



# Sozialrecht im Spannungsfeld von Politik und Praxis

Eine Gedenkschrift für Dieter Giese

Herausgegeben von Benedikt Siebenhaar und Volker Warendorf

Herausgegeben von Benedikt Siebenhaar  
und Volker Warendorf

# Sozialrecht im Spannungsfeld von Politik und Praxis

Eine Gedenkschrift für Dieter Giese



Eigenverlag des Deutschen Vereins  
für öffentliche und private Fürsorge e.V.  
Berlin

Sonderdrucke (SD 47)

Eigenverlag des Deutschen Vereins  
für öffentliche und private Fürsorge e.V.  
Michaelkirchstraße 17/18, 10179 Berlin  
[www.deutscher-verein.de](http://www.deutscher-verein.de)

Druck:  
Brandenburgische Universitätsdruckerei, Potsdam

Printed in Germany 2010  
ISBN 978-3-7841-2008-9

Veröffentlicht mit Förderung durch das Bundesministerium  
für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ)

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>Vorwort</b>	<b>5</b>
<i>Benedikt Siebenhaar und Volker Wahrendorf</i> <b>Einleitung</b>	<b>7</b>
<i>Kurt H. Biedenkopf</i> <b>Anmerkungen zum Thema Sozialmacht</b>	<b>9</b>
<i>Albin Nees</i> <b>Das ethische Selbstverständnis unserer Demokratie</b>	<b>25</b>
<i>Jonathan Fahlbusch</i> <b>„Institution Giese“ – zugleich ein Beitrag über die Sichtbarkeit wissenschaftlichen Arbeitens</b>	<b>37</b>
<i>Hans-Justus Charlier</i> <b>Die Eingliederungsvereinbarung als innovative Handlungsform des Sozialrechts</b>	<b>51</b>
<i>Volker Wahrendorf</i> <b>Eine Zwischenbilanz: Fünf Jahre Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII)</b>	<b>79</b>
<i>Felix Welti</i> <b>Grund- und Menschenrechte behinderter Menschen</b>	<b>93</b>
<i>Volker Neumann</i> <b>Leistungserbringungsrecht und Vergaberecht als konkurrierende Wettbewerbsordnungen</b>	<b>115</b>
<i>Walter Tattermusch</i> <b>Der weitgehend ignorierte Auftrag: Die Wahrnehmung der Aufgaben nach §§ 11, 12 SGB XII</b>	<b>131</b>
<i>Manfred Wienand</i> <b>Sozialrechtliche und kriminalpräventive Aspekte der Zulassung von Diamorphin als Arzneimittel</b>	<b>143</b>

---

<i>Ralf Kreikebohm</i> <b>Armut im Alter. Ein Problem für die gesetzliche Rentenversicherung?</b>	151
<i>Claus Reis</i> <b>Das Einfache, das schwierig zu machen ist. Probleme der Steuerung „sozialintegrativer Leistungen“ nach § 16a SGB II am Beispiel der Kinderbetreuung</b>	173
<i>Heinz Burghardt</i> <b>Die sozialpolitische Ausweitung personenbezogener Dienstleistungen im SGB II in professioneller Reflexion Sozialer Arbeit</b>	203
<i>Dieter Giese</i> <b>Der Zwischenbericht „Modellprojekt Sozialbüros NRW“ im Lichte der Aufgabenstellung der Sozialhilfe</b>	221
<b>Autorenverzeichnis</b>	227

## Vorwort

Die Rechtsgutachtenerstattung auf dem Gebiet des Sozialrechts gehört zu den wesentlichen satzungsgemäßen Aufgaben des Deutschen Vereins. Sie ist darauf ausgerichtet, Zweifelsfragen in Verständnis und Anwendung von sozialrechtlichen Normen auf der Grundlage der besonderen Erfahrungen des Deutschen Vereins mit wissenschaftlichen Mitteln aufzuhellen.

32 Jahre lang wurde die Aufgabe eines „Hauptreferenten Gutachtenerstattung“ von Honorarprofessor Dr. Dieter Giese ausgeübt. In seiner aktiven Zeit beim Deutschen Verein zeichnete er verantwortlich für mehr als 2.500 Gutachten. Damit hat er entscheidend dazu beigetragen, dass die Gutachten des Deutschen Vereins in Verwaltung und Rechtsprechung große Beachtung gefunden haben und weiterhin finden.

Dieter Giese ist am 11. Februar 2009 im Alter von 80 Jahren gestorben. Der Deutsche Verein trauert um einen in der Fachwelt renommierten Wissenschaftler, der einen wichtigen Beitrag für die praxisorientierte Weiterentwicklung des Sozialrechts geleistet hat.

Ich freue mich, dass es den Herausgebern gelungen ist, einen Kreis von namhaften Weggefährten, Wissenschaftlern, Richtern und Schülern Dieter Gieses zu finden, die sich bereit erklärt haben, einen Beitrag zu dieser Veröffentlichung zu leisten. Damit soll die nachhaltige Lebensleistung Dieter Gieses gewürdigt und sein Andenken in Ehren gehalten werden.

Michael Löher  
Vorstand des Deutschen Vereins  
für öffentliche und private Fürsorge e.V.



## **Einleitung**

Hon. Prof. Dr. Dieter Giese ist am 11. Februar 2009 verstorben. Über viele Jahre war Dieter Giese als Verantwortlicher für die Gutachtenerstattung im Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge, als Publizist zahlreicher Fachbücher und -beiträge und als Fachhochschullehrer einer der herausragenden Persönlichkeiten des Sozialrechts in Deutschland. Sein beruflicher Werdegang und seine Lebensleistung sind anlässlich seines 65. und 75. Geburtstages<sup>1</sup> und in Nachrufen<sup>2</sup> eindrucksvoll nachgezeichnet worden.

Der Deutsche Verein hat die Verdienste von Dieter Giese bereits anlässlich seiner Verabschiedung aus dem aktiven Dienst im Rahmen eines Symposions unter dem Titel „Sozialrechtswissenschaft, Sozialpolitik, soziale Praxis“ am 9. und 10. Dezember 1993 gewürdigt. Zwei Tage lang haben die besonderen Leistungen von Dieter Giese sowohl die Fachdiskussionen als auch die persönlichen Gespräche geprägt. Es lohnt sich, die vom Deutschen Verein in seinem Eigenverlag herausgegebene Tagungsdokumentation<sup>3</sup> noch einmal in die Hand zu nehmen, um die Wertschätzung zu spüren, die Dieter Giese u.a. aus den Bereichen Wissenschaft, Gerichtsbarkeit, Sozialpolitik und sozialer Praxis erfahren hat.

Der vorliegende Band schließt an die Veröffentlichung aus dem Jahre 1995 an und stellt ein kleines nachträgliches „Dankeschön“ des Deutschen Vereins und der Autoren an Dieter Giese für viele gemeinsame Erfahrungen in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen dar. Die zahlreichen persönlichen Hinweise in den Beiträgen geben hierzu sehr aufschlussreiche Hinweise. Die Publikation soll aber auch einen kleinen Beitrag dazu leisten, die Erinnerung an Dieter Giese lebendig zu halten und die Verbundenheit mit Dieter Giese einer breiteren Öffentlichkeit zu dokumentieren.

- 
- 1 Volker Neumann: Verwissenschaftlichung des Sozialrechts. Zum 65. Geburtstag von Dieter Giese, Zeitschrift für das Fürsorgewesen 1993, S. 281 ff.; Ralf Mulot: Dieter Giese zum 75. Geburtstag, RsDE Heft 55/2003, S. 1 ff.
  - 2 Angela Busse, Jonathan I. Fahlbusch und Jürgen Sauer: Dieter Giese, Hauptgutachter. Ein Nachruf, NDV 2009, S. 139 f.; Gerhard Igl: Dieter Giese: Urgestein des Sozialhilferechts. Ein Nachruf, RsDE Heft 70/2009, S. 1 f.
  - 3 Deutscher Verein (Hrsg.): Sozialrechtswissenschaft, Sozialpolitik, soziale Praxis, Frankfurt am Main 1995.

Der bunte Strauß an Themen von Sozialpolitik über Verfassungsrecht, Grund-sicherung im SGB XII und SGB II, Einrichtungssozialrecht, Dienstleistungen im Sozialrecht und Gesundheitsrecht repräsentiert einen Teil der Arbeitsfelder, in denen Dieter Giese sich als Gutachter, Kommentator, Autor, Hochschullehrer, Politikberater und „Einzel-Coach“ in einer einzigartigen Weise verdient gemacht hat.

Der Band enthält auch einen Diskussionsbeitrag von Dieter Giese aus dem Jahre 1999 bei einem seiner letzten öffentlichen Auftritte, in dem deutlich wird, wie Dieter Giese zentrale verfassungsrechtliche Vorgaben im Grundgesetz und die aus seiner Sicht zentrale Norm des § 1 Abs. 2 des damaligen Bundessozialhilfegesetzes verknüpft mit gerade heute aktuellen wissenschaftlichen Reflexionen zu Kommunikationsprozessen in der sozialen Arbeit und zur Dienstleistungsproduktion bei der Anwendung des Sozialrechts.<sup>4</sup>

Wir möchten uns sehr herzlich bei den Autoren für ihre Beiträge und die Nachsicht für die zeitliche Verzögerung des Erscheinens bedanken. Unser besonderer Dank gilt dem Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge und insbesondere Herrn Ralf Mulot für die Hilfestellung bei der Schlussredaktion und der Erstellung dieses Bandes.

---

4 »Der Zwischenbericht „Modellprojekt Sozialbüros NRW“ im Lichte der Aufgabenstellung der Sozialhilfe – Diskussionsbeitrag auf einem Experten-Workshop am 20. Mai 1999 in Düsseldorf« im Ministerium für Arbeit und Soziales, Qualifikation und Technologie des Landes Nordrhein-Westfalen - Modellprojekt „Sozialbüros“ NRW, Endbericht Düsseldorf 2000

## **Anmerkungen zum Thema Sozialmacht**

Die Erneuerung der sozialen Marktwirtschaft, wie sie derzeit als Antwort auf die entstandene Finanz- und Wirtschaftskrise gefordert wird, muss sich auch mit der Frage befassen, wo die wirklichen Ursachen für ihre zunehmende Verfälschung zu suchen sind. Das ist weitgehend unbestritten. Denn ohne Untersuchung und eindeutige Bezeichnung dieser Ursachen müssen die allseits geforderten Reformbemühungen wirkungslos bleiben. Derzeit werden zu Recht in erster Linie Fragen an die Verfassung der Wirtschaft, die Ordnung der sozialen Marktwirtschaft und die Institutionen gestellt, deren Auftrag es ist, diese Ordnung gegen die Tendenz der Märkte zu sichern, sich zu verselbstständigen, zu vermachten und damit ihr inneres Gleichgewicht zu gefährden. In diesem Bereich werden vor allem die Ursachen der Krise und deshalb auch der notwendige Reformbedarf gesehen.

Zugleich richtet sich unsere Aufmerksamkeit jedoch auch verstärkt auf die soziale Ordnung und ihren Auftrag, zur inneren Gerechtigkeit der staatlichen Ordnung beizutragen. Ihre in der Krise erneut bewiesene Fähigkeit, die sozialen Folgen krisenhafter wirtschaftlicher Entwicklungen sozialpolitisch abzufedern, wird allseits anerkannt. Dagegen werden Fragen, die sich an die ordnungspolitische Verfasstheit der sozialen Ordnung richten, schon wegen ihres durch die Krisenfolgen bedingten besonderen sozialen Auftrages eher weniger gestellt und behandelt. Generell herrscht die Überzeugung vor, angesichts ihres Auftrages, dem Schutze der Bevölkerung vor den wichtigsten sozialen Risiken zu dienen, habe man es bei der sozialen Ordnung weniger mit Problemen der Macht und der Beeinträchtigung personaler Freiheit und Selbstbestimmung der Bürger zu tun.

Die Ausrichtung der privatrechtlich verfassten Akteure der Wirtschaft auf Gewinnerzielung und die Bildung von Wirtschaftsmacht gebieten es, ihr Handeln durch Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu begrenzen, eine ausreichende Markttransparenz zu sichern und durch Vorschriften normativ zu begrenzen, die die Aufrechterhaltung einer freiheitlichen und sozial verpflichteten Wirtschaftsordnung sichern. Für das Handeln der Akteure der sozialen Ordnung werden vergleichbare Forderungen regelmäßig nicht erhoben. Wo es dennoch geschieht, wird ihre Berechtigung nicht nur bestritten. Sie sehen sich zusätzlich dem Verdacht ausgesetzt, man wolle durch sie die bestehende und bewährte Sozialordnung zugunsten eines liberalen Konzeptes verändern, schlimmer noch, den sozialen Schutz der Bevölkerung abbauen.

## I.

1. Geht man den ordnungspolitischen Fragen auf den Grund, wird man erkennen, dass es sich vor allem um **Machtfragen** handelt. Bis in die Sechzigerjahre ging es bei der Gestaltung der Verfassung der sozialen Marktwirtschaft vorrangig um die Vermachtung der Märkte durch privatrechtlich begründete Marktmacht. Die Marktfreiheit war durch die Behinderungen des Wettbewerbs bedroht, die von Monopolen, marktbeherrschenden Unternehmen und Kartellen und deren diskriminierenden Praktiken ausgingen. Sie musste geschützt werden.

Für ihren Schutz ist sie dabei auf die Hilfe des Staates angewiesen. Ihm weist unsere Wirtschaftsverfassung die Aufgabe zu, privatrechtlich organisierte Marktmacht zu verhindern, zu zähmen und aufzulösen und so die Wirtschaftsfreiheit zu schützen. Gegen den erbitterten Widerstand der Protagonisten einer durch Kartelle „geordneten“ Wirtschaft setzte sich mit dem GWB von 1957 und den Wettbewerbsregeln der EWG von 1957 die Überzeugung durch, dass der Schutz der Freiheit im Markt durch Sicherung des Wettbewerbs nicht nur ökonomisch geboten, sondern Bedingung einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung sei. **Privatrechtlich begründete Marktmacht ist mit der freiheitlich demokratischen Ordnung unvereinbar.**

Heute ist es zunehmend der Staat selbst, der die Entfaltung der Marktfreiheit, unternehmerischer Initiative und individueller Verantwortung durch eine ständig wachsende Zahl von Interventionen, Reglementierungen und Bevormundungen behindert oder unterdrückt. Gesetzgeber, Regierung und Verwaltung begründen dies mit der Notwendigkeit, die Bürger zu schützen. Tatsächlich hat sich jedoch die Zielrichtung dieses Schutzes in den letzten Jahrzehnten verändert. Es geht nicht mehr allein um den Schutz vor Gefahren von außen und vor Risiken, die der Einzelne auch bei Anspannung aller Kräfte nicht allein oder im Verein mit anderen bewältigen kann. Zunehmend soll der Bürger auch gegen die Folgen und Risiken geschützt werden, die sich aus der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips zugunsten des Einzelnen oder seiner kleinen Lebenskreise, also aus der Wahrnehmung der bürgerlichen Freiheiten selbst ergeben.

Politisch legitimiert wird diese Erweiterung des staatlichen „Schutzes“ zu einer vormundschaftlichen Zuständigkeit für alle Lebensbereiche vor allem mit dem sozialen Auftrag des Staates. In seiner verfassungsrechtlichen Ausgestaltung durch die Sozialstaatsklausel der Verfassung ist dieser Auftrag geboten und Bestandteil unserer Wirtschafts- und Sozialverfassung. In praxi hat er sich jedoch in den letzten rund 25 Jahren zunehmend aus der ganzheitlichen Ordnungsvor-

stellung unserer Wirtschafts- und Sozialverfassung, der Ordnung der sozialen Marktwirtschaft, gelöst und verselbstständigt.

Mit seinen Institutionen, Strukturen und Bürokratien und seinem Anspruch auf inzwischen gut 30 % des Bruttoinlandproduktes ist er selbst zu einer Macht geworden. Auch diese **Sozialmacht** ist geeignet, die Freiheit des Einzelnen und der kleinen Lebenskreise zu bedrohen, statt sie zu entfalten und zu schützen. Sie gefährdet das Subsidiaritätsprinzip, das heißt: die Erstverantwortlichkeit des Menschen für sich und seine Familie und damit für die verantwortete Freiheit. Die von ihr bewirkten Beschränkungen freiheitlicher Eigenverantwortung sind inzwischen wirksamer als die der **Wirtschaftsmacht**.

2. Die Gefahr einer derartigen Entwicklung sahen bereits 1955 vier Professoren voraus, unter ihnen der spätere Kardinal Höffner, die Konrad Adenauer um eine Antwort auf die Frage gebeten hatte, welche Aufgaben dem sozialen Rechtsstaat durch die Verfassung gestellt seien. In ihrer Denkschrift mit dem Titel „Neuordnung der sozialen Leistungen“ stellten sie zur Rolle des Staates in der sozialen Ordnung fest:

„Der Staat dient der sozialen Sicherung dadurch am meisten, dass er die persönliche Verantwortung seiner Bürger, das Sorgen und Vorsorgen der Familie und der anderen kleinen Lebenskreise sowie der genossenschaftlichen Selbsthilfe anerkennt und sich entfalten lässt. Sofern gewisse Notstände durch die verschiedenen Formen der Selbsthilfe nicht behoben werden können, wird die staatliche Sozialpolitik ihre vordringlichste Aufgabe in der Hilfe zur Selbsthilfe sehen müssen.“

Es entspricht den Prinzipien der Solidarität und Subsidiarität, dass der **Staat** nach Mitteln und Wegen sucht, jene Bevölkerungsschichten (bei denen die Eigensicherung weithin durch die soziale Sicherung ergänzt beziehungsweise ersetzt werden muss) gegen die Risiken der „basic needs“ zu sichern. Gerade bei den Maßnahmen der staatlichen Sozialpolitik ist freilich darauf zu achten, dass Freiheit und Würde des Menschen nicht gefährdet werden.

Die genaue Umschreibung der dem Staat aufgrund der Prinzipien der Solidarität und Subsidiarität im Bereich der sozialen Sicherung zukommenden Stellung ist deshalb so wichtig, weil heute hier irrige und in ihren Auswirkungen verderbliche Auffassungen herrschen. Nach Aussagen zur totalen Versorgung der Gesellschaft im kommunistischen Machtbereich heißt es: „Es darf freilich nicht verkannt werden, dass auch in der westlichen Welt die Tendenz festzustellen ist, die soziale Sicherung – unter Ausschaltung der Selbsthilfe und der Leistungskraft

der kleineren Lebenskreise – unmittelbar dem Staat, der damit zum Versorgungsstaat wird, zu übertragen.“

Unter den fünf Ursachen, die nach ihrer Auffassung diese Entwicklung herbeigeführt oder begünstigt haben, nannten die Autoren neben den Auswirkungen der Inflation, den Folgen der beiden Weltkriege und der Wirtschaftskrisen zwei weitere. Einmal „die zur Durchführung der sozialen Sicherung in den letzten 70 Jahren geschaffenen Organisationen“. Sie haben sich vielfach „kraft der Beharrungstendenz des Institutionellen zu gesellschaftlichen Machtgebilden verfestigt und damit das Umsichgreifen des breiten Schichten der westlichen Welt erfüllenden Strebens nach sozialer Sicherheit begünstigt“. Zum anderen: „Der Lähmung der Eigenverantwortung bei vielen Einzelmenschen entspricht auf staatlicher Seite in manchen Ländern die Überbetonung des Versorgungsprinzips, kraft dessen der Staat aus Steuermitteln allen seinen Bürgern die soziale Sicherheit gewähren müsse. In totalitären Staaten pflegt hinter diesen Bestrebungen die Tendenz zu stehen, die Institutionen der sozialen Sicherheit zu einem Herrschaftsinstrument zu machen.“

Abschließend heißt es zu diesen Bestrebungen, ihnen gegenüber sei festzustellen, „dass der Plan, alle Menschen ohne Ausnahme, auch jene, die sich selbst helfen können, zwangsweise in eine staatlich angeordnete soziale Sicherung einzubeziehen, mit dem Subsidiaritätsprinzip unvereinbar ist. Auch gefährdet ein solches System den Staat, da es die Menschen dazu verleitet, dem Staat lediglich mit Forderungen gegenüberzutreten, wodurch die im Solidaritätsprinzip verankerte wechselseitige Bindung und Rückbindung zwischen Einzelem und Staat gestört wird.“

3. Die Schlussfolgerungen, die die vier Autoren 1955 im Einzelnen aus ihren Prinzipien ableiteten, haben damals die Grundlagen der sozialen Marktwirtschaft wesentlich mitbeeinflusst. Heute werden sie eher als zynische Postulate des Turbokapitalismus und der Ellenbogengesellschaft und als Ausdruck wirtschaftlicher Kälte diffamiert. Wie weit wir uns tatsächlich von den damaligen Vorstellungen von Solidarität und Subsidiarität entfernt haben, machen zwei Vergleiche deutlich: Die damalige Kaufkraft eines Facharbeiterhaushaltes entspricht heute den Leistungen der Sozialhilfe. Der Anspruch des damaligen Sozialstaates an das BIP betrug 23 %. Heute übersteigt er 30 % des BIP. In dieser Zeit ist das Bruttoinlandsprodukt jedoch real um das Fünffache gestiegen.

Damit wuchs auch die objektive Fähigkeit eines wesentlich größeren Teils der Bevölkerung, im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips Eigenverantwortung zu

übernehmen. Dass diese gewachsene Fähigkeit nicht zu einer entsprechenden Erweiterung der personalen Verantwortung auch im Rahmen unserer sozialen Ordnung geführt hat, ist im Grunde überraschend. Ludwig Erhard beobachtete jedoch bereits in der zweiten Hälfte der 1950er-Jahre voller Sorge, dass mit wachsendem Wohlstand der Ruf nach staatlichen Leistungen nur umso lauter werde. Wohlstand für alle war für ihn vor allem auch deshalb als politisches Ziel legitimiert, weil mehr Wohlstand mehr verantwortete Freiheit des Einzelnen möglich machen konnte. Woran ist diese Vision gescheitert?

Sie ist an den ständig neuen und erweiterten Angeboten des Sozialstaates gescheitert. Mit ihnen wurde den Bürgern durch die Begründung von Rechtsansprüchen auf kollektive Fürsorge und Vorsorge, finanziert durch Zwangsabgaben, auch die Eigenverantwortung abgenommen, die selbst zu tragen sie angesichts ihres gewachsenen Wohlstandes durchaus in der Lage gewesen wären. Unsere expansive Sozialpolitik ignorierte die Warnungen der vier Professoren, die Adenauer 1955 zurate zog. Ihre Praxis war und ist nach wie vor auf den Ausbau und die Ausweitung kollektiver Sozialsysteme zulasten personaler Verantwortung des Einzelnen und nicht auf eine Erweiterung der Gestaltungsräume für Eigenverantwortung ausgerichtet. Sozialpolitisch werden bis heute die ständig gewachsenen Fähigkeiten einer zunehmenden Mehrheit der Bevölkerung zur Eigenvorsorge auch im Bereich der „sozialen“ Risiken nicht genutzt, sondern eher versperrt. Obwohl der „kleine Mann“ in den letzten Jahrzehnten überwiegend groß geworden ist, bleibt er – sozialpolitisch gesehen – der kleine Mann.

## II.

Das entspricht vor allem dem politischen Interesse derjenigen, die die große Mehrheit unserer Bevölkerung als „**kleine Leute**“ sehen, als Kinder des Vaters Staat und damit als Menschen, die – jedenfalls im Herrschaftsbereich des Sozialstaates – des öffentlichen Vormundes bedürfen. Denen man nur in Grenzen soziale Verantwortung für sich selbst übertragen darf, weil sie als unfähig angesehen werden, ihre vitalen Interessen selbst zu wahren.

1. Wer die Menschen in dieser Weise sieht, begründet damit politisch die Notwendigkeit, in allen Bereichen Verantwortung für sie übernehmen zu müssen, in denen sie angeblich nicht selbstverantwortlich handeln können. Umgekehrt: Wer das politische Ziel verfolgt, eine große Mehrheit der Bevölkerung durch Bevormundung in politischer Abhängigkeit zu halten, muss daran interessiert sein,

dass sie nicht nur als „kleine Leute“ gesehen wird. Die Mehrheit muss selbst davon überzeugt sein, der staatlichen Vormundschaft zu bedürfen.

Eine Bürgergesellschaft lässt sich jedoch mit dem „kleinen Mann“, mit „kleinen Leuten“ allein nicht errichten. Sie ist ohne eine bürgerliche Mittelschicht und Menschen, die als Eliten tätig sind, auf Dauer nicht lebensfähig. Die Freiheit der „kleinen Leute“ wiederum ist nachhaltig nur dann gewährleistet, wenn sie ihre Freiheit zusammen mit einer bürgerlichen Mittelschicht gegen den stets vorhandenen Machtanspruch staatlicher oder kollektiver Vormundschaft schützen können. Ohne diese Freiheit kann sich auch wirtschaftlicher Wohlstand nicht entwickeln. Die soziale Sicherheit, die mit einer umfassenden staatlichen Vormundschaft versprochen wird, ist nur um den Preis des Verlustes bürgerlicher Freiheit und wirtschaftlichen Wohlstandes zu haben.

2. Das Streben, Macht durch Vormundschaft zu begründen, ist auch in der Demokratie vorhanden. Für den Bereich der Wirtschaft ist dies unbestritten. Unsere Wirtschaftsverfassung begegnet ihm durch verschiedene Vorkehrungen, denen wir zu Recht die materielle Bedeutung von Verfassungsgrundsätzen zusprechen. Zu ihnen gehören Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung ebenso wie das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Ihr Zusammenwirken zum Schutze der Freiheit und ihrer Ordnung zu gestalten, ist Aufgabe der Ordnungspolitik. Der Wettbewerb ist vor allem ein Instrument zur Verhinderung wirtschaftlicher Macht. Damit schützt er die wirtschaftliche Freiheit der Bürger vor Monopolen und marktbeherrschenden Unternehmen. Ohne wirtschaftliche Freiheit der Bürger als Arbeitende und Konsumenten hat auf Dauer auch die politische Freiheit keine Chance. „Wes Brot ich ess', des Lied ich sing“ ist ein verlässlicher Erfahrungssatz, wenn es um Macht geht.

Die Bindungen unternehmerischer Freiheit durch gewerkschaftliche Gegenmacht, Tarifautonomie, Streikrecht und Mitbestimmung sind das Ergebnis lang andauernder Kämpfe und Auseinandersetzungen um Freiheit und Gleichberechtigung der Arbeitnehmer. Sie haben letztlich zur Sozialpflichtigkeit des Eigentums als Bedingung seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung geführt. Unsere Wirtschaftsverfassung bindet seitdem das Eigentum an den Grundsatz seines gemeinwohlverträglichen Gebrauchs. Wer mithilfe des Privatrechts wirtschaftliche Macht anstrebt, verletzt diesen Grundsatz. Da er die Freiheit der Betroffenen gefährdet, verweigert das Recht ihm seinen Schutz.

3. Die Wurzeln unseres heutigen Arbeitsrechts und Sozialrechts reichen ebenfalls in die Zeit der Industrialisierung zurück. Beide sind in langen Kämpfen

und politischen Auseinandersetzungen als Antwort auf die freiheitsbedrohende Ungleichheit zwischen Arbeitern und den Inhabern der Produktionsmittel politisch durchgesetzt und rechtlich gesichert worden. Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde die bis dahin entwickelte und erneuerte soziale Ordnung als Ganzes Teil der Wirtschafts- und Sozialverfassung der sozialen Marktwirtschaft. Die traditionelle Zusammenschau von abhängiger Arbeit und kollektiver sozialer Sicherheit wurde jedoch beibehalten. Sie beeinflusst bis heute die politische Organisation unseres Gemeinwesens. Die an sich selbstständigen Bereiche Arbeit und soziale Sicherheit bleiben – von jüngsten Ausnahmen abgesehen – in einem gemeinsamen Ressort für Arbeit und Soziales verbunden. Der wirtschaftliche Sachverhalt Arbeit wandelte sich so zunehmend zum sozialpolitischen Sachverhalt Arbeit.

Damit wanderte er aus der Ordnung der Wirtschaft, der Wirtschaftsverfassung, in den Herrschaftsbereich des Sozialstaates. Man hält an der traditionellen Zusammenfassung von Arbeits- und Sozialpolitik fest auch durch die Verbindung beider an sich selbstständigen Gebiete im Ministerium für Arbeit und Soziales. Die Folge ist eine zunehmende Dominanz der sozialen gegenüber der arbeitsorientierten Ausrichtung des Ressorts. Aus dem wirtschaftlichen Sachverhalt Arbeit als Grundlage allen Wirtschaftens wird der sozialpolitische Sachverhalt Arbeit. Versuche, die Arbeit mit dem Ressort Wirtschaft zu verbinden, sind bisher nur im Freistaat Sachsen nachhaltig gelungen. Im Bund sind sie an der Koalitionsarithmetik 2005 wieder gescheitert.

So bleiben Wirtschaft und Arbeit – ganz im Sinne des Gegensatzes von Kapital und Arbeit – auch ressortmäßig getrennt. Der Inhalt des Begriffes Wirtschaft verengt sich auf den Bereich der Unternehmen. Die Wirtschaft: Das sind die Unternehmer und ihre Verbände. Ihnen steht die politisch verfasste Arbeit gegenüber: Gewerkschaften, Betriebsräte, die sozialen Systeme einschließlich der Sozialhilfe – der Nachfolge der früheren Armenhilfe – und neuerdings der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Die Einsicht, dass Arbeit die Grundlage allen Wirtschaftens ist, findet in dieser Struktur nur unzureichend Ausdruck.

4. Das bleibt nicht ohne Auswirkung auf ihre politische Wahrnehmung. Sie wiederum prägt das politische Bild vom Arbeitnehmer, das unser politisches Denken und Handeln bestimmt. Geht man von den Zielen der Arbeiterbewegung aus, von den Visionen ihrer großen Denker und politischen Führer, dann ergibt sich ein eindeutiges Bild. Der Arbeitnehmer nach dem Sieg der Arbeiterbewegung und der Sozialdemokratie sollte in erster Linie ein freier Bürger sein: der sein Einkommen durch Mitarbeit im Sozialverband Unternehmen erzielt wie andere als Selbstständige, Kaufleute, Landwirte oder Beamte. Der seine Interessen im

Unternehmen selbst mithilfe seiner betrieblichen Vertretung und seiner Gewerkschaft wahrnimmt.

Der sein Haus baut, Kinder großzieht, Vermögen bildet, Versicherungsverträge abschließt und für seine Lebensrisiken im Rahmen seiner Möglichkeiten selbst vorsorgt. Der Reisen unternimmt. Der jährlich die rund 4.200 Stunden seines wachen Lebens, die ihm nach durchschnittlich rund 1.600 Arbeitsstunden noch übrig bleiben, selbst gestaltet. Kurz: Der als Bürger sein Leben bestimmt mit seiner Familie, im Kreise seiner Freunde und im Rahmen seiner kleinen Lebenskreise und sich dabei, wie alle anderen auch, auf verlässliche Rahmenbedingungen und – in Fällen der Not – auf die Solidarität des ganzen Gemeinwesens verlassen kann.

5. Inzwischen ist aus dieser Vision für die weit überwiegende Mehrheit der Arbeitnehmer Wirklichkeit geworden. Das bis heute vorherrschende politische Bild des Arbeitnehmers und seines familiären Umfeldes hat dagegen wenig mit dieser Vision und der heutigen Wirklichkeit zu tun. Es sieht den Arbeitnehmer in erster Linie als bedrohten und deshalb schutzbedürftigen Mitbürger. Von ihnen, den „kleinen Leuten“, erhoffte man sich eine Mehrheit. Die um ihre Stimme werben sind überzeugt, dass die kleinen Leute die Mehrheit des Volkes ausmachen. Vom Arbeiter als freiem, selbstverantwortlichem Bürger ist im Herrschaftsbereich des Sozialstaates allenfalls peripher die Rede. Grundsätzlich bedarf er, so die verbreitete und politisch wirksam gepflegte Überzeugung, mehr denn je der sorgenden Hand des Vaters Staat und derer, die sich berufen fühlen, in seinem Namen zu handeln.

Ihre Legitimation begründen sie mit ihrem sozialpolitischen Auftrag. Dessen Inhalt sehen sie darin: die Arbeitnehmer und deren Angehörige, die Arbeitslosen und Empfänger von Sozialhilfe und alle Menschen zu schützen, die sich nach ihrer Überzeugung nicht selbst schützen können. Sie versprechen ihnen Sicherheit vor Ausbeutung, vor der Unterdrückung durch die Starken, vor der Profitgier der Wirtschaft und den Folgen der Ellenbogengesellschaft und vor allen Risiken, die die Arbeitnehmer angeblich nicht selbst bewältigen können. Den Gegenbeweis, dass sie dazu in weiten Bereichen und in ihrer großen Mehrheit durchaus in der Lage sein könnten, lassen sie grundsätzlich nicht zu. Zahlreiche gesetzliche Regelungen schließen ihn ausdrücklich aus. Sie lassen deshalb alternative selbstbestimmte, also privatrechtliche Gestaltungsformen, die dem Subsidiaritätsprinzip entsprechen, nicht zu.

Damit werden zugleich alle negativen Erscheinungsformen wirtschaftlichen Handelns – Machtausübung, Ausbeutung, Profitstreben, Egoismus – dem Bereich der Wirtschaft, also den Unternehmen zugeordnet. Dies begründet wiederum die Notwendigkeit, die Wirtschaft und ihre „Neigungen zu unsozialem, gemeinwohlunverträglichem Handeln“ zu kontrollieren, und legitimiert diejenigen, die sich den Schutz der „kleinen Leute“ zur Aufgabe gemacht haben, auch dann noch, wenn sich der Schutzauftrag zur sozialen Vormundschaft steigert.

Die damit verbundene Abhängigkeit der Betreuten von ihren Betreuern wird von diesen nicht als Machtausübung, sondern als Folge der Wahrnehmung und Konkretisierung des sozialen Auftrages der Verfassung verstanden und verteidigt. Gleichwohl handelt es sich um Machtausübung. In der wohlfahrtsstaatlich verfassten Gesellschaft gibt es somit nicht nur Wirtschaftsmacht, sondern auch **Sozialmacht**. Sie kann ähnliche Probleme der Freiheitsbeschränkung zur Folge haben wie Wirtschaftsmacht.

6. Im Unterschied zur Wirtschaftsmacht und deren Kontrolle fehlt es im Bereich der Sozialmacht bisher an vergleichbaren ordnungspolitisch begründeten Formen der Machtkontrolle. Das hat seinen Grund vor allem in der historischen Abfolge der Entwicklung unserer Wirtschaftsordnung hin zur sozialen Marktwirtschaft. Die Sozialpolitik entwickelte sich als Antwort auf die Herausforderungen der Industrialisierung und der mit ihr entstandenen privatwirtschaftlich verfassten Macht von Unternehmern und Unternehmen. Marx sah den Ursprung dieser Macht im Eigentum an Produktionsmitteln. Heute wissen wir, dass wirtschaftliche Macht ihre Quelle weniger im Eigentum als im unternehmerisch begründeten Recht hat, über den Einsatz der Produktionsmittel zu verfügen.

Wie die DDR-Erfahrung lehrt, ist diese Macht dann vollkommen, wenn sie sich gänzlich vom privatrechtlichen Eigentum löst und mit der Macht des Staates verbindet. Das sozialistische Volkseigentum war die Grundlage für die vollkommene Herrschaft über die Wirtschaft und damit über das wirtschaftliche Leben der Bürger. Es war zugleich das Ende der wirtschaftlichen Freiheit.

### III.

Ob wirtschaftliche Macht in der Wirtschaft oder im Sozialbereich existiert und ausgeübt wird, hängt nicht von der subjektiven Einstellung der Mächtigen, sondern von den Strukturen ab, in denen sie handeln. Es kommt – mit anderen Worten – nicht auf die Intentionen derjenigen an, die über Macht verfügen. Entschien-

dend ist, ob sich Machtchancen gebildet haben, über die zum Nachteil derer verfügt werden kann, die betroffen sind. Subjektive Betrachtungen würden den Zweck der Kontrolle verfehlen. Kartelle und Monopole wollten stets vor allem den Schutz ihrer Kunden und das Beste für die Allgemeinheit. Marktbeherrschende Unternehmen wollen Arbeitsplätze sichern. Sozialmacht will den Betroffenen sozialen Schutz gewähren und soziale Gerechtigkeit angedeihen lassen.

Wirtschaftsmacht und Sozialmacht unterscheiden sich zwar ihrer historischen Entwicklung nach. Sozialmacht war zuvörderst eine Antwort auf die Folgen von Wirtschaftsmacht und die von ihr ausgelöste soziale Frage des 19. Jahrhunderts. Von dieser Herkunft und ihren Bedingungen hat sie sich jedoch vor allem in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts gelöst. Dass dies möglich war, ist auch das Verdienst der sozialen Ordnung. Zugleich haben sich jedoch die Probleme entwickelt, die wir heute als Sozialmacht identifizieren können und deren Entstehung bereits in der Rothenfelser Denkschrift vorausgesehen wurde.

Um den mit der Existenz und Ausübung von Macht verbundenen Gefahren für die Freiheit und die Selbstständigkeit der Bürger angemessen begegnen zu können, können wir auf Erfahrungen aus den letzten Jahrzehnten marktwirtschaftlicher Entwicklungen zurückgreifen. Sie lehren uns, dass Folgendes erforderlich und zu bedenken ist:

1. Es muss anerkannt werden, dass es nicht nur Wirtschaftsmacht gibt, sondern auch Sozialmacht. Diese Feststellung diffamiert die guten Absichten derer, die in und durch sozialpolitische Strukturen handeln, ebensowenig, wie das GWB die guten Absichten wirtschaftlicher Strukturen diffamiert, die über Marktmacht verfügen. Sie besagt lediglich, dass die Freiheit und die personale Verantwortungsbereitschaft der Bürger nicht nur durch Wirtschaftsmacht, sondern auch durch Sozialmacht bedroht werden kann.

2. Im Unterschied zur Bindung von Wirtschaftsmacht wurden vergleichbare Gefahren für die bürgerliche Freiheit im Bereich der sozialen Ordnung von deren Akteuren bisher geleugnet. Die sozialen Ziele ihres Handelns wurden und werden so definiert, dass sie der Freiheit der Bürger dienen und deshalb nicht in Widerspruch zu ihrer Freiheit geraten können. Zudem wird jeder Verdacht eines möglichen Machtmissbrauchs mit Hinweis auf den solidarischen und altruistischen Charakter der Sozialpolitik zurückgewiesen.

Der soziale Zweck heiligt gewissermaßen auch die sozialpolitische Machtausübung. Schließlich beruhen wesentliche Teile der sozialen Ordnung auf ge-

setzlichen Regelungen und direkten oder indirekten staatlichen Interventionen. Sie gelten deshalb bereits dadurch als legitimiert. Dass auch staatlich geregelte Ordnungen Machtstrukturen hervorbringen können, die die Freiheit der Bürger gefährden, wird zwar abstrakt anerkannt, für die bestehende Ordnung und ihre Machtchancen jedoch bestritten. Entsprechend reagieren die Entscheidungsträger im Sozialsystem auf jede Anfrage nach Versuchungen, die von der Macht der Strukturen über das Verhalten der Bürger ausgehen könnten. Sie werden als Diffamierung des sozialen Auftrags, als Aufkündigung der Solidarität und Gefährdung des sozialen Friedens zurückgewiesen. Reaktionen dieser Art sind typischer Ausdruck eines Kartellverhaltens. Sie dienen der Abwehr von Außenseitern, die Rechenschaftspflichten einfordern und kritische Fragen stellen. Sie sollen die eigenen Machtpositionen sichern.

3. Tatsächlich sind Transparenz und Rechenschaftspflichten im sozialen System unterentwickelt. Entweder fehlt es gänzlich an Rechenschaftspflichten. Oder es existieren nur Kontrollen durch die Beteiligten, aber nicht durch die Betroffenen oder Dritte. Oder die Rechenschaftslegung erfolgt nur gegenüber der politischen Führung des Systems oder in einer Form, die für die allgemeine Öffentlichkeit unverständlich ist und deshalb eher verschleiert statt erklärt. In keinem Fall gibt es Publizitäts- und Rechnungslegungspflichten, die mit denen des Aktien- und Konzernrechts auch nur annähernd vergleichbar wären. Dort hat man mit der großen Aktienrechtsreform zum Schutze der Aktionäre und der Allgemeinheit eine umfassende Publizität, Rechnungslegungspflichten und Auskunftsrechte gesetzlich vorgesehen. Wer eine Aktie erwirbt, erwirbt zugleich diese Rechte. An vergleichbaren Formen der Information und externer Kontrollen besteht auch in den sozialen Systemen sowohl ein öffentliches wie ein Interesse derer, die sie durch ihre Beiträge finanzieren. Gleichwohl hat man sich bisher nicht entschließen können, zum Schutze der Beitragszahler, der Mitglieder gesetzlicher Versicherungen und der allgemeinen Öffentlichkeit vergleichbare Rechte und Pflichten vorzusehen. Im Gegenteil: Nell-Breuning kritisierte immer wieder ein Interesse der Sozialpolitiker, die finanziellen Zusammenhänge der sozialen Systeme so zu gestalten, dass niemand erkennen könne, wer welche Leistung für wen erbringt und wer was von wem erhält.

#### **IV.**

1. Wie im Falle von Wirtschaftsmacht lässt sich auch der Bildung und Ausübung von Sozialmacht und den Versuchungen der Machtausübung, die von ihren Strukturen ausgehen, auf verschiedene Weise begegnen:

(1) zum einen durch die Einrichtung von Pflichten zur Publizität und Offenlegung der Rechnungswerke, der Höhe und Verwendung eingezahlter Beiträge, des Umfangs staatlicher Zuschüsse und Subventionen und deren Begründung, der Verwaltungs- und Geschäftskosten einschließlich der Gehälter der Geschäftsführer und weiterer, für die Bewertung der Arbeitsweise des Systems relevanter Informationen in Analogie zur Konzernpublizität,

(2) durch Vorschriften, die eine geordnete Rechnungslegung nach vorgegebenen Verfahren gewährleisten, nachvollziehbare Informationen liefern und einer unabhängigen externen Prüfung und damit Kontrolle unterworfen sind,

(3) durch ein unabhängiges Controlling, das heißt, die Prüfung ob vorgegebene Ziele erreicht und die dafür bereitgestellten Mittel optimal verwendet worden sind,

(4) durch Dezentralisation, die Einrichtung von Regelkreisen im System, durch Wettbewerb unter den Anbietern von Leistungen und die Sicherung von Strukturen, in denen Wettbewerb stattfinden kann, soweit dies mit den Zielen des Systems vereinbar ist, und durch die damit verbundenen Wahlmöglichkeiten der Abnehmer.

2. Jede dieser Vorkehrungen lässt sich bestimmten Aspekten des Sozialsystems zuordnen. Auch die sozialen Systeme und damit die Sozialverfassung können nach Grundsätzen gestaltet werden, die ordnungspolitisch jenen verwandt sind, mit deren Hilfe wir wirtschaftliche Macht rechtsstaatlich und wirtschaftsverfassungsrechtlich binden. Beispiele sind:

(1) Transparenz der tatsächlichen Beitragslast der Arbeitnehmer durch Verzicht auf die Trennung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen. Die Sorge, dies würde die Selbstverwaltung der sozialen Systeme zerstören, ist ohne Berechtigung. Ob die heutige Form der Selbstverwaltung dem ursprünglichen Anspruch dieser Idee noch gerecht wird, ist zudem fraglich.

(2) Der Verzicht auf die Illusion, die Sozialwahlen gewährleisten eine wirkliche Repräsentanz der Versicherten und Beitragszahler sowie der Leistungsempfänger. Die Sozialwahlen sind nicht geeignet, die Selbstverwaltung der sozialen Systeme demokratisch zu legitimieren. Die Wahlen stellen eher eine Karikatur demokratischer Wahlen dar. Sie haben allenfalls symbolischen Charakter. Sie legitimieren

scheinbar die Herrschaft der Verbände. Diese haben ihre Wurzeln in der gleichen korporativen Tradition, die auch die Kartelle hervorgebracht hat.

(3) Die Rechenschaftspflichten der sozialen Systeme einschließlich einer wirkamen Berichtspflicht an Versicherte und Leistungsempfänger. Berichtet werden sollte auch über die mittelfristige Entwicklung des Leistungsvermögens und alternative Formen der Alterssicherung.

(4) Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Produkten der Sozialversicherungen. So lassen sich in der Gesetzlichen Krankenversicherung neben den Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Kassen Policen mit und ohne Selbstbeteiligung oder mit verschiedener Gestaltung der versicherten Risiken denken. Für die Arbeitslosen- und die Pflegeversicherung gilt das Gleiche.

3. Die Umverteilungswirkungen der Systeme müssen offengelegt werden. Kritiker dieser Forderung behaupten, ihre Verwirklichung führe zur Entsolidarisierung und zur Aufteilung in gute und schlechte Risiken zulasten der gesetzlichen Systeme. Wenn dies tatsächlich der Fall ist, müssen die Ursachen untersucht und Abhilfen gefunden werden, die nicht in einheitliche Kollektivsysteme ohne Wahlmöglichkeiten zurückführen.

4. Voraussetzung für einen Abbau von Sozialmacht ist – wie auch im Bereich der Wirtschaft – eine Dezentralisation der sozialen Sicherungssysteme. Ohne sie kann der Wettbewerb seine machverteilende Wirkung nicht entfalten. Dabei muss geprüft werden, in welchem Umfang sich soziale Systeme regionalisieren und damit auch in ihren Leistungen differenzieren lassen, sodass sich eine größere „Kundennähe“ realisieren lässt. Regionale und örtliche Regelkreise sollten entwickelt werden, die die Leistungsfähigkeit der Systeme verbessern helfen und zu einer sachgerechteren und stärker mitbestimmten Steuerung führen.

Methoden sollten gesucht werden, mit deren Hilfe sich die Bereitschaft der Bürger zur Mitwirkung an der Bewältigung sozialer Risiken und zur Privatisierung von Teilrisiken erhöhen lässt. Es sollte die Frage beantwortet werden, ob sich Rechenschaftspflichten der Leistungsempfänger mit dem Rechtsanspruch auf Leistungen auch in anderen Bereichen als der Sozialhilfe begründen lassen und damit nicht nur der Versuchung ungerechtfertigter Inanspruchnahme, sondern auch der Vorstellung entgegengewirkt werden kann, die Solidarität sei eine Einbahnstraße.

5. Notwendig ist jedoch vor allem eine öffentliche Debatte über die Struktur und die Wirkungsweise sozialer Systeme, über die Entstehung und die Auswirkungen sozialpolitischer Abhängigkeiten auf das gesellschaftliche Verhalten der Bürger, über die Folgen der Sozialmacht, die Wertvorstellungen, die unsere Sozialpolitik bestimmen, und über ihre zentralen Begriffe. Dabei darf den Organisationen der Sozialmacht und ihren politischen Repräsentanten nicht die alleinige Definitionshoheit über die Begriffe überlassen bleiben, die für das System und seine Legitimation relevant sind.

## **Fazit**

Die beschriebenen Vorkehrungen dienen der Kontrolle von Sozialmacht. Sie führen zu mehr Klarheit und Wahrheit im Bereich der sozialen Systeme. Sie tragen bei zur Verbesserung ihrer Akzeptanz und zur Bereitschaft, sie zu finanzieren. Sie verringern die Gefahr politischer Manipulation. Die gegenwärtigen Strukturen des Sozialstaates, ihre korporatistische Abgeschlossenheit und Organisation gefährden die Legitimationsbasis des sozialen Auftrages. Sie produzieren im Ergebnis die Zwei-Klassen-Gesellschaft, die zu bekämpfen sie vorgeben. Sie beeinträchtigen die wirtschaftlichen Grundlagen sozialpolitischen Handelns: durch unzureichende innere Plausibilität und die bereits beschriebenen Mängel, aber auch durch Überforderung der Bereitschaft zur Solidarität. Die Folge ist eine ständig abnehmende Akzeptanz der sozialen Systeme durch die Bevölkerung. Die gesetzliche Rentenversicherung halten gegenwärtig rund 75 % der Bevölkerung für ungeeignet, ihre Sicherheit im Alter zu gewährleisten.

Ihre inhaltliche und organisatorische Reform an Haupt und Gliedern ist deshalb ebenso dringend wie unverzichtbar. Die strukturellen Reformen, um die es dabei geht, gefährden nicht den sozialen Auftrag unseres Gemeinwesens. Sie wenden sich gegen die unkontrollierte Existenz und Ausübung von sozialpolitisch begründeten Machtpositionen. Sie erneuern damit die Voraussetzungen, unter denen der soziale Auftrag unserer Verfassung in einer Weise erfüllt werden kann, die der freiheitlichen Ausrichtung unseres Gemeinwesens und der verantworteten Freiheit seiner Bürger gerecht wird.

Denn Sozialmacht bedroht – wie Wirtschaftsmacht – auch die persönliche Freiheit der Bürger und die Entfaltung ihrer personalen Verantwortung. Ihre strukturelle Begünstigung ist deshalb mit der Freiheitsgarantie unserer Verfassung ebenso wenig vereinbar wie unkontrollierte Wirtschaftsmacht. Auch die sozia-

le Ordnung unseres Gemeinwesens dient der Freiheit seiner Bürger. Vormundschaftliche Machtanmaßung ist mit dieser Freiheit nicht vereinbar.

Eine soziale Ordnung, die diesem Grundsatz gehorcht, wird sich nicht an den „kleinen Mann“ oder die „kleinen Leute“, sondern an den freien und zur eigenen Verantwortung fähigen Bürger wenden. Ihren Auftrag sieht sie nicht in der vormundschaftlichen Betreuung durch „Vater Staat“. Ihr geht es um die Sicherung einer sozialen Grundlage (Grundsicherung) und der Bedingungen, unter denen sich die Vielfalt personaler Regelungen und Maßnahmen entfalten kann, die die Frucht verantworteter Freiheit ist.



## **Das ethische Selbstverständnis unserer Demokratie**

Über Jahrzehnte hinweg galt Prof. Dr. Dieter Giese als der herausragende Experte in Fragen des Sozialhilferechts und der Sozialhilfepraxis. Mit seinem großen Kommentar zum BSHG, mit seinen viel beachteten gutachtlichen Äußerungen zu unzähligen Fragen des Sozialhilfealltags, mit seiner persönlichen und fachlichen Autorität und der Kraft seiner Argumente hat er „bestimmt“, was in der Sozialhilfe herrschende Meinung ist, und so das gesamte Fürsorgerecht geprägt.

Seine Interpretation des Gesetzes und der Verordnungen, die Lösungsvorschläge seiner Fachgutachten, seine Position in Streitfragen waren stets fest fundiert. Sie gingen von den Strukturprinzipien des Fürsorgerechts aus, die ihrerseits im Menschenbild und im ethischen Selbstverständnis unserer Verfassung wurzeln.

Einige Gedanken dazu möchte ich zu Papier bringen. Ich widme sie Dieter Giese.

### **1. Grundlegung und Selbstverständnis der Demokratie im Grundgesetz**

#### **1.1 Demokratie und Sozialstaatsgebot**

Die entscheidende Aussage über unsere Staatsform enthält das Grundgesetz in den ersten beiden Absätzen des Artikel 20: „Die Bundesrepublik ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. Alle Gewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“

Besonders hervorzuheben ist das in Absatz 1 verankerte Sozialstaatsgebot, das es dem Staat zu einer ethisch begründeten Aufgabe macht, stets auf eine je größere soziale Sicherheit und soziale Gerechtigkeit hinzuwirken. Dazu gehört u.a., jedem ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, die Menschen vor materieller Armut zu schützen und besondere Belastungen des Lebens auch durch Hilfe zur Selbsthilfe abzuwenden oder auszugleichen.

Der Weg zur Erfüllung der sozialstaatlichen Aufgaben ist vor allem im Sozialgesetzbuch beschrieben. So werden beispielsweise die abhängig Beschäftigten verpflichtet, sich zur Alterssicherung und zur Vorsorge für den Fall von Krankheit, Invalidität, Unfall, Arbeitslosigkeit und Pflegebedürftigkeit zu Solidargemein-

schaften zusammenzuschließen. Die Solidargemeinschaften funktionieren alle nach dem Muster des „Einer für alle und alle für einen“: Alle zahlen ihren Beitrag, damit dem Einen bei Eintritt des Versicherungsfalls geholfen werden kann. Ähnliches gilt für die steuerfinanzierten Sozialgesetze, die ebenfalls Ausprägung des Solidaritätsprinzips sind: Der Einzelne zahlt seine Steuern, die dann der Allgemeinheit zur Verfügung stehen.

Aus dem Sozialstaatsgebot ergibt sich für die Politiker (gegenüber gegenläufigen Interessen) das Recht und aus Gründen des Gemeinwohls auch die Pflicht, für eine *gerechte* Sozialordnung zu sorgen, also eine Ordnung zu gestalten, in der eine optimale Leistungsbereitschaft der Leistungsfähigen entstehen kann und erhalten bleibt, in der (vorsorgend) eine ausreichende Absicherung gegen typische Lebensrisiken gewährleistet ist und in der Hilfen angeboten werden, damit Benachteiligte, Notleidende oder besonders Belastete einen gewissen Ausgleich erhalten, vor materieller Armut geschützt und zur Selbsthilfe befähigt werden oder Erleichterung in ihrem Los erfahren.

Bemerkenswert ist dabei, dass Legislative und Exekutive nicht völlig frei schalten und walten können. Das Bundesverfassungsgericht kontrolliert das Ob und Wie der Pflichterfüllung der beiden Staatsgewalten. Es hat in der Geschichte der Bundesrepublik mehrfach zu dieser Pflichterfüllung gemahnt und sogar konkrete Regelungsinhalte vorgegeben, um beispielsweise eine gerechtere Besteuerung oder einen gerechteren Familienlasten- und Familienleistungsausgleich durchzusetzen.

Neben Artikel 20 Grundgesetz muss auch Artikel 28 erwähnt werden. Dieser macht die Grundsätze des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates für die Länder und die kommunale Ebene verbindlich. Artikel 20 und Artikel 28 sind als Staatsorganisationsregelungen auf den ersten Blick die ausschlaggebenden Normen für die Staats- und Regierungsform Demokratie in unserem Land.

## **1.2 Grundrechte**

Ganz am Anfang der Verfassung steht aber der Grundrechtsteil mit Bestimmungen, die für das ethische Selbstverständnis unseres Staates von höchster Relevanz sind und die es zwingend erforderlich machen, dass unsere Staatsform eine Demokratie ist, denn ohne Demokratie blieben sie papierene Formulierungen ohne Prägekraft.

Der grundlegende Artikel 1 bekennt die Menschenwürde und die Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt. Darin liegt die entscheidende Basis unserer deutschen Demokratie.

Artikel 1 und die nachfolgenden Grundrechtsartikel enthalten das ethische Selbstverständnis der Demokratie und eindeutige Vorgaben für die Staats- und Regierungsform. Es sind strikte Vorgaben für die Politik innerhalb unserer Staatsgrenzen, also im Geltungsbereich des Grundgesetzes.

Wie wichtig Artikel 20 und Artikel 1 Grundgesetz sind, geht daraus hervor, dass ihnen die sogenannte Ewigkeitsgarantie zukommt. In Artikel 79 Absatz 2 Grundgesetz heißt es u.a.: „Eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche ... die in Artikel 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.“

Daraus wird deutlich, dass die Artikel 1 und 20 den Kernbestand unserer Staatsordnung beschreiben, das, was an anderer Stelle als „freiheitliche demokratische Grundordnung“ bezeichnet wird. Es lohnt sich deshalb, zumindest diese beiden Grundnormen nicht nur oberflächlich zur Kenntnis zu nehmen, sondern sie zu begreifen und zu verinnerlichen.

Artikel 1 ist zuerst eine Selbstbeschränkung des Staates. Er formuliert die Erkenntnis, dass die Menschenwürde nicht vom Staat verliehen, also legitimerweise auch nicht vom ihm entzogen werden kann. Die im Grundrechtsteil kodifizierten und die von den Grundrechten abgeleiteten individuellen Rechte hat der Staat zu achten und zu respektieren, zu schützen und zu verteidigen.

Schon beim Formulieren achteten die Mütter und Väter der Verfassung darauf, das Missverständnis zu vermeiden, als hänge die Menschenwürde vom Staat ab. Sie wussten: Die Menschenwürde ist vor dem Staat da, vor der Staatsverfassung. Und sie sagen dies in Artikel 1 Absatz 2 Grundgesetz auch: „Das deutsche Volk bekennt sich zu unveräußerlichen und unverletzlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“ Wenn Schiller sagt: „Der Mensch ist frei und wäre er in Ketten geboren“, meint er genau dies. Die Menschenwürde, die persönliche Freiheit, die Glaubens-, Gewissens- und Meinungsfreiheit, die Grundrechte sind existent unabhängig davon, ob die Staatsverfassung sie anerkennt oder garantiert. Für die Bundesrepublik Deutschland bekennt sich die Staatsordnung deshalb ohne Wenn und Aber zu diesen Grundrechten. Sie erkennt sie als verbindlich für Legislative, Exekutive und Judikative an. Sie stellt die Grundrechte ausdrücklich unter den Schutz der Staatsgewalt.

Der hohe Rang der Grundrechte wird – wie aufgezeigt – nicht durch die Erwähnung in der Verfassung begründet. Trotzdem ist die demonstrative Nennung an erster Stelle für das Bewusstsein der Staatsbürger außerordentlich wichtig.

Denn historisch vorangegangen war der Arbeit an dieser Verfassung die größte Katastrophe der deutschen Geschichte. Dies war nicht nur eine militärische Niederlage und nicht nur der wirtschaftliche und politische Ruin eines politischen Systems. Dies war auch und vor allem ein moralischer Zusammenbruch unseres Landes, weil Deutsche sich millionenfach Verbrechen gegen das Rechtsgut Menschenwürde schuldig gemacht hatten.

Die Weimarer Reichsverfassung war ein gutes Grundgesetz. Aber sie war nicht wehrhaft genug. Sie hat den Feinden der Freiheit, den Feinden der Demokratie, den Feinden der Menschenwürde zu viel Freiraum gelassen. Unter anderem daran ging dieser erste republikanisch-demokratische Staat zugrunde.

### **1.3 Grundpflichten**

Die Weimarer Verfassung hatte allerdings in einem Punkt einen beachtlichen Vorzug, der erst Jahrzehnte nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes als solcher erkannt wurde. Sie hatte neben dem Grundrechtskatalog auch einen Pflichtenkatalog. Art. 163 Absatz 1 der Weimarer Verfassung lautet: „Jeder Deutsche hat unbeschadet seiner persönlichen Freiheit die sittliche Pflicht, seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert.“

Das Grundgesetz hat auf einen Pflichtenkatalog deshalb verzichtet, weil die Pflicht des Einzelnen gegenüber der Allgemeinheit in den vorhergehenden Jahren der Naziherrschaft schrecklich missbraucht worden war. Heute, in der Zeit zunehmender Individualisierung, ist die Rückbesinnung auf eine Vorschrift wie Art. 163 der Weimarer Reichsverfassung wieder hilfreich. Aber: Da es keine Rechte ohne Pflichten gibt, keine Freiheit ohne Verantwortung, können die Grundrechte auch ohne eine dem Art. 163 WRV vergleichbare Vorschrift zugleich als Grundpflichten ausgelegt werden. Denn so wie die Staatsform der Demokratie – trotz unseres Wissens um manche Gegenbeispiele – mit einem generellen Grundvertrauen in die Fähigkeit und Bereitschaft der Staatsbürger einhergeht, sich bei Wahlen und Abstimmungen für das Beste des Landes entscheiden zu können und zu wollen, so ist – trotz unseres Wissens um fehlende Selbsthilfefähigkeit am Anfang und am Ende des Lebens oder in manchen Fällen auch während des gesamten Lebens – die grundsätzliche Fähigkeit und Bereitschaft

zur Selbsthilfe des einzelnen Menschen auch wesentliches Element dessen, was wir unter Menschenwürde verstehen.

Auch Solidarität und Gerechtigkeit beginnen in der Sorge des Menschen für sich selbst. Je mehr Menschen voll selbsthilfefähig sind, desto mehr wird die Allgemeinheit entlastet. Die erste Aufgabe eines jeden Menschen ist die Verantwortung und Sorge für sich und für die Nächsten in Familie und Verwandtschaft und für den Kreis der Angehörigen.

Kinder müssen nicht bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres warten, um mit der Selbstsorge zu beginnen. Alte müssen die Eigenverantwortung nicht mit dem Erreichen der Altersgrenze an andere abgeben. Menschen mit einem (angeborenen, krankheitsbedingten oder unfallverursachten) Handicap dürfen selbstverständlich das verbliebene oder – durch Anstrengung – (wieder-)gewonnene Maß der Selbsthilfefähigkeit einsetzen.

Alle Staatsbürger haben auf ihre Gesundheit und Leistungsfähigkeit zu achten, damit sie lange selbsthilfefähig bleiben und möglichst nicht durch eigene Schuld anderen Menschen oder der Solidargemeinschaft (etwa der Krankenkasse oder der Rentenversicherung) zur Last fallen. Auch eine solche wahrgenommene Verantwortung des Einzelnen für sich selbst ist im weitesten Sinne zugleich staatsbürgerliche Verantwortung.

Um diese Aussage zu bekräftigen, kann analog der Artikel 14 Absatz 2 des Grundgesetzes herangezogen werden, wenn man den dort ausgesagten Grundsatz verallgemeinert und neu übersetzt: Nicht nur „Eigentum“ verpflichtet – wie es dort heißt –, sondern auch Vermögen, Einkommen, Gesundheit, Leistungsfähigkeit. Nicht nur Adel verpflichtet (wie es im Filmtitel heißt), sondern auch Einsicht und Begabung, Bildung und Können, Autorität, Amt und Mandat.

Dass Talente verpflichten, ist schon in der Bibel bei Mt. 25, 14 ff. nachzulesen. Und dieser Bibelstelle kann auch entnommen werden, dass es eine Frage der Ethik ist, wie und in welchem Ausmaß wir unsere Talente nutzen und vermehren.

Jeder Staatsbürger erwartet, dass die hauptamtlichen Politiker, dass die gewählten Repräsentanten des Volkes ihre ganze Kraft in die von ihnen übernommenen öffentlichen Aufgaben investieren. Sie sollen ehrlich und unbestechlich sein, nicht in die eigene Tasche wirtschaften oder Vetternwirtschaft betreiben. Solche Erwartungen richten sich auch an die Behörden, also an deren konkrete Mitarbeiter. Die Bürger sind zu Recht zornig, wenn sie im Finanzamt, in der Bauverwal-

tung oder bei Gericht einem dummen oder faulen Bediensteten begegnen, wenn sie es mit einem pingeligen Polizisten zu tun kriegen oder auf der Suche nach der zuständigen Stelle wie Buchbinder Wanninger behandelt werden. Doch die „goldene Regel“, die ebenfalls in der Bibel (Mt. 7, 12) steht, empfiehlt: „Alles nun, was ihr wollt, dass euch die Menschen tun sollen, das tut ihr ihnen auch“, oder anders formuliert: „Was du nicht willst, das man dir tut, das füg' auch keinem anderen zu.“

Nur wer selbst solche ethischen Wegweiser befolgt, kann berechtigterweise erwarten und verlangen, dass auch andere dies tun.

#### **1.4 Adressaten der Verfassungsgebote**

In Artikel 20 Grundgesetz sind alle angesprochen – sogar mehrfach: als Staatsbürger und als Amtsinhaber.

Verpflichtet ist auf den ersten Blick der Staat in seinen drei Gewalten Legislative, Exekutive und Judikative. Doch noch vorher steht dort, dass die Staatsgewalt vom Volk ausgeht. Inhaber der Staatsgewalt ist das Staatsvolk – und dazu gehören alle Staatsangehörigen. Die Staatsgewalt wird in der repräsentativen Demokratie zwar durch gewählte Repräsentanten ausgeübt. Es ist aber nicht nur die Pflicht der Repräsentanten, die Staatsaufgaben zu erfüllen. Es ist auch die Pflicht der Repräsentierten.

Politik ist etwas, das alle angeht und von allen verantwortet werden muss. Dieser Satz ist Markenzeichen der Demokratie. Niemand darf sagen, Politik ginge ihn nichts an. Es liegt in der Verantwortung aller, ob gute oder schlechte Politik gemacht wird. „Jeder ist seines Glückes Schmied“ gilt gerade in der Demokratie.

## **2. Folgerungen aus dem ethischen Selbstverständnis der Demokratie**

Ziel jeder Politik ist das Gemeinwohl. Von den vielen Politik-Definitionen verdient aus ethischer Sicht die den Vorzug, die auch etwas zum Inhalt aussagt. Andere (oft gehörte) Definitionsversuche wie Politik als Methode oder Taktik zur Erreichung eines Ziels der öffentlichen Hand, Politik als Kunst des Möglichen, Politik als Streben nach Macht und Durchsetzung der eigenen Position sind lediglich formaler Natur, beschreiben eine Technik, sind wertneutral; jedenfalls sind sie unzureichend und sind eher machiavellistisch ausgerichtet.

Politik ist vom Inhalt her zu definieren. Politik ist das, was die Stadt (Polis), den Staat, das Gemeinwesen, das Ganze betrifft. Ziel der Politik ist es, das Leben eines Gemeinwesens, die Zustände, die Struktur so zu ordnen und das Zusammenleben der Menschen so zu organisieren, zu verwalten und zu gestalten, dass das Gemeinwohl gesichert ist. Politik – richtig verstanden – ist nicht Sorge um einzelne Personen oder Anliegen, sondern Politik ist Sorge um das Ganze. Wer also besorgt ist um das Ganze, wer nicht nur für sich, für seine Interessen, seinen Anteil sorgt, wer in einer Gemeinde, einer Gruppe, einem Verband das Ganze im Blick hat, der ist politisch tätig, ist – im guten Sinne – Politiker. Jedes politische Teilziel, auch das wichtigste, muss dem Ganzen untergeordnet sein. Das ist der Grund für die Richtlinienkompetenz eines Regierungschefs; Teilziele wie Wirtschaft und Wissenschaft, Gesundheit und Umwelt, Jugend und Schule, Polizei und Justiz usw. können und sollen arbeitsteilig mit Teilverantwortung und Spezialwissen angepackt werden. Aber sie stehen im Dienst des Ganzen, des Gemeinwohls. Demgemäß hat jede Politik gemeinwohlorientiert zu sein.

Alle, die mit der Leitung eines Gemeinwesens betraut sind oder dabei mithelfen, müssen es also als ihr zentrales Amt, als ihre eigentliche Aufgabe sehen, das Gemeinwohl zu erstreben und zu erhalten, zu befördern und zu gestalten.

Die Politiker müssen sich am Gemeinwohl orientieren. Und sie erfüllen diese Pflicht, wenn sie sich um Gerechtigkeit, Frieden und Freiheit bemühen. Diese drei gemeinwohlbezogenen Ziele liegen in der Personenwürde des Menschen begründet. Um dieser Personenwürde willen wird jede rechtmäßige politische Autorität sich bemühen, in ihrem Bereich Gerechtigkeit, Frieden und Freiheit möglichst weitgehend zu verwirklichen, womit sie gleichzeitig den entscheidenden Beitrag zur gegenseitigen Solidarität der Menschen leistet.

## **2.1 Politik ist gerechtigkeitsorientiert**

Gerechtigkeit kann zunächst verstanden werden als eine hochrangige Tugend des einzelnen Menschen. Als solche trägt sie zur sittlichen Identität des Einzelnen und zu seinem Wohl bei; sie soll nicht nur temporär und nicht nur mit halber Kraft angestrebt werden. Gerechtigkeit soll das menschliche Verhalten dauerhaft prägen, als Orientierungswert ständig beachtet werden und dem Menschen als verlässliche Neigung und feste Haltung sozusagen in Fleisch und Blut übergehen.

Die besondere Stellung der Gerechtigkeit innerhalb des Tugendkanons ergibt sich daraus, dass durch sie das Wohl des Einzelnen in Beziehung gesetzt wird

zum Wohl seiner Mitmenschen und zum Gemeinwohl der Gemeinschaft, in der er lebt: Menschen leben in Gemeinschaft – und das Zusammenleben unter Freien bedarf der gemeinsamen Organisation. Gerechtigkeit ist daher nicht nur „Individualtugend“, sie ist auch Ordnungsprinzip von Wirtschaft und Handel, von Gesellschaft und Staat. Die Umsetzung dieses Prinzips verlangt

- zum einen, Arbeit, Mühen und Lasten nach dem Maß der Belastungsfähigkeit,
- und zum anderen, die erwirtschafteten Güter nach dem Maß des Bedarfs zuzuteilen.

Gerechtigkeit ist mit Gleichheit und Gleichbehandlung eng verwandt. Deshalb kann auch die Waage als Symbol der Gerechtigkeit verwendet werden. Zu Recht ist nämlich unser Gerechtigkeitsempfinden verletzt, wenn Ungleiches gleich oder Gleiches ungleich behandelt wird. Andererseits unterscheidet sich Gerechtigkeit deutlich von Gleichheit oder Gleichbehandlung. Sie darf zwar als Chancen-, nicht aber als Ergebnis-Gleichheit definiert werden. Politik, die sich am Gerechtigkeitsgebot orientiert, muss und darf beim Tragen der Lasten dem Stärkeren mehr aufbürden als dem Schwächeren. Bei der Besteuerung hat der Reichere mehr zu zahlen, auch relativ mehr, als der Ärmere. Spiegelbildlich verhält es sich beim Austeilen, wobei auch nicht alle das Gleiche erhalten können. Hier verlangt das Leitbild der Gerechtigkeit: Je geringer die Selbsthilfefähigkeit, desto höher der Anspruch auf defizitausgleichende Hilfe. Pflichten werden kräftebezogen auferlegt und Rechte werden bedarfsbezogen ausgeglichen.

Die auf Aristoteles zurückgehende Unterscheidung von ausgleichender und austeilender Gerechtigkeit ist auch heute noch hilfreich. Bei der ausgleichenden Gerechtigkeit geht es darum, dass Lohn und Arbeit, Ware und Preis einander jeweils wertmäßig entsprechen. Die austeilende Gerechtigkeit ist das, was heute unter „sozialer Gerechtigkeit“ verstanden werden sollte: die proportionale Gleichbehandlung beim Zuteilen von Pflichten und von Rechten – proportional deswegen, weil es gilt, das Maß der Talente und Fähigkeiten, der körperlichen, geistigen und seelischen Kräfte zu beachten sowie auf der anderen Seite das Maß der Bedürftigkeit, der individuellen Erschwernisse, der vorhandenen Defizite.

Gerechtigkeit wird seit Cicero, dem römischen Staatsphilosophen (106–41 v. Chr.), umschrieben mit der Kurzformel „jedem das Seine“, jedem das zubilligen, was er sich erarbeitet hat, was ihm rechtmäßig zusteht, was er zum menschenwürdigen Leben braucht.

Demgemäß ist es ungerecht, z.B. jemandem die Früchte seiner Arbeit zu nehmen. Es ist aber auch ungerecht, ein Mitglied des Gemeinwesens in Armut, d.h. ohne das Leben zu lassen, was zum Lebensunterhalt notwendig ist, sofern es dem Ganzen objektiv möglich wäre, die Armut zu beheben. Der Einzelne muss entsprechend diesem Prinzip seine natürlichen Freiheiten ausüben können, muss Zugang haben zu dem, was er notwendig braucht, und muss die Gewissheit haben, dass ihm das Benötigte auch morgen noch zur Verfügung steht. Dieses Verständnis von ausgleichender und austeilender Gerechtigkeit lässt sich aus der Pflicht zur Achtung der Menschenwürde ableiten.

Der Gerechtigkeitsumschreibung „jedem das Seine“ ist eine weitere Kurzformel hinzuzufügen, nämlich „jeder das Seine“, d.h., jeder tut das Seine. Gerechtigkeit ist keine Einbahnstraße. Sie besteht aus Teilhabe nur unter der Voraussetzung der Teilgabe.

Die übliche Definition in der Dativform „jedem das Seine“ stellt darauf ab, was dem Mitglied des Gemeinwesens zugebilligt werden muss oder zusteht. Die ergänzende Definition im Nominativ „jeder das Seine“ stellt darauf ab, was jedes Mitglied des Gemeinwesens seinen Fähigkeiten entsprechend geben, leisten, einbringen muss, damit überhaupt verteilt werden kann an diejenigen, die zeitweise oder ständig, teilweise oder gänzlich zur Selbsthilfe außerstande sind. Der Verteilungs- oder Bedürfnisgerechtigkeit steht die Erwirtschaftungs- oder Leistungsfähigkeitsgerechtigkeit gegenüber. Gerechtigkeit will eine Grundregel für das Nehmen und für das Geben aufstellen.

## **2.2 Politik ist friedensorientiert**

Ein weiterer Bestandteil des Gemeinwohls und eine seiner Voraussetzungen ist der Frieden, und zwar nicht nur zwischen den Völkern, sondern auch innerstaatlich. Frieden ist „eine Frucht der Gerechtigkeit“. Herrscht in einem Gemeinwesen oder zwischen den Völkern grobe Ungerechtigkeit, kann kein dauerhafter Frieden entstehen. Ungerechte Zustände gefährden den inneren und äußeren Frieden.

Es ist die Kunst der Politik, sozusagen ihr tägliches Brot, angesichts widerstreitender Interessen und auseinanderlaufender Bestrebungen in Sorge um das Ganze Kompromisswege anzubieten, Prioritäten vorzuschlagen, Stufenpläne zu entwickeln und durchzusetzen, flexibel auf aktuelle Herausforderungen zu reagieren, um den Frieden zu wahren. Biblisch ausgedrückt heißt dies: Politik muss Schwer-

ter umschmieden zu Pflugscharen, Lanzen zu Winzermessern. Dies ist die Kunst der Politik.

Es ist auch die Kunst der Ermessensausübung in der Verwaltung. Häufig stellt sich hier die Frage, ob es gelingt, eine Entscheidung einleuchtend und nachvollziehbar zu begründen. Dass Friedensstiftung und Gerechtigkeitsstreben zwar in der Regel, aber doch nicht immer nahtlos übereinstimmen, zeigt die Haltung von Gerechtigkeitsfanatikern: „Fiat iustitia, pereat mundi“, also Gerechtigkeit muss sein, selbst wenn die Welt daran zugrunde geht. Das wäre eine Politik ohne Realitätsbewusstsein und ohne Augenmaß. Friedensarbeit nach innen und nach außen verlangt Flexibilität und verbietet ideologisch verbohrtete Prinzipienreiterei oder ein Verhalten, das sozusagen „mit dem Kopf durch die Wand“ will.

### **2.3 Politik ist freiheitsorientiert**

Der dritte Bestandteil des Gemeinwohls ist schließlich die Freiheit. Als konstitutives Merkmal des Personseins des Menschen ist sie der Kern der Menschenwürde, aus der sich deshalb das Grundrecht der Freiheit ergibt. Gerechtigkeit beschreibt die Regeln des Gebens und Nehmens unter freien Menschen. Ohne Freiheit gibt es keine Gerechtigkeit und auch keine dauerhaft verlässliche Solidarität. Solidarität entsteht auf dem Boden von Gemeinsamkeit, sie ist eine Folge des Zusammengehörigkeitsgefühls und des Gemeinsinns. Diese Erkenntnis und dieses Gefühl und vor allem das daraus folgende Tun lassen sich nicht erzwingen. Deshalb sage ich: Solidarität entsteht verlässlich nur in Freiheit. Gerechtigkeit, beschrieben mit der Formel „jeder gibt das Seine“, ist ebenfalls nicht realisierbar ohne Freiheit, also ohne Freiwilligkeit, ohne die freie Entscheidung jedes Einzelnen für optimales Arbeiten an seinem Platz.

Politik als Verwaltung und Gestaltung des Gemeinwohls braucht das überzeugte Mitwirken der Mitbürger, also jener, die dafür „bürgen“, dass das Zusammenleben gelingt. Überzeugtes Mitwirken ist nicht durch die Anwendung oder Androhung von äußerem Zwang zu erreichen, nicht durch Überwachungsapparate, nicht durch polizeistaatliche Maßnahmen. Ohne ein hohes Maß an Freiwilligkeit ist das Gemeinwohl langfristig nicht zu sichern. Deshalb ist für das Überleben eines Staates die Wertevermittlung in der Erziehung so wichtig und deshalb sind für den freiheitlichen Staat Kirchen und Religionsgemeinschaft unverzichtbar.

Für die Wirtschaftsordnung und für die Organisation einer Behörde bedeutet das Postulat der Freiheit und Freiwilligkeit u.a., alles zu unterlassen, was die Menschen zur Passivität gegenüber der Gesellschaft verleitet oder dazu, dass sie ihren

Pflichten aus dem Weg gehen oder dass sie lediglich „Dienst nach Vorschrift“ machen.

Den Menschen als Freien und damit als Mitträger der gemeinsamen staatlichen Ordnung ernst zu nehmen, bedeutet daher, die Wirtschaft und die Verwaltung so zu organisieren, dass der erwartete individuelle Lohn der individuellen Leistung entspricht. Damit wird zugleich bewirkt, dass der Einzelne seine Talente voll einbringt und dass dabei nicht nur er, sondern auch die Allgemeinheit gewinnt.

### 3. Fazit

Was das Rechtsgebiet der Sozialhilfe mit diesen Gedanken zu tun hat, zeigen ihre Strukturprinzipien: Das Prinzip der Bedarfsdeckung (§ 1 und § 27 SGB XII), das Prinzip der Aktivierung zur Selbsthilfe (§ 1 und § 2 SGB II sowie § 1 Satz 2 und § 11 SGB XII), das Prinzip des Nachrangs (§ 9 SGB II sowie § 2 SGB XII), das Prinzip der Individualisierung (§ 3 SGB II sowie § 9 SGB XII), das Prinzip der familiengerechten Hilfe (§ 16 SGB XII) und das Sofortleistungsprinzip (18 SGB XII). Eine klassische Zusammenfassung all dessen, was die Sozialhilfe bedeutet und will und welche ordnungspolitische Aufgabe ihr zukommt, enthält § 9 SGB I:

„Wer nicht in der Lage ist, aus eigenen Kräften seinen Lebensunterhalt zu bestreiten oder in besonderen Lebenslagen sich selbst zu helfen, und auch von anderer Seite keine ausreichende Hilfe erhält, hat ein Recht auf persönliche und wirtschaftliche Hilfe, die seinem besonderen Bedarf entspricht, ihn zur Selbsthilfe befähigt, die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft ermöglicht und die Führung eines menschenwürdigen Lebens sichert. Hierbei müssen Leistungsberechtigte nach ihren Kräften mitwirken.“

Basis, Träger und Ziel aller Regelungen und aller Institutionen unseres Staates ist die Person. Daher hat jeder Mensch einerseits Anspruch auf Mitbestimmung und Mitgestaltung. Und andererseits hat er das Recht auf die Unterstützung durch die Gemeinschaft, wenn er aus eigener Kraft oder mithilfe seiner unterhaltspflichtigen Angehörigen seine Existenz nicht sichern kann. Dieses Recht ist nirgends besser gewährleistet als im freiheitlichen Rechtsstaat mit einer demokratischen Ordnung.

Demokratie ist allerdings auch die Staatsform mit den höchsten Anforderungen an die Ethik, an ein freies, wertgebundenes Verhalten des Staatsbürgers, an sein

überzeugtes Mittun bei der Gestaltung des Gemeinwohls. Dass der Einzelne zu solchem Mittun verpflichtet, fähig und bereit ist, muss eine demokratische Organisation voraussetzen.

Aber gerade ein freiheitlicher Staat kann wegen seiner Pflicht zur weltanschaulichen Neutralität (gemäß dem von Prof. Ernst-Wolfgang Böckenförde formulierten Paradoxon) selbst nicht garantieren, dass diese Voraussetzung auch dauerhaft verlässlich vorliegt. Damit dieses Pflichtbewusstsein, diese Fähigkeit und Bereitschaft der Einzelnen stets und in ausreichendem Umfang vorhanden ist, sind die Kirchen und Religionsgemeinschaften als Werte begründende, Werte vermittelnde und Werte bewahrende Organisationen und Institutionen ebenso unverzichtbar wie die Familie, die sich der Aufgabe stellt, Menschen zu eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeiten (§ 1 SGB VIII) zu erziehen.

## „Institution Giese“<sup>1</sup> – zugleich ein Beitrag über die Sichtbarkeit wissenschaftlichen Arbeitens

### 1. Einleitung

*„Der Deutsche Verein ist weder legitimiert noch kompetent, auf Fragen außerhalb des Sozialrechts (z.B. auf spanisches Zwangsversteigerungsrecht, zweckmäßige Vermögensanlage, Konvertibilität von Währungen) einzugehen.“<sup>2</sup>*

Ein wesentlicher Aspekt der juristischen Arbeit Dieter Gieses war die Konturierung der Aufgaben der Gutachtenstelle des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V. und ihre Ausstattung mit einer wissenschaftlichen Autorität. Beides bildete die Grundlage für die Akzeptanz der Expertisen, Meinungen und Argumente der Gutachtenstelle.

Mit hier zitiertem Leitsatz hat Dieter Giese sein Vermächtnis zur Gutachtenerstattung im Deutschen Verein hinterlassen, den er mit Ablauf des Jahres 1993 in Richtung Ruhestand verließ. In 32 Dienstjahren hat er eine Gutachtenerstattung im Deutschen Verein geprägt, herausgebildet und verantwortet, die in der deutschen Sozialrechtslandschaft einmalig<sup>3</sup> ist und in ihrer Wirkung und Bedeutung für die Praxis hohen Wert hat. Gleichwohl zeigt der zitierte Leitsatz auch den nach etwa 25 Jahren Berufserfahrung erreichten Nimbus und das mit diesem Nimbus verbundene Selbstverständnis Dieter Gieses in der Ausfüllung der Aufgabe: Abgesehen von ganz fernliegenden Rechtsmaterien, wie dem spanischen Zwangsversteigerungsrecht oder allgemeinen Fragen des Lebens wie der Zweckmäßigkeit einer Vermögensanlage, gibt es auf dem Gebiet des Sozialrechts letztlich nichts mehr, was in der Gutachtenstelle nicht kompetent und umfassend, ja nachgerade erschöpfend bearbeitet werden könnte.

- 
- 1 So Schulin, B., in: Deutscher Verein (Hrsg.): Sozialrechtswissenschaft, Sozialpolitik, soziale Praxis. Dokumentation eines Symposiums zu Ehren von Dieter Giese, Frankfurt am Main 1995, S. 3.
  - 2 Deutscher Verein: Gutachten vom 11. Februar 1988 – G 194/87.
  - 3 Ebenso herausragend, allerdings thematisch eingegrenzt auf den Rechtskreis der Kinder- und Jugendhilfe, die Gutachtenerstattung des DIJUF.

Die Zahl der von Dieter Giese verantworteten, verfassten, angeleiteten oder erstatteten Gutachten ist nachgerade unvorstellbar – sie geht in die Tausende. Sicherlich kann man in 32 Jahren auch viel Belangloses oder Einfältiges oder auch wenig Bedeutsames hinterlassen, viele kurze Texte zu einfachsten Sachverhalten oder Rechtsfragen zusammenstellen und doch gleichzeitig dabei einen universellen Schatz an Wissen, Kompetenz und Vorstellung über die in der Praxis und gerichtlichen Auseinandersetzungen überhaupt streitrelevanten und streitträchtigen Fragen des deutschen Fürsorgerechts erwerben. So häufig man nachforscht innerhalb der Gutachtenerstattung, so häufig trifft man auf skurrile, leichtfertige, mal oberflächliche, aber auch außerordentlich spitzfindige, dogmatisch anspruchsvolle, den Einzelfall weit überragende, bedeutsame Ausführungen, die erst in ihrer Gesamtheit, in ihrer Masse bedeutsam und zeitlos wirken.

Die wesentlichen vier Funktionen, die Dieter Giese der Gutachtenstelle und der Gutachtenerstattung zugemessen hat und die sich in drei Jahrzehnten herausgebildet haben, sind im Geschäftsbericht des Deutschen Vereins 1986/1987<sup>4</sup> zusammengeführt. Zunächst einmal sieht der Deutsche Verein es aufgrund seiner Nähe zum Gesetzesverfahren als seine Aufgabe an, die Anwendung von neuem, seine Mitglieder berührenden Sozialrecht über die Erörterung von ersten Zweifelsfragen zu erleichtern und damit erste Handreichungen für das Verständnis der Rechtsmaterie und ihren praktischen Vollzug zu bieten. In der Regel geht es jedoch um die Abklärung von erst im Laufe der Entwicklung auftretenden, in der Praxis unterschiedlich beurteilten Rechtsfragen. In diesen Fällen sieht der Deutsche Verein seine Gutachten als einen Beitrag zur Klärung und zur Gewinnung einer einheitlichen Rechtspraxis an. Schließlich erachtet sich der Deutsche Verein auch aufgerufen, in Grundsatzfragen des Rechts, die das Gebiet der sozialen Arbeit in besonderer Weise berühren, eine deutliche Rechtsstellung zu beziehen. Schlichtungsfunktionen bei Meinungsdivergenzen zwischen Mitgliedern des Deutschen Vereins stellen eine weitere Zielsetzung der Gutachtenerstattung dar. Bei der unterschiedlichen Beurteilung bestimmter Rechtsfragen, insbesondere mit Bewertungsspielraum für die vollziehende Behörde, dient die Einholung einer rechtsgutachterlichen Äußerung des Deutschen Vereins in vielen Fällen dazu, den rechtlichen Rahmen aufzuzeigen, innerhalb dessen die Mitglieder die Einigung suchen oder ggf. ihren Meinungsstreit vor den dafür vorgesehenen Instanzen, z.B. Gerichten oder Schiedsstellen, austragen müssen. Der hohe Anteil der Fälle, in denen bereits die Klarstellung der wesentlichen Rechtsfragen der jeweiligen Entscheidungskompetenzen der Streitbeteiligten zu einer Konfliktlösung führt, rechtfertigt auch diese Art der gutachterlichen Tätigkeit.

---

4 NDV 1987, 369, 388 f.

Dieter Giese in der Gutachtenerstattung des Deutschen Vereins nachzuspüren bedeutet aber nicht, dort einen eitlen, von sich selbst überzeugten, mit großem Sendungsbewusstsein ausgestatteten Juristen vorzufinden, sondern einen Rechtswissenschaftler, der sich trotz seiner hohen Befähigungen und Kompetenzen auch immer wieder ein hohes Maß an Bescheidenheit und Zurückhaltung aufzuerlegen wusste. Beredtes Beispiel dafür ist die bis zum Ausscheiden im Dezember 1993 in alter Konsequenz betriebene Übung, den geführten Honorarprofessorentitel als solchen, nämlich als „Hon.-Prof.“ geschrieben zu verwenden.

## 2. Die Sprache: Diktion und Understatement

Es gehört zur Auseinandersetzung mit dem juristischen Opus Dieter Gieses, sich seiner Gutachtenerstattung zunächst über die Sprache zu nähern. Es ist schon einleitend darauf hingewiesen worden, was jedem Juristen, sei er in Justiz, Rechtsanwaltschaft oder Verwaltung beschäftigt, im Umgang mit den juristischen Laien widerfährt: Manche Frage, die da gestellt wird, ist rechtlich belanglos oder schlicht, manche schlichte Frage birgt ein hoch anspruchsvolles juristisches Problem, das in der erwarteten verständlichen Antwort untergebracht werden muss oder gleich ganz unsichtbar bleiben kann.

*„Wir kommen zurück auf Ihr Schreiben vom ... und äußern uns wie folgt: Zur Erörterung steht die Frage, nach welcher Berechnungsweise bei Bezug von gleichartigen Leistungen, die nach § 69 Abs. 3 Satz 3 BSHG den Leistungen nach § 69 Abs. 3 Sätzen 1 und 2 BSHG vorgehen, das gem. § 69 Abs. 5 Satz 2 BSHG bis zu 50 von Hundert kürzbare Pflegegeld zu ermitteln ist. Die Antwort ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz ...“<sup>5</sup>*

Als anfragendes Mitglied des Deutschen Vereins mochte einem bei unbedarftem Zugang diese Antwort erschreckend, abweisend und kühl erscheinen. Gleichwohl war es kein Affront, den großen Hauptgutachter des Deutschen Vereins mit einer dergestalt profanen Rechtsfrage zu belästigen, deren Beantwortung sich bei schlichter Lektüre des Gesetzestextes – selbst dem anfragenden Mitglied – ohne Weiteres erschlossen hätte. Dieter Giese hat die Balance in den Gutachten gehalten zwischen Wertschätzung gegenüber der Frage als solcher und der Beschränkung auf die unbedingt notwendige Antwort. Im gleichen Text etwa wird dann Verständnis geäußert, dass die vom Gesetz gegebene Antwort womöglich nicht zu befriedigen vermöge. Diktion und Umgang mit den eigentlichen Anliegen der anfragenden Mitglieder unterscheiden sich damit sehr von gerichtlichen

---

5 Gutachten vom 10. November 1993 – G 101/93.

Entscheidungen, die sowohl in der Ablehnung als auch in der Empathie weit weniger menschlich sind (und zu sein haben), als ein Gutachten des Deutschen Vereins es sein darf.

Häufig finden sich defensive Gestaltungen wie „Der Deutsche Verein neigt zu der Auffassung ...“ oder „Dieser Auslegung möchten wir uns anschließen“ oder auch „nicht anschließen“. Nach „Wir meinen“, „nach unserer Auffassung“ folgt gerne ein „in ständiger Gutachtenpraxis“ mal mit einem offenkundiger Ermüdung geschuldeten, mal als Bekräftigung gedachten Unterton. Gerade in der ersten Phase der Gutachtenerstattung finden sich auch Hinweise darauf, dass sich in Literatur und Rechtsprechung zur Rechtsfrage noch keine Nachweisung finde. Dann folgt eine „Auffassung“ oder ein „Wir meinen“, um einen Impuls zu geben, ohne unnötig eine Festlegung zu betreiben. Der Umgang mit den Verwaltungen, die die weit überwiegende Anzahl der Anfragen gestellt haben (und stellen), ist stets eher verständnisvoll und nachsichtig. Er ist angenehm belehrend, angemessen bedauernd („... können wir leider keine günstigere Auskunft geben“) und stets kurz. Dass Dieter Giese gleichwohl streitlustig und harsch in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit anderen Juristen, insbesondere der Justiz war, wird an anderer Stelle noch deutlich werden.

Eine kleine Kuriosität ist die ausschließlich in den Schreiben an die Mitglieder zu findende, in den veröffentlichten Texten gestrichene Passage

*„... kommen wir auf Ihre o.a. Anfrage zurück. Ein juristischer Mitarbeiter hat dazu folgende Stellungnahme ausgearbeitet, der wir uns anschließen.“*

Der Satz kennzeichnet zwei unterschiedliche Sachverhalte: Zum einen kann er den Hintergrund haben, dass Dieter Giese im Hinblick auf andere Publikationen oder Gutachten einen Meinungswechsel vollzogen hat. Zum anderen ist der Satz Ausdruck der Bereitschaft, die auch im Deutschen Verein, in den Gremien und gerade in der Ära Schellhorn nicht seltenen unterschiedlichen Sichtweisen zwischen dem Geschäftsführer (und Kommentator) Walter Schellhorn und dem Leiter der Rechtsabteilung (und späteren stellvertretenden Geschäftsführer) Dieter Giese sowie anderen profilierten Kollegen subtil zum Ausdruck zu bringen. Freilich gibt die Wendung auch einen der freien Interpretation des Lesers offenstehenden Raum, der umso größer ist, je vertrauter man mit Giese und den Umständen im Deutschen Verein ist.

### 3. Die Blütezeit der Gutachtenerstattung

In sechs Kleineren Schriften des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge wurden in den ersten Jahren der Gutachtenerstattung durch den Deutschen Verein ausgewählte Rechtsgutachten veröffentlicht.<sup>6</sup> Dieter Giese wurde 1962 Leiter der Abteilung Recht im Deutschen Verein. Im Jahre 1962 beantwortete das Gutachtenreferat 213, 1963 323, 1964 379, 1965 390, 1966 383, 1967 481 und 1968 445 Gutachtenanforderungen. Neben der Publikation in den Kleineren Schriften bis Ende der 1970er-Jahre wurde eine weitere Vielzahl von Gutachten im Nachrichtendienst des Deutschen Vereins (NDV) publiziert.

Die Auswahl der publizierten Gutachten bzw. von Ausschnitten derselben erfolgte unter der Annahme, dass diese Gutachten für die gesamte Sozialhilfe- und Jugendhilfepraxis von Interesse sein würden und damit eine wichtige Funktion innerhalb der Herstellung von Rechtsklarheit oder Orientierung im neuen Sozialhilferecht geben würden. Sinn und Zweck der Publikation der Gutachten war und ist nicht die Steigerung der Reputation des Deutschen Vereins und seiner Gutachtenreferenten, sondern die hilfreiche Unterstützung der Mitglieder entsprechend dem in § 2 Abs. 2 der Satzung des Deutschen Vereins als Aufgabe beschriebenen Zweck der Gutachtenerstattung. Die Publikation der Gutachten dient nicht der Steigerung der Nachfrage nach rechtswissenschaftlichen Expertisen durch den Deutschen Verein, sondern sie diene vor allem in früherer Zeit in erster Linie dazu, der Praxis Anhalt und Sicherheit in der Anwendung des Rechts zu vermitteln und nachgerade zu vermeiden, dass eine Vielzahl von Mitgliedern zur nämlichen unklaren Rechtslage Anfragen an den Deutschen Verein richtet. Schon in der Anfangszeit wie in den 50 Jahren seither ist die Gutachtenerstattung des Deutschen Vereins dadurch geprägt, dass die Anfrage die Unsicherheit der Praxis mit dem vom Gesetzgeber geschaffenen Recht zum Ausdruck bringt. Die Gutachtenerstattung ist nach wie vor der direkteste Zugang zur Erhebung der Funktionsfähigkeit des Rechts in der Fläche und deckt eine Vielzahl von Fallgestaltungen und Unklarheiten im Recht auf, die der generellen Literatur, insbesondere der Kommentarliteratur, häufig verborgen bleibt und zu der sie sich nicht äußert. Zu Gieses Zeit war diese Funktion um ein Vielfaches höher wegen der geringeren Verbreitung von Rechtswissenschaftlern in den Verwaltungen und einer weit geringeren Anzahl an Kommentaren, Monografien und Literatur zum neuen Recht, aber vor allem auch wegen des Fehlens einer Judikatur zum Sozialhilferecht.

---

6 Kleinere Schriften des Deutschen Vereins (KS): KS 26 (1967), KS 32 (1969), KS 37 (1970); KS 41 (1973); KS 54 (1975); KS 58 (1978).

Seit Zunahme der rechtswissenschaftlichen Durchdringung des Sozialrechts, insbesondere auch des Fürsorgerechts durch Kommentare und weitere Literatur hat sich die Gutachtenerstattung im Umfang stark reduziert und beschränkt sich in heutiger Zeit weitgehend auf Rechtsfragen, die sich mit einschlägiger Literatur und Rechtsprechung nicht mehr beantworten lassen, weil sie Schnittstellenfragen oder Anwendungsfälle betreffen, die in der rechtswissenschaftlichen Literatur oder vor Gericht noch nicht aufgekommen, bekannt geworden und auch nicht beantwortet worden sind. Heute wie vor 50 Jahren ist es deshalb vornehmste Aufgabe der Gutachtenerstattung im Deutschen Verein der Praxis, die stets das Recht in direkter und unmittelbarer Prüfung wie auch seine Tauglichkeit hinterfragt, zu helfen, mit dem vom Bundesgesetzgeber geschaffenen Recht zurande zu kommen und zu arbeiten.

Die sechs kleineren Schriften, die die ersten 2.500 Gutachten des Deutschen Vereins dokumentieren – auch wenn naturgemäß aus Platzgründen gerade mal 350 der Gutachten Erwähnung bzw. Abdruck finden konnten –, folgen einer Logik und Schwerpunktsetzung, wie sie die Praxis geprägt hat. Zu unterscheiden waren zunächst Fragen des Leistungsrechts der Sozial- und Jugendhilfe. Ein zweiter wesentlicher Aspekt betraf die Überleitung von Ansprüchen und Fällen zu anderen Leistungsträgern. Der zweite Aspekt ist insbesondere im ersten Jahrzehnt nach Einführung des Bundessozialhilfegesetzes ein ganz wesentlicher Punkt gewesen, denn mit dem BSHG hatte der Bundesgesetzgeber der Nomenklatur des Sozialleistungssystems eine weitere bundesrechtlich einheitliche ausdifferenzierte, sozialleistungsrechtliche Säule für die Fürsorge hinzugefügt.<sup>7</sup> Es liegt in der Natur der Sache, dass mit der Einführung eines neuen Sozialleistungszweiges Abgrenzungsfragen hinsichtlich der örtlichen und sachlichen (materiellrechtlichen) Zuständigkeit einhergehen. Nämliche Beispiele fanden und finden sich in der Folge der Einführung des SGB XI oder des SGB II. Weiteres Kennzeichen der Einführung des Bundessozialhilfegesetzes war eine Neukreation und Klarstellung hinsichtlich sachlicher und örtlicher Zuständigkeiten für die Aufgaben der öffentlichen Fürsorge. Mit der Etablierung einer Generalzuständigkeit der Kreise und kreisfreien Städte, aber auch der Möglichkeit der Heranziehung kreisangehöriger Gemeinden ging die historischen Entwicklungen geschuldete Sicherung der Aufgaben und Zuständigkeiten der überörtlichen Träger der Sozialhilfe einher. In einer dreigliedrigen sozialhilferechtlichen Zuständigkeit kommt es naturgemäß zu einer Vielzahl von Zuständigkeitsstreitigkeiten und in der Folge auch zu einer Vielzahl von Kostenerstattungsstreitigkeiten zwischen den Aufgabenträgern. Als ein Verein, der die gesamte kommunale Familie, aber auch die überörtlichen

---

<sup>7</sup> Vgl. Giese, D. in: ZfF 1993, 1 ff.; ders., in: Münder: Die Zukunft der Sozialhilfe, 1988, S. 9 ff.; ders., in: ZfSH/SGB, 249 ff., 305 ff., 374 ff.

Träger der Sozialhilfe einschließlich der Länder vereint, ist es stets dem Deutschen Verein zugekommen, die jeweils eigenen Verbänden zugehörigen Sozialleistungsträger im Bereich der Fürsorge zu versöhnen und in Kostenerstattungsstreitigkeiten Lösungen außerhalb der Gerichtsbarkeit zu finden. Die Anzahl der Rechtsgutachten, die Kostenerstattungsfälle zwischen Kommunen, kreisangehörigen Gemeinden, Nachbargemeinden oder überörtlichen Trägern zum Gegenstand haben, geht in die Hunderte, und der Beitrag des Deutschen Vereins ist hier nicht nur ein Beitrag zur Ausformung und Durchdringung des Kostenerstattungsrechts und des Rechts örtlicher und sachlicher Zuständigkeit, sondern er ist ein unmittelbarer und wesentlicher Beitrag zur Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die andernfalls mit solchen Streitigkeiten in hundertfacher Weise belastet gewesen wäre.

Schließlich ist zu betonen, dass gerade in der Anfangszeit der Einführung des Bundessozialhilfegesetzes auch eine Neukreation deutschen Verwaltungsrechts in Amtsstuben und bei den Behörden Einzug gehalten hat.<sup>8</sup> Ein wesentlicher Aspekt der Gutachtenerstattung sind also die Technik modernen Verwaltungshandelns und die Etablierung von Standards der Erstattung und der Erbringung von Sozialleistungen in einem geregelten Verwaltungsverfahren. In vielen Gutachten geht es also auch um allgemeine Fragen des Verwaltungsrechts und des Verwaltungshandelns in der Sozial- und Jugendhilfe. Ausdruck dieser intensiven Befassung ist natürlich die Herausgeberschaft Gieses für den Kommentar zum SGB I und X.<sup>9</sup>

In die Blütezeit der Gutachtenerstattung fallen auch heute fast vergessene und doch bis heute nachwirkende Rechtsfragen. Drei Beispiele:

#### *Kindergeld und seine Anrechnung auf Leistungen der Sozialhilfe*

In der Entscheidung des BSG vom 8. Februar 2007<sup>10</sup> findet sich der Satz: „Kindergeld ist seiner Natur nach Einkommen (so bereits zu den Vorgängerbestimmungen BVerwGE 114, 339, 340 f.; 94, 326, 328; jeweils m.w.N.), und zwar dessen, an den es ausgezahlt wird (BVerwGE 122, 128 f. m.w.N.; BVerwG, NJW 2004, 2541).“ Die in Bezug genommene Judikatur ihrerseits nimmt auf frühere Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Bezug, und so gelangt der Leser – wenn er nicht den umgekehrten Weg über die Gutachten von Anfang der 1960er-Jahre

8 Beginnend mit dem „Bund-Länder-Ausschuss zur Erarbeitung des Musterentwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes“ 1960 (vgl. zur Geschichte Jung: SGB 2001, 1 ff.), abgeschlossen erst mit der Kodifikation des SGB X vom 18. August 1980, BGBl I S. 1469.

9 Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil und Verfahrensrecht, Loseblatt, 1981 ff.

10 B 9b SO 5/06 R, NZS 2008, 156 f.

geht – zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Januar 1965.<sup>11</sup> Hierin wird unter Heranziehung auch des Verfassungstextes die Zuordnung des Kindergeldes zwischen dem Kindergeldberechtigten und dem Kind, für das Kindergeld geleistet wird, in der Dogmatik des Einkommenseinsatzrechts geleistet, wobei natürlich zunächst zu entscheiden war, dass das Kindergeld nicht als zweckbestimmte Einnahme privilegiert<sup>12</sup> war. Anders als in seiner Entscheidung vom Januar 1965 hat das BVerwG später allerdings die Zuordnung des Kindergeldes zu demjenigen, der es ausgezahlt erhält, geschärft.<sup>13</sup> Es kann hier nicht behauptet werden, die Gutachten und sonstigen Aktivitäten des Deutschen Vereins seien der Grund für diese Rechtsprechungsänderung gewesen, denn sie erfolgte erst im Hinblick auf das neue Kindergeldrecht. Allerdings finden sich nicht nur eine harsche Urteilkritik Gieses („volitiv und emotional vorbestimmte Ergebnisse mit der von der Prozessordnung vorgeschriebenen Begründung versehen“)<sup>14</sup>, sondern auch rege Aktivitäten in Gutachten<sup>15</sup> und im zuständigen Arbeitskreis<sup>16</sup> des Deutschen Vereins. Was heute dem BSG nur einen Satz wert ist, hatte Dieter Giese, die Arbeitsgremien des DV und die Justiz ausführlich und mit einiger Schärfe beschäftigt. Von Anfang an hatte Giese die Auffassung vertreten, dass das Kindergeld demjenigen zuzuordnen sei, an den es ausgezahlt wird.<sup>17</sup>

*Die rechtliche Bewertung des Arbeitsvertrages bei der Hilfe zur Arbeit, heute Arbeitsgelegenheiten und „Ein-Euro-Jobs“*

Schon in der Hilfe zur Arbeit nach § 19 Abs. 2 BSHG waren Arbeitsgelegenheiten als Mittel zur Überwindung der Langzeitarbeitslosigkeit eingesetzt worden. Die Vorschrift, die teilweise Vorläufer der heutigen Regelungen im § 16d SGB II ist, diente in der Praxis zur Absicherung unterschiedlicher Beschäftigungsverhältnisse. Schon damals – wie mit Einführung des SGB II aufs Neue – war die Rechtsnatur der Vereinbarungen zwischen den Trägern der Arbeitsgelegenheit und der leistungsberechtigten Person umstritten. Dieter Gieses Gutachten zur

---

11 In NDV 1965, 187. Nochmals geschärft BVerwG vom 16. Februar 1972, NDV 1972, 222.

12 So etwa seinerzeit das VG Düsseldorf, ZfF 1965, 247.

13 Ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2003 – 5 C 25/02, NJW 2004, 2541, 2542. Für Leistungen der Jugendhilfe haben sich aber Unterschiede gehalten, Urteil vom 21. Oktober 2004 – 5 C 30/03, NJW 2005, 1208.

14 In NDV 1965, 188.

15 Deutscher Verein, Gutachten vom 7. Februar 1966 – III – 34/66, 2461/11 und vom 12. September 1966 – II – 251/66, 2461/11.

16 Vgl. den Bericht in NDV 1966, 317.

17 Gemäßigt in Gottschick/Giese: BSHG, 9. Aufl. 1985, § 76 Rdnr. 6 unter Verweis auf die „eingehende Würdigung“ des Streits noch bis zur 5. Auflage, und nochmals ausführlich in ZfSH/SGB 1986, 159 ff.

Rechtsfrage<sup>18</sup> dreht sich um das Problem, ob aufgrund des Rechtsrahmens in der Sozialhilfe und der Führung des Beschäftigungsverhältnisses im Rahmen der Hilfestellung auch die Vereinbarungen zwischen dem Maßnahmeträger und dem Leistungsberechtigten öffentlich-rechtlicher Natur sind mit der Folge, dass auch der Rechtsweg zu den seinerzeit zuständigen Verwaltungsgerichten gegeben wäre. Gieses Ergebnis – eine minutiöse Begründung, warum solche Beschäftigungsverhältnisse öffentlich-rechtlicher Natur sind – findet in der heutigen Debatte<sup>19</sup> keinerlei Erwähnung mehr.<sup>20</sup> Und doch ist die hier zu findende Auffassung, die einmal eine Mindermeinung war, nun ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts<sup>21</sup> und herrschende Meinung.<sup>22</sup> Seine Argumente waren allerdings schon 1985 stark.

*Erteilung von Nachhilfe: Bildungsfrage, Teil der Existenzsicherung oder Aufgabe der Jugendhilfe?*

Nachdem das Bundesverfassungsgericht am 9. Februar 2010 die Bemessung der Regelsätze in der Sozialhilfe und der Grundsicherung für Arbeitsuchende verworfen hat<sup>23</sup> und nunmehr eine Neugestaltung ansteht, ist der Umgang mit der schulischen und außerschulischen Bildung und damit auch der Nachhilfe medial<sup>24</sup> und politisch<sup>25</sup> umstritten. Die zentrale Frage ist durch die Karlsruher Entscheidung gestellt worden, die ausdrücklich die schulische Bildung mit dem kulturellen Existenzminimum verbindet<sup>26</sup> und so eine Neubewertung des Bedarfs in Bezug auf der Existenzsicherung verwandter kultureller Teilhabe und Chancengleichheit vornimmt.

---

18 Gutachten vom 20. November 1984 – G 41/83, NDV 1985, 89 f.

19 Angeführt von Eicher, in: ders./Spellbrink: SGB II, § 16 Rdnr. 239, 236c und Bieback, NZS 2005, 337, 342.

20 Auch Peter Trenk-Hinterberger, der seinerzeit die h.M. (privatrechtlicher Vertrag) geprägt hatte, vgl. ders., in: NDV 1984, 405, 409 ff., erwähnt den alten Streit nicht mehr und ist kommentarlos auf die neue Linie eingeschwenkt, vgl. ders., in: Stahlmann u.a.: Recht und Praxis der „Ein-Euro-Jobs“, S. 272.

21 BAG vom 17. Januar 2007 – 5 AZB 43/06 –, juris.

22 Stahlmann, in: Stahlmann u.a. (Fußn. 20), S. 124 ff.; Voelzke, in: Hauck/Noftz: SGB II, K § 16 Rdnr. 415 ff.; Rixen/Panaris, NJW 2005, 2177, 2179; Thie, in: LPK-SGB II, § 16 Rdnr. 37 jeweils m.w.N.

23 BVerfG vom 9. Februar 2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09.

24 Etwa Klerks, info also 2010, 56, 61/62; Rixen, SGB 2010, 240, 244; Berlit, KJ 2010, 145, 154 ff.; 159 ff.

25 Einen Überblick ergeben die Materialien der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages am 17. Mai 2010, Ausschussdrucks. 17(11)154.

26 A.a.O (Fußn. 23), Rdnr. 180 ff, 197.

Ganz anders das Gutachten vom 18. September 1974:<sup>27</sup> Der Schüler, der Nachhilfe benötigt, könne sich wegen der Übernahme der Kosten des Nachhilfeunterrichts nicht an den Schulträger wenden, weil diesen nach den Schulgesetzen der Länder keine Kostentragungspflichten treffe. Da Pflege und Erziehung von Kindern im schulpflichtigen Alter außerhalb der Schule zu den Aufgaben des Jugendamtes gehörten (so damals §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 JWG), bestehe die Aufgabe der Jugendhilfe in der Unterstützung und Ergänzung der Familienerziehung. Wo die Familienerziehung also etwa bei der Schule nicht genug Unterstützung leisten könne, komme die Unterstützung durch das Jugendamt in Betracht. Die Nachhilfe erscheint so letztlich als Erziehungsaufgabe. Diese möglicherweise etwas zu einfach gedachte Linie hat Giese in einem differenzierten Gutachten vom 19. März 1991<sup>28</sup> aufgegeben, nachdem in den Jahren dazwischen eine Reihe von Abgrenzungsfragen zwischen der sachlichen Zuordnung des Bedarfs<sup>29</sup> eher zur Sphäre der Erziehungshilfen oder zur Lebensunterhaltssicherung oder zu § 27 Abs. 2 BSHG<sup>30</sup> (heute § 73 SGB XII) diskutiert worden waren: Die Kosten für Nachhilfeunterricht gehörten nicht zu den Aufgaben der Jugendhilfe, wenn dadurch lediglich schulische Wissenslücken und Minderleistungen ausgeglichen werden sollten. Die Übernahme der Kosten könne eine Leistung der Jugendhilfe sein, wenn die schulischen Defizite in einem unmittelbaren Zusammenhang mit Erziehungsschwierigkeiten stünden. Auch in diesem Gutachten findet sich schon der Maßstab vollständig ausformuliert, der auch in der aktuellen Debatte beachtlich ist:

*„Zum Thema Kostenträger für Nachhilfeunterricht hat der Deutsche Verein wiederholt die Ansicht vertreten, dass es in erster Linie Angelegenheit der Schule ist, die Chancengleichheit für Schüler zu gewährleisten und einen Weg zu finden, die Schüler zu fördern, die die Leistungen zumindest zeitweilig nicht voll erbringen, deren Eltern aber auch nicht in der Lage sind, Nachhilfeunterricht zu finanzieren. Erst wenn – wie leider in den meisten Fällen – der Schulträger bzw. die Schule selbst untätig bleibt, stellt sich die Frage nach Leistungen der Jugend- oder Sozialhilfe.“*

---

27 Gutachten vom 18. September 1974 – V-8, 343/74, 6001, KS 58 (1978), S. 70 f.

28 Gutachten vom 27. Mai 1991 – G 47/91.

29 Vgl. die Gutachten vom 8. September 1982 – G 156/82; vom 16. September 1983 – G 225/83; vom 6. Juli 1983 – G 167/83; vom 28. November 1984 – G 272/84; vom 30. Juli 1987 – G 95/87 und vom 27. Mai 1991 – G 47/91.

30 So Gutachten vom 24. Januar 1979 – G 284/78, 5030, NDV 1979, 92; vgl. auch VGH Baden-Württemberg vom 10. Januar 1979, FEVS 27, 248.

Der in der Folge der Karlsruher Entscheidung konnotierte<sup>31</sup> Leitgedanke der Gefahr für die Lebenschancen<sup>32</sup> für Kinder, die durch Nichtleistung der notwendigen Aufwendungen zur Erfüllung schulischer Pflichten drohe, findet sich schon in diesem Gutachten.

Die Regelsatzbemessung im Ganzen ist freilich auch ein eigenständiges Thema in Gieses Œuvre. In einem gerade mit der Rezeption der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts befassten Diskurs erhellt ein Blick in die juristische Herleitung und Beschreibung der „Krise des Regelsatzsystems“ aus dem Jahr 1987, warum in Karlsruhe der Regelsatz und seine Bemessung aus dogmatischer Sicht scheitern mussten.<sup>33</sup> Es ist nicht unbedingt schön, in einem 23 Jahre alten Beitrag die rasend aktuelle Frage erörtert zu finden, ob ein entsprechender Bedarfsansatz im Regelsatz, der aber nicht ausreicht, den jeweils benötigten Gegenstand aus dem Repräsentationsansatz zu erwerben, gleichwohl mit dem Regelsatz als abgegolten gilt oder ob für seine Beschaffung ggf. eine einmalige Leistung zu gewähren ist. Wie schon seit Anfang der 1980er-Jahre die Verwaltungsgerichtsbarkeit weicht auch das Bundesverfassungsgericht in eine Gewährung einmaliger Beihilfen aus, heuer in Form der Härtefallregelung. Das rechtswissenschaftliche Problem der Regelsatzsystematik und der mit ihr einhergehenden, im Einzelfall stets gegebenen Gefahr einer Bedarfsunterdeckung hat Karlsruhe im Sinne einer Einzelfallgerechtigkeit aufgelöst. Für Kinder wollte die Justiz das schon beim Kinderspielzeug<sup>34</sup> nicht hinnehmen, nunmehr ist der kulturellen Weiterentwicklung dieser Gesellschaft gemäß die gesamte kulturelle Teilhabe im Blick. Giese – so viel zur Vergänglichkeit dogmatischer Höhenflüge – findet sich weder in der Karlsruher Entscheidung noch in deren Rezeption bisher zitiert.

#### **4. Das Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen**

Im letzten Abschnitt seines wissenschaftlichen Wirkens hat sich Dieter Giese nicht mehr zuvorderst mit den profanen leistungsrechtlichen Bestimmungen der allgemeinen Fürsorge befasst, sondern sich zunehmend dem Leistungserbringungsrecht, dem Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen und dem Heimrecht zugewandt.<sup>35</sup> Eine Zäsur stellen insoweit die Aufgabe der Weiterführung des von ihm mit dem Kollegen Gottschick herausgebrachten und zum Schluss

---

31 Vgl. Lenze, *Wiso* Diskurs 5/2010, S. 13: „Teilhabegrundrecht für Kinder“.

32 BVerfG (Fußn. 23), Rdnr. 192.

33 Giese, in: *ZfSH/SGB* 1987, 505, 525 ff.

34 OVG Lüneburg vom 10. September 1986, *ZfF* 1986, 252. Eingehend dazu Giese, in: *ZfF* 1987, 49 ff.

35 Vgl. auch Neumann, in: *ZfF* 1993, 281, 283.

allein verantworteten Kommentars zum Bundessozialhilfegesetz dar, der in der 9. Auflage 1985 zuletzt erschienen war, vielleicht auch seine Beiträge zu 25 Jahren<sup>36</sup> Sozialhilfe.<sup>37</sup> Offenkundig hatten ihn der Ethos und das Streben verlassen, in der allgemeinen Sozialhilfe weiterhin Rechtsprechung, Gutachtenpraxis und praktisches Recht zusammenzuführen und zu dokumentieren. Er suchte ganz offenkundig nach neuen Betätigungsfeldern und neuen Forschungsschwerpunkten. Auch in der Gutachtenerstattung zeigt sich, dass eine Vielzahl von fürsorgerechtlichen Anfragen aus der Republik versierten Gutachterkollegen im Deutschen Verein anheimgegeben worden waren und Dieter Giese sich in erster Linie auf die für ihn noch interessanten neuen Felder gutachterlicher rechtswissenschaftlicher Betätigung konzentrierte, auch wenn in die Zeit z.B. auch der große Beitrag zum Regelsatzsystem fällt.<sup>38</sup>

Die Konzentration Dieter Gieses auf das Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen gerade in dieser Zeit ist rechtshistorisch gut nachvollziehbar. Denn Mitte der 1980er-Jahre trat im deutschen Sozialrecht ein Trend zur Verrechtlichung der Rechtsbeziehungen zwischen den Trägern sozialer Einrichtungen und den Kostenträgern ein. In diese Zeit fallen ausgehend von im Krankenversicherungsrecht etablierten Rahmenvertragskonstruktionen auf Landesebene (vgl. z.B. § 372 RVO zur Zusammenarbeit zwischen Krankenhäusern und Kassen) eine Reihe von Veränderungen auch im Vertragsrecht der Sozial-, Kinder- und Jugendhilfe, die eine neue Form der Zusammenarbeit innerhalb des Dreiecksverhältnisses in der sozialen Arbeit nach sich zogen. Studiert man die juristische Literatur dieses Jahrzehnts, so fällt auf, dass eine Vielzahl von Schriften und dogmatischen Aufarbeitungen des Verhältnisses zwischen den Trägern sozialer Einrichtungen und den Sozialleistungsträgern verfasst wurden, die sich mit der rechtlichen, rechtswissenschaftlichen, rechtsdogmatischen Durchdringung dieser Verhältnisse befassen.<sup>39</sup> Ausgehend von der Sicherung der Stellung der freien Wohlfahrtspflege im Dreiecksverhältnis 1983 bis hin zum Abschluss einer Gesetzgebungstätigkeit

36 Giese, in: Münder (Hrsg.): Die Zukunft der Sozialhilfe, 1988, S. 9 ff. und vor allem in ZfSH/SGB 1987, 249 ff., 305 ff., 374 ff.

37 Für Neumann, ZfF 1993, 281, 282 sind diese Beiträge „eine eigene Literaturgattung“.

38 Giese, in: ZfSH/SGB 1987, 505 ff.

39 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit und ohne jede Absicht, nicht erwähnte Autoren zurückzusetzen: Wegener: Staat und Verbände im Sachbereich Wohlfahrtspflege, 1978; Neumann: Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 1992; Schmitt: Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, 1990; F. Kirchof: Private Rechtsetzung, 1987; Depenheuer: Staatliche Finanzierung und Planung im Krankenhauswesen, 1986; Dettmer: Verfassungsrechtliche Probleme der Krankenhausfinanzierung und Pflegesatzregelung, 1979; Behrends: Grenzen des Privatrechts in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1985; oder auch die Sammelbände des Verbands evangelischer Einrichtungen (Hrsg.): Das sog. Dreiecksverhältnis zwischen Sozialhilfeträger, Sozialhilfeempfänger, Einrichtungsträger, 1987, oder Gägen: Neokorporatismus und Gesundheitswesen, 1988.

Mitte der 1990er-Jahre mit der Kreation eines echten Leistungserbringungsrechts in der Sozialhilfe ist ein Konversionsprozess verbunden, der zu einer Neujustierung und Neubestimmung des Verhältnisses zwischen der öffentlichen und der freien Seite in der sozialen Arbeit geführt hat.<sup>40</sup> Es ist symptomatisch und gleichzeitig großes Beispiel für die juristische und sozialpolitische Intelligenz Dieter Gieses, hinsichtlich neuer Rechtsentwicklungen und Rechtsausrichtungen stets am Puls der Zeit gewesen zu sein. Nachlesbares Beispiel hierfür sind die Publikationen Gieses aus dieser Zeit.<sup>41</sup> Es ist deshalb nicht weiter verwunderlich, dass Dieter Giese dieser Rechtsentwicklung tatkräftig zur Seite stand.

Ausdruck dieses schöpferischen Instinkts ist auch die Kreation der Vierteljahresschrift RsDE (Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen), die er zusammen mit Volker Neumann 1988 gegründet hat. Mit der Begründung der Schriftenreihe, aber auch seiner Befassung mit der Rechtsmaterie des Verhältnisses zwischen den Leistungsberechtigten, den Leistungserbringern und den Leistungsträgern hat Dieter Giese die wachsende Bedeutung der sozialen Dienste und Einrichtungen sowohl für die Lebensqualität der Bürger als auch für die Wissenschaft und Praxis des Sozialrechts früh erkannt.<sup>42</sup> Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Fragen der Leistungserbringung ist auch eine Rückkehr zu den Urgründen der Entstehung des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge selbst. Eine merkwürdige und gleichwohl ganz zwangsläufige Koinzidenz zwischen einem sich dem Ende neigenden Berufsleben und einer Verbindung der Aufgaben und Entstehungsgründe des Deutschen Vereins als solchem hat dazu geführt, dass Dieter Giese wie zu Anfang der Erfindung des Sozialhilferechts zum Ende seines beruflichen Daseins das Verhältnis zwischen der öffentlichen und der freien Seite neu bestimmt, ausgelotet und inspiriert hat.

Die RsDE dienten Dieter Giese als Herausgeber dazu, die dogmatische Aufarbeitung des neuen Rechtsgebiets des Leistungserbringungsrechts für die Fürsorge zu betreiben. Beiträge, wie der von Neumann in der RsDE 1 (1988), S. 25 zu Fragen des Abschlusses von Kostenvereinbarungen im Rahmen des § 93 Abs. 2, oder von Kreikebohm: Die Einrichtungsbegriffe im Bundessozialhilfegesetz, RSDE 6

---

40 Zunächst Gesetz vom 4. November 1983 (Teil II der SGB X-Einführung), dann durch das FKPG vom 23. Juni 1993 (BGBl. I S. 944), dann durch das 2. SKWPG v. 21. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2374) und abgeschlossen mit dem Gesetz vom 23. Juli 1996 (BGBl. I S. 1088). Vgl. Giese, in: ZfF 1993, 145 zum FKPG; in RsDE Heft 25/1994, S. 23 ff. zum 2. SKWPG.

41 Etwa zur Bedarfssteuerung und Prüfung, in: ZfF 1984, 93 ff. und RsDE Heft 7/1989, S. 65 ff.; zum Wunschrecht zwischen häuslicher und stationärer Pflege in: RsDE Heft 4/1989, S. 39 ff.; zu Rahmenverträgen in: RsDE 29/1995, S. 1 ff.; in die Reihe gehören auch Gutachten, auch sein letztes für den DV vom 17. Dezember 1993 – G 140/93.

42 Mulot, in: RSDE Heft 55/2003, S. 1, 3.

(1989), S. 1 ff zeigen, dass Dieter Giese daran gelegen war, nicht selbst durch Beitrag und wissenschaftliches Œuvre zur Weiterentwicklung der Rechtsmaterie beizutragen, sondern dass er seine Aufgabe darin gesehen hat, geeignete Autoren und kompetente Rechtswissenschaftler zu versammeln und zu ermuntern, dieser Rechtsmaterie besondere Aufmerksamkeit zu widmen und für ihre dogmatische und rechtswissenschaftliche Ausarbeitung zu sorgen. Volker Neumann hat diesem Wirken Gieses seine besondere Würdigung zuteil werden lassen, indem er ihn als seinen (und anderer) Lehrer bezeichnet hat.<sup>43</sup> Stets hat er es verstanden, sich selbst im Hintergrund zu halten, sich nicht selbst zu produzieren, sondern durch Wort, am liebsten am Telefon und in der Gutachtenerstattung, aber auch durch Foren zur Publikation, dafür zu sorgen, dass andere sich in der Rechtswissenschaft um die dogmatische und schriftstellerische Weiterentwicklung der Fürsorge bemüht haben. Er inspirierte den Autor, er ermunterte die jungen Wissenschaftler, sich mit neuen Materien und Rechtsfragen auseinanderzusetzen, er protegierte „seine Leute“ und hatte die gesamte Republik überzogen mit einem feinen Netz telefonisch und persönlich gewirkter Kontakte und Netzwerke. Dieser Kraft ist das Angedenken gewidmet.

---

43 Neumann, in: ZfF 1993, 281, 284.

## Die Eingliederungsvereinbarung als innovative Handlungsform des Sozialrechts

### 1. Einleitung

Mit der Schaffung der Eingliederungsvereinbarung in § 15 des Sozialgesetzbuches Zweites Buch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – (SGB II) durch Artikel 1 des Vierten Gesetzes über moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003<sup>1</sup> hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, allgemeine verwaltungsrechtliche Entwicklungen<sup>2</sup> aufzugreifen und ein grundlegend neues, zugleich aber auch ein „massenhaft“ einzusetzendes Instrument für das sozialrechtliche Verhältnis zwischen Leistungsträger, Leistungsempfänger und ggf. Dritten zu normieren.

Der vor allem in der Verwaltungsrechtswissenschaft<sup>3</sup> dargestellte Wandel der Arten und Formen des Verwaltungshandelns in Richtung einer zunehmend kooperativen<sup>4</sup> Gestaltung der Beziehungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und

- 1 BGBl. I S. 2954 ff.; im Umgangssprachgebrauch „Hartz IV“. Die zwischenzeitliche strafgerichtliche Verurteilung des Namensgebers hat hieran nichts geändert (vgl. FAZ Nr. 1 vom 2. Januar 2010: „Hartz IV – Mythen der Jahrhundertreform“ und Mempel: „Hartz IV – Organisation auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand – Zulässigkeit der Mischverwaltung zwischen Bund und Kommunen im SGB II, 1. Aufl. 2007). Die Bezeichnung wird auch vom Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 14. Februar 2005 – 1 BvR 195/05 – Rdnr. 1, Pressemitteilung vom 22. Januar 2010) und in dem vom Bundestag und Bundesrat betreuten Register über den Stand der Gesetzgebung des Bundes (GESTA) verwandt. Vgl. zu den Vorschlägen der Hartz-Kommission Fuchsloch, in: Gagel, Kommentar zum SGB II/III, § 15 SGB II Rdnr. 6 ff.
- 2 Vgl. hierzu Verf. in: Giese/Wahrendorf: SGB X Kommentar, vor § 53 mit weiteren Nachweisen; s.a. bereits Gent: Der subordinationsrechtliche Vertrag (§ 53 SGB X) als geeignete Handlungsform zur Erbringung von Sozialleistungen (1987), sowie Felix: Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates, DVBl 2004, 1070 ff., Köhler: Die verwaltungsrechtlichen Handlungsformen – taugliches Instrumentarium des Sozialstaats neuer Prägung?, WzS 2005, 321 ff.; Fröhlich: Vertragsstrukturen in der Arbeitsverwaltung (2007).
- 3 Vgl. u.a. Jochum: Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessordnung (2004), S. 163 ff.; Grziwotz: Vertragsgestaltung im Öffentlichen Recht (2002), Rdnr. 10 ff.; Schmidt-Aßmann: Zur Gesetzesbindung der verhandelnden Verwaltung, in: Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, Festschrift für Wilfried Brohm (2002), S. 547 ff.; ders.: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (1998), S. 265; Schlette: Die Verwaltung als Vertragspartner (2001); Ziekow/Siegel: Entwicklung und Perspektiven des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch 2003, 593 ff.
- 4 Vgl. Wallerath, in: von Maydell/Ruland/Becker, Sozialrechtshandbuch (2008), S. 502 zu Rdnr. 254; Holzmann: Das Kooperationsprinzip, Kooperatives Staatshandeln zwischen

den Bürgern hat den Gesetzgeber zur Normierung der Eingliederungsvereinbarung als neuer Handlungsform<sup>5</sup> des Sozialrechts veranlasst. Diese ist elementarer Bestandteil und eine konkrete Ausgestaltung des die Gewährung der Grundsicherung für Arbeitsuchende beherrschenden Grundsatzes des „Förderns“ (vgl. § 14 SGB II) und des „Forderns“ (vgl. § 2 SGB II) und soll nach der Amtlichen Begründung<sup>6</sup> „verbindliche Aussagen zum Fördern und Fordern des Erwerbsfähigen, insbesondere zu den abgesprochenen Leistungen zur Eingliederung in Arbeit und den Mindestanforderungen an die eigenen Bemühungen um berufliche Eingliederung nach Art und Umfang“ enthalten. Die Eingliederungsvereinbarung wird daher zu Recht als das „Kerninstrument aktiv kooperativer Eingliederungs Bemühungen“ bezeichnet.<sup>7</sup> Sie ist zugleich in das dem SGB II zugrunde liegende Konzept des aktivierenden Sozialstaats<sup>8</sup> eingebunden und soll die Eigeninitiative von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen durch schnelle und passgenaue Eingliederung in Arbeit unterstützen.<sup>9</sup> Zugleich ist es das Ziel der Regelung, die Eigenverantwortung des Bürgers zu stärken, und sie bietet die Gelegenheit, ihn vom Status des „passiven Leistungsempfängers“ wegzuführen.<sup>10</sup>

Rechtsvergleichende Untersuchungen zeigen, dass in vielen Ländern sozialrechtliche Eingliederungsvereinbarungen als positives Instrument dann eingesetzt werden können, wenn die Berater die Bedürfnisse und Wünsche der Hilfebedürftigen intensiv erkunden, die Programme bedarfsentsprechend gestalten und Zeit und Spielräume für eine intensive Kommunikation haben. Jede soziale, personale Dienstleistung, die individuelles Verhalten beeinflussen und Orientierungen verändern will, sei nach diesen Erkenntnissen nur insoweit effektiv, als es ihr gelingt, ein durch die Eingliederungsvereinbarung formalisiertes „Arbeitsbündnis“ zwischen Bürger und Verwaltung herzustellen.<sup>11</sup>

---

Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (2006), S. 195 ff.; Kretschmer: „Sozialhilfe“ durch Vertrag, DÖV 2006, 893 ff.

5 Vgl. Knoblauch/Hübner: Die Eingliederungsvereinbarung als Handlungsform im SGB II und SGB III, NDV 2005, 277 ff.

6 BT-Drucks. 15/1516, S. 54.

7 So Berlitz, in: LPK-SGB II (2. Aufl. 2007), § 15 Rdnr. 1; ferner Löns, in: Löns/Herold-Tews: SGB II Kommentar (2. Aufl. 2009), § 15 Rdnr. 3.

8 Vgl. die Nachweise bei Lang: Die Eingliederungsvereinbarung zwischen Autonomie und Bevormundung, NZS 2006, 176 Fußn. 4; ferner Wallerath: Paradigmenwechsel in der sozialen Sicherung?, in: Fiat Justitia – Recht als Aufgabe der Vernunft (2006), S. 187 ff.

9 BR-Drucks. 558/03, S. 2; vgl. auch Busse: Fürsorge zwischen Gleichheit und Freiheitsverwirklichung, NDV 2004, 339 [340, 341].

10 Vgl. hierzu Kretschmer, a.a.O., DÖV 2006, 894.

11 Ausführlich hierzu Bieback: Rechtliche Grundstrukturen der „Aktivierung“ arbeitsloser Sozialhilfeempfänger – Ein Vergleich zwischen Deutschland, Frankreich und dem Vereinigten Königreich, ZFSH/SGB 2009, 259 ff. [264].

Die Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II hat im früheren Sozialhilferecht keine unmittelbare Vorgängervorschrift. Allenfalls kann die neue Regelung mit den im früheren BSHG anzutreffenden Gesamtplänen (§ 19 Abs. 4, § 20 Abs. 1, § 46 und § 72 Abs. 4) verglichen werden. Der in der gerichtlichen Praxis kaum große praktische Bedeutung erlangende Gesamtplan nach § 19 Abs. 4 Satz 2 BSHG<sup>12</sup> sollte eine auf den Einzelfall bezogene Bestandsaufnahme über die Gründe der Erwerbslosigkeit darstellen und darauf aufbauend Pläne über zu koordinierende Maßnahmeschritte und Erfolgskontrollen von Hilfemaßnahmen erstellen. Allerdings konnte ein Gesamtplan vor Gericht nur als schlichtes Verwaltungshandeln erstritten werden, weil der Hilfesuchende keinen Rechtsanspruch im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts hatte.

Dennoch ist die Eingliederungsvereinbarung im Sozialrecht kein völliges Novum.<sup>13</sup> So hatte der Gesetzgeber bereits im sog. Job-AQTIV-Gesetz<sup>14</sup> vom 10. Dezember 2001 mit Wirkung zum 1. Januar 2002 für den Bereich der Arbeitsförderung das Instrument der Eingliederungsvereinbarung eingeführt. Die Regelung des § 35 Abs. 4 SGB III konkretisiert die nach § 6 Abs. 1 Satz 3 SGB III zu erstellende Eingliederungsvereinbarung. Danach soll unter Berücksichtigung der individuellen beruflichen und persönlichen Merkmale und der beruflichen Fähigkeiten des Arbeitslosen auf der Grundlage einer individuellen Chanceneinschätzung auf dem Arbeitsmarkt eine gemeinsame Vermittlungsstrategie erarbeitet und damit so früh wie möglich der Prozess der Wiedereingliederung in Arbeit organisiert und ins Werk gesetzt werden. Hierbei sollte auf der Grundlage des § 6 SGB III für Arbeitslose und Ausbildungsplatzsuchende ein persönliches Eingliederungsprofil („Profiling“)<sup>15</sup> erstellt werden und hierauf aufbauend die nach Maßgabe des § 35 Abs. 4 SGB III näher auszuformende Eingliederungsvereinbarung abgeschlossen werden. Diese beiden Maßnahmen sollten einen Paradigmenwechsel<sup>16</sup> in der Arbeitsmarktpolitik einleiten.

---

12 Vgl. Zahn, in: Mergler/Zink: SGB II Kommentar (Stand: Januar 2007), § 15 Rdnr. 2 und 3; ferner Müller, in: Hauck/Noftz: SGB II Kommentar (Stand: 2007), § 15 Rdnr. 8; Krahmer, in: LPK-BSHG, § 19 Rdnr. 9 ff.

13 Vgl. hierzu Busse: Die Eingliederungsvereinbarung als öffentlich-rechtlicher Vertrag oder kooperatives und informales Verwaltungshandeln, RsDE Heft 67/2008, S. 56 ff. [70].

14 BGBl. I S. 3443 ff.

15 Der Terminus wird auch in der „Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung“ der Bundesagentur für Arbeit (Stand: 9. September 2008) unter der Rdnr. (15.2) besonders angesprochen: „Profiling, Beratung und Eingliederungsvereinbarung sind logisch aufeinander aufgebaut und dienen dazu, Transparenz und Verbindlichkeit im Integrationsprozess herzustellen.“

16 Vgl. Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, SGB II Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 15 Rdnr. 4.

In der Amtlichen Begründung<sup>17</sup> zum Job-AQTIV-Gesetz wird darauf hingewiesen, dass die Eingliederungsvereinbarung nicht die Funktion habe, ein neues Rechtsverhältnis zwischen Arbeitsamt und Arbeitslosen zu begründen. Folglich soll die Eingliederungsvereinbarung eine Art Zielvereinbarung darstellen, die lediglich die Vermittlungsbemühungen effektiver gestalten, jedoch keine Rechtsansprüche des Arbeitsuchenden begründen sollte.<sup>18</sup> Nach wohl überwiegender Auffassung wurde deshalb die Regelung des § 35 Abs. 4 SGB III als „konsequenzloses einseitiges informelles Verwaltungshandeln“ qualifiziert,<sup>19</sup> das lediglich ein „vertragsähnliches Konstrukt“ darstellt<sup>20</sup> und keine Vertragsqualität aufweist.

Demnach unterschieden sich beide Regelungen zunächst wesentlich dadurch, dass für die Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB III nach zutreffender Auffassung ursprünglich kein Kontrahierungszwang<sup>21</sup> bestand. Ob sich hieran durch die Einfügung des § 9 Abs. 1a SGB III etwas geändert hat, wird unterschiedlich bewertet.<sup>22</sup> Auch wenn die Eingliederungsvereinbarung im SGB III durch das 3. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt eine wesentlich größere Bedeutung erlangt hat,<sup>23</sup> hat der Arbeitsuchende für den Fall, dass er den Abschluss einer ihm angebotenen Eingliederungsvereinbarung ablehnt, anders als nach dem SGB II nicht mit besonderen Sanktionsmaßnahmen zu rechnen. Allerdings kann die Nichtwahrnehmung der Verpflichtungen aus einer Eingliederungsvereinbarung zur Einstellung der Vermittlungsbemühungen nach § 38 Abs. 2 SGB III sowie zum vollständigen Wegfall des Anspruchs auf Arbeitslosen-

---

17 BT-Drucks. 14/6944, S. 24 und 30 f.

18 Vgl. Sonnhoff, in: Schlegel/Voelzke/Radüge, juris Praxiskommentar, § 15 SGB II Rdnr. 5 und 6; Knoblauch/Hübner, a.a.O., NDV 2005, 277 mit weiteren Nachweisen. Spellbrink kritisiert in einer Besprechung von Fröhlich (s.o. Fußn. 2), dass dieser die Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB II und die nach dem SGB III ständig vermischt und „fortlaufend in einem Atemzug“ verwendet, statt anhand des Normtextes, des Sinns und Zwecks der Norm, der Gesetzesmaterialien usw. bestehende Unterschiede und Regelungsähnlichkeiten herauszuarbeiten (NZZ 2008, 649).

19 Vgl. Schweiger: Rechtliche Einordnung der durch das Job-AQTIV-Gesetz in das Arbeitsförderungsrecht eingefügten Eingliederungsvereinbarung (§ 35 Abs. 4 SGB III n.F.), NZS 2002, 410 [415] sowie Spellbrink, a.a.O., § 15 Rdnr. 4; vgl. auch Busse: Fürsorge zwischen Gleichheit und Freiheitsverwirklichung, NDV 2004, 339 [341] Fußn. 21.

20 Vgl. Sonnhoff, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 6; ebenso Busse: RsDE Heft 67/2008, S. 70; a.A. Kretschmer, a.a.O., DÖV 2006, 895 mit weiteren Nachweisen in Fußn. 37 zum Meinungsstand.

21 Hiervon ausgenommen waren bestimmte Ausbildungsuchende, für die nach § 6 Abs. 2 Satz 2 SGB III eine Verpflichtung der Agentur für Arbeit bestand, eine Eingliederungsvereinbarung abzuschließen. Vgl. Knoblauch/Hübner, a.a.O., NDV 2005, 277.

22 Für einen Kontrahierungszwang der Agentur für Arbeit nach der Neufassung Knoblauch/Hübner, a.a.O., NDV 2005, 277; a.A. offenbar Sonnhoff, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 6.

23 Vgl. Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 5.

geld nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 SGB III führen.<sup>24</sup> Ferner unterscheiden sich beide Bestimmungen dadurch, dass nach § 15 SGB II für den Fall, dass eine Eingliederungsvereinbarung nicht zustande kommt, entsprechende Regelungen durch einen Verwaltungsakt verfügt werden können. Schließlich ist noch anzuführen, dass die Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB II in der Regel für eine Laufzeit von sechs Monaten abzuschließen ist, während § 35 Abs. 4 SGB III keinen festen Zeitraum für die Dauer der Vereinbarung vorgibt.<sup>25</sup>

Das Bundessozialgericht hat sich nach Presseberichten<sup>26</sup> bislang in zwei Entscheidungen mit rechtlichen Fragen der Eingliederungsvereinbarung befasst. Die schriftliche Begründung des Urteils vom 22. September 2009 ist erst im Februar 2010 in juris – Fundstellenangabe: RegNr 29272 (BSG-Intern) – und damit nach weitgehender Fertigstellung dieses Beitrags veröffentlicht worden, sodass hierauf nur noch bei einzelnen Punkten eingegangen werden kann.

## 2. Gesetzesgeschichte

Noch vor dem Inkrafttreten des Sozialgesetzbuches Zweites Buch – Grundversicherung für Arbeitsuchende – (SGB II) durch Artikel 1 des Vierten Gesetzes über moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003<sup>27</sup> wurden durch das Kommunale Optionsgesetz vom 30. Juli 2004<sup>28</sup> in § 15 Abs. 1 Satz 1 nach dem Wort „soll“ die Wörter „im Einvernehmen mit dem kommunalen Träger“ eingefügt. Nach der Amtlichen Begründung<sup>29</sup> sei es sinnvoll, die Eingliederungsvereinbarungen im Einvernehmen mit dem kommunalen Träger abzuschließen, weil diese nach § 16 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 4 SGB II auch für Eingliederungsleistungen zuständig seien. Ferner wurde durch Anfügung in Absatz 2 klargestellt, dass alle Personen, für die in der Eingliederungsvereinbarung Maßnahmen festgelegt werden, hierbei zu beteiligen seien.

---

24 Vgl. zu den Sanktionsmöglichkeiten Busse, a.a.O., RsDE Heft 67/2008, S. 70; ferner Müller, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 15 Rdnr. 7a; Berlitz: Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe, info also 2003, 195 f. Fußn. 98; zu entstehenden Wertungswidersprüchen Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, a.a.O., § 15 Rdnr. 5.

25 Vgl. hierzu Busse, a.a.O., RsDE Heft 67/2008, S. 70.

26 Vgl. Medieninformation Nr. 41/09 des Bundessozialgerichts vom 22. September 2009 (Az.: B 4 AS 13/09 R) und Medieninformation Nr. 60/09 des Bundessozialgerichts vom 17. Dezember 2009 (Az.: B 4 AS 20/09 R).

27 Vgl. zur Gesetzesgeschichte und den Motiven ausführlich Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 15 Rdnr. 7 und 42, sowie Fuchsloch, in: Gagel, SGB II, a.a.O., § 15 Rdnr. 9 ff.

28 BGBl. I S. 2014 ff.

29 BT-Drucks. 15/2816, S. 12.

Durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20. Juli 2006<sup>30</sup> wurde in Absatz 1 Satz 2 eine neue Nr. 3 eingefügt, nach der in der Eingliederungsvereinbarung auch zu bestimmen ist, welche Leistungen Dritter, insbesondere Träger anderer Sozialleistungen, der erwerbsfähige Hilfebedürftige zu beantragen hat. Durch die Neuregelung sollte nach der Amtlichen Begründung<sup>31</sup> die Leistungsgewährung verschiedener Leistungsträger verbessert werden. Insbesondere sollte gewährleistet werden, dass erwerbsfähige Hilfebedürftige auch einen ihnen zustehenden Anspruch auf Leistungen nach dem SGB III geltend machen.

### 3. Rechtsnatur der Eingliederungsvereinbarung

Die Rechtsnatur der Eingliederungsvereinbarung kann auch nach der nunmehr vorliegenden schriftlichen Begründung des Urteils des Bundessozialgerichts vom 22. September 2009<sup>32</sup> noch nicht als oberstgerichtlich geklärt angesehen werden. Obwohl in diesem Zusammenhang zu Recht auf das Bedürfnis der Rechtsuchenden nach baldiger Klärung hingewiesen worden ist,<sup>33</sup> das sich auch aus dem Wechsel der gerichtlichen Zuständigkeit beim Übergang der Sozialhilfe auf die Sozialgerichtsbarkeit ergeben kann, wenn in der Kommentierung von Bundesrichtern gegensätzliche Auffassungen vertreten werden, findet sich in dem Urteil des BSG vom 22. September 2009 keinerlei brauchbarer Hinweis darauf, welcher Rechtsnatur eine Eingliederungsvereinbarung zuzuordnen sein soll. Stattdessen drängt sich der Eindruck auf, dass durch die sich ständig wiederholende Verwendung des Terminus „Eingliederungsvereinbarung“ bewusst auf eine dogmatische Zuordnung und damit Klärung verzichtet werden sollte, sofern man nicht die eher beiläufige Bemerkung, der Wortlaut des § 15 Abs. 1 Satz 1 SGB II gebe dem Grundsicherungsträger „allenfalls eine unverbindliche Handlungsanweisung, wie er verfahrenstechnisch mit dieser Regelungsoffenheit“ umgehen könnte,<sup>34</sup> als Umschreibung des Rechtscharakters versteht.

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts<sup>35</sup> hat jüngst eine Verfassungsbeschwerde gegen eine im vorläufigen Rechtsschutz ergangene Entscheidung zu § 15 Abs. 1 Satz 6 SGB II im Wesentlichen aus prozessualen

---

30 BGBl. I S. 1706 ff.

31 BT-Drucks. 16/1410, S. 21.

32 Siehe oben Fußn. 26.

33 Vgl. Kraher: Zur widersprüchlichen Konstruktion der Eingliederungsvereinbarungen nach § 15 SGB II aus rechtlicher sowie methodisch-fachlicher Sicht, NDV 2005, 507 [509].

34 BSG, Urteil vom 22. September 2009 – B 4 AS 13/09 R –, Rdnr. 24 in: juris.

35 Vgl. Beschluss vom 30. Oktober 2009 – 1 BvR 2395/09 – [www.bverfg.de/entscheidungen](http://www.bverfg.de/entscheidungen).

Gründen nicht zur Entscheidung angenommen. Allerdings hatte die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts bereits in einer früheren Entscheidung über eine Verfassungsbeschwerde, die sich u.a. mit der Begründung, der Zwang zum Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung verletze die Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, gegen Regelungen des SGB II richtete, darauf hingewiesen, dass den fachnahen Sozialgerichten auch die verfassungsrechtliche Prüfung obliege, ob bei der Weigerung des Arbeitsuchenden, eine Eingliederungsvereinbarung abzuschließen, die Geldleistungen nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a SGB II gekürzt werden dürfen oder ob es ausreicht, anstelle der Vereinbarung einen Verwaltungsakt nach § 15 Abs. 1 Satz 6 SGB II zu erlassen.<sup>36</sup>

Während in der Rechtsprechung der Instanzgerichte<sup>37</sup> – soweit ersichtlich – nahezu einhellig die Auffassung vertreten wird, dass es sich bei der Eingliederungsvereinbarung um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag im Sinne der §§ 53 ff. SGB X handelt – dieser Auffassung folgt ausweislich der Ausführungen in der „Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung“ auch die Bundesagentur für Arbeit –, gehen die Auffassungen im Schrifttum weit auseinander. So reicht deren rechtsdogmatische Einordnung von einer „reinen Verfügung“ über den „bloßen Realakt“<sup>38</sup>, die unverbindliche Absichtserklärung<sup>39</sup> und subjektive Beteiligungsrechte einräumende Verfahrensvorschrift<sup>40</sup> bis hin zum öffentlich-rechtlichen Vertrag.<sup>41</sup> Schließlich wird die Eingliederungsvereinbarung als „normersetzende

---

36 Vgl. Randziffer 10 des Beschlusses vom 14. Februar 2005 – 1 BvR 195/05 –, [www.bverfg.de/entscheidungen](http://www.bverfg.de/entscheidungen).

37 Vgl. u.a. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 21. Oktober 2009 – L 12 AS 12/09 –, in: juris; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 19. Juli 2007 – L 7 AS 689/07 – mit Anmerkung Berlit, jurisPR-SozR 18/2007; LSG Bayern, Urteil vom 17. März 2006 – L 7 AS 118/05 –, in: juris; SG Hamburg, Beschluss vom 23. April 2007 – S 12 AS 820/07 ER –, in: juris; SG Leipzig, Urteil vom 19. Februar 2007 – S 19 AS 392/06 –, in: juris, sowie die Übersicht bei Hammel: Die Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II – eine sehr umstrittene Materie, ZFSH/SGB 2007, 589 ff.; offen gelassen vom LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 5. September 2008 – L 14 B 1505/08 AS ER –, in: juris.

38 Vgl. Kretschmer, a.a.O., DÖV 2006, 895.

39 So Stark, in: Estelmann, SGB II Kommentar, § 15 Rdnr. 46; nach Rdnr. 25 wird allerdings eine Berücksichtigung der §§ 53 ff. SGB X für möglich gehalten.

40 So Busse, a.a.O., RsDE Heft 67/2008, S. 80.

41 Vgl. Währendorf, in: Grube/Währendorf, SGB XII Sozialhilfe, 2. Aufl. 2008, § 15 SGB II Rdnr. 4; Berlit: Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe, info also 2003, 195 f.; ders., in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 8; Sonnhoff, a.a.O., § 15 SGB II, Rdnr. 22 mit umfangreichen Nachweisen in Fußn. 9; Lehmann-Franßen: Unangemessene Eigenbemühungen und die Nichtigkeit der Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II, NZS 2005, 519 [521]; Hannes: Was gilt bei Eingliederungsvereinbarungen?, Soziale Sicherheit 2007, 68 [69] spricht von jedenfalls „zweiseitiger Vereinbarung“.

öffentlich-rechtliche Handlungsform sui generis in pseudokonsensualer Form“ angesehen.<sup>42</sup>

Die Qualifizierung als öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne der §§ 53 ff. SGB X wird zu Recht überwiegend<sup>43</sup> vertreten und trifft auch in der Sache zu. Dies ergibt sich bereits aus dem im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum Ausdruck gekommenen Willens des Gesetzgebers, der auch im Wortlaut zum Ausdruck kommt und deshalb für die Auslegung des Gesetzes heranzuziehen ist.<sup>44</sup> Zwar verwendet das Gesetz nicht ausdrücklich den im Sozialgesetzbuch Zehntes Buch in den §§ 53 ff. vorgefundenen Terminus des „Vertrages“, sondern spricht von „vereinbaren“, damit sollte aber nicht eine neue Handlungsform geschaffen werden.<sup>45</sup> In der ursprünglichen Fassung war vorgesehen, dass die Agentur für Arbeit mit jedem erwerbsfähigen Hilfesuchenden die für seine Eingliederung erforderlichen Leistungen „festlegen“ sollte. So lautete der Entwurf des § 15 Abs. 1 Satz 4 SGB II ursprünglich: „Kommt eine Eingliederungsvereinbarung nicht zustande, sollen die Festlegungen nach Satz 2 durch Verwaltungsakt erfolgen.“<sup>46</sup> Der Terminus „festlegen“ findet sich auch nachfolgend. Nach Abs. 2 Satz 1 sollte auch festgelegt werden können, welche Leistungen die Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft erhalten können. Nach Absatz 3 der ursprünglichen Fassung war, wenn in der Eingliederungsvereinbarung eine Bildungsmaßnahme festgelegt wurde, auch zu „bestimmen“, in welchem Umfange der erwerbsfähige Hilfebedürftige schadensersatzpflichtig wird. Der spätere Austausch der Wörter „festlegen“ durch „vereinbaren“ und „bestimmen“ durch „regeln“ ist entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung nicht bloße sprachliche Kosmetik,<sup>47</sup> sondern sollte den konsensualen Charakter der neuen Handlungsform betonen. Ausweislich der Gesetzesmaterialien beruhte die Änderung auf einer Empfehlung des zuständigen Bundestagsausschusses,<sup>48</sup> der dazu aufforderte, „dass der Grundsatz des Förderns in einem mindestens gleichwertigen Verhältnis zu dem in § 2 SGB II enthaltenen Grundsatz des Forderns angewandt“ werde. Die Bundesregierung habe insbesondere darauf hinzuwirken, dass die Eingliederungsvereinbarung „in einem partnerschaftlichen Umgang zwischen der Agentur für Arbeit und dem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen zustande komme und die Leistungen vereinbart würden, die unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zur Eingliederung“

42 So Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 15 Rdnr. 10; ders.: Gelingt durch die neuen Instrumente des SGB II die Integration der Langzeitarbeitslosen in den Arbeitsmarkt? SGB 2008, 445 [449].

43 Vgl. die Nachweise bei Busse, a.a.O., RsDE Heft 67/2008, S. 56 in Fußn. 1.

44 Ebenso Fuchsloch, in: Gagel, a.a.O., SGB II § 15 Rdnr. 17.

45 A.A. offenbar Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 15 Rdnr. 10 ff.

46 BT-Drucks, 15/1516, S. 13.

47 So wohl Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 15 Rdnr. 7.

48 Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drucks. 15/1728, S. 15.

rung in Arbeit erforderlich und vertretbar seien. Durch die Änderung der Begriffe („geänderte Terminologie“) sollte ausweislich der Begründung ferner klargestellt werden, dass beim Abschluss der Eingliederungsvereinbarung der erwerbsfähige Hilfebedürftige und die Agentur für Arbeit „grundsätzlich gleichberechtigte Partner“ sein sollen.<sup>49</sup> Im Lichte dieser Entstehungsgeschichte überzeugt die Darstellung des BSG in seinem Urteil vom 22. September 2009<sup>50</sup> zur Entwicklung der Norm nicht, es sei im Rahmen des ersatzweisen Erlasses eines Verwaltungsaktes lediglich das Wort „Festlegungen“ durch das Wort „Regelungen“ ersetzt worden. Die Einseitigkeit der Durchsetzungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Vorstellungen des Grundsicherungsträgers sei damit im Gesetz nicht eingeschränkt worden.

Die dargestellte Wortwahl wird ferner bestätigt durch die Terminologie in § 15 Abs. 1 Sätze 3 und 4 sowie § 31 Abs. 1 Nr. 1a SGB II. Die danach einvernehmlich „abgeschlossene“ Eingliederungsvereinbarung ist nämlich vertragstypisch<sup>51</sup> auf die verbindliche Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet. Gegen die rechtliche Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertrag spricht auch nicht, dass das zwischen dem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und dem Träger der Grundsicherung bereits begründete Rechtsverhältnis mit wechselseitiger Rechtsbindung lediglich konkretisierend ausgestaltet und kein gänzlich neues Sozialrechtsverhältnis begründet wird.<sup>52</sup> Soweit verfassungsrechtliche Bedenken (Verstoß gegen die Vertragsfreiheit wegen faktischen Kontrahierungszwangs, unverhältnismäßige Sanktionierung der Weigerung, eine Eingliederungsvereinbarung abzuschließen) gegen die Regelung des § 15 SGB II erhoben werden, betreffen diese nicht die rechtliche Bewertung der Eingliederungsvereinbarung als öffentlich-rechtlichen Vertrag, sondern setzen die Vertragsform voraus und sind nur für die Frage relevant, ob Vertragsform oder Abschlussbedingungen verfassungskonform gewählt und ausgestaltet sind.<sup>53</sup>

Die teilweise vertretene Auffassung, es handele sich bei der Regelung des § 15 SGB II um eine „normersetzende öffentlich-rechtliche Handlungsform sui gene-

---

49 Vgl. Hammel, a.a.O., ZFSH/SGB 2007, 590 unter Hinweis auf die BT-Drucks. 15/1749 vom 16. Oktober 2003, S. 32.

50 BSG, Urteil vom 22. September 2009 – B 4 AS 13/09 R –, Rdnr. 18 in: juris.

51 Vgl. hierzu Verf., in: Giese/Wahrendorf, SGB X Kommentar, § 53 Rdnr. 4.1 und 5; Kretschmer: „Sozialhilfe“ durch Vertrag, DÖV 2006, 895.

52 Vgl. Arbeitshilfe Eingliederungsvereinbarung der Bundesagentur für Arbeit (Stand: 9. September 2008), Rdnr. 15.1.

53 Vgl. Sonnhoff, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 25 und 26; Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 8.

ris in pseudokonsensualer Form<sup>54</sup>, ist zutreffend auf Ablehnung<sup>55</sup> gestoßen, da sie zum einen durch die ohne zwingenden Grund kreierte Schaffung eines neuen Rechtsaktes keine Probleme löst und zum anderen die hiermit verbundene Forderung nach einer effektiven gerichtlichen Kontrolle<sup>56</sup> zugunsten der Hilfebedürftigen auch bei Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gewährleistet erscheint.

Soweit gegen den Rechtscharakter als Vertrag dessen „massenhafte“ Verwendung<sup>57</sup> angeführt wird, vermag auch dieser Einwand nicht zu überzeugen. Denn es ist mit Blick auf zahlreiche Rechtsmaterien (Daseinsvorsorge, Personenverkehr, Kreditverkehr, Versicherungen usw.) nicht ungewöhnlich, dass in erheblichem Umfange gleichförmige Verträge geschlossen werden, ohne dabei den Rechtscharakter der jeweiligen Rechtsgeschäfte als „Vertrag“ in Zweifel zu ziehen.

Folgt man danach der Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertrag, dann ist die Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II im Hinblick auf dessen Absatz 1 Satz 6 als subordinationsrechtlicher<sup>58</sup> Vertrag im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB X zu qualifizieren.<sup>59</sup> Die weitere Unterscheidung, ob es sich bei der Eingliederungsvereinbarung um einen reinen subordinationsrechtlichen, einen Austauschvertrag<sup>60</sup> im Sinne des § 55 SGB X oder um einen sog. hinkenden Aus-

---

54 S.o. Fußn. 42.

55 Implizit LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 19. Juli 2007 – L 7 AS 689/07 –, in juris sowie mit überzeugender Begründung Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 8; Sonnhoff, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 25 und 27.

56 Vgl. Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 15 Rdnr. 11; Sonnhoff, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 28; siehe zur Frage gerichtlicher Kontrolle öffentlich-rechtlicher Verträge allgemein Verf. in: Giese/Wahrendorf, SGB X Kommentar, § 53 Rdnr. 9.

57 Vgl. zur Frage „Massenverwaltung durch Vertrag?“ Kretschmer, a.a.O., DÖV 2006, 893 sowie Lang: Die Eingliederungsvereinbarung zwischen Autonomie und Bevormundung, NZS 2006, 176 [181].

58 Vgl. zu den Voraussetzungen subordinationsrechtlicher Verträge Verf. in: Giese/Wahrendorf: SGB X. Kommentar, § 53 Rdnr. 6.1; Engelmann, in: von Wulffen: SGB X Kommentar, 6. Aufl. 2008, § 53 Rdnr. 13; Luthé/Timm: Die Eingliederungsvereinbarung des SGB II, SGB 2005, 261; Schön: Die Eingliederungsvereinbarung des SGB II im Lichte der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, SGB 2006, 290 [292/294]; ferner Müller, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 15 Rdnr. 11.

59 Vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 19. Juli 2007 – L 7 AS 689/07 –, in juris mit Anmerkung Berlit, jurisPR-SozR 18/2007 Anm. 2; Sonnhoff, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 25; Zuck, in: Fichte/Plagemann/Waschull: Sozialverwaltungsverfahrenrecht (2008), § 5 Rdnr. 123; Hammel, a.a.O., ZFSH/SGB 2007, 589; Sonnhoff, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 31.

60 Vgl. zu den Voraussetzungen eines Austauschvertrages Verf., in: Giese/Wahrendorf, SGB X Kommentar, § 55 Rdnr. 6.1–6.4 sowie BVerwGE 96, 326 [332].

tauschvertrag<sup>61</sup> handelt, kann nach zutreffender Auffassung<sup>62</sup> nicht schlechthin, sondern nur nach Maßgabe des Inhalts der einzelnen Eingliederungsvereinbarung beurteilt werden.

#### 4. Eingliederungsvereinbarung und Vertragsfreiheit

Die normative Ausgestaltung der Eingliederungsvereinbarung steht in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu der nach Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten Vertragsfreiheit.<sup>63</sup> Durch Art. 2 Abs. 1 GG ist das Prinzip der eigenen Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen gewährleistet. Im Rahmen des Zivilrechts geschieht dies typischerweise durch Verträge, in denen sich beide Vertragsteile wechselseitig in ihrer Handlungsfreiheit beschränken, und zwar im Austausch mit der ausbedungenen Gegenleistung. Auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich. Sie bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang. Der Staat hat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren.<sup>64</sup> Allerdings stellt sich bereits die Frage, ob diese in der Rechtsprechung zur Vertragsfreiheit entwickelten Grundsätze im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge überhaupt anwendbar sind. Bei privatrechtlichen Regelungen, die der Vertragsfreiheit Grenzen setzen, geht es – wie dargelegt – um den Ausgleich widerstreitender Interessen, die regelmäßig beide grundrechtlich verankert sind. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind nach ständiger Rechtsprechung in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.<sup>65</sup>

Diese Grundsätze sind nicht ohne Weiteres auf das öffentliche Recht zu übertragen. Zwar wäre es nach Starck<sup>66</sup> ein Missverständnis der verfassungsrechtlich garantierten Privatautonomie, insbesondere der Vertragsfreiheit, wenn sie nur im

61 Vgl. Knoblauch/Hübner, a.a.O., NDV 2005, 277 [278]; Sonnhoff, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 44.

62 Vgl. Löns, in: Löns/Herold-Tews: SGB II Kommentar, 2. Aufl. 2009, § 15 Rdnr. 5.

63 Ausführlich zur dogmatischen Herleitung der Vertragsfreiheit Lang: Die Eingliederungsvereinbarung zwischen Autonomie und Bevormundung, NZS 2006, 177 Fußn. 20; vgl. ferner Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1 (2006), S. 901 ff.; Erichsen, Handbuch des Staatsrechts, Band VI (1989), § 152 Rdnr. 56 ff.

64 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Februar 1990 – 1 BvR 26/84 –, NJW 1990, 1469.

65 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 30. Juli 2003 – 1 BvR 792/03 –, NJW 2003, 2815.

66 Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck: GG. Kommentar, 4. Aufl. 1999, Art. 2 Rdnr. 136.

Rahmen des jeweils geltenden Zivilrechts wirkten. Aber anders als bei dem idealtypisch vom Grundsatz der Privatautonomie beherrschten Verhältnis der Vertragspartner als jeweiligen Grundrechtsträgern eröffnen die Regelungen der §§ 53 ff. SGB X trotz der Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Vertrages im öffentlichen Sozialrecht keine völlige Vertragsfreiheit.<sup>67</sup> Vielmehr berührt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei einer Vereinbarung, die aufgrund ihres Inhalts als öffentlich-rechtlicher Vertrag eingeordnet wurde, die Feststellung ihrer Nichtigkeit bereits nicht das Grundrecht der Vertragsfreiheit. Art. 2 Abs. 1 GG schütze die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit und in ihrem Rahmen wiederum die Vertragsfreiheit. Umfasst sei davon die Freiheit des Abschlusses sowie der Gestaltung privatrechtlicher, nicht dagegen öffentlich-rechtlicher Verträge.<sup>68</sup>

Dieser restriktiven Auffassung kann nicht ohne weitere Differenzierung gefolgt werden. Denn zunächst ist danach zu unterscheiden, ob überhaupt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag abgeschlossen werden soll (Abschlussfreiheit). Danach ist dann zu prüfen, ob der im abgeschlossenen Vertrag vereinbarte Inhalt rechtlich zulässig ist (Inhaltsfreiheit). Hiervon ausgehend erscheint es unproblematisch, dass sich die Verwaltung als Teil des Staates nicht auf eine grundrechtlich verbürgte Vertragsfreiheit berufen kann. Denn sie ist aufgrund von Kompetenzen und nicht in Wahrnehmung von Freiheit tätig. Daraus folgt nach zutreffender Auffassung,<sup>69</sup> dass Berechtigter und Verpflichteter grundrechtlicher Gewährleistungen grundsätzlich nicht zusammenfallen können und die öffentlich-rechtlichen Vereinigungen nicht Träger von Grundrechten sind. Damit stellt sich die Möglichkeit der Verwaltung, öffentlich-rechtliche Verträge abzuschließen, nicht als Ausdruck einer grundrechtlich geschützten Vertragsabschlussfreiheit, sondern als Fortsetzung und Ausübung ihres Verwaltungsermessens dar, bei dem sie an das geltende Recht im Sinne der verfassungsrechtlich verankerten Grundsätze vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes gebunden ist.<sup>70</sup> Dieses Ermessen ist bei der Eingliederungsvereinbarung durch die Vorgabe des § 15 Abs. 1 SGB II aller-

67 Vgl. hierzu näher Verf., in: Giese/Wahrendorf: SGB X Kommentar, § 53 Rdnr. 5.3 mit weiteren Nachweisen; ähnlich Lühmann: Die Zusammenführung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe im Sozialgesetzbuch II (SGB II), 2005, S. 104; vgl. auch Lang: Die Eingliederungsvereinbarung zwischen Autonomie und Bevormundung, NZS 2006, 176 [181]; Marschner, in: Pickel/Marschner: SGB X Kommentar (Stand: Dezember 2009), § 53 Rdnr. 28 und 29; Wahrendorf, in: Grube/Wahrendorf, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 4.

68 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 28. März 2007 – 2 BvR 1304/05 –, NVwZ 2007, 802; ähnlich Starck, a.a.O., Art. 2 Rdnr. 136; vgl. hierzu Grziwotz: Einführung in die Vertragsgestaltung im Öffentlichen Recht, JuS 1998, 807 [808].

69 Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth: GG Kommentar, 8. Aufl. 2006, Art. 2 Rdnr.10a und Art. 9 Rdnr. 22 ff.; ferner Lang, a.a.O., NZS 2006, 176 [181] mit weiteren Nachweisen in Fußn. 2.

70 So bereits Wannagat: Der Anwendungsbereich des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Sozialversicherungsrecht, NJW 1961, 1191 [1192]; Verf., in: Giese/Wahrendorf: SGB X

dings gebunden, denn die Agentur für Arbeit „soll“ mit jedem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen die für seine Eingliederung erforderlichen Leistungen vereinbaren. Nach allgemeinem verwaltungs- und sozialrechtlichen Verständnis bedeutet dies, dass hiervon im Regelfall Gebrauch zu machen ist und nur in atypischen Fällen, d.h. wenn besondere Umstände vorliegen, davon abgesehen werden kann.<sup>71</sup> Da anders als beim Erlass eines Verwaltungsaktes, für den diese Grundsätze der Ermessensbindung in erster Linie gelten, der Abschluss des – mindestens zweiseitigen – Vertrages nicht allein in der Entscheidungsgewalt der Agentur für Arbeit liegt, sondern auch der Einwilligung des Hilfebedürftigen bedarf, bezieht sich das „Sollen“ nach zutreffender Ansicht auf den gesamten Prozess mit seinen unterschiedlichen Stufen (Vorbereitung der Vertragsverhandlungen, kooperatives Handeln während der Vertragsverhandlungen und Abschluss des Vertrages).<sup>72</sup>

Demgegenüber kann sich der Bürger als privater Vertragspartner eines öffentlich-rechtlichen Vertrages durchaus auf die ihm nach Art. 2 GG zustehende Vertragsabschlussfreiheit berufen, denn beim Abschluss eines solchen Vertrages manifestiert sich jedenfalls auf der Seite des Bürgers dessen Vertragsfreiheit und damit dessen „Selbstbestimmung im Rechtsleben“,<sup>73</sup> der in Ausübung seiner Freiheitsrechte im Vertragswege auch der Verwaltung gegenüber Zugeständnisse machen und Einschränkungen hinnehmen kann, wenn ihm dies zweckdienlich erscheint.<sup>74</sup> Diese Feststellung wird nicht dadurch relativiert, dass sich der private Vertragspartner in aller Regel – auf die Situation der Eingliederungsvereinbarung wird noch näher einzugehen sein – wegen der überlegenen Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung in einer klassischen grundrechtlichen Gefährdungslage befindet.<sup>75</sup>

---

Kommentar, § 53 Rdnr. 5.4 und § 54 Rdnr. 6; ferner Lehmann-Franßen, a.a.O., NZS 2005, 519 [521].

71 Vgl. Arbeitshilfe SGB II zur Eingliederungsvereinbarung der Agentur für Arbeit, Rdnr. (15.5): „ebenso verbindlich wie eine Muss-Vorschrift“ und Rdnr. (15.6) zu den atypischen Fällen; vgl. auch Fuchsloch, in: Gagel: Kommentar zum SGB II/III, § 15 SGB II Rdnr. 42; Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 16; Zahn, in: Mergler/Zink: SGB II Kommentar (Stand: Januar 2007), § 15 Rdnr. 12; ferner Müller, in: Hauck/Noftz: SGB II, § 15 Rdnr. 10; Sonnhoff, in: Schlegel/Voelzke/Radüge: juris Praxiskommentar, § 15 SGB II Rdnr. 18; Warendorf, in: Grube/Warendorf: SGB XII Sozialhilfe (2. Aufl.), § 15 SGB II Rdnr. 3; Knoblauch/Hübner, a.a.O., NDV 2005, 277; Lehmann-Franßen, a.a.O., NZS 2005, 519 [521]; Luth/Timm, a.a.O., SGB 2005, 261 [262]; allein a.A. offenbar BSG, Urteil vom 22. September 2009 – B 4 AS 13/09 R –, Rdnr. 16, das diesen Wortlaut unter Außerachtlassung der Zielsetzung des § 15 SGB II für unbeachtlich hält und dem Grundsicherungsträger ein „Wahlrecht“ zwischen Eingliederungsvereinbarung und Verwaltungsakt einräumt.

72 Vgl. Fuchsloch, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 43.

73 So bereits Flume, zitiert von Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O., Art. 2 Fußn. 461; ebenso BVerfG, Beschluss vom 7. Februar 1990 – 1 BvR 26/84 –, BVerfGE 81, 242 ff. Rdnr. 47.

74 Vgl. Verf., in: Giese/Warendorf, SGB X Kommentar, § 53 Rdnr. 5.3.

75 So Lang, a.a.O., NZS 2006, 176 [181].

Vielmehr verlangt gerade eine solche Konstellation, dem Bürger die Möglichkeit zu eröffnen, sich auf seine grundrechtliche Vertragsfreiheit und damit auf die ihm als privater Vertragspartner zustehende Rechtsgestaltung zu berufen.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht auch mit Blick auf die Grenzen der Vertragsfreiheit ausgeführt, dass die Privatautonomie nur im Rahmen der geltenden Gesetze bestehe und diese ihrerseits an die Grundrechte gebunden seien: „Das Grundgesetz will keine wertneutrale Ordnung sein, sondern hat in seinem Grundrechtsabschnitt objektive Grundentscheidungen getroffen, die für alle Bereiche des Rechts, also auch für das Zivilrecht, gelten. Keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu den Prinzipien stehen, die in den Grundrechten zum Ausdruck kommen. Das gilt vor allem für diejenigen Vorschriften des Privatrechts, die zwingendes Recht enthalten und damit der Privatautonomie Schranken setzen. Solche Schranken sind unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern. Gesetzliche Vorschriften, die sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken, verwirklichen hier die objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und damit zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG). Der Verfassung lässt sich nicht unmittelbar entnehmen, wann Ungleichgewichtslagen so schwer wiegen, dass die Vertragsfreiheit durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt oder ergänzt werden muss. Auch lassen sich die Merkmale, an denen etwa erforderliche Schutzvorschriften ansetzen können, nur typisierend erfassen. Dem Gesetzgeber steht dabei ein besonders weiter Beurteilungs- und Gestaltungsraum zur Verfügung.“<sup>76</sup>

Mit diesen Grundsätzen sollen die Regelungen über die Eingliederungsvereinbarung nach einer vor allem im Schrifttum verbreiteten Ansicht nicht vereinbar sein.<sup>77</sup> Im Vordergrund der Überlegungen stehen dabei zum einen

76 Vgl. BVerfG, a.a.O., BVerfGE 81, 242 ff. Rdnr. 47 und 48.

77 So Berlitz: Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe, info also 2003, 195 [205]; ders., in: LPK-SGB II, 2. Aufl. 2007, § 15 Rdnr. 4; ebenso Krahrmer: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Hartz-IV-Gesetze (SGB II und SGB XII), ZfR 2004, 178; ferner Löns, in: Löns/Herold-Tews: SGB II Kommentar, 2. Aufl. 2009, § 15 Rdnr. 6.

der sich aus dem SGB II für den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen ergebende „Kontrahierungszwang“<sup>78</sup>, zum anderen die mit einer Weigerung, eine Eingliederungsvereinbarung auf der Grundlage des § 15 SGB II abzuschließen, verbundene Sanktionsvorschriften des § 31 SGB II.

Die sich aus § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB II grundsätzlich ergebende Verpflichtung des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, aktiv an allen Maßnahmen zu seiner Eingliederung in Arbeit mitzuwirken und zur Erreichung dieses Ziels insbesondere eine Eingliederungsvereinbarung abzuschließen, greift zwar in sein Grundrecht auf Vertragsabschlussfreiheit ein, sie ist aber durch die Zielsetzung des Gesetzes im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gerechtfertigt.

Nach der oben dargestellten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts setzt die Vertragsfreiheit allerdings voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben sind. Ist aufgrund einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt.<sup>79</sup>

Diese Voraussetzungen liegen beim Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung im Ergebnis nicht vor. Es liegt auf der Hand, dass beim Abschluss eines subordinationsrechtlichen Vertrages dem staatlichen Vertragspartner eine besonders starke Stellung zukommt. Dieses natürliche Übergewicht der Behörde wird in aller Regel durch das Element der Freiwilligkeit<sup>80</sup> aufseiten des Bürgers kompensiert. Dadurch wird die Gefahr, dass bei dem Vertragsabschluss aus einer Selbst- eine Fremdbestimmung im Sinne der oben dargestellten Grundsätze entstehen kann, weitgehend gebannt. Das Element der Freiwilligkeit kann allerdings beim Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung wegen der dargestellten Verpflichtung

---

78 Vgl. Sonnhoff: Hartz IV – Zentrale Fragen (Teil 2) –, 4. Kontrahierungszwang, in: jurisPR-SozR 7/2005 Anm. 4; Schön, a.a.O., SGB 2006, 290 [293]; Müller, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 17.

79 Vgl. BVerfG, Urteil vom 19. Oktober 1993 – 1 BvR 1044/89 –, BVerfGE 89, 214 [232]; Urteil vom 6. Februar 2001 – 1 BvR 12/92 –, BVerfGE 103, 89 [100 f.]; Urteil vom 26. Juli 2005 – 1 BvR 782/94 und 1 BvR 957/96 –, BVerfGE 114, 1 [34]; Beschluss vom 27. Juli 2005 – 1 BvR 2501/04 –, in: juris; vgl. Leibholz/Rinck: GG Kommentar (Stand: August 2008), Art. 2 GG Rdnr. 375.

80 Vgl. hierzu Schilling: Der „unfreiwillige“ Vertrag mit der öffentlichen Hand – Erscheinungsformen und Rechtsschutz, VerwArch Bd. 87 (1996), 191 ff.

keine maßgebliche Bedeutung entfalten. Denn der zur Verfügung stehende Entscheidungsspielraum unterliegt von vornherein der Beschränkung, dass der erwerbsfähige Hilfebedürftige, wenn er eine Förderung erhalten will, keine realistische Alternative hat, den Abschluss der Vereinbarung zu verweigern. Gleichwohl verhandelt er dabei mit der Agentur für Arbeit nicht unter verfassungsrechtlich unzulässigem „Zwang“,<sup>81</sup> selbst wenn der Vertragsabschluss in einem Junktim zur Gewährung existenzsichernder Leistungen steht. Denn auch eine gesetzliche Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages kann verfassungsrechtlich unbedenklich sein.<sup>82</sup> Dies ist bei der Eingliederungsvereinbarung nach zutreffender Auffassung der Fall.

Die Regelung des § 15 SGB II verfolgt – gemessen am Erfordernis der Verhältnismäßigkeit<sup>83</sup> – als legitimen Zweck die nachhaltige Aktivierung aller Beteiligten in einem kooperativen Eingliederungsprozess, um eine möglichst effiziente Vermittlung des Arbeitsuchenden in Arbeit zu gewährleisten, und dient damit der Bekämpfung von Massenarbeitslosigkeit. Der Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung wird gefordert, damit der Hilfebedürftige im Rahmen seiner Möglichkeiten und des Zumutbaren aktiv an der Überwindung seiner Arbeitslosigkeit mitwirkt und durch Zusammenarbeit mit dem Sozialleistungsträger eine möglichst sinnvolle und passgenaue Hilfestellung erreicht wird. Die hinter der Eingliederungsvereinbarung stehende Idee, dass eine auf Augenhöhe ausgehandelte und freiwillig eingegangene Vereinbarung von Rechten und Pflichten motivierender und aktivierender sein soll als das bloße Entgegennehmen eines Verwaltungsaktes im Über- und Unterordnungsverhältnis, kann nicht allein mit dem Hinweis, es handle sich um eine theoretische Vorstellung, dass Vertragshandeln „per se“<sup>84</sup> zu Aktivierung und zur Aufnahme von Arbeit führe, abgetan

---

81 Vgl. SG Schleswig, Beschluss vom 8. März 2005 – S 6 AS 70/05 ER –, info also 2005, 178 ff.; nach Berlitz: Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe, info also 2003, 195 unter 5.4 und ders.: Das neue Sanktionensystem, ZFSH/SGB 2006, 15, finden die Verhandlungen des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen mit dem Sozialleistungsträger im „Schatten der Macht“ statt; ebenso Kraher: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Hartz-IV-Gesetze (SGB II und SGB XII), ZfF 2004, 178.

82 Vgl. BVerfG, Urteil vom 3. April 2001 – 1 BvR 2014/95 –, BVerfGE 103, 197 ff. und Beschluss vom 25. September 2001 – 2 BvR 2442/94 –, NVwZ 2002, 463/464; ebenso Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1 (2006), S. 920; ferner Walleath, in: von Maydell/Ruland/Becker: Sozialrechtshandbuch, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 254.

83 Die Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bestehen aus drei Teilgebieten, an denen sich die staatliche Maßnahme messen lassen muss, und zwar der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sowie einer vorgeschalteten Prüfung des legitimen Zwecks der Maßnahme.

84 So Spellbrink: Gelingt durch die neuen Instrumente des SGB II die Integration der Langzeitarbeitslosen in den Arbeitsmarkt?, SGB 2008, 445 [449]; vgl. andererseits die im Internet (<http://www.alg-2info/hilfe/eingliederungsvereinbarung/moeglichkeiten/>) vorhandenen

werden. Denn mit dem neuen sozialrechtlichen Instrument sollte nicht nur eine neue Handlungsform geschaffen werden, deren Vollzug noch keine gesicherte forensische Erprobung erfahren hat,<sup>85</sup> sondern zugleich ist die Struktur der Arbeitsverwaltung über „bloß betriebswirtschaftliches Wortgeklingel“<sup>86</sup> hinaus grundlegend verändert worden.<sup>87</sup>

Es dürfte im Wesentlichen auch unstreitig sein, dass das Instrument der Eingliederungsvereinbarung – gemessen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – grundsätzlich im Ansatz auch geeignet ist, die Ziele der Neuordnung der Grundsicherung für Arbeitsuchende zu erreichen.<sup>88</sup> Denn die Eingliederungsvereinbarung soll die Schritte der Hinführung zur Beschäftigung und damit der Eingliederung in das Erwerbsleben in einem kooperativen Verfahren konsensual festlegen und konkretisiert damit zugleich die im Sozialstaatsprinzip mit angelegte Solidaritätsmaxime.<sup>89</sup> Es kommt hinzu, dass durch die Regelungen des § 15 SGB II der Handlungsfreiraum des Arbeitsuchenden auch in wesentlicher Hinsicht erweitert wird, weil er erstmals Bedingungen seiner Eingliederung mit beiderseits verbindlicher Wirkung aushandeln kann.<sup>90</sup>

Schließlich dürfte auch die Erforderlichkeit<sup>91</sup> gegeben sein, weil es nach zutreffender Auffassung an weniger intensiven und gleich wirksamen Regelungsinstrumenten zur Erreichung der Zielsetzung des Gesetzes fehlt, wenn die noch zu erörternde Frage der Sanktionen zunächst ausgeblendet bleibt. Denn durch die Eingliederungsvereinbarung werden die Rechte und Pflichten beider Vertrags-

---

Handlungshilfen, z.B. Anne Ames: Die Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB II – Die eigenen Möglichkeiten nutzen.

- 85 Vgl. Kretschmer: „Sozialhilfe“ durch Vertrag, DÖV 2006, 893 [896]; Spellbrink: Eingliederungsvereinbarung nach SGB II und Leistungsabgabe nach dem SGB XII aus Sicht der Sozialgerichtsbarkeit, Sozialrecht aktuell 2006, 52 ff.; siehe auch Hannes: Was gilt bei Eingliederungsvereinbarungen? Erste Urteile zu den Vereinbarungen zwischen Hartz-IV-Empfängern und SGB-II-Trägern, Soziale Sicherheit 2007, 68 ff.
- 86 Vgl. Spellbrink: Wandlungen im Recht der Arbeitsvermittlung – oder: Viel Lärm um nichts, SGB 2004, 153 [159].
- 87 Vgl. hierzu Lühmann: Die Zusammenführung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe im Sozialgesetzbuch II (SGB II), 2005, S. 103; ferner Schön, a.a.O., SGB 2006, 291 mit weiteren Nachweisen.
- 88 Vgl. Kretschmer, a.a.O., DÖV 2006, 893 [898]; ferner Schön, a.a.O., SGB 2006, 294; zweifelnd Berlit, a.a.O., ZFSH/SGB 2006, 11 [16].
- 89 Vgl. Wallerath, in: von Maydell/Ruland/Becker: Sozialrechtshandbuch, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 254.
- 90 Vgl. Schön, a.a.O., SGB 2006, 294.
- 91 So auch Spellbrink, a.a.O., SGB 2008, 445 [449]; Kretschmer, a.a.O., DÖV 2006, 893 [898].

partner in rechtsverbindlicher Form festgehalten, um diesen ggf. auch gerichtlich einklagbare Ansprüche zu vermitteln.<sup>92</sup>

Die im Vordergrund stehende Kritik an der Verfassungsmäßigkeit der Eingliederungsvereinbarung richtet sich gegen die Sanktionsregelung in § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a SGB II. Danach wird das Arbeitslosengeld II um 30 % abgesenkt, wenn der Hilfebedürftige sich ohne wichtigen Grund weigert, eine angebotene Eingliederungsvereinbarung abzuschließen. Während des Absenkungszeitraums entfällt zudem der befristete Zuschlag nach § 24 SGB II für ehemalige Bezieher von Arbeitslosengeld I. Nach der Konstruktion des Gesetzes tritt die Absenkung der Leistungen nicht kraft Gesetzes ein, sondern der Träger der SGB II-Leistungen stellt diese durch Verwaltungsakt nach § 31 Abs. 6 Satz 1 SGB II fest.

Ausgehend von der oben bereits angeführten „Solidaritätsmaxime“ ist der Gesetzgeber weder durch das Sozialstaatsprinzip noch durch einzelne Grundrechte gehindert, die Gewährung steuerfinanzierter Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes vom Einsatz der Arbeitskraft eines Hilfebedürftigen abhängig zu machen.<sup>93</sup> Gleichwohl werden Bedenken gegen die Sanktionsregelung – ebenfalls nicht frei von emotional geprägten Begriffen<sup>94</sup> – vor allem im Schrifttum geäußert.<sup>95</sup> Aber auch einzelne Sozialgerichte halten die Regelung für unverhältnismäßig,<sup>96</sup> wenn der Leistungsträger den Inhalt der nicht zustande gekommenen Eingliederungsvereinbarung in einem die Eingliederungsvereinbarung ersetzenden Verwaltungsakt nach §15 Abs. 1 Satz 6 SGB II umgesetzt hat. Nichts anderes gelte auch für den Fall, dass der Grundsicherungsträger die ihm offenstehende Möglichkeit des „milderen“ Mittels ungenutzt lässt, einen Verwaltungsakt mit dem Inhalt einer Eingliederungsvereinbarung zu erlassen, und ledig-

---

92 Vgl. zu den Rechtsschutzmöglichkeiten bei öffentlich-rechtlichen Verträgen allgemein Verf., in: Giese/Wahrendorf: SGB X Kommentar, § 53 Rdnr. 9; vgl. Fuchsloch, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 129 ff.

93 So bereits die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu § 25 BSHG, z.B. OVG Berlin, DÖV 1983, 516/517; Berlit, a.a.O., ZFSH/SGB 2006, 15; hiergegen polemisierend Leichtweis: Gesetze der öffentlichen Fürsorge und das heutige SGB II im Vergleich.

94 So Berlit: Sanktionsbewehrter Zwang zur rechtsgeschäftlichen „Selbstunterwerfung“.

95 Vgl. Spellbrink, a.a.O., SGB 2008, 445 [449] mit weiteren Nachweisen in Fußnoten 32–34; Krahmer, a.a.O., NDV 2005, 507 [509].

96 Vgl. LSG Hamburg, Beschluss vom 22. September 2008 – L 5 B 483/07 ER AS –, in juris; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 22. Januar 2007 – L 13 AS 4160/06 ER-B –, in juris; LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 31. Juli 2007 – L 8 AS 605/06 ER –, FEVS 59, 34; OVG Bremen, Urteil vom 15. August 2007 – S 2 B 292/07, FEVS 59, 60. Vgl. auch Hammel, a.a.O., ZFSH/SGB 2007, 589 [592], der die gegenteilige Auffassung als die „dominierende“ Linie bezeichnet. Ebenso LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 21. Oktober 2009 – L 12 AS 12/09 –, in: juris.

lich mit dem intensiveren Eingriff einer Sanktion auf das Nichtzustandekommen des Vertrages reagiert.<sup>97</sup>

Die verfassungsrechtliche Brisanz ist allerdings für die Hilfebedürftigen nicht mehr aktuell. Denn nach der Weisung der Bundesagentur für Arbeit<sup>98</sup> zur Anwendung des § 31 SGB I gilt nunmehr, dass bei Weigerung des Hilfebedürftigen, eine Eingliederungsvereinbarung abzuschließen, unabhängig vom Wortlaut des § 31 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a SGB II *kein*<sup>99</sup> Sanktionstatbestand vorliegt. Dadurch werde einer gesetzlichen Regelung vorgegriffen, die aufgrund verschiedener sozialgerichtlicher Entscheidungen vorgesehen sei. Bei Nichtzustandekommen einer Eingliederungsvereinbarung seien die zu bestimmenden Rechte und Pflichten in einem Verwaltungsakt nach § 15 Abs. 1 Satz 6 verbindlich zu regeln. Hierzu sah Art. 2 Nr. 14 Buchstabe a Doppelbuchstabe aa des Referentenentwurfs für ein Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vor, den Sanktionstatbestand des § 31 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a SGB II zu streichen. Aus der Begründung des Entwurfs<sup>100</sup> geht hervor, dass aus der Sicht des zuständigen Ministeriums und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung die Sanktionierung der Weigerung für unverhältnismäßig gehalten wird, weil die Möglichkeit zum Erlass eines Verwaltungsaktes das mildere Mittel darstelle. Welche Entwicklung dieser Ansatz angesichts der durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>101</sup> ausgelösten allgemeinen Debatte zur Überarbeitung und Neuorientierung des SGB II nehmen wird, lässt sich gegenwärtig noch nicht absehen.

## 5. Die Beteiligten der Eingliederungsvereinbarung

§ 15 Abs. 1 Satz 1 SGB II bestimmt, dass mit jedem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen eine Eingliederungsvereinbarung abgeschlossen werden soll. Leben mehrere erwerbsfähige Hilfebedürftige in einer Bedarfsgemeinschaft im Sinne von § 7 SGB II, bedeutet dies, dass nicht pauschal, sondern mit jedem einzelnen Hil-

---

97 Vgl. LSG Hamburg, Beschluss vom 22. September 2008 – L 5 B 483/07 ER AS –, in: juris; die Entscheidung des BSG vom 17. Dezember 2009 verhält sich der Medieninformation Nr. 60/09 zufolge nur zu der Frage, ob eine Sanktion nach § 31 SGB II auch dann in Betracht kommt, wenn ohne Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung eine Eingliederungsmaßnahme abgelehnt wird.

98 Fachliche Hinweise Rz. 31.6a; Geschäftsanweisung vom 20. Dezember 2008 (GA 43/2008) und Verfahrensinformation SGB II vom 13. Oktober 2009, weisungswidrig festgestellte Sanktionen zu überprüfen und zurückzunehmen.

99 Hervorhebung im Original.

100 BT-Drucks. 16/9701, S. 3.

101 Urteil vom 9. Februar 2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09 und 1 BvL 4/09 –, [www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen).

febedürftigen eine eigene Eingliederungsvereinbarung abzuschließen ist.<sup>102</sup> Als problematisch erweist sich hierbei der Abschluss bei Personen, die zwar noch nicht volljährig sind, aber das 15. Lebensjahr vollendet haben. Ausgehend vom Vertragscharakter der Eingliederungsvereinbarung gelten dann nach § 61 Satz 2 SGB X die allgemeinen Regeln des BGB und damit die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104–115 BGB).<sup>103</sup> Zwar statuiert § 11 Abs. 1 Nr. 2 SGB X in Verbindung mit § 36 SGB I eine Handlungsfähigkeit ab Vollendung des 15. Lebensjahres, doch ist diese darauf beschränkt, Anträge auf Sozialleistungen zu stellen und zu verfolgen sowie Leistungen entgegenzunehmen. Hierzu dürfte der Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung nicht zu zählen sein.<sup>104</sup> Eine Ausnahme könnte aber in Betracht kommen, wenn die nach § 113 Abs. 4 BGB – diese Norm ist auch auf öffentlich-rechtliche Verträge anwendbar<sup>105</sup> – im Hinblick auf ein früheres Dienst- oder Arbeitsverhältnis begründete Teilgeschäftsfähigkeit des Hilfebedürftigen entsprechend zum Tragen kommen kann. Soweit im Schrifttum<sup>106</sup> als Lösungsansatz auf § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II verwiesen wird, lässt sich diese Norm nicht als Sonderregelung verstehen, die dem genannten Personenkreis die Handlungsfähigkeit für den Bereich des SGB II allgemein zuspricht. Denn diese Regelung bestimmt lediglich den Kreis der Berechtigten, die Leistungen nach dem SGB II erhalten. Über die materielle Berechtigung hinaus werden verfahrensrechtliche Aspekte dieses Anspruchs, soweit er minderjährigen Hilfebedürftigen zusteht, nach zutreffender Auffassung nicht geregelt.<sup>107</sup> Das bedeutet, dass es für den Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung eines erwerbsfähigen Hilfebedürftigen zwischen dem vollendeten 15. Lebensjahr und der Volljährigkeit grundsätzlich der Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter – im Regelfall also seiner Eltern – nach § 107 BGB bedarf und die erforderlichen Erklärungen von diesen abzugeben und entgegenzunehmen sind.<sup>108</sup>

---

102 Vgl. Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung der Bundesagentur für Arbeit Rz. (15.8); ebenso Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O.; SGB II § 15 Rdnr. 18.

103 Vgl. hierzu Verf., in: Giese/Wahrendorf: SGB X Kommentar, § 61 Rdnr. 5.2. Zur Problematik fehlender Geschäftsfähigkeit bei suchtabhängigen Hilfebedürftigen siehe Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 20; Knoblauch/Hübner, a.a.O., NDV 2005, 277 [279]: 5.3 Geschäftsfähigkeit.

104 Ebenso Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 20; ferner Löns, in: Löns/Herold-Tews, a.a.O., SGB II, § 15 Rdnr. 10; Zahn, in: Mergler/Zink, a.a.O., SGB II, § 15 Rdnr. 10; Knoblauch/Hübner, a.a.O., NDV 2005, 277 [280]; Müller, in: Hauck/Noftz: SGB II, § 15 Rdnr. 36 f.

105 Vgl. Verf., in: Giese/Wahrendorf: SGB X Kommentar, § 61 Rdnr. 5.2; ebenso Knoblauch/Hübner, a.a.O., NDV 2005, 277 [280]. Gegen eine „analoge“ Anwendung des § 113 BGB allerdings Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 20.

106 Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O.; SGB II § 7 Rdnr. 7 und § 15 Rdnr. 18.

107 Vgl. Löns, in: Löns/Herold-Tews, a.a.O., SGB II § 15 Rdnr. 10 am Ende.

108 Ebenso Knoblauch/Hübner, a.a.O., NDV 2005, 277 [280]; vgl. hierzu auch Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung – § 15 SGB II – der Bundesagentur für Arbeit, Fußn. 8 zu Rdnr. (15.29).

Der Kreis der Beteiligten an einer Eingliederungsvereinbarung wird durch die Regelung in Absatz 2 Satz 1 erweitert. Wie sich aus einem Vergleich der Absätze 1 und 2 in § 15 SGB II ergibt, sollen durch die Regelung in Absatz 2 nur noch solche Personen einbezogen werden, die nicht zu den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen der Bedarfsgemeinschaft zählen. Das sind vor allem erwerbsgeminderte Partner und die unter 15-jährigen unverheirateten Kinder. Denkbar ist aber auch die Einbeziehung von erwerbsfähigen Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft, die aus besonderen Gründen<sup>109</sup> wie z.B. Schulbesuch, Pflege von Angehörigen usw. keine eigene Eingliederungsvereinbarung abzuschließen brauchen.

Seit der Einfügung des Satzes 2 durch das Kommunale Optionsgesetz<sup>110</sup> ist auch klargestellt, dass alle Personen, für die in der Eingliederungsvereinbarung Maßnahmen festgelegt werden, hierbei zu „beteiligen“ sind. Aus der Verwendung dieses verfahrensrechtlich determinierten Begriffs wird zutreffend gefolgert, dass die Person aus der Bedarfsgemeinschaft, für die der Grundsicherungsträger vertragliche Bestimmungen treffen will, förmlicher Beteiligter<sup>111</sup> im Sinne des § 12 Abs. 1 Nr. 3 SGB X wird. Dies bedeutet, dass die Beteiligung über ein bloßes Anhörungsrecht<sup>112</sup> nach § 24 SGB X hinausgeht und diese Personen neben den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen als Vertragspartner der Vereinbarung auch selbst Vertragspartner<sup>113</sup> werden können. Sofern sie nicht den Abschluss eines Vertrages ablehnen, sind sie damit sowohl in den Verhandlungsprozess über die Leistungen als auch in den Abschluss der Eingliederungsvereinbarung einzubeziehen. Unterbleibt die gebotene Beteiligung, so wird eine in die Rechte eines Mitglieds der Bedarfsgemeinschaft eingreifende Eingliederungsvereinbarung im Hinblick auf die hier anzuwendende Regelung des § 57 Abs. 1 SGB X erst wirksam,<sup>114</sup> wenn das betreffende Mitglied dem Vertrag schriftlich zustimmt.

Weiterer Beteiligter beim Abschluss der Eingliederungsvereinbarung ist der Grundsicherungsträger. Dabei ist in § 15 SGB II nicht geregelt, wer für diesen auftritt und verhandelt. Es hätte nahegelegen, für den Vertragspartner Grundsicherungsträger diese Kompetenz dem persönlichen Ansprechpartner (sog. „Fall-

---

109 Vgl. zu diesem Personenkreis Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung – § 15 SGB II – der Bundesagentur für Arbeit Rdnr. (15.6).

110 BGBl. I S. 2014 ff.; Amtliche Begründung BT-Drucks. 15/2816, S. 12; vgl. auch Fuchsloch, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 20.

111 Vgl. Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O.; SGB II, § 15 Rdnr. 21; ebenso Fuchsloch, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 83.

112 Vgl. hierzu Löns, in: Löns/Herold-Tews, a.a.O., SGB II, § 15 Rdnr. 9; Müller, in: Hauck/Noftz: SGB II, § 15 Rdnr. 48.

113 Ebenso Fuchsloch, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 83.

114 Vgl. hierzu Verf., in: Giese/Wahrendorf, SGB X Kommentar, § 57 Rdnr. 5.1 und 5.2.

manager“) zuzuweisen. Aus der Regelung des § 14 Satz 2 SGB II lässt sich aber nach übereinstimmender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung<sup>115</sup> kein subjektiv-öffentliches Recht des Hilfebedürftigen auf einen bestimmten Fallmanager herleiten. Obwohl nach der Zielvorstellung des Gesetzes die Zuordnung eines persönlichen Ansprechpartners ein kompetentes Fallmanagement sicherstellen, ein Vertrauensverhältnis zwischen dem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und dem Leistungsträger fördern sowie der Effizienz dessen Betreuung dienen soll, kann somit im Ergebnis jeder Bedienstete des Grundsicherungsträgers als Verhandlungspartner und damit als Gestalter der Eingliederungsvereinbarung auftreten.<sup>116</sup>

Schließlich ist nach der Einfügung durch das Kommunale Optionsgesetz beim Zustandekommen der Eingliederungsvereinbarung der kommunale Träger nach § 15 Abs. 1 Satz 1 SGB II in der Weise involviert, dass mit ihm „Einvernehmen“<sup>117</sup> herzustellen ist. Das bedeutet jedoch nicht, dass er dadurch Vertragspartner wird. Vertragsbeteiligter im verfahrensrechtlichen Sinne bleibt allein der Träger der Grundsicherung. Das Einvernehmen ist insbesondere dann vor<sup>118</sup> Abschluss der Eingliederungsvereinbarung einzuholen, wenn Leistungen erbracht werden sollen, die vom kommunalen Träger geleistet werden, also insbesondere Leistungen gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1–4 SGB II. Bei einheitlicher Aufgabenwahrnehmung innerhalb der ARGE dürfte die Herstellung des Einvernehmens im Regelfall weitgehend überflüssig sein. Deshalb soll nach der angeführten Arbeitshilfe für diesen Fall ein „internes Entscheidungsverfahren“ festgelegt werden, damit das Einvernehmen zwischen den Trägern der Grundsicherung nicht in jedem Einzelfall gesondert hergestellt werden muss.

## 6. Der Inhalt der Eingliederungsvereinbarung

§ 15 Abs. 1 Satz 2 SGB II definiert lediglich die Mindestanforderungen, die die Eingliederungsvereinbarung enthalten soll, und enthält keine abschließende

---

115 Vgl. BSG, Urteil vom 22. September 2009 – B 4 AS 13/09 R –, Rdnr. 26 mit Nachweisen für die Ansichten in der Literatur.

116 Ebenso Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 15 Rdnr. 16; vgl. zu den Anforderungen an den Gesprächspartner des Hilfebedürftigen Löns, in: Löns/Herold-Tews, a.a.O., SGB II, § 15 Rdnr. 7.

117 Ob es sich bei dem Einvernehmen um eine bloß verwaltungsinterne Mitwirkungshandlung oder um eine zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung handelt, hat keine wesentliche praktische Bedeutung; vgl. hierzu Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 15 Rdnr. 16.

118 Vgl. hierzu Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung – § 15 SGB II – der Bundesagentur für Arbeit Rdnr. (15.9), wonach eine Eingliederungsvereinbarung bezüglich dieser Leistungen erst abgeschlossen werden kann, wenn der kommunale Träger der Leistung vorher zugestimmt hat.

Aufzählung<sup>119</sup> des Inhalts des Vertrages. Auf der Seite des Leistungsträgers sollen nach Nr. 1 die Leistungen bestimmt werden, die der erwerbsfähige Hilfebedürftige zur Eingliederung in Arbeit erhält. Nach einhelliger Auffassung<sup>120</sup> können zum Gegenstand des Vertrages nur Leistungen gemacht werden, auf die der Hilfebedürftige keinen Rechtsanspruch hat. Demgemäß können Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach §§ 19 ff. SGB II nicht verhandelbarer Gegenstand der Eingliederungsvereinbarung sein. Als Leistungen, auf die ein Anspruch besteht, sind auch Ermessensleistungen im Falle einer Ermessensreduzierung auf null anzusehen<sup>121</sup>.

Die in Betracht kommenden Leistungen haben sich an einer konkreten Zweckrichtung zu orientieren, nämlich eine umfassende Unterstützung zu gewährleisten mit dem Ziel, die Eingliederung in Arbeit zu fördern und damit die Beendigung oder zumindest die Verringerung der Hilfebedürftigkeit herbeizuführen. Die Förderleistungen ergeben sich neben den Leistungen aus §§ 14 und 29 SGB II<sup>122</sup> vor allem aus dem in § 16 SGB II aufgeführten Katalog. Dessen Verweisung in Absatz 1 ermöglicht es dem Grundsicherungsträger, einen Großteil der Instrumente der aktiven Arbeitsförderung des SGB III, die den Beziehern von Arbeitslosengeld als Sozialversicherungsleistung zur Verfügung stehen, einzusetzen. Diese reichen vom Zuschuss zu den Bewerbungskosten über Fort- und Weiterbildung sowie Mobilitätshilfen bis zum Vermittlungsgutschein.<sup>123</sup> Darüber hinaus ermöglicht die generalklauselartige Regelung des § 16 Abs. 2 SGB II die Gewährung besonderer, dem individuellen Bedarf angepasster sozialunterstützender Maßnahmen wie z.B. Schuldner- und Suchtberatung oder Kinderbetreuungsleistungen.<sup>124</sup> Auch die Arbeitsgelegenheiten des § 16 Abs. 3 Satz 1 SGB II (sog. „Ein-Euro-Jobs“) gehören zu den Eingliederungsleistungen.

---

119 Vgl. Müller, in: Hauck/Noftz: SGB II, § 15 Rdnr. 27; Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 29.

120 Vgl. hierzu Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung – § 15 SGB II – der Bundesagentur für Arbeit, a.a.O., Rdnr. (15.17); LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 22. Januar 2007 – L 13 AS 4160/06 –, in: juris; Knoblauch/Hübner, a.a.O., NDV 2005, 277 [278]; Fuchsloch, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 37 und 118; Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 22; nach Löns, in: Löns/Herold-Tews, a.a.O., SGB II, § 15 Rdnr. 14 ist es allerdings unschädlich, diese Leistungen in der Eingliederungsvereinbarung mit aufzuführen.

121 Vgl. Knoblauch/Hübner, a.a.O., NDV 2005, 277 [278]; siehe zur Besonderheit der Pflichtleistungen zur Förderung der Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben nach den §§ 102 ff. SGB III Zahn, in: Mergler/Zink, a.a.O., SGB II, § 15 Rdnr. 6.

122 Vgl. hierzu Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung – § 15 SGB II – der Bundesagentur für Arbeit, a.a.O., Rdnr. (15.12); zustimmend Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 15 Rdnr. 22.

123 Vgl. Fuchsloch, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 56.

124 Vgl. Müller, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 15 Rdnr. 29; ebenso Fuchsloch, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 56.

Grundlage der zu treffenden Vereinbarung, welcher Förderleistungen der erwerbsfähige Hilfebedürftige bedarf, ist eine sorgfältige, systematische und umfassende Standortbestimmung (sog. „Profiling“), bei der gemeinsam<sup>125</sup> alle Stärken und Schwächen, Erfahrungen und Neigungen des Hilfebedürftigen festgestellt, dessen individuelle Chanceneinschätzungen passgenau ermittelt und daraus folgende Handlungserfordernisse aufgezeigt werden.<sup>126</sup> Dabei ist darauf zu achten, dass die Leistungen des Trägers konkret und verbindlich zu bezeichnen sind und damit auch dem Erfordernis der Bestimmtheit<sup>127</sup> genügen. Im Hinblick auf die Bindungswirkung des Vertrages dürfen vonseiten des Trägers Zusagen für Förderungsmöglichkeiten erst dann abgegeben werden, wenn konkrete Realisierungsmöglichkeiten gegeben sind und die erforderlichen Haushaltsmittel hierzu bereitstehen.<sup>128</sup>

In § 15 Abs. 1 Nr. 2 SGB II hat der Gesetzgeber den Grundsatz des Forderns näher ausgestaltet und dabei insbesondere geregelt, dass die Bemühungen des Hilfebedürftigen zur Eingliederung in Arbeit wesentlicher Inhalt der Eingliederungsvereinbarung sind. Denn diese soll bestimmen, welche Bemühungen der Hilfebedürftige in welcher Häufigkeit mindestens unternehmen muss und in welcher Form er die Bemühungen nachzuweisen hat. Ein einfaches Rekurrieren auf § 2 Abs. 1, 2 SGB II reicht dafür allerdings nicht aus. Dabei gilt, dass zunächst auf die örtliche Struktur der Arbeitslosigkeit<sup>129</sup> und die Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt abzustellen ist, um die Bewerbungen nicht als bloße Beschäftigungstherapie<sup>130</sup> erscheinen zu lassen. Weiterhin müssen die Forderungen an die Eigenbemühungen den Hilfebedürftigen in der Eingliederungsvereinbarung so eindeutig und bestimmt beschrieben sein, dass sie nach Maßgabe des Verständnisvermögens des Hilfebedürftigen für diesen klar erkennbar sind und dass auch sonst ohne zusätzliche Akte wertender Erkenntnis festgestellt werden kann, ob

---

125 Vgl. hierzu Hannes: Was gilt bei Eingliederungsvereinbarungen?, Soziale Sicherheit 2007, 68; zur erforderlichen Dokumentation der Verhandlungen SG Hildesheim, Beschluss vom 16. September 2008 – S 37 AS 1441/08 ER.

126 Vgl. hierzu Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung – § 15 SGB II – der Bundesagentur für Arbeit, a.a.O., Rdnr. (15.2) und (15.12) sowie Hammel, a.a.O., ZFSH/SGB 2007, 589 [592] unter Hinweis auf SG Leipzig, Urteil vom 19. Februar 2007 – S 19 AS 392/06 –; Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 23.

127 Vgl. hierzu LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 22. Januar 2007 – L 13 AS 4160/06 –, in: juris; Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 15 Rdnr. 23; Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 23.

128 Vgl. hierzu Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung – § 15 SGB II – der Bundesagentur für Arbeit, a.a.O., Rdnr. (15.13); ebenso Zahn, in: Mergler/Zink, a.a.O., SGB II, § 15 Rdnr. 22.

129 Vgl. Zahn, in: Mergler/Zink, a.a.O., SGB II, § 15 Rdnr. 25; ebenso Sonnhoff, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 94; ferner Löns, in: Löns/Herold-Tews, a.a.O., SGB II, § 15 Rdnr. 15.

130 Vgl. die Nachweise bei Hammel, a.a.O., ZFSH/SGB 2007, 589 [597] auf Entscheidungen der Sozialgerichte Berlin und Hamburg sowie auf Berlit in Fußn. 107.

der Hilfebedürftige seiner Verpflichtung aus dem Vertrag in ausreichendem Maße nachgekommen ist.<sup>131</sup> Insbesondere sind die Eigenbemühungen nach einhelliger Auffassung hinsichtlich der Kriterien Häufigkeit, Zeitraum der Erledigung und Form des Nachweises nach Maßgabe der persönlichen Verhältnisse individuell zu spezifizieren.<sup>132</sup> Es muss ferner erkennbar sein, welche Vorstellungen hinsichtlich der Art der für eine Arbeitsaufnahme in Betracht kommenden Stellen der Eingliederungsvereinbarung zugrunde liegen. Eine Bewerbung muss zielorientiert sein. Das setzt voraus, dass die Art der Stellen zumindest exemplarisch besprochen wird. Auch ist bei der Anzahl<sup>133</sup> der geforderten Bewerbungen innerhalb eines definierten Zeitraums auf die individuellen Verhältnisse des Hilfebedürftigen und dessen finanzielle Leistungsfähigkeit abzustellen.

Gegenstand einer Eingliederungsvereinbarung ist nach § 15 SGB II nicht die Eingliederung in eine bestimmte Tätigkeit, sondern eine Vereinbarung, losgelöst von einem konkreten Stellenangebot oder einer konkreten Arbeitsgelegenheit, die die wesentlichen Grundzüge der wechselseitigen Rechte und Pflichten in Bezug auf die Wiedereingliederung des Erwerbslosen auf dem Arbeitsmarkt niederlegt. Inhalt einer Eingliederungsvereinbarung kann zwar durchaus auch sein, dass sich der erwerbsfähige Hilfebedürftige verpflichtet, sich auch um Arbeitsgelegenheiten zu bemühen. Inhalt einer Eingliederungsvereinbarung ist aber nicht die Eingliederung in eine bestimmte Arbeitsgelegenheit, da dies einen Vertrag zu lasten desjenigen Trägers darstellen würde, der die Arbeitsgelegenheit anbietet, am Abschluss der Eingliederungsvereinbarung aber nicht beteiligt ist.

Darüber hinaus sollte die Eingliederungsvereinbarung auch Regelungen zur Ortsabwesenheit und damit der Erreichbarkeit des Hilfebedürftigen enthalten. So sehen die Verträge, ohne dass es sich noch um individuell ausgehandelte Vereinbarungen handelt, nach Maßgabe des neu eingefügten § 7 Abs. 4a SGB II<sup>134</sup> vor, dass sich der Hilfebedürftige verpflichtet, sich nur nach Absprache und mit Zu-

---

131 Vgl. SG Frankfurt am Main, Gerichtsbescheid vom 6. Oktober 2008 – S 14 AS 1054/07 –; ebenso Berlitz, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 27.

132 Vgl. hierzu Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung – § 15 SGB II – der Bundesagentur für Arbeit, a.a.O., Rdnr. (15.15).

133 Nach der Rechtsprechung (LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 20. Dezember 2006 – L 20 B 298/06 AS ER –) ist der Nachweis von zehn Bewerbungen monatlich rechtlich unbedenklich. Für eine Orientierung der Anzahl der schriftlichen Bewerbungen an dem Förderungshöchstbetrag von 260,- € im Jahr Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung – § 15 SGB II – der Bundesagentur für Arbeit, a.a.O., Rdnr. (15.16); ebenso Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O.; § 15 Rdnr. 25 sowie Winkel: Mengenvorgaben für Bewerbungen und Bewerbungskosten, Soziale Sicherheit 2007, 69.

134 Diese Norm – eingefügt durch das SGB II-Fortentwicklungsgesetz – verweist auf die Erreichbarkeits-Anordnung in der Fassung vom 16. November 2001. Vgl. hierzu Fuchsloch, a.a.O., § 15 SGB II, Rdnr. 71.

stimmung des persönlichen Ansprechpartners außerhalb des zeit- und ortsnahen Bereiches aufzuhalten. Außerdem hat der Hilfebedürftige grundsätzlich sicherzustellen, dass er für den zuständigen Träger persönlich an jedem Werktag an seinem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt unter der benannten Anschrift durch Briefpost zu erreichen<sup>135</sup> ist.

In § 15 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II – ebenfalls eingefügt durch das SGB II-Fortentwicklungsgesetz – ist schließlich geregelt, dass die Eingliederungsvereinbarung auch bestimmen soll, welche Leistungen Dritter, insbesondere Träger anderer Sozialleistungen, der Hilfebedürftige zu beantragen hat. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers<sup>136</sup> soll hierdurch die Eigenverantwortung des Hilfebedürftigen gestärkt werden. Zudem werde dem Umstand Rechnung getragen, dass die Leistungen anderer die Mitwirkung der Betroffenen voraussetze. Insbesondere soll sichergestellt werden, dass sog. „Aufstocker“ die ihnen zustehenden Leistungen aus dem System der Arbeitslosenversicherung in Anspruch nehmen.<sup>137</sup> Ob durch die neue Regelung auch eine – ebenfalls beabsichtigte – Entlastung des Trägers der Grundsicherung erreicht werden kann, wird überwiegend skeptisch beurteilt.<sup>138</sup>

## 7. Rechtsschutz

Das Bundesverfassungsgericht hat in der oben angeführten Entscheidung<sup>139</sup> darauf hingewiesen, dass es Aufgabe der fachnahen Sozialgerichte sei, zeitnah und effektiv Rechtsschutz zu gewähren und dabei auch die verfassungsrechtliche Prüfung der Regelungen über die Eingliederungsvereinbarung eigenständig vorzunehmen. Da nach der o.a. Entscheidung des BSG vom 22. September 2009 der Hilfebedürftige keinen Anspruch auf Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung<sup>140</sup> hat, bedarf es unter praktischen Gesichtspunkten keiner abschließenden

---

135 Vgl. auch zur Zustimmung von Ortsabwesenheiten Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung – § 15 SGB II – der Bundesagentur für Arbeit, a.a.O., Rdnr. (15.19); Bedenken gegen eine nach Art einer Rufbereitschaft „vereinbarte“ Erreichbarkeitsverpflichtung bei Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 29.

136 BT-Drucks. 16/1410, S. 21.

137 Vgl. Müller, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 15 Rdnr. 36a.

138 Vgl. Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 15 und 53 und 30; ferner Müller, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 15 Rdnr. 36c.

139 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Februar 2005 – 1 BvR 195/05 –, [www.bverfg.de/entscheidungen](http://www.bverfg.de/entscheidungen).

140 Zutreffend a.A. Spellbrink, a.a.O., SGB II § 15 Rdnr. 41, wonach der Hilfebedürftige bei Weigerung des Grundsicherungsträgers, überhaupt eine Eingliederungsvereinbarung abzuschließen, eine Leistungsklage nach § 54 Abs. 5 SGG auf Abschluss einer solchen Vereinbarung erheben kann. Vgl. hierzu auch Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 15 und 53, der einerseits einen Anspruch des Hilfebedürftigen „auf ernsthafte und sachgerechte Ver-

Erörterung, ob hierfür die allgemeine Leistungsklage<sup>141</sup> ausreichen würde oder ob zusätzlich die den Abschluss des Vertrages ablehnende Entscheidung mittels einer Anfechtungsklage aufgehoben werden müsste. Dagegen dürfte allgemeiner Konsens darüber bestehen, dass der Hilfebedürftige im Rahmen einer Feststellungsklage die Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit einer Eingliederungsvereinbarung gerichtlich geltend machen kann.<sup>142</sup> Ob bei drohender Absenkung oder Wegfall der Leistungen für eine vorbeugende Feststellungsklage Raum bleibt, erscheint jedenfalls dann im Hinblick auf die Frage des besonderen Feststellungsbedürfnisses zweifelhaft, wenn im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes<sup>143</sup> gegen den belastenden Feststellungsbescheid noch eine effektive Rechtsschutzgewährung möglich ist.<sup>144</sup>

Sofern der Grundsicherungsträger seine Verpflichtungen aus der Eingliederungsvereinbarung nicht erfüllt, kann der Hilfebedürftige seine Ansprüche auf Erfüllung mit der Leistungsklage<sup>145</sup> oder je nach Art und Bestimmtheit der Leistungen mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage<sup>146</sup> verfolgen. Demgegenüber stehen nach allgemeiner Ansicht<sup>147</sup> dem Träger der Grundsicherung gerichtlich durchsetzbare Ansprüche nicht in gleicher Weise zu, sieht man von der Möglichkeit ab, den Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 3 SGB II einzuklagen, sofern die Voraussetzungen und der Inhalt dieses Anspruchs in der Eingliederungsvereinbarung ausreichend klar geregelt worden sind.<sup>148</sup>

---

handlungen“ der Agentur postuliert, andererseits aber wie Spellbrink einen Anspruch auf Abschluss einer inhaltlich bestimmten Eingliederungsvereinbarung ablehnt.

141 Vgl. zum gerichtlichen Rechtsschutz bei öffentlich-rechtlichen Verträgen ausführlich Verf., in: Giese/Wahrendorf, SGB X Kommentar, § 53 Rdnr. 9 mit weiteren Nachweisen.

142 Vgl. Sonnhoff, in: Schlegel/Voelzke/Radüge: juris Praxiskommentar, § 15 SGB II Rdnr. 158; zum gerichtlichen Kontrollumfang einerseits Müller, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 15 Rdnr. 20, andererseits Löns, in: Löns/Herold-Tews, a.a.O., SGB II § 15 Rdnr. 18.

143 Vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse vom 8. Juli 2009 – L 19 B 140/09 AS ER – und vom 23. November 2009 – L 19 B 262/09 AS –, in: juris.

144 Ebenso Hannes: Was gilt bei Eingliederungsvereinbarungen?, Soziale Sicherheit 2007, 68 [72] unter Hinweis auf einen Beschluss des LSG Hamburg vom 8. März 2006 – L 5 B 344/05 ER AS –; für die Zulässigkeit einer vorbeugenden Feststellungsklage Fuchsloch, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 130.

145 Vgl. Sonnhoff, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 158; Fuchsloch, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 131.

146 Vgl. Spellbrink, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 39.

147 Vgl. Fuchsloch, a.a.O., § 15 SGB II Rdnr. 127 mit weiteren Nachweisen; a.A. Knoblauch/Hübner, a.a.O., NDV 2005, 277 [281].

148 Vgl. Berlit, in: LPK-SGB II, § 15 Rdnr. 55.



## **Eine Zwischenbilanz: Fünf Jahre Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII)**

Wie kein anderer ist Dieter Giese Zeitzeuge und kritischer Kommentator des Bundessozialhilfegesetzes sowie seiner Auswirkungen auf das System der sozialen Sicherung gewesen.<sup>1</sup> Mit dem 1. Januar 2005 ist das Bundessozialhilfegesetz durch das Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII) abgelöst worden, dessen Entstehen Dieter Giese in manchem Gespräch mit dem Verfasser kritisch-sezierend begleitet hat. Das Recht der Sicherung des Existenzminimums ist mit dem SGB II und dem SGB XII auf zum Teil neue Grundlagen gestellt worden. Der eigentliche Umbruch ist zudem durch die Zuweisung der gerichtlichen Verfahren an die Sozialgerichtsbarkeit erfolgt, der gleichsam „über Nacht“ die richterliche Verantwortung für das Sozialhilferecht und das SGB II zugefallen ist. Nach fünf Jahren ist es an der Zeit, eine vorsichtige Zwischenbilanz zu ziehen und dabei Veränderungen oder Kontinuitäten nachzugehen. Hierbei kommt es nicht in erster Linie darauf an, einen Textvergleich zwischen dem BSHG und dem SGB XII vorzunehmen, sondern Tendenzen und Entwicklungen nachzuspüren, wie sie in der Rechtsprechung ihren objektiven Ausdruck gefunden haben.

Vorweg aber einige persönliche Bemerkungen zu dem bei einigen Leistungsträgern (immer noch) vorhandenen „Gefühl“, in der Verwaltungsgerichtsbarkeit sei man „besser aufgehoben“ gewesen und die Sozialgerichtsbarkeit würde den Versuch machen, in Praxis und verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung Bewährtes zu verändern. Hierbei mag vor allem der in seiner Wirkung auf die Leistungsträger von der Sozialgerichtsbarkeit unterschätzte „Prinzipienstreit“ eine unglückliche Rolle gespielt haben, auf den ich an anderer Stelle noch eingehen werde. Aus der eigenen richterlichen Erfahrung als ein mit dem BSHG lange Jahre befasster Verwaltungsrichter und dann über Rechtsstreitigkeiten urteilender Sozialrichter kann ich schon vorab feststellen, dass sich die sozialgerichtliche Rechtsprechung in der Gesamtheit nicht als völlige Abkehr der bisherigen, das Sozialhilferecht bestimmenden Grundsätze darstellt.<sup>2</sup> Dass noch einiges im „Fluss“ ist und dass einige andere Akzente gesetzt werden, ergibt sich auch nach fünf Jahren Inkraft-

- 1 Vgl. Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge (Hrsg.): Sozialrechtswissenschaft, Sozialpolitik, soziale Praxis. Dokumentation eines Symposiums zu Ehren von Dieter Giese, Frankfurt am Main 1995, S. 1; Igl, G.: Dieter Giese: Urgestein des Sozialhilferechts, RsDE Heft 70/2009, S. 1.
- 2 Schärfer allerdings Coseriu, in: Bender/Eicher (Hrsg.): Sozialrecht – eine Terra incognita, S. 252, der von einer zum Teil deutlichen Abgrenzung zur Rechtsprechung des BVerwG

treten des SGB XII von selbst. Dass das nicht trennscharf abgestimmte Nebeneinander der beiden Leistungsbereiche von SGB XII und SGB II, die vielschichtig aufeinander bezogen sind, zu anderen als bisher bekannten Problemen, namentlich komplizierten, im Gesetzgebungsverfahren nicht erkannten Abgrenzungs- und Konkordanzproblemen führt, ist ein Versagen des Gesetzgebers, dem sich die Sozialgerichtsbarkeit als „Reparaturbetrieb“ stellen muss.

## 1. Überblick

1. Mit dem Inkrafttreten des SGB XII haben sich einige grundlegende Veränderungen ergeben. Während im BSHG die Regelleistung und die Kosten der Unterkunft sowie die einmaligen Beihilfen neben den Leistungen nach dem Grundsicherungsgesetz (GSiG) einen breiten Raum einnahmen, ist speziell der für die Regelleistung infrage kommende Personenkreis eingeeengt worden, und der Regelbedarf nach § 28 SGB XII und die Gewährung einmaliger Beihilfen haben ihre frühere quantitative Bedeutung verloren. Der überwiegende Teil von Personen, die erwerbsfähig sind und die mit anderen in einer Bedarfsgemeinschaft leben (§§ 7 und 8 SGB II), bezieht nicht mehr Hilfe zum Lebensunterhalt, sondern Regelleistungen nach dem SGB II. Der eigentliche Schwerpunktbereich von Leistungen, die vornehmlich der Sicherstellung des Lebensunterhalts dienen, liegt nun bei den Leistungen für ältere und dauerhaft voll erwerbsgeminderte Personen (§ 41 SGB XII). Mit den Vorschriften der §§ 41 f. SGB XII ist das Leistungsrecht des GSiG in das materielle Sozialhilferecht endgültig und systematisch richtig inkorporiert worden. Ein wirklicher Paradigmenwechsel hat sich bei den einmaligen Beihilfen vollzogen.<sup>3</sup> Das BSHG ging von einer systematischen Unterteilung in laufende und einmalige Leistungen aus.<sup>4</sup> Ohne die abschließende Evaluierung abzuwarten, die mit dem aufgrund des § 101a BSHG eingeführten Pauschalierungssystem vorgesehen war,<sup>5</sup> ist die Systematik der Bedarfe im SGB XII neu geordnet worden. Die einmaligen Beihilfen sind als Pauschalen Teil der Regelleistung des § 28 SGB XII. Dadurch wird auch bewirkt, dass Sozialhilfe ökonomisiert wird. Der Hilfeberechtigte muss mit der zur Verfügung gestellten Sozialhilfe ökonomisch umgehen, indem er für in Zukunft eintretende Notlagen

---

spricht und hierfür das Urteil des BSG (Urteil vom 28. Oktober 2008, B 8 SO 33/07 R) zum Zinsanspruch anführt.

3 S. dazu auch Mrozynski, ZFSH/SGB 2004, 199; Rothkegel, ZFSH/SGB 2004, 404.

4 Zur Unterscheidung nach altem Recht, s. Giese/Rademacker, NWVBL 1989, 163 f.

5 Wahrendorf, in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, 2. Aufl. 2008, § 28 Rdnr. 1

Rückstellungen bildet. Damit hat der Gesetzgeber einen grundlegenden Wandel vom Grundsatz gegenwärtiger Bedarfsdeckung<sup>6</sup> vollzogen.

Eine weitere Verschiebung hat sich dadurch ergeben, dass die Einteilung des BSHG in die Hilfe zum Lebensunterhalt und die Hilfe in besonderen Lebenslagen aufgegeben und durch den in § 8 SGB XII aufgeführten Hilfskatalog ersetzt worden ist. Neu ist auch, dass den einzelnen Leistungsbereichen neben den Basisnormen der §§ 1 bis 7 SGB XII gemeinsame Grundsätze in den §§ 8 bis 26 SGB XII vorangestellt worden sind.

2. Die Eingliederungshilfe (§§ 53 f. SGB XII) enthält im Wesentlichen inhaltsgleiche Regelungen wie die §§ 39 f. BSHG.<sup>7</sup> Neue Akzente wurden dadurch gesetzt, dass die erweiterte Hilfe des § 43 BSHG nun in die Vorschriften über das Einkommen und Vermögen verlagert worden ist und die Bestimmungen über das persönliche Budget (§ 57 SGB XII) in das SGB XII eingefügt wurden.<sup>8</sup>

3. Bei der Hilfe zur Pflege (§§ 61 f. SGB XII) haben sich im Verhältnis zum früheren Recht keine erwähnenswerten Änderungen ergeben. Gleiches gilt für das Achte Kapitel, die Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten, §§ 67 f. SGB XII.

4. Die Hilfe in anderen Lebenslagen (§§ 73 f. SGB XII) hat eine veränderte Bedeutung erhalten, weil sie, worauf noch unter 5. einzugehen sein wird, in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung als multifunktionale Auffangvorschrift verstanden worden ist.

## **2. Streit um die Strukturprinzipien des Sozialhilferechts**

1. Der Streit um die Strukturprinzipien des Sozialhilferechts hat einen konkreten Anlass. Es geht um die Anwendung des § 44 SGB X. Hierzu hat das BVerwG<sup>9</sup> ausgeführt: Der Vorbehalt des § 37 SGB I erfasse nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht nur Abweichungen, die sich in der Gestalt ausdrücklicher Vorschriften ergeben (BVerwGE 68, 289), sondern auch solche Abweichungen, die nach den für den einzelnen Sozialleistungsbereich

---

6 S. dazu Grube/Wahrendorf (Fußn. 5), Einleitung Rdnr. 47; Rothkegel: Die Strukturprinzipien des Sozialhilferechts, 2000, S. 66 m.w.N.

7 Vgl. auch Coseriu (Fußn. 2), S. 235.

8 Wahrendorf (Fußn. 5), § 57 Rdnr. 1.

9 BVerwGE 68, 285, 289.

geltenden Strukturprinzipien zwingend seien.<sup>10</sup> Dass der Grundsatz „keine Hilfe für die Vergangenheit“ ein sich aus § 5 BSHG ergebendes Strukturprinzip des Sozialhilferechts sei, habe das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem Urteil vom 19. Juni 1980<sup>11</sup> entschieden; und dass dieses Sonderrecht weiter gelte, ergebe bestätigend die Entstehungsgeschichte des § 44 SGB X.<sup>12</sup> Besonderes Gewicht in der praktischen Handhabung durch die Leistungsträger und teilweise durch die Verwaltungsgerichte haben die Strukturprinzipien des Sozialhilferechts durch das gleichnamige Buch von Rothkegel<sup>13</sup> erhalten. Überzogen polemisch hat Spellbrink<sup>14</sup> von einer „normativen Hybris des Strukturansatzes des BVerwG“ gesprochen, was auf der Seite des BVerwG in Person von Rothkegel<sup>15</sup> zum Widerspruch geführt hat. Lässt man den inzwischen abklingenden „Stellvertreterdisput“ zweier in Konkurrenz stehender Bundesgerichte, wobei dem einen das Rechtsgebiet zugefallen ist und dem anderen gegen dessen Willen entzogen wurde, beiseite und besinnt sich auf die eigentliche Funktion von Rechtsprinzipien oder Rechtsgrundsätzen, ist ohne jeden methodischen Zweifel festzuhalten, dass sie dazu dienen, die innere Ordnung von Rechtsnormen im Sinne eines möglichst widerspruchsfreien Wertgefüges zu ermitteln.<sup>16</sup> Dabei kommt diesen Rechtsprinzipien eine heuristische Hilfsfunktion im Sinn von Topoi zu, aus der für sich genommen keine Handlungsansätze für Verwaltung und Rechtsprechung abzuleiten sind.<sup>17</sup> Werden sie, wie vom BVerwG teilweise judiziert, als solche verstanden, besteht zweifellos die Gefahr, dass sie in der praktischen Rechtsanwendung wie Korsettstangen wirken. Oberste Gerichte geben ihren wissenschaftlichen Anspruch nicht auf, wenn sie darauf verzichten, über Strukturprinzipien des Sozialhilferechts „ein Stück Dogmatik des besonderen Verwaltungsrechts“<sup>18</sup> zu schaffen. Primär kommt es bei der Rechtsanwendung nicht auf Grundsätze, sondern auf den einzelnen im SGB XII formulierten Leistungsanspruch an. Soweit das SGB XII unbestimmte oder auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe oder Lücken oder wie in den §§ 1 und 2 SGB XII Einleitungs- oder Grundsatznormen<sup>19</sup> enthält, können Grundsätze oder Prinzipien die Wertentscheidung verdeutlichen,

---

10 Unter Hinweis auf BVerwGE 58, 69; 60, 240; 66, 90.

11 BVerwGE 60, 236.

12 S. zu dieser Entscheidung auch Coseriu (Fußn. 2), S. 251; Wahrendorf, in: Festschrift für Schnapp, 2008, S. 579.

13 S. Fußn. 6.

14 Eicher/Spellbrink: SGB II, 2. Aufl. 2008, vor § 1 Rdnr. 9.

15 SGB 2006, 74.

16 Vgl. Rüthers: Rechtstheorie, 1999, Rdnr. 751.

17 So richtig an anderer Stelle Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 14), vor § 1 Rdnr. 5 zu möglichen Strukturprinzipien des SGB III.

18 So aber Rothkegel (Fußn. 6), S. 1.

19 Wahrendorf, in: Grube/Wahrendorf (Fußn. 5), § 1 Rdnr. 5.

die der Rechtsanwender seiner Entscheidung zugrunde legen will und die in die Auslegung der einzelnen Leistungsnormen einfließen können.

2. Wird die Prinzipienfrage vom Kopf auf die Füße gestellt, lässt sich auch die eingangs gestellte Frage nach der Anwendung des § 44 SGB X im Sozialhilferecht beantworten. Das BSG hat entschieden, dass § 44 SGB X für Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach §§ 41 f. SGB XII anzuwenden ist.<sup>20</sup> Der Abkehr des BSG von der Rechtsprechung des BVerwG ist zuzustimmen, weil die besseren Argumente für das BSG sprechen. Von der denkgesetzlichen Logik her, die immer wieder als wesentliche Begründung der Nichtanwendung des § 44 SGB X herhalten musste, kann ein in der Vergangenheit nicht durch staatliche Transferleistungen gedeckter Bedarf fortbestehen.<sup>21</sup> So lässt sich ein in der Vergangenheit rechtswidrig abgelehnter Bedarf auch nachträglich erfüllen, zumal dann, wenn sich der Leistungsberechtigte infolge der Nichtgewährung der Hilfe verschulden musste.<sup>22</sup> Es ist eine Frage der materiellen Gerechtigkeit, im Ansatz eine Prüfung des § 44 SGB X bei Sozialhilfeleistungen zuzulassen. Ob der Betreffende tatsächlich einen Bedarf heute noch hat oder ob er ihn anderweitig etwa durch inzwischen erworbenes Einkommen oder Vermögen oder durch Zuwendungen Dritter gedeckt hat, ist eine sich nun anschließende Frage.<sup>23</sup>

### 3. Maßgeblicher Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung

Wehrt sich ein Hilfeberechtigter gegen einen Bescheid, mit dem die Leistung ohne zeitliche Begrenzung abgelehnt worden ist, ist nach Auffassung des BSG<sup>24</sup> Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens die gesamte bis zum für die gerichtliche Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt verstrichene Zeit unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Änderungen, ohne dass es dafür eines neuen Bescheides bedarf.

Damit setzt sich das BSG deutlich von der Rechtsprechung des BVerwG<sup>25</sup> ab. Das BVerwG hatte seine Auffassung damit begründet, dass wegen der laufenden

---

20 SozR 4-1300 § 44 Nr. 11; so jetzt auch BSG, Urteil vom 29. September 2009, B 8 SO 16/08 R.

21 Vgl. dazu und zum Folgenden: Wahrendorf (Fußn. 12), S. 580 f.

22 Selbst für solche Korrekturen sah die früher herrschende Lehre keinen Anlass: in diesem Sinn etwa Rothkegel/Grieger: Sozialhilferecht, 2005, S. 675.

23 Wahrendorf (Fußn. 12), S. 580; BSG, Urteil vom 29. September 2009 (Fußn. 20).

24 Urteil vom 11. Dezember 2007, B 8/9b SO 12/06 R.

25 BVerwGE 25, 307, 308; s. dazu auch Rothkegel: Sozialhilferecht, 2005, S. 718 f.

Anpassung der Regelsätze die Leistungsbewilligung im Sozialhilferecht nicht anders behandelt werden könne als die Leistungsbewilligung aufgrund eines Zeitabschnittsgesetzes. Aus den wechselnden Bedürfnissen und Wünschen ergebe sich die jeweilige konkrete Notlage, bei der die gerichtliche Kontrolle ansetzen müsse, die auf den Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung zu beschränken sei.

Ob man daraus mit dem BVerwG zugleich den Schluss ziehen muss, dass sich Sozialhilfe gleichsam täglich neu verwirkliche, ist nicht zwingend, weil Regelleistungen in Pauschalen und monatsweise gewährt werden. Auch ist der Vergleich zwischen Zeitabschnittsgesetzen und dem Bewilligungszeitraum sozialhilferechtlicher Leistungen sachlich kaum zu rechtfertigen. Für die Entscheidung des BSG spricht, dass es die sozialhilferechtliche Rechtsprechung wieder zu dem allgemeinen prozessualen Grundsatz hinführt, dass es bei Leistungs- und Verpflichtungsklagen auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommt.<sup>26</sup> Allerdings ist das vom BSG für die Abweichung angeführte Argument, dass die Prozessökonomie für die von ihm vertretene Auffassung streite, ambivalent. Auch das BVerwG hatte auf den Gedanken der Prozessökonomie verwiesen und die bedenkenswerte Verpflichtung des Leistungsträgers daran geknüpft, den Fall auch nach dem Erlass des Widerspruchsbescheides unter Kontrolle zu halten, was nicht zwingend weitere Ablehnungsbescheide nach sich ziehen musste. Denn die Beteiligten konnten sich darauf verständigen, die gerichtliche Entscheidung abzuwarten und sich an deren Rechtskraft auszurichten. Um bei länger dauernden gerichtlichen Verfahren die Gerichte nicht übermäßig mit einem Ermittlungsaufwand zu belasten, entspricht es einer in den Tatsacheninstanzen häufig gepflegten Praxis, ein Klageverfahren auf bestimmte Zeiträume zu begrenzen und dies mit einem Unterwerfungsvergleich zu verbinden. Erst diese Vorgehensweise trägt den vom BSG angeführten prozessökonomischen Gründen praxisfunktional Rechnung.

#### **4. Sozialhilferechtliches Dreiecksverhältnis**

1. Nicht nur eine Akzentverschiebung, sondern eine Abkehr oder möglicherweise Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG wird in der Entscheidung des BSG vom 28. Oktober 2008<sup>27</sup> vollzogen.

---

<sup>26</sup> Vgl. Eicher, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 14), § 41 Rdnr. 13b; Coseriu (Fußn. 2); Kopp/Schenke: VwGO, 14. Aufl. 2009, § 113 Rdnr. 217.

<sup>27</sup> FEVS 60, 481.

Im Streit waren die Übernahme und Zahlung weiterer Heimkosten für eine Einrichtungsunterbringung, die erforderlich war, weil die Klägerin an einer Intelligenzminderung, einer Dysthymie und einer Alkoholabhängigkeit litt. Das zwischen der Klägerin und der Einrichtung vereinbarte Heimentgelt ist vom Leistungsträger nicht in voller Höhe akzeptiert worden. Der Leistungsträger hatte in einer Kostenübernahmeerklärung die Beträge mitgeteilt, die er übernehmen wolle. Das BSG hat der Revision stattgegeben, weil das LSG verabsäumt hatte, die Einrichtung beizuladen. Das angestrebte Urteil greife unmittelbar in die Rechtsbeziehungen ein, die auch die Einrichtung betreffe. Die Leistungserbringung der Sozialhilfe sei im Bereich der stationären und teilstationären Leistungen, namentlich bei der Eingliederungshilfe wie auch der Hilfe zur Pflege, durch das sogenannte sozialhilferechtliche Dreiecksverhältnis geprägt, das die wechselseitigen Rechtsbeziehungen zwischen dem Träger der Sozialhilfe, den Leistungsberechtigten und dem Leistungserbringer (Einrichtungsträger) sinnbildlich darstelle. In diesem Verhältnis gingen die Aufgaben der Sozialhilfeträger weit über das reine Reagieren auf individuelle Bedürftigkeit durch Gewährung von Geldleistungen hinaus. Die gesetzlichen Regelungen statuierten vielmehr ein Sachleistungsprinzip in der Gestalt einer Sachleistungsverschaffung in einem vorgegebenen gesetzlichen Rahmen, der zwar nicht wie im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ausgestaltet sei, sich dem aber nähere. Nach § 93 Abs. 1 Satz 1 BSHG bzw. § 75 Abs. 2 Satz 1 SGB XII solle der Träger der Sozialhilfe zur Erfüllung der Aufgaben der Sozialhilfe eigene Einrichtungen und Dienste zwar nicht schaffen, sondern, soweit vorhanden, auf geeignete Einrichtungen anderer, auch privater Träger zurückgreifen. In diesem Dreiecksverhältnis würde der Sozialhilfeträger nach dem gesetzlichen Gesamtkonzept die ihm obliegende Leistung grundsätzlich nicht als Geldleistung erbringen. Er zahle gerade nicht an den Sozialhilfeempfänger, um diesem die Zahlung des im Vertrag vereinbarten Entgeltes an den Einrichtungsträger zu ermöglichen. Vielmehr sei dem Gesamtkonzept eine Zahlung ohne Umweg über den Sozialhilfeempfänger direkt an die Einrichtung zu entnehmen. Die normativen Regelungen zu den notwendigen generellen Vereinbarungen ließen nur diesen Schluss zu. Da der Sozialhilfeträger diese Leistungen also nicht selbst erbringe, sondern über die Verträge mit Leistungserbringern eine Sachleistung durch diese sicherzustellen habe, beschreibe der Begriff der Sachleistungsverschaffung die Konstellation besser. Für eine Sachleistung in Form der Sachleistungsverschaffung sprächen auch die Systematik und der Wortlaut der Vorschriften über Einrichtungen (§§ 93 f. BSHG bzw. §§ 75 f. SGB XII). Ein untrennbarer Bestandteil dieser Sachleistungsverschaffung sei die Übernahme der der Einrichtung zustehenden Vergütung. Aus diesen Überlegungen hat sich für das BSG zwingend und folgerichtig die prozessuale Verpflichtung zur notwendigen Beiladung ergeben.

Mit der Formulierung der Sachleistungsverschaffung hat das BSG einen neuen, bisher im Sozialhilferecht nicht so verwendeten Begriff geschaffen, der auf seine praktische Verwertbarkeit hin überprüft werden muss.

2. Die vom BSG angedachte Konstruktion hat schon den Nachteil, dass der Begriff mit dem Wortlaut des eigentlichen Leistungsanspruchs – es handelte sich in dem entschiedenen Fall um die Gewährung von Eingliederungshilfe – nicht in Einklang zu bringen ist. In § 53 Abs. 1 Satz 1 erhalten Personen, die durch eine Behinderung im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 des SGB IX wesentlich in ihrer Fähigkeit, an der Gesellschaft teilzuhaben, eingeschränkt oder von einer wesentlichen Behinderung bedroht sind, *Leistungen der Eingliederungshilfe*, wenn und solange nach der Besonderheit, insbesondere nach Art und Schwere der Behinderung, Aussicht besteht, dass die Aufgabe der Eingliederungshilfe erfüllt werden kann. Die Vorschrift selbst verwendet den Begriff der Sachleistungsverschaffung keineswegs. Auch das BSG muss deshalb einräumen (Rdnr. 22), dass die Sachleistungsverschaffung sich nicht unmittelbar aus den jeweiligen Leistungstatbeständen ableiten lässt. Es „rettet“ sich, indem es darauf verweist, dass die leistungsrechtlichen Vorschriften durch die des Leistungserbringungsrechts (§ 75 SGB XII) konkretisiert werden, und aus dem in § 75 Abs. 3 SGB XII verwendeten Wort der Übernahme ableitet, dass damit etwas anderes als die Zahlung an den Hilfebedürftigen gemeint sein muss. Allenfalls § 75 Abs. 4 Satz 1 SGB XII lässt sich hierzu anführen. Ist eine der in Absatz 3 genannten Vereinbarungen nicht abgeschlossen, darf der Sozialhilfeträger *Leistungen durch diese Einrichtung nur erbringen*, wenn dies nach der Besonderheit des Einzelfalles geboten ist. Man kann diese Formulierung auch ausschließlich so verstehen, dass sie als Ermächtigung gedacht ist, dass dieser nicht „in Person“ leisten muss, um von seiner Leistungspflicht frei zu werden.

Das Gesetz selbst trifft allerdings keine genauere Aussage darüber, was Inhalt des Begriffs ist und wer Inhaber des Anspruchs auf Vergütungsübernahme ist.<sup>28</sup> Für das Verständnis des Beziehungsgeflechts zwischen Leistungsberechtigtem, Leistungsträger und Einrichtung oder Dienstleister kommt es auf die Struktur des sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses an, das in der zivilvertraglichen Vereinbarung zwischen dem Leistungsberechtigten und dem Einrichtungsträger, Leistungsberechtigten und dem Leistungsträger sowie in einem noch näher zu charakterisierenden Leistungsverhältnis zwischen Sozialhilfeleistungsträger und Drittem besteht. Auch im Drecksverhältnis<sup>29</sup> bleibt der Rechtsanspruch des Leistungsberechtigten gegenüber dem Leistungsträger bestehen, und zwar in Form

28 Münder: LPK-SGB XII, 8. Aufl. 2008, § 75 Rdnr. 31.

29 S. dazu schon Giese, in: Gottschick/Giese, BSHG, 9. Aufl. 1985, § 93 Rdnr. 9.1.

der Übernahme des Entgelts, das ihm die Einrichtung in Rechnung gestellt hat. Auch wenn die Regelung des § 75 SGB XII Sachleistungselemente enthält, ist Sozialhilfe nicht als Sachleistung ausgestaltet. Im Gegenteil: Auch das BSG kann nicht über die Vorschrift des § 10 Abs. 3 SGB XII hinwegargumentieren, die keinen Zweifel daran lässt, dass Geldleistungen Vorrang vor Sachleistungen haben. Kupiert man den Begriff der Sachleistungsverschaffung und führt ihn auf das mit dem Gesetz zu Vereinbarende zurück, kann man in dem Leistungsverhältnis Leistungsempfänger/Leistungsträger einen Verschaffungsanspruch<sup>30</sup> sehen, der auf Geldleistung gerichtet ist, wenn die Leistung von einem Dritten erbracht wird, und als Sachleistung erbracht wird, wenn der Leistungsträger die Einrichtung selbst vorhält.<sup>31</sup>

3. Die debitorische Abwicklung des Leistungsverhältnisses, die dem BSG als wichtiges Argument für den Sachleistungsverschaffungsanspruch gilt, erfordert keinesfalls ein derartiges Konstrukt. Das praktische Bedürfnis, das Entgelt für die Eingliederungsmaßnahme unmittelbar der Einrichtung zu überweisen, wird rechtlich durch die analoge Anwendung der Vorschrift des § 267 Abs. 1 BGB ermöglicht. Der Leistungsträger wird gegenüber dem Leistungsberechtigten von seiner sozialhilferechtlichen Verpflichtung auf Geldleistung frei, indem er an den Dritten leistet. Es tritt Erfüllung ein.

4. *Dieter Giese*<sup>32</sup> hat ganz im Sinn der jetzigen Rechtsprechung des BSG das Verhältnis von Leistungsträger und Einrichtung bei einer ihr gegenüber erfolgten Kostenzusage als Schuldmitübernahme charakterisiert mit der Folge, dass Hilfeberechtigter und Sozialhilfeleistungsträger als Gesamtschuldner zu betrachten sind. Er hat neben der Minderung des Risikos eines Forderungsausfalls auf die erheblichen Abrechnungserleichterungen hingewiesen. Zu bedenken ist dem gegenüber, dass die Schuldmitübernahme oder kumulative Schuldübernahme<sup>33</sup> mit der Sachleistungsverschaffung rein gar nichts zu tun hat, weil es zunächst eine tatsächliche Frage ist, ob ein Schuldbeitritt mit verpflichtender Wirkung erklärt werden sollte.

---

30 Sozialhilferechtliche Erfüllungsverpflichtung: Mönch-Kalina, juris Praxiskommentar, SGB I, 2005, § 12 Rdnr. 12.

31 Vgl. dazu Streichsbier, in: Grube/Wahrendorf (Fußn. 5), § 10 Rdnr. 5; s. auch Rabe, in: Fichtner/Wenzel: SGB XII, 4. Aufl. 2009, vor § 75 Rdnr. 15.

32 Giese (Fußn. 29), § 93 Rdnr. 7.4.

33 BSG (Fußn. 26), Rdnr. 25

## 5. § 73 SGB XII als Auffangnorm für nicht geregelte Leistungen des SGB XII?

1. Keine Norm des SGB XII ist zu Anfang der von den Sozialgerichten übernommenen Verantwortung für die Anwendung des SGB II und XII so missverstanden worden wie die Vorschrift des § 73 SGB XII. Nach der Systematik des BSHG wurde zwischen der Hilfe zum Lebensunterhalt und der Hilfe in besonderen Lebenslagen unterschieden. Die Hilfe in besonderen Lebenslagen war enumerativ in § 27 Abs. 1 BSHG genannt. Hilfe konnte auch in anderen besonderen Lebenslagen gewährt werden (§ 27 Abs. 2 BSHG). § 73 SGB XII, der Hilfe in sonstigen Lebenslagen vorsieht, überträgt inhaltsgleich die bisherige Regelung des BSHG. Während die Bedeutung des § 27 Abs. 2 BSHG eher gering war, hat sie vor allem durch die Entscheidung des BSG<sup>34</sup> zu den Kosten des Umgangsrechts von Scheidungskindern einen ganz anderen Stellenwert erhalten.<sup>35</sup> Besuchskosten von Scheidungskindern bei einem Elternteil, der mit ihnen eine temporäre Bedarfsgemeinschaft nach § 7 SGB II bildet, sollen mithilfe des § 73 SGB XII abgewickelt werden. Das Versäumnis, einen durch Art. 6 GG eigentlich gebotenen entsprechenden Leistungsanspruch in das SGB II aufzunehmen, und die Abgeschlossenheit des SGB II wegen der Regelung des § 5 SGB II<sup>36</sup> haben das BSG mit einer systemwidrigen Anwendung des § 73 SGB XII „repariert“.<sup>37</sup> Die Entscheidung des BSG setzt sich damit über einen materiellen Grundkonsens der Leistungen nach dem Fünften bis Neunten Buch hinweg, der darin besteht, dass in allen dort geregelten Fällen gewichtige persönliche Bedarfssituationen leistungsrechtlicher Anknüpfungspunkt sind.<sup>38</sup> Es ist weniger der vom BSG ange deutete Gedanke, dass Geringverdiener durch § 73 SGB XII finanziell in die Lage versetzt werden, von der Möglichkeit ihres Umgangsrechts Gebrauch zu machen. Damit begründet das BSG jedoch die Anwendung dieser Vorschrift, wobei allerdings zu vermuten ist, dass das BSG in einer seiner ersten Entscheidungen mit dem Ausweichen auf § 73 SGB XII der Vorlage an das BVerfG wegen Verfassungswidrigkeit von Vorschriften des SGB II auf diese Weise entgehen wollte.

2. Inzwischen ist teilweise ein grundsätzliches Umdenken eingetreten. Nach der neueren Rechtsprechung des BSG<sup>39</sup> ist eine atypische Bedarfslage, die eine ge-

34 BSGE 97, 242.

35 Mrozynski, SGB 2009, 452 meint hingegen, dass es sich bei den Fällen des Umgangsrechts eher um solche seltener Art handelt. Das mag, was die Quantität angeht, stimmen, trifft aber nicht die Wirkung, die die Entscheidung des BSG gehabt hat.

36 Kritisch dazu Mrozynski, ZFSH/SGB 2004, 198 f.

37 Vgl. auch Berlitz, in: LPK-SGB XII, 8. Aufl. 2008, 73 Rdnr. 8; Wahrendorf (Fußn. 5), § 73 Rdnr. 3.

38 Mrozynski (Fußn. 35), a.a.O.

39 Urteil vom 25. Juni 2008 – B 11b AS 19/09 R; verneint für Familienfeiern: Bay LSG, Urteil vom 23. April 2004, L 11 AS 125/08; unsicher LSG NRW, Beschluss vom 27. August 2009,

wisse Nähe zu den speziell in den §§ 47 bis 74 SGB XII geregelten Bedarfslagen aufweist, notwendig.<sup>40</sup> Gleichwohl werden die Kosten einer Haushaltshilfe<sup>41</sup> für einen behinderten erwerbsfähigen Hilfebedürftigen oder Zusatzkosten für eine medizinische Versorgung<sup>42</sup> weiterhin in § 73 SGB XII verortet.

## 6. Harmonisierung durch die Rechtsprechung?

1. In seinem Beitrag zum „neuen“ Sozialhilferecht sieht Coseriu,<sup>43</sup> der Mitglied des 8., mit Sozialhilfe befassten Senats ist – und insofern kann man in seinen Ausführungen einen Programmsatz für die Rechtsprechung dieses Senats sehen –, ein weiteres großes Aufgabenfeld in der Harmonisierung der Regelungen des SGB XII mit denen des SGB II und umgekehrt. Diese Aufgabe treffe sowohl die Kammern und Senate der Sozialgerichte, die für die Sozialhilfe zuständig seien, als auch in gleichem Maß die, die über Leistungen nach dem SGB II entscheiden müssen.

2. Dort, wo der Gesetzgeber Strukturen nicht erkannt hat, ist es Aufgabe der Gerichte, Lücken zu schließen, nicht jedoch Gesetze zu harmonisieren. Ein von der Rechtsprechung angenommenes Feld einer Lückenschließung<sup>44</sup> sind die Fälle einer gemischten Bedarfsgemeinschaft, die dadurch gekennzeichnet ist, dass ihre Mitglieder jeweils dem SGB II oder dem SGB XII angehören.<sup>45</sup> Für diesen Lebenssachverhalt finden sich weder im SGB II noch im SGB XII Kollisionsnormen. Das BSG hat für einen Leistungsbezieher nach dem SGB II entschieden, dass § 20 Abs. 3 SGB II über den Wortlaut hinaus auch eine Regelung für „gemischte Bedarfsgemeinschaften“ enthält und deshalb dem Alg II-Bezieher eine Regelleistung in Höhe von 90 % zusteht.<sup>46</sup> Diese Lückenschließung rechtfertigt sich deshalb, weil eine Benachteiligung eines Empfängers von Leistungen nach dem SGB XII nicht hinzunehmen war.<sup>47</sup>

---

L 7 AS 72/08, verneinend für Schulmaterialien, anders Beschluss vom 15. April 2009, L 7 B 401/08 AS.

40 S. auch Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 14), § 20 Rdnr. 38.

41 Knickrehm, sozialrecht aktuell 2006, 158.

42 Schütze, SozSich 2007, 116.

43 Coseriu (Fußn. 2), S. 255.

44 S. dazu BSGE 99, 131; s. auch Coseriu (Fußn. 2), S. 255; Conradis, jurisPR-SozR 2, 2009 Nr. 1; Berlit, jurisPR-SozR 6/2009 Nr. 1.

45 S. dazu BSG, Urteil vom 18. März 2008, B 8/9b SO 11/06 R.

46 BSG, Urteil vom 29. März 2007, B 7b AS 2/06 R.

47 Zur jetzigen Regelung für Ehegatten s. § 3 Abs. 3 RSV.

3. Die Weitergabe von Kindergeld an ein außerhalb des Haushalts lebendes Kind hat zur Folge, dass es kein Einkommen des leistungsberechtigten Elternteils ist.<sup>48</sup> Diese Konsequenz erklärt sich aus der Systematik des Sozialhilferechts. Einkommen, über das der Leistungsberechtigte nicht mehr tatsächlich verfügen kann, ist nicht fiktiv auf den Bedarf anzurechnen. Die Harmonisierung zwischen dem SGB II und dem SGB XII – § 82 SGB XII kennt keine dem § 1 Nr. 8 Alg II-V vergleichbare Regelung – als begründendes Argument anzuführen,<sup>49</sup> ist bedenklich, weil darin eine Tendenz implementiert sein könnte, über eine verfassungskonforme Auslegung und notwendige – durch den Normzweck erforderliche – Korrekturen hinaus „neues Recht“ zu schaffen. Richtig ist vielmehr, dass die aus dem SGB XII heraus vorgenommene Auslegung als Folge, nicht als Programm richterlicher Entscheidung zu einer Harmonisierung zwischen beiden Rechtsgebieten führt<sup>50</sup> und führen darf. Deswegen wird die Rechtsprechung auch hinzunehmen haben, dass es zwischen den Einkommens- und Vermögensgrenzen von SGB II und SGB XII Unterschiede geben muss. Es ist zu berücksichtigen, dass es zwei Referenzsysteme gibt, das SGB II und das SGB XII, wobei für die Hilfe nach dem Dritten Kapitel des SGB XII durch § 5 Abs. 2 Satz 1 SGB II, § 21 SGB XII die Leistungen der §§ 27 f. SGB XII gesperrt sind. Andere Leistungen des SGB XII hingegen werden erbracht. Die Leistungen zum Lebensunterhalt haben sich mit dem SGB II verselbstständigt. Damit geht der Gesetzgeber normativ davon aus, dass die Grundsicherung für Erwerbsfähige eine spezifische, an den Zwecken der Wiedereingliederung in Arbeit ausgerichtete Einkommens- und Vermögensanrechnung enthält.<sup>51</sup> Diese Zwecke sind auf die Leistungen nach § 27 und § 41 SGB XII nicht übertragbar und schon gar nicht auf die Leistungen des Fünften bis Neunten Buches, in denen die besonderen Einkommens- und Vermögensgrenzen angesichts der nicht unmittelbar die Grundsicherung betreffenden Lebenslagen anders als im SGB II ausgerichtet sind.

## 7. Schlussbetrachtung

In den fünf Jahren SGB XII ist nicht so viel anders geworden, wie es den Anschein hat. Manches musste anders gesehen werden, weil sich die gesetzlichen Vorschriften oder das prozessrechtliche Verständnis geändert haben. In vielem wird an Altbekanntes angeknüpft. Als Beispiel sei nur die Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen Einkommen und Vermögen genannt. Fünf Jahre sind für

---

48 S. BSGE 99, 262.

49 So z.B. Coseriu (Fußn. 2).

50 So hat es der Senat in seiner Entscheidung (Fußn. 48), Rdnr. 21 auch nur formuliert.

51 Ob das Gesetz das tatsächlich leistet, ist eine Frage gesetzgeberischer Reformvorhaben.

die Entwicklung eines Gesetzes ein zu kurzer Zeitraum, um Tendenzen für die Entwicklung der Rechtsprechung objektiv nachweisen zu können. Bisher bleibt alles punktuell. Hineingezogen wird das SGB XII wohl in die Auseinandersetzung um das SGB II, das in seiner jetzigen Struktur als unbefriedigend empfunden wird.<sup>52</sup>

---

52 Vgl. z.B. die widersprüchlichen Feststellungen: DPWV: Hartz IV ist gescheitert, spiegel online, 20. Dezember 2009; der Sachverständigenrat schlägt eine Kürzung der Regelsätze um 30 % vor.



## **Grund- und Menschenrechte behinderter Menschen**

### **1. Einführung: Behinderte Menschen in Staat und Gesellschaft**

Behinderung bezeichnet – wie wir heute wissen – weniger eine persönliche Eigenschaft als vielmehr einen Zustand in der Gesellschaft, den der behinderte Mensch erlebt. Ob er behindert ist oder behindert wird, ist eine Frage der Perspektive.<sup>1</sup> Auch die Professionen und Wissenschaften, die sich mit Rehabilitation, Teilhabe und Behinderung befassen, haben ihre Perspektive, und diese kann sich ändern. Recht kann für behinderte Menschen Unterstützung oder Barriere sein, fördernder oder hemmender Kontextfaktor. Dieter Giese sind die Rechte behinderter Menschen aus sozialpolitischer Überzeugung und eigener Betroffenheit ein besonderes Anliegen gewesen.

Seit 1949 gibt es das Grundgesetz, 1994 wurde – als mittelbare Folge der deutschen Vereinigung – das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung aufgenommen (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG), 1999 in den EG-Vertrag (jetzt Art. 18 AEUV). 2001 trat das SGB IX in Kraft, 2002 das Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) des Bundes, und im März 2009 ist die Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen in Deutschland verbindlich geworden.

Staat und Gesellschaft haben in der Entwicklung zur modernen Gesellschaft Behinderung und behinderte Menschen als sozialen und rechtlichen Tatbestand erkannt, hergestellt und festgeschrieben. In den im 19. Jahrhundert auf die Erwerbsarbeit ausgerichteten Systemen der Fürsorge, Sozialversicherung und Pflichtschule waren gesundheitlich beeinträchtigte Menschen zuerst ausgenommen. Für sie wurden besondere Tatbestände und Institutionen geschaffen. Vor allem geistig und seelisch behinderte Menschen wurden auf Anstalten und besondere Schulen und Einrichtungen verwiesen. Als Subjekte von Recht und Vernunft wurden sie nicht anerkannt. So war die Integration der modernen Gesellschaft zunächst verbunden mit der Ausgrenzung von behinderten Menschen, die bis dahin noch stärker in Gemeinschaften eingebunden gewesen waren, die sich in der industriellen und verrechtlichten Gesellschaft auflösten.

In den sozialen Bewegungen und Wissenschaften bildeten sich zugleich neue Ideen, Techniken und Professionen heraus, um den Umgang der bürgerlichen

<sup>1</sup> Vgl. Art. 1 Satz 2 BRK, BT-Drucks. 16/10808, S. 47.

Gesellschaft mit Behinderung und behinderten Menschen zu verändern, wie Krüppelfürsorge, Sozialmedizin und Heilpädagogik. Ihre Anliegen waren Eingliederung und Integration der behinderten Menschen in die durch Erwerbsarbeit geprägte Gesellschaft durch institutionelle, medizinische und pädagogische Maßnahmen, die bald eines rechtlichen Rahmens bedurften. Ihr Grundgedanke ließ sich mit den Worten des katholischen Politikers und Staatsrechtlers Franz-Josef von Buß als Rehabilitation im Sinne der „Wiedereinsetzung des heilbaren Armen in den Stand seiner Würde“<sup>2</sup> zusammenfassen, die zum Gegenstand öffentlicher und privater Fürsorge in Deutschland wurde.

Im Fortschreiten und der Verfeinerung der rechtlichen, medizinischen und pädagogischen Instrumente war jedoch auch eine immer schärfere Differenzierung zwischen heilbaren und nicht heilbaren behinderten Menschen angelegt. Die sozialökonomische Argumentation mit dem Nutzen der Rehabilitation für Staat und Gesellschaft beinhaltete die Gefahr, dass der Nutzen für die betroffene Person und ihre Selbstbestimmung nur nachrangig war. Otto Perl, der nach dem Ersten Weltkrieg den Selbsthilfebund der Körperbehinderten gründete, schrieb 1926:

„Das staatlich-bürokratische Fürsorgewesen hat es nahezu unmöglich gemacht, dass sich (...) auch in Deutschland ein so starker Geist der Selbsthilfe unter den wirtschaftlich Schwachen entwickeln konnte. Der Deutsche hat sich daran gewöhnt, seine Wohlfahrt bei der Polizei, bei dem Staate oder in der Produktion von Sozialgesetzen zu suchen, anstatt überall, wo die Kräfte unter den Notleidenden vorhanden sind, diese Kräfte zu ökonomischen Selbständigkeiten zu organisieren. Man entschied sich für den anderen Weg: die Hilfebedürftigen in den städtischen Asylen und Armenhäusern zu konzentrieren, wodurch der Allgemeinheit naturgemäß ein unproduktiver Posten im Jahreshaushalt erwuchs. (...) Dem Persönlichkeitsrecht des Einzelnen (...) wird in dem modernen Armen- und Sozialrecht nicht Rechnung getragen. (...) Es ist der Charakter eines jeden Gesetzes, dass es Rechte gibt, indem es Rechte nimmt. Das deutsche Armenrecht tut nur das letztere mit seinem Objekt.“<sup>3</sup>

Die Entrechtung und Ermordung Hunderttausender behinderter Menschen im Nationalsozialismus radikalisierte dann eine Sicht, die behinderte Menschen zum reinen Objekt machte. Hilfe wurde nach vordergründigen Nützlichkeitsabwägungen gewährt oder verweigert. Tötungen wurden als „Sterbehilfe“ verbrämt,

---

2 von Buß, F.-J.: System der gesamten Armenpflege Bd. III 3. Teil (1846), S. 141 ff.

3 Perl, O.: Krüppeltum und Gesellschaft im Wandel der Zeit, 1926, S. 27 f.

Hungerrationen im Rahmen der „Bewirtschaftung des Anstaltsraums“ gewährt. Waren die Zwangssterilisationen 1933 noch in die Form des „Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses“ gebracht worden, wurde als Rechtsgrundlage der Tötungen nur ein auf den 1. September 1939 datierter „Führerbefehl“ herangezogen. Das „Gesetz über die Sterbehilfe für Lebensunfähige und Gemeinschaftsfremde“ von 1940 blieb Entwurf. Unrecht an behinderten Menschen wurde in der NS-Zeit in Rechtsform und außerhalb von ihr verübt.<sup>4</sup>

Der Staat des Grundgesetzes sollte die Antithese zum Unrechtsstaat sein. Doch während das Verbot der Benachteiligung wegen Sprache, Rasse oder Religion sogleich in Art. 3 Abs. 3 GG festgeschrieben wurde, war Behinderung 1949 im Grundgesetz nicht erwähnt. Auch wurde den Opfern der NS-Verbrechen gegen behinderte Menschen lange Zeit Entschädigung und Rehabilitation vorenthalten. Täter der „Euthanasie“ blieben meist unbestraft oder waren sogar Professoren oder Gerichtsgutachter.<sup>5</sup>

Doch das Bekenntnis des Grundgesetzes zu den 1948 proklamierten unveräußerlichen Menschenrechten<sup>6</sup> (Art. 1 Abs. 2 GG), zu Schutz und Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und zur unmittelbaren Geltung der Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) strukturierte immer weitere Bereiche des Staatshandelns. Fürsorge wurde vom einseitigen Akt zum subjektiven Recht,<sup>7</sup> die Schule wurde nicht mehr als besonderes Gewaltverhältnis, sondern als ein vom öffentlichen Recht geprägter Raum angesehen.<sup>8</sup> Sonderschule, Eingliederungshilfe,<sup>9</sup> Sozialversicherung<sup>10</sup> und Schwerbehindertenrecht<sup>11</sup> wurden so zu weitreichenden Systemen, die fast alle behinderten Menschen einbezogen und denen integrative Ziele über das Erwerbsleben hinaus zugeschrieben wurden.

---

4 Vgl. Welti, F.: Die Benachteiligung und Ermordung behinderter Menschen im Nationalsozialismus und ihre rechtliche Aufarbeitung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hoyer, A./Hattenhauer, H./Meyer-Pritzl, R./Schubert, W. (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Jörn Eckert, 2008, S. 985.

5 Vgl. Godau-Schüttke, K.-D.: Die Heyde/Sawade-Affäre, 1998.

6 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, verkündet von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948.

7 BVerwG vom 24. Juni 1954, BVerwGE 1, 159; vgl. Giese, D.: Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Sozialhilfeangelegenheiten, ZfS 1972, S. 305 f.

8 BVerfG vom 27. Januar 1976, BVerfGE 41, 251.

9 Im Bundessozialhilfegesetz vom 30. Juni 1961 (BGBl. I S. 181) §§ 39 ff. BSHG; heute §§ 53 ff. SGB XII. Zur Entwicklung des BSHG vgl. Giese, D.: 25 Jahre Bundessozialhilfegesetz, ZfSH/SGB 1986, S. 249 ff.

10 Gesetz über die Sozialversicherung Behinderteter vom 7. Mai 1975 (BGBl. I S. 1061); heute § 2 Abs. 2 Nr. 2 SGB IV; § 5 Abs. 1 Nr. 7 und 8 SGB V; § 1 Satz 1 Nr. 2 SGB VI; § 2 Abs. 1 Nr. 4 SGB VII.

11 Schwerbehindertengesetz (SchwbG) vom 24. April 1974 (BGBl. I S. 1005).

Behinderte Menschen entwickelten weltweit ein neues Selbstbewusstsein, das sie als Subjekte in Recht und Politik sichtbar machte, und forderten rechtliche und politische Selbstbestimmung ein. 1981, im „Jahr der Behinderten“, wurde mit einem „Krüppeltribunal“ aufgezeigt, welchen Anteil gesellschaftliche Zustände daran haben, dass Menschen behindert sind:<sup>12</sup> „Behindert ist man nicht, behindert wird man.“

Die Entwicklung erhielt einen wichtigen Impuls durch den Umbruch in der DDR und die Vereinigung der deutschen Staaten. Im Entwurf der Arbeitsgruppe „Neue Verfassung für die DDR“ des Runden Tisches<sup>13</sup> fanden sich Gleichheits- und Schutzrechte für behinderte Menschen. Als Gründe dafür lassen sich gleichermaßen die Erfahrung bisheriger Ausgrenzung insbesondere nicht arbeitsfähiger Behinderter in Heimen wie die Furcht vor dem Abbau bisheriger Einbeziehung etwa durch Schonarbeitsplätze in Betrieben ausmachen. Von dort aus wurden Gleichheits- und Schutznormen für behinderte Menschen zunächst 1992 und 1993 in den Verfassungen Brandenburgs (Art. 12 Abs. 2, 29 Abs. 3 Satz 2, 35 Satz 3, 45 Abs. 1 Satz 1, 45 Abs. 3 Satz 1), Sachsens (Art. 7 Abs. 2), Sachsen-Anhalts (Art. 38), Thüringens (Art. 2 Abs. 4) und Mecklenburg-Vorpommerns (Art. 17a) aufgenommen. In der nach der deutschen Einheit eingesetzten Gemeinsamen Verfassungskommission von Bund und Ländern war das Anliegen zuerst umstritten. Schließlich wurde dann mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG 1994 der Satz „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“ in das Grundgesetz aufgenommen.

Seitdem haben das SGB IX,<sup>14</sup> die Behindertengleichstellungsgesetze von Bund und Ländern,<sup>15</sup> das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz<sup>16</sup> und die Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen das deutsche Recht behinderter Menschen neu geordnet. Diese Reformen hängen eng zusammen mit politischen Bewegungen für mehr und andere Teilhabe behinderter Menschen in Schule, Arbeitswelt und Gemeinde und mit veränderten Erkenntnissen und Bewertungen bei den Wissenschaften und Professionen, die sich mit Behinderung, Rehabilitation und Inklusion befassen. Mit der International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) der Weltgesundheitsorganisation ist ein neues Verständnis von Behinderung international sichtbar geworden.

---

12 von Daniels, S./Degener, T./Jürgens, A.: Krüppel-Tribunal – Menschenrechtsverletzungen im Sozialstaat, 1983.

13 Blätter für deutsche und internationale Politik 1990, S. 731 ff.

14 Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX) – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1046).

15 Behindertengleichstellungsgesetz vom 27. April 2002 (BGBl. I S. 1468) und Landesgesetze.

16 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897).

## 2. Grund- und Menschenrechte in der internationalen und europäischen Ordnung

Die Integration der modernen Gesellschaften vollzog sich zunächst national. Daran hatten Bildungssystem und soziale Sicherheit hohen Anteil. In Wirtschaft und Gesellschaft wird diese nationalstaatliche Integration relativiert, weil Güter und Dienstleistungen, Informationen und Ideen, Meinungen und Entscheidungen immer häufiger außerhalb des eigenen Staates produziert werden. Eine europäische und eine Weltgesellschaft entwickeln sich, ohne dass dieser Gesellschaft „an sich“ eine bewusste soziale Verfasstheit „für sich“ oder gar eine rechtliche Verfassung im herkömmlichen Sinne gegenüberstünden.

Seit über 60 Jahren stehen die global deklarierten Menschenrechte dafür, einen Mindeststandard bürgerlicher und sozialer Rechte jenseits nationaler Unterschiede zu markieren. Die globale Integration durch Menschenrechte ist ein politischer Prozess, der auf Kommunikation angewiesen ist. Im Völkerrecht ist es den einzelnen Staaten überlassen, ob sie aus den Menschenrechten für ihre Bürgerinnen und Bürger subjektive Rechte entwickeln, die diese einklagen können. Geschieht dies nicht, ist es vor allem das Forum der globalen und nationalen Öffentlichkeit, vor dem Menschenrechte eingefordert werden. Menschenrechtsdiskurse haben die Staaten dazu gebracht, die allgemeine Erklärung der Menschenrechte immer mehr zu konkretisieren. Die Menschenrechtspakte über bürgerliche und politische sowie über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966<sup>17</sup> reflektierten, dass die Freiheit vom Staat und die Freiheit durch den Staat, die liberale und die soziale Interpretation der Menschenrechte nur zwei Seiten des gleichen Globus sind. Der dadurch in Gang gesetzte dialektische Prozess ist mit dem Aufbruch der bürgerlichen Rechte in den vormals sowjetisch geprägten Staaten nicht an sein Ende gekommen, sondern wir befinden uns mitten in der Phase der Anerkennung sozialer Rechte in Staaten, die vormals den formalen Freiheiten großen Vorrang vor ihrer materiellen Ausgestaltung eingeräumt haben. Die Vereinbarung von Menschenrechtspakten für Teile der Bevölkerung, deren Freiheiten durch gesellschaftliche Machtverhältnisse besonders beschränkt und bedroht sind, steht für diese Entwicklung: die Rechte der Frauen,<sup>18</sup> der Kinder<sup>19</sup> und der behinderten

---

17 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (ICCPR) vom 19. Dezember 1966 (BGBl. II 1973 S. 1534); Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (ICESCR) vom 19. Dezember 1966 (BGBl. II 1973 S. 1570).

18 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) vom 18. Dezember 1979 (BGBl. II 1985 S. 647).

19 Übereinkommen über die Rechte des Kindes (CRC) vom 20. November 1989 (BGBl. II 1992 S. 121).

Menschen.<sup>20</sup> Doch erspart die globale Anerkennung dieser Rechte in keinem Fall die nationalen Konflikte um ihre Anwendbarkeit.

Die Behindertenrechtskonvention (BRK) als von Deutschland ratifizierter völkerrechtlicher Vertrag gilt als einfaches Bundesgesetz. Sie ist deutsches Recht. Entscheidend ist, welche Wirksamkeit ihr in der deutschen Rechtsordnung zugeschrieben wird und wie sich Menschen gegenüber dem deutschen Staat unmittelbar auf die Konvention berufen können. Die Bundesrepublik Deutschland hat – anders als im Falle der Kinderrechtskonvention<sup>21</sup> – bei der Ratifizierung der Behindertenrechtskonvention keinen Vorbehalt eingelegt, um die unmittelbare Wirkung auszuschließen. Daraus ergibt sich aber nicht, dass diese in jedem Fall vorliegt, sondern nur dann, wenn die Auslegung der einzelnen Norm dies ergibt. Die Wirksamkeit der Konvention ist nicht auf einen Schlag hergestellt, sondern erfordert einen kommunikativen Prozess in Politik, Verwaltung und Gerichtsbarkeiten, in dem das Recht erkannt wird.

Ein Beitrag dazu ist in der Konvention selbst angelegt. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, eine Struktur für die Überwachung zu benennen, die auch die Zivilgesellschaft einschließt (Art. 33 BRK). In Deutschland ist dies das Deutsche Institut für Menschenrechte, das den „Monitoring-Prozess“ leitet. Die Vertragsstaaten haben Berichte über ihre Maßnahmen vorzulegen, die von einem internationalen Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen geprüft werden (Art. 35, 36 BRK). Die Bundesrepublik Deutschland hat zudem das Fakultativprotokoll ratifiziert, das jeder Person und Gruppe ermöglicht, dem Ausschuss mitzuteilen, sie sei Opfer einer Verletzung des Übereinkommens geworden (Art. 1 Fakultativprotokoll). Der Ausschuss kann jeden Vertragsstaat zur Stellungnahme auffordern und eine Untersuchung durchführen (Art. 4–7). Er hat keine Sanktionsmöglichkeiten. Wohl aber kann dieses Verfahren die Öffentlichkeit in die Umsetzung der Konvention einbeziehen.

Liest man die Denkschrift der Bundesregierung zur BRK, so gewinnt man den Eindruck, dass es in der deutschen Rechtsordnung keine Normen gebe, die der Konvention widersprechen.<sup>22</sup> Das muss man nicht für richtig halten. Aber auch

---

20 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD) vom 13. Dezember 2006 (BGBl. II 2008 S. 1419).

21 BGBl. II 1992 S. 990; dazu Tomuschat, C.: Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention der Vereinten Nationen – Zur innerstaatlichen Geltungskraft völkerrechtlicher Verträge, in: Ruland, F./von Maydell, B./Papier, H.-J. (Hrsg.): Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaates. Festschrift für Hans F. Zacher, 1998, S. 1143 ff.

22 BT-Drucks. 16/10808, S. 45 ff.

unter dieser Voraussetzung ist die Konvention nicht bedeutungslos.<sup>23</sup> Sie kann darauf einwirken, wie die deutschen Grundrechte und die Normen zum Beispiel des Sozialrechts, Schulrechts oder Betreuungsrechts<sup>24</sup> ausgelegt und angewandt werden. Das Bundesverfassungsgericht verlangt schon bisher von den deutschen Gerichten, die Grundrechte im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention auszulegen, wenn dies möglich ist.<sup>25</sup> Nichts anderes kann im Grunde für die internationalen Menschenrechtsabkommen gelten. Damit kann die Behindertenrechtskonvention eine wichtige Auslegungshilfe für das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung und für die anderen Grundrechte in ihrer Wirkung auf behinderte Menschen sein. Sie kann mitbestimmen, wie unbestimmte Rechtsbegriffe ausgelegt werden und wie Ermessen richtig zu betätigen ist.

Deutschland ist ein Bundesstaat, in dem der Bund die Kompetenzen der Länder zu respektieren hat. Die vom Bund geschlossenen Verträge sind Bundesrecht. Darum wird diskutiert, ob auch die Länder an die Behindertenrechtskonvention gebunden sind. Doch gibt das Grundgesetz dem Bund die Kompetenz, völkerrechtliche Verträge abzuschließen (Art. 32 GG), und ein Staat kann sich nicht auf innerstaatliche Regelungen berufen, um die Nichterfüllung eines völkerrechtlichen Vertrags zu rechtfertigen (Art. 46 Wiener Vertragsrechtskonvention). Die internationale Integrations- und Verpflichtungsfähigkeit des Bundes und die gebotene Bundestreue der Länder wären gefährdet, wenn die Länder die daraus folgenden Bindungen nicht gegen sich gelten lassen müssten. Erst recht muss dies gelten, wenn die Länder im Bundesrat ohne Einschränkung einem solchen Vertrag zugestimmt haben<sup>26</sup> und dieser, wie die Behindertenrechtskonvention, explizit die Geltung ohne Einschränkung und Ausnahme für alle Teile eines Bundesstaats anordnet (Art. 4 Abs. 5 BRK).<sup>27</sup> Dazu kommt, dass die Bindung der Bundesrepublik an die Menschenrechte auch den Bereich sozialer Rechtsstaatlichkeit berührt, in dem das Grundgesetz die Länder zur Homogenität mit dem Bund verpflichtet (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG).

---

23 Ausführlich: Degener, T.: Welche legislativen Herausforderungen bestehen in Bezug auf die nationale Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention in Bund und Ländern?, *Behindertenrecht* 2009, S. 34 ff.

24 Vgl. Marschner, R.: UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen – Auswirkungen auf das Betreuungs- und Unterbringungsrecht, *Recht und Psychiatrie* 2009, S. 135 ff.; Lachwitz, K.: Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung, *Betreuungsrechtliche Praxis* 2008, S. 143 ff.; Burkert, A.: Ratifiziert – und nun?, *Betreuungsrechtliche Praxis* 2008, S. 101 ff.

25 BVerfG vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307.

26 Beschluss des Bundesrates, BR-Drucks. 945/08 vom 19. Dezember 2008.

27 Dazu die Denkschrift der Bundesregierung: BT-Drucks. 16/10808, S. 48.

### 3. Soziale Staatlichkeit

Zu den unabänderlichen Teilen des Grundgesetzes gehören das Bekenntnis zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten und die Feststellung, dass die Bundesrepublik Deutschland ein sozialer Rechtsstaat ist.<sup>28</sup> Diese Grundsätze sind von den Ländern zu teilen, die sie in ihren Verfassungen vielfach konkretisiert haben. Sie dürfen auch im Rahmen der europäischen Integration nicht angetastet werden (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG). Der Wortlaut der Norm verweist auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft. Der soziale Staat ist für die Gesellschaft da, nicht umgekehrt. Und er gestaltet die Gesellschaft, er lässt sie nicht bloß gewähren. Diese Gesellschaft wiederum besteht aus Trägern der Grund- und Menschenrechte, der Staat ist um ihretwillen sozial.

Das Grundgesetz hat die Anliegen der bis dahin bestehenden Sozialbewegungen aufgegriffen: der christlichen Soziallehren, des bürgerlich-liberalen Engagements und der Arbeiterbewegung. Ihr gemeinsamer Grundbestand sind – bei unterschiedlicher Gewichtung – die Werte sozialer Bedarfs-, Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit, die Ziele gesellschaftlicher Vorsorge, Integration und Armutsvermeidung und die Instrumente organisierter Selbsthilfe, verpflichtender Sozialversicherung und bedarfsorientierter Fürsorge. Erfolg und Schwächen dieser Bewegungen und ihrer Modelle haben seither eine neue Strömung sichtbar werden lassen, die gerade für behinderte Menschen Bedeutung hat: Selbsthilfe und Selbstbestimmung der unmittelbar von sozialen Bedarfslagen Betroffenen. Denn auch in den historischen Sozialbewegungen waren behinderte Menschen zunächst eher Objekt der öffentlichen und privaten Fürsorge.

Systematisch steht das Sozialstaatsgebot in der Nähe der Grund- und Menschenrechte. Sie müssen nicht nur als Abwehrrechte gegen den Staat benutzt werden, sondern die in ihnen enthaltenen Werte brauchen auch Schutz durch den Staat und Teilhabe an öffentlichen Institutionen, um sich in der Gesellschaft entfalten zu können. Handlungsfähigkeit ist Voraussetzung für Handlungsfreiheit. In diesem Kontext hat der Begriff der Teilhaberechte im deutschen Verfassungsrecht seinen Platz gefunden:<sup>29</sup> Wo und soweit der Staat die Voraussetzungen für Grundrechtsgebrauch schafft und organisiert, besonders im Bildungswesen und durch die soziale Sicherung, sind Grundrechte im sozialen Rechtsstaat Teilha-

---

28 Vgl. Welti, F.: Das Recht auf Teilhabe behinderter Menschen in seinem verfassungs- und europarechtlichen Rahmen und im Spannungsfeld der neueren Sozialgesetzgebung, RsDE Heft 62/2006, S. 1.

29 BVerfG vom 18. Juli 1972, BVerfGE 33, 303, 330 f.; vgl. Welti, F.: Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 2005, S. 535 ff.

berechte. Da der soziale Staat stets knappe Mittel verteilen muss, können diese Teilhaberechte nur das Existenzminimum unbedingt schützen.<sup>30</sup>

Das Sozialstaatsgebot steht immer im Zusammenhang mit der sozialen Auslegung von Freiheits- und Gleichheitsrechten. Noch deutlicher wird dies in der nun nach Art. 6 EUV verbindlich gewordenen Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die in die Abschnitte Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit und Solidarität gegliedert ist. Sie enthält ausdrücklich soziale Grundrechte, zu denen auch die Integration behinderter Menschen gehört (Art. 26 Charta der Grundrechte).

Das Sozialstaatsgebot hängt auch mit der unabänderlichen Garantie der Menschenwürde zusammen. Doch was bedeutet das? Immanuel Kant formulierte, dass der Mensch als Person im Recht wegen seiner Würde Selbstzweck sein muss.<sup>31</sup> Sein Zeitgenosse Friedrich Schiller ergänzte, dass die Entfaltung der Persönlichkeit in der Gesellschaft soziale Voraussetzungen hat: „Habt ihr die Blöße bedeckt, gibt sich die Würde von selbst.“<sup>32</sup>

Die Unverletzlichkeit der Menschenwürde bedeutet im Rechtsstaat, dass niemand unter keinen Umständen seine Achtung als Rechtsperson und Grundrechtsträger verlieren darf.<sup>33</sup> Die Menschenwürde im Sozialstaat ist der Schutz jedes Menschen als Persönlichkeit, die in der Gesellschaft eines Mindestmaßes an Entfaltung bedarf. Das rechtliche Minimum geschützter Handlungsfreiheit und das soziale Minimum gesicherter Handlungsfähigkeit sind jeder Abwägung entzogen. Dabei kann dem Grundgesetz auch entnommen werden, welche Bereiche der Handlungsfähigkeit besonders wichtig sind: Neben Leben und körperlicher Unversehrtheit als Voraussetzungen aller anderen Fähigkeiten sind es vor allem die in den Grundrechten benannten Bereiche wie Glauben und Religion, Kommunikation, Kunst und Wissenschaft, Ehe und Familie, politische Artikulation, Berufswahl und Berufsausübung. Unverletzlich und unabänderlich ist der in der Menschenwürde enthaltene Kern der Grund- und Menschenrechte, weil jeder Staat und jede Gesellschaft, die dieses Minimum nicht garantieren, die Ausgrenzung, rechtliche und physische Vernichtung Einzelner ermöglichen und das Mindestmaß an gegenseitigem Vertrauen untergraben.

---

30 BVerfG vom 9.2.2010, Az. BvR 1/09 u.a., NZS 2010, 270. Vgl. BVerfGE 40, 121, 133.

31 Kant, I.: *Metaphysik der Sitten, Tugendlehre*, § 11.

32 Schiller, F.: *Gesammelte Werke*, Bd. 3 (1976), S. 438.

33 Vgl. Welti, F.: *Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat*, 2005, S. 383 ff.

Geltungsgrund der Würde ist dabei nicht, wie es eine rein individualistische Kant-Rezeption meint, die individuelle Vernunft, sondern die Teilhabe des Einzelnen an der potenziellen Vernunft der Menschheit im Ganzen – oder, mit Jürgen Habermas argumentiert, die „Einbeziehung des Anderen“ als Voraussetzung des Diskurses,<sup>34</sup> unabhängig davon, ob der andere aktuell an diesem Diskurs teilnimmt. Mit John Rawls<sup>35</sup> kann argumentiert werden, dass Menschen eine Gesellschaft als gerecht akzeptieren werden, wenn deren Regeln für sie auch dann akzeptabel sind, wenn sie nicht wissen, ob sie als behinderte Menschen in ihr leben. Dies hat einen sehr realen Hintergrund, denn jeder von uns kann ab morgen durch Unfall oder Krankheit behindert sein, viele werden es zumindest im Alter sein. Für eine Ausgrenzung von Neugeborenen, von geistig Schwerstbehinderten oder von Komapatienten aus der Menschenwürde gibt das Grundgesetz keine Grundlage, gerade vor seinem historischen Kontext als Antithese der Nazizeit.<sup>36</sup>

Die Europäische Charta der Grundrechte hat das Recht auf Leben und körperliche und geistige Unversehrtheit in Art. 3 der Charta sehr deutlich in den Kontext der Menschenwürde gestellt und daran konkrete Regeln für Medizin und Forschung angeschlossen. Sie machen deutlich, dass auch dort die Abwägung von Nutzen ihre Schranke in Würde und Selbstbestimmung findet und dass Eugenik keine legitime Begründung ist, auch nicht für die Verteilung knapper Mittel.

Die Behindertenrechtskonvention formt diesen Zusammenhang weiter aus. Ihr Zweck ist, den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern. Würde, Autonomie, volle und wirksame Teilhabe sowie die Inklusion – Einbeziehung – gehören zu den Grundsätzen des Übereinkommens (Art. 3 BRK). Die Verpflichtung der Vertragsstaaten, für diese Ziele in Gesetzgebung und Verwaltung geeignete Maßnahmen zu treffen (Art. 4 Abs. 1 BRK), bekräftigt und konkretisiert das Würdegebot des Grundgesetzes. Im Hinblick auf wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte besteht die Pflicht der Vertragsstaaten, nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen (Art. 4 Abs. 2 BRK). Das entspricht dem weiten Spielraum des sozialstaatlichen Gesetzgebers, der aber nicht umfasst, die Rechte und Interessen behinderter Menschen zu missachten oder ihren Rückschritt zuzulassen.

---

34 Habermas, J.: Die Einbeziehung des Anderen, 1996.

35 Rawls, J.: Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1998.

36 Vgl. Welti, F.: Würde von Menschen mit Behinderungen, Sozialrecht und Praxis 2007, S. 1 ff.

Kranke und behinderte Menschen sind schon definitionsgemäß in ihrer Teilhabe an Ökonomie und Kommunikation eingeschränkt. Darum muss Recht die nicht behinderte Mehrheit anhalten, die Rechte der behinderten Minderheit zu achten. Zugleich muss diese im demokratischen Prozess präsent sein. Bei der Erarbeitung der Behindertenrechtskonvention sind die Organisationen behinderter Menschen weltweit einbezogen worden. Die Vertragsstaaten haben sich verpflichtet, auch bei der Umsetzung des Übereinkommens diese Interessenvertretungen zu konsultieren (Art. 4 Abs. 3 BRK). „Nichts über uns ohne uns“ ist damit ein Maßstab inklusiver Behindertenpolitik geworden.<sup>37</sup> Der soziale Staat definiert sich nicht nur durch seine Ziele, sondern auch durch seine Mittel, die er in der Gesellschaft finden sollte. Er ist kein fürsorglicher Wohlfahrtsstaat für die Menschen, sondern demokratischer Sozialstaat durch die Menschen, die ihre Rechte mit seiner Hilfe realisieren.

#### **4. Das Benachteiligungsverbot**

Das richtige Maß von Gleichbehandlung steht seit jeher im Mittelpunkt des Rechts. Schon die Antike verkörperte das Recht nicht nur in *Iustitia*, sondern auch in *Aequitas*. Und während *Iustitia* mit Schwert und Augenbinde dargestellt wird, weil sie Gerechtigkeit durch Gleichbehandlung ohne Ansehen der Person verwirklicht, trägt die *Aequitas* ein Füllhorn und die Augen offen. Sie ist die Göttin der austeilenden Gerechtigkeit, die ihre Leistungen mit Ansehen der Person verteilt. Damit ist schon gezeigt, dass gerechte Gleichbehandlung im sozialen Leistungsrecht nicht auf das Ansehen der persönlichen Eigenschaften verzichtet, sondern fragt, welche erkannten Eigenschaften für die Verteilung maßgeblich sein dürfen und welche nicht. Gleichbehandlung ohne Ansehen von Behinderung und Krankheit ist Benachteiligung, wenn wir den Gehörlosen mündlich prüfen.

1994 ist der Satz „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“ in das Grundgesetz aufgenommen worden. Hintergrund war die global wachsende Bewegung für Selbstbestimmung und gleiche Teilhabe behinderter Menschen. In Deutschland kam der konkrete Impuls durch den Runden Tisch der DDR dazu. Erlebte und befürchtete Benachteiligungen in Staat und Gesellschaft Ost- und Westdeutschlands machten den besonderen Verfassungssatz mehrheitsfähig. Gleichheit als Grundregel des Rechts wird in besonderen Gleichheitssät-

---

<sup>37</sup> Vgl. Abg. Hubert Hüppe (CDU/CSU), Deutscher Bundestag, 193. Sitzung am 4. Dezember 2008, Prot. S. 20958; Abg. Karin Evers-Meyer (SPD), Deutscher Bundestag, 193. Sitzung am 4. Dezember 2008, Prot. S. 20959.

zen ergänzt, wenn bestimmte Gruppen in ihrer rechtlichen und sozialen Gleichheit gefährdet sind.<sup>38</sup>

Die Behindertenrechtskonvention benennt Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung als zentrale Ziele und fügt ihnen explizit das Gebot angemessener Vorkehrungen zu ihrer Förderung hinzu (Art. 5 BRK).

Von einem globalen Bürgerstatus ist die segmentierte Welt noch weit entfernt, sei er am Staatsbürger oder am Marktbürger orientiert. Doch weisen die Menschenrechte voraus auf die Anerkennung geteilter Werte und Rechte. Sie lassen zugleich die Diskrepanz zwischen den Deklarationen der Regierungen und der Lebenswirklichkeit behinderter Menschen, zwischen der proklamierten Unteilbarkeit der Menschenrechte und der tatsächlichen Unfähigkeit, die Anstrengungen für ein menschenwürdiges Leben aller zu teilen, offen zutage treten. Sie setzen partikulare Wertordnungen unter Rechtfertigungsdruck, die unter Berufung auf religiöse oder nationale Besonderheit die Menschenrechte relativieren. Berufen sich Menschen global auf die gleichen Rechte, könnte daraus auch jene internationale Solidarität entstehen, die Menschen global in eine gemeinschaftliche Haftung für die Rechte der anderen bringen könnte. In der Welt, in der eine Milliarde Menschen hungern, ist eine neue Balance zwischen liberalen und sozialen Menschenrechten nötig.<sup>39</sup>

Indem die modernen Diskriminierungsverbote nicht nur auf Gleichheit vor dem Recht, sondern auch auf Gleichheit durch das Recht gerichtet sind, indem sie nicht nur auf den Staat, sondern auch auf die Gesellschaft zielen, sind sie nicht bloß Anknüpfungsverbote. Ihr Anliegen ist es vielmehr, die diskriminierende Wirkung einer Norm oder eines Verhaltens zu vermeiden. Sie verbieten daher unmittelbare und mittelbare Diskriminierung. Es kommt also nicht nur darauf an, ob behinderten Menschen zum Beispiel durch eine Rechtsnorm vom Zugang zu Schulen, zu Gesundheitsdiensten oder zum Versicherungsschutz ausgeschlossen werden, sondern ob eine Rechtsnorm entsprechend wirkt, weil sie rechtliche oder faktische Barrieren aufrichtet oder zulässt. Das Benachteiligungsverbot erschöpft sich nicht in strikter Rechtsgleichheit, sondern ist Prinzip sozialer Gleichheit und Teilhabe. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Sonderschulentscheidung ausgeführt:

---

38 Vgl. Rau, J.: Differenz anerkennen – Ethik und Behinderung, in: ZfSH/SGB 2004, S. 124, 126.

39 Vgl. BT-Drucks. 14/9200, S. 333, 342: Handlungsempfehlung der Enquête-Kommission „Globalisierung der Weltwirtschaft“ des Deutschen Bundestages: Förderung der Rechtspolitik gegen Hunger.

„Eine Benachteiligung kann auch bei einem Ausschluss von Entfaltungsmöglichkeiten und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt gegeben sein, wenn diese nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Fördermaßnahme hinlänglich kompensiert wird.“<sup>40</sup>

Förderung kann geboten sein, steht jedoch als Prinzip unter dem Vorbehalt des Möglichen und der Abwägung mit anderen Zielen. Somit ist das Benachteiligungsverbot für weite Teile der Staatstätigkeit Verfahrensgebot: Die Wirkungen von Gesetzgebung und Politik auf behinderte Menschen sind zu beachten. Sie dürfen nicht deshalb vernachlässigt werden, weil sie in der Minderheit sind.

Den Vorbehalt des Möglichen und einer schrittweisen Realisierung hebt auch die Behindertenrechtskonvention nicht auf. Auch sie verspricht nicht alles sofort. Doch kann die explizite Bindung des Staates an das Gebot angemessener Vorkehrungen zur Gleichstellung bisherige Maßstäbe verändern. So wird insbesondere die Kohärenz und Konsequenz staatlichen Handelns stärker gefordert. Das Schulwesen scheint nicht das für behinderte Kinder und Jugendliche Mögliche durch angemessene Vorkehrungen zu leisten.<sup>41</sup> Inklusive Bildung behinderter Menschen wird heute auch dadurch behindert, dass die Regelungen und Institutionen des Schulrechts, Sozialrechts und Arbeitsmarktrechts nicht hinreichend aufeinander abgestimmt sind. Was im Schulwesen gespart wird, führt zu Mehrkosten bei Sozialhilfe und Bundesagentur. Der Vorbehalt des Möglichen darf aber nur ein Vorbehalt gesellschaftlich knapper Mittel sein, kein Vorbehalt der Unfähigkeit, gesellschaftliche Institutionen aufeinander abzustimmen.<sup>42</sup>

## 5. Die neuere Gesetzgebung für behinderte Menschen

Die Gesetzgebung der letzten zehn Jahre ist mit dem Anspruch angetreten, eine neue, auf Gleichstellung und Teilhabe ausgerichtete Politik für behinderte Menschen in Normen umzusetzen. Zugleich haben viele Reformen im Hauptstrom der Gesundheits-, Arbeitsmarkt- und Bildungspolitik beabsichtigte und unbeabsichtigte Nebenfolgen für behinderte Menschen gehabt.

---

40 BVerfG vom 8. Oktober 1997, BVerfGE 96, 288, 303.

41 Vgl. Degener, T.: Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, *Recht der Jugend und des Bildungswesens* 2009, S. 200 ff.

42 Vgl. Rux, J.: Kein Handlungsbedarf oder Anlass für eine bildungspolitische Revolution? – Zur innerstaatlichen Umsetzung der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen, *Recht der Jugend und des Bildungswesens* 2009, S. 220 ff.; Krajewski, M.: Ein Menschenrecht auf integrativen Schulunterricht, erscheint in Kürze in der *Juristenzeitung* (JZ).

## 5.1 Behindertengleichstellungsgesetze

Im Bund und allen Ländern ist die öffentliche Verwaltung inzwischen durch Behindertengleichstellungsgesetze gebunden. Sie verpflichten die jeweiligen Verwaltungsträger zur Nichtdiskriminierung und insbesondere zur Barrierefreiheit. Dies ist ein zentraler Ausdruck eines neuen Verständnisses von Behinderung, bei dem nicht nur der Gesundheitszustand, sondern auch die behindernden Kontextfaktoren in den Blick genommen werden.

Barrierefreiheit ist gesetzlich definiert:

„Barrierefrei sind bauliche und sonstige Anlagen, Verkehrsmittel, technische Gebrauchsgegenstände, Systeme der Informationsverarbeitung, akustische und visuelle Informationsquellen und Kommunikationseinrichtungen sowie andere gestaltete Lebensbereiche, wenn sie für behinderte Menschen in der allgemein üblichen Weise, ohne besondere Erschwernis und grundsätzlich ohne fremde Hilfe zugänglich und nutzbar sind.“<sup>43</sup>

Damit ist klargestellt, dass es mit einem Fahrstuhl und einer Rampe nicht getan ist.

Die Gleichstellungsgesetze verpflichten zur Barrierefreiheit jedenfalls bei Neu- und Umbauten von Schulen und Hochschulen. Sozialleistungsträger sind verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass ihre Verwaltungs- und Dienstgebäude frei von Zugangs- und Kommunikationsbarrieren sind und Sozialleistungen in barrierefreien Räumen und Anlagen ausgeführt werden (§ 17 Abs. 1 Nr. 4 SGB I), ihre Formulare, Akten<sup>44</sup> und Internetangebote<sup>45</sup> barrierefrei zugänglich sind. Hörbehinderte Menschen haben das Recht, im Umgang mit der Verwaltung (§ 19 Abs. 1 Satz 2 SGB X), bei der Ausführung von Sozialleistungen (§ 17 Abs. 2 Satz 1 SGB I), insbesondere auch bei ärztlichen Untersuchungen und Behandlungen, Gebärdensprache zu verwenden, und die zuständigen Träger müssen die durch Verwendung der Gebärdensprache und anderer Kommunikationshilfen entstehenden Kosten tragen. Auch Barrieren für geistig und seelisch behinderte Menschen sind zu überwinden, wie dies durch Verwendung leichter Sprache geschehen kann.

---

43 § 4 BGG Bund.

44 Verordnung zur Zugänglichmachung von Dokumenten für blinde und sehbehinderte Menschen im Verwaltungsverfahren nach dem Behindertengleichstellungsgesetz (VBD) vom 17. Juli 2002 (BGBl. I S. 2652).

45 Verordnung zur Schaffung barrierefreier Informationstechnik nach dem Behindertengleichstellungsgesetz (BITV) vom 17. Juli 2002 (BGBl. I S. 2654).

Die Behindertenrechtskonvention hat die Zugänglichkeit (Art. 9 BRK) als zentralen Grundsatz formuliert und verpflichtet die Vertragsstaaten zu geeigneten Maßnahmen, die auch sicherstellen sollen, dass private Rechtsträger, die Dienste, Einrichtungen, Information und Kommunikation öffentlich anbieten, die Zugänglichkeit berücksichtigen. In Deutschland wird es erforderlich sein, die Umsetzung des umfassenden Normbestands im öffentlichen Sektor mehr als bisher zu evaluieren und zugleich zu diskutieren, ob die Bindungen des privaten Sektors ausreichen, um die Ziele der Konvention zu erreichen.

## 5.2 Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen

Zumindest auf den ersten Blick befasst sich die neuere Sozialgesetzgebung eindrucksvoll mit den Belangen behinderter Menschen. Das SGB IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – von 2001 hat einen neuen rechtlichen Rahmen für die Leistungen zur Teilhabe aller Rehabilitationsträger geschaffen. Das SGB IX enthält allgemeine Regelungen insbesondere mit den Zielen Koordination, Kooperation und Konvergenz der Rehabilitationsträger und eines verbesserten Leistungszugangs. Ob bestehende Ansprüche realisiert werden, hängt immer noch stark von der Qualität von Verwaltungshandeln und der Durchsetzungskraft der Einzelnen ab.<sup>46</sup>

Für Leistungserbringung bedeutsam kann das trägerübergreifende persönliche Budget (§ 17 Abs. 2–6 SGB IX) werden. Mit ihm soll die Struktur der Leistungserbringung grundlegend verändert und mehr Selbstbestimmung realisiert werden,<sup>47</sup> indem alle Leistungen zu einem Geldbetrag zusammengefasst werden, den der behinderte Mensch – ggf. mit Assistenz – selbstbestimmt verwaltet. Doch es gibt noch gesetzliche Restriktionen: Pflegebedürftige Menschen können ihre Ansprüche nicht voll in das Budget einbringen (§ 35a SGB XI); dies wurde auch in der letzten Reform nicht geändert.

Die Leistungen für behinderte Kinder und Jugendliche zeigen besonders deutlich auf, dass das gegliederte Sozialleistungssystem zu Problemen führt. Frühförderung und Früherkennung als Leistungen der medizinischen Rehabilitation und

---

46 Welti, F.: Systematische Stellung des SGB IX im Sozialgesetzbuch – Zusammenarbeit der Leistungsträger und Koordination der Leistungen, Die Sozialgerichtsbarkeit 2008, S. 321 ff.; Fuchs, H.: Vernetzung und Integration im Gesundheitswesen am Beispiel der medizinischen Rehabilitation, 2008.

47 Vgl. Welti, F.: Das Persönliche Budget – Herausforderung an soziale Dienste, Einrichtungen und Berufe, Betreuungsmanagement 2007, S. 117; Dreyer, M.: Selbstbestimmt leben, in: Ersatzkasse 2005, S. 106 ff.; Hagelskamp, J.: Das persönliche Budget kommt, in: Blätter der Wohlfahrtspflege 2004, S. 126 ff.

heilpädagogische Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft richten sich meist an den gleichen Personenkreis. Sie sollen als Komplexleistungen ihrer Träger – meist Krankenkassen und Sozialhilfe – erbracht werden (§ 30 SGB IX). Diese Rehabilitationsträger konnten sich nicht selbst über Kooperation und Koordination einigen. Die daraufhin erlassene Frühförderungsverordnung wird bis heute nicht flächendeckend adäquat umgesetzt. Die angekündigte Reform der Eingliederungshilfe darf nicht isoliert bleiben, sondern muss die trägerübergreifende Zusammenarbeit einschließen.<sup>48</sup>

Auch die Versorgung von Kindern und Jugendlichen mit Hilfsmitteln<sup>49</sup> und Heilmitteln wird durch ungeklärte und problematische Abgrenzungen zwischen medizinischer Rehabilitation und Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft belastet. Dass der Schulbesuch nur bis zum Ende der Schulpflicht zu den Grundbedürfnissen im Sinne des Krankenversicherungsrechts zählen soll,<sup>50</sup> belastet die Bemühungen um inklusive Bildung.

Das Wunsch- und Wahlrecht in § 9 Abs. 1 SGB IX entspricht dem verfassungs- und völkerrechtlich deklarierten Selbstbestimmungsrecht behinderter Menschen und der in der Behindertenrechtskonvention ausdrücklich angesprochenen Achtung vor der Unterschiedlichkeit von Menschen mit Behinderungen (Art. 3 lit. d BRK). Wird das Wunsch- und Wahlrecht missachtet, liegt meist ein Problem der Rechtspraxis und nicht des Rechts selbst vor. Doch wird zu Recht § 13 SGB XII auf den Prüfstand gestellt. Diese Regelung des Sozialhilferechts stellt die Wahl zwischen stationärer Unterbringung und Leben außerhalb eines Heims unter Kostenvorbehalt.<sup>51</sup> Dagegen hält Artikel 19 BRK fest, dass die Vertragsstaaten gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt die Möglichkeit haben, ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben, und nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben. Dieser klaren Verpflichtung wird nur eine Auslegung gerecht, die jede stationäre Unterbringung gegen den Willen der betroffenen Person als unzumutbar einstuft.<sup>52</sup>

Ebenso wie § 4 Abs. 3 SGB IX erwähnt auch Art. 7 BRK behinderte Kinder, die Achtung vor ihren sich entwickelnden Fähigkeiten und ihres Rechts auf Wahrung

48 Welti, F.: Isolierte Reform würde die sozialrechtlichen Ziele verfehlen – Zukünftige Herausforderungen für die Eingliederungshilfe, Sozialrecht + Praxis 2008, S. 87 ff.

49 Vgl. Welti, F.: Hilfsmittel zum Behinderungsausgleich: Rechtlicher Rahmen und Reformbedarf, Sozialrecht und Praxis 2009, S. 683 ff.

50 BSG vom 22. Juli 2004 – B 3 KR 13/03 R, SozR 4-2500 § 33 Nr. 6.

51 Vgl. zur Vorgängerregelung bereits Giese, D./Igl, G.: Über den Begriff „unvertretbare Mehrkosten“ i.S.d. § 3 Abs. 2 BSHG, ZfSH 1982, S. 65 ff.

52 Abg. Silvia Schmidt (SPD), Deutscher Bundestag, 193. Sitzung am 4. Dezember 2008, Prot. S. 20962.

ihrer Identität.<sup>53</sup> Sie bietet damit eine Grundlage, um der doppelten Gefährdung ihrer Menschenrechte gerecht zu werden. Die Vertragsstaaten sollen gewährleisten, dass ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt werden kann, außer wenn dies in einem gerichtlich nachprüfbar Verfahren zu seinem Wohl notwendig ist (Art. 23 Abs. 4 BRK). Eine Trennung von behinderten Eltern darf auf keinen Fall wegen deren Behinderung erfolgen.

Die Behindertenrechtskonvention kann Probleme des gegliederten Sozialleistungssystems in Deutschland nicht lösen. Sie kann aber zusammen mit dem SGB IX verdeutlichen, dass institutionelle Gliederungen kein Selbstzweck sind und die Effektivität des Sozialleistungssystems an seiner Wirkung für die behinderten Menschen zu messen ist. Auch das Leistungsniveau bleibt primär eine Frage nationaler Gesetzgebung. Doch machen die umfangreichen Artikel der Konvention zu Bildung (Art. 24 BRK), Gesundheit (Art. 25 BRK), Habilitation und Rehabilitation (Art. 26 BRK), Arbeit und Beschäftigung (Art. 27 BRK), Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben (Art. 29 BRK), am kulturellen Leben sowie an Erholung, Freizeit und Sport (Art. 30 BRK) deutlich, dass der internationale Standard für Rehabilitation deren Ziele nicht auf Krankheitsbehandlung, Erwerbsfähigkeit und Arbeitsleben reduziert. Insoweit steht das deutsche Konzept der vor- und nachrangigen Verantwortlichkeit öffentlicher Träger zur Diskussion.

### 5.3 Pflege- und Krankenversicherung

In der Pflegeversicherung ist – im Kontrast zum modernen Behinderungsbegriff – die körperliche Funktionsstörung das Leitbild des Leistungsfalls geblieben. Entsprechend sind Defizite in kommunikativen und mentalen Grundfunktionen und Aktivitäten nicht Teil der Leistungsvoraussetzungen (§ 14 Abs. 2–4 SGB XI). Dies ist zwar von BSG und BVerfG als rechtmäßig angesehen worden.<sup>54</sup> Politisch wird aber die Ungleichbehandlung nach den Ursachen von Pflegebedürftigkeit weiter thematisiert.<sup>55</sup>

Dazu kommt, dass mit der Pflegeversicherung nach wie vor ein für behinderte Menschen relevanter Sozialleistungsträger vom SGB IX ausgenommen ist. Die

---

53 Vgl. BT-Drucks. 16/10808, S. 50.

54 BVerfG vom 22. Mai 2003, NZS 2003, 535; BSG vom 26. November 1998, NZS 1999, S. 453; BSGE 85, 278 = SGB 2001, 32 mit Anmerkung Welti; dazu kritisch: Baumeister, P.: Verfassungswidrige Ungleichbehandlung dementer Menschen im Recht der sozialen Pflegeversicherung, in: NZS 2004, S. 191 ff.

55 Vgl. Welti, F.: Von der Pflege zur Teilhabe: Anforderungen an eine Reform des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2007, Heft 2, S. 38 ff.

Pflegekasse ist kein Rehabilitationsträger (§ 6 SGB IX). Menschen fallen in ein Sondersystem, wenn sie durch Pflegebedürftigkeit besonders schwer behindert sind. Hier schwingt noch die überholte Abgrenzung des Pflegefalls vom Rehabilitations- und Teilhabefall mit. Dem entspricht die Beschränkung der Leistungserbringung auf zugelassene Pflegedienste und -einrichtungen, durch die Selbstbestimmung für pflegebedürftige behinderte Menschen eingeschränkt wird (§ 77 SGB XI).

Die Sozialgesetzgebung über Gesundheitsleistungen ist geprägt durch Kostenbegrenzung. Auch die Empfänger von Grundsicherung sind von Zuzahlungen und Leistungsausgrenzungen in der Krankenversicherung betroffen. Dies ist problematisch: Was für die meisten Versicherten als zumutbare Eigenbeteiligung erscheint, kann gerade für behinderte Empfänger von Grundsicherung eine schwere Belastung sein. Zuzahlungen und insbesondere die Ausgrenzung von Brillen und rezeptfreien Medikamenten (§ 34 SGB V) sowie bei Marktversagen auch Festbeträge für einzelne Hilfsmittel (§ 36 SGB V) können die bedarfsgerechte Versorgung mit dem für Gesundheit und Teilhabe erforderlichen Minimum gefährden<sup>56</sup> und so im Einzelfall rechtswidrig sein.

Die Leistungen der Krankenversicherung entsprechen nur zum Teil den besonderen Bedarfslagen behinderter und chronisch kranker Menschen, auch wenn § 2a SGB V fordert, diese zu berücksichtigen, und die Bundesregierung dies im Kontext der BRK als wegweisend bezeichnet.<sup>57</sup> Die gesetzliche Krankenversicherung orientiert sich auch heute am Normalfall der kurzfristigen, medizinisch behebbaren Gesundheitsstörung.<sup>58</sup>

Nach § 27 SGB IX sollen aber die Leistungen der Krankenbehandlung auch die Ziele der medizinischen Rehabilitation verfolgen, also auch Behinderungen einschließlich chronischer Krankheiten, Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit und Pflegebedürftigkeit abwenden, beseitigen, mindern, ausgleichen und ihre Verschlimmerung verhüten sowie den vorzeitigen Bezug von laufenden Sozialleistungen vermeiden und laufende Sozialleistungen vermindern. Damit sind weitere individuelle und gesellschaftliche Werte als verbindliche Ziele der Kran-

---

56 Vgl. die Stellungnahme des Deutschen Vereins zu den Auswirkungen des GKV-Modernisierungsgesetzes (GMG) auf Personen, die Leistungen nach SGB II und SGB XII erhalten, NDV 2004, S. 265 ff.; Kistorz, P./Wahrendorf, V.: Hilfe bei Krankheit für Sozialhilfeempfänger, ZfSH/SGB 2004, S. 387 ff.; Spindler, H.: Gesundheitsreform senkt das Existenzminimum bei Sozialhilfe, SozSich 2004, S. 55 ff.

57 BT-Drucks. 16/10808, S. 59.

58 Vgl. Hinweise des Deutschen Vereins zur Verbesserung der gesundheitlichen Teilhabe, NDV 2009, S. 119 ff.

kenbehandlung und damit als Maßstab ihrer Qualität und Wirksamkeit genannt. Die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft im Sinne der International Classification of Disability, Functioning and Health (ICF) ist daher in Instrumente einzubeziehen, mit denen in Deutschland Qualität und Wirksamkeit von Gesundheitsleistungen gemessen werden. Geschieht dies nicht, kann vermutet werden, dass die besonderen Bedürfnisse behinderter und chronisch kranker Menschen nicht hinreichend berücksichtigt worden sind. Die Kodierung des Gesundheitssystems ist zu ergänzen: Nicht mehr nur krank und gesund, sondern auch behindert und teilhabefähig müssen handlungsleitende Begriffe werden.

#### 5.4 Bildung und Arbeitsmarkt

Gesundheitlich eingeschränkte und behinderte Menschen sind besonders oft und lange arbeitslos. Dies gilt umso mehr, wenn sie durch geistige oder seelische Behinderung den Anforderungen der modernen Arbeitswelt nicht gewachsen sind. Die Behinderung vieler Menschen ist durch den Kontextfaktor der heutigen Arbeitswelt und des heutigen Arbeitsmarktes überhaupt erst zu einer wesentlichen Behinderung geworden. Für immer mehr behinderte Menschen scheint der Arbeitsmarkt ohne fördernde Leistungen verschlossen. Obwohl dieses Problem bekannt ist,<sup>59</sup> sind neue Lösungen weder Gegenstand der Hartz-Kommission noch der Reformgesetze gewesen. Kritik an den Instrumenten der Arbeitsmarktpolitik, etwa Umschulungen oder Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen, wurde daran festgemacht, dass sie häufig nicht zu einem Übergang in den „ersten Arbeitsmarkt“ führten. Als Konsequenz wurden diese Instrumente aber nicht verbessert, sondern eingeschränkt, und es wird im Rahmen interner Steuerung ein schneller Übergang in den ersten Arbeitsmarkt verlangt. Das Kriterium einer für alle gleichen Erfolgsorientierung ist daher zu Recht als mittelbare Diskriminierung behinderter Menschen angesehen worden.<sup>60</sup>

Für den Arbeitsmarkt sind Behinderung und niedrige formale Qualifikation Risikofaktoren. Sie kumulieren bei vielen Jugendlichen, die aus deutschen Sonderschulen entlassen werden. Trotz gesetzlichen Vorrangs der Bildung behinderter Kinder in Regelschulen ist das deutsche Schulsystem auf die Inklusion behinderter Kinder und Jugendlicher vielfach nicht eingerichtet.<sup>61</sup> Die Rechtsprechung

---

59 Vgl. Oppermann, D.: Europäische und nationale Strategien zur Integration behinderter Menschen in den Arbeitsmarkt, ZESAR 2004, S. 284 ff.

60 Davy, U.: Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung im deutschen Verfassungsrecht und im Gemeinschaftsrecht, SDSRV 49 (2002), S. 7, 26 f.

61 Vgl. BT-Drucks. 15/4575, S. 63; BT-Drucks. 15/1000, S. 160.

der Verwaltungsgerichte hat dem bislang nicht deutlich entgegengewirkt.<sup>62</sup> Auch die bildungspolitische Diskussion der letzten Jahre hat dieses Thema weitgehend ausgespart, obwohl die Erkenntnis wächst, dass unser Bildungssystem als ein Wettbewerb organisiert ist, der viele Verlierer hat, und dass dies für die soziale, politische und ökonomische Integration der Gesellschaft schädlich ist. Erst die Behindertenrechtskonvention hat für das Thema stärkere Aufmerksamkeit geschaffen. Der Deutsche Bundestag hat besonderen Handlungsbedarf für die Inklusion behinderter Kinder und Jugendlicher im Schulsystem erkannt.<sup>63</sup>

Durch die Trennung von Gesetzgebungs- und Verwaltungszuständigkeiten für Sozialrecht und Schulrecht fehlt eine klare Verantwortlichkeit für schulische Integration.<sup>64</sup> Die Föderalismusreform hat dieses Problem eher verschärft als gelöst. Die Eingliederungshilfe der Sozialhilfe hat nach bisherigem Stand eine wichtige Auffangfunktion,<sup>65</sup> die jedoch die Defizite baulicher und pädagogischer Barrierefreiheit im deutschen Schulwesen nicht ausgleichen kann. Wer Chancengleichheit auch für behinderte Menschen will, muss bei der Hilfe zur schulischen Bildung und zur Ausbildung klare Verantwortlichkeiten und konsequente Bedarfsorientierung schaffen.

Die Vertragsstaaten sollen sicherstellen, dass Menschen mit Behinderungen nicht vom allgemeinen Schulsystem ausgeschlossen werden und hierfür angemessene Vorkehrungen getroffen werden (Art. 24 Abs. 2 BRK). Wie schon in der Entscheidung des BVerfG von 1997 angedeutet, sind also staatliche Anstrengungen zur inklusiven Bildung erforderlich. Der Vorbehalt des Möglichen ist durch die Konvention zwar nicht aufgehoben, doch erscheint unter Geltung der Konvention

---

62 Marwege, G.: Die Berücksichtigung von Behinderungen in der Schule und in Schulprüfungen – eine Rechtsprechungsübersicht, *Recht der Jugend und des Bildungswesens* 2009, S. 229 ff.; vgl. auch Reimann, J.: Die Sicherstellung des Schulbesuchs behinderter Kinder mit Mitteln des Schul- und Sozialrechts, 2007.

63 BT-Drucks. 16/11234, S. 4 f.

64 Vgl. Knab, S.: Perspektiven der integrativen Beschulung von Kindern mit Behinderung, *ZIAS* 2004, S. 79 ff.; Hinrichs, K.: Der Erziehungs- und Bildungsauftrag der Jugendhilfe in Abgrenzung zu jenem von Eltern und Schule, *ZfSH/SGB* 2004, S. 353, 361.

65 § 54 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII; BVerwG vom 10. September 1992, NVwZ-RR 1993, S. 198 (Taxikosten zur Schule); OVG Lüneburg vom 22. Januar 2003, RdLH 2003, S. 63 mit Anm. Schumacher (Petö-Therapie); Bayerischer VGH vom 13. Januar 2003 – 12 CE 02.2494 (Hortbetreuung); VGH Hessen vom 14. Januar 1999, RdLH 1999, S. 20 (Hortbetreuung); OVG Rheinland-Pfalz vom 25. Juli 2003, ZfSH/SGB 2003, S. 614; VGH Baden-Württemberg vom 14. Januar 2003, DVBl. 2003, S. 474 (gestützte Kommunikation); VGH Baden-Württemberg vom 14. Januar 2003, NVwZ-RR 2003, S. 435; OVG Nordrhein-Westfalen vom 15. Juni 2000, br 2000, S. 179; VGH Baden-Württemberg vom 29. Mai 1995, RsDE Heft 32/1996, S. 69; vgl. Löcher, J.: Eingliederungshilfe für behinderte Menschen unter Geltung des SGB XII, *ZfS* 2005, S. 326, 333.

nur noch der schrittweise Abbau der Sonderschulen als zulässige Option der Bildungspolitik.

## 6. Schluss

Betrachtet man die Ergebnisse der Reformen der letzten Jahre in Gesundheit und Pflege, Arbeitsmarkt und Schule, so zeigt sich, dass die besonderen Belange behinderter Menschen nicht adäquat berücksichtigt worden sind. Unerwartete oder in Kauf genommene Nebenwirkungen der Reformen gefährden die soziale Integration und Inklusion behinderter Menschen. Dies zeigt, dass der demokratische Prozess auch heute das Korrektiv des sozialen Rechtsstaats benötigt. Rechte behinderter Menschen müssen im Forum der Gerichte eingefordert, eingefahrene Praxen im Lichte neuer Erkenntnis der Menschenrechte überprüft werden. Doch wird dabei vielfach festgestellt werden: Prinzipien und Berücksichtigungsgebote sind nur schwer justiziabel. Die Berücksichtigung der Belange behinderter Menschen bleibt darum auch dort einzufordern, wo sie im Normalfall der sozialen Demokratie hingehört: im politischen Prozess.

Die bisherige Wirkung von SGB IX, BGG und AGG hat gezeigt, dass die mangelnde Berücksichtigung behinderter Menschen in der allgemeinen Gesetzgebung nicht durch besondere Gesetze für behinderte Menschen kompensiert werden kann. In einer komplexen Gesellschaft und mit den Zielen der Selbstbestimmung, Gleichstellung und Teilhabe ist ein Mehr an Sondergesetzgebung auch nicht wünschenswert. Wir brauchen eine Arbeitsmarktpolitik nicht nur für junge und qualifizierte Menschen, eine Bildungspolitik nicht nur für die schon Gebildeten, eine Familienpolitik nicht nur für die Steuerstarken und eine Gesundheitspolitik für die chronisch Kranken und behinderten Menschen. Eine Voraussetzung dafür ist Bewusstseinsbildung in der gesamten Gesellschaft, wie sie die Behindertenrechtskonvention fordert (Art. 8 BRK).

Dass medizinische, soziale und pädagogische Vorstellungen von Behinderung und Rehabilitation durch einen menschenrechtlichen Ansatz ergänzt werden, macht behinderte Menschen mehr als zuvor zu Subjekten ihrer Teilhabe. Das verändert auch den Gegenstand der mit Behinderung und Rehabilitation befassten Wissenschaften und die Handlungsorientierung der öffentlichen und privaten Fürsorgeinstitutionen. Sie werden nicht nur aus eigenem Recht tätig, sondern zur Erkenntnis und zur Verwirklichung der Rechte behinderter Menschen. Die Rechtswissenschaft wird von der Hilfs- zur Bezugswissenschaft. Umgekehrt gilt: Wenn Behinderung Gegenstand des Rechts ist, muss das Recht die Erkenntnis-

se der mit Behinderung befassten Wissenschaften und Professionen zur Kenntnis nehmen, soweit sie geeignet sind zu beschreiben, wie Teilhabe und Selbstbestimmung behinderter Menschen erreicht werden können. Dieter Giese hat in seiner Zeit dazu einen bedeutenden Beitrag geleistet.

## Leistungserbringungsrecht und Vergaberecht als konkurrierende Wettbewerbsordnungen

Dieter Giese hatte die praktische und sozialrechtswissenschaftliche Bedeutung der sozialen Dienste und Einrichtungen frühzeitig erkannt. Das belegt die im Jahre 1988 von ihm ins Leben gerufene Schriftenreihe „Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE)“, die als eine Plattform für die wissenschaftliche Erörterung der praxisrelevanten Fragen der Erbringung sozialer Leistungen konzipiert wurde.<sup>1</sup> Giese hatte sich zu diesen Fragen immer wieder zu Wort gemeldet. In einer der letzten dieser Wortmeldungen hatte er die besondere Eignung des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses für die rationale Erfassung der in der Leistungserbringung anzutreffenden Rechtsbeziehungen betont und vor einem „Zerfall der Rechtsinstitute in Beliebigkeit“ gewarnt.<sup>2</sup> Dass diese Warnung einen ernsten Hintergrund hatte, zeigten die etwa zum Zeitpunkt der Niederschrift seines Beitrages von einigen Sozial- und Jugendhilfeträgern eingeleiteten Versuche, das sozialrechtliche Regime der Leistungserbringung durch vergaberechtliche Modelle zu ersetzen. Gerechtfertigt wurde diese Praxis mit einer angeblichen Förderung des Wettbewerbs unter den sozialen Diensten und Einrichtungen, die die Sozialleistungen erbringen. Nun hatte sich Giese seit jeher für mehr Wettbewerb und gegen korporatistische Strukturen in der „öffentlichen und privaten Fürsorge“ eingesetzt.<sup>3</sup> Diese Sensibilität für Gefährdungen des Wettbewerbs wurde vielleicht durch die Mitarbeit an einem von Ernst-Joachim Mestmäcker geleiteten kartellrechtlichen Forschungsprojekt während seiner Referendarzeit geschärft.<sup>4</sup> Dennoch – oder vielleicht gerade deshalb – war er überzeugt, dass der Einrichtungsbereich der Sozial- und Jugendhilfe kein Markt „ist und sein kann“.<sup>5</sup> Damit ist die Leitfrage meines Beitrages formuliert: Muss derjenige, der

1 Vgl. Mulot, R.: Dieter Giese zum 75. Geburtstag, RsDE Heft 55/2003, S. 1 (3).

2 Giese, D.: Leistungserbringung durch Dritte als System, RsDE Heft 46/2000, S. 1–3.

3 Schmitter, P. C.: Interessenvermittlung und Regierbarkeit, in: v. Alemann, U./Heinze, R. G. (Hrsg.): Verbände und Staat, 1979, S. 92 (94 f.) versteht unter Korporatismus ein System der Interessenvermittlung, das aus einer begrenzten Anzahl von Zwangsverbänden besteht, die nicht miteinander in Wettbewerb stehen, über eine hierarchische Struktur verfügen und nach funktionalen Aspekten voneinander abgegrenzt sind. Dabei werde den Verbänden ein Repräsentationsmonopol zugestanden, wofür sie als Gegenleistung bestimmte Auflagen bei der Auswahl des Führungspersonals und bei der Artikulation von Ansprüchen oder Unterstützung zu beachten haben.

4 Vgl. Neumann, V.: Verwissenschaftlichung des Sozialrechts. Zum 65. Geburtstag von Dieter Giese, ZfF 1993, 281 (282).

5 Giese, D.: Die Sozialhilfe als sozialrechtsstaatliche Grundsicherung, ZfF 1999, 115 (118).

den Wettbewerb fördern will, für die Ersetzung des Leistungserbringungsrechts durch das Vergaberecht eintreten oder gibt es einen Wettbewerb, der nicht an Märkte gebunden ist und deshalb auch in rechtlich gestalteten Leistungsbereichen wie eben im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis stattfinden kann?

## 1. Was ist Wettbewerb und wo ist er anzutreffen?

Was ist Wettbewerb? Das Lexikon definiert ihn als eine Veranstaltung, an der Menschen teilnehmen, um die jeweils beste Leistung zu erzielen oder Sieger zu werden. Wettbewerb ist also zunächst etwas, was die Menschen trennt und in einen Gegensatz bringt. Er hat aber auch eine andere Seite: Er ist eine „auf Rivalität beruhende Beziehung“.<sup>6</sup> In dem lateinischen Lehnwort „Konkurrenz“ werden beide Bedeutungsgehalte, das Gegensätzliche und das Verbindende, deutlich angesprochen: „Concurrere“ bedeutet „zusammentreffen“ bzw. „zusammenstoßen“. Wettbewerb trennt also nicht nur, sondern verbindet auch, lässt Menschen in eine – freilich meist spannungsreiche – Beziehung treten.

Wo ist Wettbewerb anzutreffen? Nach einer prägnanten soziologischen Aussage konkretisiert er sich nicht nur in Marktprozessen, sondern überall im menschlichen Zusammenleben. Er ist ein elementarer Lebensvorgang, der sich nicht nur im Wirtschaftlichen, sondern überall in der Gesellschaft findet.<sup>7</sup> Wettbewerb gibt es sogar im Kinderzimmer, wenn die Geschwister um die Zuneigung der Eltern konkurrieren. Gewiss, auch auf Märkten gibt es ihn. Aber der Umkehrschluss, dass überall dort, wo Wettbewerb stattfindet, Märkte sein müssen, ist falsch. Diese Binsenweisheit hat der Europäische Gerichtshof in der AOK-Entscheidung klar ausgesprochen: Der Wettbewerb der deutschen Krankenkassen untereinander dient der Effektivität und Wirtschaftlichkeit bei der Erfüllung sozialer Aufgaben und damit dem Fortbestand des deutschen Systems der sozialen Sicherheit.<sup>8</sup> Hier ist er also ein Vorgang innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Systems und kein Indiz für das Vorhandensein eines Marktes.<sup>9</sup> Wie steht es mit dem Wettbewerb im Recht der Leistungserbringung?

6 Brockhaus Enzyklopädie in vierundzwanzig Bänden, 19. Aufl. 1994, Stichworte „Wettbewerb“, „Konkurrenz“.

7 Wiedemann, H.: Das Unternehmen in der Evolution, 1971, S. 141.

8 EuGH vom 16. März 2004 – Rs. C-264/01 u.a. (AOK), RsDE Heft 56/2004, S. 53 (Rdnr. 56) m. Anm. Bieback.

9 Damit soll nicht gesagt sein, dass der Gesetzgeber bei der Gestaltung des öffentlich-rechtlichen Wettbewerbs die marktwirtschaftlichen Erfahrungen und Instrumente ignorieren solle. Das Gegenteil ist der Fall. Instruktiv Springer, R./Rehfeldt, F.: Lean Management in der Sozialwirtschaft – oder: Was können soziale Dienste und Einrichtungen von der Privatwirtschaft lernen?, RsDE Heft 60/2006, S. 1.

## 2. Wettbewerb im Recht der Leistungserbringung

Der Gesetzgeber hat seit den 1990er-Jahren in das öffentlich-rechtliche System der Sozial- und Jugendhilfe Elemente eingebaut, die Wettbewerb fördern sollen. Ein erstes Element war die Pflicht zum Abschluss von Vereinbarungen mit jeder geeigneten Einrichtung, ohne dass eine Angebotssteuerung durch Bedarfsprüfung erfolgen darf.<sup>10</sup> Zugleich hat der Gesetzgeber den Vorrang der freigemeinnützigen Träger vor den gewerblichen Anbietern beseitigt und damit einen Schlusspunkt hinter die alte Politik der Erbhöfe in einem korporatistischen System gesetzt.<sup>11</sup> Ein weiteres Element ist der prospektive Pflegesatz, der mit der wettbewerbsfeindlichen Praxis der Spitz-Abrechnung bricht, wonach der Sozialleistungsträger nach Einblick in die Bücher Unterdeckungen der Einrichtungen ausgeglichen hatte.<sup>12</sup>

Umstritten war lange Zeit, wie bei der Festsetzung der Vergütungen durch die Schiedsstelle Wettbewerb erhalten werden kann. Das Bundessozialgericht hat am 29. Januar 2009 in einer Reihe von Urteilen für die Vergütungen nach SGB XI dieses Verfahren entwickelt: In einer 1. Stufe erfolgt eine Plausibilitätsprüfung der vom Heimträger prognostisch geltend gemachten einzelnen Kostenansätze. Dabei hat der Heimträger die Abweichung der Kostenansätze zu den Vorjahreskosten (interner Vergleich) plausibel zu erklären (z.B. tarifliche Lohnsteigerungen, verbesserter Personalschlüssel). Die Pflegekassen haben die Plausibilität zu überprüfen und dürfen weitere Unterlagen verlangen. Die Schiedsstelle trifft eine umfassende Aufklärungspflicht zu den streitig gebliebenen Punkten. Sind die Kostenansätze plausibel, erfolgt in einer 2. Stufe ein externer Vergleich der geforderten Pflegesätze mit den Pflegesätzen vergleichbarer Pflegeheime aus der Region. Dabei darf nicht zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Pflegeheimen unterschieden werden. Liegt der geforderte Pflegesatz im unteren Drittel der zum Vergleich herangezogenen Pflegesätze, ist regelmäßig ohne weitere Prüfung von der Wirtschaftlichkeit auszugehen. Liegt er darüber, sind die vom Heimträger geltend gemachten Gründe auf ihre wirtschaftliche Angemessenheit zu prüfen. Die Einhaltung der Tarifbindung und die Zahlung ortsüblicher

---

10 Diese Pflicht war in der Praxis lange umstritten, wurde dann aber bestätigt von BVerwGE 94, 202 = RsDE Heft 25/1994, S. 70 mit Anm. Giese.

11 Die Vorrangklausel des § 93 Abs. 2 Satz 3 BSHG a.F. wurde durch das „Gesetz zur Reform des Sozialhilferechts“ vom 23. Juli 1996 (BGBl. I S. 1088) gestrichen. Dazu BR-Drucks. 452/95, S. 30: „Mehr Wirtschaftlichkeit in den Einrichtungen und ein sparsamer Umgang mit den nur begrenzt zur Verfügung stehenden öffentlichen Mitteln wird aber nur erreicht, wenn ein Wettbewerb der Einrichtungen in Gang gesetzt wird, der allerdings mit ihrer fürsorgerechtlichen Aufgabenstellung vereinbar sein muss.“

12 § 77 Abs. 1 Satz 1 SGB XII. Ausführlich Neumann, V., in: Hauck, K./Noftz, W.: SGB XII, § 77 Rdnr. 3–7.

Gehälter sind dabei immer als wirtschaftlich angemessen zu werten.<sup>13</sup> Dieses Verfahren, dessen Grundsätze auch für Vergütungsfragen in der Sozial- und Jugendhilfe relevant sind, schafft Raum für einen Wettbewerb unter den Pflegeheimen, ohne der falschen Vorstellung aufzusitzen, die Vergütungen seien Marktpreise, die sich „automatisch“ durch Angebot und Nachfrage bilden.

Wettbewerbsförderlich ist insbesondere das Gebot, Förderungen durch öffentliche Mittel im Pflegesatz anzurechnen, d.h. die Vergütung um den Betrag der Förderung, also der Subvention, zu kürzen (§ 76 Abs. 2 Satz 2 SGB XII).<sup>14</sup> Damit wollte der Gesetzgeber der viele Jahre lang praktizierten heimlichen dualen Finanzierung den Garaus machen. Allerdings ist die Subventionierung noch immer ein Hindernis für einen fairen Wettbewerb. Das gilt insbesondere für den Bereich der Jugendhilfe, in dem nach wie vor anstelle der angezeigten Finanzierung durch Leistungsentgelte eine Subventionsfinanzierung praktiziert wird.<sup>15</sup> Da sowohl das „Ob“ als auch der Umfang der Subventionierung im Ermessen des Jugendhilfeträgers stehen, scheint es möglich zu sein, missliebige Konkurrenten fernzuhalten. Allerdings gibt es Hinweise, dass die Gerichte diese korporatistische Praxis nicht länger hinnehmen. So stellt das Verwaltungsgericht Halle lapidar fest, Leistungen der öffentlichen Jugendhilfe, auf die ein Rechtsanspruch besteht, seien über Entgelte und nicht über Subventionen zu finanzieren.<sup>16</sup> Und das OVG Hamburg legt mit klaren Worten dar, dass die Umstellung der bisherigen Finanzierung über Leistungsentgelte auf eine Förderung durch Subventionen dem Anspruch eines freien Trägers auf Abschluss einer Vereinbarung nicht entgegensteht.<sup>17</sup>

Abgesehen von diesen dunklen Flecken ist die Erbringung von Sozialleistungen zu einer Wettbewerbsordnung ausgebaut worden. Wie funktioniert der Wettbewerb? Die Sozialleistungsträger sind verpflichtet, alle geeigneten und kostengünstigen Einrichtungen zur Leistungserbringung zuzulassen, ohne dass es darauf ankommt, ob für ihre Angebote ein objektiver Bedarf besteht. Muss das aber nicht zu Überkapazitäten und in deren Folge zu einer angebotsinduzierten Nachfrage und zu einer Verschwendung öffentlicher Mittel führen? Das ist nicht

---

13 BSG vom 29. Januar 2009 – B 3 P 6/08 R.

14 Richtigerweise sollte das Anrechnungsgebot durch ein Veranschlagungsgebot beim Kostenvergleich im Rahmen des Mehrkostenvorbehalts ergänzt werden: Subventionen sind im Kostenvergleich auf die Vergütung der subventionierten Einrichtung aufzuschlagen.

15 Zu den Folgeproblemen der systemwidrigen Subventionsfinanzierung Mönch-Kalina, S.: Der Rechtsanspruch auf den Besuch eines Kindergartens als soziales Leistungsrecht, 2000, S. 161–181; Münder, J.: Sozialraumkonzepte auf dem rechtlichen Prüfstand, ZfJ 2005, 89 (91 f.); Neumann, V.: Subventionen oder Leistungsentgelte?, RsDE Heft 31/1996, S. 42.

16 VG Halle vom 21. September 2006 - RsDE Heft 64/2007, S. 93.

17 OVG Hamburg vom 11. April 2008 – RsDE Heft 69/2009, S. 64.

der Fall. Denn der Adressat des Rechtsanspruchs auf die Sozialleistung ist der Sozialleistungsträger, der den individuellen Bedarf prüft und – wenn die Voraussetzungen des Anspruchs vorliegen – die Leistung durch Verwaltungsakt bewilligt.<sup>18</sup> Hier zeigt sich einmal mehr, dass das gesetzlich eingerichtete System der Leistungserbringung kein Markt ist, auf dem sich der leistungsberechtigte Bürger die Leistung selbst beschaffen kann, um danach die Rechnung dem Sozialleistungsträger zur Erstattung vorzulegen.<sup>19</sup> Die der Leistungserbringung vorgeschaltete Prüfung des individuellen Bedarfs macht eine objektive Bedarfsplanung und Bedarfsprüfung überflüssig und rechtswidrig<sup>20</sup>.

Was also ist, wenn mehr Einrichtungen zugelassen sind als benötigt werden? Dann entstehen den Sozialleistungsträgern keine zusätzlichen Kosten. Denn das Unternehmerrisiko, d.h. das Risiko der Unterbelegung, tragen einzig und allein die Einrichtungen. Mit der Zulassung ist also auf gar keinen Fall so etwas wie eine Belegungsgarantie verbunden.<sup>21</sup> Wenn die Leistungsberechtigten über die Geltendmachung ihres Wunsch- und Wahlrechts<sup>22</sup> eine zugelassene Einrichtung meiden, etwa weil die Vergütung überhöht ist oder die Leistungsangebote schlecht sind, oder wenn schlicht und einfach nicht genügend Leistungsberechtigte vorhanden sind, realisiert sich eben das Unternehmerrisiko, d.h., die Einrichtung hat im Wettbewerb nicht bestanden und muss über kurz oder lang ihren Betrieb einstellen. Das ist für den Träger und vor allem für die Mitarbeiter zwar bedauerlich, aber alles andere als ein ungewöhnlicher Vorgang. Denn einen Wettbewerb ohne das Risiko, ihn nicht zu bestehen, gibt es nun mal nicht.

### **3. Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht**

#### **3.1 Leistungserbringungsvereinbarungen als öffentliche Aufträge?**

Das Recht der Leistungserbringung ist also auch eine Wettbewerbsordnung. Ein Mangel an Wettbewerb kann demnach schwerlich der Grund für den Ruf nach

---

18 Zur Leistungsabwicklung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis vgl. Brünner, F.: Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI, 2001, S. 20–41, und zum Jugendhilferecht Münder, J.: Finanzierung der Leistungserbringung durch Dritte, Jugendamt 2005, S. 161 (163–165).

19 Zur Unzulässigkeit einer Selbstbeschaffung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe s. BVerwGE 112, 98.

20 So zur parallelen Konstellation bei der Gewährung von Rehabilitationsleistungen nach SGB V BSGE 81, 189 (197 f.); BSGE 89, 294 (300).

21 BVerwGE 94, 202 (208) = RsDE Heft 25/1994, 70 (74 f.) mit Anm. Giese; OVG Hamburg vom 12. September 1980 FEVS 31 (1981), 404 (416 f.).

22 Dazu Unrau, A./Garlich, F.: Das sozialhilferechtliche Wunsch- und Wahlrecht des konfessionell gebundenen Heimbewohners, ZevKR 48 (2003), 38.

vergaberechtlichen Modellen der Leistungserbringung sein. Die Protagonisten des Vergaberechts berufen sich heute denn auch eher auf den Anwendungsvorrang des Europäischen Sekundärrechts, zu dem sie sagen, dass es die öffentliche Ausschreibung und Vergabe von Dienstleistungen zwingend anordne. Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts kommt aber erst dann zum Zuge, wenn ein Konflikt mit dem nationalen Recht des Mitgliedsstaates besteht.<sup>23</sup> Gibt es einen Konflikt zwischen dem europäischen Vergaberecht einerseits und dem deutschen Vergaberecht bzw. Leistungserbringungsrecht andererseits?

Für die Anwendbarkeit von Vergaberecht auf die Erbringung von Sozialleistungen kommt es entscheidend darauf an, ob die Leistungserbringungsvereinbarungen öffentliche Aufträge sind. Die einschlägige Richtlinie definiert in Art. 1 Abs. 2a öffentliche Aufträge als „zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die ... Erbringung von Dienstleistungen“.<sup>24</sup> Das nationale Recht bestimmt in § 99 Abs. 1 GWB, dass öffentliche Aufträge „entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen“ sind. In dem zentralen Punkt gibt es also keinen Konflikt zwischen dem europäischen und deutschen Vergaberecht, vielmehr setzt das deutsche Recht das europäische eins zu eins um: Öffentliche Aufträge sind „entgeltliche Verträge“ über die Erbringung von Dienstleistungen. Also findet § 99 GWB Anwendung. Das nationale Vergaberecht hätte als umgesetztes Gemeinschaftsrecht Vorrang vor der sozialrechtlichen Regelung der Leistungserbringung, wenn die Vereinbarungen „entgeltliche Verträge“ wären.

Genau das ist nicht der Fall. Gegenstand der Vereinbarungen ist nicht die Beschaffung von Dienstleistungen gegen ein Entgelt als Gegenleistung, sondern die Klärung der Rahmenbedingungen für die Leistungsabwicklung im Einzelfall. Für die Leistungsabwicklung sind zwei andere rechtliche Vorgänge relevant: die Gewährung der Sozialleistung durch den Bewilligungsbescheid des Sozialleistungsträgers und die vertragliche Regelung der Erbringung der Leistung im Verhältnis Leistungsberechtigter und Leistungserbringer.<sup>25</sup> Abgestützt wird dieses Ergebnis

23 Hierzu und zum Folgenden Engler, U.: Die Leistungserbringung in den Sozialgesetzbüchern II, III, VIII und XII im Spannungsverhältnis zum europäischen und nationalen Vergaberecht, Diss. HU Berlin, 2009.

24 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. vom 30. April 2004 Nr. L 134/114.

25 Neumann, V./Nielandt, D./Philipp, A.: Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, 2004, S. 58; Nielandt, D.: Die Beteiligung freier Träger bei der Vergabe von Sozialleistungen, RsDE Heft 57/2005, S. 44 (46); Giesen, R.: Wettbewerbsrecht, Vergaberecht und soziale Dienste, in: Linzbach, C./Lübking, U./Scholz, S./Schulte, B. (Hrsg.): Die Zu-

durch ein vergaberechtliches Argument: Öffentliche Aufträge müssen zwei Voraussetzungen erfüllen, nämlich erstens eine exklusive Konkurrentenauswahl treffen und zweitens das Entgelt bei Vertragsschluss dem Bieter definitiv zuordnen. Beide Voraussetzungen werden beim Abschluss von Leistungserbringungsvereinbarungen gerade nicht erfüllt.<sup>26</sup> Und ein letztes Argument stellt darauf ab, dass das geltende Recht den Vereinbarungen Rechtsfolgen zuweist, die einer öffentlich-rechtlichen Zulassung sehr nahe kommen, womit noch einmal unterstrichen wird, dass sie keine zweiseitig verpflichtenden entgeltlichen Verträge sind.<sup>27</sup>

Folglich ist das Vergaberecht auf die Leistungserbringung nach SGB VIII und SGB XII nicht anwendbar. Beim SGB II ist zu differenzieren: Es lässt sich gut vertreten, dass § 17 Abs. 2 SGB II das Modell der Leistungserbringung der Sozial- und Jugendhilfe kopiert, also kein öffentlicher Auftrag vorliegt. Allerdings ist diese Frage etwas akademisch, weil § 16 Abs. 1 SGB II auf Leistungen nach SGB III verweist und für viele dieser Leistungen die Anwendung des Vergaberechts ausdrücklich vorgeschrieben ist.

### 3.2 Leistungserbringungsvereinbarungen als Dienstleistungskonzessionen?

Sind die Vereinbarungen des SGB VIII und XII Dienstleistungskonzessionen, die das europäische Sekundärrecht ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts ausschließt?<sup>28</sup> Dienstleistungskonzessionen sind „Verträge, die

---

kunft der sozialen Dienste vor der europäischen Herausforderung, 2005, S. 424 (450); Brüner, F.: Ausschreibungspflicht für soziale Dienstleistungen?, ArchsozArb 3/2005, 70 (75 f.); Neumann, V./Bieritz-Harder, R.: Vergabe öffentlicher Aufträge in der Sozial- und Jugendhilfe?, RsDE Heft 48/2001, S. 1 (9). A. A. Schäffer, R.: Die Anwendung des europäischen Vergaberechts auf sozialrechtliche Dienstleistungserbringungsverträge, ZESAR 2009, 374 (378); Luthé, E.-W.: Subvention, Auftragsvergabe und Entgeltvereinbarung in der kommunalen Fürsorge, in: Franke, G./Langrehr, H.-W.: Die Gemeinde. FS Heiko Faber, 2007, S. 343 (353–361); Kingreen, T.: Vergaberecht und Verfahrensgerechtigkeit in der jugend- und sozialhilferechtlichen Leistungserbringung, VSSR 2006, 379 (383); Mroczynski, P.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das Sozialrecht, ZfSH/SGB 2004, 451 (452); Kunze, T./Kreikebohm, R.: Sozialrecht versus Wettbewerbsrecht, NZS 2003, 5 (8).

26 Bieback, K.-J.: Leistungserbringungsrecht im SGB II sowie SGB III und XII, NZS 2007, 505 (510); Kaltenborn, M.: Vergaberechtliche Strukturen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, VSSR 2006, 357 (364); Rixen, S.: Sozialvergaberecht ante portas?, VSSR 2005, 225 (234).

27 Brüner, F.: Ausschreibungspflicht für soziale Dienstleistungen?, ArchsozArb 3/2005, 70 (75); Neumann, V./Bieritz-Harder, R.: Vergabe öffentlicher Aufträge in der Sozial- und Jugendhilfe?, RsDE Heft 48/2001, S. 1 (9).

28 Art. 17 der RL 2004/18/EG und Art. 18 der RL 2004/17/EG. Der Ausschluss wird jetzt in § 99 Abs. 1 S. 1 GWB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 790) bestätigt. Denn aus der Feststellung, dass Baukonzessionen öffentliche Aufträge sind, folgt im Umkehrschluss, dass Dienstleistungskonzessionen das eben nicht sind. Zu den Novellierungen des Vergaberechts im Jahre 2009 s. Engler, U.:

von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“.<sup>29</sup> Eine Konzession liegt also vor, wenn der Unternehmer die mit der Dienstleistung verbundenen Risiken trägt, indem er seine Vergütung, in welcher Form auch immer, über den Benutzer – insbesondere durch die Erhebung von Gebühren – erhält.<sup>30</sup> Leistungserbringungsvereinbarungen weisen in der Tat eine gewisse Ähnlichkeit mit Dienstleistungskonzessionen auf. Da sie keine Belegungsverträge sind, mit denen die Auslastung der Einrichtung zugesagt wird, liegt das Verwertungsrisiko, d.h. das Risiko der Unterbelegung, bei den freien Trägern.<sup>31</sup> Diese erzielen auch ähnlich wie Konzessionäre ihre Vergütung über den Benutzer der Leistung. Allerdings wird ihnen das Entgelt nicht vom Sozialleistungsberechtigten, sondern vom Leistungsträger ausgezahlt.<sup>32</sup>

Es gibt noch eine weitere Abweichung von der Idealtypik einer Dienstleistungskonzession. Mit der Konzession überträgt die staatliche Behörde dem privaten Dritten „die vollständige oder teilweise Durchführung von Dienstleistungen“<sup>33</sup>, d.h., eine Konzession hat das Merkmal einer gewissen Ausschließlichkeit des Nutzungsrechts. Daran fehlt es den Leistungserbringungsvereinbarungen weitgehend. Wir haben gesehen, dass der Abschluss von Vereinbarungen nicht vom

---

Die Leistungserbringung in den Sozialgesetzbüchern II, III, VIII und XII im Spannungsverhältnis zum europäischen und nationalen Vergaberecht, Diss. HU Berlin, 2009.

29 Art. 1 Abs. 4 der RL 2004/18/EG.

30 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (ABl. C 121 vom 29. April 2000, S. 4). EuGH vom 11. Juni 2009, Orthopädie Schuhtechnik/AOK Rheinland/Hamburg, C-300/07, Rdnr. 72: Eine Dienstleistung liege dann vor, „wenn die vereinbarte Art der Vergütung im Recht des Dienstleistungserbringers zur Verwertung seiner eigenen Leistung besteht und impliziert, dass er das mit den fraglichen Dienstleistungen verbundene Betriebsrisiko übernimmt (Urteil vom 18. Juli 2007, Kommission/Italien, C-382/05, Slg. 2007, I-6657, Rdnr. 34)“.

31 So auch Bieback, K.-J.: Leistungserbringungsrecht im SGB II sowie SGB III und XII, NZS 2007, 505 (511); Dörr, O.: Vergaberechtliche Einbindung der freien Wohlfahrtspflege, RdJB 2002, 349 (364).

32 EuGH vom 11. Juni 2009, Orthopädie Schuhtechnik/AOK Rheinland/Hamburg, C-300/07, Rdnr. 73 hat mit dieser Zahlungsmodalität begründet, warum ein „Vertrag über die integrierte Versorgung“ (§§ 140a–140e SGB V) keine Dienstleistungskonzession sein könne: „Die gesetzliche Krankenkasse ist die alleinige Schuldnerin des Vergütungsanspruchs des Leistungserbringers. Es zeigt sich somit, dass die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit des Wirtschaftsteilnehmers in dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrag definiert werden, so dass der genannte Wirtschaftsteilnehmer nicht über den Grad wirtschaftlicher Freiheit verfügt, der für die Situation einer Dienstleistungskonzession kennzeichnend ist, und auch nicht einem beträchtlichen, mit der Nutzung seiner Leistungen verbundenen Risiko ausgesetzt ist.“

33 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (ABl. C 121 vom 29. April 2000, S. 5).

Vorhandensein eines Bedarfs abhängig gemacht werden darf.<sup>34</sup> Vielmehr sind die Vereinbarungen mit jedem Anbieter abzuschließen, der geeignet ist, d.h. der die Leistungen fachgerecht und wirtschaftlich erbringen kann. Dabei wird die Wirtschaftlichkeit schon dann bejaht, wenn die geforderte Vergütung „innerhalb der Bandbreite der Entgelte für vergleichbare Leistungen liegt“<sup>35</sup>. Ausgeschlossen werden also nur Anbieter, die fachlich ungeeignet sind und/oder unwirtschaftlich betrieben werden.

Es gibt demnach gute Argumente gegen die Wertung als Konzession. Dass die Vereinbarungen trotzdem überwiegend als Dienstleistungskonzessionen gewertet werden,<sup>36</sup> könnte mit einer binären Sichtweise zu erklären sein, die in der europarechtlichen Literatur häufig anzutreffen ist: entweder öffentlicher Auftrag oder Konzession, Tertium non datur. Eine Begründung, warum das deutsche Sozialrecht in dieses Prokrustesbett gezwungen werden muss, habe ich bis heute nicht gefunden. Vielleicht ist es einmal mehr die vielbeschworene „Dynamik“ des europäischen Einigungsprozesses, die für jedes Institut des nationalen Rechts selbtherrlich eine europarechtliche Schublade verlangt.

Wie immer dem auch sei: Jedenfalls ist die Wertung der Vereinbarungen als Dienstleistungskonzessionen in Ansehung der Rechtsfolgen so gut wie bedeutungslos. Die gemeinschaftsrechtliche Folge einer Konzession ist die Pflichtentrias Gleichbehandlung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit.<sup>37</sup> Diese Pflichten werden im nationalen Recht vollständig erfüllt. Der Sozialleistungsträger hat über den Abschluss von Vereinbarungen nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, und diese Pflicht schließt insbesondere das Gebot der Gleichbehandlung aller Bewerber ein. Das Grundrecht der Berufsfreiheit untersagt, an die Leistungsfähigkeit der Anbieter überzogene, unverhältnismäßige Anforderungen zu stellen. Und die verfahrensrechtliche Dimension der beiden Grundrechte verlangt ein transparentes und willkürfreies Verfahren, in dem über den Abschluss einer Vereinbarung entschieden wird. Die sekundärrechtliche Schublade „Dienstleistungskonzession“ wird also nicht benötigt.

34 So gut wie unstreitig seit BVerwGE 94, 202 (208) = RsDE Heft 25/1994, S. 70 (74 f.).

35 BVerwGE 108, 47 (56) = RsDE Heft 42/1999, S. 88 (95).

36 Kaltenborn, M.: Vergaberechtliche Strukturen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, VSSR 2006, 357 (365); Dörr, O.: Vergaberechtliche Einbindung der freien Wohlfahrtspflege, RdJB 2002, 349 (364).

37 EuGH vom 7. Dezember 2000 – Rs. C-324/98 (Teleaustria), Rdnr. 60 f.; EuGH vom 7. Dezember 2005 – Rs. C-458/03 (Parking Brixen), Rdnr. 40; Pietzcker, J.: Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2007, 1225 (1232).

### 3.3 Bildung und Vergabe von Leistungskontingenten

Die Vergabe von Vereinbarungen ist eine Sache, die Bildung und Vergabe von Leistungskontingenten eine andere. Ein Beispiel: Ein Sozialhilfeträger schätzt auf der Grundlage der bisherigen Inanspruchnahme der Schuldnerberatung die zukünftig anfallenden Leistungseinheiten und bildet daraus einen „Auftragsgesamt-wert“, den er ausschreibt und an die sieben preisgünstigsten Anbieter vergibt.<sup>38</sup> Welche rechtlichen Möglichkeiten der Gegenwehr haben die übergangenen Anbieter?

Bevor diese Frage beantwortet werden kann, bedarf eine Besonderheit des Vergabeverfahrens einer Erläuterung. Die Vergabekammern und Vergabesenate wenden auf die Prüfung, ob ein Leistungskontingent ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag ist oder nicht, einzig und allein den Maßstab des Vergaberechts an,<sup>39</sup> d.h., über die sozialrechtliche oder verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Ausschreibung nach Vergaberecht entscheiden nicht sie, sondern die Verwaltungs- bzw. Sozialgerichte. Die Vergabekammern und Vergabesenate sind also jenseits des vergaberechtlichen Prüfungsmaßstabes blind. Diese auf dem ersten Blick erstaunliche Selbstbeschränkung erklärt sich mit den Besonderheiten des Rechtsschutzes im Vergabeverfahren. Die Verfahren sind außerordentlich zügig angelegt, sodass der angestrebte beschleunigte Rechtsschutz bei einer Pflicht zur Prüfung von Rechtsfragen außerhalb des Vergaberechts nicht zu erreichen wäre.

Wie also können sich (übergangene) freie Träger gegen die Ausschreibung und Vergabe von Leistungskontingenten wehren? Die erste Möglichkeit ist die Inanspruchnahme der Rechtsmittel, die das Leistungserbringungsrecht bereithält. Wenn Sozialleistungsträger Kontingente von Sozialleistungen bilden und ausschreiben, dann führt diese Praxis dazu, dass zwei Regime der Leistungserbringung – nämlich Vergaberecht und Leistungserbringungsrecht der Sozialgesetzbücher – unabgestimmt nebeneinander stehen. Die gesetzliche Pflicht des Sozialleistungsträgers, ermessensfehlerfrei über den Abschluss von Vereinbarungen zu entscheiden, bleibt ungeschmälert bestehen, wobei zu erinnern ist, dass der Abschluss nicht vom Nachweis eines objektiven Bedarfs abhängig gemacht werden darf. Ungeschmälert bestehen bleiben auch die Pflichten aus dem Leis-

---

38 Vgl. OLG Hamburg vom 7. Dezember 2007 – RsDE Heft 68/2009, S. 76 mit Anm. Neumann. Ähnliche Praktiken sind dokumentiert in VG Münster vom 22. Juni 2004 – RsDE Heft 57/2005, S. 75 (76 f.); VG Münster vom 18. August 2004 – RsDE Heft 58/2005, S. 100; VG Hamburg vom 5. August 2004 – ZfJ 2005, 111; VG Berlin vom 19. Oktober 2004 – ZfJ 2005, 114.

39 OLG Hamburg vom 7. Dezember 2007 – RsDE Heft 68/2009, S. 76 (81) mit Anm. Neumann; OLG Düsseldorf vom 8. September 2004 – RsDE Heft 58/2005, S. 87.

tungsrecht, wozu insbesondere die Beachtung des Rechts des Leistungsberechtigten gehört, den Leistungserbringer auszuwählen<sup>40</sup>. Es kann also gut sein, dass aus dem eingekauften Kontingent keine einzige Leistung in Anspruch genommen wird. Die Vergabe von Leistungskontingenten führt also dazu, dass die Verwaltung in eine Lage gerät, in der sie öffentliche Mittel verschwenden muss.

Die zweite Möglichkeit ist, dem Rat der Vergabesenate zu folgen und die Verwaltungs- bzw. Sozialgerichte anzurufen, damit sie über die sozial- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Bildung und Ausschreibung von Leistungskontingenten entscheiden. Es gibt mittlerweile eine ganze Reihe von Entscheidungen, die übereinstimmend feststellen, dass Vergabeverfahren mit zentralen Vorschriften des Sozial- und Jugendhilferechts unvereinbar sind (Trägervielfalt, Verhandlungsprinzip, Einrichtung von Schiedsstellen, Wunsch- und Wahlrecht, Kooperationsprinzip).<sup>41</sup> Es ist nicht bei dieser Feststellung geblieben. Einige Verwaltungsgerichte haben aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG einen Anspruch der freien Träger auf Unterlassung von Vergabeverfahren abgeleitet.<sup>42</sup>

Ein solcher Unterlassungsanspruch folgt auch aus den religionsrechtlichen Normen des Grundgesetzes. Die karitative Tätigkeit ist in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sowie im kirchlichen Selbstbestimmungsrecht des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV geschützt.<sup>43</sup> Danach sind die sozialen Dienste und Einrichtungen der Kirchen Träger eigener sozialer Aufgaben und bleiben dies auch in der Zusammen-

---

40 Neumann, V./Nielandt, D./Philipp, A.: Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, 2004, S. 61–68.

41 Eine zusammenfassende Darstellung der Rechtsprechung bei Iwers, S. J.: Ausschreibung kommunaler Eingliederungsleistungen des SGB II und institutionelle Förderung der Leistungserbringer, LKV 2008, 1 (4–6) und Brünner, F.: Ausschreibung von Leistungen der Schuldnerberatung nach SGB XII?, NDV 2008, 285 (286 f.).

42 VG Hamburg vom 5. August 2004 – ZfJ 2005, 111 (112); VG Münster vom 22. Juni 2004 – RsDE Heft 57/2005, S. 75 (80); VG Berlin vom 19. Oktober 2004 – ZfJ 2005, 114 f.; OVG Hamburg vom 10. November 2004 – RsDE Heft 59/2005, S. 87. Das VG Münster vom 22. Juni 2004 – RsDE Heft 57/2005, S. 88 und das OVG Münster vom 27. September 2004 – RsDE Heft 61/2006, S. 85, leiten den Unterlassungsanspruch aus einem nach § 93d Abs. 2 BSHG abgeschlossenen Rahmenvertrag ab. In den Verfahren VG Münster vom 18. August 2004 – RsDE Heft 58/2005, S. 100 und OVG Münster vom 30. März 2005 – RsDE Heft 63/2006, S. 74 beabsichtigte der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Vergabe an ein als kommunaler Eigenbetrieb geführtes Jugendheim. Die Gerichte zogen hier zusätzlich zu Art. 12 Abs. 1 GG die Funktionsschutzbestimmung des § 4 Abs. 2 SGB VIII heran.

43 BVerfGE 24, 236 (248); BVerfGE 53, 366 (393). Stolleis, M.: Sozialstaat und karitative Tätigkeit der Kirchen, ZevKR 18 (1973), 376 (387 f.); Scheuner, U.: Die karitative Tätigkeit im heutigen Sozialstaat, in: v. Campenhausen, A./Erhardt, H. J. (Hrsg.): Kirche, Staat, Diakonie, 1982, 162 (176 f.); v. Campenhausen, ebd., S. 11 (33 f.); Starck, C., in: v. Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C.: Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 4 Abs. 1, 2 Rdnr. 34; v. Campenhausen, ebd., Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 137 WRV Rdnr. 116.

arbeit mit dem Sozialstaat.<sup>44</sup> Die Abstimmung der Aufgaben des Sozialstaats und der Aufgaben kirchlicher Träger bildet das Zentrum der vom BVerfG nachhaltig betonten „hergebrachten und durch Jahrzehnte bewährten Zusammenarbeit von Staat und Verbänden“.<sup>45</sup> Vergabeverfahren gefährden diesen Rechtsstatus der kirchlichen Träger. Zwar können sie die Durchführung der Aufgaben weiterhin selbst bestimmen. Sie können aber nicht mehr in der Zusammenarbeit mit dem Sozialleistungsträger über Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen mitbestimmen. Denn Vergabeverfahren setzen eine Leistungsbeschreibung voraus, die „eindeutig und so erschöpfend“ ist, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können (§ 8 Abs. 1 VOL/A). Deshalb greifen Vergabeverfahren in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht ein. Da es kein Gesetz gibt, das den Anforderungen des Schrankenvorbehalts des „für alle geltenden Gesetzes“ des Art. 137 Abs. 3 WRV genügt, kann der Eingriff nicht gerechtfertigt werden.

Ein übergangener freier Träger hat noch eine dritte Option: Er kann auf die Rechtsbehelfe des Vergaberechts setzen. Wie das geht, lehrt eine Entscheidung des Vergabesenats des OLG Hamburg.<sup>46</sup> Die Hamburger Senatsverwaltung hatte die „Übertragung“ der Schuldner- und Insolvenzberatung auf private Schuldnerberatungsstellen öffentlich ausgeschrieben. Die mit sieben Trägern abgeschlossenen Verträge waren zunächst befristet, wurden dann aber verlängert und um eine zusätzliche Verlängerungsoption ergänzt. Ein Träger, der bei der ersten Vergabe nicht zum Zug gekommen war, beantragte daraufhin, ihn bei der erneuten Auftragsvergabe ab der Verlängerung zu berücksichtigen. Die Senatsverwaltung lehnte ab, da sie ja schon von der Verlängerungsoption Gebrauch gemacht habe und deshalb weitere Träger nicht berücksichtigen könne. Auf Antrag des übergangenen Trägers hat der Vergabesenat der Verwaltung untersagt, den mit den sieben Trägern abgeschlossenen Vertrag zu verlängern, da dieser Vertrag wegen Verstoßes gegen die Informationspflicht der Vergabeverordnung nichtig sei (§ 13 S. 6 VgV analog). Die recht komplizierte Argumentation des Senats lässt sich in einem Satz auf den Punkt bringen: Wer A sagt, muss auch B sagen. Wer – wie die Hamburger Senatsverwaltung – Verträge ausschreibt und vergibt, muss sich bei einer späteren Verlängerung der Verträge an das vergaberechtliche Regime halten. Das gilt auch dann, wenn massive Zweifel an der sozialrechtlichen Zulässigkeit der Anwendung des Vergaberechts bestehen. Denn über diese Zweifel dürfen – wie bereits ausgeführt – die Vergabesenate nicht befinden.

---

44 Vgl. nur § 5 Abs. 1 und 2 SGB XII.

45 BVerfGE 22, 180 (200).

46 OLG Hamburg vom 7. Dezember 2007 – RsDE Heft 68/2009, S. 76 mit Anm. Neumann.

Der Beschluss des Hamburger Vergabesenats gibt Anlass, über das Verhältnis von Wettbewerb und Vergaberecht einige Worte zu verlieren. Jedenfalls das europäische Vergaberecht, das durch das GWB in nationales Recht umgesetzt wurde, soll dem Schutz und der Förderung eines fairen Wettbewerbs dienen. Betrachtet man hingegen die Sachverhalte, über die das OLG Hamburg zu entscheiden hatte, gewinnt man einen ganz anderen Eindruck. Wenn in Hamburg nicht die Rechtsprechung eingeschritten wäre, hätte die Verwaltung die Verträge nach Beendigung ihrer Laufzeit nicht neu ausgeschrieben, sondern stillschweigend verlängert. Folge wäre gewesen, dass die übergangenen Konkurrenten alsbald in den Ruin gegangen wären und neue Anbieter von vornherein keine reelle Chance einer Existenzgründung gehabt hätten. Unter Berufung auf das Vergaberecht hätte die Senatsverwaltung die alten Erbhöfe wieder eingerichtet. Jost Pietzcker, der nach meinem Dafürhalten erste Sachkenner des Vergaberechts, hat diesen Effekt mit der Bemerkung kommentiert, dass Vergabeverfahren bei Einbettung in einen bestimmten Rahmen wettbewerbsbeschränkend wirken können.<sup>47</sup> Fazit: Sozialleistungsträger, die die Leistungserbringung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis durch vergaberechtliche Verfahren ersetzen, fördern nicht den Wettbewerb, sondern restaurieren klammheimlich die alte „Angebotssteuerung durch Bedarfsprüfung“ mit einer Belegungsgarantie zugunsten der *beati possidentes*, also das alte korporatistische System der Interessenvermittlung.<sup>48</sup>

#### **4. Unverträglichkeit von Sozialrecht und Vergaberecht**

Die Anwendung des Vergaberechts auf die Erbringung von Sozialleistungen führt zu Ergebnissen, die rechtlich so dubios, ja teilweise kurios sind, dass die Frage unumgänglich wird, wie die Unverträglichkeit von Vergaberecht und Sozialrecht zu erklären ist. Das BVerfG hat jüngst ausgeführt, dass im Vergaberecht der Staat als Nachfrager am Markt tätig wird, um seinen Bedarf an bestimmten Gütern oder Leistungen zu decken, und sich in dieser Rolle als Nachfrager nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern unterscheidet.<sup>49</sup> Marktteilnehmer haben die Freiheit, das begehrte Gut auf dem gesamten europäischen Markt zu erwerben oder vom Erwerb des Gutes vorerst oder überhaupt abzusehen, wenn der Preis überteuert ist. Sozialleistungsträger haben diese Freiheiten nicht. Sie sind nämlich gesetzlich verpflichtet, die begehrte Sozialleistung zu gewähren und dies umfassend und zügig zu tun (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB I). Diese Pflicht setzt die Gesamtverantwortung dafür voraus, dass die zur Ausführung von Sozialleistun-

<sup>47</sup> Pietzcker, J.: Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2007, 1225 (1227).

<sup>48</sup> Neumann, V.: Die Diakonie im sparbeflissenen Sozialstaat, ZevKR 51 (2006), 374 (384 f.).

<sup>49</sup> BVerfGE 116, 135 (149 f.).

gen erforderlichen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I). Die Gewährleistungspflicht verbietet, die soziale Infrastruktur dem Spiel blinder Marktkräfte und Schumpeters Prinzip der „schöpferischen Zerstörung“ zu überlassen.<sup>50</sup> Und soziale Dienstleistungen sind regelmäßig wohnortnah zu erbringen. Alle diese Besonderheiten prägen spiegelbildlich die Stellung der freien Träger. Sie sind zwingend auf die Zusammenarbeit mit der Gebietskörperschaft angewiesen, in der sie ihren Sitz haben. Denn einen Markt, auf den sie ausweichen könnten, wenn sie den Zuschlag nicht erhalten, gibt es im Regelfall nicht.

Die beschriebene Struktur ist keine mehr oder minder zufällige Gestaltung des Gesetzgebers, sondern eine Folge sowohl der grundrechtlichen Freiheiten der Leistungserbringer als auch und insbesondere der Rechtsstellung des Sozialleistungsberechtigten. Das deutsche Sozialrecht gewährt dem Bürger vielfältige Rechte auf eine selbstbestimmte Mitwirkung bei der Gestaltung der Leistung und ihrer Erbringung. Eine Teilmenge dieser Gestaltungsrechte sind die diversen Wunsch- und Wahlrechte, deren Hauptanwendungsfall die Wahl des Leistungserbringers ist.<sup>51</sup> Das Recht der Leistungserbringung ist dreipolig angelegt: Leistungsträger – Leistungserbringer – Leistungsberechtigter. Dagegen ist das Vergabeverfahren ein zweipoliges Verfahren, in dem es allein auf den öffentlichen Auftraggeber und den privaten Anbieter ankommt: Vergabeverfahren sind also blind gegenüber den Gestaltungsrechten des sozialleistungsberechtigten Bürgers.<sup>52</sup> Deshalb sind Sozialleistungen und vergaberechtliche Verfahren unverträglich.

## 5. Das „König-Midas-Prinzip“

Etwa seit Beginn der 1980er-Jahre gibt es im Einrichtungsbereich der Sozialhilfe eine steigende Zahl von gewerblichen Anbietern. Wie ist das Nebeneinander von gemeinnützigen und gewerblichen Anbietern rechtlich zu beurteilen? Die Antwort des nationalen Rechts ist einfach und klar: Die gewerblichen Anbieter arbeiten zu den grundsätzlich gleichen Bedingungen wie die gemeinnützigen, d.h., sie sind in das öffentlich-rechtliche System der Leistungserbringung integriert. Dieser Rechtsstatus entspricht übrigens auch ihrer Selbstwahrnehmung, wie

---

50 Becker, U.: EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, NZS 2007, 169 (173).

51 § 33 Satz 2 SGB I, § 76 SGB V, § 9 SGB IX, § 2 SGB XI, § 9 SGB XII.

52 Vgl. Mußgnug, F./Lange, R.: Leistungserbringung im Sozialstaat, ZevKR 51 (2006), 422 (428).

die Forderung lehrt, in die zu vereinbarenden oder festzusetzenden Vergütungen eine Pauschale für einen fiktiven Unternehmerlohn aufzunehmen.<sup>53</sup>

Europarechtler tun sich schwer, dieser rechtlichen Wertung zu folgen. Sie neigen eher zu einer Betrachtung, die als „König-Midas-Prinzip“ bezeichnet werden kann. So wie alles, was König Midas anfasste, zu Gold wurde, so wird alles, woran sich ein gewerbliches Unternehmen beteiligt, zu einem Markt im wettbewerbsrechtlichen Sinne. Es soll also der Satz gelten: „Alles oder nichts“: Wird auch nur ein gewerblicher Träger an der Leistungserbringung beteiligt, dann mutiert das öffentlich-rechtliche System zu einem Markt. Das ist die Logik der Entscheidung „Ambulanz Glöckner“: Da Notfalltransporte nicht immer und nicht notwendig von gemeinnützigen Sanitätsorganisationen oder Behörden erbracht würden, sei eben ein Markt vorhanden.<sup>54</sup> Man muss einräumen, dass diese Logik jedenfalls nicht in einem offenen Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht steht. Denn das erste Ziel der Europäischen Gemeinschaft ist nun einmal die Herstellung eines einheitlichen Binnenmarktes durch die Grundfreiheiten und das Wettbewerbsrecht. Unbekannt ist dem Gemeinschaftsrecht ein sozialer Gestaltungsauftrag, der auch nur annähernd dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes entspricht. Es besteht also die Gefahr einer Asymmetrie zwischen Markt und Systemen der sozialen Sicherung. Abhilfe könnte hier der Gedanke des europäischen Verfassungsverbunds schaffen.<sup>55</sup> Danach haben nicht nur die Mitgliedstaaten das nationale Recht gemeinschaftsrechtskonform auszulegen, sondern die Organe der Union haben umgekehrt auch die Pflicht, das Gemeinschaftsrecht so auszulegen, dass die Mitgliedstaaten ihren sozialen Auftrag erfüllen können.<sup>56</sup> Folglich lässt sich das „König-Midas-Prinzip“ mit dem Gebot einer loyalen Zusammenarbeit von Mitgliedstaaten und Gemeinschaft im europäischen Verfassungsverbund nicht vereinbaren.

53 Vgl. BVerwG vom 1. Dezember 1998 – RsDE Heft 42/1999, S. 96 mit weiteren Nachweisen in der Anmerkung der Redaktion.

54 EuGH vom 25. Oktober 2001 – Rs. C-475/99 (Ambulanz Glöckner), Slg. 2001, I-8137 (8146, Rdnr. 20).

55 Vgl. Pernice, I., in: Dreier, H. (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 23 Rdnr. 20.

56 Kingreen, T.: Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 394.



## **Der weitgehend ignorierte Auftrag: Die Wahrnehmung der Aufgaben nach §§ 11, 12 SGB XII**

### **1. Vorbemerkung**

Der Verfasser hatte als damals junger Praktiker in den 70er- und 80er-Jahren immer wieder die Möglichkeit, mit Dr. Dieter Giese Rechtsfragen zu erörtern, die sich aus der Sozialhilfepraxis ergeben hatten. Diese Gespräche waren nicht nur dadurch geprägt, dass Dieter Giese sich mit lebhaftem Interesse in die Probleme der Praxis hineindachte, sondern auch besonderen Wert darauf legte, die Problemlösung in einem gemeinsamen Dialog zu entwickeln. Dabei wurde die Lösung immer ausgehend von den tragenden Grundsätzen des Sozialhilferechts gesucht und am Ende auch wieder damit abgeglichen. Außerdem musste das gefundene Ergebnis praxistauglich sein – war es das nicht, wurde nochmals diskutiert. Dieter Giese legte großen Wert auf eine eigenständige Urteilsbildung. Wenn ich ihm gegenüber dann meinen großen Respekt vor seinem schier unerschöpflichen Wissen zum Ausdruck brachte, wiegelte er ab mit dem Hinweis darauf, dass sich zwar in einer ganzen Reihe von höchstrichterlichen Entscheidungen der Satz finde „Wie Giese in ... zutreffend ausführt, ist ...“, dass es aber durchaus auch Entscheidungen gäbe, in denen zu lesen sei „Hier irrt Giese ...!“.

Ich habe diese Gespräche immer als außerordentlich spannend, bereichernd und meinen Horizont erweiternd erlebt und bin Dieter Giese auch heute noch dafür sehr dankbar.

Die in der Sozialhilfepraxis weitgehend sehr zurückhaltend bzw. unzureichend stattfindende Wahrnehmung der Aufgaben nach §§ 11, 12 SGB XII durch die Sozialhilfeträger hätte – nach meiner Einschätzung – gewiss auch Dieter Giese zu einer gutachterlichen oder kommentierenden Äußerung mit entsprechenden Hinweisen für die Praxis veranlasst.

### **2. Die Rechtslage ab 1. Januar 2005**

Mit dem Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27. Dezember 2003 wurde auch versucht, die Selbstverantwortung der Leistungsberechtigten zu stärken und den Leistungsrahmen der Sozialhilfe durch aktivierende Instrumente zu erweitern und zu verbessern. Vor allem sollen jetzt die

Leistungsberechtigten im Bereich der aktivierenden Hilfen als Kooperationspartner begriffen werden, die verbindlich und aktiv in den Hilfeprozess einzubeziehen sind und auch selbst Verantwortung für den Erfolg der Hilfe übernehmen.

Dabei nimmt die neue Regelung die Vorgängerregelungen in §§ 17 und 8 BSHG zwar auf, löst aber die bisherige Anbindung an die Hilfe zum Lebensunterhalt und stellt sie mit einer modernen, erweiterten Zielsetzung in einen größeren Zusammenhang.

Ausdruck dieses neuen, aktivierenden Hilfeansatzes ist einerseits der die Beratung, Unterstützung und Aktivierung regelnde § 11 SGB XII und andererseits § 12 SGB XII, der das Instrument der Leistungsabsprache einführt, mit dem eine kooperative Vorgehensweise verstärkt werden soll, weil die „erfolgreiche Stärkung der Selbsthilfe zur aktiven Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft in vielfältiger Weise von der aktiven Mitwirkung der Leistungsberechtigten abhängig ist“.<sup>1</sup>

Diesem Hilfeansatz liegt die Erkenntnis zugrunde, dass vielfach materielle Notlagen mit schwerwiegenden sozialen und persönlichen Problemen einhergehen. Deshalb sollen diese Probleme der Leistungsberechtigten möglichst frühzeitig umfassend und zuverlässig wahrgenommen werden und in Angebote zur Stabilisierung und zur Verbesserung der Lebenssituation einmünden.

Allerdings ist festzustellen, dass dieser neue Hilfeansatz in der Praxis nicht die gewünschte Wirkung entfaltet und vielfach Beratung und Unterstützung, wie sie in § 11 SGB XII angelegt sind, nur unzureichend erbracht werden. Der Verfasser hat in der Vergangenheit immer wieder bei Fortbildungsveranstaltungen mit Teilnehmerinnen und Teilnehmern aus der ganzen Bundesrepublik die Praxis der Umsetzung dieses „neuen“ gesetzlichen Auftrags abgefragt und diskutiert. Auch hat der Verfasser selbst eine Umfrage zur Verwaltungspraxis der Umsetzung der §§ 11, 12 SGB XII bei einer größeren Zahl von Sozialämtern gehalten. Die Ergebnisse waren insgesamt leider nicht überzeugend. Die Leistungsabsprache wird bisher (im Gegensatz zum Pendant, der Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II, die das Regelinstrument in den Jobcentern darstellt) bundesweit nur in sehr wenigen Sozialämtern als Instrument für die Strukturierung und Steuerung des Hilfeprozesses genutzt.

Die Rechtsprechung zum SGB XII war in den zurückliegenden Jahren vielfach auch mit sozialhilferechtlichen Streitigkeiten befasst, in denen vom Leistungsberechtigten vorgetragen wurde, dass er nicht in der Lage sei, seinen Lebens-

---

1 BT-Drucks. 15/1514, Reg-Begr. zu § 12 SGB XII.

unterhalt mit den ihm zur Verfügung stehenden, knapp bemessenen Mitteln zu bestreiten, und dass es ihm deshalb auch nicht möglich sei, am sozialen Leben teilzuhaben. In der dazu veröffentlichten Rechtsprechung findet sich aber kein Hinweis darauf, dass das jeweils erkennende Gericht in irgendeiner Form die Beratungs- und Unterstützungsaufgaben des Sozialhilfeträgers nach § 11 Abs. 2 und 3 oder die Leistungsvereinbarung nach § 12 SGB XII angesprochen hätte.

§ 11 Abs. 1 SGB XII verpflichtet den Sozialhilfeträger, zur Erfüllung der Aufgaben des SGB XII die leistungsberechtigten Bürger zu beraten und – soweit erforderlich – zu unterstützen. Es geht dabei um den Kernauftrag der Sozialhilfe, nämlich den Leistungsberechtigten ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen und zu sichern und sie so weit wie möglich zu befähigen, unabhängig von der Hilfe zu leben. Auf das Unabhängigwerden von Sozialhilfe haben auch die Berechtigten „nach ihren Kräften hinzuarbeiten“. Zur Erreichung dieser Ziele haben die Leistungsberechtigten und die Träger der Sozialhilfe zusammenzuwirken. Das Gestaltungsmerkmal „Fördern und Fordern“ soll also nicht nur für das SGB II gelten, sondern seine Entsprechung auch in der Sozialhilfe im SGB XII finden.

Die dem Sozialhilfeträger obliegende Beratung und Unterstützung ist eine Dienstleistung im Sinne von § 10 Abs. 2 SGB XII und damit auch bereits Bestandteil der in § 8 SGB XII aufgeführten Hilfearten. Dies bedeutet, dass der Auftrag, die Beratung und die Unterstützung zu leisten, nicht nur auf Leistungsberechtigte nach dem 3. und 4. Kapitel SGB XII begrenzt ist, sondern umfassend zu verstehen ist und sich damit auf die Leistungen nach dem 3. bis 9. Kapitel des SGB XII bezieht.

Nach § 11 Abs. 2 Satz 1 SGB XII betrifft die Beratung als Grundelement der Sozialhilfe zunächst die persönliche Situation und den Bedarf des Leistungsberechtigten. Es geht hier nicht nur um die Beratung über Rechte und Pflichten im Sozialhilferecht, sondern um eine Beratung mit Bezug zur persönlichen Situation im Sinne einer umfassenden Lebensberatung. Deshalb werden hier als Beratungsgegenstand auch die eigenen Kräfte und Mittel des Leistungsberechtigten genannt.

Neben der wirtschaftlichen Situation soll es also die persönliche Situation sein, die im Gespräch mit dem Leistungsberechtigten – unabhängig davon, ob materielle Leistungen tatsächlich zu erbringen sind – durch den Sozialhilfeträger erhoben und wahrgenommen werden soll. Dabei soll die Rechtsstellung des Bürgers im Hinblick auf die Realisierbarkeit seiner Wünsche und Bedürfnisse umfassend erörtert werden. Zwar vollzieht sich die materielle Leistungsgewährung nach dem SGB XII in der Regel als länger dauernder Prozess, in dem es immer wie-

der zu persönlichen Kontakten kommt, dennoch findet vielfach eine umfassende Auseinandersetzung mit allen Aspekten der Sozialhilfegewährung im Einzelfall tatsächlich nicht statt.

Nicht zuletzt wegen der Arbeitssituation in vielen Sozialhilfedienststellen beschränkt sich in der Praxis die Kommunikation auf die Punkte, die unmittelbar und aktuell für die Gewährung der materiellen Hilfen erheblich sind – die persönliche Situation des Leistungsberechtigten wird weitgehend ausgeblendet. Deshalb sollte schon beim ersten Kontakt beachtet werden, dass der Wahrnehmung der persönlichen Situation des Hilfesuchenden zentrale Bedeutung zukommt. Nur bei umfassender Wahrnehmung der persönlichen Situation des Berechtigten können dessen eigene Kräfte und Mittel, die zur Entfaltung bzw. Stärkung von Selbsthilfe unerlässlich sind, „in einer Art Verantwortungsgemeinschaft“ eingeschätzt und durch das Zusammenwirken in der Beratung auf das in § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB XII genannte Ziel ausgerichtet werden: Der Bürger soll aktiv am Leben in der Gesellschaft teilnehmen und womöglich auch die Notlage überwinden können.

### **3. Beratung anbieten**

Die Beratung ist eine Pflichtleistung des Sozialhilfeträgers, die „von Amts wegen“ zu erbringen ist und nicht förmlich beantragt werden muss. Allerdings lässt sich Beratung auch nicht aufzwingen. Die Bereitschaft des Leistungsberechtigten, die Beratung anzunehmen, ist unbedingt notwendig. Fehlt die Bereitschaft, kann dieses Fehlen auch nicht sanktioniert werden. Im Zuge des Hilfeprozesses ist der Sozialhilfeträger dann vielmehr gehalten, das Beratungsangebot in geeigneten Zeitabständen zu erneuern und dabei zu berücksichtigen, dass die persönliche Situation niemals statisch ist und durch verschiedene Einflüsse zwischenzeitlich die Motivation zur Mitwirkung an einer Beratung entstanden sein kann.

Die Beratung soll nach § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB XII dem Leistungsberechtigten aufzeigen, welche Möglichkeiten ihm in seiner individuellen Lebenssituation trotz und angesichts seiner begrenzten materiellen Ressourcen gegeben sind, selbst aktiv am Leben in der Gemeinschaft teilzunehmen und sich z.B. auch gesellschaftlich zu engagieren. Ausgangspunkt der Beratung sind hier die Interessen des Leistungsberechtigten, die zum Beispiel im Naturschutz, Sport, Brauchtum, Gartenbau, Fragen des Lebens, Religion, der darstellenden oder bildenden Kunst, der Musik oder dem persönlichen Austausch in Selbsthilfegruppen liegen können. Im nächsten Schritt können in der Beratung der Zugang zu und die

Aktivität bei entsprechenden sozialen und kirchlichen, aber auch kulturell oder sportlich orientierten Organisationen, Vereinen, Initiativen oder Gruppen thematisiert werden. In Betracht kommen dann z.B. Sportvereine oder -gruppen jeder Art, Selbsthilfegruppen, die Kirchen und Religionsgemeinschaften, Kindergartenvereine, Tierzuchtvereine, kulturelle Gruppen, politische Gruppierungen, Parteien etc. Aus der Kontaktaufnahme zu und der persönlichen Beteiligung an Aktivitäten solcher Zusammenschlüsse ergibt sich für den einzelnen Leistungsberechtigten ein aktives Leben in der Gemeinschaft. Dieses Leben in der Gemeinschaft kann wiederum in gesellschaftliches Engagement münden, wenn es den hilfeschuchenden Bürger motiviert, nach seinen Kräften und Mitteln Verantwortung in derartigen Gemeinschaften zu übernehmen. Wer sich gesellschaftlich engagiert, führt damit in der Regel auch immer ein auf die Gemeinschaft bezogenes Leben.

Gesellschaftliches Engagement ist nicht auf materiellen Gewinn oder finanzielle Vorteile ausgerichtet und ist jedenfalls im weitesten Sinne gemeinwohlorientiert. Es findet öffentlich bzw. im öffentlichen Raum statt und wird in der Regel gemeinschaftlich ausgeübt. Der Begriff bezieht sich auf zwei Aktivitäten: zum einen auf das gemeinsame Engagement von Bürgerinnen und Bürgern zur Lösung von Aufgaben/Herausforderungen, die durch Staat, Markt oder Familie nicht ausreichend angegangen werden (ehrenamtliches/freiwilliges Engagement), und zum anderen auf politische Einflussnahme von Bürgerinnen und Bürgern in Bezug auf Staat und Markt (politische Partizipation).<sup>2</sup> Die Motivation zum gesellschaftlichen Engagement kann durchaus einen selbstbezüglichen Charakter haben, der in Selbstverwirklichungsmotiven oder im Rahmen von Selbsthilfegruppen zum Ausdruck kommt. Gesellschaftliches Engagement kann auch entschieden auf öffentliche Kritik und Widerspruch gerichtet sein, muss also nicht unbedingt „systemkonform“ sein.

Nach § 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XII soll der Leistungsberechtigte auch mit dem Ziel beraten werden, ihn zum Erhalt von Sozialleistungen zu befähigen. Ansatzpunkt sind hier die aktuelle wirtschaftliche Situation des Leistungsberechtigten und die Entwicklung einer Perspektive, wie diese Situation positiv verändert werden kann. Dementsprechend geht es in der Beratung z.B. darum, ob die Notlage durch die Inanspruchnahme anderer, in der Regel vorrangiger Sozialleistungen behoben werden kann oder wie die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme dieser Leistungen geschaffen werden können. Auch kann es darum gehen, z.B.

---

2 Vgl. auch „Eckpunkte des Deutschen Vereins zum sozialen bürgerschaftlichen Engagement im Gemeinwesen“, DV 05/07, AF I, vom 1. Oktober 2007.

Personen mit Behinderungen oder besonderen sozialen Schwierigkeiten zu motivieren, fachspezifische Leistungen im Rahmen der Sozialhilfe anzunehmen, deren unmittelbare Inanspruchnahme für den Betroffenen, subjektiv gesehen, zunächst eine zu hohe Hürde darstellt oder von ihm abgelehnt wird.

Die Beratung umfasst nach § 11 Abs. 2 Satz 4 SGB XII auch eine gebotene Budgetberatung. Diese Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass den Leistungsberechtigten seit 1. Januar 2005 mit der Regelsatzleistung ein – abgesehen von den Fällen des § 28 Abs. 1 Satz 2 SGB XII – grundsätzlich unveränderbares Budget vorgegeben ist. Geboten ist eine Budgetberatung, sobald erkennbar wird, dass der Leistungsberechtigte Schwierigkeiten hat, das ihm zur Verfügung stehende Budget so einzuteilen, dass die in § 27 Abs. 1 SGB XII aufgeführten Bedarfspositionen befriedigt werden. In der Beratung geht es dann insbesondere um den effizienten und effektiven, vorsorgenden Umgang mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln. Es besteht hier auch die Möglichkeit, Hinweise auf Verbraucherverhalten und preiswerten Einkauf zu geben.

Der Träger der Sozialhilfe haftet auch für die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Beratung ggf. nach den Amtshaftungsgrundsätzen. Ein solcher Anspruch kann sich auch aus zu Unrecht unterlassener Aufklärung und Beratung ergeben.

#### **4. Unterstützen und aktivieren**

Nachdem zunächst entsprechend § 11 Abs. 2 SGB XII ermittelt worden ist, welche Bedürfnisse der einzelne Leistungsberechtigte hat und insbesondere, welche Hemmnisse und Defizite im Hinblick auf die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft bestehen, ist mit ihm zu klären, ob und ggf. in welchem Umfang Unterstützung erforderlich ist, um z.B. eine bestehende Isolation zu durchbrechen und den Anspruch auf Teilhabe zu verwirklichen.

Die Unterstützung, die den leistungsberechtigten Personen durch den Träger der Sozialhilfe erbracht wird, geht über die Beratung hinaus bzw. schließt sich an diese an.

Ziel des Gesetzes ist hier die Inklusion, also die Eröffnung der Möglichkeit für den Einzelnen, mit seinen Potenzialen und Defiziten Teil der Gemeinschaft zu sein, nicht ausgegrenzt zu leben, sondern dazu zu gehören und sich am gemeinschaftlichen Leben aktiv zu beteiligen und sich womöglich selbst sogar gesellschaftlich engagieren zu können. Aktive Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft und so-

ziales Engagement lassen sich nicht „verordnen“. Aufgedrängte Unterstützung ist daher genauso aussichtslos wie aufgezwungene Beratung. Der Sozialhilfeträger hat insoweit keinen „Erziehungsauftrag“ und kann den (auf materielle Existenzsicherung angewiesenen) Bürger nicht verpflichten, sich gesellschaftlich nützlich zu verhalten. Beherrschendes Merkmal bei Beratung, Unterstützung und Aktivierung ist die Freiwilligkeit, von der es abhängt, ob die aktive Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft und gesellschaftliches Engagement in gelungene soziale Inklusion münden.

Die Unterstützung nach § 11 Abs. 3 SGB XII besteht zunächst aus Hinweisen darauf, dass und welche Angebote es gibt, die der Verbesserung der individuellen Lebenssituation dienen können. Diese Hinweise beziehen sich in erster Linie auf soziale Dienste sowie auf Möglichkeiten der aktiven Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft unter Einschluss des gesellschaftlichen Engagements. In § 11 Abs. 3 Satz 1 SGB XII werden erneut die Themen benannt, die auch schon Gegenstand der Beratung waren. Zur Unterstützung ist die Sozialhilfe gerade deshalb aufgefordert, weil sie nicht nur die Aufgabe hat, den leistungsberechtigten Bürger mit materiellen Gütern zu versorgen bzw. ihm die Versorgung zu ermöglichen. Vielmehr soll die Sozialhilfe dazu beitragen, dass der Leistungsberechtigte Möglichkeiten und Potenziale erkennen und entwickeln kann, die ihn befähigen, in der Gemeinschaft zu leben und zum Leben in der Gemeinschaft beizutragen. Das Gesetz nimmt damit Bezug darauf, dass bei den Leistungsberechtigten häufig tragfähige soziale Beziehungen fehlen und ihre Lebenssituation von Isolation geprägt ist. Die erforderliche Unterstützung kann also auch in ein aktives Handeln des Sozialhilfeträgers münden.

Soweit erforderlich, wenn z.B. zu erkennen ist, dass die Schwelle für die Inanspruchnahme des geeigneten Angebotes für den Leistungsberechtigten zu hoch ist, umfasst die Unterstützung auch die Vorbereitung von Kontakten zu den entsprechenden sozialen Diensten bzw. Möglichkeiten der aktiven Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft, z.B. Benennung von Ansprechpartnern, die Ermittlung von Sprechstunden, Beratungs- und Öffnungszeiten oder die Vereinbarung von persönlichen oder telefonischen Gesprächs-, Vorstellungs- oder Beratungsterminen oder auch das Organisieren einer Begleitung zum Kennenlernen der Institution/Gruppe. Dies kann insbesondere dann notwendig sein, wenn Barrieren für die Inanspruchnahme des Angebotes durch mangelnde Sprachkenntnisse, körperliche, geistige oder psychische Behinderungen oder im Einzelfall sonstige Beeinträchtigungen gegeben sind.

Die Unterstützung soll dazu dienen, eine Verbindung zwischen dem Leistungsberechtigten und den sozialen Diensten herzustellen, also den vielfältigen Angeboten öffentlicher und freier Träger, die die Aufgabe haben, soziale Probleme von Einzelnen, Gruppen und Gemeinwesen zu bearbeiten und/oder zu lösen bzw. durch Prävention zu verhindern.

Die Unterstützung nach § 11 Abs. 3 SGB XII bezieht sich auch auf Hilfe zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft. Besonders ausgeführt wird hierbei in Abs. 3 (und Abs. 4) die Aufnahme einer Tätigkeit. Ein anderer sowohl in Abs. 2 als auch in Abs. 3 ausdrücklich genannter Aspekt ist das gesellschaftliche Engagement.

Die Formulierung in § 11 Abs. 3 Satz 1 SGB XII zielt allerdings nicht auf eine Abgrenzung der Begrifflichkeiten „Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft“ und „gesellschaftliches Engagement“ ab. Vielmehr ist damit eine Klarstellung gemeint, dass die Sozialhilfe die Leistungsberechtigten auch zur Teilnahme an Gruppen ermutigen darf und soll, die gesellschaftliche Themen/Fragen zum Inhalt haben und möglicherweise auch politisch arbeiten. Soziale Teilhabe und gesellschaftliches Engagement sind damit zu erstrebende Folgen gelungener sozialer Integration und Inklusion, nicht aber Gegenstand oder gar Voraussetzung sozialhilferechtlicher Leistungsgewährung.

Der Sozialhilfeträger hat bei seinen Unterstützungsangeboten die individuelle Situation der Leistungsberechtigten zu berücksichtigen: Es handelt sich vielfach um kranke, psychisch instabile und suchtmittelabhängige Menschen, aber auch um durchaus rüstige und leistungsbereite ältere Menschen. Es ist also sowohl auf passgenaue Angebote als auch darauf zu achten, dass die Unterstützung so geleistet wird, dass die Autonomie der Leistungsberechtigten Beachtung erfährt und die Leistungsberechtigten in der Entwicklung ihrer Selbsthilfepotenziale gefördert und gefordert werden.

Die Regelungen in § 11 Abs. 3 Satz 2 bis 4 SGB XII machen deutlich, dass bei solchen Leistungsberechtigten, die einer zumutbaren Tätigkeit nachgehen und damit Einkommen erzielen können, die Unterstützung zu einer Erwerbsintegration führen soll. Allerdings stößt diese Form der Aktivierung sehr schnell an Grenzen, weil das Restarbeitsvermögen der nach dem 3. und 4. Kapitel des SGB XII berechtigten Personen grundsätzlich weniger als drei Stunden täglich beträgt (volle Erwerbsminderung).

Dies hat der Deutsche Verein auch in der „Arbeitshilfe zu Zuverdienstmöglichkeiten im Bereich des SGB XII“<sup>3</sup> berücksichtigt. Dort wird hervorgehoben, dass sich Unterstützung in Form von Angeboten zur Aufnahme einer Tätigkeit nur auf dem Boden einer korrespondierenden Nachfrage der Leistungsberechtigten realisieren lässt. Gerade bei kranken, psychisch instabilen oder suchtmittelabhängigen Menschen haben Versuche keinen Sinn, diese Personen in die Aufnahme einer von ihnen nicht selbst erstrebten Tätigkeit oder die Teilnahme an einer erforderlichen Vorbereitung zu drängen; eine sich womöglich anschließende – nach § 39 SGB XII theoretisch denkbare – Sanktionierung bei den Regelleistungen wäre erst recht kontraproduktiv.

Allerdings kann ein solches Hilfeangebot durch die damit verbundene Tagesstrukturierung, Selbstbestätigung usw. durchaus auch zur Stabilisierung des Leistungsberechtigten und zur Verbesserung seiner gesamten Lebenssituation beitragen. Möglicherweise kann dann auch eine behutsame und von den Leistungsberechtigten erstrebte Heranführung an die Anforderungen des allgemeinen Arbeitsmarkts im Rahmen der Unterstützung nach § 11 Abs. 3 Satz 2 SGB XII in den Vordergrund rücken. In einem solchen Fall kann dann auch eine „Rückführung“ einzelner nach dem 3. Kapitel des SGB XII leistungsberechtigter Personen in das SGB II-Leistungssystem das Ergebnis der Unterstützung darstellen. Eine generelle Rückführungsstrategie bietet sich damit aber nicht. Anhaltspunkte für die Entwicklung einer solchen Strategie ergeben sich auch nicht aus dem Abschlussbericht über das im Anschluss an die parallele Einführung des SGB II und SGB XII durch das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes NRW im Auftrag gegebene Projekt „Aktivierung in der Sozialhilfe (SGB XII)“.<sup>4</sup>

Bei der Unterstützung solcher Leistungsberechtigten, die eine Heranführung an die Anforderungen des allgemeinen Arbeitsmarkts anstreben, ist immer auch darauf Bedacht zu nehmen, dass kein nur kurzfristiger Erfolg ins Auge gefasst wird, der die Gefahr birgt, dass es zu einem für alle Beteiligten entmutigenden „Rückschlag“ in das Leistungssystem des SGB XII kommt, der dann weitere unerwünschte Folgen wie Destabilisierung, negative gesundheitliche Folgen usw. nach sich zieht.

Unter den Personen, die wegen Alters Leistungen nach dem 4. Kapitel des SGB XII erhalten, sind häufig auch rüstige und leistungsbereite Menschen, die neben oder unabhängig von einer Verdienstmöglichkeit Erfüllung in einer Tätigkeit suchen, die ihnen Abwechslung und soziale Kontakte bietet und sie vor Vereinsamung

---

3 DV 12/09, AF IV vom 17. Juni 2009.

4 [http://www.mags.nrw.de/08\\_PDF/003/SGBXII-Abschlussbericht-Endfassung.pdf](http://www.mags.nrw.de/08_PDF/003/SGBXII-Abschlussbericht-Endfassung.pdf).

schützt. Bei diesen Personen liegt ein hohes Potenzial, das bei genauer Erfassung der persönlichen Situation durch die Unterstützung im Rahmen des § 11 Abs. 3 Satz 2 SGB XII mit besonders guter Aussicht auf Erfolg aktiviert werden kann.

Wegen des Vorrangs der Angebote der freien Wohlfahrtspflege gegenüber staatlichen Angeboten hat der Sozialhilfeträger gemäß § 11 Abs. 5 Satz 1 SGB XII auf bestehende Beratungs- und Unterstützungsangebote von Verbänden der freien Wohlfahrtspflege, Angehörigen der rechtsberatenden Berufe und sonstigen Stellen hinzuweisen. Dieser Hinweis verpflichtet den Leistungsberechtigten jedoch nicht, ein solches Beratungsangebot wahrzunehmen. Auf Wunsch des Leistungsberechtigten hat der Sozialhilfeträger die Beratung selbst durchzuführen.

§ 11 Abs. 5 Satz 2 SGB XII betont die besondere Bedeutung der Schuldnerberatung und der anderen Fachberatungsstellen. Dies folgt aus der Erkenntnis, dass bei vielschichtigen Problemlagen häufig eine längere, qualifizierte und intensivere Auseinandersetzung mit der individuellen Situation erforderlich ist. So kommen z.B. im Falle einer Überschuldung zusätzlich zu den finanziellen Lasten häufig noch Belastungen oder Problemstellungen psychischer, familiärer oder beruflicher Art. Auch bei einer Suchterkrankung oder Schwierigkeiten im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft kann eine qualifizierte Beratung durch eine Fachberatungsstelle geboten sein.

Nach § 11 Abs. 5 Satz 3 SGB XII sollen angemessene Kosten übernommen werden, wenn eine Lebenslage, die Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt erforderlich macht oder erwarten lässt, sonst nicht überwunden werden kann; dies bedeutet, dass eine Verweigerung der Kostenübernahme bei dieser Fallkonstellation nur in atypischen Einzelfällen möglich ist. In anderen Fällen können im Rahmen des hier bestehenden Ermessensspielraums Kosten übernommen werden.

## **5. Leistungsabsprache und Förderplan**

Mit § 12 SGB XII wird die Leistungsabsprache als Regelinstrument für die Steuerung des Hilfeprozesses eingeführt. Soweit erforderlich, ist ein Förderplan zu erstellen und in die Leistungsabsprache einzubeziehen. Leistungsabsprache und Förderplan sind zunächst zwei voneinander unabhängige Instrumente. Der Förderplan kann, muss aber nicht Ziel und Ergebnis einer Leistungsabsprache sein.

Die Leistungsabsprache nach § 12 Satz 1 SGB XII bezieht sich auf alle Leistungsbereiche der Sozialhilfe und stellt eine besondere Form der Beratung nach § 11

SGB XII dar. Mit der Leistungsabsprache soll die kooperative Vorgehensweise im Hilfeprozess verstärkt werden, weil die erfolgreiche Überwindung der Notlage wie auch die Stärkung der Selbsthilfe zur aktiven Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft in vielfältiger Weise von der aktiven Mitwirkung der Leistungsberechtigten abhängig sind. Sie konkretisiert die dem Sozialhilfeträger und dem Leistungsberechtigten gemeinsam obliegende Verpflichtung, nach § 1 Satz 3 SGB XII zur Erreichung der in § 1 Satz 1 und 2 SGB XII genannten Ziele zusammenzuwirken.

Die Leistungsabsprache enthält

- die Feststellung der Situation des Leistungsberechtigten,
- die Festlegung möglicher Wege zur Überwindung der Notlage,
- die Festlegung gebotener Möglichkeiten aktiver Teilnahme in der Gemeinschaft.

Nach § 12 SGB XII soll vor oder spätestens bis zu vier Wochen nach Beginn fortlaufender Leistungen (zur Existenzsicherung) mit dem Leistungsberechtigten eine solche Leistungsabsprache erfolgen und durch beiderseitige Unterschrift dokumentiert werden. Die enge zeitliche Vorgabe lässt den Willen des Gesetzgebers erkennen, im Zuge der parallelen Einführung des SGB II und des SGB XII die Hilfeprozesse zu dynamisieren und mit Leistungen, die über die bloße Existenzsicherung hinausgehen, nicht nur die nach dem SGB II berechtigten Personen, sondern auch die Personen zu erreichen, die nicht imstande sind, unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein. Der Sozialhilfeträger soll sich also im Rahmen der Leistungen nach dem 3. und 4. Kapitel des SGB XII nicht auf schlichte Existenzsicherung beschränken dürfen.

Die Leistungsabsprache beruht im Wesentlichen auf einer Falldiagnose mit einer Maßnahmenauswahl und dokumentiert eine Maßnahmeprogno­se, zu der im Hinblick auf die sie tragenden Ziele (z.B. Suchtentwöhnung) auch eine Überprüfung (z.B. Aufnahme oder Fortdauer einer Suchttherapie) festgelegt werden kann. Es handelt sich dabei um einen dynamischen Prozess, denn die Leistungsabsprache soll regelmäßig gemeinsam überprüft und fortgeschrieben werden, wobei der Zeitpunkt einer gemeinsamen Besprechung und Fortschreibung nicht gesetzlich festgelegt wird, sondern sich aus der Besonderheit des Einzelfalles ergeben muss. Der Erfolg der Leistungsabsprache hängt wesentlich davon ab, dass sich der Leistungsberechtigte einer ganzheitlichen Betrachtung seiner Lebenssituation und einem Aushandlungsprozess darüber stellt, wie die Situation verbessert werden kann und wie er dabei durch die Sozialhilfe unterstützt werden soll.

Das Nichtzustandekommen einer Leistungsabsprache hat allerdings keine rechtlichen Konsequenzen für den Leistungsberechtigten. In der Gesetzesbegründung wird klargestellt, dass die Leistungsabsprache keinen öffentlich-rechtlichen Vertrag darstellt, sondern als schlichthoheitliches Verwaltungshandeln anzusehen ist. Anders als im SGB II bei der Eingliederungsvereinbarung besteht damit im Aushandlungsprozess über die Leistungsabsprache tatsächlich „gleiche Augenhöhe“. Die Nichteinhaltung von Absprachen hat keine Konsequenzen auf die Leistungsgewährung und kann nur Anlass für eine neue Situationsanalyse und einen neuen Aushandlungsprozess sein.

Hinsichtlich der Leistungsabsprachen mit Personen, die nach dem 3. und 4. Kapitel des SGB XII leistungsberechtigt sind, gilt für Bezieher von Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, dass es nach § 44 Abs. 2 SGB XII nicht zwingend geboten ist, auch mit diesen zu einer solchen Absprache zu kommen. Dennoch erscheint dies im Regelfall sinnvoll.

Ein Förderplan nach § 12 Satz 2 SGB XII ist zu erstellen, wenn dies aufgrund bestimmbarer Bedarfe erforderlich ist. Dies gilt insbesondere für komplexe Bedarfssituationen, die ein mehrstufiges Handeln erfordern. In diesen Fällen sind die verschiedenen Stufen und das voneinander abhängige Handeln der leistungsberechtigten Person und des Trägers der Sozialhilfe in einem miteinander abgestimmten Förderplan niederzulegen.

Abweichende Regelungen des SGB XII gehen nach § 12 Satz 5 SGB XII dem Förderplan vor. Hier ist insbesondere der Gesamtplan der Eingliederungshilfe nach § 58 SGB XII gemeint, für den besondere Verfahrensanforderungen gelten.<sup>5</sup> Unter die abweichenden Regelungen fallen darüber hinaus auch der Gesamtplan nach § 68 Abs. 1 SGB XII bei den Hilfen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten und auch sämtliche Vereinbarungen zum Persönlichen Budget, die im Rahmen der Eingliederungshilfe oder der Hilfe zur Pflege im Zusammenhang mit § 17 SGB IX geschlossen werden.

---

5 Vgl. Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Bedarfsermittlung und Hilfeplanung in der Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen, DV 06/09, AF IV vom 17. Juni 2009.

## Sozialrechtliche und kriminalpräventive Aspekte der Zulassung von Diamorphin als Arzneimittel<sup>1</sup>

„Es ist doch unter aller Menschenwürde, krank und abhängig zu sein“, notierte die Schriftstellerin Franziska zu Reventlow am 20. Februar 1904 in ihr Tagebuch, nachdem sie zuvor „Morphium genommen und in seligen Rausch geraten“ war.<sup>2</sup> „Krank und abhängig“ – das sind auch sozialmedizinische und sozialrechtliche Schlüsselbegriffe, jedenfalls seit der grundlegenden Entscheidung des Bundessozialgerichts aus dem Jahre 1968 zur Frage, ob „Sucht als Krankheit“ im sozialversicherungsrechtlichen Sinne anzusehen sei.<sup>3</sup> Freilich hat die Weltgesundheitsorganisation (WHO) den Begriff der „Sucht“ zwischenzeitlich durch den Begriff der „Abhängigkeit“ ersetzt und verwendet in ihrem Klassifikationsschema (ICD<sup>4</sup>-10) nun durchgängig den Sammelbegriff „Abhängigkeitssyndrom“, z.B. für „psychische und Verhaltensstörungen durch Opioide“ (F11.2 ICD-10). Vor allem die sozialrechtlichen, aber auch kriminalpräventiven Aspekte der Heilbehandlung Schwerstopiatabhängiger mit einem synthetisch hergestellten Heroinersatzstoff (Diamorphin = pharmakologisch reines Heroin) als zugelassenes Arzneimittel sollen im Folgenden erörtert werden.

### 1. Gesetzgebungsverfahren

Nach langwierigen und äußerst kontroversen Beratungen aufgrund unterschiedlichster Gesetzentwürfe<sup>5</sup> hat der Deutsche Bundestag am 15. Juli 2009 das Gesetz zur diamorphingestützten Substitutionsbehandlung<sup>6</sup> beschlossen. Es ist be-

---

1 Durch das Gesetz zur diamorphingestützten Substitutionsbehandlung vom 15. Juli 2009, BGBl. I S. 1801.

2 Tagebücher, 20. Februar (1904), in: Gesammelte Werke, München 1925.

3 BSGE 28, 114, 115 zum damaligen § 182 der Reichsversicherungsordnung (RVO) für den Fall der „langandauernden, zwanghaften Abhängigkeit von einem Suchtmittel“, die einen „regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand“ begründe, „der von der Norm abweicht und der durch eine Heilbehandlung behoben, gelindert oder zumindest vor einer drohenden Verschlimmerung bewahrt werden kann“ (BSGE 26, 241, 242).

4 Der insbesondere zur Verschlüsselung von medizinischen Diagnosen für Zwecke des pauschalierten Entgeltsystems (G-DRG) eingesetzte ICD-10-GM (German Modification) steht für „International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems“.

5 BT-Drucks. 16/4696; BT-Drucks. 16/2075; BT-Drucks. 16/2503; BT-Drucks. 16/3840; BT-Drucks. 16/6795; BR-Drucks. 434/07.

6 BGBl. 2009 I S. 1801.

reits am 21. Juli 2009 gemäß Artikel 4 des Gesetzes in Kraft getreten, harrt jedoch seitdem seiner Umsetzung.

Vorausgegangen war ein mehrjähriges Modellprojekt zur diamorphingestützten Behandlung Opiatabhängiger, das nach den Regeln einer klinischen Arzneimittelprüfung durchgeführt und abgeschlossen wurde.<sup>7</sup> Die Wirksamkeitsprüfung der diamorphingestützten Behandlung erfolgte im Vergleich zur herkömmlichen Standardbehandlung mit oralem Methadon nach unterschiedlichen Settings einer begleitenden Drogenberatung und Psychoedukation. Das Modellprojekt umfasste auch Spezialstudien zu kriminologischen, gesundheitsökonomischen, kognitiv-motorischen und neuropsychologischen Fragestellungen sowie zur internen Evaluation der begleitenden Formen psychosozialer Betreuung.<sup>8</sup>

Der auf die Ergebnisse der Arzneimittelstudie bezogene fraktionsübergreifende Gesetzentwurf von Abgeordneten des Bundestags<sup>9</sup> sowie die Beratung im Bundesrat<sup>10</sup> gingen davon aus, dass vor dem Hintergrund der nach wie vor zu hohen Drogenmortalität und der Ausbreitung von HIV-Infektionen und AIDS unter den Drogenkonsumenten insbesondere schwerstkranke Opiatabhängige durch Einsatz von Diamorphin in höherem Maße als durch die Substitutionsbehandlung mit Methadon gesundheitlich und sozial stabilisiert und von Straftaten im Zusammenhang mit illegalem Drogenkonsum abgehalten werden können.

Ist – als Ultima ratio – Diamorphin geeignet, als die zurzeit wirksamste Substanz für die Behandlung Schwerstopiatabhängiger zur Heroinsubstitution eingesetzt zu werden, so hat dies nicht nur sozialrechtliche, sondern u.a. auch kriminalpräventive Implikationen, die zur Sicherung der Behandlungsmöglichkeit strikt beachtet werden müssen. So wurden hinsichtlich der Verschreibungsfähigkeit von Diamorphin die genauen Modalitäten zur Eingrenzung des Personenkreises, der Indikation, der Form der Therapie und ein besonders geschützter Sondervertriebsweg gesetzlich festgelegt. Die Einstufung von Diamorphin als verschreibungsfähiges Betäubungsmittel verfolgt dabei einzig den Zweck, die substitutionsgestützte

---

7 Zentrum für Interdisziplinäre Suchtforschung der Universität Hamburg (ZIS): Abschlussbericht der klinischen Vergleichsstudie zur Heroin- und Methadonbehandlung, Januar 2006.

8 Die klinische Arzneimittelstudie mit über tausend schwerstabhängigen Patienten wurde gemeinsam vom Bundesministerium für Gesundheit von den Städten Bonn, Frankfurt am Main, Hannover, Karlsruhe, Köln und München sowie den Ländern Hamburg, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen durchgeführt und finanziert und durch die Bundesärztekammer beratend begleitet.

9 BT-Drucks. 16/4696 vom 15. März 2007.

10 BR-Drucks. 434/07 vom 22. Juni 2007.

Behandlung überhaupt zu ermöglichen; die Verschreibungsfähigkeit für andere Behandlungszwecke – etwa zur Schmerzbehandlung – ist ausgeschlossen.<sup>11</sup>

Die Zulassung von Diamorphin als Arzneimittel unter strengster Indikation mit genau festgelegten Verschreibungsvoraussetzungen eröffnet grundsätzlich die Möglichkeit der Finanzierung der medizinischen Substitutionsbehandlung durch die Krankenkassen. Eine unmittelbare Regelung etwa von flankierenden Leistungsverpflichtungen zur psychosozialen Betreuung und zur Vorhaltung der den gesetzlichen Sicherheitsanforderungen genügenden Behandlungseinrichtungen ist – anders als etwa im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende (§ 6 SGB II) – nicht erfolgt und wäre wegen des Aufgabenübertragungsverbots auf die kommunale Ebene (Art. 84 Abs. 1 Satz 7 Grundgesetz) nach der Föderalismusreform auch nicht mehr ohne Weiteres möglich gewesen.

## **2. Grundzüge der gesetzlichen Regelung**

Das Gesetz regelt in Artikel 1 (Änderung des Betäubungsmittelgesetzes) und Artikel 2 (Änderung des Arzneimittelgesetzes) die besonderen Voraussetzungen des medizinisch indizierten Einsatzes von Diamorphin und seiner Verschreibungsfähigkeit, begrenzt auf genau festgelegte Zubereitungen zur Substitutionsbehandlung. Die Anwendung darf nur in anerkannten Einrichtungen erfolgen, die genau festgelegte Mindestanforderungen erfüllen. Pharmazeutische Unternehmen dürfen Diamorphin nur in einem überwachten Sondervertriebsweg direkt an die anerkannte Einrichtung in genau festgelegten Mengen und nur aufgrund einer qualifizierten Verschreibung abgeben.

Die gesetzlichen Vorgaben werden in Artikel 3 durch Änderung der Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung im Einzelnen konkretisiert. Diamorphin darf nur bis zur Menge eines durchschnittlichen Monatsbedarfs verschrieben werden. Die Vorratshaltung soll den durchschnittlichen Zweimonatsbedarf nicht überschreiten. Die Verschreibung erfordert besondere qualifikatorische Voraussetzungen beim Arzt, besondere Voraussetzungen in der „Drogenkarriere“ des Patienten, die spezifische Begründung der Indikation und besondere strukturelle, sachliche und personelle Vorkehrungen für die Substitutionsbehandlung.

Die Erlaubnisvoraussetzungen für die anerkannte Einrichtung sind restriktiv festgelegt. Die Erlaubnisbehörde kann Auflagen erteilen, die Überwachungsbehörde kann Anordnungen erlassen, für deren Einhaltung jeweils ein Verantwortlicher

---

<sup>11</sup> Zur Begründung: BT-Drucks. 16/4696, S. 2.

des Einrichtungsträgers zu bestimmen ist. Diamorphin darf nur innerhalb der anerkannten Einrichtung verschrieben, verabreicht und zum unmittelbaren Verbrauch – und nur unter Aufsicht des Arztes oder des sachkundigen Personals – innerhalb der Einrichtung überlassen werden.

In den ersten sechs Monaten der Substitutionsbehandlung sind Maßnahmen der psychosozialen Betreuung für die Behandlungseinrichtung verpflichtend. Die Erreichung des Behandlungsziels ist nach jeweils zwei Jahren Behandlungsdauer zu überprüfen. Ob die Voraussetzungen für die Behandlung noch gegeben sind und ob die Behandlung fortzusetzen ist, wird durch Einholung einer Zweitmeinung durch einen suchttherapeutisch qualifizierten Arzt, der nicht der Einrichtung angehört, überprüft. Eine Verletzung der Verpflichtungen führt in den genau bestimmten Fällen zur Bußgeldsanktion, kann berufliche Betätigungsverbote begründen oder gar den Widerruf der Anerkennung der Einrichtung bewirken. Den zur Substitution zugelassenen Ärzten und den Einrichtungen, in denen sie tätig sind, werden somit äußerst restriktive und detailgenaue Bedingungen für ihren Tätigkeitsbereich auferlegt. Die notwendige Rechtssicherheit schränkt die Handlungsspielräume für eine patientengerechte Substitutionsbehandlung somit deutlich ein.<sup>12</sup>

### **3. Gesetzlich festgelegte weitere Umsetzungsvoraussetzungen**

Nicht nur das Zustandekommen des Gesetzes, sondern insbesondere auch die innerhalb des bestehenden Rechtsrahmens zu erfüllenden Umsetzungsvoraussetzungen sind ein Musterbeispiel dafür, wie komplex die Entscheidungsfindung im Verbund der föderalen Entscheidungsebenen zumal unter Beteiligung der Selbstverwaltung der Leistungsträger und Leistungserbringer im Bereich der Sozialversicherung sowie der örtlichen kommunalen Ebene geworden ist.<sup>13</sup> Denn die eingangs beschriebene gesetzliche Neuregelung kann überhaupt erst angewendet werden, wenn weitere Folgerungen sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene getroffen worden sind.

---

12 BT-Drucks. 16/6795: Regelungen zur Substitutionsbehandlung praxisnah gestalten – Rechtssicherheit für substituierende Ärzte schaffen.

13 Bei der Drogenprävention und insbesondere im Arzneimittelrecht bestehen zudem vielfältige Wechselwirkungen zwischen der europäischen und der mitgliedstaatlichen Ebene. Vgl. Gemeinsamer Standpunkt des Rats der EU 15/2007 vom 23. Juli 2007, ABl. C 277E/1-7; Siegel, T.: Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund. Horizontale Entscheidungsvernetzung und vertikale Entscheidungsstufung im nationalen und europäischen Verwaltungsverbund, Tübingen 2009, S. 237 ff.

Es bedarf zunächst der nun gesetzlich ermöglichten Zulassung eines entsprechenden Diamorphinpräparats als Arzneimittel durch das zuständige Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte. Des Weiteren muss der Gemeinsame Bundesausschuss (§ 91 SGB V) die Frage der Aufnahme dieser neuen Behandlung in den Regelleistungskatalog der gesetzlichen Krankenkasse klären.<sup>14</sup> Ferner muss die Bundesärztekammer die für die Modellphase erarbeiteten Richtlinien zur Durchführung der diamorphingestützten Substitutionsbehandlung Opiatabhängiger auf ihre Anwendbarkeit überprüfen und an die getroffene Neuregelung anpassen.<sup>15</sup> Schließlich wird eine im Hinblick auf notwendige Konkretisierungen im Zusammenhang mit der Erlaubniserteilung und dem Zulassungsverfahren eingesetzte Arbeitsgruppe der Arbeitsgemeinschaft der Obersten Landesgesundheitsbehörden (AOLG) den Versuch unternehmen, möglichst Anfang des Jahres 2010 ein einheitliches Vorgehen der Bundesländer abzustimmen. Ob dieser Versuch gelingt, wird sich angesichts der fortbestehenden grundsätzlichen drogenpolitischen Kontroverse um die Substitutionsbehandlung mit Methadon oder – in besonders schweren Fällen – mit Diamorphin erst noch erweisen müssen. Jedenfalls wird allen an diesem Umsetzungsprozess Beteiligten ein hohes Maß an Kooperationswillen und Verständigungsbereitschaft abgefordert, um dem Gebot partnerschaftlicher Zusammenarbeit in einem Verwaltungsverbund von Trägern differenzierter Verwaltungskompetenz zu genügen.<sup>16</sup>

Die im Einzelnen zu erfüllenden Voraussetzungen für die von der nach Landesrecht zuständigen Behörde zu erteilende Erlaubnis für den Betrieb anerkannter Einrichtungen, in denen eine Substitutionsbehandlung mit Diamorphin durchgeführt werden darf, sind bereits im Bundesgesetz recht genau festgelegt, bedürfen aber der weiteren Konkretisierung auf Landesebene.<sup>17</sup> Klärungsbedürftig ist insbesondere auch die Frage, welche Behörde als zuständige Erlaubnisbehörde konkret in Betracht kommt, da sowohl medizinische und sozialrechtliche Leistungsaspekte als auch insbesondere kriminalpräventive Aspekte bei der Erlaubniserteilung zum Betrieb entsprechender Einrichtungen zu berücksichtigen sind.

---

14 BMG: Bekanntmachung des Beschlusses des GBA über die Änderung der Richtlinie Methoden vertragsärztlicher Versorgung: Diamorphin-gestützte Substitutionsbehandlung Opiatabhängiger vom 18. März 2010, BAnz. Nr. 85, S. 2074, vom 11. Juni 2010.

15 Richtlinien der BAK vom 19. Februar 2010.

16 Grundsätzlich zum Erfordernis der Kooperation unterschiedlicher Verwaltungsträger im föderalen Staatsgefüge: Winkler, M.: Verwaltungsträger im Kompetenzverbund, Die gemeinsame Erfüllung einheitlicher Verwaltungsaufgaben durch verschiedene juristische Personen des öffentlichen Rechts, Tübingen 2009, S. 210 ff.

17 Kriterien für die Erlaubniserteilung zum Betrieb von Einrichtungen zur diamorphin-gestützten Substitutionsbehandlung Opiatabhängiger (NRW-Erlass vom 7. Juni 2010).

Hierzu gehört auch die Beantwortung weiterer Fragen, wie die nach der Erfüllung obligatorischer flankierender Leistungsvoraussetzungen und der Festlegung der im Einzelnen notwendigen Sicherheitsvorkehrungen im baulichen Bereich, bei der Logistik im Sondervertriebsweg, im Personellen sowie hinsichtlich der notwendigen Kontrollen und der Kooperation mit der zuständigen örtlichen Polizeibehörde. Die überörtliche Koordinierung der Sicherheitsaspekte dürfte bei den Landeskriminalämtern und im Innenministerium liegen. Zur Qualitätssicherung und Einhaltung der fachlichen Standards der suchtmmedizinischen Behandlung sind die Landesärztekammern berufen. Auch die gesetzlichen Krankenkassen werden die von ihnen im Gesetzgebungsverfahren aus grundsätzlichen Erwägungen („Heroin auf Krankenschein“) abgelehnte Substitutionsbehandlung äußerst kritisch begleiten und dürften die ohnedies für die behandelnden Ärzte sehr komplizierte Drogensubstitutionstherapie nicht gerade erleichtern, sondern eher weiter komplizieren.

#### **4. Finanzierung des Leistungsangebots**

Allein mit der finanziellen Absicherung der medizinischen Leistungen und der Kosten des Arzneimittels ist es nicht getan. Auch die begleitende psychosoziale Betreuung erfordert einen auf eine relativ geringe Fallzahl bezogenen außerordentlich hohen Mitteleinsatz, der allein von den betreffenden Kommunen als Leistungsträger der Sozialhilfe kaum adäquat zu erbringen ist. Ohne finanzielle Unterstützung seitens des Landes wird die Regelversorgung zur Substitutionsbehandlung folglich nicht dauerhaft zu realisieren sein, wie bereits in der abgelaufenen Zeit seit Erlass des Gesetzes deutlich geworden ist. Dass es sich um eine neue, extrem kostenintensive Behandlungsform der Suchthilfe handelt, deren Wirksamkeit durch die Modellstudie belegt ist, wird von den Ländern zwar anerkannt. Die Mitfinanzierungsverpflichtung der Länder vorzusehen, wäre deshalb die allein schlüssige Folgerung, damit nicht von vornherein Deckungslücken in der Finanzierung der Substitutionstherapie programmiert sind.

Nach § 5 Abs. 9c der Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung ist für die Einrichtung, in der die Behandlung mit Diamorphin durchgeführt wird, verpflichtend, dass für die ersten sechs Monate der Behandlung Maßnahmen der psychosozialen Betreuung stattfinden. Wer diese Leistungen zu finanzieren hat, ist im Gesetz nicht geregelt. Auch die notwendigen infrastrukturellen Vorkehrungen können ohne finanzielle Grundlage nicht eingehalten werden. Die Länder gingen im Gesetzgebungsverfahren davon aus, dass diese notwendigen flankierenden sowie die infrastrukturellen Maßnahmen jedenfalls nicht im Leistungskata-

log der gesetzlichen Krankenkasse enthalten sind, sodass eine Finanzierung aus dem Landeshaushalt oder aus kommunalen Mitteln erforderlich wäre.<sup>18</sup>

Ohne einen maßgeblichen finanziellen Beitrag des Landes wird eine Kommune nicht in der Lage sein, eine zusätzliche Belastung auf Dauer zu tragen, mit welcher sie insbesondere auch deshalb konfrontiert wird, weil sich schwerstopiatabhängige Menschen von der örtlichen Szene und der Anonymität größerer Städte angezogen fühlen. Auch aus diesem Grund sind Städte, Gemeinden und Kreise in sehr unterschiedlicher Weise von der Drogenproblematik betroffen. Unter den gegebenen Rahmenbedingungen werden die betreffende Städte folglich darüber zu entscheiden haben, ob überhaupt und – wenn ja – in welcher Weise sie die notwendige Infrastruktur zur Substitutionsbehandlung vorhalten können und inwieweit sie etwa freie Träger der Sucht- und Drogenhilfe an der Leistungserbringung beteiligen.

## 5. Gesundheitsökonomische Aspekte

Die Haushalte der Krankenkassen sowie der Länder und der beteiligten Kommunen werden durch die zusätzliche Behandlungsoption für schwerstkranke Opiatabhängige zwar kurzfristig belastet.<sup>19</sup> Perspektivisch hat die gesundheitsökonomische Begleitforschung zur Diamorphinstudie jedoch aufgezeigt, welche Entlastungswirkungen möglich sind:

Schon mittelfristig könnten die Kosten wiederholter, oft im Ergebnis erfolgloser drogentherapeutischer Interventionen reduziert werden oder ganz entfallen. Können durch die Substitutionsbehandlung mit Diamorphin gezielt solche Opiatabhängige erreicht werden, bei denen die Substitutionsbehandlung mit Methadon nachweislich ohne Erfolg geblieben ist und welche für andere Maßnahmen der Sucht- und Drogentherapie erst gar nicht zugänglich sind, dann können hohe Aufwendungen für Folge- und Begleiterkrankungen, für wiederholte Entzugs- und Rehabilitationsmaßnahmen vermieden oder zumindest begrenzt werden. Dies hätte zur Folge, dass die gesetzlichen Krankenkassen, der Rentenversicherungsträger und die Träger von Leistungen zur Existenzsicherung auf längere Sicht entlastet werden. Auch die infolge von Begleitdelinquenz, fortgesetzter Inhaftierung und Hospitalisierung in ihrer Höhe nicht zu unterschätzenden Folgekosten könn-

---

18 Gesetzentwurf der Länder Hamburg, Hessen vom 22. Juni 2007, BT-Drucks. 434/07, Vorblatt D „Finanzielle Auswirkungen“.

19 Die klinische Arzneimittelstudie geht von durchschnittlich 18.600,- € je mit Diamorphin zu behandelndem Patienten aus (einschließlich der Kosten der psychosozialen Betreuung).

ten reduziert werden. Zu senken wären zugleich auch die kaum zu quantifizierenden, jedoch ersichtlich hohen „gesellschaftlichen und sozialen Kosten“ der Suchtmittel- und Drogenabhängigkeit.

## **6. Inanspruchnahme der Substitutionsbehandlung**

Im Gesetzgebungsverfahren wurde vor allem von den Krankenkassenvertretern vor einer übermäßigen Inanspruchnahme der Substitutionsbehandlung gewarnt. Abwegig ist eine solche Befürchtung angesichts der Therapie von Suchtstoffabhängigkeit mittels eines Suchtstoffes nicht. Deshalb wird es bei der Umsetzung des Gesetzes zur diamorphingestützten Diamorphinbehandlung darauf ankommen, die dabei gewonnenen Erfahrungen hinsichtlich der Indikation, der klaren Abgrenzung der Zielgruppe und der strikten Beachtung der aufgezeigten Regularien für die Indikationsstellung und die verlässliche Durchführung der Substitutionsbehandlung einer fortlaufenden Überprüfung und Evaluation nach strengen Kriterien zu unterwerfen. Der im Sozialleistungsbereich seit längerem gängigen Annahme, dass ein neues Leistungsangebot eine den tatsächlichen Bedarf übersteigende Nachfrage erzeugt und dadurch eine Fehlleitung öffentlicher Mittel auslöst,<sup>20</sup> muss insbesondere auch im Interesse der behandlungsbedürftigen Menschen unbedingt begegnet werden.

## **7. Ausblick**

Die praktische Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben gelingt nur, wenn sich die öffentlichen Leistungsträger und die Leistungserbringer im Bereich der Sucht- und Drogenhilfe zu einer Art Kooperationsverbund zusammenfinden, der sich in der Lage erweist, eine bedarfsgerechte Infrastruktur der Substitutionsbehandlung verlässlich und auf Dauer zu gewährleisten. Obwohl einem Grenz- und Ausnahmebereich zugehörig, könnte sich die Substitutionsbehandlung vielleicht als Beispiel dafür erweisen, dass Zuständigkeitsgrenzen und Mittelknappheit nicht primär als Hinderungsgrund, sondern besser als Herausforderung dafür dienen können, in einem „Verantwortungsverbund“ das gesetzlich vorgegebene Ziel eines der letzten Gesetze aus der abgelaufenen 16. Legislaturperiode bald und auf Dauer verlässlich zu erreichen. Nach einer langwierigen, sich über bald zwei Jahrzehnte erstreckenden, bis zuletzt mühseligen und ungewissen Problemgeschichte wäre trotz aller fortbestehenden drogenpolitischen Kontroversen für 2010 zu wünschen, dass die Umsetzung des Gesetzes in effektiver Weise gelingt.

---

20 Neumann, V.: Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, Köln 1991, S. 394.

## **Armut im Alter Ein Problem für die gesetzliche Rentenversicherung?**

Ich habe Prof. Dieter Giese im Sommer 1985 bei einer Fortbildungsveranstaltung in Tübingen kennen- und schätzen gelernt. Er war ein ausgesprochen liebenswürdiger Mensch und angenehmer Gesprächspartner. Aus dem ersten Zusammentreffen hat sich in den Folgejahren eine fast familiäre Beziehung ergeben, die ich außerordentlich geschätzt habe und die mir fehlen wird. Meine Beiträge für seinen Kommentar waren zwar nicht umfänglich, aber vor diesem Hintergrund für mich wichtig.

### **1. Armut im Alter – Ein Problem für die gesetzliche Rentenversicherung?**

#### **1.1 Das System der GRV ist anpassungsfähig und reformierbar**

Die bis in die jüngste Vergangenheit geführten dramatisierenden Diskussionen über die Auswirkungen der demografischen Entwicklung auf die GRV lassen häufig außer Acht, dass es der GRV mit einer Reihe von Reformen in den letzten 18 Jahren – vor allem durch die Einführung der „Riester-Rente“ im Jahr 2001, das RV-Nachhaltigkeitsgesetz sowie das Alterseinkünftegesetz im Jahr 2004 und zuletzt durch das RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz (die schrittweise Anhebung der Regelaltersgrenze von zzt. 65 auf 67 Jahre ab 2012) – gelungen ist, in angemessener Weise auf die demografische Herausforderung zu reagieren.

Durch die seit 1990 erfolgten Reformmaßnahmen und Leistungseinschnitte sind die Auswirkungen der demografischen Entwicklung auf den Beitragssatz bereits erheblich gedämpft worden. Diese Entlastung wirkt bereits heute, denn der aktuelle und seit 2003 nur einmal 2007 von 19,5 % auf 19,9 % erhöhte Beitragssatz liegt gut vier bis fünf Beitragssatzpunkte unter dem Wert, der 1987 – unter der Annahme, dass keine Reformmaßnahmen ergriffen würden – für dieses Jahr prognostiziert worden war. Für 2030 wird nach aktuellen Schätzungen unter Berücksichtigung der Wirkungen des RV-Altersgrenzenanpassungsgesetzes ein Beitragssatz von rd. 22 % erwartet. Der Beitragssatzanstieg bis 2030 läge somit nur noch bei einem Fünftel des Wertes, der 1987 für den Fall prognostiziert wurde, dass keine Reformmaßnahmen unternommen worden wären.

Diese Tatsachen belegen, dass das System der GRV anpassungsfähig und reformierbar ist.

## 1.2 Die ausreichende Höhe der Rente

Die jüngsten Reformen hätten eigentlich zu einer Beruhigung der rentenpolitischen Diskussion und zur Rückgewinnung von verlorenem Vertrauen beitragen sollen/können, weil deren Ziel langfristig finanzierbare und angemessene Renten sind.

Beides ist für die Akzeptanz der GRV notwendig: eine Begrenzung des Anstiegs des Beitragssatzes im Sinne einer finanziellen Nachhaltigkeit und eine Begrenzung des Absenkens des Leistungsniveaus im Sinne einer sozialen Nachhaltigkeit. Die Verankerung einer Untergrenze des Sicherungsniveaus im Gesetz war eine notwendige Maßnahme, um das Vertrauen insbesondere der jüngeren Menschen nicht weiter schwinden zu lassen. Auch die jungen Beitragszahler müssen sich darauf verlassen können, dass sich eine langjährige Beitragszahlung auch künftig lohnt.

Die Rente aus der GRV muss für langjährig Versicherte ein armutsfester Alterslohn für die Lebensarbeitsleistung bleiben. Das Leistungsniveau der GRV muss deshalb so festgelegt sein, dass die verfügbare Rente bei hinreichend langer Versicherungszugehörigkeit im Regelfall deutlich oberhalb der Grundsicherungsschwelle<sup>1</sup> liegt. Das ist gerade auch vor dem Hintergrund der Tatsache wichtig, dass offenbar das Vertrauen in das gute Funktionieren der Rentenversicherung umso höher ist, je größer die eigene künftige Sicherheit bzw. die Erwartung über das künftige Rentenanwartschaftsniveau eingeschätzt wird. Darauf weisen Ergebnisse der Akzeptanzforschung eindeutig hin. Das erklärt mithin die Tatsache, dass vor allem jüngere Befragte eine geringere Akzeptanz äußern, weil sie – realistischerweise – geringere Leistungen und damit eine geringere Sicherheit im Alter erwarten. Hinzu kommt, dass das Institutionsvertrauen in der jüngeren Bevölkerung insgesamt geringer ausgeprägt ist.

---

1 Die durchschnittliche Höhe der Grundsicherungsleistung wird mit 639,- € (359,- + Zuschuss für Wohnung) angenommen. Ein Durchschnittsverdiener (Bruttojahresentgelt von ca. 30.000,- € bzw. 2.500,- € mtl.) muss hierfür zzt. 27 Jahre rentenversicherungspflichtig arbeiten, damit die Rente über dem Schwellenwert liegt. Spart ein solcher auch Rente für die Riester-Rente an, verkürzt sich der Zeitraum auf 20 Jahre (Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Linkspartei, BT-Drucks. 16/8016 vom 11. Februar 2008 und 16/8634 vom 19. März 2008).

### 1.3 Derzeit keine Zunahme von Altersarmut

Zum Thema Altersarmut aus der Sicht der GRV gehört zunächst die Feststellung, dass Altersarmut heute in Deutschland objektiv kein drängendes gesellschaftliches Problem darstellt (nur gut 2 % aller über 65-Jährigen beziehen Leistungen der Grundsicherung)<sup>2</sup>. Anders als noch in den 1960er- und den 1970er-Jahren ist der Anteil der Bezieher von bedürftigkeitsorientierten Fürsorgeleistungen unter den älteren Menschen derzeit erheblich niedriger als im allgemeinen Bevölkerungsdurchschnitt. Nicht etwa ältere Menschen, sondern Langzeitarbeitslose, Familien mit mehreren Kindern und insbesondere auch Alleinerziehende sind heute diejenigen Bevölkerungsgruppen, die in besonders starkem Maße von Armut betroffen sind.

Auch im 3. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung wird dies deutlich. Obwohl in dem Bericht sehr unterschiedliche Konzepte zur Bestimmung von Armut bzw. von Armutsrisiken verwendet werden, kommen alle Analysen zu dem Ergebnis, dass bei älteren Menschen – im Gegensatz zu anderen Gruppen – in den letzten Jahren Armut nicht zugenommen hat.

Natürlich kann man diesen „Ist-Zustand“ nicht einfach in die Zukunft fortschreiben. Die aktuelle Rentnergeneration hat ihre Erwerbsphase unter relativ günstigen ökonomischen Bedingungen zurückgelegt und insofern während des Erwerbslebens in ausreichendem Maße Rentenansprüche aufbauen können. Dies stellt sich bei denjenigen, die heute im Erwerbsleben stehen, möglicherweise anders dar. Festzuhalten ist aber, dass es beim Thema „Altersarmut“ im Wesentlichen nicht um ein Problem von heute geht, sondern um eine befürchtete Entwicklung der nächsten 10, 15 oder 20 Jahre.

### 1.4 Problemanalyse anstelle von Schnellschüssen

Das heißt natürlich nicht, dass wir dieses Thema auf die lange Bank schieben können oder sollten – aber wir stehen auch nicht unter dem Druck, kurzfristig handeln zu müssen. Es besteht deshalb keinerlei Notwendigkeit für sozialpolitische Schnellschüsse und Aktionismus, zumal damit im Ergebnis letztlich häufig nicht das erreicht wird, was die Initiatoren anstreben. Ich plädiere deshalb dafür, im Hinblick auf die Frage der Altersarmut zunächst eine seriöse Problemanalyse vorzunehmen, um dann auf dieser Basis eine Erfolg versprechende Strategie

---

<sup>2</sup> Nach den aktuellen Zahlen des Statistischen Bundesamtes nahmen 2,5 % aller Menschen ab 65 im Jahr 2008 die Grundsicherung in Anspruch.

gegen den befürchteten Anstieg des Armutsrisikos zu entwickeln und diese gemeinsam mit Politik und Verbänden umzusetzen.

Eine solche Problemanalyse kann auf einer ganzen Reihe bereits vorliegender empirischer Erkenntnisse aufbauen. So kann etwa die aktuelle Statistik der „Grundsicherung im Alter und bei Invalidität“ einige wertvolle Hinweise liefern: Sie zeigt z.B., dass ein erstaunlich hoher Anteil der Grundsicherungsbezieher aufgrund einer vorzeitigen Erwerbsminderung grundsicherungsbedürftig wird – also lange vor Vollendung des 65. Lebensjahres. Während in der gesetzlichen Rentenversicherung nicht einmal 10 % aller Versichertenrenten Erwerbsminderungsrenten sind, sind von den Beziehern der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung rd. 47 % jünger als 65 Jahre und beziehen die Grundsicherungsleistung aufgrund ihrer Erwerbsminderung.

Zum anderen zeigt die Grundsicherungsstatistik, dass die weit verbreitete Meinung, die Grundsicherung springe dann ein, wenn die Rentenzahlungen zu niedrig ausfallen und das Einkommen der Betroffenen deshalb aufgestockt werden müsse, für die Mehrzahl der Fälle überhaupt nicht zutrifft. Bei mehr als 50 % aller Grundsicherungsbezieher stockt die Grundsicherungsleistung überhaupt keine gesetzliche Rente auf, sondern die Leistungsbezieher verfügen über keinerlei Rentenansprüche in der gesetzlichen Rentenversicherung. Nicht die zu niedrige Rente ist also mehrheitlich der Auslöser des Grundsicherungsbedarfes, sondern das völlige Fehlen einer Alterssicherung.

Diese Erkenntnis wird unterstützt durch Auswertungen der Studien „Altersvorsorge in Deutschland 2005 (AVID 2005)“. Die in den kommenden beiden Jahrzehnten ins Rentenalter gehenden Personen mit besonders niedrigem Alterseinkommen weisen danach rund zwei- bis dreimal so lange Zeiten der Arbeitslosigkeit, einer geringfügigen Beschäftigung und einer selbstständigen Tätigkeit auf wie Menschen mit höherem Alterseinkommen. Das sind allesamt Zeiten, in denen die Betroffenen nicht oder – wie im Falle der Arbeitslosigkeit – nur zu sehr niedrigen Beiträgen in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert waren. Auch dies ist ein Beleg dafür, dass in vielen Fällen nicht eine zu geringe gesetzliche Rente Grund für Armut im Alter ist, sondern das völlige oder weitgehende Fehlen einer Absicherung in bestimmten Phasen des Erwerbslebens.

Es lassen sich kaum Hinweise darauf finden, dass Erwerbsarbeit, also jene vorherrschende Form bezahlter Arbeitsleistung, über deren gesellschaftliche Anerkennung sich individuelle Identität und Selbstwertgefühle bilden, im vergangenen Jahrzehnt entscheidende Abwertungen erfahren hat.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass auch in Zukunft erwerbsfähige Menschen ihren Lebensunterhalt durch Erwerbstätigkeit bestreiten und darüber in einem sozialen Sicherungssystem integriert sind, welches ihnen Schutz vor den sog. großen erwerbsarbeitsbezogenen Risiken des Lebens bietet.

### 1.5 Sinkendes Leistungsniveau in der GRV

Das Leistungsniveau der GRV wird – allein durch die Wirkungen der seit 2001 beschlossenen Reformen – langfristig um voraussichtlich ca. 16 % bis 17 % geringer ausfallen als ohne diese Reformen.<sup>3</sup> Das Risiko einer Ausweitung von Altersarmut wird dadurch – unter sonst gleichen Bedingungen – ansteigen; für sich allein genommen dürfte dieser Anstieg aber kaum einen dramatischen Umfang annehmen. Allerdings werden Versorgungsdefizite im Alter, die infolge veränderter Erwerbsbiografien auftreten, durch das sinkende Rentenniveau verstärkt. Das Zusammenspiel von Arbeitslosigkeit, zunehmenden Diskontinuitäten in den individuellen Versicherungsverläufen sowie der Senkung des Rentenniveaus erzeugt letztlich die Gemengelage, die Befürchtungen lauter werden lässt, es könne in Zukunft zu einem gravierenden Anstieg der Altersarmut in Deutschland kommen.<sup>4</sup>

Die Grundsicherung im Alter und bei Invalidität ist ein notwendiges und sinnvolles Netz, um gravierende Versorgungsdefizite im Alter im Einzelfall letztlich zu vermeiden – als „Regelalterssicherungssystem“ für einen zunehmenden Teil der Bevölkerung ist sie jedoch denkbar ungeeignet. Alterssicherung braucht die Motivation der Menschen, durch die Zahlung von RV-Beiträgen und/oder zusätzlichen Vorsorgebeiträgen in der zweiten und dritten Säule selbst für ihre Versorgung im Alter sorgen zu können.

---

3 Das gesetzlich normierte Mindestniveau der Rente vor Steuern soll bis 2020 46 % und bis zum Jahr 2030 43 % nicht unterschreiten. Heute liegt dieses Niveau bei rund 51 %. Nach dem Rentenversicherungsbericht 2009 prognostiziert die Bundesregierung für 2023 ein Rentenniveau vor Steuern von 46,2 % und unter Einbeziehung der maximalen Riester-Rente von 50,8 % (Quelle: s. Fußn. 1).

4 Nach einer von EMNID für BAMS vom 3. Mai 2008 veranlassten Umfrage glauben drei Viertel (73 %) der Deutschen, dass Altersarmut schon in wenigen Jahren eines der größten Probleme des Landes wird. Mit 82 % ist diese Sorge besonders groß bei den Frauen und bei der Personengruppe der 50- bis 64-Jährigen ausgeprägt. Die Wertung des Altenberichts und einen Bericht des Sachverständigenrates von 2007/2008 über Indizien für eine vorhersehbare Wiederkehr von Altersarmut teilt die Bundesregierung nicht. Ihrer Ansicht nach kann nicht verlässlich vorhergesagt werden, ob zukünftig mehr alte Menschen als heute auf staatliche Unterstützung angewiesen sein werden. Einzelheiten hierzu s. BT-Drucks. 16/8634 (siehe Fußn. 1).

Sollte künftig die Zahl der Versicherten ansteigen, die aufgrund diskontinuierlicher Erwerbsverläufe und/oder geringer Erwerbseinkommen – in Verbindung mit dem sinkenden Rentenniveau – nur noch Altersrenten unterhalb des Grundsicherungsniveaus erreichen, ließe sich Altersarmut nur mit einem entsprechend höheren Transferbedarf aus der Grundsicherung vermeiden. Wenn sich allerdings durch die „Regelalterssicherungssysteme“ – insbesondere durch das mit Abstand größte und wichtigste dieser Systeme, die Rentenversicherung – Altersarmut zunehmend nicht mehr vermeiden lässt und die subsidiäre und im Prinzip nur für „Ausnahme- bzw. Notfälle“ konzipierte Grundsicherung bei Alter und Invalidität für immer mehr Menschen zum tragenden Teil der individuellen Versorgung im Alter wird, spricht vieles dafür, darüber nachzudenken, ob eine verstärkte Implementierung armutsvermeidender Elemente in das System der Rentenversicherung nicht systematisch und ökonomisch sinnvoller ist, als die Grundsicherung zu einer mehr oder weniger regelmäßigen Ergänzungsleistung im Alter werden zu lassen.

## **1.6 Vermeidung von Altersarmut durch Ursachenbeseitigung**

Schon ein kurzer Blick auf die aktuelle Datenlage lässt also eine ganze Reihe von Ursachen erkennen, die für die Betroffenen das Risiko, im Alter arm zu sein, offensichtlich deutlich erhöhen. Eine Erfolg versprechende Strategie zur Vermeidung von Altersarmut sollte hier ansetzen. Es erscheint mir jedenfalls sinnvoller, die Zunahme von Altersarmut dadurch zu vermeiden bzw. einzuschränken, dass ihre Ursachen beseitigt werden, als später die eingetretene Altersarmut nachträglich – also durch Erhöhung der Rentenleistungen – zu kompensieren.

Diese an den Ursachen anzusetzende Strategie könnte an den bereits heute zu erkennenden Ursachen für ein erhöhtes Armutsrisiko im Alter ansetzen:

- unzureichende Zusatzvorsorge durch Erwerbsminderung vor Erreichen des Rentenalters,
- unstetige Erwerbs- bzw. Versicherungsverläufe, Selbstständige,
- Langzeitarbeitslosigkeit und
- langjährige Tätigkeit im Niedriglohnssektor.

### *1.6.1 Unzureichende Zusatzvorsorge durch Erwerbsminderung vor Erreichen des Rentenalters*

Seit den jüngsten Rentenreformen orientiert sich das deutsche Alterssicherungssystem am Leitbild der „Lebensstandardsicherung aus mehreren Säulen“: Um den zuvor erreichten Lebensstandard auch nach der Erwerbsphase aufrechterhalten zu können, sind neben der gesetzlichen Rente im Regelfall zusätzliche

Leistungen aus der zweiten und/oder dritten Säule erforderlich, wobei der Staat den Aufbau einer entsprechenden kapitalgedeckten Zusatzsicherung – z.B. im Rahmen der Riester-Rente – in erheblichem Umfang fördert. Im Rahmen dieses Ansatzes hat der Gesetzgeber eine schrittweise Senkung des Rentenniveaus beschlossen, um den sonst im Zuge des demografischen Wandels erforderlichen Beitragsatzanstieg wesentlich zu dämpfen.

Kaum wahrgenommen wurde in der Öffentlichkeit bislang jedoch, dass die anstehende Minderung des Rentenniveaus für die Erwerbsminderungsrenten in gleicher Weise gilt wie für die Altersrenten. Auch im Fall der Erwerbsminderung kann deshalb der zuvor erreichte Lebensstandard künftig nur dann annähernd aufrechterhalten werden, wenn neben der gesetzlichen Rente Leistungen aus der zweiten und dritten Säule bezogen werden.

Allerdings ist im Hinblick auf die Invaliditätssicherung das neue Leitbild der „Lebensstandardsicherung aus mehreren Säulen“ von den Versicherten deutlich schwieriger umzusetzen als im Bereich der Altersrente, wo u.a. im Rahmen der Riester-Rente und der betrieblichen Altersversorgung geeignete Produkte für die erforderliche Zusatzsicherung zur Verfügung stehen. Dagegen ist es den Versicherten – je nach Alter, Gesundheitszustand und ausgeübter beruflicher Tätigkeit – teilweise nur zu unverträglich hohen Kosten oder auch überhaupt nicht möglich, neben der Absicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung einen zusätzlichen privaten Invaliditätsschutz zu erwerben. Hier entwickelt sich trotz 17 Mio. vorhandener Berufsunfähigkeitsversicherungen<sup>5</sup> möglicherweise ein nicht unerhebliches Risiko, bei Eintritt von Erwerbsminderung – und dann in der Folge auch im Alter – von Armut betroffen zu werden. Hierauf weisen bereits heute folgende Zahlen hin: Während derzeit nur 2,4 % der Empfänger einer gesetzlichen Altersrente zusätzliche staatliche Grundsicherung in Anspruch nehmen müssen, sind es unter den Beziehern einer Erwerbsminderungsrente schon 8,3 % – Tendenz steigend.<sup>6</sup>

Im Rahmen einer ursachengerechten Strategie zur Vermeidung von Altersarmut sind hier zunächst und in erster Linie die Einrichtungen der 2. und 3. Säule in der Pflicht. Der Gesetzgeber hat ihnen im Rahmen der letzten Rentenreformen bewusst ein größeres Gewicht im Gesamtsystem der Alterssicherung zugewiesen – dieser größeren Bedeutung müssen sie nun gerecht werden. Deshalb sollte ein wichtiges Element einer ursachenadäquaten Strategie zur Vermeidung von Altersarmut in der Schaffung verbesserter und für die Versicherten auch finanzier-

---

5 [www.ihrevorsorge.de](http://www.ihrevorsorge.de) vom 15. Juli 2009.

6 Ebenda.

barer Möglichkeiten zur Absicherung des Risikos der Erwerbsminderung in der 2. und 3. Säule bestehen. Einen neuen Ansatz zur zusätzlichen Absicherung von Arbeitnehmern gegen das Erwerbsminderungsrisiko über die betriebliche Altersversorgung bietet das „Versorgungswerk Chemie“. Die Betriebe der chemischen Industrie haben sich 2008 tarifvertraglich dazu verpflichtet, ab 2010 jährlich 300,- € in einen Demografiefonds einzuzahlen. Eine von fünf Möglichkeiten, dieses Geld zu nutzen, besteht in der Berufsunfähigkeitszusatzversicherung Chemie (BUC) – aber nur, wenn alle Mitarbeiter eines Unternehmens sich für diesen Weg entscheiden.

Der besondere Vorteil der BUC: Alle Arbeitnehmer eines Betriebs zahlen den gleichen Beitrag und haben Anspruch auf die gleiche Leistung – unabhängig vom Alter, Geschlecht und dem Gesundheitszustand. Einzige Bedingung: Bei Vertragsabschluss darf der Arbeitnehmer noch nicht berufsunfähig sein. Aufgrund der 300,- € Jahresbeitrag des Arbeitgebers steht dem Arbeitnehmer im Fall der Fälle eine Monatsrente von 555,- € zu. Auf Wunsch können Arbeitnehmer und Arbeitgeber den Jahresbeitrag sogar auf bis zu 540,- € aufstocken. Dann beträgt die garantierte Monatsrente 1.000,- €. Eine Einschränkung gibt es aber auch in der BUC: Mögliche Leistungen aus der Berufsgenossenschaft werden auf die Zahlungen der BUC angerechnet.<sup>7</sup>

Auf Vorschläge zur Verbesserung der Absicherung Erwerbsgeminderter innerhalb der GRV wird unter 4. eingegangen.

### 1.6.2 *Unstete Erwerbs- bzw. Versicherungsverläufe, Selbstständige*

Zwischen 1991 und 2006 hat sich die Zahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten um fast 3,5 Mio. Personen verringert, ihr Anteil an allen Erwerbstätigen sank von 77 % auf 67 %. Hinzu kommt eine steigende Zahl von inzwischen deutlich über 4 Mio. Selbstständigen, die – sofern sie nicht in einem der verkammerten Berufe tätig sind und einem berufsständischen Versorgungswerk angehören, der sozialen Rentenversicherung (z.B. Handwerker für 18 Jahre) oder der Alterssicherung der Landwirte angehören – keinem obligatorischen Sicherungssystem zugeordnet sind.<sup>8</sup> Der Anstieg der Anzahl der Selbstständigen wurde vor allem durch die starke Zunahme der sogenannten Soloselbstständigen, also der Selbstständigen ohne Beschäftigte, getragen; ihre Zahl nahm von 1,38 Mio. im Jahr 1991 auf 2,29 Mio. im Jahr 2005 zu, sodass sich der Anteil dieses Perso-

---

7 Ebenda.

8 Die Anzahl der nicht obligatorisch abgesicherten Selbstständigen wird auf 2 bis 3 Mio. Personen quantifiziert – vgl. Fachinger, U./Oelschläger, A./Schmähl, W.: Alterssicherung von Selbstständigen – Bestandsaufnahme und Reformoptionen, Münster 2004.

nenkreises an der Gesamtzahl der Selbstständigen von 46 v.H. im Jahr 1991 auf 56 v.H. im Jahr 2005 vergrößerte.<sup>9</sup> Dieser Personenkreis, darauf lässt deren Einkommensverteilung schließen,<sup>10</sup> dürfte in seiner Mehrheit über keine ausreichende Altersvorsorge verfügen.

Zur Lösung dieses Problems ist allerdings kein radikaler Systemwechsel erforderlich, sie könnte durch eine Anpassung des bestehenden Sozialversicherungssystems an die veränderten Rahmenbedingungen erfolgen. Ein Vorschlag, der nicht allein aus den Reihen der Rentenversicherung, sondern mittlerweile auch von den Gewerkschaften und Sozialverbänden immer wieder in die Diskussion gebracht wird, ist eine Fortentwicklung von der Arbeitnehmersicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung. Es wäre ein wichtiger Schritt in Richtung Armutsvermeidung getan, wenn alle Erwerbstätigen, die bislang nicht in einem obligatorischen Alterssicherungssystem abgesichert sind, in den Schutzbereich der Rentenversicherung integriert wären, um Versicherungslücken gar nicht erst entstehen zu lassen.

Ausgehend vom Schutzgedanken wäre es hingegen wenig sinnvoll, die Erwerbsgruppen der Beamten und Freiberufler, die in Versorgungswerken abgesichert sind, in die Rentenversicherung einzubeziehen, da das Armutsrisiko in diesem Erwerbssegment deutlich unterdurchschnittlich ist. Für das Armutsrisiko infolge diskontinuierlicher Erwerbsverläufe liegt insofern mit der Erwerbstätigenversicherung ein Lösungsansatz auf der Beitragsseite vor, der den Aufbau höherer Rentenansprüche auf dem Weg einer kontinuierlichen Beitragszahlung über den gesamten Erwerbsverlauf vorsieht.

Zur Absicherung von Selbstständigen in einer Erwerbstätigenversicherung werden unter Ziffer 2. drei konkrete Vorschläge erläutert.

### *1.6.3 Langzeitarbeitslosigkeit*

Eine weitere wichtige Ursache für die Befürchtung künftiger Altersarmut ist die Arbeitslosigkeit. Diese Sorge ist schon deshalb naheliegend, weil Arbeitslosigkeit bereits in der Erwerbsphase eines der größten Armutsrisiken darstellt. Allerdings

9 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (SVR): Das Erreichte nicht verspielen, Jahresgutachten (JG) 2007/08, Wiesbaden 2007, S. 196.

10 Rische weist unter Bezugnahme auf die Einkommensteuerstatistik darauf hin, dass das Netto-Durchschnittseinkommen der Selbstständigen zwar über dem der Arbeitnehmer liegt, der Median des Nettoeinkommens dagegen um rd. ein Drittel unter dem der abhängig Beschäftigten liegt; der Anteil der Selbstständigen mit vergleichsweise niedrigem Einkommen ist somit überdurchschnittlich hoch; vgl. Rische, H.: Weiterentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung, RV aktuell 1/2008, S. 5.

gilt das vor allem für das Problem anhaltender Arbeitslosigkeit bzw. für Zeiten der Langzeitarbeitslosigkeit. So zahlt die Bundesagentur für Arbeit während des Bezuges von Arbeitslosengeld I relativ hohe Rentenversicherungsbeiträge auf der Grundlage von 80 % des letzten Entgelts.

Weitaus gefährdender für den Aufbau der Altersvorsorge ist bei andauernder Arbeitslosigkeit der Bezug von Arbeitslosengeld II, denn in diesem Fall werden lediglich sehr geringe Beiträge auf Basis einer Bemessungsgrundlage von nur 205,- € im Monat in die Rentenversicherung gezahlt. Aus diesen Beitragszahlungen entstehen nach einem Jahr Rentenansprüche in Höhe von etwas mehr als 2,- € im Monat (2,17 €).

Wollte man das Altersarmutsrisiko infolge länger andauernder Arbeitslosigkeit bekämpfen, könnte die Anhebung dieser Mindestbeiträge dazu beitragen. Allerdings ist zu befürchten, dass diese Maßnahme für sich genommen in vielen Fällen nicht ausreichen würde, um Armut zu verhindern, denn nicht selten kumulieren mehrere Armutsrisiken; z.B. Langzeitarbeitslosigkeit mit geringen Entgelten. Mit einer Anhebung der Beiträge zur Rentenversicherung während des Bezuges von Arbeitslosengeld II ließe sich deshalb u.U. ein Beitrag zur Verringerung von arbeitslosigkeitsbedingter Altersarmut, nicht aber deren völlige Vermeidung erreichen.

Mit einem Ansatz, jedem Arbeitslosengeld II-Bezieher unabhängig vom Alter und von der Dauer des Leistungsbezuges höhere Rentenanwartschaften zu verschaffen, dürfte eine wirksame Verringerung arbeitslosigkeitsbedingter Altersarmut kaum zu bewerkstelligen sein.

Vielmehr sollte die Erhöhung der RV-Beiträge für Arbeitslosengeld II auf einen Personenkreis beschränkt werden, bei dem die Erfolgsquote der Armutsbekämpfung relativ hoch erscheint: langjährig in der Arbeitslosenversicherung und in der Rentenversicherung versicherte Personen, also solche Versicherte, die erst nach langem Erwerbsleben arbeitslos werden und die nach 24 Monate Arbeitslosengeld I-Bezug (noch) nicht wieder in Arbeit vermittelt werden können.

#### *1.6.4 Niedriglohngehälter*

Überlagert wird die Veränderung der Erwerbstätigenstruktur von Veränderungen der Entgeltstrukturen. Bei einem deutlichen Rückgang der Anzahl der Vollzeitbeschäftigten unter allen Arbeitnehmer/innen hat die Zahl der Niedriglöhner/innen unter ihnen merklich zugenommen; ihr Anteil stieg von 14 % (1980) über 16,6 % (1993) auf zuletzt 18,6 % (2003).

Bezieht man auch Teilzeit- und Mini-Jobs in die Betrachtung ein, so ist der Anteil der Niedriglöhner/innen an allen beschäftigten Arbeitnehmer/innen gesamtdeutsch sogar von 15 % im Jahre 1995 auf gut 22 % im Jahre 2006 gestiegen; gleichzeitig sinkt aktuell die durchschnittliche Höhe des Niedriglohns.

Die Alterssicherung ist ein Spiegelbild der Erwerbsbiografie. Altersarmut muss daher vordringlich in der Erwerbsphase bekämpft werden. Eine auskömmliche Altersversorgung setzt voraus, dass es Beschäftigungsmöglichkeiten gibt und angemessene Löhne gezahlt werden. Hieraus ergibt sich für mich, dass Armutsvermeidung am wirkungsvollsten durch Maßnahmen der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik erreicht werden kann, z.B. durch

- Regulierung von Mindestlöhnen,<sup>11</sup>
- Abschaffung bzw. Modifikation der Regelungen zu den sozialversicherungs-freien geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen.

## **2. Selbstständige in einer Erwerbstätigenversicherung**

### **2.1 Selbstständige in der Rentenversicherung (Ist-Zustand)**

Im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung sind etliche Selbstständige pflicht-versichert; § 2 SGB VI listet sie auf. Die Beitragspflicht beginnt bei mindestens 400,- € Arbeitseinkommen monatlich. Innerhalb von drei Kalenderjahren nach dem Jahr der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit ist die Beitragspflicht begrenzt auf 50 % der Bezugsgröße, auf Antrag kann die Bezugsgröße zugrunde gelegt werden. Für Seelotsen, Hausgewerbetreibende, Küstenfischer und Küstenschiffer ist das Arbeitseinkommen maßgebend. Befreiungsmöglichkeiten bestehen, wenn eine andere berufsständische Versorgung oder Versorgung nach beamtenrechtlichen Grundsätzen eingreift oder, für gewerbetreibende Handwerker, wenn 18 Jahre lang Pflichtbeiträge gezahlt worden sind.

### **2.2 Befreiungsrecht beim Erreichen von 30 EP**

Zielsetzung einer Erwerbstätigenversicherung ist insbesondere die Vermeidung von Altersarmut. Bisher ist nur ein kleiner Teil der Selbstständigen in die obli-gatorische Alterssicherung integriert. Nach Angaben des Bundesverbandes der Selbstständigen vom Herbst 2007 sind rund 1 Million Selbstständige Pflichtmit-glieder in einem Versorgungswerk, 2,9 Millionen hingegen nicht obligatorisch

---

11 Siehe hierzu den kritischen Bericht in der „Wirtschaftswoche“, Nr. 19 vom 5. Mai 2008.

versichert.<sup>12</sup> Die nicht einbezogenen Selbstständigen treffen teilweise nur eine ungenügende Altersvorsorge. 8,9 % legen nichts, 19,5 % zwischen 1,- und 999,- €, 34,9 % zwischen 1.000,- und 4.999,- €, 24,2 % zwischen 5.000,- und 9.999,- € und 12,5 % mehr als 10.000,- € im Jahr für die Absicherung im Alter zurück.<sup>13</sup> Als Konsequenz der unzureichenden Altersvorsorge besteht u.U. Anspruch auf Sozialhilfe bzw. Grundsicherungsleistungen, die Mindestsicherung im Alter würde also vom Selbstständigen auf die Allgemeinheit abgewälzt.

Eine solche Mindestsicherung gibt es bereits im bestehenden Recht für Gewerbetreibende in Handwerksbetrieben, die auf Antrag von der Versicherungspflicht befreit werden, wenn für sie mindestens 18 Jahre lang Pflichtbeiträge gezahlt worden sind.

Hinsichtlich der Befreiungsmöglichkeit nach 18 Jahren vertritt das BVerfG die Auffassung, dass der Gesetzgeber im Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz der Freiheit des Einzelnen und den Anforderungen einer sozialstaatlichen Ordnung einen sehr großen Gestaltungsspielraum habe.<sup>14</sup> Daher dürfe der Gesetzgeber durch unterschiedliche Regelungen z.B. die Versicherungspflicht zeitlich begrenzen, wenn sie durch die Besonderheiten dieser Personenkreise und die gesetzgeberischen Zielsetzungen für deren Einbeziehung in die Versicherungspflicht gerechtfertigt sind.

Eine armutsfeste Rente ist durch eine nur zeitlich festgelegte Zugehörigkeit zum System der Rentenversicherung nicht gewährleistet, weil die Höhe der Beiträge bzw. die Anzahl der erworbenen Entgeltpunkte (EP) unerheblich ist. So erhöht sich z.B. der monatliche Rentenanspruch nur um 4,19 €, wenn für das ganze Jahr 2008 der Mindestbeitrag auf Grundlage eines Einkommens von 400,- € gezahlt wurde. Bei einer Beitragszahlung in Höhe des Regelbeitrages ergäbe sich nach 18 Jahren Beitragszahlung eine Rente von ungefähr 490,- € (18 EP \* 27,20 ARW), die also auch unterhalb des Grundsicherungsniveaus läge, das im Durchschnitt rd. 680,- € beträgt.

Eine Mindestabsicherung wäre besser zu erreichen, wenn die Befreiungsmöglichkeit von einer Mindestanzahl von Entgeltpunkten abhängig wäre. So würde z.B. eine Rente auf der Basis von 30 Entgeltpunkten über dem Grundsicherungsbedarf liegen (30 EP \* 27,20 ARW = 816,- €). Ruland<sup>15</sup> schlägt daher vor,

12 Positionen 2/2008: Auf tönernen Füßen, S. 5.

13 Positionen 2/2008: Auf tönernen Füßen, S. 5.

14 BVerfG, SozR 5800 § 4 Nr. 1; hierzu Boecken, in: GK-SGB VI, § 6 Rdnr. 122 ff.

15 Ruland, F.: Die Zukunft der Alterssicherung aus heutiger Perspektive, in: SGB 10/2008, S. 572.

die „Solo-Selbstständigen“ so lange versicherungspflichtig zu machen, wie ihre Rentenanwartschaft 30 Entgeltpunkte noch nicht überschritten hat. Diesem Vorschlag möchte ich mich anschließen.

Seit Längerem vollzieht sich ein Wandel der Erwerbsformen, der Anlass sein müsste, die Strukturen der Sozialversicherung zu überprüfen. Unter dem Gesichtspunkt der „Schutzbedürftigkeit“ ist fraglich, inwieweit noch eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Gruppen der Selbstständigen erfolgen kann. Ziel sollte eine armutsfeste Rente für jeden Selbstständigen sein. Als Konsequenz wäre dann aber auch für die anderen nach geltendem Recht versicherungspflichtigen Selbstständigen (wie z.B. Erzieher, Pflegepersonen und Hebammen) ein Befreiungsrecht bei Erreichen von 30 Entgeltpunkten einzuräumen. Eine Differenzierung der Gruppe der Selbstständigen erscheint in Anbetracht des Gleichbehandlungsgebotes in Art. 3 Abs. 1 GG nicht gerechtfertigt.

### **2.3 Flexibilität hinsichtlich der beitragspflichtige Einnahmen**

Grundsätzlich können die bereits bestehenden Regelungen für Selbstständige beibehalten werden. Beitragsbemessungsgrundlage ist dann das Arbeitseinkommen des Versicherten. Abweichend vom tatsächlichen Einkommen besteht auch die Möglichkeit, den sog. Regelbeitrag auf Grundlage des Durchschnittsentgelts zu zahlen (Regelbeitrag 2009 = 501,48 €). Die Beiträge sind monatlich an die Rentenversicherung abzuführen.

Hier könnte zukünftig eine größere Flexibilität ermöglicht werden, um so die Besonderheiten der verschiedenen Gruppen von Selbstständigen besser zu berücksichtigen. In einigen Branchen schwanken die monatlichen Einkommen sehr stark, sodass eine gleichmäßige monatliche Beitragszahlung Schwierigkeiten bereitet. Eine Beitragszahlung, die nur alle drei Monate oder halbjährlich erfolgen muss, könnte eine Reaktion auf die schwankende Liquidität sein. Allerdings ist Voraussetzung, dass für jeden – nicht in jedem – Monat ein Beitrag gezahlt wird. Eine lückenlose Belegung ist insbesondere für den Anspruch auf eine Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit wichtig, da in den letzten fünf Jahren vor Eintritt der Erwerbsminderung mindestens drei Jahre Pflichtbeiträge benötigt werden.

Solange vom Selbstständigen nicht mindestens 30 Entgeltpunkte erreicht sind, könnte die Beitragsbemessungsgrenze außer Kraft gesetzt werden. In der Folge wäre die Zahlung von höheren Beiträgen zulässig, um so schnellstmöglich eine Basisversorgung für das Alter zu erreichen, die zudem – im Gegensatz zu ande-

ren Vorsorgeformen – insolvenzgesichert wäre. Das Äquivalenzprinzip ist dabei einzuhalten, d.h., eine Begrenzung der späteren Rente erfolgt nicht. Eine sehr hohe Altersrente würde aber nur entstehen, wenn Selbstständige die Beiträge für 30 EP frühzeitig zahlen, keine Befreiung von der Versicherungspflicht beantragen und in den folgenden Jahren jeweils Beiträge bis zur Beitragsbemessungsgrenze zahlen.

Die Feststellung des individuellen Arbeitseinkommens bedeutet sowohl aufseiten des Selbstständigen als auch beim Rentenversicherungsträger einen gewissen Verwaltungsaufwand. Eine weitergehende Differenzierung nach Pauschalbeiträgen brächte Erleichterungen. Außer dem Regelbeitrag (100 % des Durchschnittsentgeltes) wären für die Beitragszahlung folgende Abstufungen denkbar: 25 %, 50 %, 75 %, 125 %, 150 %, 175 % und 200 % des Durchschnittsentgeltes; des Weiteren der Mindestbeitrag auf Grundlage der Geringfügigkeitsgrenze von derzeit 400,- €.

Die Option, einen Pauschalbeitrag unterhalb von 100 % zu zahlen, sollte allerdings nur für einen gewissen Zeitraum eröffnet werden (z.B. in der Gründungsphase des Unternehmens), weil ansonsten mit den geringeren Beiträgen eine adäquate Absicherung nur schwer zu erreichen ist.

## **2.4 Ausdehnung der Beitragstragung**

Grundsätzlich tragen selbstständig Tätige ihre Beiträge in voller Höhe. Insbesondere bei Beginn einer Tätigkeit bereitet die alleinige Beitragstragung Probleme, weil Einkünfte häufig noch relativ spärlich und u.U. unregelmäßig fließen. Hilfreich wäre es, wenn diejenigen Selbstständigen, die einen Zuschuss aus einem der zahlreichen Förderprogramme erhalten, verpflichtet werden, einen Teil davon für die Beitragszahlung zur Rentenversicherung zu verwenden. Eine staatliche Aufstockung der Förderbeträge um den (teilweisen) Rentenbeitrag wäre insofern begründbar, weil durch eine Starthilfe die Gefahr der späteren Inanspruchnahme von Grundsicherungsleistungen reduziert wird. Für Selbstständige, die zuvor arbeitslos waren, könnte eine (teilweise) Beitragszahlung durch die Bundesagentur für Arbeit erfolgen. Dafür könnte ein Teil des Gründungszuschusses (vgl. § 57 SGB III) verwendet werden. Eine direkte Zahlung an die Rentenversicherung hätte den Vorteil, dass der Zuschuss auch tatsächlich zweckentsprechend verwendet wird.

Fraglich ist, ob das Modell der Künstlersozialabgabe die alleinige Beitragstragung durch die Selbstständigen abmildern bzw. ergänzen könnte.

Die Künstlersozialabgabe ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts dadurch gerechtfertigt, dass die Leistung der selbstständigen Kulturschaffenden und deren Vermarkter eine Einheit bilden. Dabei erbringen die Künstler (wie Arbeitnehmer) eine individuelle Arbeitsleistung, währenddessen die Vermarkter (wie Arbeitgeber) für die Technik (z.B. Druckerei), den Vertrieb und die Organisation zuständig sind. Dieses Verhältnis habe einen spezifischen Charakter, der über ein bloßes wechselseitiges Aufeinanderangewiesensein, wie es etwa zwischen Produzenten und Handel oder Erzeugern und Verbrauchern besteht, hinausgeht. Künstler und Publizisten erbringen höchstpersönliche Leistungen, die in besonderer Weise der Vermarktung bedürfen, um ihre Abnehmer zu finden. Dieses Verhältnis habe gewisse symbiotische Züge; es stelle einen kulturgeschichtlichen Sonderbereich dar, aus dem eine besondere Verantwortung der Vermarkter für die soziale Sicherung der – typischerweise wirtschaftlich Schwächeren – selbstständigen Künstler und Publizisten erwachse, ähnlich der der Arbeitgeber für ihre Arbeitnehmer.<sup>16</sup>

Des Weiteren darf – so das BVerfG – ein Beteiligter als nicht selbstversicherter nur dann zur Finanzierung von Sozialleistungen herangezogen werden, wenn es dafür einen sachorientierten Anknüpfungspunkt in den Beziehungen zwischen Versicherten und Beitragspflichtigen gibt, der diese Heranziehung nicht außerhalb der Vorstellungen liegend erscheinen lässt, von denen die Sozialversicherung in ihrem sachlichen Gehalt bestimmt wird. Das geltende Sozialversicherungsrecht kenne keinen Grundsatz, nach dem Voraussetzung für die Heranziehung von Dritten zur Finanzierung der Sozialversicherung ein Arbeitsverhältnis sein muss. So sind die Auftraggeber der selbstständigen Hausgewerbetreibenden bereits seit 1969 verpflichtet, sich an den Sozialversicherungsbeiträgen zu beteiligen (§ 12 SGB IV, § 169 SGB VI), obwohl eben kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis besteht.

Die Einbeziehung weiterer Unternehmen, die Leistungen von Selbstständigen verwerten, dürfte aber schwierig sein. So müsste aufgrund der eben zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Künstlersozialabgabe die Beziehung zwischen Verwerter und „Hersteller“ einer selbstständigen Leistung intensiv sein, d.h. insbesondere von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit von einer klar bestimmbar Gruppe von Unternehmen geprägt sein.

Eine Beteiligung an der Finanzierung wie bei der Künstlersozialabgabe könnte bei Handels- bzw. Versicherungsvertretern infrage kommen, weil diese zu einem anderen Unternehmen (oder zu mehreren Unternehmen) in einem Betrauungs-

---

<sup>16</sup> BVerfGE 75, 108 = NJW 1987, 3115.

verhältnis eigener Art stehen. Sie vermitteln für den Unternehmer Geschäfte oder schließen in dessen Namen Geschäfte ab (§ 84 Abs. 1 HGB). Der Vertreter hat dabei das Interesse des Unternehmers wahrzunehmen und unverzüglich Mitteilung zu geben (§ 86 HGB). Für eine enge Verbindung sprechen auch die Pflichten des anderen Unternehmens gegenüber dem Handelsvertreter (vgl. § 86a HGB).

Eine starke wirtschaftliche Abhängigkeit entsteht insbesondere für Versicherungsvertreter, die exklusiv für ein anderes Unternehmen tätig werden. Außerdem sind z.B. die Anbieter von Kfz-Versicherungen oder Lebensversicherungen eine homogene Gruppe, sodass eine „Abgabe für die Rentenversicherung“ alle in diesem Markt tätigen Unternehmen gleichmäßig treffen würde. Die Voraussetzungen, die das Bundesverfassungsgericht an die Zulässigkeit der Künstlersozialabgabe geknüpft hat, wären wohl erfüllt. Allerdings ist hierbei zu bedenken, dass gerade in jüngster Zeit die Rechtsprechung zur Frage der Zulässigkeit von Abgaben enger geworden zu sein scheint. Beispiele hierfür sind die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vermarktungsabgabe in der Landwirtschaft (CMA) und an die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts von Anfang März 2009 zur Filmförderabgabe.

### **3. Vorschläge zur Verbesserung der Absicherung Erwerbsgeminderter innerhalb der GRV**

#### **3.1 Zusatzbeiträge in der GRV (vor allem zur Abwendung von Abschlägen)<sup>17</sup>**

Bereits gegenwärtig ist es (nach § 187a SGB VI) möglich, zusätzliche Beiträge in die Gesetzliche Rentenversicherung einzuzahlen. Allerdings steht diese Möglichkeit bisher

- nur Pflichtversicherten offen und
- dient nur dem „Abkaufen“ ansonsten anfallender versicherungstechnischer Abschläge bei einem vorzeitigen Zugang in eine Altersrente.

Diese Zahlung kann entweder in einem Betrag oder in monatlichen Beträgen vor Renteneintritt erfolgen. Die Möglichkeit, Zusatzbeiträge zur Erlangung einer höheren Rente über das Maß etwaiger Abschläge hinaus zu zahlen, besteht nicht. Die bestehende Möglichkeit der Zahlung zusätzlicher Beiträge wird nur sehr selten genutzt. Neben der möglicherweise fehlenden Information spielt hier die Höhe der aufzuwendenden Beträge eine entscheidende Rolle:

---

<sup>17</sup> Siehe hierzu Abschnitt V.1 des Abschlussberichts der Arbeitsgruppe „Arbeitsbedingungen verbessern – Rentenzugang flexibilisieren“ des SPD-Parteivorstandes und der SPD-Bundestagsfraktion vom 12. Oktober 2007.

Entscheiden sich Versicherte mit 45 Beitragsjahren bei durchschnittlichem Verdienst, zwei Jahre vor Erreichen der Regelaltersgrenze in Rente zu gehen, so müssen sie im Jahr 2009 einen einmaligen Betrag in Höhe von ca. 21.000,- € zahlen, um die Abschläge von 7,2 % zu kompensieren. Erfolgt die Zahlung des Zusatzbeitrages in monatlichen Raten vor Renteneintritt, so wären bei einem durchschnittlichen Bruttoeinkommen (ca. 2.500,- €) monatliche Raten von 350,- € (dies entspricht einer Belastung von 14 % des Einkommens!) aufzubringen, wenn die Entscheidung fünf Jahre vor dem angestrebten Rentenzugang erfolgt.

Es ist daher sinnvoll, das Instrument der Zahlung zusätzlicher Beiträge flexibler zu handhaben, damit es tatsächlich zur Anwendung kommen kann:<sup>18</sup>

- a) Wenn die Zahlung zusätzlicher Beiträge an die Entscheidung über einen vorzeitigen Rentenzugang gekoppelt ist, so greift sie erst bei rentennahen Jahrgängen bzw. älteren Versicherten, da jüngere Versicherte i.d.R. noch nicht in der Lage sind, eine entsprechende Planung über ihren Ausstieg aus dem Erwerbsleben vorzunehmen. Sinnvoll ist es daher, unabhängig von einer konkreten Entscheidung die kontinuierliche Zahlung zusätzlicher Beiträge während des gesamten Erwerbslebens zuzulassen. Durch den längeren Zeitraum, in dem Beiträge gezahlt werden, reduziert sich so der notwendige Betrag, der zum völligen oder teilweisen „Rückkauf“ der Abschläge notwendig ist, deutlich: In dem oben genannten Beispiel eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin mit Durchschnittseinkommen würde ein monatlicher Betrag von 58,33 € im Monat ausreichen, die Rentenabschläge zu kompensieren, wenn sie über einen Zeitraum von 30 Jahren erfolgen; die monatliche Belastung läge dann bei nur noch 2,33 %.
- b) Damit einhergehen muss eine flexible Verwendung der zusätzlichen Beiträge, ohne dass die Beitragszahlung an den vorzeitigen Rentenzugang gekoppelt ist: Die Versicherten müssen flexibel je nach Lebenslage entscheiden können, ob die gezahlten Beiträge – wie im geltenden Recht – zur Ablösung der Abschläge verwendet werden oder ob die Beiträge bei einem – politisch ja gewollten – regulären Renteneintritt erst mit der Regelaltersgrenze rentensteigernd berücksichtigt werden. Dabei sollen diese Beiträge bei der Berechnung

---

18 Grundlegend ist, dass den zusätzlichen Beiträgen beim späteren Rentenbezug auch äquivalente Leistungen gegenüberstehen. Diese leistungsrechtliche Vorgabe hat auch Konsequenz für die Finanzierung der Rentenversicherung: So gilt es zu verhindern, dass ggf. durch hohe Zahlungen zusätzlicher Beiträge Auswirkungen auf den Beitragssatz entstehen; dies kann erreicht werden, indem die Nachhaltigkeitsrücklage erhöht wird.

der Leistungshöhe wie die Zuschläge an Entgeltpunkten im Falle eines Versorgungsausgleichs (§ 76 SGB VI) behandelt werden.<sup>19</sup> Beibehalten wird auch die Beitragsbemessungsgrenze, bis zu der eine Zahlung von Beiträgen möglich ist.<sup>20</sup>

- c) Aus dieser Öffnung muss eine weitere Gleichstellung im Leistungsrecht resultieren: Wenn die zusätzlich gezahlten Beiträge bei der Berechnung von Entgeltpunkten wie Pflichtbeiträge behandelt werden, so kann sich dies nicht nur auf die Absicherung im Alter beziehen; auch das Risiko der Erwerbsminderung und das Hinterbliebenenrisiko müssen abgesichert sein.
- d) Die Möglichkeit der zusätzlichen Zahlung von Beiträgen soll nicht nur Pflichtversicherten offenstehen, sondern generell allen Versicherten. Zudem soll auch die Möglichkeit eröffnet werden, Zahlungen durch die Arbeitgeber zu ermöglichen, wenn entsprechende tarifvertragliche, betriebliche oder einzelvertragliche Regelungen dies vorsehen. Damit können auch gesundheitlich belastende Arbeitsbedingungen im Erwerbsverlauf besser durch zusätzliche Rentenanwartschaften berücksichtigt werden. Dem Verursacherprinzip könnte damit Rechnung getragen werden, da so z.B. durch die Tarifvertragsparteien konkret geregelt werden könnte, welche Arbeitsplätze als „belastend“ zu definieren sind: Da hier mit größerer Wahrscheinlichkeit ein früherer Rentenzugang oder eine Erwerbsminderung zu erwarten ist, ist es sinnvoll, dass hier zusätzliche Beiträge an die Rentenversicherung entrichtet werden, die im Fall des vorzeitigen Rentenzugangs die Abschläge zumindest teilweise kompensieren oder im Falle des regulären Rentenzugangs zu einer höheren Rente führen. Soweit besondere Erschwerniszulagen des Arbeitgebers gezahlt werden, könnten diese – ganz oder teilweise – nicht als Entgelt, sondern in die Rentenversicherung gezahlt werden. Auf eine gesetzliche Vorgabe über den abzusichernden Personenkreis und die Höhe der zusätzlichen Vorsorge könn-

---

19 Anwartschaften errechnen sich nach der Höhe der Beiträge und der Entgeltposition zum jeweiligen Zeitpunkt der Zahlung; besonders „günstige“ Möglichkeiten zum Erwerb von Anwartschaften, die zum Nachteil der Rentenversicherung bzw. der Solidargemeinschaft der Versicherten gehen, wird es nicht geben, da diese Zuschläge zwar selbst die Anwartschaften erhöhen, sie aber nicht zur Grundlage der Bemessung von Zurechnungszeiten dienen.

20 Damit allerdings auch Versicherte mit hohem Einkommen die Möglichkeit der flexiblen Beitragszahlung nutzen und bei einem Zugang in Regelaltersrente eine höhere Rente erzielen können, ist es sinnvoll, von der Betrachtung der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze abzugehen: Wenn sich bei einer abgeschlossenen Versicherungsbiografie herausstellt, dass in einem bestimmten Zeitraum die Summe der vorhandenen Pflichtbeiträge und der zusätzlichen Beiträge oberhalb der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze lag, so können die überschüssenden Beiträge verwendet werden, um „Lücken“, die i.d.R. zum Beginn der Versicherungsbiografie vorhanden sind, zu schließen – allerdings gilt dann auch hier die Beitragsäquivalenz.

te so verzichtet werden, wenn dies in die Verantwortung der Einzelnen bzw. der Tarifvertragsparteien gestellt wird.

Darüber hinaus könnten auch Abfindungen des Arbeitgebers bei Sozialplänen als zusätzliche Rentenbeiträge auf die Rentenkonten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gezahlt werden, um Abschläge bei einem vorgezogenen Rentenzugang zu kompensieren. Die Zusatzbeiträge, die durch die Arbeitgeber gezahlt werden, sollten steuer- und sozialversicherungsfrei sein.

### **3.2 Weitere Anpassung des Rechts der Erwerbsminderungsrenten an die Situation auf dem Arbeitsmarkt<sup>21</sup>**

Durch die Reform der Erwerbsminderungsrenten im Jahr 2000 wird bei einer Erwerbsminderungsrente allein auf das gesundheitliche Leistungsvermögen sowie auf die Situation auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt abgestellt; der verteilungspolitisch problematische Berufsschutz, von dem nur besser qualifizierte Versicherte profitiert haben, existiert nur noch als Vertrauensschutzregelung für Versicherte, die vor dem 2. Januar 1961 geboren sind.

Nach § 43 SGB VI haben nun „Versicherte, die wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande sind, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes“

- mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein, Anspruch auf eine volle Erwerbsminderungsrente, und
- diejenigen, die mindestens drei Stunden, aber nicht mehr als sechs Stunden täglich erwerbstätig sein können, Anspruch auf eine Teilerwerbsminderungsrente.

Wenn das zeitliche Leistungsvermögen sechs Stunden täglich übersteigt, so besteht kein Anspruch auf eine Erwerbsminderungsrente.

Bei Versicherten mit einem Restleistungsvermögen von mehr als drei, aber weniger als sechs Stunden täglich wird allerdings nicht nur abstrakt der medizinische Gesundheitszustand berücksichtigt, sondern auch die tatsächliche Arbeitsmarktsituation, also ob Versicherte in der Lage sind, ihr Restleistungsvermögen auch in Erwerbstätigkeit umzusetzen. Wenn keine Teilzeitbeschäftigung möglich ist,

---

21 S. hierzu Abschnitt V.3 des Abschlussberichts der Arbeitsgruppe „Arbeitsbedingungen verbessern – Rentenzugang flexibilisieren“ der SPD-Bundestagsfraktion vom 12. Oktober 2007.

erhalten sie im Rahmen der „konkreten Betrachtungsweise“ eine volle Erwerbsminderungsrente aufgrund des verschlossenen (Teilzeit-)Arbeitsmarktes.

Ergänzend zu dieser Regelung ist zu prüfen, ob für ältere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine Härtefallregelung eingeführt werden kann, wenn sie zwar ein tägliches Restleistungsvermögen von mehr als sechs Stunden aufweisen, aber aufgrund schwerwiegender gesundheitlicher Leistungseinschränkungen<sup>22</sup> nur noch leichte Tätigkeiten des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben können. In diesem Fall sollten sie eine volle Erwerbsminderungsrente erhalten, wenn

- ihnen keine Beschäftigung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt angeboten werden kann, die ihrem Leistungsvermögen entspricht, und
- sie seit mindestens sechs Monaten keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt haben.

Sofern die Vermittlung in eine Teilzeitbeschäftigung möglich ist, sollten sie eine Teilerwerbsminderungsrente erhalten.

Die Feststellung des eingeschränkten Leistungsvermögens erfolgt auf Grundlage medizinischer Gutachten durch die Rentenversicherung.

Da die GRV durch einen erleichterten Zugang in eine Erwerbsminderungsrente das Arbeitsmarktrisiko übernehme, wäre es sachgerecht, dass der GRV die so entstehenden Mehrausgaben bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze durch die BA und den Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende erstattet würde. Die Übernahme der Kosten durch die eigentlich für das Risiko der Arbeitslosigkeit zuständigen Institutionen würde nicht nur der Kostentransparenz Rechnung tragen, sondern wäre zudem ein besonderer Anreiz für die BA und die Träger der Grundsicherung, ältere Arbeitslose mit gesundheitlichen Einschränkungen in sozialversicherungspflichtige Beschäftigung zu vermitteln, die ihrem Leistungsvermögen entspricht.

Oberstes Ziel bleibt, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eine ihrem individuellen Leistungsvermögen entsprechende sozialversicherungspflichtige Beschäftigung bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze zu ermöglichen. Insofern würde diese Regelung keine Abkehr von dem Ziel der Arbeitsmarktintegration von Älteren und Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen bedeuten, da

---

<sup>22</sup> Gemeint sind solche unterhalb der Schwelle „atypischer“ Leistungseinschränkungen bzw. Summierung ungewöhnlicher Leistungseinschränkungen, aufgrund derer auch nach dem geltenden Recht eine Rente wegen voller Erwerbsminderung zu leisten ist.

der arbeitsmarktbedingte Zugang in die Erwerbsminderungsrente unter erleichterten Bedingungen voraussetzt, dass eine Vermittlung in Beschäftigung nicht möglich ist. Das Programm „50plus“ und andere arbeitsmarktpolitische Instrumente werden aber dazu führen, dass die Beschäftigungschancen Älterer sich erheblich verbessern werden, sodass diese Regelung nur in Ausnahmefällen zum Tragen käme.



## **Das Einfache, das schwierig zu machen ist. Probleme der Steuerung „sozialintegrativer Leistungen“ nach § 16a SGB II am Beispiel der Kinderbetreuung**

Mit dem SGB II wurden zwei Politikbereiche eng miteinander verkoppelt, die bereits in den letzten Jahren des BSHG in der Praxis immer wieder in ein teilweise spannungsreiches Verhältnis zueinander gesetzt wurden (z.B. im Rahmen der „Hilfe zur Arbeit nach § 19 BSHG): Arbeitsmarktpolitik und (lokale) Sozialpolitik. Durch die Gestaltung der Zuständigkeiten sorgte der Gesetzgeber dafür, dass zentrale Akteure aus diesen Politikbereichen (die Bundesagentur für Arbeit einerseits und die Kommunen andererseits) zu beständiger Kooperation angehalten wurden. Dies hat bekanntlich zu rechtlichen und praktischen Verwerfungen geführt, die längst noch nicht bereinigt sind.<sup>1</sup>

Der vorliegende Beitrag will aus politik- und sozialwissenschaftlicher Perspektive zeigen, welche komplexen Problemstellungen mit einem auf den ersten Blick sinnvollen gesetzgeberischen Akt gesetzt wurden. Als Beispiel dienen hierzu die „sozialintegrativen Leistungen“ nach § 16a SGB II und hierbei insbesondere die Kinderbetreuung.

Auf einen Problemaufriss im ersten Abschnitt folgt eine kurze Skizze des Politikfeldes, in dem Kinderbetreuung erstellt wird, und seiner maßgeblichen Governance-Strukturen (Abschnitt 2). Daran schließt eine Diskussion der grundlegenden Probleme politikfeldübergreifender Koordination an (Abschnitt 3). Beides resultiert in Problemen der Erstellung eines Leistungsangebotes, die auf die Ebene der Fallbearbeitung durchschlagen (Abschnitt 4). Abschließend werden einige Perspektiven skizziert (Abschnitt 5).

Die empirische Basis des Beitrags sind qualitative Interviews mit Expertinnen und Experten aus zwei Gebietskörperschaften in einem süddeutschen Bundesland (eine kreisfreie Stadt als zugelassener kommunaler Träger und ein Landkreis

<sup>1</sup> Im vorliegenden Beitrag wird die Frage der Organisation der Aufgabenwahrnehmung im SGB II und deren wechselvolle Geschichte seit 2005 nicht berührt. Vgl. aber FH Frankfurt/ infas/WZB: Zweiter Bericht durch den Forschungsverbund. Evaluation der Experimentierklausel nach § 6c SGB II – Vergleichende Evaluation des arbeitsmarktpolitischen Erfolgs der Modelle der Aufgabenwahrnehmung „Optierende Kommune“ und „Arbeitsgemeinschaft“. Untersuchungsfeld 2: Implementations- und Governanceanalyse, Frankfurt am Main/Bonn/Berlin 2008.

mit einer Arbeitsgemeinschaft nach § 44b SGB II), die im Rahmen eines vom Verfasser geleiteten Forschungsprojektes im Laufe des Jahres 2009 durchgeführt wurden.<sup>2</sup>

## 1. Sozialintegrative<sup>3</sup> Leistungen im SGB II

Mit der Einführung des SGB II wurden die alte Arbeitslosen- und die Sozialhilfe zusammengeführt, u.a., um Personen mit ähnlichen Problemlagen in vergleichbarer Form zu unterstützen. Übergreifendes Ziel der Grundsicherung für Arbeitssuchende ist es, Hilfebedürftigkeit durch Eingliederung in Arbeit zu überwinden. Sie orientiert sich damit an dem sozialpolitischen Leitbild der „Aktivierung“ und schließt konzeptionell zur internationalen Debatte und Entwicklung seit den frühen 1990er-Jahren auf. Aktivierung ist darauf ausgerichtet, durch maßgeschneiderte Unterstützung (Individualisierung) und insbesondere den verstärkten Einsatz von personenbezogenen sozialen Dienstleistungen das Arbeitsmarktverhalten von Arbeitslosen und Arbeitssuchenden so zu beeinflussen, dass eine schnelle Eingliederung in Arbeit möglich ist und sich dadurch der Bezug von materiellen Leistungen verkürzt.<sup>4</sup> Aktivierungspolitik setzt verstärkt auf Dienstleistungen bzw. auf eine besser abgestimmte Verknüpfung von Transferleistungen und Dienstleistungen.

Mit „Aktivierung“ wird im Bereich des SGB II grundsätzlich auf eine Förderstrategie gesetzt, die komplexen personenbezogenen Dienstleistungen den Vorzug gegenüber sogenannten passiven Leistungen (materiellen Hilfen) gibt. Von diesen neuen Arbeitsmarktdienstleistungen wird erwartet, dass mit ihnen individuelles Arbeitsmarktverhalten zielführend beeinflusst werden kann. Zu dem Bündel an vorgesehenen Arbeitsmarktdienstleistungen nach § 16 SGB II gehören auch die „sozialintegrativen Leistungen“ nach § 16a SGB II.

---

2 Das Projekt wird unter dem Titel „Flankierende Leistungen nach dem SGB II“ seit Anfang 2009 an der FH Frankfurt durchgeführt.

3 Die in § 16a (vor dem 1. Januar 2009: § 16 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 4 SGB II) aufgeführten Leistungen, die in den Zuständigkeitsbereich der Kommunen fallen, werden in der Praxis unterschiedlich bezeichnet: als „kommunale Leistungen“, „flankierende Leistungen“ oder „sozialintegrative Leistungen“. Ich verwende hier den letztgenannten Begriff, der die Funktion dieser Leistungen zum Ausdruck bringt.

4 Dahme, H. J./Wohlfahrt, N.: Aktivierungspolitik und der Umbau des Sozialstaates. Gesellschaftliche Modernisierung durch angebotsorientierte Sozialpolitik, in: Dahme, H. J./Otto, H.-U./Wohlfahrt, N. (Hrsg.): Soziale Arbeit für den aktivierenden Staat, Opladen 2003, S.75–100.

Träger dieser „sozialintegrativen Leistungen“ sind gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB II die Kommunen, d.h. die Kreise und kreisfreien Städte. Diese Regelung folgt der Überlegung, dass die Leistungen bereits seit Langem im Rahmen der kommunalen Sozial- und Jugendhilfepolitik erbracht werden und demzufolge Anbieter und Angebotsstrukturen bereits vorhanden sind und ggf. nur ausgebaut werden müssten. Wie Rückmeldungen aus der Praxis der SGB II-Einrichtungen zeigen, gestaltet sich der Zugriff auf sozialintegrative Leistungen nach § 16a SGB II z.T. recht schwierig, und zwar aus folgenden Gründen:

- Für einen Teil der Leistungen, insbesondere für die Kinderbetreuung, existieren konkurrierende Rechtsvorschriften (z.B. SGB VIII).
- Alle genannten Leistungen sind höchst unterschiedlich organisiert (teilweise als kommunales Angebot, überwiegend aber als Angebot in freier Trägerschaft).
- Die genannten Leistungen sind in unterschiedlichem Maße Gegenstand kommunaler Planung und Steuerung.

Für eine Grundsicherungsstelle stellt sich damit das grundsätzliche Problem, wie sie in einem komplexen Gefüge zusammen mit der Kommune als Jugend- und Sozialhilfeträger und der subsidiär tätigen Wohlfahrtspflege ein bedarfsgerechtes Angebot an sozialintegrativen Leistungen planen und verfügbar machen kann.

Diese grundlegende Schwierigkeit wird zusätzlich durch die Form der Aufgabenwahrnehmung erschwert: Mit der Durchführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) sind die Agenturen für Arbeit und die Kommunen beauftragt. Die Agenturen sind für die materiellen und die aktivierenden Leistungen zuständig, die Kommunen für die Kosten der Unterkunft und die ergänzenden Leistungen (Kinderbetreuung, Schuldnerberatung, psychosoziale Betreuung und Suchtberatung). Im Regelfall bildeten die beiden Träger bisher eine Arbeitsgemeinschaft, die sogenannte ARGE (§ 44b SGB II). Diese Konstruktion wurde durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Dezember 2007 hinfällig, da sie nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Im Rahmen der Experimentierklausel nach § 6c SGB II haben 69 Kommunen die Option erhalten, alle Leistungen nach SGB II in alleiniger Trägerschaft zu erbringen (zugelassene kommunale Träger). Wo es zu keiner Einigung über die Gründung einer ARGE kam, nehmen Agenturen für Arbeit und Kommunen die gesetzlich definierten Aufgaben getrennt wahr (getrennte Aufgabenwahrnehmung). Durch die Koaliti-

onsvereinbarung vom 16. Oktober 2009 wurde diese „Ausnahme“ jetzt zur Regel – zumindest bis zur nächsten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

ARGEn und Standorte mit getrennter Aufgabenwahrnehmung können in der Regel nicht unmittelbar über die kommunalen sozialintegrativen Leistungen verfügen – das macht die ohnehin komplexe Ausgangslage (siehe oben) noch komplizierter.

Denn eine Grundsicherungsstelle kann nicht ohne Weiteres auf „sozialintegrative Leistungen“ zugreifen und sie ihren erwerbsfähigen Hilfebedürftigen zur Verfügung stellen. Vielmehr ergibt sich eine komplexe Steuerungsproblematik. Denn die „Leistungskette“ arbeitsmarktbezogener Dienstleistungen im SGB II (hierzu gehört die Tätigkeit von „persönlichen Ansprechpartnern“ wie von Fallmanagerinnen und Fallmanagern) folgt zwei grundlegenden, aber unterschiedlichen Prozesslogiken: Um die Integration erwerbsfähiger Hilfeberechtigter in den Arbeitsmarkt zu erreichen, muss die Hilfe integriert, müssen also Beratung, „Profiling“, Hilfeplanung und Leistungssteuerung im Einzelfall systematisch miteinander verknüpft werden (Steuerung erster Ordnung). Und gleichzeitig stehen die Bereitstellung und Organisation von Hilfen im Zentrum des Prozessschritts der Leistungssteuerung: „Leistungssteuerung setzt das um, was in der Hilfeplanung mit den Klienten entwickelt worden ist, verschiebt allerdings durch die Fokussierung auf die Realisierung von Hilfsmöglichkeiten die Perspektive von der Bearbeitung des Einzelfalls auf das Knüpfen von Unterstützungsnetzen.“<sup>5</sup> Es muss also ein organisiertes Hilfeangebot zeitnah zur Verfügung stehen, damit im Einzelfall geholfen werden kann. Dieses Hilfeangebot muss erst einmal festgestellt und ggf. erstellt werden (Steuerung zweiter Ordnung). Leistungssteuerung ist aber nur dann effektiv, wenn sie auf einer Steuerung des Angebots auf Systemebene aufbaut. Die Angebotssteuerung muss dabei zwei Grundaufgaben wahrnehmen: Bei der Planung kommt es darauf an, mithilfe einer Bedarfsanalyse (Bestimmung von Zielgruppen vor dem Hintergrund lokaler Arbeitsmarktbedingungen) strategische Ziele zu definieren, um auf dieser Basis über die Beschaffung notwendiger Angebote zu entscheiden. Bei der Koordination geht es darum, Träger und Anbieter frühzeitig in die Planung einzubeziehen und zu Absprachen über das bereitzustellende Angebot an Maßnahmen und sozialintegrativen Hilfsangeboten zu kommen.

Steuerung erster Ordnung heißt konkret, dass in der Beratung etwa ein Problem mit der Kinderbetreuung erkannt und anerkannt wird. Die persönlichen An-

---

5 Ministerium für Wirtschaft und Arbeit des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.): *initiativ in NRW – Case Management. Theorie und Praxis*. Düsseldorf 2003, S. 8.

sprechpartner sind daraufhin gefordert, entsprechende Hilfeangebote zu vermitteln. Hierzu muss aber ein geeignetes Hilfeangebot zur Verfügung stehen und den persönlichen Ansprechpartnern bekannt sein. Aus den bisherigen Evaluationen zur Praxis der SGB II-Einrichtungen gibt es genügend Hinweise darauf, dass beides – die Bedarfsermittlung im Einzelfall und ggf. die Vermittlung passender Hilfeangebote – nicht hinreichend stattfindet (vgl. Abschnitt 4).

Die Planung und Koordination eines ausreichenden Angebots an sozialintegrativen Leistungen (Steuerung zweiter Ordnung) haben in der Praxis der SGB II-Einrichtungen einen unterschiedlichen Stand der Entwicklung erreicht. Folgende Varianten der Steuerung eines Angebots lassen sich erkennen:

- Die für die Ausführung des SGB II zuständige Organisation schafft in eigener Regie ein entsprechendes Angebot, z.B. Kinderbetreuungsmöglichkeiten oder eine Schuldnerberatungsstelle. Dieses Angebot ist dann nur für den Personenkreis zugänglich, der nach dem SGB II leistungsberechtigt ist. Dieser hat dann auch nur eine begrenzte Wahlfreiheit; allerdings ist ein schneller Zugriff auf die Leistung möglich – Wartezeiten können vermieden werden.
- Die für die Ausführung des SGB II zuständige Organisation bedient sich eines lokal vorhandenen Angebots, ohne spezifische Formen der Steuerung zu entwickeln. Hilfeberechtigte, bei denen ein Bedarf an „sozialintegrativen Leistungen“ gesehen wird, werden an die entsprechenden, bereits existierenden Einrichtungen, Beratungsstellen etc. verwiesen. Diese Handhabung ist unkompliziert und realisiert eine optimale „Wahlfreiheit“ aufseiten der Hilfesuchenden. Allerdings setzt sie voraus, dass der vorhandene Bedarf gedeckt werden kann.
- Die für die Ausführung des SGB II zuständige Organisation schließt spezielle Vereinbarungen mit einzelnen Trägern von Einrichtungen ab, in denen Regelungen zu Kontingenten, vorrangiger Behandlung, Schweigepflichtsentscheidung, Dokumentation getroffen werden. Weiterer Gegenstand solcher Vereinbarungen können Art und Höhe von Leistungsentgelten bzw. Fallpauschalen sein. Auf diese Weise werden Träger in Planungsprozesse eingebunden, gleichzeitig wird jedoch die Wahlfreiheit von Angeboten reduziert.
- Intensiver ist die Steuerung, wenn trägerübergreifend Verfahrensabläufe und „Leistungsketten“ definiert werden. Auch hier gilt die Einschränkung der Wahlfreiheit – im Gegenzug wird die Transparenz von Verfahrensabläufen gesteigert.

Im Folgenden werden am Beispiel der Kinderbetreuung die Probleme der Steuerung erster und zweiter Ordnung in ihrer Verknüpfung diskutiert.

## 2. Kinderbetreuung als Beispiel lokaler Governance

Jede Beschäftigung mit „Steuerung“ in einem politischen Feld muss sich mit dem Unterschied zwischen „Steuerung“ im Sinne eines akteurszentrierten Prozesses und „Governance“ im Sinne einer Regelungsstruktur auseinandersetzen, auf die Renate Mayntz hingewiesen hat.<sup>6</sup> „Governance“ bezeichnet „das Gesamt aller nebeneinander bestehenden Formen der kollektiven Regelung gesellschaftlicher Sachverhalte: von der institutionalisierten zivilgesellschaftlichen Selbstregelung über verschiedene Formen des Zusammenwirkens staatlicher und privater Akteure bis hin zu hoheitlichem Handeln staatlicher Akteure“<sup>7</sup>. Das bedeutet, dass sich die Governance-Analyse auf Strukturen richtet, während die Analyse von „Steuerung“ auf den Prozess fokussiert, innerhalb dieser Strukturen Handeln individueller oder kollektiver Akteure zu beeinflussen: Man kann „die Steuerungstheorie als akteurszentriert und die Governance-Theorie als institutionalistisch bezeichnen.“<sup>8</sup> Gerade „Steuerung zweiter Ordnung“ kann nur in der Auseinandersetzung mit Strukturen der „Governance“ angemessen konzipiert und analysiert werden, wobei deutlich sein muss, dass „Steuerung“ immer aus der Perspektive eines einzelnen Akteurs betrachtet werden muss. Genau dies ermöglicht es, unterschiedliche und sich z.T. widersprechende Steuerungsversuche verschiedener Akteure zu identifizieren.

Allerdings sieht Mayntz die Verschiebung der Analyseperspektive eher skeptisch: „Der Perspektivenwechsel von Steuerung zu Governance erschwert es jedoch zugleich, sich mit bestimmten Fragen zu beschäftigen, die für das steuerungstheoretische Paradigma zentral waren. So erschwert es der Wegfall einer klaren Trennung zwischen Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt in der Governance-Perspektive, die Steuerungsproblematik systematisch anzusprechen.“<sup>9</sup>

---

6 Mayntz, R.: Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, in: Schuppert, F. (Hrsg.): Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, Baden-Baden 2006 (2. Aufl.), S. 11–20.

7 Mayntz, R.: Governance im modernen Staat, in: Benz, A. (Hrsg.): Governance – Regieren in komplexen Systemen. Eine Einführung, Wiesbaden 2004, S. 66.

8 Mayntz (Fußn. 6), S. 16.

9 Mayntz (Fußn. 6), S. 17.

Ein Bindeglied zwischen „Governance“ und „Steuerung“ sind „Regulierungsinstrumente“,<sup>10</sup> genauer das Zusammenspiel von Regulierungsart (Hierarchie, Markt, Netzwerk) und konkretem Regulierungsinstrument. Diese dienen der Steuerung in einem bestimmten Politikfeld, sind aber inhaltlich und formal gleichzeitig durch institutionelle Strukturen geprägt. So hängt es von der Stellung eines kollektiven Akteurs im Geflecht der Governance-Strukturen ab, ob er Instrumente regulativer Steuerung verwenden kann (Gesetze, Verordnungen, Weisungen) oder auf „weichere“ Instrumente (Information) verwiesen ist.

Dies soll am Beispiel der Kinderbetreuung kurz skizziert werden.

Bereits die Regelungen auf bundesgesetzlicher Ebene sind recht komplex. Zunächst ist die Kinderbetreuung als Leistung der Jugendhilfe über das SGB VIII normiert, und zwar die Förderung in Tageseinrichtungen in § 22 und die Tagespflege in § 23 SGB VIII, während § 90 SGB VIII eine „Härtefallregelung“ im Hinblick auf die finanziellen Belastungen der Erziehungsberechtigten enthält. Im SGB II regelt der Gesetzgeber über § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II, dass „die zuständigen kommunalen Träger darauf hinwirken (sollen), dass erwerbsfähigen Erziehenden vorrangig ein Platz zur Tagesbetreuung des Kindes angeboten wird“, und reiht über den § 16a SGB II Kinderbetreuung in die „sozialintegrativen Leistungen“ ein, die die Eingliederung in Arbeit unterstützen sollen. Das Kindertagesstättenausbaugesetz (TAG) erweitert ab 2013 den Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz auf die Einjährigen, wodurch die Kommunen zu erheblichen Anstrengungen im Ausbau von Krippenplätzen bzw. Tagespflege gezwungen werden. Und das SGB III enthält in § 83 die Vorschrift, dass im Falle einer Teilnahme an Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung (FbW) Kinderbetreuungskosten bis zu einer Höhe von 130,- € übernommen werden – diese Vorschrift trifft auch Grundsicherungsstellen, die solche Maßnahmen im SGB II anbieten.

Neben diesen bundesgesetzlichen Regelungen spielen die Bundesländer eine maßgebliche Rolle, einmal über die Landesausführungsgesetze zum SGB VIII, dann aber auch durch ihre Zuständigkeit für die Grundschulen, die Möglichkeit, das Geschehen in den Kindertageseinrichtungen durch besondere Bildungspläne (z.B. in Hessen und Bayern) inhaltlich zu beeinflussen, und spezielle Förderprogramme, z.B. zum Ausbau der Tagespflege. Im Kontext des SGB II kommen – nach der aktuellen Rechtslage – die Länder insbesondere im Rahmen der Aufsicht ins Spiel, eine Rolle, die landesrechtlich unterschiedlich ausgefüllt wird.

---

10 Schuppert, F.: Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen, in: Schuppert, F. (Hrsg.): Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, Baden-Baden 2006 (2. Aufl.), S.395.

Auf der lokalen Ebene sind eine Reihe unterschiedlicher Akteure zu identifizieren: die kreisfreien Städte und Landkreise sowohl in der Rolle als Einrichtungsträger (Städte) wie als Planungs-, Gewährleistungs- und Kontrollinstanz (z.B. über die Erteilung von Betriebs- bzw. Pflegeerlaubnissen), kreisangehörige Städte und Gemeinden als Einrichtungsträger, Grundschulen, freie Träger (von Bildungsträgern über Elterninitiativen bis zu Kirchengemeinden), gewerbliche Anbieter und Betriebe und Personen, die die Tagespflege übernehmen.

Abbildung 1 gibt einen kleinen Überblick über die Governance-Struktur im Bereich der Kinderbetreuung, wobei der Bogen zwischen arbeitsmarktpolitischem und bildungs- bzw. familienpolitischem Feld bereits geschlagen wird.

Abbildung 1: Multi-Level-Governance der Kinderbetreuung

<b>Multi-Level-Governance der Kinderbetreuung</b>		
	<b>Bildungs-/Familienpolitik</b>	<b>Arbeitsmarktpolitik</b>
<b>Bund</b>	§§ 1, 22-24 und § 90 SGB VIII, TAG	§§ 1, 10, 16a SGB II, § 43 SGB III Zielvereinbarungen BMAS-BA, HA der Bundesagentur
<b>Land</b>	Landesausführungsgesetze Förderprogramme Bildungs- und Erziehungspläne Schuladministration, z. B. Schulämter	Landesausführungsgesetze Förderprogramme (z. B. PIA), Regionaldirektion
<b>Lokal</b>	Kommune als Planungsinstanz Kontrolle: Betriebs- und Pflegeerlaubnis Qualitätsstandards JHA, AG nach § 78 SGB VIII Schulen freie Träger, gewerbliche Träger, Betriebe, Kommune als Träger Tagesmütter	Grundsicherungsstelle Agentur für Arbeit Bildungsträger Beschäftigungsträger

Von der gesetzlichen Ausgangslage her ist der Steuerungsauftrag der Kommunen unbestritten, auch wenn sie selbst nicht als Einrichtungsträger auftreten sollten. Dabei greifen sie häufig zu einem „Steuerungsmix aus öffentlicher Gewährleistung und Rahmensetzung (einschließlich politischer Entscheidungsvor-

bereitung), Beteiligungskulturen (Eltern, Träger, Initiativen) und marktförmigen Elementen“.<sup>11</sup>

Zentral für die Wahrnehmung der Steuerungsfunktion ist die Vorschrift des § 22 Abs. 1 SGB VIII, die auf die Grundnorm des Kindeswohls verweist: „In Kindergärten, Horten und anderen Einrichtungen, in denen sich Kinder für einen Teil des Tages oder ganztags aufhalten (Tageseinrichtungen), soll die Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit gefördert werden.“ Hiervon wird noch zu sprechen sein (Abschnitt 4).

Allerdings wird die Planungs- und Steuerungsfunktion verschieden wahrgenommen, zudem stellen sich für kreisfreie Städte bzw. Landkreise je nach landesrechtlicher Zuständigkeitsregelung höchst unterschiedliche Bedingungen.

So ist in dem von uns untersuchten Landkreis der Kreis zwar für die Jugendhilfeplanung zuständig, in seinen Möglichkeiten jedoch strukturell eingeschränkt:

*„Die Planung hier, in Bezug auf den Landkreis ist anders zu sehen. Ich habe nie so nah geplant, auch weil ich keinen Zugriff auf Städte oder Gemeinden habe. Eine Stadt hat andere Zahlenmaterialien und Statistiken, dies haben wir als Landkreis nicht. Wir müssen es für viel Geld einkaufen oder es bei Städten und Gemeinden abfragen. Die Schwierigkeit für einen Landkreis ist es, ganz klar anhand von Zahlen zu planen.“<sup>12</sup> 14,5*

Die Grundsicherungsstelle hat mit der Planung und Steuerung (fast) nichts zu tun, deshalb ist das SGB II auch kein Thema für die kommunalen Planungsinstanzen.

*„Frage: Ich bin überrascht, dass alles rund um das SGB II kein Thema in der Steuerungsgruppe ist. Antwort: Ist es auch weniger, das stimmt. Obwohl der Geschäftsführer der ARGE drin sitzt. Er will ganz vieles anstoßen, er kommt aber glaube ich nicht weiter. Er will Alleinerziehende mehr in Arbeit kriegen, mehr Kinderbetreuung, kommt damit aber nicht weiter und ich weiß nicht woran das liegt.“ 14,3*

---

11 Müller, G./Preßmar, W.: Die Trägerlandschaft in Frankfurt am Main und ihre Qualität(en) – Thesen, in: Stadt Frankfurt (Hrsg.): Kita-Träger und ihre Qualitäten. Dokumentation einer Fachtagung, Frankfurt am Main 2002, S. 42.

12 Die Zitate im Text sind den detaillierten Protokollen der Experteninterviews entnommen, die an beiden Projektstandorten durchgeführt wurden, die erste Ziffer gibt die Nummer des Interviews, die zweite die Seitenzahl der Transkription wieder.

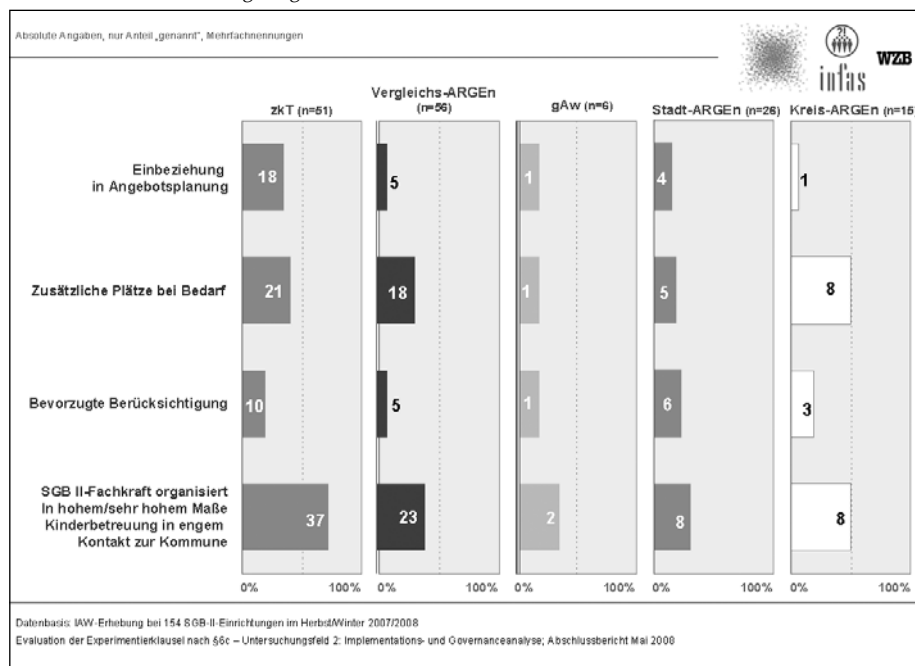
Damit fließen auch keine Daten über Betreuungsbedarfe in die Jugendhilfeplanung ein:

*„Mir fällt jetzt auf, dass wir die Auswirkung des SGB II eher global diskutieren, aber wir bauen keine konkrete Planung anhand von Daten auf.“ 14,4*

*„Im Kindertages- und Betreuungsbereich ist es sehr schwer, da anhand des Berichtswesens kaum abgefragt wird, was SGB II ist. Wie hoch sieht unser Bedarf für Alleinerziehende aus, dies kann aufgrund des Berichtswesens nicht herausgearbeitet werden. Der Bedarf ist nicht klar, also kann auch nicht reagiert werden.“ 14,2*

Wie die Evaluation nach § 6c SGB II gezeigt hat, ist diese Situation symptomatisch für den Bereich der ARGEn. In der IAW-SGB II Organisationserhebung (2. Welle) machten Grundsicherungsstellen Angaben zu ihrer Beteiligung bei der Planung von Angeboten nach § 16 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 4 SGB II (seit 1.1.2009 § 16a SGB II). Abbildung 2 dokumentiert die in dieser Erhebung genannten Kooperationsformen bei der Planung und Steuerung der Kinderbetreuungsangebote seitens der SGB II-Einrichtungen.

Abbildung 2: Beteiligung der SGB II-Träger bei der Planung und Steuerung der Kinderbetreuungsangebote<sup>13</sup>



Quelle: FH Frankfurt/infas/WZB (Fußn. 1), S. 155.

Die hier erkennbare bessere Situation der zugelassenen kommunalen Träger<sup>14</sup> dürfte damit zusammenhängen, dass die Kommunen bereits frühzeitig auf die erwartete neue Bedarfssituation reagiert und das Angebot an Kinderbetreuung entsprechend ausgeweitet hatten: Fast 46 % der befragten Optionskommunen, die Auskunft gaben, wiesen auf einen Ausbau im Zusammenhang mit dem SGB II hin, bei ARGEn waren dies nur 15 %. Dabei fällt auf, dass hier über ein Drittel der Befragten angab, nicht zu wissen, ob überhaupt ein Ausbau stattgefunden

13 Die Darstellung stammt aus der Evaluation der Optionsklausel nach § 6c SGB II. Dort wurde im Rahmen des Untersuchungsfeldes 1 „Implementations- und Governanceanalyse“ anhand einer Stichprobe von 154 SGB II-Einrichtungen die Umsetzung der Leistungsprozesse des SGB II in der Praxis untersucht (vgl. FH Frankfurt u.a. [Fußn. 1]). Der Fragestellung der Evaluation folgend wurde zunächst zwischen „zugelassenen kommunalen Trägern“ (zKT) und den ARGEn unterschieden, die eine nach wissenschaftlichen Kriterien gebildete Vergleichsgruppe („Vergleichs-ARGEn“) bildeten. Daneben gab es eine Gruppe von Standorten mit getrennter Aufgabenwahrnehmung (gAW), eine Gruppe von ARGEn aus kreisfreien Städten (Stadt-ARGEn) und ARGEn aus Kreisen (Kreis-ARGEn).

14 Wie in Abschnitt 4 gezeigt wird, wird diese auf der Planungsebene bessere Situation der zKT operativ nicht in vollem Maße genutzt.

habe – ein für ARGEn typisches Bild, das auch im Hinblick auf die übrigen Angebote nach § 16 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 4 SGB II auftritt und die Spaltung in der Leistungserbringung zwischen ARGE und kommunalem Träger verdeutlicht.

Angesichts dieser Situation gibt es für die Grundsicherungsstellen vier Alternativen:

a) Die Steuerung der Kinderbetreuung liegt in der Hand der Kommune, die Grundsicherungsstelle verlässt sich darauf, dass das Angebot quantitativ und qualitativ zureichend vorhanden ist, und unternimmt keinen Versuch der Einflussnahme.

b) Die Steuerung der Kinderbetreuung bleibt bei der Kommune, die Grundsicherungsstelle versucht jedoch, direkt oder indirekt Einfluss zu nehmen, z.B. über den Jugendhilfeausschuss. Hier haben es Optionskommunen deutlich einfacher, insbesondere wenn es eine gemeinsame Planungsinstanz gibt, wie in folgendem Beispiel: *„Bei der Kinderbetreuung habe ich zusammen mit der Planungsabteilung zunächst in die ‚Trickkiste‘ gegriffen und für einzelne Angebote ungefähr den Bedarf abgeschätzt (betreuende Grundschule, Krippe, Hort usw.) und Kapazitäten geschaffen.“* 1,5

Besteht diese Möglichkeit nicht, muss auf ein „Netzwerk“ formeller oder informeller Beziehungen zurückgegriffen werden. So sieht dies auch der Geschäftsführer der ARGE: *„Ein besonderer Schwerpunkt ist dabei die Netzwerkarbeit. Das fängt bei mir an, denn ich sitze in zig Gremien, in der Steuerung, das geht weiter mit Arbeitsgruppen.“* 2,4 und *„Ich besuche zweimal im Jahr die Bürgermeisterversammlung, da kann ich den einen oder anderen Bürgermeister schon mal kitzeln. Da der Kreis hier kein Vertragspartner ist, kann man an die Gemeinden nur appellieren. Das gilt für die klassischen Kindergärten.“* 2,6

Der Erfolg des Steuerungsversuchs hängt davon ab, wie stabil bzw. verbindlich dieses Netzwerk ist.

c) Die SGB II-Einrichtung kauft Plätze ein: *„Genau, die bedienen wir schlichtweg, die bevorzugen wir. D.h. vorbei an Warteliste und sozialer Dringlichkeit, die bedienen wir schlichtweg bevorzugt. Wir haben einen Vertrag mit der ARGE und die bezahlen uns die Plätze. Das ist so ähnlich wie mit einem Betriebskindergarten. (...) Es kommt vor Ort nicht immer so an, für uns ist es jedoch der formelle Ablauf.“* 25,2

Diese Alternative stellt den klassischen Fall marktlicher Steuerung dar, eine Leistung wird „eingekauft“. Dies führt – wie in unserem Beispiel – dazu, dass die Grundsicherungsstelle für ihre Klientel jenseits von Wartelisten Vorteile schafft – dies dient nicht unbedingt dem sozialen Ansehen der auf diese Weise bevorzugten Personen.

- d) Die SGB II-Einrichtung entwickelt ein eigenes Angebot und schafft damit eine „Sondereinrichtung“: *„Da bin ich sehr sensibel, wenn das Fallmanagement meldet, dass in bestimmten städtischen Gebieten keine Kinderbetreuung zu organisieren ist, dann würde ich zusammen mit der Planung schauen, was die zuständige Abteilung vorhat. Wenn die Abteilung ohnehin einen Ausbau plant, dann halte ich mich sofort raus. Wenn aber nichts geplant ist und ich sehe dennoch den Bedarf, dann habe ich zwei Möglichkeiten: entweder ich kaufe einen Dritten ein oder organisiere das intern irgendwie.“* 1,5

Diese Alternative vertraut auf direkte Steuerung qua hierarchischer Entscheidung: Um eine Versorgungslücke zu schließen, tritt die Grundsicherungsstelle entweder direkt oder indirekt (d.h. über einen Dritten) als Einrichtungsträger auf und schafft damit Parallelstrukturen für eine abgegrenzte Klientel. Sie ist damit zwar in die bereichsspezifischen Regelungsstrukturen (z.B. Betriebserlaubnis) eingebunden, ansonsten in ihren Handlungen aber weitgehend autonom. Die Grundproblematik liegt hier eindeutig darin, dass für Langzeitarbeitslose bzw. deren Kinder separate Strukturen und Angebote entwickelt werden.

### 3. Unterschiedliche Politikfelder und ihre „Logik“

Die Analyse der Governance-Strukturen im Schnittbereich zwischen Kinderbetreuung und Arbeitsmarktpolitik (SGB II) weist auf ein grundsätzliches Problem hin: die „institutionelle Zergliederung der Lebenswelt“.<sup>15</sup> Mit dem sukzessiven Ausbau der Kommunalverwaltung im Sozialstaat seit Anfang des 20. Jahrhunderts wurde die Gesamtaufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge in funktionale Teilaufgaben zerlegt – und parallel hierzu staatlicher Regulierung unterworfen. Bei den auf diese Weise verselbstständigten Institutionen handelt es sich um Organisationen, die im historischen Entwicklungsprozess eine hinreichende Autorität erlangt haben, um bestimmte Aufgaben im Namen der Gesellschaft – quasi monopolistisch – wahrzunehmen und darüber „Zuständigkeiten“ zu reklamieren oder aber zurückzuweisen. Hierüber bildeten sich historisch mehr oder

---

15 Schubert, H.: Netzwerkkooperation – Organisation und Koordination von professionellen Vernetzungen, in: Ders. (Hrsg.): Netzwerkmanagement, Wiesbaden 2008, S. 7–105.

weniger gegeneinander abgeschottete „Politikfelder“ (z.B. Arbeitsmarktpolitik, Bildungspolitik, Jugendhilfepolitik) und „organisationale Felder“ (z.B. Agenturen für Arbeit, Beschäftigungsträger, öffentliche und freie Träger der Jugendhilfe, Beratungsstellen etc. mit den entsprechenden Binnenbeziehungen) aus.<sup>16</sup> Daran ändert auch die Reformwelle des „New Public Management“ nichts – zwar führte sie vielerorts zur Implementation von Verfahren betriebswirtschaftlich inspirierter Steuerung, doch reichen diese nur selten über Ressortgrenzen hinaus. Infolge dieser Zergliederung erfahren die Menschen Dienstleistungen nicht mehr ganzheitlich, sondern funktions- und hierarchiebezogen in eine Vielzahl von Zuständigkeiten zersplittert.

Die vertikale und horizontale Trennung der im Lebensumfeld der Individuen und ihrer Haushalts- bzw. Adressatensituation tätigen Dienstleistungseinrichtungen durch Funktions- und Hierarchiebarrieren führt rasch dazu, dass Informationen untereinander nicht mehr weitergegeben werden und Prozesse einer gegenseitigen Abschottung einsetzen.<sup>17</sup> Schubert spricht von „operativen Inseln“, auf denen die professionellen Akteure der verschiedenen Ressorts relativ isoliert agieren. Gemeinsame Schnittstellen werden von ihnen nicht mehr wahrgenommen, was den Aufbau von Doppelstrukturen und Wiederholungen von Handlungsansätzen begünstigt.<sup>18</sup>

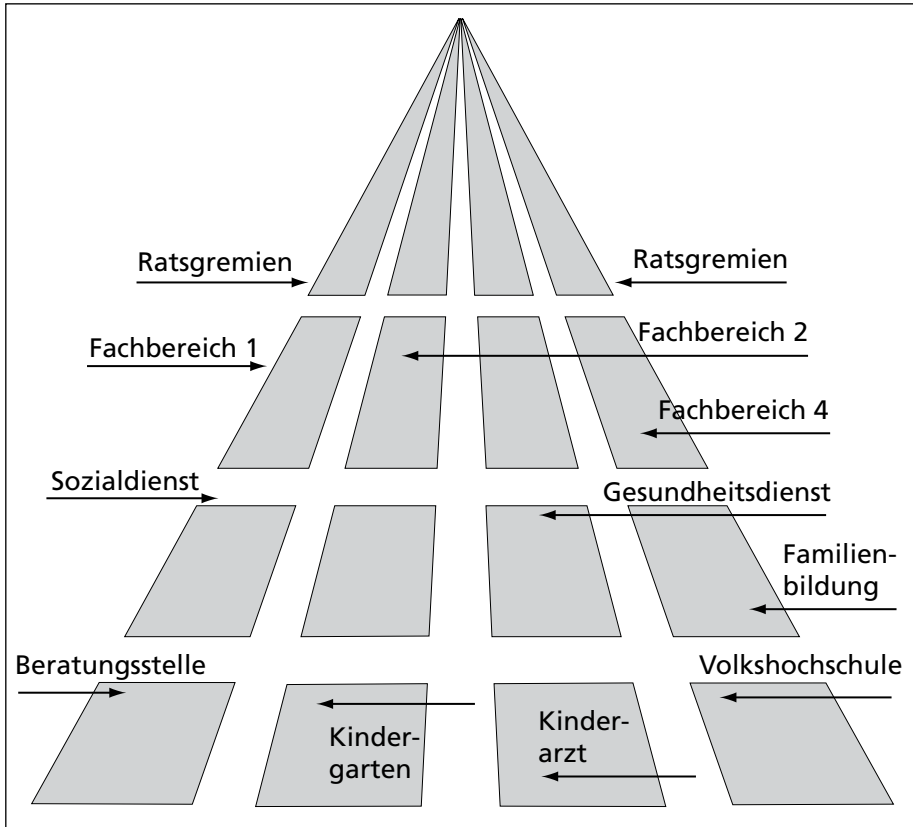
---

16 Vgl. DiMaggio, P. J./Powell, W. W.: Das „stahlharte Gehäuse“ neu betrachtet: Institutioneller Isomorphismus und kollektive Rationalität in organisationalen Feldern, in: Müller, H.-P./Sigmund, S. (Hrsg.): Zeitgenössische amerikanische Soziologie, Opladen 2000.

17 Schubert (Fußn. 15), S.20.

18 Schubert (Fußn. 15), S.21, vgl. Schaubild 1.

Abbildung 3: Lokale Wohlfahrtsproduktion in „operativen Inseln“



Quelle: Schubert (Fußn. 15), S.21.

Dies wird durch die gängigen Verfahren der Messung des „Erfolgs“ von Organisationen noch gesteigert, wie am Beispiel des Zielsystems im SGB II zu sehen ist. Wenn der Erfolg der Grundsicherungsstellen rein arbeitsmarktpolitisch an der Integrationsquote gemessen wird, müssen differenziertere Überlegungen zurücktreten, geraten sozial-, bildungs- und familienpolitisch ausgerichtete Aktivitäten zum „Mittel zum Zweck“. Kinderbetreuung wird aus dieser Perspektive nicht als Dienstleistung für das Kind gesehen (wie es der § 22 SGB VIII nahelegt), sondern instrumentell als Vehikel, um die Vermittelbarkeit der Mutter in Maßnahmen bzw. Beschäftigung sicherzustellen (Zielsetzung des SGB II).<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Dienstleistungstheoretisch betrachtet führt das zu einer folgenschweren Verkürzung der Perspektive: Es geht nicht mehr um eine konkrete Leistung, die qualitativ zu bemessen

Die Praxis der Umsetzung des § 16a SGB II setzt zur Überwindung dieser Zersplitterung auf die Konstitution von interinstitutionellen Kooperationsbeziehungen und „Netzwerken“. Bei der Bildung von Netzwerken, die unterschiedliche Politikfelder miteinander verknüpfen, kann sich die Zugehörigkeit zu bestimmten politischen und organisationalen Feldern jedoch als Strukturdominante erweisen – mit durchaus negativen Folgen für die Kooperation. So konnte im Bereich von Unternehmensnetzwerken am Beispiel der optischen Industrie gezeigt werden, „dass die fundamentalen Strategien des wissenschaftlichen Feldes auch in Kooperationsprojekten mit Wirtschaftsakteuren erhalten bleiben. Entgegen der Vermutungen von Autoren, die einen Bedeutungs- und Legitimationswandel hin zu einer stärkeren unternehmerischen Orientierung von Wissenschaftlern konstatieren,<sup>20</sup> legen Meier und Müller dar, dass die akademische Orientierung bei den erfahrenen Kooperatoren besonders stark ausgeprägt ist.<sup>21</sup> Wenn die ökonomischen mit den wissenschaftlichen Interessen abgewogen werden, sind es doch schließlich die Letzteren, die den Ausschlag geben. Die institutionellen Grenzen zwischen Wissenschaft und Wirtschaft bleiben damit an der Schnittstelle bestehen, auch wenn Einflüsse der Wirtschaft etwa in der Konzentration auf vorwettbewerbliche Forschung deutlich erkennbar sind.“<sup>22</sup>

In der Konsequenz bedeutet dies, dass bei konkreten Governance- oder Netzwerkanalysen darauf geachtet werden muss, welchen organisationalen Feldern die Akteure angehören und ob diese organisationalen Felder gegeneinander abgeschottet sind. Ist dies der Fall, könnten sich eine Reihe realer Kooperationsprobleme als Resultat unterschiedlicher Signifikanz- oder Legitimationsstrukturen erweisen, die für das Handeln der jeweiligen Akteure wirkmächtiger sind als die Regeln der Kooperation.

Dies gilt, wie die hier präsentierten Interviews zeigen, in besonderem Maße für die Kooperation zwischen Grundsicherungsstelle und Jugendhilfeträger. Hintergrund sind die unterschiedlichen Orientierungen, die die jeweiligen Felder strukturierenden Gesetze vorgeben: im SGB II die Integration der Mutter in Erwerbstä-

---

wäre (so sieht dies vielleicht die Mutter), sondern um das Leistungsangebot, das auf quantitative Dimensionen verkürzt werden kann: auf Einsatzzeit und Einsatzdauer.

20 Knie, A./Simon, D.: Forschung im Cross-Over Modus. Wissenschaftliche Ausgründungen in neuen Arrangements der Wissensproduktion, WZB Discussion Paper, Berlin 2006.

21 Vgl. Meier, F./Müller, A.: Wissenschaft und Wirtschaft. Forschung im Zeitalter des akademischen Kapitalismus, in: Krücken, G. (Hrsg.): Universitäre Forschung im Wandel. Die Hochschule, SH 1/2006, S. 98–115.

22 Blümel, C.: Institutionelle Muster der Wissensproduktion in den optischen Technologien: Feldtheoretische Perspektiven zur Interpretation von Netzwerkstrukturen, in: Stegbauer, C. (Hrsg.): Netzwerkanalyse und Netzwerktheorie: ein neues Paradigma in den Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, S. 140.

tigkeit mit Kinderbetreuung als „Mittel“ (hier reicht die Existenz eines quantitativ hinreichenden Angebots), im SGB VIII die Förderung der „Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit“ (§ 22 SGB VIII), die eine bestimmte qualitative Dienstleistung voraussetzt – das rein quantitative Angebot ist hier nicht zureichend.

Letzteres wird an beiden Standorten von den Akteuren aus der Jugendhilfe deutlich gemacht.

*„Wir sind ja kein Lager, wo eine Spedition Waren zwischenlagert. Zwischen den Eltern, den Kindern und dem Betreuungsort passiert ja was und das schließt sich manchmal auch aus. Wenn eine Mutter in eine Kita kommt und auf einmal feststellt, was da für Regeln, Rituale und Anforderungen auf sie zukommen, merkt sie recht schnell, dass sie diesen Dingen gar nicht gerecht wird. Per se gibt es nicht sofort mit einem Platz auch einen Vertrag, sondern ein Eingewöhnen, ein Kennenlernen, ein Realisieren, was das eigentlich für das Kind bedeutet ... Also ganz viele weiche Faktoren, die erstmal zu klären sind, bevor diese Betreuung tatsächlich stattfindet.“ 25,5 und*

*„Diese Eingewöhnung der Kinder hat einen hohen Stellenwert, Ablösungsprozesse von der Mutter, Eingewöhnungsprozesse, Beziehungsaufbau, Vertrauen ... Bis so ein kleines Kindchen wirklich den ganzen Tag betreut werden kann, dauert es erstmal eine Zeit. Das ist ganz normal und von daher verlangen wir das auch. Eine sorgfältige Eingewöhnung, eine Hinführung des Kindes ist wichtig, damit es sich irgendwann in diesem Setting Kita bewegen kann und wohlfühlt, seine Chancen erkennt und sich nicht in einem angstbesetzten Betreuungsbereich befindet. Da sind wir sehr kindzentriert und verlangen von den Eltern auch ein hohes Maß an Mitwirkung.“ 25,6*

Ein weiteres Problem ist das Verhältnis der (jungen) Mütter zur Tagespflege, das von den persönlichen Ansprechpartnern zu wenig ernst genommen wird:

*„Diese Tagesmütter machen aber besonders auf die sehr jungen Mütter einen schlechteren Eindruck, da sie denken, sie geben ihr Kind an eine fremde Mutter. Das schien Ängste zu wecken und viele Mütter wollten das nicht. Selbst die jungen Mütter haben diese Möglichkeiten zur Kinderbetreuung gar nicht in dem Maße genutzt, welches möglich gewesen wäre, weil sie die drei Jahre für ihr Kind haben wollten. Wir hatten auch teilweise den Eindruck, dass dieses Muttersein eine Flucht aus einer sehr schwierigen Situation ist. Gerade für viele ganz junge Mütter war es wichtig zu sagen, dass sie nun für die nächsten drei Jahre eine*

*Perspektive haben und etwas zu tun haben. Diese Tätigkeit ist auch sozial anerkannt. Ich habe manchmal die Befürchtung, dass die pAps aufgrund der Fallzahl, die sie haben und auch aufgrund der Qualifikation mitunter ein Problem haben, in solche Strukturen einzudringen und diese zu reflektieren. Ich plädiere sehr für vernünftige Betreuungsschlüssel und gute Qualifikationen des Case Managements.“ 7,3*

Entsprechend groß sind die Vorbehalte gegen die Zielsetzung der Grundsicherungsstelle:

*„Wenn Arbeitgeber sehr hohe Anforderungen an die Flexibilität der Eltern stellen (z.B. ausschließlich Spätschicht bis 22 Uhr) und nicht bereit sind, auf Erziehungspflichtigen Rücksicht zu nehmen; wenn es sich um ein Schulkind handelt oder ein Kind mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen. In solchen Fällen fragt man sich auch, warum die ARGE so unerbittlich die Aufnahme eines solchen Arbeitsplatzes einfordert.“ 21,2*

*„Die ganze Diskussion über Vereinbarkeit von Familie und Beruf ist total verlogen, denn den Betrieben geht es überhaupt nicht um Vereinbarkeit. Es geht darum, dass die Jugendhilfe dafür sorgt, dass sie ihre Arbeitskräfte so einsetzen können, wie sie es brauchen. Ich habe noch keine Familie erlebt, die scharf darauf war, morgens um 5 Uhr ihr Kind in die Betreuung zu geben, damit sie ihren Schichtdienst um 6 Uhr antreten können. Immer wenn ich den Beitrag der Betriebe einfordere, wird auf die wirtschaftlich schwierige Lage verwiesen. Dann habe ich schon gesagt, da muss ich mir überlegen, ob damit nicht das Kindeswohl gefährdet ist. Ich habe davon gehört, dass es in Großstädten Kitas gibt, die bis 22 Uhr geöffnet haben. Das würde ich nicht mitmachen als Jugendamt. Vielleicht haben die Betriebe tatsächlich irgendwelche Zwänge, aber dann sollen sie offen sagen, dass sie sich Familienfreundlichkeit nicht leisten können.“ 21,8*

Damit kann dann ein Konflikt hervorbrechen:

*„Dieses Spannungsverhältnis haben wir noch nicht richtig veröffentlicht und thematisiert, aber es bereitet uns immer Sorge. Wir wenden ja zwei Kategorien an. Wir akzeptieren ja unsere Rolle – wir haben einen Auftrag und befinden uns in einer Solidargemeinschaft und müssen unseren Beitrag leisten – da brechen wir aber mit unseren eigenen Ansprüchen. Die just in time Betreuung müsste mindestens ein viertel Jahr Vorlauf haben.“ 25,6*

An beiden Standorten wurden aber Lösungen darüber entwickelt, dass die unterschiedlichen, jeweils durch gesetzliche Normen unterstützten Wertvorstellungen transparent gemacht und diskutiert wurden.

*„Wir haben dann gemeinsam mit dem Fachdienst des Kreises eine Schulung für die persönlichen Ansprechpartner gemacht, d.h. wir haben unser Angebot vorgestellt, Kontaktadressen bekannt gegeben, Betreuungsmodelle vorgestellt und auch Rahmenbedingungen dargestellt. Wir haben auch deutlich gemacht, dass die Eltern für uns eher zweitrangig sind und unser Hauptinteresse einer guten Kinderbetreuung gilt, die bestimmte Standards beinhaltet, z.B. dass ein einjähriges Kind nicht von heute auf morgen untergebracht werden kann, weil etwa Eingewöhnungszeiten berücksichtigt werden müssen.“ 21,1*

Und am zweiten Standort:

*„Manchmal haben wir das Problem, dass Betreuung und Kindeswohl nicht zusammen passen. Häufig fällt es schwer ein Kind bis 16:00 Uhr in den Kindergarten zu geben und danach bis 20:00 Uhr betreuen zu lassen. Dann erfolgen Absprachen mit dem Job Center, dass man dies dem Kind nicht zumuten kann. Wir hatten vor zwei Jahren ein Arbeitstreffen mit dem Job Center. Dort ging es darum, was man den Kindern unter Beachtung des Kindeswohls zumuten kann. Wir haben eine gemeinsame Richtung über die Betreuungszeiten entwickelt.“ 5,2*

Basis der Verständigung ist, dass auch die Akteure aus der Jugendhilfe die Zielsetzungen der Arbeitsmarktpolitik teilen, eben nur nicht bereit sind, sie gegenüber den Zielen der Jugendhilfe dominieren zu lassen. Dies wird deutlich am Beispiel der Alleinerziehenden mit Kindern unter drei Jahren. Eine Mitarbeiterin des Kreises mahnt verstärkte Aktivitäten der ARGE für diese Personengruppe an:

*„Das SGB II geht ja von dem Begriff aus, dass Leute dann ins SGB II gehören, wenn sie unter 65 Jahren sind und drei Stunden unter den Bedingungen des Arbeitsmarktes erwerbsfähig sein können. Bei Menschen mit Kindern unter drei Jahren besteht aber keine Notwendigkeit, dass diese Menschen sich auch aktiv vermitteln lassen wollen. Auf der einen Seite ist das natürlich ausgesprochen positiv, weil in dieser Phase kein Druck ausgeführt wird. Auf der anderen Seite führt es aber meiner Meinung nach auch zu einem Problem, nämlich dass diese Personen in Statistiken von der ARGE nicht auftauchen. Bei knappen Ressourcen werden sich die persönlichen Ansprechpartner natürlich sehr genau überlegen, ob sie ihren Fokus auf diese Personengruppen legen. Schließlich wissen sie, dass teilweise die Bereitschaft gar nicht so hoch ist, sich mit der Thematik der Vermittlung*

*und des Arbeitsmarktes auseinander zu setzen. Außerdem ist objektiv gesehen die Vermittlungsmöglichkeit nicht leicht, da Arbeitgeber da auch ihre Vorbehalte haben. Allerdings sind wir der Meinung, dass genau in diesen drei Jahren viele Weichen gestellt werden können und wo man auch nicht auf die Idee kommen soll, dass man plötzlich nach drei Jahren eine Lösung für das Problem hat, wenn es drei Jahre lang nicht bearbeitet wird.“ 7,2*

In der kreisfreien Stadt wurde sogar aus Mitteln der Jugendhilfe ein gemeinsames Projekt für diese Zielgruppe gestartet:

*„Wir haben in diesem Jahr mit dem Job Center ein gemeinsames Projekt aufgebaut. Wir bieten einen Orientierungskurs für Mütter im SGB II-Bezug an, mit dem Ziel, dass die Frauen Berufsfindungskurse belegen oder eine Beratung erhalten, falls sie in die Selbstständigkeit gehen möchten. Ziel des Kurses ist es, dass die Frauen eine Perspektive für die nächsten fünf Jahre entwickeln. Eventuell wird dies mit Bildungsmaßnahmen umgesetzt oder Frauen formulieren einen Betreuungsanspruch oder werden selbst als Tagesmutter tätig. Die Fachstelle Kindertagespflege ist ebenfalls involviert.“ 5,3*

Mit diesem Projekt verknüpft die Jugendhilfe eigene Zielsetzungen, es geht nicht nur um die Vorbereitung einer Erwerbstätigkeit, sondern auch um die Stärkung der Erziehungskompetenz der Eltern:

*„Der erste Effekt ist, dass man Frauen mit kleinen Kindern und SGB II-Bezug nicht jahrelang vor sich hinsitzen lässt, sondern sie auch in dieser Phase damit zu beschäftigen, ohne schon einen Vermittlungsdruck zu starten und sie damit auch ein bisschen zu aktivieren, da es schwierig zu sein scheint, Frauen nach einer Kinderphase wieder an das Thema Arbeit heranzuführen. Wir als Jugendhilfe verbinden damit das Interesse, Frauen in der Familienphase zu motivieren, sich mit dem Thema Erziehung und Elternkompetenz auseinanderzusetzen. Außerdem bieten wir in diesem Kurs weiterführende Kurse speziell zur Kindererziehung an.“ 17,3*

#### **4. Die Logik der Leistungserbringung**

Die Grundkonzeption des § 16a SGB II sieht programmatisch eine Überwindung der Zersplitterung von Leistungen vor, indem „operative Inseln“ unter einer gemeinsamen Zielsetzung verknüpft werden. Der „Geburtsfehler“ des SGB II ist es jedoch (und er ist bereits im Bericht der „Kommission moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ angelegt), in naiver Weise zu unterstellen, dass sich alle

zu verknüpfenden Akteure einer arbeitsmarktpolitischen Ausrichtung dieser von verschiedenen Akteuren erbrachten Dienstleistungen beugen würden, d.h. den Eigensinn institutioneller Ziele ebenso zu vernachlässigen wie die bereichsspezifische Logik ihrer „Produktion“. Dennoch ist der Anspruch des SGB II berechtigt, bedarfsgerechte Hilfen über ein breites Spektrum von Angeboten hinweg zu realisieren (vgl. §§ 14 ff. SGB II). Die offene Frage ist, wie der Anspruch angesichts einer bereichsspezifischen institutionellen Zersplitterung realisiert werden kann, zumal wenn diese mit Eigenlogiken der zuständigen Institutionen und Organisationen einhergeht.

Eine der zentralen Schnittstellen zwischen Grundsicherungsstelle und Kinderbetreuung ist der *Zugang* zur Leistung. Dieser kann sehr unterschiedlich ausgestaltet sein.

Eine Variante besteht darin, dass die persönlichen Ansprechpartner die Eltern selbst die Kinderbetreuung regeln lassen – quasi als Bestandteil des „Aktivierungsprogramms“<sup>23</sup>:

*„Oftmals geht es bei diesen Eltern darum, aktiviert zu werden, sodass die Fallmanager sie zunächst bitten, sich irgendwo vormerken zu lassen. Damit möchte man sehen, ob die Eltern genug Initiative zeigen, um später bei Umschulungen oder Arbeitsmaßnahmen schon über Erfahrungswerte zu verfügen. Es ist ja auch so, dass der Vertrag zwischen Eltern und Kita geschlossen wird und von daher die Eltern auch immer wieder in ihrer Mitarbeit gefordert sind.“* 25,4

Aber auch aus Sicht der Jugendhilfe spricht etwas für dieses Verfahren:

*„Von Seiten der ARGE war es mal so gedacht, dass sie die Klienten direkt in diese oder jene Einrichtung schicken können. Das haben wir aber abgelehnt, denn die Kindertagesbetreuung zu organisieren, das ist ein Elternrecht. Wenn die Eltern eine bestimmte Einrichtung nicht nutzen wollen, dann ist das ihr gutes Recht. Es gibt eine freie Wahl, nach dem Jugendhilferecht ein Wunsch- und Wahlrecht der Eltern. Es ist Pflicht und Recht der Eltern zu entscheiden, wer die Kinder betreuen soll.“* 21,5

Der Nachteil dieser Vorgehensweise ist, dass Versorgungslücken u.U. nicht (schnell) erkennbar werden.

---

23 Vgl. hierzu auch den Evaluationsbericht von IAQ/FIA/GendA: Bewertung der SGB II-Umsetzung aus gleichstellungspolitischer Sicht. Abschlussbericht, Duisburg, Berlin und Marburg 2009.

Aus diesem Grund spricht einiges für ein Verfahren, das eine Planungsinstanz, in diesem Fall das Jugendamt, einbezieht:

*„Ich habe im Grunde keinen Kontakt zu den Eltern, sondern nur zum Vermittler und zur Kita. Ich bekomme die Daten des Kindes (Name, Alter, Bereich, Datum, Ansprechpartner) – es gibt ein geregeltes Verfahren, dafür gebe ich Ihnen mal den Vordruck (reicht ihn rüber) und von daher hat die Angelegenheit eine gewisse Norm. Sonst haben die Eltern direkt bei uns angefragt und es kam darauf an, wie sie ihre Situation darstellen konnten ... Da hatte ich das Wissen nur von den Eltern. Hier werden die Informationen noch einmal gefiltert und ich gebe die Rückmeldung über meine Absprachen mit der Kita an die Fallmanager weiter. Erst dann kommt es zu einem Kontakt zwischen der Kita und den Eltern.“ 25,3*

Wird die Suche nach einem Betreuungsplatz als Maßstab für die Motivation der Eltern gewertet, so setzt dies voraus, dass ein zureichendes Angebot existiert. Dies ist jedoch nur in Teilbereichen der Fall und liegt z.T. an der (auch) in Deutschland tief verwurzelten institutionellen Logik der „Halbtagsangebote“, die sowohl Kindertagesstätten wie auch Schulen (immer noch) prägt und dann „Umgehungs-lösungen“ (z.B. spezielle „Randzeitenbetreuung“) erzwingt.

*„Ich finde eine große Herausforderung sind die Randzeiten. Ich merke, dass es ein Problem ist, je weniger qualifiziert die Menschen sind, desto schlechtere Arbeitszeiten haben sie oft. Sie bekommen oft nur Arbeitsstellen z.B. im Einzelhandel, mit schwer abdeckbaren Arbeitszeiten. Eltern, die nicht schwerpunktmäßig vormittags arbeiten, haben generell ein Problem mit Kinderbetreuung. Es gibt keine Einrichtung, wo nur nachmittags Kinder aufgenommen werden können. Der Schwerpunkt bei der institutionellen Kinderbetreuung liegt noch auf dem Vormittag. Auf dem Arbeitsmarkt ist aber zunehmend gefragt, dass die Menschen nachmittags oder abends arbeiten. Es sollte über Modelle nachgedacht werden, bei denen die Kinder eventuell nachmittags anfangen.“ 5,6*

Auch in der Tagespflege gibt es Probleme, die vermutlich auf mangelhafte Abstimmung innerhalb des Bereichs selbst zurückzuführen sind: Eltern, die SGB II-Leistungen beziehen, können die Eigenbeiträge nicht aufbringen und scheitern an den komplizierten Finanzierungsmodalitäten.

*„Oft ist es so, dass keine Tagesmutter in unmittelbarer Nähe zur Familie wohnt und die Eltern das Kind zu ihr bringen müssten. Diese Familien haben jedoch oft kein Geld für ein Auto, die Tagesmutter muss das Kind abholen. Problematisch ist es oft, die Benzinkosten zu decken. Der Familie ist dies oft nicht möglich und*

*die Tagesmutter muss sich um den Bedarf des Kindes kümmern. Da sind wir oft an der Grenze zur Unmöglichkeit. Es gibt auch nur wenige Tagesmütter, die in den Haushalt kommen, es sind nicht viele auf der Liste. Und wenn doch, dann wird schon eine Familie betreut und es gibt Probleme mit den Zeiten der anderen Familie. Wenn zusätzliche Mittel gezahlt werden müssen, weil die Tagesmutter zusätzlich Fahrdienste übernehmen muss, Wegezeiten hat und generell einen hohen Aufwand mit wenig Stunden und wenig Entgelt hat, können über den ASD unter Umständen noch Gelder bereitgestellt werden. An dieser Stelle brechen viele Betroffene ab.“ 23, 3*

*„Alleinerziehende, kurz vor der Trennung stehende, die einen Absturz ins soziale Aus haben, die keinen Unterhalt bekommen können, Schülerinnen die schwanger wurden ... Das nimmt zu. Da habe ich auch einige Betreuungen vermittelt, kann es aber nicht an Zahlen festmachen. Ich würde sagen, der Großteil ist leer ausgegangen, weil es einfach zu kompliziert war und die Klienten im Räderwerk von ARGE, ASD und Tagesbetreuung für Kinder abgebrochen sind. Ich habe bemerkt, dass es schon ein Problem für die Klienten ist, Energien aufzubringen, um nicht am Regelwerk, das vor ihnen steht, zu scheitern. Dann aber noch die Anfrage mit den drei verschiedenen Stellen zu klären, oder auch nur das Finanzielle mit ARGE und ASD zu regeln, das ist für die Betroffenen ein ganz großes Problem.“ 23,5*

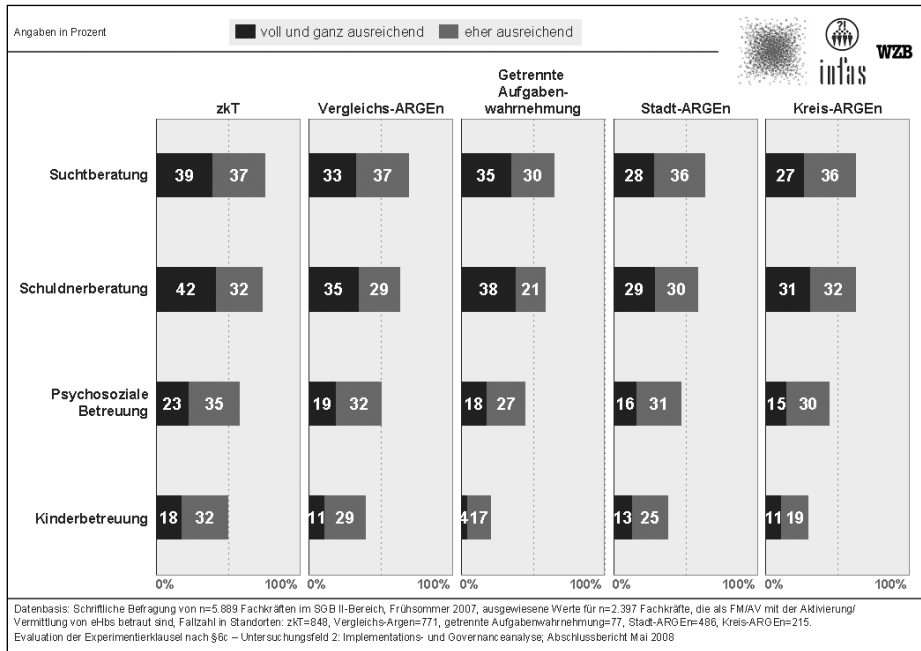
*„Die Klärung der Situation fällt den Klienten oft zu. Menschen die sowieso schon viele Probleme haben, ihren Alltag zu managen, die sich normale Tagesabläufe heftig erkämpfen müssen, weil nichts geordnet abläuft, wenn wir denen nicht sagen, was wo beantragt wird, ist nicht geklärt, welche Handhabe sie haben. Es geht auch um Datenschutz ... Ich fühle mich da oft hilflos. Wie sollen sich die Betroffenen da fühlen? Da merkt man oft, dass die Betroffenen alles über Bord werfen. Die gehen manchmal unter oder haben Angst, es nicht zu schaffen, auch finanziell nicht.“ 23,11*

Wie weit entfernt die Praxis der Umsetzung des SGB II von dem in den §§ 14 und 16 SGB II formulierten Ideal aktuell noch ist, zeigt sich daran, in welchem Umfang die „persönlichen Ansprechpartner“ bei der Gewährung von Eingliederungsleistungen tatsächlich auf „sozialintegrative Leistungen“ zurückgreifen.

Während die meisten zugelassenen kommunalen Träger zumindest indirekt an der Angebotsplanung beteiligt sind, stellt sich im Hinblick auf die Kinderbetreuung die Situation auf der Arbeitsebene kritischer dar. Im Rahmen einer Befragung von Fachkräften merkten diese insbesondere an, dass bei der Kinderbetreuung

häufig das zeitliche Angebot nicht ausreichend bzw. nicht hinreichend flexibel sei (ganztägige Angebote, Angebote über die Mittagszeit oder in den Randzeiten morgens früh oder abends). Es geht hier offensichtlich weniger um die Existenz eines generellen Angebots als vielmehr um das Vorhandensein eines geeigneten Angebots – allerdings in quantitativer Hinsicht.<sup>24</sup>

Abbildung 4: Bewertung der Verfügbarkeit sozialintegrativer Leistungen (Fachkräfte)



Quelle: FH Frankfurt/infas/WZB (Fußn. 1), S. 212.

Obwohl die Angebotssituation bei den zugelassenen kommunalen Trägern etwas besser bewertet wird, sind die Unterschiede insbesondere im Verhältnis zu den Vergleichs-ARGen weitaus weniger ausgeprägt, als es die bessere Situation auf der Planungsebene nahegelegt hätte. Es wäre zu erwarten gewesen, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von zugelassenen kommunalen Trägern einen besseren Zugriff auf die kommunalen Leistungen haben als die von ARGen, de-

24 Datenbasis: Schriftliche Befragung von 5.889 Fachkräften im SGB II-Bereich, Frühsommer 2007; dargestellte Werte jeweils für ARGen mit übertragener Suchtberatung (n=307), mit übertragener Schuldnerberatung (n=343), mit übertragener Kinderbetreuung (n=276) sowie übertragener psychosozialer Betreuung (n=309).

nen diese Leistungen bzw. einzelne dieser Leistungen nur in einer Minderheit der Fälle von der Kommune übertragen wurden.<sup>25</sup>

Der Zwischenbericht von Untersuchungsfeld 4 („Wirkungsanalyse“) aus dem Jahre 2007<sup>26</sup> gibt auf der Basis einer großen repräsentativen Kundenbefragung Hinweise auf erhebliche Defizite in der Praxis (vgl. Abbildung 4). Das Ergebnis wird von den Autorinnen und Autoren des Abschlussberichts „Evaluation der Wirkungen der Grundsicherung nach § 55 SGB II. Bewertung der SGB II-Umsetzung aus gleichstellungspolitischer Sicht“ folgendermaßen zusammengefasst: „Gut jede fünfte Frau mit Kindern unter 15 Jahren (21,3 %) gab in der Kundenbefragung an, Kinderbetreuungsprobleme zu haben, während dies unter den Männern nur 7 % waren. Unter denjenigen, die angaben, Kinderbetreuungsprobleme zu haben, wurde dieses Problem im Beratungsgespräch jedoch nur sehr selten thematisiert – bei Männern mit rund 15 % noch etwas seltener als bei Frauen (17,3 %). Knapp jede/r Dritte erhielt im Anschluss konkrete Unterstützung – Männer mit 30,4 % etwas seltener als Frauen (31,6 %).“<sup>27</sup>

*Tabelle 1: Kinderbetreuungsprobleme: Verbreitung, Thematisierung und Unterstützung durch die Grundsicherungsstellen nach Geschlecht 2007 (in %)*

		<b>Männer</b>	<b>Frauen</b>
N ungewichtet		(8.052)	(9.205)
N gewichtet (in Tsd.)		(804,1)	(825,9)
Problem vorhanden		7,0	21,3
	davon thematisiert in Beratungsgespräch	15,7	17,3
	davon Unterstützungsmaßnahme eingeleitet	30,4	31,6

Quelle: IAQ/FIA/GendA<sup>28</sup>

Dass vorhandene Probleme im Gespräch zwischen persönlichen Ansprechpartnern und Hilfesuchenden kaum thematisiert werden, ist natürlich erklärungsbe-

25 Vgl. FH Frankfurt/infas/WZB (Fußn. 1).

26 ZEW/IAQ/TNS Emnid: Erster Bericht durch den Forschungsverbund. Evaluation der Experimentierklausel nach § 6c SGB II – Vergleichende Evaluation des arbeitsmarktpolitischen Erfolgs der Modelle der Aufgabenwahrnehmung „Optierende Kommune“ und „Arbeitsgemeinschaft“. Untersuchungsfeld 4: Wirkungs- und Effizienzanalyse, Mannheim/Gelsenkirchen/Bielefeld, unv. Ms. 2007, [http://www.bmas.de/coremedia/generator/22396/property=pdf/f362\\_forschungsbericht.pdf](http://www.bmas.de/coremedia/generator/22396/property=pdf/f362_forschungsbericht.pdf) (4. Juni 2008).

27 IAQ/FIA/GendA (Fußn. 23), S. 135.

28 IAQ/FIA/GendA: Bewertung der SGB II-Umsetzung aus gleichstellungspolitischer Sicht. Anhang zum Abschlussbericht, Duisburg, Berlin und Marburg 2009, S. 62.

dürftig. Aufschlüsse hierüber konnten die Autorinnen und Autoren der Evaluation über Fallstudien gewinnen, in deren Rahmen sie beide Akteursgruppen befragt haben. Sie fassen ihre Ergebnisse wie folgt zusammen:

„Dass das Thema Kinderbetreuung bislang eher selten im Beratungsprozess angesprochen und von den Fachkräften hier nur begrenzt Unterstützung geleistet wird, ist nach Erkenntnissen aus den Fallstudien auf eine Reihe von Ursachen zurückzuführen: Fachkräfte verweisen darauf, dass ihnen die Zeit für diese komplexe Aufgabe fehlt oder teilweise auch darauf, dass dies nicht zu ihren Aufgaben gehört. Außerdem wird die eigenverantwortliche Sicherstellung von Kinderbetreuung teilweise auch als Gradmesser für Erwerbsmotivation von Hilfebedürftigen angesehen, selbst wenn Betreuungsplätze knapp sind. Bei den Hilfebedürftigen geben Fallstudienresultate Hinweise darauf, dass sie das Thema in Beratungsgesprächen nicht thematisieren, weil sie dies für ihre Privatsache halten oder das Vertrauensverhältnis fehlt.“<sup>29</sup>

Dieser Befund wird durch unsere Untersuchung bestätigt. In den ersten Jahren nach Einführung des SGB II hatten die persönlichen Ansprechpartner offenbar anderes zu tun, als sich um den „Brückenschlag“ zur Jugendhilfe zu kümmern – dies zumindest ist die Deutung der Akteure aus diesem Bereich, wenn sie sich erklären wollen, warum Kooperationsangebote ins Leere liefen.

*„Wir sind sehr früh an einer AG Kinderbetreuung beteiligt worden. Dies ist eine Untergruppe der Organisations- und Steuerungsgruppe SGB II. Wir waren direkt beteiligt und konnten Verbesserungsvorschläge einbringen. Die Ergebnisse dieser Unter-AG wurden jedoch nur schleppend angenommen. Wir haben mindestens zwei bis drei Jahre gebraucht, bis die Kinder- und Jugendhilfe eine Kooperationsvereinbarung mit der ARGE geschlossen hatte. In diesem Zeitraum gab es viele Irritationen oder zumindest Umsetzungsdefizite, zu dem was besprochen wurde und angedacht war und dem Ablauf gut getan hätte. Die ARGE hatte wichtigeres zu tun, als sich um Kinderbetreuung zu kümmern.“ 15,2*

*„Wir haben der ARGE sehr früh eine Datenbank zur Verfügung gestellt und irgendwann gemerkt, dass die ARGE diese gar nicht nutzt. Einer von zehn persönlichen Ansprechpartnern nutzt diese, daran sieht man, dass sie mit anderen Dingen beschäftigt waren. Die ARGE hatte ganz andere Probleme, auch auf der Führungsebene. Anfangs ging es nicht vorwärts. Die Leute kamen trotzdem bei uns vorbei, mit der Begründung, sie wurden zu uns geschickt. Genau das wollten wir nicht. Seit Inkrafttreten unserer Kooperationsvereinbarung mit der ARGE*

---

29 IAQ/FIA/GendA (Fußn. 23), S. 135.

*haben wir nachgesteuert und uns mit der Geschäftsführung der ARGE zusammengesetzt und gesagt, jetzt muss alles funktionieren. Seitdem sind peu á peu Fortschritte zu erkennen.“ 15,2*

Neben diesem Zeitmangel tritt auf Mitarbeiterebene auch das oben angesprochene Problem unterschiedlicher Wertorientierungen auf.

*„Was es gegeben hat, war, dass es in ein oder zwei Fällen Probleme gab, dass die Vermittlungsanfrage aus SGB II so war, dass mein Fachbereich gesagt hat, das ist praktisch nicht vertretbar. So eine Konstellation, wie etwa, ein Kind geht den ganzen Tag in die Kita und benötigt davor und danach noch eine Tagesmutter, sodass wir auf 12 Betreuungsstunden kommen. Es gibt eben eine Diskrepanz zwischen den Vermittlungsanforderungen und der Frage, was einem Kind zumutbar ist. Das kam in einigen Fällen vor. Dann wird das auch ausgetragen, bis hin dazu, dass wir die Vermittlungsanfrage ablehnen, zum Schutz des Kindes natürlich. Es gab auch schon einen Fall, wo wir und die Leiterin der Kindertagespflege gesagt haben, dass so etwas nicht zumutbar für das Kind ist, woraufhin der Fallmanager aber ein wildes Konstrukt selber konstruiert hat.“ 17,7*

*„Da gibt es öfter mal Probleme. Die Fallmanager sehen sich sehr unter Druck, Müttern Arbeit zu vermitteln und wollen auch dann nicht unsere fachliche Beurteilung teilen, da sie ja eigentlich nicht daran gebunden sind. Ich habe in diesen Fällen meinem Bereich auch schon öfter den Rücken gestärkt, nur weil das SGB II dieses oder jenes so will, müssen wir eine Maßnahme, die wir als unsinnig einschätzen, nicht annehmen und geben diese zurück. Da muss das SGB II gucken, was es mit dieser Entscheidung macht. Auch wenn das SGB II Plätze bezahlt.“ 17,7*

*„Das ist ein systemisches Problem, einem Fallmanager ist es letztendlich egal, wie es dem Kind geht. Manche Kinder sind entwicklungsverzögert, sie reagieren auf Reizüberflutung, sie haben Allergien, einen anderen Schlafrhythmus, vielleicht haben sie es auch schwer in Gruppen ... Wenn wir das alles so aufarbeiten würden, wie wir es mit den anderen Eltern tun, würde es häufig dazu führen, dass diese Maßnahmen abgebrochen werden. Die Mutter steht aber unter dem Druck, diese Maßnahme durchzuführen, weil sie sonst Geld verliert.“ 25,6*

Hieran wird deutlich, dass eine Beteiligung der Grundsicherungsstelle an Planungsprozessen nicht ausreicht, dass vielmehr verstärkt darauf zu achten ist, dass es auch auf der operativen Ebene zu abgestimmtem Vorgehen kommt. Und hier-

zu gehört elementar der Austausch über die jeweiligen zentralen professionellen und ethischen Orientierungen.

## 5. Perspektiven

Das Idealbild einer Verknüpfung von Dienstleistungen, das als Bewertungsmaßstab für reale Leistungsprozesse dienen kann, hat ein Forscherteam der University of Wisconsin um Thomas Corbett und Jennifer Noyes formuliert. Corbett/Noyes nennen ihren Ansatz „Line of Sight“-Perspektive und skizzieren ihr Vorgehen der Prozessgestaltung folgendermaßen:<sup>30</sup>

- In einem ersten Schritt werden von allen Akteuren gemeinsam die Zielgruppe und die für diese Zielgruppe gewünschten Wirkungen festgelegt (Erarbeitung eines Zielsystems).
- Darauf folgt die Beschreibung der einzelnen Leistungen, die die Zielgruppe benötigt, damit sich diese Wirkungen ergeben (d.h. die Ziele erreicht werden können). Hierzu ist es nötig, den komplexen Leistungsprozess als Interaktion zwischen den einzelnen Leistungserbringern und den Adressatinnen und Adressaten zu rekonstruieren. Die zentrale Frage ist, wie das Leistungssystem aus der Perspektive der Nutzerinnen und Nutzer aussieht (Was kommt wie an?).
- Die einzelnen Leistungen werden zu einer „Leistungskette“ verknüpft und grafisch dargestellt. Hieraus ergibt sich ein „idealer Leistungsprozess“, der für Teile der Zielgruppe differenziert werden kann. In diesem Kontext können (u.U. „kritische“) Schnittstellen zwischen einzelnen Elementen bzw. Phasen des Leistungsprozesses identifiziert werden.
- Abschließend kann in einem Vergleich zwischen dem „idealen“ Leistungsprozess mit dem gegenwärtigen Systemstand festgestellt werden, an welchen Stellen welche Veränderungen vorgenommen werden müssten, um diese ideale Leistungskette tatsächlich zu realisieren.

Der erste Schritt in diese Richtung ist getan, wenn sich die Beteiligten über die Grenzen der Institution hinweg miteinander über ihre Arbeit und deren Ziele verständigen. Hiermit wird die Transparenz geschaffen, um in einem späteren Schritt gemeinsam „Leistungsketten“ zu entwerfen. Erst wenn dieser Schritt ge-

---

<sup>30</sup> Vgl. Corbett, T./Noyes, J. L.: Integrated Human Service Models: Assessing Implementation Fidelity Through the „Line of Sight“ Perspective, Working Draft, Milwaukee 2006.

schafft ist, können sozialintegrative Leistungen tatsächlich die Funktion erfüllen, die der Gesetzgeber für sie vorgesehen hatte.

*„Wir sind quasi einen eigenen Weg gegangen, damit es besser wird. Wir sind hingegangen und haben schon vor ARGE-Zeiten Informationsveranstaltungen für junge Mütter gemacht. Später haben wir das noch zweimal gemacht und es waren auch Klienten der ARGE da, die fragen konnten. Wir haben vereinbart, dass wir uns jährlich mit allen persönlichen Ansprechpartnern zusammensetzen. Unsere jeweils zuständigen Sachbearbeiter und die persönlichen Ansprechpartner. Da haben wir gemerkt, speziell in einer Stadt, dass allein durch dieses Treffen und das Kennenlernen der Arbeit der anderen hinterher vieles besser funktioniert.“*

15,6



Heinz Burghardt

## **Die sozialpolitische Ausweitung personenbezogener Dienstleistungen im SGB II in professioneller Reflexion Sozialer Arbeit**

*Mein Bezug zu Dieter Giese entstand durch einen seiner Aufsätze, der innerhalb seines Gesamtwerks wohl eher am Rande steht. 1973 erschienen die beiden Halbbände „Gesellschaftliche Perspektiven der Sozialarbeit“, herausgegeben von Hans-Uwe Otto und Siegfried Schneider. Im ersten, grundlegenden Kapitel war sein Aufsatz „Zur Kompatibilität von Gesetz und Sozialarbeit“ abgedruckt. Die anderen einleitenden Beiträge stammten von Niklas Luhmann, Christian von Ferber und Franz-Xaver Kaufmann. Die Bände zu den „gesellschaftlichen Perspektiven der Sozialarbeit“ erschienen mitten in den Turbulenzen der Nach-68er-Zeit. Die Ausbildung zur Sozialen Arbeit wurde ausgebaut und auf Fachhochschulniveau etabliert. „Das herrschende Recht ist das Recht der Herrschenden“, mit diesem Wortspiel schien Recht abgetan werden zu können. Alles war politisch, und Rechtskenntnisse waren nützlich, wenn sie politisch instrumentalisiert werden konnten.*

*Ich habe 1982 begonnen, Sozialrecht an einem neu gegründeten Fachbereich für Sozialwesen an einer Fachhochschule zu unterrichten. Der Aufsatz von Dieter Giese bot den hochwillkommenen hilfreichen Einstieg, um genau hinzusehen auf die Nahtstelle der beiden Welten des rechtlichen und des sozialpädagogischen Denkens. Der Text bot deshalb eine selten gute Chance, deren Verhältnis nachzugehen, weil er sich bei allem Respekt vor juristischem Denken nicht scheut, beispielsweise bei der Analyse final programmierter Rechtsnormen „geheiligte Prinzipien der traditionellen Rechtslehre“ infrage zu stellen. Zahllose Studierende haben sich in meinen Lehrveranstaltungen an diesem Text abgearbeitet.*

*Als ich 2001 zum Verhältnis von Recht und Sozialer Arbeit eine Monografie vorgelegt habe, natürlich anknüpfend an Dieter Giese, hat er sie in den Beiträgen zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) rezensiert. Von da an blieben wir in Korrespondenz, es folgte eine weitere Rezension. Die jüngsten Arbeiten zu den personenbezogenen Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, zu denen der hier veröffentlichte Aufsatz zählt, konnte ich ihm nicht mehr vorlegen.*

*Wir haben uns einmal im Rahmen einer Tagung persönlich kennengelernt. Seine Fähigkeit, Mut zu machen, und sein lebhafter Geist hatten mich nicht darauf vorbereitet, eine Person zu treffen, die körperlich an den Rollstuhl gebunden war. Die Aussicht, sich in Frankfurt oder Werder (Havel) persönlich wiederzusehen, hat sich zerschlagen. Leider.*

## 1. Personenbezogene Dienstleistungen in der Sozialpolitik

### 1.1 Zur Ausweitung personenbezogener sozialer Dienstleistungen

Franz-Xaver Kaufmann, der bedeutende Bielefelder Soziologe, hat im Jahr 1982 „Elemente einer soziologischen Theorie sozialpolitischer Interventionen“ vorgelegt. Darin führt er Formen sozialpolitischer Intervention auf. Er unterscheidet zwischen

- Maßnahmen zur Verbesserung des rechtlichen Status von Personen,
- Maßnahmen zur Verbesserung der Einkommensverhältnisse,
- Maßnahmen zur Verbesserung der materiellen und sozialen Umwelt sowie schließlich
- Maßnahmen zur Verbesserung der Handlungsfähigkeit von Personen; er spricht dabei von „pädagogischen Interventionsformen“ bzw. von „personenbezogenen Dienstleistungen“.<sup>1</sup>

Die Interventionsform der „personenbezogenen Dienstleistung“, von der Kaufmann damals sprach, hat mehr und mehr in der Sozialgesetzgebung Einzug gehalten. Der Grundsatz „Rehabilitation vor Rente“ hatte darauf verwiesen, und noch zu Zeiten des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) war im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt die „Auswegberatung“ installiert worden. Diese sozialpolitische Entwicklung stößt praktisch und theoretisch auf die Profession der Sozialen Arbeit, welche personenbezogene soziale Dienstleistungen als ihre Domäne betrachtet. Das Anliegen dieses Beitrags ist es, in den daraus notwendig erwachsenden Dialog zwischen Sozialer Arbeit und Sozialpolitik einzutreten (unten 2.).

Die personenbezogenen sozialen Dienstleistungen sind in jüngster Zeit insbesondere durch das SGB II und III in den Vordergrund gerückt worden. Sie sollen dazu beitragen, finanzielle Sozialleistungen zurückzufahren. Der Vorrang von Selbsthilfe durch Erwerbsarbeit war bereits im BSHG enthalten. Aufbau und Formulierung der Anspruchsnormen der Hilfe zum Lebensunterhalt haben aber dazu geführt, dass sich bei ihrer schulmäßigen dogmatischen Erschließung der Blick primär auf das Merkmal des „notwendigen Lebensunterhalts“ und seine Auslegung gerichtet hatte. Dieses Merkmal hat sowohl die Rechtsfolgeseite beherrscht wie auch – als Fehlen des notwendigen Lebensunterhalts – die Tatbestandsseite. Die auf die Hilfe zum Lebensunterhalt eingennommene Perspektive

1 Kaufmann, F.-X.: Elemente einer soziologischen Theorie sozialpolitischer Interventionen, in: Kaufmann, F.-X. (Hrsg.): Staatliche Sozialpolitik und Familie, München u.a. 1982, S. 76; ebenso Kaufmann, F.-X.: Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, in: Grimm, D./Maihofer, W. (Hrsg.): Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 13, Opladen 1988, S. 90.

war vornehmlich diejenige auf eine finanzielle Sozialleistung. Die Unzumutbarkeit einer Selbsthilfe durch Erwerbsarbeit war ein negativ formuliertes Tatbestandsmerkmal, das schwer zu prüfen war. Dieses Merkmal geriet erst in zweiter Linie ins Blickfeld.

Die Perspektive auf Hilfe zum Lebensunterhalt als einer finanziellen Sozialleistung war legitim und stimmte mit ihrer Benennung überein. Verwunderlich war nur, dass auch in der Ausbildung zur Sozialen Arbeit die Aspekte der persönlichen Hilfe, für welche die Vorschriften zur „Hilfe zur Arbeit“ genug Ansatzpunkte boten, in der Regel nicht in den Vordergrund gerückt wurden. In der Praxis wurden diese Ansätze dagegen durchaus genutzt.<sup>2</sup>

Die faktische Ablösung des BSHG durch das SGB II bedeutet nach hier vertretener Auffassung nicht den Paradigmenwechsel, als der dies oft dargestellt wird. Vielmehr verschärft das SGB II auf der einen Seite Züge, die bereits im BSHG enthalten waren, während es auf der anderen Seite mit seinem Versuch, personenbezogene Dienstleistungen rechtlich zu steuern, diejenige Zurückhaltung vermissen lässt, welche im BSHG im Hinblick auf das „Wie“ der Leistung zu beobachten war. Der eigentliche Antrieb für die neue Gesetzgebung war die Verlagerung der Finanzlast der Hilfe zum Lebensunterhalt von den Kommunen auf den Bund, verbunden mit der Annahme, eine von der Bundesagentur für Arbeit gesteuerte Arbeitsvermittlung und Arbeitsförderung sei effektiver als die lokale „Hilfe zur Arbeit“ der Kommunen. Unzweifelhaft ist durch das SGB II die persönliche Hilfe zur Selbsthilfe mittels Erwerbsarbeit ins Zentrum der Gesetzgebung und des öffentlichen Interesses gerückt worden.

## **1.2 Skepsis gegenüber sozialpolitischen Interventionen mithilfe personenbezogener Dienstleistungen**

Bevor die sozialen Dienstleistungen auf dem Arbeitsmarkt aus dem Blickwinkel der Profession Sozialer Arbeit reflektiert werden, soll an die grundlegenden Bedenken erinnert werden, welche Franz-Xaver Kaufmann als scharfsinniger soziologischer Beobachter der Sozialpolitik in den Achtzigerjahren formuliert hat. Er behauptet von den „pädagogischen Interventionsformen“ bzw. von den „personenbezogenen Dienstleistungen“, dass sie insgesamt „in hohem Maße gesellschaftspolitisch umstritten“ seien, und zwar sowohl aus normativen Gründen wie aufgrund von Zweifeln an deren Effektivität. Er schreibt: „In jedem Falle lässt sich festhalten, dass die staatlichen Einflussmöglichkeiten in diesem Bereich nicht nur

---

<sup>2</sup> Vgl. Burghardt, H.: Recht und Soziale Arbeit. Grundlagen für eine rechtsgebundene sozialpädagogische Fachlichkeit, Weinheim u.a. 2001, S. 87 ff.

umstritten, sondern auch weitgehend unkontrollierbar sind. Der Einfluss intervenierender und situativer Faktoren ist so hoch, dass auch evaluierende Studien hier wenig generalisierbare Resultate versprechen. Diese Sachlage führt jedoch bei staatlichen Stellen nicht automatisch zur Einsicht in die notwendigen Grenzen eigenen Tuns, sondern häufig zu zusätzlichen Anstrengungen der Kontrolle, welche sich jedoch durchaus als kontraproduktiv erweisen können ...<sup>3</sup>

Nun muss man vorsichtig sein bei dem Versuch, Kaufmanns Thesen unmittelbar auf die Sozialgesetzgebung des SGB II zu beziehen. Als Beispiele „pädagogischer Interventionen“ nennt er „Beratung“ oder „Berufsbildung“. Zwar handelt es sich bei der Arbeitsvermittlung und anderen Leistungen zur Eingliederung in Arbeit um „pädagogische Interventionen“, deren Erfolg von einer gelingenden Koproduktion abhängt. Auf der anderen Seite ist die Mitarbeit der Arbeitsuchenden aber Bedingung des finanziellen Leistungsbezugs, sodass die pädagogische Interventionsform mit derjenigen Interventionsform verwoben wird, die Kaufmann „Verbesserung der Einkommensverhältnisse“ nennt, allerdings unter dem umgekehrten Vorzeichen, nämlich als Faktor für eine potenzielle „Verschlechterung der Einkommensverhältnisse“. Solche Mischformen hatte Kaufmann in den genannten Aufsätzen nicht thematisiert. Es spricht aber wenig dafür, dass er ihren Einsatz weniger problematisch gesehen hätte als denjenigen einer bloßen „pädagogischen Intervention“ – eher im Gegenteil.

Kaufmann begründet seine Skepsis gegenüber der Steuerbarkeit personenbezogener Dienstleistungen mit dem Hinweis auf die Mehrstufigkeit sozialpolitischer Interventionen. Er sieht eine lange Kette von Vermittlungsschritten zwischen der Planung und dem Erlass einer Rechtsnorm bis hin zu deren Umsetzung „vor Ort“. Auf dieser „Endstufe“ des Leistungserbringungsprozesses läge dabei besonderes Gewicht, wobei eine gelingende Koproduktion auch von den Handlungskompetenzen des Publikums abhängt. Hier sei das Personal, das unmittelbar im Publikumskontakt stehe, besonders gefragt, während dieses Personal zugleich erfahrungsgemäß innerhalb der Organisation nur einen untergeordneten Status einnehme und damit nur geringen Einfluss auf die Gestaltung des Arbeitsprozesses eingeräumt bekomme. Kaufmann äußert die Vermutung, eine allzu eingehende rechtliche Normierung der Leistungserbringungsprozesse sei für unmittelbar personenbezogene Dienstleistungen „wirkungswidrig“.<sup>4</sup>

Kaufmanns Skepsis gegenüber der Steuerbarkeit personenbezogener Dienstleistungen wird in der neueren organisationssoziologischen Diskussion bestätigt.

---

3 Kaufmann 1982 (Fußn. 1), S. 83.

4 Kaufmann 1988 (Fußn. 1), S. 98.

Claus Reis und Lutz Wende haben in einem jüngst (2010) erschienenen Aufsatz darauf hingewiesen, dass Dienstleistungen für den Arbeitsmarkt „nicht so problemlos zu steuern (sind), wie es in vielen Diskussionsbeiträgen gehofft und befürchtet“ werde.<sup>5</sup> Alle inzwischen veröffentlichten empirischen Studien über die Praxis dieser Dienstleistungen einschließlich der Evaluation der Optionskommunen zeigten, „wenn auch mit unterschiedlichem Fokus, eine zumindest partielle Entkopplung zwischen sozialpolitischer Programmatik, deren organisationsinterner Umsetzung und der Praxis des Personals bei der Erbringung konkreter Dienstleistungen“. Auch im Dienstleistungsbereich fehle es nicht an Versuchen der Systematisierung und Standardisierung. Die Existenz von Leitfäden und Computerprogrammen dürfe nicht damit verwechselt werden, dass es prinzipiell gelingen könne, personenbezogene Dienstleistungen durch organisatorische Vorgaben zu steuern, und zwar wegen der „Ungewissheit personaler Interaktion“.<sup>6</sup> Es würden in der Praxis durchaus „Dienstleistungstechnologien“ im Sinne von Routinen entwickelt, um unter Handlungsdruck begründet entscheiden zu können. Nur wichen diese „praktischen Orientierungen“ systematisch von den vorgegebenen Programmen ab. Sie seien „Resultat eines komplexen Prozesses, in dessen Verlauf organisationale Vorgaben, verfügbare Ressourcen, individuelle Orientierungen der Beschäftigten (und) kollektives Wissen in einer Weise miteinander vermittelt werden, dass ‚organisationale Skripte ...‘ entstehen“.<sup>7</sup>

## **2. Die Reflexion der Dienstleistungen am Arbeitsmarkt aus der Sicht Sozialer Arbeit**

### **2.1 „Verweisung auf Arbeit“ und „Hilfe zur Arbeit“ als durchgängiges Thema in der Geschichte der Fürsorge**

Die Möglichkeit der Selbsthilfe durch die Aufnahme von Erwerbsarbeit steht seit den neuzeitlichen Armenordnungen der Städte im Zentrum der Armenpolitik und Armenpflege. Als „Helfen zum Beruf wurde“, also während und nach dem Ersten Weltkrieg, wurde die Sorge um die Berufsausbildung und Arbeitsmöglichkeiten von Klientinnen und Klienten zum selbstverständlichen Teil der Jugend- und Erwerbslosenfürsorge. Im Mai 1927 – die Uahl der Arbeitslosen war nach einer wirtschaftlichen Erholung inzwischen wieder auf über 2 Millionen gestiegen – fand in Hamburg der 40. Deutsche Fürsorgetag zum Thema „Die Verwertung der

---

5 Reis, C./Wende, L.: Grundlegende Organisationsprobleme bei der Erbringung „aktivierender“ Dienstleistungen im Kontext der aktuellen Arbeitsmarktpolitik, in: Burghardt, H./Enggruber, R. (Hrsg.): Soziale Dienstleistungen am Arbeitsmarkt in professioneller Reflexion Sozialer Arbeit, Berlin 2010, S. 93.

6 Reis/Wende (Fußn. 5), S. 80.

7 Reis/Wende (Fußn. 5), S. 82.

Arbeitskraft als Problem der Fürsorge“ statt. Im Einleitungsreferat wurde eine Beschränkung der Arbeitsfürsorge auf „Erwerbsschwache“ ausdrücklich abgelehnt. Es handele sich dabei nicht um ein Merkmal, das bestimmten Personen „auf die Stirn geschrieben“ sei; es würden mit zunehmender Arbeitslosigkeit immer mehr Personen „erwerbsschwach“ genannt.

An anderer Stelle ist die geschichtliche Verflechtung von Fürsorge, Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik nachgezeichnet worden, wie sie sich auf den Feldern von Berufsberatung, Arbeitsvermittlung, Arbeitserziehung, Schaffung von Arbeitsgelegenheiten, Pflichtarbeit und Arbeitsdienst zeigt.<sup>8</sup> Wie stark die Mentalität der Zwangsarbeit auch nach dem Zweiten Weltkrieg nachwirkte, wird dadurch illustriert, dass im BSHG aus dem Jahr 1961 noch das Arbeitshaus vorgesehen war, in welches Personen zwangsmäßig verbracht werden konnten, um „an regelmäßige Arbeit gewöhnt“ zu werden. Erst das BVerfG musste diese Vorschrift im Jahr 1967 kippen. Die jüngere, emanzipatorisch ausgerichtete Soziale Arbeit hat sich unter dem Begriff der Jugendberufshilfe sowie der Hilfe zur Arbeit in die Arbeitsmarktpolitik auf kommunaler Ebene eingemischt.

Den historischen und sachlichen Überschneidungen von Sozialer Arbeit und Sozial- wie Arbeitsmarktpolitik entspricht es, wenn sich das Personal insbesondere der freien Träger der Jugendberufshilfe zu einem Teil aus Fachkräften rekrutiert, welche an Fachhochschulen die Ausbildung zur Sozialarbeit bzw. Sozialpädagogik durchlaufen haben. Der Einsatz von Sozialpädagoginnen bzw. Sozialpädagogen im Feld der Arbeitsförderung hat sich verstärkt, seit die Hilfe zum Lebensunterhalt und die darin eingeschlossene „Hilfe zur Arbeit“ auf die ARGEn und die Optionskommunen überführt worden sind. Seit gleichzeitig „originäre Konzepte und Methoden der Sozialen Arbeit wie ‚Hilfe zur Selbsthilfe‘ oder ‚Kompetenz- und Ressourcenorientierung‘ sowie ‚Aktivierung‘ der Kompetenzen zur Selbstorganisation und Selbstverantwortung“ von den Trägern des SGB II aufgegriffen worden sind,<sup>9</sup> liegt der weitere Einsatz von Personal nahe, welches in der Sozialen Arbeit ausgebildet wurde, wobei hier nicht nach den historisch unterschiedlichen Gewichtungen von Sozialarbeit und Sozialpädagogik getrennt wird.

---

8 Vgl. Burghardt, H.: Arbeitsfürsorge, Hilfe zur Arbeit und „moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“. Stationen einer Chronologie, in: Burghardt, H./Enggruber, R. (Hrsg.): Soziale Dienstleistungen am Arbeitsmarkt. Soziale Arbeit zwischen Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik, München 2005, S. 15–45.

9 Vgl. Enggruber, R.: Professionelle Grundlagen Sozialer Arbeit für den Arbeitsmarkt, in: Burghardt/Enggruber (Fußn. 5), S. 13.

Dies alles sind Gründe genug, heute aus der Perspektive der Disziplin „Soziale Arbeit“ (darum die Großschreibung!) heraus die neuen, personenbezogenen Dienstleistungen auf dem Arbeitsmarkt zu durchdenken. „Professionelles berufliches Handeln“ ist dabei der Kernbegriff. Außenstehende werden darunter schlicht den Anspruch fachgerechten gekonnten Handelns heraushören. In den Ohren von Fachkräften Sozialer Arbeit klingt dabei aber eine intensive Diskussion um Professionalität und Profession an.

## **2.2 Das professionelle Selbstverständnis Sozialer Arbeit und seine berufsethische wie erfahrungswissenschaftliche Prägung**

Es kann dahingestellt bleiben, ob von Sozialer Arbeit in einem berufssoziologischen Sinn von „Profession“ gesprochen werden kann – wie etwa von der Profession der Medizin gesprochen wird – oder ob von Sozialer Arbeit als einer „Semi-Profession“ gesprochen werden muss, wie das meist geschieht. Als professionell soll vielmehr ein berufsethisch und zugleich wissenschaftlich geprägter Habitus verstanden werden, in welchen im Zuge der Ausbildung eingeführt werden muss. Nicht alles berufliche Handeln bedarf in diesem Sinne der Professionalisierung, sondern nur solches, das einem gesamtgesellschaftlichen Mandat folgt, dessen Ausübung eine (relative) Autonomie erforderlich macht – die wegen des genannten Mandats auch respektiert wird – und das eine berufsethische Selbstbindung akzeptiert.

Ruth Enggruber hat in einem jüngst erschienenen Sammelband zu den sozialen Dienstleistungen am Arbeitsmarkt<sup>10</sup> die professionellen Grundlagen Sozialer Arbeit an vier einander überschneidenden Handlungsgrundsätzen verdeutlicht, nämlich im Einzelnen:

- der Charakter von Sozialer Arbeit als einer auf soziale Gerechtigkeit als Menschenrecht bezogenen Tätigkeit,
- die Aufgabenstellung, zwischen „System und Lebenswelt“ bzw. zwischen Individuum und Gesellschaft zu vermitteln,
- eine dreifache Ausrichtung auf (a) die direkte Unterstützung der Adressatinnen und Adressaten, (b) die Verbesserung ihrer Lebensbedingungen und (c) die übergreifende, kontinuierliche Optimierung der gesamten Infrastruktur sowie
- die ganzheitliche und individualisierende Vorgehensweise.

Ruth Enggruber leitet zu dieser Konkretisierung über, indem sie vier methodische Ansätze kontrovers erörtert, und zwar

---

<sup>10</sup> Enggruber (Fußn. 9).

- Diagnostik,
- Case bzw. Care Management,
- Evaluation bzw. Wirksamkeitsuntersuchungen und
- Sozialraumorientierung.

In den weiteren Beiträgen des Sammelbandes werden die ersten drei genannten methodischen Ansätze vertieft, und zwar vorwiegend am Beispiel der Jugendberufshilfe – namentlich der Berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahmen – sowie des Fallmanagements mithilfe der Eingliederungsvereinbarungen. Soweit vorhanden, wird bei der Kritik auf empirische Forschungsergebnisse Bezug genommen. Im Folgenden werden drei Brennpunkte dieser Auseinandersetzung angesprochen (2.3–2.5).

Vorweg soll bemerkt werden, dass eine professionstheoretische Diskussion vonseiten der Sozialen Arbeit sich leicht dem Verdacht aussetzt, nur allzu gerne die soziologische Skepsis gegenüber steuernden Eingriffen in den Prozess interaktiven Handelns aufzugreifen. Hinter ihrem Einfordern (partieller) Autonomie beim praktischen Handeln wird die Absicht vermutet, sich um die Erklärung drücken zu wollen, was genau ihre Fachlichkeit ausmache, und sich einer externen Evaluation entziehen zu wollen. Gegenüber einer solchen Kritik hilft es nur, die Merkmale und Wirkungen professionell gesteuerter sozialer Dienste positiv zu benennen.

## **2.3 Das Gebot der individualisierenden Fallarbeit verlangt nach differenzierten Hilfeangeboten**

### *2.3.1 Der geringe Einfluss der unmittelbaren Akteure auf das Maßnahmeangebot*

Sowohl zu den Grundsätzen der Sozialen Arbeit wie zu den „modernen Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ gehört das Gebot der individuellen Unterstützung. Darum soll an erster Stelle auf Brüche an der Nahtstelle zwischen einer individualisierenden Fallarbeit und der Struktur des Maßnahmeangebots hingewiesen werden.

Lutz Wende und Claus Reis haben in ihren empirischen Untersuchungen zu den integrierten Modellprojekten „Hilfe zur Arbeit“ sowie zu den Modellversuchen der „Sozialagenturen“ – beides Vorläufer der Job-Center – gezeigt, dass mit dem Case Management notwendig auch die Steuerung des Angebotsfeldes verbunden sein muss, wenn tatsächlich gebrauchte Hilfen zeitnah angeboten werden

können sollen. Case Management verwächst auf diese Weise mit dem sozialplanerischen Prozess.<sup>11</sup> Von Bothmer berichtet aber aus der Fortbildungspraxis von Fallmanager(inne)n, dass ihnen in der Regel die Unterstützungsstrukturen der Jugendhilfe nicht ausreichend bekannt seien. Für die Fallmanager(inne)n sei nicht ausreichend ersichtlich, was in den eingekauften Maßnahmen wirklich geschehe.<sup>12</sup> Wenn Fallmanager und Fallmanagerinnen sich auf diese Weise im Angebotsspektrum kundig machen wollen und auf seine Gestaltung Einfluss nehmen wollen, so benötigen sie Zeit und die Möglichkeit von Praxisbesuchen vor Ort. Eine entsprechende Autonomie in den Arbeitsvollzügen ist also fachlich geboten.<sup>13</sup>

Gerhard Christe und Lutz Wende haben jüngst darauf hingewiesen, dass die sozialen Dienstleistungen am Arbeitsmarkt ihre formale und inhaltliche Prägung faktisch an der Schnittstelle von SGB II-Trägern und freien Trägern erhalten. Sie kommen zu dem Ergebnis, dass die Vermittlungsfachkräfte und die Anbieter von Maßnahmen, also „beide Akteursgruppen, die für eine an fachlichen Kriterien ausgerichtete Vergabepolitik unverzichtbar sind, ... nur randständig in den Beauftragungsprozess eingebunden (werden)“.<sup>14</sup>

### 2.3.2 Die „Instrumentenreform“ und der Erhalt mannigfacher Hilfeangebote

Aus der Sicht Sozialer Arbeit wird auf den möglichst individuellen Zuschnitt von Hilfeangeboten geachtet, während eine Standardisierung des Maßnahmeangebots dem Wunsch nach Gleichbehandlung der Bürger und nach kontrollierbarer und sparsamer Verwendung von öffentlichen Mitteln entgegenkommt. Dieser Konflikt zwischen einem individualisierenden Ansatz der Sozialhilfe und einem egalisierenden Ansatz der Arbeitsverwaltung ist im Zuge der „Instrumentenreform“ aufgebrochen, welche im Jahr 2009 in Kraft trat.<sup>15</sup> Der Entwurf sah für den Rechtskreis des SGB II vor, nahezu ersatzlos die Generalklausel des § 16 Abs. 2 Satz 1 zu streichen, welche es erlaubt hatte, auf Kosten der Arbeitsverwaltung

---

11 Wende, L./Reis, C.: Aus Erfahrung lernen – Plädoyer für eine empirisch fundierte Auseinandersetzung mit der Einführung komplexer Hilfen durch das SGB II. Ein Werkstattbericht aus den Modellprojekten „Integrierte Hilfe zur Arbeit“ und „Sozialagenturen – Hilfen aus einer Hand“, in: Burghardt/Enggruber (Fußn. 8), S. 119 ff.

12 Bothmer, H. von: Von den Freuden des Gipfels zu den Mühen der Ebene – Beobachtungen eines Fortbildners für Fallmanagerinnen bei SGB II-Trägern, in: Burghardt/Enggruber (Fußn. 5), S. 272.

13 Vgl. Wende/Reis (Fußn. 11), S. 118.

14 Christe, G./Wende, L.: Entwicklung sozialer Dienstleistungen am Arbeitsmarkt. Organisationsgestaltung und sozialpädagogische Arbeit in der Jugendberufshilfe, in: Burghardt/Enggruber (Fußn. 5), S. 126 ff.

15 Vgl. Burghardt, H.: Rechtliche Rahmung und rechtliche Zurückhaltung bei professionell gesteuertem Handeln, in: Burghardt/Enggruber (Fußn. 5), S.101–127.

über die in Abs. 1 aufgeführten Hilfetypen hinaus „weitere Leistungen“ zu erbringen, die für die Eingliederung der Hilfebedürftigen erforderlich waren. Diese Generalklausel war für „maßgeschneiderte“ Angebote in großem Maße genutzt worden. Die Streichung war vom BMAS ausdrücklich damit begründet worden, dass „Rechtsklarheit und Transparenz über die Fördermöglichkeiten“ erreicht werden sollen.

Als Beispiele für Fördermaßnahmen, die dadurch verunmöglicht werden würden, wurde von Sell etwa das Projekt „Neukölln aktiv“ genannt, in dem junge Männer den Hauptschulabschluss nachholen konnten, wobei der Gruppenzusammenhalt auch dadurch ermöglicht wurde, dass gemeinsam Fußball gespielt wurde, Ausflüge unternommen wurden und geklettert wurde. Das Gleiche gelte für das Projekt „Wild-Aktiv“ in Neukölln, bei dem das Nachholen des Hauptschulabschlusses mit Sport- und Spielangeboten verknüpft war.<sup>16</sup>

Zwar blieb es im Gesetz bei der beabsichtigten Streichung der Generalklausel. Aufgrund des heftigen Protestes von den Verbänden der Jugendberufshilfe wurde jedoch das Finanzvolumen für die ergänzende „freie Förderung“ von 2 auf 10 % der zur Verfügung gestellten Mittel erhöht. Zugleich hat diese Instrumentenreform allerdings den Einkauf von Leistungskontingenten im Wege wettbewerblicher Ausschreibungs- und Vergabeverfahren ausgeweitet.

### 2.3.3 Auswirkungen wettbewerbsrechtlicher Vergabeverfahren

Das Verhältnis von SGB II-Trägern und freien Trägern ist wesentlich durch das System der (kurzfristigen) Vergabe bestimmt. Es setzt die freien Träger unter hohen Kostendruck, führt zu einer Verkürzung der Maßnahmezyklen (was wiederum in „Maßnahme-Hopping“ mündet), drängt kreative Anregung an den Rand, verzehrt Energien des Personals zum kurzfristigen Auf- und Abbau eines Angebots mit der Folge, dass diese Energien für die eigentliche Arbeit mit Jugendlichen verloren gehen, übt Druck auf die Senkung der Personalkosten aus und gefährdet damit die Arbeitsmotivation des Personals.<sup>17</sup>

---

16 Sell, S.: Die schiefe Ebene der Standardisierung und Zentralisierung – Argumente gegen einen Systemwechsel im SGB II durch den Gesetzentwurf zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente und alternative Lösungsansätze. Expertise für die LAG Arbeit Hessen. Remagener Beiträge zur aktuellen Sozialpolitik 03-2008, Fachhochschule Koblenz, Institut für Bildungs- und Sozialpolitik 2008, S. 5.

17 Vgl. dazu Christe/Wende (Fußn. 14), S. 136 ff.

#### 2.3.4 *Standardisierung und einfache Evaluierbarkeit als Bestimmungsfaktoren des Maßnahmeangebots*

Personenbezogene Dienstleistungen werden zunehmend unter das Gebot der Evaluierbarkeit gestellt. Damit soll der effektive Einsatz der finanziellen und personellen Ressourcen gesteuert werden können. Eine Evaluation von Maßnahmen der Jugendberufshilfe setzt aber voraus, dass die Indikatoren qualitativ guter Hilfeleistung bestimmt werden. Da Evaluation ein Zweig der empirischen Sozialforschung ist, reicht deren begriffliches Repertoire nicht aus, um solche „kritischen Erfolgskriterien“ kurzerhand als Vorfrage zu klären. Das muss vielmehr durch die jeweilige Fachdisziplin, hier die Sozialpädagogik, erfolgen.

Christian Bleck hat jüngst<sup>18</sup> zwischen vier Wirksamkeitsdimensionen unterschieden, auf die bei der Evaluation von Maßnahmen der Jugendberufshilfe abgestellt werden müsse:

- die statusbezogene Dimension,
- die entwicklungsbezogene Dimension,
- die umweltbezogene Dimension (denn soziale Arbeit zielt immer auch auf die Verbesserung der Lebensbedingungen und der Infrastruktur) und
- die situationsbezogene Dimension (die sich z.B. in der Bewältigung einer aktuellen Krise zeigt).

Ohne Zweifel wird politisch das meiste Gewicht auf Verbesserungen im Status gelegt (z.B. Erreichen eines Abschlusses, Aufnahme einer Berufsausbildung). Formalisierte Abschlüsse zu messen ist einfach, wenngleich es schwierig ist, sie empirisch auf das „Ob“ bzw. „Wie“ einer einzelnen Fördermaßnahme zurückzuführen. Zudem erlauben die kurzen Beobachtungszeiträume kein Urteil über die Nachhaltigkeit der Entwicklung.

Unter dem Diktat der Nachweisbarkeit kurzfristiger Erfolge geraten pädagogische Angebote in Legitimationsnöte, weil empirische Untersuchungen insbesondere der entwicklungsbezogenen Dimension fehlen; sie sind methodisch aufwendig und benötigen längere Beobachtungszeiträume. Bleck beklagt zu Recht, dass der entwicklungsbezogenen Wirksamkeitsdimension so wenig Aufmerksamkeit geschenkt werde, während gleichzeitig die Forderung nach Vermittlung von berufsübergreifenden Schlüsselkompetenzen in aller Munde sei.<sup>19</sup> Indem Ansätze

---

18 Bleck, C.: Wirksamkeitsanalysen Sozialer Arbeit in der Jugendberufshilfe – die Grenzen einer drängenden Aufgabe an einem Beispiel aus Berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahmen, in: Burghardt/Enggruber (Fußn. 5), S. 157–190.

19 Bleck (Fußn. 18), S. 154.

einer nachhaltigen Ressourcenstärkung zurückgestellt werden zugunsten des möglichst kurzfristigen Erreichens instrumenteller Fähigkeiten, vollzieht sich jenes „Creaming“, auf welches auch im „Fachkonzept beschäftigungsorientiertes Fallmanagement“ hingewiesen wird.

### *2.3.5 Die Relativierung von maßnahmeförmigen Angeboten angesichts des Arbeitsmarktes*

Über die Rhetorik von den passgenauen Angeboten zur Integration ins Erwerbsleben darf nicht vergessen werden, dass Maßnahmen der Arbeitsförderung den infrage kommenden Arbeitsmarkt nur am Rande beeinflussen können. Anstelle regulärer, aus der prekären finanziellen und sozialen Lage herausführender Arbeit bietet das Repertoire der Arbeitsförderung beim Scheitern einer Vermittlung häufig nur das Instrument der Arbeitsgelegenheit an, besser bekannt als „1-Euro-Job“.

## **2.4 Eigenverantwortung als Maßnahmeziel und zugleich als Resultat einer Selbstermächtigung – zur subjektorientierten Arbeitslosenforschung**

Die obigen Ausführungen über Eingliederungsmaßnahmen bleiben formal („möglichst passgenaue Hilfeangebote“), solange deren inhaltliche Aufgabe nicht erörtert wird. Diese besteht darin, Arbeitsuchende dazu zu befähigen, dasjenige Maß an Eigenverantwortung zu übernehmen, das unter den gegebenen gesellschaftlichen Verhältnissen übernommen werden kann. Klaus Günther, ein Rechtsphilosoph aus Frankfurt am Main, hat überzeugend auf die Gefahr einer Paradoxie hingewiesen, die der aktuellen allgegenwärtigen Verantwortungsrhetorik innewohnt. „Nur, wenn das Subjekt sich selbst als ein eigenverantwortliches Subjekt frei wählen kann, kann es zu einem eigenverantwortlichen Subjekt werden.“<sup>20</sup> Eine von außen geforderte Übernahme von Selbstverantwortung drohe zur Fremdbestimmung zu werden. „Wer sich der gesellschaftlichen Konstruktion des eigenverantwortlichen Subjekts bloß unterwirft, erfährt dies als Disziplinierung und gerät in eine Paradoxie: Was ihm seine Eigenmacht garantieren soll, ist zugleich das, was ihm diese Eigenmacht nimmt.“ Die gleiche Warnung spricht Claus Reis auch im Leitfaden „Interaktion zur Integration“ aus, den die Bundesagentur herausgegeben hat.<sup>21</sup>

---

20 Günther, K.: Zwischen Ermächtigung und Disziplinierung. Verantwortung im gegenwärtigen Kapitalismus, in: Honneth, A. (Hrsg.): Befreiung aus der Mündigkeit. Paradoxien des gegenwärtigen Kapitalismus, Frankfurt am Main/New York 2002, S. 121.

21 Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.): Interaktion zur Integration. Ein praxisorientierter Leitfaden zur Beratung im SGB II, 2. Aufl., Nürnberg 2007, S. 13 f.

Die Aufnahme des von außen zugeworfenen Balls durch die Person selbst ist das Kunststück, von dessen Gelingen nachhaltige Veränderungen abhängen. Die Fähigkeit, einen Ball auffangen zu können und zu wollen, hängt mit der Erfahrung der Beweglichkeit der eigenen Arme und Hände zusammen, kurz mit den eigenen Ressourcen. „Wer in Armut und Not, wer im Zustand gesellschaftlicher Marginalisierung, verweigerter Anerkennung oder psychischer Deprivation lebt, wer keinen oder nur begrenzten Zugang zu den kulturellen Ressourcen seiner Gesellschaft hat, erlebt die Forderung nach mehr Eigenverantwortung ... als eine Form der Fremdbestimmung.“<sup>22</sup>

Günther weist auf etwas Zweites hin: „Verantwortlich ist eine Person nur für das, wofür sie etwas kann.“<sup>23</sup> Am Beispiel des Leitbilds vom Arbeitskraftunternehmer sowie am Beispiel des sozialpolitischen Wandels und der Kriminalpolitik zeigt er Verschiebungen im gesellschaftlichen System der Zurechnung auf und kontrastiert die gängige Verantwortungsrhetorik mit der Beobachtung einer Flucht aus der Verantwortung, wie sie im Drogenkonsum und in Gewaltexzessen stattfindet.<sup>24</sup>

Diese gesellschaftstheoretische Analyse wird von einer subjektorientierten empirischen Sozialforschung untermauert. Der Soziologe Klaus Dörre und sein Team haben sich im Rahmen des Sonderforschungsbereichs „Gesellschaftliche Entwicklungen nach dem Systemumbruch. Diskontinuität, Tradition und Strukturbildung“ mit den „Auswirkungen strenger Zumutbarkeitsregeln auf Langzeitarbeitslose und prekär Beschäftigte“ befasst.<sup>25</sup> Befragungen Betroffener wie auch anderer Akteure in vier Regionen Ost- und Westdeutschlands deuten laut Zwischenstandsbericht darauf hin, dass bei den Betroffenen zwischen

- „Um-jeden-Preis-Arbeitern“,
- „Als-ob-Arbeitern“ und
- bewussten „Nicht-Arbeitern“

unterschieden werden kann. Die Aussage dabei ist, dass es sich bei dieser Ausdifferenzierung bereits um das Ergebnis einer Politik des Forderns und Förderns unter den derzeitigen arbeitsmarktpolitischen Bedingungen handelt, nicht um eine

---

22 Günther (Fußn. 20), S. 121.

23 Günther (Fußn. 20), S. 123.

24 Günther (Fußn. 20), S. 135 ff.

25 Bescherer, P./Dörre, K./Röbenack, S./Schierhorn, K.: Eigensinnige „Kunden“. Auswirkungen strenger Zumutbarkeitsregeln auf Langzeitarbeitslose und prekär Beschäftigte, in: Heft 26 des Sonderforschungsbereichs 580, Institut für Politikwissenschaften, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg 2008.

Ausgangslage, welche durch eine Politik der individuellen Aktivierung überwunden werden könnte. Die „Als-ob-Arbeiter“ und erst Recht die „Nicht-Arbeiter“ haben die Maßnahmen dieser Politik bereits durchlaufen, haben Erfahrungen mit einer dauerhaft prekären sozialen Lage gemacht und eine jeweils eigene „subgesellschaftliche Orientierung“ gefunden. Die Aktivierungsmethoden einschließlich der Sanktionen erweisen sich bei manchen der „eigensinnigen Kunden“ als überflüssig, bei den anderen als fruchtlos. Erfahrungen und Selbstzuschreibungen der Ohnmacht sitzen mitunter zu tief, um gegen das Erleben anzukommen, zu den Ausgeschlossenen zu gehören.

## 2.5 Interaktion im Fallmanagement

Soziale Arbeit stellt nicht nur auf das Verhalten, sondern auch auf die Verhältnisse ab. Das beinhaltet der eingangs zitierte Grundsatz vom „dreifachen Analyse- und Handlungsfokus“. Deshalb ist zunächst auf Brüche zwischen dem individualisierenden Ansatz der Fallarbeit und dem Maßnahmeangebot hingewiesen worden (oben 2.3), wobei die ungleich größeren Probleme des Arbeitsplatzangebots abschließend nur kurz erwähnt worden sind. Zuletzt nun einige Anmerkungen zur Interaktion zwischen Professionellen und Klientinnen bzw. Klienten, in der sich professionelle Soziale Arbeit in der öffentlichen Wahrnehmung vornehmlich zu bewähren hat. Hier beziehen sich Soziale Arbeit wie Sozialpolitik auf den Begriff des Fallmanagements, welches seinen Niederschlag in einer Eingliederungsvereinbarung finden soll. Allerdings werden in der Praxis der Grundsicherung nach dem SGB II verschiedene Konzepte von Fallmanagement verfolgt. Noch stärker divergieren die Auffassungen in der Sozialen Arbeit. So sieht Henrik von Bothmer im beschäftigungsorientierten Fallmanagement „nicht eine abgespeckte Version des Case Managements ... Vielmehr (seien) alle fachlich-qualitativen und ethischen Standards des Case Managements auch hier in vollem Maße zu erfüllen.“<sup>26</sup> Im selben Band sprechen Gertrud Kühnlein, Michael Buestrich, Heinz-Jürgen Dahme und Norbert Wohlfahrt von der „nackten Tatsache eines Zwangsverhältnisses“, welches dem Grundsatz folge, dass der Kunde zu steuern sei. Im stark IT-gestützten Beratungs- und Vermittlungsprozess werde das Arbeitskraftprofil der „Matchingmaschine“ zugeführt.<sup>27</sup>

---

26 Von Bothmer (Fußn. 12), S. 258.

27 Buestrich, M./Dahme, H.-J./Kühnlein, G./Wohlfahrt, N.: Funktionale Professionalisierung. Die Betreuung der Überflüssigen und ihre sozialarbeitsbezogenen Konsequenzen, in: Burghardt/Enggruber (Fußn. 5), S. 248, unter Berufung auf Hielscher/Ochs.

### 2.5.1 Leitfadenorientierung, „Anfänge sozialer Bildung“ und professionelle Autonomieräume

Die von der Bundesagentur für Arbeit herausgegebenen „Leitfäden“ lassen an eine Diskussion in der Erwachsenenbildung der Siebzigerjahre denken, die in der Folge von Oskar Negts Klassiker „Soziologische Phantasie und exemplarisches Lernen“ geführt wurde. Mit Leitfadenorientierung war der Versuch gemeint, angeleiteten Lehrkräften Leitfäden an die Hand zu geben, entlang derer sie den Unterricht „durchziehen“ können sollten. Diese Assoziation wird den aktuellen Leitfäden der Bundesagentur für Arbeit sicher nicht gerecht. Vor allem gibt es offenbar ein Geflecht teils verbindlicher, teils bloß empfehlender Äußerungen, die manchmal offiziell, manchmal nur offiziös sind. Nimmt man ein so verdienstvolles Werk wie den von der Bundesagentur inzwischen in 2. Auflage herausgegebenen praxisorientierten Leitfaden „Interaktion zur Integration“, dann zeigen sich aufgrund der Vielzahl von Ko-Autorinnen und Ko-Autoren inhaltliche und wissenschaftsdisziplinär bedingte Schattierungen – kurz, man merkt, dass der Diskussionsprozess auch innerhalb der Agentur für Arbeit weitergeht.

In der Literatur vonseiten der Sozialen Arbeit werden die Handlungsabläufe des beschäftigungsorientierten Fallmanagements häufig als standardisiert und bürokratisiert beurteilt.<sup>28</sup> Ob das zutrifft, müsste empirisch ermittelt werden. Die Existenz eines dichten Netzes von handlungsleitenden Vorschriften sowie von computergestützten Verfahren, Formularen und Dokumentationen spricht dafür, obwohl oben aus organisationssoziologischer Sicht bereits davor gewarnt worden war, aus der Existenz solcher Steuerungsinstrumente darauf zu schließen, dass sie die Realität abbilden würden.

In der soziologischen Theorie personenbezogener Dienstleistungen sowie in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit sozialrechtlich gewährleisteten personenbezogenen Dienstleistungen<sup>29</sup> wird immer darauf hingewiesen, dass Professionen zu ihrer Ausübung eines Handlungsspielraums bedürfen. Zur Begründung wird auf den Gegensatz von bürokratischer Routine und professioneller Problembearbeitung verwiesen sowie auf das besondere Merkmal professionellen Handelns, mit Nicht-Wissen umgehen können zu müssen. Burkhard Müller und Reinhard Hörster sehen am Anfang allen pädagogischen Handelns „Tätigkeiten und Fähigkeiten ...“, die sich rationalem Kalkül und Verstehen ein gutes Stück weit entziehen, gleichwohl aber die Grundlage für rationales Han-

---

28 So Buestrich u.a. (Fußn. 27), S. 248 f.; Polutta, A.: Professionelles Selbstverständnis an der Schwelle zum Post-Wohlfahrtsstaat – zu aktuellen Paradoxien professioneller Dienstleistungserbringung in der Jugendhilfe, in: Burghardt/Enggruber (Fußn. 5), S. 218.

29 Vgl. dazu Burghardt (Fußn. 15).

deln und Verstehen allererst herstellen, sofern sie Verständigung ermöglichen“. Es handele sich dabei um „zugleich emphatische, kommunikative, expressive, ästhetisch gestaltende und spielerische Tätigkeiten“. <sup>30</sup> Rollengeprägte berufliche Arbeit, schon gar im Auftrag der Sozialverwaltung, kann so im Grunde nicht vorgehen – entscheidend ist aber, ob der Freiraum besteht, solche affektiven Öffnungen geschehen zu lassen, wenn dadurch immer wieder neue Anfänge erschlossen werden können.

Entsprechend wird in der Fachdiskussion der Disziplin Soziale Arbeit überwiegend die Auffassung vertreten, die sozialpolitisch gewollte Ausweitung personenbezogener Dienstleistungen ersetze professionelle Steuerung durch sozialtechnologische und ökonomische Steuerungsmechanismen und treibe damit eine Deprofessionalisierung voran. Hier ergeben sich Parallelen zum derzeitigen Prozess der Standardisierung des Unterrichtsgeschehens und seiner Ausrichtung auf einfache Evaluationskriterien in Schulen und Hochschulen.

#### 2.5.2 Fallmanagement im Sanktionszusammenhang

Das SGB II verknüpft die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit mit Sanktionsfolgen, wenn Klientinnen und Klienten ihren Mitwirkungspflichten nicht nachkommen. Rainer Göckler hat diese Verknüpfung in seiner Monografie „Beratung im Sanktionskontext“ <sup>31</sup> unter vielfältigen theoretischen Ansätzen von Beratung erörtert und empirisch untersucht. Er weist zu Recht darauf hin, dass Beratungen im Zwangskontext in der sozialen Arbeit wohlbekannt sind und unter dem Begriff des (unaufhebbaren) Widerspruchs von Hilfe und Kontrolle bzw. des „doppelten Mandats“ diskutiert werden. Es ist ihm auch zuzustimmen, wenn er feststellt, dass der Umgang mit dem „doppelten Mandat“ in der Praxis des SGB II besonders schwierig sei.

Problematisch ist es, wenn er eine innerorganisatorische Arbeitsteilung zwischen den Fallmanagerinnen und Fallmanagern und denjenigen Mitarbeitern bzw. Mitarbeiterinnen der Agentur ablehnt, welche die Sanktionen tatsächlich aussprechen. <sup>32</sup> Zur Bearbeitung des Auftrags der Hilfe bei gleichzeitiger Kontrollfunktion wird in der sozialpädagogischen Theorie auf die Offenlegung der Rollen bei der Begründung des Arbeitsbündnisses verwiesen. Es genügt, wenn vom professi-

---

30 Hörster, R./Müller, B.: Zur Struktur sozialpädagogischer Kompetenz. Oder: Wo bleibt das Pädagogische in der Sozialpädagogik?, in: Combe, A./Helsper, W. (Hrsg.): Pädagogische Professionalität. Untersuchungen zum Typus pädagogischen Handelns, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1999, S. 623.

31 Göckler, R.: Beratung im Sanktionskontext. Sanktionsgespräche in der Grundsicherung für Arbeitsuchende – Theorie und Praxis der Umsetzung, Tübingen 2009.

32 Göckler (Fußn. 31), S. 113.

onellen Helfer gegenüber dem Klienten klargelegt wird, wieweit sein eigener Handlungsspielraum reicht und ab wann er Sanktionsinstanzen informieren werde. Diese Kooperation ist notwendig. Das ist aber weniger als die von Göckler geforderte Personalunion bei der Wahrnehmung von Rollen, die in vergleichbaren Bereichen aus gutem Grund historisch ausdifferenziert worden sind. So müssen sich die Praxisträger der Sozialen Arbeit und die Polizei wechselseitig respektieren und ihre Schnittstellen samt den Übergängen von einem Bereich zum anderen definieren und offenlegen. Dennoch bleiben sie voneinander geschieden. Göcklers Beispiele der „Sanktionsgespräche“ folgen einer richterlichen Sicht und billigen oder missbilligen ein vergangenes Geschehen. Die Kombination einer richterlichen Sicht mit dem gleichzeitigen Auftrag zur zukünftigen Unterstützung ruft auf der Beziehungsebene unnötig tief die Übertragung von Eltern-Kind-Prägungen hervor. Die dadurch erweckte Dynamik ist in den Beratungsgesprächen nicht beherrschbar.

Die Fallarbeit im Rahmen des SGB II gibt über die Frage der Personalunion von Beratenden und Sanktionierenden hinaus Anlass, die zugrunde liegende Rechtskonstruktion sozialpädagogisch „querzulesen“. Entsprechend den Grundsätzen Sozialer Arbeit muss der Abschluss der Eingliederungsvereinbarung freiwillig sein. Gelingt dies nicht, so ist nichts einzuwenden, wenn § 15 Abs. 1 Satz 6 SGB II vorsieht, dass über die Eingliederungsleistungen durch Verwaltungsakt entschieden werden soll. Sozialleistungen dürfen und können im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen einseitig-hoheitlich konkretisiert werden. Die Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Verträge tritt ergänzend hinzu, soweit es sich um Ermessensleistungen handelt, § 53 Abs. 2 SGB X.

Es ist wegen der Selbstbindung von Vertragspartnern sicher wünschenswert, wenn anstelle eines Verwaltungsakts eine einvernehmliche Regelung tritt, nur muss diese Einigung freiwillig erfolgen, weil nicht nur in einem psychologischen Sinn, sondern auch in einem juristischen Sinn durch den Abschluss eines Vertrags das Festhalten am Vereinbarten verlangt wird. Wer einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geschlossen hat, kann davon nur noch mit der Behauptung abrücken, dieser Vertrag sei nichtig, d.h. von schweren Rechtsfehlern gekennzeichnet, § 58 SGB X. Demgegenüber können die Adressaten von Verwaltungsakten dessen Inhalt im Rechtswege auch auf einfache Rechtsfehler überprüfen lassen. Wer also einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließt, begibt sich teilweise außerhalb des Rechtsschutzes. Das ist möglich, muss aber freiwillig erfolgen.

Nun sieht § 31 Abs. 1 a SGB II vor, dass die bloße Ablehnung einer angebotenen Eingliederungsvereinbarung Sanktionen nach sich ziehen kann. Das wider-

spricht nicht nur den genannten professionellen Grundsätzen Sozialer Arbeit, sondern ist zugleich verfassungswidrig, weil die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 GG die Vertragsfreiheit schützt, also auch die Freiheit, keinen Vertrag zu schließen.<sup>33</sup> Im Zuge der Fallarbeit muss demnach von den Fallmanagerinnen und Fallmanagern darauf hingewiesen werden, dass eine Eingliederungsvereinbarung geschlossen werden kann und nach dem Wunsch des Gesetzgebers möglichst auch geschlossen werden soll. Falls das geschehe, müsse daran aber in aller Regel auch festgehalten werden. Falls eine Aushandlung – mit der darin möglicherweise verbundenen Chance der Individualisierung – nicht gelänge, so werde durch Verwaltungsakt entschieden, der gegebenenfalls gerichtlich überprüft werden könne.

### **Zusammenfassung**

In der neuen Sozialgesetzgebung und ihren Umsetzungsanstrengungen sind originäre Konzepte und Methoden Sozialer Arbeit aufgenommen worden wie „Hilfe zur Selbsthilfe“, „Ressourcenorientierung“ sowie „Ermutigung“. Sowohl die Praxis wie die Theorie dieser sozialen Dienstleistungen stoßen dabei notwendig auf das Selbstverständnis und die Methodik Sozialer Arbeit. Am Beispiel des Gebots der Individualisierung der Hilfe sowie der Konstruktion von Arbeitsbündnissen im Zwangskontext sind Differenzen einer professionellen Sicht Sozialer Arbeit zur derzeitigen sozialpolitischen Rahmung aufgezeigt worden. Ferner ist darauf hingewiesen worden, dass die Übernahme von Eigenverantwortung nur das Ergebnis einer Selbstermächtigung sein kann. Ohne eine solche wird die Aufforderung zur Übernahme eines gesellschaftlich-abstrakt konstruierten Bilds von Selbstverantwortung notwendig als Fremdbestimmung erlebt.

---

<sup>33</sup> Vgl. dazu Burghardt, H.: Grundrechtsverwirklichung durch professionelle Soziale Arbeit, in: Burghardt/Enggruber (Fußn. 5), S. 60–67 m.w.N.

## **Der Zwischenbericht „Modellprojekt Sozialbüros NRW“<sup>1</sup> im Lichte der Aufgabenstellung der Sozialhilfe**

**Diskussionsbeitrag auf einem Experten-Workshop am 20. Mai 1999  
in Düsseldorf**

1. Mein Thema steht an erster Stelle der vorbereiteten Diskussionsbeiträge und wird im Programm als Eingangsreferat ausgewiesen. Die meisten von Ihnen sind – im Unterschied zu mir – Beteiligte an dem großangelegten Unternehmen „Modell Sozialbüros“, das schon mehr als zwei Jahre läuft. Deshalb beschränke ich mich darauf, lediglich das zu bezeichnen, was mir bei der Lektüre des Zwischenberichts aufgefallen ist, um daran sozialhilferechtliche Reflexionen anknüpfen zu können.

2. Der Zwischenbericht stellt eine in der Präzision der Beschreibung und der Fülle der beschriebenen Beratungstätigkeiten, ihrer Zielsetzungen, der Kreise der Beratenen und des Selbstverständnisses der Beraterinnen und Berater beeindruckende sozialwissenschaftliche Leistung dar. Auf mein besonderes Interesse sind dabei die Anstrengungen des Autorenteam gestoßen, diese Überfülle zu strukturieren, allgemeine Merkmale und Bedingungen des Beratungsgeschehens und Strukturtypen der Beratung herauszuarbeiten und über korrespondierende Begriffspaare (wie u.a. „diffuse und spezifische“, „spezialisierte und entspezialisierte“ Beratungssituationen) den Beratungsprozeß durchsichtiger werden zu lassen. Hier wird im Wechselprozess zwischen sozialwissenschaftlicher Feldforschung und Kategorienbildung das geleistet, was genau die Aufgabe der Wissenschaft ist: Aufdeckung und Reduktion von Komplexität. Damit begründet der Zwischenbericht zugleich eine in die Zukunft gerichtete Hoffnung, die Möglichkeit der Entwicklung eines allgemeinen, sozialwissenschaftlich fundierten Modells „Beratung in der sozialen Arbeit“, das der Beliebigkeit der gegenwärtigen Verwendung des Begriffs „Sozialberatung“ ein Ende setzt und es erlaubt, für die jeweiligen Felder Standards herauszuarbeiten.

---

1 Modellprojekt „Sozialbüros“ NRW. Zwischenbericht der wissenschaftlichen Begleitung, hrsg. vom Ministerium für Arbeit, Soziales und Stadtentwicklung, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen, Dezember 1998. Siehe dazu Siebenhaar/Sommer, Erprobung und Untersuchung neuer Formen individueller Beratungsarbeit in der Sozialhilfe, NDV 1999, 90 ff. sowie die Darstellung des Modellprojekts und der Zwischenergebnisse durch Mitglieder des Forschungsteams (Reis, Bartelheimer, Dieckmann, v. Freyberg) unter dem Titel „Beratung in der Sozialhilfe“, NDV 1999, 92 ff., 126 ff.

3. Ein erhöhtes Interesse als Jurist lösten bei mir weiterhin alle Hinweise und Erläuterungen im Bericht aus, die im Zusammenhang mit der rechtlich-institutionellen Zuordnung und Ausgestaltung der beteiligten Sozialbüros nach ihrer öffentlichen oder freien Trägerschaft, ihrem spezifischen Auftrag und der Dichte der Vernetzung des örtlichen Systems sozialer Hilfen („lokaler Sozialstaat“) stehen. Hier wurzelt offensichtlich die Vielfalt in Zielsetzung, Ressourcenverfügbarkeit sowie Selbstverständnis und täglicher Praxis (einschließlich des üblichen „Thematisierungskorridors“) unter den Sozialbüros. Möge es der Ehrgeiz des Forschungsteams sein, für den Schlußbericht auch Hinweise für die Beantwortung von Fragen nach einer optimalen Organisation und Vernetzung von Sozialbüros zu entwickeln.

4. Ein Licht der Aufgabenstellung der Sozialhilfe auf den Zwischenbericht kann nur von § 1 Abs. 2 BSHG, der „königlichen Norm“ her leuchten. Danach ist es Aufgabe der Sozialhilfe, dem Empfänger der Hilfe die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht. Die Hilfe soll ihn soweit wie möglich befähigen, unabhängig von ihr zu leben; hierbei muß er nach seinen Kräften mitwirken.

4.1 Die Anknüpfung der Aufgabenstellung an die Würde des Menschen verweist unmittelbar auf Art. 1 Abs. 1 GG: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“ Das BVerfG sieht in der Würde des Menschen den höchsten Rechtswert und den Mittelpunkt des Wertsystems der Verfassung.<sup>2</sup> Der mit § 1 Abs. 2 BSHG der Sozialhilfe erteilte Auftrag bildet damit die zentrale Ausprägung des sozialen Rechtsstaats Bundesrepublik Deutschland in seiner Gestalt als Sozialstaat.

4.2 Die Reflexion darüber, was die Zentralnorm des § 1 Abs. 2 BSHG für die Verwirklichung des Auftrages der Sozialhilfe bedeutet, ist jedoch bisher recht blaß geblieben. Das Interesse der Sozialhilferechtler gleitet in jeder Diskussion schnell ab zu einzelnen Grundsätzen, die der Sozialhilfe immanent sind und die der Gesetzgeber näher angesprochen oder sonstwie zum Ausdruck gebracht hat (Selbsthilfepflicht, Nachrang, Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles, Bedarfsdeckungsprinzip und Kenntnisgrundsatz). Soweit es um den Begriff der Menschenwürde im unmittelbaren Kontext zum Sozialhilferecht geht, lassen sich drei Positionen mit sehr unterschiedlichen Akzenten fixieren. Die eine weist darauf hin, daß Menschenwürde eine ethische Kategorie sei und nur vom Hilfesuchenden selbst verwirklicht werden könne. Als rechtlicher Maßstab gebe der

<sup>2</sup> Dazu u.a. BVerfGE 27, 6; 39, 43; 82, 87.

Begriff innerhalb staatlichen Leistungsrechts überhaupt nichts her.<sup>3</sup> Eine andere Ansicht sieht in dem Gebot des § 1 Abs. 2 Satz 1 BSHG einen Auftrag an die Sozialhilfe, durch Umfang und Art der Sozialhilfegewährung sich selbst unerkennbar zu machen; anders formuliert: Die Sozialhilfe ist so zu bemessen, daß der Sozialhilfeempfänger nicht als solcher in seiner Umwelt erkennbar sei.<sup>4</sup>

Eine dritte Position begnügt sich mit der Aufstellung eines Wegweisers: Was die Führung eines menschenwürdigen Lebens der Sozialhilfe abverlange, müsse jeweils im Rückgriff auf die gesellschaftlichen Anschauungen und Verhältnisse ermittelt werden.<sup>5</sup>

Jede dieser genannten Ansichten mag in bestimmten Zusammenhängen durchaus Gewicht und Überzeugungskraft haben; für eine Beleuchtung des Zwischenberichts aus sozialhilferechtlicher Sicht reicht ihr Erkenntnislicht jedoch nicht. Weiterführend wäre hier nur die Gewinnung einer neuen Perspektive.

5. Der Zwischenbericht beruht auf einem methodischen Ansatz, der dem juristischen Denken zwar nicht völlig fremd, aber auch nicht ohne weiteres kompatibel ist, einem Prozeßdenken. Dies überrascht zunächst; ist doch der Prozeß die Handlungsform, in der über Recht oder Unrecht, also über den Grenzverlauf des Rechtssystems entschieden wird. Juristisch läßt sich unter Prozeß ein geregelter Argumentationsaustausch zwischen zwei Kontrahenten unter Anleitung und Aufsicht einer oder mehrerer neutraler Personen verstehen, der diesen eine streitbeendende Entscheidung nach den im System geltenden Regeln ermöglicht. Die Basis dieses Prozeßbegriffs bildet jedoch das (Luhmann hätte hier gesagt: „alt-europäische“) Subjekt-Objekt-Denken. Der Prozeß wird betrieben; ich stehe außerhalb. Von solchem Prozeßdenken hebt sich das Prozeßdenken der Sozialwissenschaften, das mir im Zwischenbericht als selbstverständlicher Ausgangspunkt entgegengetreten ist, deutlich ab. Es geht davon aus, daß jeder Handlungsablauf mit zwei (oder mehr) Beteiligten Kommunikation darstellt und entsprechend ihrer Dauer und Intensität die Partner wechselseitig zu beeinflussen und zu verändern geeignet ist. Weiterhin werden auch die Rahmenbedingungen des Kommunikationsprozesses in ihrer Bedeutung gesehen und gewichtet. Und schließlich, aber nicht zuletzt, wird die isolierende und in Zurechnungen sich festlaufende Subjekt/Objekt-Betrachtung dadurch gegenstandslos, daß das Handeln oder Nicht-handeln aller Prozeßbeteiligten in das fortlaufende Geschehen eingeht, so daß auch die evaluierten Ergebnisse des Prozesses (die wie Geschäftsbilanzen datumsbezogene Zwischenergebnisse präsentieren) nur als Koproduktion gedacht werden können. Damit aber kann auch die eine Beratung empfangende Per-

---

3 Neumann, Menschenwürde und Existenzminimum, NVwZ 1995,426 ff.

4 Dazu Birk, Rz. 7 zu § 1 BSHG in LPK-BSHG (5. Aufl. 1998).

5 Unter anderem BVerwGE 35, 178; 92, 6; 97, 376.

son aus dem Adressatenkreis der jeweiligen Beratungsstelle nicht mehr in eine isolierte Objektstellung eingewiesen werden, ohne daß ein hoher Preis bezahlt wird, nämlich das Prozeßhafte der Beratung zu verkennen, ineffektiver zu werden und – bestenfalls – zu einer Auskunftsstelle zu verkümmern.

6. Bei den Hinweisen auf die „Aushandelprozesse“, die im Rahmen der Beratung erfolgen, wurde mir noch ein weiteres Defizit der gegenwärtigen Sozialhilferechtstheorie bewußt: die einseitige Fixierung auf die Handlungsform des Verwaltungsaktes und die Vernachlässigung der Möglichkeiten einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung auch mit einem hilfeberechtigten Ratsuchenden.<sup>6</sup>

Fraglos ist der Verwaltungsakt eines der unverzichtbaren Rechtsinstrumente, um den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu garantieren und ggf. über gerichtlichen Rechtsschutz für den einzelnen Betroffenen zu sichern. Auf ihn ist auch die Ausbildung für den öffentlichen Dienst über die Jahrzehnte hin zunehmend ausgerichtet. Als Instrument für eine einseitige, verbindliche Entscheidung darüber, was einer Person nach geltender Rechtslage und auf einen bestimmten Zeitpunkt bezogen als öffentliche Sozialhilfeleistung zusteht (oder nicht zusteht), zementiert eine unreflektierte Dominanz des Agierens in der Handlungsform des Verwaltungsaktes jedoch das Subjekt-Objekt-Denken und schreibt den Ratsuchenden ungewollt in seiner Rolle als einseitigen Empfänger staatlicher Gewährungen fest.

7. Meine Überlegungen führen zu nachdenklichen Fragen: Sind wir in Theorie und Praxis des Sozialhilferechts vielleicht noch zu sehr dem Subjekt-Objekt-Denken verhaftet und wissenschaftstheoretisch auf den Stand einer verarmten Provinz zurückgefallen? Begnügen sich etwa deshalb unsere Bemühungen um die Bedeutung des Begriffs „Menschenwürde“ in § 1 Abs. 2 BSHG vorschnell mit flüchtigen, unbefriedigenden Antworten, weil wir den Hilfeberechtigten bereits über den Begriff „Hilfeempfänger“ als Objekt isolieren und danach alle Fragen mit der Schere der alternativen Begriffe „Selbsthilfe/Fremdhilfe“, „Gewähren/Nichtgewähren“, „Fördern/Fordern“ u.a. abschneiden können? Sollten wir nicht den Mut haben, beharrlicher nach dem Menschenbild zu fragen, das dem § 1 Abs. 2 BSHG vorausliegt? Weist es uns nicht bereits jetzt in eine bestimmte Richtung, nämlich daß Menschsein und damit Menschenwürde wesentlich mit der menschlichen Eigenschaft des ständigen Sichentwickelns und der Umwelt Antwort geben zu tun hat? Zeigt Achtung der Menschenwürde sich nicht zuletzt

6 Zur Bedeutung des Verwaltungsaktes als wichtigste Handlungsform im Verwaltungsrecht siehe Wahrendorf, Rz. 4.1 zu § 31 SGB X (in: Giese/Krahmer, SGBX), der zugleich die Forderung ausspricht: „Nicht das bloße Unterworfensein, das dem Wesen des Verwaltungsaktes immanent ist, sondern der Bewältigung von Sozialverhältnissen wird intensivere Beachtung geschenkt werden müssen.“

auch darin, daß diese Eigenschaften als vorhanden vorausgesetzt und in allen Vollzugsprozessen des Sozialhilferechts, die stets auch Kommunikationsprozesse sind, in Zukunft selbstverständlicher mitgedacht und angesprochen werden?

8. Es bleibt im heutigen Zusammenhang und an dieser Stelle nur noch zu vermerken, daß der Gesetzgeber und ein Teil der Praxis bereits weiter als die stehengebliebene Sozialhilferechtsdogmatik<sup>7</sup> sind. Diese wird aufwachen müssen und u.a. die Vorschriften des § 17 (Beratung und Unterstützung) in der Neufassung des Sozialhilferechtsreformgesetzes 1996 und des § 101a (Experimentierklausel) i.d.F. des 7. Änderungsgesetzes<sup>8</sup> zum Anlaß nehmen können, ihre Reflexionen über die Essentiale menschenwürdiger Lebensführung und der Hilfe zur Selbsthilfe als eines Prozesses (im Sinne der Handlungs-, nicht der Streitentscheidungstheorie) zu vertiefen.

Aber das Ansprechen solcher Erwartungen hat eine zweite paradoxe Situation entstehen lassen. Die erste ist, daß ich als Nichtbeteiligter an dem Projekt ein Einstiegsreferat zu halten unternommen habe; die zweite besteht darin, daß ich über die Widerspiegelung des Zwischenberichts in den Überlegungen eines Sozialhilferechtlers referiert habe, statt mit Überlegungen vom Sozialhilferecht her den Zwischenbericht auszuleuchten

---

7 Die letzte umfassende wissenschaftliche Darstellung und Auseinandersetzung mit der Sozialhilfe ist das Werk von Schulte/Trenk-Hinterberger, Sozialhilfe, 2. Aufl., 1986. Im Verhältnis zum Sozialhilferecht weist das Kinder- und Jugendhilferecht des SGB VIII zur Zeit einen ungleich höheren rechtstheoretischen Diskussionsstand auf. Hier hat insbesondere die Auseinandersetzung um die Rechtsnatur des Hilfeplans nach § 36 SGB VIII (dazu u.a. Maas, Der Hilfeplan nach § 36 und das jugendhilferechtliche Verwaltungsverfahren, ZfJ 1996, 199 ff.; ders., Hilfe zur Erziehung zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen, RsDE Heft 39/1998, S. 1 ff.) das Problembewußtsein für die zu leistende Aufgabe geschärft, nämlich die Anforderungen aus dem Verfassungsgebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG, § 31 SGB I), das auch die Leistungsverwaltung dem Gesetzesvorbehalt unterstellt (dazu Kreikebohm/Jassat, Rz. 3 zu § 31 in Giese/Krahmer, SGB I), mit der Komplexität von Hilfeprozessen dogmatisch kompatibel zu machen.

8 Siehe Gesetz vom 25. Juni 1999, BGBl. I S. 1442.



## **Autorenverzeichnis**

**Kurt Biedenkopf**, Prof. Dr., Ministerpräsident des Landes Sachsen a.D.

**Heinz Burghardt**, Dr., em. Professor für Sozial- und Arbeitsrecht an der Hochschule Emden-Leer

**Hans-Justus Charlier**, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Gelsenkirchen a.D.

**Jonathan Fahlbusch**, Dr., Arbeitsfeldleiter und Gutachtenreferent im Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Berlin

**Dieter Giese †**, Dr., Hauptreferent und stellvertretender Geschäftsführer im Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Honorarprofessor der Fachhochschule Frankfurt am Main

**Ralf Kreikebohm**, Prof. Dr., Geschäftsführer der Deutschen Rentenversicherung Braunschweig-Hannover, Lehrbeauftragter an der Technischen Universität Braunschweig

**Albin Nees**, Dr., Staatssekretär im Sächsischen Staatsministerium für Soziales a.D.

**Volker Neumann**, Prof. Dr., Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Staatstheorie an der Humboldt-Universität zu Berlin

**Claus Reis**, Prof. Dr., Fachhochschule Frankfurt am Main – University of Applied Sciences, Fachbereich Soziale Arbeit und Gesundheit

**Benedikt Siebenhaar**, Gruppenleiter „Arbeitspolitik“ im Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen

**Walter Tattermusch**, Leiter des Sozialamtes der Stadt Stuttgart

**Volker Wahrendorf**, Prof. Dr., Vorsitzender Richter am Landessozialgericht des Landes Nordrhein-Westfalen a.D.

**Felix Welti**, Dr., Professor an der Universität Kassel, Fachbereich Sozialwesen

**Manfred Wienand**, Dr., Beigeordneter beim Deutschen Städtetag, Leiter des Dezernats Recht und Verfassung, Gesundheit

Wegbegleiter und Wissenschaftler widmen Dieter Giese, einer herausragenden Persönlichkeit des Sozialrechts, ihre Beiträge zu aktuellen, sozialpolitischen Themen.

ISBN 978-3-7841-2008-9

