

Heinrich Griep,
Heribert Renn

Das Recht der Freien Wohlfahrtspflege

Grundlagen und Perspektiven

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2011 Lambertus-Verlag, Freiburg im Breisgau
www.lambertus.de

Umschlaggestaltung: Nathalie Kupfermann, Bollschweil

Druck: Rombach Druck- und Verlagshaus GmbH & Co KG, Freiburg

ISBN 978-3-7841-1990-8

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	5
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	9
EINLEITUNG	17
1. SOZIALSTAAT UND FREIE WOHLFAHRTSPFLEGE	19
1.1 Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes	19
1.2 Soziale Gerechtigkeit und Soziale Sicherheit	20
1.2.1 Wandel der sozialstaatlichen Ziele	20
1.2.2 Fordern und Fördern – der „aktivierende Sozialstaat“	22
1.2.3 System sozialer Sicherung	25
1.3 Recht auf Existenzsicherung.....	31
1.4 Sozialstaat, Wettbewerb und freie Wohlfahrtspflege.....	33
1.5 Verhältnis öffentlicher und freier Wohlfahrtspflege, Subsidiarität	36
1.6 Beteiligung der Wohlfahrtsverbände an der Sozialstaatsreform...	39
2. MERKMALE DER WOHLFAHRTSPFLEGE	43
2.1 Legaldefinition „Wohlfahrtspflege“	43
2.2 Verband der Freien Wohlfahrtspflege (Wohlfahrtsverband)	44
2.3 Geistige Grundlagen	45
2.4 Funktion der Freien Wohlfahrtspflege im modernen Sozialstaat..	46
2.4.1 Anwaltschaftliche Funktion	46
2.4.2 Bürgerschaftliches Engagement.....	48
2.4.3 Abgrenzung zu privaten Leistungserbringern	49
3. ORGANISATIONSRECHT DER WOHLFAHRTSPFLEGE	51
3.1 Rechtsform und Organisationsstruktur	51
3.1.1 Verbände als eingetragene Vereine	51
3.1.2 Zur Organisationsstruktur der Verbände	53
3.2 Mitgliedsorganisationen	63
3.2.1 Wohlfahrtsverbände sind Interessenverbände	63
3.2.2 Rechte und Pflichten der Mitgliedsorganisationen.....	65
3.2.3 Persönliche und korporative Mitgliedschaft.....	66
3.2.4 Keine Alternative zum Verein	68
3.3 Bedeutung der Verbandsmitgliedschaft für die Mitgliedsorganisationen	71
3.4 Effektivität und Legitimität des Verbandshandelns.....	76

3.4.1 Optimierung der Organstruktur- und der Organisation	77
3.4.2 Pflege der Verbandsmitgliedschaft	80
3.4.3 Regelüberwachung und -einhaltung	87
3.4.4 Transparenz der Wohlfahrtspflege-Aktivitäten	91
3.5 Besonderheiten der kirchlichen Wohlfahrtspflege	94
3.5.1 Korporative Religionsfreiheit für kirchliche Wohlfahrtspflege..	94
3.5.2 Schranken des kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und Rechtsschutz.....	97
3.6 Steuerrechtliche Gemeinnützigkeit	98
3.6.1 Statusvoraussetzungen.....	101
3.6.2 Steuervorteile für Zuwendungen an die Freie Wohlfahrtspflege	102
3.6.3 Steuervorteile für die Verbände der Freien Wohlfahrtspflege ..	103
3.6.4 Zweckbetrieb-Privileg	103
3.6.5 Abgeleitete Gemeinnützigkeit der Spitzenverbände.....	110
3.7 Umsatzsteuer.....	111
3.8 Gebührenbefreiung	123
3.9 Zur Finanzierung der Freien Wohlfahrtspflege.....	125
3.9.1 Finanzierungsmöglichkeiten	125
3.9.2 Leistungsentgelte	126
3.9.3 Zuwendungen	127
3.9.4 Spenden, Fundraising, Sponsoring.....	129
3.9.5 Erträge aus Vermögensverwaltung und Geschäftsbetrieb.....	131
3.9.6 Mitgliedsbeiträge	132
4. FUNKTIONSSCHUTZ DER WOHLFAHRTSPFLEGE	133
4.1 SGB I	133
4.2 Krankenversicherungsrecht (SGB V)	134
4.3 Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII)	135
4.4 Pflegeversicherungsrecht (SGB XI).....	137
4.5 Sozialhilferecht (SGB XII)	138
4.6 Sozialpolitische Bewertung.....	140
5. ZUSAMMENARBEIT MIT DER WOHLFAHRTSPFLEGE	143
5.1 Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II).....	144
5.2 Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII)	145
5.3 Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX) ...	146
5.4 Sozialhilferecht (SGB XII)	147
5.5 Sozialpolitische Bewertung.....	148
6. FÖRDERUNG DER FREIEN WOHLFAHRTSPFLEGE	149
6.1 Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II)	149
6.2 Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII)	150

6.2.1 Förderziel.....	150
6.2.2 Förderadressaten.....	150
6.2.3 Förderbedingungen	151
6.3 Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX)...	153
6.4 Sozialhilfe (SGB XII)	153
6.5 Sozialpolitische Bewertung	154
7. BETEILIGUNG AN HOHEITLICHEN AUFGABEN	157
7.1 Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII)	157
7.2 Sozialhilfe (SGB XII)	159
7.3 Pflegeversicherung (SGB XI).....	160
7.4 Maßregelvollzug in Einrichtungen	162
7.5 Sozialpolitische Bewertung	163
8. VERTRAGSPARTNER IM LEISTUNGSERBRINGUNGSRECHT	165
8.1 Gewährleistungspflichten der Sozialleistungsträger	167
8.2 Verträge im Bereich Gesundheit und Rehabilitation	169
8.3 Verträge im Fürsorgerecht.....	173
8.4 Rahmenverträge als Rechtsposition.....	177
8.4.1 Rahmenverträge nach § 75 SGB XI	177
8.4.2 Landesrahmenverträge nach § 79 Abs. 1 SGB XII.....	178
8.4.3 Rahmenverträge als öffentlich-rechtliche Verträge.....	179
8.4.4 Sonderproblem der „normsetzenden Verträge“.....	179
8.4.5 Vertrags- und haftungsrechtliche Aspekte.....	181
8.5 Vollzugsdefizite und Umsetzungsprobleme	182
8.6 Kostenträger boykottieren SGB XI-Pflegesatzkommission.....	184
8.7 Verlust der Vertragsautonomie durch positives Recht.....	186
8.8 Probleme bei Vergütungsvereinbarungen.....	188
8.9 Verlust der Vertragsautonomie durch Vergabeverfahren	193
8.10 Kartellrechtliche Schranken.....	195
8.11 Sozialpolitische Bewertung	196
9. BETEILIGUNG AN SCHIEDSSTELLENVERFAHREN	199
9.1 Rechtsgrundlagen (Übersicht)	199
9.2 SGB XI-Schiedsstelle	200
9.3 SGB XII-Schiedsstelle.....	201
9.4 Schiedsperson	203
9.5 Organisation der Schiedsstellen.....	204
9.6 Wechselwirkung Schiedsstellen Rahmenverträge	205
9.7 Verletzung der paritätischen Besetzung der Schiedsstelle.....	206
9.8 Konsequenzen für Gesetzgebung und Praxis.....	206
10. MITWIRKUNG IN GREMIEN	209

10.1 Sozialpolitische Gremien	209
10.2 Landesrundfunkanstalten und Landesmedienanstalten	210
10.3 Sozialpolitische Bewertung.....	211
11. JUGENDFREIWILLIGENDIENSTE	215
11.1 Rechtsgrundlagen.....	215
11.2 Sozialpolitische Bewertung.....	216
12. ZIVILDIENTST	219
12.1 Rechtsgrundlagen.....	219
12.2 Sozialpolitische Bewertung.....	223
13. UNFALLVERSICHERUNGSSCHUTZ	225
13.1 Rechtsgrundlagen.....	225
13.2 Sozialpolitische Bewertung.....	227
14. SCHUTZ DER VERTRAULICHKEIT	229
14.1 Rechtsgrundlagen.....	229
14.2 Sozialpolitische Bewertung.....	231
15. RECHTSDIENSTLEISTUNGSBEFUGNIS	233
15.1 Rechtsdienstleistungsrelevante Bereiche der Wohlfahrtspflege	233
15.2 Organisationsanforderungen	237
15.3 Sozialpolitische Bewertung.....	238
16. ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK (THESEN)	241
16.1 Anwaltschaft und Interessenvertretung im Sozialstaat	241
16.2 Leistungserbringungsrecht und sozialwirtschaftlicher Wettbewerb	245
16.3 Verbandsinterne „Hausaufgaben“ der Freien Wohlfahrtspflege	246
16.4 Ausblick: Grundrechte und Sozialstaat verteidigen – Gesamtkonzepte.....	247
STICHWORTVERZEICHNIS	253
LITERATURVERZEICHNIS	263

VORWORT

Die Idee zu diesem Handbuch entstand aus der berufsbedingten jahrelangen Beschäftigung der Autoren mit der Stellung der Wohlfahrtsverbände im sozialen Rechtsstaat. Dabei stellte sich immer wieder die Frage: Wie frei ist die „Freie Wohlfahrtspflege“ wirklich? Mit diesem Band wird versucht, nicht nur darauf eine etwas ausführlichere Antwort aus rechtlicher Sicht zu geben, sondern auch die Gefahren und Chancen aufzuzeigen, die sich aus der gegenwärtigen Rechtslage für die Verbände der Freien Wohlfahrtspflege ergeben oder ableiten lassen.

Ausgehend von dem nicht immer einfachen Verhältnis Sozialstaat und Freier Wohlfahrtspflege (Kap. 1) werden zunächst Merkmale und Organisationsstruktur (Kap. 2 und 3) und anschließend der gesetzliche Funktionsschutz der Wohlfahrtsverbände (Kap. 4) beleuchtet. Staatliche Zusammenarbeit und Förderung (Kap. 5 und 6) werden ebenso (kritisch) diskutiert wie Probleme, die sich aus der Beteiligung an hoheitlichen Aufgaben ergeben können (Kap. 7). Die Rolle der Verbände der Freien Wohlfahrtspflege im Vertragssystem des Leistungserbringungsrechts (Kap. 8) und in den Schiedsstellen (Kap. 9) ist für die Mitgliedseinrichtungen der Freien Wohlfahrtspflege von großer Bedeutung. Nach Mitwirkungsmöglichkeiten in sozialpolitischen und anderen Gremien (Kap. 10) wird die Bedeutung der Jugendfreiwilligendienste (Kap. 11) und des Zivildienstes (Kap. 12) für die Freie Wohlfahrtspflege erläutert. Danach werden Rechtsgrundlagen des Unfallschutzes (Kap. 13) des Schutzes der Vertraulichkeit in der sozialen Arbeit (Kap. 14.) und des Rechtsdienstleistungsrechts (Kap. 15) erläutert. Das Kapitel 16 enthält eine Zusammenfassung sowie abschließend einige – aus Sicht der Verfasser wünschenswerte – Perspektiven für die Freie Wohlfahrtspflege. Leitgedanken der vorwiegend an die verbandliche bzw. verbands- und sozialpolitische Praxis gewandten Überlegungen waren die Verteidigung der doch noch relativ guten und deshalb ständig gefährdeten Rechtsposition der Freien Wohlfahrtsverbände und ihre aus ihrem Selbstverständnis wahrzunehmende anwaltschaftliche Funktion.

Soweit sich Rechte und Pflichten der Freien Wohlfahrtspflege aus Regelungen des Landesrechts ergeben, haben sich die Autoren darauf beschränkt, jeweils stellvertretend nur das rheinland-pfälzische und hessische Landesrecht darzustellen. Die Darstellung des Landesrechts aller 16 Bundesländer hätte den Rahmen dieses Buches gesprengt. Die Auswahl der Länder Rheinland-Pfalz und Hessen ergibt sich daraus, dass die Autoren in

ihrer Funktion als Verbandsjustitiare mit dem geltenden Recht dieser beiden Bundesländer beruflich befasst sind bzw. waren und entsprechende praktische Erfahrungen gesammelt haben.

Dieses Buch behandelt die Rechte und Pflichten der Freien Wohlfahrtspflege ausschließlich auf der Grundlage des Bundes- und Landesrechts der Bundesrepublik Deutschland. Den Autoren ist bewusst, dass auch das Europarecht schon jetzt erhebliche Bedeutung für die Stellung der Freien Wohlfahrtspflege hat. Dieses Buch beschränkt sich allerdings dennoch nur auf das nationale Recht, da auch die Auswirkungen des Europarechts auf die Freie Wohlfahrtspflege nicht ohne Bezug auf das nationale Recht bewertet werden können. Auf diese Weise mag auch dieses Buch dennoch als Beitrag zur europarechtlichen Diskussion dienen. Es wurde weitestgehend der Gesetzesstand bis zum 30.09.2010 berücksichtigt.

Wir möchten uns zum Schluss noch für das Korrekturlesen bei Frau Angelika Steinmann herzlich bedanken. Über kritische Rückmeldungen, insbesondere solche, die zur Diskussion eines in der gegenwärtigen politischen Landschaft wenig beachteten Themas beitragen, würden wir uns freuen.

Mainz, Frankfurt am Main, im Juni 2010 Heinrich Griep/Heribert Renn

Öffne deinen Mund für den Stummen,
für das Recht aller Schwachen!
Öffne deinen Mund, richte gerecht,
verschaff dem Bedürftigen und Armen Recht!

(Sprüche 31, 8 und 9)

EINLEITUNG

Wirtschaftlich betrachtet ergibt sich die Bedeutung der Freien Wohlfahrtspflege ganz weit überwiegend daraus, dass sie Erbringer von staatlichen Sozialleistungen ist. Das gewaltige Wachstum der Wohlfahrtspflege in der Nachkriegszeit hat eine entscheidende Ursache auch im Ausbau der staatlichen Sozialleistungen. Zu den Entwicklungen der Nachkriegszeit gehört es aber auch, dass am Wachstum der Sozialleistungen immer mehr auch privat-gewerbliche Leistungserbringer Anteil haben. Seit der Einführung der Pflegeversicherung hat der Gesetzgeber dieser Entwicklung dadurch Rechnung getragen, dass er seine Erwartungen in den Wettbewerb der Einrichtungen unterschiedlicher Träger, nämlich gemeinnütziger und privat-gewerblicher Einrichtungsträger setzt. Hinzu kommt auch, dass durch die abnehmende Bedeutung der industriellen Arbeitsplätze und der weitreichenden demographischen Veränderungen generell zunehmend das Gesundheitswesen und die Wohlfahrtspflege als stark expandierender Dienstleistungsbereich in der Öffentlichkeit wahrgenommen werden.

Diese Entwicklung hat zur Folge, dass die rechtliche definierte Stellung der Freien Wohlfahrtspflege nicht mehr allein anhand des Gegensatzes freie und staatliche Wohlfahrtspflege bestimmt werden kann. Die zunehmende Bedeutung der privat-gewerblichen Träger führt dazu, dass zunehmend auch der Gegensatz Freie Wohlfahrtspflege – privat-gewerbliche Trägerschaft für die Bestimmung der Rechtsstellung der Freien Wohlfahrtspflege Bedeutung erhält. Aus dem Gegensatzpaar „öffentliche“ und „freie“ Wohlfahrtspflege entwickelte sich eine Trias „öffentliche“, „freie“ und „privat-gewerbliche“ soziale Arbeit, Betreuung, Leistungserbringung.

Die gewachsene Bedeutung des Wettbewerbs der Einrichtungen führt zu der mitunter auch bei Trägern der Freien Wohlfahrtspflege anzutreffenden Fehleinschätzung, dass die besondere Stellung der Freien Wohlfahrtspflege-

ge im Gesetz nun weitgehend „eingeebnet“ worden und damit zugunsten eines generellen Vorrangs freier/privater Träger verschwunden ist. Im Folgenden soll das Gegenteil aufgezeigt werden – zu beobachten ist eine wesentlich stärker zu differenzierende Weiterentwicklung der Rechtsstellung der Freien Wohlfahrtspflege.

1. SOZIALSTAAT UND FREIE WOHLFAHRTSPFLEGE

Schon seit einiger Zeit wird in der Öffentlichkeit eine zum Teil lautstarke Debatte über „Krise“, Zukunft und Reformbedürftigkeit des Sozialstaates geführt¹. Da die Frage nach der Stellung der Freien Wohlfahrtspflege eng mit der Konzeption des verfassungsrechtlich verankerten Sozialstaats Bundesrepublik Deutschland zusammenhängt, sollen im folgenden einige verfassungs- und sozialrechtliche Grundlagen sowie historisch sich wandelnde sozialpolitische Vorgaben, Annahmen und Konsequenzen insbesondere für die Freien Wohlfahrtsverbände skizziert werden.²

1.1 Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes

Art. 20 Abs. 1 GG bestimmt: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Rechtsstaat“. Und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG ergänzt: „Die verfassungsgemäße Ordnung in den Ländern muss den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieser Ordnung entsprechen.“ Zugleich ist durch Art. 79 Abs. 3 GG festgelegt, dass es sich dabei um „einen dauerhaften, jeder Änderung entzogenen Verfassungsgrundsatz“ handelt.³

Das Grundgesetz kennt also keine sozialen Grundrechte und „sonstigen ausdifferenzierten sozialen Programmsätze“⁴, sondern beschränkt sich auf ein Adjektiv, „das wenig konkretisierende Rechtsnormierung in der Verfassung erfahren hat“.⁵ Es beschränkt sich auf die vage Formulierung eines sozialen Staatsziels⁶, eines allgemeinen Sozialstaatspostulats.⁷

Doch ist dieses Postulat nach Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG in die „Staatsfundamentalnorm“ der Bundes-, Demokratie- und Rechtsstaats-

¹ Instruktiv Ch. Butterwegge, *Krise und Zukunft des Sozialstaates*, 2. Aufl., Wiesbaden 2005.

² Im Folgenden basierend auf einer erweiterten Fassung des Beitrags von H. Renn, *Den Sozialstaat verteidigen*, in *Sozialrecht aktuell* 2006, S. 1ff.

³ Tegtmeier in von Maydell, B./Ruland, F., Hrsg., *Sozialrechtshandbuch (SRH)*, 2. Aufl., Neuwied u.a. 1996, S. 177 Rn 1.

⁴ Papier in von Maydell, B./Ruland, F., Hrsg., *Sozialrechtshandbuch (SRH)*, S. 75 Rn 1.

⁵ A. Trube, *Vom Wandel des Sozialstaates und den Auswirkungen eines Paradigmenwechsels für die soziale Arbeit und die Wohlfahrtspflege*, in *Gesundheits- und Sozialpolitik* 3/4 2005, S. 12.

⁶ Papier, a.a.O.

⁷ Trube, ebd.

ordnung eingebunden.⁸ Das bedeutet, dass es primär Aufgabe des im föderalistischen Bundesstaat jeweils zuständigen parlamentarischen Gesetzgebers ist, das soziale Staatsziel zu konkretisieren und zu realisieren.⁹ Das Grundgesetz will also nicht den „totalen“ Sozialstaat, sondern die „soziale Demokratie“ in den Formen des Rechtsstaates.¹⁰ Das Sozialstaatsprinzip ist, so Herzog¹¹, „eine echte, unmittelbar geltende und damit alle Staatsgewalt bindende Staatsleitlinie“, jedoch „keine geeignete Grundlage für die Ableitung, konkreter, einklagbarer Rechtsansprüche“.

Übrigens enthalten die Landesverfassungen oft über dies sozial- und rechtsstaatlichen Staatsziele hinausgehende spezielle soziale Postulate, die aber insbesondere wegen der mangelnden gesetzgeberischen Kompetenz für die erforderlichen einfachgesetzlichen Regelungen in ihrer Konkretisierung und Umsetzung meist wirkungslos sind.

1.2 Soziale Gerechtigkeit und Soziale Sicherheit

1.2.1 Wandel der sozialstaatlichen Ziele

Die inhaltliche Konkretisierung des Sozialstaates bereitet Rechtswissenschaft und Rechtsprechung bis heute beinahe unlösbare Probleme.¹² Das Sozialstaatsprinzip ist nur unter Einbeziehung der in den letzten 160 Jahren gereiften Überzeugungen vorstellbar, dass der moderne Staat vor allem auch die innere Sicherung der Gesellschaft aktiv gestalten muss.¹³ So kann Bismarcks Reaktion auf die soziale Frage des 19. Jahrhunderts - Beseitigung und Verhinderung von Verelendung und Verproletarisierung der Arbeiter durch Einführung wichtiger Sozialversicherungszweige - als Beginn der modernen Sozialpolitik und damit auch des sozialstaatlichen Denkens und Handelns gesehen werden.

Warum das Grundgesetz bezüglich der inhaltlichen Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips so „offen“ geblieben ist, erklärt Trube¹⁴ wie folgt:

⁸ Papier, a.a.O.

⁹ BVerfGE 1, 97, 105.

¹⁰ BVerfGE 5, 85, 198; H. Zacher, Das neue Staatsziel, in Isensee/Kirchhoff, Hrsg., Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Aufl., Heidelberg 1995, S. 1107 f., Rn 103; Herzog in Maunz u.a., Grundgesetz, Kommentar, München, Art. 20 Rn 33ff., 41ff.

¹¹ Herzog, Rn 3.

¹² Herzog, Rn 7.

¹³ Ebd.

¹⁴ Trube, S. 13.

„Die im parlamentarischen Rat vertretenen Mütter und Väter des Grundgesetzes hatten äußerst divergierende Vorstellungen von einer Sozialstaatsverfassung, die von der sozial flankierten Marktwirtschaft bis hin zum staatssozialistischen Modell reichten. Selbst die CDU forderte in ihrem Ahlener Programm von 1947 bekanntlich noch die Verstaatlichung der gesamten Grundstoffindustrie. Angesichts nun dieser kontroversen Vorstellungen und des Genehmigungsvorbehalts der Alliierten – vor allem der USA – fand das Sozialstaatsgebot in der Verfassung keine weitere Konkretisierung und man erhoffte sich jeweils durch die politischen Mehrheiten oder im Zuge der alsbald ersehnten Wiedervereinigung dann einen – den eigenen Vorstellungen entsprechenden - Gestaltungsspielraum.“ Die christlich-konservative Mehrheit im Parlament prägte die Sozialstaatsentwicklung der Nachkriegsjahre insbesondere durch ihr Bekenntnis zu

- einem pluralistischen Sozialstaatsmodell mit freien und öffentlichen Trägern auf der Basis des Subsidiaritätsprinzips und der katholischen Soziallehre,
- einer sozialen Marktwirtschaft mit dem Postulat sozialer Gerechtigkeit und Wohlstand und
- dem Gebot der Menschenwürde (Art. 1 GG) als primären Leitnorm sozialstaatlichem Handelns¹⁵

so sehr, dass es als „Allgemeingut“ von allen demokratischen Parteien und der höchstrichterlichen Rechtsprechung¹⁶ übernommen wurde.¹⁷

In den 90er Jahren des vorigen Jahrhunderts wurde eine „liberalkonservative Transformation des Sozialstaates“¹⁸ vorgenommen; ihre Legitimation erfolgte vor allem in den Politikfeldern

- Arbeitsmarkt - durch Deregulierung der Förderung und Flexibilisierung des Arbeitsmarktes,
- Gesundheitswesen - durch zunehmende Individualisierung des Krankheitsrisikos und Kommerzialisierung/Ökonomisierung der Leistungen,
- Familie - durch Wiederbelebung des dualen Familienlastenausgleichs (Kindergeld und Steuerfreibetrag),

¹⁵ So in § 1 BSHG von 1961, § 1 SGB XII von 2003 oder § 1 SGB I von 1975.

¹⁶ Z.B. BVerfGE 22, 180ff. zur Subsidiarität; s.a. 1.5.

¹⁷ Trube, a.a.O.

¹⁸ Butterwegge, S. 137.

- Pflege - durch Einführung einer (Teil-)Kaskoversicherung unter Beibehaltung des Sachleistungsprinzips und Betonung des (Pflege-)Marktes.

1.2.2 Fordern und Fördern – der „aktivierende Sozialstaat“

Die rot-grüne Regierung setzte den „Perspektivenwechsel“ des Sozialstaatsverständnisses fort und verfolgte spätestens ab 2003 verstärkt einen neoliberal geprägten „Umbau“ des Sozialstaates, vor allem mit dem Ziel der Senkung der Arbeitskosten und Steuerbefreiung der Wirtschaft. Im Rahmen der Agenda 2010 wurde der „aktivierende Sozialstaat“ als neues sozialpolitisches Ziel propagiert.

Mit dem Vierten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt („Hartz IV“) wurde 2005 die Grundsicherung für Arbeitssuchende als SGB II eingeführt, durch die die bis dahin geltende Arbeitslosenhilfe abgeschafft und durch ein für alle hilfebedürftigen erwerbsfähigen Personen (einschließlich Bedarfsgemeinschaft) ALG II (und Sozialgeld) ersetzt wurde, das den Lebensunterhalt auf Sozialhilfeniveau gesetzlich absichern soll.¹⁹ Allen damals in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Lösungsvorschlägen zur Reform existenzsichernder Sozialleistungen war gemeinsam, dass sie auf dem Grundsatz des Förderns und Forderns basierten. Dabei wurde aber das Fordern vor das Fördern gestellt.²⁰ So beinhaltet das SGB II bereits in § 2 eindeutige Verpflichtungen²¹ für die hilfebedürftigen Erwerbsfähigen und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zur Verringerung bzw. Beendigung ihrer Hilfebedürftigkeit, während es erst in § 14 bei den Leistungen zur Eingliederung in Arbeit die Unterstützung erwerbsfähiger Personen - unter Beachtung der Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit - allgemein als Grundsatz des Forderns be- bzw. umschreibt.

Der aktivierende Sozialstaat fordert die aktive Beteiligung der betroffenen Bürger am Erwerbsleben, wenn sie soziale Ausgleichsleistungen des Staates zur Existenzsicherung in Anspruch nehmen wollen: Leistung und Gegenleistung, Fordern und Fördern. Andernfalls ist die Existenz bedroht.

¹⁹ Näheres siehe bei Renn/Schoch, Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II), Baden-Baden 2005.

²⁰ Im Folgenden Renn/Schoch, S. 28ff.

²¹ Siehe Sanktionen in §§ 31, 32 SGB II.

Mit dem „Umbau“ zum aktivierenden Sozialstaat liefen folgende Änderungen gleichzeitig ab:²²

- Deutliche Senkung der materiellen sozialen Leistungen insbesondere durch Gesundheits-, Sozialhilfe- und Arbeitslosenhilfereform, insbesondere des Existenzminimums, bei gleichzeitig steigenden Lebenshaltungskosten und Anforderungen an die eigenverantwortliche Lebensführung,
- Abbau individueller Abwehr- und Schutzrechte durch relativ schlecht kontrollierbare Steuerungsmacht der Fallmanager,
- sehr weit gehende Sanktionsmöglichkeiten und eingeschränkter Datenschutz,
- Unterwerfung der Leistungserbringer unter eine einseitig behörden- und preisdominierte Vergabepolitik sowie
- Abbau von Schutz- und Mitbestimmungsrechten von Arbeitnehmern sowie Etablierung eines Niedriglohnssektors (Ein-Euro-Jobs).

Das SGB II – obwohl in das SGB eingebunden – verlässt somit den bisherigen politischen und rechtlichen Konsens der Konkretisierung des Sozialstaatsgebots in § 1 Abs. 1 SGB I: „Der erwerbsfähige Mensch wird zum Opfer der Arbeitsfürsorge, die seine Erwerbsfähigkeit fordert, ohne angemessen auf seine Persönlichkeit einzugehen und ihm Rechte zu geben.“²³ Der Umbau zum aktivierenden Sozialstaat, wie er mit den Gesundheits-, Arbeitsmarkt- und Sozialhilfereformen eingeleitet wurde, der bei Inanspruchnahme staatlicher Sozialleistungen eine aktive Beteiligung der Bürger fordert, stellt einen restriktiven Paradigmenwechsel dar.²⁴

Fünf Jahre nach Einführung fällt die „Erfolgsbilanz“ von „Hartz IV“ auch sehr verhalten aus:²⁵

- Nach Angaben der Bundesregierung nahm die Zahl der Vollzeitstellen zwischen 1999 und 2008 um 1,4 Millionen oder sechs Prozent auf 22,4 Millionen Menschen ab. Die Zahl der Teilzeitbeschäftigten wuchs in den letzten zehn Jahren um 1,3 Millionen oder 36 % auf 5 Millionen und die Zahl der Minijobs in den letzten sechs Jahren um

²² H. Spindler, Den Rechtsstaat verteidigen, in Sozialwirtschaft 6/2005, S. 32.

²³ A. Brühl, Zurück in die Arbeitsfürsorge, in info also 3/2004, S. 104, 110.

²⁴ H. Spindler, Überfordern und überwachen, in sozial extra 2003, S. 11; A. Brühl, Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe, in: info also 2003, S. 196.

²⁵ M. Sievers, Immer weniger Vollzeitjobs, in FR v. 16.12.2009, S. 1ff. (Bericht über eine Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage der Linkspartei); ders., Baustelle Jobcenter, in FR v. 23.12.2009, S. 14; R. Bunzenthal, Der schwache Erfolg der Reform, Hartz IV feiert Jubiläum, aber die Betroffenen feiern nicht mit, in FR v. 9.1.2010, S. 15.

29 % auf über 7 Millionen. Die Zahl der Menschen mit zwei oder mehr Jobs verdoppelte sich von 2002 bis 2007 auf 1,8 Millionen, d.h. eine Beschäftigung reicht für ihre Existenzsicherung nicht mehr aus.

- Weiterhin schaffen nach einer Studie des Forschungsinstituts IAB der Bundesagentur für Arbeit nur relativ wenige Menschen den Ausstieg aus der staatlichen Hilfe. Drei von vier SGB II-Leistungen beziehenden Personen benötigen sie mehr als ein Jahr ohne Unterbrechung.
- Nach wie vor beklagen Erwerbsloseninitiativen und Wohlfahrtsverbände, dass viele der über 6 Millionen SGB II-Leistungen beziehenden Personen von den zuständigen Kommunen zuwenig Geld für Unterkunft und Heizung erhalten. Die Differenz müssen SGB II-Leistungsempfänger von der ohnehin zu knappen Regelleistung decken. Weiterhin erschweren Verzögerungen bei der Antragsbearbeitung sowie falsche Förderung die Situation arbeitsloser Menschen zusätzlich. Kritiker warnen vor der Aufgabe des Prinzips der Hilfen aus einer Hand im Rahmen der geplanten Strukturreform der Arbeitsagenturen/Jobcenter.
- Die Bundesagentur für Arbeit musste 2009 nach eigenen Angaben rund 280.000 SGB II-Bescheide nachbessern; von den 766.700 in den ersten elf Monaten bearbeiteten Widersprüchen wurden 36,4 % (2008: 36,5 %) ganz oder teilweise stattgegeben.²⁶

„Die Hartz-IV-Wunschliste“²⁷ von Politikern und Gewerkschaften, aber auch Wohlfahrtsverbänden zur Korrektur des SGB II wird immer größer und reicht von eigenständigen Leistungen für Kinder über die Berücksichtigung der Auswirkungen der „Rente mit 67“ bis zu deutlichen Erhöhungen der Regelleistungen, Schonvermögen, Unterkunftskosten und Zuverdiensten. Nicht genannt, aber dringend reformbedürftig ist die u.E. ungerechte völlige Anrechnung des Kindergeldes und seiner Erhöhungen auf ALG II und Hilfe zum Lebensunterhalt (SGB XII).²⁸ Doch die nach der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zu den Regelsätzen²⁹ entfachte und teilweise populistisch geführte Diskussion zeigt, dass dies keineswegs

²⁶ M. Sievers, Die Hartz-IV-Wunschliste, in FR v. 12.1.2010, S. 4; siehe auch U. Knapp/E. Roth, Hartz IV auf der Anklagebank, in FR v. 9.2.2010, S. 13.

²⁷ Ebd.

²⁸ BVerfG, Urteil v. 11.3.2010 - 1 BvR 3163/09, Pressemitteilung Nr. 22/2010 v. 8.4.2010; U. Knapp sieht in dieser Entscheidung ebenfalls einen „Rückschlag für Hartz-IV-Familien“, FR v. 9.4.2010, S. 5; s.a. 1.3.

²⁹ BVerfG, Urteile v. 9.2.2010, 1 BvR 1/09, 1 BvR 3/09, 1 BvR 4/09, in http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html; s.a. 1.3.

Konsens und das Meinungsspektrum in Politik und Bevölkerung zu diesen Fragen sehr breit ist.³⁰

1.2.3 System sozialer Sicherung

Unbestritten ist, dass der sich aus dem Sozialstaatsprinzip ergebende Regelungs- und Gestaltungsauftrag vor allem den Ausgleich sozialer Gegensätze und die „Schaffung einer gerechten Sozialordnung“ umfasst.³¹ D.h. der Gesetzgeber ist insbesondere verpflichtet, „sich um einen erträglichen Ausgleich der widerstreitenden Interessen und um die Herstellung erträglicher Lebensbedingungen für alle zu bemühen.“³² Die Ausgestaltung und Konkretisierung ist, wie erwähnt, zuvorderst Sache des Gesetzgebers.

Papier umreißt in Anlehnung an Zacher³³ die sozialen Staatsziele wie folgt:

- menschenwürdiges Existenzminimum für jede Bürgerin und jeden Bürger,
- Schaffung sozialer Gleichheit und Gerechtigkeit,
- Sorge für soziale Sicherheit und Entschädigung,
- Bewahrung und Mehrung des allgemeinen Wohlstands und Sicherung der Teilhabe an diesem.

In Lehre und Praxis wird die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit als wichtigstes und sich gegenseitig bedingendes Sozialstaatsziel genannt. § 1 Abs. 1 Satz 1 SGB I verdeutlicht dies auf einfachgesetzlicher Umsetzungsebene: Soziale Sicherheit und Gerechtigkeit sind die zentralen Aufgaben des modernen Staates. Soziale Gerechtigkeit bedeutet, dass der Staat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln der relativen Umverteilung, insbesondere durch die Wirtschafts-, Steuer-, Sozial- und Rechtspolitik, eine gerechte Gesellschaftsordnung auf der Basis des Grundgesetzes schafft. Dabei sind die Begriffe „gerecht“ bzw. „Gerechtigkeit“ ebenso schillernd wie unbestimmt; sie sind stark interessenabhängig und unterliegen permanent variablen Wertungen und Bewertungen anhand von zum Teil inkompatiblen Leit- und Wertvorstellungen

³⁰ Z.B. „Rechnung ohne Grundgesetz“ in FR v. 10.2.2010, S. 1-4, 11, F6; „Neu verteilen – aber wie?“, in FR v. 12.2.1010, S. 6 f.; „Wut auf Westerwelle“ in FR v. 2.3.2010, S. F10; siehe auch Nüchter/Bieräugl/Glatzer/Schmid, Der Sozialstaat im Urteil der Bevölkerung, Opladen und Farmington Hills (MI) 2010.

³¹ Papier, Rn 8; Herzog, Rn 40; BVerfGE 22, 180, 204.

³² So BVerfGE 1, 97, 105.

³³ Papier, Rn 8; Zacher, S. 1026 ff.

in der Gesellschaft. Auch der Konsens der 80er Jahre, dass eine gerechte Sozialordnung den Ausgleich sozialer Gegensätze, die Verhinderung sozialer Benachteiligungen und die Befriedigung der sozialen Bedürfnisse der Menschen anstrebt³⁴, wird zwischenzeitlich in Frage gestellt. Nach Döring³⁵ sind Vorstellungen von gerechter Verteilung „letztlich immer Versuche einer Antwort auf die Frage der Gleichheit bzw. der Gleichbehandlung von Personen oder Haushalten“.

Den „Kernbereich des Sozialstaates“³⁶ bildet neben Arbeitsrechts-, Steuer- und Familienpolitik das System sozialer Sicherung, das fast alle Lebensbereiche tangiert und in enger Beziehung zu den oben angedeuteten, unterschiedlichen Gleichheits- und Gerechtigkeitsvorstellungen steht. Hauptelemente sind soziale Sicherheit bei Arbeitslosigkeit, im Alter, Krankheits- und Pflegefall durch Sozialversicherungen, und Existenzsicherung durch Sozialhilfe und Grundsicherung (s. Kap. 1.3).³⁷

³⁴ Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge Hrsg., Handbuch der Sozialplanung, Frankfurt am Main 1986, S. 53.

³⁵ D. Döring, Sozialstaat, Frankfurt am Main 2004, S. 90.

³⁶ Tegtmeier, Rn 6.

³⁷ Döring, S. 48 ff.; siehe auch Übersichten 1 und 2.

Übersicht 1: System sozialer Sicherung

Sozial- gesetz- buch	Gesetz vom	Regelungsinhalte und Aufgaben	Rechtsgrundlage vor der Einordnung in das SGB		Leistungsträger
			Gesetz	vom	
SGB I	11.12.1975	<p>Allgemeiner Teil des SGB</p> <ul style="list-style-type: none"> • Übersicht der sozialen Rechte (sogen. Einweisungsvorschriften) • Allgemeine Grundsätze und gemeinsame Vorschriften für alle Sozialleistungen • Grundsätze des Leistungsrechts • Mitwirkung des Leistungsberechtigten Bestandteile des besonderen Teils des SGB (Art. II SGB I) 	RVO	19.11.1911	
SGB II	24.12.2003	Grundsicherung für Arbeitssuchende	SGB III BSHG	24.3.1997 30.6.1961	Arbeitsagentur, zugelassene Kommune, ARGE
SGB III	24.3.1997	Arbeitsförderungsrecht	AFG	25.6.1969	Arbeitsagentur
SGB IV	23.12.1976	Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung	RVO	19.11.1911	
SGB V	20.12.1988	<ul style="list-style-type: none"> • Grundsätze und Begriffsbestimmungen • Mitwirkungspflichten der Arbeitgeber • Verfassung der Sozialversicherungsträger <p>Gesetzliche Krankenversicherung</p>	RVO	19.11.1911	gesetzliche Krankenkassen
SGB VI	18.12.1989	Gesetzliche Rentenversicherung	RVO	19.11.1911	Deutsche Rentenversicherung
SGB VII	7.8.1996	Gesetzliche Unfallversicherung	RVO	19.11.1911	Berufsgenossenschaften, Unfallkassen

SGB VIII	8.12.1998	Kinder- und Jugendhilferecht	JWG		Jugendämter bei Stadt- und Kreisverwaltungen
SGB IX	19.6.2001	Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen Koordinierungsvorschriften für das gesamte Rehabilitationsrecht	Rehabilitationsgleichungsgesetz/ Schwerbehindertengesetz	7.8.1974	Rehabilitationsträger, Integrationsämter
SGB X	18.8.1980	Verwaltungsverfahren, einschließlich Schutz der Sozialdaten und Zusammenarbeit der Leistungsträger	RVO	19.11.1911	
SGB XI	26.5.1994	Gesetzliche Pflegeversicherung	BSHG/ SGB V	30.6.1961 20.12.1988	Soziale Pflegekassen
SGB XII	23.12.2003	Sozialhilferecht	BSHG	30.6.1961	Sozialämter bei Stadt- und Kreisverwaltungen

Übersicht 2: Noch nicht in das SGB eingeordnete besondere Teile des SGB

Gesetz	Gesetz vom	Regelungsgegenstand	Leistungsträger
BAföG	26.8.1971	Individuelle Förderung der Ausbildung	Amt für Ausbildungsförderung beim Studentenwerk

RVO	19.11.1911	Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung bei Schwangerschaft und Mutterschaft	gesetzliche Krankenkassen
Gesetz über die Alterssicherung für Landwirte (GAL)	29.7.1994	Gesetzliche Rentenversicherung für Landwirte	Landwirtschaftliche Alterskasse
Gesetz über die Krankenversicherung für Landwirte	10.8.1972	Gesetzliche Krankenversicherung für Landwirte	Landwirtschaftliche Krankenkasse
Altersteilzeitgesetz	23.7.1996	Altersteilzeit	Deutsche Rentenversicherung
BVG und hierauf verweisende Normen des sozialen Entschädigungsrechts	22.1.1982	Versorgung der Opfer des Krieges	Versorgungsämter der Länder
WoGG	14.12.1970	Wohngeld	Wohngeldstellen bei den Städten und Kreisverwaltungen
BKGG	14.4.1964	Kindergeld	Familienkassen bei den Städten und Kreisverwaltungen
BERzGG	6.12.1985	Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub	
BEEG	5.12.2006	Elterngeld und Elternzeit	

UnterthVG	23.7.1979	Unterhaltsvorschuss	Unterhaltsvorschusskassen bei den Stadt- und Kreisverwaltungen
Adoptionsvermittlungsgesetz	2.7.1976	Adoptionsvermittlung	Jugendämter bei den Stadt- und Kreisverwaltungen
Gesetz zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbruch	21.8.1995	Finanzierung des Schwangerschaftsabbruchs	

1.3 Recht auf Existenzsicherung

Eine wichtige für viele Bürgerinnen und Bürger im wahrsten Sinne des Wortes existentielle Frage ist im sozialen Rechtsstaat zu beantworten: Kann aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG i.V.m. dem Menschenwürdegebot des Art. 1 Abs. 1 GG eine Gewährleistungspflicht des Staates für ein menschenwürdiges Existenzminimum abgeleitet werden?³⁸ Nach Bieritz-Harder³⁹ lassen sich aus Art. 1 Abs. 1 GG zwar keine Maßgaben für eine inhaltliche Bestimmung des Existenzminimums, jedoch solche für deren Festsetzung und das dabei einzuhaltende Verfahren ableiten. Das zu leistende Existenzminimum ist demnach keine feste Größe, sondern muss regelmäßig – unter Berücksichtigung der veränderten Verhältnisse – neu bestimmt werden.

Sozialhilfe (Hilfe zum Lebensunterhalt) wird auf der Grundlage gesetzlicher Ansprüche geleistet, d.h. der hilfebedürftigen Person muss aus einer Notlage geholfen werden, in der ihr aus wirtschaftlichen Gründen die soziale Ausgrenzung droht. Die Hilfe soll ein weitgehend normales Leben auf niedrigem Niveau ermöglichen.⁴⁰ Damit garantiert sie ein soziokulturelles Existenzminimum, bei dessen Bemessung auf die jeweils herrschenden Lebensgewohnheiten Rücksicht zu nehmen ist.⁴¹ Die Sozialhilfe geht von einem relativen Armutsbegriff, der vom jeweiligen Lebensstandard abhängt, aus. Zwischenzeitlich wurden neben der Hilfe zum Lebensunterhalt (Kap. 3 - SGB XII) die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (Kap. 4 - SGB XII), die Grundsicherung für Arbeitssuchende (ALG II nach SGB II)⁴² eingeführt. Letztere ist nunmehr die wichtigste existenzsichernde Leistung im deutschen Sozialstaat. Folgerichtig bestätigte das BVerfG in seinem Urteil vom 9.2.2010 zum SGB II die für die Sozialhilfe entwickelten Grundsätze und stellte fest:

“1. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für

³⁸ R. Bieritz-Harder, Menschenwürdig leben, Berlin 2001, S. 168 ff.; Renn in Renn/Schoch, Grundsicherungsgesetz, Lehr- und Praxiskommentar (LPK-GSiG), Baden-Baden 2003, Einführung, Rn.24.

³⁹ Bieritz-Harder, S. 277.

⁴⁰ BVerwG, NDV-RD 1998, 72.

⁴¹ BVerwG 1985, 284.

⁴² Im allgemeinen Sprachgebrauch „Hartz IV“.

ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.

2. Dieses Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG hat als Gewährleistungsrecht in seiner Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG neben dem absolut wirkenden Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG auf Achtung der Würde jedes Einzelnen eigenständige Bedeutung. Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden, bedarf aber der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat. Dabei steht ihm ein Gestaltungsspielraum zu.

3. Zur Ermittlung des Anspruchsumfangs hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen in einem transparenten und sachgerechten Verfahren realitätsgerecht sowie nachvollziehbar auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren zu bemessen.

4. Der Gesetzgeber kann den typischen Bedarf zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums durch einen monatlichen Festbetrag decken, muss aber für einen darüber hinausgehenden unabweisbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarf einen zusätzlichen Leistungsanspruch einräumen.⁴³

Aus der Menschenwürdegarantie in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip folgert Rothkegel⁴⁴ mit Hinweis auf Entscheidungen des BVerwG⁴⁵ und BVerfG⁴⁶, dass die zur Existenzsicherung in das soziale Sicherungssystem eingeführten Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz ebenfalls o.g. Kriterien entsprechen müssen. Das BVerfG hat in mehreren Entscheidungen⁴⁷ klargestellt, dass sich auch die anderen sozialen Sicherungsleistungen (z.B. Kindergeld, Renten, Steuern) an dem grundsicherungs- und sozialhilferechtlichen soziokulturellen Existenzminimum auszurichten haben.

⁴³ BVerfG, Urteil v. 9.2.2010 - 1 BvL 1/09; 1 BvR 3/09; 1 BvR 4/09, in http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/1s20100209_1bvl000109.html, NJW 2010, 505ff., DVBl. 2010, 314; siehe auch Spindler, H., Sechs Jahre Ringen um das Existenzminimum – und kein Ende, info also 2/2010, S. 51 ff.; Klerks, U., Die neue „Härtefallregelung“ des Bundesverfassungsgerichts zum SGB II: Inhalt und Konsequenzen, info also 2/2010, S. 56 ff.

⁴⁴ R. Rothkegel, Strukturprinzipien des Sozialhilferechts, Baden-Baden 2000, S. 20.

⁴⁵ BVerwG, NDV 1954, 388.

⁴⁶ BVerfG, NDV 1972, 272.

⁴⁷ Bieritz-Harder, S. 189ff.; siehe allerdings BVerfG, Urteil v. 11.3.2010 - 1 BvR 3163/09, zur (verfassungskonformen) vollen Anrechnung des Kindergelds auf „Hartz IV“-Leistungen, in http://www.bverfge.de/entscheidungen/rk20100311_1bvr316309.html; s.a. 1.3.

Aufgrund ihrer anwaltschaftlichen Funktion kommt gerade den Wohlfahrtsverbänden besondere Bedeutung hinsichtlich der Ausgestaltung und Sicherung dieses Grundrechts auf Existenzminimum zu (s. Kap. 1.6). Das vom Bundesverfassungsgericht so bestimmte Grundrecht auf Existenzsicherung gibt den Verbänden der Freien Wohlfahrtspflege bei der Wahrnehmung ihrer politischen Anwaltsfunktion erweiterte Möglichkeiten, künftig nicht nur politisch sondern auch verfassungs- und sozialrechtlich zu argumentieren.

1.4 Sozialstaat, Wettbewerb und freie Wohlfahrtspflege

Seit Einführung der Pflegeversicherung Mitte der 90er Jahre wird, insbesondere auch im Bereich der Sozialleistungserbringung durch Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege, zunehmend vom „Markt“ in der Sozialwirtschaft gesprochen: „Auch unter Marktbedingungen kann die Sozialwirtschaft den Beweis erbringen, dass ihre besondere Art zu wirtschaften nicht unwirtschaftlich ist und innovative Leistungen hervorbringt. Mit ihrer solidarischen Bedarfsorientierung leistet sie einen wichtigen Beitrag zur gesellschaftlichen Wertschöpfung in Ergänzung zu rein gewinnwirtschaftlich orientierten Unternehmen und dem Staat.“⁴⁸ Unter der Überschrift „Auch der Sozialstaat braucht Wettbewerb“ führt z.B. Klaus F. Zimmermann⁴⁹ u.a. aus: „Nicht der Staat, sondern die Privatwirtschaft hat den Schlüssel zur Vollbeschäftigung. Allerdings schafft öffentliches Handeln wichtige Rahmenbedingungen und kann funktionsunfähige Märkte aktivieren... Zukunftsträchtige Wirtschaftssektoren wie Bildung und Weiterbildung, Innovationen und Forschung, Gesundheit, Betreuung und haushaltsnahe Dienste müssen durch Marktprozesse gestärkt werden...“.

Die Beispiele ließen sich beliebig fortsetzen. Die Schar der Sozialmarktanhänger, auch bei den Wohlfahrtsverbänden und größeren Einrichtungen, wächst. Im Sozialleistungserbringungsrecht stellt sich die Frage, ob z.B. im Bereich der Sozialhilfeeinrichtungen ein „durch Angebot und Nachfra-

⁴⁸ So wurde ein Ergebnis des 6. Kongresses der Sozialwirtschaft v. 14. und 15. Mai 2009 in Magdeburg zusammengefasst; in: <http://www.bagfw.de/index.php?id=932&cid=104001003875>.

⁴⁹ Klaus F. Zimmermann, Auch der Sozialstaat braucht Wettbewerb, in: Hamburger Abendblatt v. 5.9.2005.

ge regulierter Markt besteht“.⁵⁰ In der Rechtsprechung werden gelegentlich Marktpreise beim Erbringen von Sozialleistungen, beispielsweise in der Pflege suggeriert.⁵¹ Deshalb wird im Folgenden der Frage nachgegangen, ob es sich hierbei tatsächlich um marktwirtschaftliche Strukturen handelt. Dabei wird die grundlegende Abhandlung von J. Zacher⁵² zu Rate gezogen.

Zacher will „aus ökonomischer Sicht zur Klärung und Entwicklung der Ordnung der Sozialwirtschaft zwischen Markt und Staat beitragen, indem er wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse auf die Sozialwirtschaft anwendet.“⁵³ Im Ergebnis stellt er fest, „dass für die Sozialwirtschaft kaum Marktbedingungen herrschen. Die Maßnahmen, die als Hinwendung zum Markt gedacht waren, zeigen sogar gegenläufige Wirkungen, da die wesentlichen strukturellen und inhaltlichen Entscheidungen stärker zentralisiert sind als zur Zeit des so genannten Korporatismus. Selbst in der Pflege, die als am weitesten fortgeschritten in der Öffnung zum Markt gilt, sind die marktwirtschaftlichen Anteile marginal.“⁵⁴ Deutlich wird dies u.a. bei der Frage, ob die Leistungsentgelte in der Sozialwirtschaft die sieben (marktwirtschaftlichen) Preisfunktionen erfüllen.⁵⁵

- 1) Bewertungsfunktion (Anzeige des Tauschwertes einer Leistung bzw. eines Gutes⁵⁶ für die Marktpartner angesichts alternativer Nutzungsentscheidungen durch den Preis): Da zwar die Leistungserbringer ihre Entgelte weitgehend auf der Basis der Herstellungskosten ermitteln und mit den Sozialleistungsträgern aushandeln, die leistungsberechtigten Personen als Verbraucher aber keine Möglichkeit zur Bewertung anhand von Opportunitätskosten und damit zur Veränderung des Angebots am Markt haben, ist diese Funktion nur zur Hälfte gegeben.
- 2) Anreizfunktion (Anreiz zu Entwicklung, Anpassung und Einstellung von Leistungen): Auch diese Funktion ist nur zur Hälfte erfüllt, da mit den ausgehandelten Entgelten nur eine „gleichmäßige, mittlere Ver-

⁵⁰ V. Neumann, Sozialer Markt und Wettbewerbsrecht, in: Rothkegel, Sozialhilferecht, Baden-Baden 2005, Teil III, Kap. 34, Rn 9.

⁵¹ Vgl. das sogenannte Marktpreisurteil des BSG v. 5.12.2000, FEVS 52, 390; inzwischen teilweise relativiert durch Urteile des BSG v. 29.1.2009; Näheres unter 10.8.

⁵² Zacher, Die Marktillusion in der Sozialwirtschaft, in: RsDE 58 (2005), S. 1 – 36.

⁵³ Zacher, a.a.O., S. 2.

⁵⁴ Zacher, a.a.O., S. 32.

⁵⁵ Vgl. J. Zacher, a.a.O., S. 14 ff.

⁵⁶ Da in der Wohlfahrtspflege die Güterproduktion keine große Rolle spielt, wird diese im den weiteren Ausführungen weitgehend vernachlässigt.

sorgung mit vereinbarten Leistungen⁵⁷, aber keine Anpassung von Art, Inhalt und Umfang der Leistungen sichergestellt wird.

- 3) Informationsfunktion (Information über Art, Qualität und Quantität der angebotenen und zu entwickelnden Leistungen): Echte Marktpreise beeinflussen Bedarf, Knappheit oder Überfluss von Leistungen – und zwar unabhängig von den Herstellungsaufwendungen.
- 4) Koordinierungsfunktion (Abstimmung/Anpassung der Einzelpläne der Anbieter und Nachfrager): In der Sozialwirtschaft wird diese Funktion nicht durch den Preis wahrgenommen, sondern sie erfolgt durch Zulassungen (Versorgungsverträge), Leistungserbringungsvereinbarungen (einschl. Rahmenverträgen), Budgets und andere Nachfragesteuerungen.
- 5) Lenkungsfunktion (Lenken der Ressourcen an den Ort des effektivsten Einsatzes): In der Sozialwirtschaft wird ein freier Austausch von Produktionsfaktoren entsprechend der aktuellen Faktorpreise nicht zugelassen. Die einzusetzenden Produktionsfaktoren (Menge und Qualifikation des Personals, Lage und Größe der Räume/Gebäude, Art und Menge der Materialien, z.T. sogar Organisation und Ablaufsteuerung mittels Qualitätsmanagement) sind durch Leistungs-, Vergütungs-, Qualitäts- und Prüfungsvereinbarungen bis ins Detail vorgegeben und können nicht entsprechend ihren Preisen (und Einsatzkapazitäten) in die Leistungserstellung gelenkt werden.
- 6) Substitutionsfunktion (Wechsel der Anbieter auf die jeweils günstigere Kombination an Produktionsfaktoren infolge Preisentwicklung und Ersatz der Nachfrager von Produkten mit ungünstiger Kosten – Nutzen – Relation): Diese Funktion haben Preise in der Sozialwirtschaft nicht. Änderungen des Leistungsangebotes stehen nicht im Belieben von Anbietern und Nachfragern, sondern werden zentral in Gremien auf der Grundlage gesellschaftlicher und sozial-/finanzpolitischer Erwägungen getroffen.⁵⁸
- 7) Innovationsfunktion (Induzieren von neuen Produkt-/ Dienstleistungsangeboten aufgrund der Gewinnerwartungen infolge erzielbarer Preise): Da in der Sozialwirtschaft Innovationen wissenschaftlich her- und begleitet in Modellprojekten erprobt werden und nicht Ausdruck von Erwartungen und Risiken der Unternehmen sind, ist auch diese Funktion nicht erfüllt.

⁵⁷ Zacher, a.a.O., S. 15.

⁵⁸ Siehe z.B. §§ 4, 29, 70 SGB XI.

Für J. Zacher⁵⁹ bedeutet das, dass

- die Leistungsentgelte keine „Preise“, sondern eher Gebühren sind,
- „leistungsgerechte Entgelte“, wie der Gesetzgeber⁶⁰ sie nennt, aus wissenschaftlicher Sicht nicht die ökonomischen Funktionen eines „Preises“ erfüllen,
- von denen keine marktwirtschaftlich innovative, selbstregulierende Wirkung ausgeht,
- ihre Eigenschaften und Gestaltung nicht auf Marktwirtschaft, „sondern auf eine eindeutige Nähe zur Zentralverwaltungswirtschaft“ hinweisen.

Er fordert zu Recht eine eindeutige Entscheidung von Sozialpolitik und – wirtschaft, entweder „echte marktwirtschaftliche und auf Preisen basierende Steuerungsmechanismen einzuführen“ oder „die Lenkungsverantwortung zentraler Institutionen eindeutig und klar herauszustellen und damit auch zu kontrollieren.“⁶¹ Eine solche Positionierung wäre auch innerhalb der freien Wohlfahrtspflege dringend erforderlich.⁶²

1.5 Verhältnis öffentlicher und freier Wohlfahrtspflege, Subsidiarität

Das Verhältnis zwischen öffentlicher und freier Wohlfahrtspflege – genauer: zwischen den Trägern der Sozialhilfe und Verbänden der freien Wohlfahrtspflege – war und ist noch immer im Sozialhilferecht (früher § 10 BSHG, jetzt § 5 SGB XII) grundlegend geregelt.⁶³ „§ 5 bekräftigt und vertieft“, so Schellhorn⁶⁴, „den bereits von der Verfassungsordnung geprägten Grundsatz, dass das Eingreifen der öffentlichen Hand dort erforderlich ist, wo die freie Initiative hinreichend Gewähr für eine Beseitigung des Notstandes bietet“. Dem entspreche zugleich der „Gedanke, dass die kleinere, ortnähere und von freien gesellschaftlichen Kräften getragenen

⁵⁹ Zacher, a.a.O., S. 19.

⁶⁰ Z.B. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI; ausführlich Köbl, U./Brünner, F., Die Vergütung von Einrichtungen und Diensten nach SGB XI und BSHG, Baden-Baden 2001.

⁶¹ Zacher, a.a.O., S. 36.

⁶² Zu diesem Thema siehe auch Griep/Renn, Pflegemarkt ohne Vertragsautonomie, in RsDE 40 (1998), S. 1 – 17.

⁶³ Vgl. im Folgenden W. Schellhorn in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, 17. Aufl., Einleitung, Rn 89ff., sowie § 5 Rn 2ff.

⁶⁴ W. Schellhorn, a.a.O., § 5 Rn 3.

Einheit vor staatlicher Intervention eintreten soll, wenn sie zur Erfüllung einer Aufgabe in der Lage ist (Subsidiaritätsprinzip)“.⁶⁵

In § 5 Abs. 1 und 2 SGB XII wird daher zunächst klargestellt, dass (durch SGB XII) die Stellung der Verbände der freien Wohlfahrtspflege hinsichtlich ihrer eigenen sozialen Aufgaben unberührt bleibt und der Sozialhilfeträger unter Achtung ihrer Selbständigkeit mit ihnen zusammenarbeiten soll. Nach Abs. 3 soll der Sozialhilfeträger die freien Verbände in ihrer Tätigkeit unterstützen. Allerdings räumt Abs. 4 den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege gegenüber den Trägern der Sozialhilfe nur eine Vorrangstellung in beschränktem Umfang ein: Der Sozialhilfeträger soll (nur) von eigenen Maßnahmen absehen, wenn – abgesehen von Geldleistungen – die Leistung im Einzelfall durch die freie Wohlfahrtspflege erbracht wird. Der ursprünglich in § 93 BSHG zusätzlich verankerte, nur die Schaffung und den Betrieb von Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege betreffende Vorrang wurde durch das BSHG-Reformgesetz 1996⁶⁶ auf alle privaten (freigemeinnützigen und gewerblichen) Einrichtungen erweitert. Diese modifizierte Regelung des institutionellen Vorranges nach § 93 Abs. 1 Satz 1 BSHG wurde 2005 wortgleich in § 75 Abs. 2 Satz 1 SGB XII übernommen.

Bereits in den sechziger Jahren wurden die genannten (mit einigen anderen) Bestimmungen mittels Verfassungsbeschwerde (von vier Städten) beziehungsweise Normen-Kontrollklage (von vier Bundesländern) angefochten, jedoch wies das Bundesverfassungsgericht sowohl Beschwerdedeals auch Klageanträge weitgehend zurück.⁶⁷ Es betonte dabei insbesondere die Notwendigkeit der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und privaten Wohlfahrtsträgern zwecks Erfolgsmaximierung des koordinierten Einsatzes öffentlicher und privater Mittel⁶⁸, „ging (aber) auf das Subsidiaritätsprinzip mit keinem Wort ein“.⁶⁹ „Der individuelle Vorrang gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 BSHG (heute § 11 Abs. 5 Satz 1 SGB XII) wurde dahin verstanden, dass der Sozialhilfeträger den Ratsuchenden auf die Beratung durch freie Träger hinweisen muss, trotzdem aber in vollem Umfang beratende Tätigkeit in sozialen Angelegenheiten ausüben darf“.⁷⁰

⁶⁵ Ebd.

⁶⁶ BGBl. 1996 I S. 1088.

⁶⁷ BVerfG, Urteile v. 18.7.1967, E 22, 180 ff., NDV 1967, 1765, ZfF 1967, 251, ZfSH 1967, 264; Schellhorn, Einleitung, Rn 91 m.w.N.

⁶⁸ BVerfGE 22, 180 (200).

⁶⁹ V. Neumann, in Rothkegel, Sozialhilferecht, Kap. 32, Rn 22.

⁷⁰ Ebd.; BVerfGE 22, 180 (208f.).

Nach dem „Grundsatz des sinnvollen Einsatzes finanzieller Mittel“, der den institutionellen Vorrang relativiert, muss der Sozialhilfeträger zunächst prüfen, ob Einrichtungen in ausreichendem Maße vorhanden sind. Er darf eigene Einrichtungen schaffen, wenn seine Förderungsanstrengungen zugunsten freier Träger nicht zum gewünschten Erfolg führen, und die Förderung unterlassen, wenn öffentliche Einrichtungen mit bescheidenen Mitteln betrieben werden können.⁷¹ Aus dem Vorrang freier/privater Träger ist keine Funktionssperre für die öffentlichen abzuleiten.⁷² Daher ist der Schlussfolgerung Neumanns zuzustimmen: „Der solchermaßen bestimmte und begrenzte Vorbehalt hat mit einem Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer abgestuften Zuständigkeit des kleinen vor dem großen, des lokalen vor dem überregionalen Träger nichts gemein. Deshalb gibt es auch keinen Vorrang innerhalb der freien Träger, wonach etwa kleinere und lokale Initiativen von größeren Verbänden zu fördern wären.“⁷³

Das Sozialgesetzbuch Erstes Buch - Allgemeiner Teil (SGB I)⁷⁴ schwächt diesen institutionellen Vorrang zwar weiter ab, stellt aber für alle zu erbringenden Sozialleistungen in § 17 Abs. 3 Satz 1 und 2 klar: „In der Zusammenarbeit mit gemeinnützigen und freien Einrichtungen und Organisationen wirken die Leistungsträger darauf hin, dass sich ihre Tätigkeit und die der genannten Einrichtungen und Organisationen zum Wohl der Leistungsempfänger ergänzen. Sie haben die Selbständigkeit der Organisationen und Einrichtungen in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben zu achten.“ Der in § 5 Abs. 4 SGB XII statuierte Subsidiaritätsgrundsatz findet sich in ähnlicher Weise in § 4 Abs. 2 SGB VIII. Danach soll die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen, soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können. Auffällig ist, dass § 4 Abs. 2 SGB VIII ausdrücklich von den „anerkannten Trägern“ spricht, während § 4 Abs. 1 SGB VIII nur von der „freien Jugendhilfe“ spricht. Nach § 75 Abs. 3 SGB VIII sind die auf Bundesebene zusammengeschlossenen Verbände der Freien Wohlfahrtspflege per gesetzlicher Definition anerkannte Träger der Jugendhilfe.

Ungeachtet des gesetzlich statuierten Subsidiaritätsgrundsatzes ist es auch volkswirtschaftlich problematisch, wenn insbesondere Landkreise und Städte das Ziel verfolgen, Einrichtungen der Freien Wohlfahrtspflege in

⁷¹ Neumann in Rothkegel, Sozialhilferecht, Kap. 34, Rn 23; BVerfGE 22, 180 (200).

⁷² Neumann ebd., m.w.N.

⁷³ Neumann, a.a.O.

⁷⁴ Das SGB I ist der für das gesamte Sozialrecht geltende Allgemeine Teil des Sozialgesetzbuches.

einem Verdrängungswettbewerb mit ihren eigenen kommunalen Einrichtungen aus der Erbringung kommunal gesteuerter Sozialleistungen zu verdrängen. Dieses Ziel können sie auf zwei Wegen verfolgen: Zum einen werden eigene Einrichtungen um jeden Preis auch dann auf Kosten des Steuerzahlers „über Wasser gehalten“, ⁷⁵ wenn sie Jahr um Jahr nennenswerte Defizite erwirtschaften. Zum anderen können die kommunalen Einrichtungen bei den über die Einrichtungsbelegung entscheidenden kommunalen Sozial- und Jugendämtern auch dann bevorzugt werden, wenn Einrichtungen der Freien Wohlfahrtspflege im konkreten Einzelfall besser den Bedarf decken, dies dem Wunsch- und Wahlrecht des Sozialleistungsberechtigten entspricht und gleichzeitig wirtschaftlicher und sparsamer ist. Die Missachtung der sozialrechtlichen Subsidiarität muss bei den Kommunen stets im Gesamtzusammenhang ihrer eigenen wettbewerbsverzerrenden unternehmerischen Tätigkeit gesehen werden. So wird nicht ganz zu Unrecht in Pressemeldungen kritisiert, dass Kommunen bei ihren Investitionen in nicht zu ihren Pflichtaufgaben gehörende eigene Unternehmen (Krankenhäuser, Versorgungs- und Entsorgungsbetriebe, Energieversorgungsnetze und Stromerzeugungsanlagen, Wohnungsunternehmen) Geld fehlinvestieren, das für andere Pflichtaufgaben fehlt. ⁷⁶

1.6 Beteiligung der Wohlfahrtsverbände an der Sozialstaatsreform

Die Wohlfahrtsverbände, insbesondere Caritas und Diakonie, verzichten zunehmend auf den ihnen auf Grund des durch das BVerfG⁷⁷ bestätigten (beschränkten) Nachrangs (s. Kap. 1.6) zustehenden Funktionsschutz, in dem sie sich z.B. am Vergabeverfahren der Ein-Euro-Jobs oder anderer Eingliederungs- und Sozialleistungen, Sozialraum- und/oder Einrichtungsbudgets, Steuerung der Leistungserbringung durch Beleg- bzw. Hilfeplan-konferenzen aktiv beteiligen. Gleichzeitig tolerieren sie damit die Relativierung verfassungsrechtlicher Standards, wie Persönlichkeitsschutz, Wunsch- und Wahlrecht und Rechtsschutz der betroffenen Bürger und stellen ihre anwaltliche Funktion in Frage (s. Kap. 3).

⁷⁵ Kommunale Krankenhäuser werden mitunter über Jahre trotz nennenswerter Defizite auf Kosten des Steuerzahlers weiterbetrieben, während dies für freigemeinnützige und gewerbliche Krankenhäuser nicht in Betracht kommt.

⁷⁶ Selbsthilfe vor Fremdhilfe, FAZ v. 27.4.2010.

⁷⁷ BVerfGE 22, 180.

Um dies zu verhindern, sind die Wohlfahrtsverbände gefordert, den Sozial- und Rechtsstaat zu verteidigen und sich aktiv an seiner Reform i.S.v. Umbau zu beteiligen⁷⁸, vor allem durch:

- stärkere Einbeziehung der betroffenen Bürger, vor allem derer ohne Arbeit, sowie Wahrung und Achtung ihrer Rechte,
- neue Kooperationen zwischen Wohlfahrtsverbänden, Kirchen, Gewerkschaften und Selbsthilfeorganisationen etc.,
- Verständigung der Leistungserbringer mit den Leistungsträgern zur Einhaltung bestimmter Qualitätsstandards und Grundrechten, insbesondere Selbstbestimmung bei der Leistungserbringung erfolgt, mit dem Ziel eine neue Kooperation bzw. Bewegung zur „Re-Aktivierung“ des Sozialstaates und Konzeption eines „nachhaltigen“ Sozialstaatsmodells.

Zu klärende Hauptfragen einer solchen nachhaltigen Sozialstaatsreform in Anlehnung an Döring⁷⁹ sind insbesondere:

- funktionstüchtiges und bedarfsgerechtes Zusammenwirken zwischen staatlichen Sicherungen und privaten Sicherungs- und Einsatzmöglichkeiten,
- allgemeines existenzsicherndes Mindestlohniveau,⁸⁰
- bedarfsdeckende Existenzsicherung in allen Sozialleistungsbereichen mit langfristig garantierbarer Grundausrüstung für alle Bürger,⁸¹
- Wandel von Arbeitnehmer- zu Bürgerversicherungen mit allgemeiner Beitragspflicht,⁸²
- Beitragsgerechtigkeit in allen Sozialversicherungsbereichen (stärkere Stützung der Beiträge und Versicherungsleistungen für Niedrigbeitragszahler),
- Stärkere Einbeziehung und Nutzung der Bildungspotentiale,
- energische Verbesserung der Position der jungen Menschen und der sie erziehenden Personen,

⁷⁸ Spindler 2005, S. 33.

⁷⁹ Döring, D., Sozialstaat, Frankfurt/Main 2004, S. 82ff.

⁸⁰ Z.B. Pressemitteilung der Diakonie Hessen – Nassau vom 12.9.2009: „Diakonie-Chef Gern: Schluss mit dem Spiegelbild fürs globale Finanzcasino...Zeit überreif für Mindestlöhne“.

⁸¹ Dahrendorf, FR 21.5.2008, S. 8.

⁸² Kirschner/Schiek, FR v. 30.5.2005, S.7.

- staatliche Förderung von Netzwerken gegenseitiger Hilfe auf lokaler Ebene und örtliche Informationsstellen für gegenseitige Hilfe,⁸³ einschließlich
- Sicherstellung der Finanzierung einem solchen nachhaltigen Sozialstaat.

Dabei gibt sich Döring optimistisch: „Nimmt man die zu erwartende demographische Entwicklung zum Maßstab, kann man sagen, dass der deutsche Sozialstaat etwa ein Jahrzehnt Zeit hat, eine solche derart veränderte Strategie aufzubauen“.⁸⁴

⁸³ Döring, S. 89.

⁸⁴ Ebd.