eingliederungshilfe nach dem § 2 II SGB XII. Diese gilt auch gegenüber dem Jugendhilfeträger und den dort vorgesehen Eingliederungshilfeleistungen, § 35a SGB VIII, für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche, § 10 IV SGB VIII. Als Sozialhilfeleistung ist sie bedürftigkeitsabhängig und primär den Leistungsgrundsätzen des SGB XII, wie dem Grundsatz der familiengerechten Hilfe, § 16 SGB XII, Individualisierungsgrundsatz und einem großzügigeren Wunsch- und Wahlrecht, § 9 Abs. 1 u. 2 SGB XII, verpflichtet. Anders als die sozialversicherungsrechtlichen Rehabilitationsleistungen, die in aller Regel auf Antrag zu erbringen sind, § 19 SGB IV, gilt für die Eingliederungshilfe der Kennntnisgrundsatz nach § 18 SGB XII. § 53 IV SGB XII betont noch einmal die Bedeutung des SGB IX für die Eingliederungshilfe, soweit sich aus dem SGB XII und den zugehörigen Rechtsverordnungen nichts Abweichendes ergibt. Die Zuständigkeit und die Voraussetzungen für die Leistungen zur Teilhabe richten sich ausschließlich nach dem SGB XII.

#### **4.2.2.2. Leistungsberechtigte Personen**

Einen Anspruch auf Eingliederungshilfe, § 53 I 1 SGB XII haben wesentlich behinderte Menschen, d.h. Menschen die in ihrer Möglichkeit der sozialen Teilhabe erheblich beeinträchtigt sind. § 53 I SGB XII bezieht sich auf den einheitlichen Behindertenbegriff des § 2 I 1 SGB IX. Soweit keine wesentliche Behinderung vorliegt, kommen Ermessensleistungen nach § 53 I 2 SGB XII in Betracht.

Der Behinderung können körperliche, geistige oder auch seelische Einschränkungen zu Grunde liegen. Maßstab für den Schweregrad der Behinderung ist die Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabefähigkeit. Die Wesentlichkeit der Behinderung kann anhand der §§ 1 – 3 VO zu § 60 SGB XII (Eingliederungshilfeverordnung) abgeschätzt werden.<sup>184</sup> Dort sind verschiedene Formen wesentlicher Behinderung bezeichnet. Eine Behinderung im Rechtssinne ist an dieser Stelle auch die drohende Behinderung, wie sie in § 53 II SGB XII legaldefiniert ist.

#### **4.2.2.3. Inhalt und Ziel der Leistungen**

§ 53 I und III SGB XII beschreiben den Charakter der Eingliederungshilfeleistungen hinsichtlich ihres Zieles. In diesen Zielbestimmungen kommt zum Ausdruck, dass die Teilhabe am Leben in seinen verschiedenen Facetten bei allen Leistungen eine zentrale Rolle spielt. Ziel ist die Eingliederung in das gesellschaftliche Leben. Zusätzlich genannt werden Teilaspekte wie gesundheitlichen Auswirkungen zu kompensieren oder zu verbessern, eine Eingliederung in die Gemeinschaft zu ermöglichen, sowie einen angemessenen Beruf oder eine angemessene Tätigkeit auszuüben.

Hinsichtlich der Mittel verweist § 54 I Einleitungssatz SGB XII auf einzelne Leistungsgruppen nach dem SGB IX und bezieht dabei folgende Gruppen ein:

- Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nach § 26 SGB IX, also beispielsweise die Behandlung durch Ärzte, Zahnärzte und Angehörige anderer Heilberufe, soweit deren Leistungen unter ärztlicher Aufsicht oder auf ärztliche Anordnung ausgeführt werden, die Früherkennung und Frühförderung behinderter und von Behinderung bedrohter Kinder, die Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln, sowie mit Heilmitteln einschließlich physikalischer, Sprach- und Beschäftigungstherapie und die Versorgung mit Hilfsmitteln, die Psychotherapie als ärztliche und psychotherapeutische Behandlung sowie Belastungserprobung und Arbeitstherapie. § 6 DV § 60 SGB XII zählt auch den Rehabilitationssport zu den medizinischen Leistungen.

---

<sup>184</sup>Bieritz- Harder in: Bieritz-Harder/ Conradis/ Thie, Sozialgesetzbuch XII, 9. Auflage, 2012, § 53 SGB XII Rz. 11.

Die medizinischen Leistungen nach § 54 I SGB XII i.V.m. § 26 SGB IX müssen den Leistungen zur medizinischen Rehabilitation der GKV entsprechen, § 54 I 2 SGB XII. Demnach ist auch in diesem Bereich das Konzept des Rahmenrechts, die Bedeutung der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses sowie die Grundsätze zur Behandlung lebensbedrohlicher Erkrankungen zu berücksichtigen.

- Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben nach § 33 SGB IX und Leistungen im Arbeitsbereich der Werkstatt für behinderte Menschen nach § 41 SGB IX

Zu den Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben gehören unter anderem:

Hilfen zur Erhaltung oder Erlangung eines Arbeitsplatzes einschließlich Leistungen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung, die Berufsvorbereitung einschließlich einer wegen der Behinderung erforderlichen Grundausbildung, die individuelle betriebliche Qualifizierung im Rahmen Unterstützter Beschäftigung, die berufliche Anpassung und Weiterbildung, auch soweit die Leistungen einen zur Teilnahme erforderlichen schulischen Abschluss einschließen, die berufliche Ausbildung, auch soweit die Leistungen in einem zeitlich nicht überwiegenden Abschnitt schulisch durchgeführt werden, sowie sonstige Hilfen zur Förderung der Teilhabe am Arbeitsleben, um behinderten Menschen eine angemessene und geeignete Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit zu ermöglichen und zu erhalten.

Die Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben nach § 54 I SGB XII i.V.m. § 33 SGB IX müssen den Leistungen der Bundesagentur für Arbeit entsprechen, § 54 I 2 SGB XII.

- Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft nach § 55 SGB IX, die insbesondere folgende Hilfen umfassen:

Versorgung mit anderen als den in § 31 SGB IX genannten Hilfsmitteln oder den in § 33 SGB IX genannten Hilfen, heilpädagogische Leistungen für Kinder, die noch nicht eingeschult sind, Hilfen zum Erwerb praktischer Kenntnisse und Fähigkeiten, die erforderlich und geeignet sind, behinderten Menschen die für sie erreichbare Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft zu ermöglichen, Hilfen zur Förderung der Verständigung mit der Umwelt, Hilfen bei der Beschaffung, dem Umbau, der Ausstattung und der Erhaltung einer Wohnung, die den besonderen Bedürfnissen der behinderten Menschen entspricht, Hilfen zu selbstbestimmtem Leben in betreuten Wohnmöglichkeiten und Hilfen zur Teilhabe am gemeinschaftlichen und kulturellen Leben.

Die Hilfe zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft ist auch als behindertengerechte Beschäftigung (§ 41 SGB IX) im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens zu leisten, § 56 SGB XII.

Die nach §§ 26, 33, 55 SGB IX aufgezählten Leistungen sind nicht als abgeschlossener Katalog zu verstehen, sondern offen für weitere unbenannte Leistungen, die in erster Linie an ihrem Zweck orientiert einzuordnen sind. Die übrigen in § 54 I in den Nrn. 1- 5 SGB XI bezeichneten Leistungen sind ebenfalls nicht abschließend aufgezählt. Die in Nrn. 1 – 5 genannten Leistungen betreffen in erster Linie schulische Hilfen und Möglichkeiten behindertengerechter Beschäftigung.

Weitere Hilfen werden oft unter Zuordnung zu einer oder mehreren Leistungsgruppen, je nach Ziel des eingesetzten Mittels in §§ 8 ff VO zu § 60 SGB XII benannt. Dazu gehören unter anderem: Hilfe zur Beschaffung eines Kraftfahrzeuges, andere Hilfsmittel, Schulbildung, allgemeine Ausbildung, Anleitung von Betreuungspersonen, schulische Ausbildung für einen Beruf, Ausbildung für eine sonstige angemessene Tätigkeit und Kosten der Begleitpersonen.

Nach § 54 II SGB XII können Besuchsbeihilfen geleistet werden. Integrierte Pflegeleistung in Eingliederungshilfeeinrichtungen sind nach § 55, 1 SGB XII vorgesehen. Ein persönliches Budget kann nach § 57 SGB XII i.V.m. § 17 SGB IX eingesetzt werden, um Leistungen verschiedener Träger unter Beobachtung eines koordinierenden Trägers zusammen zu fassen.

§ 58 SGB XII sieht die Aufstellung eines Gesamtplanes vor. In Fällen, in denen verschiedene Maßnahmen der Rehabilitation in Betracht kommen, findet durch den Gesamtplan eine Abstimmung statt, um den Erfolg der eingesetzten Leistungen zu sichern. Der Gesamtplan ist kein Verwaltungsakt, da er keine rechtsverbindlichen Regelungen trifft.<sup>185</sup>

§ 60a SGB XII regelt für Leistungsberechtigte der Eingliederungshilfe einen angemessenen Betrag Vermögensfreibetrag für angemessene Lebensführung oder Aufrechterhaltung einer angemessenen Alterssicherung nach § 90 Abs. 3 S. 2 SGB XII. Der Einkommens- und Vermögenseinsatz richtet sich nach §§ 85 ff und § 90 SGB XII.

#### **4.2.2.4. Änderungen der Eingliederungshilfe durch das Bundesteilhabegesetz ab 1.1.2018**

Da Bundesteilhabegesetz ist ein umfangreiches Artikelgesetz, das zahlreiche Sozialgesetzbücher ändert und ein stufenweises Inkrafttreten dieser Änderungen vorsieht. Das Ziel ist die (formale) Ausgliederung der Eingliederungshilfe aus dem SGB XII und seine Überführung in das SGB IX. Abs. 1.1.2020 werden dort die Regelungen der Eingliederungshilfe als 2. Teil des SGB IX (§§ 90 ff

---

<sup>185</sup>Wahrendorf in: Grube/ Wahrendorf, SGB XII Sozialhilfe, 4. Auflage, 2012, § 58 Rz. 3.

SGB XII) eingefügt. Das Bundesteilhabegesetz ist im BGBl. I vom 29.12.2016 S. 3234 veröffentlicht. Das Inkrafttreten regelt Artikel 26. Betreffend die Eingliederungshilfe nach §§ 99 ff SGB IX tritt zum 1.1.2018 lediglich das neue Leistungserbringerrecht der Eingliederungshilfe, § 123 ff SGB IX in Kraft. Bis 1.1.2020 ist die Eingliederungshilfe weiterhin im SGB XII geregelt. Da aber der reformierte Teil 1 des SGB IX über die Regelungen für Menschen mit Behinderungen und von Behinderung bedrohten Menschen bereits am 1.1.2018 in Kraft tritt, zieht dies einige Folgeänderungen in der Eingliederungshilfe des SGB XII nach sich. Die Eingliederungshilfe nach §§ 53 ff SGB IX wird in einem Übergangszeitraum bis 1.1.2020 auf das Rehabilitationsrecht im Teil 1 des SGB IX abgestimmt.

#### **4.2.2.4.1. Leistungsberechtigte**

Der personelle Anwendungsbereich der §§ 53 ff SGB IX bleibt zunächst unverändert. Erst 2023, wenn auch ein neuer, der Methodik dem Begriff der Pflegebedürftigkeit ähnelnder Begriff der Behinderung eingeführt wurde, sind hier ggf. andere Anknüpfungspunkte zu erwarten. Im Zuge der Reform des Behinderungsbegriffes der Eingliederungshilfe soll auch die EingliederungshilfeVO überarbeitet werden, Art 26 Abs. 5 BTHG. Hinsichtlich des Kreises der Leistungsberechtigten werden derzeit keine Änderungen erwartet.

#### **4.2.2.4.2. Leistungen**

§ 54 Abs. 1 S. 1 SGB XII sieht ab 1.1.2018 vor, dass das bisherige Recht (das bis zum 31.12.2017 geltende) über die medizinischen Leistungen und die Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft weitergilt. Unverändert bleiben auch die in § 54 SGB XII aufgezählten Leistungen für Bildung. Neuregelungen erfahren Gesamtplan und Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben. Das Gesamtplanverfahren ist in § 141 ff SGB XII geregelt. Regelungen zur Teilhabe am Arbeitsleben enthält § 140 SGB XII. Sie richten sich nach dem SGB IX und sind in § 140 Abs. 2 - 4 SGB IX abschließend aufgezählt.

#### **4.2.3. Hilfe zur Pflege §§ 61 bis 66 SGB XII**

Die Hilfe zur Pflege nach §§ 61 ff SGB XII ergänzt die Leistungen der Sozialen Pflegeversicherung. Aufgrund der Deckelung der Leistungen der Pflegeversicherung nach dem SGB XI muss der Pflegebedürftige auf eigene Mittel zurückgreifen, um seinen Bedarf zu decken. Sind die eigenen Mittel nicht ausreichend, ist eine Inanspruchnahme der Hilfe zur Pflege möglich.

Die Hilfe zur Pflege und die Leistungen der Pflegeversicherung sind eng verzahnt und auf einander bezogen.

Der Leistungsfall der Hilfe zur Pflege und der Versicherungsfall der Pflegeversicherung wurden durch das Dritte Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung<sup>186</sup> abgestimmt. Durch im Wortlaut identische Beschreibungen der Voraussetzungen des Versicherungsfalls und zugehöriger Legaldefinitionen wird ein einheitlicher Bedarfstypus vorgeschrieben.

Auch in der Hilfe zur Pflege unterscheiden sich die Leistungen anhand der Einstufung des Leistungsberechtigten nach Pflegegraden. Pflegebedürftige der Pflegegrade 2 bis 5 erhalten die in § 63 Abs. 1 SGB XII aufgezählten Leistungen, die sich zum Teil mit denen der Pflegeversicherung decken.

(1) Die Hilfe zur Pflege umfasst für Pflegebedürftige der Pflegegrade 2 bis 5

1. häusliche Pflege in Form von
  - a) Pflegegeld (§ 64a),
  - b) häuslicher Pflegehilfe (§ 64b),
  - c) Verhinderungspflege (§ 64c),
  - d) Pflegehilfsmitteln (§ 64d),
  - e) Maßnahmen zur Verbesserung des Wohnumfeldes (§ 64e),
  - f) anderen Leistungen (§ 64f),
2. teilstationäre Pflege (§ 64g),
3. Kurzzeitpflege (§ 64h),
4. einen Entlastungsbetrag (§ 64i) und
5. stationäre Pflege (§ 65).

Die Begleitung in der letzten Lebensphase ist Bestandteil der Leistungen der Hilfe zur Pflege.

Die Hilfe zur Pflege umfasst für Pflegebedürftige des Pflegegrades 1 laut § 63 Abs. 2 SGB XII

1. Pflegehilfsmittel (§ 64d),
2. Maßnahmen zur Verbesserung des Wohnumfeldes (§ 64e) und
3. einen Entlastungsbetrag (§ 66).

Die Integration in ein persönliches Budget ist möglich, § 63 Abs. 3 SGB XII.

#### **4.2.3.1. Der leistungsberechtigte Personenkreis**

Anspruch auf Hilfe zur Pflege haben § 17 I, § 19 III, § 61, 1 SGB XII haben pflegebedürftige Personen. Der Begriff der Pflegebedürftigkeit ist gesetzlich geregelt. Der Begriff der

---

<sup>186</sup>BGBl I 2016, 3191

Pflegebedürftigkeit wurde aus dem SGB XI in seiner Fassung nach dem 2. Pflegestärkungsgesetz in das SGB XII übernommen. Maßgeblich ist nun nach § 61a Abs. 1 S. 1 SGB XII, dass der Leistungsberechtigte gesundheitlich bedingte Einschränkungen der Selbständigkeit und Fähigkeiten aufweist und deshalb der Hilfe durch andere Bedarf. Es wird nicht zwischen kognitiven, körperlichen oder psychischen Störungen unterschieden, § 61 Abs. 1 S. 2 SGB XII. Elemente des pflegerischen Bedarfs sind in § 61a Abs. 2 SGB XII aufgeführt und gleichen denen des § 14 II SGB XI. Diese sog. Elemente werden auch Module genannt, da das Begutachtungsinstrument des § 15 II SGB XII an sie anknüpft um den Grad der Pflegebedürftigkeit zu ermitteln. Der Grad der Pflegebedürftigkeit wird im Grundsatz genau wie in der Pflegeversicherung ermittelt, § 62 SGB XII.

Auch hier werden 5 Pflegegrade unterschieden, § 61b I und § 61 c I u. II SGB XII.

Die Entscheidung der Pflegekasse über den Pflegegrad ist für den Träger der Sozialhilfe in der Regl auch bindend. Dies gilt, soweit die Entscheidung auf denselben Tatsachen beruht, wie die Entscheidung der Pflegekasse, § 62a SGB XI.

#### **4.2.3.2. Die Leistungen der Hilfe zur Pflege**

Wie aus § 63 Abs. 1 und 2 SGB XII ersichtlich ist der Leistungsumfang in Abhängigkeit vom Pflegegrad unterschiedlich ausgeprägt. Inhaltlich weitgehend mit der Pflegeversicherung identische Leistungen erhalten Menschen, die in die Pflegegrade 2 – 5 eingestuft wurden. Der Leistungskatalog für Menschen, die in den Pflegegrad 1 eingeordnet wurden, ist der Leistungskatalog eingeschränkt.

Stationäre und häusliche Pflege werden nach dem notwendigen pflegerischen Bedarf bemessen, § 63a SGB XI. Dies entspricht den Grundsätzen der Bedarfsdeckung und Individualisierung § 9 I SGB XII.

Die Leistungen stehen in einem internen Rangverhältnis. Nach den allgemeinen Leistungsgrundsätzen der Sozialhilfe gilt: ambulant vor stationär, § 13 I SGB XII. Die Regelung des § 64 SGB XII, wonach der Sozialhilfeträger darauf hinwirken soll, dass Nachbarschaftshilfe und Nahestehende oder ehrenamtliche Helfer die häusliche Pflege übernehmen sollen, führt zur Nachrangigkeit der Sachleistungen. wird ebenfalls als vorrangige Leistung angesehen. Nach dem Konzept der ambulanten Pflege im SGB XII soll der Pflegebedürftige seinen Bedarf also zunächst durch die Hilfe engagierter Laien statt durch Fachkräfte decken, die er dann mit dem gegenüber der Sachleistung erheblich reduzierten Pflegegeld belohnen kann. Kombinationsleistungen wie in § 38 SGB XI sind im SGB XII nicht vorgesehen. Akzessorisch zum Pflegegeld gibt es andere



Leistungen nach § 64f Abs. 1 SGB XII, wonach die Aufwendungen für die Pflegeperson oder einer besonderen Pflegekraft für eine angemessene Alterssicherung zu erstatten sind.

Die Höhe des Pflegegeldes ergibt sich aus dem Grad der Pflegebedürftigkeit aus § 37 I SGB XI. Wenn Pflegebedürftigkeit nicht für den gesamten Kalendermonat vorliegt, wird das Pflegegeld für jeden Tag um ein Dreißigstel gekürzt, § 64a II 1 und 2 SGB XII. Das Pflegegeld wird bis zum Ende des Kalendermonats geleistet, in dem der Pflegebedürftige gestorben ist, § 64 II 3 SGB XII. § 64 III SGB XII lässt die Leistungspflicht des Sozialhilfeträgers entfallen, wenn die Pflegekasse ihre Leistungen nach § 37 VI SGB XI ganz oder teilweise einstellt. Dazu ist sie berechtigt, wenn Pflegeeinsätze nach § 37 III 1 SGB XI nicht abgerufen wurden.

Der Anspruch auf Hilfe zur Pflege umfasst aber auch nach § 64b I SGB XII häusliche Pflege als Sachleistung für Pflegebedürftige der Grade 2 – 5. Häusliche Pflege setzt voraus, dass eine eigene Häuslichkeit vorhanden ist. Die Möglichkeit einer eigenen Haushaltsführung muss also in der konkreten Unterbringungssituation bestehen.<sup>187</sup> Dies ist gesetzlich ausgeschlossen, soweit der Pflegebedürftige sich in einer teilstationären oder vollstationären Einrichtung aufhält, § 63b Abs. 3 SGB XII. Abweichend von § 36 IV 1 SGB XI wird jedoch nicht darauf hingewiesen, dass auch die Pflege in einem fremden Haushalt möglich ist. Die häusliche Pflege ist subsidiär zum Pflegegeld, § 64b Abs. 1 S. 1 2.HS SGB XII.

Ebenfalls nur für Pflegebedürftige des Grades 2 – 5 wird Verhinderungspflege angeboten, die ähnlich wie die für denselben Personenkreis angebotene Kurzzeitpflege § 64 h SGB XII, die häusliche Pflege im Falle der Verhinderung der Pflegeperson vorübergehend ablösen soll. Akzessorisch zu häuslicher Pflege sind für eine Beratung der Pflegeperson angemessene Kosten zu übernehmen, § 64 f Abs. 2 SGB XII.

Neben Leistungen bei stationärer Pflege sind auch Leistungen zum Lebensunterhalt gem. § 27 b SGB XII möglich. Ferner sind Pflegeleistungen als Teil eines persönlichen Budgets § 63 III SGB XII und § 35a SGB XI, § 17 II – IV SGB IX i.V.m. Budget VO möglich. Bei der Auswahl der konkreten Form der Hilfe zur Pflege sind auch die Leistungsgrundsätze des SGB XII zu beachten. Dazu gehören u.a. das Wunsch- und Wahlrecht, § 9 II, III SGB XII, der Grundsatz der familiengerechten Hilfe § 16 SGB XII sowie der Grundsatz des Vorranges ambulanter Hilfen, § 13 I 2, 3 SGB XII.

---

<sup>187</sup>Kaiser in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 01.03.2013, § 63 SGB XII Rz. 3.

Ausweislich der Gesetzesbegründung, sind Pflegeleistungen weiterhin inhaltlich nicht mit Leistungen der Eingliederungshilfe identisch,<sup>188</sup> sodass sie nicht als gleichartige Leistungen nach § 63b Abs. 1 und 2 SGB XII auf Pflegeleistungen angerechnet werden können. Dafür spricht auch § 13 III 3 SGB XI.

§ 66a SGB XII regelt für erwerbstätige Pflegebedürftige einen angemessenen Betrag Vermögensfreibetrag für angemessene Lebensführung oder Aufrechterhaltung einer angemessenen Alterssicherung nach § 90 Abs. 3 S. 2 SGB XII.

#### **4.2.4. Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten §§ 67 bis 69 SGB XII**

Der Anspruch nach § 17 I 1, § 67 1 SGB XII auf Hilfe zur Überwindung von besonderen sozialen Schwierigkeiten bietet die Grundlage bei besonders komplexen Bedarfssituationen mit massgeschneiderter Unterstützung reagieren zu können. Es gibt verschiedene Lebenssituationen, die über die Schwierigkeiten bei der Verwirklichung üblicher Lebensrisiken hinausgehen und die als gesicherter Anwendungsbereich der Hilfe gelten. Allerdings ist gerade die Hilfe nach § 67 SGB XII in besonderem Maße zukunfts- und wertungsoffen. Die Durchführungsverordnung § 69 SGB XII, Verordnung zur Durchführung der Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten, konkretisiert die Hilfen zwar hinsichtlich leistungsberechtigtem Personenkreis und Inhalt der Hilfeleistungen. Die Rechtsverordnung ist jedoch aus Gründen der Normenhierarchie nicht in der Lage den Inhalt der gesetzlichen Regelungen zu ändern. Zudem stellt auch die Verordnung selbst regelmäßig klar, dass dort keine abschließenden Leistungen geregelt sind.

##### **4.2.4.1. Leistungsberechtigter Personenkreis**

Voraussetzung für einen Anspruch auf Hilfe ist das Vorliegen besonderer Lebensverhältnisse. Die DVO nach § 69 SGB XII bietet eine Definition dieses Begriffes in § 1 II DVO § 69 SGB XII an. Ergänzend kann man mit der Literatur nachteilige Umstände existenzieller Grundbedürfnisse als besondere Lebensverhältnisse einordnen.<sup>189</sup> Diese nachteiligen Umstände bestehen in einer besonderen Mangelsituation, die sich in ihrer Art und Intensität von der Verwirklichung und dem Eintritt eines allgemeinen Lebensrisikos unterscheidet.<sup>190</sup> Die Lebenslage muss mit sozialen Schwierigkeiten im Zusammenhang stehen. § 1 III DVO § 69 SGB XII bietet eine Definition für die sozialen Schwierigkeiten. § 1 III VO führt exemplarisch vier Lebensbereiche auf, in denen solche sozialen Schwierigkeiten im Sinne von Interaktionsschwierigkeiten des Betroffenen mit der

<sup>188</sup> BT- Drs. 18/10510 S. 127

<sup>189</sup>Kaiser in: Rolf/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 01.03.2013, § 67 SGB XII Rz. 3.

<sup>190</sup>Bieback in: Grube/Wahrendorf, SGB XII Sozialhilfe, 4. Auflage 2012 § 67 Rz. 7.

Umwelt, Bedeutung haben können.<sup>191</sup> Die Aufzählung ist nicht abschließend („insbesondere“). Soziale Schwierigkeiten müssen über eine sog. „allgemeinen Lebenskrise“ wie Arbeitslosigkeit, wirtschaftliche Schwierigkeiten, Krankheit oder Ehezerwürfnisse hinausgehen. Ausschlaggebend ist das ausgrenzende Verhalten des Hilfesuchenden oder von Personen in seiner Umwelt. Auch unmittelbar drohende soziale Schwierigkeiten reichen aus.

#### **4.2.4.2. Inhalt der Leistungen**

§ 68 I 1. Halbsatz SGB XII beschreibt die Leistungen der Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten durch ein allgemeines Ziel. Im 2. Halbsatz werden die Maßnahmen hinsichtlich der Mittel und ausgewählter spezieller Ziele konkretisiert. Die Aufzählung in § 68 I 1 SGB XII ist nicht abschließend. Danach umfasst die Hilfe:

- Beratung und persönliche Betreuung, vgl. a. § 3 DVO
- Hilfen zur Ausbildung, Erlangung und Sicherung eines Arbeitsplatzes, vgl. a. § 5 DVO
- Maßnahmen zur Erhaltung und Beschaffung einer Wohnung, vgl. a. § 4 DVO
- Hilfen zum Aufbau und zur Aufrechterhaltung sozialer Beziehungen und zur Gestaltung des Alltags, vgl. a. § 6 DVO (nicht abschließend)

Art und Umfang der Hilfen werden ergänzend in § 2 DVO § 69 SGB XII beschrieben. § 2 I 1 DVO § 69 SGB XII enthält eine weitere Zielvorgabe, die sich am sozialhilferechtlichen Grundsatz des § 1 SGB XII orientiert. Mögliche Hilfearten im Sinne des § 2 I 1 DVO werden durch § 2 II 1 SGB XII festgelegt. Möglich sind Dienstleistungen, Geldleistungen oder auch Sachleistungen, § 10 SGB XII. § 2 II SGB XII betont die zentrale Bedeutung der Beratung und Unterstützung für das Ziel. Inhalt und Form der Beratung und persönlichen Unterstützung werden in § 3 DVO näher beschrieben. Die Bedingungen für stationäre Hilfen werden in § 2 V 1 DVO festgelegt.

In § 68 I 2 ist vorgesehen, dass der individuelle Hilfeprozesses in geeigneten Fällen geplant wird. § 2 III 2 ff, IV, V 2 der DVO konkretisieren diese Verpflichtung. § 2 III 1 DVO sieht ein Beteiligungsrecht des Hilfeberechtigten bei der Ermittlung und Feststellung des Hilfebedarfs und bei der Erstellung und Fortschreibung des Gesamtplanes vor.

§ 67 I 2 SGB XII regelt einen internen Nachrang. Die Leistungen nach § 67 SGB XII sind gegenüber allen anderen Leistungen nach dem SGB XII und dem SGB VIII nachrangig.

#### **4.2.5. Hilfe zur Weiterführung des Haushalts § 70 SGB XII**

---

<sup>191</sup>Bieback in: Grube/ Warendorf, SGB XII Sozialhilfe, 4. Auflage, 2012, § 67 Rz. 16.

Die Hilfe zur Weiterführung des Haushaltes nach § 70 SGB XII reiht sich in eine Vielzahl von Ansprüchen auf Haushaltshilfen, die über die Sozialgesetzbücher verstreut sind ein. Diese in der Regel vorrangigen Ansprüche stehen im Zusammenhang mit speziellen Bedarfslagen, die durch Behinderung, Krankheit, Schwangerschaft oder auch durch die Erziehung eines Kindes geprägt sind. § 70 SGB XII knüpft nicht an spezifische Bedarfslagen an. Die Hilfe ergänzt das Sozialleistungsspektrum als Auffangtatbestand.

Der Anspruch steht Personen mit eigenem Haushalt zu. Keiner der Haushaltsangehörigen darf den Haushalt führen können. Hinsichtlich der Fähigkeit des Haushaltsangehörigen den Haushalt zu führen bildet das objektive Können, die subjektive Fähigkeit sowie die Zumutbarkeit die Grundlage für eine Einzelfallbetrachtung.<sup>192</sup>

Die Weiterführung des Haushalts ist geboten, wenn die Auflösung des Haushalts droht, und dies den Zielen der Sozialhilfe zuwider liefe. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn minderjährige Kinder oder pflegebedürftige Personen zum Haushalt gehören, die im Fall der Auflösung des Haushalts (vorübergehend) fremd untergebracht werden müssten. Der Grundsatz der familiengerechten Hilfe, § 16 SGB XII, sowie weitere sozialhilferechtliche Grundsätze (§§ 1, 14, 15 SGB XII) sind bei der Ermittlung der Ziele, die für die Erhaltung des Haushalts sprechen zu berücksichtigen.

Es besteht regelmäßig ein Rechtsanspruch auf diese Leistung, die nur in besonders begründungsbedürftigen Ausnahmefällen versagt werden darf.<sup>193</sup> Inhalt des Anspruchs sind Leistungen zur Weiterführung des Haushaltes. Inhaltlich sind sie in § 70 II SGB XII beschrieben als persönliche Betreuung von Haushaltsangehörigen sowie die sonstige zur Weiterführung des Haushaltes erforderliche Tätigkeit.

#### **4.2.6. Altenhilfe § 71 SGB XII**

Die Altenhilfe nach § 71 SGB XII soll alle Hilfearten des SGB XII im Hinblick auf altersspezifische Bedarfslagen ergänzen und altersspezifischen Sonderbedarf auffangen.<sup>194</sup> Daneben sind jedoch Leistungen für anderweitig beschriebene Bedarfe, die evtl. ebenfalls typischerweise alte Menschen betreffen, möglich. Dies gilt auch für die Hilfe zur Pflege und die Eingliederungshilfe.

---

<sup>192</sup>Kaiser in: Rofls/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 01.03.2013, § 70 SGB XII Rz. 4.

<sup>193</sup>Bieritz-Harder in: Bieritz-Harder/ Conradis/ Thie, Sozialgesetzbuch XII, 9. Auflage, 2012, § 70 Rz. 2.

<sup>194</sup>Ehmann in: Fasselt/ Schellhorn, HSRB, Kapitel 12, Rz. 210.

Nach §§ 17 I, 19 III 1, 71 I und III SGB XII sind alte Menschen leistungsberechtigt. Eine gesetzliche Festlegung des Begriffs alter Mensch ist nicht vorgesehen. Üblicherweise wird das Erreichen der Regelaltersgrenze für den Rentenbezug ( vgl. § 41 II SGB XII) vorausgesetzt. Zwingende Leistungsvoraussetzung ist dies nicht, da § 71 III SGB XII vorsieht, dass auch Hilfe geleistet wird, wenn sie zur Vorbereitung auf das Alter dient, sowie wenn und soweit altersbedingte Beschwerden oder Anpassungsschwierigkeiten bestehen. Dazu kann das absehbare Ausscheiden aus dem Berufsleben oder der Auszug von Kindern aus dem Elternhaus gehören.<sup>195</sup> Die Altersgrenze kann hier unter dem 60ten Lebensjahr liegen.

In der Regel ist auch die Leistung von Altenhilfe von den Voraussetzungen des § 19 III SGB XII abhängig. § 71 IV SGB XII regelt eine Ausnahme dazu. Danach ist in der Regel Altenhilfe ohne Anrechnung von Einkommen und Vermögen zu leisten, wenn es um erforderliche Beratungs- und Unterstützungsleistungen geht.

Bei den Anspruchsgrundlagen handelt es sich um soll Regelungen. Es besteht ein Rechtsanspruch auf diese Leistungen. Nur in besonders begründungsbedürftigen Ausnahmefällen dürfen sie versagt werden. Die möglichen Leistungen sind in § 71 II SGB XII nicht abschließend aufgezählt. Der Zweck der aufgezählten und unbenannten Leistungen ist in § 71 I 2 SGB XII beschrieben. Die Altenhilfe soll dazu beitragen, Schwierigkeiten, die durch das Alter entstehen, zu verhüten, zu überwinden oder zu mildern und alten Menschen die Möglichkeit zu erhalten, am Leben in der Gemeinschaft selbstbestimmt teilzunehmen und ihre Fähigkeiten zur Selbsthilfe zu stärken. Dieses Ziel gilt sowohl für die Ansprüche nach § 71 I 1 SGB XII, als auch für diejenigen nach § 71 III SGB XII. In Betracht kommen Geldleistungen, Sach- und Dienstleistungen, § 10 SGB XII, sowie Beratungs- und Unterstützungsleistungen, § 11 SGB XII. Wesentliches Ziel der Altenhilfe ist der Erhalt sozialer Kontakte, der selbstbestimmten Lebensführung in einer selbstgewählten Umwelt und die Ermöglichung gesellschaftlicher Teilhabe.

#### **4.3. Einkommen und Vermögen im Rahmen der Hilfen nach Kapitel 5 – 9 SGB XII**

Während die Grundsicherung und die Hilfe zum Lebensunterhalt mit einer gesetzlichen Bemessung des Bedarfes gleichzeitig das einzusetzende Einkommen und Vermögen zur Deckung dieses Bedarfs festlegen, sind die Hilfen nach dem Kapitel 5 – 9 dadurch gekennzeichnet, dass Einkommen hier nur oberhalb bestimmter Einkommensgrenzen einzusetzen ist. Diese Einkommensgrenzen sind in § 85 SGB XII geregelt. § 85 SGB XII differenziert nach der Volljährigkeit der nachfragenden (also hilfeberechtigten) Person. Verschont bleiben in beiden

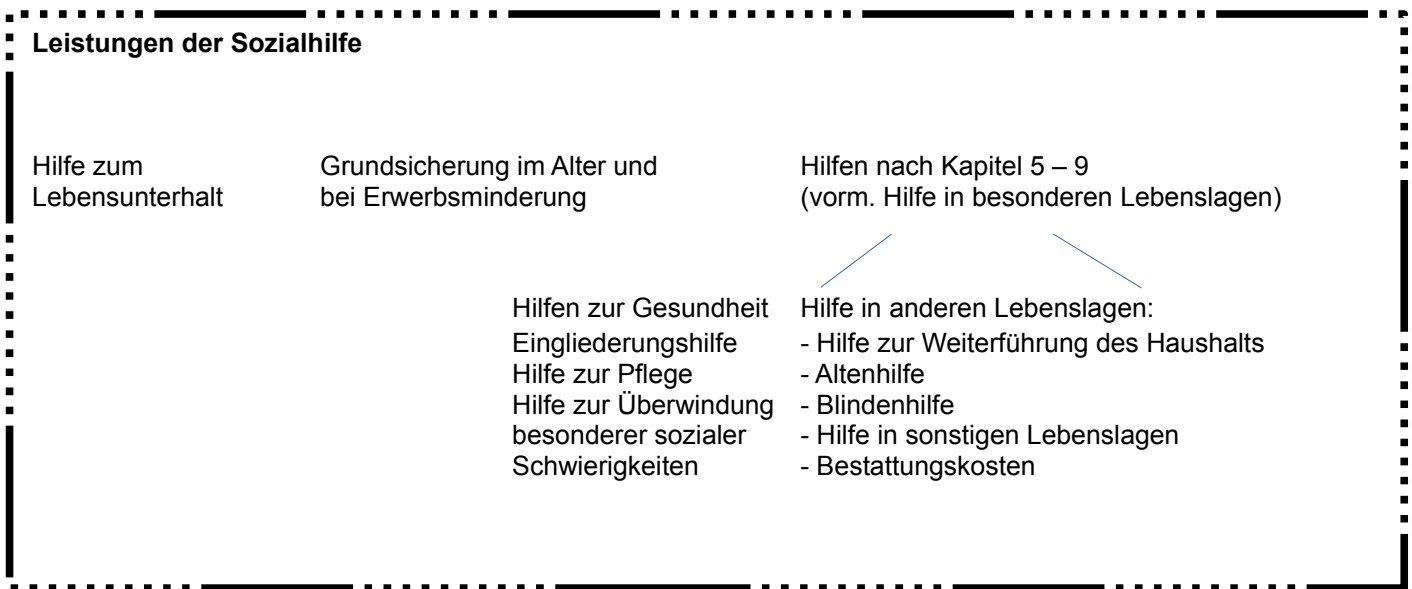
---

<sup>195</sup>Bieritz-Harder in: Bieritz-Harder/ Conradis/ Thie, Sozialgesetzbuch XII, 9. Auflage, 2012, § 71 Rz. 22.

Fällen ein Grundfreibetrag, angemessene Kosten der Unterkunft und ein Familienzuschlag. Der Grundbetrag leitet sich aus der doppelten Regelbedarfsstufe 1 ab. Auch der Familienzuschlag wird aus der Regelbedarfsstufe 1 abgeleitet und mit 70 % dessen festgelegt. Der Familienzuschlag wird mehrfach berücksichtigt, wenn mehrere abhängige Personen, wie Ehegatten, Eltern und Kinder zu berücksichtigen sind, §§ 85 I Nr. 3, II Nr. 3 SGB XII. Das Einkommen oberhalb dieser Einkommensgrenze ist in angemessenem Umfang einzusetzen, § 87 I 1 SGB XII. Besondere Maßgaben bzgl. des Einkommenseinsatzes bei pflegebedürftigen und behinderten Menschen sind in § 87 I 3 SGB XII und § 88 II SGB XII vorgesehen. Bei Pflegebedürftigen der Pflegegrade 4 und 5 und blinden Menschen nach § 72 SGB XII ist ein Einsatz des Einkommens über der Einkommensgrenze in Höhe von mindestens 60 vom Hundert nicht zuzumuten, § 87 I 3 SGB XII. Bei einer stationären Leistung in einer stationären Einrichtung wird von dem Einkommen, das der Leistungsberechtigte aus einer entgeltlichen Beschäftigung erzielt, die Aufbringung der Mittel in Höhe von einem Achtel der Regelbedarfsstufe 1 zuzüglich 50 vom Hundert des diesen Betrag übersteigenden Einkommens aus der Beschäftigung nicht verlangt, § 88 II SGB XII.

Der Vermögenseinsatz entspricht weitgehend den Regelungen der Grundsicherung und Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII und ist in § 90 SGB XII geregelt. § 90 II SGB XII sieht allerdings inhaltlich besondere Schonvermögen für Pflegebedürftige oder behinderte Leistungsberechtigte vor. Dazu gehört die Erhöhung des kleinen Barbetrags nach § 90 II Nr. 9 SGB XII für alle Leistungsberechtigten nach dem Kapitel 5 – 9 SGB XII, vgl. § 1 I Nr. 1 b VO zu § 90 II Nr. 9 SGB XII (Barbetragsverordnung). Ferner wird eine besondere erhöhte Freigrenze für den Barbetrag bei Pflegebedürftigen der Pflegegrade 4 und 5 und 72 SGB XII in § 1 I 2 VO zu § 90 II Nr. 9 SGB XII festgelegt, soweit mehrere behinderte oder pflegebedürftige Personen zu berücksichtigen sind. § 90 II Nr. 3 SGB XII sieht die Verschonung eines sonstigen Vermögens vor, solange es nachweislich zur baldigen Beschaffung oder Erhaltung eines angemessenen Hausgrundstücks bestimmt ist und soweit es Wohnzwecken behinderter (§ 53 I 1 SGB XII und § 72 SGB XII) oder pflegebedürftiger Menschen (§ 61 SGB XII) dienen soll. Die Angemessenheit eines Hausgrundstückes im Sinne des § 90 II Nr. 8 SGB XII richtet sich ausdrücklich auch nach dem Wohnbedarf behinderter, blinder oder pflegebedürftiger Menschen.

Leistungsberechtigten, die Eingliederungshilfe nach § 53 ff SGB XII erhalten und denjenigen die Hilfe zur Pflege nach § 61 ff SGB XII erhalten und erwerbstätig sind, steht ein zusätzlicher anrechnungsfreier Betrag nach §§ 60a und 66a SGB XII zu.



**Abb. XX**

Wiederholungsfragen

- Welche Leistungsarten umfasst die Sozialhilfe nach dem SGB XII ?
- Welche gesetzliche Regelung gewährleistet den verfassungsrechtlichen Anspruch auf das soziokulturelle Existenzminimum?
- Welches Ziel haben die Sozialhilfeleistungen nach dem SGB XII ?
- In welcher Form wird Sozialhilfe nach dem SGB XII geleistet?
- Was bedeutet der „bedingte“ Vorrang der Geldleistung nach dem SGB XII?
- Was ist der Unterschied zwischen Regelbedarfen und Regelsätzen?
- Wie viele Regelbedarfsstufen gibt es und wo ist dies geregelt?
- Wie ermittelt man die inhaltlichen Positionen des Regelsatzes?
- Was versteht man unter Mehrbedarfzuschlägen?
- Sind die einmaligen Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt abschließend aufgezählt?
- Gehören die Leistungen für Bildung und Teilhabe nach § 34 SGB XII zum notwendigen Lebensunterhalt? Begründen Sie Ihre Auffassung.
- Was verstehen Sie unter Einkommen im Sinne des SGB XII?
- Wie unterscheiden sich Einkommen und Vermögen i.S. der Sozialhilfe?
- Welche formellen Voraussetzungen hat die Leistung der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach § 41 SGB XII ?
- In welchem Verhältnis stehen Hilfe zum Lebensunterhalt und Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung?

- Welche Ziele haben die Hilfen nach Kapitel 5 -9 SGB XII?
- Welches untergesetzliche Recht ist im Rahmen des Hilfen nach Kapitel 5 – 9 zu berücksichtigen ?
- Beschreiben Sie das Verhältnis zwischen den Leistungen der Hilfe zur Pflege und den Leistungen der Pflegeversicherung.
- Welche Rehabilitationsträger und –leistungen kennen Sie ?
- Gibt es für die Altenhilfe eine feste Altersgrenze ?
- Welche Funktion hat die Hilfe zur Überwindung besonderer Sozialer Schwierigkeiten ?

## **5. Grundlagen des Kinder- und Jugendhilferechts**

### Orientierungsfragen

- Welche verfassungsrechtlichen Grundlagen gelten für die Kinder- und Jugendhilfe ?
- Ist das SGB VIII mehr als ein reines Sozialleistungsgesetz ?
- Welche Sozialleistungen sind im SGB VIII vorgesehen ?
- Wo liegt der Unterschied zwischen infrastrukturelle und individuellen Sozialleistungen des SGB VIII ?
- Wer kann Ansprüche aus dem SGB VIII geltend machen ?
- Welche Aspekte sind bei der Auslegung der Begriffe „Wohl des Kindes“ und „Erziehung“ zu berücksichtigen ?
- Unter welchen Voraussetzungen kann Hilfe zur Erziehung in Anspruch genommen werden ?
- Wer kommt für den Unterhalt von Kindern auf die außerhalb der Herkunftsfamilie untergebracht sind ?
- Wer ist zuständig für die Leistungen der Jugendhilfe ?
- Sind Leistungen der Jugendhilfe nur auf Antrag zu gewähren ?
- Welche Rechtsnatur hat der Hilfeplan ?
- Auf welchem Rechtsweg werden Fragen der Kinder- und Jugendhilfe verhandelt ?

### **5.1. Sozial- und verfassungsrechtliche Grundlagen der Kinder – und Jugendhilfe**

§ 8 SGB I weist auf das soziale Recht und die Ziele der öffentlichen Jugendhilfe hin. Diese Regelung ist nach der Systematik des SGB I ein soziales Recht im Sinne des § 2 SGB I. Damit begründet § 8 SGB I keinen eigenständigen Leistungsanspruch. Ein betroffener Personensorgeberechtigter oder junger Mensch kann sich zur Durchsetzung eines Anspruches



gegen einen Leistungsträger nicht auf § 8 SGB I berufen. Vielmehr bestimmen sich Voraussetzung und Inhalt eines Anspruches aus den „besonderen Teilen des SGB“, § 2 I SGB I. In diesem Fall ist der maßgebliche besondere Teil das SGB VIII.

§ 8 SGB I ist aber für die Auslegung des SGB VIII von Bedeutung. § 2 II SGB I fordert nämlich, dass das SGB VIII mit dem Ziel der möglichst weit gehenden Verwirklichung des sozialen Rechts gem. § 8 SGB I auszulegen ist.

Den verfassungsrechtlichen Hintergrund der Kinder- und Jugendhilfe bilden die Grundrechte nach Art. 2 I GG, allgemeines Persönlichkeitsrecht, als Recht des Kindes auf das „Person-Werden“, und Art 6 II 2 GG, elterliches Erziehungsrecht, als Grundrecht der Eltern.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I GG schützt das Recht des Kindes auf das „Person-Werden“. Das Grundgesetz kennt kein ausdrücklich dem Kind zugeordnetes Recht auf Erziehung und Unterhalt. Hingegen schützt das elterliche Erziehungsrecht, Art. 6 II 2 GG, die Eltern vor Eingriffen des Staates in ihr Recht, das Kind nach ihren eigenen Vorstellungen zu erziehen. Es kommt vorrangig den Eltern zu, dieses Erziehungsrecht im Sinne des Kindes zu verwirklichen. Die Eltern werden deshalb als Treuhänder des Rechts des Kindes auf Erziehung angesehen.<sup>196</sup>

Geht man mit der herrschenden Auffassung davon aus, dass es sich bei Art. 6 II GG auch um eine Grundpflicht der Eltern gegenüber den Kindern handelt, stärkt man die Rechtsposition des Kindes. Das BVerfG führte in seiner Entscheidung zur Durchsetzung eines zwangsweisen Umgangsrechts eines Kindes gegen seinen Vater aus:<sup>197</sup>

„Mit dieser den Eltern durch Art. 6 II 1 GG auferlegten Pflicht gegenüber dem Kind, es zu pflegen und zu erziehen, korrespondiert das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern aus Art. 6 II 1 GG. Wird jemandem eine Pflicht auferlegt, die sich auf eine andere Person bezieht und die zugleich mit dem Recht verbunden ist, auf diese Person einzuwirken, für sie Entscheidungen zu treffen, ihre Interessen zu vertreten und auf ihre Persönlichkeitsentfaltung maßgeblich und zuvörderst Einfluss zu nehmen, so berührt dies den Kern höchstpersönlicher Lebensentfaltung des Anderen und schränkt dessen freie Willensentscheidung ein. Den Eltern eine solch tiefgreifende Einflussnahme auf das Leben ihres Kindes einzuräumen, rechtfertigt sich allein aus dem Umstand, dass das Kind noch nicht selbst für sich Verantwortung tragen kann und zu Schaden käme, wenn es hierbei keine Hilfe erführe. Bedarf aber das Kind solcher Unterstützung durch seine Eltern und ist deshalb die Elternverantwortung allein dem Wohle des Kindes verpflichtet wie geschuldet, dann hat das Kind auch einen Anspruch darauf, dass zuvörderst seine

---

<sup>196</sup>BVerfG 59, 360(377) = NJW 1982, 1375(1376); BVerfGE 64,180(189)= NJW 1983, 2491(2491).

<sup>197</sup>BVerfG 1 BvR 1620/04 vom 1.4.2008,

Rz.75,[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080401\\_1bvr162004.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080401_1bvr162004.html).

Eltern Sorge für es tragen, und ein Recht darauf, dass seine Eltern der mit ihrem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflicht auch nachkommen. Dieses Recht des Kindes findet insofern in der elterlichen Verantwortung seinen Grund und wird damit von Art. 6 II 1 GG geschützt. Es steht in engem Zusammenhang mit dem Grundrecht des Kindes auf Schutz seiner Persönlichkeit aus Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG, denn es sichert dem Kind den familiären Bezug, der für seine Persönlichkeitsentwicklung von Bedeutung ist.“

Im Gegensatz zur Grundregel, dass Grundrechte lediglich den Staat binden, vgl. auch Art. 1 III GG, werden die Eltern zu Grundrechtsverpflichteten der Rechte der Kindes. Dieses Recht des Kindes schützt der Staat durch das verfassungsrechtlich verankerte Wächteramt, Art 6 II 2 GG. Aus Art 6 II 1 GG können die Eltern können zudem Abwehrrechte gegen die staatliche Einflussnahme auf ihre Erziehungsvorstellungen und sekundäre Leistungsrechte geltend machen.

Das Heranreifen des Kindes zur Persönlichkeit schützt Art. 2 I GG. Das BVerfG hat dieses Grundrecht in der o.g. Entscheidung mit Art. 1 I GG verknüpft. Damit ist es gelungen das Schutzniveau von der Schranke des Art. 2 I GG abzulösen. Dennoch kann dem Persönlichkeitsrecht des Kindes das Recht seiner Eltern nach Art. 6 II GG entgegengehalten werden. Mit der Verankerung der Rechte des Kindes in Art. 6 II, 2 I i.V.m. 1 I GG wurde dessen verfassungsrechtliche Durchsetzungskraft gegenüber dem Recht der Eltern aus Art 6 II GG leicht gestärkt.

Zur Frage der Förderung von Kindern in einer Kindertageseinrichtung bleibt es jedoch aufgrund der durch Art. 6 II GG nach wie vor sehr starken Stellung der Eltern dabei, dass sie sich nicht ausschließlich an den Optimierungsinteressen des Kindes ausrichten darf. Es ist trotz der stärkeren Betonung der Grundrechtsverpflichtung der Eltern und des Rechts des Kindes in hohem Maße auf das elterliche Erziehungsrecht Rücksicht zu nehmen. Aufgaben, Angebote und Ziele der Kindertageseinrichtung müssen daher das verfassungsrechtlich garantierte Erziehungsrecht der Eltern respektieren. Die Definitionshoheit der Eltern darüber, welche Impulse für eine Entwicklung des Kindes förderlich sind, dessen Wohl dienlich sind, wird die Kindertagesstätte auch mit ausgefeilten Konzeptionen und Angeboten nicht unterlaufen dürfen, soweit die Eltern das Erziehungsziel nicht grob verfehlen. In diesen Fällen obliegen Interventionen allerdings den Jugendämtern und Familiengerichten aufgrund des staatlichen Wächteramtes. Dieses Wächteramt ist in seiner intensivsten Form in § 1666 BGB verwirklicht. Jedoch nimmt der Gesetzgeber seine ihm aus dem Wächteramt erwachsende Verantwortung in zurückhaltender Weise wahr, indem er die Elternverantwortung über Leistungsangebote, wie sie u.a. in § 27 SGB VIII vorgesehen sind, zu unterstützen sucht.

Trotz der verfassungsrechtlichen Stärkung des Rechts des Kindes auf Erziehung ist eine Asymmetrie zu Lasten des Kindes in § 8,1 SGB I sichtbar. In § 8,1 SGB I wird gerade nicht nur der junge Mensch, sondern auch dessen Personensorgeberechtigter als Inhaber des sozialen Rechts genannt. Diese beiden Anknüpfungspunkte werden in § 8, 2 SGB I im Rahmen der Zielbestimmung der Leistungen der öffentlichen Jugendhilfe fortgeschrieben. Nicht nur der junge Mensch soll in seiner Entwicklung gefördert werden, wie Art. 2 II GG es vorsieht, sondern auch die Erziehung in der Familie soll unterstützt und ergänzt werden. Damit wird eine Akzentuierung der Leistungen der öffentlichen Jugendhilfe zugunsten des Erziehungsrechts der Eltern erreicht. In der Literatur wird daraus geschlossen, dass die derzeitige Fassung des § 8, 1 SGB I dem Umstand Rechnung trage, dass die Entwicklung junger Menschen und ihre Erziehung überwiegend nicht durch Leistungen der Jugendhilfe, sondern durch Erziehungsleistungen der Eltern gefördert wird. Üblicherweise wird diese Akzentuierung auch positiv bewertet. Die in dieser Akzentuierung sichtbare Asymmetrie zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Kindes und dem elterlichen Erziehungsrecht soll dem in Art 6 II GG zum Ausdruck kommenden verfassungsrechtlichen Gewicht des elterlichen Erziehungsrechts Rechnung tragen. Ausgehend vom JWG (Jugendwohlfahrtsgesetz) fand im SGB VIII ein Perspektivenwechsel statt. Anstelle staatliche Hilfen an der Benachteiligung und Gefährdung des Kindeswohls anzuknüpfen, soll das SGB VIII die Familienförderung bewirken.

Die im einfachen Recht fortgeschriebene verfassungsrechtlich vorbestimmte Asymmetrie zwischen Eltern- und Kinderrechten wird im Ergebnis auch nicht dadurch behoben, dass die UNO – Kinderkonvention (Übereinkommen vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes), der die BRD mit dem Gesetz vom 17.2.1992 zugestimmt hat, Geltung beansprucht. (BGBl. I S 239 und BGBl. III 860-8-1) Weder kann sich durch die Konvention die Interpretation des Verfassungsrechts verändern. Noch haben sich die Strukturen der Jugendhilfe von der traditionellen Lesart des Art. 6 II GG entfernt. Da die Konvention nur als einfaches Bundesrecht wie SGB VIII und BGB gilt,<sup>198</sup> ist ein Einfluss auf die Verfassungsinterpretation konsequenterweise jedoch nicht zu erwarten und damit eine Veränderung der nachgeordneten einfach rechtlichen Strukturen ebenfalls nicht. Einen weitergehenden Ansatz mag hier die völkerrechtskonforme Auslegung bieten, die zunehmend auch in das Verfassungsrecht Einzug hält.<sup>199</sup>

Die Einweisungsvorschrift der Kinder- und Jugendhilfe, § 27 I SGB I, konkretisiert die Mittel, durch die das jeweilige soziale Recht des § 8 SGB I, verwirklicht werden soll. Die in § 27 I SGB I aufgezählten Sozialleistungen sind keine Rechtsansprüche aufgezählt und bilden auch keinen Teil

---

<sup>198</sup>Cremer, Die UN-Kinderrechtskonvention Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2011, S. 18.

<sup>199</sup>Cremer, Die UN-Kinderrechtskonvention Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2011, S. 19.

der Anspruchsgrundlage aufgrund derer der Leistungsberechtigte Hilfen vom Jugendhilfeträger, zur Not auch gerichtlich, einfordern kann. § 27 SGB I hat vor allem Orientierungsfunktion und soll einen detaillierteren Überblick, über die Leistungen und ihre Systematik im SGB VIII geben. So entspricht die Aufzählung in Nr. 1 dem ersten Abschnitt des zweiten Kapitels über Jugendarbeit, Jugendsozialarbeit und erzieherischen Kinder – und Jugendschutz, Nr. 2 entspricht dem zweiten Abschnitt des zweiten Kapitels über die Förderung der Erziehung in der Familie, Nr. 3 beschreibt den dritten Abschnitt des zweiten Kapitels zur Kindertagespflege und Förderung von Kindern in Kindertageseinrichtungen, Nr. 4 fasst den vierten Abschnitt des zweiten Kapitels mit seinen Unterabschnitten über Hilfe zur Erziehung, Eingliederungshilfe und Hilfe für junge Volljährige zusammen.

Darüber hinaus bietet § 27 II SGB I einen Überblick über die für die im Absatz 1 aufgezählten Leistungen zuständigen Sozialleistungsträger. Leistungsträger sind hier kommunale Träger. Gleichzeitig wird angekündigt, dass diesbezüglich landesrechtliche Modifikationen eine Rolle spielen können.

§ 27 I SGB I stellt, wie § 8 SGB I, eine Konkretisierung der Grundrechte des Kindes nach Art. 2 I GG und der Eltern nach Art 6. II GG dar. Die darin aufgezählten Sozialleistungen bilden einen Teil des staatlichen Wächteramtes im Sinne des Art. 6 II 2 GG. .

§ 27 II 2. HS SGB I weist auch auf die Zusammenarbeit zwischen freier Jugendhilfe und öffentlicher Jugendhilfe hin. Dieser Hinweis hat angesichts der Regelung der Zusammenarbeit in § 17 III SGB I und der Spezialregelung zur Zusammenarbeit für die Kinder- und Jugendhilfe in § 4 SGB VIII allein deklaratorische Bedeutung. Praktisch ist diese Zusammenarbeit jedoch sehr wichtig, da ein Großteil der Jugendhilfeleistungen von freien Trägern konzipiert, fortentwickelt und erbracht werden.

Ferner steht § 27 SGB I in engem Bezug zu § 8 SGB I. § 27 SGB I definiert das Tatbestandsmerkmal „Leistungen der öffentlichen Jugendhilfe“. Er bezieht sich also genau wie § 8 SGB I auf die sozialleistungsrechtlichen Aufgaben der Jugendhilfe und lässt damit andere Aufgaben der Jugendhilfe, die ebenfalls im SGB VIII geregelt sind, außen vor.

## **5.2. Die Kinder- und Jugendhilfe als Ordnungs- und Leistungsgesetz**

Wer mit dem SGB VIII vertraut ist, wird nicht umhin kommen, über § 8 SGB I staunen, denn das SGB VIII erschöpft sich nicht allein in den Leistungen der öffentlichen Jugendhilfe. Eingeführt wurde das SGB VIII durch Art.1 des Gesetzes zur Neuordnung der Kinder- und Jugendhilfe vom

26.6.1990 BGBl I S. 1163 (KJHG). Wenn man die Leistungsaufzählung des § 27 SGB I mit der Aufzählung in § 2 SGB VIII vergleicht, fällt sofort auf, dass im SGB VIII mehr geregelt ist, als nur die Sozialleistungen nach § 2 II SGB VIII i.V.m. § 27 I SGB I. § 2 III SGB VIII zählt sog. andere Aufgaben der Jugendhilfe auf. Diese anderen Aufgaben werden im SGB I nicht erwähnt, denn sie sind weitgehend ordnungsrechtlicher Natur. Diese verwaltungsrechtliche Doppelnatur der Jugendhilfe hatte ursprünglich die Einordnung der Jugendhilfe in das SGB VIII und damit auch die Entstehung des § 8 SGB I begleitet und erschwert. Daneben bestand von Beginn an ein Streit, ob ein Gesetz, das Erziehung und Bildung zum Gegenstand hatte, überhaupt etwas mit Sozialleistungen zu tun hätte, oder ob dies nicht ein völlig anderer Politikbereich sei. Die Jugendhilfe sollte deshalb nicht in das SGB integrierbar sein.

1975 fand die Jugendhilfe schließlich ihren Weg in das SGB. Zwar hatte man sich immer noch nicht vollständig von der Vorstellung verabschiedet, soziale und erzieherische Hilfen könnten keine Sozialleistungen sein. Soziale und erzieherische Hilfen seien dem Bereich der Bildungspolitik zuzuordnen. Ausschlaggebend war jedoch die Einsicht, dass es einen engen organisatorischen und inhaltlichen Zusammenhang zwischen Jugendhilfe und Sozialhilfe gab.<sup>200</sup>

Es verblieben auch die ordnungsrechtlichen Aufgaben der Jugendhilfe im Sozialrecht. Trotz ihrer Einordnung dort, handelt es sich nicht um Sozialleistungen im Sinne des sozialen Rechts aus § 8 SGB I:

Zu den ordnungsrechtlichen Aufgaben zählen:

1. die Inobhutnahme von Kindern- und Jugendlichen, § 42 SGB VIII<sup>201</sup>
2. die Pflegeerlaubnis und die Erlaubnis für den Betrieb einer Einrichtung §§ 43, 44 SGB VIII
3. die Untersagung der Tätigkeit einzelner Personen in Einrichtungen, §§ 45 – 47, 48a SGB VIII
4. die Übernahme von Vereinsvormundschaften § 54 SGB VIII
5. die Mitwirkungspflichten in gerichtlichen Verfahren
  - bei den Vormundschafts- und Familiengerichten § 50 SGB VIII, und Verfahren nach dem Jugendgerichtsgesetz § 52 SGB VIII
6. die Beratungsarbeit
  - im Adoptionsverfahren § 51 SGB VIII
  - bei Vaterschaftsfeststellung und Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen von Pflegern und Vormündern §§ 52a, 53 SGB VIII

---

<sup>200</sup>BT-Drs. 07/868.

<sup>201</sup>Beschreibung und Bewertung der neuen Fassung des § 42 SGB VIII durch das KICK z.B. bei Röchling FamRZ 2006,161(163).

## 7. die Übernahme bürgerlich rechtlicher Aufgaben

im Sinne von Beistandschaft, Amtspflegschaft und Amtsvormundschaft §§ 55 –58 SGB VIII  
Beurkundungsaufgaben §§ 59,60 SGB VIII.

Bei den ordnungsrechtlichen Befugnissen (oben Nrn. 1-3) ist zu beachten, dass es sich immer um Eingriffsverwaltung handelt. Die bezeichneten Normen stellen Ermächtigungsgrundlagen dar und berechtigen die Jugendhilfe zu Eingriffen in Grundrechte von Eltern und Kindern.

Im Vergleich zum klassischen polizeilichen Handeln, das meist nur einen Betroffenen kennt, ist bei Eingriffen zu Gunsten oder zu Lasten von Kindern immer zu berücksichtigen, dass sie Wirkung gegen Dritte entfalten. Nicht nur die Grundrechte des Kindes werden mit der Inobhutnahme beschränkt, sondern gerade auch das Recht der Eltern aus Art. 6 II GG. Beide Aspekte sind bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer ordnungsrechtlichen Verfügung zu berücksichtigen. Bei den ordnungsrechtlichen Befugnissen hinsichtlich der Betriebs- und Pflegeerlaubnisse kommt auch ein wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Aspekt der Tätigkeit des Jugendamtes zum Tragen. Hier geht es regelmäßig aus der Sicht des Antragstellers um die Frage, ob ihm ein Anspruch auf die Erteilung der Erlaubnis zusteht. Regelungstechnisch handelt es sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und damit um die restriktivste Möglichkeit, den Zugang zu einer Tätigkeit zu regeln.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich bei den anderen Aufgaben nach § 87 ff SGB VIII, für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit ist § 85 SGB VIII zu berücksichtigen.

### **5.3. Das Sozialleistungsrecht der Kinder- und Jugendhilfe**

Bereits § 27 I SGB I zählt die Leistungen der öffentlichen Jugendhilfe abschließend auf. Die Aufzählung fällt in § 2 II SGB VIII detaillierter aus:

(2) Leistungen der Jugendhilfe sind:

1. Angebote der Jugendarbeit, der Jugendsozialarbeit und des erzieherischen Kinder- und Jugendschutzes (§§ 11 bis 14),
2. Angebote zur Förderung der Erziehung in der Familie (§§ 16 bis 21),
3. Angebote zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege (§§ 22 bis 25),
4. Hilfe zur Erziehung und ergänzende Leistungen (§§ 27 bis 35, 36, 37, 39, 40),
5. Hilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche und ergänzende Leistungen (§§ 35a bis 37, 39, 40),
6. Hilfe für junge Volljährige und Nachbetreuung (§ 41).

Durch § 8, 2 SGB I erhalten diese Leistungen eine Zielbestimmung, die in § 1 SGB VIII konkretisiert wird. Das Ziel der Leistungen der öffentlichen Jugendhilfe ist, die Entwicklung junger Menschen zu fördern. § 1 III Nr. 1 SGB VIII konkretisiert den Begriff der Entwicklung junger Menschen dahingehend, dass die individuelle und soziale Entwicklung gefördert werden soll.

Im § 8, 2 SGB I wird auch verdeutlicht, wo die Grenzen des SGB VIII - Leistungsrechts verlaufen. Die Erziehung in der Familie soll durch die Sozialleistungen unterstützt und ergänzt werden. Daraus kann man schließen, dass es sich beim Sozialleistungsrecht nicht regelhaft um Hilfen handeln kann, die die Erziehung in der Familie ersetzen. Entsprechende Beschränkungen des Erziehungsrechts der Eltern unterliegen den §§ 1666, 1666a BGB, die das staatliche Wächteramt in seiner schärfsten Form umsetzen. Falls gerichtliches Eingreifen nicht rechtzeitig möglich ist, sind vorläufige Maßnahmen nach § 42 SGB VIII möglich. Daneben sind Eingriffe aufgrund des (allgemeinen) Polizei- und Ordnungsrechts der Länder eine weitere Option, soweit die Regelungen nicht durch Spezialgesetze verdrängt werden. Die Polizei- und Gefahrenabwehrbehörden können zum Schutz privater Rechte eingreifen, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne gefahrenabwehrbehördliche oder polizeiliche Hilfe die Verwirklichung eines privaten Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Die Voraussetzungen der einzelnen landesrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen sind zu beachten. Regelmäßig wird es sich dabei um Maßnahmen gegen solche Eltern handeln, die ihr Kind so erheblich gefährden, dass sowohl Schritte des Jugendamtes als auch gerichtliche Maßnahmen die konkrete Gefahr für das Kind nicht abwenden können. Spezielle Ermächtigungsgrundlagen zum Schutz von jungen Menschen bietet auch das JSchG (Jugendschutzgesetz).

Das Recht zur Inanspruchnahme der Leistungen der öffentlichen Jugendhilfe ist sehr differenziert ausgestaltet, da es keinen einheitlichen anspruchsberechtigten Rechtsträger im SGB VIII gibt.

Als Anspruchsberechtigte kommen je nach Rechtsgrundlage verschiedene Personen in Betracht. Die wichtigsten Legaldefinitionen findet man in § 7 SGB VIII.

Gem. § 7 I Nr. 4 SGB I ist ein junger Mensch, wer noch nicht 27 Jahre alt ist. Der Begriff des jungen Menschen ist der Oberbegriff für Kind (zwischen 0 und 13 Jahre alt, § 7 I Nr. 1, Ausnahme: § 7 II und IV SGB VIII), Jugendlicher (zwischen 14 und 17 Jahre alt, § 7 I Nr. 2 SGB VIII) und junger Volljähriger (zwischen 18 und 27 Jahre alt, § 7 I Nr. 3 SGB VIII). Der Personensorgeberechtigte bestimmt sich gem. § 7 I Nr. 5 SGB VIII nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dort wird an den Begriff der elterlichen Sorge § 1626 I 1 BGB angeknüpft. Die Personensorge § 1626 I 2 1. Alt. BGB wird als Teil dieser elterlichen Sorge verstanden. Davon ist die Vermögenssorge § 1626 I 2 2. Alt. BGB zu unterscheiden. Zur Abgrenzung zwischen Personen- und Vermögenssorge wird § 1631 BGB herangezogen. § 1626 a

BGB sieht vor, dass den verheirateten Eltern die Personensorge gemeinsam zusteht. Auch unverheiratete Eltern können im Falle entsprechender Sorgeerklärungen die elterliche Sorge gemeinschaftlich ausüben, § 1626a I BGB. In den übrigen Fällen hat die Mutter die elterliche Sorge, § 1626a II BGB. Im Falle der Trennung bzw. Scheidung von Ehegatten wird eine gemeinsame Sorge nur durch das Familiengericht auf Antrag eines Ehegatten abweichend geregelt, § 1671 BGB. Dies gilt auch, wenn die Mutter die alleinige elterliche Sorge inne hat, § 1672 BGB.

Die Unterscheidung zwischen individuellen und infrastrukturellen Leistungen ist mit der Frage nach dem Vorliegen eines subjektiv öffentlichen Rechts, also eines Rechtsanspruchs oder zumindest auf ein Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung bzgl. der Sozialleistungen verknüpft. Während im Rahmen der infrastrukturellen Leistungen ein subjektiv öffentliches Recht nicht ableitbar ist, sind die individuellen Hilfen als klagbare Rechte einzuordnen. Eine grobe Orientierung bietet die Einteilung des SGB VIII, Kapitel 2 in die verschiedenen Abschnitte. Subjektive und damit klagbare Rechte finden sich in erster Linie im vierten Abschnitt. Ähnlich wurde auch, angelehnt an den Wortlaut des § 27 SGB I, zwischen Angeboten und Leistungen unterschieden. Leistungen sind dann ausschließlich die Regelungen im vierten Abschnitt des SGB VIII. Objektives Recht und damit allein Verpflichtungen des öffentlichen Jugendhilfeträgers, die vom Bürger nicht eingeklagt werden können, sind in erster Linie im ersten und zweiten Abschnitt geregelt. Der dritte Abschnitt kennzeichnet die unterschiedlichen Rechtspositionen des Bürgers am deutlichsten. Objektives und subjektives Recht sind hier gut sichtbar, wie bei § 24 I 1 SGB VIII im Vergleich zu § 24 II SGB VIII. Während die Leistungen ab § 22 ff SGB VIII fast ausschließlich ausdrücklich als Ansprüche ausformuliert sind (Ausnahmen z.B. die Sollregelung des § 41 oder § 24 II als objektives Recht deutlich kontrastierend zu § 24 I SGB VIII), sind in §§ 11 -21 SGB VIII nur selten ausdrücklich als Ansprüche bezeichnete Leistungen auffindbar. (Ausnahmen z.B. § 21, § 18, 17 I SGB VIII) Handelt es sich nicht um ausdrücklich formulierte Ansprüche bzw. Ermessensleistungen wird immer anhand der einzelnen Normen zu diskutieren sein, ob die Regelung ein subjektiv-öffentliches Recht einräumt. Trotz der undeutlichen Formulierung wurde für § 19 SGB VIII ein subjektiv öffentliches Recht angenommen.<sup>202</sup> Überwiegend verneint wird ein klagbarer Anspruch aus §§ 11, 12, 14 SGB VIII.<sup>203</sup> Bei diesen Regelungen handelt es sich um sog. infrastrukturelle Leistungen im Sinne der Pflicht des Jugendhilfeträgers ein entsprechendes Angebot vorzuhalten. Aus ihnen sind keine Rechtsansprüche herleitbar.

---

<sup>202</sup>Fischer in: Schellhorn /Fischer/ Mann, SGB VIII, 4. Auflage, 2012, § 19 Rz. 13 mit weiteren Nachweisen auch aus der Rechtsprechung.

<sup>203</sup>Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII 7. Auflage 2013, Vor Kapitel 2 Rz. 7.



**Unterscheiden:**

Das Sozialleistungsrecht des SGB VIII unterscheidet:

|                            |                                 |
|----------------------------|---------------------------------|
| a) individuelle Leistungen | b) infrastrukturelle Leistungen |
|----------------------------|---------------------------------|

- |                                           |                    |
|-------------------------------------------|--------------------|
| - klagbar                                 | - objektives Recht |
| - subjektive Rechte                       | - nicht klagbar    |
| - als Soll – Regelung oder Rechtsanspruch |                    |

Abb. 14

### 5.4. Erziehung als Rechtsbegriff des SGB VIII

Das SGB VIII trifft selbst keine ausdrückliche Begriffsbestimmung der Erziehung. Der Begriff ist für das Jugendhilferecht prägend: er beschreibt einerseits das Ziel des SGB VIII und ist andererseits auch oft Voraussetzung für den Anspruch auf Sozialleistungen. (Bspw. § 1 I, II, 9 I Nr.1, § 14 I, § 16 I, § 22 II Nr. 2 und 3, § 22a II 2, § 27 SGB VIII) Meist wird der Begriff „Erziehung“ in der Diskussion defizitorientiert verwendet und nicht als positives Handlungsziel beschrieben. Zu Auslegung des § 27 I SGB VIII gibt es Erläuterungen zum „erzieherischen Bedarf“ oder „Erziehungsdefizit“ als Umschreibung für die Voraussetzung der Hilfe zur Erziehung. Dabei wird die Definition der Tatbestandsmerkmale „nicht gewährleistet“, „Wohl“ des Kindes mit dem Begriff der „Erziehung“ vermengt. Diese Vorgehensweise verdeckt dogmatische Lösungsansätze, die möglich werden, wenn der Begriff der „Erziehung“ aus dem *Kontext* der Leistungen und Ziele des SGB VIII abgeleitet wird. Weiterhin ist es möglich, den Begriff *funktional* aus der Struktur des gegliederten Sozialleistungssystems zu bestimmen. Außerdem sind die *verfassungsrechtlichen Vorgaben* des Art. 6 II GG zu beachten.

Bei der *Ableitung des Begriffes aus den Kontext der Leistungen und Ziele aus dem SGB VIII* kann man zwischen Erziehung als Voraussetzung für eine Sozialleistung und Erziehung als Zielvorgabe unterscheiden. Wenn der Begriff den Zugang zu einer Sozialleistung eröffnen soll, muss er die Hilfeangebote der Rechtsfolgeseite einschließen. Wird Erziehung als Normzweckprogramm, also als Zielvorgabe für eine Hilfe, verwendet, kann eine unmittelbare Anknüpfung an die verfassungsrechtliche Stammnorm Art. 6 II GG erfolgen. Die Erziehung wird dort als Sorge für das körperliche Wohl, die seelische und geistige Entwicklung des Kindes, sowie dessen Bildung und

Ausbildung verstanden. Verfassungsrechtlich gibt Art. 6 II GG den Rahmen für alle Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes vor. Die eingesetzten Mittel bleiben offen.

Aus *funktionaler Sicht* lassen sich diese Mittel aus der Leistungstypologie der verschiedenen Sozialleistungsbereiche ableiten. Das gegliederte Sozialleistungssystem entsteht durch Abgrenzung und Ergänzung der Leistungstypologien der verschiedenen Träger. Entsprechend kann die „Pflege“ eines Kindes im SGB VIII nicht mit der „Pflege“ eines Kindes im Sinne des § 14 SGB XI gleichgesetzt werden. Auch die Tatsache, dass die Pflege von Säuglingen und Kleinkindern eine weitergehende Funktion hat, als nur eine Hilfe bei alltäglichen Verrichtungen zu sein, findet nur unzureichend Berücksichtigung. Pflegerische Handlungen spielen eine wesentliche Rolle bei der Entwicklung psychischer und kognitiver Fähigkeiten und sind damit unverzichtbare Vorstufe oder eine Frühform der Erziehung.<sup>204</sup> Umgekehrt verläuft an dieser Stelle aber die durch den Versicherungsfall der Pflegeversicherung erzeugte Abgrenzungslinie zum Begriff der Pflege eines Kindes im Sinne des SGB VIII. Hilfe bei alltäglichen Verrichtungen, die aufgrund von Krankheit oder Behinderung nötig werden, sind nicht Bestandteil der Pflege eines Kindes soweit deren Ziel die Erziehung des Kindes ist. Dasselbe gilt für psychotherapeutische Leistungen bei Krankheit im Sinne des § 28 SGB V, vgl. a. § 10 I SGB VIII.

Erziehung im Sinne des SGB VIII kann auch dort nicht vorliegen, wo der Bildungsaspekt im Vordergrund steht. Charakteristisch sind hier Leistungen der Schulen nach Landesrecht. Dass Vermittlung von Bildung und Erziehung in tatsächlicher Hinsicht üblicherweise gemeinsam stattfinden, hilft nicht über die Tatsache hinweg, dass die strikte Unterscheidung zwischen Bildung und Erziehung durch Gesetzgebungskompetenzen, vgl. Art. 74 I Nr. 7 und Art. 70 I GG *verfassungsrechtlich* vorgegeben ist. Das BVerfG hat die einschlägigen Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern pragmatisch nach dem Schwerpunkt des Kindergartenwesens abgegrenzt. Es erkennt im Prinzip an, dass der Kindergarten einen Bildungsbezug aufweist, und dass Bildung selbstverständlich Ländersache ist. Dieser Bildungsbezug entziehe die Regelung aber nicht der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Die fürsorglichen und bildungsbezogenen Aufgaben des Kindergartens seien untrennbar verbunden. Eine Aufspaltung der Gesetzgebungskompetenz anhand dieser Aspekte komme aus sachlichen Gründen nicht in Betracht. Der Schwerpunkt des Kindergartenwesens, von dem in einem solchen Fall die Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz abhängen<sup>205</sup> sei nach wie vor eine fürsorgende Betreuung mit dem Ziel einer Förderung sozialer Verhaltensweisen und damit präventiver Konfliktvermeidung. Der vorschulische Bildungsauftrag tritt hinter dieser dem Bereich

<sup>204</sup>Busse, Die medizinische Rehabilitation der geistig und psychisch Behinderten, 2000, S. 11 f.

<sup>205</sup>Vgl. BVerfG, Urteil vom 17. Februar 1998, 1 BvF 1/91, Rz. 89,

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/fs19971111\\_1bvf000191.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/fs19971111_1bvf000191.html).

der öffentlichen Fürsorge zuzuordnenden Aufgabe zurück. Eine einheitliche Zuordnung zum Bereich der öffentlichen Fürsorge im Sinne von Art. 74 I Nr. 7 GG sei daher zu bejahen<sup>206, 207</sup>. Das BVerfG hat mit dieser Entscheidung auf die traditionelle verfassungsrechtliche Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen nach dem Schwerpunkt der Regelungen abgestellt. Dadurch vermied es eine Präzisierung des verfassungsrechtlichen Bildungsbegriffs, sowie eine vertiefte Abgrenzung zur Erziehung und Fürsorge. Der präventive Aspekt der Erziehung gegen über dem zu unterscheidenden Bildungsbegriff ist jedoch entscheidend. Erziehung bedeutet demnach zum einen aus der Perspektive der Gesellschaft, die Vorbereitung auf die verlangten Verhaltensanforderungen und ihre Fortschreibung. Präventiv wirkt Erziehung aber auch, weil so gewährleistet werden soll, dass sich das Kind im gegebenen gesellschaftlichen Rahmen entfalten kann.

Die Erziehung im Sinne des SGB VIII ist demnach durch Leistungen (sozial)pädagogischer Qualität charakterisiert,<sup>208</sup> die nicht auf herkömmliche Bildung im Sinne des Schulrechts beschränkt sind und präventive Funktion haben. Ferner erreichen sie trotz § 27 III SGB VIII nicht die therapeutische Qualität im Sinne der Leistungen des SGB V. Die besonderen Qualitätsanforderungen, die das Leistungserbringerrecht der Gesetzlichen Krankenversicherung an therapeutische Hilfen stellt, sind für die Hilfen nach dem SGB VIII ein Negativkriterium. Unabhängig von den konkreten Leistungsinhalten kann die Erziehung eines Kindes durch ihr Ziel konkretisiert werden. Erziehung soll danach die Persönlichkeit eines jungen Menschen entwickeln. § 8 SGB I beschreibt dies als Heranbildung aller nach Persönlichkeit des Einzelnen möglichen und nach dem Bewusstsein der Gesellschaft als förderungswürdig anerkannten körperlichen, geistigen, seelischen und sozialen Fähigkeiten eines jungen Menschen. Eine pragmatische Definition könnte auch lauten, dass bei der Erziehung die Vermittlung von sozialen Normen und Werten im Mittelpunkt steht.

### **5.5. Das „Wohl“ des Kindes als Rechtsbegriff**

Der Begriff des (Kindes)Wohls ist ein weiterer zentraler Begriff des SGB VIII, (z.B. § 1 III Nr. 3, § 17 I 2 Nr. 3, § 20 I Nr. 2, § 24 III Nr. 2, § 24 a IV Nr. 1, § 27 I, § 42 I Nr. 2, II 3, III 2 Nr. 1 und 2, § 44 II,

---

<sup>206</sup>Ebenso BVerwG, Beschluss vom 14. Februar 1995, 8 B 19.95; OVG Nordrhein-Westfalen, NVwZ 1995, S. 191(192); OVG Berlin, NJW 1982, S. 954 f.

<sup>207</sup>BVerfG 1 BvR 178/97 vom 10.3.1998, Rz. 38, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980310\\_1bvr017897.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980310_1bvr017897.html).

<sup>208</sup>So zur Hilfe zur Erziehung als sozialpädagogische Dienstleistung: Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, Vor § 27 Rz 8.

§ 45 II 1 Nr. 1, 3, 4, III 3, § 46 II 2 SGB VIII) der über §§ 1666, 1666a BGB mit dem zivilrechtlichen Kinder- und Jugendschutz verknüpft ist. Eine Legaldefinition existiert so wenig wie bei dem Begriff „Erziehung“. Entsprechend dem Begriff der „Erziehung“ dominieren hier ebenfalls Defizit orientierte Definitionsversuche. Danach liegt eine Gefährdung des Kindeswohls vor, wenn durch die soziale, psychosoziale oder individuelle Sozialisationssituation, in der der Minderjährige sich befindet, konkret benennbare Schädigungsfolgen wahrscheinlich eintreten werden.<sup>209</sup> Nach einem sehr anschaulichen Vorschlag kann die Kindeswohlgefährdung nach folgenden Fallgruppen geordnet werden:

Vernachlässigung, körperliche Misshandlung, seelische Misshandlung, sexueller Missbrauch, Erwachsenenkonflikte um das Kind, Autonomiekonflikte.<sup>210</sup>

Es wird auch zu Recht empfohlen zur Auslegung des Begriffes „Wohl“ des Kindes an § 1666 BGB anzuknüpfen. Seit der Neuregelung ist die inhaltliche und funktionale Verknüpfung von § 27 I SGB VIII und § 1666 I BGB aufgrund des § 1666 III Nr. 1 BGB deutlich sichtbar geworden. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass beide Normen unterschiedliche Funktionen haben. Während § 1666 BGB Gerichte zu Grundrechtseingriffen ermächtigt, also eigentlich ordnungsrechtliche und gefahrenabwehrrechtliche Funktionen hat, handelt es sich bei § 27 I SGB VIII um Leistungsverwaltung, also die Realisierung von Rechtsansprüchen. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt danach im Rahmen des § 1666 BGB größere Zurückhaltung, wie der Verweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in § 1666a BGB klar erkennen lässt. Soweit das Wohl Ziel einer Sozialleistung für Kinder sein soll, oder eine Voraussetzung für Sozialleistungen ist, kann eine großzügigere Auslegung stattfinden als im Fall des § 1666a BGB, der als Konkretisierung des staatlichen Wächteramtes einen Eingriff in ein verfassungsrechtlich verbürgtes Recht zu rechtfertigen hat.

Über die inhaltlichen Konturen des Begriffes „Wohl“ des Kindes besteht allerdings kaum Klarheit. Der Interpret des Begriffes „Wohl“ muss sich mit den diesem Begriff zugrundeliegenden (auch grundrechtlichen) Wertorientierungen und fachfremden, d.h. nicht juristischen Bezugspunkten methodisch korrekt auseinander setzen. Zu dieser methodisch korrekten Arbeit gehört es, die fachfremden Einschätzungen und Wertungen vor dem Hintergrund der dogmatisch Ansatzpunkte zum Kindeswohl - Begriff aus SGB VIII und BGB zu reflektieren. Dogmatische Anhaltspunkte im Sinne eines Mindestinhalts des Begriffes „Wohl“ bietet zum Beispiel die elterliche Sorge gem. § 1626 BGB. Die elterliche Sorge beinhaltet das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Ihr entspricht aus der Sicht des Wohls eines Kindes auch die Pflicht den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Zur elterlichen Sorge gehört ferner die Pflicht, für das Vermögen und die Person des Kindes zu sorgen,

---

<sup>209</sup>Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, § 27 SGB VIII Rz. 5.

<sup>210</sup>Münder/ Muthke/ Schone, Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz, 2000, S. 47.

den Umgang mit beiden Elternteilen zu gewähren und ihn tatsächlich auch wahrzunehmen, also der Pflicht zur Ausübung des Umgangs nachzukommen.

Die zivilrechtliche Rechtsprechung hat im Kontext des Kindeswohls in § 1671 II Nr. 2 BGB das Kontinuitätsprinzip, Förderprinzip und die Berücksichtigung der Bindungen des Kindes<sup>211</sup> als Orientierungshilfen formuliert. Dabei bedeutet Kontinuitätsprinzip die Bevorzugung einer Konstanz des kindlichen Lebensumfeldes. Nach dem Förderprinzip ist ausschlaggebend für das Wohl des Kindes welcher Elternteil dem Kind weitergehende Förderung angedeihen lassen kann. Diese Aspekte sind bei der Beurteilung des Kindeswohls nach § 1666 BGB bzw. im SGB VIII ebenfalls als Orientierungspunkte zu berücksichtigen.

Als wesentliche gesetzgeberische Leitvorstellung bei der Bestimmung des Kindeswohls können zudem die Vorgaben des SGB VIII in §§ 1 I, 9 SGB VIII gelten. Dabei wird in § 1 I SGB VIII deutlich, dass es dem Wohl des Kindes entspricht, die Möglichkeit zu haben, sich zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu entwickeln.<sup>212</sup> Aus § 9 SGB VIII können weitere Aspekte zur religiösen Erziehung, der Rolle des Personensorgeberechtigten, kulturelle und soziale Umstände, Vermeidung geschlechterbezogener Benachteiligung gewonnen werden. Im Einzelfall sind diese Aspekte zu erläutern und gegen die Elternrechte abzuwägen.

## 5.6. Wichtige Leistungsgrundsätze

Grundsätzlich gilt, dass die Jugendhilfe allen anderen Leistungen und Verpflichtungen gegenüber subsidiär (nachrangig) ist, § 10 SGB VIII (sog. *Subsidiaritätsprinzip*). Die Leistungen nach dem SGB VIII gehen aber den Leistungen nach dem SGB II und SGB XII in der Regel vor. Die Ausnahmen von dieser Regel sind in § 10 III 2 SGB VIII für das SGB II und § 10 IV SGB VIII für das SGB XII aufgezählt. Danach gilt, dass Maßnahmen der Eingliederungshilfe nach dem SGB XII für junge Menschen, die körperlich oder geistig behindert oder von einer solchen Behinderung bedroht sind, den Leistungen nach dem SGB VIII vorgehen. Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass für seelisch behinderte Kinder- und Jugendliche, die Leistungen nach dem SGB VIII (§ 35 a SGB VIII) vorrangig sind.

Für das Verhältnis zum SGB II ist geregelt, dass die in § 3 II, §§ 14- 16g SGB II beschriebenen Leistungen zur Eingliederung in Arbeit den entsprechenden Leistungen des SGB VIII vorgehen.

---

<sup>211</sup>BGH vom 28.4.2010 XII ZB 81/09

<sup>212</sup>Schmid, Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, 2004, S. 22.

Voraussetzung wäre laut § 3 II SGB II allerdings, dass es sich um junge Erwachsene zwischen dem 15. und 25. Lebensjahr handelt, die erwerbsfähig und hilfebedürftig im Sinne des SGB II, vgl. §§ 7 I, 8,9 SGB II sind. Ob es sinnvoll ist, junge Menschen dem Instrumentarium des SGB II zu unterwerfen, statt ihnen pädagogisch motivierte Hilfen anzubieten, wird die Praxis zeigen müssen.

Von Bedeutung ist auch das Verhältnis der Leistungen der Jugendhilfe zu den Angeboten der Schulträger, wie es besonders deutlich im Rahmen der Schülerbeförderung, Legasthenieproblematik<sup>213</sup> und im Rahmen der Förderung von seelisch behinderten Kindern<sup>214</sup> zu Tage tritt. Hier regelt § 10 I 1 SGB VIII, dass die Verpflichtungen des Schulträgers unberührt bleiben, also vorrangig vor denen des Kinder- und Jugendhilfeträgers greifen.

Im Unterschied zu SGB II und SGB XII sind die Leistungen des SGB VIII dem Grunde nach nicht von einer *Bedürftigkeitsprüfung* der anspruchsberechtigten Personen und ihrer Angehörigen abhängig. Der vorrangige Einsatz von Eigenmitteln wird dogmatisch nicht im Rahmen der Anspruchsprüfung dem Grund nach realisiert, wie das in Sozialhilfe und den verschiedenen Formen der Grundsicherung üblich ist. Vielmehr wird die Leistung zunächst bewilligt und erst im Rahmen einer Kostenbeteiligung für bestimmte Leistungen (bzw. ebenfalls für andere Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe) nach §§ 90- 94 SGB VIII über die Frage der Bedürftigkeit befunden. Bei einer Reihe von Leistungen kommt eine Kostenbeteiligung überhaupt nicht in Betracht. Bei Anderen sind Teilnahmebeiträge oder Gebühren vorgesehen (§ 90 SGB VIII) und teilweise ist die Heranziehung zu den Kosten (§§ 91-94 SGB VIII) sowie die Überleitung von Ansprüchen (§§ 95 SGB VIII) möglich.

Das *Wunsch- und Wahlrecht* nach § 5 SGB VIII konkretisiert § 33, 2 SGB I für die Kinder- und Jugendhilfe. Es steht im engen Zusammenhang mit dem Grundsatz der Individualisierung der Hilfe, der im SGB VIII ausdrücklich nur bei § 27 II 2 1. HS und § 35a II erwähnt wird. § 5 SGB VIII enthält drei Elemente: das Wunschrecht, das Wahlrecht und die Hinweispflicht des Sozialleistungsträgers auf diese beiden Rechte. Seine Grenzen findet das Wunsch- und Wahlrecht in den andernfalls anfallenden unverhältnismäßigen Mehrkosten, § 5 II SGB VIII. Zu § 5 II 1 SGB VIII formulierte das BVerwG, dass ein rein rechnerischer Vergleich nicht ausreichend ist, sondern eine wertende Betrachtungsweise nötig ist. Die 20 % werden nicht als bindend verstanden.<sup>215</sup> Ein Hilfeplan kann das Wunsch- und Wahlrecht ebenfalls großzügiger ausgestalten, vgl. § 36 I am Ende SGB VIII.

---

<sup>213</sup>OVG Münster vom 14.4.1999 24 A 118/96 FEVS 51, 120 ff = NVwZ-RR 1999,643 ff.

<sup>214</sup>BVerwG vom 26.11.1998 5 C 38.97 FEVS 49, 487; OVG Münster vom 16.7.2004 12 B 1338/04 NVwZ-RR 2005, 257 ff = FEVS 56,104 ff (beide zu ADSh).

<sup>215</sup>BVerwG vom 18.8.2003 5 B 14/03 Rz. 3,6 des Jurisdokuments.

## 5.7. Ausgewählte Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe

Neben der vom Gesetzgeber gewählten, oben bereits dargestellten und in § 27 I SGB I wiedergegebenen Systematik des Leistungsrechts der Jugendhilfe gibt es Vorschläge für eine Ordnung des Leistungsrechts, die die Beziehung zwischen Sozialleistungen und dem staatlichen Wächteramt verdeutlicht. Zwar wird auch behauptet, das Sozialleistungsrecht des SGB VIII tangiere das Wächteramt überhaupt nicht. Die Leistungen könnten nicht gegen den Willen der Eltern erbracht werden. Allerdings muss auch im Bereich der Leistungsverwaltung berücksichtigt werden, dass die Auswahl der richtigen erzieherischen Sozialleistung für das Kind, das z.B. in § 27 SGB VIII gar nicht selbst anspruchsberechtigt ist, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entsprechen hat. Auch hier gebietet es Art. 6 II GG, das Hineinregieren des Staates in das elterliche Erziehungsrecht und die Familie möglichst gering zu halten. Um diesen Zusammenhang zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu verdeutlichen werden die Leistungen des SGB VIII nach familienunterstützender, familienergänzender und familienersetzender Funktion unterschieden. Da bei den familienersetzenden Hilfen eine Trennung von Kind und Eltern und übrigen Familienmitgliedern stattfindet, handelt es sich bei diesen Hilfen um den intensivsten Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht. Den geringsten Eingriff stellen die familienunterstützenden Leistungen dar. Sie bilden deshalb gleichsam den Einstieg der staatlichen Hilfen für Kinder und ihre Eltern, §§ 11 –21 SGB VIII. Eine rechtmäßige Leistung der Kinder- und Jugendhilfe liegt entsprechend nur vor, wenn Leistungen angeboten werden, die die familiäre Erziehung möglichst wenig beeinträchtigen.

Daneben ist zu berücksichtigen, dass auch die Leistung mit der niedrigst möglichen Eingriffsschwelle der Einwilligung der Personensorgeberechtigten, also in der Regel der Eltern, bedarf.<sup>216</sup> Die Hilfen nach dem SGB VIII dürfen den Beteiligten nicht aufgedrängt werden. Dies wäre, mit dem Erziehungsrecht der Eltern aus Art. 6 II 1 GG nicht vereinbar. Die Zustimmung der betreffenden Personen ist immer notwendig, denn eine ohne Einwilligung des Personensorgeberechtigten „gewährte“ Hilfe zur Erziehung ist eine rechtswidrig erbrachte „Hilfeleistung“.<sup>217</sup>

### 5.7.1. Der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz

Die Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen war im JWG nicht ausdrücklich geregelt. Ein Anspruch auf Betreuung in einer Tageseinrichtung bestand nur im Falle der Notwendigkeit

---

<sup>216</sup>BVerwG vom 21.6.2001 5 C 6/00 NJW 2002, 232(233) = FEVS 53,105.

<sup>217</sup>Gutachten des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge G 49/99 vom 25.6.99 und 100/92 vom 26.4.94 NDV 1995, 168 (168).

erzieherischer Hilfen. Als das SGB VIII (als Teil des Artikelgesetzes „KJHG“ - Kinder- und Jugendhilfegesetz) geschaffen wurde, scheiterte die Einrichtung eines Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz an den befürchteten finanziellen Auswirkungen für die Kommunen. Erst durch Art. 5 des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes vom 27.7.1992 zum 1.1.1996 wurde ein Rechtsanspruch auf den Besuch eines Kindergartens etabliert. Bei diesen Regelungen handelte es sich um flankierende Maßnahmen im Rahmen der Neuregelung der strafrechtlichen Beurteilung des Schwangerschaftsabbruchs. Das BVerfG setzte in seiner Entscheidung von 1993<sup>218</sup> zu dieser Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Einrichtung von Kindergärten fest.

Danach genüge der Staat seiner Schutzpflicht für das ungeborene Kind nicht allein dadurch, dass er Angriffe von Dritten (durch eine Strafandrohung) abwehre. Er müsse auch Gefahren entgegentreten, die für das ungeborene Leben in den Lebensverhältnissen der Frauen liegen und die Bereitschaft zum Austragen des Kindes beeinflussen. Der Staat müsse sich deshalb der Probleme annehmen, die für die Mutter während und nach der Schwangerschaft entstehen können.<sup>219</sup> Unter Berufung auf den ersten Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform<sup>220</sup> wird ausgeführt, dass die ungünstige Wohnungssituation, die Unmöglichkeit, neben einer Ausbildung oder Erwerbstätigkeit ein Kind zu versorgen, sowie wirtschaftliche Not und sonstige materielle Gründe, außerdem bei alleinstehenden Schwangeren die Angst vor gesellschaftlicher Diskriminierung, zu den häufig genannten Ursachen und Motiven für den Wunsch nach einem Abbruch der Schwangerschaft gehören.<sup>221</sup> Insofern bestünde eine Pflicht des Staates, der Mutter vor und nach der Geburt beizustehen. Materielle Notlagen oder Nachteile, die einer Frau aus der Schwangerschaft für Ausbildung und Beruf erwachsen können, seien nach Möglichkeit auszuschließen.<sup>222</sup>

Daneben verpflichten der Schutz des ungeborenen Lebens, der Schutzauftrag für Ehe und Familie (Art. 6 GG) und die Gleichstellung von Mann und Frau in der Teilhabe am Arbeitsleben (vgl. Art. 3 II GG sowie Art. 3, 7 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966<sup>223</sup>) den Staat und insbesondere den Gesetzgeber, Grundlagen dafür zu schaffen, dass Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt. Dazu zählen auch rechtliche und tatsächliche Maßnahmen, die ein Nebeneinander von Erziehungs- und Erwerbstätigkeit für beide Elternteile ebenso wie eine Rückkehr in eine Berufstätigkeit und einen

---

<sup>218</sup>BVerfG vom 28.5.1993, 2 BvF 2/90 und 4,5/92.

<sup>219</sup>BVerfG 1993 a.a.O. Rz. 172.

<sup>220</sup>BT-Drucks. 7/1981 [neu] S. 7.

<sup>221</sup>BVerfG 1993 a.a.O. Rz. 173.

<sup>222</sup>BVerfG 1993 a.a.O. Rz. 174.

<sup>223</sup>BGBl. 1973 II, S. 1570.



beruflichen Aufstieg auch nach Zeiten der Kindererziehung ermöglichen. Gleiches gelte für Regelungen, die auf eine Verbesserung der institutionellen (vgl. Art. 5 SFHG) oder familiären Kinderbetreuung zielen (vgl. etwa die Leistungen im Rahmen des sogenannten Familienlastenausgleichs, insbesondere das Erziehungsgeld, sowie die Regelungen über den Erziehungsurlaub und den Unterhaltsvorschuss). Die Bedeutung solcher Leistungen als Maßnahmen präventiven Lebensschutzes habe der Gesetzgeber in Rechnung zu stellen, wenn es erforderlich werde, staatliche Leistungen im Hinblick auf knappe Mittel zu überprüfen.<sup>224</sup>

Das BVerfG hatte in dieser Entscheidung eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht zugunsten des Kindes entwickelt, die die Bedeutung der institutionalisierten Kinderbetreuung in diesem Zusammenhang hervorhebt.

Aufgrund des § 24 II 1, III 1 SGB VIII schuldet der öffentliche Träger der Jugendhilfe den Nachweis eines Kindergartenplatzes. Soweit Kinder nach § 24 II 1, III 1 SGB VIII einen Anspruch auf Besuch eines Kindergartens haben, war lange strittig, ob dies ein Halbtags- oder Ganztagsplatz sein muss. Nach § 24 II 1, III 1 SGB VIII hat ein Kind, das älter als 1 Jahr ist aber noch nicht im schulpflichtigen Alter, einen Anspruch auf den Besuch eines Kindergartens. Aus § 24 III 2 SGB VIII ergibt sich jedoch, dass Gegenstand dieses Anspruchs nicht die reguläre Ganztagsbetreuung für Kinder dieser Altersgruppe ist.<sup>225</sup> Auch aus der Zielsetzung des § 24 SGB VIII, das Kind zu fördern, § 22 III SGB VIII, lassen sich keine Hinweise zum zeitlichen Umfang des Betreuungsanspruchs entnehmen. Soweit diese Regelung jedoch das Ziel verfolgt, Eltern eine Erwerbstätigkeit zu ermöglichen, ist dieser Aspekt zur Beurteilung der Bedarfsgerechtigkeit des Betreuungsangebotes in den Blick zu nehmen. Deshalb wird in der Regel dafür plädiert, dass nur eine Mindestbetreuungszeit von 6 Stunden diesem Anspruch gerecht wird.<sup>226</sup> Im Hinblick auf die Situation der Familie muss der zu finanzierende Platz bedarfsgerecht sein. Dabei ist die soziale Situation des Kindes und seiner Sorgeberechtigten zu berücksichtigen. Die Frage der Bedarfsgerechtigkeit wirft nun sowohl im Kontext des Rechtsanspruchs nach § 24 II 1, III 1 SGB VIII als auch bei der objektiv rechtlichen Verpflichtung § 24 IV SGB VIII die Frage auf, wie dieser Bedarf praktisch zu ermitteln ist. Nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>227</sup> war der Bedarf nicht im Sinne einer tatsächlichen Nachfrage zu ermitteln. Es genügte eine normative, d.h. wertende, Ermittlung unter Berücksichtigung der Planungsverantwortung des zuständigen Jugendhilfeträgers. Nach der Neufassung des § 24 SGB VIII zum 1.8.2013 liegen nun Entscheidungen vor, die bei Fehlen von Kindergartenplätzen finanzielle Kompensationen des Jugendhilfeträgers für die

---

<sup>224</sup>BVerfG 1993 a.a.O. Rz.177.

<sup>225</sup>VG Stade vom 19.8.2002 4 B 990/02 Rz.8 des Jurisdokuments.

<sup>226</sup>OVG Saarlouis vom 16.12.1997 8 W 6/97.

<sup>227</sup>BVerwG vom 27.1.2000 5 C 19/99.

Auslagen der Betroffenen vorsehen.<sup>228</sup> Entsprechend ist nun der tatsächlich auftretende Bedarf an Kinderbetreuungsmöglichkeiten zum Ausgangspunkt der Verpflichtung des Jugendhilfeträgers der Bedarfsbestimmung zu machen.

### 5.7.2. Der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung

Inhaber des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung ist gemäß § 27 I SGB VIII der Personensorgeberechtigte, § 7 I Nr. 5 SGB VIII. Der Personensorgeberechtigte muss ein Kind § 7 I Nr. 1 oder einen Jugendlichen § 7 I Nr. 2 erziehen. Üblicherweise wird die Prüfung der weiteren Voraussetzungen § 27 I SGB VIII auf das Vorliegen eines Erziehungsdefizites verkürzt. Dies erspart es dem Gesetzesinterpreten üblicherweise, in eine eigenständige Auseinandersetzung mit den Begriffen „Erziehung“ und „Wohl“ einzutreten. Dogmatische Unsicherheiten treten hinsichtlich der Geeignetheit und der Erforderlichkeit der Hilfe, sowie hinsichtlich der Frage auf, ob das Jugendamt einen Beurteilungsspielraum bei der Frage der Geeignetheit der Hilfeleistungen habe. Zum Teil wird dem Jugendamt auch ein Auswahlermessen hinsichtlich der Hilfeleistungen zu gestanden.<sup>229</sup>

Die Merkmale der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Hilfe werden zum Teil als Tatbestandsvoraussetzungen angesehen. Dies ist unzutreffend, auch wenn der Gesetzeswortlaut etwas anderes nahe legt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird im Verwaltungsrecht auf der Rechtsfolgeseite geprüft um eine Übereinstimmung des Verwaltungshandelns mit dem Rechtsstaatsprinzip zu gewährleisten. Dies ist nicht möglich, wenn die Prüfung bereits auf der Tatbestandsseite der Norm stattfindet. Für diese Zuordnung spricht auch die Bezugnahme auf die Hilfeleistungen im Normtext. Der Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Geeignetheit der Hilfe wird mit der zutreffenden Beobachtung abgelehnt, dass der BVerwG Beurteilungsspielräume nur für ganz bestimmte Fallgruppen anerkannt hat. Exemplarisch ist die Einzigartigkeit von Prüfungsentscheidungen zu nennen. Die Beurteilungsfragen, die im Rahmen einer Hilfe zur Erziehung auftreten, erfordern sachgerechte Entscheidungen, die im Zweifel durch einen Gutachter geklärt werden können. Wertende Entscheidungen wie bei Prüfungen sind insofern nicht zu treffen.<sup>230</sup> Gegen ein Auswahlermessen wird § 36 II 1 SGB VIII angeführt. Das SGB VIII erfordert danach ein kooperatives Entscheidungsverfahren statt einseitige Verfügungen. Für Ermessen im traditionellen Sinne sei somit kein Raum. Die in der Ermessensentscheidung üblicherweise zu treffenden Wertungen werden hier durch ein besonderes Verfahren ersetzt, dass die Richtigkeit der Entscheidung gewährleisten soll. Daran ist sicher richtig, dass ein kooperatives

---

<sup>228</sup> Erstattungsanspruch wegen fehlendem Kindergartenplatz VG Stuttgart 28.11.2014 7 K 3274/14. Zuvor bereits: Amtshaftung wegen fehlendem Kindergartenplatz: LG Wiesbaden 19.1.2000 5 O 182/99 und Kostenerstattung OVG Rheinland- Pfalz 25.10.2012 7 A 10671/12; BVerwG 12.9.2013 5 C 35/12.

<sup>229</sup>Zusammenfassend Schmid, Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, S. 12 ff.

<sup>230</sup>Zusammenfassend Schmid, Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, S. 17.

Verfahren die Compliance der Beteiligten verbessert. Die Begründung greift jedoch zu kurz. § 39 I SGB I sieht aber eine ausdrückliche Ermächtigung zu Ermessensleistungen vor. In § 27 I SGB VIII wird Ermessen nicht ausdrücklich eingeräumt, wie das in § 17 II SGB XII ausdrücklich geschehen ist. Mangels einer entsprechenden Regelung im SGB VIII ist ein Auswahlermessen des Jugendamtes nicht vorgesehen.

Die Rechtsfolgenseite des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung wird in § 27 II–IV und §§ 28 ff SGB VIII konkretisiert. Dabei ist ein wesentlicher Aspekt, dass die Aufzählung von Hilfen in §§ 28 ff SGB VIII ausweislich § 27 II 1 SGB VIII („insbesondere“) keinen abschließenden Charakter hat. Inhaltlich wird sie zwar auch in § 27 III 1 SGB VIII als pädagogische und therapeutische Hilfe beschrieben, aber auch diese Inhalte sind nicht abschließend aufgezählt. Die Intensität der Hilfen steigt im Sinne der Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit mit der Paragraphenfolge ab § 28 SGB VIII an. Dabei ist zu beachten, dass es sich um gleichrangige Hilfen in dem Sinne handelt, dass eine intensivere Hilfe den Einsatz einer weniger intensiven Hilfe im Vorfeld nicht voraussetzt. § 27 II a SGB VIII stellt klar, dass Verwandtenpflegestellten Leistungen der Hilfe zur Erziehung darstellen können.

#### **Prüfschema § 27 I SGB VIII Anspruch auf Hilfe zur Erziehung**

1. Zuständigkeit §§ 85, 86 SGB VIII
2. Hilfeplan § 36 II SGB VIII
3. Personensorgeberechtigte § 7 I Nr. 5 SGB VIII
4. Kind § 7 I Nr. 1 SGB VIII oder  
Jugendlicher § 7 I Nr. 2 SGB VIII
5. Erziehung
6. Wohl
7. nicht gewährleistet  
→ Rechtsfolge
8. Hilfe zur Erziehung: Art und Form §§ 27 II 1, III 1 SGB VIII
9. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit  
Ziel, Eignung, Erforderlichkeit (Notwendigkeit) und Angemessenheit
10. Leistungsgrundsätze  
insbesondere §§ 5 und 10 SGB VIII

### **5.7.3. Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche**

Die Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche verknüpft das SGB VIII mit dem SGB IX. Der Träger der Jugendhilfe ist demnach auch Rehabilitationsträger im Sinne des § 6 I Nr. 6 SGB IX. Die Regelungen des SGB IX gelten ergänzend zu den speziellen Regelungen des SGB VIII, § 7 SGB IX. D.h. zur Interpretation der Merkmale des § 35a SGB VIII kann auf das SGB IX zurückgegriffen werden. Die Begrifflichkeiten sind zum großen Teil dem SGB IX entlehnt und an das SGB VIII angepasst. Die Eingliederungshilfe ist über § 35 a III SGB VIII eng mit der Eingliederungshilfe der Sozialhilfe verzahnt. So ist die Definition der (seelischen) Behinderung zwar in Absatz 1 gegeben, dennoch soll sie durch Aspekte des SGB XII ergänzt werden, vgl. Absatz 3. Dasselbe gilt für die Rechtsfolge, also den Inhalt der Eingliederungshilfeleistung, die in § 35a II SGB VIII bestimmt wird. Auch diese Regelung wird durch das SGB XII ergänzt. Insbesondere ist an dieser Stelle auf § 54 SGB XII hinzuweisen. Er präzisiert die Art der Leistungen nach § 35a II SGB VIII und verweist seinerseits auf das SGB IX mit den dort genannten Leistungen: Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, § 26 SGB IX, Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, § 33 SGB IX, Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft § 55 SGB IX. Anspruchsinhaber des § 35a SGB VIII ist im Unterschied zu § 27 SGB VIII das Kind bzw. der Jugendliche selbst.

#### **5.7.4. Leistungen zum Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen**

Hinsichtlich der Leistungen zum Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen nach § 39 SGB VIII herrscht Streit hinsichtlich des Leistungsberechtigten im Sinne dieser Vorschrift. Als Anspruchsberechtigte kommen das Kind bzw. der Jugendliche,<sup>231</sup> dessen Eltern als Personensorgeberechtigte<sup>232</sup> und im Fall der Vollzeitpflege unter Umständen die Pflegeeltern in Betracht.<sup>233</sup> § 39 I SGB VIII ist hier undeutlich. Zum Teil wird vertreten, dass in der Zurverfügungstellung wirtschaftlicher Mittel kein Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht liege. Somit könne dem Kind oder Jugendlichen ein eigener Anspruch zugeordnet werden. Die Lösung dürfte darin liegen, § 39 SGB VIII konsequent als akzessorischen Anspruch zu den in Absatz 1 benannten Anspruchsgrundlagen zu verstehen. In diesem Fall richtet sich die Anspruchsinhaberschaft nach der in Absatz 1 genannten Anknüpfungsregelung.

#### **5.8. Räumlicher Geltungsbereich des SGB VIII**

---

<sup>231</sup>Wiesner in: Wiesner, SGB VIII, § 39 Rz 16. Nach Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, § 39 Rz. 5 ist der Minderjährige immer der Inhaber des Anspruchs auf den Barbetrag.

<sup>232</sup>Der Personensorgeberechtigte als Inhaber des Anspruchs auf die Hauptleistung nach § 27 ff SGB VIII: Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, § 39 Rz.5; auch VGH München 17.5.2001 12 ZB 00.1589 Rz. 2 des Jurisdokuments.

<sup>233</sup>Aus Vertrag mit den Personensorgeberechtigten OVG Münster vom 25.4.2001 12 A 924/99 NVwZ-RR 2002,123 (124), auch zum Streitstand instruktiv.

Nach § 6 I SGB VIII werden Leistungen und andere Maßnahmen eingesetzt, wenn die nach dem SGB VIII Leistungsberechtigten ihren tatsächlichen Aufenthalt im Inland haben. Insofern ist § 30 III SGB I für das SGB VIII erweitert. Der tatsächliche Aufenthalt ist die Anwesenheit eines Menschen an einem bestimmten Ort. Auf einen willentlichen Entschluss oder Dauerhaftigkeit, sowie innere Motive kommt es anders als bei § 30 III SGB I nicht an. § 6 I SGB VIII geht damit zwar vom Territorialprinzip des § 30 SGB I aus, ermöglicht aber in § 6 III SGB VIII einen Export von Sozialleistungen ins Ausland, soweit der Leistungsadressat ein deutscher Staatsangehöriger ist. Bei Menschen mit ausländischer Staatsangehörigkeit genügt nach § 6 II SGB VIII ein tatsächlicher Aufenthalt nicht, um Leistungen der Jugendhilfe in Anspruch nehmen zu können. Hier ist ein gewöhnlicher Aufenthalt erforderlich, § 30 III 2 SGB I. Darüber hinaus sind ausländerrechtliche Anforderungen an ihren Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland zu stellen. Der Aufenthalt des potenziellen Leistungsempfängers muss rechtmäßig sein oder er muss sich aufgrund einer Duldung auf deutschem Territorium aufhalten. Rechtmäßig ist der Aufenthalt, wenn der Ausländer einen Aufenthaltstitel im Sinne des § 4 I 2 AufenthG besitzt. Bei EU Staatsangehörigen und deren Familienangehörigen übernimmt die Aufenthaltserlaubnis/ EU nach § 5 FreizügG/EU diese Funktion. Auch eine Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG führt zu einem rechtmäßigen Aufenthalt. Die Voraussetzungen einer Duldung ergeben sich aus § 60a AufenthG. Diese stellt an sich keinen rechtmäßigen Aufenthalt dar, weil der Ausländer ausreisepflichtig ist, und die Duldung nur die Vollziehung der Abschiebung suspendiert. Bei Asylbewerbern<sup>234</sup> kommt es bei der Annahme eines gewöhnlichen Aufenthaltes oftmals zu Problemen, da die Aufenthaltsgestattung von vorne herein auf den Zeitraum des Asylverfahrens beschränkt ist und danach entweder ein Aufenthaltstitel erteilt wird oder die gesetzliche Ausreisepflicht eintritt.

## **5.9. Verwaltungsverfahren**

Im Verwaltungsverfahren des Kinder- und Jugendhilferechts gibt es verschiedene Spezialregelungen wie die Beteiligung von Kindern- und Jugendlichen, § 8 SGB VIII, der Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung, § 8a SGB VIII, Mitwirkung und Hilfeplan, § 36 SGB VIII, Steuerungsverantwortung und Selbstbeschaffung, § 36a SGB VIII, § 37 SGB VIII, Zusammenarbeit bei Hilfen außerhalb der Familie, Schutz von Sozialdaten, § 61 SGB VIII. § 8a SGB VIII etabliert einige objektiv-rechtliche Pflichten des Jugendhilfeträgers, die im Ergebnis darauf hinauslaufen, Hilfen des Jugendhilfeträgers oder ordnungsrechtliche Maßnahmen durch ein Familiengericht einzuleiten.

---

<sup>234</sup>Zur Jugendhilfe und gewöhnlichem Aufenthalt bei minderjährigen Asylbewerbern: BVerwG vom 24.6.1999 5 C 24/98 NVwZ 2000, 325 .

Das Kinder- und Jugendhilferecht unterscheidet zwischen örtlichen und überörtlichen Trägern der Jugendhilfe, § 69 I SGB VIII. Örtliche Träger sind, wie bereits in § 27 II SGB I beschrieben, die Kreise und kreisfreien Städte. Der überörtliche Träger wird durch das Landesrecht bestimmt. Wie im Grundsicherungs- und Sozialhilferecht ist bereits bundesrechtlich die Möglichkeit eingeräumt, die kreisangehörigen Gemeinden zur Erfüllung der Aufgaben nach dem SGB VIII heranzuziehen, § 69 II 1 SGB VIII. Die Ausgestaltung der Heranziehung der kreisangehörigen Gemeinden ist jedoch Ländersache. Für die Durchführung des Sozialleistungsrechts sind somit regelmäßig die örtlichen Träger sachlich zuständig, § 85 I SGB VIII. Die örtliche Zuständigkeit für Leistungen richtet sich nach §§ 86 - 86 d SGB VIII. Anknüpfungspunkt ist grundsätzlich der gewöhnliche Aufenthalt der Eltern, § 86 I SGB VIII. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes ist in § 30 III 2 SGB I legaldefiniert.

Die Organisation des Jugendamts bzw. Landesjugendamtes ist in § 70 SGB VIII geregelt. Beide bestehen jeweils aus der Verwaltung des (Landes-)Jugendamtes, § 70 II SGB VIII und dem (Landes-) Jugendhilfeausschuss, § 71 SGB VIII, bzw. § 70 III, 71 SGB VIII für das Landesjugendamt. In § 70 SGB VIII ist jeweils auch geregelt wie die Zuständigkeitsverteilung zwischen diesen Organen aussieht. Die Verwaltung ist für die laufenden Geschäfte zuständig, wobei die Satzungen und Beschlüsse der Vertretungskörperschaft und des Jugendhilfeausschusses für sie einen verbindlichen Rahmen darstellen. Der Jugendhilfeausschuss nach § 71 SGB VIII ist auf kommunalrechtlicher Ebene von entsprechend benannten Ausschüssen (Jugend/ Soziales etc.) der Gemeindevertretung zu unterscheiden.

Das Kinder – und Jugendhilferecht enthält eine Reihe restriktiverer Datenschutzvorschriften ( § 61 ff SGB VIII insbesondere § 65 SGB VIII ) als das grundsätzlich anwendbare SGB X.

### **5.10. Antragsabhängigkeit und Selbstbeschaffung**

In der Praxis kommt es immer wieder zu Problemen, wenn an das Jugendamt nicht formell (v.a. durch schriftlichen Antrag) zur Gewährung einer Leistung herangetreten wurde. Die Praxis einiger Jugendämter, die Übernahme von Leistungen mangels (nachweisbarem) Antrag abzulehnen, war rechtswidrig. Sie wurde durch eine missverständliche und irreführende Rechtsprechung des BVerwG gefördert.<sup>235</sup> Der Großteil der Literatur stärkte die recht restriktive Linie des BVerwG, indem sie in die Rechtsprechung des BVerwG eine materielle Antragsabhängigkeit der Jugendhilfeleistung hinein interpretierte.<sup>236</sup> Das führte zu der These, dass der Anspruch auf die Jugendhilfeleistung ohne Antrag nicht zur Entstehung gelangen sollte. Der weitaus größte Teil der

<sup>235</sup>BVerwGE 112, 98 ff; bestätigt in BVerwG NVwZ 2006, 697.

<sup>236</sup>Grube ZfJ 2001, 288 (288, 290).

in dieser Diskussion diskutierten Differenzen wurde dadurch verursacht, dass nicht deutlich zwischen der Wirkung eines Antrags im materiellen bzw. verfahrensrechtlichen Sinn und dem Problem der Selbstbeschaffung unterschieden wurde. Das Problem der Selbstbeschaffung hat der Gesetzgeber mit Art 1 Nr.15 KICK durch die Einführung des § 36 a III SGB III in Angriff genommen und dadurch auch die Diskussion um die (materielle) Antragsabhängigkeit der Jugendhilfe entschärft. In § 36a I, II SGB VIII wird klargestellt, was eigentlich nicht Streitig war, nämlich, dass der Jugendhilfeträger aus seiner Fachlichkeit heraus immer auch das Prüfungsrecht und Prüfungspflicht hinsichtlich der Art der Leistung hat.<sup>237</sup> Diese kann er nur wahrnehmen, wenn er vom Leistungsberechtigten nicht übergangen wird. § 36a SGB VIII soll damit auch sicherstellen, dass der Jugendhilfeträger seiner fachlichen Verantwortung nachkommen kann. Allerdings hat sich der Gesetzgeber auch dafür entschieden, dass diese Steuerungsverantwortung nicht uneingeschränkt gilt, und fachlich sinnvolle Ausnahmen im niedrig schwelligen Bereich eingerichtet, § 36a II SGB VIII. Um den Träger nicht völlig aus seiner Verantwortung zu entlassen, muss er hier präventiv durch Verträge sicherstellen, dass eine fachlich verantwortungsvolle Leistungserbringung möglich bleibt. Die Voraussetzung für eine echte Selbstbeschaffung ohne vorherigen Kontakt zum Jugendhilfeträger sind nun in § 36a III SGB VIII geregelt. Eine dem § 13 III SGB V nachempfundene Regelung regelt die Kostenübernahme für die Fälle, in denen der Träger zwar von seiner Leistungspflicht durch den Leistungsberechtigten in Kenntnis gesetzt wurde, aber die Leistung nicht rechtzeitig erbracht wurde. Damit ist nun auch klargestellt, dass eine Selbstbeschaffung der Leistung mit nachfolgender Liquidierung beim Kinder- und Jugendhilfeträger in aller Regel nicht möglich ist. Falls es eine formelle Antragsabhängigkeit der Leistung geben sollte, spielte diese Frage nun eine untergeordnete Rolle, da der Leistungsträger mindestens Kenntnis vom Leistungsfall erlangt haben muss. Wird dann ein evtl. nötiger Antrag nicht gestellt, muss der Leistungsträger auf die Notwendigkeit eines Antrags hinweisen. Im übrigen wird er sich dann nicht auf das Fehlen eines Antrags berufen können.

### **5.11. Beteiligung § 8 I SGB VIII**

Die Beteiligung im Verwaltungsverfahren ist grundsätzlich in § 12 SGB X geregelt. Daraus ist ersichtlich, dass das Verwaltungsverfahren regelmäßig so gestaltet ist, dass es zwei und nur ausnahmsweise mehr als zwei Beteiligte gibt. § 12 II SGB X erlaubt zwar die Hinzuziehung von Personen, deren rechtliche Interessen betroffen sind. Für den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe wurde es jedoch als nicht ausreichend erachtet, dass in der Regel die Eltern die Beteiligten im Sinne des § 12 I Nrn. 1-3 SGB X sind. Um die ohnehin durch das SGB VIII nicht allzu ausgeprägte Rechtsstellung des Kindes oder Jugendlichen zu verbessern, wurde § 8 SGB VIII eingeführt. § 8 I

---

<sup>237</sup>Zutreffend jedenfalls soweit BVerwGE 112, 98 ff.

SGB VIII räumt dem Kind oder Jugendlichen insofern eine Verbesserung seiner Position ein, als nicht die rechtliche Betroffenheit vorausgesetzt wird, sondern allgemeiner die Betroffenheit des Kindes oder Jugendlichen. Eine solche wird immer auch angenommen, wenn der Personensorgeberechtigte Leistungen erhält.

### **5.12. Hilfeplan § 36 II, III SGB VIII**

Wie der Hilfeplan verwaltungsverfahrenrechtlich hinsichtlich seiner Rechtsnatur einzuordnen ist und wie er sich zum Verwaltungsverfahren nach dem SGB X verhält, ist streitig.<sup>238</sup> Er ist zunächst von der Hilfeplanung nach § 70 SGB VIII, die Ausdruck der Gesamtverantwortung für die Infrastruktur der Jugendhilfe ist, zu unterscheiden. Meist wird der Hilfeplan nach § 36 II, III SGB VIII als Sonderregelung zu den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren nach SGB I und SGB X aufgefasst.

Anwendung findet die Hilfeplanung nach § 36 II, III SGB VIII, wenn Hilfe zur Erziehung, §27 SGB VIII und / oder Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII voraussichtlich für längere Zeit erbracht werden soll. An der Aufstellung des Hilfeplanes sind u.a. verschiedene Fachkräfte, die Personensorgeberechtigten, das Kind oder der Jugendliche beteiligt. Der Hilfeplan dient der Vorbereitung der Entscheidung und soll die Qualität der Leistung sowie die Autonomie und Kooperation der Leistungsberechtigten<sup>239</sup> sicherstellen. Darüber hinaus wird der Hilfeplan als eine besondere Form der Entscheidungsfindung des Jugendamtes im Hilfeprozess angesehen. Die Hilfen sollen so allein konsensual eingesetzt und durch Aushandlungsprozesse erschlossen werden.<sup>240</sup> Daran ist sicherlich zutreffend, dass eine Hilfe, die ohne Hilfeplan geleistet wurde, hinsichtlich der Geeignetheit einen intensiveren Begründungsaufwand zur Folge hat, als eine Hilfe die aufgrund eines Hilfeplanes zu Stande kam. Das Hilfeplanverfahren soll für die inhaltliche Richtigkeit bürgen. Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist der Hilfeplan keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für Leistungen nach §§ 27 – 35a SGB VIII.<sup>241</sup> Wenn er fehlt, kommt es für die Rechtmäßigkeit der Leistung darauf an, ob ohne ihn das Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen der Hilfe festgestellt werden kann. Dem steht § 36a I SGB VIII nicht entgegen, denn der Hilfeplan ist nur grundsätzlich, also nicht in jedem Fall, Voraussetzung für die Übernahme der Kosten der Hilfe.

### **5.13. Landesrechtliche Sonderregelungen**

---

<sup>238</sup>Schmid, Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, S. 37 – 39, 119- 129.

<sup>239</sup>Schmid, Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, S. 32 ff auch zu weiteren Funktionen.

<sup>240</sup>Zusammenfassend und kritisch Schmid, Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, S. 32.

<sup>241</sup>BVerwG vom 24.6.1999 5 C 24/98 = NVwZ 2000, 326(328) = ZfJ 2000, 31



An verschiedenen Stellen sieht das SGB VIII Landesrecht Vorbehalte vor:

§ 15 SGB VIII bzgl. der näheren Ausgestaltung von Inhalt und Umfang der Jugendarbeit, Jugendsozialarbeit und erzieherischem Kinder- und Jugendschutz<sup>242</sup>

§ 26 SGB VIII hinsichtlich der näheren Ausgestaltung von Inhalt und Umfang der Tagespflege und Tageseinrichtungen<sup>243</sup>

§ 49 SGB VIII bzgl. der Erteilung von Pflege- und Betriebserlaubnisse

§ 89g SGB VIII bzgl. der Aufgabenübertragung der Aufgaben des überörtlichen Jugendhilfeträgers auf andere Körperschaften des öffentlichen Rechts

### Wiederholungsfragen

- Welche Ziele hat die Kinder und Jugendhilfe ?
- In welchem Sozialgesetzbuch ist die Kinder - und Jugendhilfe geregelt?
- Welche Funktion hat das soziale Recht nach § 8 SGB I?
- Welche Grundrechte sind im Bereich der Kinder - und Jugendhilfe ganz besonders wichtig? Erläutern Sie deren Inhalt und Struktur.
- Wem steht das Erziehungsrecht nach Art. 6 II GG zu?
- Welches Grundrecht schützt das Recht des Kindes auf Erziehung?
- Was versteht man unter mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte?
- Können sich Kinder gegenüber ihren Eltern auf Art. 6 II Grundgesetz berufen?
- Was versteht man unter einer grundrechtlichen Schutzpflicht?
- Welche Tätigkeiten der Jugendhilfeträger weist § 27 SGB I nicht aus? Wieso werden diese Tätigkeiten in dieser Regelung nicht aufgezählt ?
- Welche Funktion hat § 27 SGB I?
- Welche Folge hat die Unterscheidung zwischen Leistungen und anderen Aufgaben der Jugendhilfe?
- Wer hat die Gesetzgebungskompetenz für das Kinder- und Jugendhilferecht bzw. Bildungsfragen?
- Was versteht man unter ordnungsrechtlichen Aufgaben der Jugendhilfe ?
- Erläutern Sie den Begriff Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung an einem Beispiel der Jugendhilfe.
- Welche Regelung bietet Ihnen sowohl über die Leistungen der Kinder - und Jugendhilfe als auch über ihre anderen Aufgaben einen Überblick?
- Wer ist anspruchsberechtigt für die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe?

<sup>242</sup>Nachweise u.a. bei Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII § 15 Rz. 3.

<sup>243</sup>Nachweise u.a. bei Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII § 26 Rz. 5.

- An welcher Stelle des SGB VIII finden Sie die Legaldefinitionen für mögliche anspruchsberechtigte Personen?
- Wo ist jeweils der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz, auf Hilfe zur Erziehung und auf Eingliederungshilfe für behinderte Kinder und Jugendliche geregelt?
- Wie unterscheidet sich eine Soll - Regelungen von einem Rechtsanspruch?
- Nennen Sie Beispiele für Soll - Regelungen nach dem SGB VIII.
- Was versteht man im SGB VIII unter Erziehung? Welche Leistungstypologie hat das SGB VIII ausgebildet?
- Was ist bei der Auslegung des Begriffs „Wohl“ des Kindes zu berücksichtigen? Welcher Techniken bedient man sich dabei ?
- Ist der Begriff „Wohl“ des Kindes im SGB VIII mit dem Begriff des „Wohl“ des Kindes im BGB identisch?
- Ist der Begriff des Kindes im SGB VIII mit dem Begriff des Kindes in § 1666 BGB identisch?
- Welche Prinzipien hat die zivilrechtliche Rechtsprechung zu dem Begriff des „Wohls“ des Kindes im BGB entwickelt?
- Erläutern Sie, in welchem Verhältnis die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe zu den Leistungen der Sozialhilfe stehen.
- In welchem Verhältnis stehen die Leistungen der Kinder - und Jugendhilfe zu den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II?
- Ist eine Bedürftigkeitsprüfung Voraussetzung für den Erhalt von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe?
- Bei welchen Aufgaben des Jugendhilfeträgers spielt das Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 SGB VIII eine Rolle?
- Wie wirkt sich das Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 SGB VIII auf einen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung aus?
- Beschreiben Sie den Zusammenhang zwischen dem Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 SGB VIII und dem Hilfeplan nach § 36 II, III SGB VIII.
- Inwiefern bilden §§ 28 ff SGB VIII den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die Hilfe zur Erziehung ab?
- Was ist die Rechtsgrundlage für unbenannte Leistungen der Hilfe zur Erziehung?
- Ist zur Bewilligung einer Hilfe zur Erziehung jeweils die Zustimmung des anderen Personensorgeberechtigten erforderlich? Begründen Sie Ihre Auffassung.
- Erläutern Sie die Geschichte des Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz nach § 24 I SGB VIII.
- Welchem zeitlichen Umfang hat der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz nach § 24 I 1 SGB VIII?

- Erläutern Sie den Zusammenhang der Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche nach § 35a SGB VIII mit der Eingliederungshilfe nach §§ 53 ff SGB XII.
- Welche Leistungen zur Eingliederung behinderter Kinder und Jugendlicher sieht § 35a SGB VIII vor ?
- § 39 SGB VIII sieht einen Anspruch auf Pflegegeld vor. Wer ist der Inhaber des Anspruchs ?
- Können Ausländer Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Anspruch nehmen?
- Wer ist Träger der Jugendhilfe?
- Wo ist die örtliche Zuständigkeit des Jugendhilfeträgers geregelt und wo die sachliche Zuständigkeit? Erläutern Sie, was man unter örtlicher und sachlicher Zuständigkeit versteht.
- Erläutern Sie die Organisation des Jugendamtes.
- Ist eine Selbstbeschaffung von Leistungen der Kinder und Jugendhilfe zulässig?
- Ist die Stellung eines Antrages auf Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe Verfahrensvoraussetzung (formelle Antragsabhängigkeit) oder Voraussetzungen für die Entstehung des jeweiligen Leistungsanspruchs (materielle Antragsabhängigkeit)?
- Ist der Hilfeplan nach § 36 II und III SGB VIII ein Verwaltungsakt?
- Welchen Zweck verfolgt der Hilfeplan?
- Ist die Aufstellung eines Hilfeplanes Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Gewährung von Leistungen nach §§ 27 oder 35a SGB VIII?
- Auf welchem Rechtsweg gehen die Streitigkeiten nach dem SGB VIII? Wo ist dies geregelt?

## **Buch V Übungen**

### **Kapitel 1 Vertiefungsfragen**

#### **1. Zur Arbeit mit und an den Vertiefungsfragen**

Mit Hilfe der Vertiefungsfragen sollten Sie den Umgang mit rechtlichen Fragestellungen üben. Dazu gehört im Regelfall zunächst eine Wissenskontrolle. Oft genug werden Sie feststellen, dass Sie bestimmte Fragen mangels hinreichenden Wissens nicht sofort beantworten können. Sie können in diesen Fällen versuchen die Antwort irgendwo in diesem Text zu finden. Möglicherweise glückt es Ihnen. Ziel ist jedoch, dass Sie erlernen selbständig Antworten aufgrund von Gesetzestexten, Rechtsprechung und Literaturquellen erarbeiten. Dabei steht die Arbeitstechnik im Vordergrund und nicht das Ergebnis. Achten Sie darauf, Ihre Antworten an Rechtsgrundlagen anzuknüpfen und die wesentlichen Gründe für Ihre Entscheidung zu nennen.

#### **2. Vertiefungsfragen**

1. In welcher Kodifizierung ist die gesetzliche Krankenversicherung geregelt ?
2. Erläutern Sie das Verhältnis zwischen Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsverhältnis .
3. Führt ein nichtiger Arbeitsvertrag zu einem Beschäftigungsverhältnis ?
4. Welche Indizien für eine nicht selbständige Beschäftigung gibt es ?
5. Wie lautet die Anspruchsgrundlage des Anspruchs auf ärztliche Behandlung nach dem Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung ?
6. Wie lautet die Definition des Versicherungsfalles Krankheit im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung ?
7. Welche Leistungsprinzipien gibt es in der Gesetzlichen Krankenversicherung ?
8. Beschreiben Sie Aufgabe und Strukturprinzipien der Gesetzlichen Unfallversicherung.
9. Was versteht man unter unechter Unfallversicherung ?
10. Erläutern Sie die Kausalbeziehungen des Versicherungsfalles Arbeitsunfall in der Gesetzlichen Unfallversicherung.
11. Wer kann Leistungen der Arbeitslosenversicherung und Arbeitsförderung in Anspruch nehmen ?
12. Erläutern Sie, welche Voraussetzungen ein wichtiger Grund nach § 159 I SGB III zu erfüllen hat.

13. Welche Funktion hat § 36a SGB II ?
14. Welche Sozialleistungen bilden das soziokulturelle Existenzminimum ab ?
15. Beschreiben Sie Geltungsbereich und Funktion des Regelbedarfsermittlungsgesetzes.
16. Aus welchen Positionen setzt sich der laufende Bedarf eines erwerbsfähigen Leistungsberechtigten zusammen ?
17. Wer ist Träger der Grundsicherung für erwerbsfähige aber arbeitslose Menschen ?
18. Ist es rechtmäßig, Sozialleistungen ohne gesetzliche Grundlage zu gewähren ?
19. Welche Funktion haben die sozialen Rechte ?
20. Welche Rechtsform haben die Sozialversicherungsträger ?
21. Wer ist in der Unfallversicherung versichert ?
22. Wann ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet ?
23. Wie ist die Versicherungspflicht in der Sozialen Pflegeversicherung ausgestaltet ?
24. Welche Rechtsquellen hat das Sozialrecht ?
25. Welchen Anwendungsbereich haben SGB II und SGB XII ?
26. In welchen Zweigen der Sozialversicherung sind Bezieher von Arbeitslosengeld II versicherungspflichtig ?
27. Welche Posten umfassen die Kosten für Unterkunft und Heizung ?
28. Was bedeutet der „gewöhnliche Aufenthalt“ nach dem SGB II und SGB XII ?
29. Welche Sozialleistungen können Personen unter 15 Jahren erhalten, die keiner Bedarfsgemeinschaft angehören und deren soziokulturelles Existenzminimum nicht gesichert ist ?
30. Beschreiben Sie das gegliederte Sozialleistungssystem.
31. Worin unterscheidet sich die Sozialversicherung von der Sozialhilfe und der Grundsicherung ?
32. Fathi ist arabischer Staatsangehöriger und im Besitz einer Niederlassungserlaubnis, § 9, 2 II Aufenthaltsgesetz. Ist er erwerbsfähig im Sinne des § 8 SGB II ?
33. Welche Funktionen haben die sozialen Rechte des SGB I ?
34. Erläutern Sie den Zusammenhang zwischen den Sperrzeiten nach dem SGB III und den Sanktionen nach dem § 31 IV Nr. 3 SGB II.
35. Wo ist das soziale Recht auf Arbeitsförderung geregelt ?
36. Wie viele und welche Anspruchsgrundlagen enthält § 136 SGB III ?
37. Nach welcher Regelung richtet sich die örtliche Zuständigkeit für das Arbeitslosengeld I ?
38. Welche Kriterien bestimmen die Zumutbarkeit einer Arbeitstätigkeit nach dem SGB II bzw. SGB III ?
39. Erläutern Sie die folgenden Begriffe hinsichtlich ihres Inhaltes und ihrer Unterschiede im Vergleich:
  - Erwerbsunfähigkeit/ Erwerbsfähigkeit

- Arbeitslosigkeit
  - Arbeitsunfähigkeit
40. Lesen Sie § 66 SGB I und § 31a SGB II. In welchem Verhältnis stehen die Regelungen zu einander ? Sind sie nebeneinander anwendbar ?
  41. Erläutern Sie den Unterschied zwischen kausalen und finalen Systemen sozialer Sicherung.
  42. Erläutern Sie den Begriff „Sozialrecht“.
  43. Auf welche Sozialleistungen nach dem SGB III gibt es einen Rechtsanspruch ?
  44. Erläutern Sie, welche Bedeutung das Regelbedarfsermittlungsgesetz für das SGB II und SGB XII hat.
  45. Welche Anspruchsgrundlagen können Sie dem Kapitel 3 Abschnitt 2 Unterabschnitt 1 des SGB II entnehmen ? Erläutern Sie, wieso Sie der Auffassung sind, dass es sich um Anspruchsgrundlagen handelt.
  46. Lesen Sie § 15 SGB II. Handelt es sich bei der Eingliederungsvereinbarung um einen Verwaltungsakt ?
  47. In welchem Verhältnis stehen Arbeitslosengeld I und Arbeitslosengeld II ?
  48. In welchem Verhältnis stehen die Leistungen zur Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung und der Anspruch auf Sozialgeld ?
  49. Wer ist Träger der Grundsicherung nach dem SGB II und für welche Leistungen ?
  50. Durch welche verwaltungsrechtliche Handlungsform werden Leistungen der Jugendhilfe bewilligt ?
  51. Welche Aufgaben hat die öffentliche Jugendhilfe ?
  52. Wer ist Inhaber des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung ? Wieso wurde dies in dieser Form geregelt ?
  53. Was versteht man unter dem Aufenthaltsbestimmungsrecht und wie ordnet man es im Eltern- Kind Verhältnis zivilrechtlich ein ?
  54. Bestimmen Sie Tatbestand und Rechtsfolge des § 27 I SGB VIII. Erläutern Sie Ihre Auffassung.
  55. Was passiert, wenn ein personensorgeberechtigter Elternteil Hilfe zur Erziehung beantragt und der andere sich gegen eine Hilfe zur Erziehung ausspricht?
  56. Lesen Sie § 1666a BGB. In welchem Verhältnis steht er zur Hilfe zur Erziehung nach § 27 SGB VIII ?
  57. Welche Rolle spielt die Zustimmung der Mutter für das Recht der elterlichen Sorge des nicht ehelichen Vaters ?
  58. Erläutern Sie Inhalt und Struktur des Art. 6 II GG.
  59. Wann entstand das Bürgerliche Gesetzbuch ?
  60. Was bedeutet Rechtsfähigkeit ?

61. Was bedeutet Geschäftsfähigkeit ?
62. Worin unterscheiden sich Ehe und Lebenspartnerschaft ?
63. Ordnen Sie die benannten Hilfen zur Erziehung nach ihrer Intensität im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Erläutern Sie Ihre Ordnung !
64. Wem steht der Anspruch auf Pflegegeld nach dem SGB VIII zu ?
65. Erläutern Sie, wem die elterliche Sorge zusteht und welchen Inhalt die Personensorge hat.
66. Erläutern Sie Inhalt und Struktur des Art. 6 I – III GG.
67. Marisa und Vincent sind geschieden. Aus ihrer Ehe ging ihre Tochter Sabine hervor. Während beide Elternteile in derselben Stadt wohnten, wohnte Sabine jeweils im wöchentlichen Wechsel bei einem Elternteil. Nun zieht Marisa zu ihrem neuen Lebensgefährten in eine 600 km entfernte Stadt. Aus diesem Anlass möchte Marisa nun die alleinige Sorge für Sabine haben. Vincent ist damit nicht einverstanden. Wird Marisa's Antrag auf Alleinsorge erfolgreich sein ?
68. Für welchen Personenkreis ist die intensive sozialpädagogische Einzelbetreuung möglich ?
69. Ist im Rahmen der Inobhutnahme eine Freiheitsentziehung möglich ?
70. Wie lange darf der Freiheitsentzug ohne richterliche Entscheidung dauern ?
71. Welche Funktion hat § 8a SGB VIII ?
72. Unter welchen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf die Betreuung in einer gemeinsamen Wohnform ?
73. Erläutern Sie den Unterschied zwischen infrastrukturellen und individuellen Leistungen nach dem SGB VIII.
74. Sind § 35a SGB VIII und § 27 SGB VIII nebeneinander anwendbar ?
75. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit findet im Recht an verschiedenen Stellen Anwendung. Nennen Sie 3 Beispiele und erläutern sie diese !
76. Unter welchen Voraussetzungen ist ein Hilfeplan zu erstellen ? Nennen Sie mindestens eine Funktion des Hilfeplanes.
77. Ist der Hilfeplan ein Verwaltungsakt ? Begründen Sie Ihre Auffassung.
78. Wieso war es zur Einführung der „Ehe“ zwischen gleichgeschlechtlichen Menschen notwendig, eine Regelung außerhalb von §§ 1297 ff BGB zu treffen. Wie heißt die „Ehe“ zwischen gleichgeschlechtlichen Menschen und wo ist sie geregelt ?
79. Erläutern Sie die Begriffe „Jugendhilfeträger“ und „freier Träger der Jugendhilfe“.
80. Im Rahmen eines Ehescheidungsverfahrens beantragt die Mutter eines ehelichen Kindes ihr das Recht der elterlichen Sorge alleine zu übertragen. Der Vater, ein arabischer Staatsangehöriger, ist damit nicht einverstanden. Er ist bereit auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu verzichten, möchte aber die übrige elterliche Sorge auch aus ausländeraufenthaltsrechtlichen Gründen nicht verzichten. Er kommt seinen

Unterhaltspflichten und seiner Umgangspflicht mit dem Kind sehr gewissenhaft nach. Wie wird das Familiengericht entscheiden ?

81. Unter welchen Voraussetzungen finanziert der Jugendhilfeträger den Lebensunterhalt von Kindern ? Wer ist in diesem Fall der Inhaber des Anspruchs ?
82. Anna-Lena geht im Bundesland B zur Schule und hat eine Lese-Rechtschreibschwäche. Ihre Eltern haben eine Hilfe organisiert, die vom Jugendhilfeträger des Bundeslandes A übernommen wird. Bundesland B ändert nun sein Landesschulgesetz. Es sieht nun besondere Hilfen für Kinder vor, die an einer Lese- Rechtschreibschwäche leiden. Anna-Lena hat dem Grund nach Anspruch auf diese Hilfen. Der Jugendhilfeträger des Bundeslandes A stellt nun die Hilfe für Anna-Lena ein. Zur Begründung heißt es, es bestehe nun kein Anspruch mehr auf Leistungen der Jugendhilfe. Ist dies zutreffend ?
83. Welche Gesetzgebungskompetenz/en legitimieren das SGB VIII ?
84. Unter welchen Voraussetzungen kann ein sorgeberechtigter Elternteil das Kind von einer anderen Person heraus verlangen ? Erläutern Sie ein selbst gewähltes Beispiel.
85. Was verstehen Sie unter dem Begriff „Wohl“ im Sinne des § 27 I SGB VIII ? Erläutern Sie diesen Begriff unter Anwendung der juristischen Auslegungsmethoden.
86. Handelt es sich bei dem Hilfeplan nach § 36 II SGB VIII um einen Verwaltungsakt ?
87. In welchem Verhältnis stehen Leistungen zur Eingliederung in Arbeit nach dem SGB II und Jugendberufshilfe nach dem SGB VIII zu einander ?
88. Erläutern Sie das Verhältnis von § 27 I SGB VIII zu § 1666 I BGB.
89. Was versteht man im Recht der Jugendhilfe unter Selbstbeschaffung ? Erläutern Sie ein selbstgewähltes Beispiel.



## Kapitel 2 Übungen zur Gutachtentechnik

### 1. Übung zur Methodenlehre

Der BGH erklärt in seiner Entscheidung vom 28.4.2010 XII ZB 81/09<sup>244</sup> sehr ausführlich, was er unter dem Wohl des Kindes versteht und wieso das OLG München als Vorinstanz keine dem Wohl des Kindes entsprechende Entscheidung treffen konnte.

Analysieren Sie diese Entscheidung indem Sie folgende Fragen beantworten.

1. Wer ist Revisionskläger bzw. -beklagter ?
2. Bezeichnen Sie den Streitgegenstand. Worüber streiten die Parteien ?
3. Welche Rechtsgrundlage prüft der BGH ?
4. Welche Tatbestandsmerkmale hat diese Rechtsgrundlage ?
5. Welche Tatbestandsmerkmale überprüft der BGH ?
6. Welche Methoden wendet der BGH zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale an ?
7. Wer gewinnt den Rechtsstreit und wie sieht der Gewinn aus ?

### 2. Standarddefinitionen zum § 1666 Abs. 1 BGB

Formulieren Sie zu folgenden Tatbestandsmerkmalen des § 1666 Abs. 1 BGB in eigenen Worten und ganzen Sätzen eine Definition. Gehen Sie dabei wie folgt vor:

1. Suchen Sie alle gesetzlichen Regelungen, die etwas zu den Begriffen aus Ihrer Sicht etwas beitragen können.
2. Ermitteln Sie, ob die Regelungen im § 1666 Abs. 1 BGB herangezogen werden dürfen.
3. Schlagen Sie den Begriff in einem Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nach.
4. Überlegen Sie, ob Sie aus Ihrem eigenen Sprachverständnis weitere Bedeutungen erkennen können.
5. Schreiben Sie die so ermittelten Bedeutungen auf.
6. Wählen Sie eine überzeugende Bedeutung aus, die Sie in der Klausur reproduzieren können.

**Wohl:**

**Kind:**

**Eltern:**

**nicht gewillt:**

---

<sup>244</sup> Erhältlich im Hochschulnetz bei juris Datenbank.

**nicht in der Lage:  
gefährdet:**

### **3. Gutachtenübung: Der Normalfall § 1666 Abs. 1 BGB**

Testen Sie die in der vorherigen Übung erarbeiteten Definitionen an einem Gutachten zu folgendem kleinen „Normalfall“

Marlis ist Mutter einer 2 jährigen Tochter, Tine. Tine ist schwer erkrankt. Nach ärztlichem Urteil ist eine unkomplizierte Operation erforderlich, um ihr Leben zu retten. Marlis verweigert ihre Einwilligung dazu. Medizinische Eingriffe sind nach ihrer Glaubensüberzeugung nicht angebracht. Über den behandelnden Arzt werden Jugendamt und schließlich das Familiengericht eingeschaltet.

Das Familiengericht überlegt nun, ob es Marlis die Personensorge für Tine vollständig entziehen soll. Wie wird das Familiengericht entscheiden ?

### **4. Gutachtenübungen zum Familienrecht**

Formulieren Sie die folgenden Gerichtsentscheidungen zu Gutachten im Gutachtenstil um:

1. AG Paderborn, Beschluss vom 17. September 2013 – 84 F 34/13 –, juris

Bitte beachten Sie dazu auch BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 19. November 2014 – 1 BvR 1178/14 –, juris

2. AG Schwäbisch Hall, Beschluss vom 07. Juli 2014 – 2 F 294/14 –, juris

Bitte beachten Sie auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 16. September 2014 – 15 UF 191/14 –, juris

3. AG Essen, Beschluss vom 05. August 2013 – 108b F 6/13 –, juris

Bitte beachten Sie auch: OLG Hamm, Beschluss vom 26. Februar 2014 – II-3 UF 184/13, 3 UF 184/13 –, juris

Verfahren Sie dabei folgendermaßen:

1. Lesen Sie die gesamte Entscheidung.
2. Stellen Sie fest, wer Kläger und Beklagter ist.
3. Bezeichnen Sie den Streitgegenstand der Entscheidung, worüber wird gestritten.

4. Stellen Sie fest, welche Rechtsgrundlage das Gericht zur Lösung des Falles verwendet.
5. Fertigen Sie eine Fallskizze an, der die Beteiligten, ihre Rechtsbeziehungen bzw. rechtlichen Begehren erkennen lässt. Falls nötig, fertigen Sie eine Zeitleiste an.
6. Bilden Sie den ersten Obersatz Ihres Gutachtens: Wer will Was von Wem Woraus ?
7. Subsumieren Sie den Fall im Gutachtenstil.

### **5. Standarddefinitionen zum § 27 Abs. 1 SGB VIII**

Formulieren Sie zu folgenden Tatbestandsmerkmalen des § 27 Abs. 1 SGB VIII in eigenen Worten und ganzen Sätzen eine Definition. Gehen Sie dabei wie folgt vor:

1. Suchen Sie alle gesetzlichen Regelungen, die zu den Begriffen aus Ihrer Sicht etwas beitragen können.
2. Ermitteln Sie, ob die Regelungen im § 1666 Abs. 1 BGB herangezogen werden dürfen.
3. Schlagen Sie in einem Kommentar<sup>245</sup> zum Sozialgesetzbuch Acht nach.
4. Überlegen Sie, ob Sie aus Ihrem eigenen Sprachverständnis weitere Bedeutungen erkennen können.
5. Schreiben Sie die so ermittelten Bedeutungen auf.
6. Wählen Sie eine überzeugende Bedeutung aus, die Sie in der Klausur reproduzieren können.

#### **Personensorgeberechtigter**

##### **Erziehung**

##### **Kind**

##### **Jugendlicher**

##### **Wohl**

##### **nicht gewährleistet**

### **6. Gutachtenübung: der Normalfall § 27 Abs. 1 SGB VIII**

Testen Sie die in der vorherigen Übung erarbeiteten Definitionen an einem Gutachten zu folgendem kleinen „Normalfall“:

Karin und Pepe sind verheiratet und haben einen 10 jährigen Sohn, Sigggi. Sigggi hört gut auf Karin. Seinem Vater gegenüber ist er allerdings abweisend und begegnet ihm respektlos. Wenn Karin

---

<sup>245</sup>Bspw. Kunkel, LPK- SGB VIII, erreichbar im Netz der FRA UAS unter: [https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fkunkelkosgbviii\\_6%2Fsgb\\_viii%2Fcont%2Fkunkelkosgbviii.sgb\\_viii.p2.htm](https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fkunkelkosgbviii_6%2Fsgb_viii%2Fcont%2Fkunkelkosgbviii.sgb_viii.p2.htm)

nicht zu Hause ist, liegt Sigg den ganzen Tag im Bett oder sitzt vor dem Fernseher oder seiner Playstation. An Schule und Hausaufgaben ist in diesen Fällen nicht zu denken. Karin und Pepe sind sich einig, dass es so nicht weiter gehen kann. Pepe möchte Hilfe zur Erziehung in Anspruch nehmen.

Hat er einen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung und wenn ja, welche Hilfe wird das Jugendamt bewilligen ?

## **7. Gutachtenübungen zum Kinder- und Jugendhilferecht**

Formulieren Sie die folgenden Gerichtsentscheidungen zu Gutachten im Gutachtenstil um:

1. VG München, Urteil vom 03. September 2014 – M 18 K 13.1756 –, juris
2. VG Aachen, Urteil vom 19. August 2014 – 2 K 147/13 –, juris
3. VG Gießen, Urteil vom 14. September 2011 – 2 K 5592/10.GI –, juris

Verfahren Sie dabei folgendermaßen:

1. Lesen Sie die gesamte Entscheidung.
2. Stellen Sie fest, wer Kläger und Beklagter ist.
3. Bezeichnen Sie den Streitgegenstand der Entscheidung, worüber wird gestritten.
4. Stellen Sie fest, welche Rechtsgrundlage das Gericht zur Lösung des Falles verwendet.
5. Fertigen Sie eine Fallskizze an, der die Beteiligten, ihre Rechtsbeziehungen bzw. rechtlichen Begehren erkennen lässt. Falls nötig, fertigen Sie eine Zeitleiste an.
6. Bilden Sie den ersten Obersatz Ihres Gutachtens: Wer will Was von Wem Woraus ?
7. Subsumieren Sie den Fall im Gutachtenstil.

einen „Normalfall“:

## **8. Standarddefinitionen zu § 136 SGB III**

Formulieren Sie zu folgenden Tatbestandsmerkmalen des § 136 SGB III in eigenen Worten und ganzen Sätzen eine Definition. Gehen Sie dabei wie folgt vor:

1. Suchen Sie alle gesetzlichen Regelungen, die etwas zu den Begriffen aus Ihrer Sicht etwas beitragen können.

2. Ermitteln Sie, die Regelungen zur Auslegung des § 136 SGB III herangezogen werden dürfen.
3. Schlagen Sie in einem Kommentar<sup>246</sup> zum Sozialgesetzbuch Drei nach.
4. Überlegen Sie, ob Sie aus Ihrem eigenen Sprachverständnis weitere Bedeutungen erkennen können.
5. Schreiben Sie die so ermittelten Bedeutungen auf.
6. Wählen Sie eine überzeugende Bedeutung aus, die Sie in der Klausur reproduzieren können.

**Arbeitnehmer**

**Arbeitslosigkeit**

**Regelaltersrente**

**berufliche Weiterbildung**

**Lebensjahr**

## **9. Gutachtenübung: Der Normalfall § 136 SGB III**

Testen Sie die in der vorherigen Übung erarbeiteten Definitionen an einem Gutachten zu folgendem kleinen „Normalfall“:

Andreas arbeitet seit 20 Jahren in einer kleinen Firma als technischer Angestellter. ER arbeitet 5 Tage in der Woche, jeweils 8 Stunden. Sein Bruttolohn beträgt 60.000€. Sein monatliches Nettogehalt beträgt ca. 3000 €. Sein Steuerabzug richtet sich nach der Lohnsteuerklasse I.

Hat Andreas einen Anspruch auf Arbeitslosengeld 1 und wenn ja, in welcher Höhe ?

Hinweis zur Vereinfachung:

Der Lohnsteuerabzug kann mit 13.000 €

der Beitrag zur Sozialversicherung mit 11.000 €

jährlich angesetzt werden.

## **10. Gutachtenübungen zum Arbeitslosengeld 1**

Formulieren Sie die folgenden Gerichtsentscheidungen zu Gutachten im Gutachtenstil um:

1. SG Karlsruhe, Urteil vom 22.04.2013 - S 11 AL 3545/12 (beck-online) (juris)

---

<sup>246</sup>Bspw. JurisPK SGB erreichbar im Hochschulnetz.

2. SG Duisburg, Urteil vom 11.02.2003 - S 12 AL 47/02 (beck-online) (juris)

3. SG Berlin, Urteil vom 28. April 2015 – S 120 AL 3592/12 (juris)

Verfahren Sie dabei folgendermaßen:

1. Lesen Sie die gesamte Entscheidung.
2. Stellen Sie fest, wer Kläger und Beklagter ist.
3. Bezeichnen Sie den Streitgegenstand der Entscheidung, worüber wird gestritten.
4. Stellen Sie fest, welche Rechtsgrundlage das Gericht zur Lösung des Falles verwendet.
5. Fertigen Sie eine Fallskizze an, der die Beteiligten, ihre Rechtsbeziehungen bzw. rechtlichen Begehren erkennen lässt. Falls nötig, fertigen Sie eine Zeitleiste an.
6. Bilden Sie den ersten Obersatz Ihres Gutachtens: Wer will Was von Wem Woraus ?
7. Subsumieren Sie den Fall im Gutachtenstil.

#### **11. Standarddefinitionen zu § 19 Abs. 1 S. 1 SGB II**

Formulieren Sie zu folgenden Tatbestandsmerkmalen des § 19 Abs. 1 S. 1 SGB II in eigenen Worten und ganzen Sätzen eine Definition. Gehen Sie dabei wie folgt vor:

1. Suchen Sie alle gesetzlichen Regelungen, die etwas zu den Begriffen aus Ihrer Sicht etwas beitragen können.
2. Ermitteln Sie, ob die Regelungen zur Auslegung des § 19 Abs. 1 S. 1 SGB II herangezogen werden dürfen.
3. Schlagen Sie in einem Kommentar<sup>247</sup> zum Sozialgesetzbuch Zwei nach.
4. Überlegen Sie, ob Sie aus Ihrem eigenen Sprachverständnis weitere Bedeutungen erkennen können.
5. Schreiben Sie die so ermittelten Bedeutungen auf.
6. Wählen Sie eine überzeugende Bedeutung aus, die Sie in der Klausur reproduzieren können.

**Erwerbsfähige**

**Leistungsberechtigte**

**Arbeitslosengeld II**

**Nicht Erwerbsfähige**

**Bedarfsgemeinschaft**

**Sozialgeld**

---

<sup>247</sup>Bspw. JurisPKSGBI erreichbar im Hochschulnetz.

## **keine Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII**

### **12. Gutachtenübung: Der Normalfall § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB II**

Testen Sie die in der vorherigen Übung erarbeiteten Definitionen an einem Gutachten zu folgendem kleinen „Normalfall“:

Eva, 20 Jahre alt, arbeitet 15 Stunden in der Woche als Aushilfe in einem Einzelhandelsgeschäft. Sie erhält eine Vergütung in Höhe von 150 € in der Woche. Sie bewohnt eine 40 qm große Wohnung und zahlt 350 € Miete. Dazu kommen Nebenkosten nach der Betriebskostenverordnung in Höhe von 60 €. Wasser (warm und kalt), Strom und Heizung rechnet sie direkt mit dem Versorger ab, der 40 € pro Monat verlangt. Steuern und Sozialversicherungsbeiträge werden von ihr nicht gezahlt. Auf ihrem Sparbuch liegen 20.000 €.

Der Regelbedarf für eine alleinstehende Person beträgt 400 €.

Hat Eva einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II und wenn ja, wie hoch ist er ?

### **13. Gutachtenübungen zum Arbeitslosengeld 2**

Formulieren Sie die folgenden Gerichtsentscheidungen zu Gutachten im Gutachtenstil um:

1. SG Dresden, Urteil vom 10. März 2014 – S 7 AS 1973/11 (juris)
2. SG Detmold, Urteil vom 28. März 2014 – S 28 AS 1937/12 (juris) (beck-online.de)
3. SG Nordhausen, Urteil vom 18. Mai 2011 – S 12 AS 2110/10 (juris) (beck-online.de)

Verfahren Sie dabei folgendermaßen:

1. Lesen Sie die gesamte Entscheidung.
2. Stellen Sie fest, wer Kläger und Beklagter ist.
3. Bezeichnen Sie den Streitgegenstand der Entscheidung, worüber wird gestritten.
4. Stellen Sie fest, welche Rechtsgrundlage das Gericht zur Lösung des Falles verwendet.
5. Fertigen Sie eine Fallskizze an, der die Beteiligten, ihre Rechtsbeziehungen bzw. rechtlichen Begehren erkennen lässt. Falls nötig, fertigen Sie eine Zeitleiste an.
6. Bilden Sie den ersten Obersatz Ihres Gutachtens: Wer will Was von Wem Woraus ?
7. Subsumieren Sie den Fall im Gutachtenstil.

## **Kapitel 3 Fallbearbeitung : Fälle und Lösungen**

### **Fall 1: Evolution und Schöpfung (Familienrecht)**

Jonas und Friederike gehören einer konservativen Religionsgemeinschaft an. Das hat unter anderem zur Folge, dass sie der Auffassung sind, dass das Curriculum an staatlichen Schulen zur Bildung und Erziehung ihrer ehelichen Tochter Magdalena nicht geeignet ist. Magdalena ist derzeit 6 ½ Jahre alt und damit schulpflichtig. Jonas und Friederike teilen die Auffassung ihrer Religionsgemeinschaft, dass Naturwissenschaft und Sprache ja sicherlich wichtig und nützlich seien. Aber der zentrale Aspekt der Existenz, die Schöpfung als Werk Gottes werde durch die staatlichen Curricula mit Füßen getreten. Man müsse diese Lehrmeinung ja nicht anerkennen. Aber zumindest müsse diese Überzeugung Eingang in die staatlichen Bildungseinrichtungen finden und die Kinder müssten über diese Alternative der Existenzbegründung aufgeklärt werden. In den schulischen Curricula der deutschen Bundesländer ist eine entsprechende Lehre nicht vorgesehen.

Entsprechend schicken Jonas und Friederike ihre Tochter nicht in die Schule. Da beide eine abgeschlossene Ausbildung für das Lehramt an Gymnasien haben und pädagogisch geeignet sind, sind sie in der Lage Magdalena zumindest bis zum Erreichen des Hauptschulabschlusses zu unterrichten. Diese Absicht erklären sie auch gegenüber der Schulbehörde und auf Nachfrage hin auch gegenüber dem Jugendamt. Das Jugendamt ist der Auffassung, dass der Unterricht im eigenen Heim und durch die eigenen Eltern nicht ausreicht um die Schulpflicht zu erfüllen. Schule habe auch etwas mit der Gemeinschaft Gleichaltriger zu tun. Dem Wohl der Magdalena sei somit durch Heimunterricht durch die Eltern nicht ausreichend Rechnung zu tragen.

Wie wird das Familiengericht entscheiden?

Lösungsvorschlag:

Das Familiengericht könnte gem. § 1666 I BGB gegen Jonas und Friederike Anordnung hinsichtlich der Erfüllung der Schulpflicht treffen.

Magdalena müsste ein Kind i.S. des § 1666 I BGB sein. Was ein Kind ist, steht in engem Zusammenhang mit den Regelungen der elterlichen Sorge. Dies zeigt die systematische



Einordnung des § 1666 BGB in den Abschnitt um die Regelung der elterlichen Sorge. Demnach ist ein Kind wer unter elterlicher Sorge steht, § 1626 BGB. Weitere Voraussetzung ist, dass dieses Kind minderjährig ist. Minderjährigkeit bestimmt sich aus dem Gegenteil der Volljährigkeit. Volljährigkeit ist in § 2 BGB geregelt. Danach ist volljährig, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat. Friederike und Jonas haben eine 6 ½ jährige Tochter. Entsprechend ist Magdalena nicht 18 Jahre alt und damit minderjährig. Sie steht unter elterlicher Sorge. Sie ist ein Kind i.S. des § 1666 I BGB.

Die Frage des Besuchs einer Schule bzw. die Erteilung von Hausunterricht müsste mit dem Tatbestandsmerkmal des Wohls in Verbindung stehen. Das Wohl ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Bedeutung mit den üblichen methodischen Kanones zu ermitteln ist. Schulische Bildung in einer staatlichen Schule bzw. als Heimunterricht müsste ein Aspekt des Wohls des Kindes sein. Dafür spricht, dass § 1666 III Nr. 2 BGB gerichtliche Anordnungen für den Fall vorsieht, dass die Schulpflicht nicht erfüllt wird. Dem ist die gesetzgeberische Wertung zu entnehmen, dass schulische Bildung zum Wohl eines Kindes gehört.

Das Wohl der Magdalena müsste aufgrund des Privatunterrichts bei ihren Eltern gefährdet sein. Dabei ist Gefahr als einen Zustand zu verstehen, der bei ungehinderter Entwicklung zu einem Schaden an einem Rechtsgut führt. Hier ist zu beachten, dass es den Eltern obliegt, das Wohl ihres Kindes gem. Art. 6 II 1 GG zu konkretisieren. Es ist ihre Aufgabe die Erziehung des Kindes in dessen Sinne zu gestalten. Gleichzeitig gibt Art. 4 I und Art. 4 II GG den Eltern die Möglichkeit, ihr Kind gemäß ihrem religiösen Bekenntnis zu erziehen. Dabei bilden Art. 4 I und 4 II GG ein einheitliches Grundrecht der Bekenntnis und Weltanschauungsfreiheit. Soweit sich die Eltern also auf die Erziehungsrechts in Verbindung mit ihrem eigenen religiösen Bekenntnis berufen, gilt, dass ihnen hier ein Raum freier Gestaltung zusteht. Aus der Wahrnehmung dieser Grundrechte kann dementsprechend zunächst keine Gefährdung abgeleitet werden. Dasselbe gilt für den privat erteilten Unterricht. Art. 7 GG ist ersichtlich, dass nicht jeder Schulbesuch in einer öffentlichen Schule stattfinden muss. Die Schulpflicht kann demnach auch durch den Besuch privater Schulen erfüllt werden. Auf der Seite der Magdalena ist jedoch zu berücksichtigen, dass sie nach Art. 2 I GG und nach § 1 I SGB VIII in ihrer Persönlichkeitsbildung besonders gefordert werden muss. Allein Art. 2 I GG sowie die Zweckbestimmung des SGB VIII stellen sicher, dass das Kind gegenüber den Eltern eigene Interessen durchsetzen bzw. wahrnehmen kann. Daneben befürwortete das BVerfG auch ein Recht des Kindes aufgrund Art. 6 III 1 GG durch seine Eltern erzogen zu werden. Ob Förderung der Persönlichkeit der Magdalena durch den fehlenden Schulbesuch so stark gefährdet ist, dass das Erziehungsrecht und die Religionsfreiheit der Eltern hinter den Rechten der Magdalena zurückzutreten hat, ist hier zu klären. Die Schule bietet die Möglichkeit neben dem Erwerb von Wissen auch den Umgang mit Gleichaltrigen zu pflegen und zu üben. Wenn Magdalena dieses diese Erfahrung vorenthalten wird, dann drohen, soweit es die

Eltern nicht in der Lage sind, den Umgang mit Gleichaltrigen in entsprechend hohem Maße sicherzustellen, erhebliche Nachteile Persönlichkeitsentwicklung des Kindes. Magdalena wird in dieser Beziehung in jedem Fall schlechter gestellt als Kinder, die durch einen regulären Schulbesuch mindestens fünf Tage in der Woche regelmäßig Umgang mit Gleichaltrigen und auch etwas älteren sowie etwas jüngeren Kindern pflegen. Auch die Rolle der Lehrer, die als externe d.h. nicht der Familie angehörige Autoritätspersonen auf das Kind einwirken können und so andere Ideen und andere Ansichten, sowie anderen Verhaltensansprüche an Magdalena herantragen, spielen sie eine zentrale Rolle. Die Konfrontation des Kindes mit vielen verschiedenen Anforderungen innerhalb der Schule durch viele verschiedene Menschen werden die Eltern alleine durch ihren, sicherlich qualifizierten, Unterricht nicht sicherstellen könnten. Allein wenn diese Möglichkeit bestünde, wäre es denkbar, dass auf die Schule als gesellschaftliche Sozialisierungsinstanz verzichtet werden könnte. Allein der Unterricht durch die Eltern vermag die vielfältige Funktionen der Schule nichts ersetzen. Es entspricht dem Leitbild einer pluralistischen Gesellschaft, die Schule als gesellschaftliche Sozialisierungsbedingung und Ausbildung staatsbürgerlichen Bewusstseins sowie Erziehung zu Toleranz und Umgang mit anders Denkenden zu verfechten. Soweit also das Kind nicht die Schule besuchen darf, ist sein Wohl insbesondere deshalb gefährdet, dass es sich nicht mit heterogenen Vorstellungen und Ideen hinsichtlich des Zusammenlebens und der Existenz auseinandersetzen muss.

Da die Eltern hier nicht willens sind, dieser Gefährdung abzuhelfen, ist das Familiengericht befugt nach § 1666 III BGB genannte Maßnahmen zu ergreifen.

Diese Maßnahmen müssen verhältnismäßig i.S.v. § 1666 I BGB sein. Im vorliegenden Fall käme die Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und des Rechts zur Regelung der schulischen Angelegenheiten nach § 1666 III Nr. 2 BGB in Betracht. Da die Eltern mit dem Schulbesuch nicht einverstanden sind, ist es nötig ihnen das Aufenthaltsbestimmungsrecht insofern zu entziehen, als den Besuch der Schule betrifft. Eine mildere Maßnahme, die die Rechte der Eltern weniger belastet, ist nicht ersichtlich. Die Maßnahme ist deshalb auch erforderlich. Es ist ferner angemessen, da nur so ein sinnvoller Ausgleich zwischen den Interessen der Eltern und des Kindes sichergestellt werden kann. Das Familiengericht kann nach § 1666 III Nr. 2 sowie § 1666 III BGB Einleitungssatz das Aufenthaltsbestimmungsrecht soweit es die Anwesenheit in der Schule betrifft sowie das Recht zur Regelung der schulischen Angelegenheiten entziehen und die Einhaltung der Schulpflicht anordnen. Das Jugendamt kann entsprechend das Einschreiten des Familiengerichts erfolgreich anregen.

## **Fall 2: Praktische Hilfe (Familienrecht)**

Jens und Anika sind nicht verheiratet und haben 3 Kinder: Marc, Yvonne und Gabriele. Beide Elternteile haben Sorgeerklärungen abgegeben. Sie beziehen seit der Geburt des ältesten Kindes, Marc, in unterschiedlichem Umfang Hilfe zur Erziehung betreffend die Erziehung aller drei Kinder. Zu verschiedenen Anlässen gab es auch Inobhutnahmen aller drei Kinder. Anlass hierfür war der Eindruck des Jugendamtes, dass Jens und Anika im Vorfeld der Geburt von Gabriele zunehmend weniger bereit gewesen waren, Erziehungsberatung in Anspruch zu nehmen, gleichzeitig aber den Bedürfnissen der beiden älteren Kinder nicht gerecht werden könnten und insbesondere auch die Vorbereitungen für die nahe Geburt des dritten Kindes nicht mit dem gebotenen Nachdruck getroffen worden seien.

Jens und Anika sind mit der Inobhutnahme ihrer drei Kinder in Pflegefamilien nicht einverstanden. Das Jugendamt beantragt nun die Entziehung des gesamten elterlichen Sorgerechts mindestens jedoch des Aufenthaltsbestimmungsrechts. Dagegen wehren sich die Eltern. Sie sind weiterhin bereit, mit dem Jugendamt zusammen zu arbeiten. Aber beide Elternteile sind nur eingeschränkt in der Lage, die kindlichen Belange zu erkennen und auf diese einzugehen. Dies zeigt sich etwa darin, dass es ihnen nicht möglich war, die älteren beiden Kinder zu einem strukturierten Spielen an zu leiten und sie hierdurch in ihrer Entwicklung zu fördern. Es gelingt den Eltern auch nicht, den Kindern klare Grenzen aufzuzeigen und diese konsequent durchzusetzen und dabei insbesondere auf jegliche Form körperlicher Gewalt zu verzichten.

Jens und Anika sehen inzwischen ein, dass es wie bisher nicht weitergehen kann. Sie sind der Auffassung, dass sie weniger abstrakt theoretische Ratschläge zur Erziehung von Kindern im Allgemeinen, sondern konkret praktische Hilfestellung im Umgang mit ihren Kindern benötigen. Sie wären zur Not auch damit einverstanden, dass die Kinder zunächst in den Pflegefamilien verbleiben und intensive Umgangskontakte gefördert werden.

Den Kindern hingegen geht es in ihren Pflegefamilien sehr gut. Sie erhalten dort eine ihren Bedürfnissen angepasste Förderung und Unterstützung, die ihnen im Rahmen ihrer Herkunftsfamilie auch mit der Unterstützung des Jugendamtes nicht zu teil werden kann. Es ist zu erwarten, dass ihre Entwicklung bei Rückkehr zu den leiblichen Eltern nicht optimal verläuft. Das Jugendamt möchte deshalb, dass den Eltern das Sorgerecht zur Gänze, mindestens jedoch das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen wird.

Wie wird das Familiengericht entscheiden?

Lösungsvorschlag:

Das Familiengericht könnte aufgrund von § 1666 I BGB Jens und Anika die gesamte elterliche Sorge für Marc, Yvonne und Gabriele entziehen.

M, Y und G müssten Kinder sein. Was ein Kind ist, steht in engem Zusammenhang mit den Regelungen der elterlichen Sorge. Dies zeigt die systematische Einordnung des § 1666 BGB in den Abschnitt um die Regelung der elterlichen Sorge. Demnach ist ein Kind, wer unter elterlicher Sorge steht, § 1626 BGB. Weitere Voraussetzung ist, dass dieses Kind minderjährig ist. Minderjährigkeit bestimmt sich aus dem Gegenteil der Volljährigkeit. Volljährigkeit ist in § 2 BGB geregelt. Danach ist volljährig, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat. Im Sachverhalt sind M, Y und G als Kinder bezeichnet. Dieser Begriff wird in der Alltagssprache üblicherweise nicht für Personen verwendet, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Entsprechend handelt es sich um Kinder.

Das Erkennen kindlicher Belange und eine angemessene Reaktion der Eltern darauf, müssten mit dem Tatbestandsmerkmal des Wohls in Verbindung stehen. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Anleitung zu strukturierten Spielen und dem aufzeigen klarer Grenzen sowie die Anwendung von physischer Gewalt in der Erziehung. Das Wohl ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Bedeutung mit den üblichen methodischen Kanones zu ermitteln ist. Während die ersten Beispiele eine gesunde Persönlichkeitsentwicklung ansprechen, die zumindest in Art. 2 I 1 GG geschützt sind, zeigt §1631 II BGB, dass die Erziehungsmethode für das Wohl des Kindes als relevant eingestuft wird. Danach ist eine gewaltfreie Erziehung dem Wohl des Kindes zuträglich. Nach der Rechtsprechung des BGH ist auch das Förderprinzip als Aspekt des Kindeswohls zu berücksichtigen. Strukturiertes Spielen dient der Förderung der Entwicklung der Kinder, sodass auch hier ein Aspekt des Wohls des Kindes betroffen ist.

Das Wohl der Kinder müsste durch den Mangel an elterlichem Einfühlungsvermögen in die Belange der Kinder, die fehlende Anleitung zu strukturiertem Spielen und die Gewaltanwendung im Rahmen der Erziehung gefährdet sein. Dabei ist Gefahr als einen Zustand zu verstehen, der bei ungehinderter Entwicklung zu einem Schaden an einem Rechtsgut führt. Soweit Eltern die Belange ihrer Kinder nicht erkennen und darauf nicht angemessen reagieren können, führt dies zu psychischen Schäden für die Kinder. Bei der Gewaltanwendung im Rahmen der Erziehung steht die körperliche Unversehrtheit der Kinder auf dem Spiel. Zudem handelt es sich hier um Straftaten an den Kindern, die von der Rechtsordnung im Gegensatz zum vergangenen Züchtigungsrecht nicht hin zu nehmen sind. Dazu kommt, dass sich ein weiteres Baby ankündigt, das ebenfalls unter

denselben Bedingungen zu leiden hätte. Demnach ist das Wohl der Kinder konkret und aktuell gefährdet, soweit sie der tatsächlichen Obhut der Eltern überlassen werden.

Da beide Eltern Sorgeerklärungen abgegeben haben, §§ 1626, 1626 a I BGB sind beide Eltern im Sinne des § 1666 BGB.

Die Eltern sind hier zwar willens, aber nicht in der Lage, die Gefährdung abzuwehren. Auch die Beratungen des Jugendamtes halfen ihnen nicht, ihrer Erziehungsaufgabe gerecht zu werden.

Entsprechend kann das Familiengericht alle Maßnahmen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind treffen. § 1666 III BGB hält insofern verschiedene nicht abschließend aufgezählte Möglichkeiten der Intervention bereit. Der vollständige Entzug der elterliche Sorge setzte voraus, dass sowohl Vertretungsrecht, § 1629 I 1 BGB, als auch Personensorge und Vermögenssorge § 1626 I 2 BGB entzogen würden.

Dies müsste dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, vgl. § 1666a BGB, entsprechen. Eine Vermögensgefährdung ist nicht ersichtlich, sodass der Entzug der Vermögenssorge nicht erforderlich ist. Vertretungsrecht und Personensorge können auch isoliert entzogen werden. Dies stellt einen weniger schweren Eingriff in das Recht der Eltern dar, der gleichermaßen geeignet wäre, die Gefährdung der Kinder abzuwenden.

Der Entzug der Personensorge könnte entsprechend die geeignete und erforderliche Maßnahme sein, die das Familiengericht anordnen könnte. Da die Personensorge das Recht umfasst, das Kind zu erziehen und genau an dieser Stelle die Umsetzungsdefizite der Eltern anknüpfen, wäre ein Entzug der Personensorge geeignet. Dabei gehört auch der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts, § 1631 I BGB, zur Personensorge.

Der Entzug der Personensorge inklusive Aufenthaltsbestimmungsrecht müsste erforderlich sein. Ein milderer Mittel dürfte also nicht zum Ziel führen. Die Eltern sind mit dem Verbleib der Kinder in den Pflegefamilien einverstanden. Ein Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist nicht notwendig. Hinsichtlich der Erziehung durch die Eltern ist fraglich, ob der Entzug der Personensorge insoweit erforderlich ist. Die vom Jugendamt angebotenen Hilfen wurden nicht an den Bedürfnissen der Eltern ausgerichtet. Sie wünschen sich konkrete praktische Hilfestellungen statt abstrakt theoretische Beratungen. Danach sind die Eltern bereit mit dem Jugendamt zusammen zu arbeiten und dessen Hilfen an zunehmen. Es ist nun Aufgabe des Jugendamtes, die richtige Art und inhaltliche Ausgestaltung der Hilfen aus zu wählen und zu entwerfen. Es ist also

nicht erforderlich, das Personensorgerecht im Hinblick auf die Erziehungsaufgabe der Eltern zu entziehen.

Aus denselben Gründen ist es ebenfalls nicht erforderlich, die Inanspruchnahme von Hilfen zur Erziehung zu Lasten der Eltern anzuordnen, § 1666 III Nr. 1 BGB. Eine Anordnung von Maßnahmen ist unverhältnismäßig, denn die Eltern möchten eine angemessene Unterstützung des Jugendamtes.

Die Entscheidung über den konkreten Inhalt der Hilfen ist zuvorderst die Aufgabe des Jugendamtes, §§ 27 ff SGB VIII. Soweit hier im Rahmen eines Hilfeplanverfahrens, das gem. § 36 II SGB VIII stattfinden sollte, keine Lösung gefunden werden kann, entscheiden die Verwaltungsgerichte, § 40 SGB VIII über die Rechtmäßigkeit der bewilligten oder zu bewilligenden Hilfen.

### **Fall 3: Kindersegen in der JVA (Kinder- und Jugendhilferecht)**

Katja ist eine gewohnheitsmäßige Hehlerin für gestohlene und gefälschte Designerwaren. Ein Strafgericht hat sie nun wegen gewerbsmäßiger Bandenhehlerei in mehreren Fällen zu 2 Jahren Haft verurteilt. Dank des durch das Gerichtsurteil angeordneten Verfalls ihres aus den Taten erlangten Vermögens ist sie beim Antritt ihrer Haftstrafe in der FrauenJVA H der Stadt H völlig pleite. Außerdem ist sie hochschwanger. Nachdem sie einige Tage in der JVA verbracht hat, bekommt sie Gelegenheit mit einer Sozialarbeiterin zu sprechen. Ihr teilt sie ihre Sorgen mit: Was wird aus ihrem Baby nach der Geburt? Wird man ihr das Sorgerecht aufgrund ihrer Straftaten und der Inhaftierung entziehen. Ein echtes Vorbild für das Baby sei sie ja nicht, sieht sie ein. Und die JVA H sei nun auch kein schöner Ort für ein Baby: Der Umgangston zwischen den Frauen ist grob und gelegentlich kommt es auch zu handfesten Auseinandersetzungen.

Die Sozialarbeiterin rät ihr beim Jugendhilfeträger einen Antrag auf Übernahme der Kosten für die Hilfe zur Erziehung und Leistungen zum Lebensunterhalt für das Kind in der JVA V im angrenzenden Bundesland N zu stellen. Die JVA V hat eine von nur 7 Abteilungen für Mütter mit Kindern in Haft im gesamten Bundesgebiet. Ziel der Einrichtung ist es, die Trennung von Mutter und Kind während der Haft zu vermeiden und hierdurch Störungen in der frühkindlichen Entwicklung entgegen zu wirken, positive Entwicklungsprozesse einzuleiten, soziale Entwicklung zu intensivieren und eine Festigung der Mutter-Kind-Beziehung zu fördern. Die Mütter sollen, entsprechend der Entwicklungsstufe ihrer Kinder, in ihrer Erziehungsfähigkeit gestärkt und weitergebildet werden. Das mütterliche Erziehungsverhalten wird zum Wohle des Kindes positiv

beeinflusst. In dieser Abteilung ist auch kurz nach Katjas Entbindungstermin ein freier Platz verfügbar.

Katja ist erleichtert. Mit Hilfe von Christiane stellt sie den Antrag an das Jugendamt. Katja erhält vor der Entbindung bereits die Antwort. Die ist jedoch unerfreulich: man könne keine Kosten in einem anderen Bundesland übernehmen. Ein Platz der Mutter Kind Abteilung der JVA V sei doppelt so teuer, als das Kind im eigenen Bundesland in einem Heim oder bei einer Pflegefamilie unterzubringen. Dazu müsse ihr das Familiengericht dann nur leider das Aufenthaltsbestimmungsrecht entziehen, wenn sie nicht einverstanden sei. Für familiengerichtliche Maßnahmen spreche schon, dass sie ihr ungeborenes Kind benutzen wolle, um sich bessere Haftbedingungen zu erstreiten.

Muss der Jugendhilfeträger der FuHH die Kosten für die Unterbringung der Katja und ihres Babys in der JVA eines anderen Bundeslandes übernehmen?

Lösungsvorschlag:

Die Entscheidung des Jugendhilfeträgers wäre rechtmäßig, wenn Katja keinen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung in der Form der Unterbringung in der Mutter-Kind Abteilung der JVA V nach § 27 I SGB VIII hätte. Katja hätte einen Anspruch auf Bewilligung der Hilfe zur Erziehung, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen des bewilligenden Verwaltungsaktes gegeben wären.

Die Zuständigkeit des Jugendamtes richtet sich nach §§ 85 I, 86 SGB VIII. Danach ist Anknüpfungspunkt der gewöhnliche Aufenthalt nach § 30 I 2 SGB I der Mutter. Ob eine Person einen gewöhnlichen Aufenthalt in einer Justizvollzugsanstalt haben kann, erscheint fraglich. Voraussetzung für die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes ist, dass jemand sich an einem Ort aufhält und die Umstände dieses Aufenthalts erkennen lassen, dass er dort nicht nur vorübergehend verweilt. Bei der Verbüßung einer Haftstrafe in einer JVA ist bei einer zeitigen Freiheitsstrafe absehbar, dass der Aufenthalt zu einem bestimmten Zeitpunkt enden wird. Im vorliegenden Fall ist klar das Katja nach zwei Jahren spätestens, im Regelfall jedoch früher, die JVA verlassen wird. Ein gewöhnlicher Aufenthalt liegt entsprechend nicht vor. Für den Fall, dass der die Leistung begehrende Elternteil im Inland keinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder ein solcher nicht feststellbar ist, ist geregelt, dass sich die Zuständigkeit nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes vor Beginn der Leistung richtet. Auch das Kind hat in der JVA keinen gewöhnlichen Aufenthalt, so dass sich die Zuständigkeit nach § 86 IV 2 SGB VIII richtet. Entsprechend ist der örtliche Träger zuständig in dessen Bereich sich das Kind vor Beginn der Leistung tatsächlich aufhält.

Die formellen Voraussetzungen im Übrigen sind nicht problematisch.

Im Rahmen der materiellen Voraussetzungen müsste Katja Personensorgeberechtigte sein. Der Personensorgeberechtigte ist in § 7 I Nr. 5 SGB VIII legal definiert. Danach ist personensorgeberechtigt, wem nach den Regelungen des bürgerlichen Rechts die Personensorge allein oder gemeinsam mit anderen zu steht. Die Personensorge bei einem nicht ehelichen Kind richtet sich nach § 1626 II BGB i.V.m. § 1626a I BGB. Katja ist die Mutter des Kindes und ist Personensorgeberechtigte.

Das ungeborene Kind müsste ein Kind i.S. des §§ 7 I Nr. 1 SGB VIII sein. Dies könnte insofern problematisch sein als das Kind um nach § 1 BGB um rechtsfähig zu sein, geboren sein müsste. Es ist allerdings nicht auf die Frage der Rechtsfähigkeit abzustellen, sondern bei der Interpretation des Begriffs Kindes ist auf den Zweck der Hilfe zur Erziehung abzustellen. Dabei geht es darum, von dem Kind, damit auch von dem ungeborenen Kind, Gefährdung oder Beeinträchtigung seiner Entwicklung abzuwenden, Dies ist aber u.U. nur dann möglich, wenn die Leistungen direkt nach der Geburt einsetzen. Infolgedessen ist es in diesem Fall unschädlich, dass das Baby noch ungeboren ist. Das ungeborene Kind ist entsprechend ein Kind im Sinne des SGB VIII.

Der Unterstützungsbedarf der Katja müsste sich im Rahmen der Erziehung ihres Kindes bewegen. Erziehung kann man als Konfrontation des Kindes mit den gesellschaftlichen Erwartungen und Normen verstehen. Sie besteht auch aus der Gesamtheit der Reaktionen auf das Abweichen von Verhaltensnormen innerhalb einer Gesellschaft. Katja hat keine Probleme des Kindes mit dem zum Überleben Notwendigen zu versorgen. Allerdings bestehen Zweifel, wie sie aufgrund ihrer Vergangenheit und ihrer jetzigen Lebenssituation im Strafvollzug angemessen für ihr Kind sorgen kann. Das heißt, sie ist sich ihrer Erziehungsrolle, in der konkreten Situation, in der sich befindet, unsicher. Entsprechend ist die Erziehung ihres Kindes der Anknüpfungspunkt für die Hilfe.

Das Wohl ihres Kindes müsste betroffen sein. Das Wohl des Kindes ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Es ist der Auslegung nach den üblichen Kanones der Rechtslehre zugänglich. Die Rechtsprechung hat diesen Begriff im Rahmen der Auslegung des § 1671 BGB durch das Kontinuitäts- und Förderprinzip geprägt. Das Kontinuitätsprinzip besagt, dass Kinder verlässlichen und dauerhaften persönlichen Beziehungen und Umwelt zu ihrer Entwicklung bedürfen. Ginge man nun davon aus, dass Kind im frühen Alter von seiner Mutter getrennt wird, wäre es durchaus denkbar, dass eine entsprechende Kontinuität bei einer Pflegefamilie oder in einem Pflegern ein Jugendheim sichergestellt ist. Einer solchen Vorgehensweise widerspricht jedoch das Recht der Mutter jeder Katja nach Art. 6 I 1 GG selbst für ihr Kind zu sorgen. Danach müssen auch Hilfen zur Erziehung immer die Herkunftsfamilie im Blick behalten. Und auch eine Trennung von Eltern und



Kind muss immer mit der Perspektive durchgeführt werden, dass Kind und Eltern in Zukunft wieder vereint werden. Im konkreten Fall bedeutet dies, dass auch bei einer Trennung im frühen Alter nach zwei Jahren spätestens geprüft werden müsste, ob Kind und Mutter wieder zusammen finden können. Die Überlegungen, ob eine Unterbringung in einer Mutter Kind Vollzugseinrichtung stattfindet oder ob eine Pflegefamilie gesucht wird oder ein Heimplatz hat demnach mit dem Wohl des Kindes zu tun, da diese Entscheidungen die Kontinuität der Umwelt und persönlichen Bindungen des Kindes beeinflusst.

Ferner hat die Rechtsprechung das Förderprinzip als leitendes Prinzip des Kindeswohls angenommen. Danach ist darauf zu achten, bei wem bzw. an welcher Stelle das Kindes die bessere Förderung enthält. Außerhalb einer JVA lernt das Kind das alltägliche Leben kennen. Dies entspräche einer Förderung im Sinne einer Normalisierung der Erfahrungen im Vergleich mit der restlichen Bevölkerung. Jedoch wird man auch in Rechnung stellen müssen, dass Säuglinge in ihrer Wahrnehmung noch eingeschränkt sind. Die Anwesenheit einer bestimmten Person bzw. von zwei verschiedenen Personen machen den wesentlichen Teil ihrer Lebensumwelt aus. Sie prägt die Entwicklung des Kindes in den ersten Jahren. Damit ist die Unterbringung im Mutter- Kind-Vollzug bzw. die Auswahl einer Pflegefamilie von zentraler Bedeutung für das Wohl eines Kindes.

Das Wohl des ungeborenen Kindes dürfte nach seiner Geburt bei Verbleiben in der JVA H nicht gewährleistet sein. Verbliebe das Kind mit Katja in der JVA, wären beide dem rauen Umgangston zwischen den Frauen und auch einer Umwelt mit handfesten Auseinandersetzungen fortwährend ausgesetzt. In dieser Situation ist wahrscheinlich, dass sich die Katja ihrem Neugeborenen nicht widmen kann, wie das in einer weniger durch Auseinandersetzungen geprägten Umwelt der Fall wäre. Daneben ist zu berücksichtigen, dass die Trennung eines Neugeborenen von der Mutter einen erheblichen Einschnitt in die Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes bedeutet. Da ein Verbleiben in der JVA auf alle Fälle zur Folge hätte, dass Mutter und Kind getrennt würden, ist das Wohl unter den derzeitigen Umständen keinesfalls gewährleistet.

Katja hat demnach ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung dem Grunde nach.

Hilfe zur Erziehung wird nach § 27 II 1 SGB VIII unter anderem in der Form der §§ 28 ff. SGB VIII geleistet. Die Unterbringung im Mutter-Kind-Vollzug könnte eine sonstige betreute Wohnform, § 34 SGB VIII, sein. Darunter fallen zu.a. Wohngruppen, Wohngemeinschaften sowie betreutes Einzelwohnen. Zwangsmaßnahmen mit dem Charakter des Freiheitsentzuges sind im SGB VIII nicht als Sozialleistungen vorgesehen. Auch wenn in dieser Form des Vollzuges pädagogische Hilfestellungen bereit stehen, erfüllen sie dennoch nicht die inhaltlichen Voraussetzungen ein Alltagserleben mit pädagogischen und therapeutischen Angeboten sicher zu stellen. Die Situation

des Freiheitsentzugs dominiert auch in diesen Einrichtungen die Lebensweise der Frauen. Eine Hilfe in einer sonstigen betreuten Wohnform nach § 34 SGB VIII liegt nicht vor.

Die Unterbringung im Mutter-Kind-Vollzug könnte eine unbenannte Hilfeart nach § 27 II 1 SGB VIII sein. Auch in diesen Fällen muss es sich um pädagogische und damit verbundene therapeutische Leistungen, § 27 III 1 SGB VIII, handeln. Nach der Konzeption soll die Trennung von Mutter und Kind während der Haft vermieden werden. Dadurch soll einer Störung der frühkindlichen Entwicklung vermieden und positive Entwicklungsprozesse eingeleitet werden. Die soziale Entwicklung soll durch die Angebote intensiviert werden. Und auch die Festigung der Mutter Kind Beziehung soll gefördert werden. Aus der Perspektive der Mütter sollen diese entsprechend der Entwicklungsstufe ihrer Kinder, ihre Erziehungsfähigkeit gestärkt und weiter gebildet werden. Diese Ansätze wirken auf das mütterliche Erziehungsverhalten ein und beeinflussen dadurch das Wohl des Kindes. Damit erfüllt die Einrichtung der Voraussetzung einer pädagogischen Einwirkung im Rahmen eines therapeutischen Settings, wie es der Hilfe zur Erziehung eigen ist. Die Unterbringung im Mutter- Kind- Vollzug ist entsprechend eine unbenannte Hilfe zur Erziehung.

Nach § 27 II 3 SGB VIII ist die Hilfe zur Erziehung im Inland zu erbringen. Unter Inland ist im Gegensatz zur Auffassung des Jugendhilfeträgers, der darunter ausschließlich das Bundesland seiner örtlichen Zuständigkeit zu verstehen scheint, die gesamte Bundesrepublik zu verstehen. Dafür spricht auch § 6 II SGB VIII, wonach ein Leistungsexport jenseits deutschen Staatsgebietes möglich ist. Daraus ist zu schließen, dass erst recht ein Leistungsexport in ein benachbartes Bundesland statt zu finden hat. Die Erbringung einer Leistung in einem anderen Bundesland ist also kein Grund, die Hilfe zu versagen.

Die Unterbringung in der Mutter- Kind- Einrichtungen müsste auch geeignet, notwendig und angemessen sein, also dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Das Konzept der Einrichtung sieht vor, dass das Erziehungsverhalten der Mutter positiv beeinflusst wird. Damit setzt die Hilfe am Schwachpunkt der K. an. Die Hilfe ist somit geeignet die Gefahr für das Kind und seine Entwicklung abzuwenden.

Die Unterbringung in der Mutter Kind JVA V muss auch notwendig sein. Dies wäre der Fall, wenn kein milderes Mittel ersichtlich ist, das die Gefährdung abwendet. Die Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die Unterbringung in einer Pflegefamilie oder einem Heim greift in tatsächlicher Hinsicht in die Mutter Kind Bindung ein. Durch diese Vorgehensweise wird in das Recht der K und des Babys aus Art. 6 II GG eingegriffen. Auch dem Kind steht ein Recht auf Erziehung durch seine eigene Mutter zu. Das vom Jugendhilfeträger dargelegte Interesse daran, eine besonders kostengünstige Hilfe zu wählen, müsste hier ein zu berücksichtigendes

Gegengewicht bilden. Das Jugendamt führt an, der Platz in der Mutter-Kindabteilung der JVA H verursache doppelt so viele Kosten als das Kind im eigenen Bundesland in einem Heim oder einer Pflegefamilie unterzubringen. Unverhältnismäßige Mehrkosten im Sinne des § 5 II 1 SGB VIII spielen im Rahmen des Wunsch- und Wahlrechts eine Rolle. Dieses fiskalische Argument spielt indes nur in der Situation eine Rolle, wenn es um die Auswahl zwischen verschiedenen gleichwertigen Maßnahmeträgern geht. D.h. aus § 5 II 1 SGB VIII kann man umgekehrt schließen, dass nur dort fiskalische Argumente zulässig sind. Im Rahmen der Erforderlichkeit und auch der Angemessenheit dürfen sie anlässlich der feststehenden Eignung der Hilfe keine Rolle spielen. Entsprechend ist die Unterbringung von K und ihrem Kind im Mutter- Kindvollzug der JVA notwendig. Diese Maßnahme ist auch angemessen, denn sie bringt die Interessen und Rechte von Mutter und Kind zu einem sinnvollen Ausgleich.

Katja hat also nach § 27 I SGB VIII einen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung in der Form der Unterbringung im Mutter- Kindvollzug der JVA V. Die Entscheidung des Jugendhilfeträgers war rechtswidrig.

#### **Fall 4: Training a la AgfA (Arbeitslosenversicherung)**

Der 27 jährige Wilhelm Schmitt arbeitet seit 6 Jahren als Verkäufer in der Elektronikabteilung eines Kaufhauses. Dort verkauft er PC's und Laptops, sowie entsprechendes Zubehör. Zu seinen Aufgaben gehört die Beratung der Kunden sowie die Einrichtung der Computer entsprechend der Kundenwünsche. Er wurde als Programmierer, Netzwerkadministrator und System-Engineer eingesetzt. Nachdem er arbeitsrechtlich rechtmäßig aus betrieblichen Gründen gekündigt wurde, bezieht er Arbeitslosengeld I von der zuständigen Agentur für Arbeit. Mit Schreiben vom 7. November 2015 bot ihm die Agentur für Arbeit eine Trainingsmaßnahme für IT-Berufe an. Gleichzeitig wurde er zutreffend auf die Folgen einer unberechtigten Ablehnung oder Abbruch der Maßnahme hingewiesen.

Wilhelm geht dann auch zuversichtlich in die dazugehörige Informationsveranstaltung. Dort stellt er fest, dass auf die insgesamt 6 - wöchige Maßnahme 4 Wochen Inhalte entfallen, die ihn objektiv unterfordern. Die Inhalte liegen bis zu diesem Zeitpunkt unter seiner Qualifikation. Er teilt dies der Agentur für Arbeit mit und weigert sich gleichzeitig, die Maßnahme anzutreten. Die Agentur für Arbeit teilt daraufhin mit, dass eine Sperrzeit von 3 Wochen eintritt und sein Anspruch auf Arbeitslosengeld I sich um denselben Zeitraum verkürze.

Ist dies zutreffend?

Lösungsvorschlag:

Eine Sperrzeit ist eingetreten und verkürzt den Anspruch auf Arbeitslosengeld I entsprechend, wenn die Voraussetzungen der Sperrzeit nach § 159 I Nr. 4 SGB III durch die Weigerung des M, an der Maßnahme teilzunehmen, verwirklicht wurden. Der Eintritt einer Sperrzeit ist nach der Rechtsprechung des BSG nicht vom Erlass eines entsprechenden Verwaltungsaktes durch die AgfA abhängig. Die Sperrzeit tritt mit Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein. Dieser Eintritt kraft Gesetzes ist in § 159 II SGB III geregelt.

M müsste arbeitslos sein und sich geweigert haben an einer zumutbaren Maßnahme der Eingliederung in Arbeit teilzunehmen.

M müsste arbeitslos sein. Arbeitslosigkeit ist in § 138 I SGB III legal definiert. Dazu gehören Beschäftigungslosigkeit, Eigenbemühungen und die Verfügbarkeit. Entsprechende Angaben finden sich nicht im Sachverhalt. Allerdings bezieht M Arbeitslosengeld I zu Lasten der AgfA, so dass von Arbeitslosigkeit auszugehen ist.

In der Mitteilung, an der Maßnahme nicht teilzunehmen, müsste eine Weigerung liegen. Eine Weigerung setzt die endgültige und ernsthafte Aufsage der Kooperation voraus. M hat hier nicht vor, der Aufforderung der AgfA weiterhin Folge zu leisten. Diese Aufsage ist auch ernsthaft und endgültig.

Allerdings hat er zunächst die Informationsveranstaltung besucht und damit die Maßnahme an sich angetreten. In Abgrenzung zu § 159 I Nr. 5 SGB III, der voraussetzt, dass es bereits zu einem Kontakt zwischen Maßnahmeträger und Arbeitslosen gekommen ist, kann daher unter einer Teilnahmeverweigerung nur der Fall gefasst werden, in dem der Arbeitslose gar nicht erst auf die Aufforderung der AgfA reagiert oder keinen einzigen Termin besucht. § 159 Nr. 4 SGB III kommt nicht in Betracht.

Es könnte sich aber um einen Abbruch einer zumutbaren Maßnahme § 159 I Nr. 5 SGB III handeln. Dem Abbruch steht das Fernbleiben von der Maßnahme gleich, wenn dies in der Absicht geschieht, endgültig nicht zurückzukehren. Es genügt ebenso sonstiges konkludentes Verhalten, wenn dieses den Abbruchwillen deutlich macht. Maßgeblich ist hier die subjektive Komponente, also der Willen der Maßnahme fernzubleiben. Hier hat M ausdrücklich erklärt, dass er nicht mehr hingehen wird. Es kam bereits zu einem Kontakt zwischen Maßnahmeträger und Arbeitslosem. Dieser wird nicht fortgesetzt. Dem Abbruch könnte entgegenstehen, dass das einmalige Aufsuchen der Maßnahme noch keine Teilnahme darstellt, die abgebrochen werden könnte. Dies ist insbesondere deshalb naheliegend, da es sich zunächst nur um eine Informationsveranstaltung handelte und der eigentliche Lehrgang noch nicht begonnen hatte. Um eine klare Abgrenzung zu Nr. 4 zu erhalten, genügt es, dass wenigstens tatsächlich ein einmaliger Besuch der Maßnahme stattfand. Dabei ist davon auszugehen, dass die Informationsveranstaltung Teil der Maßnahme war, die die Agentur für Arbeit für ihn bestimmt hatte. Dafür spricht auch die Regelung des § 81 I 2 SGB III, wonach bereits der erste Tag der Maßnahme als Weiterbildung zählt. Da eine Teilnahme vorlag, ist das erklärte Fernbleiben des M auch als Abbruch der Maßnahme einzuordnen.

Ein Abbruch wäre unschädlich, wenn M über dessen Rechtsfolgen nicht belehrt wurde.<sup>248</sup> Zwar ist diese Voraussetzung nur in den Nummern 2-4 des § 159 I SGB III genannt. Die Rechtsprechung hat das Erfordernis jedoch auch für die Fallgruppe Nr. 5 aufgestellt. Der enge inhaltliche Zusammenhang der Nr. 5 mit der Nr. 4 und die Verweisung auf die Nr. 4 werden als Begründung angeführt. Eine entsprechende Belehrung hat hier stattgefunden.

Die Trainingsmaßnahme für IT - Berufe müsste eine Maßnahme der beruflichen Weiterbildung nach § 81 ff SGB III darstellen. Ziel der Weiterbildung ist es regelmäßig arbeitslose Menschen

---

<sup>248</sup>Winkler, in: Gagel, SGB II/ SGB III, Stand 2012, § 144 SGB III Rz. 14.

beruflich einzugliedern, § 81 I Nr. 1 1. Alt SGB III. Aus § 83 I Nr. 1 sowie § 84 SGB III ergibt sich, dass Lehrgänge der Weiterbildung zuzuordnen sind. Die Trainingsmaßnahme ist ein Lehrgang, in dem Kenntnisse, die in den IT Berufen benötigt werden, vermittelt und aktualisiert werden.

Fraglich ist, ob die weiteren Voraussetzungen der §§ 81 SGB III, also insbesondere die Notwendigkeit der Maßnahme vorliegen müssen. Davon ist insofern nicht auszugehen, als §§ 81 ff SGB III Sozialleistungen darstellen. In diesen Regelungen wird das Verwaltungshandeln gesetzlich gebunden, um die Grenzen der Leistungspflicht für Sozialleistungen klar zustellen, die Leistungspflicht des Sozialleistungsträgers zu begrenzen.

Bei § 159 SGB III handelt es sich hingegen um gesetzliche Eingriffe. Deshalb hat die Rechtsprechung als ungeschriebenes Merkmal angenommen, die Maßnahme müsse dem Arbeitslosen zumutbar sein.<sup>249</sup> Da es sich mit diesem Kriterium um ein Eingriffskorrektiv, wie bei dem Merkmal des wichtigen Grundes, handelt und insbesondere auch die Zumutbarkeit in der Literatur als Aspekt des wichtigen Grundes behandelt wird,<sup>250</sup> kann hier auf die entsprechenden Wertungsaspekte zurückgegriffen werden. Bei beiden Rechtsbegriffen handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe. Zu deren Präzisierung kann auf die Werteordnung des Grundgesetzes zurückgegriffen werden. Diese hat eine reichhaltige Kasuistik zur Folge. Ein wichtiger Grund hat nach objektiven Maßstäben vorzuliegen. Das subjektive Empfinden des Arbeitslosen spielt keine Rolle. Als wichtiger Grund wurde bereits anerkannt, dass eine bloße Wiederholung einer bereits durchgeführten Maßnahme den Abbruch rechtfertigt, wenn sich der wiederholende Charakter erst nach Beginn der Teilnahme herausstellt.<sup>251</sup> Hier liegt der Fall durchaus ähnlich. Die Unterschiede bestehen allerdings darin, dass die Maßnahme tatsächlich noch 2 Wochen neue Inhalte bietet, die M nicht bekannt sind. Auch wurde vorher keine Maßnahme gleichen Inhalts besucht. Vorliegend ist der Zweck der Maßnahmen nach § 81 SGB III ausschlaggebend. Kann das Ziel der Verbesserung der Eingliederungschancen erreicht werden, liegt kein wichtiger Grund vor. Dass dies der Fall ist kann nicht ausgeschlossen werden, da neue Kenntnisse gewonnen werden und vertraute Kenntnisse aufgefrischt werden. Die Rechtsprechung stellt überwiegend niedrige Anforderungen an die Zumutbarkeit und Geeignetheit der Weiterbildungsmaßnahmen.<sup>252</sup> Von der Rechtsprechung wurde in einem ähnlichen Fall auch die Zumutbarkeit bereits verneint. Eine irgendwie geartete Eignung der Maßnahme zur Verbesserung der Eingliederungsaussichten des Arbeitslosen genüge nicht, sondern es müsse ein

---

<sup>249</sup>BSG 16.9.1999 B 7 AL 32/98 R.

<sup>250</sup>Mutschler, in: Kreikebohm/ Spellbrink/ Waltermann (Hrsg.), Kommentar zu Sozialrecht, 2. Auflage, 2011, § 144 SGB III Rz. 89.

<sup>251</sup>Mutschler, a.a.O.

<sup>252</sup>Bayerisches LSG 8.10.2008 L 8 AL 142/06.

angemessenes Verhältnis zwischen Dauer und Umfang der Maßnahme und dem Grad der Verbesserung der Eingliederungsaussichten bestehen. Zur Begründung zieht des LSG die Leistungsgrundsätze im Rahmen des SGB III heran. Dabei kommt es zu dem Ergebnis, dass Neigung, Eignung und Leistungsfähigkeit des Arbeitsuchenden sowie dessen bisherige Tätigkeit angemessen zu berücksichtigen sind. Diese Grundsätze zeigten, dass die von der Agentur für Arbeit ausgewählten Mittel konzentriert und zielgerichtet einzusetzen sind. Dazu gehöre auch die Vermeidung von Überflüssigem und Leerlauf. Dies gelte umso mehr in einem Bereich, in dem bei Ablehnung einer angebotenen Maßnahme leistungsrechtliche Konsequenzen drohen. Soweit zwischen Eignung und Leistungsfähigkeit zwischen dem beruflichen Werdegang des Arbeitslosen und den Lerninhalten der vorliegenden Trainingsmaßnahme ein krasses Missverhältnis vorliege, führe dies zur Unzumutbarkeit der Maßnahme. Dieses krasse Missverhältnis komme darin zum Ausdruck, dass der Inhalt der Maßnahme wenig Rücksicht auf vorhandene Vorkenntnisse nimmt. Die Agentur für Arbeit konnte nicht ernsthaft davon ausgehen, dass der Arbeitslose fachlich auch nur den geringsten Nutzen aus der Maßnahme gehabt hätte. Aus zwei Dritteln der Maßnahme habe der Arbeitslose keinen Nutzen hinsichtlich seiner Weiterbildung ziehen können.<sup>253</sup> Danach ist der Arbeitslose nicht gehalten seine Zeit zu 2/3 in einer Trainingsmaßnahme zu verschwenden und der Agentur für Arbeit wird aufgegeben die zur Übernahme der Maßnahmekosten erforderlichen öffentlichen Mittel zielgerichtet und sinnvoll einzusetzen. Im vorliegenden Fall greifen eben diese Erwägungen ebenfalls. Dem M ist die Maßnahme nicht zumutbar und er hatte deshalb einen wichtigen Grund, die Teilnahme abubrechen.

Eine Sperrzeit für die Dauer von 3 Wochen, § 159 IV Nr.1 SGB III sowie eine entsprechende Minderung der Anspruchsdauer, § 148 I Nr.3 SGB III, tritt nicht ein.

---

<sup>253</sup>LSG Hessen: Urteil vom 23.04.2003 - L 6/10 AL 1404/01, L 6-10 AL 1404/01.

### **Fall 5: Die Kellnerin (Arbeitslosenversicherung)**

Heike ist 26 Jahre alt und wieder einmal arbeitslos. Mangels abgeschlossener Schulbildung und Ausbildung hat sie meist nur kurzzeitige Arbeitsmöglichkeiten gehabt. Für 6 Wochen im Sommer des vergangenen Jahres war sie angestellte Kellnerin in einem Biergarten. Weitere 8 Monate hat sie als Putzfrau bei einer Zeitarbeitsfirma gearbeitet, die sie jeweils verschiedenen Einsatzfirmen zuwies. Nach einer langen Flaute hat sie eine Arbeit in einem Weinlokal bekommen. Der als solcher bezeichnete „Servicevertrag“ sah vor, dass sie 15 der insgesamt 30 Tische in diesem Lokal flexibel im Rahmen der Öffnungszeiten von Montag bis Sonntag 11.00 – 2.00 h zu bedienen hatte. Dabei durfte sie einen Tag ihrer Wahl pro Woche frei nehmen. Pro Gast und Bestellung bekam sie eine kleine Provision. Daneben bezahlte ihr der Lokalinhaber 7 € pro volle Stunde Arbeit. Voraussetzung war jedoch, dass sie die Tische, die sie bedienen wollte, mindestens 1 Woche vorher für eine Pauschale von 30 € pro 10 Stunden anmietete.

Daneben erhielt Heike aufgrund ihrer Freundlichkeit und Tüchtigkeit oft großzügiges Trinkgeld von ihren Gästen.

Dieses Weinlokal wurde im Juni 2010 von der Gaststättenaufsicht geschlossen. Ihr Vertrag wurde vom Lokalinhaber aufgrund der Schließung betriebsbedingt gekündigt. Heike ist ratlos. Nachdem sie sich rechtzeitig arbeitssuchend gemeldet hat, teilt ihr die zuständige Agentur für Arbeit mit, für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I „reiche“ es nicht.

Hat H einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I ?

#### **Variante 1:**

Heike bezieht Arbeitslosengeld I über die zuständige AgfA. Diese macht ihr einen Vermittlungsvorschlag in die oben beschriebene Stelle im Weinlokal. Heike weigert sich, dort zu arbeiten, nachdem sie den Vertrag gesehen hat. Die Agentur für Arbeit weist daraufhin auf das Ruhen ihres Anspruchs auf Arbeitslosengeld I ab dem nächsten Monat hin, weil sie eine zumutbare Arbeit abgelehnt habe.

Tritt eine Sperrzeit ein ?

#### **Variante 2:**

Auf dem Vertrag, den Heike in der Variante 1 vorgelegt bekommt und den sie unterschreiben soll, steht als Überschrift: „Arbeitsvertrag“



Tritt eine Sperrzeit ein ?

Gesetzeshinweise:

§ 1 Mindestlohngesetz

(1) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des Mindestlohns durch den Arbeitgeber.

(2) Die Höhe des Mindestlohns beträgt ab dem 1. Januar 2015 brutto 8,50 Euro je Zeitstunde. Die Höhe des Mindestlohns kann auf Vorschlag einer ständigen Kommission der Tarifpartner (Mindestlohnkommission) durch Rechtsverordnung der Bundesregierung geändert werden.

(3).....

§ 3 Arbeitszeitgesetz

Die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer darf acht Stunden nicht überschreiten. Sie kann auf bis zu zehn Stunden nur verlängert werden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden.

Lösungsvorschlag:

**1. Grundfall:** Hat H einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I?

H könnte einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I aus §§ 136 I Nr. 1 i.V.m. 137 SGB III gegen die Bundesagentur für Arbeit haben. Dies wäre der Fall wenn alle formellen und materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für einen bewilligenden Verwaltungsakt vorlägen.

Die Zuständigkeit für die Bewilligung von Arbeitslosengeld I an H richtet sich nach § 327 SGB III, § 30 III 1 SGB I. Danach ist der Wohnsitz der H maßgeblich für die örtliche Zuständigkeit.

Nach § 323 I SGB III muss H das Arbeitslosengeld I beantragen. Ihre Arbeitslosmeldung gilt als Antrag.

H müsste Arbeitnehmerin im Sinne des § 136 I Nr. 1 SGB III sein. Als Arbeitnehmer werden üblicherweise Personen bezeichnet, die eine nicht selbstständige Arbeit verrichten (vgl. § 7 SGB IV). Da ein Arbeitnehmer in diesem Sinne aktuell in einem Beschäftigungsverhältnis steht, käme eine Arbeitslosigkeit im Sinne von § 136 I Nr. 1, § 137 I Nr. 1 SGB III nie in Betracht. Der Arbeitnehmer im Sinne des § 136 I Nr. 1 SGB III steht gerade nicht in einem Beschäftigungsverhältnis, § 138 I Nr.1 SGB III. Deshalb ist der Begriff hier zukunftsbezogen zu bestimmen. Danach sind alle Personen Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung und

während der Zeit der sich anschließenden Arbeitslosigkeit beabsichtigen, eine Beschäftigung aufzunehmen. H hat sich immer wieder neue Tätigkeiten gesucht, so dass davon auszugehen ist, dass sie auch zu diesem Zeitpunkt plant, wieder eine unselbständige Tätigkeit zu suchen. Entsprechend ist sie eine Arbeitnehmerin.

H müsste nun arbeitslos gem. § 136 I Nr. 1, § 137 I Nr. 1 SGB III sein. Gem. § 138 I SGB III gehören dazu Beschäftigungslosigkeit § 138 I Nr.1, Eigenbemühungen § 138 I Nr. 2 und Verfügbarkeit § 138 I Nr. 3 SGB III. H's Vertrag mit dem Gaststätteninhaber wurde gekündigt. Einer anderen Tätigkeit geht sie nicht nach, sodass sie beschäftigungslos ist. Zu Eigenbemühungen und Verfügbarkeit gibt es keine Anhaltspunkte, dass H sich diesen Voraussetzungen verweigert. H ist deshalb arbeitslos.

Gemäß § 122 I SGB III hat sie sich bei der AgfA persönlich arbeitslos gemeldet. § 137 I Nr. 2 SGB III: Sie müsste die Anwartschaftszeit nach § 137 I Nr. 3 SGB III erfüllt haben. Innerhalb einer Rahmenfrist, § 143 SGB III von i.d.R. mindestens zwei Jahren, müsste sie in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden haben, § 142 SGB III. Die Rahmenfrist umfasst Juni 2008 – Juni 2010. In diesem Zeitraum müsste sie mindestens 12 Monate lang versicherungspflichtig gewesen sein. Versicherungspflichtig sind gem. §§ 24, 25 I SGB III zum Beispiel Beschäftigte. 9 Monate und 2 Wochen stand sie in einem Beschäftigungsverhältnis gem. § 7 I SGB IV, was einer Beschäftigung gem. § 25 SGB II entspricht. Um die Anwartschaftszeit zu decken, müsste die Tätigkeit als Kellnerin in dem Weinlokal ebenfalls ein Beschäftigungsverhältnis gewesen sein. Zum Beschäftigungsverhältnis führt Fuchs aus, dass es sich bei diesem Begriff um einen Typusbegriff handelt. Dieser weist einen Kernbestand an Merkmalen auf, die aber im Einzelfall mehr oder weniger ausgeprägt vorliegen können. Die Abgrenzung zu anderen Gestaltungs- und Handlungsformen erfolgt in der Gegenüberstellung mit einem anderen Typus der Betätigung in der Gesellschaft. Das Gesamtbild entscheidet darüber, welchem Typus das konkrete Verhältnis zuzuordnen ist. Der Prototyp, von dem aus das Beschäftigungsverhältnis zu entwickeln und abzugrenzen ist, ist der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Arbeitsrechts. § 7 I SGB IV definiert die Beschäftigung als nichtselbständige Arbeit „insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“. Die wesentlichen Kriterien für die Abhängigkeit, die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in die Organisation des Weisungsgebers, sind als Anhaltspunkte für eine Beschäftigung in § 7 I 2 SGB IV ausdrücklich erwähnt.<sup>254</sup>

Zur Abgrenzung zwischen einem Beschäftigungsverhältnis und einer selbstständigen Tätigkeit werden die Abgrenzungskriterien des aufgehobenen § 7 IV SGB IV a.F. neben der Legaldefinition des § 7 I 1 SGB IV und den Anhaltspunkten gem. § 7 I 2 SGB IV im Rahmen der erforderlichen

---

<sup>254</sup>Fuchs in: Gagel, SGB II/III, § 25 SGB III Rz 3.

Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalles immer noch herangezogen.<sup>255</sup> Neben der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung in die Arbeitsorganisation werden die folgenden Indizien als relevant für das Vorliegen einer Beschäftigung angesehen:

Die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit keine weiteren Personen als Hilfskräfte und ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig. Eine eigene Betriebsstätte ist nicht gegeben. Die Tätigkeit lässt kein unternehmerisches Risiko erkennen. Der Auftraggeber der Person lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigten Arbeitnehmer verrichten und der Auftragnehmer ist von ihm persönlich abhängig. Dem Auftraggeber steht ein Weisungsrecht bzgl. Zeit, Ort, Dauer, Inhalt und Gestaltung der Arbeit zu.

Die Tische, die sie bedient, könnten eine eigene Betriebsstätte darstellen. Die Tische sind Teil des Weinlokals, was dagegen spricht. Allerdings muss sie diesen Tisch erst anmieten, um ihre Tätigkeit als Kellnerin ausüben zu können. Einen Büroraum müsste sie ebenfalls anmieten, um ihrer Tätigkeit nachgehen zu können. Die angemieteten Tische könnten deshalb ebenfalls eine eigene Betriebsstätte darstellen. Da die Tische ohne übrige Infrastruktur des Weinlokals jedoch keinen eigenständigen wirtschaftlichen Zweck erfüllen, ist es lebensfremd hier eine eigene Betriebsstätte anzunehmen.

Bezüglich Zeit, Ort und Dauer der Tätigkeit ist der H eine hohe Flexibilität eingeräumt. Es gibt keine festen freien Tage, sie kann einen Tag in der Woche nach ihrer Wahl freinehmen. Daneben gibt es keinen exakt vorausbestimmten Zeitraum innerhalb dessen sie zwingend anwesend sein muss.

Eine feste Vergütung erhält sie abweichend vom üblichen Arbeitsverhältnis ebenfalls nicht. Ihre Vergütung setzt sich, neben einem Festbetrag, aus einer Provision für Bestellung und Kunden, sowie Trinkgeld zusammen. Eine regelmäßige und feste Gehaltszahlung über einen konkreten Lohn innerhalb eines bestimmten Zeitraumes ist nicht vereinbart. Sie trägt das Risiko, ob sie Einkünfte erzielt danach selbst. Insofern sind unternehmerische Risiken vorhanden.

Die vorliegenden Indizien zeichnen so das Bild einer selbständigen unternehmerischen Betätigung. Auch die Bezeichnung des Vertrages als Servicevertrag spricht als Indiz gegen das Vorliegen eines Arbeits- und damit auch Beschäftigungsverhältnisses.

Charakteristisch für eine selbständige Tätigkeit ist allerdings, dass das unternehmerische Risiko durch Einflussnahme auf Struktur, Infrastruktur und Organisation des Betriebes beeinflusst werden kann. H ist dies nicht möglich. Daneben bekommt sie einen fest vereinbarten Stundenlohn, falls sie gearbeitet hat. Es steht ihr ferner nicht frei, über mehrere Tage oder gar Wochen überhaupt nicht zu arbeiten, denn sie darf nur einen Tag in der Woche fernbleiben. Dies zeigt, dass der

---

<sup>255</sup>Fuchs in: Gagel, SGB II/III, § 25 SGB III Rz. 4.

Auftraggeber sich auf einen Mindeststundenumfang verlässt und ihn notfalls auch einfordern wird. Dasselbe ergibt sich bei einer Betrachtung der Mietvereinbarungen, die jeweils auf 10 Stunden gerechnet werden und damit fast der maximal zulässigen Höchstarbeitszeit entsprechen (§ 3 ArbZeitG). Das ist charakteristisch für ein Direktionsrecht hinsichtlich Arbeitszeit, Ort und Dauer.

Nach einer abschließenden Gesamtbewertung liegt in ihrer Tätigkeit als Kellnerin eine Beschäftigung nach § 25 SGB III, § 7 I SGB IV.

Sie hat die Anwartschaftszeit von 12 Monaten entsprechend mit 17 Monaten innerhalb der Rahmenfrist von 2 Jahren erfüllt.

Das Lebensalter für die Regelaltersrente, § 35 SGB VI, hat sie nicht erreicht, sodass der Anspruch auf Arbeitslosengeld I nicht ausgeschlossen ist, § 136 II SGB III.

H hat Anspruch auf Arbeitslosengeld I dem Grunde nach.

## 2. Tritt in Variante 1 eine Sperrzeit ein?

Eine Sperrzeit tritt ein, wenn die Ablehnung der Stelle in dem Weinlokal ein versicherungswidriges Verhalten, § 159 I 1 SGB III SGB II, darstellt. § 159 I 2 Nr. 2 SGB III sieht vor, dass bei Nichtantritt einer Arbeitsstelle eine Sperrzeit eintreten kann.

H müsste bei der AgfA arbeitslos gemeldet sein. Davon kann ausgegangen werden, da sie sonst kein Arbeitslosengeld I bezöge.

Die AgfA müsste ihr eine Beschäftigung angeboten haben. Bezüglich des Vorliegens einer Beschäftigung wird auf Teil 1 verwiesen. Es handelt sich bei der Stelle im Weinlokal entsprechend um eine Beschäftigung.

Indem sie sich weigerte, den Vertrag zu unterschreiben, lehnte sie das Beschäftigungsverhältnis auch ab.

Ob sie über die Rechtsfolgen ihres Verhaltens belehrt wurde, kann offen bleiben, wenn sie einen wichtigen Grund für die Ablehnung vorbringen kann. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die angebotene Arbeit unzumutbar ist. Nach Mutschler<sup>256</sup> ist die Zumutbarkeit der Arbeit, wie sie in § 140 SGB III beschrieben ist im Rahmen des wichtigen Grundes zu berücksichtigen. § 140 III SGB III sieht vor, dass die Entgelthöhe die Ablehnung der Arbeit rechtfertigen kann. Die festgelegte Vergütung ist sehr niedrig und unterschreitet den gesetzliche Mindestlohn von 8,50 €. Insofern wäre eine Unzumutbarkeit der Beschäftigung bereits denkbar. Die vorgesehene Mietzeit von 10 Stunden spricht hier dafür, dass die gesetzlich zulässige regelmäßige Höchstarbeitszeit § 3 ArbZG, überschritten wird. Unter Anrechnung der Pausen für die Arbeitszeit jenseits der 6 Stunden wäre allenfalls eine Mietzeit von 8  $\frac{3}{4}$  Stunden vorzusehen. Die angebotene Beschäftigung ist deshalb

---

<sup>256</sup> In: Kreikebohm/ Spellbrink, Waltermann, Kommentar zu Sozialrecht, § 144 SGB III Rz.85.

wegen Gesetzesverstoßes nicht zumutbar, sodass ein wichtiger Grund für die Arbeitsablehnung vorliegt.

Auf die ordnungsgemäße Belehrung über die Rechtsfolgen der Ablehnung kommt es entsprechend nicht an. Eine Sperrzeit tritt nicht ein.

### 3. Variante 2: Tritt eine Sperrzeit ein ?

Die Bezeichnung des Vertrags ist als Indiz im Rahmen der Beurteilung des Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 25 SGB III, § 7 I SGB IV zu berücksichtigen. Insofern würde die oben vertretene Auffassung, dass es sich um eine abhängige Beschäftigung handelt, um ein weiteres Indiz bestärkt. Die Vertragsbezeichnung vermag die rechtliche Beurteilung jedoch nicht verbindlich festzulegen. Im übrigen gelten die Erwägungen zu Variante 1.

## **Fall 6. Bessere Chancen durch Bildung (Grundsicherung für Arbeitsuchende, Arbeitslosenversicherung)**

Axel ist 40 Jahre alt und hat einen Hochschulabschluss als Diplom Ingenieur für Werkstoffwissenschaften. Nach Abschluss des Ingenieurstudiums an der Fachhochschule ist er 5 Jahre in diesem Beruf als Angestellter tätig. Später begann er neben seiner beruflichen Tätigkeit ein weiteres Studium im Bereich Maschinenwesen an der Universität. Dieses Studium ist nach § 1 VI BAföG förderungsfähig. Laut Studien- und Prüfungsordnung dieses Studienganges beträgt die Regelstudienzeit neun Semester einschließlich der Zeit für das Anfertigen der Abschlussarbeit. Das Lehrangebot erstreckt sich über 7 Semester. Ausweislich eines Bescheides der Universität befindet sich Axel nun in der Phase der Abschlussprüfung. Aufgrund von Depressionen ist er aber nicht in der Lage seinen Lebensunterhalt in der Abschlussphase seines Studiums weiterhin durch Arbeit in seinem erlernten Beruf sicher zu stellen, wie das bisher der Fall war. Er hat deshalb seinen Arbeitsvertrag mit Beginn des Semesters der Abschlussprüfung gekündigt.

Nach einem von der Agentur für Arbeit im Rahmen einer Eignungsuntersuchung erstellten psychologischen Gutachten leidet Axel tatsächlich an Depressionen. Er ist jedoch in der Lage, unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein.

1. Axel möchte nun von Ihnen wissen, ob er Anspruch auf Arbeitslosengeld I oder II hat, um seinen Studienabschluss zu finanzieren. Fertigen Sie ein Gutachten zu Axels Ansprüchen dem Grunde nach an !

2. Wäre die Rechtslage anders zu beurteilen, wenn in Axels Biographie weder eine Berufsausbildung noch ein vorangegangenes Studium vorläge ?

3. Gehen Sie vom Grundfall aus und setzen Sie voraus, Axel wäre alleinerziehender Vater. Hätten er und sein Kind Anspruch auf Arbeitslosengeld I oder II beziehungsweise Sozialgeld dem Grunde nach ?

Lösungsvorschlag

Zu 1: Anspruch auf Arbeitslosengeld I und Arbeitslosengeld II

A könnte einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I nach §§ 136 I Nr. 1 i.V.m. 137 SGB III gegen die Bundesagentur für Arbeit haben. Dies wäre der Fall, wenn alle formellen und materiellen Rechtsmäßigkeitvoraussetzungen für einen bewilligenden Verwaltungsakt vorlägen.

Die Zuständigkeit für die Bewilligung von Arbeitslosengeld I an A richtet sich nach § 327 SGB III, § 30 III 1 SGB I. Danach ist der Wohnsitz der A maßgeblich für die örtliche Zuständigkeit.

Nach § 323 I SGB III muss A das Arbeitslosengeld I beantragen. Eine Arbeitslosmeldung gilt als Antrag.

A müsste Arbeitnehmer im Sinne des § 136 I Nr. 1 SGB III sein. Als Arbeitnehmer wird üblicherweise eine Personen bezeichnet, die eine nicht selbstständige Arbeit verrichtet (vgl. § 7 SGB IV). Da ein Arbeitnehmer in diesem Sinne aktuell in einem Beschäftigungsverhältnis steht, käme eine Arbeitslosigkeit im Sinne § 136 I Nr. 1, § 137 I Nr. 1 SGB III nie in Betracht. Der Arbeitnehmer im Sinne des § 136 I Nr. 1 SGB III steht gerade nicht in einem Beschäftigungsverhältnis, § 138 I Nr.1 SGB III. Deshalb ist der Begriff hier zukunftsbezogen zu bestimmen. Danach sind alle Personen Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung und während der Zeit der sich anschließenden Arbeitslosigkeit beabsichtigen, eine Beschäftigung aufzunehmen. A möchte dies nach seinem Abschussemester tun. Stellte man höhere Anforderungen, vermischte man die Frage der Verfügbarkeit mit der Frage des Anspruchsberechtigten. A ist Arbeitnehmer.

A müsste arbeitslos gem. § 136 I Nr. 1, § 137 I Nr. 1 SGB III sein. Gem. § 138 I SGB III gehören dazu Beschäftigungslosigkeit § 138 I Nr.1 SGB III, Eigenbemühungen § 138 I Nr. 2 SGB III und Verfügbarkeit § 138 I Nr. 3 SGB III. A hat seinen Vertrag gekündigt. Einer anderen Tätigkeit geht er nicht nach, so dass er beschäftigungslos ist. A müsste nach § 138 I Nr. 3, V SGB III verfügbar sein. Für Studierende gilt nach § 139 II 1 SGB III die widerlegliche Vermutung, dass sie nur versicherungsfreie Beschäftigungen ausüben können. Die entsprechende Darlegungslast liegt bei A. D.h. er hätte Tatsachen anzuführen, die es plausibel erscheinen lassen, dass er trotz der Diplomphase in der Lage ist mehr als 15 Stunden in der Woche zu arbeiten. Zwar spricht seine Erwerbsfähigkeit dafür, dass dies zumindest nach den gesetzlichen Regeln der Fall ist, § 8 I SGB II. Jedoch ist gerade in der Phase der Abschlussarbeit davon auszugehen, dass im Rahmen der Vorbereitung und Durchführung der Abschlussprüfung eine Beschäftigung jenseits der 15 Stunden ausgeschlossen ist. Gerade wenn er seinen Beruf, den er bisher ausgeübt hat, wegen der Prüfungsphase aufgibt, ist es nicht überzeugend anzunehmen, dass er eine Beschäftigung jenseits der 15 Stundengrenze annehmen kann.

Entsprechend fehlt es für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I an dem Merkmal der Verfügbarkeit. A hat keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld I.

A könnte gem. § 19 I 1, 3 SGB II einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II haben. Die formellen und materiellen Voraussetzungen des bewilligenden Verwaltungsaktes müssten vorliegen.

Nach § 36 I 1 SGB II sind diejenigen Träger zuständig, in deren Bezirk A seinen gewöhnlichen Aufenthalt, § 30 III 2 SGB I hat.

Die Leistungen nach dem SGB II werden gem. § 37 SGB II auf Antrag erbracht. A muss einen entsprechenden Antrag stellen. Die formellen Voraussetzungen sind im Übrigen zweifelsfrei.

Im Rahmen der materiellen Voraussetzungen müsste A ein erwerbsfähiger Leistungsberechtigter sein. Die Legaldefinition in § 7 I SGB II sieht vor, dass das 15. Lebensjahr vollendet sein muss, § 7 I Nr. 1 SGB II und die Regelaltersgrenze für die Altersrente noch nicht erreicht sein darf. Bei einem 40-jährigen ist dies der Fall. Seinen gewöhnlichen Aufenthalt, § 30 III 2 SGB I hat A in der BRD.

Die Legaldefinition des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten findet sich in § 7 I SGB II. Seine Erwerbsfähigkeit, § 8 SGB II, wurde in einem Gutachten festgestellt. Er ist also psychisch und physisch in der Lage, mehr als 15 Stunden in der Woche zu arbeiten.

Ferner müsste A hilfebedürftig sein, § 9 I SGB II.

Der Bezug von anderen vorrangig als Einkommen anzurechnenden Sozialleistungen schließt die Hilfebedürftigkeit aus, soweit durch diese Sozialleistungen der grundsicherungsrechtliche Bedarf gedeckt wird. Arbeitslosengeld I bezieht A nicht. Auch Leistungen nach dem BAföG als Einkünfte in Geld, stellen Einkommen nach § 11 SGB II dar. Da er aber die Altersgrenze nach § 10 BAföG überschritten hat, fließen ihm keine Einkünfte in Geld zu. Entsprechend ist A mangels ausreichenden eigenen Mitteln hilfebedürftig.

§ 7 V SGB II sieht allerdings einen Leistungsausschluss für Auszubildende vor, deren Ausbildung, wie bei A, nach dem BAföG förderungsfähig ist, § 2 Abs. 1 Nr. 6 BAföG. Bei der Förderungsfähigkeit dem Grunde nach kommt es gerade nicht darauf an, dass A tatsächlich Leistungen erhält. Vielmehr ist es ausreichend, dass die Ausbildung selbst förderungsfähig ist. Weitere Fragen der persönlichen Förderungsfähigkeit (§§ 8 bis 10 BAföG) spielen keine Rolle. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld II ist für A demnach ausgeschlossen.

A könnte gem. § 27 IV 1 SGB II einen Anspruch auf darlehensweise gewährte Leistungen haben, die dem Arbeitslosengeld II inhaltlich entsprechen, § 27 I 2 SGB II. In dem Fall müsste der Leistungsausschluss eine besondere Härte bedeuten. Die besondere Härte ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Die Auslegung erfolgt nach den hergebrachten methodischen Grundsätzen. Auf



Sinn und Zweck der Ausschlussregelung ist Rücksicht zu nehmen. Der grundsätzliche Ausschluss von Ansprüchen zur Sicherung des Lebensunterhalts während einer förderungsfähigen Ausbildung beruht darauf, dass das BAföG den Lebensunterhalt während der Ausbildung abschließend als Sonderregelung erfassen sollte. Sozialhilfe und später Grundsicherung sollten nicht die Möglichkeit bieten, die Voraussetzungen der Ausbildungsförderung zu unterlaufen. Ein "besonderer" Härtefall liegt erst dann vor, wenn im Einzelfall Umstände hinzutreten, die eine Ausbildungsförderung durch Grundsicherungsleistungen auch mit Rücksicht auf den Gesetzeszweck als gerechtfertigt erscheinen lassen. Zur Annahme einer besonderen Härte genügte es nicht, wenn durch die Beendigung des Studiums der Verlust der bislang abgelegten Prüfungsleistungen eintritt.

Anders als im Bereich der Sozialhilfe muss allerdings im Rahmen des SGB II dem Ziel der Grundsicherung, die erwerbstätigen Hilfebedürftigen bei der Aufnahme oder Beibehaltung einer Erwerbstätigkeit zu unterstützen, hinreichend Rechnung getragen werden. Der Zielsetzung des "Förderns" entspricht es auch, arbeitsmarktbezogene Aspekte bei der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der besonderen Härte zuzulassen. Der 14. Senat des BSG hat hierzu ausgeführt, dass ein Härtefall insbesondere dann angenommen werden könne, wenn wegen einer Ausbildungssituation Hilfebedarf entstanden sei, der nicht durch BAföG oder Berufsausbildungsbeihilfe gedeckt werden könne und deswegen begründeter Anlass für die Annahme bestehe, die vor dem Abschluss stehende Ausbildung werde nicht beendet und damit drohe das Risiko zukünftiger Erwerbslosigkeit. Es müsse die durch objektive Gründe belegbare Aussicht bestehen, nachweisbar beispielsweise durch Meldung zur Prüfung, wenn alle Prüfungsvoraussetzungen zur Prüfung erfüllt seien, die Ausbildung werde mit den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in absehbarer Zeit durch einen Abschluss zu Ende gebracht.<sup>257</sup> Dem Ziel der Integration in den Arbeitsmarkt ist hier jedoch an sich Genüge getan, A hatte eine feste Arbeitsstelle. Die besseren Verdienstchancen durch die 2. universitäre Ausbildung werden durch die Ziele des SGB II nicht geschützt.

Eine besondere Härte liegt entsprechend nicht vor, sodass A keinen Anspruch auf ein Darlehen gem. § 27 IV 1 SGB II hat.

Es verbleiben A aber Ansprüche nach § 27 I 1, II SGB II.

Ausgeschlossen ist der Anspruch nach § 27 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 SGB II. Er bezieht nicht tatsächlich Leistungen nach dem BAföG.

Zu 2:

---

<sup>257</sup>BSG vom 1.7.2009, B 4 AS 67/08 R.

Ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I bestünde ebenfalls nicht. An der Verfügbarkeit änderte sich nichts. Soweit A nicht in einem Beschäftigungsverhältnis, bspw. als ungelernter Arbeiter stand, kommt ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I auch mangels Erfüllung der Anwartschaftszeit, § 137 I Nr. 3 SGB III, nicht in Betracht.

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld II wäre aus den o.g. Gründen, § 7 V SGB II, ebenfalls ausgeschlossen. Leistungen nach § 27 I 1, II SGB II stünden ihm weiterhin zu.

A könnte allerdings einen Anspruch auf eine Darlehen nach § 27 IV 1 SGB II haben. Dazu müsste der Ausschluss eine besondere Härte darstellen. Nach der Rechtsprechung des BSG kann ein besonderer Härtefall vorliegen, wenn nur eine nach den Vorschriften des BAföG förderungsfähige Ausbildung objektiv belegbar die einzige Zugangsmöglichkeit zum Arbeitsmarkt darstellt.<sup>258</sup> Die "Erwerbszentriertheit" des SGB II erfordert eine Auslegung der Härteregelung, die der Zielsetzung einer möglichst dauerhaften Eingliederung des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen durch Ausübung einer Erwerbstätigkeit Rechnung trägt. Wenn die Ausbildung objektiv belegbar die einzige Zugangsmöglichkeit zum Arbeitsmarkt darstellt und der Berufsabschluss nicht auf andere Weise, insbesondere durch eine Maßnahme der beruflichen Weiterbildung erreichbar ist, ist nach dieser Auffassung von einem besonderen Härtefall auszugehen.<sup>259</sup> A war als ungelernter Arbeitnehmer in den Arbeitsmarkt integriert. Insofern können hier Zweifel an einer besonderen Härte auftreten. Allerdings wird man der Dauerhaftigkeit der Integration in den Arbeitsmarkt durchaus auch Bedeutung beimessen müssen. Mit einer Ausbildung ist eine dauerhafte Integration in den Arbeitsmarkt wesentlich wahrscheinlicher und sicherer erreichbar. Alternativen für eine dauerhafte Integration sind zumindest relativ zum Förderzeitraum von 3-5 Monaten eher unwahrscheinlich. Eine besondere Härte anzunehmen, wäre unter diesen Umständen durchaus vertretbar. Umgekehrt ist allerdings nicht ersichtlich, dass die vorliegende Ausbildung der einzige Zugang zum Arbeitsmarkt ist, wie das BSG es zur Annahme eines Härtefalles forderte. In diesem Fall besteht kein Anspruch auf ein Darlehen.

Zu 3:

Zur Frage, ob A einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I und/oder II hat wird auf Frage 1 verwiesen. Fraglich ist allerdings, ob der Sozialgeldanspruch seines Kindes, § 19 I 2 SGB II, ebenfalls gem. § 7 V SGB II ausgeschlossen ist.

Nach der Auffassung des BSG<sup>260</sup> gilt der Leistungsausschluss für Leistungsberechtigte nach § 1 AsylbLG auch für die nicht erwerbsfähigen Angehörigen. Zur Begründung führt es an, dass aus der Entstehungsgeschichte des § 7 I 2 2. Halbsatz SGB II und insbesondere aus dessen Sinn und

---

<sup>258</sup>BSG vom 30.9.2008 B 4 AS 28/07 R, BSG vom 1.7.2009, B 4 AS 67/08 R.

<sup>259</sup>BSG vom 1.7.2009, B 4 AS 67/08 R.

<sup>260</sup>Urteil vom 21.12.2009, B 14 AS 66/08 R Rz. 14/15.

Zweck folge, dass der dort geregelte Leistungsausschluss alle Berechtigten im Sinne des § 1 AsylbLG und damit auch nicht erwerbsfähige Angehörige von Leistungsberechtigten nach dem SGB II erfassen soll.<sup>261</sup> Erklärtes historisches Ziel des AsylbLG war, eine Einwanderung aus wirtschaftlichen Gründen unattraktiv zu machen. Dieses Ziel würde konterkariert, wenn man den Angehörigen Leistungen nach dem SGB II bewilligen würde. Im Hinblick auf die im Juli 2012 festgestellte Verfassungswidrigkeit des AsylbLG,<sup>262</sup> ist nun davon aus zu gehen, dass diese Entscheidung in ihrer Begründung anzuzweifeln ist. Das BSG hat zu Leistungsausschlüssen von Angehörigen Auszubildender noch nicht entschieden. Instanzgerichte haben allerdings die Sozialgeldansprüche von den Leistungsausschlüssen unberührt gelassen.<sup>263</sup> Dafür spricht, dass es keinen kollektiven Anspruch der Bedarfsgemeinschaft gibt, sondern jedes Mitglied einer Bedarfsgemeinschaft einen eigenen Anspruch auf Grundsicherungsleistungen hat. Nach der heutigen Gesetzeslage spricht auch die Ergänzung des Anspruchsausschlusses durch § 27 I SGB II gegen einen vollständigen Ausschluss der Auszubildenden und ihrer Familienangehörigen aus dem SGB II. Daneben ist der Sozialgeldanspruch auch keinesfalls dem Arbeitslosengeld II Anspruch akzessorisch.<sup>264</sup>

Entsprechend hat das Kind des A einen Anspruch auf Sozialgeld.

---

<sup>261</sup>BSG, a.a.O., Rz. 16.

<sup>262</sup>BVerfG, 1 BvL 10/10 vom 18.7.2012.

<sup>263</sup>SG Oldenburg: Beschluss vom 10. Januar 2005 Az. S 2 O 3/05 und Beschluss vom 11. Januar 2005 Az. S 45 AS 2/05 ER.

<sup>264</sup> Ebenso Fasselt, Gesamtkommentar Sozialrechtsberatung, § 7 SGB II Rn. 69.

## Fall 7: Mieterpech (Grundsicherung für Arbeitsuchende)

Sandra wohnt in einer Mietwohnung. Sie hat weder Einkommen noch Vermögen. Sie ist zwar erwerbsfähig, kann jedoch derzeit keine Arbeit finden. Nach ihrem Mietvertrag zahlt sie an den Vermieter, die Schöner Wohnen GmbH, monatlich 900 EUR Kaltmiete. In dieser Kaltmiete sind 860 € Einzelmiete und 40 € als "Anteil für Kosten für vom Vermieter übernommene Schönheitsreparaturen" enthalten. Daneben fallen bestimmte Beträge für Betriebskosten, Heizkosten und für Wasserversorgung/Entwässerung an. Sandra erhält Arbeitslosengeld II von der zuständigen Arbeitsgemeinschaft (Jobcenter) nach dem SGB II. Bei den Mietkosten wurden allerdings vom Grundsicherungsträger nicht alle Kosten berücksichtigt.

Die Kaltmiete wurde nur in Höhe von 500 € berücksichtigt. Zur Begründung führt die Arbeitsgemeinschaft an, dass der Mietvertrag aufgrund Mietwuchers nichtig sei und sie deshalb lediglich 500 € Miete, also die ortsübliche Miete, an ihren Vermieter zahlen müsse. Auch wurde die Anrechnung der Kosten für Schönheitsreparaturen in Höhe von 40 € als Kosten der Unterkunft versagt. Schönheitsreparaturen seien aus der Regelleistung zu bezahlen, die sie ja auch im vollen Umfang erhalte.

Da Sandra nur einen Teil ihrer Miete zahlen kann und sie mit der Mietzahlung ins Hintertreffen gerät, kommt es zwischen ihr und dem Vertreter des Vermieters zum Streit. Ehe sich Sandra versieht, werden ihre Möbel und ihr Hausrat vom Vermieter aus der Wohnung entfernt. Der Vermieter lässt Sandras Eigentum in ein Lager bringen. Durch einen Wasserschaden im Lager verliert Sandra sowohl Möbel als auch den übrigen Hausrat.

Ein Bett konnte sie dennoch vor dem Zugriff des Vermieters retten, indem sie sich weigerte aus ihm aufzustehen. Die vom Vermieterin beauftragte Firma beschädigt bei dem Versuch, das Bett mit Sandra darauf zu entfernen, den Bodenbelag der Wohnung so stark, dass er ausgetauscht werden muss. Den Schaden in Höhe von 400 € möchte der Vermieter nun als Instandhaltungsreparatur von Sandra ersetzt haben. Laut Mietvertrag ist Sandra auch zur Übernahme von Instandhaltungsreparaturen bis zur Höhe von 400 € jährlich verpflichtet.

Hinweise für den Bearbeiter/die Bearbeiterin:

Auf § 535 I 2 BGB wird hingewiesen: von der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der Pflicht der Mieterin, Schönheits- und Instandhaltungsreparaturen zu zahlen, ist auszugehen.<sup>265</sup>

---

<sup>265</sup> Vgl. a. BGH 18.3.2015 - 185/14.

Die Einschätzung der Arbeitsgemeinschaft, dass die vereinbarte Mietzinszahlung wegen Mietwuchers nichtig ist, ist rechtlich zutreffend.

Sandra möchte von Ihnen wissen, welche Ansprüche sie gegen den Grundsicherungsträger hinsichtlich der Kosten hat, die ihr im Zusammenhang mit der Wohnung entstanden sind.

Lösungsvorschlag:

S könnte gem. §§ 19 I 1, 3; 22 I 1 SGB II einen Anspruch auf Übernahme der Gesamtkosten der Miete, der Kosten für Schönheitsreparaturen sowie Instandhaltungsreparaturen im Rahmen der KdU des Arbeitslosengeld II haben. Die formellen und materiellen Voraussetzungen des bewilligenden Verwaltungsaktes müssten vorliegen.

Nach § 36 I 1 SGB II ist der kommunale Träger, § 6 I Nr. 2 SGB II, zuständig, in dessen Bezirk S ihren gewöhnlichen Aufenthalt, § 30 III 2 SGB I, hat. Ansprechpartner ist der Jobcenter.

Die Leistungen nach dem SGB II werden gem. § 37 SGB II auf Antrag erbracht. S muss einen entsprechenden Antrag stellen. Die formellen Voraussetzungen im Übrigen sind zweifelsfrei.

Im Rahmen der materiellen Voraussetzungen müsste S erwerbsfähige Leistungsberechtigte sein. Da S aktuell Arbeitslosengeld II bezieht, kann das Vorliegen dieser Voraussetzungen des § 7 I SGB II unterstellt werden.

Im Rahmen des § 22 I 1 SGB II könnte die gesamte Miete in Höhe von 860 € als Kosten der Unterkunft zu übernehmen sein. Die Wohnung der S ist eine Unterkunft im Sinne des § 22 I 1 SGB II. Unter Unterkunft werden alle baulichen Anlagen oder Teile hiervon verstanden, die geeignet sind, vor den Einflüssen der Witterung zu schützen und ein Mindestmaß an Privatheit gewähren. Sie müssen außerdem die Möglichkeit bieten persönliche Gegenstände aufzubewahren.<sup>266</sup>

Der Mietzins müsste eine Aufwendung für diese Unterkunft darstellen. Bei den Aufwendungen sind nur Geldwerte Positionen erfasst, die der Leistungsberechtigte in der Zeit seines Grundsicherungsrechtlichen Bedarfes für die Nutzung und Gebrauchsüberlassung an einen Dritten kraft bürgerlichen oder öffentlichen Rechts aufzubringen hat. Maßgeblich sind die im Außenverhältnis zwischen Mieter und Vermieter entstehenden Verbindlichkeiten.<sup>267</sup> Der Mietzins ist grundsätzlich eine Geldwerte Position. Sie ist daher grundsätzlich auch in tatsächlicher Höhe zu übernehmen. Vorliegend bedeutete dies, dass S 400 € zu wenig Mietzins als Kosten der Unterkunft anerkannt wurden. Das wäre insofern konsequent, als es auf die tatsächliche Belastung des Mieters ankommt.

---

<sup>266</sup>Berlit in: Mündler, Sozialgesetzbuch II, § 22 Rz. 19.

<sup>267</sup>Berlit in: Mündler, Sozialgesetzbuch II, § 22 Rz. 21.

Allerdings ist der Mietvertrag hinsichtlich der Vereinbarung des Mietzinses wegen Mietwuchers nichtig. Objektiv schuldet S nur die ortsübliche Miete, wie sie auch vom Grundsicherungsträger übernommen wird. Fraglich ist, ob die Nichtigkeit der zugrunde liegenden Mietzinsvereinbarung das Vorliegen tatsächlicher Aufwendungen in Frage stellt. Die obige Definition setzt im Rahmen des Aufwendungsbegriffs bereits voraus, dass der Geldwert mit einem Rechtsgrund aus öffentlichen oder privaten Recht aufgebracht wird. Insofern könnte es sich bereits nicht um Aufwendungen handeln. Die Nichtigkeit des Mietvertrages könnte auch nur die Angemessenheit der Mietaufwendungen betreffen. In diesem Fall wären die Aufwendungen zunächst in voller Höhe, also 900 €, zu übernehmen. Erst nach einem Kostensenkungsverfahren wäre es möglich nur einen Teil der Kosten als Kosten der Unterkunft anzuerkennen, § 22 I 3 SGB II.

§ 22 I 1 SGB II soll dem Berechtigten seine derzeitige Wohnung als Mittelpunkt seiner Existenz erhalten. Wäre die Wirksamkeit des zugrunde liegenden Mietvertrages Voraussetzung für einen Anspruch auf die Mietzahlung, müsste der Grundsicherungsträger jeden Mietvertrag zunächst auf seine Wirksamkeit prüfen. Der Wortlaut des Gesetzestextes stellt allerdings gerade nicht auf die geschuldeten Aufwendungen ab, sondern auf die bewirkten Vermögenstransfers zwischen Mieter und Vermieter. Nur so ist zu verhindern, dass der Vermieter den Vertrag wegen Mietrückstandes kündigt und der Mieter seine Wohnung als Lebensmittelpunkt verliert. Die gesetzliche Regelung ist insofern auch in diesem Sinne zu verstehen, dass sie verhindern soll, dass aus einem Arbeitslosen ein wohnungsloser Arbeitsloser wird, dessen Reintegration in den Arbeitsmarkt noch zunehmend erschwert wird. Im Rahmen des Kostensenkungsverfahrens kann damit gleichzeitig die Anpassung der Mietzinsschuld erreicht werden, ohne die Unterkunft des Mieters zu gefährden. Eine Berücksichtigung des nichtigen Mietvertrages im Rahmen der Angemessenheit wäre danach nicht nur sachgerecht, sondern wird auch vom Wortlaut gestützt, der gerade nicht auf den geschuldeten Mietzins, sondern auf die tatsächlichen Aufwendungen Bezug nimmt.

Ob allerdings die Nichtigkeit der Mietzinsvereinbarung Einfluss auf die Angemessenheit der Kosten hat, ist zu klären. Grundsätzlich muss auch im Sozialrecht der Grundsatz der Vertragsfreiheit Berücksichtigung finden. Der Abschluss zivilrechtlicher Verträge, also auch der Mietverträge, mit beliebigem Inhalt ist im Rahmen des Art. 2 I GG geschützt. Dies gilt auf der Seite des Mieters wie des Vermieters. Die zivilrechtliche Vertragsfreiheit muss entsprechend auch von der Sozialrechtsordnung respektiert werden und darf insofern nicht angetastet werden. Die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit ist insofern als Einheit zu betrachten und auch zwischen den Rechtsgebieten widerspruchsfrei zu gestalten. Allerdings gilt auch im Zivilrecht der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht unbegrenzt. Soweit ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt ist es nichtig, § 138 BGB. Bei Mietwucher, wie im vorliegenden Fall, findet dementsprechend auch im Zivilrecht die Vertragsfreiheit ihre Grenzen. Diese Grenzen muss die Sozialrechtsordnung weitergeben. Soweit ein Vertrag nichtig ist, ist der Einsatz öffentlicher Mittel zu dessen Erfüllung

vor dem Hintergrund des Sozialstaatsprinzips, Art. 28 I GG, nicht gerechtfertigt. Die Übernahme der 900 € Kaltmiete für S kann deshalb nicht dauerhaft erfolgen. Der Grundsicherungsträger hat die Kosten für längstens 6 Monate zu übernehmen und eine Kostensenkungsaufforderung mit Hinweisen zu verbinden, wie eine zivilrechtliche Verminderung der Miete erreicht werden kann. Auf diese Weise kommt der Grundsicherungsträger gleichzeitig seiner Pflicht zur Beratung, § 4 I Nr. 1 SGB II, nach.<sup>268</sup>

S hat demnach einen Anspruch auf Übernahme der vollständigen Mietkosten bis zum Ablauf von maximal 6 Monaten.

Nach § 19 I 1, § 22 I 1 SGB II könnte S einen Anspruch auf Übernahme der Kosten für die Schönheitsreparaturen im Rahmen der Kosten der Unterkunft haben. Schönheitsreparaturen sind von sonstigen Reparaturen zu unterscheiden. So bedeutet Instandhaltung die Erhaltung des vertrags- und ordnungsgemäßen Zustandes der Mietsache, also Beseitigung der durch Abnutzung, Alter und Witterungseinwirkungen entstehenden baulichen und sonstigen Mängel.<sup>269</sup> Schönheitsreparaturen sind Maßnahmen zur Beseitigung von Mängeln, die durch vertragsgemäßen Gebrauch entstanden sind,<sup>270</sup> wie etwa Tapezieren oder Streichen von Wänden und Decken oder Heizkörpern. Es obliegt gemäß § 535 I 2 BGB dem Vermieter, die Mietsache während der Mietzeit in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten. Deshalb gehen Instandhaltungsmaßnahmen und Schönheitsreparaturen grundsätzlich zu Lasten des Vermieters, können aber auch unter bestimmten Umständen durch Vertrag dem Mieter auferlegt werden. Die nach § 535 I 2 BGB eigentlich dem Vermieter entstehenden Kosten für Schönheitsreparaturen dürfen auf den Mieter abgewälzt werden.<sup>271</sup> Die Kosten für die Schönheitsreparaturen sind damit vertraglich vereinbarte Kosten der Unterkunft. Soweit diese angemessen sind, sind sie vom Grundsicherungsträger zu übernehmen.<sup>272</sup>

S hat Anspruch auf Übernahme der Kosten für Schönheitsreparaturen im Rahmen der Kosten der Unterkunft.

Nach § 22 I 1 SGB II könnte S einen Anspruch auf Übernahme der Kosten für die Instandhaltungskosten im Rahmen der Kosten der Unterkunft haben. Instandhaltung bedeutet die Erhaltung des vertrags- und ordnungsgemäßen Zustandes der Mietsache, also Beseitigung der durch Abnutzung, Alter und Witterungseinwirkungen entstehenden baulichen und sonstigen

---

<sup>268</sup> BSG 22.9.2009- B 4 AS 8/09 R.

<sup>269</sup>BGH NJW-RR 2006, 84; NJW 2007, 1356; Palandt, BGB, 67. Auflage, 2008, § 535 Rz. 38.

<sup>270</sup>BGH NJW-RR 1995, 123; NJW 2006, 2116.

<sup>271</sup>BSG, Urteil vom 19. 3. 2008 - B 11b AS 31/06 R Rz. 19.

<sup>272</sup>BSG, Urteil vom 19. 3. 2008 - B 11b AS 31/06 R.

Mängel.<sup>273</sup> Sie obliegt zivilrechtlich dem Eigentümer nach § 535 I 2 BGB. Anders als die Kosten für Schönheitsreparaturen ist die Übernahme von Instandhaltungskosten im § 22 II 1 SGB II ausdrücklich mit der Maßgabe geregelt, dass sie nur für Eigentümer vom Grundsicherungsträger zu übernehmen sind. Daraus ist zu schließen, dass eine Übernahme zugunsten von Mietern nicht in Betracht kommt. Im Regelsatz ist darüber hinaus ein Betrag enthalten, dem Aufwendungen zur Wohnungsinstandhaltung entsprechen, § 5 I Abt. 4 RBEG. Entsprechend ist der Mieter im Gegensatz zur Ausnahmeregelung für den Eigentümer nach § 22 II 1 SGB II auf die Regelleistung verwiesen.<sup>274</sup>

Nach § 19 I 1, 22 VIII 1 SGB II könnte S einen Anspruch auf Übernahme der aufgelaufenen Mietschulden haben. Voraussetzung wäre hier, dass S in einer vergleichbaren Notlage im Sinn der 2. Alternative der § 19 I 1, 22 VIII SGB II wäre. Die Notlage muss dem der Sicherung der Unterkunft durch die Übernahme der Unterkunfts-kosten gleich stehen, also der Vermeidung von Obdachlosigkeit dienen. Hier hat der Grundsicherungsträger die Notlage der S durch eigenes rechtswidriges Handeln verursacht. Sie wurde vom Vermieter bereits gewaltsam aus der Wohnung entfernt. Damit befindet sie sich in einer Situation, die eine Obdachlosigkeit befürchten lässt, dies entspricht der Wohnungslosigkeit nach § 22 VIII 2 SGB II. Eine vergleichbare Notlage liegt entsprechend vor. Wäre die Übernahme gerechtfertigt und notwendig, wären die Mietschulden in der Regel zu übernehmen. Da der Grundsicherungsträger rechtswidrig gehandelt hat, stellt die Übernahme der Mietschulden einen Schadensausgleich für rechtswidriges Handeln dar. Die Übernahme gleicht in diesem Fall erlittenes Unrecht aus. Die Übernahme ist daher gerechtfertigt. Die Übernahme ist auch notwendig, denn eine weniger aufwändige Alternative zur Sicherung einer Unterkunft für S ist nicht ersichtlich.

Es liegen auch keine Gründe vor, wieso der Grundsicherungsträger ausnahmsweise von der Übernahme der Kosten absehen müsste. Da S vermögenslos ist, muss sie auch kein Vermögen im Sinne des § 12 II 1 Nr.1 SGB II vorrangig einsetzen. Die Leistung wird gem. § 22 VIII 4 als Darlehen erbracht.

Nach § 24 III 1 Nr. 1, 2 SGB II könnte S einen Anspruch Bereitstellung der neuen Möbel und des neuen Hausrats haben. Neue Möbel und Hausrat müssten in diesem Fall zur Erstaussstattung der Wohnung zu rechnen sein. Die Wohnung der S war bis zum Übergriff des Vermieters vollständig ausgestattet, sodass eine erstmalige Ausstattung dieser Wohnung nicht vorliegt. Allerdings ist der Begriff der Erstaussstattung nicht eng zu fassen. Er ist vor allem von einer Erhaltungs- bzw. Ergänzungsbeschaffung zu unterscheiden. Soweit Möbel und Hausrat aufgrund

<sup>273</sup>BGH NJW-RR 2006, 84; NJW 2007, 1356; Palandt, BGB, § 535 Rz. 38.

<sup>274</sup>Ebenso BSG vom 19. 3. 2008 - B 11b AS 31/06 R.



außergewöhnlicher Umstände unbrauchbar werden oder abhanden kommen, kann auch eine Ersatzbeschaffung bereits vorhandener Ausstattung eine Erstausrüstung sein. Der Begriff ist insofern nicht zeitlich sondern bedarfsbezogen zu verstehen. So befürwortete das BSG das Vorliegen einer Erstausrüstung im Fall eines Verlusts des Mobiliars wegen eines Wohnungsbrandes.<sup>275</sup> Der Verlust von Mobiliar und Hausrat durch Verschulden eines Dritten führt demnach entsprechend zu einer neuen Bedarfslücke. S hat demnach Anspruch auf Bereitstellung neuer Möbel und neuen Hausrats.

Der der S gegen den Vermieter evtl. zustehende Anspruch auf Ersatz der Möbel wegen Vertragsverletzung § 280 BGB, geht nach § 116 SGB X auf den Grundsicherungsträger über.

---

<sup>275</sup>BSG vom 19. 9. 2008 - B 14 AS 64/07 R.

## **Fall 8: Eigenes Dach über dem Kopf (Grundsicherung für Arbeitsuchende)**

Klaus und Wanda wurden 1970 und 1973 geboren. Mit notariellem Vertrag vom 19.8.2015 erwarben sie ein im Jahr 1945 bezugsfertig gewordenes Einfamilienhaus auf dem Staatsgebiet der Freien und Hansestadt Hamburg. Das Haus hat eine Wohnfläche von 100 qm und verteilt sich auf vier Zimmer. Der vereinbarte Kaufpreis betrug 60.000 Euro. Das Grundstück war in Abteilung III des Grundbuchs lastenfrei. In § 4 des notariellen Kaufvertrages heißt es:

"Der in § 1 aufgeführte Kaufpreis wird den Käufern zinslos gestundet und ist in monatlichen Teilbeträgen in Höhe von 350,00 Euro, beginnend ab 01.09.2015, zu tilgen. ... Sollten die Käufer mit mehr als 2 Monatsraten in Verzug geraten, ist der noch gegebene Kaufgeldbetrag sofort in einer Summe fällig."

Die Übergabe des Kaufobjekts erfolgte am 1.9.2015.

Am 21.9.2015 beantragten Klaus und Wanda beim zuständigen Leistungsträger Grundsicherungsleistungen. Klaus und Wanda standen seit Jahren mit Unterbrechungen im Leistungsbezug des Grundsicherungsträgers. Zum Zeitpunkt der Antragstellung für Leistungen nach dem SGB II im September 2015 erzielte Klaus im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung monatlich 390 €. Mit Bescheid vom 15.12.2015 bewilligte der zuständige Träger für den Zeitraum von Januar bis April 2016 Klaus und Wanda insgesamt XXX Euro, darunter 50 Euro für Heizkosten. Die Übernahme der Tilgungsbeiträge in Höhe von 350 € für die Wohnung wurde abgelehnt.

Klaus und Wanda sind mit der Ablehnung der Übernahme der Kosten der Unterkunft nicht einverstanden. Sie sind der Auffassung, ihnen stehe der vollständige Tilgungsbetrag in Höhe von 350 € zu.

Der Träger der Grundsicherung hingegen verweist darauf, dass die Tilgungszahlung der Vermögensbildung diene und mit dem Zweck der steuerfinanzierten Leistungen zur Grundsicherung des Existenzminimums nicht vereinbar sei. Eine Übernahme der Tilgungsbeträge zweckentfremde die Leistungen der Kosten der Unterkunft in diesem Fall als gezieltes Finanzierungsmodell zur Vermögensbildung.

Klaus und Wanda hingegen argumentieren, dass die 350 € die für eine Mietwohnung anzusetzenden angemessenen Kosten nicht übersteigen. Sie seien deshalb wie Mieter zu

behandeln.

1. Ist die Ablehnung der Kosten der Unterkunft in Höhe von 350 € und die Übernahme der Heizkosten in Höhe von 50 € rechtmäßig ?
2. Ändert sich die Rechtslage, wenn das Haus im Zeitpunkt des Eintritts des Leistungsbezuges nach dem SGB II bereits zu 98 % abbezahlt ist ?

Lösungsvorschlag:

Zu 1: K und W könnten einen Anspruch auf Übernahme der Tilgungsbeiträge für ihre Eigentumswohnung nach § 19 I 1, § 22 I 1 SGB II gegen den Grundsicherungsträger haben.

Bei der Eigentumswohnung muss es sich um eine Unterkunft handeln. Unter Unterkunft werden alle baulichen Anlagen oder Teile hiervon verstanden, die geeignet sind, vor den Einflüssen der Witterung zu schützen und ein Mindestmaß an Privatheit gewähren. Sie müssen außerdem die Möglichkeit bieten, persönliche Gegenstände auf zu bewahren. Dies ist vorliegend der Fall.

Die Tilgungszahlung müsste eine Aufwendung für diese Unterkunft darstellen. Bei den Aufwendungen sind geldwerte Positionen erfasst, die der Leistungsberechtigte in der Zeit seines grundsicherungsrechtlichen Bedarfes für die Nutzung und Gebrauchsüberlassung an einen Dritten kraft bürgerlichen oder öffentlichen Rechts aufzubringen hat. Maßgeblich sind die entstehenden Verbindlichkeiten. Die Tilgung ist grundsätzlich eine geldwerte Position. Dies hat das Bundessozialgericht in seiner neueren Rechtsprechung auch anerkannt. Die Berücksichtigung von Tilgungsleistungen für eine selbst genutzte Eigentumswohnung als Kosten der Unterkunft ist zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>276</sup> Die Aussage, dass Tilgungsleistungen generell nicht als KdU vom Grundsicherungsträger zu übernehmen wären,<sup>277</sup> wird durch dieses Urteil eingeschränkt. Es gilt nun, dass eine Übernahme erfolgt wenn der Hilfebedürftige ohne (gegebenenfalls anteilige) Übernahme von Tilgungsraten gezwungen wäre, seine Wohnung aufzugeben. In diesen Fällen kommt eine Übernahme der gesamten Finanzierungskosten bis zur Höhe der abstrakt angemessenen Kosten einer Mietwohnung in Betracht.

Dem entspricht auch der Sinn und Zweck der Übernahme der Kosten der Unterkunft durch den Grundsicherungsträger.<sup>278</sup> Ziel ist der Erhalt der Wohnung. Der Gesetzgeber räumt dem Erhalt der Wohnung allgemein einen hohen Stellenwert ein, ohne Rücksicht darauf, ob diese gemietet ist oder im Eigentum des Hilfebedürftigen steht. § 22 SGB II dient dem Schutz der Wohnung als

---

<sup>276</sup>BSG vom 18.6.2008, B 14/11b AS 67/06 R Rz. 23, BSG 7.7.2011 – B 14 AS 79/10 R.

<sup>277</sup>BSG vom 7.11. 2006 B 7b AS 2/05 R, BSG 7.7.2011 – B 14 AS 79/10 R.

<sup>278</sup>BSG 18.6.2008, B 14/11b AS 67/06 R, BSG 7.7.2011 – B 14 AS 79/10 R.

räumlichem Lebensmittelpunkt.<sup>279</sup> Nach § 22 I 2 SGB II<sup>280</sup> hat der Grundsicherungsträger jedenfalls für eine Übergangsfrist selbst unangemessen hohe Mietkosten zu übernehmen, solange es dem Hilfebedürftigen nicht möglich ist, durch einen Wohnungswechsel, durch Vermieten oder auf andere Weise die Kosten zu senken. Steht tatsächlich eine abstrakt angemessene Unterkunftsalternative nicht zur Verfügung, sind die Aufwendungen für die tatsächlich gemietete Unterkunft als konkret angemessen anzusehen. Auch der Verwertungsausschluss des § 12 III 1 Nr. 4 SGB II dient nicht dem Schutz der Immobilie als Vermögensgegenstand, sondern allein dem Schutz der Wohnung im Sinne der Erfüllung des Grundbedürfnisses "Wohnen" und als räumlicher Lebensmittelpunkt. Das dort genannte "Schonvermögen" soll der Hilfebedürftige deshalb nicht verwerten müssen.<sup>281</sup>

Vorliegend bedeutete dies, dass K und W die 350 € als Kosten der Unterkunft anzuerkennen wären, die sie dem Verkäufer monatlich aufgrund des Kaufvertrages, § 433 BGB, schulden. Das wäre insofern konsequent, als es ausweislich des Wortlauts des § 22 I 1 SGB II auf die tatsächliche Belastung ankommt.

Anders als die Schuldzinsen, die im Rahmen der darlehensfinanzierten Eigentumswohnungen anfallen, werden Tilgungsraten von der Rechtsprechung im Rahmen von Darlehensverträgen jedoch nicht in jedem Fall als Kosten der Unterkunft anerkannt. Begründet wird dies mit einem Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz des Wohneigentums einerseits und der Beschränkung der Leistungen nach dem SGB II auf die aktuelle Existenzsicherung andererseits.<sup>282</sup> Das Arbeitslosengeld II soll den Lebensunterhalt sichern und grundsätzlich nicht der Vermögensbildung dienen.<sup>283</sup> Die mit der Tilgung eintretende Minderung der auf dem Wohneigentum ruhenden Belastungen führt jedoch bei wirtschaftlicher Betrachtung zu einer Mehrung des Vermögens des Eigentümers.<sup>284</sup> Verwendet der erwerbsfähige Leistungsberechtigte Leistungen des Arbeitslosengeld II zur Tilgung, erwirbt er damit auf Kosten des Grundsicherungsträgers lastenfreies Eigentum. Dass lastenfreies Eigentum an Immobilien nicht zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz gehört, kann sicher angenommen werden. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise, die das BSG an dieser Stelle anführt, vermag allerdings nicht zu überzeugen. Betrachtet man den Vorgang des Eigentumserwerbs und der Vermögensbildung im Umfeld der existenzsichernden Leistungen nach dem SGB II ist dieser Blickwinkel verkürzt.

---

<sup>279</sup>Vgl. Lang/Link, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl 2008, § 22 Rz. 5.

<sup>280</sup>Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20. Juli 2006 - BGBl I 1706 - § 22 I 3 SGB II.

<sup>281</sup>BSG 18.6.2008, B 14/11b AS 67/06 R, BSG 7.7.2011 – B 14 AS 79/10 R.

<sup>282</sup>BSG 18.6.2008, B 14/11b AS 67/06 R Rz. 27, BSG 7.7.2011 – B 14 AS 79/10 R Rz. 13.

<sup>283</sup>Lang/Link, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl 2008, § 22 Rz. 27 ff.

<sup>284</sup>BSG 18.6.2008, B 14/11b AS 67/06 R Rz. 27, BSG 7.7.2011 – B 14 AS 79/10 R Rn 19,20.

Zunächst ist der Hinweis auf den Eigentumserwerb so nicht zutreffend. Mit Tilgung des Darlehens, erwächst dem Darlehensschuldner zunehmend lastenfreies Eigentum, soweit das Eigentum durch eine Hypothek die akzessorisch zur Höhe der Darlehensschuld belastet ist, § 1163 BGB. Von einem unmittelbaren Erwerb des Eigentums auf Kosten des Grundsicherungsträgers kann folglich nur in dieser Konstellation ausgegangen werden. Schulden an Grundstücken werden üblicherweise aber nicht mehr durch Hypotheken, sondern durch eine Grundschuld gesichert. Bei der im Geschäftsverkehr üblichen Sicherung des Darlehens durch eine Grundschuld, § 1191 BGB, fehlt die Akzessorietät. Erst mit Rückzahlung des Darlehens besteht ein Anspruch auf Rückübertragung der Sicherungsgrundschuld. Die Sicherungsgrundschuld bleibt unabhängig von der Tilgungsleistung als Last auf dem Grundstück erhalten. Sogar die gesicherten Forderungen können ausgewechselt werden. In dieser Konstellation entsteht direkt durch Schuldtilgung kein lastenfreies Eigentum. Im Bestand des Vermögens des Leistungsberechtigten ändert sich rechtlich zunächst gar nichts. Das Eigentum wurde in der Regel bereits anlässlich des Kaufes, § 433 II BGB, übertragen, § 873 BGB und ist damit dem Vermögen des Leistungsberechtigten zugeordnet. Dies ist insbesondere auch im vorliegenden Fall so, in dem es nicht um eine Darlehensschuld geht, sondern um eine Kaufpreiszahlung. Auch hier ist das Eigentum bereits mit der dinglichen Einigung bei den Käufern angefallen. Die Zahlung der Tilgungsraten hat mit dem Eigentumserwerb gar nichts mehr zu tun. Die Argumentation des Eigentumserwerbs auf Kosten des Grundsicherungsträgers ist rechtlich unzutreffend.

Das Abtragen der Lasten auf dem Grundstück bzw. bzgl. der ausstehenden Kaufpreisforderung wird vom BSG als wirtschaftliche Betrachtungsweise bezeichnet, aus der Vermögen entstehen soll. Eigentlich handelt es sich dabei um die Übernahme von Schulden, egal ob es sich um eine gestundete Kaufpreisschuld handelt, wie vorliegend oder das Abtragen einer Darlehensschuld. Ein reales Plus an verfügbaren Mitteln, wie es die Formulierung "Vermögen" nahe legt entsteht gerade nicht. Wirtschaftlich betrachtet wird der Leistungsberechtigte allenfalls besser gestellt, da er Schuldenfreiheit erlangt.

Die Übernahme von Schulden ist nach dem SGB II allerdings nicht völlig ausgeschlossen. Insbesondere zur Sicherung der Wohnung können Schulden übernommen werden, § 22 VIII 1 SGB II. Eine (realistische) wirtschaftliche Betrachtungsweise, wie sie das BSG postuliert aber nicht vornimmt, führt also in ganz andere dogmatische Bahnen. Tilgungskosten sind insofern in jedem Fall als Aufwendungen für die Unterkunft zu berücksichtigen.

Sie könnten aber als unangemessen einzuordnen sein. Die Frage der Angemessenheit der Kosten ist nicht nur eine Frage nach der effektiven der Höhe der zu übernehmenden Kosten. Sie erlaubt auch eine am Zweck der Regelung orientierte Auslegung, durch die Aufwendungen ausgeschlossen werden, die zwar gemacht werden, aber dem Zweck der Grundsicherung als

Schutz des individuellen Existenzminimums zuwider laufen. So ist eine begrifflich inhaltliche Beschränkung der Verpflichtung möglich. Entsprechend wird man auch an dieser Stelle zu prüfen haben, ob die Vermögensbildung oder Schuldentilgung, im Widerspruch zum Zweck der Grundsicherung als existenzsichernde Leistung steht. Beide Aspekte werden hier gesondert behandelt.

Versteht man die Übernahme der Tilgungsraten als Übernahme von Schulden und nicht als Bildung eines Vermögens, gibt § 22 VIII 1 SGB II den entsprechenden systematischen Hinweis. Diese Regelung stellt klar, unter welchen Voraussetzungen Schulden im Zusammenhang mit der Unterkunft übernommen werden. Unter denselben Voraussetzungen wäre schließlich auch die Übernahme von Tilgungsraten angemessen, da sonst ein Wertungswiderspruch zwischen § 22 I 1 und § 22 VIII SGB II auftritt.

Betrachtet man die Tilgung der Forderungen als Erwerb von Vermögen, wird man berücksichtigen müssen, dass die Grundsicherung nach dem SGB II auch geringe Vermögensbildung zulässt. Sie ordnet manche Vermögenspositionen sogar dem geschützten Existenzminimum zu. Diese geschützten Positionen umfassen ein selbst genutztes Hausgrundstück oder Eigentumswohnung, § 12 III Nr. 4 SGB II. Dieses wurde vom Gesetzgeber als unverwertbar eingestuft und damit dem staatlich zu gewährleistenden Existenzminimum zugeordnet. Dennoch verneint die Rechtsprechung einen inneren Zusammenhang zwischen § 12 III Nr. 4 SGB II und § 22 I 1 SGB II. Angemessenes Eigentum im Sinne des § 12 III Nr. 4 SGB II führe nicht zwangsläufig zu angemessenen Unterkunftskosten.<sup>285</sup> Schutzgegenstand des § 12 III Nr. 4 SGB II ist nach der Auffassung des BSG nicht das Vermögen um des Vermögens willen, sondern der Schutz der Wohnung im Sinne der Erfüllung des Grundbedürfnisses "Wohnen" und als räumlicher Lebensmittelpunkt.<sup>286</sup> Soweit also das Grundbedürfnis Wohnung nicht gefährdet ist, kann die Übernahme von Tilgungsraten nicht als angemessene Kosten der Unterkunft bewertet werden. Dies entspricht weitgehend dem bereits vorgefundenen Ergebnis.

Im Schrifttum wurde die völlige Ablehnung der Übernahme von Tilgungskosten kritisiert und angedeutet, dass Tilgungskosten ohne Rücksicht auf die Frage eines Vermögenserwerbs zu übernehmen seien.<sup>287</sup> Soweit durch die Übernahme von Mieten das Vermögen des Vermieters vermehrt wird, fände indirekt ebenfalls ein Vermögenserwerb zu Lasten des Grundsicherungsträgers statt. Dieser Einwand hat an Aktualität bzgl. der nun postulierten eingeschränkten Übernahme der Tilgungsraten nicht verloren. Dem Dritteigentümer wird

---

<sup>285</sup>BSG 18.6.2008, B 14/11b AS 67/06 R Rz. 24.

<sup>286</sup>BSG 18.6.2008, B 14/11b AS 67/06 R Rz. 26, BSG 7.7.2011 – B 14 AS 79/10 R Rn. 18.

<sup>287</sup>Berlit in: Mündler, Sozialgesetzbuch SGB II, § 22 Rz. 36.

Vermögensmehrung (sei es in Form von Schuldentilgung, wenn die vermietete Wohnung nicht abbezahlt ist) zu Lasten der Grundsicherung ohne nähere Auflagen zu gebilligt, dem Leistungsberechtigten nicht. Dieses Problem besteht indes nicht nur bei den Kosten der Unterkunft. Es ließe sich für jeglichen Waren- und Dienstleistungserwerb durch Leistungsberechtigte aus Grundsicherungsmitteln belegen. Das Vermögen Dritter wird durch die Lebensführung der Sozialleistungsberechtigten, die zwangsläufig am Konsum lebensnotwendiger Güter teilnehmen, ebenfalls vermehrt. Das persönliche Existenzminimum nur aus freier Mildtätigkeit sicherzustellen entspricht nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 1, 20 GG.<sup>288</sup> Nach diesen Regelungen hat jeder einen Anspruch auf Sicherung des Existenzminimums. Mit freier Mildtätigkeit lässt sich dieser nicht verlässlich erfüllen. Alternativ wäre es möglich Dienstleistungs- und Warenanbietern den Gewinn zu Lasten der Grundsicherungsleistungen zu untersagen bzw. zu schmälern. Dies könnte durch ein besonderes Preisbildungssystem oder Pflichtrabatte geschehen, wie dies z.B. anlässlich der umstrittenen Pflichtrabatte auf Arzneien zugunsten der GKV, § 130 SGB V, geschehen ist. Inwieweit dies verfassungsrechtlich im Hinblick auf die Grundrechte der Waren- und Dienstleistungsanbieter zulässig wäre, soll hier offen bleiben. Aktuell jedenfalls hat das SGB II ein anderes Gewinnbegrenzungssystem gewählt. Reguliert wird auf der Seite der Leistungsberechtigten, deren Nachfragekraft schwächer ausgestaltet wird, es ihnen aber ermöglichen soll, am allgemein üblichen Wirtschaftsleben teilzunehmen, und dies in der Regel (Ausnahmen: Gutscheine, Auszahlung der Miete an den Vermieter) ohne sich als Leistungsberechtigte nach dem SGB II zu erkennen geben zu müssen. Die Regelleistungen sind an den Ausgaben der jeweils unteren 15 – 20 % der Referenzgruppe orientiert bemessen, § 4 RBEG. Dadurch wird einerseits sicher gestellt, dass Leistungsberechtigte am üblichen allgemeinen Konsum dieser Referenzgruppen teilnehmen können. Berücksichtigt ist dabei auch das jeweils günstigere Marktsegment mit niedrigen Preisen. Hierdurch kann ein Ausgleich zwischen den im Prinzip legitimen Vermögensbildungsinteressen der Dienstleistungs- und Warenanbieter und den Wirtschaftlichkeitsinteressen der Sozialleistungsträger geschaffen werden. Eine zurückhaltende Vermögensbildung zu Lasten der öffentlichen Hand ist im System des SGB II angelegt, aber hinsichtlich Intensität und Umfang begrenzt. Dasselbe gilt für die Vermögensbildung im Rahmen der Sicherstellung der Unterkunft. Die Übernahme der Kosten der Unterkunft ist üblicherweise auf eine regionale Angemessenheit begrenzt. Dadurch wird einerseits rücksichtslosen Vermögensbildungsinteressen von Anbietern entgegen getreten und andererseits eine Teilnahme der Leistungsberechtigten am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr um Immobilien ermöglicht. Solange und soweit dieses Regulierungssystem sein Ziel nicht völlig verfehlt, ist ein härter Zugriff auf die Chancen zur Vermögensbildung, eine durch Art. 2 I GG geschützte Grundrechtsposition, auch nicht erforderlich.

---

<sup>288</sup>BVerfG 9. Februar 2010, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 Rz. 133.

Soweit man also davon ausgeht, dass es sich bei der Abtragung der Tilgungsraten um Vermögensbildung handelt, ist auch hier fest zu halten, dass diese zum Erhalt der Unterkunft zwingend notwendig sein muss. Dies ist vorliegend nicht ersichtlich. Selbst im Fall einer Zwangsversteigerung der Wohnung wegen Fälligkeit der restlichen Kaufpreiszahlung und folgender Zahlungsunfähigkeit der Leistungsberechtigten ist es nicht zwangsläufig so, dass sie die Unterkunft verlieren.

Die Übernahme der Kosten für die Wohnung könnte ferner unangemessen sein, da sie für die örtlichen Verhältnisse recht groß ist. Die Angemessenheit der Unterkunftskosten richtet sich für Mieter und Wohnungseigentümer nach einheitlichen Kriterien. Im Hinblick auf die durch die Unterkunft verursachten Kosten gibt es im Regelfall keinen sachlichen Grund, Haus- oder Wohnungseigentümer unterschiedlich zu behandeln.<sup>289</sup> Bezüglich der Angemessenheit sind auch bei Eigentumswohnungen dieselben Faktoren wie Größe, Preis und Ausstattung zu berücksichtigen. Nach der Kombinationstheorie müssen die Faktoren Preis, Ausstattung und Wohnfläche jeweils einzeln betrachtet angemessen sein. Der Wortlaut des § 22 I 1 SGB II stellt allerdings auf die Angemessenheit der Kosten (im Ergebnis) ab. Daher wird mit der Produkttheorie angenommen, dass ausschließlich das Produkt der einzelnen Berechnungsfaktoren angemessen sein muss.<sup>290</sup> Eine sehr große allerdings billige Wohnung, wie die Vorliegende, ist deshalb weiterhin als angemessen anzusehen.

Im Ergebnis haben W und K keinen Anspruch auf Übernahme der Tilgungsraten in Höhe von 350 €.<sup>291</sup>

K und W könnten einen Anspruch auf Übernahme der Heizkosten nach § 19 I 1, § 22 I 1 SGB II gegen den Grundsicherungsträger haben.

Nach § 22 I 1 SGB II sind die Kosten für die Heizung in tatsächlicher Höhe zu übernehmen. Ausnahme wäre die Unangemessenheit der Heizkostenkosten, § 22 I 1 2. HS SGB II. Unangemessene Heizkosten entstehen bspw. durch unwirtschaftliches und verschwenderisches Heizen. Dafür liegen keine Anhaltspunkte vor.

2. Gemäß der Rechtsprechung des BSG wären in diesem Fall einer fast abbezahlten Eigentumswohnung die Tilgungsraten in Rahmen der Kosten der Unterkunft vom

---

<sup>289</sup>BSG vom 18.6.2008, B 14/11b AS 67/06, R Rz. 24.

<sup>290</sup>Berlit in: MÜnder, Sozialgesetzbuch II, § 22 Rz. 52.

<sup>291</sup> Im Ergebnis ebenso BSG 07.07.2011, B 14 AS 79/10 R und BSG 16.2.2012, B 4 AS 14/11 R.



Grundsicherungsträger zu übernehmen, soweit die Höhe den Kosten einer vergleichbaren Mietwohnung entspricht. Allerdings muss dies zur Erhaltung der Unterkunft auch unbedingt notwendig sein.<sup>292</sup> Selbst wenn die Wohnung fast abbezahlt ist überwiegt das Interesse des Leistungsberechtigten an der Erhaltung seiner Unterkunft nach Auffassung der Rechtsprechung nicht, das Interesse des Grundsicherungsträger daran, zu seinen Lasten kein Vermögen aufzubauen.

Überzeugender wäre der Ansatz, hier die Angemessenheit der Übernahme der Tilgungskosten als Kosten der Unterkunft mit dem Argument der Wirtschaftlichkeit grundsätzlich zu befürworten. Die Zahlungen dürften in diesem Fall nicht mehr über einen längeren Zeitraum erforderlich sein. Zudem kann der Grundsicherungsträger nach § 22 VIII SGB II ein Darlehen gewähren.

---

<sup>292</sup>BSG vom 18.6.2008, B 14/11b AS 67/06 R.

## **Fall 9: Am Ende des Studiums am Ende ? (Grundsicherung für Arbeitsuchende)**

Daniel wurde 1982 geboren und war seit dem Wintersemester 2005/2006 an einer Technischen Universität für den Studiengang Kunstwissenschaften immatrikuliert. Am 7. September 2015 absolvierte er im 18. Hochschulsemester die Abschlussprüfung. Mit Wirkung vom 8. September 2015 wurde Daniel exmatrikuliert. Das Studeinhalbjahr endete am 31.8.2015.

Er wohnt in einer 45qm großen Dachwohnung, für die er 265, 00 € Kaltmiete zzgl. 160 € Nebenkostenvorauszahlung zahlt. In den Nebenkosten ist ein Betrag von 30 € für Highspeed Internet und Kabelfernsehen vorgesehen. Diese Vereinbarung ist nicht gesondert kündbar, soweit die Kosten für das Kabelfernsehen anfallen. Den Internetanschluss könnte Daniel gesondert kündigen und dadurch 25 € sparen. Die 160 € enthalten zudem eine monatliche Heizkostenvorauszahlung in Höhe von 60 €.

Daniel beantragt am 10. August 2015 mit Blick auf das Ende seines Studiums Arbeitslosengeld II.

Der zuständige Jobcenter bewilligt nun ein Darlehen vom 1. September bis 30. September 2015 und ab 1. Oktober 2015 bis 28. Februar 2016 einen Zuschuss jeweils in der Höhe von XXX,XX €. Der Betrag enthält 265 € Kaltmiete, 70 € Nebenkosten ohne Kabelfernsehen und Internetanschluss sowie den Regelsatz der Regelbedarfsstufe 1, die zutreffend mit 400 € angesetzt wurde.

Daniel ist mit der darlehensweisen Gewährung der Leistungen für den September 2015 und der fehlenden Berücksichtigung der Nebenkosten für Internet und Kabelfernsehen nicht einverstanden.

Hinweis: Die Verwaltungsvorschrift Nr. 15.2.2 zu § 15 BAföG sieht vor, dass Studierende Ausbildungsförderung in voller Höhe für den Monat bekommen, in dem der jeweilige Ausbildungsabschnitt endet.

Ist die Bewilligung des Arbeitslosengeld II rechtmäßig ?

Auf die Betriebskostenverordnung wird hingewiesen:

§ 1 Betriebskosten

(1) Betriebskosten sind die Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder Erbbaurecht am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen.

...

(2)...

## § 2 Aufstellung der Betriebskosten

Betriebskosten im Sinne von § 1 sind:

...

die Kosten

a)

des Betriebs der Gemeinschafts-Antennenanlage, hierzu gehören die Kosten des Betriebsstroms und die Kosten der regelmäßigen Prüfung ihrer Betriebsbereitschaft einschließlich der Einstellung durch eine Fachkraft oder das Nutzungsentgelt für eine nicht zu dem Gebäude gehörende Antennenanlage sowie die Gebühren, die nach dem Urheberrechtsgesetz für die Kabelweitersendung entstehen,

oder

b)

des Betriebs der mit einem Breitbandnetz verbundenen privaten Verteilanlage; hierzu gehören die Kosten entsprechend Buchstabe a, ferner die laufenden monatlichen Grundgebühren für Breitbandanschlüsse;

....

## Lösungsvorschlag

D könnte nach § 19 I 1,3 SGB II Anspruch auf Arbeitslosengeld II haben.

Die örtliche Zuständigkeit, § 36 I 1 SGB II, richtet sich nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des D, § 30 III 2 SGB I. Arbeitslosengeld II wird nur auf Antrag, § 37 SGB II, geleistet. Ein Antrag wurde gestellt.

Für den 2. Zeitraum vom 1.10.12 bis 28.2.2013 könnte D einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II unter Berücksichtigung der Nebenkosten für Internet und Kabelfernsehen nach § 19 I 1, 3 SGB II

haben.

D müsste erwerbsfähiger Leistungsberechtigter im Sinne der Legaldefinition nach § 7 I 1 SGB II sein. D hat die Altersgrenze nach § 7 I 1 Nr. 1 SGB II weder über- noch unterschritten, denn er ist ca. 33 Jahre alt. Er ist zudem nach §§ 7 I 1 Nr. 2, 8 SGB II erwerbsfähig. Auch an seiner Hilfebedürftigkeit besteht derzeit kein Zweifel, da er kein Einkommen hat, §§ 7 I 1 Nr. 3, 9 I SGB II Die im Rahmen des Arbeitslosengeld II zu berücksichtigenden Bedarfe sind in § 19 I 3 SGB II aufgezählt.

Der Regelbedarf wurde zutreffend mit Regelbedarfsstufe 1 festgesetzt.

Hinweise für das Vorliegen eines Tatbestandes für Mehrbedarfe nach § 21 SGB II liegen nicht vor.

Soweit die Kabelfernsehen und Internetkosten als Teil der Kosten der Unterkunft nach § 22 I 1 SGB II zu übernehmen wären, wären sie in tatsächlicher und angemessener Höhe zu übernehmen. Zu den Kosten der Unterkunft zählen die Kaltmiete und die sog. kalten Nebenkosten.<sup>293</sup> Möglichen Positionen der Nebenkosten sind in der Betriebskostenverordnung geregelt. Die Berücksichtigung nur der kalten Nebenkosten ergibt sich aus der Notwendigkeit der Abgrenzung zu Heizungskosten und dezentraler Warmwasserbereitung. Die dezentrale Warmwasserbereitung hätte zudem einen Mehrbedarf nach § 21 VII SGB II zur Folge.

Kabelfernsehen und Internetkosten müssten kalte Nebenkosten sein. § 2 Nr. 15 BetrKostVO regelt dass als Nebenkosten die Kosten a) des Betriebs der Gemeinschafts-Antennenanlage, hierzu gehören die Kosten des Betriebsstroms und die Kosten der regelmäßigen Prüfung ihrer Betriebsbereitschaft einschließlich der Einstellung durch eine Fachkraft oder das Nutzungsentgelt für eine nicht zu dem Gebäude gehörende Antennenanlage sowie die Gebühren, die nach dem Urheberrechtsgesetz für die Kabelweitersendung entstehen, oder b) des Betriebs der mit einem Breitbandnetz verbundenen privaten Verteilanlage; hierzu gehören die Kosten entsprechend Buchstabe a, ferner die laufenden monatlichen Grundgebühren für Breitbandanschlüsse.

Der Fernsehanschluss in seinen verschiedenen technischen Ausgestaltungen kann also auf die Mieter wirksam umgelegt werden. D schuldet nun mietvertraglich die Kosten für den Kabelanschluss. Dies ist eine Voraussetzung dafür, dass es sich um Aufwendungen handelt, denn

---

<sup>293</sup>Breitkreuz, Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar, Stand: 01.03.2013, § 22 SGB II Rz. 4.

ohne vertragliche Schuld wäre zweifelhaft, ob eine Aufwendung, oder eine angemessene Aufwendung vorläge.

Kabelfernsehen könnte als Teil des notwendigen Lebensunterhaltes im Sinne von § 19 I 1, 3, III 1 SGB II anzusehen sein, sodass die Kosten dafür bereits in der Regelleistung abgegolten sind. Zum notwendigen Lebensunterhalt gehört im Rahmen der Regelleistung die Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft, § 20 I 2 SGB II. Die Abteilung 9 der regelbedarfsrelevanten Verbrauchsausgaben sieht eine Position zur Freizeit, Unterhaltung und Kultur vor, sodass ein entsprechender Bedarf bereits in der Regelleistung abgedeckt sein kann. Da hier die Kosten für das Kabelfernsehen allerdings an die Unterkunft gebunden sind und der Mieter, hier D, sich nicht von dieser vertraglichen Verpflichtung lösen kann, sind diese Kosten hier nicht als vom Regelsatz erfasst anzusehen.

Liegen also Kosten der Unterkunft in der Form der kalten Nebenkosten vor, sind diese Kosten in tatsächlicher Höhe nur zu übernehmen, wenn sie angemessen sind. Eine einfache Ausstattung ist üblicherweise angemessen. Ein Verweis auf digital terrestrischen Fernsehempfang ist theoretisch möglich, wenn sich der Mieter von seiner vertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Vermieter lösen kann. Dies ist hier zum einen nicht der Fall. Zum anderen wäre fraglich, ob eine Anmietung einer Wohnung ohne Kabelanschluss bei getrennter Ermittlung der Angemessenheit von Wohnungs- und Nebenkosten günstiger wäre. Die Kosten des Kabelanschlusses wären unangemessen, wenn eine andere Wohnung tatsächlich günstiger wäre. Inzwischen gehört allerdings das Kabelfernsehen gerade in Wohnanlagen zur Regelversorgung. Die gezielte Suche nach Wohnungen ohne Kabelanschluss ist zwar möglich, aber letztendlich nicht zielführend im Hinblick darauf, dem Arbeitssuchenden seine Wohnung und sein soziales Umfeld zu erhalten. Üblicherweise werden deshalb bei unkündbarer Vereinbarung des Kabelanschlusses im Mietvertrag die Kosten für den Anschluss ohne nähere Angemessenheitsprüfung übernommen. Umgekehrt sind die Kosten nicht zu übernehmen, obwohl Nutzung des Kabelanschlusses der einzige technische Zugang zum Fernsehempfang ist, aber der Anschluss nicht an den Mietvertrag gebunden ist.<sup>294</sup> Kosten, die bei der Nutzung eines Breitbandkabelanschlusses auf eigene Initiative des Leistungsberechtigten anfallen, gehören auch jedenfalls dann nicht zu den Unterkunftskosten, wenn der Zugang zum Fernsehprogramm schon durch eine Gemeinschaftsantenne sichergestellt ist. Dann sind nur die anteiligen Kosten für die Gemeinschaftsantenne als Teil der Betriebskosten zu übernehmen.<sup>295</sup> D's Wohnung verfügt hier nicht über einen Gemeinschaftsantennenanschluss und er nutzt das Kabel gezwungenermaßen. Entsprechend sind die Kosten für das

---

<sup>294</sup>LSG Sachsen 25.10.2010 L 7 AS 346/09; LSG NRW 7.4.2011 L 7 AS 267/11 NZB; Geiger, Arbeitslosenprojekt TuWas (Hrsg.), Unterkunfts- und Heizkosten nach dem SGB II, 2.Auflage, 2013, S. 13.

<sup>295</sup>BSG 19. 2. 2009 – B 4 AS 48/08 R = SozR 4–4200 § 22 Nr. 18; Lauterbach in: Gagel, SGB II/ SGB III, 2013, § 22 SGB II Rz. 21.

Kabelfernsehen aufgrund von § 22 I 1 SGB II als Kosten der Unterkunft in Höhe von 5 € zu übernehmen.

Streitig war auch die Übernahme der Kosten für den Internetanschluss über Kabel, die ebenfalls als Nebenkosten in der Mietvereinbarung aufgenommen sind. Technisch liegt damit dieselbe Situation wie beim Kabelfernsehen vor, sodass es sich auch hier um Betriebskosten im Sinne der BetrKostVO handeln kann, soweit die Bereitstellungskosten der Versorgung betroffen sind. Durch ihre Regelung im Mietvertrag sind diese Kosten auch an die Unterkunft gebunden. Somit spräche einiges dafür auch diese Kosten als Kosten der Unterkunft anzusehen. Wie bei den Aufwendungen für Kabelfernsehen sind die Kosten für das Internet auch als notwendiger Lebensunterhalt in der Form der Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft anzusehen. Entsprechend fanden sie auch Eingang in die Berechnung des Regelbedarfs. Abt 8 der Verbrauchsausgaben umfasst die Kosten der Nachrichtenübermittlung. Laut Begründung des RBEG ist dabei auch ein Anteil für Internetnutzung berücksichtigt. Im Unterschied zu den Kosten für das Kabelfernsehen ist aber im vorliegenden Mietvertrag keine Bindung vorgesehen. Die Vereinbarung ist gesondert kündbar, sodass D sich von dieser Verpflichtung lösen kann. Es handelt sich damit nicht mehr um eine unabdingbare Last der Wohnung über die er nicht disponieren kann.<sup>296</sup> Infolgedessen sind die Kosten nicht der Unterkunft zuzuordnen, sondern anders als die Kosten für das Kabelfernsehen dem notwendigen Lebensunterhalt, der aus der Regelleistung zu bestreiten ist. Ein Anspruch auf Übernahme der Internetkosten als Kosten der Unterkunft besteht nicht.

Der Bedarf des D im Rahmen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld II berechnet sich entsprechend wie folgt:

D steht nach §§ 19 I 1, 3 20 SGB II die Regelleistung der Regelbedarfsstufe 1 zu, also 400 €.

Der Bedarf an Unterkunft und Heizung umfasst zunächst die Kaltmiete von 265 € zzgl. der kalten Nebenkosten in Höhe von 75 €, ohne Berücksichtigung des Internetanschlusses. Die Heizkosten in Höhe von 60 € stehen ihm ebenfalls in tatsächlicher und angemessener Höhe zu. Dass es hier an der Angemessenheit fehlen könnte, ist nicht ersichtlich.

Da D kein eigenes Einkommen hat und auch keiner Bedarfsgemeinschaft nach §§ 9 II, 7 III, IIIa SGB II angehört, ist er hilfebedürftig.

Der Leistungsausschluss nach § 7 V SGB II für Auszubildende greift spätestens seit 1.10. 2015 nicht mehr, denn D ist seit 8.9.15 exmatrikuliert.

D hat nach § 19 I 1,3 SGB II einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II in Höhe von 782 € für den Bewilligungszeitraum ab. 1.10.2015 bis 28.2.2016.

---

<sup>296</sup>LSG Sachsen-Anhalt 29. 9. 2005 – L 2 B 24/05 AS ER.

Auch für den 1. Zeitraum vom 1.9. bis 30.9.2015 könnte D einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II als Zuschuss haben.

Bezüglich Umfang und Inhalt des Anspruchs auf Arbeitslosengeld II wird auf die Ausführungen zum zweiten Zeitraum oben verwiesen. Für den ersten Zeitraum könnte der Leistungsausschluss nach § 7 V SGB II für Auszubildende zu Lasten des D eingreifen, sodass Leistungen entweder völlig entfielen, oder nur ein Darlehen nach § 27 IV SGB II möglich ist.

Im Zeitraum zwischen 1.9.-8.9.2015 müsste eine dem Grunde nach BAföG förderungsfähige Ausbildung vorgelegen haben. Förderungsfähig sind nach § 2 I Nr. 6 BAföG Ausbildungen in Hochschulen. Dem Grunde nach förderungsfähig“ bedeutet, dass die Ausbildung an sich förderungsfähig sein muss. Es kommt nicht darauf an, ob aus in der Person des Betroffenen liegenden Gründen eine Förderung der Ausbildung konkret nicht möglich ist. Es ist entsprechend auch ohne Bedeutung, wenn die hilfeschende Person keine Ausbildungsförderungsleistungen nach dem BAföG erhält, weil sie etwa die Altersgrenze überschritten hat (§ 10 BAföG), die Staatsangehörigkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt (§ 8 BAföG), oder die Förderungshöchstdauer überschritten hat (§ 15 BAföG) oder eine Zweitausbildung betreibt (§ 7 BAföG).<sup>297</sup> Da D an einer Hochschule studiert, ist seine Ausbildung nach § 2 I Nr. 6 BAföG förderungsfähig. Auf sein Alter kommt es in dieser Hinsicht nicht an. Danach ist § 7 V SGB II durchaus erfüllt. Es bedarf jedoch einer genauen Prüfung, ob der Leistungsausschluss des § 7 V 1 SGB II, nicht deshalb seinerseits ausgeschlossen ist. Aufgrund der Form der Ausbildung könnte der Leistungsausschluss des Berufsausbildungsförderungsrechts nach § 2 V 1 BAföG anwendbar sein. Hiernach wird Ausbildungsförderung nur geleistet, wenn der Ausbildungsabschnitt mindestens ein Schul- oder Studienhalbjahr dauert und die Ausbildung die Arbeitskraft des Auszubildenden im Allgemeinen voll in Anspruch nimmt.<sup>298</sup> Die Abschlussphase der Prüfung des D überschritt hier ein Hochschulsemester, das üblicherweise jeweils Ende August endet. Damit ist die Dauer eines Studienhalbjahres für diese Studienphase überschritten. Auch dürfte die Abschlussphase die Arbeitskraft des D voll in Anspruch genommen haben, so er seine Prüfungsvorbereitungen mit entsprechendem Aufwand gestaltet hat. § 7 V SGB II ist danach auf den ersten Zeitraum bis zum 8.9.2015 anwendbar. Dieser Leistungsausschluss konkretisiert den Nachrang der Grundsicherung für Arbeitsuchende gegenüber vorgelagerten Sozialleistungssystemen zur Sicherung des Lebensunterhaltes (§ 3 III SGB II) und geht von der Annahme aus, dass bereits die Ausbildungsförderung auch die Kosten des Lebensunterhaltes umfasst. Es soll vor allem ausgeschlossen werden, dass die nachrangige Grundsicherung keine versteckte Ausbildungsförderung auf einer zweiten Ebene, auch nicht in Form von aufstockenden Leistungen, ermöglichen soll.<sup>299</sup>

<sup>297</sup>Brandmeyer in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 01.03.2013, § 7 SGB II Rz. 38.

<sup>298</sup>Brandmeyer in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching, (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 01.03.2013, § 7 SGB II Rz. 38.

<sup>299</sup>LSG Niedersachsen-Bremen vom 28.02.2012 - L 7 AS 783/11.

D hat für diesen Zeitraum also keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld II. Für ihn kommen nur Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach § 27 I 1 SGB II in Betracht. Es steht demnach im Ermessen des Grundsicherungsträgers, § 27 IV SGB II, D Darlehen für Regelbedarfe, Bedarfe für Unterkunft und Heizung zu gewähren, sofern der Leistungsausschluss eine besondere Härte für ihn bedeutet. Für die Abschlussphase eines fast beendeten Studiums wurde dies regelmäßig angenommen, sodass die Entscheidung für ein Darlehen hier ermessensfehlerfrei war. D hat für die Zeit vom 1.9. - 8.9.2015 keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld II.

Für den Zeitraum ab 8.9. - 30.9.2012 stünde dem D ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II zu, wenn die förderungsfähige Ausbildung zu diesem Zeitpunkt beendet war.

Gegen eine Beendigung der Ausbildung könnten die Verwaltungsvorschriften zu § 15 II BAföG sprechen. Nach Nr. 15.2.2 dieser Verwaltungsvorschriften wird Ausbildungsförderung in voller Höhe für den Monat geleistet, in dem der jeweilige Ausbildungsabschnitt endet. Insofern könnte eine gleichzeitige Zahlung von Arbeitslosengeld II zu einer Doppelzahlung führen, die § 7 V SGB II gerade zu vermeiden sucht. Indes müsste sich der Leistungsberechtigte die Ausbildungsförderung für den letzten Ausbildungsmonat als Einkommen anrechnen lassen. Doppelzahlungen sind insofern dem Nachrang nicht abträglich. Nach § 15b III BAföG endet die abstrakt förderungsfähige Ausbildung mit dem Bestehen der Abschlussprüfung des Ausbildungsabschnitts. Für den Abschluss einer Hochschulausbildung ist stets der Zeitpunkt des letzten Prüfungsteils maßgebend. Der letzte Prüfungsteil war am 8.9.2015, woraufhin D auch exmatrikuliert wurde. Behördeninterne Verwaltungsvorschriften müssen mit dieser gesetzlichen Regelung übereinstimmen. Auch ist es verfassungsrechtlich bedenklich, gesetzlich eingeräumte Ansprüche auf existenzsichernde Leistungen aufgrund niederrangiger Verwaltungsvorschriften auszuschließen. Die Verwaltungsvorschrift enthält danach lediglich eine Regelung der Zahlungsart und Zahlungsweise.<sup>300</sup> Die Ausbildung des D endete demnach am 8.9.2015, sodass der Leistungsausschluss nach § 7 V SGB II keine Anwendung mehr findet.<sup>301</sup> Ab 9.9.2015 hat er einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II in der oben bezeichneten Höhe.

---

<sup>300</sup> LSG Niedersachsen-Bremen: Urteil vom 28.02.2012 - L 7 AS 783/11.

<sup>301</sup> Dazu Leopold in: Schlegel/ Voelzke, jurisk-PK SGB II, § 7 Rn 295.



## **Fall 10: Natasha's Auszug (Sozialhilfe, Rehabilitationsrecht, Grundsicherung für Arbeitsuchende)**

Die 25 jährige Natasha besitzt die geistigen Fähigkeiten einer 11 Jährigen. Sie hat eine fast 6 Jahre alte Tochter, Lena. Bisher gelang ihr die Versorgung des Kindes zufriedenstellend. Einer geregelten Arbeit ging Natasha bisher nicht nach. Der Arbeitsbereich der WfbM ist ihr inzwischen zu langweilig. Die Familie wohnt in einem Wohnheim. Dort erhält Natasha regelmäßige Unterstützung im Lebensalltag und im Rahmen der Betreuung und Erziehung der Tochter. Natasha erhält für ihre Tochter 184 € Kindergeld.

Lena ist altersentsprechend entwickelt. Im Bereich sprachlicher Leistungen ist sie sogar ein bisschen besser als gleichaltrige Kinder. Ihre Einschulung ist nun beschlossen. Natasha möchte, dass Lena auf eine gute Schule kommt. Sie hat sich bereits eine Schule ausgesucht, die ihren Vorstellungen entspricht. Dort ist auch ein Platz für Lena frei. Damit Lena einen kürzeren Schulweg hat und bei ihrer Mutter bleiben kann, möchte Natasha mit ihr in die Nähe der Schule umziehen. Natasha hat in der Nähe der Schule und damit auch in der Nähe des Wohnortes die Möglichkeit halbtags als Aushilfe in einer Coffeeshop Kette zu arbeiten. Dort gefällt es ihr und man ist mit ihrer Arbeit ganz zufrieden. Mit Auszug aus dem Wohnheim fiele die Unterstützung bei der Betreuung der Lena weg. Die beiden lebten in diesem Fall allein in einer Wohnung. Die Begleitung der Natasha in allgemeinen täglichen Angelegenheiten fiele ebenfalls weg.

Natasha ist sich nicht sicher, ob sie den alltäglichen Anforderungen an die Betreuung der Lena und ihrer täglichen Versorgung alleine gewachsen ist. Auch die Wohnheimleitung ist der Auffassung, dass Lena Hilfe benötigt. Der im Wohnheim angebotenen Betreuungsintensität bedürfe es aber keinesfalls, dieser sei Natasha längst entwachsen.

Welche Leistungen kann Natasha in Anspruch nehmen, um

1. den Umzug in die neue Wohnung zu finanzieren ?
2. Hilfe bei der Versorgung und Betreuung ihrer Tochter zu erhalten ?

### **Abwandlung:**

Natasha ist ausgezogen. Sie wohnt in einer eigenen Wohnung und arbeitet im Coffeeshop um die Ecke. Dort läuft nicht alles wie geplant. Aufgrund ihrer eingeschränkten geistigen Fähigkeiten ist Natasha nicht in der Lage kontinuierlich zu arbeiten. Oft ist sie abgelenkt und vergisst, was sie gerade machen soll. Wird sie daran erinnert, geht sie ihren Aufgaben engagiert und eifrig nach. Ihr Arbeitgeber überlegt, ob es nicht sinnvoll wäre, eine Person einzustellen, die Natasha zur Hand

geht und ihr immer mal wieder den nötigen „Schubs“ gibt. In den Spitzenbesuchszeiten, haben er und die anderen Mitarbeiter selbst nicht die Zeit nach Natasha zu sehen. Und gerade in den Spitzenbesuchszeiten wird jede Hand gebraucht !

Welche Möglichkeiten sehen Sie, eine Hilfsperson für Natasha während ihrer Arbeitszeit insbesondere in den Spitzenzeiten zu finanzieren ?

#### Lösungsvorschlag

1. Welche Leistungen kann Natasha in Anspruch nehmen um den Umzug in die neue Wohnung zu finanzieren ?

Primär ist an behindertenspezifische Leistungen für N zu denken. Mangels Anzeichen für einen Versorgungsfall entfallen die Leistungen der Sozialen Versorgung. Dasselbe gilt für Rehabilitationsleistungen aus der Sozialversicherung. Da N in der WfbM gearbeitet hat, ist sie versicherungspflichtig gem. § 5 I Nr. 7 SGB V, § 20 I Nr. 7 SGB XI, § 1 Abs. 1 Nr. 2a SGB VI. Zwar sieht der Rentenversicherungsträger Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben vor, allerdings gehört die Beschaffung einer Unterkunft zu den Leistungen der Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft, § 55 II Nr. 5 SGB IX. Diese sind vom Leistungsspektrum des Rentenversicherungsträgers aber ausgeschlossen, § 6 I Nr. 4 SGB IX und § 9 I SGB VI.

a) N könnte einen Anspruch auf Eingliederungshilfe als Hilfe bei der Beschaffung, Umbau, Ausstattung und Erhaltung der Wohnung, die den besonderen Bedürfnissen des behinderten Menschen entspricht nach § 17 I, § 19 III, § 53 I 1, 54 SGB XII i.V.m. § 55 II Nr. 5 SGB IX haben. Voraussetzung ist, dass sie als wesentlich behindert anzusehen ist. Die wesentliche Behinderung wird im Rahmen der Eingliederungshilfeverordnung konkretisiert. § 2 EinglHVO bietet eine Definition der wesentlichen geistigen Behinderung an. Danach muss eine Person in folge einer Schwäche ihrer geistigen Kräfte in erheblichem Umfang in der gesellschaftlichen Teilhabe eingeschränkt sein. N hat Probleme den Anforderungen an eine sachgerechte Kinderbetreuung, einer selbständigen Alltagsbewältigung und den Anforderungen des ersten Arbeitsmarktes zu genügen. Ihre Fähigkeiten entsprechen bei einem Entwicklungsstand einer 11 Jährigen nicht den üblichen an Erwachsene zu stellende geistige Anforderungen. Sie ist auf Unterstützung zur Bewältigung üblicher Alltagsanforderungen angewiesen. Ihre Teilhabefähigkeit ist entsprechend wesentlich eingeschränkt.

Damit ist für sie der Anwendungsbereich der Eingliederungshilfe grundsätzlich eröffnet. Leistungen der Wohnungsbeschaffung nach § 55 II Nr. 5 SGB IX sollen die gesellschaftliche Teilhabe und

Unabhängigkeit behinderter Menschen ermöglichen. Das Ziel ist zwar einerseits die Normalisierung der Lebensverhältnisse behinderter Menschen im Sinne von Verselbständigung und Integration. Andererseits ist eine spezifisch an der Behinderung ausgerichtete Leistung Gegenstand der Wohnungsbeschaffungshilfe. D.h. die zu beschaffende Wohnung oder das Wohnumfeld ist notwendigerweise behinderungsspezifisch ausgerichtet. Spezielle Dienste oder spezielle Ausstattungsmerkmale der Wohnung zeugen von einem spezifischen Bezug einer Leistung für behinderte Menschen. N wird allerdings eine Wohnung beziehen, die sich in nichts von einer Wohnung nicht behinderter Menschen unterscheidet. Sie bezieht diese Wohnung auch nicht wegen ihrer Behinderung, sondern um eine Wohnung in der Nähe ihres künftigen Arbeitsplatzes und der Schule ihrer Tochter zu haben. Dies könnte ebenfalls noch eine behindertenspezifische Leistung sein, wenn die Nähe des Arbeitsplatzes etwas mit der Behinderung im Sinne von Mobilitäts- oder Orientierungseinschränkungen zu tun hätte. Dies ist hier allerdings nicht der Fall. Da es sich nicht um eine behindertenspezifische Leistung handelt, ist keine Hilfe im Sinne des § 55 II Nr. 5 SGB IX gegeben. Ein Anspruch nach § 17 I, § 19 III, § 53 I 1, 54 SGB XII i.V.m. § 55 II Nr. 5 SGB IX besteht nicht.

b) N könnte einen Anspruch auf Übernahme der Wohnungsbeschaffungs- und Umzugskosten nach § 17 I, § 19 II, § 35 II 5, 6, 41 I, III, 42 Nr. 4 SGB XII als Leistung der Grundsicherung bei Erwerbsminderung haben. N müsste in diesem Fall voll erwerbsgemindert sein. Zur Klarstellung des Begriffs der vollen Erwerbsminderung verweist § 41 III SGB XII auf § 43 II SGB VI. Die zeitliche Einschränkung der Arbeitsmöglichkeit beträgt 3 Stunden pro Tag. N wird ihre neue Tätigkeit halbtags ausüben und damit oberhalb dieser Zeitgrenze tätig sein. Der Fachausschuss der WfbM wird entsprechend nicht die Feststellung treffen, dass N voll erwerbsgemindert ist, § 45 I 2 Nr. 3 SGB XII. N hat kein Anspruch auf Übernahme der Wohnungsbeschaffungskosten nach § 17 I, § 19 II, § 35 II 5, 6, 41 I, III, 42 Nr. 4 SGB XII als Leistung der Grundsicherung bei Erwerbsminderung.

c) N könnte einen Anspruch auf Übernahme der Wohnungsbeschaffungs- und Umzugskosten nach § 17 I, § 19 I, § 29 I 7, 8 SGB XII als Leistung der Hilfe zum Lebensunterhalt haben. Voraussetzung wäre allerdings, dass keine anderen vorrangigen Sozialleistungen, § 2 II SGB XII, in Betracht kommen.

Nach §§ 19 I 1, 3, 22 VI SGB II könnte ein Anspruch auf Übernahme der Kosten für Beschaffung der Wohnung und Umzug bestehen. Sie müsste erwerbsfähige Leistungsberechtigte, § 7 I SGB II, sein. N's Alter liegt gem. § 7 I Nr. 1 SGB II zwischen 15 und der Altersgrenze für die Rente. Sie ist gemäß vorangegangener Prüfung erwerbsfähig, § 8 I SGB II. Ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat sie in der BRD, § 7 I Nr. 4 SGB II, § 30 III 2 SGB I. N müsste außerdem hilfebedürftig, § 9 I SGB II,

sein. Zu den Eigenmitteln der N, auch zu ihrem künftigen Verdienst liegen keine Informationen vor. Für eine Arbeit in der WfbM wird nach gesetzlichen Regelungen ein Entgelt gezahlt, § 138 II SGB IX. Die Höhe setzt sich aus einem Grundbetrag in Höhe des Ausbildungsgeldes und einem leistungsabhängigen Steigerungsbetrag zusammen. Das Ausbildungsgeld nach § 107 SGB III bei Maßnahmen in Werkstätten für behinderte Menschen ist nach Auffassung des BSG nicht zweckbestimmt im Sinn der dem § 11 a III SGB II entsprechenden Regelung des SGB XII, aber im Ergebnis anrechnungsfrei wegen Abzugs von Freibeträgen.<sup>302</sup> Nach dieser Ansicht werden die Leistungen „zur Förderung der Teilhabe am Arbeitsleben“ erbracht. Darin liege aber keine Zweckbestimmung i.S. § 83 SGB XII § 83 I SGB XII. Es handle sich nur um ein allgemeines, abstrakt-generelles Ziel einer Gesamtheit verschiedenster Geld- und Dienstleistungen. Eine Zweckbestimmung i.S. des § 83 SGB XII müsse einen konkret-individuellen Bezug zu der jeweiligen Einzelleistung herstellen.

Zum Teil wurde auch die Auffassung vertreten, beim Ausbildungsgeld in der WfbM handle es sich um eine zweckbestimmte Leistung.<sup>303</sup> Sie diene der Anerkennung der Tätigkeit der behinderten Menschen und solle ihn zu Beschäftigung motivieren. Dieser ideelle Zweck verhinderte die Anrechnung als Einkommen im Rahmen der existenzsichernden Leistungen.<sup>304</sup>

Die Frage der Zweckbestimmung des Ausbildungsgeldes kann an dieser Stelle offen bleiben, denn mit dem Wegzug der N aus dem Wohnheim und der Aufnahme der neuen Arbeit entfällt dieses Entgelt und wird durch Arbeitseinkommen ersetzt. Soweit im Zeitpunkt des Umzugs und der Wohnungsbeschaffung dieses Einkommen noch nicht erzielt wird, wofür es keine Anhaltspunkte gibt, liegen keine bereiten anrechenbaren Mittel vor, vgl. § 11 II SGB XII.<sup>305</sup>

N erhält für ihre Tochter 184 € Kindergeld. Nach § 11 I 4 SGB II ist dieses als Einkommen des Kindes anzusehen, soweit es diesem zur Deckung der Bedarfe seines Lebensunterhaltes dient.

N ist danach hilfebedürftig nach § 9 I SGB II.

Sie hat einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II und die darin erfassten Bedarfe. Dazu gehören nach § 22 VI SGB II auch die Wohnungsbeschaffungs- und Umzugskosten. Diese Bedarfe können übernommen werden. D.h. dem Grundsicherungsträger steht ein entsprechendes Ermessen zu. Voraussetzung ist eine vorherige Zusicherung durch den bis zum Umzug zuständigen kommunalen Träger, § 22 VI 1 1. HS SGB II. Dieses Ermessen wird im Fall eines notwendigen

---

<sup>302</sup>BSG vom 23.3.2010 – B 8 SO 17/09 R.

<sup>303</sup>Siebel-Huffmann in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching, (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 01.03.2013, § 83 Rz. 5.

<sup>304</sup>LSG Berlin-Brandenburg vom 21.02.2008 - L 23 SO 117/07.

<sup>305</sup>Fahlbusch in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 01.03.2013, § 11 Rz. 5.

Umzuges durch eine Soll-Regelung ersetzt, wonach die Zusicherung nur in Ausnahmefällen versagt werden kann. Der Grundsicherungsträger hätte die Zusicherung zu erteilen, wenn N's Umzug unter anderem "aus anderen Gründen" notwendig ist. Die Arbeitsaufnahme der N und der Schulbesuch ihres Kindes bieten mögliche Gründe. Dem Ziel der Leistungen des SGB II entsprechend, Menschen in den ersten Arbeitsmarkt zu integrieren und so zu einer finanziellen Selbständigkeit zu führen, ist ein Umzug der N notwendig. Auch die gleichzeitige Sicherstellung der schulischen Betreuung des Kindes, die hier auch Voraussetzung für eine Erwerbstätigkeit der N ist, spricht für eine Notwendigkeit des Umzugs. Die Wohnungsbeschaffung dürfte im übrigen ohne die Zusicherung in angemessener Zeit nicht möglich sein. Wenn auf dem in Betracht kommenden Marktsegment ohne die Zusicherung eine nicht ausreichende Anzahl von freien Wohnungen des entsprechenden Marktsegments zu finden ist, die dem Leistungsberechtigten noch eine gewisse Auswahl zu ermöglicht, wäre eine Wohnungsbeschaffung nicht möglich. Im vorliegenden Fall hat N die Wohnung bereits ohne Zusicherung gefunden. Eine Zusicherung ist deshalb nicht zu erteilen. Die Erteilung der Zusicherung steht im Ermessen des Grundsicherungsträgers.

Angesichts des Stellenwertes der Integration behinderter Menschen in den ersten Arbeitsmarkt, die mit dem Umzug der N in die Wohnung erreicht wird, wäre eine Versagung der Zusicherung ermessensfehlerhaft. N kann entsprechend die Zusicherung und die Übernahme der Wohnungsbeschaffungs- und Umzugskosten aufgrund von §§ 19 I 1, 3, 22 VI SGB II verlangen. Ein Anspruch auf inhaltlich identische Leistungen nach § 17 I, § 19 I, § 29 I 7, 8 SGB XII besteht hingegen nicht.

2. Welche Leistungen kann Natasha in Anspruch nehmen, um Hilfe bei der Versorgung und Betreuung ihrer Tochter zu erhalten ?

a) Ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung nach § 27 I SGB VIII steht zwar der N selbst zu, da sie personensorgeberechtigt nach § 7 I Nr. 5 SGB VIII i.V.m. § 1626a II SGB VIII ist. Allerdings stehen hier keine Probleme der N mit der Erziehung der L im Raum, sondern lediglich ihre Versorgung. Ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung ist derzeit nicht gegeben.

§ 35a I 1 SGB VIII gibt dem seelisch behinderten Kind, hier also L, eine Anspruch auf Eingliederungshilfe. L ist nicht behindert und auch nicht von einer Behinderung bedroht, § 35a I 2 SGB VIII.

N hat nach § 18 I SGB VIII einen Anspruch auf Beratung und Unterstützung bei Ausübung der Personensorge. Unterstützung ist eine über den verbalen Rat hinausreichende Hilfe („helfende

Beziehung“). Sie umfasst Information, Begleitung, Belehrung, Recherche, Berechnung, Mitwirkung bei der Korrespondenz.<sup>306</sup> Im Falle der N geht es um praktische Handreichungen zu konkreten Anlässen, die aufgrund mangelnder Fähigkeiten und Einsichten N nicht selbständig von der Hand gehen. Beratung und Unterstützung können dort im Einzelfall auch angezeigt sein. N benötigt eine weitergehende praktisch orientierte Hilfestellung.

Nach §§ 17 I, 19 III, § 53 I 1 SGB XII könnte N Anspruch auf Eingliederungshilfe in der Form der Elternassistenz als sog. unbenannte Leistung, § 55 II SGB IX haben. N ist wesentlich behindert im Sinne des § 53 I 1 SGB XII. Sie hat demnach einen Anspruch auf Eingliederungshilfe dem Grunde nach. Die Elternassistenz ist nicht im Katalog der Leistungen nach § 54 I 1 SGB XII oder § 55 II SGB IX aufgezählt. Indes sind diese Aufzählungen nicht abschließend. Beide Regelungen bieten nur Beispiele für zweckentsprechende Leistungen an. Entsprechend sind die Leistungen nach § 54 I 1 SGB XII bzw. § 55 II SGB XII vorrangig an ihrem Zweck zu messen. Gesellschaftliche Teilhabe zu realisieren bedeutet, behinderten Menschen die Möglichkeit einzuräumen, Aufgaben und Rollen zu übernehmen, die jedem Mitglied der Gesellschaft üblicherweise offen stehen. Dazu gehört auch die verfassungsrechtlich geschützte Elternrolle. Im Vordergrund des Rechts des Art. 6 II GG steht das Wohl des Kindes. Wenn auch ein Kind gemäß der Rechtsprechung des BVerfG kein Recht auf optimale Förderung aus diesem Recht herleiten kann, so genießt das Recht der Eltern, ihr Kind selbst zu erziehen, einen hohen Wert. Eine Fremdbetreuung muss entsprechend keinesfalls in Betracht gezogen werden, nur weil Elternteile mit verschiedenen Aufgaben nicht ohne weiteres klar kommen. Hier steht nicht in Frage, dass L's Versorgung oder Förderung durch die Übernahme der Aufgaben durch N gefährdet ist. Im Gegenteil zeigt die altersentsprechende und herausragende sprachliche Entwicklung, dass die Versorgung durch die Mutter mit Hilfe Dritter einen positiven Entwicklungsimpuls für das Kind gesetzt hat. Es ist daneben auch keinesfalls auszuschließen, dass die N als geistig behinderter Elternteil von ihren Aufgaben gegenüber L profitiert hat und profitieren wird. Diese positiven Entwicklungslinien gilt es zu unterstützen und fort zu führen. N ist gerade auch in ihrer Zeit als Mutter über die Anforderungen der WfbM hinausgewachsen.

Die Elternassistenz wurde bisher nur in einem Fall einer körperbehinderten Mutter thematisiert.<sup>307</sup> Soweit die Eignung der Hilfe bestätigt wurde, besteht ein Anspruch der N auf eine Elternassistenz.

3. Welche Möglichkeiten sehen Sie, eine Hilfsperson für Natasha während ihrer Arbeitszeit zu finanzieren ?

---

<sup>306</sup>Kunkel in: Kunkel, Sozialgesetzbuch VIII, 4. Auflage 2011, § 18 Rz. 4 .

<sup>307</sup>Wahrendorf in: Grube/ Wahrendorf, SGB XII Sozialhilfe, 4. Auflage, 2012, § 54 SGB XII Rz. 25; SG Detmold vom 07.12.2010 - S 2 SO 104/10; LSG Nordrhein-Westfalen vom 23.02.2012 - L 9 SO 26/11.

N könnte einen Anspruch nach §§ 17 I, 19 III, 53 I 1 SGB XII i.V.m. § 33 VI Nr. 8, § 110 II Nr.4 SGB IX auf Eingliederungshilfe in der Form einer Begleitung am Arbeitsplatz haben. Die Begleitung am Arbeitsplatz ist eine Abklärungsleistung, die dem behinderten Menschen helfen soll, einen adäquaten Platz zu finden und auszufüllen.<sup>308</sup> Sie findet berufsbegleitend auch in der Form einer Nachbetreuung und Krisenintervention statt und umfasst die Prüfung beruflicher Perspektiven. Es handelt sich um Orientierungshilfen über die Arbeit, nicht bei der Arbeit. Es scheint kein Zweifel daran zu bestehen, dass der Arbeitsplatz im Coffeeshop für N im Grunde der richtig gewählt ist. Insofern bedarf es keiner Abklärung. N benötigt Unterstützung in besonderen Situationen während der Arbeit zur Erfüllung ihrer Pflichten als Arbeitnehmerin. Eine Begleitung am Arbeitsplatz ist nicht geeignet diese Funktion zu erfüllen. Ein Anspruch besteht demnach nicht.

Ein Anspruch auf Übernahme der Kosten für eine Berufsbegleitung, § 102 III a SGB IX i.V.m. § 38 a III SGB IX käme in Betracht, wenn N schwerbehindert wäre. Nach § 2 II SGB IX ist schwerbehindert, wenn die Einschränkungen einen Grad der Behinderung von wenigstens 50 erreichen. Die Schwerbehinderung muss in einem Verfahren nach § 69 SGB IX ausdrücklich festgestellt sein. Ob dieses Verfahren bei N durchgeführt wurde, ist hier nicht bekannt. Denkbar wäre aufgrund ihrer geistigen Einschränkungen ein GdB zwischen 50 und 80. Der GdB wird anhand der Anlage zu § 2 „Versorgungsmedizinische Grundsätze“ der Versorgungsmedizin-Verordnung ermittelt. § 69 I 5 SGB IX ordnet die entsprechende Anwendbarkeit der VersMedV im Schwerbehindertenrecht an. Die GdS/ GdB Tabelle des Teil B sieht unter Nr. 3 Hinweise zu Nervensystem und Psyche vor. Nr. 3.4.2. sieht für Einschränkungen der Intelligenz entsprechend einem Intelligenzalter von etwa 10 – 12 Jahren bei Erwachsenen einen GdB zwischen 30 und 70, je nach beruflicher und sozialer Anpassungsfähigkeit vor. Da eine Schwerbehinderteneigenschaft jedoch festgestellt sein muss, um rechtlich als solche bewertet zu werden, kommt ohne diese Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft eine Übernahme der Kosten für eine Berufsbegleitung nicht in Frage.

Allerdings könnte ein entsprechender Anspruch aus §§ 17 I, 19 III, 53 I 1 SGB XII i.V.m. § 38a SGB IX als Eingliederungshilfe für wesentlich behinderte Menschen in Betracht kommen. N ist, wie zuvor dargelegt als wesentlich behindert einzustufen. Die Berufsbegleitung ist allerdings auch hier eine Unterstützung zur Stabilisierung und Krisenintervention beim Übergang aus der WfbM.<sup>309</sup> Sie soll dem Leistungsberechtigten einen Rahmen für seine Tätigkeit bieten, ihn jedoch nicht während der Tätigkeit unterstützen, wie es hier der Fall ist und nötig wäre. Ein Anspruch auf Begleitung nach § 17 I, § 19 III, § 53 I 1 SGB XII i.V.m. § 38a SGB IX besteht nicht.

---

<sup>308</sup>Deusch in: Dau/ Düwell/ Jousen, Sozialgesetzbuch IX, 3. Auflage, 2010, § 110 SGB IX Rz. 10.

<sup>309</sup>Deusch in: Dau/Düwell/Jousen, Sozialgesetzbuch IX, § 38a SGB IX Rz. 14.

Nach § 102 IV SGB IX bestünde ein Anspruch auf Arbeitsassistenz, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft festgestellt wäre. Dies ist hier nicht der Fall.

Arbeitsassistenz kann auch als Leistung der Eingliederungshilfe nach §§ 17 I, 19 III, 53 I 1, 54 SGB XII i.V.m. § 33 VIII 1 Nr. 3 SGB IX in Betracht kommen. N ist, wie zuvor dargelegt als wesentlich behindert einzustufen. Arbeitsassistenz ist eine über gelegentliche Handreichungen hinausgehende, regelmäßig wiederkehrende Unterstützung von Schwerbehinderten bei der Arbeitsausführung in Form einer persönlichen Arbeitsplatzassistenz.<sup>310</sup> Der Kernbereich der Arbeitsleistung muss vom behinderten Menschen jedoch selbständig erledigt werden. Die arbeitsvertragliche Kerntätigkeit leistet der Schwerbehinderte selbst.<sup>311</sup> Das charakteristische Beispiel ist die Vorlesekraft für blinde Experten.<sup>312</sup> In der vorliegenden Konstellation ist es bereits problematisch, dass die Arbeitsassistenz vom Assistenznutzer jeweils selbständig abgerufen werden muss. Hier benötigt umgekehrt N einen Impuls von der Assistenz, um ihren Arbeitspflichten sachgerecht nachzukommen. Dies entspricht einer Anleitung der N und damit nicht dem klassischen Bild der Arbeitsassistenz als unselbständiger nachgeordneter Hilfstätigkeit. N benötigt wegen ihrer kognitiven Einschränkung dauerhafte pädagogisch ausgerichtete Unterstützung. Eine Arbeitsassistenz klassischer Prägung ist nicht geeignet. Ein Anspruch nach §§ 17 I, 19 III, 53 I 1, 54 SGB XII i.V.m. § 33 III, VIII 1 Nr. 3 SGB IX kommt nicht in Betracht. Die Aufzählung der Hilfen zur Teilhabe am Arbeitshilfen ist jedoch nicht abschließend geregelt. Möglich wäre es deshalb, die pädagogische Hilfe als unbenannte Leistung nach § 33 VI SGB IX Einleitungssatz einzuordnen. Insofern ist ein Anspruch nach § 17 I, 19 III, 53 I 1, 54 SGB XII i.V.m. § 33 VI SGB IX anzunehmen.

---

<sup>310</sup>Kador in: Mutschler/Schmidt-de Caluwe/ Coseriu, SGB III – Arbeitsförderung, 5. Auflage, 2013, Nachbemerkung zu §§ 117 – 129 , Regelungen des § 133 VIII SGB IX Rz. 55.

<sup>311</sup>VG Halle vom 28.08.2008 - 4 A 49/07.

<sup>312</sup>VG Stade vom 25. 6. 2003 - 4A 1687/01; VG Halle vom 28.08.2008 - 4 A 49/07.



## **Fall 11: Michael Johannsson's Heimaufenthalt (Sozialhilfe)**

Der heute 60 jährige Michael Johannsson hatte vor 10 Jahren einen Verkehrsunfall mit seinem Fahrrad. Er wird mehrere Wochen im Krankenhaus behandelt, bleibt aber auf fremde Hilfe bei den täglichen Verrichtungen nach § 14 SGB XI angewiesen. Er ist aber sehr zufrieden, dass er in seine Wohnung, die er alleine bewohnt zurückkehren kann. Er zahlt 500 € Warmmiete für diese Wohnung, die vom Sozialhilfeträger auch als durchschnittlich angemessene Unterkunft- und Heizkosten zu übernehmen wären.

Als er einen leichten Schlaganfall erleidet, geht es mit seiner Gesundheit steil bergauf. Leider stürzt er unglücklich als er erstmalig versucht, sich ohne fremde Hilfe zu duschen. Er ist nun auch nach intensiver Rehabilitation halbseitig gelähmt. Die Begutachtung durch den MDK im Auftrag der Pflegekasse ergibt die Einstufung des Michael in Pflegestufe II.

Tapfer beisst sein Enkel Markus die Zähne zusammen und versucht, ihn nach besten Kräften und Wissen fachgerecht zu Hause zu pflegen. Doch der MDK findet bei einer Routineuntersuchung zahlreiche Pflegemängel und schlägt vor, Michael in einem Heim unterzubringen. Eine Besserung seiner Beschwerden ist nach der Einschätzung des MDK auch mit Mangel freier Pflege nicht in Sicht. Eher droht ohne spezialisierte Pflege eine Verschlechterung.

Michael findet sich mit seinem Schicksal ab. Immerhin ist das Pflegeheim in der Nähe der Wohnung seines Enkels. Er zieht in die Einrichtung eines freien Trägers, die ihm vom MDK als besonders geeignet für sein Leiden empfohlen wurde. Die Aussichten, eine Verschlechterung durch Pflege in dieser Einrichtung abzuwenden, sind sehr gut. Ein Vertrag zwischen Sozialhilfeträger und Einrichtung besteht nicht. Die Einrichtung hat keinen Vertrag mit dem Sozialhilfeträger nach § 75 III SGB XII, ist aber zugelassene Pflegeeinrichtung der Pflegekasse. Der Abschluss der Verträge zwischen Pflegekasse und Einrichtung fand mit Einvernehmen des zuständige Sozialhilfeträgers statt.

Michaels Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung von 1000 € (bereinigt nach § 82 II SGB XII) reicht für den Pflegeplatz nicht: er kostet 2400 € (medizinische Behandlungspflege und pflegebedingten Aufwendungen sowie soziale Betreuung nach § 43 SGB XI zzgl. Kosten für Unterkunft und Verpflegung (700 €) ohne Investitionskosten). Die Soziale Pflegeversicherung übernimmt davon 1400 € (aufgerundeter Betrag für Pflegestufe II) für medizinische Behandlungspflege und pflegebedingte Aufwendungen sowie soziale Betreuung nach § 43 SGB XI. Einige Monate bezahlt Michael aus seinem Notgroschen und seiner Rente die übrigen Kosten.

Schließlich ist der Notgroschen bis auf 3000 € aufgebraucht und der Heimträger möchte, dass endlich „klare Verhältnisse“ geschaffen werden. Michael soll Sozialhilfe beantragen, damit das Vertragsverhältnis eine verlässliche Grundlage bekommt.

Hat Michael Anspruch auf Sozialhilfe ?

Lösungsvorschlag

Michael könnte einen Anspruch Hilfe zur Pflege in der Form stationärer Pflege nach §§ 17 I , 19 III, 61 I 1, 61 II 1 5. Alt. SGB XII haben. Voraussetzung ist das Vorliegen aller formellen und materiellen Voraussetzungen eines entsprechenden bewilligenden Verwaltungsaktes.

Sachlich zuständig ist der überörtliche Sozialhilfeträger nach § 97 III Nr. 2 SGB XII. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 98 II SGB XII.

Die Leistungspflicht des Sozialhilfeträgers richtet sich nach dem Kenntnisgrundsatz § 18 I SGB XII. Ein Antrag ist deshalb keine Voraussetzung für die Leistung von Hilfe zur Pflege. Er vermittelt dem Sozialhilfeträger aber die notwendige Kenntnis nach § 18 I SGB XII.

Zu den Voraussetzungen des § 61 I 1 SGB XII, gehört u.a. das Vorliegen einer körperlichen Krankheit. Die halbseitige Lähmung, die Michael erlitt, stellt einen solchen regelwidrigen körperlichen Zustand dar. ( Vgl. a. § 61 III Nr. 1 SGB XII). Zu seinem Unterstützungsbedarf hinsichtlich der gewöhnlichen und wiederkehrenden Verrichtungen des täglichen Lebens, vgl. a. die Aufzählung in § 61 V SGB XII, fehlen hier nähere Angaben. Nach § 62 SGB XII hat die Entscheidung der Pflegekasse über das Ausmaß der Pflegebedürftigkeit allerdings Bindungswirkung. Hier wurde die Pflegestufe II bereits durch den MDK festgestellt. Es gibt auch keine Anzeichen, dass bei den Entscheidungen nach SGB XII und SGB XI gem. § 62 SGB XII a.E. abweichende Tatsachen zugrunde zu legen waren.

Da keine Besserung der Gesundheitszustands des Michael in Sicht ist, besteht die Pflegebedürftigkeit, wie gesetzlich gefordert, voraussichtlich für mindestens 6 Monate, vgl. § 61 I 1 a.E. SGB XII.

Er ist in höherem als erheblichem Maße aufgrund der bindenden Feststellung des MDK auf Hilfe angewiesen.

Ein Anspruch auf Hilfe zur Pflege besteht dem Grund nach.

Leistungen nach § 61 I 1, 61 II 1 SGB XII werden auch stationär erbracht, wenn ambulante oder teilstationäre Hilfen nicht zumutbar sind oder nicht ausreichen, vgl. §§ 13 I 2 SGB XII. Nach Feststellung des MDK, die hier allerdings nicht gemäß § 62 SGB XII rechtlich bindend wirkt, auf die jedoch als Tatsachenfeststellung zurückzugreifen ist, reichte die ambulante Pflege nicht mehr aus. Insoweit greift der Vorrang der offenen Hilfe, wie er in § 13 I SGB XII allgemein festgestellt wird, nicht.

Vorliegend hat sich Michael ohne zuvor beim Sozialhilfeträger die Kosten zu beantragen allein in das Heim begeben. Fraglich ist, ob dies einer Übernahme der Heimkosten durch den Sozialhilfeträger entgegensteht, da der Sozialhilfeträger an und für sich sein Ermessen hinsichtlich Art und Maß der Leistungserbringung auszuüben berechtigt wäre, vgl. § 17 II SGB XII. Dieses Ermessen hat er nun nicht ausüben können. Michael hat jedoch auch das Recht von seinem Wunsch- und Wahlrecht Gebrauch zu machen, vgl. § 9 II SGB XII. Das bereits ausgeübte Wunsch- und Wahlrecht ist von dem Sozialhilfeträger zu berücksichtigen, denn diesem Wunsch soll der Sozialhilfeträger entsprechen, soweit er angemessen ist. Zur Angemessenheit gehört u.a., dass der Wunsch keine unverhältnismäßigen Mehrkosten verursacht und eine Vereinbarung nach dem 10. Kapitel besteht, § 9 II 2 a.E. SGB XII. Anzeichen für unverhältnismäßige Mehrkosten liegen nicht vor, auch wenn die Pflegeversicherung nur etwas mehr als die Hälfte der Kosten zahlt. Da die Pflegeversicherung bereits ihrer Konzeption nach nur einen Teil der Pflegekosten abdeckt, vgl. auch § 43 II 3 SGB XI, ist es nicht zu beanstanden, wenn die tatsächlichen Kosten der Pflege diejenigen übersteigen, die die Pflegeversicherung aufbringt. Unangemessene Mehrkosten können daraus nicht abgeleitet werden.

Jedoch sollen die Kosten nur übernommen werden sollen, wenn die Einrichtung einen Vertrag nach §§ 75 ff SGB XII mit dem Sozialhilfeträger hat. Nur nach den Besonderheiten des Einzelfalles kann die Hilfe nach § 75 IV SGB XII in einer Einrichtung erbracht werden, mit der kein Vertrag besteht. Die konkrete Einrichtung wurde dem Michael vom MDK als besonders geeignet für seine Einschränkungen empfohlen. Zudem liegt die Einrichtung in der Nähe der Wohnung seines Enkels, zu dem er ein intensive und vertrauensvolle persönliche Beziehung hat. Die Förderung familiären Zusammenhaltes im Rahmen der Sozialhilfe ist in § 16 SGB XII verankert, sodass hier viel dafür spricht, entsprechende Umstände des Einzelfalles anzunehmen, die eine Sozialhilfeleistung in einer vertraglich nicht gebundenen Einrichtung erlaubt.

Die Frage kann hier jedoch im Ergebnis offen bleiben, denn es handelt sich bei der von Michael gewählten Einrichtung um eine Vertragseinrichtung der Pflegekasse. Nach § 72 I 1 SGB XI dürfen Pflegekassen Pflegeleistungen nur durch Einrichtungen erbringen, die durch Versorgungsvertrag

zugelassen sind. § 75 V SGB XII sieht vor, dass bei zur Versorgung in der Pflegeversicherung zugelassenen Einrichtungen, die entsprechenden Vergütungsregelungen sich nach dem SGB XI richten. Ein Bedürfnis für eigene Vereinbarungen mit dem Sozialhilfeträger besteht insofern nicht, das in diesen Einrichtungen die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen ohnehin nach dem SGB XI gesteuert wird. Dies gilt ausweislich des § 75 V 1 am Ende SGB XI zumindest für Leistungen, die inhaltlich mit denen des SGB XI identisch sind. Dass die Vereinbarungen ohne das Einverständnis des Sozialhilfeträgers geschlossen wurden und somit § 75 V 1 SGB XII nicht anwendbar ist, ist nicht ersichtlich.

Die Kosten für die Pflege in dem von Michael ausgesuchten Heim sind daher grundsätzlich als Kosten der Hilfe zur Pflege zu übernehmen.

Die Höhe des Bedarfs an pflegerischen Leistungen richtet sich nach den Kosten für die Einrichtung. Für medizinische Behandlungspflege, pflegebedingte Aufwendungen und soziale Betreuung betragen die Kosten 2400 €. Dieser Bedarf ist allerdings durch die vorrangigen Sachleistungen der Pflegekasse in Höhe von 1400 € gedeckt, § 2 I SGB XII und § 13 V 1 SGB XI. Sein Bedarf besteht demnach nur noch in Höhe von 1000 €. Davon sind die nicht pflegebedingten Kosten für Unterkunft und Verpflegung (700 €) abzuziehen, die der Pflegebedürftige selbst tragen muss, vgl. a. § 82 I 4 SGB XI. Es verbleibt ein ungedeckter Pflegebedarf in Höhe von 300 €.

Michael verbleibt danach ein ungedeckter Bedarf in Höhe von 700 € für die sog. Hotelkosten in der stationären Pflegeeinrichtung. Er könnte deshalb einen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt in Einrichtungen haben, §§ 17 I, 19 I, 27b SGB XII. Dieser Anspruch ist gegenüber der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach § 17 I, 19 II, 41 f SGB XII gem. § 19 II 2 SGB XII nachrangig.

Nach § 41 I SGB XII müsste Michael entweder die Altersgrenze nach § 41 II SGB XII erreicht haben oder voll erwerbsgemindert sein. Da er erst 60 Jahre alt ist, hat er die Altersgrenze von regelmäßig ca. 65 Jahren noch nicht erreicht. Volle Erwerbsminderung ist in § 41 III SGB XII legaldefiniert. Bei einem halbseitig gelähmten, auf umfangreiche Pflege angewiesener Menschen kann nicht davon ausgegangen werden, dass er bis zu 3 Stunden täglich, § 43 II 2 SGB VI, auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt arbeiten kann. Aufgrund der bestehenden Hilflosigkeit des Michael, ist davon auszugehen, dass er erwerbsunfähig ist. Nach § 45 SGB XII muss die dauerhafte volle Erwerbsminderung auf Ersuchen des Sozialhilfeträgers durch die nach § 109a III SGB VI zuständigen Träger der Rentenversicherung untersucht werden. Die Entscheidung über das Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen der vollen dauerhaften Erwerbsminderung ist für den Sozialhilfeträger bindend, § 45 I 2 SGB XII.

Ein Anspruch auf Grundsicherung nach §§ 17 I, 19 III, 41 I SGB XII besteht dem Grund nach. Der Kenntnisgrundsatz, § 18 I SGB XII, gilt für diese Leistungen nicht. Ein Antrag auf Grundsicherung muss gem. § 41 I 1 a.E. SGB XII gestellt werden.

Die Höhe des Bedarfs ist nach § 42 SGB XII zu bestimmen.

Ihm steht zunächst der Regelsatz der Regelbedarfsstufen der Anlage zu § 28 SGB XII zu, § 42 I Nr. 1 SGB XII. Zu entscheiden ist, ob Regelbedarfsstufe 1 oder 3 anzusetzen sind. Abhängig ist dies von der Frage, ob ein Haushalt geführt wird. Die Begründung des Gesetzentwurfs zum Regelbedarfsermittlungsgesetz führt dazu aus, dass der Abschlag in Regelbedarfsstufe 3 besteht, weil diesen Personen keine haushaltsgebundenen Kosten entstehen. Diese Kosten würden durch die Personen abgedeckt werden, in deren Haushalt sie leben. Gleiches gelte für erwachsene Leistungsberechtigte, die in stationären Einrichtungen leben.<sup>313</sup> Demnach steht Michael die Regelbedarfsstufe 3 in Höhe von 330 € (aufgerundeter Betrag Regelbedarfsstufe 3) zu.

Ferner sind Mehrbedarfe nach § 42 I Nr. 2, 30 SGB XII zu berücksichtigen. In Betracht zu ziehen ist ein Mehrbedarf nach § 30 I Nr. 2 SGB XII. Zwar ist Michael voll erwerbsgemindert, allerdings ist offen, ob die Voraussetzungen für das Merkzeichen G vorliegen. Diese müssen durch einen bindenden Bescheid nachgewiesen sein. Es wäre ratsam ein entsprechendes Feststellungsverfahren nach § 69 SGB IX anzuregen, da anzunehmen ist, dass die Voraussetzungen erfüllt sind. Weitere Positionen des zweiten Abschnitts sind nach der Sachlage nicht zu berücksichtigen.

Bedarfe der Bildung und Teilhabe stehen nur jungen Leistungsberechtigten zu, da nur sie Schüler, Kinder oder Jugendliche sein können, § 42 Nr. 3, § 34 I 1 SGB XII.

Zu berücksichtigen sind die Aufwendungen für Unterkunft und Heizung, § 42 Nr. 4 SGB XII. Hier richtet sich der Bedarf nach der Sonderregelung des 2. Halbsatzes. Demnach sind bei Aufenthalt des Leistungsberechtigten Beträge in der Höhe der durchschnittlich angemessenen tatsächlichen Aufwendungen für Warmmiete eines Einpersonenhaushaltes im Bereich des zuständigen Trägers zugrunde zu legen. Nach den Schilderungen betreffend Michaels alter Wohnung wäre ein Betrag von 500 € zu übernehmen.

Daraus ergibt sich ein grundsicherungsrelevanter Bedarf in Höhe von 830 €.

---

<sup>313</sup>Lenze in: Bieritz-Harder/ Conradis/ Thie, Sozialgesetzbuch XII, 9. Auflage, 2012, § 8 RBEG Rz. 4.

Fraglich ist ob Michael einen Barbetrag nach § 27b II SGB XII zusätzlich, also ergänzend zur Grundsicherung nach §§ 41, 42 SGB XII erhält. Es gibt allerdings keinen systematischen Hinweis, dass die Barbetragsregelung im Rahmen des Grundsicherungsrechts tatsächlich anzuwenden ist. § 42 Nrn. 1 und 2 SGB XII verweisen gerade nicht auf Ausschluss oder Einbeziehung dieser Regelung in die Grundsicherung. Aus § 27b I 2 SGB XII geht hervor, dass der Barbetrag Teil des notwendigen Lebensunterhaltes ist, wie er in der Grundsicherung bereits abgedeckt ist. Allenfalls kann man aus § 27b II SGB XII schließen, dass der Grundsicherungsträger dem Leistungsberechtigten Bargeld belassen muss und nicht die gesamte Grundsicherung an den Einrichtungsträger auszahlen darf. D.h. § 27b II SGB XII regelte in diesem Fall eine Frage der Leistungserbringung nicht der Leistungshöhe.

Danach bleibt es bei einem grundsicherungsrelevanten Bedarf in Höhe von 830 € für Michael. Sein Sozialhilfebedarf setzt sich aus einem Bedarf an Grundsicherung in Höhe von 830 € und einem Bedarf an Hilfe zur Pflege in Höhe von 300 €.

Vorrangig sind die Kosten für den Lebensunterhalt und die Pflege aus eigenen Mitteln zu bestreiten, § 2 I SGB XII. Dazu gehört insbesondere der Einsatz eigenen Einkommens und Vermögens, §§ 19 II 1, III SGB XII.

Hinsichtlich des Einkommenseinsatzes ist bei der vollstationären Pflege zwischen den Pflegekosten i.S.d. § 43 II 1 SGB XI und den Kosten der Einrichtung, d.h. den Kosten für Unterkunft, Verpflegung und Investitionskosten zu unterscheiden. Für die Pflegekosten gilt § 85 SGB XII. Zunächst ist das beim Pflegebedürftigen vorhandene Einkommen vollständig für die nicht zur Pflege gehörenden Kosten der Einrichtung einzusetzen. Reicht das Einkommen zur Deckung dieser Kosten aus, wird das übersteigende Einkommen nach § 88 I 2 SGB XII „in angemessenem Umfang“ für die Kosten der Pflege eingesetzt.<sup>314</sup>

Gemäß § 82 I SGB XII ist die Rente als Einkommen zu berücksichtigen. Die Höhe der Rente beträgt 1000 €. Die 1000 € sind auch bereits nach § 82 II SGB XII bereinigt und damit anrechenbares Einkommen. § 82 III SGB XII fände nur Anwendung, wenn Michael noch einer Tätigkeit nachginge.

Dieses Einkommen hat Michael in voller Höhe für den grundsicherungsrelevanten Bedarf einzusetzen, der auch die Unterkunfts- und Verpflegungskosten in der stationären Pflegeeinrichtung erfasst.

---

<sup>314</sup>Krahmer/ Sommer in: Bieritz-Harder/ Conrads/ Thie, Sozialgesetzbuch XII, § 61 Rz. 18.

Zur Deckung der pflegebedingten Kosten verbleiben 170 € seines Einkommens. Hier gelten die Einkommensgrenzen für die Hilfen nach Kapitel 5 - 9, §§ 85 ff SGB XII. Als Einkommen ist danach die Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung von 170 € zu berücksichtigen. Dieses Einkommen bleibt nach § 85 I SGB XII prinzipiell anrechnungsfrei, wenn der Grundbetrag in Höhe des Zweifachen der Regelbedarfsstufe 1 nach der Anlage zu § 28 SGB XII nicht überschritten wird. Danach wären 800 € (basierend auf aufgerundetem Betrag der Regelbedarfsstufe 1) anrechnungsfrei. Das verbleibende Einkommen bleibt danach grundsätzlich anrechnungsfrei.

Allerdings kann im Ermessenswege nach § 88 I 2 SGB XII hier der Einsatz des Einkommens unter der Einkommensgrenze in angemessenem Umfang verlangt werden. Bei dauerhafter Pflegebedürftigkeit ist ein vollständiger Einsatz des Einkommens angemessen.

Der verbleibende Pflegebedarf beträgt danach 130 €.

Fraglich ist ferner, ob Michael die verbleibenden Kosten für die Pflege aus seinem Vermögen zu decken hat. Nach § 90 I SGB XII ist das gesamte verwertbare Vermögen einzusetzen. Der Notgroschen von 3000 € ist danach zu berücksichtigen, wenn nicht eine Verwertung nach § 90 II SGB XII ausgeschlossen ist. Frei bleibt nach § 90 II Nr. ein kleinerer Barbetrag nach der sog. Barbetragsverordnung (VO zur Durchführung des § 90 II Nr. 9 SGB XII). Nach § 1 I Nr. 1 b DVO zu § 90 SGB XII bleiben 2600 € anrechnungsfrei. Die verbleibenden 400 € sind zur Begleichung der restlichen Pflegekosten von 130 € einzusetzen.

Das bedeutet, dass Michael derzeit noch keine Leistungen der Sozialhilfe zu stehen. Ein Anspruch auf Hilfe zur Pflege und Grundsicherung bei Erwerbsminderung besteht derzeit nicht.

Zusammenfassend gilt:

1. Michael sollte in einem Verfahren nach § 69 SGB IX feststellen lassen, ob er die Voraussetzungen des Merkzeichens G erfüllt. Ihm stünde in diesem Fall ein Mehrbedarf nach § 30 I Nr. 2 SGB XII zu. Dies würde seinen Grundsicherungsbedarf um 17 % von 330 €, also ca. 56,10 € erhöhen.
2. Ihm muss in jedem Fall auch bei vollständigem Einkommenseinsatz ein Barbetrag zur persönlichen Verfügung verbleiben.<sup>315</sup> Die Höhe beträgt nach § 27b II 2 SGB XII 103,14 €, d.h. 27 % der Regelbedarfsstufe 1 nach der Anlage zu § 28.

---

<sup>315</sup>Krahmer/ Sommer in: Bieritz-Harder/ Conradis/ Thie, Sozialgesetzbuch XII, § 61 Rz. 18.

3. Da das verbleibende Vermögen in wenigen Monaten erschöpft ist, müssen jedenfalls Leistungen der Grundsicherung und Sozialhilfe beantragt werden. Nur noch drei Mal kann Michael seinen Platz im Pflegeheim und seinen Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln vollständig bestreiten. Im darauffolgenden Zeitraum beträgt der Anspruch auf Hilfe zur Pflege 10 €, in den darauffolgenden Monaten jeweils 130 €. Ist Michael nicht in der Lage den Heimplatz zu zahlen, steht dem Heimträger nach § 15 I Nr. 4 WBVG das Recht zu, den Vertrag mit Michael zu kündigen.

*Übersicht über die Rechnungen und Daten zur Berechnung:*

Vorgegebene Größen:

angemessene durchschnittliche Wohnungsmiete warm 500 €

Rente des M: 1000 €

Notgroschen des M: 3000 €

Kosten des Pflegeplatzes: 2400 € davon 700 € Unterkunft und Verpflegung

Sachleistungen des Sozialen Pflegeversicherung: 1400 €

Berechnung der Hilfe zur Pflege Höhe des Pflegebedarfs:

2400 € (Pflegeplatz) - 700 € (Unterkunft und Verpflegung) = 1700 € Pflegebedarf

1700 € (Pflegebedarf) – 1400 € (Sachleistung der Sozialen Pflegeversicherung) = 300 €

Berechnung des Bedarfes Grundsicherung für erwerbsgeminderte Menschen:

330 € (Regelbedarfsstufe 3) + 500 € (Kosten der Unterkunft und Heizung) = 830 € (Bedarf)

Evtl. zzgl. Mehrbedarf nach § 30 I SGB XII bei Feststellung Merkzeichen G:

330€ (Regelbedarfsstufe 3) \* 17 % = 56,10 €

Anrechnung von Einkommen:

1. auf die Grundsicherung:

1000 € (Rente) – 830 € (Bedarf an Grundsicherung) = 170 € (verbleibendes Renteneinkommen)

2. auf die Hilfe zur Pflege:

300 € (Bedarf Hilfe zur Pflege) – 170 € (verbleibendes Renteneinkommen) = 130 € (ungedeckter Pflegebedarf)

Anrechnung von Vermögen:



3000 € (Notgroschen) – 2600 € (kleiner Barbetrag) = 400 € (aus Notgroschen anrechenbares Vermögen)

Nach Verteilung auf den Bedarfszeitraum:

1 – 3. Monat: 400 € (aus Notgroschen anrechenbares Vermögen) - 390 € (ungedeckter Pflegebedarf) = 10 € (verbleibendes Vermögen nach 3 Monaten)

2. Monat: 10 € (verbleibendes Vermögen nach 1. Monat) – 130 € (ungedeckter Pflegebedarf) = - 120 € (übersteigender Pflegebedarf)

## Kapitel 4 Vom Gutachten zu Beratung und Schriftsatz

### Fall 1: Altenbetreuung

nach: SG Dortmund Urteil vom 23.03.2012 - S 34 R 898/10:

#### 1. Fallbearbeitung

Beate arbeitete seit fast 2 Jahren als Betreuungskraft für Senioren bei der FairHaven GmbH. Sie ist von Beruf Altenpflegerin und Heimleiterin. Seit 9 Monaten ist sie beim örtlichen Kirchenkreis als Betreuerin für 16 Stunden in der Woche fest angestellt, bis sie diese Tätigkeit zugunsten der Betreuung ihre eigenen Eltern kündigt.

Zwischen Beate und der FH GmbH besteht ein Vertrag über eine freie Mitarbeit. Vom 01.03.20XX hat die FH GmbH Beate mit der Ausführung von Tätigkeiten als Betreuungskraft nach dem Konzept des betreuten Wohnens XFL beauftragt. Die Betreuung umfasst insbesondere die Teilbereiche Beratung, Information sowie Vermittlungs- und Organisationsaufgaben für die Bewohner der Anlage. Beate erbringt ihre Tätigkeit für die Bewohner in der Regel in den Wohnungen der Seniorenwohnanlage „Betreutes Wohnen XFL“. Die FH GmbH stellt ihr, soweit dies in Einzelfällen erforderlich wird, weitere entsprechende betriebliche Einrichtungen der Seniorenwohnanlage (z.B. einen Gemeinschaftsraum, ein Büro) entgeltlich zur Verfügung. Unentgeltlich stellt sie Beate die zur Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlichen Unterlagen, Informationen und Hilfsmittel zur Verfügung oder erstattet ihr nach vorheriger Vereinbarung Einzelfall abhängig Kosten und Aufwendungen. Beate muss dieser Tätigkeit laut Vertrag maximal 20 Stunden pro Woche nachgehen. Sie hat sich dabei an der bestehenden Nachfrage seitens der Bewohner zu orientieren. In diesem Rahmen kann sie ihre Arbeitszeit grundsätzlich frei bestimmen. Sie soll jedoch nach den Bedürfnissen der Bewohner feste Zeiten der Anwesenheit vor Ort bekannt geben, sowie Sprechzeiten anbieten. Bei längeren Urlauben hat Beate einen Vertreter einzusetzen, der dem Anforderungsprofil für Betreuungspersonen im betreuten Wohnen gemäß der einschlägigen DIN-Vorschrift entspricht. Beate erhält für ihre Tätigkeit ein Honorar von 40,00 EUR je Arbeitsstunde. Ihre Tätigkeit rechnet sie stundenweise ab.

Beates Tätigkeit dient der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen, die die FH GmbH den Bewohnern ihrer Anlage im Rahmen des Miet- und Betreuungsvertrages Seniorenwohnanlage „Betreutes Wohnen ...“ zusagt. Nach § 2 des Miet- und Betreuungsvertrages, der mit den Bewohnern abgeschlossen wird, übernimmt die FH GmbH die Verpflichtung, näher beschriebene

Betreuungsleistungen zu erbringen und Wahlleistungen zu vermitteln. Die FH GmbH verpflichtet sich, zu diesem Zweck eine Betreuungsperson einzustellen. Diese erbringe vertragsgemäß ausschließlich Leistungen für die Wohnanlage „Betreutes Wohnen XFL“. Die Betreuungstätigkeit werde von einer Fachkraft geleistet, die nach Absprache regelmäßig 10 Stunden in der Woche vor Ort anwesend sei und feste Büro- bzw. Sprechzeiten nach Bedarf anbiete. Die Beratung umfasse die Organisation des Umzuges bzw. Einzuges, allgemeine Behördenangelegenheiten und Krisensituationen. Die regelmäßige Informationstätigkeit umfasse u. a. Informationen über die Haustechnik und die Handhabung der Notrufgeräte, Informationen über Handhabung und Nutzung vorhandener (technischer) Einrichtungen und Informationen über Einkaufs- und sonstige wohnbegleitende Dienstleistungsmöglichkeiten einschließlich ambulanter Dienste, sowie Informationen zum Angebot zusätzlicher Dienstleistungen beim Hausnotrufdienst.

Im Rahmen sozialer und kultureller Aktivitäten würden Kontakte und Hilfen untereinander sowie Kontakte zu relevanten Gruppen, Vereinen und Institutionen angeregt, um gemeinschaftsfördernde Maßnahmen zu unterstützen.

Nach einer Überprüfung der Einrichtung muss die FH GmbH die Wohnanlage aufgrund katastrophaler baulicher und hygienischer Verhältnisse schließen. Beate steht nun auf der Straße. Nach rechtzeitiger arbeitslos Meldung erhält sie von der zuständigen Agentur für Arbeit den Bescheid, ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I bestehe unter anderem mangels Erfüllung der Anwartschaftszeit nicht.

1. Ist die Entscheidung der Agentur für Arbeit rechtmäßig ?

Fertigen Sie ein Gutachten.

2. Entwerfen Sie einen Widerspruch gegen die Entscheidung der Agentur für Arbeit.

## *2. Gliederung des Gutachtens*

Anspruchsgrundlage Arbeitslosengeld §§ 136 I Nr. 1, 137 SGB III

(zunächst nicht Teilarbeitslosengeld nach § 162 SGB III, da nach § 162 II Nr. 5 b SGB III evtl. erloschen )

A. Formelle Rechtmäßigkeit

Zuständigkeit: § 327 I 1 SGB III, § 30 III 1 SGB I

Antrag: § 323 I 1 SGB III, mit Meldung gestellt § 323 I 2 SGB III

## B. Materielle Rechtsmäßigkeit

### 1. Arbeitnehmer

Personen, die im Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung und während der Zeit der sich anschließenden Arbeitslosigkeit beabsichtigen, eine Beschäftigung aufzunehmen.

### 2. Versicherungsfall:

#### 2.1. Arbeitslosmeldung bei der AgfA § 137 I Nr. 2

persönliche Meldung § 141 I, die gleichzeitig als Alg Antrag gilt § 323 I 2 SGB III

#### 2.2. Beschäftigungslosigkeit § 138 I Nr. 1 SGB III

#### 2.3. Eigenbemühungen § 138 I Nr. 2 SGB III

#### 2.4. Verfügbarkeit § 138 I Nr. 3, V, § 139 SGB III

hier wohl keine Vollzeitätigkeit möglich, vgl. Kündigung des Vertrags mit dem kirchlichen Träger, aber 20 Stunden waren bei FH GmbH neben der Betreuung der eigenen Eltern möglich, sodass versicherungspflichtige mindestens 15 Stunden pro Woche umfassende Tätigkeit möglich ist. § 138 V Nr. 1 SGB III

#### 2.5. Erfüllung der Anwartschaftszeit § 137 I Nr. 3, § 142 (+)

a. Arbeitsverhältnis mit kirchlichem Träger (+) insbesondere in einem Arbeitsverhältnis § 7 I 2. HS SGB IV

b. freie Mitarbeit bei der FH GmbH ?

Bezeichnung: nicht bindend, maßgeblich: Modalitäten der tatsächlichen Durchführung des Rechtsverhältnisses.

nicht selbständige Tätigkeit:

Prüfung der Indizien und Voraussetzungen des § 7 I 1 SGB IV

aa. Weisungsrecht des Arbeitgebers bzgl. Zeit, Ort, Dauer, Inhalt und Gestaltung der Arbeit:

relativ frei wegen Rahmen zur Ausfüllung, inhaltliche Vorgaben, frei gestaltbar, bis zu 20 Stunden, vor Ort Dienste höherer Art → detaillierte Einzelweisungen sind hier nicht üblich (-)

bb. Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers

Anmieten von Räumen (-)

Unterlagen und Material (+)

cc. Indiz: persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers i.S.e. sozialen Schutzbedürftigkeit und wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers.

max. 20 Stunden mal 40 €, keine Kapitalinvestitionen, Rücklagen bilden, kein anderes Einkommen vorhanden, Abhängigkeit von diesem Einkommen (+)

kein garantierter Abnahmeumfang, Arbeit nach Nachfrage (-)

dd. Indiz: Fehlen der Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft, keine Möglichkeit, Hilfskräfte zu beschäftigen

Urlaubsvertretung muss selbst organisiert werden, B darf auch anderweitig tätig werden, keine Konkurrenzklause (-)

ee. Indiz: keine Beschaffung von Arbeitsmaterialien

Unterlagen und Material unentgeltlich zur Verfügung gestellt(+)

Räume nur gegen Entgelt (-)

ff. Indiz: kein unternehmerisches Risiko

Arbeit nach Nachfrage, Anmieten von Betriebsräumen bei der FH GmbH (-)

gg. Indiz: keine eigene Betriebsstätte

Anmieten von Betriebsräumen bei der FH GmbH, Arbeit in deren Wohnanlage(+)

hh. Indiz: nur ein Auftraggeber FH GmbH, nicht die Bewohner(+)

Wertende Gesamtbetrachtung:

Rolle des Vertrages zwischen Bewohnern und FH GmbH: lt. SG ausschlaggebend Erfüllung der Verpflichtung ggü. Dritten, insofern Gestaltungsmöglichkeit der B minimiert. Vertrag bindet auch B. Daher als Indiz für Beschäftigungsverhältnis bewertet (+)

Dagegen: Vertrag zwischen Bewohnern und FH GmbH bindet B rechtlich nicht. Verträge wirken nur zwischen den Parteien. B muss sich nicht an den Vertrag halten. In B's Vertrag kein Hinweis auf Verträge mit Bewohnern. (Schlechterfüllung seitens der FH GmbH: Problem der Bewohner, nicht der B) → kein Beschäftigungsverhältnis (-)

je nach Ergebnis der wertenden Gesamtbetrachtung → ca. 2 Jahre bei FH GmbH, Tätigkeit bei kirchlichem Träger reicht alleine nicht: nur 9 Monate innerhalb der 2 jährigen Rahmenfrist

2.6. § 136 II SGB III Altersgrenze für Regelaltersrente nicht erreicht

2.7. Rechtsfolge: Anspruch auf Arbeitslosengeld I dem Grund nach

3. Versicherungsleistung Arbeitslosengeld I

Verkürzung § 148 z.B. wegen einer Sperrzeit:

Aufgabe der Anstellung beim Kirchenkreis: § 148 I Nr. 4 SGB III 159 I Nr. 1 SGB III

Arbeitsaufgabe ohne wichtigen Grund: Pflege der Eltern als wichtiger Grund vgl. a. z.B. die sozialpolit. Zielsetzung des Pflegegeldes nach SGB XI, § 10 I Nr. 4 SGB II

→ i.ü. Wertungswidersprüche SGB XI, II vs. SGB III

### 3. Zu Frage 1. Gutachten:

Beate könnte gemäß §§ 136 I Nr. 1 i.V.m. 137 SGB III gegen die Agentur für Arbeit einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I haben. Ein Anspruch besteht, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen des bewilligenden Verwaltungsaktes vorliegen.

Die wichtigsten formellen Voraussetzungen wie Zuständigkeit und der Antragserfordernis sind erfüllt. Die Zuständigkeit richtet sich nach dem Wohnsitz der Beate, § 327 I 1 SGB III. Dabei ist der Wohnsitz in § 30 III 1 SGB I legaldefiniert.

Der Antrag auf Arbeitslosengeld I wurde gemäß § 323 I 1 SGB III durch die Arbeitslosmeldung gestellt, § 323 I 2 SGB III.

Die materiellen Voraussetzungen des bewilligenden Verwaltungsaktes müssten ebenfalls erfüllt sein. Dazu müssen die Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage auf Arbeitslosengeld I verwirklicht sein.

Beate müsste Arbeitnehmerin im Sinne des § 136 Abs.1 SGB III sein. Das sind alle Personen, die im Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung und während der Zeit der sich anschließenden Arbeitslosigkeit beabsichtigen, eine Beschäftigung aufzunehmen.<sup>316</sup>

Beate müsste arbeitslos sein.

Dies setzt voraus, dass sie sich arbeitslos gemeldet hat. Hinsichtlich der Arbeitslosmeldung kann auf die Ausführungen zum Antrag verwiesen werden.

Arbeitslosigkeit setzt ferner Beschäftigungslosigkeit, § 138 I Nr. 1 SGB III und Eigenbemühungen, § 138 I Nr. 2 SGB III voraus. Da im Sachverhalt nichts Gegenteiliges steht, ist davon auszugehen, dass die ersten beiden Voraussetzungen erfüllt sind.

Zweifel können hinsichtlich der Verfügbarkeit, § 138 I Nr. 3, V, § 139 SGB III, auftreten, da der B aufgrund der Betreuung ihrer Eltern keine Vollzeittätigkeit möglich ist. Sie hat bereits den Vertrag mit dem kirchlichen Träger gekündigt, da sie der zeitlichen Belastung nicht standhalten konnte. Es genügt ausweislich § 138 V Nr. 1 SGB III allerdings, dass eine versicherungspflichtige Tätigkeit von mindestens 15 Stunden pro Woche möglich ist. Da B 20 Stunden bei FH GmbH neben der Betreuung der eigenen Eltern gearbeitet hat, ist es ihr auch wieder möglich eine mindestens 15 Stunden umfassende Erwerbstätigkeit auf zu nehmen. An der Verfügbarkeit ist nicht zu zweifeln.

---

<sup>316</sup>Gagel/Hölzer SGB III § 136 Rn. 18-24, beck-online.

B ist arbeitslos.

B hat allerdings die Anwartschaftszeit nach § 137 I Nr. 3 SGB III nicht erfüllt. Um die Anwartschaftszeit zu erfüllen, müsste Beate in der Rahmenfrist von 2 Jahren, § 143 I SGB III, mindestens 12 Monate beschäftigt gewesen sein. Die Anwartschaftszeit wird erfüllt, indem Zeiten der Versicherungspflicht gesammelt werden, § 142 Abs. 1 SGB III. Versicherungspflichtig sind u.a. Beschäftigte, §§ 24, 25 Abs. 1 S. 1 SGB III. Unter Beschäftigung versteht man eine nicht selbstständige Arbeit, § 7 I SGB IV. Diese Legaldefinition gibt Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Beschäftigung. Dazu gehören die Tätigkeit nach Weisung und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Zusätzlich hat das Bundessozialgericht in Abstimmung mit dem Bundesarbeitsgericht weitere Indizien entwickelt.

Das bereits gekündigte Arbeitsverhältnis mit dem kirchlichem Träger war ein Arbeitsverhältnis. Ausweislich der Legaldefinition werden die Voraussetzungen für das Beschäftigungsverhältnis insbesondere durch ein Arbeitsverhältnis erfüllt, § 7 I 2. HS SGB IV. Die feste Anstellung bei dem kirchlichen Träger war ein Arbeitsvertrag gem. § 611 BGB i.V.m. mit dem Arbeitsverhältnis.

Die als solche bezeichnete freie Mitarbeit bei der FH GmbH könnte ebenfalls ein Beschäftigungsverhältnis sein, denn die Bezeichnung des zugrunde liegenden Vertrages ist nicht bindend. Maßgeblich sind hingegen die Modalitäten der tatsächlichen Durchführung des Rechtsverhältnisses. In der Folge sind die Indizien und Voraussetzungen des § 7 I SGB I auf das Vorliegen von einer nicht selbständigen Tätigkeit zu überprüfen.

Bei Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses steht dem Arbeitgeber ein *Weisungsrecht* bzgl. Zeit, Ort, Dauer, Inhalt und Gestaltung der Arbeit zu. B war in der Ausgestaltung ihrer konkreten Tätigkeit relativ frei. Ihr Vertrag sieht einen Rahmen vor, den sie innerhalb der inhaltlichen Vorgaben selbst ausgestalten muss. Die Vereinbarung bis zu 20 Stunden abzuleisten, stellt es frei, dass B weniger arbeitet, wenn ihre Dienste nicht nachgefragt werden. Auch die Art der Angebote ist ihr frei gestellt. Von ihr werden vor Ort Dienste erwartet, die sie an die konkreten Bewohnerbedarfe anpassen und mit den Erwartungen der Bewohner abstimmen muss. Gestaltungsspielräume bestehen für B auch hinsichtlich der Leistungszeit. So kann sie auch ihre Sprechzeiten selbst festlegen. Dies spricht für eine selbständige Tätigkeit. Hingegen ist es bei Diensten höherer Art nicht üblich, dass Arbeitgeber detaillierte Einzelweisungen erteilen. Der Gestaltungsspielraum spricht also auch nicht zwingend für eine selbständige Tätigkeit. Hinsichtlich des Leistungsortes ist sie auch weisungsgebunden, denn sie muss die Leistungen zumindest zu 50 % in der Einrichtung der FH GmbH erbringen. Auch das Einrichtungskonzept der FH GmbH

setzt B einen inhaltlichen Rahmen, der nicht zu ihrer Disposition steht, wie man es bei einer selbständigen Tätigkeit eher erwarten dürfte.

B wäre nicht selbständig tätig, wenn sie in die *Arbeitsorganisation* der FH GmbH eingegliedert war. Die Notwendigkeit der Anmietung der Räume in der Einrichtung der FH GmbH lässt B als betriebsfremde Person erscheinen. Für eine selbständige Tätigkeit ist es charakteristisch, dass der Dienstleister alle Materialien und Voraussetzungen für die Erbringung der Dienstleistung selbst besorgt, also über eine *eigene Betriebsstätte* verfügt, die die Grundlage seiner Tätigkeit darstellt. Dass B die Räume anmieten muss, spricht für das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte auf dem Gelände der FH GmbH. Insofern wäre sie als selbständig einzustufen. Dass ihr allerdings Unterlagen und *Material* in diesen Räumen zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung zur Verfügung gestellt werden, deutet nun wieder auf eine abhängige Beschäftigung hin.

Das von der Rechtsprechung entwickelte Indiz einer *persönlichen Abhängigkeit* des Arbeitnehmers i.S.e. sozialen Schutzbedürftigkeit und wirtschaftliche Abhängigkeit deutet auf das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses hin. B kann bei einem Vertrag über max. 20 Stunden mal 40 € höchstens 800 € im Monat erwirtschaften. Dieses Einkommen ermöglicht ihr nicht Kapitalinvestitionen oder Rücklagen für die Wechselfälle des Lebens zu bilden. Anderes Einkommen ist nicht vorhanden, sodass sie ihre gesamte Existenz durch dieses Einkommen bestreiten muss. Sie ist von diesem Einkommen in abhängig. Ihre persönliche Entfaltung und Existenzmöglichkeit hängt von diesem Einkommen ab. Insofern ist B sozial schutzbedürftig. Dies ist um so eher der Fall, als die FH GmbH keinen Abnahmeumfang garantiert. B arbeitet entsprechend der Nachfrage, sodass ihr Einkommen auch durchaus geringer ausfallen kann. Anders als ein Arbeitnehmer muss sie sich also dessen bewusst sein, dass ihr Einkommen im Einzelfall ihre Existenz nicht sichert. Insofern gleicht ihre Situation der eines selbständigen Kleinunternehmers, dessen Verdienst ebenfalls von der konkreten Nachfrage abhängig ist. Dieser ist sich des Ausfalls seines Einkommens in jedem Fall bewusst. Mangels garantiertem Grundeinkommen ist es begründbar, dass B selbständig tätig ist.

B muss ihre Urlaubsvertretung selbständig organisieren. Auch insofern steht sie in derselben Situation wie ein Selbständiger, der das Risiko des Arbeitsausfalls selbst tragen und organisieren muss. Ihre Situation unterscheidet sich aber insofern vom Selbständigen, dass sie nicht darauf verzichten kann, eine Vertretung zu besorgen. Insofern fehlt ihr die *Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft*, obwohl sie eine Möglichkeit hat, im Fall eines Urlaubs auch Hilfskräfte zu beschäftigen. Da es in ihrem Vertrag mit der FH GmbH keine Konkurrenzklausel gibt, darf sie ihre Dienste auch anderen Einrichtungsträgern anbieten. Dies wird durch die Situation, die zum Zeitpunkt ihrer Einstellung bei der FH GmbH vorliegt, verdeutlicht. Zu diesem Zeitpunkt hatte B



noch eine andere Anstellung neben ihren Verpflichtungen gegenüber der FH GmbH. Auch dies spricht für eine Verfügungsmöglichkeit bzgl. der eigenen Arbeitskraft und damit für die Selbständigkeit der B.

Da B ihre Arbeit nach der Nachfrage einrichten muss, es also kein monatlich garantiertes Mindesteinkommen gibt, trägt B ein *unternehmerisches Risiko*. Dasselbe gilt für die nötige Kapitalinvestition zur Anmietung der Räume bei der FH GmbH. Durch diese Mietkosten mindert sich B 's Vergütung entsprechend. Auch dies spricht für Selbständigkeit, da sie insofern auch selbst für das Vorhandensein einer Betriebsstätte sorgen muss.

Da allerdings nicht der einzelne Bewohner Auftraggeber der B ist, sondern ausschließlich die FH GmbH hat B nur *einen einzigen Auftraggeber*, wie es im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung üblich ist.

Die durch Gesetz und Rechtsprechung geformten Indizien lassen eine vieldeutige Interpretation zu. Abschließend ist daher eine wertende Gesamtbetrachtung vorzunehmen, ob es sich um eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit handelt. Im Ausgangsfall sah das Sozialgericht ein ausschlaggebendes Indiz zum Vorliegen einer Beschäftigung in der Fassung des Vertrages zwischen dem Träger der Einrichtung und den Bewohnern. Da anhand dieser Verträge erkennbar wurde, dass die betreffende Dienstleisterin zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten der FH GmbH gegenüber den Bewohnern eingesetzt wurde, vertrat das SG die Auffassung, diese Verträge beschränkten den Spielraum der Dienstleisterin so stark, dass es sich bei dem Verhältnis zwischen ihr und dem Einrichtungsträger um ein Beschäftigungsverhältnis handeln müsse. Soweit die FH GmbH einen entsprechenden Vertrag mit den Bewohnern abgeschlossen hat, wäre dies mit dem SG auch hier anzunehmen.

Allerdings kommt es ausweislich der Rechtsprechung des BSG nicht auf vertragliche Umstände, sondern auf die tatsächliche Durchführung des Verhältnisses zwischen den Parteien, also hier der B und der FH GmbH an. Diese Ansicht ist auch zivilrechtlich sachgerecht, denn der konkrete zivilrechtliche Vertrag zwischen Bewohnern und FH GmbH bindet B rechtlich nicht. Verträge wirken nur zwischen den beteiligten Parteien. B muss dementsprechend gerade nicht an den Vertrag der FH GmbH mit den Bewohnern halten. Auch die FH GmbH muss den Vertrag im Verhältnis zur B nicht so umsetzen, wie im Verhältnis zu einer fremden Partei vereinbart. Dies wäre allenfalls dann der Fall, wenn in B's Vertrag ein Hinweis auf die Verträge mit Bewohnern gegeben würde. Wenn die FH GmbH ihre Verträge durch abweichende Gestaltung und Durchführung des Vertrages mit B schlecht erfüllt, dann ist das ein Problem der Leistungsstörungen im Rahmen des Vertrages der FH GmbH und den Bewohnern. Bzgl. des Beschäftigungsverhältnisses ist also allein maßgeblich,

wie der Vertrag der B konkret in Vollzug gesetzt wurde. Insofern überwiegen die Indizien einer selbständigen Tätigkeit seitens der B. Da es keine Mindesteinkommensgarantie gibt und sie sich im Urlaub durch selbst ausgesuchte Personen vertreten lassen kann, liegt eine selbständige Tätigkeit vor.

ISie war zwar fast 2 Jahre bei der FH GmbH tätig. Da allerdings eine selbständige Tätigkeit vorlag, ist diese Tätigkeit nicht geeignet, die Anwartschaftszeit zu erfüllen. Die vorangegangene Tätigkeit bei dem kirchlichen Träger erreicht die 12 Monatsgrenze nicht, sodass auch sie nicht geeignet ist die Anwartschaftszeit aus zu füllen. Mangels Erfüllung der Anwartschaftszeit hat B keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld I.

Der Bescheid der Agentur für Arbeit ist somit rechtmäßig.

#### *Hilfsgutachten:*

Wäre die Tätigkeit bei der FH GmbH als nicht selbständige Beschäftigung einzustufen, hätte B die Anwartschaftszeit erfüllt und damit auch einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I dem Grunde nach.

Allerdings stellt sich aufgrund der Aufgabe der Tätigkeit beim Kirchenkreis die Frage, ob der Anspruch auf Arbeitslosengeld nach §§ 148 I Nr. 4, 159 I Nr. 1 SGB III wegen Eintritts einer Sperrzeit verkürzt wurde. Die Kündigung der Arbeit beim Kirchenkreis könnte ein versicherungswidriges Verhalten nach § 159 I 1 SGB III sein. Dazu müsste B das Beschäftigungsverhältnis mit dem Träger gelöst haben, § 159 I 2 Nr. 1 SGB III. Durch ihre Kündigung wurde das Arbeitsverhältnis mit dem Träger beendet und dadurch auch das Beschäftigungsverhältnis gelöst. Ein versicherungswidriges Verhalten der B liegt vor.

Der Anspruch ruht allerdings nur, wenn sie für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses keinen wichtigen Grund hatte, § 159 I 1 SGB III. Die Betreuung der eigenen Eltern könnte ein wichtiger Grund sein. Der wichtige Grund wird als unbestimmter Rechtsbegriff angesehen, der der Auslegung nach den üblichen methodischen Vorgehensweisen zugänglich ist.

Sozialpolitisch ist es durchaus erwünscht, dass Familien ihre solidarischen Ressourcen zugunsten des Sozialstaates und seiner Leistungen einsetzen. Dafür spricht die sozialpolitische Zielsetzung des Pflegegeldes nach SGB XI. Dies ist als Leistung für den Pflegenden gedacht, um die Hilfen von Verwandten, Nachbarschafts und Familienpflege finanziell anerkennen zu können. Auch § 10 I Nr. 4 SGB II privilegiert die Verwandten- und Familienpflege. Entsprechend wäre ein wichtiger

Grund im Sinne des § 159 I 1 SGB III auch an zu erkennen, wenn B zugunsten der Pflege ihrer Eltern ihre Tätigkeit beim Kirchenkreis aufgegeben hätte. Die durch das Pflegegeld nach dem SGB XI geförderte und privilegierte Pflege ist ausschließlich die Pflege, die die in § 14 SGB XI beschrieben ist. Betreuungsleistungen sind nur bei einem eng umrissenen Personenkreis Pflege relevant, vgl. § 45a SGB XI. Dieser Personenkreis weist gleichzeitig den klassischen Grundpflegebedarf nach § 14 SGB XI auf. § 10 I Nr. 4 SGB II nimmt auf eben diese Pflege im Sinne des SGB XI Bezug. D.h. Pflege wird nur insofern sozialrechtlich privilegiert als sie den Sozialstaat entlastet und Sozialleistungen zu Pflegezwecken abdeckt. Unter diesen Voraussetzungen ist die Betreuung der Eltern nicht als wichtiger Grund einzustufen. Rechtlich ist die Betreuung gerade nicht mit der Pflege gleich zu setzen.

Umgekehrt ist die Soziale Pflegeversicherung ausdrücklich als Teilabsicherung des Pflegerisikos konzipiert. Dies verdeutlichen die im SGB XI geregelten Höchstbeträge für Pflegeleistungen, vgl. §§ 36 III, 37 I, 41 II, 43 II SGB XI. Auch der Versicherungsfall der Pflegebedürftigkeit setzt das Erreichen einer quantitativen Schwelle voraus, nämlich die erhebliche Pflegebedürftigkeit. Ist eine Person nicht erheblich pflegebedürftig sind die Voraussetzungen für die Leistungen der Sozialen Pflegeversicherung, §§ 14 I, 15 I SGB XI, nicht erfüllt. Bei qualitativen und quantitativen Abweichungen von Pflegebedarf nach § 14 I, 15 I SGB XI sieht das SGB XII nach § 61 I 2 SGB XII Pflegeleistungen vor. Auch in diesem Bereich erföhre der Sozialstaat eine Entlastung, die im Rahmen des SGB II zu privilegieren wäre, soweit diese Hilfen im familiären Umfeld übernommen würden. Entsprechend läge auch hier ein wichtiger Grund vor, aufgrund dessen ein Beschäftigungsverhältnis sanktionslos gekündigt werden könnte. Mithin wäre der Bereich der Pflege nach § 61 I 2 SGB XII von der allgemeinen Betreuung älterer Menschen ab zu grenzen, denn es ist nach dem Sachverhalt nicht ersichtlich, dass die Eltern der B Pflegebedarf im Sinne der gesetzlichen Regelungen haben.

Die Einordnung der Betreuung und der damit einhergehenden sozialen Kontakte im Rahmen der Pflege war seit jeher streitig. Für einen begrenzten Personenkreis ist der Zusammenhang zwischen Betreuung und Pflege über § 45a SGB XI inzwischen gesetzlich anerkannt. Die Alltagsbewältigung jenseits dieser Grenze und die Pflege von Kontakten mit der Umwelt wird allerdings nicht als Leistung der Pflege verstanden, sondern als soziale Teilhabe, die im Rahmen der Hilfe zur Weiterführung des Haushalts, § 70 SGB XII, Altenhilfe, § 71 SGB XII, oder bzgl. behinderter Menschen auch in der Eingliederungshilfe, § 53 SGB XII, ein zu ordnen ist. Entsprechend kann insofern nicht auf die Privilegierung von pflegenden Angehörigen oder nahe stehenden Personen zurück gegriffen werden. B hätte also auch insoweit keinen wichtigen Grund im Sinne des § 159 I 1 SGB III gehabt, ihr Arbeitsverhältnis mit dem Kirchenkreis zu lösen.

Dem widerspricht allerdings eine verfassungskonforme Interpretation des Begriffs.<sup>317</sup> Art. 6 I GG gibt dem Staat auf, familiäre Bande zu schützen. Zur Familie gehört nicht nur die Familie, deren Kinder noch nicht volljährig sind, sog. enger Familienbegriff. Erfasst wird auch die Familie, soweit sie aus den Beziehungen erwachsener Menschen besteht, die rechtlich in einem Eltern - Kind Verhältnis stehen, sog. weiter Familienbegriff. Soweit die Mitglieder einer Familie ohnehin auf nachrangige Sozialleistungen angewiesen wären, hier z.B. auf Hilfen nach dem SGB XII, muss es ihnen die Rechtsordnung ermöglichen, frei darüber zu entscheiden, ob sie Sozialleistungen in Anspruch nehmen wollen, oder sie die Notlage aus eigener solidarischer Kraft überwinden möchten. Die Betreuung der Eltern jenseits der Pflege zu übernehmen, war danach ein wichtiger Grund für die Aufgabe der Tätigkeit beim Kirchenkreis. Ein versicherungswidriges Verhalten lag zwar vor, war aber durch dadurch gerechtfertigt, dass B ein wichtiger Grund in der Form der Betreuung ihrer Eltern zur Seite stand.

Die Voraussetzungen für eine Sperrzeit liegen nicht vor. Entsprechend verkürzt sich der Anspruch der B auf Arbeitslosengeld I auch nicht gem. §§ 148 I Nr. 4, 159 I Nr. 1 SGB III.

Der Bescheid der AgfA wäre rechtswidrig, sähe er eine Sperrzeit und Verkürzung des Anspruchs vor.

#### *4. Zu Frage 2: Widerspruch*

An die Agentur für Arbeit der/s Landkreises/ der Stadt...

Sehr geehrte Damen und Herrn, sehr geehrte/r....

wir zeigen Ihnen an, dass uns Frau B. mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt hat. Eine Vollmacht liegt an.

Ihr Bescheid vom (Az.,Datum) liegt uns vor.

Gegen diesen Bescheid legen wir namens und in Vollmacht der Klientin (im Folgenden: Widerspruchsführerin)

*Widerspruch*

---

<sup>317</sup> Christian Seiler, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 34 ff.

ein und beantragen,

*den Bescheid vom (Datum), der Widerspruchsführerin am (Datum) zugegangen<sup>318</sup>, aufzuheben und damit die Zahlung von Arbeitslosengeld wegen Arbeitslosigkeit (in Höhe von .....) zu bewilligen.*

#### A. Sachverhalt

Die Widerspruchsführerin arbeitete seit fast 2 Jahren als Betreuungskraft für Senioren bei der FH GmbH. Es bestand ein Vertrag, der ausdrücklich als „freie Mitarbeit“ bezeichnet ist. Vom 01.03.20XX hat die FH GmbH die Widerspruchsführerin mit der Ausführung von Tätigkeiten als Betreuungskraft nach dem Konzept des betreuten Wohnens XFL beauftragt. Sie erbringt ihre Tätigkeit für die Bewohner in der Regel in den Wohnungen der Seniorenwohnanlage. Diese Tätigkeit dient der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen, die die FH GmbH den Bewohnern ihrer Anlage im Rahmen des Miet- und Betreuungsvertrages Seniorenwohnanlage „Betreutes Wohnen“ zusagt. Nach § 2 des Miet- und Betreuungsvertrages, der mit den Bewohnern abgeschlossen wird, übernimmt die FH GmbH die Verpflichtung, näher beschriebene Betreuungsleistungen zu erbringen und Wahlleistungen zu vermitteln. Die FH GmbH verpflichtet sich, zu diesem Zweck eine Betreuungsperson einzustellen. Diese erbringe vertragsgemäß ausschließlich Leistungen für die Wohnanlage „Betreutes Wohnen“. Die Betreuungstätigkeit werde von einer Fachkraft geleistet, die nach Absprache regelmäßig 10 Stunden in der Woche vor Ort anwesend sei und feste Büro- bzw. Sprechzeiten nach Bedarf anbiete. Die FH GmbH stellt der Widerspruchsführerin die zur Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlichen Unterlagen, Informationen und Hilfsmittel zur Verfügung oder erstattet ihr nach vorheriger Vereinbarung Einzelfall abhängig Kosten und Aufwendungen. Die Widerspruchsführerin muss dieser Tätigkeit laut Vertrag maximal 20 Stunden pro Woche nachgehen. Sie hat sich dabei an der bestehenden Nachfrage seitens der Bewohner zu orientieren. In diesem Rahmen kann sie ihre Arbeitszeit grundsätzlich frei bestimmen. Sie soll jedoch nach den Bedürfnissen der Bewohner feste Zeiten der Anwesenheit vor Ort bekannt geben, sowie Sprechzeiten anbieten. Die Widerspruchsführerin erhält für ihre Tätigkeit ein Honorar in Höhe von 40,00 EUR je Arbeitsstunde. Die für die Tätigkeit benötigten Räume der FH GmbH mietet die Widerspruchsführerin im Bedarfsfall an.

---

<sup>318</sup>Die reguläre Frist für den Widerspruch beträgt 1 Monat ab Bekanntgabe, vgl. § 70 I 1 VwGO. Bei Fehlen oder Fehlerhaftigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung beträgt die Frist gem. § 70 II VwGO ein Jahr.

Daneben arbeitete die Widerspruchsführerin seit fast 9 Monaten beim örtlichen Kirchenkreis als Betreuerin für 16 Stunden in der Woche. Dort war sie aufgrund eines Arbeitsvertrages fest angestellt, bis sie diese Tätigkeit zugunsten der Betreuung ihrer eigenen Eltern kündigte.<sup>319</sup>

Nach einer Überprüfung der Einrichtung musste die FH GmbH die Wohnanlage aufgrund katastrophaler baulicher und hygienischer Verhältnisse schließen, sodass die Widerspruchsführerin ihre Anstellung verlor. Nach rechtzeitiger Arbeitslosmeldung erhielt sie den streitgegenständlichen Bescheid, wonach ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I unter anderem wegen unerfüllter Anwartschaftszeit nicht bestehe.

## B. Rechtliche Würdigung

Der Bescheid zur Versagung der Zahlung von Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit vom (Datum) ist rechtswidrig ist und verletzt die Widerspruchsführerin in ihren Rechten.

Die Voraussetzungen für die Zahlung von Arbeitslosengeld nach §§ 136 I Nr. 1, 137 I SGB III liegen vor.

Die Widerspruchsführerin hat die Anwartschaftszeit gemäß §§ 137 I Nr.3 i.V.m. 142 I, 143 I SGB III erfüllt, da sie in der Rahmenfrist von 2 Jahren mehr als 12 Monate versicherungspflichtig bei der FH GmbH beschäftigt war. Ihre Tätigkeit dort stellte eine nicht selbstständige Arbeit im Sinne des § 7 I SGB IV dar, wobei es nicht auf die Bezeichnung des Vertrages, sondern auf die tatsächlichen Verhältnisse der Durchführung ankommt. Vorliegend wird aus einer Gesamtschau der vertraglichen Bedingungen, unter denen die Widerspruchsführerin tatsächlich arbeitete deutlich, dass eine umfassende Eingliederung in den Betrieb und Weisungsgebundenheit der Widerspruchsführerin bestand.

Bei Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses steht dem Arbeitgeber ein *Weisungsrecht* bzgl. Zeit, Ort, Dauer, Inhalt und Gestaltung der Arbeit zu. Hinsichtlich des Leistungsortes ist die Widerspruchsführerin weisungsgebunden, denn sie muss die Leistungen zumindest zu 50 % in der Einrichtung der FH GmbH erbringen. Auch das Einrichtungskonzept der FH GmbH setzt der Widerspruchsführerin einen inhaltlichen Rahmen, der nicht zu ihrer Disposition steht, wie man es bei einer selbständigen Tätigkeit voraussetzen muss. Dass keine detaillierten Einzelweisungen

<sup>319</sup>Dieser Sachverhaltsteil bezieht sich auf die Frage des Vorliegens einer Sperrzeit und darauf dass die AgfA das Vorliegen eines Sperrzeitbestandes geprüft hat, obwohl sie der Auffassung war, dass die Anwartschaftszeit nicht erfüllt war. Praktisch wird die AgfA jedoch so verfahren, dass sie den Anspruch wegen Nichterfüllung der Anwartschaftszeit ablehnt. Es wäre in einem solchen Fall nicht unbedingt zu empfehlen, das Thema Sperrzeit im Widerspruch aufzugreifen.

hinsichtlich des Inhalts ergingen, ist bei Diensten höherer Art, wie sie hier zu erbringen waren, üblich und steht dem Vorliegen einer nicht selbständigen Beschäftigung nicht entgegen.

Die Widerspruchsführerin war in die *Arbeitsorganisation* der FH GmbH eingegliedert. Für eine selbständige Tätigkeit ist es charakteristisch, dass der Dienstleister alle Materialien und Voraussetzungen für die Erbringung der Dienstleistung selbst besorgt, also über eine eigene Betriebsstätte verfügt, die die Grundlage seiner Tätigkeit darstellt. Dass Unterlagen und *Material* in den Räumen der FH GmbH zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung zur Verfügung gestellt werden, zeigt dass die Widerspruchsführerin nicht selbst für ihre Betriebsmittel sorgen musste. Eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation fand statt, obwohl sie Räume für die Tätigkeit von Fall zu Fall anmieten musste.

Die Widerspruchsführerin war auch *persönlich von der FH GmbH abhängig* und damit sozial schutzbedürftig sowie wirtschaftlich abhängig. Bei einem Vertrag über max. 20 Stunden mal 40 € können höchstens 800 € im Monat erwirtschaftet werden. Dieses Einkommen ermöglicht es ihr nicht Kapitalinvestitionen oder Rücklagen für die Wechselfälle des Lebens zu bilden. Anderes Einkommen ist nicht vorhanden, sodass sie ihre gesamte Existenz von diesem Einkommen bestreiten muss. Sie ist von diesem Einkommen in abhängig. Ihre persönliche Entfaltung und Existenzmöglichkeit steht und fällt mit diesem Einkommen.

Die *Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft* ist für die Widerspruchsführerin ausgeschlossen. Anders als ein Selbständiger muss sie eine Urlaubsvertretung organisieren, um ihren vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der FH GmbH nach zu kommen. Ein Selbständiger könnte in aller Regel frei entscheiden, seinen Betrieb vollständig schließen und auf eine Vertretung zu verzichten.

Ein *unternehmerisches Risiko* ist für die Widerspruchsführerin nicht vorhanden. Die Organisation der Einrichtungsträgers sorgt dafür, dass sie regelmäßig Kundinnen und Kunden hat, und ihr Arbeitsmaterialien gestellt werden. Da sie nur einen *einzigsten Auftraggeber* hat, liegt eine abhängige Beschäftigung vor.

Selbst wenn man die genannten Indizien abweichend interpretierte, so ist bei einer abschließenden wertenden Gesamtbetrachtung klar sichtbar, dass ein Beschäftigungsverhältnis vorlag. Die Fassung des Vertrages zwischen dem Träger der Einrichtung und den Bewohnern determinierte die Durchführung des Vertrages der Widerspruchsführerin mit der FH GmbH deutlich. Anhand der Verträge mit den Bewohnern ist erkennbar, dass eine regelmäßige Dienstleistung von der Widerspruchsführerin erwartet wurde, die einen bestimmten Umfang, eine

kontinuierliche Qualität und Quantität erreichen musste. Die Widerspruchsführerin wurde zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten der FH GmbH gegenüber den Bewohnern eingesetzt. Die Verträge zwischen der FH GmbH gaben dieser die Möglichkeit den Spielraum der WF so zu beschränken, dass es sich bei dem Verhältnis zwischen ihr und dem Einrichtungsträger um ein Beschäftigungsverhältnis handelt. Zwar kommt es nach der Rechtsprechung des BSG nicht auf vertragliche Regelungen sondern auf die tatsächlich Durchführung an. Vorliegend ist jedoch nicht ersichtlich, dass es seitens der FH GmbH zu Vertragsverletzungen im Verhältnis zu den Bewohnern kam, was unweigerlich der Fall gewesen wäre, wären der Widerspruchsführerin alle in ihrem Vertrag verbürgten Freiheiten zugestanden und von ihr in Anspruch genommen worden.

Die Anwartschaftszeit für den Anspruch auf Arbeitslosengeld ist mithin erfüllt und der streitgegenständliche Bescheid bereits insofern rechtswidrig.

Auch eine Sperrzeit wegen versicherungswidrigen Verhaltens nach § 159 I 2Nr. 1 SGB III trat nicht ein. Die Widerspruchsführerin hatte für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses einen wichtigen Grund, § 159 I 1 SGB III.

Die Übernahme der Betreuung der eigenen Eltern ist ein wichtiger Grund. Sozialpolitisch ist es erwünscht, dass Familien ihre solidarischen Ressourcen zugunsten des Sozialstaates und seiner Leistungen einsetzen. Dafür spricht die sozialpolitische Zielsetzung des Pflegegeldes nach SGB XI. Dies ist als Leistung für den Pflegenden gedacht, um die Verwandten-, Nachbarschafts- und Familienpflege finanziell anerkennen zu können. Auch § 10 I Nr. 4 SGB II privilegiert die Verwandten- und Familienpflege. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Eltern der WF pflegebedürftig im Sinne des Pflegeversicherungsrechts oder der Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII sind. Bei qualitativen und quantitativen Abweichungen von Pflegebedarf nach § 14 I, 15 I SGB XI sieht das SGB XII mit § 61 I 2 SGB XII ebenfalls Pflegeleistungen vor. Auch in diesem Bereich erfährt der Sozialstaat eine Entlastung, die im Rahmen des SGB II zu privilegieren wäre, soweit diese Hilfen im familiären Umfeld übernommen werden. Zwar ist die Einordnung der Betreuung und der damit einhergehenden sozialen Kontakte im Rahmen der Pflege seit jeher streitig. Für einen begrenzten Personenkreis ist der Zusammenhang zwischen Betreuung und Pflege über § 45a SGB XI inzwischen gesetzlich anerkannt. Die Alltagsbewältigung jenseits dieser Grenze und die Pflege von Kontakten mit der Umwelt wird nicht als Leistung der Pflege verstanden, sondern als soziale Teilhabe, die im Rahmen der Hilfe zur Weiterführung des Haushalts, § 70 SGB XII, Altenhilfe, § 71 SGB XII, oder bzgl. behinderter Menschen auch in der Eingliederungshilfe, § 53 SGB XII, ein zu ordnen ist. Auch in diesem Bereich erfährt der Sozialstaat entsprechend Entlastung, wenn Familienangehörige, wie hier die Widerspruchsführerin anstelle des Sozialhilfeträgers einspringen.



Zu demselben Ergebnis muss eine verfassungskonforme Interpretation des wichtigen Grundes führen. Art. 6 I GG gibt dem Staat auf familiäre Bande zu schützen. Familie wird auch durch Art. 6 I GG geschützt, soweit sie aus der Beziehung erwachsener Menschen besteht, die rechtlich in einem Eltern - Kind Verhältnis stehen, sog. weiter Familienbegriff. Soweit die Mitglieder einer Familie auf ohnehin nachrangige Sozialleistungen angewiesen wären, hier z.B. auf Hilfen nach dem SGB XII, muss es ihnen die Rechtsordnung ermöglichen, frei von Sanktionen darüber zu entscheiden, ob sie Sozialleistungen in Anspruch nehmen wollen, oder sie die Notlage aus eigener solidarischer Kraft überwinden möchten. Die Betreuung der Eltern jenseits der Pflege zu übernehmen, ist deshalb ein wichtiger Grund für die Aufgabe der Tätigkeit beim Kirchenkreis. Die Widerspruchsführerin hat entsprechend keinen Sperrzeittatbestand verwirklicht.

Auch insofern ist der streitgegenständliche Bescheid rechtswidrig.

Der Widerspruch ist zulässig und begründet. Um antragsgemäße Bescheidung wird gebeten.

## Fall 2: Umzug und Doppelmiete

nach: SG Berlin 31.05.2012 S 150 AS 25169/09

### 1. Fallbearbeitung

Henrik bezieht bereits langjährig Leistungen des zuständigen Trägers der Grundsicherung für Arbeitssuchende. Im August 2010 bezog Henrik gemeinsam mit seinem Sohn eine Wohnung in der Bärenstraße in H. In Ziff. 3 des Mietvertrags war vereinbart, dass eine Kündigung spätestens am 3. eines Monats erfolgen musste, um zum Ende des übernächsten Monats wirksam zu werden. Nach Auszug eines Sohnes zum 31.12.15 wies eine Mitarbeiterin des Grundsicherungsträgers den Henrik darauf hin, dass die Kosten der Unterkunft aufgrund der Größe der Wohnung nun zu hoch seien und er sobald wie nur möglich umziehen müsse. Eine schriftliche Kostensenkungsaufforderung erhielt Henrik nicht. Auf die darauf am 31.01.2016 vom Henrik beantragte Zusicherung zum Umzug in die Wohnung Sorgestraße/Gramstraße erteilte der Träger der Grundsicherung am 2.02.2016 eine entsprechende Zusicherung. Am 15.02.2016 unterzeichnete Henrik den Mietvertrag über die Wohnung Sorgestraße/Gramstraße; das Mietverhältnis begann am 01.03.2016. Der Vermieter kam dem Wunsch, die Wohnung erst zum Juni anzumieten nicht nach. Ebenfalls am 15.02.2016 beantragte Henrik beim Grundsicherungsträger die Übernahme von Umzugskosten und Kosten doppelter Mietzahlung. Am 15.02.2016 kündigte er die alte Wohnung in der Bärenstraße. Nach Rücksprache mit dem Vermieter der Wohnung in der Bärenstraße weigerte sich dieser, den Mietvertrag zum 29.2.2016 aufzulösen. Es sei nicht so einfach gute Mieter zu finden. Deshalb wäre er auch gern bereit gewesen, an Henrik zu einem günstigeren Preis zu vermieten. Der wolle ja nun aber unbedingt die kleinere Wohnung in der Sorgestraße/Gramstraße.

Der zuständige Grundsicherungsträger lehnt nun die Übernahme der Umzugskosten und die doppelte Mietzahlung zwischen März und Mai ab.

1. Ist die Entscheidung des Grundsicherungsträgers rechtmäßig ?

Fertigen Sie ein Gutachten.

2. Entwerfen Sie einen Widerspruch gegen die Entscheidung des Grundsicherungsträgers.

### 2. Gliederung des Gutachtens

Anspruchsgrundlage § 19 I 1, 3, § 22 I 1S GB II

Kosten der Unterkunft:

Unterkunft: alle baulichen Anlagen oder Teile davon, die tatsächlich geeignet sind, vor den Widrigkeiten der Witterung zu schützen und ein Mindestmaß an Privatheit her zu stellen.

Höhe der tatsächlichen Aufwendungen = grds. lt. Mietvertrag geschuldeter Zins  
hier 2 Mietverträge beide Mieten lt. Vertrag geschuldet

Angemessenheit: unbestimmter Rechtsbegriff

Zweck der Norm:

- Unterkunftsbedarf kann nur einmal gedeckt werden, nur 1 Miete
- Normbereichsanalyse: reale Situation am Wohnungsmarkt → Doppelmieten oftmals unvermeidbar

Systematisch:

mietrechtlich: Keine Pflicht zur Nachmietersuche, Ausnahme andere Vereinbarung im Mietvertrag  
hier irrelevant, keine Pflicht zum Auflösungsvertrag

grundsicherungsrechtlich: § 22 IV SGB II, Risiko trägt, bei Fehlen der Zusicherung der erwerbsfähige Leistungsberechtigte. Hier Zusicherung eingeholt. Zusicherung ging nicht auf doppelte Mietzahlung bzw. Zeitpunkt des Mietbeginns und weitere Pflichten des H ein, keine entsprechende Hilfestellung des Grundsicherungsträgers:

Zusicherung des GSi-Trägers, Vertragsschluss und nachfolgender Angebot des Auflösungsvertrages des alten Mietvertrages → GSi Träger muss Umzug steuern und entsprechend beraten

a.A.: Doppelte Miete muss zugesichert werden, um übernahmefähig zu sein

hier wäre die Doppelzahlung auch vermeidbar gewesen, Vermieter würde günstiger vermieten.  
Kombinationstheorie (-) zu große Wohnung irrelevant

Produkttheorie (+) angemessener Gesamtpreis unter Berücksichtigung aller Faktoren → Größe allein nicht ausschlaggebend: nicht notwendiger Umzug

Übernahme der doppelten Miete nach § 22 VI 1 SGB II

Übernahme der Umzugskosten als KdU möglich: § 22 VI 1 SGB II

vorherige Zusicherung: Erteilung der Zusicherung steht im pflichtgemäßem Ermessen des Grundsicherungsträgers

Das Ermessen ist eingeschränkt, wenn der Grundsicherungsträger zum Umzug gedrängt hat und die Zusicherung für die konkrete Wohnung erteilt hat, aber seine Wirtschaftlichkeitserwägungen nicht geteilt bzw. nach außen irreführend offen gelegt hat → Ermessensreduzierung auf null.

### *3. Zu Frage 1. Gutachten*

Henrik könnte einen Anspruch auf Deckung des Bedarfs für Unterkunft gemäß §§ 19 I 1, 3 i.V.m. 22 I 1 SGB II gegen den kommunalen Träger haben.

Dazu müssten die formellen und materiellen Voraussetzungen des bewilligenden Verwaltungsaktes erfüllt sein.

Die Zuständigkeit richtet sich nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des H, § 36, 1 SGB II. Der gewöhnliche Aufenthalt ist in § 30 III 2 SGB I legaldefiniert.

Auch die Leistungen für die Unterkunft, die Teil des Arbeitslosengeld II sind, vgl. § 19 I 3 SGB II, werden nur auf Antrag gewährt, § 37 I 1 SGB II. Ein Antrag wurde am 15.2.2012 gestellt.

Die materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen müssten erfüllt sein.

Henrik müsste Leistungsberechtigter gemäß § 7 I 1 SGB II sein. Da im Sachverhalt steht, dass er seit einigen Jahren Leistungen erhält, ist davon auszugehen.

Die doppelten Mietzahlungen und die Umzugskosten müssten Kosten der Unterkunft gem. § 22 I 1 SGB II darstellen. Zur Unterkunft gehören alle baulichen Anlagen oder Teile davon, die tatsächlich geeignet sind, vor den Widrigkeiten der Witterung zu schützen und ein Mindestmaß an Privatheit herzustellen. Beide Wohnungen erfüllen diese Merkmale, sodass sie Unterkünfte darstellen.

Die Kosten der Unterkunft werden in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen übernommen. Mit den tatsächlichen Aufwendungen sind die (Geld-)Aufwendungen gemeint, die der Leistungsberechtigte für die Nutzung oder Gebrauchsüberlassung einer bestimmten Unterkunft Dritten gegenüber kraft bürgerlichen oder öffentlichen Rechts aufzubringen hat.

Das trifft üblicherweise auf den Mietzins zu. Entsprechend bestimmt sich die Höhe nach den laut Mietvertrag geschuldeten Kosten. Da es in diesem Fall zwei Verträge gibt, sind die doppelten Mietzahlungen als tatsächliche Aufwendungen anzusehen.

Diese tatsächlich anfallenden Doppelmieten vom März bis Mai müssten auch angemessen sein. Die Angemessenheit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, den es mit den einschlägigen Methoden zu interpretieren gilt. Die Bestimmung der Angemessenheit im Einzelfall muss die reale Lage auf dem maßgeblichen örtlichen Wohnungsmarkt berücksichtigen. Daneben ist der Zweck der Norm zu berücksichtigen, der in der Vermeidung von Wohnungslosigkeit liegt.

Hinsichtlich des örtlichen Wohnungsmarktes könnte man mit der Rechtsprechung davon ausgehen, dass nur die Kosten, die nach den einzuhaltenden Fristen unvermeidlich waren zu übernehmen sind. Als unvermeidlich werden diese Kosten jedoch nur dann angesehen, wenn bei einem erforderlichen Wohnungswechsel die Mietzeiträume nicht nahtlos aufeinander abgestimmt werden konnten. Dies soll nur dann der Fall sein, wenn die Anmietung der neuen Wohnung zu dem Zeitpunkt, in dem der Leistungsempfänger sie angemietet hat, keinen Aufschub duldete.

Henrik erhielt eine mündliche Aufforderung zu einem schnellstmöglichen Umzug, aus der er augenscheinlich schloss, möglichst unverzüglich umzuziehen. Auf dieses subjektive Empfinden kann jedoch nicht abgestellt werden. Maßgeblich ist, darauf abzustellen wie ein durchschnittlicher Adressat in dieser Lage eine entsprechende Aufforderung verstehen durfte. Da die unangemessenen Kosten nach § 22 I 2 SGB II für 6 Monate zu übernehmen sind, musste ein durchschnittlicher Adressat davon ausgehen, dass er diese Zeit zur Wohnungssuche zur Verfügung hat. Dies umso eher, als die Aufforderung nicht schriftlich erging. H hätte die Wohnung in der S Straße also zunächst kündigen können und dann im Ergebnis aus der Sicht des Grundsicherungsträgers bis zu 6 Monate Zeit gehabt, eine neue Wohnung zu finden. Die Kündigungsfrist alleine verschaffte dem H 3 Monate Zeit. Und die Bereitschaft des Vermieters ihn weiter bei sich wohnen zu lassen, hätte ihm sogar weitere 3 Monate Zeit verschafft.

Daneben bestand zumindest die Möglichkeit die Mietzahlung für den Monat Mai einzusparen. Als M am 2.3.2012 die Zusicherung des Grundsicherungsträgers zur Anmietung der neuen Wohnung erhielt, hätte er noch bis zum folgenden Tag die alte Wohnung kündigen können, sodass das Mietverhältnis einen Monat früher geendet hätte.

Die Anmietung der neuen Wohnung wäre zudem zur Senkung der Kosten gar nicht notwendig gewesen, weil H's Vermieter ihn auch zu einem günstigeren Mietzins die Wohnung überlassen hätte. An dieser Stelle spielt es insbesondere keine Rolle, ob die Wohnung in der B-Straße zu groß gewesen wäre. Zwar sieht die Kombinationstheorie vor, dass sowohl Größe als auch Mietpreis je für sich angemessen sein müssen, um als angemessene Aufwendung zu gelten. Die Kombinationstheorie ist jedoch aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten abzulehnen. Ziel des Angemessenheitskriteriums ist es, die öffentlichen Mittel zur Abwendung von Wohnungslosigkeit

einzusetzen. Das Ziel eines erzieherischen Einwirkens im Sinne einer Durchsetzung bescheidener Wohnverhältnisse ist nicht anzuerkennen. Entsprechend kommt es nach der Produkttheorie nur darauf an, dass Größe und Preis sich insgesamt in angemessenem Rahmen halten. Eine kleinere Wohnung anzumieten ist hier nicht erforderlich, wenn der Mietzins der alten Wohnung herabgesetzt wird.

Die Anmietung der Wohnung in der G Straße duldet nach alledem weiteren Aufschub. Die Kosten waren hiernach vermeidbar.

In diese Richtung weist auch die Auslegung des Begriffs Angemessenheit nach dem Normzweck. Um Wohnungslosigkeit zu vermeiden, muss nur eine Miete gezahlt werden. Unter den gegebenen Umständen war H nie von Wohnungslosigkeit bedroht.

Diese Argumentation berücksichtigt jedoch nicht hinreichend die präventive Funktion des Zusicherungsverfahrens bei Umzügen. Die Zusicherung ist keine Voraussetzung für die Übernahme angemessener Mietkosten nach einem Umzug. Die Zusicherung stellt jedoch sicher, dass der Leistungsberechtigte nach erfolgtem Umzug nicht auf u.U. unangemessenen Kosten sitzen bleibt. § 22 IV SGB II zeigt entsprechend, dass der Leistungsberechtigte das Kostenrisiko trägt, wenn er ohne Zusicherung des Grundsicherungsträgers vor Vertragsschluss einen neuen Mietvertrag abschließt. Diese Regelung macht deutlich, dass dem Grundsicherungsträger Gelegenheit gegeben werden muss, den Abschluss des Vertrages in Bahnen zu lenken, die den Anforderungen an ein wirtschaftliches Vorgehen im grundsicherungsrechtlichen Sinne entsprechen. Dazu gehört, dass der Leistungsberechtigte auf die Wirtschaftlichkeitseinschätzung des Grundsicherungsträgers hingewiesen wird. Wenn sich abzeichnet, dass der Mietvertrag vor Ablauf der regulären Kündigungsfrist nach § 573c BGB geschlossen werden soll, ist zu erwarten, dass Doppelmieten anfallen. In diesem Falle darf eine Zusicherung nicht erteilt werden, wenn der Träger davon ausgeht zur Übernahme der Kosten aufgrund der konkreten Situation am Wohnungsmarkt nicht verpflichtet zu sein.

Nach dieser Auffassung ist der Grundsicherungsträger zur Übernahme der 3 Monatsmieten verpflichtet.

Zwischen diesen widersprechenden Auffassungen muss nicht vermittelt werden, wenn die Übernahme der Kosten auf alle Fälle aus einer weiteren Anspruchsgrundlage geboten ist.

Daneben könnten die doppelten Mietzahlungen Kosten der Wohnungsbeschaffung darstellen.<sup>320</sup> Der Begriff der Wohnungsbeschaffungskosten ist weit auszulegen. Es handelt sich dabei um alle Aufwendungen, die mit dem Finden und der Anmietung einer Wohnung im Zusammenhang stehen.<sup>321</sup> Dies trifft auf doppelte Mietzahlungen zu, denn sie entstehen typischerweise erst dadurch, dass eine neue Wohnung angemietet wird, während die gesetzliche Kündigungsfrist der alten Wohnung noch nicht abgelaufen ist. Bei den doppelten Mietzahlungen handelt es sich demnach um Wohnungsbeschaffungskosten.<sup>322</sup>

Nach § 22 VI 1 SGB II ist Voraussetzung, dass eine vorherige Zusicherung der Übernahme erfolgt. Bei der Erteilung der Zusicherung ist der Grundsicherungsträger an ein pflichtgemäßes Ermessen gebunden.<sup>323</sup> Im vorliegenden Fall könnte ein Anspruch auf Erteilung der Zusicherung wegen einer Ermessensreduzierung auf Null bestehen. H wurde vom Grundsicherungsträger zum Umzug gedrängt. Daneben hat der Grundsicherungsträger die Übernahme der Mietkosten für die neue Wohnung zugesagt. H konnte sich entsprechend darauf verlassen, dass der Grundsicherungsträger Wert darauf legte, dass ein Umzug möglichst bald statt fände, damit die Unterkunftskosten so rasch wie möglich reduziert würden. Wenn der Träger in dieser Situation nicht darauf hinweist, dass er aufgrund der offenbar entspannten Lage am Wohnungsmarkt keine Notwendigkeit sieht, den Umzug alsbald durch zu führen und im Gegenteil die Zusicherung für die in Frage stehende neue Wohnung erteilt, obwohl er sehen musste, dass die gesetzliche Kündigungsfrist nicht abgelaufen war, kann er sich nicht im Nachhinein darauf berufen, der Leistungsberechtigte müsste die Wirtschaftlichkeitskriterien der Entscheidungen des Grundsicherungsträgers gekannt haben. Im Gegenteil wurde H durch das Drängen des Grundsicherungsträgers und die erteilte Zusicherung für die Anmietung der neuen Wohnung in den neuen Mietvertrag hinein getrieben. Dass im Nachhinein der Umzug nicht notwendig gewesen wäre, weil der Vermieter den H als Mieter behalten wollte und billiger vermietet hätte, war zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses und der Kündigung nicht bekannt. Insofern ist allerdings eine ex ante Beurteilung der Tatsachenlage von Nöten. Ließe man eine ex post Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Handelns zu, wäre es dem Grundsicherungsträger bei jedem Auftreten einer billigeren Wohnung am Markt möglich, die Wirtschaftlichkeit des vorangegangenen Wohnungswechsels in Frage zu stellen. Aufgrund des Drängens und der Zusicherung für die konkrete Wohnung war das Ermessen des Grundsicherungsträgers hier auf Null reduziert, sodass H ein Anspruch auf die Zusicherung der Doppelmieten als Kosten der Wohnungsbeschaffung zusteht. Auf die Voraussetzungen des § 22 VI 2 SGB II kommt es entsprechend nicht an.

---

<sup>320</sup>Knickrehm, in: Kreikebohm/ Spellbrink, Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, § 22 SGB II Rz.40.

<sup>321</sup>Knickrehm, a.a.O.

<sup>322</sup>Berlit in: Münder, Sozialgesetzbuch II, § 22 Rz. 168.

<sup>323</sup>Berlit in: Münder, Sozialgesetzbuch II, § 22 Rz. 154.

H könnte einen Anspruch auf Übernahme der Umzugskosten nach § 22 VI 1 SGB II haben. Die Umzugskosten gehören nicht zu mietvertraglich geschuldeten Kosten und dadurch auch nicht zu den Kosten der Unterkunft. Sie können aber gemäß § 22 VI 1 SGB II nach vorheriger Zusicherung übernommen werden. Zu den ermessensleitenden Gesichtspunkten wird auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen. Entsprechend sind auch die Umzugskosten des H vom Grundsicherungsträger zu übernehmen.

Es besteht entsprechend ein Anspruch auf Übernahme der Doppelmiete für die Monate März bis Mai 2012 und der Umzugskosten.

#### *4. Zu Frage 2: Widerspruch*

An den Jobcenter der/s Landkreises/ der Stadt...

Sehr geehrte Damen und Herrn, sehr geehrte/r....

wir zeigen Ihnen an, dass uns Herr H. mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hat. Eine Vollmacht liegt an.

Ihr Bescheid vom (Az.,Datum) liegt uns vor.

Gegen diesen Bescheid legen wir namens und in Vollmacht des Klienten (im Folgenden: Widerspruchsführer)

*Widerspruch*

ein und beantragen,

*den Bescheid vom (Datum), dem Widerspruchsführer am (Datum) zugegangen, aufzuheben und damit die Übernahme der Umzugskosten und der doppelten Mietzahlung zwischen März und Mai 2012 zu bewilligen.*

A. Sachverhalt

Der Widerspruchsführer bezieht bereits langjährig Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende. Im August 2010 bezog er gemeinsam mit seinem Sohn eine Wohnung in der



Bärenstraße in H. Nach Auszug des Sohnes zum 31.12.2015 wies eine Mitarbeiterin des Grundsicherungsträgers den Widerspruchsführer darauf hin, dass die Kosten der Unterkunft aufgrund der Größe der Wohnung nun zu hoch seien und er sobald wie möglich umziehen müsse. Auf die darauf am 31.01.2016 vom Widerspruchsführer beantragte Zusicherung zum Umzug in die Wohnung Sorgestraße/Gramstraße wurde am 2.02.2016 eine entsprechende Zusicherung erteilt. Am 15.02.2016 unterzeichnete der Widerspruchsführer im Vertrauen auf den Inhalt der Zusicherung den Mietvertrag über die Wohnung Sorgestraße/Gramstraße. Das Mietverhältnis begann am 01.03.2016. Der Vermieter kam dem Wunsch, die Wohnung erst von Mai an zu mieten, trotz nachdrücklicher Aufforderung des Widerspruchsführers nicht nach. Ebenfalls am 15.02.2016 beantragte der Widerspruchsführer die Übernahme von Umzugskosten und Kosten doppelter Mietzahlung. Am selben Tag kündigte er die Wohnung Bärenstraße. Obwohl der Widerspruchsführer versuchte, den Vermieter der Wohnung in der Bärenstraße zu überzeugen, weigerte sich dieser, den Mietvertrag zum 29.02.2016 aufzulösen. In Ziff. 3 des Mietvertrags war vereinbart, dass eine Kündigung spätestens am 3. eines Monats erfolgen musste, um zum Ende des übernächsten Monats wirksam zu werden. Der Widerspruchsführer erhielt daraufhin den streitgegenständlichen Bescheid, in dem die Kostenübernahme für den Umzug und die doppelten Mieten versagt wurde.

## B. Rechtliche Würdigung

Der Bescheid zur Versagung der Übernahme der Umzugskosten und der doppelten Mietzahlung vom (Datum) ist rechtswidrig und verletzt den Widerspruchsführer in seinen Rechten.

Die Voraussetzungen für die Kostenübernahme nach §§ 19 I 1, 3 i.V.m. 22 VI 1, 2 SGB II liegen vor.

Nach § 22 VI 1 SGB II können Wohnungsbeschaffungs- und Umzugskosten übernommen werden. Die doppelten Mietzahlungen gehören zu den Wohnungsbeschaffungskosten. Der Begriff der Wohnungsbeschaffungskosten ist weit auszulegen. Es handelt sich dabei um alle Aufwendungen, die mit dem Finden und der Anmietung einer Wohnung im Zusammenhang stehen. Dies trifft auf doppelte Mietzahlungen zu, denn sie entstehen typischerweise erst dadurch, dass eine neue Wohnung angemietet wird, während die gesetzliche Kündigungsfrist der alten Wohnung noch nicht abgelaufen ist.

Der Widerspruchsführer hatte im Wege der Ermessensreduzierung auf Null nach § 22 VI 1 SGB II einen Anspruch auf Erteilung der Zusicherung sowohl für die doppelten Mietzahlungen als auch für die Umzugskosten. H wurde vom Grundsicherungsträger zum Umzug gedrängt. Daneben hat der

Grundsicherungsträger die Übernahme der Mietkosten für die neue Wohnung zugesagt. Der Widerspruchsführer konnte sich entsprechend darauf verlassen, dass der Grundsicherungsträger Wert darauf legte, dass ein Umzug möglichst bald stattfindet, um die Unterkunftskosten so rasch wie möglich zu reduzieren. Wenn der Träger in dieser Situation nicht darauf hinweist, dass er aufgrund der Lage am lokalen Wohnungsmarkt keine Notwendigkeit sieht, den Umzug alsbald durchzuführen und im Gegenteil die Zusicherung für die in Frage stehende neue Wohnung erteilt, obwohl er sehen musste, dass die gesetzliche Kündigungsfrist nicht abgelaufen war, kann er sich nicht im Nachhinein darauf berufen, der Leistungsberechtigte müsse die Wirtschaftlichkeitskriterien der Entscheidungen des Grundsicherungsträgers gekannt haben. Im Gegenteil wurde unser Klient durch das Drängen des Grundsicherungsträgers und die erteilte Zusicherung für die Anmietung der neuen Wohnung in den neuen Mietvertrag getrieben.

Dass im Nachhinein der Umzug nicht notwendig gewesen wäre, weil der Vermieter den Widerspruchsführer als Mieter behalten wollte und billiger vermietet hätte, war zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses und der Kündigung nicht bekannt. Insofern ist eine strikte ex ante Beurteilung der Tatsachenlage von Nöten. Ließe man eine ex post Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Handelns zu, wäre es dem Grundsicherungsträger bei jedem Auftreten einer billigeren Wohnung am Markt möglich, die Wirtschaftlichkeit des vorangegangenen Wohnungswechsels in Frage zu stellen.

Aufgrund des Drängens und der Zusicherung für die konkrete Wohnung war das Ermessen des Grundsicherungsträgers hier auf Null reduziert, sodass dem Widerspruchsführer ein Anspruch auf die Zusicherung der Doppelmieten als Kosten der Wohnungsbeschaffung zuzuerkennen ist.

Dies gilt umso mehr, als der Widerspruchsführer sich trotz des Drängens und der Zusicherung alle möglichen Anstrengungen unternommen hat, um die Doppelmieten zu vermeiden. Trotz der Zusicherung hatte er versucht, den Vermieter der Wohnung in der Sorgestraße/Gramstraße zu überzeugen, das Mietverhältnis erst zum Mai 2012 wirksam werden zu lassen. In gleicher Weise bemühte er sich, den Vertrag für die Wohnung in der Bärenstraße schon zum 29.02.2012 aufzulösen. Dies tat er, obwohl seitens des Grundsicherungsträgers nicht auf eine solche Verpflichtung hingewiesen wurde und ihm keine Hinweise zu den Wirtschaftlichkeitsvorstellungen des Trägers vorlagen. Die Versäumnisse des Grundsicherungsträgers müssen zu einer Ermessensreduzierung auf Null und damit zu einem Anspruch des Widerspruchsführers auf Übernahme der Doppelmieten führen. Mindestens im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches sind die Kosten zu ersetzen. Entsprechend sind auch die Umzugskosten gem. § 22 VI 1 SGB II in voller Höhe zu übernehmen.

Der streitgegenständliche Bescheid ist ermessensfehlerhaft. Der Widerspruch ist zulässig und begründet. Um antragsgemäße Bescheidung wird gebeten.

### **Fall 3: Integrative Lerntherapie**

nach: VG München Beschluss vom 15.12.2011 - M 18 E 11.5076

#### *1. Fallbearbeitung*

Seit dem vergangenen Schuljahr gewährt der zuständige Träger der Jugendhilfe den geschiedenen, gemeinsam sorgeberechtigten Eltern der Hendrikje, Valentin und Marina, Hilfe zur Erziehung, gemäß §§ 27, 34 SGB V III. Der Jugendhilfeträger übernimmt in diesem Zusammenhang die Kosten für die Unterbringung in einem Internat.

Im Hilfeplanverfahren wurde zur schulischen Situation der Hendrikje festgehalten, dass sie mit einem Notendurchschnitt von 3,7 den qualifizierenden Hauptschulabschluss erreicht hat. Ihre gesetzliche Schulpflicht hat sie erfüllt. Im kommenden Jahr ist geplant, die meisten Fächer auf Realschulniveau zu unterrichten. Der Vater der Hendrike, Valentin, regt im Rahmen des Hilfeplangesprüches an, eine LRS – Therapie in der Form einer integrativen Lerntherapie einzuleiten. Die Fachkräfte des Jugendhilfeträgers befürworten diese Unterstützung nicht. Die Aussicht, einen Realschulabschluss zu erreichen, sind aufgrund der fehlenden Motivation der Hendrikje nicht gut. Sie ist nicht daran interessiert an ihren Fehlerprofilen zu arbeiten. Hendrikje nimmt die derzeitigen Unterstützungsangebote nur unter großen Schwierigkeiten wahr und das auch nur unregelmäßig. Eine weitere Hilfe würde Hendrikje sehr wahrscheinlich überfordern. Dennoch wünscht sich Hendrikje, die Mittlere Reife zu erreichen.

Hendrikjes Vater beantragt, gegen den Willen der Mutter, Marina, die Übernahme der Kosten für eine LRS - Therapie. Einen Therapieplatz hat er bereits ausgesucht. Marina ist der Auffassung, man solle Hendrikje Zeit zur Orientierung lassen. Die Hilfen sollen nach ihrer Ansicht eher darauf beschränkt werden, sicher zu stellen, dass Hendrikje regelmäßig im Unterricht verbleibt und ihre aktuellen Aufgaben erledigt. Nach den Angaben des Therapieinstitutes handelt es sich bei der vom Vater beantragten LRS Therapie um eine integrative Lerntherapie. Diese pädagogische Dienstleistung unterscheidet sich grundsätzlich von allen Arten von Nachhilfe. Sie übertrifft schulische Angebote hinsichtlich der Intensität und Wirksamkeit. Im Rahmen dieser Förderung kommen pädagogische und psychologische Vorgehensweisen zum Einsatz, die geeignet sind, die Bedingungen und Folgen einer Lernschwäche zu bessern oder zu kompensieren. In diesem

Zusammenhang wird mit der Jugendlichen auch am Abbau emotionaler Lernblockaden gearbeitet.

Als Hendrikje von den Plänen ihres Vaters erfährt, reagiert sie verärgert. Noch mehr Termine und noch mehr Leute, die an ihr herumbasteln, kann sie gar nicht brauchen. Ihr Wochenpensum gleicht inzwischen dem eines Spitzenmanagers. Sie wolle Zeit für sich und Freizeit haben. Es könne doch nicht nur immer an ihr „herumgeschraubt“ werden.

Der zuständige Träger der Jugendhilfe bewilligt den Antrag von Valentin.

Aufgaben:

1. Ist die Kostenübernahme für die integrative Therapie rechtmäßig ?

Fertigen Sie ein Gutachten, das auch auf die Frage eingeht, was die Mutter von Hendrikje, Marina, gegen die Entscheidung des Jugendamtes unternehmen kann.

2. Entwerfen Sie einen Schriftsatz, der geeignet ist, die Rechte von Hendrikje und ihrer Mutter Marina zu verteidigen.

Bearbeitervermerk:

Leistungen der Eingliederungshilfe sind nicht zu prüfen.

*2. Gliederung des Gutachtens:*

Formelle Rechtmäßigkeit

- Hilfeplan § 36 SGB VIII ersetzt Anhörung § 24 SGB X

Materielle Rechtmäßigkeit

§ 27 I SGB VIII

Ein Personensorgeberechtigter: +

Wohl:

Schulbesuch als Bestandteil des Wohls vgl. a. § 1666 III Nr. 2 BGB

Schulpflicht hier bereits erfüllt → (-)

Realschulabschluss für bessere Ausbildungs- und Verdienstmöglichkeiten: kein Recht auf optimale Förderung → (-)

Verbesserung schulischer Leistung: Bildung Ländersache soweit schulische Leistung betroffen:  
verfassungskonforme Auslegung → (-)

Verbesserung der LRS → je nach Erklärungsansatz Erkrankung (ICD 10 anerkannt) oder  
Bildungsproblem → Gesundheit, geistiges Wohl betroffen (+)

Erziehung: Verhältnis der Begriffe Bildung und Erziehung:

    SGB VIII vgl. § 22 Differenzierung. BVerfG: faktisch untrennbar.

    Institutionelle Anknüpfung: institutionalisiertes Bildungssystem – Schule vs. allgemein  
    sozialpädagogische Förderung auch zur Herstellung der Voraussetzungen für das  
    institutionalisierte Bildungssystem, incl. therapeutische Komponenten (+)

    a.A.: verfassungsrechtliche Differenzierung nach

    Gesetzgebungszuständigkeit nötig, Bildung ist danach nicht Erziehung,

        Kompensation von Bildungsschwächen Ursachen unabhängig als

        Aufgabe der Länder. (-)

-RF-> Anspruch auf Hilfe zur Erziehung dem Grund nach

Unbenannte Hilfe „insbesondere“ § 27 II 1 SGB VIII.

Geeignet: Reaktion der H Kooperation fehlt -> Eignung fehlt

Kooperativer Entscheidungsprozess lt. VG als Legitimationsvoraussetzung für Annahme einer  
Eignung bei gleichzeitiger Einschätzungsprärogative des Jugendamtes

Kooperativer Prozess = Hilfeplanverfahren. Ausreichend ->(+ oder -)

Übereinstimmung mit höherrangigem Recht:

Art. 6 II GG bzgl. M: Einwilligung fehlt.

Ergebnis: rechtswidrig

### *3. Zu Frage 1: Gutachten*

Valentin könnte einen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung (HzE) in der Form einer LRS Therapie  
gegen den Jugendhilfeträger gemäß § 27 I SGB VIII haben. Die materiellen  
Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des bewilligenden Verwaltungsaktes müssten erfüllt sein.

Valentin müsste Personensorgeberechtigter sein. Nach § 7 I Nr. 5 SGB VIII ist  
personensorgeberechtigt, wem allein oder mit einer anderen Person die Personensorge nach den  
Vorschriften des BGB zusteht. Die elterliche Sorge für Kinder miteinander verheirateter Eltern  
tragen, wie ein Umkehrschluss aus § 1626, § 1626 a I BGB ergibt, beide Elternteile gemeinsam.  
Die Scheidung der Ehe der Eltern beeinflusst die Personensorge nicht, soweit keine Anträge nach

§ 1671 BGB gestellt wurden. Dies war vorliegend nicht der Fall, denn laut Sachverhalt ist Valentin nach wie vor gemeinsam mit der Mutter Marina sorgeberechtigt.

Das Wohl der Hendrikje könnte durch die Schwierigkeiten beim Lesen und Schreiben betroffen sein. Der Begriff Wohl wird als unbestimmter Rechtsbegriff nach den üblichen Auslegungsmethoden interpretiert. Aus dem systematischen Kontext ist zu schließen, dass der Schulbesuch zum Wohl eines Kindes dazu gehört. § 27 I SGB VIII und § 1666 BGB stehen nicht beziehungslos nebeneinander. So kann das Familiengericht bei Vorliegen der Voraussetzungen die Inanspruchnahme von Hilfen nach § 27 I SGB VIII anordnen, § 1666 III Nr. 1 BGB. Die Hilfe und die Intervention des Familiengerichts haben dasselbe Ziel und sollen im Sinne einer graduellen Abstufung aufeinander abgestimmt sein. Das ist nur gewährleistet, wenn mit demselben Begriffsinhalt gearbeitet wird. § 1666 III Nr. 2 BGB ist deshalb als Entscheidung des Gesetzgebers zu betrachten, wonach der Schulbesuch zum Wohl eines Kindes dazu gehört.

Hendrikje hat den Hauptschulabschluss trotz LRS erreicht, sodass sie zum Schulbesuch nicht mehr verpflichtet ist. Der Schulbesuch könnte deshalb hier nicht mehr in den Kontext des Wohls fallen. Nur wenn ihr Wunsch, einen höheren Schulabschluss zu erreichen noch vom Inhalt des Wohls erfasst ist, wäre dies anders. Das BVerfG hat sich zum Grad der Förderung von Kindern insofern geäußert, dass es gerade nicht zum Wohl der Kinder gehört, eine optimale Förderung zu erhalten. Die besseren Ausbildungs- und Verdienstmöglichkeiten, die mit einem höheren Schulabschluss einhergingen, sind demnach nicht Gegenstand des Wohls der H.

Auch die Verbesserung schulischer Leistung fällt nach dem Zweck des § 27 SGB VIII nicht notwendig unter den Begriff des Wohls. Typischerweise liegt die Verantwortung für das Schulwesen und damit die Verantwortung für den Rahmen schulischer Leistungen in der Hand der Länder.

Allerdings umfasst das Wohl, wie im Wortlaut des § 1666 I BGB sichtbar, auch die geistige und seelische Entwicklung der Kinder. Soweit LRS einen Einfluss auf den geistigen oder seelischen Zustand des Kindes hat, wäre das Wohl der H betroffen. Die Ätiologie der LRS ist in Medizin und Pädagogik streitig. Je nach Erklärungsansatz, könnte es sich um eine geistige oder seelische Fähigkeit handeln, die bei H förderungsbedürftig ist. Die LRS wurde im Rahmen der ICD 10 als Erkrankung eingestuft. Dies weist darauf hin, dass sich zumindest eine geistige oder seelische Abweichung bei H gebildet hat, die sie von anderen Kindern unterscheidet. Das geistige oder seelische Wohl der H ist betroffen.

Durch die mangelnden Lese - Rechtschreib - Fähigkeiten der Hendrikje müsste ihre Erziehung betroffen sein. Ziel der Erziehung ist die Heranbildung einer eigenverantwortlichen und

gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit, vgl. § 1 I SGB VIII. Ob gute Leserechtschreibkenntnisse diesem Ziel dienen, ist fraglich. Lesen und Schreiben sind Fähigkeiten, die durch das institutionalisierte Bildungssystem vermittelt werden. Es sind aber auch Fähigkeiten, die in einer alphabetisierten Gesellschaft erwartet werden und somit die Gemeinschaftsfähigkeit einer Person deutlich prägen. Leserechtschreibfähigkeiten weisen demnach Beziehungen sowohl zur Bildung als auch zur Erziehung auf. Erziehung ist von Bildung abzugrenzen. Diese Abgrenzung sieht das SGB VIII in § 10 I, § 26 2 selbst ausdrücklich vor.

Betrachtet man das deutsche Bildungssystem, geht die Erziehung der Bildung voraus. In der Erziehung wird der Grundstein für den Eintritt in das institutionalisierte Bildungssystem gelegt. Die Voraussetzungen für die Aufnahme in die Schule werden hier durch pädagogische, und soweit die Erziehung professionalisiert ist, evtl. auch therapeutische Einwirkung auf die Kinder geschaffen. Die Erziehung erschöpft sich nicht in der Herstellung der Schulfähigkeit. Das Erziehungsgeschehen ist komplexer. Im Mittelpunkt der Erziehung steht nicht die Förderung einer individuellen geistigen Auseinandersetzung mit der Umwelt, wie das bei der Bildung der Fall ist. Kern der Erziehung ist, das Kind mit den Anforderungen der jeweiligen Lebensumwelt, wie Familie, Schule, Freundeskreis zu konfrontieren und mit ihm Strategien zur Bewältigung dieser Anforderungen zu entwickeln. Insofern gehen allerdings Bildung und Erziehung zumindest faktisch Hand in Hand. Das BVerfG stellte deshalb fest, dass Bildung und Erziehung faktisch nicht trennbar seien. Um dennoch eine Abgrenzung zu ermöglichen stellt es auf den Schwerpunkt der entsprechenden Tätigkeiten ab.

Somit darf bei der beantragten Hilfe nicht die schulische Förderung im Vordergrund stehen. Dies ist nicht der Fall, da es laut Sachverhalt vor allem eine pädagogische Dienstleistung ist, bei der ebenfalls psychologische Vorgehensweisen eingesetzt werden und am Abbau von emotionalen Lernblockaden gearbeitet wird. Die LRS ist insofern nur der Anlass und nicht die Ursache der ausgewählten Hilfe. Entsprechend steht hier H's Erziehung im Mittelpunkt.

Das Wohl müsste nicht gewährleistet sein. Eine fehlende Gewährleistung ist mit einer Gefahr ähnlich. Die fehlende Gewährleistung zeigt jedoch eine geringere Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts auf. Eine Gefahr ist ein Zustand, der sich bei ungehinderter Entwicklung mit hoher Wahrscheinlichkeit als Schaden an einem Rechtsgut äußert. Der Schaden könnte darin bestehen, dass Hendrikje aufgrund ihrer schlechten Noten die Schule nicht weiter besuchen kann. Dabei reicht es nicht aus, dass nur schulische Defizite bestehen. Insofern wäre ein Schaden nur anzunehmen, wenn die schlechten Leistungen in der Schule Auswirkungen auf ihre Lebensperspektiven haben. Dies ist aufgrund der zentralen Bedeutung des Schulabschlusses nicht auszuschließen. Allerdings bedeutet dies keine Beeinträchtigung des Wohls, denn die

gesetzliche Schulpflicht wurde bereits erfüllt und der gewünschte Realschulabschluss, dessen Erreichbarkeit für Hendrikje ohnehin nicht erwartet werden kann, vermag eine fehlende Gewährleistung des Wohls nicht zu begründen.

Die mangelnde Gewährleistung könnte sich daraus ergeben, dass Hendrikje jegliche Motivation, sich in der Schule zu bemühen, fehlt. Sie ist unzuverlässig und hat Schwierigkeiten, Unterstützung anzunehmen. Die Vielzahl ihrer Termine überfordert sie. Dies beeinträchtigt ihre seelische Gesundheit und nimmt ihr die Möglichkeit zu lernen, wie man sein Leben eigenverantwortlich planen kann. Gerade das Erlernen von Eigenverantwortlichkeit ist in der Lebensphase der Pubertät ein wichtiges Ziel. Somit ist das Wohl der Hendrikje nicht gewährleistet.

Es besteht entsprechend ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung dem Grunde nach. Es könnte ein Anspruch in der Form der integrativen Lerntherapie, LRS - Therapie bestehen. Die beispielhaft in § 28 ff SGB VIII aufgezählten Hilfearten umfassen diese Leistung nicht. Es könnte sich aber um eine unbenannte Hilfe im Sinne des § 27 II 1 SGB VIII handeln. § 27 III 1 SGB VIII charakterisiert die Hilfen zur Erziehung inhaltlich als pädagogische und therapeutische Leistungen. Bei der von Hendrikjes Vater beantragten Hilfe handelt es sich um eine integrative Lerntherapie. Diese pädagogische Dienstleistung unterscheidet sich von der schulischen Nachhilfe, in der lediglich Lernstoff wiederholt wird. Im Rahmen der Förderung kommen pädagogische und psychologische Vorgehensweisen zum Einsatz, die geeignet sind, die Bedingungen und Folgen einer Lernschwäche zu bessern oder zu kompensieren. Der Abbau emotionaler Lernblockaden, wie er in der schulischen Nachhilfe nicht geleistet werden kann, wird in dieser Lerntherapie erreicht. Die Hilfe ist in erster Linie pädagogisch und therapeutisch geprägt. Statt ausschließlich Bildung zu vermitteln, werden die Voraussetzungen für das Gelingen des Bildungsprozesses erst geschaffen. Insofern decken sich die inhaltlichen Anforderungen der integrativen Lerntherapie mit den Voraussetzungen der Hilfen zur Erziehung. Die Lerntherapie ist daher einer unbenannten Hilfe im Sinne des § 27 II 1 SGB VIII.

Diese Hilfe müsste auch geeignet und notwendig sein. Geeignet ist jede Maßnahme, die die Mangellage der Hendrikje lindern kann. Ein kooperativer Entscheidungsprozess ist nach der Rechtsprechung des VG als Legitimationsvoraussetzung für Annahme einer Eignung anzusehen. Soweit man bezüglich der Eignung eine Einschätzungsprärogative des Jugendamtes annimmt, bietet ein kooperativer Prozess, der vorliegend im Hilfeplanverfahren abgebildet wird, eine hinreichende Gewähr für die Zusammenarbeit aller Beteiligten am Gelingen der Hilfe. Dieser Prozess weist jedoch offenbar im vorliegenden Fall Defizite auf. Hendrikjes Interessen wurden nicht ausreichend berücksichtigt. Dies wird durch ihre unkooperative Haltung anlässlich der Lerntherapie deutlich. Die Lerntherapie bedeutet einen zusätzlichen Termin für Hendrikje, die mit



den Terminen ohnehin überfordert ist. Außerdem reagierte sie auf den Plan des Vaters verärgert und möchte an der Therapie nicht teilnehmen. Dies stellt die Eignung der Hilfe in Frage, denn eine kooperative Mitarbeit ist für den Erfolg unumgänglich.

Ob die Hilfe tatsächlich ungeeignet ist, kann jedoch offen bleiben, denn die Hilfe für H müsste mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Die Bewilligung der Hilfe an den Vater könnte einen nicht gerechtfertigten Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht der Mutter Marina darstellen. Marina ist mit der Hilfe in dieser Form nicht einverstanden. Sie hat andere Vorstellungen bzgl. der Erziehung ihrer Tochter. Dieses Interesse ist ebenso schützenswert wie das Interesse des Vaters und unterliegt dem Schutz des Art. 6 II GG. An sich ist der Hilfeplan der Ort im Verfahren der Bewilligung der Hilfe zur Erziehung, um diese Interessen zu vermitteln. Ein Eingriff in dieses Recht wäre allenfalls zum Schutz des Kindes nach Art. 6 II 2 GG denkbar. Rechtsgrundlage dafür kann allerdings nicht mehr die Hilfe zur Erziehung sein, sondern die Entscheidung hinsichtlich der Beschränkung der elterlichen Rechte eines der Elternteile wäre nur durch gerichtliche Entscheidung möglich.

Die Entscheidung des Jugendhilfeträgers, Valentin Hilfe zur Erziehung in der Form der integrativen Lerntherapie zu bewilligen, ist jedenfalls wegen eines Verstoßes gegen Art. 6 II 1 GG zu Lasten der Marina rechtswidrig.

Marina könnte deshalb voraussichtlich erfolgreich Widerspruch gegen den Bescheid einlegen. Sie könnte auch einen Antrag beim Familiengericht gemäß §1671 BGB stellen, ihr die alleinige Sorge für schulische Entscheidungen bezüglich Hendrikje zu übertragen.

#### *4. Zu Frage 2: Widerspruch*

An das Jugendamt der Stadt. ....

Sehr geehrte Damen und Herrn, sehr geehrte/r....

wir zeigen Ihnen an, dass uns Frau M. mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt hat. Eine Vollmacht liegt an.

Ihr Bescheid vom (Az., Datum) liegt uns vor.

Gegen diesen Bescheid legen wir namens und in Vollmacht der Klientin (im Folgenden: Widerspruchsführerin)

### *Widerspruch*

ein und beantragen,

*den Bescheid vom (Datum), der Widerspruchsführerin am (Datum) zugegangen<sup>324</sup>, aufzuheben und damit die Bewilligung von Hilfe zur Erziehung in der Form der Lerntherapie an Herrn V. zu versagen.*

### A. Sachverhalt

Die Widerspruchsführerin hat mit Herrn H. eine gemeinsame Tochter, Hendrikje. Beiden steht das gemeinsame Sorgerecht für sie zu. Hendrikje besucht seit einiger Zeit ein Internat im Rahmen einer Hilfe zur Erziehung nach §§ 27, 34 SGB VIII. Dort erhält sie in vielen Bereichen spezielle Lernförderung. Sie leidet an einer Lese – Rechtschreib – Schwäche (ICD 10 F 81.0). Der qualifizierende Hauptschulabschluss wurde erreicht. Zur Verbesserung ihrer Berufschancen möchte sie unbedingt den Realschulabschluss anschließen. Unter den derzeitigen Bedingungen ist dieses Ziel gefährdet.

Im Vorfeld der Bewilligung der Lerntherapie durch den streitgegenständlichen Bescheid vom (Datum) fand ein Hilfeplangespräch statt. Herr V. regte in diesem Rahmen an, eine LRS – Therapie zu beginnen. Dies wurde von den zuständigen Fachkräften mit der Begründung abgelehnt, dass Hendrikje schon genügend Förderung erhalte und weitere Termine sie überfordern. Hendrikje nahm zu diesem Zeitpunkt bereits die angebotenen Lernunterstützungen des Internats nur unzuverlässig und unter großen Schwierigkeiten wahr. Sie zeigte sich bereits mit den angebotenen Hilfen überfordert. Auch die Widerspruchsführerin teilt die Auffassung, dass eine weitere Hilfe ihre Tochter noch stärker überfordert. Deshalb widersprach die Widerspruchsführerin der LRS - Therapie ausdrücklich. Sie wies darauf hin, dass Hendrikje unbedingt Zeit benötigt, um sich zu orientieren und ihre aktuellen Aufgaben zu bewältigen. Auch eine regelmäßige Unterrichtsteilnahme ist nicht zu erwarten, wenn der Druck auf die Tochter durch zusätzliche Termine und Hilfen steigt.

---

<sup>324</sup> Die reguläre Frist für den Widerspruch beträgt 1 Monat ab Bekanntgabe, vgl. § 70 I 1 VwGO. Bei Fehlen oder Fehlerhaftigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung beträgt die Frist gem. § 70 II VwGO ein Jahr.

Dem Antrag des Herrn V. auf Hilfe zur Erziehung in der Form der integrativen Lerntherapie für Hendrikje wurde dennoch entsprochen.

Hendrikje verweigert nun die Kooperation und nimmt die Lerntherapie nicht in Anspruch.

Sie fühlt sich durch den weiteren Termin überfordert, da sie inzwischen keine Freizeit mehr in ihren Tagesablauf einplanen kann. Ihr Tagesablauf ist derart straff durchorganisiert, dass es unmöglich ist, eigenständige Initiativen und Strategien zur Alltagsgestaltung zu entwickeln.

## B. Rechtliche Würdigung

Der Bescheid zur Bewilligung der Kostenübernahme der LRS – Therapie vom (Datum) ist rechtswidrig ist und verletzt die Widerspruchsführerin in ihren Rechten.

Die Voraussetzungen für die Hilfe zur Erziehung nach §§ 27 I , 27 II 1 SGB VIII liegen nicht vor.

Die integrative Lerntherapie dient nicht dem Wohl der Hendrikje. Die integrative Lerntherapie beeinträchtigt das Wohl der Tochter der Widerspruchsführerin. Eine gesunde seelische Entwicklung gehört zum Wohl des Kindes, vgl. a. § 1666 I BGB. Die Therapie bedeutet einen zusätzlichen Termin im ohnehin schon überfüllten Tagesablauf der Hendrikje, in dem kein Raum mehr für notwendige Freizeitaktivitäten ist. Dies führt zu einer Beeinträchtigung ihrer seelischen Gesundheit, da sie überfordert wird und ihr die Möglichkeit genommen wird, zu lernen, wie sie ihr Leben eigenverantwortlich planen und gestalten kann. Gerade das Erlernen von Eigenverantwortlichkeit ist in der Lebensphase der Pubertät ein wichtiges Ziel, das jedoch durch die Bewilligung der Kostenübernahme der LRS – Therapie gefährdet wird.

Die Hilfe ist auch nicht geeignet. Zur Eignung der Hilfe gehört ihre Einleitung durch einen kooperativen Entscheidungsprozess. Auch soweit man bezüglich der Eignung eine Einschätzungsprärogative des Jugendamtes annehmen sollte, bietet allein ein kooperativer Prozess die Gewähr dafür, dass die Hilfe tatsächlich Erfolg verspricht. Gegen dieses Abstimmungs- und Kooperationsgebot, das im Hilfeplan, § 36 II SGB VIII, zum Ausdruck kommt wurde hier jedoch grob verstoßen. Um das Gelingen der Hilfe sicher zu stellen, ist es unabdingbar, dass das gesamte familiäre Umfeld unterstützend zugunsten der Jugendlichen zusammenarbeitet. Die Widerspruchsführerin war allerdings von vorne herein nicht bereit, die integrative Lerntherapie der Hendrikje zu unterstützen. Ihre Auffassung, dass Hendrikje Orientierung und Freiraum statt weitere Therapie benötigt, sieht sie in der Einschätzung der

Fachkräfte bestätigt. Die Verweigerungshaltung der Hendrikje nach Bewilligung der Hilfe spricht deutlich dafür, dass die Einschätzung der Widerspruchsführerin und der Fachkräfte zutreffend ist.

Die Hilfe verstößt zudem gegen das Recht der Widerspruchsführerin aus Art. 6 II 1 GG. Nach allgemeiner Ansicht ist für eine rechtmäßige Bewilligung einer Leistung der Hilfe zur Erziehung immer das Einverständnis beider Personensorgeberechtigten nötig. Die Widerspruchsführerin war zu keinem Zeitpunkt mit der integrativen Lerntherapie für ihre Tochter einverstanden.

Der Widerspruch ist zulässig und begründet. Um antragsgemäße Bescheidung wird gebeten.

#### **Fall 4: Der Ersatzvater**

Nach AG Flensburg Beschluss vom 12.07.2011 - 90 F 194/11

##### *1. Fallbearbeitung*

Nadja ist 10 Jahre alt. Ihre Mutter Maja sorgt sich hinsichtlich ihres Umgangs mit Ugur. Ugur lebt in der näheren Nachbarschaft der Maja. Vor einem Jahr nahm Ugur anlässlich eines Verkehrsunfalls der Nadja mit Fahrerflucht des Unfallgegners Kontakt zu Nadja auf. In der Folgezeit entwickelte sich, auch vermittelt über seine damals zwölfjährige Tochter Serap, ein regelmäßiger Kontakt. Serap besucht ihren Vater regelmäßig, lebt aber nicht bei ihm. Anlässlich der Scheidung von Seraps Mutter Andjana wurde ihm das Sorgerecht für das gemeinsame Kind entzogen. Seither ruhen die Konflikte um Seraps religiöse Erziehung, die auch zur Zerrüttung der Ehe geführt hatten. Nadja hielt sich regelmäßig in Ugurs Wohnung auf. Ugur ließ Nadja an Mahlzeiten teilnehmen, bereitete ihr Pausenbrote zu, kaufte u.a. Kleidungsstücke, Schmuck, Schulbedarf, Arzneimittel, ein Weihnachtsgeschenk und, "für ein gutes Zeugnis" einen Zwerghamster für sie, den sie in seiner Wohnung halten durfte. Nadja hielt sich schließlich täglich bei Ugur auf. Er behandelt Nadja gut, und möchte auch ihr Ersatzvater sein. Maja wollte den Kontakt unterbinden, und wandte sich an das Jugendamt als ihr klar wurde, dass sie alleine Nadja nicht von Ugur fernhalten konnte. Sie untersagte Ugur den Kontakt zu dem Kind. Dieser ließ Nadja gleichwohl in seine Wohnung ein. Dieses Verhalten änderte sich nicht, als auch das Jugendamt Ugur mehrfach untersagte, den Kontakt zu dem Kind aufrecht zu erhalten. Schließlich wurde Nadja entsprechend dem Wunsch ihrer Mutter in einem Heim betreut. Maja möchte ihr Kind nun wieder zu sich nach Hause holen, es aber nicht dem Kontakt mit Ugur aussetzen müssen.

1. Welche rechtlichen Schritte sind zur gerichtlichen Durchsetzung ihres Wunsches möglich?

Fertigen Sie ein Gutachten an.

2. Welche Möglichkeiten stünden Nadja zur Verfügung, ihr Interesse am Umgang mit Ugur gegen den Willen ihrer Mutter fortzusetzen?

3. Formulieren Sie eine entsprechende rechtliche Beratung für Maja, die eine Empfehlung für einen konkreten Antrag zum Familiengericht enthält.

## 2. Gliederung des Gutachtens

1. § 1666 I, III Nr. 4 BGB

Kind : unter elterlicher Sorge, nur bei Minderjährigen § 1626 I BGB, Volljährigkeit ab 18 § 2 BGB:  
Nadja 10 (+)

Wohl:

Bestimmung des Umgangs § 1632 II BGB als Teil der Personensorge,

Konkretisierung des Art. 6 II GG. Auch § 9 Nr. 1 SGB VIII.

Demgegenüber Interesse des Kindes Freie Entfaltung der Persönlichkeit Art. 2 I GG

Bedeutung einer männlichen Bezugsperson für die gesunde seelische Entwicklung: Rollen/  
Geschlechterdifferenz vgl. a. § 9 Nr. 3 SGB VIII

Konkretisierungshoheit des Elternteils: nicht Optimum aber Vertretbarkeit der elterlichen  
Entscheidung, Grenze: fehlender Umgang schadet Kind wie z.B.: lt. gesetzgeberischer Wertung  
Umgangsrecht mit beiden Elternteilen § 1684 I BGB.

Umgang - > betrifft Wohl

Gefahr/ Gefährdet: Fehlende kooperative Ausübung des Umgangs durch U. Entfremdung von der  
Mutter

→ Maßnahmen des FamGer

§ 1666 III Nr. 4, IV BGB

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Eingriff in Rechte des Kindes s.o./ Rechte des U: Art. 2 I GG freie Entfaltung der Persönlichkeit

2. 1.§ 1684 BGB

Elternteil: legales Elternteil, d.h. gesetzliche Vaterschaft (-)

## 2.2. § 1685 BGB

U = andere Bezugsperson ? Sozial familiäre Beziehung (-) gegen den Willen der Mutter

Hinweis zu 3: Die Beratung eines Klienten sollte auch auf rechtliche Risiken hinweisen, allerdings dem Klienten deutlich machen, wie seine Chancen für die Durchsetzung seiner Interessen voraussichtlich stehen.

Eine rechtliche Beratung muss allgemein verständlich erfolgen.

## 3. Zu Frage 1. Gutachten

Das Familiengericht könnte gegen Ugur ein Umgangs- oder Kontaktverbot bezüglich Nadja gemäß §1666 I, III Nr.4, IV BGB erlassen.

Nadja müsste ein Kind sein. Im Sinne des § 1666 I BGB ist ein Kind, wer unter elterlicher Sorge steht. Dies ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang der Regelungen, die sich mit Veränderungen der elterlichen Sorge befassen. Die elterliche Sorge, § 1626 I BGB, endet erst mit der Volljährigkeit des Kindes, § 2 BGB. Als Zehnjährige steht N. unter der elterlichen Sorge der M., vgl. a. § 1626a II BGB.

M ist daher auch ein Elternteil im Sinne des § 1666 I BGB.

Der Umgang der Nadja mit Ugur müsste das Wohl der N. betreffen. Das Wohl ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der der Auslegung entsprechend der klassischen Kanones bedarf. Der Gesetzgeber hat verschiedene Hinweise im Kontext der Regelung hinterlegt. Daraus ist erkennbar, was er als dem Wohl eines Kindes zugehörig ansieht. So hat er in § 1666 III BGB verschiedene Interventionen vorgesehen, die das Wohl der Kinder fördern sollen. Einer dieser Aspekte ist die Regelung des Umgangs des Kindes, sei es mit Elternteilen, § 1666 III Nr. 4 BGB, oder Dritten, § 1666 III Nr. 4, IV BGB. § 1626 III BGB bestätigt den Zusammenhang des Umgangs mit der Verwirklichung des Kindeswohls, indem er konkrete Anforderungen an den Umgang mit dem Kind stellt. Diese Regelung ergänzt das Wohl insofern, als es den Umgang mit beiden Elternteilen, also üblicherweise Personen verschiedenen Geschlechts, als Teil des Wohls bezeichnet. Weiterhin steht den Eltern gemäß Art. 6 II GG die Konkretisierungshoheit zu, welcher Umgang dem Wohl des Kindes zuträglich ist. Die Bestimmung des Umgangs betrifft das Wohl des Kindes. Dasselbe gilt für die Kontaktpflege und – aufnahme mit anderen Menschen. Dies zeigen die schwächeren Varianten

des § 1666 Abs. 3 Nr. 4 BGB eines Umgangs in der Form von verschiedenen beispielhaft genannten zwischen menschlichen Interaktionen.

Das seelische Wohl der N könnte durch den Umgang mit U betroffen sein. Gemäß § 1666 I BGB ist dem Wohl eine seelische Komponente eigen. Eine gesunde seelische Entwicklung ist demnach Teil des Wohls des Kindes. Zwar erfasst Art. 2 II 1 GG seelische Verletzungen erst bei Erreichen einer gewissen Intensität, jedoch ist aufgrund der ausdrücklichen Benennung des seelischen Wohls in § 1666 I BGB keine besondere Schwelle bzw. Intensität des individuellen psychischen Wohlbefindens in Rechnung zu stellen. Dieses psychische Wohlbefinden wird auch durch eine intakte Bindung an die Mutter bestimmt. Die Bindung an die Mutter ist hier gerade Gegenstand der Auseinandersetzungen um N. Das seelische Wohl ist insofern berührt.

Ferner könnte das Wohl der N in der Form ihres Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 I GG, zu berücksichtigen sein. Zur freien Entfaltung der Persönlichkeit gehört eine mit dem Alter wachsende Selbstbestimmung und die Möglichkeit, sich mit Erwachsenen des anderen Geschlechts auseinander zu setzen, § 1626 II BGB und § 9 Nr. 3 SGB VIII. Die persönlichen Wünsche des Kindes hinsichtlich seiner persönlichen Kontakte, auch mit Personen verschiedenen Geschlechts, ist demnach eine Komponente des Wohls, die der Streit um N zum Gegenstand hat.

Der Umgang mit Ugur betrifft daher das Wohl der Nadja.

Fraglich ist, ob der Umgang mit Ugur das Wohl der N gefährdet. Gefahr ist ein Zustand, der sich bei ungehinderter Entwicklung mit hoher Wahrscheinlichkeit als Schaden an einem Rechtsgut äußert. Der Gefährdung durch den Umgang mit Ugur widersprechen an sich die Wertungen des Gesetzgebers, wonach die Auseinandersetzung mit Personen beiderlei Geschlechts zum Wohl des Kindes beiträgt. Aus Art. 6 II GG fließt allerdings die Konkretisierungshoheit des Elternteils bzgl. des Grades der Verwirklichung des Wohls ihres Kindes. Es ist nicht erforderlich, das abstrakt wünschenswerte Optimum anzustreben. Es kommt hier lediglich auf die Vertretbarkeit der elterlichen Entscheidung an. Entscheidend ist deshalb nur die Frage, ob ein Unterbinden des Umgangs der Nadja mit U dem Kind Schaden zufügt.

Durch den fehlenden Kontakt zu Ugur hätte Nadja nicht mehr die Möglichkeit, sich mit einer männlichen Bezugsperson auseinander zu setzen, um so eine nötige soziale Kompetenz für ihr späteres Leben zu erwerben. Der Abbruch des Kontakts zu Ugur behindert Nadja, die den Kontakt zu Ugur anscheinend um jeden Preis aufrechterhalten will, in ihrer Selbstbestimmung. Jedoch ist Nadja erst zehn. Damit hat sie noch nicht das Alter erreicht, in dem man voraussetzen könnte, dass sie die gesamte Situation überblickt. Insbesondere wird sie durch das konkrete Auftreten des

Ugur als Ersatzvater in einen Konflikt mit ihrer Mutter hineingetrieben. Da Ugur sich wie ein Ersatzvater verhält und sich auch selber als solcher sieht, werden in Nadja falsche Hoffnungen geweckt. Hier kann eine seelische Abhängigkeit von Ugur entstehen, die dadurch bedingt ist, dass sie selber keinen Kontakt zu ihrem leiblichen Vater hat. Dieser Umstand und die Konflikte zwischen Ugur und Maja beeinträchtigen ihre seelische Entwicklung, denn die Beziehung der Nadja mit ihrer Mutter Maja wird durch Ugurs Auftreten und sein Rollenverständnis gefährdet. Nadja wird bereits in einem Heim betreut, um der Mutter eine Chance zu bieten, die Beziehung zu ihr aufrecht zu erhalten. Der Grund für die Unterbringung im Heim war gerade auch, dass Ugur nicht bereit ist, zum Wohle der Nadja mit Maja nach ihren Wünschen zusammen zu arbeiten. Dass er das Kontaktverbot der Maja ignoriert, zeigt deutlich, dass ihm an der Aufrechterhaltung der Mutter – Kind – Beziehung nicht gelegen ist. Gerade diese Beziehung ist es jedoch, die dem Schutz des Art. 6 II GG unterliegt. Dieser Schutz zielt in zwei Richtungen: Inhalt ist der Schutz der elterlichen Interessen einerseits, also hier der Beziehung der Maja zu ihrer Tochter. Daneben schützt Art. 6 II 1 GG das Recht des Kindes darauf, von seinen eigenen Eltern und nicht von Dritten betreut und erzogen zu werden. Das Verhalten des Ugur stellt hier beide Schutzrichtungen in Frage, sodass von einer Gefährdung des Wohles der N. auszugehen ist.

Keine Rolle spielen hingegen die gescheiterte Ehe des Ugur und die dort zu Tage getretenen Wertedifferenzen hinsichtlich der Erziehung seiner eigenen Tochter. Diese erlauben keinen Rückschluss auf Schaden oder Nutzen seines gegenwärtigen Verhaltens gegenüber N.

Somit stellt der von Maja gewünschte Abbruch des Kontaktes keine missbräuchliche Ausübung ihres Elternrechtes dar. Der Umgang der Nadja mit Ugur stellt jedoch eine Gefahr für das Wohl dar.

Das Familiengericht hat nun Maßnahmen zu treffen, die diese Gefahr abwenden. Ein Kontaktverbot gegen Ugur gemäß §1666 III Nr. 4 BGB kommt in Betracht. Das Kontaktverbot müsste dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, s. §1666a BGB. Dementsprechend müsste die Maßnahme geeignet sein.

Geeignet ist jede Maßnahme, die der Gefährdung begegnet. Durch das Umgangsverbot kann die Beziehung zur Mutter M. wieder aufgenommen werden, sodass eine Eignung angenommen werden kann.

Das Kontaktverbot müsste das mildeste Mittel darstellen. Durch das Verbot wird in die Persönlichkeitsrechte, Art. 2 I GG, von N. und U. eingegriffen. Ugur widersetzt sich einer Kooperation mit Maja. Es ist kein Mittel ersichtlich, das einerseits die Mutter- Kind- Beziehung stabilisiert und andererseits die Rechte von N. und U. weniger intensiv belastet.



Außerdem müsste das Kontaktverbot angemessen sein, d.h. Mittel und Zweck müssen in einem ausgewogenen Verhältnis stehen. Das Erziehungsrecht der M. aus Art. 6 II GG, sowie das ebenfalls aus Art. 6 II GG resultierende Recht der N. durch ihre Mutter erzogen zu werden, stehen in Konkurrenz zu den Grundrechten der N, und des U aus Art. 2 I GG. Letztere Rechte sind durch die verfassungsmäßige Ordnung beschränkt. Demgegenüber verbindet sich mit dem Recht der Eltern und damit der M. aus Art. 6 II GG auch ein Anspruch des Kindes auf Schutz der Erziehung durch seine Eltern. Der Staat hat diese Beziehung unter verfassungsrechtlichen Schutz gestellt. Die gegenläufigen Rechte von N. und U. an der Aufrechterhaltung des Kontakts vermögen, soweit sie das Elternrecht wie im vorliegenden Sachverhalt völlig ins Leere laufen lassen, dem Elternrecht der M. keine wirksame Grenze zu ziehen. Die Beziehung zwischen Elternteil und Kind genießt somit den verfassungsrechtlich höherrangigen Schutz. Das Kontaktverbot gegen Ugur ist daher mit höherrangigem Recht vereinbar und kann vom Familiengericht angeordnet werden.

#### *4. Zu Frage 2: Interessen der Nadja*

2.1. Wäre Ugur der rechtliche Vater von Nadja, hätte sie laut §1684 I BGB ein Recht auf den Umgang mit ihm auch gegen den Willen der Maja. Ugur ist nicht der rechtliche Vater.

2.2. Nadja könnte ein Recht auf Umgang mit Ugur nach §1685 II BGB haben, wenn dieser eine sozial - familiäre Beziehung zu ihr unterhielte.

Zunächst handelt es sich hier um ein Recht des U. Ob N. daraus einen eigenen Anspruch herleiten kann, ist zweifelhaft. Dagegen spricht, dass es keine dem § 1684 I 1.HS BGB entsprechende Regelung bezüglich Bezugspersonen, die keine Elternteile sind, gibt. Die Frage muss hier aber nur geklärt werden, wenn die Voraussetzungen des § 1685 II BGB vorliegen.

Ein sozial - familiäre Beziehung liegt vor, wenn für ein Kind die tatsächliche Verantwortung getragen wurde. Eine widerlegliche Vermutung für die Übernahme der tatsächlichen Verantwortung ist in dem Fall gegeben, wenn eine Bezugsperson und das Kind längere Zeit in einer häuslichen Gemeinschaft gelebt haben. Nadja nahm bei Ugur an Mahlzeiten teil und durfte sich in seiner Wohnung ein Haustier halten. Auch sorgte U. mit der Beschaffung von Kleidung, Schmuck und Schulbrot für ihre Bedürfnisse. Damit übernahm Ugur auch tatsächliche Verantwortung. Allerdings muss es sich nach dem Normzweck um eine verstetigte Haushaltsgemeinschaft handeln, die der Nähe und persönlichen Intimität zwischen Familienmitgliedern nahe kommt. Die Beschränkung auf einen Kern der Familienmitglieder ist in § 1685 I BGB gut erkennbar. Daran hat sich auch die Auslegung des Begriffs der sozial- familiären Beziehung in § 1685 II BGB zu

orientieren. Hier hat sich U. erfolgreich bemüht, eine solche Beziehung herzustellen. Diese Beziehung führte sogar zur Entfremdung zwischen N. und ihrer Mutter. Gegen eine Verstetigung spricht jedoch, dass M. der Übernahme der tatsächlichen Verantwortung entgegen trat. Stellte man hier nicht auf einen zumindest anfangs bestehenden Konsens der beteiligten Bezugspersonen, Familienangehörigen und Eltern ab, wäre es möglich, sich über eine tatsächliche Übernahme der Verantwortung ein Umgangsrecht an zu eignen. Dies widerspräche dem Normzweck. Dieser soll dem Kind gewohnte Familienstrukturen erhalten und nicht dazu beitragen, dass Menschen sich eine neue Familie suchen oder in eine andere Familie hineindrängen können. Es fehlt für ein Umgangsrecht nach § 1685 II BGB jedenfalls am Vorliegen einer sozial-familiären Beziehung.

### *5. Zu Frage 3. Rechtliche Beratung*

Frau M. ./ Herr U.

#### *A. Sachverhalt:*

Frau M. hat eine Tochter N., für die sie das alleinige Sorgerecht innehat. N. hat seit längerem Kontakt zu Herrn U. Herr U. ließ N. gegen den Willen von Frau M. in seiner Wohnung ein- und ausgehen. N. nahm an seinen Mahlzeiten teil, bekam Kleider und andere Gegenstände geschenkt und durfte sich in seiner Wohnung auch ein kleines Haustier halten. Herr U. bietet sich N. als Ersatzvater an und möchte diese Rolle auch übernehmen. Frau M. drang mit ihrem Wunsch, dass N. den Kontakt mit U. abbricht zu ihr nicht mehr durch. N. wurde daraufhin auch mit dem Beistand des zuständigen Jugendamtes in einem Heim untergebracht, da der Kontakt zu U. nicht anders zu unterbinden war.

#### *B. Rechtliche Würdigung*

Beim zuständigen Familiengericht kann gegen U. eine Untersagung des Kontakts gemäß § 1666 I, III Nr. 4, IV BGB erlassen werden.

Die zentralen Voraussetzungen, die Gefährdung des Wohles der N. durch den Umgang mit U., liegen vor.

Das Wohl der N. in der Form ihres Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 I GG ist zwar zu berücksichtigen. Zur freien Entfaltung der Persönlichkeit gehört eine mit dem Alter wachsende Selbstbestimmung und die Möglichkeit, sich mit Erwachsenen des anderen

Geschlechts auseinanderzusetzen, §1626 II BGB und § 9 Nr.3 SGB VIII. Der persönliche Wunsch des Kindes hinsichtlich seines Umgangs, auch mit Personen verschiedenen Geschlechts, ist demnach eine Komponente des Wohls. Aus der Sicht der N. spricht demnach Vieles für den Umgang mit U.

Allerdings obliegt dem sorgeberechtigten Elternteil die Konkretisierungshoheit hinsichtlich des Umgangs des Kindes mit Dritten, § 1666 III Nr. 4, IV BGB. Diese Konkretisierungshoheit ist durch Art. 6 II 1 GG als Recht der Eltern geschützt. Art. 6 II 1 GG schützt zudem das Recht des Kindes von seinen Eltern und nicht von Dritten erzogen zu werden. Danach genießt das Erziehungsrecht der Frau M. verfassungsrechtlich begründeten Vorrang vor den Wünschen von N. und U.

Der Umgang mit U. gefährdet auch das Wohl der N., da die Weigerung des U. das Erziehungsrecht und den Erziehungsvorrang der M. anzuerkennen, die Mutter- Kind- Beziehung so weit gefährdet hat, dass sie erst durch die Herausnahme aus dem familiären Umfeld eine Chance hat, wieder angeknüpft werden zu können.

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass nach unserer rechtlichen Einschätzung kein Anspruch der N. auf Umgang mit U. besteht. Eine entsprechende Rechtsgrundlage ist nicht ersichtlich.

### *C. Empfehlung*

Der Klientin wird empfohlen, sich an das zuständige Familiengericht zu wenden und dort folgende Anträge zu stellen:

Herrn U. wird der Kontakt zu dem Kind N., geb. am (Datum) untersagt.

Herrn U. wird insbesondere untersagt,

- a) dem Kind Zutritt zu seiner Wohnung zu gewähren
- b) in irgendeiner Form Verbindung zu dem Kind, etwa durch Ansprache, Telefonat, Fax, E-mail, Brief, Zettel oder SMS, auch vermittelt durch dritte Personen, aufzunehmen
- c) sonst ein Zusammentreffen mit dem Kind herbeizuführen und sich dem Kind auf weniger als 50 Meter zu nähern bzw. bei einem zufälligen Zusammentreffen diesen Abstand nicht sofort wieder herzustellen.

## Fall 5: Verwandtschaft

Zu: VG Ansbach: Urteil vom 26.01.2012 - AN 14 K 11.02209

### 1. Fallbearbeitung

Phylia ist die Großmutter von Anjelica und Mutter von Lydia. Anjelica ist 5 Jahre alt, als ihre Mutter Lydia wegen einer schweren Erkrankung längerfristig in einer Klinik verbleiben muss. Lydia beantragt die Leistung von Hilfe zur Erziehung für die Zeit des Klinikaufenthaltes in der Form der Vollzeitpflege durch Phylia. Der Träger der Jugendhilfe lehnt die Übernahme der Kosten der Hilfe zur Erziehung ab. Phylia sei die Großmutter von Anjelica und damit dem Kind gegenüber nach § 1601 BGB unterhaltspflichtig. Hilfe zur Erziehung bei Verwandten käme ohnehin nicht in Betracht. Außerdem fehle es an einer Vereinbarung der Kostenübernahme nach § 78a SGB VIII. Es entstünden der Phylia auch gar keine Kosten: sie sei Rentnerin und habe keinen Verdienstausschlag wegen der Betreuung von Anjelica. Die Aufwendungen für Kleidung, Essen u.ä. würden mit Pflegegeld abgegolten.

Daraufhin beantragt Phylia beim zuständigen Jugendhilfeträger Pflegegeld. Auch dieser Antrag wird abgelehnt. Pflegegeld komme nicht in Betracht, da es ja schon keinen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung gäbe. Auch die Leistungen zum Lebensunterhalt der Anjelica seien Gegenstand der großmütterlichen Unterhaltspflicht.

Phylia schlägt daraufhin vor, man solle doch für Anjelica eine andere Erziehungsstelle suchen. Ohne die Übernahme der Kosten sei sie keinesfalls bereit Anjelica weiter zu betreuen. Lydia ist allerdings strikt dagegen, dass eine andere Pflegestelle ausgewählt wird. Eher würde sie die Phylia die Kosten selbst erstatten, so sie wieder auf den Beinen sei und arbeiten gehen könne. Phylia versichert, dass sie keinesfalls das Geld ihrer Tochter oder Enkelin anrühren würde. Schließlich schuldeten sie sich gegenseitig Unterhalt.

1. Bestehen Ansprüche auf Hilfe zur Erziehung und/ oder Pflegegeld ?

Fertigen Sie ein Gutachten.

2. Entwerfen Sie einen Widerspruch bzw. den notwendigen Schriftsatz bzgl. der o.g. Entscheidungen des Jugendhilfeträgers, der geeignet ist, das Ziel der Familie, d.h. die Übernahme der Kosten der Hilfe zur Erziehung und der Auszahlung des Pflegegeldes zu erreichen.

## 2. Gliederung des Gutachtens:

### 1. Anspruch auf Hilfe zur Erziehung der P (Großmutter der A, Mutter der L): § 27 I SGB VIII

Personensorgeberechtigter:

§ 7 I Nr. 5 SGB VIII, § 1626, 1626a II BGB A ist Personensorgeberechtigte für L

kein Anspruch

### 2. Anspruch der L (Mutter der A )auf Hilfe zur Erziehung

§ 27 I SGB VIII

Tatbestand ohne Zweifel gegeben

→ Anspruch dem Grund nach +

§ 10 I SGB VIII Subsidiarität § 38 I SGB V (-)

Form der Hilfe § 33 SGB III

- Hilfe nach § 33 SGB III

- muss nicht auf Dauer sein vgl. § 33 2. Alternative, vorübergehend wie hier reicht

- Ziel der Hilfe: Erziehungshilfe und Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie

hier vorübergehende Ersetzung der Erziehung durch die Mutter L, ohne durchgehende Erziehung, Erziehung in der Herkunftsfamilie schwieriger

- Inhalt der Hilfe: sozialpädagogische (und evtl. therapeutische) Leistungen § 27 III SGB VIII

hier fraglich: Qualifikation der P nicht ersichtlich, dass sie sozialpädagogische Leistungen erbringt.

Mindestvoraussetzung sozialpädagogische Betreuung und Möglichkeit des Jugendamtes, sich über den Erziehungsprozess zu informieren und ggf. aktiv zu werden.

Ähnlich § 27 II a SGB VIII

Soweit P also zumindest in dieser Form zur Zusammenarbeit mit dem Jugendamt bereit ist. HzE vertretbar.

(P) Hilfe in einer anderen Familie

Entfallen des Anspruchs wegen Unterhaltsverpflichtungen der P gegenüber A

dagegen syst. Argument aus § 27 IIa SGB VIII

wurde eingefügt um auf die Rspr. des BVerwG hin gesetzlich klar zu stellen, dass Verwandtenpflegeverhältnisse auch im Rahmen der HzE vorliegen können.

(i.ü.: § 20 II SGB VIII oder § 42 I SGB VIII zu prüfen wenn § 39 I SGB VIII (-))

### 3. Anspruch der P (Großmutter der A, Mutter der L) auf Pflegegeld nach § 39 I SGB VIII

Gewährung von Hilfe nach § 33 SGB VIII:

- tatsächliche Gewährung: hier (-)
- rechtmäßige Gewährung

bzw. bestehender Rechtsanspruch auf Gewährung der Hilfe ausreichend ? Innerer Zusammenhang, jedenfalls bei rechtmäßiger Gewährung = Anspruch auf Hilfe

rechtswidrige Gewährung: nicht im Fall - fraglich nur bei tatsächlicher Leistung problematisch

Falls bejaht:

→ Anspruch dem Grund nach § 39 SGB VIII

(P) Inhaber des Anspruchs L oder P oder A.

h.M.: Akzessorischer Anspruch zur primären Anspruchsgrundlage § 27 I SGB VIII Personensorgeberechtigter. L anspruchsberechtigt

a.A.: Kind selbst

Geldleistungen greifen nicht in das Erziehungsrecht der Eltern ein, daher kann das Kind den Anspruch (vertreten durch seine Eltern) alleine geltend machen.

a.A.: Pflegeeltern

Das Geld wird bei den Pflegeeltern benötigt, daher tatsächliche Ausübung der Personensorge genügt.

§ 1688 I BGB insoweit nicht relevant, denn betrifft Ansprüche des Kindes, nicht eigene Ansprüche (wie hier) der Pflegeperson.

Anspruch der P nach § 39 SGB VIII (-)

### 4. Anspruch der L (Mutter der A) auf Pflegegeld (+)

### 3. Zu Frage 1: Gutachten

1. Anspruch auf Hilfe zur Erziehung der P (Großmutter der A, Mutter der L): § 27 I SGB VIII

P könnte nach § 27 I SGB VIII einen Anspruch gegen den Träger der Jugendhilfe auf Übernahme der Kosten der Unterbringung der A in ihrer Obhut haben.

P müsste Personensorgeberechtigte sein. Wer personensorgeberechtigt ist richtet sich nach § 7 I Nr. 5 SGB VIII § 1626, 1626a II BGB. P müsste entsprechend die Mutter der A sein. P ist jedoch die Mutter der L und insofern auch nicht personensorgeberechtigt. P hat keinen Anspruch aufgrund des § 27 I 1 SGB VIII.

## 2. Anspruch der P auf Pflegegeld nach § 39 I SGB VIII

P könnte einen Anspruch auf Pflegegeld wegen Betreuung der A nach § 39 I SGB VIII haben. Voraussetzung ist, dass für das Kind Hilfe nach § 33 SGB VIII gewährt wird.

Hier ist fraglich, ob die Gewährung der Hilfe, die tatsächliche Bewilligung und Durchführung meint. Vorliegend wird gerade keine Hilfe seitens des Jugendhilfeträgers geleistet, sondern die P betreut ihre Enkelin ohne den Einfluss des Jugendhilfeträgers und nach dessen Auffassung im Rahmen ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht. § 39 SGB VIII soll sicherstellen, dass im Rahmen der familienersetzenden Pflege des Kindes dessen Lebensunterhalt sicher gestellt ist. § 39 SGB VIII bietet entsprechend ausschließlich eine akzessorische Leistung, die daran geknüpft ist, dass es sich um eine vom Jugendhilfeträger verantwortete Hilfe zugunsten des Kindes ist. Es kommt also darauf an, dass der Jugendhilfeträger die Maßnahme zugunsten des Kindes steuert. Die Hilfe wird im vorliegenden Fall nicht vom Jugendhilfeträger verantwortet, sodass der Grund zur Übernahme des Lebensunterhaltes des Kindes § 39 I SGB VIII nicht anwendbar sein könnte. Dies gilt aber ausschließlich für den Fall, dass die Hilfe vom Träger auch nicht zu bewilligen ist. Ist die Leistung rechtmäßig versagt, besteht auch kein akzessorischer Anspruch nach § 39 I SGB VIII. Ist die Leistung umgekehrt unrechtmäßig versagt worden, besteht auch ein Anspruch nach § 39 I SGB VIII.

Zu klären ist deshalb, ob ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung, § 27 I SGB VIII zugunsten der A besteht. Dieser Anspruch steht der L zu, soweit sie Personensorgeberechtigte ist. Gem. § 7 I Nr. 5 SGB VIII i.V.m. § 1626, 1626a BGB ist dies der Fall.

Wegen Verhinderung der L aufgrund eines Krankenhausaufenthaltes entfällt auch die Erziehungsleistung der L. Dies gefährdet das Wohl der A, die aufgrund ihres Alters der Erziehung und Betreuung weiterhin bedarf. Ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung besteht dem Grund nach.

Nach § 10 I 1 SGB VIII gehen Sozialleistungen anderer Leistungsträger denen des SGB VIII vor. In diesem Fall wäre der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung ausgeschlossen, womit auch das Pflegegeld entfiel. Nach § 38 I SGB V hätte L unter den dort beschriebenen Voraussetzungen

Anspruch auf eine Haushaltshilfe, die den Haushalt während ihres Klinikaufenthaltes weiter führt. Inhalt der Haushaltshilfe ist die Weiterführung des Haushaltes, aber nicht die Betreuung des Kindes, geschweige denn seine Erziehung. Insofern handelt es sich nicht um eine äquivalente Leistung. Ein etwaiger Anspruch nach § 38 I SGB V schließt die Leistungen nach § 27 I SGB VIII entsprechend nicht aus.

Der Anspruch nach § 27 I SGB VIII müsste in der Übernahme der Kosten für eine Vollzeitpflege der A bestehen.

Eine Hilfe nach § 33 SGB III muss gerade nicht auf Dauer angelegt sein. Ausweislich § 33 1 2. Alternative SGB VIII ist die Vollzeitpflege auch als temporäre Lebensform möglich. Dass die Betreuung nur 6 Monate durch die P stattfinden soll ist also nicht hinderlich. Die Betreuung durch die P muss eine Erziehungshilfe darstellen und eine Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie gewährleisten. P ersetzt hier vorübergehend die Erziehung durch die Mutter L. Da sie eine persönliche Bindung zu Tochter und Enkelin hat, wird sie die Beziehung zwischen A und L stützen und fördern, sodass ein der Wiedervereinigung von Mutter und Tochter förderliches Erziehungsklima gewährleistet ist.

Die Erziehungshilfe im Rahmen der Vollzeitpflege enthält sozialpädagogische und evtl. therapeutische Leistungen, § 27 III SGB VIII. Eine entsprechende formale Qualifikation der P ist nicht ersichtlich. Mit der Erbringung von sozialpädagogischen Leistungen ist nicht zu rechnen. Als Mindestvoraussetzung einer sozialpädagogischen Betreuung gilt jedoch nicht der Nachweis einer formalen Qualifikation. Das Jugendamt muss die M und Möglichkeit des Jugendamtes haben, sich über den real stattfindenden Erziehungsprozess zu informieren und gegebenenfalls aktiv zu werden. Dies wird vor allem in § 27 II a SGB VIII sichtbar, der die Bereitschaft der Pflegeperson mit dem Jugendamt zusammen zu arbeiten in den Mittelpunkt stellt. Abgesehen von der Tatsache, dass P kein Verständnis für die Entscheidung des Jugendhilfeträgers aufbringen kann, kein Pflegegeld zu zahlen, spricht nichts dagegen, dass sie dennoch bereit ist, zur Erziehung der A mit dem Jugendhilfeträger zusammen zu arbeiten.

Ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung in der Form der Vollzeitpflege nach § 27 I, 33 SGB VIII ist insofern zu befürworten.

Dieser Anspruch könnte allerdings aufgrund der Unterhaltsverpflichtungen der P gegenüber A entfallen. Allein das bestehen der Unterhaltsverpflichtung könnte dazu führen, dass die Erziehung nicht in einer anderen Familie stattfindet.

Dieser Unterhaltsanspruch der Enkelin ergibt sich aus § 1601 BGB, denn A und P sind in gerader Linie verwandt. Dagegen spricht jedoch § 27 IIa SGB VIII. Diese Regelung wurde eingefügt, um in Abkehr von der Rspr. des BVerwG hin gesetzlich klar zu stellen, dass es Verwandtenpflegeverhältnisse auch im Rahmen der Hilfe zur Erziehung geben kann. Auf die



Frage der Unterhaltspflicht kommt es jedoch hier hinsichtlich der Hilfe zur Erziehung deshalb nicht an, da auch der unterhaltspflichtige Verwandte nicht zur Leistung von Naturalunterhalt, wie ein Elternteil verpflichtet ist, § 1612 II BGB, sondern ausschließlich zum Barunterhalt, § 1612 I BGB. § 27 IIa SGB VIII unterstreicht dies noch einmal. Zwar ist P zivilrechtlich verpflichtet, gemäß ihrer eigenen Leistungsfähigkeit für den gesamten Unterhaltsbedarf der A und damit auch für die Erziehung aufzukommen. Sie schuldet jedoch nur eine entsprechende Geldrente, keineswegs eigenes Tun. Daraus folgt, dass die Unterhaltspflicht den Anspruch auf Hilfe zur Erziehung nicht ausschließt.

Ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung nach § 27 I 1, 33 SGB VIII ist somit zu befürworten. Soweit die Hilfe also rechtswidrig abgelehnt würde, ist dennoch von einem bestehenden Anspruch auszugehen, sodass ein akzessorischer Anspruch nach § 39 I SGB VIII vorliegt.

Auch dieser ist keinesfalls wegen der Unterhaltspflicht der P ausgeschlossen. Der Träger erhält nach § 91 I Nr. 5a, III SGB VIII die Möglichkeit sich zu refinanzieren.

Streitig ist allerdings, wem der Anspruch nach § 39 I SGB VIII zusteht. Inhaber des Anspruchs könnten je nach vertretener Meinung L, P oder A sein. § 39 SGB VIII bezeichnet den Anspruchsberechtigten nicht ausdrücklich. Nach h.M. handelt es sich um einen akzessorischen Anspruch zur primären Anspruchsgrundlage. In diesem Fall wird ausschließlich der Personensorgeberechtigte als Inhaber des Anspruchs nach § 33 SGB VIII angesehen. Ist § 27 I SGB VIII ist L anspruchsberechtigt, so ist sie es aufgrund der Akzessorietät auch hinsichtlich § 39 I SGB VIII.

Ebenfalls wird vertreten, dem Kind selbst stünde der Anspruch zu. Grund für diese Annahme ist, dass Geldleistungen nicht in das Erziehungsrecht der Eltern eingreifen. Die Leistungen kämen so dem Kind zugute und entsprechend könne das Kind den Anspruch (vertreten durch seine Eltern, bzw. dem stellvertretend Sorgeberechtigten) in eigenem Recht geltend machen. Da man insbesondere den Anspruch nach § 27 I SGB VIII dem Kind selbst nur verweigert hat, um das verfassungsrechtlich geschützte Recht der elterlichen Erziehung zu wahren, liegt es nahe die insofern unschädlichen Geldleistungen dem Kind zuzuordnen. Allerdings vermag diese Auffassung nicht zu überzeugen. Sie missachtet den inneren Zusammenhang mit der Systematik der Leistungsansprüche des SGB VIII. Die jeweils vorausgehende Leistungsart Hilfe zur Erziehung oder Eingliederungshilfe, bzw. Hilfe für junge Volljährige soll immer in einem Zug und aus einer Hand entschieden werden. Dies ist ausschließlich dann möglich, wenn die Akzessorietät des Anspruchs nach § 39 I SGB VIII beachtet wird.

Nach einer weiteren Ansicht, der man jedoch im obigen Sinne entgegen müsste, steht der Anspruch den Pflegeeltern zu. Das Geld wird im Haushalt der Pflegeeltern benötigt und verwaltet.

Eine tatsächliche Ausübung der Personensorge genüge. Soweit sich diese Ansicht auf § 1688 I BGB beruft, spielt sie für die Inhaberschaft des Anspruchs keine Rolle, sondern nur für die (gerichtliche) Geltendmachung.

P hat demnach keinen Anspruch auf Pflegegeld.

### 3. Anspruch der L auf Hilfe zur Erziehung und Pflegegeld

Allerdings hat L nach dem eben gesagten einen Anspruch gegen den Träger der Jugendhilfe auf Übernahme des Kosten der Hilfe zur Erziehung nach § 27 I, 33 SGB VIII bei P. Es besteht ebenfalls ein Anspruch der L auf Pflegegeld nach § 39 I SGB VIII.

### 4. Zu Frage 2: Widerspruch / Schriftsatz

An das Jugendamt der Stadt. ....

Sehr geehrte Damen und Herrn, sehr geehrte/r....

wir zeigen Ihnen an, dass uns Frau L. mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt hat. Eine Vollmacht liegt an.

Ihr Bescheid vom (Az.,Datum) liegt uns vor.

Gegen diesen Bescheid legen wir namens und in Vollmacht der Klientin (im Folgenden: Widerspruchsführerin)

#### *Widerspruch*

ein und beantragen,

- 1. den Bescheid vom (Datum), der Widerspruchsführerin am (Datum) zugegangen<sup>325</sup>, aufzuheben.*
- 2. der Widerspruchsführerin Hilfe zur Erziehung in der Form der Vollzeitpflege der A im Haushalt der P zu bewilligen.*

Wir beantragen ferner,

---

<sup>325</sup>Die reguläre Frist für den Widerspruch beträgt 1 Monat ab Bekanntgabe, vgl. § 70 I 1 VwGO. Bei Fehlen oder Fehlerhaftigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung beträgt die Frist gem. § 70 II VwGO ein Jahr.

*unserer Klientin Pflegegeld wegen einer Hilfe zur Erziehung in der Form der Vollzeitpflege der A im Haushalt der P zu bewilligen.*<sup>326</sup>

#### A. Sachverhalt

Die Widerspruchsführerin ist die Mutter der 5 jährigen A. Wegen einer schweren Erkrankung muss die Widerspruchsführerin längerfristig in einer Klinik verbleiben. Die Mutter der Widerspruchsführerin, P, ist bereit A für diesen Zeitraum in Kooperation mit dem zuständigen Jugendamt zu betreuen und zu erziehen.

Ein Antrag der Widerspruchsführerin auf Hilfe zur Erziehung wurde abgelehnt.

Ein von P gestellter Antrag auf Pflegegeld wurde ebenfalls abschlägig beschieden. Der an P gerichtete Bescheid vom (Datum) liegt uns vor.

#### B. Rechtliche Würdigung

Der Bescheid betreffend die Übernahme der Hilfe zur Erziehung vom (Datum) ist rechtswidrig und verletzt die Widerspruchsführerin in ihren Rechten.

Die Voraussetzungen für die Hilfe zur Erziehung nach §§ 27 I, 33 SGB VIII liegen vor.

Dieser Anspruch entfällt nicht aufgrund der Unterhaltsverpflichtungen der P gegenüber A. Es ist zutreffend, dass ein Unterhaltsanspruch der Enkelin gegen P aus § 1601 BGB besteht. § 27 IIa SGB VIII wurde allerdings eingefügt, um in Abkehr von der Rechtsprechung des BVerwG gesetzlich klar zu stellen, dass es Verwandetenpflegeverhältnisse auch im Rahmen der Hilfe zur Erziehung geben kann. Auf die Frage der Unterhaltungspflicht kommt es hinsichtlich der Hilfe zur Erziehung deshalb nicht an, da auch der unterhaltspflichtige Verwandte nicht zur Leistung von Naturalunterhalt, wie ein Elternteil verpflichtet ist, § 1612 II BGB, sondern ausschließlich zum Barunterhalt, § 1612 I BGB. § 27 III SGB VIII unterstreicht dies noch einmal. P ist zivilrechtlich verpflichtet, gemäß ihrer eigenen Leistungsfähigkeit für den gesamten Unterhaltsbedarf der A und damit auch für die Erziehung auf zukommen. Sie schuldet jedoch nur eine entsprechende Geldrente, keineswegs eigenes Tun.

---

<sup>326</sup>Hier liegt ein Problem darin, dass die Mutter den Ausgangsantrag nicht selbst gestellt hat und daher auch nicht Adressatin des Bescheides des Jugendamtes hinsichtlich des Pflegegeldes war. Aussichtsreich ist es, den Antrag noch einmal durch die richtige Person, die anspruchsberechtigte Mutter, stellen zu lassen. Denkbar wäre es auch, P Widerspruch einlegen zu lassen und die Meinung zu begründen, wonach der Anspruch auf Pflegegeld nach § 39 I SGB VIII den Pflegeeltern zusteht oder mindestens von ihnen prozessual in Vertretung des Kindes oder des Sorgeberechtigten geltend gemacht werden kann. Diese Vorgehensweise erscheint jedoch als risikobehaftet und nicht unmittelbar zielführend. Da die Begründung sich mit der Begründung des Widerspruchsverfahrens deckt, ist diese Vorgehensweise zudem arbeitsökonomisch.

Der Widerspruch ist zulässig und begründet.

Daneben besteht entsprechend der Begründung des Widerspruchs ein Anspruch der Antragstellerin auf Pflegegeld nach § 39 I SGB VIII, da die Voraussetzungen für die Hilfe zur Erziehung nach §§ 27 I, 33 SGB VIII vorliegen und entsprechend Pflegegeld zu gewähren ist.

Um antragsgemäße Bescheidung wird gebeten.