

srif · Kartäuserstr. 59 · 79104 Freiburg

Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

Vorab per Fax: 0721 / 91 01 382

03.04.2014 / BB

60/06V842.14. 2 (bitte stets angeben)

V e r f a s s u n g s b e s c h w e r d e

**des Herrn xxxxx und
der Frau yyyyyyy**

- Beschwerdeführer -

PBV: RAe Fritz & Koll., Kartäuserstr. 59, 79104 Freiburg

gegen

- 1. Urteil des BSG vom 22.03.2013 zum Aktenzeichen
B 4 AS 16/11 R**
- 2. Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 25.02.2014,
Aktenzeichen L 13 AS 3088/12 ZVW**

wegen Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II für den Zeitraum vom 01.12.2005 bis zum 30.11.2006, Höhe der im Rahmen der Leistungen nach dem SGB II zu berücksichtigenden Aufwendungen für die Unterkunft (§ 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II), Heranziehung der Höchstwerte der zu berücksichtigenden Miete gem. § 12 WoGG, um die Höchstgrenze des nach § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II Angemessenen zu ermitteln.

Christian L. Fritz

Fachanwalt Sozialrecht
Fachanwalt Familienrecht

Cora E. Häringer

Rechtsanwältin
im Angestelltenverhältnis

Elmar Kuntz

Fachanwalt Sozialrecht

Martin Weise

Fachanwalt Sozialrecht

Kooperation mit

Roland Rosenow

Dozent für Sozialrecht
Unternehmensberatung
Existenzgründung

Sozialrecht in Freiburg

Kartäuserstr. 59
79104 Freiburg
fon 0761 · 21 68 76-0
fax 0761 · 21 68 76-9
kanzlei@srif.de
www.srif.de

Sparkasse Freiburg
Kto. 100 602 43
Blz. 680 501 01
IBAN: DE 68 680 501 01
00 100 602 43
BIC: FRSP DE 66XXX

USt.-Id.Nr. DE269052364
Steuernr. 06342/47568

Verletzte Grundrechte: Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 1 GG

Unter Vorlage der anliegenden Vollmacht zeige ich die Vertretung der Beschwerdeführer an. In deren Namen lege ich gegen die oben genannten Gerichtsurteile

V e r f a s s u n g s b e s c h w e r d e

ein und **b e a n t r a g e** :

- 1. Das Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 25.02.2014 zum Aktenzeichen L 13 AS 3088/12 ZVW wird aufgehoben. Die Berufung des Jobcenters Breisgau-Hochschwarzwald vom 01.09.2008 gegen das Urteil des SG Freiburg vom 18.07.2008 zum Aktenzeichen S 12 AS 3407/06 wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Bundesrepublik Deutschland erstattet den Beschwerdeführern die notwendigen Auslagen.**
- 3. Den Beschwerdeführern wird Prozesskostenhilfe für das Verfahren vor dem BVerfG bewilligt. Der Unterzeichner wird beigeordnet.**

Die Anlagen zu dieser Beschwerde wurden dem BVerfG bereits vorab mit Schreiben vom 27.03.2014 und einem Anlagenverzeichnis übersandt. Der Beschwerdeschrift liegen darüber hinaus die Vollmacht und die Unterlagen zum Prozesskostenhilfeantrag an.

B e g r ü n d u n g :

Die Begründung ist wie folgt aufgebaut:

Unter I. wird zunächst kurz zusammengefasst, worum es im vorliegenden Verfahren geht (1.). Es folgt eine ausführlichere Darstellung des Verfahrensgegenstandes (2.) und die Darstellung von Sachverhalt und Verfahrensgang (3.).

Unter II. wird im ersten Schritt zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde vorgetragen (1.). Im zweiten Schritt wird dargelegt, aus welchen Gründen die Beschwerde für annahmefähig gehalten wird (2.). In diesem Rahmen setzen die Beschwerdeführer sich auch mit der Theorie vom „schlüssigen Konzept“, die das BSG entwickelt hat, auseinander. Die Frage, ob diese Auslegung („schlüssiges Konzept“) von § 22 Abs. 1 SGB II selbst verfassungswidrig ist, ist Gegenstand des beim BVerfG unter dem AZ 1 BvR 617/14 anhängigen Verfahrens. Im vorliegenden Verfahren ist diese Frage nur mittelbar von Belang, weil sowohl der beteiligte Grundsicherungsträger (mittlerweile), als

auch alle Instanzen der Sozialgerichtsbarkeit der Auffassung sind, dass ein schlüssiges Konzept nicht vorlag und auch nicht mehr erstellt werden kann. Die Theorie vom „schlüssigen Konzept“ ist jedoch für die Annahmefähigkeit relevant, weil erst die Tatsache, dass es an „schlüssigen Konzepten“ oft fehlt, zur Folge hat, dass die hier verfahrensgegenständliche Rechtsprechung des BSG zur „Angemessenheitsobergrenze“ für Fälle von Ermittlungsausfall von herausragender Bedeutung für eine sehr große Zahl von Empfängern von Grundsicherung nach dem SGB II bundesweit ist.

Unter 3. wird schließlich zur Begründetheit vorgetragen. Unter a) wird dargelegt, aus welchen Gründen die Vorgaben des BVerfG aus dem Urteil vom 09.02.2010, 1 BvL 1/09 auch für die Frage, in welcher Höhe der Grundsicherungsträger Aufwendungen für die Unterkunft zu übernehmen hat, verbindlich sind. Unter b) wird vorgetragen, welche der tragenden Gründe aus der genannten Entscheidung des BVerfG vorliegend einschlägig sind, um abschließend unter c) zu zeigen, dass und aus welchen Gründen die Rechtsprechung des BSG zur „Angemessenheitsobergrenze“ und damit die hier verfahrensgegenständliche Grundsatzentscheidung des BSG vom 22.03.2012 die Beschwerdeführer (und viele andere) in ihren Grundrechten verletzt.

Unter III. wird das Ergebnis zusammengefasst. Schließlich wird unter IV. noch zum Prozesskostenhilfeantrag vorgetragen.

I. Verfahrensgegenstand und Verfahrensgang

1. Zusammenfassung

Im Rahmen der Leistungen nach dem SGB II übernimmt der Grundsicherungsträger die Kosten der Unterkunft des Hilfeempfängers. Diese Leistungen für die Unterkunft werden in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen erbracht, „soweit diese angemessen sind“ (§ 22 Abs. 1 Satz 1 2. HS SGB II). Zur Bezifferung dieser Angemessenheitsgrenze hat das BSG die Theorie des „schlüssigen Konzepts“ entwickelt, von der umstritten ist, ob sie mit den Vorgaben aus dem Urteil des BVerfG vom 09.02.2010, 1 BvL 1/09 vereinbar ist. Daneben ist umstritten, ob es überhaupt möglich ist, schlüssige Konzepte im Sinne der Rechtsprechung des BSG zu erstellen.

Viele Grundsicherungsträger – wahrscheinlich weit mehr als die Hälfte – legen entweder gar kein Konzept vor, oder entwickeln Konzepte, die von der Rechtsprechung verworfen werden (wie vorliegend).

Für den Fall, dass die Behörde ein „schlüssiges Konzept“ nicht vorgelegt hat und die Tatsachengerichte ein solches auch nicht mehr erstellen können, hat das BSG aus § 22 Abs. 1 Satz 1 2. HS SGB II eine zweite Angemessenheitsgrenze abgeleitet, die es als „Angemessenheitsobergrenze“ oder als „Angemessenheitsgrenze per se“ bezeichnet. Diese „Angemessenheitsobergrenze“ liegt jedoch systematisch niedriger als eine Angemessenheitsgrenze, die auf einem „schlüssigen Konzept“ beruht: Ein „schlüssiges Konzept“ liegt nach der Rechtsprechung des BSG zum Beispiel dann vor, wenn die Quadratmetermiete, aus der die Angemessenheitsgrenze ermittelt wird, die durchschnittliche Quadratmetermiete im Zuständigkeitsgebiet eines Grundsicherungsträgers ist.

Die „Angemessenheitsobergrenze“ hat das BSG im vorliegenden Verfahren verbindlich und abschließend unter Bezugnahme auf § 8 WoGG aF/§ 12 WoGG nF beziffert: Der sich aus dieser Vorschrift ergebende Wert – im Fall von § 8 WoGG aF, also bis zum 31.12.2008 der Wert der höchsten Baualtersklasse – wird um 10 % erhöht. Das Ergebnis ist die „Angemessenheitsobergrenze“ für die Bruttokaltmiete, also die Aufwendungen für die Unterkunft ohne die Energiekosten. Anhand des letzten vorliegenden Wohngeld- und Mietenberichtes der Bundesregierung lässt sich jedoch nachweisen, dass der sich so ergebende Wert deutlich geringer ausfallen muss als die Werte, die durch ein auf einem Mietspiegel basierenden „schlüssiges Konzept“ ermittelt werden.

Das BVerfG hat in der im Urteil vom 09.02.2010 ausdrücklich vorgegeben, dass „die Bedarfsarten“ und die „dafür aufzuwendenden Kosten“ von Seiten des Gesetzgebers in nachvollziehbarer Weise zu ermitteln sind. Mindestens die Rechtsprechung des BSG, an die das LSG im vorliegenden Verfahren wg. § 170 Abs. 5 SGG gebunden war, und möglicherweise auch die gesetzliche Vorgabe aus § 22 Abs. 1 Satz 1 2. HS SGB II verstößt in eklatanter Weise gegen diese Vorgabe.

2. Verfahrensgegenstand

Das Arbeitslosengeld II – Grundsicherung für Arbeitssuchende – nach dem SGB II setzt sich zusammen aus dem Regelbedarf, Mehrbedarfen und dem Bedarf für Unterkunft und Heizung (§ 19 Abs. 1 Satz 3 SGB II). Bis zu der Reform des SGB II, die zum 01.04.2011 in Kraft trat, verwendete der Gesetzgeber statt des Begriffes des „Regelbedarfes“ den Begriff der „Regelleistung“. Die Höhe der Regelleistung war Gegenstand des Urteils des BVerfG vom 09.02.2010 zum Aktenzeichen 1 BvL 1/09.

Die Leistungen für die Unterkunft (§ 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II) übersteigen in vielen Fällen der Höhe nach den Regelbedarf. Aus dem Urteil des BVerfG vom 09.02.2010

ergeben sich einerseits Vorgaben für den Gesetzgeber, die bei der Bezifferung der Grundsicherungsleistungen zu berücksichtigen sind. Andererseits hatte das Urteil ausschließlich die damalige Regelleistung – jetzt Regelbedarf – zum Gegenstand, nicht hingegen die Ansprüche nach § 22 Abs. 1 SGB II auf Leistungen zur Deckung der Unterkunftskosten.

Die Aufwendungen für die Unterkunft werden nach dem Wortlaut des § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II in tatsächlicher Höhe als Bedarf anerkannt, soweit sie angemessen sind. Der Gesetzgeber hat den Begriff der Angemessenheit nicht näher bestimmt. Das BSG hat in ständiger Rechtsprechung die Theorie vom sogenannten schlüssigen Konzept entwickelt, an Hand dessen der Begriff der Angemessenheit zu konkretisieren sei. Wenn ein schlüssiges Konzept nicht besteht und auch nicht von den Tatsachengerichten erstellt werden kann, soll gleichwohl nicht der tatsächliche Betrag, den der Betroffene für die Unterkunft aufwenden muss, in den Bedarf eingestellt werden. In diesen Fällen soll vielmehr eine sogenannte „Angemessenheitsgrenze per se“ oder auch „Angemessenheitsobergrenze“ greifen. Nach der Rechtsprechung des BSG ist diese „Angemessenheitsobergrenze“ der um 10% erhöhte Betrag nach § 12 WoGG nF bzw. § 8 WoGG aF (bis 31.12.2008), dort äußerste rechte Spalte. § 8 WoGG aF/§ 12 WoGG nF geben die bei der Bezifferung des Anspruches auf Wohngeld höchstens zu berücksichtigenden Mieten vor.

Es handelt sich bei der Bezugnahme auf das WoGG um eine sogenannte „gegriffene Größe“. Im Ergebnis bedeutet das nicht weniger, als dass das BSG die „Mietobergrenze“ freihändig geschätzt hat. Nachdem das BSG bis zur Entscheidung, die im vorliegenden Verfahren ergangen ist, offen gelassen hatte, in welcher Höhe der Zuschlag zu den Werten aus § 8/§ 12 WoGG genommen werden soll, hat es im vorliegenden Verfahren klargestellt, dass dieser Zuschlag stets 10% beträgt. Dessen ungeachtet ergibt sich aus der Begründung der Entscheidung nicht, aus welchen Gründen gerade ein Zuschlag von 10% plausibel im Sinne der Entscheidung des BVerfG vom 09.02.2010, 1 BvL 1/09 sei.

Diese freihändige Schätzung einer „Angemessenheitsobergrenze“ verstößt nach Auffassung der Beschwerdeführer gegen Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 1 GG in der Konkretisierung, die diese Normen durch das Urteil des BVerfG vom 09.02.2010, 1 BvL 1/09 erfahren haben.

Im vorliegenden Verfahren streitgegenständlich sind Ansprüche nach dem SGB II für den Zeitraum vom 01.12.2005 bis zum 30.11.2006. Nach der Rechtsprechung des BSG setzt die Senkung der Leistungen nach § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II – Aufwendungen für die Unterkunft – auf das angemessene Maß voraus, dass die Hilfeempfänger zuvor darauf hingewiesen wurden, dass ihre Unterkunftskosten unangemessen hoch seien. Mit

diesem Hinweis verbunden ist stets der Hinweis darauf, in welcher Höhe die Aufwendungen für die Unterkunft im Einzelfall höchstens angemessen im Sinne von § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II seien. Im vorliegenden Fall wurden die Beschwerdeführer von dem Träger der Leistungen nach dem SGB II – Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald – darauf hingewiesen, dass ihre Unterkunfts-kosten unangemessen hoch seien. Der Hinweis umfasste auch den Hinweis darauf, dass nach Auffassung des Jobcenters Breisgau-Hochschwarzwald eine Kaltmiete von höchstens 306,60 € angemessen sei. Die Aufforderung zur Senkung der Unterkunfts-kosten ist nach ständiger Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit nicht als Verwaltungsakt zu werten und damit nicht anfechtbar.

Die erste Instanz hatte das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald verurteilt, für den streitgegenständlichen Zeitraum die tatsächlichen Unterkunfts-kosten in voller Höhe in den Bedarf einzustellen, obwohl das erstinstanzliche Gericht der Auffassung war, die Wohnung der Kläger sei „unangemessen groß und daher unangemessen teuer für zwei Personen“ (Anlage 33, Seite 16, Mitte). Der vom Beklagten für angemessen erachtete Betrag für Zwei-Zimmer-Wohnungen in Gundelfingen und den angrenzenden Gemeinden sei jedoch zu niedrig gegriffen (ebd).

„Daraus, dass einerseits die von den Klägern bewohnte Wohnung unangemessen groß und teuer ist, dass aber andererseits die Beklagte bisher für den Wohnort der Kläger und die für diese angemessene Wohnungsgröße von einem zu niedrigen Kaltmietpreis als angemessen ausging, folgt, dass die Kläger während des hier streitbefangenen Zeitraums vom 01.06. bis 30.11.2006 [gemeint ist wohl 01.12.2005 bis 30.11.2006] die Übernahme der tatsächlichen Kaltmiete beanspruchen können. Denn es war Ihnen weder vor noch während dieses Zeitraums möglich, ihre Wohnkosten auf das – tatsächlich – angemessene Maß zu senken. Dies deswegen, weil die Kläger nicht zutreffend von der Beklagten über das tatsächlich angemessene Maß belehrt wurden. Die Beklagte hatte den Klägern gegenüber in den Bescheiden vom 27.11.2004 und 29.04.2005 einen unzutreffend niedrigen Betrag als angemessenen Kaltmietpreis genannt. Die Kläger haben in Folge dessen ihre Wohnungssuche – mit der sie ihren Ausführungen nach jedenfalls im Januar 2006 begonnen hatten, nachdem sie zunächst ausweislich der Begründung ihres Widerspruchsschreibens vom 10.01.2006 die entsprechenden Belehrungen nicht zur Kenntnis genommen hatten – auf Wohnungen ausgerichtet, die lediglich einen Kaltmietpreis [...] von 306,60 € auswiesen, und mussten hierbei [...] scheitern, so wie sie hätten scheitern müssen, selbst wenn sie bereits von November 2004 an gesucht hätten.“ [Anlage 33, S. 18]

Das Berufungsgericht hat der Berufung des Grundsicherungsträgers teilweise stattgegeben und das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald lediglich noch verurteilt, Aufwen-

dungen für die Unterkunft in Höhe der vom BSG vorgegebenen „Angemessenheitsobergrenze“ als Bedarf anzuerkennen. Während des Zeitraums der hier streitgegenständlichen Leistungen – also vom 01.12.2005 bis zum 30.11.2006 – konnte allerdings niemand wissen, dass das BSG später einmal gerade diesen Wert als maximal angemessen vorgeben würde. Die Beschwerdeführer hatten objektiv keine Möglichkeit, während des verfahrensgegenständlichen Leistungszeitraumes zu ermitteln, in welcher Höhe Aufwendungen für die Unterkunft als angemessen anzuerkennen waren.

Das BSG hat im Urteil vom 22.03.2012, das im vorliegenden Verfahren erging, ausdrücklich herausgestellt, dass es ausreichend sei, wenn Empfänger von Leistungen nach dem SGB II von Seiten des Leistungsträgers darüber informiert würden, dass ihre Unterkunftskosten unangemessen hoch seien. Das gelte ausdrücklich auch dann, wenn die in diesem Informationsschreiben genannte „Mietobergrenze“ sich später als zu niedrig und damit unzutreffend erweise. Denn der Streit darüber, ob die vom Grundsicherungsträger vorgenommene Einschätzung über die Angemessenheit der Unterkunftskosten zutreffe, sei „grundsätzlich bei der Frage zu klären, welche Aufwendungen im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II abstrakt angemessen“ seien (Anlage 70, S. 7, Mitte).

Das BSG hat dabei auch von Ausführungen zu der Frage abgesehen, wie die Umzugskosten und eine möglicherweise nicht zu vermeidende doppelte Monatsmiete zu finanzieren seien. Diese Ausführungen hätte jedoch nahe gelegen, denn nach der Rechtsprechung des LSG Baden-Württemberg besteht dann kein Anspruch auf Übernahme der Umzugskosten, wenn die Zuzugswohnung nach Auffassung des Leistungsträgers unangemessen teuer ist (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.04.2012, L 3 AS 2922/11). Diese Rechtsprechung wurde durch das BSG im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren bestätigt (Nichtzulassungsbeschwerde, betreffend das genannte Urteil, Beschluss des BSG vom 25.10.2012, B 4 AS 109/12 B).

3. Sachverhalt und Verfahrensgang

Die Beschwerdeführer bezogen vom 01.01.2005 bis zum Eintritt des Rentenalters Arbeitslosengeld II. (Der Beschwerdeführer zu 1. ist am xx.xx.xxxx geboren und wurde damit am xx.xx.xxxx 65 Jahre alt. Die Beschwerdeführerin zu 2. ist am xx.xx.xxxx geboren und wurde damit am xx.xx.xxxx 65 Jahre alt.)

Ihre Aufwendungen für die Unterkunft betragen im Jahr 2005 700,00 €. Der Betrag setzt sich zusammen aus einer Kaltmiete von 572,00 € und Nebenkosten i.H.v. 128,00 €. Im Jahr 2006 betragen die Aufwendungen 722,00 €. Die Kaltmiete blieb gleich. Die Nebenkosten erhöhten sich auf 150,00 €.

Mit Bescheid vom 27.11.2004 bewilligte das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald den Beschwerdeführern erstmals Arbeitslosengeld II für den Zeitraum vom 01.01.2005 bis zum 31.05.2005. Für diesen Zeitraum wurde die volle Miete als Bedarf anerkannt (Anlage 33, S. 2, letzter Absatz). Die Beschwerdeführer wurden mit dem Bescheid darauf hingewiesen, dass ihre Miete für unangemessen hoch gehalten werde. Angemessen sei im örtlichen Zuständigkeitsbereich des Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald für einen Zwei-Personen-Haushalt lediglich eine monatliche Kaltmiete von bis zu 306,60 €. Die Beschwerdeführer wurden aufgefordert, ihre Unterkunftskosten zu senken. Wenn das nicht gelinge, so das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald im Bescheid vom 27.11.2004, könne ab dem 01.07.2005 nur noch der für angemessen erachtete Teil der Kaltmiete als Bedarf anerkannt werden (ebd).

Mit Bescheid vom 29.04.2005 bewilligte das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald Arbeitslosengeld II für die Beschwerdeführer für den Zeitraum vom 01.06.2005 bis zum 30.11.2005. Erneut wurde die volle Kaltmiete als Bedarf anerkannt. Die Kläger wurden noch einmal auf die Unangemessenheit der von ihnen zu entrichtenden Miete hingewiesen. Die Frist für die Senkung der Unterkunftskosten wurde bis zum 30.11.2005 verlängert (Anlage 33, S. 3, oben).

Mit Bescheid vom 11.11.2005 bewilligte das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald (damals: ARGE Breisgau-Hochschwarzwald) den Beschwerdeführern Arbeitslosengeld II für den Zeitraum vom 01.12.2005 bis zum 31.05.2006 und berücksichtigte dabei lediglich 306,60 € (statt 572 €) als Aufwendungen für die Kaltmiete (Anlage 1).

Mit Schriftsatz vom 23.06.2006 beantragten die Beschwerdeführer, vertreten durch den Bevollmächtigten, die Rücknahme des genannten Bescheides gem. § 44 SGB X (Anlage 4). Materiell beehrten sie die Berücksichtigung der tatsächlichen Unterkunftskosten in voller Höhe. Das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald beschied diesen Antrag mit Verwaltungsakt vom 03.06.2006 abschlägig (Anlage 5). Die Beschwerdeführer legten, vertreten durch den Bevollmächtigten, mit Schriftsatz vom 12.07.2006 Widerspruch ein (Anlage 7). Der Widerspruch wurde von dem Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald mit Widerspruchsbescheid vom 27.07.2006 zurückgewiesen (Widerspruchs-Nr. 732/06, Anlage 8).

Mit Schriftsatz vom 10.08.2006 erhoben die Beschwerdeführer, vertreten durch den Bevollmächtigten, Klage beim Sozialgericht Freiburg (Anlage 14). Die Klage wurde unter dem Aktenzeichen S 12 AS 4021/06 geführt.

Mit Bescheid vom 24.05.2006 bewilligte das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald den Beschwerdeführern Arbeitslosengeld II für den Zeitraum vom 01.06.2006 bis zum

30.11.2006 (Anlage 2). Auch hier wurde eine Nettokaltmiete iHv 306,60 € berücksichtigt. Mit Schriftsatz vom 08.06.2006 legten die Beschwerdeführer, vertreten durch den Bevollmächtigten, Widerspruch ein (Anlage 3). Das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 03.07.2006 zurück (Widerspruchs-Nr. W 562/06, Anlage 6).

Die Beschwerdeführer erhoben, vertreten durch den Bevollmächtigten, mit Schriftsatz vom 12.07.2006 Klage beim Sozialgericht Freiburg (Anlage 9). Die Klage wurde unter dem Aktenzeichen S 12 AS 3407/06 geführt.

Mit Beschluss vom 04.12.2006 verband das Sozialgericht Freiburg beide o. g. Verfahren, die fortan unter dem Aktenzeichen S 12 AS 3407/06 geführt wurden (Anlage 25).

Mit Urteil vom 18.07.2008 gab das erstinstanzliche Gericht der Klage in vollem Umfang statt und verurteilte das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald, den Beschwerdeführern vom 01.12.2005 bis zum 30.11.2006 Arbeitslosengeld II unter Berücksichtigung einer Kaltmiete von monatlich 572,00 € zu gewähren (Anlage 33).

Das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald legte mit Schriftsatz vom 01.09.2008 Berufung ein und beantragte, das erstinstanzliche Urteil aufzuheben (Anlage 34). Mit Urteil vom 22.06.2010 gab das Berufungsgericht – nach mündlicher Verhandlung – der Berufung teilweise statt und verurteilte das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald nun noch, den Beschwerdeführern im streitgegenständlichen Zeitraum „Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II unter Zugrundelegung von Unterkunftskosten einschließlich kalter Nebenkosten in Höhe von monatlich 446,25 €“ zu gewähren. Das Berufungsgericht bezifferte die angemessenen Unterkunftskosten unter Heranziehung des Höchstwertes aus der äußersten rechten Spalte aus § 8 WoGG aF und erhöhte diesen Betrag um einen freihändig geschätzten Sicherheitszuschlag von 5%. Die Revision wurde nicht zugelassen.

Mit Schriftsatz vom 02.08.2010 legten die Beschwerdeführer Nichtzulassungsbeschwerde beim BSG ein (Anlage 59). Mit ergänzendem Schriftsatz vom 05.10.2010 begründeten sie die Nichtzulassungsbeschwerde (Anlage 61). Das BSG führte das Verfahren unter dem Aktenzeichen B 4 AS 110/10 B und ließ die Revision mit Beschluss vom 18.01.2011 zu (Anlage 62). Mit Schriftsatz vom 26.01.2011 legten die Kläger Revision ein (Anlage 63). Die Frist für die Begründung der Revision wurde zwei Mal verlängert (Anlagen 64 und 65). Mit Schriftsatz vom 24.05.2011 begründeten die Kläger die Revision (Anlage 66).

Das Revisionsverfahren wurde unter dem Aktenzeichen B 4 AS 16/11 R geführt. Am 22.03.2012 erging nach mündlicher Verhandlung das Urteil des BSG, durch das das Urteil des LSG aufgehoben und die Sache an das LSG zurückverwiesen wurde.

Das LSG führte das Verfahren nach Zurückverweisung unter dem neuen Aktenzeichen L 13 AS 3088/12 ZVW. Am 07.08.2012 führte das Berufungsgericht einen Erörterungstermin durch (Anlage 74). Am 25.02.2014 fand die mündliche Verhandlung statt, die zum Urteil vom selben Datum führte. Das Berufungsgericht kam zu dem Ergebnis, dass ein schlüssiges Konzept zur Bezifferung der Angemessenheitsgrenze gem. § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II nicht vorliege und dass ein solches auch rückwirkend nicht mehr erstellt werden könne. Es gab der Berufung teilweise statt und beließ es bei der Verurteilung des Beklagten insoweit, als der Beklagte verurteilt wurde, Aufwendungen für die Unterkunft in Höhe des Betrages gem. der äußersten rechten Spalte aus § 8 WoGG aF zzgl. 10% zzgl. Heizkosten als Bedarf anzuerkennen (Anlage 84).

Bereits am 11.10.2008 hatte das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald das erstinstanzliche Urteil vom 18.07.2008 umgesetzt und den Klägern für den streitgegenständlichen Zeitraum weitere Leistungen i.H.v. 3.184,80 € bewilligt (Anlage 35a). Der Betrag setzt sich zusammen aus der Differenz zwischen der Kaltmiete von 572,00 € und der ursprünglich anerkannten Kaltmiete i.H.v. 306,60 €, multipliziert mit zwölf für zwölf Monate.

Mit Schreiben vom 10.03.2014 forderte das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald die Kläger auf, die Differenz zwischen dem Betrag, zu deren Zahlung das LSG das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald noch verurteilt hatte und dem Betrag, zu dessen Zahlung das SG Freiburg das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald verurteilt hatte, an das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald zu erstatten und setzte Zahlungsfrist bis zum 31.03.2014 (Anlage 85).

II. Rechtslage

1. Zulässigkeit

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG und der §§ 90 ff BverfGG liegen vor:

a) Verfassungsbeschwerde gegen Akte der öffentlichen Gewalt

Die angefochtenen Entscheidungen des LSG Baden-Württemberg und des BSG sind Akte öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG i.V.m. § 90 Abs. 1 BVerfGG.

b) Beschwerdefähigkeit der Beschwerdeführerin als natürliche Person

Die Beschwerdeführer sind als natürliche und geschäftsfähige Personen beschwerdefähig.

c) Verletzung von Grundrechten der Beschwerdeführer

Die Beschwerdeführer sind durch die angegriffenen Entscheidungen in ihren Grundrechten aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 1 GG verletzt. Sie sind damit nicht lediglich durch eine rechtswidrige Entscheidung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes, sondern in verfassungsrechtlicher Hinsicht beschwert.

Aus dem Berufungsurteil im zurückgewiesenen Verfahren ergibt sich, dass die Beschwerdeführer an das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald den Betrag von 2.741,83 € zu zahlen haben. Gerade diese Zahlungsverpflichtung beruht auf der Verfassungswidrigkeit der Entscheidung des Berufungsgerichtes:

Erstinstanzlich war das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald verurteilt worden, den Beschwerdeführern für den Zeitraum vom 01.11.2005 bis zum 30.11.2006 Leistungen nach dem SGB II unter Berücksichtigung ihrer tatsächlichen Aufwendungen für die Unterkunft zu gewähren. Das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald zahlte daraufhin (weitere) 3.184,80 € an die Beschwerdeführer (Anlage 35 a). Das LSG verurteilte das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald im zurückverwiesenen Verfahren lediglich zur Zahlung (weiterer) 442,97 €. Damit haben die Beschwerdeführer den Betrag von 2.741,83 € an das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald zu erstatten (wenn die verfahrensgegenständliche Entscheidung Bestand hat).

Das Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald hat die Forderung mit einem Schreiben ohne Rechtsbehelfsbelehrung vom 10.03.2014 gegen die Beschwerdeführer geltend gemacht (Anlage 85) und den diesbezüglichen Widerspruch der Beschwerdeführer mit Widerspruchsbescheid vom 14.03.2014 als unzulässig verworfen. Dabei dürfte das Jobcenter übersehen haben, dass die „Zahlungsaufforderung“ vom 10.03.2014 als Verwaltungsakt nach § 50 Abs. 2 SGB X zu werten ist (Keller, in: Meyer-Ladewig u.a., SGG, 10. Aufl., § 155 Rn 4 SGG mit Verweis auf BSG, 31.10.1991, 7 Rar 60/89 und mwN). Da die Verfassungsbeschwerde weder Suspensiveffekt, noch Devolutiveffekt entfaltet,

werden die Beschwerdeführer Klage vor dem SG Freiburg gegen den Verwaltungsakt vom 10.03.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14.03.2014 erheben und das Ruhen des Verfahrens bis zur Entscheidung im vorliegenden Verfahren beantragen, um sicherzustellen, dass die Bestandskraft des Verwaltungsaktes vom 10.03.2014 die Zulässigkeit der vorliegenden Verfassungsbeschwerde nicht in Frage stellt.

Die überzeugende Entscheidung der ersten Instanz stellte die Beschwerdeführer nicht nur in Bezug auf den geltend gemachten Anspruch klaglos, sondern verhinderte auch eine Beeinträchtigung der Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 1. Abs. 1 GG, 20, Abs. 1 GG. Die ursprünglich angefochtenen Verwaltungsentscheidungen verletzen die Beschwerdeführer zwar ebenfalls in ihren Grundrechten aus Art. 1. Abs. 1 GG, 20, Abs. 1 GG. Da dieser Verletzung durch die erstinstanzliche Entscheidung wirksam begegnet wurde, kommt es darauf nicht mehr an. Die geltend gemachte Grundrechtsverletzung kann durch die Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichtes im zurückverwiesenen Verfahren und damit verbunden durch die Zurückweisung der Berufung des Jobcenters Breisgau-Hochschwarzwald behoben werden.

d) Erschöpfung des Rechtsweges

Der Rechtsweg ist erschöpft. Das LSG hat die Revision nicht zugelassen. Zur Rechtswegerschöpfung und damit zur Herbeiführung der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde war es nicht erforderlich, eine erneute Entscheidung des BSG herbeizuführen. Zum einen wäre das BSG nach seiner eigenen Rechtsprechung an seine Auffassung aus dem Urteil vom 22.03.2012 gebunden gewesen. Dies hat der GmSoGB zwar in seiner Entscheidung vom 06.02.1973 (1/72) verneint. Das BSG geht jedoch grundsätzlich von einer Selbstbindung aus, wenn eine Sache zum zweiten Mal zum BSG gelangt, und lässt eine Ausnahme nur für Fälle gelten, in denen entweder ein höherer Spruchkörper in der Zwischenzeit eine andere Rechtsauffassung vorgegeben hat, oder in denen das BSG selbst seine Rechtsauffassung zwischen der ersten und der zweiten Befassung mit der Sache geändert hat:

„Der erkennende Senat hat die Frage, ob er die Rechtsprechung des 8. Senats jedenfalls in solchen Fällen aufgibt, hier indes nicht zu entscheiden, weil er an einer abweichenden Entscheidung durch die Selbstbindung des Revisionsgerichts gehindert ist. Denn im vorliegenden Verfahren hat das LSG die vom SG ursprünglich vorgenommene Beiladung im Jahre 1984 wieder aufgehoben und der 8. Senat des BSG dieses in seiner zurückverweisenden Entscheidung vom 9. Dezember 1987 unter Hinweis auf seine Rechtsprechung ausdrücklich gebilligt. Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (GmSoGB) hat mit Beschluss vom 6. Februar 1973 (BSGE 35, 293 =

SozR 1500 § 170 Nr. 3) zwar entschieden, dass das Revisionsgericht, das nach Zurückverweisung einer Sache erneut mit dieser befasst wird, nicht an seine bei der Zurückverweisung vertretene Auffassung gebunden ist, wenn es sie inzwischen geändert hat. Damit ist aber nur der Fall gemeint, dass eine Änderung der Auffassung in der Zeit zwischen der Zurückverweisung und der erneuten Entscheidung schon in anderen Verfahren erfolgt ist. Ob erstmals bei der zweiten Entscheidung des Revisionsgerichts im selben Verfahren die Auffassung geändert werden darf, wird in dem genannten Beschluss zwar nicht ausgeschlossen (aaO S 298), aber in der übrigen Rechtsprechung verneint (Urteil des 9. Senats des BSG in FamRZ 1985, 282, 283; BAGE 36, 1, 7/8; BFHE 157, 28, 30; BVerwG NJW 1966, 798)." (BSG, 25.10.1990, 12 RK 19/90, Rn 18; vgl. a. Leit-herer in: Meyer-Ladewig u.a., SGG Komm., 10. Aufl. § 170 Rn 12 SGG).

Zum Zweiten ist es nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht erforderlich, eine erneute Entscheidung des Revisionsgerichtes herbeizuführen, um den Rechtsweg zu erschöpfen, wenn das Revisionsgericht mit der Sache bereits befasst war und die erneute Revision nicht durch die letzte Tatsacheninstanz, an die die Sache zurückverwiesen wurde, zugelassen ist (BVerfG, Urteil vom 11.11.1964, 1 BvR 488/62, juris, Rn 17; BVerfG, Urteil vom 08.03.1988, 1 BvR 1092/84, juris, Rn 26).

e) Frist

Das Urteil des LSG vom 25.02.2014 zum Aktenzeichen L 13 AS 3088/12 ZVW wurde dem Bevollmächtigten am 03.03.2014 zugestellt. Die Frist für die Verfassungsbeschwerde endet damit mit dem 03.04.2014.

2. Annahmefähigkeit

Die vorliegende Beschwerde ist annahmefähig, denn der Annahmegrund des § 93a Abs. 2 lit a BVerfGG liegt vor. Die Sache hat grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung:

Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG begründet einen Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums als Menschenrecht (BVerfG, 09.02.2010, 1 BvL 1/09; BVerfG, 18.07.2012, 1 BvL 10/10). In der Entscheidung vom 09.02.2010 hat das BVerfG formuliert, welche Anforderungen an die einfachgesetzliche Ausgestaltung des menschenrechtlichen Anspruchs auf Zurverfügungstellung eines soziokulturellen Existenzminimums von Verfassungs wegen zu stellen sind. Die Entscheidung hatte jedoch – wie die Entscheidung zum AsylbLG vom 18.07.2012 – die damalige

Regelleistung gem. § 20 SGB II – jetzt Regelbedarf gem. § 20 SGB II nF – zum Gegenstand, nicht die in vielen Fällen (so auch hier) betragsmäßig größere Position der Aufwendungen für die Unterkunft.

§ 22 Abs. 1 Satz 1 1. Halbsatz SGB II regelt, dass die Aufwendungen für die Unterkunft in tatsächlicher Höhe in den Bedarf eingestellt und damit (abzüglich einzusetzenden Einkommens) in voller Höhe vom Grundsicherungsträger übernommen werden. Dies erfolgt jedoch nicht in jedweder Höhe, sondern nur, „soweit diese angemessen sind“. Weitergehende Regelungen fehlen im Gesetz. Das Gesetz trifft keine nähere Bestimmung, anhand derer der Begriff der Angemessenheit ausgefüllt werden könnte.

Zwar regeln die § 22a bis 22c SGB II seit dem 01.04.2011, dass die Länder ergänzende Gesetze erlassen können, durch die die Grundsicherungsträger eine Satzungsermächtigung erlangen. Dies ist jedoch in Baden-Württemberg nicht geschehen. Bundesweit gibt es bislang nur in drei Bundesländern, nämlich Hessen, Schleswig-Holstein und Berlin, Gesetze nach § 22a SGB II.

Das BSG hat den Begriff der Angemessenheit aus § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II durch die Theorie des schlüssigen Konzepts konkretisiert (BSG Urt. v. 7.11.2006 - B 7b AS 18/06 R; BSG Urt. v. 7.11.2006 - B 7b AS 10/06 R; BSG Urt. v. 15.4.2008 - B 14/7b AS 34/06 R; BSG Urt. v. 18.6.2008 - B 14/11b AS 44/06 R; BSG Urt. v. 19.2.2009 - B 4 AS 30/08 R; BSG Urt. v. 20.8.2009 - B 14 AS 41/08 R; BSG Urt. v. 22.9.2009 - B 4 AS 18/09 R; BSG Urt. v. 22.9.2009 - B 4 AS 70/08 R; BSG Urt. v. 17.12.2009 - B 4 AS 27/09 R; BSG Urt. v. 17.12.2009 - B 4 AS 50/09 R; BSG Urt. v. 18.2.2010 - B 14 AS 74/08 R; BSG Urt. v. 18.2.2010 - B 14 AS 73/08 R; BSG Urt. v. 19.10.2010 - B 14 AS 65/09 R; BSG Urt. v. 19.10.2010 - B 14 AS 15/09 R; BSG Urt. v. 19.10.2010 - B 14 AS 50/10 R; BSG Urt. v. 19.10.2010 - B 14 AS 2/10 R).

Das BSG geht dabei davon aus, dass der Begriff der Angemessenheit als unbestimmter Rechtsbegriff der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Das BSG billigt der Verwaltung keinen eigenen Ermessensspielraum zu (BSG, 17.12.2009, B 4 AS 27/09 R). Der Begriff der Angemessenheit wird nach der Theorie des schlüssigen Konzepts in einem mehrstufigen Verfahren konkretisiert. Im ersten Schritt wird abstrakt eine Angemessene Wohnung gedacht, die nach Größe, Wohnungsstandard und Lage dergestalt zu bestimmen ist, dass sie dem unteren Preissegment des Mietwohnungsmarktes angehört.

Im zweiten Schritt ist ein Gebiet festzulegen, für das die Angemessenheitsgrenze zu bestimmen ist. Im dritten Schritt soll der Leistungsträger die Kosten für eine angemessene Wohnung in dem Gebiet, das im zweiten Schritt bestimmt wurde, ermitteln und prüfen, ob eine solche (abstrakt angemessene) Wohnung durch den Hilfesuchenden

konkret angemietet werden könnte oder hätte können (BSG, 20.08.2009, B 14 AS 41/08 R).

Im Streitfall ist das Konzept zur Bestimmung der Angemessenheit von den Gerichten in vollem Umfang zu prüfen und gegebenenfalls ein solches Konzept durch eigene Ermittlungen der Tatsachengerichte zu erstellen (BSG, 19.10.2010, B 14 AS 2/10 R).

Die Wohnungsgröße bestimmt das BSG typisierend anhand der jeweiligen Ausführungsbestimmungen der Länder über die Förderung des sozialen Wohnungsbaus. Für Baden-Württemberg bedeutet das, dass die Rechengröße zur Bezifferung der „Mietobergrenze“ für einen Ein-Personen-Haushalt 45 m² sind, für einen Zwei-Personen-Haushalt 60 m², für einen Drei-Personen-Haushalt 75 m² usw.. Pro Person sind weitere 15 m² hinzuzurechnen (BSG, 07.11.2006, B 7b AS 18/06 R; kritisch jedoch BSG, 19.02.2009, B 4 AS 30/08 R und BSG, 22.09.2009, B 4 AS 70/08 R).

Der im zweiten Schritt festzulegende regionale Vergleichsraum ist nach Auffassung des BSG der Wohnort des Leistungsberechtigten (BSG, 19.02.2009, B 4 AS 30/08 R). In kreisfreien Städten ist das in der Regel das gesamte Stadtgebiet. Die Landkreise dürfen nach dieser Rechtsprechung in Vergleichsräume aufzuteilen sein.

Im dritten Schritt ist festzustellen, welche Quadratmetermieten für Wohnungen einfachen Standards im Vergleichsraum anfallen. Diese Quadratmetermiete ist dann mit dem oben genannten Quadratmeterwert zu multiplizieren. Daher rührt der Name „Produkttheorie“, der für die Theorie vom schlüssigen Konzept ebenfalls gängig ist. Der sich so ergebende Wert bildet die Obergrenze des Angemessenen (also die Angemessenheitsgrenze, nicht die „Angemessenheitsobergrenze“).

Im Urteil vom 13.04.2011, B 14 AS 106/10 R, hat das BSG die bis dahin offen gebliebene Frage entschieden, ob und in welchem Umfang die Betriebskosten im Rahmen der Bezifferung der Angemessenheitsgrenze zu berücksichtigen sind: Danach ist die Produkttheorie für die Netto-Kalt-Miete und die kalten Betriebskosten, nicht jedoch die Energiekosten anzuwenden. Das BSG leitet das daraus ab, dass § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II von den Bedarfen für Unterkunft einerseits und den Bedarfen für Heizung andererseits spricht.

In dem genannten Urteil vom 13.04.2011 hat der 14. Senat des BSG darüber hinaus herausgestellt, dass es darauf ankomme, dass Wohnungen zu den Preisen, die so ermittelt werden, auch wirklich angemietet werden können – also auf dem Markt überhaupt tatsächlich vorhanden sein müssen:

„Zur Ermittlung der Leistung für die Unterkunft, auf die der dem Grunde nach leistungsberechtigte Hilfebedürftige Anspruch hat, ist in mehreren Schritten vorzugehen: Zunächst ist die angemessene Leistung für die Unterkunft unter Zugrundelegung der sogenannten Produkttheorie in einem mehrstufigen Verfahren abstrakt zu ermitteln (dazu a). Dann ist - falls insofern vom Hilfebedürftigen Einwände vorgebracht werden - zu prüfen, ob in dem örtlichen Vergleichsraum eine solche abstrakt angemessene Wohnung auch tatsächlich hätte angemietet werden können (dazu b).“ (BSG, 13.04.2011, B 14 AS 106/10 R, Rn 15)

Darauf war zuvor schon, wenn auch weniger deutlich, im Urteil vom 19.10.2010, B 14 AS 50/10 R hingewiesen worden. Der 14. Senat unterschied sich hier etwas vom 4. Senat (ohne diese Differenz zu thematisieren), der daran festgehalten hatte, dass das schlüssige Konzept auf ein dreischrittiges System zu begrenzen sei: Der 4. Senat des BSG hat seine Auffassung hinsichtlich des zutreffenden Verständnisses der Produkttheorie am differenziertesten in der Entscheidung vom 19.02.2009 zum Aktenzeichen B 4 AS 30/08 R dargelegt.

*„Im ersten Schritt konkretisiert das BSG **normativ und unabhängig von den konkreten örtlichen Gegebenheiten**, welche Wohnungsgröße und welcher Wohnungsstandard für Hilfeempfänger bzw Bedarfsgemeinschaften abstrakt als angemessen anzusehen sind. Angemessen sind danach ‚Aufwendungen für eine Wohnung nur dann, wenn diese nach Ausstattung, Lage und Bausubstanz einfachen und grundlegenden Bedürfnissen genügt und keinen gehobenen Wohnstandard aufweist‘, es sich um eine ‚Wohnung mit bescheidenem Zuschnitt‘ handelt (‚lediglich einfacher und im unteren Segment liegender Ausstattungsgrad, der Wohnung‘, vgl BSG, Urteil vom 7.11.2006 – B 7b AS 10/06 R, BSGE 97, 231 = SozR 4-4200 § 22 Nr 2 RdNr 24, 28).“ (BSG, 19.02.2009, B 4 AS 30/08 R, Rn 14, Hervorhebung durch den Unterzeichner)*

Im zweiten Schritt ist nach dieser Entscheidung der räumliche Vergleichsmaßstab festzulegen (Rn 20 ff.). Im dritten Schritt soll zu ermitteln sein, *„wie viel für eine abstrakt als angemessen eingestufte Wohnung auf dem für den Hilfebedürftigen maßgeblichen Wohnungsmarkt aufzuwenden ist. Dabei **ist nicht nur auf die tatsächlich am Markt angebotenen Wohnungen abzustellen, sondern auch auf vermietete Wohnungen**“* (Rn 24, Hervorhebung durch den Unterzeichner).

Einen vierten Schritt sieht der 4. Senat nicht vor. Er stellt in der Entscheidung jedoch klar, dass *„auch von Hilfebedürftigen bei der Suche nach Alternativwohnungen ‚nicht Unmögliches oder Unzumutbares‘“* verlangt werden könne. Andererseits solle jedoch die *„Übernahme überhöhter Kosten der Unterkunft angesichts der genannten Rechts-*

folgenanordnung exzeptionellen Charakter haben". Deshalb seien „im Rahmen der Bestimmung der Ausnahmen vom Regelfall strenge Anforderungen an die Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit zu stellen" (Rn 32).

„Eine objektive Unmöglichkeit einer Unterkunftsalternative wird, wenn man auf hinreichend große Vergleichsräume abstellt [...], nur in seltenen Ausnahmefällen zu begründen sein, zumal es in Deutschland derzeit keine allgemeine Wohnungsnot gibt und allenfalls in einzelnen Regionen Mangel an ausreichendem Wohnraum herrscht. [...] Ob von Hilfebedürftigen in extremen Ausnahmefällen auch ein Umzug insbesondere in benachbarte Vergleichsräume verlangt werden kann, lässt der Senat offen." (Rn 36)

Diese Auslegung des Angemessenheitsbegriffs aus § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II, die das BSG entwickelt hat, bewirkt nicht, dass der Anspruch auf existenzsichernde Leistungen (in Bezug auf die Kosten der Unterkunft), den das BVerfG entwickelt hat, tatsächlich realisiert würde. Nicht nur entbehrt die Auffassung, die Angemessenheitsgrenze sei auch anhand von Bestandsmieten zu beziffern, in überraschend augenfälliger Weise der Plausibilität: Auch die Leistungsträger verweigern die Erstellung schlüssiger Konzepte teilweise ganz offen. Die Tatsachengerichte sehen sich mit der Ermittlung von Datengrundlagen, aus denen ein schlüssiges Konzept entwickelt werden könnte, nahezu durchgängig überfordert.

Die Situation im südwestlichen Baden-Württemberg, die exemplarisch ist, stellt sich wie folgt dar:

Die **Stadt Freiburg** hat im Dezember 2011 und damit ungefähr ein dreiviertel Jahr nach Erlass des Urteils vom 13.04.2011 zum Aktenzeichen B 14 AS 106/10 R ein Konzept erstellt, das auf der sogenannten Basismiete, die sich aus dem Mietspiegel ergibt, beruht. Das Konzept ist also ein reines Bezifferungskonzept für die Obergrenze der angemessenen *Kaltmiete*. Aus dem genannten Urteil vom 13.04.2011 ergibt sich jedoch zweifelsfrei, dass die Brutto-Kalt-Miete – also die Aufwendungen für die Unterkunft ohne die Energiekosten – auf die Angemessenheit zu überprüfen ist (nicht lediglich die Kaltmiete).

Die Stadt Freiburg hat dies dann einige Monate später, nämlich im Mai 2012 nachgebessert und addiert nun zu dem Wert, der sich aus der Basismiete des Mietspiegels ergibt, kurzerhand den Durchschnittswert der letzten vom Deutschen Mieterbund zur Verfügung gestellten Auswertung der Betriebskosten in Deutschland (sog. Betriebskostenspiegel). Die Angemessenheit der Kaltmiete wird berechnet, indem eine Rechengröße nach Quadratmetern zu Grunde gelegt wird – also für eine Person 45 m², für zwei Personen 60 m², für drei Personen 75 m² usw. Im zweiten Schritt wird die Basismiete

zu dieser Quadratmeterzahl aus dem Mietspiegel ermittelt. Im dritten Schritt werden beide Werte multipliziert. Im vierten Schritt wird derselbe Quadratmeterwert mit dem Wert aus dem letzten Betriebskostenspiegel (bereinigt um die Energiekosten), multipliziert. Beide Produkte werden addiert. Die Summe ergibt die von der Stadt Freiburg – und damit auch vom Jobcenter Freiburg Stadt – angewendete „Mietobergrenze“. Weder die Stadt Freiburg, noch das Jobcenter Freiburg Stadt hat irgendwelche Bemühungen unternommen, um darzulegen, aus welchen Gründen ausgerechnet der Durchschnittswert der Betriebskosten die *Obergrenze* des Angemessenen bilden sollte.

Die Gerichtsbarkeit hatte aber bislang keinen Anlass, die Schwächen dieses Konzeptes zu problematisieren, weil die sich so ergebenden Werte deutlich oberhalb des Wertes liegen, der sich aus der Entscheidung des BSG vom 22.03.2012 zum Aktenzeichen B 4 AS 16/11 R (also aus dem Urteil, das im vorliegenden Verfahren erging) ergibt: Das BSG hat hier entschieden, dass dann, wenn der Grundsicherungsträger kein schlüssiges Konzept vorgelegt hat, notfalls auf den Wert aus § 12 WoGG, erhöht um 10%, zurückgegriffen werden kann. Das BSG hat diesen Wert in keiner seiner Entscheidungen näher begründet: Es handelt sich um eine sogenannte „gegriffene Größe“ (dazu siehe unten).

In Freiburg liegen die Werte, die sich so ergeben, jedoch unter den Werten, die sich aus dem Konzept, das die Stadt Freiburg entwickelt hat, ergeben. Dies ist ein Ergebnis, das es nach der Rechtsauffassung des BSG eigentlich nicht geben dürfte, da die „Angemessenheitsobergrenze“ (BSG, 11.12.2012, B 4 AS 44/12 R, Rn 19) oder auch „Angemessenheitsgrenze per se“ (BSG, 17.12.2009, B 4 AS 50/09 R, Rn 27), die aus § 12 WoGG abgeleitet wird, eine Art Notlösung sein soll, deren Anwendung jedenfalls eine minimale Motivation für den Grundsicherungsträger bedeuten sollte, ein schlüssiges Konzept zu entwickeln.

Für einen 1-Personenhaushalt in Freiburg ergeben sich z.B. aktuell folgende Werte:

„Angemessenheitsgrenze per se“:

Höchstbetrag der zu berücksichtigenden Miete nach § 12 WoGG

(für Freiburg gilt die Mietstufe 5): 385 € zzgl. 10% = 423,50 €

Aktuelle „Mietobergrenze“ nach dem Konzept des Beklagten (nach „Geschäftsanweisung Kosten der Unterkunft Stand 1.1.2013“):

Nettokaltmiete max. 365,85 € zzgl. kalte Betriebskosten max.

76,50 € = 442,35 €

In den umliegenden Landkreisen ist folgende Situation festzustellen:

Der **Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald** beruft sich auf ein selbstreferentielles System, das wie folgt operiert: Der Landkreis ermittelt die tatsächlichen Quadratmetermieten von Empfängern von Leistungen nach dem SGB II, SGB XII und dem AsylbLG. Diese Quadratmeterwerte werden nach Haushaltsgröße (Personenzahl) und nach sogenannten „Raumschaften“, also nach Gebieten innerhalb des Landkreises, sortiert. Damit ergeben sich pro „Raumschaft“ Gruppen von Werten, sortiert nach Haushaltsgröße. Diese Werte werden zunächst bei einer Quadratmetermiete von netto-kalt 8,00 € gekappt, weil der Landkreis die Auffassung vertritt, Mieten oberhalb dieses Wertes seien keinesfalls angemessen, ohne dass dies noch einer Begründung bedürfe – auch das ein Fall einer „gegriffenen Größe“. Von den verbleibenden Werten wird der Durchschnittswert herangezogen. Dieser Durchschnittswert wird dann mit der Quadratmeterzahl zur Berechnung der Angemessenheitsgrenze (für eine Person 45 m², für zwei Personen 60 m², für drei Personen 75 m² usw.) multipliziert. Der sich daraus ergebende Wert ist die „Mietobergrenze“, die der Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald ungeachtet entgegenstehender Rechtsprechung auf Basis der Netto-Kalt-Miete berechnet (SG Freiburg, 21.09.2010, S 12 SO 4278/08; 19.09.2011, S 18 AS 2522/10; 19.09.2011, S 18 AS 2059/10 – alle rechtskräftig).

Im Verfahren S 7 AS 1218/10 hat das SG Freiburg das seit 01.05.2009 in Kraft befindliche Konzept zur Bezifferung der „Mietobergrenze“ des Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald bestätigt. (Urteil vom 08.08.2011). Im Berufungsverfahren hat das Berufungsgericht den Klägerin zwar insofern Recht gegeben, als es bestätigt hat, dass das Konzept nicht plausibel sei. Die Berufung wurde gleichwohl mit Urteil 26.03.2014 (LSG Baden-Württemberg, L 2 AS 3878/11) zurückgewiesen, denn das LSG kam zu dem Ergebnis, dass die „Angemessenheitsobergrenze“, die wie im vorliegenden Verfahren aus der Erhöhung um 10% des entsprechenden Wertes aus § 12 WoGG abgeleitet wurde, nicht höher sei als die vom Jobcenter Breisgau-Hochschwarzwald berücksichtigten Aufwendungen für die Unterkunft, sodass trotz des nicht schlüssigen Konzeptes keine weiteren Leistungen zugesprochen wurden. Die schriftliche Begründung des Urteils liegt noch nicht vor.

Der Landkreis **Ortenaukreis**, der etwa 50 km nördlich von Freiburg liegt, beziffert die „Mietobergrenze“ wie der Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald an Hand eines selbstreferentiellen Systems. Auch das wird von der Rechtsprechung nicht akzeptiert (SG Freiburg, 06.11.2012, S 7 AS 937/12).

Der **Landkreis Emmendingen**, der zwischen den beiden genannten Landkreisen liegt, lehnt es ausdrücklich ab, ein schlüssiges Konzept zu entwickeln, weil er die Auffassung vertritt, das sei nicht möglich. Der Landkreis Emmendingen wendet von vorne herein die Werte aus § 12 WoGG an, die er (mittlerweile) um einen pauschalen Faktor von

10% zu Gunsten der Hilfeempfänger berichtigt (vgl. SG Freiburg, 10.09.2010, S 20 AS 4370/07).

Der **Landkreis Waldshut** verfügt ebenfalls bis heute nicht über ein Konzept, das die Gerichtsbarkeit als schlüssiges anerkennen würde, und wurde jüngst verurteilt, Aufwendungen für die Unterkunft nach § 12 WoGG + 10% zu zahlen (SG Freiburg, 09.11.2011, S 17 AS 4430/09).

Das Jobcenter **Landkreis Lörrach** hat sich im letzten hier bekannten Verfahren, betreffend Angemessenheit der Kosten der Unterkunft, einer Verurteilung durch ein Anerkennnis entzogen (SG Freiburg, S 15 AS 5145/09; SG Freiburg, S 15 AS 3056/09).

Insgesamt ist festzustellen, dass sich an der Situation, die im Jahr 2007 herrschte, in den Landkreisen nur wenig geändert hat. Es kam punktuell zu Nachbesserungen. „Schlüssige Konzepte“, wie das BSG sie fordert, haben die Landkreise in Baden-Württemberg, soweit das hier bekannt ist, jedoch nicht vorgelegt. Damit gilt im Wesentlichen noch immer, was eine Untersuchung der Liga der freien Wohlfahrtspflege in Baden-Württemberg bereits im Jahr 2007 festgestellt hat:

„Die Wohnungen von Sozialleistungsempfängern nach Hartz IV, Sozialhilfe und AsylbLG sind nicht mehr ausreichend gesichert. Betroffen sind ca. 600.000 Menschen in Baden-Württemberg, darunter ca. 150.000 Kinder. Es handelt sich somit nicht um ein Problem bereits wohnungsloser Menschen, die keinen Wohnraum mehr finden.

Die Mietobergrenzen sind weit unter das Niveau der Sozialhilfe gerutscht. In 24 der untersuchten 31 Stadt- und Landkreise liegen sie inzwischen bis zu 44% tiefer, im Mittel 14% unter dem bislang zulässigen Höchstwert (Tabelle zu § 8 WoGG, rechte Spalte als Netto-Kalt-Miete nach SHR 12.05+12.06 Ba-Wü).

Nur in drei von 20 Städten mit Mietspiegeln kann eine 25 Jahre alte Wohnung im unteren Preissegment noch gesichert werden. Die 17 anderen Städte liegen bis zu 30% unter diesem Mietspiegelwert. Dabei bleibt offen, inwieweit es ausreichenden Wohnraum zu diesen Vorgaben am Markt gibt.

In 11 der 31 Stadt- und Landkreise werden zudem die Heiz- und Nebenkosten unzulässig pauschal begrenzt. Dabei liegen die Grenzen teilweise bei weniger als der Hälfte der notwendigen Kosten. Mit den großteils marktfremden Mietobergrenzen werden damit Hilfebedürftige in Substandards gedrängt, dort gibt man dann aber Heizkostenwerte von gut isolierten Wohnungen vor.“

Die Tatsache, dass die Rechtsprechung des BSG zum schlüssigen Konzept von der Verwaltung überwiegend gar nicht umgesetzt zu werden scheint, belegt, dass die Theorie des schlüssigen Konzepts nicht nur verfassungsrechtlich zu beanstanden, sondern auch empirisch nicht geeignet ist, den grundrechtlich garantierten Anspruch auf ein soziokulturelles Existenzminimum in der Weise umzusetzen, wie das spätestens nach dem 09.02.2010 in Bezug auf die Aufwendungen für die Unterkunft verfassungsrechtlich geboten ist.

Groth formuliert in seiner Anmerkung zum Urteil des BSG vom 22.03.2012, B 4 AS 16/11 R (vorliegendes Verfahren) zutreffend: *„So ist es dem BSG nicht gelungen, seine Idee von ‚schlüssigen Konzept‘ zur Bestimmung der Angemessenheit der Unterkunftskosten in der Fläche zu etablieren. Die höchstrichterlichen Vorgaben verunsichern vielmehr selbst gutwillige Verwaltungsträger und lassen sie oftmals von der Konzeptbildung absehen.“* (SGb 2013, 249-251 <250>)

Groth, selbst Richter (LSG Schleswig-Holstein), kommt zu folgendem Fazit:

„Das ‚schlüssige Konzept‘ ist in der Fläche gescheitert. Die vorliegende Entscheidung [BSG, 22.03.2012, B 4 AS 16/11 R] wird daran nichts ändern. Erforderlich ist ein grundlegender Bewusstseinswandel.“ (SGb 2013, 249-251, <252>)

Die Untauglichkeit der Theorie des schlüssigen Konzepts wird weiter durch eine Untersuchung bestätigt, die unter anderem das Bundesministerium für Verkehr-, Bau-, Stadt- und Raumforschung in Auftrag gegeben hat. Die Studie steht unter folgendem Link zum Download zur Verfügung: <http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/BMVBS/Forschungen/2009/Hef142.html?nn=422466>

Die Studie kommt unter anderem zu dem Ergebnis, dass *„eine Bemessung der Mietobergrenze an bestehenden Grundlagen allein (Mietspiegelwerte, Wohngeldtabelle) nicht ausreichend sein kann, da eine solche Vorgehensweise nur sehr eingeschränkt zu einem sachgerechten Grenzwert führen kann.“* (Seite 104, der Begriff „Wohngeldtabelle“ beruht sicher auf einem Irrtum; gemeint ist gerade nicht die Wohngeldtabelle, sondern die Werte des § 12 WoGG).

Schließlich wird hier noch auf die Arbeit von Malottki, info also, 2012, Seite 99 – 108 hingewiesen: Auch Malottki weist auf Schwächen der Theorie vom schlüssigen Konzept hin. Er erwähnt insbesondere, dass die Auffassung des BSG, nach der nicht nur Neumieten, sondern auch Bestandsmieten zu berücksichtigen seien, um die „Mietobergrenze“ zu beziffern, nicht richtig sein kann. Malottki plädiert dafür, die empirische For-

schung stärker einzubeziehen, damit sichergestellt wird, dass die „Mietobergrenzen“ so beziffert werden, dass Wohnungen innerhalb dieses Rahmens auch tatsächlich angemietet werden können.

Die Frage, ob § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II in der Auslegung, die das BSG gefunden hat – Theorie vom schlüssigen Konzept – verfassungsgemäß ist, ist Gegenstand des beim BVerfG bereits anhängigen Verfahrens 1 BvR 617/14. Das vorliegende Verfahren hat nicht die Angemessenheitsgrenze, die durch ein schlüssiges Konzept ermittelt wird, zum Gegenstand, sondern die „Angemessenheitsobergrenze“ oder „Angemessenheitsgrenze per se“, die nach der Rechtsprechung des BSG angewendet werden soll, wenn ein schlüssiges Konzept nicht vorliegt. Im Rahmen der Darlegung der Annahmefähigkeit wurde erläutert, dass und aus welchen Gründen dieser Fall sehr oft gegeben ist, sodass die Frage, ob die Auffassung des BSG, nach der im Fall des Fehlens eines schlüssigen Konzeptes auf die um 10% erhöhten Beträge aus § 12 WoGG zurückgegriffen werden kann, von herausragender verfassungsrechtlicher Bedeutung ist.

3. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist schließlich begründet, denn die Entscheidungen des Revisionsgerichtes und des Berufungsgerichtes verletzen die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht auf Zurverfügungstellung eines wirtschaftlichen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 GG.

a) Auslegungprärogative des BVerfG in Bezug auf grundrechtliche Normen

Gesetzestexte spielen für die normative Praxis zwar eine herausgehobene, keineswegs aber eine exklusive Rolle. Gesetzestexte sind sehr kurze Texte, die in unübersichtliche und weite Felder der sozialen Realität normativ eingreifen sollen. Sie sind in aller Regel viel zu unspezifisch, um konkret normativ wirken zu können. Für Grundrechte und damit für die Art. 1 bis 20 GG gilt in besonderer Weise, was Müller/Christensen so formulieren: *„Die in Gesetzblättern und Gesetzessammlungen stehenden Wortlaute von Vorschriften, also die Normtexte, sind nicht normativ. Sie sind unfähig, den jeweils vorliegenden konkreten Rechtsfall verbindlich zu lösen. Sie sind (noch) nicht-normative Eingangsdaten des Konkretisierungsvorgangs. Der an Gesetz und Verfassung gebundene Jurist ist verpflichtet, sie als Eingangsdatum einzuführen, sofern er sie für im Fall einschlägig hält. Dieser Sachverhalt wird mit dem Begriff der ‚Geltung‘ erfasst.“* (Müller/Christensen, Juristische Methodik Band 1 Berlin 2009, S. 232)

Das BVerfG bekennt sich zwar „in ständiger Rechtsprechung zum Credo der herkömmlichen Interpretationslehre“ (aaO, Seite 47). Nach dieser ist ein praktischer Rechtsfall dadurch zu lösen, dass der zur Entscheidung stehende Lebenssachverhalt auf dem Weg des syllogistischen Schlusses unter die als vorgegeben gedachte Norm subsumiert wird. Tatsächlich jedoch ist „die Entscheidungspraxis des BVerfG [...] mit den Regeln, zu denen es sich programmatisch bekennt, kaum erfassbar.“ (aaO, Seite 50)

Dies springt besonders ins Auge, wenn man sich vergegenwärtigt, dass sowohl das BVerfG, als auch der EGMR bereits in den siebziger Jahren sich zu einer dynamischen Auslegung legislativer Vorgaben bekannt haben. Das BVerfG formulierte 1973:

„Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf die Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehenbleiben. Es ist zu berücksichtigen, welche vernünftige Funktion sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann. Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muss sich unter Umständen mit ihnen wandeln. Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben wie in diesem Jahrhundert. Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist zu freierer Handhabung der Rechtsnormen gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, ‚Recht‘ zu sprechen, verfehlen will.“ (BVerfG, 14.2.1973, 1 BvR 112/65)

1978 bestätigte der EGMR diese Auffassung für die EMRK:

„The Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions.“ (EGMR Urteil vom 25.7.1978, Tyrer vs. The United Kingdom)

Diese methodischen Überlegungen zeigen, dass der Gehalt der Grundrechte nicht in der Weise objektiv ermittelt werden kann, dass Spruchkörper, die dasselbe methodische Handwerkszeug anwenden, auch zu identischen Ergebnissen kommen müssten – oder auch nur könnten. Die im Grundgesetz niedergelegten grundlegenden und vorrangigen Rechte konkretisieren sich nicht unmittelbar aus dem Gesetzestext, sondern erst in der Entscheidungspraxis – dem case law – des BVerfG. Ein besonders anschauliches Beispiel dafür ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das das BVerfG nicht einfach in Art. 2 Abs. 1 GG „gefunden“, sondern aus dieser Vorschrift entwickelt hat.

Ausgehend von dieser Erkenntnis ist es folgerichtig – wenn nicht zwingend –, die Auslegungprärogative des BVerfG für die Auslegung verfassungsrechtlicher Normen anzuerkennen. Das BVerfG selbst nimmt diese Auslegungprärogative ganz ausdrücklich in Anspruch:

*„Entsprechend seiner Aufgabe, das Verfassungsrecht zu bewahren, zu entwickeln und fortzubilden und insbesondere die verschiedenen Funktionen einer Grundrechtsnorm zu erschließen (vgl. BVerfGE 6, 55 <72>; 7, 377 <410>), ist das Bundesverfassungsgericht insoweit im Verhältnis zu den Fachgerichten nicht auf die Prüfung beschränkt, ob diese das Verfassungsrecht willkürfrei zugrunde gelegt haben, sondern hat **selbst letztverbindlich über dessen Auslegung und Anwendung zu entscheiden.**“* (BVerfG, 24.09.2003, 2 BvR 1436/02, Rn 31, Hervorhebung d.d. Unterzeichner)

Die konsequente Fortsetzung dieser Rechtsprechung findet sich darin, dass das BVerfG nicht nur für sich selbst in Anspruch nimmt, ein verbindliches case law der Grundrechte zu entwickeln, sondern dies für den Geltungsbereich der EMRK auch dem EGMR zubilligt. Das BVerfG anerkennt ausdrücklich, dass nicht nur der „nackte“ Text der EMRK von der rechtsprechenden Gewalt in Deutschland zu beachten ist. Vielmehr ist die Konvention *„in der Auslegung durch den Gerichtshof“* [gemeint ist der EGMR] (BVerfG, 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, Rn 29) von der rechtsprechenden Gewalt zu beachten.

Das BVerfG hat darüber hinaus bereits 1974 klargestellt, dass die in § 31 BVerfGG normierte Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG nicht nur den Tenor, sondern die Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Norm im Ganzen betrifft:

„§ 31 BVerfGG erkennt den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen Bindungswirkung insoweit zu, wie die Funktion des Bundesverfassungsgerichts als maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung dies erfordert. Die Bindungswirkung beschränkt sich deshalb auf die Teile der Entscheidungsgründe, welche die Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes betreffen. Sie erstreckt sich nicht auf Ausführungen, die nur die Auslegung einfacher Gesetze zum Gegenstand haben. Die Auslegung und Anwendung einfacher Gesetze ist Sache der sachnäheren Fachgerichte. Dagegen hat das Bundesverfassungsgericht die aus dem Verfassungsrecht sich ergebenden Maßstäbe oder Grenzen für die Auslegung eines einfachen Gesetzes verbindlich zu bestimmen. Spricht das Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer ‚verfassungskonformen Auslegung‘ einer Norm des einfachen Rechts aus, dass gewisse an sich mögliche Interpretationen dieser Norm mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sind, so kann kein anderes Gericht diese Interpretationsmöglichkeiten für verfassungsgemäß halten. Alle Gerichte sind vielmehr nach § 31 Abs 1 BVerfGG an das vom Bundesverfassungsgericht

als verbindlicher Instanz in Verfassungsfragen ausgesprochene Verdikt der Verfassungswidrigkeit gebunden. Denn ob vom Bundesverfassungsgericht eine Norm insgesamt für nichtig erklärt oder ob lediglich die durch eine bestimmte Auslegung konkretisierte 'Normvariante' als verfassungswidrig qualifiziert wird, kann, was die Bindung der übrigen Gerichte angeht, unter dem Blickpunkt des Gesetzeszweckes des § 31 BVerfGG keinen Unterschied machen. (BVerfG, 10.06.1975, 2 BvR 1018/74, Rn 14)

Das Urteil des BVerfG vom 09.02.2010, 1 BvL 1/09 ist von der rechtsprechenden Gewalt nach diesen Maßstäben anzuwenden.

b) Die Vorgaben des BVerfG zu Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG aus der Entscheidung vom 09.02.2010

Es ist seit langem allgemein anerkannt, dass aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG ein Anspruch auf Zurverfügungstellung eines Existenzminimums abzuleiten ist (Rothkegel in: ders (Hg.), Sozialhilferecht, Baden-Baden 2005, Seite 127 mwN). Erst seit dem 09.02.2010 ist jedoch geklärt, dass dieser Anspruch sich nicht nur auf das zum physischen Überleben Erforderliche beschränkt. Noch im Jahr 2008 hat das BSG diese Auffassung vertreten, dabei allerdings gleichzeitig anerkannt – und das ist im vorliegenden Zusammenhang besonders bemerkenswert – , dass es Sache des BVerfG ist, festzulegen, wie weit der grundrechtlich garantierte Anspruch auf ein Existenzminimum reicht:

„In welcher Mindesthöhe das sozialrechtlich zu gewährende Existenzminimum verfassungsrechtlich gesichert ist, hat das BVerfG bisher nicht ausdrücklich festgelegt, denn es ist nach der Konzeption des Art 1 Abs 1 GG und Art 20 Abs 1 GG in erster Linie Sache des Gesetzgebers, die Höhe des verfassungsrechtlich gesicherten Existenzminimums auszugestalten. Ebenso, wie die Höhe des steuerlich zu verschonenden Existenzminimums von den allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen und dem in der Rechtsgemeinschaft anerkannten Mindestbedarf abhängt (BVerfGE 87, 153, 169) , liegt es bei dem verfassungsrechtlich durch Sozialleistungen zu sichernden Existenzminimum. Dieses einzuschätzen ist Aufgabe des Gesetzgebers (vgl auch BVerfGE 99, 246, 259). Dabei hat der Gesetzgeber nicht nur die Werteordnung des GG, sondern auch die jeweiligen gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen, die von vornherein starre Grenzziehungen verbieten. Der Gesetzgeber verfügt zudem über durchaus unterschiedliche Spielräume, je nachdem, welche Sicherungszwecke er verfolgt, wenn er dem Einzelnen Sozialleistungen zur Führung seines Lebens einräumt. Je näher sich der Gesetzgeber den denkbar untersten

verfassungsrechtlichen Grenzen nähert, desto geringer wird sein Spielraum. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber bei wirtschaftlichem Wohlstand in Deutschland, bei einer von Überfluss an materiellen Gütern geprägten Gesellschaft, verfassungsrechtlich verpflichtet ist, in Würdigung der Menschenwürde (Art 1 Abs 1 GG) und des Schutzgebotes aus Art 2 Abs 2 GG im Inland lebenden Bedürftigen jedenfalls das zur physischen Existenz Unerlässliche - neben immaterieller Achtung - zu gewähren. Zu diesem das 'nackte Überleben' sichernden 'physischen Existenzminimum' gehören jedenfalls ausreichende Nahrung, Kleidung und Obdach sowie auch ausreichende medizinische Versorgung. Die unabänderliche Bestimmung absoluter Geldbeträge oder die Aufzählung und Beschreibung einzelner konkreter Leistungen ist jedoch selbst beim 'physischen Existenzminimum' nicht möglich, da auch dessen Realisierung von den wirtschaftlichen Möglichkeiten und dem Machbaren abhängt. In umfassenden Notsituationen, die alle Bürger betreffen, ist auch das GG nicht in der Lage, eine - wünschenswerte, aber unfinanzierbare - Mindestsicherung in konkreter Höhe zu garantieren, ohne dass der Rückgriff auf das Existenzminimum der dann noch verbliebenen Steuerzahler drohte (zur Unzulässigkeit vgl zB zuletzt BVerfG, Beschluss vom 13.2.2008 - 2 BvL 1/06 - RdNr 104, anknüpfend an BVerfGE 82, 60, 85 f, 94; 87, 153, 169 f; 99, 246, 259; 107, 27, 48; 112, 268, 281). Das GG schützt nicht vor einem solchen Politikversagen." (BSG, 22.04.2008, B 1 KR 10/07 R)

Diese Auffassung ist nunmehr überholt, denn das BVerfG hat die in der zitierten Passage genannte Festlegung mit dem Urteil vom 09.02.2010, 1 BvL 1/09 getroffen:

„Der unmittelbar verfassungsrechtliche Leistungsanspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums erstreckt sich nur auf diejenigen Mittel, die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind. Er gewährleistet das gesamte Existenzminimum durch eine einheitliche grundrechtliche Garantie, die sowohl die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit (vgl. BVerfGE 120, 125 <155 f.>), als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst, denn der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen (vgl. BVerfGE 80, 367 <374>; 109, 279 <319>; auch BVerwGE 87, 212 <214>).“ (Rn 135)

Nach der Auslegung von § 31 Abs. 1 BVerfGG, die das BVerfG selbst vorgenommen hat (s.o.), bindet diese Festlegung die Gerichte uneingeschränkt.

Das BVerfG hat über diese Festlegung hinaus entschieden, dass „die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums [...] durch einen gesetzlichen Anspruch

gesichert sein“ muss (Rn 136). Dieser gesetzliche Leistungsanspruch muss, so das BVerfG weiter, so ausgestaltet sein, dass er „stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers deckt“ (Rn 137).

Dabei ist „der Leistungsanspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG [...] dem Grunde nach von der Verfassung vorgegeben“ (Rn 138).

Der Umfang des Anspruchs kann jedoch nicht unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werden:

„Er hängt von den gesellschaftlichen Anschauungen über das für ein menschenwürdiges Dasein Erforderliche, der konkreten Lebenssituation des Hilfebedürftigen sowie den jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten ab und ist danach vom Gesetzgeber konkret zu bestimmen (vgl. BVerfGE 115, 118 <153>). Das Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG hält den Gesetzgeber an, die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht im Hinblick auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums zu erfassen, die sich etwa in einer technisierten Informationsgesellschaft anders als früher darstellt. Die hierbei erforderlichen Wertungen kommen dem parlamentarischen Gesetzgeber zu. Ihm obliegt es, den Leistungsanspruch in Tatbestand und Rechtsfolge zu konkretisieren. Ob er das Existenzminimum durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen sichert, bleibt grundsätzlich ihm überlassen. Ihm kommt zudem Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung des Umfangs der Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums zu. Dieser umfasst die Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse ebenso wie die wertende Einschätzung des notwendigen Bedarfs und ist zudem von unterschiedlicher Weite: Er ist enger, soweit der Gesetzgeber das zur Sicherung der physischen Existenz eines Menschen Notwendige konkretisiert, und weiter, wo es um Art und Umfang der Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht.

e) Zur Konkretisierung des Anspruchs hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht, zu bemessen (vgl. BVerfGE 66, 214 <223>; 68, 143 <153>; 82, 60 <88>; 99, 246 <260>; 112, 268 <280>; 120, 125 <155>). Hierzu hat er zunächst die Bedarfsarten sowie die dafür aufzuwendenden Kosten zu ermitteln und auf dieser Basis die Höhe des Gesamtbedarfs zu bestimmen. Das Grundgesetz schreibt ihm dafür keine bestimmte Methode vor (ebenso bei grundrechtlichen Schutzpflichten vgl. BVerfGE 46, 160 <164>; 96, 56 <64>; 115, 118 <160>); er darf sie vielmehr im Rahmen der Tauglichkeit und Sachgerechtigkeit selbst auswählen. Abweichungen von der gewählten Methode bedürfen allerdings der sachlichen Rechtfertigung.

f) Das dergestalt gefundene Ergebnis ist zudem fortwährend zu überprüfen und weiter zu entwickeln, weil der elementare Lebensbedarf eines Menschen grundsätzlich nur in dem Augenblick befriedigt werden kann, in dem er besteht (vgl. BVerfGK 5, 237 <241>).“ (Rn 138 ff.)

Das BVerfG hat damit aus Art 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art 20 Abs. 1 GG ein Grundrecht als positives Recht entwickelt, das zuvor im rechtstheoretischen Diskurs zwar diskutiert wurde, aber nicht durch das BVerfG positiviert worden war. Das BVerfG hat in der oben zitierten Passage ausdrücklich verlangt, dass „die Bedarfsarten“ und die „dafür aufzuwendenden Kosten“ von Seiten des Gesetzgebers in nachvollziehbarer Weise zu ermitteln sind.

Das BVerfG hat mit diesem Auftrag an den Gesetzgeber klargestellt, dass die Judikative die konkrete Höhe des Existenzminimums nicht beziffern kann. Das gilt für alle Bedarfsarten und damit auch für den Unterkunftsbedarf (vgl. nur Berlitz info also 2010, S. 195; Knickrehm SozSich 2010, S. 193; Piepenstock in jurisPK-SGB II § 22 Rn. 31). Es ist nicht ersichtlich, dass gerade der Unterkunftsbedarf sich von anderen Bedarfen in einer Weise kategorial unterscheidet, die eine Ausnahme begründen könnte.

Der Gesetzgeber ist dieser Vorgabe, insoweit sie an ihn gerichtet ist, nicht nachgekommen. Die Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit zur Angemessenheitsgrenze nach § 22 Abs. 1 SGB II ist dem ebenfalls nicht gefolgt. Die Haltung des BSG zu der Frage, wer nach welchen Kriterien zu ermitteln hat, ist unklar geblieben. Dies wird besonders deutlich anhand einer Passage aus der Begründung des Urteils vom 22.09.2009, B 4 AS 18/09, mit der das SG Mainz sich kritisch auseinandergesetzt hat:

„Die verfassungswidrige Konkretisierung des Angemessenheitsbegriffs durch das BSG ist demgegenüber methodisch nicht zwingend. Das BSG hat sich mit der Ausrichtung des Angemessenheitsbegriffs auf einfache, grundlegende Wohnstandards zunächst auf die frühere Rechtsprechung des BVerwG zum § 12 BSHG bezogen (BSG Urt. v. 7.11.2006 - Az. B 7b AS 18/06 R). Bestätigung findet die Auffassung des BSG im Gesetzentwurf der damaligen Bundesregierung (BT-Drucks. 15/1516 Teil B Art. 1 Zu § 22 Abs. 1), wonach der Anspruch auf Kosten der Unterkunft und Heizung am Maßstab der Sozialhilfepraxis ausgerichtet werden sollte. Als Nichtnormtext hat die Gesetzesbegründung für die Normkonkretisierung jedoch keine absolut begrenzende Funktion. Der Verfassungskonformität ist gegenüber dem entstehungsgeschichtlichen Argument der Vorzug zu geben, da nur der Normtext selbst ein für die Rechtsprechung im Sinne der Gesetzesbindung verbindliches Eingangsdatum im Entscheidungsprozess darstellt (vgl. SG Mainz, Urt. v. 08.06.2012 - S 17 AS 1452/09, a.a.O.).

Gegen die Rechtsprechung des BSG spricht weiter, dass sie nicht dazu in der Lage ist, Rechtssicherheit zu schaffen (vgl. SG Dresden, Urt. v. 25.01.2013 - S 20 AS 4915/11 - juris). Dies liegt u.a. darin begründet, dass eine unauflösbare Diskrepanz zwischen dem Anliegen besteht, einerseits abstrakt-generell geregelte Mietobergrenzen unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten schaffen zu wollen und hierfür andererseits als gesetzliche Grundlage lediglich einen "unbeschränkt überprüfbaren" unbestimmten Rechtsbegriff zu haben. Das Dilemma wird in der folgenden Passage aus dem Urteil vom 22.09.2009 (Az. B 4 AS 18/09 R - juris. Rn. 26f.) deutlich:

'Es ist im Wesentlichen Sache der Grundsicherungsträger, für ihren Zuständigkeitsbereich ein schlüssiges Konzept zu entwickeln, auf dessen Grundlage die erforderlichen Daten zur Bestimmung der Angemessenheitsgrenze zu erheben und auszuwerten. Die anhand eines solchen Konzeptes erzielbaren Erkenntnisse sind vom Grundsicherungsträger daher grundsätzlich schon für eine sachgerechte Entscheidung im Verwaltungsverfahren notwendig und in einem Rechtsstreit vom Grundsicherungsträger vorzulegen. Entscheidet der Grundsicherungsträger ohne eine hinreichende Datengrundlage, ist er im Rahmen seiner prozessualen Mitwirkungspflicht nach § 103 Satz 1, 2. Halbsatz SGG gehalten, dem Gericht eine möglichst zuverlässige Entscheidungsgrundlage zu verschaffen und ggf eine unterbliebene Datenerhebung und -aufbereitung nachzuholen. Es kann von dem gemäß § 6 Abs 1 Satz 1 Nr 2 SGB II für die Leistungen nach § 22 SGB II zuständigen kommunalen Träger erwartet werden, dass er die bei ihm vorhandenen Daten sowie die persönlichen und/oder sachlichen Voraussetzungen für die Erhebung und Auswertung der erforderlichen Daten zur Verfügung stellt. Diese Ermittlungspflicht geht nicht ohne Weiteres auf das Sozialgericht über, wenn sich das Konzept des Grundsicherungsträgers als nicht tragfähig (schlüssig) erweist oder bei einem an sich schlüssigen Konzept die erforderlichen Daten nicht oder nicht ordnungsgemäß erhoben worden sind. (...) Steht nach Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten zur Überzeugung des Gerichts fest, dass keine solchen Erkenntnismöglichkeiten mehr vorhanden sind - etwa durch Zeitablauf - sind vom Grundsicherungsträger die tatsächlichen Aufwendungen des Hilfebedürftigen für Unterkunft zu übernehmen. Sie sind allerdings auch in diesem Fall nicht völlig unbegrenzt zu übernehmen, sondern nur bis zur Höhe der durch einen Zuschlag maßvoll erhöhten Tabellenwerte in § 8 WoGG.'

Das BSG stellt den Leistungsträgern hiermit praktisch die Aufgabe, Angemessenheitsgrenzen in Form von abstrakt-generellen Regelungen zu treffen, ohne ausdrücklich einen Beurteilungs- oder Gestaltungsspielraum einzuräumen. Dies soll allerdings nur 'im Wesentlichen' Aufgabe des Leistungsträgers sein. Das Konzept soll auch nur 'grundsätzlich' bereits zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung vorliegen.

Es hat aber keine erkennbaren Konsequenzen (jedenfalls nicht zu Lasten des Leistungsträgers), wenn es nicht zu diesem Zeitpunkt vorliegt. Aus der weichen Formulierung, 'es kann vom (...) kommunalen Träger erwartet werden, dass er die bei ihm vorhandenen Daten sowie die persönlichen und/oder sachlichen Voraussetzungen für die Erhebung und Auswertung der erforderlichen Daten zur Verfügung stellt', geht deutlich hervor, dass sich für eine echte Verpflichtung keine Rechtsgrundlage finden lässt. So geht auch die Ermittlungspflicht nur nicht 'ohne Weiteres' auf die Sozialgerichte über.

Die nach wie vor bestehende Unklarheit in der Aufgabenverteilung zwischen Leistungsträger (eigenständig 'ermitteln') und Gericht (unbeschränkte Kontrolle) hat systematische Gründe und lässt sich daher auf dem bisher eingeschlagenen Weg nicht beheben. An der Gestattung eines Beurteilungsspielraums ist das BSG gehindert, da methodischer Ausgangspunkt für die gesamte Judikatur zur Angemessenheit der Unterkunftskosten der uneingeschränkt überprüfbar, unbestimmte Rechtsbegriff ist (vgl. Groth SGB 2013, S. 250). Dies hat zur Konsequenz, dass am Ende doch die Gerichte über die konkrete Höhe der Angemessenheitsgrenze nach eigenen Wertungen entscheiden sollen (BSG Urt. v. 17.12.2009 - B 4 AS 27/9 R - juris). Dass dies in der Literatur auch anders interpretiert wird (Boerner in Löns/Herold-Tews, SGB II § 22 Rn. 44: Erstellung eines schlüssigen Konzepts nicht Aufgabe des Sozialgerichts; Wagner in jurisPK-SGB I § 39 Rn. 35, 2. Aufl. 2011: 'Das BSG betont geradezu eine Einschätzungsprärogative der vor Ort sachkundigen Jobcenter, vermeidet es aber in dogmatischer Hinsicht, hier ausdrücklich von einem Beurteilungsspielraum zu sprechen, der aber wohl bestehen dürfte'), ist wohl der oben geschilderten Diskrepanz geschuldet. Durch eine ausdrückliche Rücknahme der Kontrolldichte würde offenbar, dass es (außerhalb der §§ 22a bis 22c SGB II) keine Befugnisnorm und auch keine Verpflichtung für die Leistungsträger zur Schaffung abstrakt-genereller Regelungen zur Bestimmung des Unterkuftsbedarfs gibt.

Das Fehlen einer solchen Verpflichtung führt auch dazu, dass die Leistungsträger - wie im vorliegenden Fall - schlicht darauf verzichten können, ein Konzept im Sinne des BSG zu erstellen, mit dem überschaubaren Risiko, maximal zur Zahlung des Höchstbetrags nach § 12 WoGG plus 10 % verurteilt zu werden (Groth SGB 2013, S. 250)." (SG Mainz, 19.04.2013, S 17 AS 518/12, Rn 65 ff.)

Gelegentlich haben Sozialgerichte dessen ungeachtet Angemessenheitsgrenzen entwickelt. Das SG Dresden ist zB der Auffassung, ein schlüssiges Konzept lasse sich kraft richterlicher Kompetenz in Eigenregie und ohne spezifische Expertise erstellen:

"Zur Erstellung dieses Konzeptes bedurfte die Kammer keines sachverständigen Rates. Sie hat lediglich auf bekannte Daten zurückgegriffen und diese allein mittels der vier Grundrechenarten verarbeitet. Hierzu ist sie kraft eigener Kompetenz in der Lage." (SG Dresden, 10.09.2013, S 49 AS 8234/10, Rn 185)

Im Übrigen wendet die Rechtsprechung meist die aus § 8 bzw. 12 WoGG abgeleitete "Angemessenheitsobergrenze" an, wenn sie die Konzepte der Verwaltung nicht bestätigt (zB Sächsisches LSG, 27.08.2013, L 7 AS 934/12 NZB; LSG Niedersachsen-Bremen, 13.08.2013, L 11 AS 456/12; SG Kassel, 10.04.2013, S 7 AS 793/10; LSG Baden-Württemberg, 07.11.2012, L 3 AS 5600/11; LSG Nordrhein-Westfalen, 20.06.2012, L 12 AS 1882/11; Hessisches LSG, 16.12.2011, L 7 AS 110/08, L 7 AS 9/10). Diese Rechtsprechung, die sich, insoweit sie nach dem 22.03.2012 ergangen ist, idR auf das im vorliegenden Verfahren ergangene Urteil des BSG von diesem Datum bezieht, genügt dem Anspruch, nach dem die Bedarfsarten und die dafür aufzuwendenden Kosten in nachvollziehbarer Weise zu ermitteln sind, nicht im Entferntesten, wie im Folgenden gezeigt wird.

c) Unvereinbarkeit der Entscheidung im vorliegenden Verfahren mit Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG

Im vorliegenden Verfahren hat die Fachgerichtsbarkeit in allen drei Instanzen festgestellt, dass der Grundsicherungsträger kein plausibles Konzept im Sinne der Rechtsprechung des BSG erstellt hatte. Mit anderen Worten: Die vom Grundsicherungsträger angewendete „Mietobergrenze“ war rechtswidrig niedrig beziffert. Der Grundsicherungsträger hat das zwischenzeitlich auch eingeräumt (Anlage 76 S. 2 3. Absatz) und zum 01.05.2009 ein neues Konzept zur Bezifferung der Mietobergrenze in Kraft gesetzt. Durch dieses Konzept wurde die Mietobergrenze in Bezug auf die Netto-Kaltmiete für den Wohnort der Beschwerdeführer von 306,60 € ab 01.05.2009 auf 352,80 € erhöht. Durch eine weitere Anpassung des Konzeptes zum 01.09.2012 wurde der Wert auf 378,00 € erhöht.

Auch das neue Konzept genügt jedoch nicht den Anforderungen des BSG, wie zuletzt das LSG Baden-Württemberg im Urteil vom 26.03.2014, L 3 AS 3878/11 (s.o.) festgestellt hat.

Für diesen Fall hat das BSG bereits am 17.12.2009 entschieden, dass auch bei Fehlen eines plausiblen Konzepts zur Bezifferung der Angemessenheitsgrenze nach § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II keine unbegrenzte Übernahme der Unterkunftskosten erfolge:

„Allerdings kann die Übernahme der tatsächlichen Kosten nicht unbegrenzt erfolgen. Es gibt eine ‚Angemessenheitsgrenze‘ nach ‚oben‘. Durch sie soll verhindert werden, dass extrem hohe und damit nicht nur nach Auffassung des Grundsicherungsträgers, sondern per se unangemessene Mieten durch den Steuerzahler zu finanzieren sind. Die Heranziehung der Tabellenwerte ersetzt mithin die für den Vergleichsraum und den konkreten Zeitraum festzustellende Referenzmiete nicht. Sie dient lediglich dazu, die zu übernehmenden tatsächlichen Aufwendungen zu begrenzen. Die Grenze findet sich insoweit in den Tabellenwerten zu § 8 WoGG bzw nunmehr § 12 WoGG. Da insoweit eine abstrakte, vom Einzelfall und den konkreten Umständen im Vergleichsraum unabhängige Begrenzung vorgenommen wird, ist - anders als im vorliegenden Fall geschehen - auf den jeweiligen Höchstbetrag der Tabelle, also die rechte Spalte, zurückzugreifen. Ferner wird ein ‚Sicherheitszuschlag‘ zum jeweiligen Tabellenwert im Interesse des Schutzes des elementaren Bedürfnisses des Hilfebedürftigen auf Sicherung des Wohnraumes als erforderlich angesehen. Denn es kann beim Fehlen eines schlüssigen Konzepts nicht mit Sicherheit beurteilt werden, wie hoch tatsächlich die angemessene Referenzmiete war. Insoweit schließt sich der erkennende Senat dem 7b. Senat an (BSG Urteil vom 7.11.2006 - B 7b AS 18/06 R, BSGE 97, 254 = SozR 4-4200 § 22 Nr 3).“ (BSG, 17.12.2009, B 4 AS 50/09 R , Rn 27)

Im Urteil vom 22.03.2012, B 4 AS 16/11 R (vorliegendes Verfahren) hat das BSG die Lehre von der „Angemessenheitsgrenze per se“ bestätigt und entschieden, dass der „Sicherheitszuschlag“ stets 10% betrage. Die Begründung dafür fällt recht knapp aus und beschränkt sich auf die im Folgenden wiedergegebene Passage:

„Kommt das LSG im wiedereröffneten Berufungsverfahren erneut zu dem Ergebnis, dass ein schlüssiges Konzept für den festgelegten Vergleichsraum nicht erarbeitet werden kann, sind grundsätzlich die tatsächlichen Aufwendungen zu übernehmen. Diese werden dann wiederum durch die Tabellenwerte zu § 8 WoGG (bzw für Zeiträume ab 1.1.2009 § 12 WoGG) im Sinne einer Angemessenheitsobergrenze gedeckelt. Wegen der nur abstrakten, vom Einzelfall und den konkreten Umständen im Vergleichsraum losgelösten Begrenzung ist zur Bestimmung der angemessenen Nettokaltmiete zuzüglich der kalten Betriebskosten (vgl § 5 Abs 1 WoGG aF bzw nunmehr § 9 Abs 1 WoGG) nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats bei § 8 WoGG auf den jeweiligen Höchstbetrag der Tabelle, also die rechte Spalte, zurückzugreifen und ein "Sicherheitszuschlag" einzubeziehen (BSG SozR 4-4200 § 22 Nr 29, RdNr 27 im Anschluss an BSGE 97, 254 = SozR 4-4200 § 22 Nr 3, RdNr 23; BSG SozR 4-4200 § 22 Nr 26, RdNr 21). Der Sicherheitszuschlag ist im Interesse des Schutzes des elementaren Bedürfnisses des Leistungsberechtigten auf Sicherung des Wohnraums erforderlich. Denn es kann beim Fehlen eines schlüssigen Konzepts nicht mit Sicherheit beurteilt werden, wie hoch

die angemessene Referenzmiete tatsächlich ist (BSG SozR 4-4200 § 22 Nr 29, RdNr 27).

Vor diesem Hintergrund ist das LSG vorliegend von unzutreffenden Kriterien zur Bestimmung des Zuschlags ausgegangen. Die in § 8 WoGG festgeschriebenen Werte erheben nicht den Anspruch, die realen Verhältnisse auf dem Markt zutreffend abzubilden. Der Sinn und Zweck des WoGG liegt nicht darin, die Mieten für Wohnraum bei Vorliegen der einkommensrechtlichen Voraussetzungen voll oder zu einem erheblichen Teil zu übernehmen (vgl Stadler/Gutekunst/ Dietrich/Fröba, WoGG, Loseblatt, 65. Lfg Mai 2011, § 12 RdNr 13). Vielmehr handelt es sich beim Wohngeld um einen Zuschuss zu den Aufwendungen für Wohnraum (vgl § 1 WoGG aF). Die Höhe ist abhängig von der zu berücksichtigenden Miete, den Haushaltsmitgliedern und dem Einkommen. Übersteigt die tatsächliche Miete den in § 8 WoGG festgesetzten Betrag, bleibt der übersteigende Teil bei der Wohngeldberechnung außer Betracht. Die iS des § 22 Abs 1 S 1 SGB II angemessene Miete muss hingegen gewährleisten, dass zu dem als angemessen erachteten Wert Wohnraum vorhanden ist.

Bei der Bestimmung des Zuschlages ist daher zu beachten, dass es sich nicht um eine einzelfallbezogene Anwendung auf einen konkreten, tatsächlichen Sachverhalt, die dem LSG unter Beachtung der Verhältnisse des regionalen Wohnungsmarktes obliegt, handelt. Vielmehr ist er unter Berücksichtigung genereller, abstrakter Kriterien festzulegen. Ein Rückgriff auf die regionalen Verhältnisse kommt bereits deshalb nicht in Betracht, weil gerade erst der Ausfall der Erkenntnismöglichkeiten im räumlichen Vergleichsgebiet zur Anwendung von § 8 WoGG führt. Bereits durch die jeweiligen im WoGG verankerten Mietenstufen fließen regionale Unterschiede in die Bestimmung der zu übernehmenden KdU ein. In Anbetracht dessen erachtet der Senat für die Tabellenwerte des § 8 WoGG (rechte Spalte) einen Zuschlag in Höhe von 10 % als angemessen, aber auch ausreichend (vgl BSGE 97, 254 = SozR 4-4200 § 22 Nr 3, RdNr 23; ebenfalls 10 % bejahend: LSG Niedersachsen-Bremen Urteil vom 24.4.2007 - L 7 AS 494/05; Urteil vom 11.3.2008 - L 7 AS 332/07; LSG Nordrhein-Westfalen Urteil vom 26.5.2010 - L 12 <20> SO 37/07; LSG Sachsen-Anhalt Urteil vom 26.8.2010 - L 5 AS 4/08; Hessisches LSG Urteil vom 20.12.2010 - L 9 AS 239/08; LSG Sachsen Anhalt Urteil vom 3.3.2011 - L 5 AS 181/07; Schleswig-Holsteinisches LSG, Urteil vom 30.9.2011 - L 3 AS 17/09; LSG Berlin-Brandenburg Urteil vom 8.12.2011 - L 25 AS 1711/07)." (BSG, Urteil 22.03.2012, B 4 AS 16/11 R, Rn 20 ff = Anlage 71)

In einem weiteren Urteil vom 11.12.2012, B 4 AS 44/12 R, hat das BSG das noch einmal bestätigt und dafür den Begriff der „Angemessenheitsobergrenze“ eingeführt:

„Kommt das LSG im wiedereröffneten Berufungsverfahren erneut zu dem Ergebnis, dass ein schlüssiges Konzept für den festgelegten Vergleichsraum nicht erarbeitet werden kann, sind grundsätzlich die tatsächlichen Aufwendungen zu übernehmen. Diese werden dann für den hier streitigen Zeitraum wiederum durch die Tabellenwerte zu § 8 WoGG im Sinne einer Angemessenheitsobergrenze gedeckelt (s BSG vom 22.3.2012 - B 4 AS 16/11 R - RdNr 20 ff). Wegen der nur abstrakten, vom Einzelfall und den konkreten Umständen im Vergleichsraum losgelösten Begrenzung ist zur Bestimmung der angemessenen Nettokaltmiete zuzüglich der kalten Betriebskosten (vgl § 5 Abs 1 WoGG aF bzw nunmehr § 9 Abs 1 WoGG) nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats bei § 8 WoGG auf den jeweiligen Höchstbetrag der Tabelle, also die rechte Spalte, zurückzugreifen und ein "Sicherheitszuschlag" einzubeziehen (BSG SozR 4-4200 § 22 Nr 29, RdNr 27 im Anschluss an BSGE 97, 254 = SozR 4-4200 § 22 Nr 3, RdNr 23; BSG SozR 4-4200 § 22 Nr 26, RdNr 21). Der Sicherheitszuschlag ist im Interesse des Schutzes des elementaren Bedürfnisses des Leistungsberechtigten auf Sicherung des Wohnraums erforderlich, denn es kann beim Fehlen eines schlüssigen Konzepts nicht mit Sicherheit beurteilt werden, wie hoch die angemessene Referenzmiete tatsächlich ist (BSG SozR 4-4200 § 22 Nr 29, RdNr 27). Wie der erkennende Senat bereits im März 2012 entschieden hat, ist dabei ein Zuschlag in Höhe von 10% zu den Werten der rechten Spalte der Tabelle zu § 8 WoGG angemessen und ausreichend.“ (BSG, 11.12.2012, B 4 AS 44/12 R, Rn 19)

An die Vorgabe aus dem Urteil vom 22.03.2012 war das LSG Baden-Württemberg im zurückverwiesenen Verfahren gebunden (§ 170 Abs. 5 SGG). Das Berufungsgericht kam dann zu dem Ergebnis, dass ein schlüssiges Konzept rückwirkend auch nicht mehr erstellt werden könne (Anlage 84, Seite 17, mittlerer Absatz). Dies sei auch unter Einsatz der dem Gericht zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen und Erkenntnismittel sieben bzw. acht Jahre nach dem streitgegenständlichen Leistungszeitraum nicht mehr möglich (ebd, letzter Absatz). Der Senat stellt damit ausdrücklich fest, *„dass ein schlüssiges Konzept zur Ermittlung der angemessenen Kosten der Kaltmiete für den Vergleichsraum nicht mehr erstellt werden kann (Erkenntnisausfall)“*. (Anlage 84, Seite 18, 2. Absatz)

Der 13. Senat des Berufungsgerichtes stellt im Folgenden fest, dass hier § 8 WoGG aF anzuwenden sei. Im streitgegenständlichen Zeitraum war die Gemeinde Gundelfingen, in der die Beschwerdeführer leben, in die Mietstufe V eingruppiert, seit 01.01.2009 ist sie in die Mietstufe VI eingruppiert. Nach der Mietstufe V war nach § 8 WoGG aF höchstens ein Betrag von 425,00 € in der am höchsten bezifferten Baualtersklasse zur Bezifferung des Wohngeldes heranzuziehen. Dieser Betrag wurde vom Berufungsgericht um den „Sicherheitszuschlag“, den das BSG vorgegeben hat, von 10% erhöht. So kommt

das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, dass die Brutto-Kalt-Miete (Unterkunftskosten ohne Energiekosten), die vorliegend als angemessen anzuerkennen sei, 467,50 € betrage (Anlage 84, Seite 18, letzter Absatz).

Das LSG stellt schließlich fest, dass die Heizkosten im Jahr 2005 21,49 € monatlich und im Jahr 2006 24,72 € monatlich betragen haben (Anlage 84, Seite 22, mittlerer Absatz). Dieser Betrag ist zu der Brutto-Kalt-Miete zu addieren, um den insgesamt als Aufwendungen für die Unterkunft in den Bedarf einzustellenden Betrag zu erhalten – so im Ergebnis das LSG.

Weder die genannten Entscheidungen des BSG zur „Angemessenheitsobergrenze“, noch die Entscheidung des LSG im vorliegenden Verfahren enthalten Ausführungen zu der Frage, aus welchen Gründen der um 10% erhöhte Betrag aus § 8 WoGG aF/§ 12 WoGG nF geeignet sein sollte, als „Angemessenheitsobergrenze“ zu fungieren.

Die Rechtsprechung zur „Angemessenheitsobergrenze“ ist in doppelter Hinsicht verfassungswidrig. Zum einen ist der vom BSG als „Angemessenheitsobergrenze“ vorgegebene Wert nicht nachvollziehbar begründbar. Dies wird im Folgenden an Hand des vorliegenden Falles, der als exemplarisch gelten kann, dargelegt (aa).

Zum zweiten ist das BSG nach dem Urteil des BVerfG nicht befugt, das Versäumnis des Gesetzgebers, der den Anspruch auf Grundsicherungsleistungen für die Unterkunft nicht hinreichend konkretisiert hat, kurzerhand durch eigene normative Vorgaben zu kompensieren (bb).

aa) Das BSG geht davon aus, dass für einen Zwei-Personen-Haushalt eine Wohnfläche von 60 m² als Rechengröße zur Ermittlung der „Mietobergrenze“ oder Grenze des Angemessenen nach § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II heranzuziehen ist. Ausweislich der letzten verfügbaren Auswertung der Wohngeldstatistik durch das statistische Bundesamt (Statistisches Bundesamt, Fachserie 13, Reihe 4, Sozialleistungen Wohngeld, 2010, Art.-Nr. 2130400107004, erschienen am 26.06.2012) beträgt die durchschnittliche Wohnfläche von Beziehern von Wohngeld, die in Haushalten mit zwei Personen leben, 66 m² (Statistisches Bundesamt, aaO, Seite 22).

Um den Wert aus § 12 WoGG (um 10% erhöht) mit der Mietwohnungssituation in Deutschland zu vergleichen, ist er um die kalten Betriebskosten zu bereinigen. Nach dem letzten Betriebskostenspiegel des Mieterbundes betragen die Mietnebenkosten ohne Energiekosten durchschnittlich 1,70 € pro Quadratmeter. Als Quadratmeterzahl wird nun der Wert von 60 m² für einen Zwei-Personen-Haushalt (nicht 66 m²) zu Grun-

de gelegt, weil das BSG eine Wohnung mit einer Größe von bis zum 60 m² für einen Zwei-Personen-Haushalt für angemessen erachtet. Damit ergibt sich:

$60 \text{ m}^2 \times 1,70 \text{ €} = 102,00 \text{ €}$ = durchschnittliche kalte Betriebskosten für eine Wohnung 60 m². Dieser Betrag ist von dem Wert, den das LSG hier ausgeurteilt hat, also 467,50 €, zu subtrahieren: $467,50 \text{ €} - 102,00 \text{ €} = 365,50 \text{ €}$. Wenn dieser Wert auf eine 60 m²-Wohnung bezogen wird, ergibt sich eine rechnerische Quadratmetermiete von 6,00 €, die das BSG in allen Fällen der Mietstufe V und damit der zweithöchsten Mietstufe nach dem WoGG für Zwei-Personen-Haushalte für höchstens angemessen hält. Ab 01.01.2009 ist der Wert etwas höher:

Die nach § 12 WoGG höchstens zu berücksichtigende Miete für einen Zwei-Personen-Haushalt in der Mietstufe V beträgt seit 01.01.2009 468,00 €. Wenn dieser Wert um 10% erhöht wird, ergibt sich ein Wert von 514,80 €. Abzüglich des rechnerischen Betrages für kalte Betriebskosten ergibt sich eine theoretische Kaltmiete i.H.v. 412,80 €. Diesen Wert hält das BSG in allen Fällen für höchstens angemessen, in denen der Grundsicherungsträger kein schlüssiges Konzept entwickelt hat und für alle Gemeinden, in denen die Mietstufe V und damit die zweithöchste Mietstufe nach § 12 WoGG gilt.

Wenn aus diesem Wert wiederum eine theoretische Quadratmetermiete, ausgehend von einer Wohnfläche von 60 m², errechnet wird, ergibt sich eine Quadratmetermiete von 6,88 € netto-kalt, wobei weiter zu berücksichtigen ist, dass es sich um Gebiete mit der zweithöchsten Mietstufe nach § 12 WoGG handelt.

Ausweislich des letzten zur Verfügung stehenden Wohngeld- und Mietenberichtes der Bundesregierung (Wohngeld- und Mietenbericht 2010, Bundestagsdrucksache 17/6280) betragen die kalten Betriebskosten durchschnittlich nicht 1,70 € pro Quadratmeter monatlich wie nach dem Betriebskostenspiegel des Deutschen Mieterbundes, sondern lediglich 1,63 € (Bundestagsdrucksache 17/6280, Seite 16, rechte Spalte oben). Bereits die *durchschnittliche* Brutto-Kalt-Miete betrug jedoch laut SOEP (Sozioökonomisches Panel) im Jahr 2009 6,51 € pro Quadratmeter und Monat (ebd, rechte Spalte Mitte). In den alten Ländern betrug dieser Wert 6,83 €, in den neuen Ländern 5,88 €.

Im Urteil vom 13.04.2011, B 14 AS 106/10 R, hat das BSG entschieden, dass ein Konzept zur Bezifferung der Mietobergrenze dann plausibel ist, wenn der Durchschnittswert des Mietspiegels angewendet wird oder dem Mietspiegel Aussagen zur Häufigkeit von Wohnungen mit dem angemessenen Quadratmeterpreis entnommen werden können (Rn 30). Die letzte Voraussetzung ist in aller Regel nicht gegeben (vgl. §§ 558 c, 558 d BGB).

Damit kann jedenfalls angenommen werden, dass ein plausibles Konzept – wenn man die Theorie des plausiblen Konzeptes überhaupt als verfassungsgemäß anerkennen will – dann vorliegt, wenn die durchschnittliche Miete als Mietobergrenze herangezogen wird. Dabei darf nicht übersehen werden, dass ein relevanter Teil der Bevölkerung gar nicht in Mietwohnungen, sondern in selbstgenutztem Wohneigentum lebt. Dies dürften typischerweise eher die wohlhabenderen als die ärmeren Mitglieder der Bevölkerung sein.

Bereits aus den jetzt vorgelegten Zahlen ergibt sich, dass die Theorie von der „Angemessenheitsobergrenze“ mit den Vorgaben des BVerfG aus dem Urteil vom 09.02.2010, 1 BvR 1/09, wonach die Grundsicherungsleistungen plausibel ermittelt werden müssen, keinesfalls vereinbar ist:

Überschlägig ergibt sich die Annahme, dass in Gemeinden mit der Mietstufe V auch dann, wenn der Grundsicherungsträger es verabsäumt, ein schlüssiges Konzept zu erstellen, eine Quadratmetermiete netto-kalt i.H.v. höchstens 6,88 € als angemessen anerkannt werden kann, wenn man dem im vorliegenden Verfahren ergangenen Grundsatzurteil des BSG folgt (s.o.). Ausweislich des zitierten Mietenberichtes der Bundesregierung betrug jedoch schon zu Beginn des Inkrafttretens des WoGG in seiner jetzigen Fassung, also ab 01.01.2009, die durchschnittliche Netto-Kalt-Miete in den alten Bundesländern 6,83 € (s.o.). Diese Durchschnittsmiete umfasst alle sechs Mietstufen des § 12 WoGG. Die Mietstufe V wird nach § 12 Abs. 5 WoGG Gemeinden zugeordnet, deren Mietniveau 15% – 25% über dem durchschnittlichen Mietniveau liegt. Wenn der mittlere Wert dieser Spanne angenommen wird, ergibt sich also eine durchschnittliche Abweichung von 20%. Überschlägig erhalten also Gemeinden oder Gebiete dann die Mietstufe V, wenn die durchschnittlichen Quadratmetermieten bei 7,81 € liegen (6,51 € x 1,2). Damit tritt ein eklatanter Widerspruch innerhalb der Rechtsprechung des BSG ans Licht:

Während das BSG im Urteil vom 13.04.2011 zum Aktenzeichen B 14 AS 106/10 R entschieden hat (woran bislang auch festgehalten wurde), dass ein plausibles Konzept zur Bezifferung der Angemessenheitsgrenze nach § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II dann vorliegt, wenn der durchschnittliche Wert der auf einer soliden Datenbasis ermittelten Mieten innerhalb eines Vergleichsraumes als Mietobergrenze gesetzt wird, hat das BSG in den Entscheidungen zur „Angemessenheitsobergrenze“ im Ergebnis entschieden, dass im Fall des Ermittlungsausfalls ein Wert als Obergrenze eingesetzt wird, der jedenfalls in Gebieten mit Mietstufe V *systematisch* deutlich niedriger liegt, als die durchschnittliche Miete in diesen Gebieten.

Der Mangel an Plausibilität, der hier zu Tage tritt, muss als eklatant bezeichnet werden. Das BSG hat mit der Lehre von der „Angemessenheitsobergrenze“ einen Wert freihändig gegriffen, den das BSG selbst nicht begründet hat und der auch unter keinem denkbaren Gesichtspunkt begründbar erscheint.

bb) Die Ursache für diesen Mangel an Plausibilität dürfte letztlich darin liegen, dass sich das BSG mit dem Versuch, den Anspruch auf Übernahme von Aufwendungen für Unterkunft zu konkretisieren, einer Aufgabe angenommen hat, die das BVerfG mit gutem Grund exklusiv dem Gesetzgeber zugewiesen hat. Die ratio dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe ist nämlich eine doppelte: Zum einen ist sie demokratietheoretischer Art. Die Bezifferung eines soziokulturellen Existenzminimums ist eine Entscheidung, die nicht durch Sachverstand alleine (welcher Art auch immer) herbeigeführt werden kann, sondern sie ist stets *auch* eine politische Entscheidung, die alleine der Legislative zukommt. Wenn die Bezifferung dagegen – noch dazu in derart freihändiger Weise wie vorliegend – durch die dritte Gewalt erfolgt, leidet die Entscheidung an einem Legitimationsdefizit: Sie ist nicht demokratisch legitimiert.

Der zweite Aspekt der ratio der verfassungsrechtlichen Vorgabe, nach der allein der Gesetzgeber befugt – aber auch verpflichtet – ist, das Existenzminimum zu beziffern, ist gewissermaßen pragmatischer Natur. Die Bezifferung des Existenzminimums darf nämlich gerade nicht freihändig und unter Bezugnahme auf „gegriffene Größen“ erfolgen, sondern in transparenter und nachvollziehbarer Weise. Diese Vorgabe *kann* die dritte Gewalt nicht erfüllen. Sie verfügt weder selbst über die dafür erforderliche Kompetenz. (Die vier Grundrechenarten genügen nicht.) Noch steht ihr ein Apparat zur Verfügung, der in der Lage wäre, die prozeduralen Anforderungen zu erfüllen: Der Gesetzgeber hat alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht, zu bemessen!

Deshalb überrascht es nicht, dass die Rechtsprechung auf eine „gegriffene Größe“ rekurriert, wenn sie sich dessen ungeachtet anheischig macht, das Existenzminimum aus eigener Kompetenz heraus zu beziffern, wo der Gesetzgeber dies verabsäumt hat. Der eklatante Mangel an Plausibilität, auf dem die verfahrensgegenständlichen Urteile beruhen, ist die notwendige Folge einer Kompetenzüberschreitung der dritten Gewalt.

III. Ergebnis

Mit den verfahrensgegenständlichen Entscheidungen des BSG vom 22.03.2012 und des LSG Baden-Württemberg vom 25.02.2014 wurde das Recht der Beschwerdeführer auf Zurverfügungstellung ihres soziokulturellen Existenzminimums, wie das BVerfG ihn im Urteil vom 09.02.2010 konkretisiert hat, in Bezug auf den Unterkunftsbedarf gravierend verletzt. Der Unterkunftsbedarf wurde von der Fachgerichtsbarkeit freihändig in einer Weise beziffert, die mit den Vorgaben des BVerfG unter keinem denkbaren Gesichtspunkt vereinbar ist. Weder wurde der Unterkunftsbedarf der Beschwerdeführer in nachvollziehbarer und transparenter Weise ermittelt, noch die zur Deckung dieses Bedarfes aufzuwendenden Kosten. Die Werte aus § 8/12 WoGG sind in keiner Weise geeignet, solche Ermittlungen zu ersetzen. Damit bewirken die beiden verfahrensgegenständlichen fachgerichtlichen Entscheidungen eine eklatante Unterdeckung des Grundicherungsbedarfes der Beschwerdeführer und damit eine eklatante Grundrechtsverletzung.

IV. Zum Prozesskostenhilfeantrag

Die Beschwerdeführer sind nicht in der Lage, die Kosten des Verfahrens selbst aufzubringen. Die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse liegt an.

Fritz, Rechtsanwalt