

neue **caritas** spezial

Subsidiaritätsprinzip

Rechte
S. 4

Wettbewerb
S. 28

Europäische Union
S. 31

Rechtsprechung
S. 35

POLITIK / PRAXIS / FORSCHUNG

Subsidiaritätsgrundsatz

Rechte der freien Wohlfahrtspflege





Rechte der freien
Wohlfahrtspflege

Vorwort <i>Peter Neher</i>	3
1. Welche Rechte gibt der Subsidiaritätsgrundsatz der freien Wohlfahrtspflege? <i>Heinrich Griep und Caroline von Kries</i>	4
1.1 Einleitung	4
1.2 Der Subsidiaritätsgrundsatz	4
1.3 Sozialrechtliche Grundlagen der Subsidiarität	5
1.4 Zentrale Fragen zum Subsidiaritätsgrundsatz im Sozialrecht	8
1.5 Subsidiarität im Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII)	9
1.6 Subsidiarität im SGB VIII	10
1.7 Subsidiarität im SGB XII	11
1.8 Subsidiarität im SGB II	12
1.9 Subsidiarität im SGB V	13
1.10 Subsidiarität im SGB XI	13
1.11 Subsidiarität im SGB I	14
1.12 Subsidiaritätsgrundsatz in den Verfassungen der Bundesländer	16
1.13 Kommunalrechtlicher Subsidiaritätsgrundsatz	17
1.14 Subsidiarität rechtlich durchsetzen	17
1.15 Sozial- und gesamtpolitische Bedeutung des Subsidiaritätsgrundsatzes	17
1.16 Bedingungen	23
1.17 Fazit	24
2. Subsidiarität und Wettbewerb <i>Georg Cremer</i>	28
3. Das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis der Mitgliedstaaten zur EU <i>Caroline von Kries und Stephan Schwerdtfeger</i>	31
4. Subsidiarität in der Rechtsprechung <i>Caroline von Kries</i>	34

IMPRESSUM

www.neue-caritas.de

Herausgeber: Deutscher Caritasverband e.V.
Herausgebervertreter: Dr. Thomas Becker
Redaktion: Gertrud Rogg (Chefredakteurin), Christine Mittelbach (CvD)
Redaktionssekretariat: Christiane Stieff, Tel.: 07 61/200-4 10,
Fax: 07 61/200-509, E-Mail: christiane.stieff@caritas.de

Redaktionsassistentz: Ingrid Jehne, Tel.: 07 61/200-4 17,
Fax: 07 61/200-5 09, E-Mail: ingrid.jehne@caritas.de
Anschrift für Redaktion und Vertrieb:
neue caritas, Lorenz-Werthmann-Haus, Karlstr. 40,
79104 Freiburg, E-Mail: zeitschriftenvertrieb@caritas.de
Anzeigen und Beilagen: Zweiplus Medienagentur,

Tel.: 02 61 51/81 27-0, Fax: 89 30 98, Pallaswiesenstraße 109,
64293 Darmstadt, E-Mail: anzeigen@zweiplus.de
Layout: Peter Blöcher
Titelfoto: fotolia/sk_design
Druck: Druckerei Hofmann GmbH

Sozialpolitik

Das Wunsch- und Wahlrecht sichern

Nur wenige gesellschaftspolitische Ideen sind so unbekannt und gleichzeitig so erfolgreich wie das Subsidiaritätsprinzip. Betrachtet man den Einfluss auf die deutsche Sozialpolitik, ist man schnell geneigt, von einer Erfolgsgeschichte zu sprechen. Das Subsidiaritätsprinzip wurde ideengeschichtlich im Sozialkatholizismus vorbereitet und von Papst Pius XI. in der Sozialenzyklika „Quadragesimo anno“ 1931 zum ersten Mal begrifflich verwendet. Dabei hatte der Papst sicherlich die totalitären Systeme seiner Zeit im Blick, ging es ihm doch im Wesentlichen darum, die gesellschaftlichen Akteure gegenüber einem übermächtigen Staat zu stärken. In seinem Lehrschreiben geht der Papst davon aus, dass der Mensch in verschiedenen Gemeinschaften lebt. Das Subsidiaritätsprinzip beschreibt dabei den Vorrang kleinerer Gemeinschaften. Übergeordnete Ebenen bis hin zum Staat sind ihrerseits in der Pflicht, einzugreifen, wenn es notwendig scheint, um die kleinere Gemeinschaft bei der Erledigung ihrer Aufgaben zu unterstützen.

Das Prinzip der Subsidiarität prägte und prägt die Sozialpolitik und Sozialgesetzgebung der Bundesrepublik. Es ist in mehreren Sozialgesetzbüchern rechtlich verankert und entfaltet zwei Schutzfunktionen zugunsten von freien Trägern: Soweit sie sach- und fachge-

recht arbeiten, können sie eine Zulassung für einen Dienst bekommen und dafür (finanzielle) Hilfen vom Staat beanspruchen und sich gegen zu starke staatliche Steuerung wehren. Insofern gebietet der Subsidiaritätsgrundsatz bei der Frage, wer soziale Dienstleistungen erbringen soll, dass der Staat nur dann eigene Angebote bereitstellen sollte, wenn die freie Wohlfahrt oder gewerbliche Anbieter nicht zur Erfüllung der Aufgaben in der Lage sind. Das Subsidiaritätsprinzip sichert Vielfalt und damit das Wunsch- und Wahlrecht hilfesuchender Bürgerinnen und Bürger.

Was sich wie die Erfolgsgeschichte einer guten Idee liest, ist in den letzten Jahren unter Druck geraten: Das Subsidiaritätsprinzip kann erodieren, wenn es nicht aktiv vertreten wird. Immer wieder macht sich bei öffentlichen Leistungsträgern ein Denken breit, das das Heil in einer einseitigen Konzentration von Kompetenzen bei der staatlichen Seite sieht. Das aber wäre eine Abkehr von der Partnerschaft der öffentlichen und freien Wohlfahrtspflege, die prägend für die Entwicklung des deutschen Sozialstaats war. Beide Seiten stehen in der Verantwortung, in ihrer Zusammenarbeit zum Wohle der Bürgerinnen und Bürger das Prinzip der Subsidiarität zu pflegen und neuen Herausforderungen anzupassen.

Peter Neher



Prälat Dr. Peter Neher

Präsident des Deutschen Caritasverbandes

E-Mail: peter.neher@caritas.de

„Das Subsidiaritätsprinzip kann erodieren“

1. Welche Rechte gibt der Subsidiaritätsgrundsatz der freien Wohlfahrtspflege?

Subsidiarität stellt vor allem sicher, dass Menschen notwendige Hilfen erhalten, die ihren individuellen Bedürfnissen entsprechen. Der Subsidiaritätsgrundsatz gewährleistet die Trägervielfalt und das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten.

Text **Heinrich Griep, Caroline von Kries**

1.1 Einleitung

Gegenstand dieser Darstellung ist der sozialrechtliche Subsidiaritätsgrundsatz in seiner rechtlichen und praktischen Bedeutung für die freie Wohlfahrtspflege. Für den in dieser Darstellung maßgeblichen und auch sozialrechtlich relevanten Begriff der „freien Wohlfahrtspflege“ ist in erster Linie die steuerrechtliche Legaldefinition bedeutsam: Nach § 66 Abs. 2 Satz 1 Abgabenordnung (AO) ist Wohlfahrtspflege die planmäßige, zum Wohl der Allgemeinheit und nicht des Erwerbs wegen ausgeübte Sorge für notleidende oder gefährdete Mitmenschen. Nach § 52 Abs. 2 Nr. 9 AO gehört die Förderung des Wohlfahrtswesens, insbesondere der Zwecke der amtlich anerkannten Verbände der freien Wohlfahrtspflege (§ 23 UStDV), ihrer Unterverbände und ihrer angeschlossenen Einrichtungen und Anstalten zu den gemeinnützigen Zwecken im Sinne des Steuerrechts. Nach § 23 UStDV gelten die nachstehenden Vereinigungen als amtlich anerkannte Verbände der freien Wohlfahrtspflege:

- ♦ Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e. V.;
- ♦ Deutscher Caritasverband e. V.;
- ♦ Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband – Gesamtverband e. V.;

- ♦ Deutsches Rotes Kreuz e. V.;
- ♦ Arbeiterwohlfahrt Bundesverband e. V.;
- ♦ Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland e. V.;
- ♦ Deutscher Blinden- und Sehbehindertenverband e. V.;
- ♦ Bund der Kriegsblinden Deutschlands e. V.;
- ♦ Verband deutscher Wohltätigkeitsstiftungen e. V.;
- ♦ Bundesarbeitsgemeinschaft Selbsthilfe von Menschen mit Behinderung und chronischer Erkrankung und ihren Angehörigen e. V.;
- ♦ Sozialverband VdK Deutschland e. V.;
- ♦ Arbeiter-Samariter-Bund Deutschland e. V.

Zur freien Wohlfahrtspflege gehören nicht nur diese Verbände, sondern auch ihre Unterverbände (Landes-, Regional- und Ortsebene) und Mitgliedsorganisationen (korporative Mitglieder). Der Subsidiaritätsgrundsatz entfaltet nicht nur Wirkungen für die freie Wohlfahrtspflege, sondern auch für andere nichtstaatliche Akteure wie zum Beispiel gewerbliche Anbieter, die Dienstleistungen im Bereich der staatlichen sozialen Sicherung erbringen. Gleichwohl beschränkt sich

diese Darstellung in erster Linie auf die besondere Bedeutung des Subsidiaritätsgrundsatzes für die freie Wohlfahrtspflege.

1.2 Der Subsidiaritätsgrundsatz

Subsidiarität (von lateinisch „subsidiuum“ = Hilfe, Reserve) kennzeichnet eine bestimmte Ordnung einer Gemeinschaft, insbesondere das Verhältnis von Staat und Gesellschaft. Nach dem Subsidiaritätsgrundsatz soll die jeweils größere Einheit in einer Gesellschaft nur dann eingreifen, wenn die untergeordnete Einheit aus eigener Kraft nicht zur Erfüllung ihrer Aufgaben in der Lage ist.¹

Dieses Ordnungsprinzip kommt aus der Katholischen Soziallehre², richtet sich gegen staatlichen Zentralismus sowie Kollektivismus und befürwortet die Eigenständigkeit und Eigenverantwortung der kleineren Sozialgebilde.³ Den Ausgangspunkt bildet die Überlegung, dass das, was der Einzelne aus eigener Initiative leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gemeinschaft übertragen werden darf, diese vielmehr im Bedarfsfall zur Hilfeleistung (Hilfe zur Selbsthilfe) verpflichtet ist. „Dieser Gedanke wird auf die Gesellschaft angewendet, die sich von unten her

aufbaut, von der Familie und den Primärgruppen, deren Eigenart in dem persönlichen Kontakt der Mitglieder und in ihrer Überschaubarkeit besteht, über die Sekundärgruppen örtlicher oder funktionaler Art (Gemeinden, Berufsverbände, Gewerkschaften) bis hin zum Staat als der umfassenden politischen Gemeinschaft. Die Aufgaben, welche diese verschiedenen Sozialgebilde erfüllen, dürfen nicht vom Staat übernommen und zentral gesteuert werden, im Gegenteil, der Staat soll, wie dies auch dem Sozialstaatsprinzip entspricht, die Voraussetzungen schaffen und dafür Sorge tragen, dass die Sozialgebilde funktionsfähig bleiben“⁴. Der Subsidiaritätsgrundsatz entfaltet daher seine Wirkung in zwei Richtungen⁵:

- Die untergeordnete Einheit soll vor Übergriffen der übergeordneten Einheit geschützt werden, wenn sie ihre Aufgaben mit ihren Möglichkeiten selbst sachgerecht erfüllen kann.
- Die untergeordnete Einheit hat Anspruch auf Hilfe durch die übergeordnete Einheit, wenn sie ihre Aufgaben mit ihren Möglichkeiten nicht erfüllen kann.

Der Subsidiaritätsgrundsatz hat nicht nur im Sozial- und Kommunalrecht Eingang in das nationale Recht der Bundesrepublik Deutschland⁶, sondern auch in das supranationale Recht der Europäischen Union gefunden. Dort regelt es die Verteilung der Regelungszuständigkeit zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten der Europäischen Union.⁷ Die aktuellen Auseinandersetzungen über die Zukunft der Europäischen Union und des Euro zeigen, dass es auch bei der Beachtung des europarechtlichen Subsidiaritätsgrundsatzes um eine zentrale Schicksalsfrage der Zukunft der Europäischen Union geht.

Im Rahmen dieser Darstellung geht es um den im Sozialrecht an verschiedenen Stellen normierten Subsidiaritätsgrundsatz. Im Sozialrecht steht er in engem Zusammenhang mit dem Gebot, die Selbständigkeit der freien Träger zu achten und mit ihnen zusammenzuarbeiten. Dennoch beschränkt sich diese Veröffentlichung darauf, zentrale für die Praxis der sozialen Arbeit relevante Fragestellungen in erster Linie zum Subsidiaritätsgrundsatz selbst zu behandeln.

1.3 Sozialrechtliche Grundlagen der Subsidiarität

Der Subsidiaritätsgrundsatz ist jeweils in den zentralen Eingangsnormen der Sozialgesetze zu finden, was seine Bedeutung hervorhebt. Zusätzlich hervorgehoben wird die Bedeutung dieses Grundsatzes durch die Verankerung in den Länderverfassungen (s. u. 1.12). Der Subsidiaritätsgrundsatz ist sowohl in der Art und Weise als auch in der Verbindlichkeit gegenüber der freien Wohlfahrtspflege in den einzelnen Büchern des Sozialgesetzbuches unterschiedlich ausgestaltet. Der sozialrechtliche Subsidiaritätsgrundsatz steht, wie die folgende Normenübersicht (siehe S. 6) zeigt, in engem Zusammenhang mit weiteren wichtigen Grundsätzen des Leistungserbringungsrechts: Kooperationsgebot, Selbständigkeit, Diversifikationsgebot. Der Subsidiaritätsgrundsatz wird häufig auch als „Funktionssperre“ zugunsten der freien Träger bezeichnet, weil damit die freien Träger geschützt und das Übergewicht der öffentlichen Träger bis zu einem gewissen Grad ausgeglichen werden soll.⁸ Diese Darstellung beschränkt sich im Wesentlichen auf diese Funktion des Subsidiaritätsgrundsatzes. »

„Eine ‚Funktionssperre‘ zugunsten der freien Träger“

„Ein König gibt durch das Recht dem Land Bestand“
Spr 29,4

„Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat.“

Ernst-Wolfgang Böckenförde: Staat, Gesellschaft, Freiheit. 1976, S. 60.

Gesetz	Subsidiaritätsgrundsatz	Kooperationsgebot	Selbständigkeit	Diversifikationsgebot
SGB I ⁹		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 wirksam ergänzen (§ 17 Abs. 3 Satz 1 SGB I).	Die Leistungsträger haben dabei deren Selbständigkeit in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben zu achten (§ 17 Abs. 3 Satz 2 SGB I).	
SGB II	Zur Erbringung von Leistungen zur Eingliederung in Arbeit sollen die zuständigen Träger der Leistungen nach diesem Buch eigene Einrichtungen und Dienste nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen und Dienste Dritter vorhanden sind, ausgebaut oder in Kürze geschaffen werden können (§ 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II ¹⁰).			
SGB V				Bei der Auswahl der Leistungserbringer ist ihre Vielfalt zu beachten (§ 2 Abs. 3 Satz 1 SGB V). Den religiösen Bedürfnissen der Versicherten ist Rechnung zu tragen (§ 2 Abs. 3 Satz 2 SGB V).
SGB VIII	Soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können, soll die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen (§ 4 Abs. 2 SGB VIII).	Die öffentliche Jugendhilfe soll mit der freien Jugendhilfe zum Wohl junger Menschen und ihrer Familien partnerschaftlich zusammenarbeiten (§ 4 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII.)	Sie hat dabei die Selbständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben sowie in der Gestaltung ihrer Organisationsstruktur zu achten (§ 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII).	Die Jugendhilfe ist gekennzeichnet durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten und Methoden (§ 3 Abs. 1 SGB VIII ¹¹).

Gesetz	Subsidiaritätsgrundsatz	Kooperationsgebot	Selbständigkeit	Diversifikationsgebot
SGB XI	Freigemeinnützige und private Träger haben Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern (§ 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XI). Bei notwendiger Auswahl zwischen mehreren geeigneten Pflegeeinrichtungen sollen die Versorgungsverträge vorrangig mit freigemeinnützigen und privaten Trägern abgeschlossen werden (§ 72 Abs. 3 Satz 2 SGB XI).		Bei der Durchführung dieses Buches sind ... deren Selbständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit zu achten (§ 11 Abs. 2 Satz 1 SGB XI ¹²). Dabei sind die Vielfalt, die Unabhängigkeit und Selbständigkeit sowie das Selbstverständnis der Träger von Pflegeeinrichtungen in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben zu achten (§ 69 Satz 3 SGB XI).	Bei der Durchführung dieses Buches ist die Vielfalt von Pflegeeinrichtungen zu wahren ... (§ 11 Abs. 2 Satz 1 SGB XI ¹³). Dem Auftrag kirchlicher und sonstiger Träger der freien Wohlfahrtspflege, kranke, gebrechliche und pflegebedürftige Menschen zu pflegen, zu betreuen, zu trösten und sie im Sterben zu begleiten, ist Rechnung zu tragen (§ 11 Abs. 2 Satz 2 SGB XI).
SGB XII	Wird die Leistung im Einzelfall durch die freie Wohlfahrtspflege erbracht, sollen die Träger der Sozialhilfe von der Durchführung eigener Maßnahmen absehen (§ 5 Abs. 4 SGB XII ¹⁴).	Die Träger der Sozialhilfe sollen bei der Durchführung dieses Buches mit den Kirchen und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts sowie den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege zusammenarbeiten (§ 5 Abs. 2 Satz 1 SGB XII).	Sie achten dabei deren Selbständigkeit in Zielsetzung und Durchführung der Aufgaben (§ 5 Abs. 2 Satz 2 SGB XII).	Die Stellung der Kirchen und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts sowie der Verbände der freien Wohlfahrtspflege als Träger eigener sozialer Aufgaben und ihre Tätigkeit zur Erfüllung dieser Aufgaben werden durch dieses Buch nicht berührt (§ 5 Abs. 1 SGB XII).
	Zur Erfüllung der Aufgaben der Sozialhilfe sollen die Träger der Sozialhilfe eigene Einrichtungen nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen anderer Träger vorhanden sind (§ 75 Abs. 4 Satz 1 SGB XII).	Die Träger der Sozialhilfe können allgemein an der Durchführung ihrer Aufgaben nach diesem Buch die Verbände der freien Wohlfahrtspflege beteiligen oder ihnen die Durchführung solcher Aufgaben übertragen, wenn die Verbände mit der Beteiligung oder Übertragung einverstanden sind. Die Träger der Sozialhilfe bleiben den Leistungsberechtigten gegenüber verantwortlich (§ 5 Abs. 5 SGB XII).		

Tab. 1: Subsidiarität in den Sozialgesetzbüchern

SGB II	Die zuständigen Träger der Leistungen nach diesem Buch sollen Träger der Wohlfahrtspflege in ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitsuchende angemessen unterstützen (§ 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II).
SGB VIII	Die öffentliche Jugendhilfe soll die freie Jugendhilfe nach Maßgabe dieses Buches fördern und dabei die verschiedenen Formen der Selbsthilfe stärken (§ 4 Abs. 3 SGB VIII).
	§ 74 SGB VIII regelt weitere Modalitäten zur Förderung der freien Jugendhilfe.
SGB XII	Die Träger der Sozialhilfe sollen die Verbände der freien Wohlfahrtspflege in ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet der Sozialhilfe angemessen unterstützen (§ 5 Abs. 3 Satz 2 SGB XII).

Tab. 2: Staatliche Unterstützung der freien Wohlfahrtspflege

Neben den Prinzipien zur Gestaltung der Leistungserbringung enthält das Sozialrecht auch an einigen Stellen Vorschriften zur staatlichen Unterstützung der freien Wohlfahrtspflege (s. Tabelle 2 oben).

Die Unterstützung in finanzieller Form spielt in erster Linie dort eine Rolle, wo es aus verschiedenen Gründen an einer Entgeltfinanzierung sozialer Aufgaben fehlt. Die Regelungen zur Unterstützung gewähren nach allgemeiner Auffassung¹⁵ in der Regel keinen einklagbaren Anspruch auf finanzielle Förderung. Sie zeigen jedoch, dass der Staat sich nicht nur darauf beschränken soll, der freien Wohlfahrtspflege Zugang zu sozialen Aufgaben zu verschaffen. Vielmehr soll er zusätzlich auch die wirtschaftlichen Voraussetzungen dafür schaffen, dass die freie Wohlfahrtspflege auf der Grundlage ihrer Eigenständigkeit und besonderen Ressourcen ihre Wirkungen zum Vorteil der Bürger entfaltet.

1.4 Zentrale Fragen zum Subsidiaritätsgrundsatz im Sozialrecht

Die Übersicht zu den Rechtsgrundlagen des Subsidiaritätsgrundsatzes und weiterer Grundsätze des Leistungserbringungsrechts zeigt, dass der Subsidiaritätsgrundsatz in den verschiedenen Bereichen des Sozialrechts unterschiedliche Ausformungen erhalten hat und daher in verschiedener Weise rechtlich

relevant ist. Erkennbar wird auch, dass der Subsidiaritätsgrundsatz in engem Zusammenhang mit weiteren sozialrechtlichen Gestaltungsgeboten, nämlich dem Selbstbestimmungsgrundsatz, dem Kooperationsgebot und dem Diversifikationsgebot steht. Auffällig ist, dass sich bis auf wenige Ausnahmen alle Gesetzeskommentatoren zum Subsidiaritätsgrundsatz und den damit in engem Zusammenhang stehenden Geboten nur sehr knapp äußern. Dies zeigt, dass die bundesrechtlich in Gesetzen und teilweise landesrechtlich in den Verfassungen vorgegebene Subsidiarität vom Schrifttum zu Unrecht nicht ganz ernst genommen wird.

Bei den für den Subsidiaritätsgrundsatz bedeutsamen Aufgaben ist zunächst grundsätzlich zwischen

- ♦ den den öffentlichen Trägern zugewiesenen hoheitlichen Aufgaben und
- ♦ der den privaten Trägern zugewiesenen Erbringung von Sozialleistungen zu unterscheiden.

Öffentliche Aufgaben versus private Leistungserbringung

Bei den hoheitlichen Aufgaben geht es zum Beispiel im SGB VIII in erster Linie um Entscheidungen über die Gewährung von Sozialleistungen und das Kindeswohl schützende Eingriffe in Grundrechte der Kinder, Jugendlichen und deren Eltern. Für die Erbringung

von Sozialleistungen durch die freien Jugendhilfeträger kommen alle im SGB VIII bestimmten Sozialleistungen infrage. Ein Anspruch kann sich dabei auf eine bestimmte Leistung richten oder darauf, dass die Behörde ermessensfehlerfrei zwischen mehreren Leistungen auswählt. Die Praxis der sozialen Arbeit zeigt, dass sich aus der Sicht der Verbände der freien Wohlfahrtspflege und ihren Gliederungen sowie Mitgliedsorganisationen daher vor allem die folgende zentrale Frage stellt:

- ♦ Müssen kommunale Träger bei der Erbringung von Sozialleistungen durch dafür geschaffene Einrichtungen oder Projekte den Wohlfahrtsverbänden den Vortritt lassen (Vorrangstellung der freien Jugendhilfe) oder können sie die Leistungen vollkommen ohne Rücksicht auf die Wohlfahrtsverbände selbst erbringen?

Aus der Sicht der den öffentlichen Trägern zugewiesenen Sozialverwaltung könnte sich die zentrale Frage zum Subsidiaritätsgrundsatz folgendermaßen stellen:

- ♦ Hat der Subsidiaritätsgrundsatz zur Folge, dass öffentliche Träger zunächst zu prüfen haben, wer eine bestimmte Leistung am besten erbringen kann oder können die öffentlichen Träger diese generell selbst erbringen, um so alle Prozesse im eigenen Interesse umfassend steuern zu können?

In den Rechtsvorschriften, die den Subsidiaritätsgrundsatz betreffen, lassen die Bezeichnungen „Einrichtungen und Dienste“ erkennen, dass sich die Subsidiarität nicht auf die hoheitlichen Aufgaben im Sozialrecht erstreckt, sondern in erster Linie die Erbringung von Sozialleistungen betrifft. Im SGB VIII darf und kann sich der Staat nicht seines staatlichen Wächteramtes für das Kindeswohl (§ 1 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII) durch Delegation¹⁶ begeben. Die Letztverantwortung für hoheitliche Aufgaben bleibt stets beim Staat, da am ehesten der Staat die Gewähr dafür bietet, dass Eingriffe in Grundrechte im Rahmen des staatlichen Gewaltmonopols rechtsstaatsgemäß vorgenommen werden.

1.5 Subsidiarität im Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII)

Im Hinblick auf die zentrale Frage, ob die Sozialverwaltungen zugunsten der freien Wohlfahrtspflege auf eigene Einrichtungen verzichten müssen (Funktionssperre), sind die Regelungen im SGB VIII und im SGB XII wohl am weitestgehenden. Nach § 4 Abs. 2 SGB VIII soll die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Einrichtungen absehen, wenn geeignete Einrichtungen der anerkannten Träger der freien Jugendhilfe betrieben werden. Diese Regelung steht in der Tradition der Vorgänger-Gesetze.¹⁷ Der Wortlaut dieser Vorschrift lässt sich nur so auslegen, dass öffentliche Jugendhilfeträger freien Jugendhilfeträgern keine Konkurrenz machen sollen, wenn diese bereits geeignete Einrichtungen für die jeweilige Aufgabe betreiben.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bisher in seiner Rechtsprechung nur einmal in seinen Urteilen aus dem Jahre 1967¹⁸ mit dem Subsidiaritätsgrundsatz im Jugendhilferecht befasst. Darin kommt es bei seinen verfassungskonformen Auslegungen des § 5 Abs. 1 Jugendwohlfahrtsgesetz (JWG)¹⁹ zu folgenden Ergebnissen:

- Der öffentliche Jugendhilfeträger soll nur dann selbst Einrichtungen schaffen, wenn seine Anregungen und Fördermaßnahmen bei den Trägern der freien Jugendhilfe nicht zum Ziel führen.
- Umgekehrt soll der öffentliche Jugendhilfeträger dort, wo geeignete freie Einrichtungen bereits vorhanden sind, die schon allein gewährleisten, dass die für die Wohlfahrt der Jugend erforderlichen Einrichtungen ausreichend sind, keine Mittel für die Schaffung eigener Einrichtungen einsetzen, sondern vielmehr seine Mittel für die Förderung der freien Einrichtungen verwenden.
- Der öffentliche Jugendhilfeträger hat Einrichtungen der freien Jugendhilfe nur dann zu fördern, wenn er diese für erforderlich erachtet.

- Der Subsidiaritätsgrundsatz lässt den durch die Verfassung geschützten Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung unberührt, weil die Aufgabenteilung zwischen öffentlicher und freier Jugendhilfe nicht zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung gehört. Dies ergebe sich daraus, dass schon das Recht der Weimarer Republik²⁰ die freiwillige Mitarbeit der privaten Einrichtungen der Jugend- und der Sozialhilfe vorausgesetzt und ihre Unterstützung und Förderung angeordnet habe. Diese Rechtsvorschriften haben das Bild der heutigen gemeindlichen Selbstverwaltung mitbestimmt. Man könne daher nicht sagen, zum geschützten Kernbereich der Selbstverwaltung gehöre kraft Herkommens, dass die Gemeinde auf dem Gebiet der Jugend- und Sozialhilfe keinerlei gesetzliche Beschränkung ihres Aufgabebereichs zugunsten der Tätigkeit der freien Jugendhilfe und der Tätigkeit der Wohlfahrtsverbände hinzunehmen brauche.
- Diese Einschränkungen des Kernbereichs ändern allerdings nichts daran, dass den Gemeinden die Gesamtverantwortung nicht abgenommen wird, dass sowohl in der Jugend- als auch Sozialhilfe durch behördliche und freie Tätigkeit das Erforderliche geschieht.

Das Bundesverfassungsgericht kommt damit zu dem Ergebnis, dass der Subsidiaritätsgrundsatz nicht gegen die Verfassung verstößt. Schellhorn²¹ deutet daher § 4 Abs. 2 SGB VIII zu Recht so, dass den anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe in beschränktem Umfang eine Vorrangstellung gegen den öffentlichen Träger eingeräumt wird. Dieser auch als „Funktionssperre“ bezeichnete Vorrang soll das Übergewicht des öffentlichen Partners ausgleichen.²² Trotz des eindeutigen Wortlauts des § 4 Abs. 2 SGB VIII und der zugrundeliegenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird dieser Vorrang in der Literatur teilweise gelehnt oder relativiert. So ist Münder²³ der Auffassung, einen rechtlich abgesicherten Vorrang der

Bild fotolia/fothoss



In der Kinder- und Jugendhilfe sollten nicht nur die jungen Nutzer gut gesichert sein. Auch der Träger der Einrichtung wird von öffentlicher Seite auf seine Eignung geprüft.

freien Jugendhilfe gebe es wegen der Letztzuständigkeit des öffentlichen Jugendhilfeträgers nicht. Dem kann entgegengehalten werden, dass die Funktionssperre zugunsten der freien Jugendhilfeträger im Bereich der Erbringung von Sozialleistungen die Letztverantwortung der öffentlichen Jugendhilfeträger weder infrage stellt noch untergräbt. Verlagert der öffentliche Träger der Jugendhilfe Aufgaben auf einen freien Träger, hat dies lediglich zur Folge, dass damit die Durchführungsverantwortung übertragen wird.²⁴ Die fach- und sachgerechte Aufgaben- beziehungsweise Steuerungsverantwortung verbleibt beim öffentlichen Träger. »

Steuerungsverantwortung bleibt beim öffentlichen Träger

Entgegen der Auffassung von Münder²⁵ hat der Subsidiaritätsgrundsatz seine Bedeutung auch nicht wegen des seit 1. Januar 1999 geltenden Systems der Entgeltvereinbarungen nach §§ 78 a ff. SGB VIII verloren. Zum einen sind nicht alle SGB-VIII-Leistungen durch das Entgeltsystem nach §§ 78 a ff. SGB VIII abgedeckt beziehungsweise in der Praxis so umgesetzt worden. Zum anderen käme dieses Vertragssystem gar nicht erst zum Zuge, wenn ein öffentlicher Jugendhilfeträger durch seine Einrichtungen monopolartig alle SGB-VIII-Leistungsbedarfe abdecken würde und sich damit Verträge generell erübrigen würden. Bei einem öffentlich-rechtlichen Jugendhilfemonopol wären Verträge nach §§ 78 a ff. SGB VIII überflüssige Insichgeschäfte im Sinne des § 181 BGB.

Die Beachtung der Schutzfunktion durch die öffentlichen Träger ist darüber hinaus eine Grundbedingung für das Gebot der Zusammenarbeit nach § 4 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII und der Beachtung der Selbständigkeit nach § 4 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII. Zusammenarbeit und Selbständigkeit der freien Träger sind nur denkbar, wenn diese überhaupt die Möglichkeit haben, im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe tätig zu sein. Würde zum Beispiel ein öffentlicher Träger die Erbringung aller Kinder- und Jugendhilfeleistungen durch eigene Einrichtungen und Dienste monopolartig abdecken, hätten freie Träger keine Möglichkeit, das für die Eigenständigkeit notwendige eigene Profil zu entwickeln. Auch die Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Träger wäre obsolet, da der freie Träger mangels eigener Tätigkeiten im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe nahezu nichts in diese Zusammenarbeit einzubringen hätte. Das die freien Träger der Jugendhilfe betreffende Kooperationsgebot nach § 4 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII wäre im Übrigen auch dann gegenstandslos, wenn es neben dem öffentlichen Jugendhilfeträger in seinem Zuständigkeitsgebiet nur gewerbliche Anbieter von Jugendhilfeleistungen gäbe, die die

für die freien Träger in § 75 SGB VIII festgelegten Voraussetzungen wegen der fehlenden Gemeinnützigkeit nicht erfüllen könnten.

Nach § 3 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII sind die öffentlichen Träger für die anderen Aufgaben im Sinne des § 2 Abs. 3 SGB VIII²⁶ allein verantwortlich. Dennoch können nach § 3 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII die freien Träger der Jugendhilfe auch mit einzelnen dieser Aufgaben (zum Beispiel Inobhutnahme eines Kindes nach § 42 SGB VIII) betraut werden.²⁷ Die freie Wohlfahrtspflege sollte sich auf der Grundlage ihres Selbstverständnisses generell bei der Übernahme hoheitlicher Aufgaben wie die Inobhutnahme zurückhalten. Dennoch zeigt diese Regelung das besondere Vertrauen des Gesetzgebers in die freie Wohlfahrtspflege.

Bei konfessionellen Einrichtungen²⁸ wird der Subsidiaritätsgrundsatz zusätzlich durch das Grundrecht der Religionsfreiheit (Art. 4 Grundgesetz (GG)) gestützt. Da die tätige Nächstenliebe eine Grundüberzeugung christlicher und jüdischer Glaubensgemeinschaften ist, wird deren Tätigkeit, soweit sie Ausdruck dieser Grundüberzeugung ist, vom Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG erfasst.²⁹ Vor diesem Hintergrund ist das nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 Weimarer Reichsverfassung (WRV) verbürgte kirchliche Selbstverwaltungsrecht auch für konfessionelle Verbände der freien Wohlfahrtspflege von Bedeutung, obwohl sie selbst keine Religionsgesellschaften sind.³⁰ Die vollständige Durchführung aller Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe durch staatliche Stellen würde konfessionelle Einrichtungen ihrer Tätigkeit berauben.³¹

1.6 Subsidiarität im SGB VIII

In der praktischen Umsetzung des Subsidiaritätsgrundsatzes muss der öffentliche Träger bei der Jugendhilfeplanung insgesamt (§ 71 Abs. 2 Nr. 2 und § 78 SGB VIII) beziehungsweise bei der Planung von neuen Versorgungsbereichen und Maßnahmen zunächst prüfen, welche Einrichtungen erforderlich

sind und ob sie ausreichend zur Verfügung stehen. Die Eignung oder Nichteignung von Einrichtungen und Diensten ist also nicht nur bei ihrer Inanspruchnahme im Einzelfall (§ 5 SGB VIII), sondern bereits bei der Jugendhilfeplanung prognostisch zu ermitteln.³² Ergibt die Prüfung, dass nicht genügend Einrichtungen zur Verfügung stehen, darf der öffentliche Jugendhilfeträger eigene Einrichtungen erst schaffen, wenn seine Anregungen und Maßnahmen der Förderung zugunsten der freien Träger nicht fruchten. Gemeinden und Gemeindeverbände sind allerdings nicht gezwungen, ihre bereits vorhandenen öffentlichen Einrichtungen zugunsten freier Einrichtungen zu schließen.³³ Freie Träger haben daher keinen Anspruch auf Schließung vorhandener öffentlicher Einrichtungen der Jugendhilfe.³⁴ Auch der Ausbau von vorhandenen Einrichtungen der öffentlichen Jugendhilfe ist zulässig, wenn stattdessen mit höherem Aufwand die Schaffung einer neuen freien Einrichtung erforderlich wäre.³⁵ Ohne wichtige Gründe steht es einem öffentlichen Träger der Jugendhilfe allerdings nicht zu, die bei einem freien Träger bislang beanstandungsfrei durchgeführte Aufgabe nunmehr mit eigenem Personal auszuführen.³⁶ Kann der öffentliche Träger der Jugendhilfe Angebote kostengünstiger als freie Träger schaffen oder erweitern, so braucht der öffentliche Träger auf die freien Träger keine Rücksicht zu nehmen.³⁷

Die Funktionssperre gilt nach § 4 Abs. 2 SGB VIII nur für die Schaffung und den Betrieb geeigneter Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen. Dies sind solche, die sowohl fachlichen Standards als auch – etwa im Hinblick auf die Wertorientierung des Trägers – den Wünschen, Bedürfnissen und Interessen der Benutzer entsprechen.³⁸ Die Geeignetheit richtet sich in erster Linie nach den materiell-rechtlichen Inhalten der SGB-VIII-Leistungen und -Maßnahmen.³⁹ Funktionssperre und Kooperationsgebot (§ 4 Abs. 1 SGB VIII) dienen daher nicht den Interessen der Träger, sondern den Interessen der potenziellen Nutzerinnen und Nutzer.



Bild fotolia/Kzenon

Erfüllt eine Pflegeeinrichtung die Zulassungsvoraussetzungen, so hat sie einen Anspruch, zugelassen zu werden – unabhängig davon, ob es sich um einen freigemeinnützigen oder privat-gewerblichen Träger handelt, und unabhängig vom Bedarf.

Wiesner ist darin zuzustimmen, dass die Funktionssperre der freien Jugendhilfe nur so weit gilt, wie sie von den Wünschen und Interessen der potenziellen Nutzerinnen und Nutzer her gefordert ist.⁴⁰ Im Hinblick auf die genuine Andersartigkeit „freier“ Hilfe kann die Eignung von Einrichtungen, Diensten und Veranstaltungen der freien Jugendhilfe nicht mit der Schablone der Kongruenz mit dem Typ der „öffentlichen“ Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen gemessen, sondern nur in einem partiellen, relativen Funktionsvergleich festgestellt werden.⁴¹ Nach § 4 Abs. 2 ist es Aufgabe des öffentlichen Jugendhilfeträgers, im Rahmen seiner Gesamt- oder Letztverantwortung, einschließlich Jugendhilfeplanung, die Eignung der freien Träger der Jugendhilfe zu prüfen.

Funktionssperre zugunsten freier Träger

Zielgruppe der Funktionssperre sind nach § 4 Abs. 2 SGB VIII die freien Träger der Jugendhilfe. Dies sind die nach § 75 SGB VIII aner-

kannten Träger der freien Jugendhilfe. Minder geht davon aus, dass die Funktionssperre nicht nur für die anerkannten, sondern auch für alle anderen Träger der freien Jugendhilfe gilt. Dem kann nicht gefolgt werden, da sich nach § 4 Abs. 1 SGB VIII die Pflicht zur Zusammenarbeit auf die „freie Jugendhilfe“ erstreckt, während sich nach § 4 Abs. 2 SGB VIII ausdrücklich die Funktionssperre auf die „anerkannten“ Träger beschränkt, die in § 75 SGB VIII konkretisiert sind. Gewerbliche Einrichtungen können die Voraussetzungen nach § 75 SGB VIII wegen der bei ihnen fehlenden Gemeinnützigkeit regelmäßig nicht erfüllen.

Der öffentliche Träger der Jugendhilfe darf die Funktionssperre auch nicht durch Gründung kommunaler Trägergesellschaften unterlaufen.⁴² Dafür, ob es sich um eine öffentliche oder freie Einrichtung handelt, ist nicht die Rechtsform sondern die Frage, wer hinter dem betreffenden Rechtsträger steht, entscheidend. Werden als Eigenbetrieb geführte öffentliche Einrichtungen in kommu-

nale Gesellschaften ausgegründet, die im Alleinbesitz des öffentlichen Jugendhilfeträgers betrieben werden, ändert dies nichts an der Zuordnung der Einrichtung zum öffentlichen Träger der Jugendhilfe. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die Notwendigkeit der privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates sogar strenger zu prüfen ist, wenn der Staat privatrechtliche Rechtsformen für sein Handeln einsetzt.⁴³

1.7 Subsidiarität im SGB XII

Nach § 5 SGB XII sollen die Träger der Sozialhilfe von der Durchführung eigener Maßnahmen absehen, wenn die Leistung im Einzelfall durch die freie Wohlfahrtspflege erbracht wird. In seinem oben bereits erwähnten Urteil vom 18. Juli 1967⁴⁴ hatte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im Sozialhilferecht die gleichen Grundsätze zur Subsidiarität wie für das Jugendhilferecht gelten lassen, so dass im Wesentlichen die oben dargestellten Grundsätze in gleicher Weise auch für die Auslegung des § 5 SGB XII

bedeutsam sind. Unterschiede ergeben sich lediglich bei der Zielgruppe der Funktionssperre: Während im SGB VIII die freien Träger der Jugendhilfe nach § 75 SGB VIII durch die Funktionssperre begünstigt sind, sind es im Sozialhilferecht nach § 5 Abs. 4 SGB XII die oben bereits dargestellten Verbände der freien Wohlfahrtspflege.

Im Unterschied zum SGB VIII ist allerdings die die Verbände der freien Wohlfahrtspflege betreffende Subsidiarität in § 75 Abs. 2 Satz 1 SGB XII in der Weise erweitert worden, dass dort nur noch von „anderen Trägern“ gesprochen wird. Eine damit vergleichbare Regelungssystematik findet sich im SGB VIII nicht, so dass die Subsidiarität im SGB VIII nur die freien Träger der Jugendhilfe betrifft, während sie in § 75 Abs. 2 Satz 1 SGB XII alle nichtstaatlichen Träger einbezieht. Die Erweiterung der Subsidiarität auf alle nichtstaatlichen Träger im Bereich der Leistungserbringung führt allerdings nicht dazu, dass sie dadurch für die freie Wohlfahrtspflege schwächer ausgeprägt ist, so dass es bei den Grundsätzen entsprechend dem SGB VIII auch für das SGB XII bleibt.

Sozialrechtsberatung als zentrale Funktion

Die besondere Bedeutung der freien Wohlfahrtspflege unter den subsidiaritätsgeschützten Einrichtungen wird auch durch die im SGB XII bestimmten besonderen Aufgaben der freien Wohlfahrtspflege erkennbar, die dieser vorbehalten sind: Nach § 11 Abs. 5 SGB XII sollen die Leistungsträger die Hilfesuchenden unter anderem an erster Stelle auch auf die Beratung und Unterstützung von Verbänden der freien Wohlfahrtspflege hinweisen. Die Beratung durch die freie Wohlfahrtspflege im Sinne des § 11 Abs. 5 SGB XII, zu der unter anderem auch die existenziell wichtige Sozialrechtsberatung gehört, betrifft seit jeher eine zentrale Funktion der freien Wohlfahrtspflege. Ergänzt wird dieser gesetzliche Auftrag durch die in § 8 Abs. 1 Nr. 5 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) ausdrücklich zugelassene Erbringung von

Rechtsdienstleistungen durch die Verbände der freien Wohlfahrtspflege. Zu den Grundfunktionen der freien Wohlfahrtspflege gehört das Wahrnehmen der Interessen von Hilfebedürftigen sowohl individuell in Form der Beratung in Einzelfällen als auch kollektiv durch das Einbringen der Interessen armer Bevölkerungskreise in die öffentliche Diskussion.⁴⁵ Zwar besteht grundsätzlich für alle auf Unterstützung des Staates angewiesenen Menschen ein Rechtsanspruch auf Beratung⁴⁶ durch die für die Leistungen zuständigen Leistungsträger nach § 14 SGB I. Nach § 16 Abs. 3 SGB I sind alle Leistungsträger verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass unverzüglich klare und sachdienliche Anträge gestellt und unvollständige Angaben ergänzt werden. Darüber hinaus ist die Beratungspflicht der Leistungsträger auch in vielen der jeweiligen Sozialgesetzbücher zusätzlich geregelt.⁴⁷ Die tägliche Sozialrechtspraxis der freien Wohlfahrtspflege zeigt allerdings, dass die Leistungsträger aus fiskalischen Gründen ihrer Aufklärungs- und Beratungspflicht häufig nicht nachkommen. Der in § 11 Abs. 5 SGB XII gesetzlich anerkannte besondere Beratungsauftrag, der der anwaltschaftlichen Funktion und damit dem Selbstverständnis der freien Wohlfahrtspflege entspricht, ist daher aktueller und notwendiger denn je.⁴⁸

In gleicher Weise wie beim SGB VIII ist die Beachtung der Schutzfunktion durch die öffentlichen Träger auch im SGB XII eine Grundbedingung für das Gebot der Zusammenarbeit nach § 5 Abs. 2 Satz 1 SGB XII und der Beachtung der Selbständigkeit nach § 5 Abs. 2 Satz 2 SGB XII. Zusammenarbeit und Selbständigkeit der freien Träger setzen voraus, dass sie sich im Bereich der Leistungserbringung überhaupt betätigen können.

Obwohl nach § 5 Abs. 5 Satz 2 SGB XII die Träger der Sozialhilfe den Leistungsberechtigten gegenüber verantwortlich bleiben, erlaubt § 5 Abs. 5 Satz 1 SGB XII die „Beteiligung“ der freien Wohlfahrtspflege an Aufgaben des öffentlichen Trägers. Unabhängig davon, ob diese Regelung als Beteiligung an hoheitlichen Aufgaben der öffentlichen Trä-

ger zu deuten ist oder nicht⁴⁹, zeigt auch diese Regelung das bevorzugte Vertrauen des Staates in die freie Wohlfahrtspflege.

1.8 Subsidiarität im SGB II

Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II sollen die zuständigen SGB-II-Leistungsträger zur Erbringung von Leistungen zur Eingliederung in Arbeit eigene Einrichtungen und Dienste nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen und Dienste Dritter vorhanden sind, ausgebaut oder in Kürze geschaffen werden können. Damit garantiert der Subsidiaritätsgrundsatz im SGB II in gleicher Weise wie im SGB XII und SGB VIII die Funktionssperre zugunsten nichtöffentlicher Einrichtungsträger. Ein Unterschied zum SGB XII und SGB VIII besteht allerdings darin, dass hier nicht ausdrücklich die freie Wohlfahrtspflege, sondern „Dritte“ als Schutzobjekt der Funktionssperre genannt werden. Unter „Dritte“ kann auch jeder gewerbliche Anbieter von SGB-II-relevanten Eingliederungsdienstleistungen verstanden werden. Daraus wird der Schluss gezogen, die freie Wohlfahrtspflege werde bei der Leistungserbringung im Unterschied zu SGB XII und SGB VIII im SGB II nicht privilegiert.⁵⁰

Dass dennoch unter den „Dritten“ die freie Wohlfahrtspflege eine hervorgehobene Bedeutung haben soll, zeigt allerdings § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II, wonach die zuständigen SGB-II-Leistungsträger die Träger der freien Wohlfahrtspflege in ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitsuchende unterstützen sollen. Es stellt sich die Frage, was unter „unterstützen“ verstanden werden soll. Formen der Unterstützung sollen unter anderem finanzielle Zuwendungen, Zurverfügungstellung von Räumen, von Personal und Beratung sein.⁵¹ Dass gerade diese Unterstützungsformen im SGB II von untergeordneter Bedeutung sind, ändert an der dadurch ausgedrückten Privilegierung zunächst nichts. Der auf diese Weise im Gesetz zum Ausdruck gebrachten besonderen Bedeutung der freien Wohlfahrtspflege kann vor allem bei der Leistungserbringung Rechnung getragen werden.

SGB-II-Leistungsträger „unterstützen“ die freie Wohlfahrt

Im Übrigen zeigt sich auch im SGB II, dass sich der Vorrang der freien Wohlfahrtspflege vor privat-gewerblichen Einrichtungen auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung bereits faktisch aus der Struktur der SGB-II-Sozialleistungen ergibt: Die zentral bedeutsamen Eingliederungsleistungen nach §§ 14 bis 18e SGB II betreffen spezifische Angebote der freien Wohlfahrtspflege, die bereits vor dem Inkrafttreten des SGB II im Jahre 2004 stets von ihr angeboten wurden, weil sie soziale Aufgaben qualitativ am besten erfüllen können. Hierzu gehören insbesondere die kommunalen Eingliederungsleistungen nach § 16a SGB II (Pflege, Schuldnerberatung, psychosoziale Beratung und Suchtberatung). Für diese Leistungen gewähren Land, Kommunen und Sozialversicherungsträger auf der Grundlage landesrechtlicher Bestimmungen Fördermittel oder es bestehen leistungserbringungsrechtliche Rahmen- und Einzelverträge nach SGB XII, SGB XI und SGB V. Auch für Arbeitsgelegenheiten nach § 16d SGB II kommen ebenfalls nur freigemeinnützige Träger infrage, weil nach § 16d Abs. 3 Satz 2 SGB II die Ergebnisse der Tätigkeiten im Rahmen von Arbeitsgelegenheiten nicht im erwerbswirtschaftlichen Interesse liegen dürfen. Die ursprünglich zentrale Bedeutung der Lebensunterhaltsleistungen des SGB XII⁵² sind weitgehend durch die Lebensunterhaltsleistungen des SGB II verdrängt worden. Vor diesem Hintergrund ist der im Gesetz in § 11 Abs. 5 SGB XII hervorgehobene besondere Beratungsauftrag der freien Wohlfahrtspflege auch ohne gesetzliche Hervorhebung im SGB II nach wie vor von hoher praktischer Relevanz.

1.9 Subsidiarität im SGB V

Das SGB V enthält zwar keine Regelung im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes. Grundsätzlich gilt daher die auf dem Subsidiaritätsgrundsatz basierende Funktionssperre nicht, so dass es den Krankenkassen nicht verboten ist, die Leistungen der gesetzlichen Kranken-

kassen auch durch eigene Einrichtungen zu erbringen.⁵³ Vor diesem Hintergrund ist allerdings § 2 Abs. 3 Satz 1 SGB V bedeutsam, wonach die Krankenkassen bei der Auswahl der Leistungserbringer ihre Vielfalt zu beachten haben. Auch im Krankenversicherungsrecht steht das Diversifikationsgebot im engen Zusammenhang mit dem auch im Krankenversicherungsrecht geltenden Wunsch- und Wahlrecht nach § 33 Satz 2 SGB I. Würde nämlich eine Krankenkasse alle Leistungen durch eigene Einrichtungen erbringen, würde damit das Wunsch- und Wahlrecht sowie das Recht auf freie Arztwahl nach § 76 SGB V aufgehoben werden.

Krankenkassen unterliegen Diversifikationsgebot

Nach § 2 Abs. 3 Satz 2 SGB V soll die Krankenkasse im Rahmen des Diversifikationsgebotes insbesondere den religiösen Bedürfnissen der Versicherten Rechnung tragen. Für die Erfüllung dieser Anforderung sind die Krankenkassen auf die Erbringung von Leistungen durch die freie Wohlfahrtspflege angewiesen. Denn insbesondere die konfessionellen Verbände und Mitgliedsorganisationen der freien Wohlfahrtspflege halten Einrichtungen mit konfessioneller Ausrichtung vor. Im Ergebnis ergibt sich daher auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung des Subsidiaritätsgrundsatzes im SGB V indirekt bis zu einem gewissen Grad aus dem religiösen Diversifikationsgebot eine Funktionssperre auch zugunsten der freien Wohlfahrtspflege. Darüber hinaus sieht das Krankenversicherungsrecht in einigen Bereichen eine bereichsbezogene Funktionssperre der freien Wohlfahrtspflege vor: Nach § 132a Abs. 2 Satz 9 SGB V ist bei der Auswahl der Leistungserbringer für die häusliche Krankenpflege ihrer Vielfalt, insbesondere der Bedeutung der freien Wohlfahrtspflege, Rechnung zu tragen. Eine sinngemäße gleiche Regelung enthält § 132 Abs. 2 Satz 2 SGB V für die Haushaltshilfe. Beide Regelungen sollen sicherstellen, dass die für die Leistungen der häuslichen Krankenpflege und der Haus-

haltshilfe bei der freien Wohlfahrtspflege vorhandenen Erfahrungen und besonderen Ressourcen den Leistungsberechtigten zugutekommen.

1.10 Subsidiarität im SGB XI

Nach § 11 Abs. 2 Satz 1 SGB XI ist bei der Durchführung des SGB XI die Vielfalt von Pflegeeinrichtungen zu wahren sowie deren Selbständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit zu achten (Diversifikationsgebot). Die traditionell gewachsene Vielfalt der Träger von Pflegeeinrichtungen soll durch die Pflegeversicherung nicht beseitigt werden.⁵⁴ Das Nebeneinander von freigemeinnützigen, kirchlichen, privaten und öffentlichen Trägern soll daher fortbestehen. Dieser Grundsatz schützt alle Einrichtungen, unabhängig davon, ob sie als gemeinnützige Einrichtungen Mitgliedseinrichtungen der Verbände der freien Wohlfahrtspflege oder privat-gewerbliche Einrichtungen sind. Nach § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB XI ist dem Auftrag kirchlicher und sonstiger Träger der freien Wohlfahrtspflege, kranke, gebrechliche und pflegebedürftige Menschen zu pflegen, zu betreuen, zu trösten und sie im Sterben zu begleiten, Rechnung zu tragen. Nach § 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XI haben freigemeinnützige und private Träger Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern (Subsidiaritätsgrundsatz). Nach § 69 Satz 3 SGB XI sind die Vielfalt, die Unabhängigkeit und Selbständigkeit sowie das Selbstverständnis der Träger von Pflegeeinrichtungen in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben zu achten. Nach § 72 Abs. 3 Satz 2 SGB XI sollen bei notwendiger Auswahl zwischen mehreren geeigneten Pflegeeinrichtungen die Versorgungsverträge vorrangig mit freigemeinnützigen und privaten Trägern abgeschlossen werden.

Pflege: Versorgungsverträge vorrangig mit freien Trägern schließen

§ 11 Abs. 2 Satz 2 SGB XI schützt somit im Unterschied zu § 11 Abs. 2 Satz 1 und 3, § 69 Satz 3 sowie § 72 Abs. 3 Satz 2 SGB XI nur kirchliche Einrichtungen und Einrichtungen

der freien Wohlfahrtspflege. Bemerkenswert erscheint auch, dass § 11 Abs. 2 Satz 1 und 3, § 69 Satz 3 und § 72 Abs. 3 Satz 2 die freigemeinnützigen Einrichtungen erwähnt und nicht wie § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II nur von „Dritten“ spricht, womit dann auch gewerbliche Einrichtungen mit umfasst wären. Der SGB-XI-Gesetzgeber wollte also auch in den die Subsidiarität regelnden Vorschriften die Gruppe der freigemeinnützigen Einrichtungen von den privat-gewerblichen Einrichtungen abgrenzen.

Für die Bedeutung des allein die besonderen Rechte der kirchlichen und Wohlfahrtspflege-Einrichtungen regelnden § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB XI ist die Auslegung der Worte „Rechnung tragen“ von Bedeutung. Zunächst lässt sich feststellen, dass der in § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB XI geregelte Subsidiaritätsgrundsatz im SGB XI nicht die gleiche praktische Bedeutung hat wie im SGB VIII und SGB XII. Nach § 72 Abs. 3 SGB XI hängt die Zulassung von Pflegeeinrichtungen im Gegensatz zum Krankenhausbereich (§ 109 Abs. 3 SGB V) nicht von der bedarfsgerechten Versorgung ab. § 72 Abs. 3 Satz 1 SGB XI gewährt bei Vorliegen der Zulassungsvoraussetzungen einen Anspruch auf Zulassung unabhängig davon, ob es sich um einen freigemeinnützigen oder privat-gewerblichen Träger handelt. Die Pflegekassen können somit Pflegeeinrichtungen, die die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche pflegerische Versorgung bieten, auch über den aktuellen Versorgungsbedarf hinaus zulassen.⁵⁵ Zwar können die Pflegekassen, wie § 36 Abs. 1 Satz 2 SGB XI zeigt, in gleicher Weise wie andere Sozialleistungsträger auch selbst Leistungen erbringen. Von dieser Möglichkeit machen sie jedoch keinen Gebrauch. Sollten sie dies allerdings tun wollen, könnten sie dies unter Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes nur dann tun, wenn andere die Zulassungsvoraussetzungen erfüllende freigemeinnützige oder private Einrichtungen nicht vorhanden sind. Vor diesem Hintergrund kann die Privilegierung der kirchlichen und freigemeinnützigen Einrichtungen in § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB XI nur

so ausgelegt werden, dass die Pflegekassen bei der Gestaltung der Leistungserbringung in den leistungserbringungsrechtlichen Verträgen die Besonderheiten dieser Leistungserbringer zu berücksichtigen haben. Das heißt, dass in den Verträgen den kirchlichen und freigemeinnützigen Pflegeeinrichtungen ausreichend Handlungsspielraum belassen werden muss, um die ihrem Selbstverständnis entsprechenden Aufgaben und Ziele⁵⁶ zu erfüllen, ohne dass dabei der für alle Einrichtungen geltende gesetzliche Mindestqualitätsstandard infrage gestellt wird. Die Pflegekassen dürfen daher bei den vielen Verträgen des Leistungserbringungsrechts (§§ 69–92 c SGB XI) nicht besondere auf das Selbstverständnis der freien Wohlfahrtspflege zurückgehende Gestaltungsmerkmale einfach zurückweisen, soweit dabei nicht Qualitätsstandards unterschritten werden.

Arbeitsrechtlich gültige Tarifregelungen der freien Wohlfahrtspflege sind nicht im Rahmen des Gestaltungsprivilegs der freien Wohlfahrtspflege von den Pflegekassen bei Vergütungsvereinbarungen zu berücksichtigen. Dass die Tarifregelungen der kirchlichen und freigemeinnützigen Träger bei den Vergütungsvereinbarungen zu beachten sind, ergibt sich bereits aus § 72 Abs. 3 Nr. 2 sowie § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB XI (stationäre Pflege) und § 89 Abs. 1 Satz 3 SGB XI (ambulante Pflege). Diese Regelungen sind im Verhältnis zum Privileg nach § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB XI als *lex specialis* vorrangig zu beachten.

Ähnlich wie in SGB XII und SGB II kommt auch im SGB XI der besonderen Beratungskompetenz der freien Wohlfahrtspflege zentrale Bedeutung zu. Die Regelung von Pflege und Betreuung sichernden Sozialleistungen wird bereits dadurch immer komplexer und unklarer, dass sie in verschiedenen Sicherungssystemen verortet sind und miteinander konkurrieren. Die Praxis zeigt jedoch, dass trotz des Ausbaus der Pflegestützpunkte gerade die von den Pflegediensten und Pflegeheimen geleistete Beratung und Aufklärung wegen der häufig größeren Nähe zu den ratsuchenden Pflegebedürftigen

und ihren Angehörigen zentrale Bedeutung hat.

1.11 Subsidiarität im SGB I

Auch im SGB I hat der sozialrechtliche Subsidiaritätsgrundsatz eine eigene Ausprägung im Gesetz erfahren. Das SGB I enthält allgemeine Vorschriften, die für alle im Sozialgesetzbuch geregelten Sozialleistungen gelten. Dazu gehören die Leistungen nach SGB II, SGB III, SGB V, SGB VI, SGB VII, SGB VIII, SGB IX, SGB XI und SGB XII. Aus § 68 SGB I ergibt sich, dass die für alle anderen Sozialleistungen geltenden Leistungsgesetze, die noch nicht in das Sozialgesetzbuch eingegliedert sind (zum Beispiel Bundeskindergeld, Wohngeld, Unterhaltsvorschussleistungen) als „besondere Teile“ des Sozialgesetzbuches gelten. Dies bedeutet, dass das SGB I als „Allgemeiner Teil“ des Sozialgesetzbuches auch für diese Gesetze gilt. Es gilt als „Allgemeiner Teil“ des Sozialgesetzbuches nach § 37 SGB I jeweils nur, soweit sich nicht aus den einzelnen Büchern des Sozialgesetzbuches und den noch nicht eingegliederten Sozialgesetzen („Besondere Teile“ des Sozialgesetzbuches) nichts Abweichendes ergibt. Somit gilt für das SGB II, SGB VIII und SGB XII jeweils der Subsidiaritätsgrundsatz in der oben bereits dargestellten Ausprägung, während für alle anderen Sozialleistungen, in deren Gesetze Regelungen zum Subsidiaritätsgrundsatz fehlen, der Subsidiaritätsgrundsatz in der im SGB I normierten Fassung relevant ist.⁵⁸

Nach § 17 Abs. 3 Satz 1 SGB I wirken die Leistungsträger in der Zusammenarbeit mit gemeinnützigen und freien Einrichtungen und Organisationen darauf hin, dass sich ihre Tätigkeit und die der genannten Einrichtungen und Organisationen zum Wohl der Leistungsempfänger wirksam ergänzen. Im Zentrum der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und freien Trägern soll nicht Konkurrenz, sondern Arbeitsteilung und Koordinierung, nicht das Einzelinteresse des freien Trägers, sondern das Wohl der Leistungsempfänger stehen.⁵⁹ Die Partner sollen gemeinsam ein möglichst vollständiges,

Baden-Württemberg	Die Wohlfahrtspflege der Kirchen und der anerkannten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften wird gewährleistet (Art. 6 LV). – Die Wohlfahrtspflege der freien Wohlfahrtsverbände wird gewährleistet (Art. 87 LV).
Bayern	Das Eigentum und andere Rechte der Religionsgemeinschaften, religiöser Vereine, Orden, Kongregationen, weltanschaulicher Gemeinschaften an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und sonstigen Vermögen werden gewährleistet (Art. 146 LV).
Berlin	Die Errichtung und Unterhaltung von Einrichtungen für die Beratung, Betreuung und Pflege im Alter, bei Krankheit, Behinderung, Invalidität und Pflegebedürftigkeit sowie für andere soziale und karitative Zwecke sind staatlich zu fördern, unabhängig von ihrer Trägerschaft (Art. 22 Abs. 2 LV).
Brandenburg	–
Bremen	–
Hamburg	–
Hessen	–
Mecklenburg-Vorpommern	Die soziale Tätigkeit der Kirchen, der Träger der freien Wohlfahrtspflege und der freien Jugendhilfe wird geschützt und gefördert (Art. 19 Abs. 2 LV).
Niedersachsen	–
Nordrhein-Westfalen	Das Mitwirkungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften sowie der Verbände der freien Wohlfahrtspflege in den Angelegenheiten der Familienförderung, der Kinder- und Jugendhilfe bleibt gewährleistet und ist zu fördern (Art. 6 Abs. 4 LV).
Rheinland-Pfalz	In den Angelegenheiten der Pflege und Förderung der Familie und der Erziehung der Jugend ist die Mitwirkung der Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften und Verbänden der freien Wohlfahrtspflege nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet (Art. 26 LV).
Saarland	Die von den Kirchen und Religionsgemeinschaften oder ihren Organisationen unterhaltenen sozialen und karitativen Einrichtungen sowie ihre Schulen werden als gemeinnützig anerkannt (Art. 40 LV).
Sachsen	Die diakonische und karitative Arbeit der Kirchen und Religionsgemeinschaften wird gewährleistet (Art. 109 Abs. 3 LV). Werden durch die Kirchen und Religionsgemeinschaften im öffentlichen Interesse liegende gemeinnützige Einrichtungen oder Anstalten unterhalten, so besteht Anspruch auf angemessene Kostenerstattung durch das Land nach Maßgabe der Gesetze (Art. 110 Abs. 1 LV). Freie Träger mit vergleichbarer Tätigkeit und gleichwertigen Leistungen haben den gleichen Anspruch (Art. 110 Abs. 2 LV).
Sachsen-Anhalt	Die von den Kirchen und Religionsgemeinschaften unterhaltenen sozialen und karitativen Einrichtungen werden nach Maßgabe der Gesetze als gemeinnützig anerkannt, geschützt und gefördert (Art. 32 Abs. 3 LV). – Die soziale Tätigkeit der Träger der freien Wohlfahrtspflege und der freien Jugendhilfe wird nach Maßgabe der Gesetze als gemeinnützig anerkannt, geschützt und gefördert (Art. 33 LV).
Schleswig-Holstein	–
Thüringen	Die von den Kirchen, anderen Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften unterhaltenen sozialen und karitativen Einrichtungen werden als gemeinnützig anerkannt und gefördert (Art. 41 S. 1 LV). – Dies gilt auch für die Einrichtungen der Verbände der freien Wohlfahrtspflege (Art. 41 S. 2 LV).

Tab. 3: Regelungen des Subsidiaritätsgrundsatzes der Bundesländer

„Nicht Konkurrenz,
sondern Arbeits-
teilung zählt“

plurales, die maßgeblichen gesellschaftlichen Kräfte berücksichtigendes Angebot erreichen.⁶⁰ Daraus lässt sich der Verzicht der öffentlich-rechtlichen Leistungsträger auf eigene Einrichtungen ableiten, soweit der Bedarf durch geeignete Einrichtungen der freien Träger gedeckt werden kann.⁶¹

Träger sollen für plurales Angebot an Einrichtungen sorgen

Die öffentlichen Träger haben sich vorrangig jenen Bereichen zuzuwenden, die von den freien Trägern nicht ausgefüllt werden können.⁶² Da dies auf jeden Fall die hoheitlichen Funktionen sind, ergibt sich daraus zwingend, dass die öffentlichen Träger auf eigene Einrichtungen verzichten, wenn der Bedarf durch freie Träger gedeckt werden kann. Die Notwendigkeit der Schutzfunktion der freien Träger lässt sich auch mit § 17 Abs. 3 Satz 2 SGB I begründen. Danach haben die öffentlich-rechtlichen Leistungsträger die Selbständigkeit der freien Träger in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben zu achten. Oben wurde bereits zum SGB VIII und zum SGB XII dargelegt, dass das dort geregelte Gebot der Zusammenarbeit und der Achtung der Selbständigkeit der freien Träger die Beachtung der die freien Träger betreffenden Schutzfunktion notwendigerweise voraussetzt. Denn ohne eigene Tätigkeit der freien Träger fehlt sowohl für die Zusammenarbeit als auch für die Eigenständigkeit die Grundlage. Im Ergebnis gilt daher die aus dem Subsidiaritätsgrundsatz abzuleitende Schutzfunktion der freien Träger auch im SGB I und damit für alle anderen Bücher des Sozialgesetzbuches sowie den darin vorgesehenen Sozialleistungen. Das Sozialgesetzbuch besteht aus den Büchern I bis XII sowie den in § 68 SGB I genannten „besonderen Teile“ des Sozialgesetzbuches.

1.12 Subsidiaritätsgrundsatz in den Verfassungen der Bundesländer

Der Subsidiaritätsgrundsatz in der besonderen Ausprägung der Funktionssperre ist in den Rechtsordnungen der Bundesländer nicht nur in den sozialrechtlich relevanten Gesetzen (einschließlich Ausführungsgesetzen zu den Bundesgesetzen), sondern in den meisten Bundesländern auch sogar in den Landesverfassungen verankert. (Siehe Tabelle 3 „Regelungen des Subsidiaritätsgrundsatzes der Bundesländer“ auf S. 15.)

In den Verfassungsnormen wird die freie Wohlfahrtspflege nicht ausdrücklich im Sinne eines Vor-

rangs vor den Einrichtungen der öffentlichen Träger geregelt. Vielmehr sind die Regelungen zunächst als eine Art „Bestandsgarantie“ der Kirchen und der freien Wohlfahrtspflege zu verstehen. Allerdings kann der Bestand der freien Wohlfahrtspflege nur geschützt werden, wenn diese im Bereich der sozialen Aufgaben tatsächlich auch tätig werden kann. Würden Länder alle sozialen Aufgaben monopolartig durch ihre Verwaltungen vollständig abdecken, würde dies notgedrungen den Bestand der freien Wohlfahrtspflege gefährden. Der Fortbestand der freien Wohlfahrtspflege ist daher auch im Rahmen einer Bestandsgarantie von einer Funktionssperre in der Weise abhängig, dass die Länder auch der freien Wohlfahrtspflege soziale Aufgaben zur eigenständigen Aufgabenerfüllung überlassen. Auch wenn die Bestandsgarantie der freien Wohlfahrtspflege in den Länderverfassungen unterschiedlich ausgestaltet ist, ist sie dennoch für die Landesgesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung verbindlich. Auffällig ist, dass in den Verfassungsnormen die freie Wohlfahrtspflege häufig im Zusammenhang mit den Religionsgemeinschaften geregelt wird. Der verfassungsrechtliche Schutz der Kirchen und der freien Wohlfahrtspflege in den Nachkriegs-Länderverfassungen ist ganz offensichtlich auch der historischen Erfahrung der Gleichschaltung aller Institutionen und Lebensbereiche in der Zeit des Nationalsozialismus geschuldet. Der Schutz der freien Wohlfahrtspflege kann in diesem Zusammenhang als verfassungsrechtliche Freiheitsgarantie gedeutet werden, wonach insbesondere einer Gleichschaltung durch den Staat an dieser Stelle stellvertretend auch für andere Bereiche der „Riegel vorgeschoben werden soll“. Die Bedeutung des landesverfassungsrechtlich verankerten Funktionsschutzes zugunsten der freien Wohlfahrtspflege wird daran erkennbar, dass die Kirchen und Wohlfahrtsverbände in den Landesverfassungen nahezu die einzig vorkommenden nichtstaatlichen Institutionen darstellen. Den Verfassungsgebern erschien offensichtlich nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus die Freiheit der Wohlfahrtspflege in besonderer Weise für einen freiheitlichen Rechtsstaat bedeutsam. Die Rechtsprechung zum Landesrecht hat sich vereinzelt mit der sich aus der Verfassung ergebenden Funktionssperre der freien Wohlfahrtspflege befasst: Der VGH Mannheim kommt in seinem Urteil vom 22. Mai 2013⁶³ zum Ergebnis, dass Art. 6 und 87 der baden-württembergischen Landesverfassung eine

institutionelle Garantie der religiösen und freien Wohlfahrtspflege enthalte.

1.13 Kommunalrechtlicher Subsidiaritätsgrundsatz

Der Subsidiaritätsgrundsatz ist nicht nur im Sozialrecht, sondern auch im Kommunalrecht zu beachten. Denn auch außerhalb der sozialen Sicherung betätigen sich Kommunen nicht nur in der Verwaltung des Gemeinwesens, sondern nehmen auch durch die privatwirtschaftliche Produktion verschiedener Leistungen mit ihren kommunalen Unternehmen am Markt teil.⁶⁴ Der privatwirtschaftlichen Betätigung sind im Kommunalrecht in den Gemeinde- und Landkreisordnungen der Bundesländer Grenzen gesetzt: Neben der häufig anzutreffenden Gebietsbegrenzung und dem Schutz mittelständischer Unternehmen soll die privatwirtschaftliche Tätigkeit auch davon abhängig sein, ob die relevanten Leistungen ebenso wirtschaftlich (weiter Subsidiaritätsgrundsatz) oder wirtschaftlicher von privaten Unternehmen (enger Subsidiaritätsgrundsatz) erbracht werden können.⁶⁵ Soweit in einigen Gemeindeordnungen Sozialleistungen vom Subsidiaritätsgrundsatz ausgenommen werden, befreit dies aber die Kommunen nicht davon, den im sozialrechtlichen Bundesrecht verankerten Subsidiaritätsgrundsatz zu beachten.

1.14 Subsidiarität rechtlich durchsetzen

Nachdem also davon auszugehen ist, dass der Subsidiaritätsgrundsatz rechtlich verbindlich ist, stellt sich die Frage, ob auf seiner Grundlage bestimmte Verhaltensweisen der öffentlichen Jugendhilfeträger einklagbar sind. Eine solche Frage stellt sich zum Beispiel, wenn für ein notwendig gewordenenes neues Angebot (beispielweise die erhebliche Zunahme der Betreuung von minderjährigen unbegleiteten Kindern und Jugendlichen), der öffentliche Jugendhilfeträger die Erbringung der Sozialleistungen in eigener Trägerschaft durchführt, obwohl freie Jugendhilfeträger objektiv in der Lage sind, ihre bereits vorgehaltenen Kapazitäten kurzfristig auszuweiten. Der Subsidiaritätsanspruch gewährt Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege, die ihre geforderte Geeignetheit nachweisen können⁶⁶, einen Rechtsanspruch auf Prüfung dieses vorrangigen Angebots vor der Eröffnung einer neuen Einrichtung durch die öffentlichen Träger.

Die betroffenen Einrichtungsträger der freien Wohlfahrtspflege können daher auf der Grundlage des Subsidiaritätsgrundsatzes und gemäß der Rechtsschutzgarantie⁶⁷ den öffentlichen Träger verklagen, den Aufbau eigener Kapazitäten zu unterlassen, wenn die Einrichtung der freien Wohlfahrtspflege geeignete Kapazitäten anbieten kann. Die Rechtsprechung hat sich aber nach den oben genannten Urteilen des Bundesverfassungsgerichts kaum mit solchen Klagen befassen müssen.⁶⁸ Zu vermuten ist, dass freie Träger nicht zuletzt in Kenntnis ihrer eigenen wirtschaftlichen Abhängigkeit vom öffentlichen Träger von solchen Klageverfahren abgesehen haben.

1.15 Sozial- und gesamtpolitische Bedeutung des Subsidiaritätsgrundsatzes

Mitunter wichtiger, als den Subsidiaritätsgrundsatz auf dem Rechtsweg durchzusetzen, ist die politische Einflussnahme auf den zuständigen öffentlichen Leistungsträger. Vor allem der Rückgriff auf Sinn und Zweck des Subsidiaritätsgrundsatzes bietet dabei wichtige Argumente.

1.15.1 Bedarfsgerechte Einzelfallhilfen

Wenn der Subsidiaritätsgrundsatz zu schnell als nicht mehr zeitgemäße oder gar „verstaubte“ Diskussion abgetan wird, beruht diese Einschätzung mitunter auf der falschen Assoziation, dieses Prinzip sichere bestimmten Organisationen Privilegien, auf die ein moderner Sozialstaat in der Tat getrost verzichten kann. Sinn und Zweck der sozialrechtlichen Subsidiarität ist jedoch weder ein besonderer „Denkmalschutz“, noch eine bestimmte Vorzugsbehandlung der freien Wohlfahrtspflege. Subsidiarität soll in erster Linie sicherstellen, dass Menschen die für ihre Lebenslage notwendigen Hilfen und Leistungen bedarfsgerecht und ihren individuellen Bedürfnisse entsprechend erhalten. Der Subsidiaritätsgrundsatz steht daher unter der für alle Sozialleistungen geltenden wichtigen Prämisse des § 17 Abs. 1 SGB I. Danach hat der Staat darauf hinzuwirken, dass jeder Berechtigte die ihm zustehenden Sozialleistungen zeitgemäß, umfassend und zügig erhält. Die zur Ausführung von Sozialleistungen erforderlichen sozialen Dienste und Einrichtungen müssen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen. Der Zugang zu den Sozialleistungen soll möglichst einfach gestaltet sein, insbesondere indem allgemein

„Das vorrangige Angebot prüfen“

	Selbstbestimmung	Wunsch- und Wahlrecht	Religiöse Bedürfnisse
SGB I		Ist der Inhalt von Rechten und Pflichten nach Art oder Umfang nicht im Einzelnen bestimmt, sind bei ihrer Ausgestaltung die persönlichen Verhältnisse des Berechtigten oder Verpflichteten, sein Bedarf und seine Leistungsfähigkeit sowie die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Dabei soll den Wünschen des Berechtigten oder Verpflichteten entsprochen werden, soweit sie angemessen sind (§ 33 Abs. 1 SGB I).	
SGB V		Bei der Auswahl der Leistungserbringer ist ihre Vielfalt zu beachten (§ 2 Abs. 3 Satz 1 SGB V).	Den religiösen Bedürfnissen der Versicherten ist Rechnung zu tragen (§ 2 Abs. 3 Satz 2 SGB V).
	Versicherte sind berechtigt, auch Leistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz anstelle der Sach- oder Dienstleistung im Wege der Kostenerstattung in Anspruch zu nehmen, es sei denn, Behandlungen für diesen Personenkreis im anderen Staat sind auf der Grundlage eines Pauschbetrages zu erstatten oder unterliegen aufgrund eines vereinbarten Erstattungsverzichts nicht der Erstattung (§ 13 Abs. 4 Satz 1 SGB V).		
		Die Versicherten können unter den zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzten, den medizinischen Versorgungszentren, den ermächtigten Ärzten, den ermächtigten oder nach § 116 b SGB V an der ambulanten Versorgung teilnehmenden Einrichtungen, den Zahnkliniken der Krankenkassen, den Eigeneinrichtungen der Krankenkassen nach § 140 Abs. 2 Satz 2 SGB VI, den nach § 72 a Abs. 3 SGB V vertraglich zur ärztlichen Behandlung verpflichteten Ärzten und Zahnärzten, den zum ambulanten Operieren zugelassenen Krankenhäusern sowie den Einrichtungen nach § 75 Abs. 9 SGB V frei wählen (§ 76 Abs. 1 Satz 1 SGB V).	

Tab. 4: Selbstbestimmung und Wunsch- und Wahlrecht in den Gesetzbüchern

	Selbstbestimmung	Wunsch- und Wahlrecht	Religiöse Bedürfnisse
SGB VIII		Der Wahl und den Wünschen soll entsprochen werden, sofern dies nicht mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden ist (§ 5 Abs. 2 SGB VIII)	
SGB IX		Bei der Entscheidung über Leistungen und bei der Ausführung der Leistungen zur Teilhabe wird berechtigten Wünschen der Leistungsberechtigten entsprochen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 SGB IX).	
SGB XI	Die Leistungen der Pflegeversicherung sollen den Pflegebedürftigen helfen, trotz ihres Hilfebedarfs ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht. Die Hilfen sind darauf auszurichten, die körperlichen, geistigen und seelischen Kräfte der Pflegebedürftigen wiederzugewinnen oder zu erhalten (§ 2 Abs. 1 SGB XI).	Die Pflegebedürftigen können zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger wählen. Ihren Wünschen zur Gestaltung der Hilfe soll, soweit sie angemessen sind, im Rahmen des Leistungsrechts entsprochen werden. Wünsche der Pflegebedürftigen nach gleichgeschlechtlicher Pflege haben nach Möglichkeit Berücksichtigung zu finden (§ 2 Abs. 2 SGB XI).	Auf die religiösen Bedürfnisse der Pflegebedürftigen ist Rücksicht zu nehmen. Auf ihren Wunsch hin sollen sie stationäre Leistungen in einer Einrichtung erhalten, in der sie durch Geistliche ihres Bekenntnisses betreut werden können (§ 2 Abs. 3 SGB XI).
SGB XII		Wünschen der Leistungsberechtigten, die sich auf die Gestaltung der Leistung richten, soll entsprochen werden, soweit sie angemessen sind. Wünschen der Leistungsberechtigten, den Bedarf stationär oder teilstationär zu decken, soll nur entsprochen werden, wenn dies nach der Besonderheit des Einzelfalles erforderlich ist, weil anders der Bedarf nicht oder nicht ausreichend gedeckt werden kann und wenn mit der Einrichtung Vereinbarungen nach den Vorschriften des Zehnten Kapitels dieses Buches bestehen (§ 9 Abs. 2 SGB XII).	Auf Wunsch der Leistungsberechtigten sollen sie in einer Einrichtung untergebracht werden, in der sie durch Geistliche ihres Bekenntnisses betreut werden können (§ 9 Abs. 3 SGB XII).
UN-BRK		Die Vertragsstaaten dieses Übereinkommens anerkennen das gleiche Recht aller Menschen mit Behinderung, mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen in der Gemeinschaft zu leben, und treffen wirksame und geeignete Maßnahmen, um Menschen mit Behinderung den vollen Genuss dieses Rechts und ihre volle Einbeziehung in die Gemeinschaft und Teilhabe an der Gemeinschaft zu erleichtern, indem sie unter anderem gewährleisten, dass ... (Art. 19 UN-Behindertenrechtskonvention).	

verständliche Antragsvordrucke verwendet werden. Verwaltungs- und Dienstgebäude sollen ohne Zugangs- und Kommunikationsbarrieren sein und Sozialleistungen in barrierefreien Räumen und Anlagen erbracht werden. Freie Träger können in der Regel besser als die häufig schwerfällige staatliche Bürokratie Einrichtungen und Maßnahmen gemäß § 17 Abs. 1 SGB I flexibel, individuell und bedarfsgerecht anbieten. Nicht zuletzt bildet in diesem Zusammenhang die Eigenverantwortung und Selbständigkeit freier Träger ein wichtiges Gegengewicht zu einem staatlichen Wohlfahrtszentrismus.

1.15.2 Wunsch- und Wahlrecht

Im engen Zusammenhang mit bedarfsgeordneten Einzelfallhilfen steht auch das im Sozialrecht sowohl im SGB I als auch in anderen Gesetzen⁶⁹ an zentraler Stelle normierte Wunsch- und Wahlrecht der Sozialleistungsberechtigten. (Siehe Tabelle 4 „Wunsch- und Wahlrecht“ auf S. 18/19.)

Die Grundrechtsrelevanz des Wunsch- und Wahlrechts hat ihre Wurzeln in der Ach-

tung der Menschenwürde, im allgemeinen Freiheitsrecht, in der Bekenntnisfreiheit und im Erziehungsrecht der Eltern.⁷⁰ Die UN-Behindertenrechtskonvention stellt das Wunsch- und Wahlrecht in Art. 19 als besonderes Recht der behinderten Menschen heraus. Der Hilfesuchende würde zum Objekt staatlicher Hilfe, wenn über sein Wohl ohne Berücksichtigung der eigenen Wünsche und Vorstellungen befunden würde.⁷¹ Beim Wunsch- und Wahlrecht geht es daher nicht in erster Linie darum, eigenwillige Sonderwünsche zu erfüllen. Die Beachtung des Wunsch- und Wahlrechts ist vielmehr eine wichtige Voraussetzung dafür, dass die Sozialleistungsberechtigten die bei vielen Sozialleistungen erforderliche Selbsthilfe und Koproduktion leisten. Das Wunsch- und Wahlrecht ist daher als ein Grundprinzip des Sozialrechts anzusehen, das für die Rechtsstellung des Leistungsberechtigten von zentraler Bedeutung ist.⁷² Es ist daher vom Sozialleistungsträger in Einzelfällen zwingend zu beachten.⁷³ Dies bedeutet die frühzeitige und offensive Einbeziehung der Leistungsberech-

tigten in die Gestaltung der Leistung.⁷⁴ Darüber hinaus ist das Wunsch- und Wahlrecht auch im Rahmen der Jugendhilfeplanung zu beachten.⁷⁵

Wunsch- und Wahlrecht ist Grundprinzip des Sozialrechts

Gerade persönliche Hilfen und Beratungsangebote zu existenziellen und intimen Problemen sind auf das Vertrauen und die Kooperation der Hilfebedürftigen angewiesen. Da in mehreren Sozialleistungsbereichen Leistungen auch mit dem Risiko von Sanktionen und sanktionsähnlichen Wirkungen verbunden sein können⁷⁶, fällt es den Leistungsberechtigten leichter, das für ihre Hilfe notwendige Vertrauen nichtstaatlichen Stellen entgegenzubringen. Dass diese Skepsis gegenüber staatlichen Bürokratien mitunter begründet ist, zeigt die immer wieder erhobene Kritik, dass Sozialleistungsträger ihre Beratungspflichten nach § 17 SGB I nicht erfüllen. In diesem Zusammenhang spielen zum einen fiskalische Gründe eine Rolle. Ein Teil der vom Gesetzgeber selbst gesehenen Beratungsdefizite⁷⁷ beruht aber auch auf der von ihm zu verantwortenden Komplexität der sozialrechtlichen Leistungskonkurrenzen, bei der eine Besserung nicht in Sicht ist.⁷⁸ Die Verbände der freien Wohlfahrtspflege verstehen sich nach ihrem eigenen Selbstverständnis⁷⁹ als Anwälte für die auf Sozialleistungen und sonstige Hilfen angewiesenen Menschen am Rande der Gesellschaft. Diese Aufgaben können sie nur wahrnehmen, wenn sie die Notlagen der Menschen auch aus der Arbeit in ihren Diensten und Einrichtungen kennen.

Das Wunsch- und Wahlrecht hat somit in zweierlei Richtungen Bedeutung: Zum einen setzt das Wunsch- und Wahlrecht die Beachtung der Subsidiarität bei der Gestaltung der sozialen Versorgung voraus. Zum anderen bedeutet das Wunsch- und Wahlrecht aber auch gleichzeitig eine Legitimation des Subsidiaritätsgrundsatzes.⁸⁰

Beim Persönlichen Budget⁸¹ handelt es sich um eine institutionalisierte Form des

Bild fotolia/hakase420



Nur wenn der passende Schlüssel ausgewählt wird, führt dies zum Erfolg. Das gleiche gilt für auch die bedarfsgerechte Einzelfallhilfe.

Selbstbestimmungsrechts. Die Einführung des Persönlichen Budgets diene dazu, es kranken, behinderten und pflegebedürftigen Menschen besser als bisher zu ermöglichen, ein selbständiges und selbstbestimmtes Leben zu führen.⁸² Anstelle von einzelnen Sach- und Geldleistungen, die sie vielfach von verschiedenen Trägern bezogen, kann eine regelmäßige Geldzahlung aus einer Hand gewährt werden. Damit können sie die erforderlichen Betreuungsleistungen selbst nach dem Arbeitgebermodell organisieren und bezahlen.⁸³ Das Persönliche Budget ist daher keine eigenständige Leistung, sondern eine alternative Form der Leistungserbringung.⁸⁴ Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 kann der zuständige Rehabilitationsträger Leistungen zur Teilhabe ausführen, indem er geeignete, insbesondere auch freie und gemeinnützige oder private Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen in Anspruch nimmt. Auch hier wird erkennbar, dass das Persönliche Budget eine vielfältige Landschaft der Dienste und Einrichtungen voraussetzt.

1.15.3 Sparsamer Verbrauch öffentlicher Mittel

Öffentliche Mittel sind generell wirtschaftlich und sparsam einzusetzen (§ 7 Abs. 1 BHO). Durch das subsidiäre Agieren staatlicher Verwaltungen soll daher auch ein sparsamer Umgang mit öffentlichen Mitteln⁸⁵ erreicht werden. Der sparsame Verbrauch öffentlicher Mittel in der sozialen Versorgungsstruktur wird auch dadurch bewirkt, dass die freie Wohlfahrtspflege bei ihrer Tätigkeit eigene nichtstaatliche Ressourcen einbringt. Hierzu gehören zum Beispiel steuerlich begünstigte Spendenmittel, ehrenamtliches Engagement (siehe unter 1.15.5) sowie bei Einrichtungen auch die durch die Entgelt- oder Förderfinanzierung nicht vollständig gedeckten Aufwendungen der freien Wohlfahrtspflege. Zu den von der freien Wohlfahrtspflege eingebrachten Ressourcen gehören zum Beispiel die im Eigentum stehenden Einrichtungsgrundstücke, deren Refinanzierung gesetzlich ausgeschlossen ist (zum Beispiel § 82 Abs. 2 Nr.

2 SGB XI). Im Bereich der Förderfinanzierung führen die in Fördervorschriften normativ festgelegten förderfähigen Kosten auf der Grundlage einer betriebswirtschaftlichen Bewertung mitunter zu erheblichen Finanzierungslücken. Auch die duale Finanzierung zum Beispiel von Krankenhäusern und Kindertagesstätten führt mitunter dazu, dass die durch staatliche Förderung abzudeckende Investitionskostenrefinanzierung lückenhaft oder gar nicht erfolgt. Weiterhin sind in einigen Sozialleistungsbereichen im Gesetz Eigenfinanzierungsanteile ausdrücklich vorgesehen (zum Beispiel Hospizfinanzierung nach § 39 a Abs. 1 Satz 1 SGB V, angemessene Eigenleistung bei der Förderung der Kinder- und Jugendhilfe nach § 74 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII).

Es wurde bereits dargelegt, dass auch für kommunale Betätigungen außerhalb des Sozialrechts der kommunalrechtlich verankerte Subsidiaritätsgrundsatz zu beachten ist. Seit einigen Jahren beobachtet die von der Bundesregierung und den gesetzgebenden Körperschaften nach §§ 44 bis 47 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) beauftragte Monopolkommission⁸⁶ Bestrebungen der Kommunen, die privatwirtschaftliche Tätigkeit ständig auszuweiten. Dabei seien die Kommunen in nahezu allen Wirtschaftsbereichen aktiv. Neben dem Ziel der Verbesserung der Leistungen werde dabei auch das Ziel angeführt, einen Finanzierungsbeitrag für die kommunalen Haushalte zu erwirtschaften.⁸⁷

Oft Effizienzverluste durch Verfolgung politischer Ziele

Dies wirft die Frage auf, ob diese Entwicklung der Allgemeinheit tatsächlich zugutekommt. Nach Auffassung der Monopolkommission⁸⁸ zeigen wissenschaftliche Studien sehr deutlich, dass – sofern keine besonderen Bedingungen vorliegen – die Leistung öffentlicher Unternehmen im Allgemeinen geringer ist als die privater Unternehmen.⁸⁹ Die Verfolgung politischer Ziele durch kommunale Wirtschaftstätigkeit gehe fast zwangsläufig

mit Effizienzverlusten einher.⁹⁰ Die Verfolgung kommunalpolitischer Ziele durch die wirtschaftliche Tätigkeit der Kommunen führe im Ergebnis zu einer ineffizienten Nutzung von Ressourcen.⁹¹

Dies gibt Anlass, den Grund der Beschränkung der kommunalen privatwirtschaftlichen Tätigkeit näher zu betrachten:

- ♦ Ein wesentlicher Grund für die Beschränkung ergibt sich aus den Risiken unternehmerischen Handelns, die im Fall der Realisierung die öffentlichen Haushalte und damit den Steuerzahler treffen. Nicht wenige Landes- und kommunale Krankenhäuser weisen dauerhaft hohe Betriebskostendefizite auf. Die Skandalberichterstattung bringt auch immer wieder Beispiele der Misswirtschaft in staatlichen und kommunalen privater unternehmerischen Engagements⁹² hervor. Für deren Folgen muss am Ende regelmäßig der Bürger als Steuerzahler aufkommen, wenn diese in Schieflage geraten. Wie jede Wirtschaftsbranche hat auch die soziale Infrastruktur besondere strukturell immanente Risiken. Insbesondere bei ad hoc notwendigen Anpassungen der sozialen Versorgung bestehen hohe Investitionsrisiken für die Einrichtungsträger.⁹³ Vor diesem Hintergrund ist der Staat klug beraten, wenn er nicht in jedes neue Aufgabenfeld unmittelbar selbst in großem Stil einsteigt.
- ♦ Die kommunale wirtschaftliche Tätigkeit hat in der Regel Wettbewerbsverzerrungen zur Folge, wenn der Unternehmensgegenstand einer kommunalen Tochter gleichzeitig Gegenstand der hoheitlichen Aufgaben der betreffenden Kommune ist. So haben im Bereich der Stadtentwicklung nicht selten die kommunalen Bauentwicklungsgesellschaften den ersten Zugriff auf kommunale Entwicklungsflächen. Zusätzlich kann auch noch der Eindruck entstehen, dass die zuständigen kommunalen Baubehörden die wirtschaftlichen Interessen kommunaler Töchter mitunter zulasten des Gemein-

wohls begünstigen und gleichzeitig deren Konkurrenten benachteiligen.⁹⁴ Im Sozialrecht ergibt sich eine ähnliche Konstellation, wenn die über die Sozialleistungen entscheidende kommunale Behörde Einfluss auf die Sozialleistungsempfänger nimmt, um in erster Linie die Belegung kommunaler Einrichtungen zu sichern, unabhängig davon, ob die Einrichtung die individuell notwendige bedarfsgerechte Leistung anbieten kann.

Vor- und Nachteile privatwirtschaftlicher kommunaler Tätigkeit

Unabhängig vom Sinn und Zweck des kommunalrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatzes haben privatwirtschaftliche staatliche Aktivitäten bestimmte strukturimmanente Probleme:

- Als Schwachstelle kommunaler Wirtschaftstätigkeit zeigt sich immer wieder die problematische Besetzung von Positionen bei Leitung und Aufsicht der kommunalen Unternehmen. Es besteht die Gefahr, dass kommunale Unternehmen durch die parteipolitisch beeinflusste oder dem Parteienproporz folgende Besetzung von Leitungs- und Aufsichtsfunktionen geschwächt werden.⁹⁵
- Staatliche Wirtschaftseinrichtungen können in der Gefahr sein, aus vielen Gründen bei unternehmerischen Entscheidungen arbeitsplatzorientiert zulasten der effizienten Aufgabenerledigung zu entscheiden. Hierbei spielt sowohl der durch die Medien als auch von Parteien und Gewerkschaften aufgebaute Druck eine gewisse Rolle. Dabei wird regelmäßig übersehen, dass die Stärkung der Wertschöpfung und damit die Sicherung von Arbeitsplätzen in der Region auch durch private Unternehmen nachhaltig erfolgen können.
- Trotz gesetzlicher Vorgaben für Beteiligungsberichte der Gemeinden wird immer wieder zu Recht in der Öffentlichkeit die fehlende Transparenz kommunaler Unternehmen kritisiert. Der Bürger als Steuerzahler und Zwangsmitglied seiner kommunalen Gebietskörperschaft hat

aber das Recht, sich über Erfolg und Misserfolg der wirtschaftlichen Tätigkeiten seiner politischen Gemeinde zu informieren. Kritisiert wird insbesondere die durch die Quersubventionierung verschiedener kommunaler Unternehmen verursachte Intransparenz. Wenn kommunale Energieversorger hohe Überschüsse erzielen, ist dies unter Umständen auch durch hohe Stromgebühren erkauft. Dies belastet unter den Stromkunden vor allem Bürger mit geringem Einkommen.⁹⁶ Transparenz ist die Voraussetzung für eine öffentliche Diskussion über die Preispolitik kommunaler Unternehmen.⁹⁷ Intransparenz behindert aber auch die kommunalen Parlamente bei der Wahrnehmung ihrer Verantwortung für die kommunalen Unternehmen.

In der Debatte um die öffentliche Wirtschaftstätigkeit ist nach Auffassung der Monopolkommission mittlerweile weitgehend unstreitig⁹⁸, dass der Staat nur dann wirtschaftlich tätig werden sollte, wenn ein öffentliches Interesse an der Tätigkeit besteht. Gleichzeitig sollte eine öffentliche Institution diese wichtige Aufgabe besser übernehmen könne als eine private. Dieses Ergebnis entspricht sowohl dem kommunalrechtlich als auch sozialrechtlich verankerten Subsidiaritätsgrundsatz. Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass generell die unternehmerische Tätigkeit der Kommunen gemäß dem Subsidiaritätsgrundsatz nur im Fall von nicht vorhandenen alternativen Anbietern im Bereich der Daseinsvorsorge zum Zuge kommen sollte.

1.15.4 Aufgabenteilung

Für die Subsidiarität von Einrichtungen öffentlicher Träger spricht auch die sinnvolle Aufgabenteilung zwischen Leistungsbewilligung und Leistungserbringung. Während die hoheitlichen Aufgaben nicht ohne weiteres übertragen werden können, geht das deutsche Sozialrecht gemäß dem Subsidiaritätsgrundsatz aus guten Gründen davon aus, dass die Leistungserbringung in der Regel nicht Sache des Staates sein muss.

Gerade die Kinder- und Jugendhilfe ist ein Bereich des Sozialrechts, in dem sich bei gleichzeitiger staatlicher Zuständigkeit für die Leistungsgewährung und die Leistungserbringung Interessenkonflikte in verschiedenen Ausprägungen zeigen: Da sich nach § 3 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII die Leistungsverpflichtungen nach dem SGB VIII an die Träger der öffentlichen Jugendhilfe richten, obliegt es ihnen, über das „Ob“ und „Wie“ der Leistung durch Verwaltungsakt zu entscheiden. Würden die öffentlichen Jugendhilfeträger stets auch die Leistung selbst erbringen, würden mitunter die Rechte der betroffenen Kinder und Jugendlichen⁹⁹ nicht das notwendige Gewicht erhalten. Wo die beiden wichtigen Bereiche Leistungsentscheidung und -erbringung schon verwaltungsintern verkoppelt sind, besteht eher die Tendenz zu automatischen Entscheidungsabläufen, bei denen externe Entscheidungsfaktoren nicht genügend berücksichtigt werden. Nicht zuletzt besteht hier auch die Gefahr, dass Entscheidungen über das „Wie“ von Leistungen stärker fiskalisch gesteuert werden.¹⁰⁰ Die vorgenannte Aufgabenteilung führt auch zu einer Form der Machtdezentralisierung im Sinne der Wettbewerbstheorie.

Aufgabenteilung führt zu Machtdezentralisierung

Die durch den Subsidiaritätsgrundsatz bewirkte Aufgabenteilung betrifft nicht nur die Aufteilung in Leistungsbewilligung und Leistungserbringung. Gleichzeitig erfolgt auch die sinnvolle institutionelle Trennung von öffentlich-rechtlicher Sicherstellungsverantwortung und die Kontrolle und Überwachung von Inhalt, Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungen sowie deren Erbringung. Diese Form der Aufgabenverteilung gewinnt auch Bedeutung im Zusammenhang mit der für den Wettbewerb bedeutsamen Entmachtungsfunktion (siehe unter 1.15.6).

1.15.5 Bürgerschaftliches Engagement

Das ehrenamtliche Engagement der Bürger ist trotz der weit vorangeschrittenen Profes-

sionalisierung der sozialen Berufe nach wie vor auch im Bereich der vom modernen Sozialstaat zu leistenden sozialen Sicherung von großer Bedeutung. Die lebendige Demokratie basiert auf bürgerschaftlichem Engagement und erfordert daher die Beratungs- und Kontrollfunktion durch Bürgerinnen und Bürger.

Das bürgerschaftliche Engagement ist in den Wohlfahrtsverbänden auf zweifache Weise von zentraler Bedeutung:

- ♦ Zum einen leisten ehrenamtlich tätige Menschen unmittelbar Hilfe im organisierten und geschützten Rahmen der Verbände der freien Wohlfahrtspflege¹⁰¹ und ihrer Mitgliedsorganisationen.
- ♦ Die Verbände der freien Wohlfahrtspflege sind mit eigenen, zumeist auch rechtlich selbständigen Gliederungen auf den unterschiedlichen Ebenen (Ort, Region, Land, Bundesebene) konstituiert. Die persönlichen Mitglieder an der Basis der Verbände und ihrer Mitglieds-Trägerorganisationen wählen die Leitungen und Aufsichtsorgane für ihre Organisation sowie die höheren Organisationsebenen. Sie nehmen Einfluss auf die Ausrichtung und Gestaltung der Arbeit der Verbände und Einrichtungen. Weiterhin übernehmen die persönlichen Mitglieder auch als Organmitglieder (Aufsichtsräte, Beiräte etc.) unmittelbar persönliche Mitverantwortung für die Verwirklichung der satzungsgemäßen gemeinnützigen Zwecke der jeweiligen Organisation. Ebenso wie andere Vereine sind daher auch die Verbände der freien Wohlfahrtspflege wichtige Erfahrungsorte der Demokratie.¹⁰²

Beide Bereiche sind bedeutsam dafür, dass die sozialpolitische Leistungsfähigkeit des demokratischen Sozialstaats ständig verbessert und erweitert wird.¹⁰³ Das bürgerschaftliche Engagement ist ein Pfund, mit dem die Verbände der freien Wohlfahrtspflege in besonderer Weise „wuchern“ können. Dies ist in der vielfältig ausgeprägten Form in der freien Wohlfahrtspflege weder bei Sozialverwaltungen noch bei privat-gewerblichen Ein-

richtungen denkbar. Unabhängig hiervon ist die freie Wohlfahrtspflege auch für den vor einigen Jahren grundlegend neu geordneten Bereich der Freiwilligendienste¹⁰⁴ ein wichtiger Träger der hierfür erforderlichen Einsatzstellen.

1.15.6 Wettbewerb

Der auch im Sozialrecht sinnvolle und notwendige Wettbewerb¹⁰⁵ setzt voraus, dass der Staat anstelle von staatlichen Versorgungsmonopolen die Erbringung von Sozialleistungen nichtstaatlichen Organisationen überlässt. Prinzipiell hat der Staat die Möglichkeit, im Rahmen der Gesetzgebung und des staatlichen Gewaltmonopols die gesamte Erbringung aller Sozialleistungen an sich zu ziehen. Der Subsidiaritätsgrundsatz wird daher zu Recht auch mit der Bezeichnung „Funktionssperre“ umschrieben, da er nicht zuletzt auch generell den Wettbewerb schützt. Auf die wichtigen Funktionen des Wettbewerbs¹⁰⁶ kann ein moderner Sozialstaat nicht verzichten. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Sozialleistungsversorgung allein dem Markt überlassen werden darf. Vielmehr ist immer wieder von neuem die Frage zu beantworten, wie der Markt für soziale Dienstleistungen so gestaltet werden kann, dass Menschen soziale Dienstleistungen ihren Bedürfnissen und Wünschen entsprechend rechtzeitig und vor Ort erhalten.¹⁰⁷ Im Idealfall eines Sozialleistungswettbewerbes liegt die Macht beim Leistungsempfänger.¹⁰⁸

Wettbewerb im Sozialrecht ist sinnvoll und notwendig

Gerade im Verhältnis von öffentlicher und freier Wohlfahrtspflege spielt auch die Entmachtungsfunktion des Wettbewerbs¹⁰⁹ eine wichtige Rolle: Würde der Staat als Monopolist auch alle Sozialleistungen erbringen, würde er allein die Leistungsbedingungen und damit das Leben der auf Sozialleistungen angewiesenen Menschen bestimmen. Dies gilt insbesondere für alle sozialleistungsfinanzierten stationären Versorgungsformen. Die Einrichtungen sind als Lebensraum prin-

zipiell geeignet, das Leben der hilfebedürftigen Menschen weitgehend zu bestimmen.

Bei einem marktbeherrschenden oder monopolistischem staatlichen Angebot würden die über das „Ob“ der Sozialleistungen entscheidenden Sozialverwaltungen die Leistungsberechtigten aus Gründen der besseren Auslastung in staatliche Einrichtungen lenken. Das wäre auch der Fall, wenn die dort angebotenen Leistungen für den konkreten Einzelfall möglicherweise weder erfolgreich oder bedarfsgerecht wären, noch dem Wunsch- und Wahlrecht entsprächen.

1.16 Bedingungen

Der Subsidiaritätsgrundsatz ist nicht als Privileg der freien Wohlfahrtspflege zu verstehen. Er ist ein wesentliches Qualitätsmerkmal des sozialen Sicherungssystems eines modernen freiheitlich-demokratischen Sozialstaats sowie ein wettbewerbsgestaltender Grundsatz und eine besondere Verpflichtung der freien Wohlfahrtspflege. Das im Subsidiaritätsgrundsatz enthaltene Qualitätsversprechen wird allerdings nur gehalten werden, wenn sich die freie Wohlfahrtspflege ihrer besonderen Verpflichtung würdig erweist, sich nicht nur auf die Aufgaben sozialwirtschaftlicher Unternehmen zu beschränken, sondern auch Fürsprecher der Menschen und Partner des Sozialstaats zu sein.

Qualitätsmerkmale müssen erfüllt sein

Diese Anforderungen erfüllt die freie Wohlfahrtspflege nur¹¹⁰, wenn sie

- ♦ sich vor allem auch dort um die Menschen kümmert, wo die Not am größten ist;
- ♦ ihr individuelles und sozialpolitisches anwaltschaftliches Mandat gegenüber Staat und Gesellschaft wahrnimmt;
- ♦ Einrichtungen und Maßnahmen unter Beachtung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit anbietet, die für die jeweilige Aufgabe geeignet sind;
- ♦ sich selbst durch ihre persönlichen und korporativen Mitglieder demokratisch legitimieren kann; »

- ♦ in ihren eigenen Reihen den Subsidiaritätsgrundsatz in der Weise achtet, dass nicht immer größere Einrichtungsträger ohne Rücksicht auf ihre Nähe zu den Menschen soziale Aufgaben an sich reißen;
- ♦ die Grundsätze einer transparenten gut kontrollierten und geführten Organisation erfüllt¹¹¹;
- ♦ sich den wettbewerblichen Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und Fairness verschreibt.

1.17 Fazit

- ♦ Der im Sozialrecht an exponierter Stelle und teilweise in den Bundesländern in ihren Verfassungen verankerte Subsidiaritätsgrundsatz hat eine lange Tradition und ist nach wie vor aktuell.
- ♦ Aus dem Subsidiaritätsgrundsatz ergibt sich insbesondere im Bereich der Erbringung von Sozialleistungen eine Funktionssperre in der Weise, dass öffentliche Träger Einrichtungen nicht betreiben dürfen, wenn es geeignete Einrichtungen freier Träger gibt, die die Sozialleistungen sach- und bedarfsgerecht sowie wirtschaftlich erbringen können.
- ♦ Die freie Wohlfahrtspflege hat daher einen einklagbaren Rechtsanspruch auf Prüfung des Vorrangs der von ihr angebotenen Leistungen durch die öffentlichen Träger und entsprechende Umsetzung.
- ♦ Die Funktionssperre erstreckt sich nicht nur auf die freie Wohlfahrtspflege, sondern auf alle nichtstaatlichen Einrichtungen.
- ♦ Obwohl sich die Funktionssperre auf alle nichtstaatlichen Einrichtungsträger erstreckt, mindert sich die Bedeutung des Subsidiaritätsgrundsatzes für die freie Wohlfahrtspflege nicht.
- ♦ Die aus dem Subsidiaritätsgrundsatz folgende Funktionssperre zugunsten der freien Wohlfahrtspflege ist Grundbedingung für die ebenfalls an exponierter Stelle verankerten Grundsätze der Diversifikation, der Kooperation und des Schutzes der Selbständigkeit.

- ♦ Der Funktionsschutz für die freie Wohlfahrtspflege kann auch aus ihren immanenten besonderen Aufgaben sowie dem Inhalt und der Struktur der betreffenden Sozialleistungen legitimiert werden.
- ♦ Das gesetzlich verankerte Wunsch- und Wahlrecht, einschließlich der Beachtung der religiösen Bedürfnisse kann nur verwirklicht werden, wenn der Subsidiaritätsgrundsatz für die Gestaltung der sozialen Infrastruktur beachtet wird. Zum anderen legitimiert das Wunsch- und Wahlrecht aber auch gleichzeitig den Subsidiaritätsgrundsatz.
- ♦ Der Subsidiaritätsgrundsatz ermöglicht bedarfsgerechte Einzelfallhilfen, fördert den sparsamen Verbrauch öffentlicher Mittel, fördert das ehrenamtliche Engagement und bildet auf diese Weise eine wichtige Grundlage für ein wirksames System der sozialen Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland.
- ♦ Der Subsidiaritätsgrundsatz ist im Geltungsbereich des Sozial- und Kommunalrechts ein den Wettbewerb schützendes Gestaltungsprinzip.
- ♦ Der Wettbewerb ist als zentrales Gestaltungselement der sozialen Marktwirtschaft auch im Bereich der sozialen Sicherung unverzichtbar.
- ♦ Dem Subsidiaritätsgrundsatz wird zu voller Geltung verholfen, wenn die freie Wohlfahrtspflege sich ihrerseits den Prinzipien der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Fairness in einem Qualitätswettbewerb verschreibt.

Anmerkungen

1. DEUTSCHER VEREIN FÜR ÖFFENTLICHE UND PRIVATE FÜRSORGE E. V.: *Fachlexikon der sozialen Arbeit*. Baden-Baden, 2017, S. 892.
2. Sozialenzyklika *Rerum novarum* (1891) und *Quadragesimo anno* (1931).
3. Brockhaus, 19. Auflage, Band 21, S. 395.
4. Brockhaus, a. a. O., siehe RAUSCHER, A.: *Personalität, Solidarität, Subsidiarität*, 1975.
5. DEUTSCHER VEREIN FÜR ÖFFENTLICHE UND

PRIVATE FÜRSORGE E. V.: *Fachlexikon der sozialen Arbeit*, S. 888.

6. Z. B. in die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern in Art. 79 ff. GG.

7. Siehe Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 des Vertrages über die Europäische Union (EUV).

8. SCHELLHORN, W. in SCHELLHORN, W., SGB VIII/KJHG, § 4 Rz. 16.

9. Das SGB I gilt als „Allgemeiner Teil“ des Sozialgesetzbuchs gemäß § 68 SGB I für alle Sozialleistungen.

10. Vorgängerregelung: „Wird die Hilfe im Einzelfalle durch die freie Wohlfahrtspflege gewährleistet, sollen die Träger der Sozialhilfe von der Durchführung eigener Maßnahmen absehen; dies gilt nicht für die Gewährung von Geldleistungen“ (§ 10 Abs. 4 BSHG).

11. Vorgängerregelung: „Soweit geeignete Einrichtungen und Veranstaltungen der anerkannten Träger der freien Jugendhilfe vorhanden sind, erweitert oder geschaffen werden, ist von eigenen Einrichtungen und Veranstaltungen des Jugendamts abzusehen“ (§ 5 Abs. 3 Satz 2 JWG).

12. Vorgängerregelung: „Wird die Hilfe im Einzelfalle durch die freie Wohlfahrtspflege gewährleistet, sollen die Träger der Sozialhilfe von der Durchführung eigener Maßnahmen absehen; dies gilt nicht für die Gewährung von Geldleistungen“ (§ 10 Abs. 4 BSHG).

13. Vorgängerregelung: „Wird die Hilfe im Einzelfalle durch die freie Wohlfahrtspflege gewährleistet, sollen die Träger der Sozialhilfe von der Durchführung eigener Maßnahmen absehen; dies gilt nicht für die Gewährung von Geldleistungen“ (§ 10 Abs. 4 BSHG).

14. Vorgängerregelung: „Wird die Hilfe im Einzelfalle durch die freie Wohlfahrtspflege gewährleistet, sollen die Träger der Sozialhilfe von der Durchführung eigener Maßnahmen absehen; dies gilt nicht für die Gewährung von Geldleistungen“ (§ 10 Abs. 4 BSHG).

15. Siehe z. B. § 74 Abs. 3 SGB VIII.

16. Nach § 97 SGB X könnten auch hoheitliche Aufgaben auf Dritte übertragen werden. Dies ändert aber nichts an der Letztverantwortung des Staates, die dadurch nicht berührt wird.

17. Jugendwohlfahrtsgesetz vom 11.8.1961 (JWG)

- sowie Reichsjugendwohlfahrtsgesetz von 1922 (RJWG).
18. BVerfG, Urteil vom 18.7.1967 – 2 BvF 3/62 – 8/62, NJW 1967, 1795.
19. Siehe Tabelle 1 in diesem Heft zu den sozialrechtlichen Rechtsgrundlagen der Subsidiarität.
20. RJWG von 1922 und VO über die Fürsorgepflicht von 1924.
21. SCHELLHORN, W. in SCHELLHORN, W.: SGB VIII/KJHG, § 4. Rz. 16; so auch SCHINDLER, G. in LPK-SGB VIII, 5. Aufl., § 4 Rz. 38 ff.
22. MAINBERGER, H. in HAUCK, K.: SGB VIII, K § 4 Rz. 6.
23. MÜNDER, J. in Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 6. Aufl. 2009, § 4 Rz. 6.
24. BVerwG, Urteil vom 22.10.2009 – 5 C 16/08 – JA 2009, 40 = NVwZ-RR 2010, 148.
25. MÜNDER, J. in Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 6. Aufl. 2009, § 4 Rz. 9.
26. §§ 42 – 60 SGB VIII: Inobhutnahme von Kindern, Aufsicht über die Einrichtungen, Mitwirkung an Verfahren vor den Familiengerichten, Unterstützung von Vormündern und Betreuern, Amtsvormundschaften, Führung des Sorgeregisters.
27. MÜNDER, J.: Hoheitliche Tätigkeit und freie Wohlfahrtspflege in der Sozialhilfe. In: ZfSH/SGB 1983, S. 289.
28. Caritas, Diakonie und Zentralwohlfahrtsstelle der Juden.
29. BVerfGE 24, 236; 53, 393.
30. BVerfGE 46, 73; 53, 366; 57, 220.
31. Diese schmerzlichen Erfahrungen mussten die Organisationen der kirchlichen Sozialarbeit in der Zeit des Nationalsozialismus machen.
32. WIESNER, R.: SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, 5. Aufl. 2015, § 4 Rn. 5.
33. BVerfG, Urteil vom 18.7.1967 – 2 BvF 3/62 – 8/62, NJW 1967, 1795.
34. VGH München Urteil vom 6.4.2006 – 12 ZB 05/1178.
35. BVerfG, Urteil vom 18.7.1967 – 2 BvF 3/62 – 8/62, NJW 1967, 1795.
36. OVG Lüneburg, Urteil vom 11.9.1992 – 4 M 3953/92.
37. LUTHE, E.-W. in: juris PK-SGB VIII, § 4 Rn. 45.
38. WIESNER, R.: SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, 5. Aufl. 2015, § 4 Rn. 5.
39. So im Ergebnis auch MÜNDER a. a. O.
40. WIESNER, R., a. a. O.
41. ZACHER, H.F.: Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege. Köln, 1964.
42. OVG Lüneburg Urteil vom 11.9.1992 – 4 M 3953/92.
43. Monopolkommission, Auszug aus dem Hauptgutachten XX (2012/2013) – Kapitel V – Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung, www.monopolkommission.de, S. 463.
44. BVerfG, Urteil vom 18.7.1967 – 2 BvF 3/62 – 8/62, NJW 1967, 1795.
45. BUNDESARBEITSGEMEINSCHAFT DER FREIEN WOHLFAHRTSPFLEGE e.V.: Die freie Wohlfahrtspflege – Profil und Leistungen. Freiburg, 2002, S. 36.
46. § 13 SGB I regelt darüber hinaus auch die Pflicht der Leistungsträger, die Bevölkerung über die sozialen Rechte und Pflichten aufzuklären.
47. Siehe z. B. § 16 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II; § 1 Satz 3 SGB V; § 8 Abs. 3 und § 8 b SGB VIII, §§ 17, 18 SGB VIII, § 7 a SGB XI.
48. HOFF, T.; ZWICKER-PELZER, R.: Beratung und Beratungswissenschaft. Baden-Baden, 2015.
49. GRUBE, C.; WAHRENDORF, V.: SGB XII, § 5 Rn. 5.
50. MÜNDER, J.: LPK SGB II, § 17, Rn. 5.
51. MÜNDER, J.: LPK SGB II, § 17 Rn. 8.
52. Bis 2003: BSGH.
53. Nach § 132 a Abs. 2 Satz 10 SGB V können die Krankenkassen häusliche Krankenpflege auch durch eigene angestellte Pflegekräfte erbringen.
54. UDSCHING, P., SGB XI, 4. Aufl. 2015, Rn. 5.
55. Bt-Drs. 12/5262, 136; UDSCHING, P., SGB XI, 4. Aufl. 2015, Rn. 5.
56. Z. B. auf dem christlichen Menschenbild aufbauende Pädagogik in den Kindertagesstätten, Sterbebegleitung in Krankenhäusern und Pflegeheimen, Zusammenleben in Einrichtungen etc.
57. GRIEP, H.: Entbürokratisierung des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts. In: RsDE 66 (2008), S. 27 ff.
58. Die Relevanz des im SGB XII normierten Subsidiaritätsgrundsatzes hat sich verändert beziehungsweise wird sich verändern, da wesentliche Regelungsgegenstände dieser Gesetze ausgegliedert worden sind (soziale Sicherung bei Pflegebedürftigkeit) beziehungsweise zukünftig noch ausgegliedert werden (Eingliederungshilfe für Behinderte).
59. KNECHT, M. in: HAUCK, K.; NOFTZ, W.: SGB I § 17 Rn. 23.
60. MÖNCH-KALINA, S. in: juris PK-SGB I, § 17 Rn. 41.
61. SGB I Juris-Kommentar, § 17 Rn. 41.
62. KRAUSKOPF, D.: Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 17 SGB I, Rn. 25.
63. VGH Mannheim, Urteil vom 22.5.2013 – 9 S 889/11 – BeckRS 2013, 52331.
64. Z. B. Wohnungs-, Energie- und Wasserversorgungswirtschaft, Entsorgungswirtschaft, Gastronomie, Reiseveranstalter, Telekommunikation.
65. MONOPOLKOMMISSION: Auszug aus dem Hauptgutachten XX (2012/2013) – Kapitel V – Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung, www.monopolkommission.de
66. Geeignetheit im Sinne des § 4 SGB VIII.
67. Art. 19 Abs. 4 GG.
68. G. Schindler hat zum Gebot zur Zusammenarbeit nach § 4 Abs. 1 SGB VIII, das in einem sachlichen Zusammenhang zum Subsidiaritätsgrundsatz steht, einige Rechtsprechungsbeispiele zusammengetragen (SCHINDLER LPK SGB VIII, § 4 Rn. 12).
69. § 5 SGB VIII, § 9 SGB IX, § 2 Abs. 2 SGB XI, § 9 Abs. 2 SGB XII.
70. GIESE, D.: Zum Subsidiaritätsprinzip und Wahlrecht in der öffentlichen Fürsorge. In: ZfSH 1976, S. 1.
71. BVerwG, NDV 1986, 293.
72. SCHELLHORN, W. in SCHELLHORN, W.: SGB VIII/KJHG § 5 Rn. 2.
73. OVG Lüneburg, Urteil vom 10.10.2006 – 4 LA 42/05 – BeckRS 2005, 26536.
74. MÜNDER, J. in: Frankfurter Kommentar SGB VIII, 6. Aufl. 2009, § 5 Rn. 5.
75. MÜNDER, J. in: Frankfurter Kommentar SGB VIII, 6. Aufl. 2009, § 5 Rn. 5.
76. Z. B. das Elternrecht betreffende Eingriffsbefugnisse des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe, Sperrzeitanordnung bei beschäftigungsbeendendem Verhalten nach § 159 SGB III, Leistungskürzungen, Verletzungen der Mitwirkungspflichten nach § 31 SGB II, Unterhaltsheranziehung und Anspruchsüberleitung nach § 33 SGB II sowie §§ 93 und 94 SGB XII.
77. Erkennbar an der immer wieder vorgenommenen Ausweitung der Beratung im Bereich des

SGB VIII, SGB IX beziehungsweise SGB XI.

78. GRIEP, H.: *Entbürokratisierung des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts*. In: RsDE 66 (2008), S. 27 ff.

79. BUNDESARBEITSGEMEINSCHAFT DER FREIEN WOHLFAHRTSPFLEGE E.V.: *Die freie Wohlfahrtspflege – Profil und Leistungen*. Freiburg, 2002, S. 36.

80. SCHELLHORN, W. in SCHELLHORN, W.: SGB VIII/KJHG § 5 Rn. 2.

81. §§ 17, 102 Abs. 7 und 159 Abs. 5 SGB IX, § 118 Satz 2 SGB III, §§ 2 Abs. 2 Satz 2 u. 5 Abs. 1 Nr. 5 SGB V; §§ 28 Abs. 1 Nr. 14 und 35 a SGB XI, § 57 SGB XII, § 26 Abs. 1 Satz 2 SGB VII; § 13 Abs. 1 Satz 2 SGB VI, § 35 a Abs. 3 SGB VIII i. V. m. § 57 SGB XII, § 9 Abs. 2 BVG; § 10 Abs. 1 ALG i. V. m. § 13 Abs. 1 Satz 2 SGB VI.

82. BT-Drs. 15/1514 S. 72.

83. KRAUSKOPF, D.: *Soziale Pflegeversicherung*, § 35 a SGB XI, Rn. 12.

84. Beck'scher Online-Kommentar, § 17 SGB I, Rn. 4 a.

85. *Öffentliche Mittel sind generell wirtschaftlich und sparsam einzusetzen* (§ 7 Abs. 1 BHO).

86. MONOPOLKOMMISSION: *Auszug aus dem Hauptgutachten XX (2012/2013) – Kapitel V – Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung*, www.monopolkommission.de

87. VKU: *Kommunalwirtschaft auf den Punkt gebracht*, Grundsatzpapier 2012, S. 10.

88. MONOPOLKOMMISSION: *Auszug aus dem Hauptgutachten XX (2012/2013) – Kapitel V – Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung*, www.monopolkommission.de

89. Siehe Fundstellen in: Monopolkommission, a. a. O., S. 456 Fn. 38.

90. MONOPOLKOMMISSION, a. a. O., S. 460.

91. Ebd.

92. *Staatliche und kommunale Immobilienunternehmen (Wohnbau Mainz)*, arbeitsmarktpolitische Unternehmensgründungen oder -beteiligungen in strukturschwachen Räumen (Nürburgring, Cargolifter AG in Brandenburg, Flughafen Hahn, Flughafen Kassel-Calden), Landesbanken-Skandale (WestLB, Bayerische Landesbank, Bankgesellschaft Berlin).

93. Ein Anschauungsbeispiel dafür bietet der ab

Mitte 2015 in der Bundesrepublik Deutschland plötzlich entstandene Versorgungsbedarf für eine große Zahl von Flüchtlingen als Folge des Syrien-Krieges. Dabei mussten in sehr kurzer Zeit große Versorgungskapazitäten aufgebaut werden, die dann Anfang 2016 nach dem Rückgang der Flüchtlingszahlen ganz plötzlich wieder abgebaut werden mussten beziehungsweise deren Aufbau kurzerhand ausgesetzt werden musste. Soweit nicht allein der Staat, sondern auch freie Träger die Versorgungskapazitäten aufgebaut hatten, hatte er die dabei entstandenen Fehlinvestitionen jedenfalls nicht allein zu tragen.

94. Während fragwürdige Projekte kommunaler Töchter genehmigt werden, werden Konkurrenten baurechtliche Steine in den Weg gelegt.

95. In Ländern mit zukunftsvernichtenden Korruptionsproblemen dienen häufig Staatskonzerne als Selbstbedienungsladen für Politiker und sonstige Funktionsträger (siehe z. B. Petrobras-Skandal in Brasilien).

96. Mieterinitiativen der Frankfurter kommunalen Wohnungsbaugesellschaft AGB nehmen Pressemeldungen über die erzielten Gewinne zum Anlass, die Höhe der Mieten zu kritisieren.

97. MONOPOLKOMMISSION, a. a. O., S. 461.

98. MONOPOLKOMMISSION, a. a. O., S. 450.

99. Selbstbestimmungsrecht der Kinder und Jugendlichen (§ 8 SGB VIII), Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 SGB VIII), Mitwirkungsrechte der Eltern (Art. 6 GG, § 1 Abs. 2 SGB VIII).

100. Ein beim öffentlichen Jugendhilfeträger beschäftigter Vormund handelt permanent gegen die fiskalischen Interessen seines Arbeitgebers, wenn er SGB-VIII-Leistungen für sein Mündel in Anspruch nehmen muss.

101. Unterstützung, Beratung, Begleitung und umfassender gesetzlicher und privatrechtlicher Versicherungsschutz.

102. BUNDESARBEITSGEMEINSCHAFT DER FREIEN WOHLFAHRTSPFLEGE E.V.: *Die Freie Wohlfahrtspflege – Profil und Leistungen*. Freiburg, 2002, S. 70.

103. Ebd., S. 70.

104. Bundesfreiwilligendienst (BFDG), Freiwilliges Soziales Jahr (JFDG).

105. CREMER, G.; GOLDSCHMIDT, N.; HÖFER, S.: *Soziale Dienstleistungen*. Tübingen, 2013.

106. Siehe umfassende Darstellung in: ebd., S. 37 ff.

107. Auch gegen Vergabeverfahren sollte aus Sicht der freien Wohlfahrtspflege nichts einzuwenden sein, wenn sie denn nicht, wie die Praxis zeigt, immer wieder von der öffentlichen Verwaltung dafür missbraucht werden würden, allein aus fiskalischen Gründen den Wettbewerb von einem Leistungswettbewerb auf einen reinen Preiswettbewerb zu reduzieren. Das geht zwangsweise zulasten der Sozialleistungsberechtigten.

108. Rechtlich geschützt ist die Wettbewerbsposition des Sozialleistungsberechtigten durch das Wunsch- und Wahlrecht, das Persönliche Budget und Leistungsformen der integrierten Versorgung.

109. Siehe CREMER, G.; GOLDSCHMIDT, N.; HÖFER, S.: *Soziale Dienstleistungen*. Tübingen, 2013, S. 42.

110. GRIEP, H.; RENN, H.: *Das Recht der Freien Wohlfahrtspflege*. Grundlagen und Perspektiven. Freiburg, 2011, S. 51 ff.

111. Ebd., S. 71.

Literaturhinweise

BOLD, C. M.: *Das Wunsch- und Wahlrecht im Kontext des Leistungserbringungsrechts – Eine kritische Auseinandersetzung angesichts der Rechtsprechung des BSG*. In: NZS, 2014, S. 129.

BOESSENECKER, K.-H.: *Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege. Eine Einführung in Organisationsstrukturen der Deutschen Wohlfahrtsverbände*. Weinheim/München, 2005.

BÖCKENFÖRDE, E.W.: *Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatliche Demokratie*. In: *Der Staat* 15/976, S. 457 ff.

BUNDESARBEITSGEMEINSCHAFT DER FREIEN WOHLFAHRTSPFLEGE E.V.: *Die Freie Wohlfahrtspflege – Profil und Leistungen*. Freiburg, 2002, S. 36.

BUNDESARBEITSGEMEINSCHAFT DER FREIEN WOHLFAHRTSPFLEGE E.V.: *Die Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege – Aufgaben und Finanzierung*. Freiburg, 1985.

CREMER, G.; GOLDSCHMIDT, N.; HÖFER, S.: *Soziale Dienstleistungen*. Tübingen, 2013.

DAHME, H.J.; KÜHNLEIN, G.; WOHLFAHRT, N.:

- Zwischen Wettbewerb und Subsidiarität – Wohlfahrtsverbände unterwegs in die Sozialwirtschaft. Berlin, 2005.
- GIESE, D.: Zum Subsidiaritätsprinzip und Wahlrecht in der öffentlichen Fürsorge. In: ZfSH, 1976, S. 1.
- GRIEP, H.; RENN, H.: Das Recht der Freien Wohlfahrtspflege. Freiburg, 2011.
- GRUNWALD, K.: Neugestaltung der freien Wohlfahrtspflege. Management organisatorischen Wandels und die Ziele der Sozialen Arbeit. Weinheim, 2001.
- GOLL, E.: Die freie Wohlfahrtspflege als eigener Wirtschaftssektor. Theorie und Empirie ihrer Verbände und Einrichtungen. Baden-Baden, 1991.
- HAMMERSCHMIDT, P.; UHLENDORFF, U. (Hrsg.): Wohlfahrtsverbände zwischen Subsidiaritätsprinzip und EU-Wettbewerbsrecht. Kassel, 2003.
- HEINZE, R.G. (Hrsg.): Neue Subsidiarität – Leitidee für eine zukünftige Sozialpolitik? Opladen, 1986.
- HEINZE, R.G.: Verbandlichung der Sozialpolitik? Zur Neuen Diskussion des Subsidiaritätsprinzips. In: KRÜGER, J.; PANKOKE, E.: Kommunale Sozialpolitik. München, 1985.
- HEINZE, R. G.; OLK, T.: Sozialpolitische Steuerung. Von der Subsidiarität zum Korporatismus. In: GLAGOW, M. (Hrsg.): Gesellschaftsteuerung zwischen Korporatismus und Subsidiarität. Bielefeld, 1984.
- ISENSEE, J.: Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft. Berlin, 1968.
- JÜSTER, M.: Die verfehlte Modernisierung der Freien Wohlfahrtspflege – Eine institutionalistische Analyse der Sozialwirtschaft. Baden-Baden, 2015.
- KLUG, W.: Wohlfahrtsverbände zwischen Markt, Staat und Selbsthilfe. Freiburg i. Br., 1997.
- KREFT, D.; MÜNDER, J. (Hrsg.): Subsidiarität heute. Münster, 1990.
- LIEBIG, R.: Wohlfahrtspflege im Ökonomisierungsdilemma. Freiburg i. Br., 2005.
- LANGE, C.: Freie Wohlfahrtspflege und europäische Integration – zwischen Marktangleichung und sozialer Verantwortung. Frankfurt, 2001.
- MAURER, C.: Der Caritasverband zwischen Kaiserreich und Weimarer Republik. Zur Sozial- und Mentalitätsgeschichte des caritativen Katholizismus in Deutschland. Freiburg i. Br., 2008.
- MEYER, D.: Wettbewerbliche Neuorientierung der Freien Wohlfahrtspflege. Berlin, 1999.
- MONOPOLKOMMISSION DER BUNDESREGIERUNG: Auszug aus dem Hauptgutachten XX (2012/2013) Kapitel V – Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung, S. 439ff., siehe www.monopolkommission.de
- MOOS, G.; KLUG, W.: Basiswissen Wohlfahrtsverbände. München, 2009.
- MÜNDER, J.; KREFT, D. (Hrsg.): Subsidiarität heute. Münster, 1990.
- MÜNDER, J.: Verbände der freien Wohlfahrtspflege – ein strittiger Begriff. In: NDV 1996, S. 350.
- NEUMANN, M.; SCHAPER, K.: Die Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland. Frankfurt, 4. Aufl., 1998.
- NEUMANN, V.: Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat. Köln, 1992.
- NEUMANN, V.: Der Verband der freien Wohlfahrtspflege als Rechtsbegriff. In: RsDE 4, 1989, S. 1.
- NEUMANN, V.: Kirchliche Caritas im Sozialstaat und in der europäischen Wettbewerbsordnung. Rechtsstatus, Konflikte und Perspektiven. In: RsDE 54 (2003), S. 1.
- OTTNAD, A.; WAHL, S.; MIEGEL, M.: Zwischen Markt und Mildtätigkeit. Die Bedeutung der freien Wohlfahrtspflege für Gesellschaft, Wirtschaft und Beschäftigung. München, 2000.
- PABST, S.; OSTNER, I.; VOGES, W.: Sozialanwälte: Wohlfahrtsverbände zwischen Interessen und Ideen. Augsburg, 1996.
- PATT, C.: Finanzielle Zuwendungen an Religionsgemeinschaften sowie deren Untergliederungen und EG-Beihilferecht. In: EuR, 2006, 577.
- PROGNOS AG: Freie Wohlfahrtspflege im zukünftigen Europa. Basel, 1991.
- SCHOCH, D.: Freie Wohlfahrtspflege und öffentliche Finanzen. In: RsDE 4 (1989), S. 31.
- STOLLEIS, M.: Geschichte des Sozialrechts in Deutschland. Stuttgart, 2003.
- SCHMITT, J.: Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht. Köln, 1990.
- TABATT-HIRSCHFELDT, A.: Öffentliche und Soziale Steuerung – Public Management und Sozialmanagement im Diskurs. Baden-Baden, 2014.
- UNGER, M.: Das Verhältnis der Sozialleistungsträger zu den Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege. In: SozSich, 1985, S. 55.
- ZACHER, H. F.: Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege. Köln, 1964.
- ZUCK, R.: Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz. München, 1968.
- ZULEEG, M.: Subsidiaritätsprinzip im Jugendhilferecht. In: RdJB, 1984, S. 365.



Heinrich Griep
Justitiar des Caritasverbandes
für die Diözese Mainz e. V.
E-Mail: heinrich.griep@caritas-bistum-mainz.de



Caroline von Kries
Leiterin der Arbeitsstelle
Sozialrecht, DCV, Freiburg
E-Mail: caroline.von.kries@caritas.de



Nun ist es im europäischen Vergaberecht eindeutig festgeschrieben: Bei einem offen gestalteten sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis gilt das Vergaberecht nicht.

Bild fotolia/nmann 77

2. Subsidiarität und Wettbewerb

Ein Wunsch- und Wahlrecht hilfeschender Bürger ist ohne Wettbewerb nicht denkbar. Indem die Nutzer auswählen, entscheiden sie, welcher Träger die staatliche Refinanzierung für eine Hilfeleistung erhält. Somit existiert ein Markt, der im Sinne Hilfesuchender gestaltet werden muss.

Text **Georg Cremer**

Deutschland ist ein Sozialstaat, dessen historische Ausprägung ohne das Subsidiaritätsprinzip nicht verstanden werden kann. Bezogen auf die Erbringung sozialer Dienstleistungen bedeutet dies, dass die staatliche Rahmenordnung Raum gibt für die Tätigkeit privater Leistungserbringer. Sie sind in ihrer Tätigkeit nicht einfach Dienst-

leister für den Staat, sondern verstehen sich zu Recht als zivilgesellschaftliche Akteure mit einem eigenem Auftrag. Die Gliederungen und Mitglieder der Caritas erschöpfen sich nicht in der Rolle der unternehmerisch tätigen Leistungserbringer, so wichtig diese Rolle auch ist. Sie sind Akteure des Sozialstaats, engagieren sich somit auch politisch und

wollen soziales und ehrenamtliches Engagement in einer Weise fördern, die zum Zusammenhalt der Gesellschaft beiträgt.

Die Strukturen, die die verbandliche Caritas und die anderen Verbände der freien Wohlfahrtspflege aufgebaut haben, sind nicht um ihrer selbst willen da. Sie müssen sich tagtäglich dabei bewähren, Menschen

mit ihren vielfältigen sozialen Bedarfen beizustehen. Ihr Wunsch nach einem gelingenden Leben und die Erfüllung ihrer Bedarfe müssen im Zentrum aller politischen Bemühungen stehen, wenn es um soziale Dienstleistungen geht.

Damit gehört zu einem subsidiär gestalteten Sozialstaat das Wunsch- und Wahlrecht der betroffenen Menschen und in der Folge auch der Wettbewerb der Leistungserbringer zwingend dazu. Das mag auf den ersten Blick gegen gefestigte Intentionen sprechen. Denn es gehört zum Grundgefühl vieler im Sozialbereich Tätigen und auch vieler in der breiten Öffentlichkeit, dass „das Soziale“ und „der Markt“ eigentlich nicht zusammengehören. Die Einführung der Pflegeversicherung 1995, die die Altenpflege in Deutschland für den Wettbewerb geöffnet hat, erscheint aus dieser Sichtweise als Bruch mit den Traditionen des Deutschen Sozialstaats, vielen sogar als neoliberale Entgleisung. Als die Pflegeversicherung eingeführt wurde, war die Haltung im Verband sehr marktkritisch, sie war es auch lange Jahre danach noch.

Wie aber verträgt sich dies mit dem Wunsch- und Wahlrecht der Bürgerinnen und Bürger? Kann man für Wahlrechte sein, aber gegen Wettbewerb? Das geht nicht zusammen, denn der Wettbewerb sichert die Wahlrechte. Die Nutzer wählen, ob sie die Hilfe bei einem Träger der Caritas, der Diakonie, der AWO oder bei einem privat-gewerblichen Träger in Anspruch nehmen. Es ist kein vernünftiges System der Dienstleistungserbringung denkbar, in dem die Wahlentscheidungen der Hilfesuchenden keine Konsequenzen haben für die wirtschaftliche Stellung der Leistungserbringer. Mit ihrer Wahl entscheiden die Nutzer gleichzeitig, welcher dieser Träger die staatliche Refinanzierung der Hilfeleistung erhält, und somit stehen die Träger unvermeidlich in einem Wettbewerb. Das gesamte Geschehen ist als Markt zu begreifen, auch wenn es sich von Gütermärkten stark unterscheidet. Ein Verband, der das Leitbild der selbstbestimmten Teilhabe propagiert, muss sich dafür einsetzen, die Wahlrechte hilfesuchender Bürger zu sichern.

Eine Bewährungsprobe hierfür war die Auseinandersetzung um das Persönliche Budget. Zum Zeitpunkt seiner Einführung löste es bei Leistungsanbietern in der Behindertenhilfe durchaus Ängste aus, ob dies nicht mit negativen Konsequenzen für ihre unternehmerischen Perspektiven verbunden wäre. Nach einem sehr intensiven Diskussionsprozess sprach sich die 5. Dele-

giertenversammlung des Deutschen Caritasverbandes 2007 sehr ausdrücklich für die Nutzung Persönlicher Budgets aus und formulierte ein Bekenntnis zu einem wettbewerblich gestalteten sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis.

Der Zugang zu sozialen Dienstleistungen ist garantiert

In diesem Dreiecksverhältnis garantiert der Staat den Zugang der Bürger und Bürgerinnen zu sozialen Dienstleistungen in einem sozialrechtlich definierten Umfang. Er tritt aber in der Regel nicht selbst als Leistungserbringer auf, sondern schließt mit Leistungserbringern (beziehungsweise ihren Zusammenschlüssen) öffentlich-rechtliche Versorgungsverträge ab. Diese Verträge regeln insbesondere den Leistungsinhalt, die Vergütung sowie die Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitskontrolle und bilden die Grundlage dafür, die Leistung zu vergüten. Die leistungsberechtigten Bürger und Bürgerinnen selbst entscheiden, bei welchem Leistungserbringer sie ihren Hilfsanspruch einlösen. Dies erfolgt auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge.

Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis ist eine unter verschiedenen möglichen Marktordnungsformen. Es ist zwar in Deutschland weiterhin das dominierende Modell der Dienstleistungserbringung, aber es ist nicht garantiert, dass dies so bleiben wird. Es hat für die verbandliche Caritas eine Bedeutung, die kaum überschätzt werden kann. Denn es verbindet die Steuerungsverantwortung des Staates mit den Wahlrechten hilfeberechtigter Bürger und einem selbstverantworteten Handlungsbereich privater Leistungserbringer. Es ist im strategischen Interesse der verbandlichen Caritas, dass dieses Modell Bestand hat. Das kann nur gelingen, wenn das Verständnis für das Prinzip der Subsidiarität wachgehalten wird. Aber das allein reicht nicht. Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis muss sich bei der alltäglichen Erbringung sozialer Dienste bewähren. Nur so kann es Sozialpolitiker, Nutzer und die breite Öffentlichkeit überzeugen. Gelingt es, neue Herausforderungen aufzugreifen, etwa die soziale Arbeit stärker sozialräumlich auszurichten und besser als bisher durch Prävention sozialen Notlagen vorzubeugen? Das ist kein Selbstläufer. Dazu stehen öffentliche Leistungsträger und die freie Wohlfahrtspflege in gemeinsamer Verantwortung. Bei partiell divergierenden Interessen müssen sie sich als Kooperationspartner

„Nicht auf die Rolle als Auftragnehmer verengen“

„Vorteile von Markt und sozialer Ausgleich“

verstehen. Kommunen und Sozialversicherungen dürfen in wohlfahrtsverbandlicher Rhetorik nicht auf die Rolle von Kostenträgern reduziert werden. Sie sind Leistungsträger und in dieser Funktion auch Kostenträger, da sie den Zugang auch bedürftiger Bürger zu sozialen Dienstleistungen sicherstellen. Und umgekehrt darf die freie Wohlfahrtspflege nicht auf die Rolle des Auftragnehmers verengt werden. Auch ihre Funktion als Leistungserbringer nimmt sie in einer Verantwortung für das gesamte System sozialer Sicherung wahr.

Kann es sich die verbandliche Caritas noch leisten, „marktkritisch“ zu sein? Sie kann es nicht, wenn damit gemeint ist, weiterhin in der unproduktiven Dualität von „dem Markt“ und „dem Sozialen“ zu verharren. Aber sie muss marktkritisch sein, wenn es darum geht, zu prüfen, ob die jeweilige Gestaltung von Markt und Wettbewerb zu guten Ergebnissen im Sinne hilfesuchender Bürgerinnen und Bürger führt. Märkte sind nicht per se gut, Märkte müssen gestaltet werden. Leider waren die Reformen im Bereich der sozialen Dienstleistungen der letzten zwei Dekaden nie von einer ordnungspolitischen Debatte begleitet, wie Märkte gestaltet werden müssen, damit sie den Interessen der hilfesuchenden Bürger und den gemeinsamen politischen Interessen der Gesellschaft gerecht werden. Dabei sind aus einer ordnungspolitischen Blickrichtung Kriterien abzuleiten, mit denen Marktordnungsalternativen bewertet werden können. Der Wettbewerb ist so zu gestalten, dass er Handlungs- und Wahlfreiheit sichert, Anreize für eine gute Dienstleistungserbringung setzt, eine effiziente Ressourcennutzung befördert, Machtkonzentrationen und Abhängigkeiten entgegenwirkt und Innovationen ermöglicht. Die Gestaltung der Märkte sozialer Dienstleistungen ist Teil der Aufgabe einer Sozialen Marktwirtschaft, die die Vorteile von Markt und Wettbewerb mit der Forderung nach sozialem Ausgleich verbindet.¹

Nur bei zwingenden Gründen hat das Vergaberecht einen Platz

Die verbandliche Caritas stellt sich dieser ordnungspolitischen Herausforderung. Wie wichtig sie ist, zeigen beispielsweise Versuche, soziale Dienstleistungen, die von privaten Trägern erbracht werden, als öffentliche Aufträge zu definieren und nach Vergaberecht aususchreiben. Das Vergaberecht hat nur dann einen Platz, wenn es zwingende Gründe gibt, dass der Staat

bestimmt, wer die Leistung erbringen soll. Dann muss er einen Leistungserbringer auswählen und in aller Regel andere, die auch geeignet wären, außen vor lassen. Dazu muss es transparente Verfahren geben; die Ausschreibung nach Vergaberecht ist eines davon. Auch ein transparent durchgeführtes Interessenbekundungsverfahren ist ein geeigneter Weg. Dort aber, wo die Wahlentscheidung unter den Leistungserbringern den Hilfeberechtigten überlassen werden kann, ist es nicht die Aufgabe des Staates, soziale Dienstleistungen „bereitzustellen“. Er muss somit auch keinen öffentlichen Auftrag erteilen. Seine Rolle ist, so der Sozialrechtler Felix Welti, als Mittler zu dienen zwischen den Bürgerinnen und Bürgern, die Anspruch auf Hilfe haben, und den anspruchserfüllenden Leistungserbringern.² Ein Lobbying, das ordnungspolitisch fundiert ist und das Bohren dicker Bretter nicht scheut, kann auch in Brüssel Erfolge zeitigen. Die Caritas hat im Schulterchluss mit den anderen Wohlfahrtsverbänden erreicht, dass im europäischen Vergaberecht nun eindeutig festgeschrieben ist, dass bei einem offen gestalteten sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis das Vergaberecht nicht gilt. Verbleibt das Recht der Wahl bei den Nutzern, so wird auch das Subsidiaritätsprinzip gestärkt.

Anmerkungen

1. Ausführlich hierzu: CREMER, G.; GOLDSCHMIDT, N.; HÖFER, S.: *Soziale Dienstleistungen. Ökonomie, Recht, Politik*. Tübingen: UTB/Mohr Siebeck, 2013, S. 37 ff., S. 49 ff.
2. WELTI, F.: *Vergabe im Bereich der Rehabilitation. In: Beschaffung von Sozialleistungen durch Vergabe. Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Band 60*, Berlin: Schmidt, 2011, S. 100 f.



Prof. Dr. Georg Cremer
Generalsekretär des Deutschen Caritasverbandes
E-Mail: georg.cremer@caritas.de

3. Das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis der Mitgliedstaaten zur EU

Die EU soll – ganz im Sinne des Subsidiaritätsprinzips – möglichst nicht in die sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten hineinregieren.

Text **Caroline von Kries, Stephan Schwerdtfeger**

Das Subsidiaritätsprinzip sagt: Die EU darf nicht gesetzgeberisch tätig werden, wenn ein gemeinsames Ziel (zum Beispiel: Jugendliche in der EU sollen gute Beratungsangebote haben) ausreichend von den Mitgliedstaaten selbst (auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene) verwirklicht werden kann. Das Subsidiaritätsprinzip ist nicht nur in der Präambel, sondern auch an vielen Stellen im Vertrag über die Europäische Union (EUV) erwähnt und als Grundsatz in Artikel 5 EUV verankert. Die Respektierung des Prinzips ist umfassend abgesichert: Die Organe der Union sind daran gebunden und müssen die Einhaltung bei neuen Legislativvorschlägen überprüfen. Nationale Parlamente der EU können mit entsprechenden Quoren eine Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes rügen („Gelbe Karte“) und auf dieser Basis Legislativvorhaben sogar stoppen („Rote Karte“). Diese können auch mit der sogenannten Subsidiaritätsklage überprüft und zu Fall gebracht werden. Doch meistens geht es gar nicht darum, Vorhaben zu stoppen; vielmehr soll EU-Recht so ausgestaltet werden, dass der nationalen, regionalen oder lokalen Ebene Flexibilität bei der

Umsetzung verbleibt. Wie sich das Subsidiaritätsprinzip konkret auswirkt, lässt sich am Beispiel der Geltung von Sozialrecht im Verhältnis zum EU-Vergaberecht bei der Gestaltung von sozialräumlichen Hilfen zeigen:

In einer Großstadt wie Hamburg besteht ein hoher Bedarf an präventiven niedrigschwelligen sozialräumlichen Hilfen für Menschen in multiplen Problemlagen. Dass zum Beispiel Jugendliche mit Gewalterfahrung eine integrierte professionelle Begleitung vor Ort bekommen, die außerhalb von Schule und Familie stattfindet, steht im Interesse und in der Verantwortung des Jugendamtes der Stadt. Dafür legt die Stadt – über verpflichtende Angebote von Hilfen zur Erziehung hinaus – ein Förderprogramm für Angebote lokaler Träger auf. Darf sie das, wenn sich viele Träger für ihre Angebote eine finanzielle Unterstützung erhoffen? Es gibt EU-Wettbewerbshüter, die würden sagen: hier entsteht ein „Markt“ für soziale Dienstleistungen. Geht es um große Geldvolumen, muss die Stadt die Leistung nach strengen EU-Regeln ortsübergreifend ausschreiben. Das Geld wird an den Träger ausgeschüttet,

der ordentliche Arbeit leistet, aber der vor allem billig ist.

Ganz so einfach ist die Rechtslage tatsächlich nicht. Zwar gibt die EU vor, dass Aufträge der öffentlichen Verwaltung, die die grenzüberschreitende Dienstleistungsfreiheit berühren, nach einheitlichen Vorschriften zu vergeben sind. Plant Hamburg den Bau eines neuen Rathauses, dürfen sich Bauunternehmen aus der ganzen EU bewerben. Der Sitz vor Ort ist für den Zuschlag irrelevant. Aber bei personenbezogenen Dienstleistungen? Die lokale Vernetzung mit Strukturen, Personen und anderen Trägern ist Grundvoraussetzung, um den Jugendlichen einfachen Zugang zu wirksamer Hilfestellung zu bieten. Im Sinne des Subsidiaritätsprinzips ist die kleine Einheit „Stadt“ oder „Stadtteil“ viel besser in der Lage als die große Einheit „EU“, Jugendhilfe vor Ort zu gestalten. Auch die EU-Vergaberichtlinie schränkt ein: Bei bloßer Finanzierung von sozialen Dienstleistungen gilt sie nicht. Zuwendungen der öffentlichen Hand sind zulässig. Es steht daher zu Recht in der Autonomie der Stadt Hamburg, nur lokale Träger für den Aufbau sozialräumlicher Infrastruktur zu fördern. »

Vertrag über die Europäische Union	
Präambel	Entschlossen, den Prozess der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas, in der die Entscheidungen entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip möglichst bürgernah getroffen werden, weiterzuführen ...
Artikel 5	(1) Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzermächtigung. Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. ... (3) Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Die Organe der Union wenden das Subsidiaritätsprinzip nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an. Die nationalen Parlamente achten auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem in jenem Protokoll vorgesehenen Verfahren.
Artikel 12	(1) Die nationalen Parlamente tragen aktiv zur guten Arbeitsweise der Union bei, indem sie a) ... b) dafür sorgen, dass der Grundsatz der Subsidiarität gemäß den in dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vorgesehenen Verfahren beachtet wird.
Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	
Artikel 69	Die nationalen Parlamente tragen bei Gesetzgebungsvorschlägen und -initiativen, die im Rahmen der Kapitel 4 (Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen) und 5 (Polizeiliche Zusammenarbeit) vorgelegt werden, Sorge für die Achtung des Subsidiaritätsprinzips nach Maßgabe des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

Tab. 5: Verträge der Europäischen Union

Artikel 352	(1) Erscheint ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, und sind in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen, so erlässt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments die geeigneten Vorschriften. Werden diese Vorschriften vom Rat gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren erlassen, so beschließt er ebenfalls einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments. (2) Die Kommission macht die nationalen Parlamente im Rahmen des Verfahrens zur Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach Artikel 5 Absatz 3 des Vertrags über die Europäische Union auf die Vorschläge aufmerksam, die sich auf diesen Artikel stützen. ...
Protokoll (Nr. 1) über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union	
Artikel 3	Die nationalen Parlamente können nach dem im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vorgesehenen Verfahren eine begründete Stellungnahme zur Übereinstimmung eines Entwurfs eines Gesetzgebungsakts mit dem Subsidiaritätsprinzip an die Präsidenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission richten. Wird der Entwurf eines Gesetzgebungsakts von einer Gruppe von Mitgliedstaaten vorgelegt, so übermittelt der Präsident des Rates die begründete Stellungnahme oder die begründeten Stellungnahmen den Regierungen dieser Mitgliedstaaten. Wird der Entwurf eines Gesetzgebungsakts vom Gerichtshof, von der Europäischen Zentralbank oder von der Europäischen Investitionsbank vorgelegt, so übermittelt der Präsident des Rates die begründete Stellungnahme oder die begründeten Stellungnahmen dem betreffenden Organ oder der betreffenden Einrichtung.
Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit	



Caroline von Kries
*Leiterin der Arbeitsstelle
Sozialrecht, DCV, Freiburg
E-Mail: caroline.von.kries@caritas.de*



Stephan Schwerdtfeger
*Juristischer Referent, Büro
Berlin/Brüssel des DCV
E-Mail: stephan.schwerdtfeger@caritas.de*

4. Subsidiarität in der Rechtsprechung

Subsidiarität als Rechtsanspruch eines freien Trägers in der Kinder- und Jugendhilfe

Bereits 1967 hat das Bundesverfassungsgericht betont, dass – unter dem damaligen Jugendwohlfahrtsgesetz – die öffentlichen Jugendhilfeträger dazu verpflichtet sind, von eigenen Einrichtungen und Veranstaltungen des Jugendamts abzusehen, wenn die freien Träger die Aufgaben ausreichend erfüllen. Auf diese Rechtsprechung hat das Thüringer Oberverwaltungsgericht in einem Urteil vom April 2016¹ verwiesen:

Geklagt hatte die AWO als anerkannte Trägerin der freien Jugendhilfe (AWO) in Thüringen. Sie betreibt im Gebiet des beklagten Landkreises 20 Kindertageseinrichtungen und bietet diesen und den Beschäftigten seit 1995 eine Fachberatung an.

Der Landkreis zahlte der Klägerin eine einmalige monetäre Zuwendung für die Umsetzung von Fortbildungsangeboten in Höhe von 15 Euro pro Kind. Das entsprach der Hälfte der Gesamtpauschale, die der Landkreis vom Land Thüringen für die Fachberatung erhielt. Als Träger der öffentlichen Jugendhilfe wolle er selbst Fachberatung anbieten und behalte daher die Hälfte der Pauschale ein.

Dagegen hat die Klägerin geklagt und die volle Auszahlung der Gesamtpauschale begehrt.

Das Gericht hat der Klägerin Recht gegeben. Es urteilte wie folgt:

Der Beschluss des Landkreises, nur die Hälfte der Fördermittel weiterzuleiten, widerspricht dem in § 4 SGB VIII und im Thüringischen Kitagesetz festgelegten Subsidiaritätsprinzip. Dieses Prinzip verlangt, dass das Jugendamt dort, wo geeignete Einrichtungen der Träger der freien Jugendhilfe bereits vorhanden sind, die schon allein gewährleisten, dass die für die Wohlfahrt der Jugend erforderlichen Einrichtungen ausreichend zur Verfügung stehen, vom Aufbau eigener Einrichtungen absieht. Zur Verfügung stehende Mittel sind für die Förderung der freien Einrichtungen verwenden. Daraus folgt, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe nicht berechtigt ist, ohne weiteres die Aufgabe der Fachberatung aller Kindertageseinrichtungen an sich zu ziehen, wenn für die Beratung der Kindertagesstätten in freier Trägerschaft ein geeigneter Fachberatungsdienst des Einrichtungsträgers zur Verfügung steht.

CVK

Subsidiarität im prozessualen Verfahren

Auch im Rechtswegverfahren spielt das Subsidiaritätsprinzip eine Rolle:

Jüngst hat das Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde gegen das SGB-II-Rechtsvereinfachungsgesetz wegen Unzulässigkeit zurückgewiesen.²

Eine Person hatte eine „Vorlage“ aus dem Internet heruntergeladen und damit gegen das Rechtsvereinfachungsgesetz³ geklagt. Er hatte eine „persönliche Erklärung zu meiner Betroffenheit durch Hartz IV“ vorgelegt und darin sein persönliches Schicksal und die sozialen Folgen von Dauererwerbslosigkeit geschildert.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Beschwerde nicht zugelassen. Denn eine Person muss erst den Rechtsweg erschöpfen. Sie muss zunächst Rechtsschutz durch die Anrufung der Fachgerichte erlangen und dort gegen einen Bescheid des Jobcenters vorgehen, wenn dieser aufgrund des neuen Gesetzes erlassen wurde. Fühlt sich die Person in Grundrechten verletzt, ist es nur möglich, dass die ihr nachteilige gesetzliche Regelung durch das letztinstanzliche Gericht dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt wird (konkrete Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG).

CVK

Anmerkungen

1. Thüringer OVG, Urteil vom 26. April 2016, 3 KO 691/14.

2. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 13. Januar 2017, 1 BvR 2860/16.

3. Neuntes Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch – Rechtsvereinfachung – sowie zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht.

Die neue caritas – immer im Zugriff

Als E-Paper

- Für alle, die gerne digital lesen
- Ideal für unterwegs

neue
caritas

Für Neugierige: Leseproben



App Store



Google play

Früher da:
App erscheint vor
der Printausgabe

Leichtgemacht:
Volltextsuche über
alle Ausgaben

Gut recherchiert:
Mit komplettem
Heftarchiv ab 2009

Schnell geblättert:
Mit Springmarken direkt zum
Text, Markier-, Kommentier-
und Lesezeichenfunktion



Für alle geeignet:
Auf iPad, Tablet und PC

Attraktive Konditionen

Für jede Lese-Situation: Kombi-Abo Heft + E-Paper* 110,- €/Jahr

E-Paper-Abo* 84,50 €/Jahr

Für Großkunden 40% Rabatt ab 10 E-Paper-Abos

Für größere Stückzahlen: Sprechen Sie uns an!

Studenten-Sparpreis* 29,- €/Jahr

*für zwei Endgeräte

Alle Infos und Abo unter
Tel. 0761 / 200-420 oder 419
www.neue-caritas.de



TEXTAUSGABEN ZUM SOZIALRECHT

Der Lambertus-Verlag gibt zusammen mit dem Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge die Buchreihe Textausgaben zum Sozialrecht heraus. Sie sind aktuell, handlich, preiswert und enthalten aktuelle Gesetze und Verordnungen zu den wichtigsten Bereichen des Sozialrechts.



2. Auflage
2017, ca. 168 Seiten, kartoniert
ca. € 8,90
ISBN 978-3-7841-2949-5



3. Auflage
2017, ca. 450 Seiten, kartoniert
ca. € 12,90
ISBN 978-3-7841-2785-9



3. Auflage
2017, ca. 500 Seiten, kartoniert
ca. € 12,90
ISBN 978-3-7841-2787-3



2013, 416 Seiten, kartoniert
€ 12,90
ISBN 978-3-7841-2136-9



2. Auflage
2017, ca. 250 Seiten, kartoniert
ca. € 10,90
ISBN 978-3-7841-2896-2



2. Auflage
2017, ca. 430 Seiten, kartoniert
ca. € 12,90
ISBN 978-3-7841-2789-7



2014, 288 Seiten, kartoniert
€ 10,90
ISBN 978-3-7841-2688-3



2014, 704 Seiten, kartoniert
€ 15,80
ISBN 978-3-7841-2714-9



2015, 256 Seiten, kartoniert
€ 10,90
ISBN 978-3-7841-2638-8



2015, 520 Seiten, kartoniert
€ 12,90
ISBN 978-3-7841-2640-1



2. Auflage
2017, ca. 675 Seiten, kartoniert
ca. € 15,90
ISBN 978-3-7841-2947-1

LAMBERTUS

SOZIAL | RECHT | CARITAS



Deutscher Verein
für öffentliche
und private Fürsorge e.V.

Sie erhalten unsere Bücher
über Ihre Buchhandlung
oder direkt bei uns.

www.lambertus.de

LAMBERTUS

SOZIAL | RECHT | CARITAS