

Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Aspekte des Rechts sozialer Dienste Sozialhilfe, Grundsicherung und Kinder- und Jugendhilfe

Angela Busse

**+ Sozialrecht + Finanzierung + Soziale Dienste + Vergaberecht
+Wirtschaftsverwaltungsrecht +**

2008



Inhaltsverzeichnis

Die wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Aspekte des Rechts sozialer Dienste – am Beispiel der Sozialhilfe, Grundsicherung und Kinder – und Jugendhilfe

Vorwort.....	6
.....	7
1. Sozialrecht und Wirtschaftsrecht.....	8
1.1. Der Gegenstand des öffentlichen Wirtschaftsrechts.....	10
1.1.1. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft.....	11
1.1.2. Begriff und Inhalt des Wirtschaftsverwaltungsrechts.....	13
1.2. Gegenstand des Sozialrechts.....	15
1.2.1. Das gegliederte Sozialleistungssystem.....	16
1.2.2. Der Sozialrechtsbegriff.....	19
1.2.3. Das Verhältnis von Staat und sozialer Sicherheit.....	21
1.3. Gegensatz, Ergänzungsverhältnis oder Überschneidungsbereiche.....	24
1.3.1. Gemeinsame rechtliche Wurzeln.....	25
1.3.2. Neue verbindende Impulse aus der Europäischen Union.....	26
2. Das Recht der sozialen Einrichtungen.....	28
2.1. Charakteristik der Dienstleistungen im gegliederten Sozialleistungssystem.....	29
2.2. Das sozialrechtliche Dreieck.....	32
2.2.1. Der Anspruch auf Sozialleistungen.....	32
2.2.2. Dienst- und Sachleistungen und Sachleistungsprinzip.....	32
2.2.3. Der Vertrag zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger.....	33
2.2.4. Sozialrechtliches Dreieck und Sachleistungsprinzip.....	36
2.3. Leistungsrecht.....	37
2.3.1. Leistungen und Handlungsformen.....	38
2.3.2. Leistungsrecht der Sozialhilfe.....	39
2.3.2.1. Hilfen zur Gesundheit.....	41
2.3.2.2. Eingliederungshilfe.....	41
2.3.2.3. Hilfe zur Pflege.....	42
2.3.2.4. Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten.....	43
2.3.2.5. Hilfe zur Weiterführung des Haushaltes.....	43
2.3.2.6. Altenhilfe und Blindenhilfe.....	43
2.3.2.7. Zuständigkeit.....	44
2.3.3. Leistungsrecht der Kinder- und Jugendhilfe.....	44
2.3.3.1. Leistungen der Jugendhilfe.....	44
2.3.3.2. Andere Aufgaben der Jugendhilfe.....	45
2.3.3.3. Zuständigkeit und Träger.....	46
2.3.3.4. Organisation des Jugendamtes.....	46
2.3.4. Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende.....	47
2.3.4.1. Leistungsträger.....	48
2.3.4.2. Leistungen in Anlehnung an das SGB III.....	49
2.3.4.3. Weitere Leistungen.....	54
2.3.4.4. Arbeitsgelegenheiten.....	55
2.4. Leistungserbringerrecht.....	56
2.4.1. Zusammenarbeit und Gewährleistungspflicht.....	56
2.4.2. Leistungserbringung im SGB XII.....	59
2.4.2.1. Subsidiarität der Einrichtungen und Dienste öffentlicher Träger.....	60
.....	60

2.4.2.2. Hintergrund und Konsequenzen der Einführung des Leistungserbringerrechts.....	61
2.4.2.3. Abschluss der Verträge nach §§ 75 ff SGB XII.....	63
2.4.2.4. Rechtsschutz.....	64
2.4.2.5. Inhalte der Verträge.....	64
2.4.2.6. Sonderregelungen.....	65
2.4.2.6.1. Leistungserbringerrecht der Hilfen zur Gesundheit.....	65
2.4.2.6.2. Leistungserbringerrecht der Eingliederungshilfe.....	66
2.4.2.6.3. Leistungserbringerrecht der Hilfe zur Pflege.....	67
2.4.3.1. Förderung.....	70
2.4.3.2. Kostenvereinbarungen und Leistungserbringerverträge.....	71
2.4.4.1. § 17 II 1 SGB II als Grundlage eines Leistungserbringerrechts.....	74
2.4.4.2. Bedeutung des § 17 I 1 SGB II für die Leistungen in Anlehnung an das SGB III.....	74
2.4.4.3. Weitere Leistungen und Arbeitsgelegenheiten.....	78
2.4.4.4. Die Vereinbarung nach § 17 II SGB II.....	79
2.4.5. Bewertung.....	80
2.5. Gemeinsame Problembereiche des Leistungserbringerrechts....	82
2.5.1. Kanon der Finanzierungsarten.....	82
2.5.2. Privatisierung und Rechtsstellung der freien Träger	84
2.5.3. Rechtscharakter der Rahmenverträge als Normenverträge....	84
2.5.4. Rolle der Schiedsstellen.....	87
3. Wirtschaftsverwaltungsrecht.....	88
3.1. Ausgewählte wirtschaftsverwaltungsrechtliche Institute.....	89
3.1.1. Privatisierung.....	89
3.1.1.1. Die Staatsverwaltung.....	89
3.1.1.2. Privatisierungsarten und Public-Private-Partnership.....	90
3.1.2. Voraussetzungen der Privatisierung.....	96
3.1.2.1. Der vorrechtliche Kernbereich der Staatsaufgaben.....	96
3.1.2.2. Verfassungsrechtliche Vorgaben.....	97
Grenzen der Privatisierung.....	101
3.1.2.3. Gesetzliche Vorgaben.....	101
Grenzen der Privatisierung	102
3.1.3. Subventionen.....	103
3.1.3.1. Der Subventionsbegriff.....	103
3.1.3.2. Zuwendungen.....	104
3.1.3.3. Das Subventionsverhältnis.....	106
Anspruch auf Subventionen	111
3.1.3.4. Die Rückforderung von Subventionen.....	112
3.1.3.5. Rechtsschutz.....	114
3.1.4. Vergaberecht.....	116
3.1.4.1. Das Vergaberecht nach GWB.....	118
3.1.4.2. Verfahrensarten bei Vergabe nach Haushaltsrecht.....	121
3.1.4.3. Besonderheiten bei Vergabe nach Haushaltsrecht.....	123
3.1.4.4. Ausgewählte Stationen des offenen Verfahrens.....	124
3.1.4.5. Rechtsschutz.....	126
3.1.5. Gewerberecht - Überwachung und Zulassung eines Gewerbes	126
3.1.5.1. Eingriffsverwaltung.....	127
3.1.5.2. Gewerbebegriff.....	129
3.1.5.3. Verbot und Erlaubnis.....	130
3.2. Bedeutung des Wirtschaftsverwaltungsrechts für die sozialen Einrichtungen und Dienste.....	131
4. Wirtschaftsverwaltungsrecht der sozialen Dienste.....	133

4.1. Zusammenarbeit als Privatisierung.....	133
4.1.1. Inpflichtnahme und Verwaltungshelfer.....	133
4.1.2. Formelle bzw. Organisationsprivatisierung.....	133
4.1.2.1. Die Arbeitsgemeinschaft zur Zusammenarbeit zwischen Leistungsträgern.....	134
4.1.2.2. Die Arbeitsgemeinschaft der Grundsicherung für Arbeitssuchende.....	135
4.1.2.3. Arbeitsgemeinschaft der Jugendhilfeträger.....	138
4.1.2.4. Die Gründung einer privaten Gesellschaft zur Leistungserbringung durch öffentliche Träger	138
4.1.3. Materielle Privatisierung.....	140
4.1.3.1. Existenzsicherung und der Kernbereich staatlicher Aufgaben	141
4.1.3.2. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie als Grenze materieller Privatisierung.....	143
4.1.4. Funktionale Privatisierung.....	143
4.1.4.1. Privatisierung und Leistungserbringerverträge.....	144
4.1.4.2. Privatisierung und Leistungsvertrag.....	144
4.1.4.3. Private Beteiligung an den Aufgaben öffentlicher Träger.....	145
4.1.5. Beleihung.....	147
4.1.5.1. Beleihung bei der Durchführung von Grundsicherung für Arbeitssuchende.....	148
4.1.5.2. Zusammenarbeitsgebote und Beleihung.....	150
4.1.5.3. Sonderfall: Privatisierung und Beleihung von kirchlichen Trägern.....	151
4.1.6. Public-Private-Partnership und soziale Dienste.....	152
4.2. Subventionen an soziale Dienste.....	153
4.2.1. Spezielle Anspruchsgrundlagen.....	153
4.2.2. Förderungs- und Unterstützungsgebote als allgemeine Rechtsgrundlage.....	156
4.2.3. Subventionen und Leistungsansprüche – Das Verhältnis von Subvention und vertraglicher Vergütung.....	159
4.2.4. Subventionsverbote der EU und soziale Einrichtungen – Eine Bereichsausnahme?.....	161
4.2.5. Risiken der Subventionsfinanzierung.....	165
4.3. Vergabe von sozialen Dienstleistungen durch öffentliche Träger	166
4.3.1. Anwendbarkeit von Vergaberecht im SGB VIII und SGB XII...168	168
4.3.1.1. Auftragscharakter der Leistungserbringung.....	168
4.3.1.2. Verstoß des Vergaberechts gegen fürsorgerechtliche Strukturprinzipien.....	170
4.3.1.3. Beeinträchtigung der Grundrechte der Leistungserbringer durch das Vergabeverfahren.....	172
4.3.1.4. Keine Vergabe ohne Markt.....	173
4.3.1.5. Ausdrücklicher Ausschluß des Vergaberechts durch VOL/A.....	174
4.3.1.6. Die lex specialis These.....	174
4.3.1.6.1. Reichweite eines lex specialis.....	177
4.3.1.6.2. Von der fehlenden Differenzierung der Finanzierungsarten	179
4.3.1.6.3. Systematische Bedenken gegen die lex specialis These..	181
4.3.2. Anwendbarkeit von Vergaberecht im SGB II.....	182
4.4. Ordnungsrecht der sozialen Einrichtungen.....	184
4.4.1. Zulassung durch Leistungserbringervertrag als gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme.....	184

4.4.2. Einrichtungen und Dienste für Kinder- und Jugendliche, §§ 43 ff SGB VIII.....	186
4.4.2.1. Ambulante Betreuung von Kindern und Jugendlichen.....	186
4.4.2.2. (Teil-)Stationäre Betreuung von Kindern und Jugendlichen.	189
4.4.3. Einrichtungen für Erwachsene nach dem HeimG.....	192

Vorwort

Das vorliegende Buch möchte einen ersten Einblick in die Zusammenhänge des Rechts der Organisation und Finanzierung sozialer Dienste mit dem Wirtschaftsverwaltungsrecht anbieten. Die soziale Arbeit gerät seit den 90er Jahren zunehmend in den Bannkreis wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Strukturen, die über die traditionellen Verbindungen beider Materien durch das Gefahrenabwehrrecht hinausgehen. Obwohl beide Materien verwaltungsrechtliche Wurzeln haben und somit im Grunde auf dieselben dogmatischen Voraussetzungen zurückreichen, sind die Verbindungen nicht offensichtlich. Sie wurden gerade in der Vergangenheit wohl auch aus Kalkül eher verdeckt als ausdrücklich herausgestellt und analysiert. Ein weiterer traditioneller Überschneidungsbereich ist auch die Subventionierung der sozialen Dienste, die zunehmend ins Blickfeld des EU-Beihilfenverbotes gerät. Bereits diese traditionellen Beispiele zeigen den Rechtsanwendern, zu denen nicht nur Wirtschaftsrechtler und Sozialrechtler, sondern auch und gerade diejenigen gehören, die sich mit den Bedingungen sozialer Arbeit an vorderster Front auseinandersetzen müssen, die Verflechtung von Sozial- und Wirtschaftsverwaltungsrecht. Dazu stößt seit dem Ende der 90er Jahre die Diskussion um das Vordringen des Vergaberechts in den sozialen Bereich. Das formelle Sozialrecht alleine reicht nicht mehr aus, um sich auf diesem Gebiet sicher orientieren zu können. Die Finanzierung und Existenz sozialer Dienste hängt davon ab, dass die Zusammenhänge und Abhängigkeiten des Sozialrechts und Wirtschaftsverwaltungsrechts deutlicher benannt werden als bisher. Das Buch richtet sich damit an Lehrende und Lernende des Sozial- und Wirtschaftsverwaltungsrechts sowie an Praktiker, die einen Einblick in die rechtlichen Rahmenbedingungen der Finanzierung und Organisation ihrer Arbeit erhalten möchten.

1. Sozialrecht und Wirtschaftsrecht

Sozialrecht und Wirtschaftsrecht wurden oftmals als Gegensätze gedacht. Während das Wirtschaftsrecht das freie Spiel der Kräfte unterstützen oder ermöglichen soll und die herrschenden Paradigmen Privatautonomie und Wettbewerb lauten, ist das Bild des Sozialrechts gerade gegensätzlich geprägt. Es soll die Härten von Privatautonomie und Wettbewerb ausgleichen und Teilhabe für diejenigen ermöglichen, die im freien Spiel der Kräfte Nachteile erleiden würden.¹ Beide Rechtsgebiete scheinen sich so auf den ersten Blick wenig zu sagen zu haben. In dieser Tradition stehen auch die Argumente, die sich zur Abwehr gegen die Vereinnahmung des Sozialrechts durch wirtschaftsverwaltungsrechtliche Strukturen darauf berufen, bei der Realisierung sozialer Rechte gäbe es keinen Markt. Zahlreiche Veröffentlichungen um den Themenkreis Sozialrecht und Wirtschaftsrecht im weitesten Sinne sprechen eine andere Sprache und kennzeichnen eine Annäherung dieser Bereiche.² Dabei soll hier zunächst keine These darüber aufgestellt werden, in welchem Verhältnis beide Bereiche stehen. Im Gegenteil erscheint die Frage nach dem Verhältnis dieser beiden Rechtsmaterien als irreführend. Die Rechtsordnung wird nicht durch Rechtsgebiete, die zueinander in einem Alternativverhältnis stehen, strukturiert. Trotz Normierungsflut oder gar Normierungswut in allen Lebensbereichen, erhebt das Recht den Anspruch, als einheitliches System zu gelten. Dieser oft zitierte Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung gerät oftmals in Vergessenheit, wenn Begriffskategorien wie Sozialrecht oder Wirtschaftsrecht, öffentliches Recht oder Zivilrecht abgegrenzt werden. Verständlich ist daher die Forderung nach einem „ganzheitlichen Ansatz, der die sozialrechtliche und wirtschaftsrechtliche Seite des Geschehens zusammenführt.“³ Letztendlich kann es immer nur darum gehen, welchen Anwendungsbereich eine beliebige Rechtsnorm innerhalb des Gesamtsystems „Recht“ beanspruchen kann. Kategorien wie Sozialrecht oder Wirtschaftsrecht dienen der Orientierung. Für sich betrachtet erzeugen diese Begriffe keine rechtlich relevante Wirkung.

Dennoch wird man die Begriffe für sich jeweils kurz umreißen müssen, um zu verstehen, von welchen modellhaften Voraussetzungen die Rechtsgebiete üblicherweise ausgehen. Aus diesen verschiedenen

¹ Hänlein NZS 2003, 617 (618); Schulte ZFSH/SGB 2005, 643 (643)

² Bereits Mrozyński SF 1999, 221 f

³ Hänlein NZS 2007, 617 (622)

Voraussetzungen ergeben sich die jeweiligen Erklärungsperspektiven und -ansätze, mit denen jede Spezialdisziplin innerhalb der Gemeinde der Rechtswissenschaftler ihren Rechtsbereich unter Inanspruchnahme einer herausragenderen Kompetenz erklärt. Die vielfach in der aktuellen Diskussion um Handlungsformen, Anwendungsbereiche und Reichweite der jeweiligen Rechtsgebiete unreflektierten Voraussetzungen bilden den Hintergrund des Verständnisses der aktuellen Problemlagen. Wesentlich ist auch anzumerken, dass es nicht darum gehen kann, den Vorrang oder Nachrang eines der Erklärungsmodelle für einen Bereich herzustellen. Sowohl das Wirtschaftsrecht als auch das Sozialrecht bedienen sich, bezogen auf die Gesamtrechtsordnung, derselben Erklärungsmodelle. Je nachdem, ob man die Sichtweise des BVerfG annehmen möchte oder die des EuGH,⁴ ist die oberste Meßlatte, mit denen das Sozial- und Wirtschaftsrecht in Einklang zu stehen hat, entweder die Verfassung des Grundgesetzes oder das EU-Recht, insbesondere in der Form des EU-Vertrages. Beide Kodifizierungen werden von Wirtschafts- und Sozialrechtlern nur unter Zugrundelegung der Ausgangsfragen ihrer Disziplinen gelesen. Als provisorische Ausgangsfrage kann man für die Sozialrechtswissenschaft die Gestaltung sozialer Sicherheit annehmen.⁵ Eine ebenfalls provisorische Ausgangsfrage für das Wirtschaftsrecht kann die Frage nach dem Verhältnis von staatlicher Tätigkeit und privater Wirtschaft darstellen. Unter dem Blickwinkel dieser Fragen werden jeweils EU-Vertrag oder Grundgesetz neu gelesen. Prinzipiell wird sich auf jeder Rangstufe der Rechtsquellen eine wirtschaftsrechtliche und eine sozialrechtliche Regelung finden lassen. Innerhalb dieser Rangstufen stehen sozialrechtliche und wirtschaftsrechtliche Regelungen prinzipiell gleichrangig nebeneinander.



Da nun leider weder das moderne Sozialrecht noch das moderne Wirtschaftsrecht viel mit der klassischen Kodifizierungskunst, die im (alten) BGB angewendet wurde, gemein haben, ist es oftmals schwierig

⁴ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 5 Rz. 13

⁵ Hänlein NZS 2003, 617 (618)

bis aussichtslos, die Regelungsbereiche genau aufeinander abzustimmen. Eine Kodifizierung, die das Sozial- und Wirtschaftsrecht harmonisch vereint und die gemeinsamen Strukturen sichtbar macht, dürfte noch lange ausstehen. Das Werk müsste unter anderem vom BGB bis zum Verwaltungsverfahren, Gewerberecht, Leistungsrecht, Leistungserbringerrecht und Haushaltsrecht alles unter einen systematischen Hut bringen und dabei nach Spezialitätsverhältnissen ordnen. Bei der durchschnittlichen Verfallsrate allein des Sozialrechts dürfte diesem Unternehmen kein Erfolg vergönnt sein. Entsprechend unverbunden scheinen beide Bereiche nebeneinander zu existieren. Sie begegnen sich dementsprechend auch mit Misstrauen, wenn sie durch neue Ideen und Entwicklungen in der Praxis aufeinander treffen. Sie erscheinen unvereinbar und gegensätzlich. An dieser Stelle soll beiden Disziplinen das Recht eingeräumt werden, gleichberechtigte Geltung zu beanspruchen und keinesfalls alleine Anspruch auf die Erklärung der Finanzierung sozialer Arbeit zugestanden werden. Beide Rechtsgebiete haben einen regen Anteil an der Finanzierung sozialer Arbeit und durchdringen sich gegenseitig.⁶ Gegensätze sind sie (seit langem) nicht (mehr).⁷

1.1. Der Gegenstand des öffentlichen Wirtschaftsrechts

Wenn man die Grundlagen der deutschen Rechtsordnung beschreiben soll, kommt man nicht umhin die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht zu beschreiben. Die einfachste Beschreibungsformel lautet, dass das öffentliche Recht die Beziehung zwischen Staat und Individuum regelt. Das Zivilrecht hingegen regelt die Rechtsbeziehung zwischen den Bürgern. Diese Abgrenzung ist ungenau, wie alle weiteren Abgrenzungstheorien belegen. Jedoch ist sie anschaulich. Wie die Rechtsordnung lässt sich auch das Wirtschaftsrecht in einen öffentlichrechtlichen und einen privatrechtlichen Teil unterscheiden. Während das Wirtschaftsprivatrecht gegenständlich vor allem durch BGB, HGB und das Gesellschaftsrecht gekennzeichnet ist, also letztendlich die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Privaten regelt, ist das öffentliche Wirtschaftsrecht kaum exemplarisch durch allgemein bekannte Gesetze zu beschreiben.

Das öffentliche Wirtschaftsrecht wird unterschiedlich definiert. So lautet eine Beschreibung, es handele sich um die Gesamtheit derjenigen

⁶ Becker NZS 2007, 169 (169)

⁷ Stationen einer Annäherung beschreibt Hänlein NZS 2003, 617 (617f)

Rechtssätze, die einem Träger öffentlicher Gewalt mit Blick auf die Gestaltung und Beeinflussung des Wirtschaftslebens spezifische Rechte und Pflichten zuweisen.⁸ Anschaulicher wird das öffentliche Wirtschaftsrecht auch als die Gesamtheit derjenigen Rechtssätze, die die Stellung des Wirtschaftssubjekts gegenüber Trägern hoheitlicher Gewalt oder deren eigene Marktteilnahme oder das Wirtschaftsverhalten privater Wettbewerber regulieren, verstanden.⁹ Pragmatischer kann das öffentliche Wirtschaftsrecht auch als das Recht staatlicher Einwirkung auf die Wirtschaft bezeichnet werden.¹⁰ Damit kann es von der Wirtschaftspolitik unterschieden werden, die sich zwar regelmäßig in Rechtsnormen ausdrücken wird, aber auch darüber hinausgehen. Je nach methodischem Standort des Wirtschaftsrechtsinterpreten ist diese Abgrenzung möglich oder gerade auch nicht. Denn im Rahmen teleologischer Argumente kann die Wirtschaftspolitik in die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen Eingang finden, soweit man es als Aufgabe der Rechtswissenschaft betrachtet, Politik in die Gesetzesinterpretation einzubeziehen.

<p>Öffentliches Recht</p> <p>-> regelt die Beziehung zwischen Staat und Bürger</p>	<p>Privatrecht</p> <p>-> regelt die Beziehung zwischen Bürgern</p>
<p>Öffentliches und Privates Wirtschaftsrecht</p>	
<p>Beispiele:</p> <p>Verwaltungsverfahrensgesetz Haushaltsgesetze Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gemeindeordnung, Gewerbeordnung</p> <p>Definition: Gesetze, die die Stellung des Wirtschaftssubjekts gegenüber Trägern hoheitlicher Gewalt regeln.</p>	<p>Beispiele:</p> <p>Bürgerliches Gesetzbuch Handelsgesetzbuch GmbH-Gesetz</p>

1.1.1. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft

⁸ Badura/Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rz. 2

⁹ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3 Rz. 1

¹⁰ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 8 Rz. 20

Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft war wechselvoll und ist gerade im Hinblick auf die zum Teil gegenläufige Entwicklung im Sozialrecht interessant.¹¹ Während im Mittelalter noch nicht von einem Staat, der allgemeine Gesetze über wirtschaftliches Handeln erließ, gesprochen werden konnte und es auch nicht akzeptiert war, dass obrigkeitliche Gewalten beliebig Recht setzen konnten, bildeten sich im Hochmittelalter in den Städten erste Zusammenschlüsse von Bürgern, die Satzungsgewalt hatten. Darin erkannte die Obrigkeit die Möglichkeit Verwaltungsaufgaben zu übertragen. Gewerbetreibende bildeten zum Beispiel Zünfte mit eigener Gerichtsbarkeit und Zunftzwang. In der Epoche des Merkantilismus wurde der Staat zum Mittelpunkt. Er trat als wirtschaftlicher Akteur auf um die Verheerungen des 30 jährigen Krieges zu bewältigen. Ziel war es, durch eine dirigistische Wirtschaftspolitik Wachstum hervorzubringen. Der Kerngedanke dieses Merkantilismus lautete, dass das Gemeinwohl von dem Macht verkörpernden Staatsreichtum abhängt und die Vermehrung des Staatsreichtums hänge allein von der Konzentration von Geld und Rohstoffen im Land zu Lasten anderer Staaten ab. Ziel war eine aktive Handelsbilanz. Ein planvolles Eingreifen des Staates sollte dies sicherstellen. Die deutsche Spielart des Merkantilismus war der Kameralismus. Darunter wurde die Förderung von Landwirtschaft und Gewerbe verstanden. Diese Vorstellungen setzten voraus, dass eine Territorialgewalt vorhanden war, die mit Rechtssetzungsgewalt ausgestattet war. Ihre Befugnis bestand in der Setzung von Gebotsrecht („Gute Polizei“) zur Ordnung des Gemeinwesens. Diese Gebotsrechtssetzung überlagerte und ersetzte das autonom gesetzte Recht.

Das 19. Jahrhundert hatte wiederum Zweifel an dieser starken und zentralen Stellung des Staates in der Wirtschaft. Mit dem Aufkommen des Liberalismus wurde das Individuum als Mittelpunkt wirtschaftlicher Tätigkeit angesehen. Dieses Individuum sollte sich im freien Spiel der Kräfte am Markt entfalten und behaupten. Die Aufgabe des Staates bestand nur noch darin, die Rahmenbedingungen für einen funktionierenden Markt zu gewährleisten. Unmittelbarer Eingriffe hatte er sich zu enthalten. Mit der Entdeckung des Individuums als zentralem wirtschaftlichem Akteur wurde die Gewerbefreiheit eingeführt. Darunter verstand man ein subjektives Recht auf Erteilung eines Gewerbescheins für jeden, wider den Zunftzwang. Zur Zeit des Norddeutschen Bundes setzte wiederum eine Gegenbewegung ein. Zwar wurde in der GewO des Norddeutschen Bundes von 1869 das Recht zur freien Errichtung und Ausübung eines Gewerbebetriebes und das Recht auf einen

¹¹ Im Folgenden nach Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 2 Rz. 3 ff

Marktzugang als konsequente Fortschreibung des subjektiven Rechts auf Erteilung eines Gewerbescheines festgelegt. Diese Bestätigung der Marktfreiheit brachte aber gleichzeitig bereichsspezifische staatliche Steuerungsmaßnahmen mit. Damit begann die Periode des sog. Interventionismus. Bereichsspezifische staatliche Steuerungsmaßnahmen waren zum Beispiel die Schaffung der Sozialversicherung, zahlreiche Gewerbeordnungsnovellen und ein Handwerkergesetz. In der WRV von 1919 wurde der Markt zwar als konstitutives Element der Wirtschaftsordnung anerkannt. Dazu gehörten die Grundrechte aus Art. 151, 152 WRV, die die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen in den Grenzen der Gerechtigkeit anerkannten. Ferner wurde darin die Freiheit von Handel und Gewerbe sowie die Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze festgelegt. Anders als die Grundrechte des heutigen Grundgesetzes von denen Art. 2, 12 GG ähnliche Regelungsgehalte aufweisen und die über Art. 1 III GG unmittelbar geltendes Recht darstellen, waren die Grundrechte der WRV als objektive Ordnung gedacht, sodass sich der Einzelne im Gegensatz zur heutigen Rechtslage nicht auf diese Grundrechte berufen konnte. Gleichzeitig erkannte die WRV in Art. 156 die Vergesellschaftung privater Unternehmen als möglich an. Eine vergleichbare Regelung besteht im GG heute in Art. 15 GG, dieser hat jedoch bisher keine Bedeutung erlangt, während Art. 156 WRV vor allem im Bereich der Kohlewirtschaft genutzt wurde. Als Probleme unter der Geltung der WRV zeichneten sich die Kartellbildung in der Wirtschaft und das Problem der eigenwirtschaftlichen Betätigung des Staates ab. Durch die staatlich gelenkte Wirtschaftsordnung des Nationalsozialismus nach 1933 wurde diese Entwicklung jedoch unterbrochen.

Diese Entwicklung zeigt, dass es öffentliches Wirtschaftsrecht auf sehr unterschiedliche Weise geben kann und wie sehr das Verhältnis von Staat und Wirtschaft von politischen Trends abhängig ist. Bevor auf die Frage der Konturierung der Wirtschaft durch geltendes Recht eingegangen wird, soll noch ein kurzer Überblick über die sicher nicht erschöpfenden und abschließenden Beschreibungen des Systems des öffentlichen Wirtschaftsrechts gegeben werden.

1.1.2. Begriff und Inhalt des Wirtschaftsverwaltungsrechts

Öffentliches Wirtschaftsrecht kann in die beiden großen Unterbereiche Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht eingeteilt

werden. Innerhalb dieser Gruppen ist wiederum eine Unterscheidung nach Herkunft der Rechtsquellen möglich. In beiden Gruppen sind Rechtsquellen von nationaler und EU Herkunft vorhanden. Während sich im Bereich des Wirtschaftsverfassungsrechts die nationalen von den unionalen Rechtsquellen problemlos trennen lassen, ist diese Unterscheidung im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts nicht problemlos möglich. Je nach Art der EU Rechtsquelle hat die entsprechende Norm unmittelbar geltenden Charakter in den Mitgliedsstaaten.¹²

Öffentliches Wirtschaftsrecht			
Wirtschaftsverwaltungsrecht		Wirtschaftsverfassungsrecht	
National	EU	National	EU
←	→	Grundgesetz	EG Vertrag

Während Verordnungen nach Art. 249 II EGV (Art. 161 EAGV) die Gesetze der Gemeinschaft sind und allgemeine Wirkung sowie unmittelbare Geltung im Mitgliedsstaat entfalten, bedürfen Richtlinien dagegen nach Art. 249 III EGV (Art. 161 EAGV) einer Umsetzung ins nationale Recht. Sie sind für die Mitgliedsstaaten nur hinsichtlich des Ziels verbindlich. Den Mitgliedsstaaten bleibt danach überlassen in welcher Form und durch welches Mittel sie das Ziel der Richtlinie umsetzen. Weite Teile des deutschen Wirtschaftsverwaltungsrechts gehen auf europäische Richtlinien zurück und wurden durch nationales Gesetzesrecht umgesetzt. Hier findet eher eine Durchdringung als eine deutliche Abgrenzung statt.

Das nationale Wirtschaftsverfassungsrecht¹³ bildet die Grundlagen der Wirtschaftspolitik und -verwaltung auf der Ebene des GG. Das unionale Wirtschaftsverfassungsrecht bietet die Grundlage für Wirtschaftspolitik und -verwaltung auf der Ebene des EU Primärrechts.¹⁴ Allgemein kann man das nationale und unionale Wirtschaftsverwaltungsrecht als diejenigen Rechtssätze beschreiben, die der öffentlichen Hand mit dem Ziel der Gefahrenabwehr, Lenkung, Förderung des wirtschaftlichen

¹² Im Folgenden nach Röhl, Allgemeine Rechtslehre, S. 564; Schulte ZFSH/SGB 2006, 719 (722); Übersicht bei Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 116 Rz. 370

¹³ Nach Badura/Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Kap. Rz.17, 18

¹⁴ Zum Begriff des primären Gemeinschaftsrechts Schulte ZFSH/SGB 2006, 719 (722)

Prozesses Aufgaben und Befugnisse zuweisen bzw. öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten der am wirtschaftlichen Prozess Beteiligten begründen.¹⁵ Zur näheren Beschreibung der unterschiedlichen Inhalte kann man eine Unterteilung des Wirtschaftsverwaltungsrechts entsprechend der Ziele der gesetzlichen Regelungen vornehmen:¹⁶

Ein Ziel kann die staatliche Einflussnahme auf die Wirtschaft sein. Dazu gehören Vorgaben für die Gewährung von Subventionen sowie verschiedene weitere Formen und Instrumente der Einwirkung. Daneben kann man die Gesetze unterscheiden, die die Teilnahme des Staates am Markt regeln. Dazu gehören das öffentliche Unternehmens- und Wettbewerbsrecht, das Privatisierungsrecht und das Vergaberecht. Als weiteres Ziel gesetzlicher Regelungen kommt die Gefahrenabwehr in Frage, also das Ordnungsrecht wirtschaftlicher Tätigkeit. Dazu gehören u.a. das Gewerberecht, Handwerksrecht und auch das Gaststättenrecht. Eine neuere Form staatlichen Einwirkens auf die Wirtschaft, die dennoch von der ersten Gruppe der staatlichen Einflussnahme unterschieden wird, ist das Regulierungsrecht. Durch das Regulierungsrecht wird das Verhalten bestimmter Marktakteure zur Erreichung bestimmter Gemeinwohlziele einem Mix verschiedener Steuerungsinstrumente unterworfen, weil man davon ausgeht, dass diese Gemeinwohlziele nicht durch den Markt sichergestellt werden können. Das Regulierungsrecht findet sich in erster Linie im Bereich ehemaliger Staatsmonopole wie Telekommunikation und Energierecht.

Ziele des Wirtschaftsverwaltungsrechts bezüglich der Wirtschaft:
-> Einflussnahme
-> Teilnahme des Staates am Markt
-> Öffentliches Unternehmens und Wettbewerbsrecht
-> Gefahrenabwehr
-> Regulierung

1.2. Gegenstand des Sozialrechts

Die pragmatischste Beschreibung des Sozialrechts, die sich in Sozialrechtslehrbüchern findet, ist gleichzeitig auch die Anschaulichste. Alles dreht sich um die Institutionen, die die soziale Sicherheit und

¹⁵ Andere aber vergleichbare Einteilung bei Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 176 Rz. 573

¹⁶ Nach Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3 Rz. 3

soziale Gerechtigkeit gewährleisten sollen.¹⁷ Dabei hat man verschiedene 3-4 gliedrige Systematisierungen entwickelt,¹⁸ um charakteristische Eigenschaften einzelner Bereiche sozialer Sicherheit zu kennzeichnen. Bei der Beschreibung dieses Systems geht man von dem Begriff „gegliedertes Sozialleistungssystem“¹⁹ aus. Dahinter verbirgt sich das traditionelle, gestufte Modell des deutschen Sozial(leistungs)rechts. Sozialleistungen werden von einer Vielzahl verschiedener Träger erbracht.

1.2.1. Das gegliederte Sozialleistungssystem

Weithin bekannt sind: Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, Arbeitslosenversicherung, Rentenversicherungsträger und der Sozialen Pflegeversicherung. Sie bilden faktisch den Schwerpunkt sozialer Absicherung. Die Arbeitnehmer - in der Regel sind es Arbeitnehmer - sind gesetzlich verpflichtet (z.B. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 1 Nr. 1 SGB VI, §§ 24 Abs. 1, 25 Abs.1 SGB III) in diesen Versichertengemeinschaften Mitglied zu sein. Die Versicherungsleistungen werden aus Beiträgen der Mitglieder und ihrer Arbeitgeber finanziert.²⁰ Anders als in den privaten Versicherungen, in denen ausschließlich das individuelle Risiko des Eintritts eines Versicherungsfalles abgesichert wird und der Beitrag sich nach dieser Risikohöhe richtet, richten sich die Beiträge in diesen gesetzlichen bzw. sozialen Versicherungszweigen nach der finanziellen Leistungsfähigkeit des Mitglieds (sog. Solidarprinzip).²¹ Innerhalb des gegliederten Sozialleistungssystems bilden die gesetzlichen bzw. sozialen Versicherungszweige eine Art „Mittelschicht“, die die häufigsten Lebensrisiken absichern. Sie sind beitrags- (Ausnahme: Bundeszuschüsse), nicht steuerfinanziert. Sie sind außerdem einem selbstständigen Haushalt, der neben dem allgemeinen staatlichen Haushalt steht, zugeordnet. Zwar sind diese Einheiten in der Regel Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 29 Abs. 1 SGB IV) und somit Träger mittelbarer Staatsverwaltung, jedoch sind sie aus dem eigentlichen Staatshaushalt ausgegliederte eigenständige

¹⁷ Igl/ Welti, Sozialrecht, § 1 Rz. 1; Kessler in: Brühl u.a., HRSB, Teil 1 Kap. 1 Rz. 2

¹⁸ Igl/ Welti, Sozialrecht, § 1 Rz. 2,3 ; Kessler in: Brühl u.a., HRSB, Teil 1 Kap. 1 Rz. 6; Waltermann, Sozialrecht, § 5 Rz. 63, 64

¹⁹ Igl/ Welti, Sozialrecht, § 76 Rz. 6

²⁰ Kessler in: Brühl u.a., HRSB, Teil 1 Kap. 1 Rz. 6; Waltermann, Sozialrecht § 5 Rz. 63

²¹ Igl/ Welti, Sozialrecht, § 2 Rz. 7

Rechtssubjekte. Eine vorgelagerte Ebene sozialer Sicherung, die vorrangig vor den Sozialversicherungsträgern für besondere Risiken einzutreten hat, sind die sozialen Versorgungssysteme.²² Grundlage ist hier regelmäßig das BVG mit den Gesetzen, die auf seine Anwendung verweisen, bspw. das OEG. Das BVG ist unübersichtlich und sehr viele verschiedene Gesetze verweisen auf seine Rechtsgrundlagen.²³ Für den Bereich sozialer Versorgung ist es charakteristisch, dass der Leistungsberechtigte ein besonderes Opfer für den Staat erbracht²⁴ und der Staat selbst eine besondere Verantwortung für den Eintritt des sozialen Risikos wie Krankheit, Tod, Behinderung o.ä. trägt bzw. anerkennt (Bspw. Soldatenversorgung). Entsprechend ist es für das Eingreifen des sozialen Sicherungssystems „Versorgung“ von ausschlaggebender Bedeutung, aus welchem Grund ein Schadensfall wie „Krankheit“ oder „Behinderung“ eintrat. Die soziale Versorgung soll nur Schäden ersetzen, in denen sich das vom Staat anerkannte besondere Risiko verwirklicht hat.²⁵ In diesem Fall ist dann in der Regel kein anderer Sozialleistungsträger verpflichtet, Leistungen zu erbringen. Ein ganz ähnliches Entschädigungssystem bietet die Gesetzliche Unfallversicherung. Sie löst (Körper-)Schadensfälle ab, die Arbeitnehmern bei ihrer Arbeit für ihren Arbeitgeber zustoßen. Sie ist eine Art „Haftpflichtversicherung für Arbeitgeber“, die statt der Schadensersatzansprüche ihrer Arbeitnehmer ausgesetzt zu sein, (§ 104 SGB VII) gemeinsam (ohne Arbeitnehmeranteil) in eine Versicherung einzahlen, um entsprechende Arbeitsschäden abzugelten. Hier trägt der Arbeitgeber eine gesteigerte Verantwortung für den Schadensfall des Arbeitnehmers, wie bei der Entschädigung nach dem BVG die jeweilige staatliche Ebene die gesteigerte Verantwortung für den Eintritt des Risikos übernimmt. Gegenüber den anderen Arbeitnehmersicherungen (insbesondere GKV, GRV) besteht die Besonderheit darin, dass der Versicherungs- oder Leistungsfall erst dann eintritt, wenn feststeht, dass der Schaden aufgrund eines versicherten Verhaltens entstand. D.h. die GUV und auch das soziale Versorgungsrecht verlangen, dass der Schaden aus dem versicherten bzw. geschützten Verhalten kausal (ursächlich) entstanden ist.²⁶ Die GKV hingegen versichert einen Körperschaden egal aufgrund welchen Verhaltens oder welcher Ursache der Schaden auftrat.²⁷ Sowohl Sozialversicherung als auch soziale Versorgung sind gegenüber den

²² Kessler in: Brühl u.a., HRSB, Teil 1 Kap. 1 Rz. 6

²³ Igl/Welti, Sozialrecht, § 2 Rz. 13

²⁴ Kessler in: Brühl u.a., HRSB, Teil 1 Kap. 1 Rz. 6

²⁵ Igl/Welti, Sozialrecht, § 2 Rz. 14

²⁶ Zur finalen und kausalen Leistungsstruktur z.B. Waltermann, Sozialrecht, § 5 Rz. 66; Igl/Welti, Sozialrecht, § 2 Rz. 4

²⁷ Igl/Welti, Sozialrecht, § 2 Rz. 3

Fürsorgeleistungen vorrangig, da sie besondere (Ver-)Sicherungsgründe aufweisen. Je nachdem, ob ein Schaden aufgrund eines Verhaltens eintritt, für das der Verpflichtete eine besondere Verantwortung übernommen hat oder nicht, fällt der Schaden in die Zuständigkeit eines anderen Sozialleistungsträgers. Die Rangfolge der Leistungsverpflichtung ist: kausal (also ursachenabhängig) vor final (ursachenunabhängig). Im Verhältnis zwischen finalen Versicherungsträgern und der Fürsorge als Basissicherung ist das Abgrenzungskriterium „final“ nicht sinnvoll, da die Sicherungssysteme der Fürsorge ebenfalls ursachenunabhängig leisten. Eine Abgrenzung der Fürsorgeleistungen ist an dieser Stelle nur insofern möglich als festzustellen ist, ob die betreffende Person zum versicherten Personenkreis eines Sozialversicherungsträgers gehört. Dieser Personenkreis ist in den jeweiligen Gesetzen abschließend geregelt. Die Fürsorgesysteme bilden das über Sozialversicherung und Versorgung hinausgehende Auffangnetz.²⁸ Wenn eine Person eine Sozialleistung nicht erhalten kann, weil sie weder zum leistungsberechtigten Personenkreis der Versorgungsträger noch der Versicherungsträger gehört, bzw. ein durch diese Träger erfasster Leistungsfall bzw. Versicherungsfall nicht vorliegt, oder eine Leistung begehrt wird, die nicht zum Leistungskatalog der Versorgungs- und Versicherungsträger gehört, wird regelmäßig als letzte Möglichkeit einer Hilfe das Leistungsangebot der Fürsorgeträger zu sichten sein. Kennzeichnend für diese Leistungen ist dann auch regelmäßig die Abhängigkeit der Leistungspflicht der Träger von der finanziellen Bedürftigkeit der hilfesuchenden Person.²⁹ Die Fürsorgeträger sind in aller Regel kommunale Gebietskörperschaften. Daneben allerdings, nach der Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe, die Bundesagentur für Arbeit, die Arbeitsgemeinschaften zwischen ihnen und den kommunalen Trägern, sowie nach Landesrecht bestimmte verschiedene Körperschaften des öffentlichen Rechts. Die wichtigsten Beispiele für Fürsorgeleistungen sind die Grundsicherungsleistungen für Arbeitssuchende und dauerhaft erwerbsgeminderte sowie für alte Menschen, die Sozialhilfe und die Kinder- und Jugendhilfe.

Einen kompakten Überblick über das gegliederte Sozialleistungssystem bieten §§ 18-29 SGB I, die sowohl Leistungen als auch deren Leistungsträger kurz beschreiben.

²⁸ Igl/Welti, Sozialrecht, § 3 Rz. 19

²⁹ Kessler in: Brühl u.a., HSRB, Teil 1 § 1 Rz. 6

Soziale Sicherheit durch gegliedertes Sozialleistungssystem Überblick über alle Träger und Leistungen: §§ 18-29, 68 SGB I		
Gesetz	Gruppe	Charakteristische Prinzipien
Bundesversorgungsg Opferentschädigungsg Gesetzl. Unfallversicherung - SGB VII	Soziale Versorgung	Besondere Verantwortung für den Leistungsfall Kausal strukturierter Leistungsfall Entschädigungscharakter
Gesetzl. Krankenversicherung - SGB V Gesetzl. Rentenversicherung - SGB VI Arbeitslosenversicherung - SGB III Soziale Pflegeversicherung - SGB XI	Versicherung	Solidarprinzip Äquivalenzprinzip Beitragszahlungen des Versicherten (und Arbeitgebers) Final strukturierter Versicherungsfall
Sozialhilfe SGB XII Grundsicherung für Arbeitssuchende SGB II Kinder- und Jugendhilfe SGB VIII	Fürsorge	Bedürftigkeitsprüfung Nachrangigkeit

1.2.2. Der Sozialrechtsbegriff

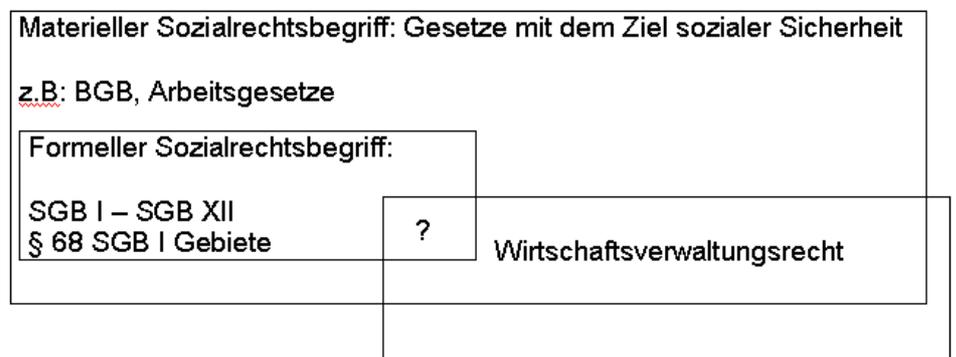
Neben dieser am Gesetz orientierten Beschreibung des Gegenstandes des Sozialrechts, die gleichzeitig die wichtigsten Akteure und Strukturen darstellt, stellt sich die Frage, nach einem abstrakten Begriff des Sozialrechts. Das Sozialrecht ist, ähnlich wie das (öffentliche) Wirtschaftsrecht, nicht gesetzlich definiert. Man arbeitet zur Orientierung mit zwei unterschiedlichen Begriffen, die unterschiedliche Hintergründe und Zielsetzungen haben. Der weitergehende materielle (inhaltliche) Sozialrechtsbegriff wird von einem engeren formellen (pragmatischen) Sozialrechtsbegriff unterschieden.³⁰ Ohne Rücksicht auf den konkreten Inhalt der gesetzlichen Regelung wird vom formellen Sozialrechtsbegriff jede Regelung erfasst, die der Gesetzgeber dem Sozialrecht zuweist.³¹ Diese Zuordnung wird einmal durch die Eingliederung einer Materie in das fortlaufend nummerierte SGB I – (derzeit) XII - vorgenommen. Darüber hinaus gibt es im SGB I eine Eingliederungsvorschrift, wonach als besondere Teile des SGB weitere Bereiche anzusehen sind, die in § 68 SGB I aufgezählt werden. Pragmatisch lässt sich also formulieren:

³⁰ Waltermann, Sozialrecht, § 2 Rz. 32

³¹ Waltermann, Sozialrecht, § 2 Rz. 33; Igl/ Welti, Sozialrecht, § 1 Rz. 3

zum Sozialrecht gehören alle Normen, die dem SGB als geltendes Recht zugeordnet sind.

Der materielle Sozialrechtsbegriff ist weiter und geradezu konturlos. Während für den formellen Begriff ein funktionaler Hintergrund, nämlich die Anwendbarkeit von SGB I und SGB X existiert, ist ein solcher für den materiellen Sozialrechtsbegriff nicht auszumachen. Entsprechend löblich sind Aussagen zu bewerten, wie, die Frage zu beantworten, was materielles Sozialrecht sei, werde wohl nicht zufriedenstellend gelingen.³² Eine Annäherung an diesen Begriff wird über § 1 SGB I versucht, der die Ziele des Sozialrechts formuliert.³³ Direkte Geltung haben diese Ziele nur für das SGB aber dort werden die allgemeinen politischen Ziele sozialer Sicherheit und sozialer Gerechtigkeit als kennzeichnend hervorgehoben. Für das SGB stellen dies die Ziele dar, die mit den Mitteln der Sozialleistung erreicht werden sollen.³⁴ Für einen materiellen Begriff wird man daher davon ausgehen können, dass jede Rechtsnorm, die diese Ziele erreichen soll, dem (materiellen) Sozialrecht zuzuordnen ist. Angesichts dieser mangelhaften Konturierung des Gegenstandes ist es nicht verwunderlich, dass sich das Sozialrecht erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, seit etwa 1960-1980, als eigenes Teilgebiet der Rechtswissenschaft etablieren konnte.³⁵



Unter diesen Voraussetzungen wird man sicher auch im Wirtschaftsverwaltungsrecht materielles Sozialrecht finden. Schwieriger dürfte die Frage zu beantworten sein, wie sich formelles Sozialrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht zu einander verhalten.

³² Waltermann, Sozialrecht, § 2 Rz. 34

³³ Waltermann, Sozialrecht, § 2 Rz. 34

³⁴ Igl/Welti, Sozialrecht, § 1 Rz. 1

³⁵ Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 307

1.2.3. Das Verhältnis von Staat und sozialer Sicherheit

Das Verhältnis von sozialer Sicherheit zum Staat war ebenso wechselvoll wie das Verhältnis der Wirtschaft zum Staat. Die Wurzeln sozialer Fürsorge durch den Staat gehen zurück bis in das Altertum.³⁶ Die ersten staatlichen Hilfen beschränkten sich auf Kriegsbeschädigte sowie deren Hinterbliebene. Im Sinne unserer heutigen Einteilung war danach die Versorgung der erste Ansatz sozialer Sicherheit.³⁷ Die erste frühe Form der Sozialhilfe entstand nach den Perserkriegen (440 v. Chr.). Sie bestand in Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen und finanzieller Sicherung der Grundlebensbedürfnisse sowie kostenloser medizinischer Behandlung. Es gab zudem erste berufsständische Selbsthilfeorganisationen. Im Mittelalter wurde die soziale Sicherheit nicht mehr als öffentliche Aufgabe begriffen.³⁸ Erst um 800 herum wurde die Sorge für die alten Menschen, Kriegsbeschädigten, Opfer von Naturereignissen und andere besonders bedürftige Menschen wieder als öffentliche Aufgabe entdeckt. Eine Art Reprivatisierung fand im späten 9. Jahrhundert statt, als das Lehnswesen sich als gegenseitiges Treueverhältnis zwischen dem Adel und seinen Gefolgsleuten ausgestaltete. Der Lehnsherr sorgte für seine Lehnsleute und deren Familien durch Unterkunft, Nahrung, Bekleidung und medizinische Behandlung. Auch Kirchen erbrachten Leistungen für Bedürftige. Im Übrigen sorgten im Regelfall Großfamilien für die soziale Absicherung ihrer Mitglieder. Wiederentdeckt wurde die öffentliche Armenpflege in den Städten. Zunächst wurde sie auf der Basis der Zünfte und Gilden zur Aufgabe,³⁹ bis sie auch als gemeindliche Aufgabe anerkannt wurde. Die Bettelerei war ausdrücklich als legitime Form der Existenzsicherung zugelassen. Ihre Durchführung und Berechtigung wurde allerdings in Bettelordnungen geregelt (Mitte 16. Jahrhundert). Die Städte übernahmen in der Frühneuzeit (nach der Reformation) immer mehr Aufgaben der Armenpflege. Ihr Ziel war nicht die Sicherung eines menschenwürdigen Lebens, sondern die Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Im 17. Jahrhundert arbeiteten Kirchen und Städte bei dieser Aufgabe eng zusammen. Das Bettelwesen wurde zunehmend bekämpft. Rechtsgrundlagen für die entsprechenden Hilfen der Armenpflege waren dann auch keine Leistungsgesetze⁴⁰ sondern Polizeigesetze („Gute Polizei“) oder kommunale Armenordnungen.

³⁶ Nach Schoch, Sozialhilfe, S. 7; Waltermann, Sozialrecht, § 3 Rz. 40

³⁷ Schoch, Sozialhilfe, S. 7

³⁸ Auch Waltermann, Sozialrecht, § 3 Rz. 41

³⁹ Auch Waltermann, Sozialrecht, § 3 Rz. 41

⁴⁰ Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S.18; Schoch, Sozialhilfe, S. 9

Diese Regelwerke enthalten zu einem erheblichen Anteil Gebote zur Regulierung von Armut, Almosenvergabe sowie Vertreibung und Bestrafung fremder Bettler.⁴¹ Im Vergleich zur vorangegangenen Zielsetzung der Hilfe aus religiöser Motivation verlagert sich der Akzent dieser Maßnahmen auf obrigkeitliche Regulierung bzw. Unterdrückung des privaten Almosengebens. In dieser Zeit entsteht dann auch der Staat, dessen Einfluss und Handlungsmöglichkeiten sich aus Defiziten konkurrierender Mächte wie Kirche, Adel und Städte ableitet. Durch verstärkte Gesetzgebung soll wirtschaftliches und soziales Elend überwunden werden.

Im 18. Jahrhundert verstärkten sich diese repressiven Züge auch durch eine stärkere Bekämpfung des Bettlertums. Wesentliche Elemente der heutigen Sozialhilfe wurden im Preußischen Allgemeinen Landrecht (1794) bereits niedergelegt. Durch dieses Gesetz wurde die öffentliche Fürsorge zur Staatsaufgabe.⁴²

Im 19. Jahrhundert trat die Idee der Sozialpolitik als Staatsaufgabe dennoch wieder zurück. Im Vordergrund stand der Kampf des Bürgertums um die Teilhabe an der politischen Macht. Mit dem Übergang in die bürgerliche Gesellschaft wurde eine umfassende Polizei zunehmend abgelehnt. Polizei sollte sich in Gefahrenabwehr erschöpfen.⁴³ Der Staat übte, entsprechend dem liberalistischen Geist der Zeit des 19. Jahrhunderts, Zurückhaltung in der Armengesetzgebung. In dieser Zeit entstanden die kirchlichen Wohlfahrtsverbände. Daneben führte der Rückzug des Staates auch zu einer fortschreitenden Selbstorganisation des Bürgertums in Vereine und Genossenschaften zur Abschaffung sozialer Notstände. Ihr Handlungsmotiv war keinesfalls nur fremdnützig, sondern neben den christlichen Wurzeln dienten sie auch der Sicherung des Bestands der bürgerlichen Gesellschaft.⁴⁴

1842 wurden die Gemeinden durch das preußische Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege verpflichtet, für die Armen zu sorgen, die in ihrem Gebiet drei Jahre gewohnt hatten.⁴⁵ Erst wieder ab 1850, also mit dem Beginn der Industrialisierung, wurde Sozialpolitik wieder als öffentliche Aufgabe begriffen. Im Deutschen Reich war die Fürsorge trotz ihres Verständnisses als staatliche Aufgabe auf die Mitarbeit Ehrenamtlicher angewiesen. Das Elberfelder System diente insoweit als

⁴¹ Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S.18

⁴² Schoch, Sozialhilfe, S. 10

⁴³ Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 30

⁴⁴ Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 33

⁴⁵ Schoch, Sozialhilfe, S. 10

Vorbild. Danach wurden die Lebensverhältnisse der Armen durch ehrenamtliche Armenpfleger geprüft. Auch oblag ihnen ihre Betreuung und die Leistungserbringung. Bei den ehrenamtlichen Pflegern war auch der Antrag zu stellen. Die Leistungen bewilligte schließlich die Bezirksversammlung, die die Geldmittel dem Armenpfleger zur Auszahlung zuleitete. Auch wenn dieses Elberfelder System zunächst sehr erfolgreich war, was die Abnahme der Armenlast betraf, konnte es die zunehmende Verarmung nicht stoppen. Eine staatliche Reaktion zur Abwehr der zunehmenden sozialen Unruhe war die Einführung der Sozialversicherung durch Bismarck.⁴⁶ Sie sollte den Zulauf zur Sozialdemokratie und Arbeiterbewegung, die mit eigenen Wohlfahrts- und Bildungsvereinen wie die kirchlichen Träger eine Vorreiterfunktion antraten, verhindern und eindämmen. Einmal mehr bestätigte sich die Nähe der Sozialpolitik zur Gefahrenabwehr, nachdem erkannt worden war, dass sich eine Beschränkung des Staates auf eine „Nachwächterrolle“ für diesen als existenzgefährdend erweisen konnte. Kennzeichen dieser frühen Sozialhilfesysteme war, dass der Hilfeberechtigte keinen Anspruch auf die Hilfe hatte. Erst 1954 wurde ein Rechtsanspruch auf Fürsorge durch eine Entscheidung des BVerwG anerkannt,⁴⁷ 1961 wurde er durch § 4 BSHG Gesetz.⁴⁸

Die vorletzte Jahrhundertwende brachte auf kommunaler Ebene die Entwicklung von Strukturen mit sich, die der heutigen öffentlichen Daseinvorsorge⁴⁹ entsprechen. Der eingreifende „Nachwächter“- Staat wurde durch den leistenden Staat ergänzt.⁵⁰ Zahlreiche private Betriebe wurden durch Stadt und Gemeinden übernommen.⁵¹ Die sozialen Aufgaben der Städte speziell im Bereich des Gesundheitswesens, der öffentlichen Hygiene, Erziehung und Jugendfürsorge bildeten sich entsprechend heraus. Auf diese auch nach dem 1. Weltkrieg noch vergleichsweise intakten Strukturen konnte die Weimarer Republik aufbauen.⁵² Daneben traten die Träger der freien Wohlfahrtspflege. An die in der Folge aufgebauten Strukturen, zu denen u.a. auch die Entwicklung eines von der Armenfürsorge getrennten Jugendfürsorgerechts gehörte, knüpften die Aufbauarbeiten in der Nachkriegszeit an. Die alten Systeme wurden wiederbelebt. Die freie Wohlfahrtspflege erhielt eine gesteigerte Bedeutung nach 1945, denn sie

⁴⁶ Auch Waltermann, Sozialrecht, § 3 Rz. 45 ff

⁴⁷ BVerwG vom 24.6.1954 V C 78/54 E 1,159 = NJW 1954,1954

⁴⁸ Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S.136

⁴⁹ Zum Begriff: Pielow JuS 2006, 692 (692)

⁵⁰ Pielow JuS 2006,692 (692)

⁵¹ Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S.108

⁵² Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S.124

füllte den Raum im politischen Vakuum.⁵³ Nachdem die freie Wohlfahrtspflege im 3. Reich zum Teil Inkorporierung in die Nationalsozialistische Volkswohlfahrt erduldet, Aufgaben weggenommen oder schlicht verboten bekam,⁵⁴ prägte sie in der Nachkriegszeit zusammen mit der ab 1949 dominierenden christlichen Politik das öffentliche Leben. Im Bereich sozialer Einrichtungen expandierte sie. Da auch der Staat wieder planend lenken wollte, ließ eine Konfrontation nicht allzu lange auf sich warten. Diese Konfrontation wurde gerichtlich ausgetragen und sollte die Frage klären, wie viel Freiheit sich beide Seiten lassen müssten. Auf Seiten der Kirchen berief man sich auf das Subsidiaritätsprinzip, das teilweise als Grundsatz von Verfassungsrang interpretiert wurde. Danach hätte der Staat nur dort tätig werden dürfen, wo gesellschaftliche Kräfte nicht tätig sind. Das BVerfG entschied diese Frage im Sinne einer partnerschaftlichen Zusammenarbeit zum Wohl der Sozialleistungsberechtigten und bestätigte das Subsidiaritätsprinzip im Wesentlichen.⁵⁵ Es ist heute an verschiedenen Stellen in sozialrechtlichen Normtexten in unterschiedlich starker Ausprägung kodifiziert und findet sich auch in den Regelungen zum Rahmen kommunaler Wirtschaftstätigkeit wieder.⁵⁶ So wurden den freien Trägern ein wesentlicher Teil des Marktes und Schutz vor Konkurrenz durch eigene staatliche Einrichtungen zur Verfügung gestellt. Die Diagnose, dass die soziale Daseinsvorsorge historisch in Deutschland unmittelbar durch die Gemeinden geprägt sei, ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG nicht zutreffend.⁵⁷ Die inhaltliche Ausrichtung der Hilfen lag demnach auch ganz praktisch in der Hand der freien Träger.

1.3. Gegensatz, Ergänzungsverhältnis oder Überschneidungsbereiche

Stellt man die Entwicklung beider Bereiche gegenüber, wird deutlich, dass Sozial- und Wirtschaftspolitik nicht die Gegensätze sind, für die man sie aus der Perspektive des Rechtsanwenders halten müsste. Charakteristisch ist beiden Gebieten, dass dem Staat je nach Zeitgeist eine aktive oder eine passive Rolle zugewiesen wird. Ist dem Staat wirtschaftspolitisch eine passive Rolle zugewiesen, ist seine Rolle in der

⁵³ Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S.219

⁵⁴ Schoch, Sozialhilfe, S. 14

⁵⁵ BVerfGE 22,180 (201,202)

⁵⁶ Pielow JuS 2006, 691 (693)

⁵⁷ Schulte ZFSH/SGB 2006, 719 (719)

Sozialpolitik ebenfalls weitgehend passiv. Privates oder freies Engagement etabliert sich und bringt Entwicklungsimpulse. Sozial- und Wirtschaftspolitik sind sicherlich immer über das Wirtschaftsgeschehen verbunden gewesen. Vielfach wird die Sozialpolitik nur als Reparaturinstrument für eine funktionierende Wirtschaft(spolitik) verstanden. Ob Sozialpolitik als Mittel der Wirtschaftspolitik eingesetzt wird oder umgekehrt, liegt ebenfalls weniger an zwingenden politischen Gesetzen als an vorherrschenden Vorstellungen über das richtige Gestalten einer Gesellschaft. Eine wesentliche Einsicht aus der Gegenüberstellung ist, dass es auf keiner Seite ein dauerhaftes Staatsmonopol zu geben scheint, sondern das Verhältnis immer aufs Neue austariert wird.

1.3.1. Gemeinsame rechtliche Wurzeln

Richtet man den Blick auf die Rechtsmaterien, wendet man also den Blick von den Modetrends in der Politik ab, fällt die gemeinsame rechtliche Wurzel auf. Beide Gebiete begannen als „Gute Polizei“, schließlich als Gefahrenabwehrrecht und differenzierten sich dann weiter zu ihren heutigen Formen aus, in denen sowohl leistungsrechtliche als auch ordnungsrechtliche Komponenten zu finden sind.

Historisch: Gute Polizei	
Gefahrenabwehr und Ordnungsrecht	Soziales (Fürsorge) Recht
Ansprüche: Anspruchsgrundlagen für Genehmigungen und Erlaubnisse -> Leistungsrechtliche Komponenten der Eingriffsverwaltung	Ansprüche: Anspruchsgrundlagen für Sozialleistungen -> Leistungsverwaltung
Ermächtigungsgrundlagen für Verbote oder Gebote, Erlaubnisse -> Eingriffsverwaltung	Ermächtigungsgrundlagen für Beitragspflichten, Mitwirkungspflichten, Erlaubnisse, Duldungspflichten -> Eingriffskomponenten der Leistungsverwaltung

1.3.2. Neue verbindende Impulse aus der Europäischen Union

Zum weiteren Vergleich zwischen Wirtschafts- und Sozialpolitik bzw. -recht bietet sich ein Blick auf die Entwicklung der Europäischen Union an. Die Europäische Union begann als Wirtschaftsgemeinschaft mehrerer europäischer Staaten.⁵⁸ Ihre Grundfreiheiten wurden als Ausdruck von Wirtschaftspolitik kodifiziert. Es mag die Einsicht ausschlaggebend gewesen sein, dass die Grundfreiheiten ohne soziale Sicherheit für den Großteil der Bewohner der europäischen Staaten ein Blankett bleiben. So konnte das europäische koordinierende Sozialrecht entstehen, ohne bisher ein einheitliches europäisches Sozialrechtssystem hervorzubringen.⁵⁹ Sozialpolitik ist inzwischen Teil des EG-Vertrages und umfasst Arbeits- und Sozialrecht im Sinne des in Deutschland üblichen Begriffes.⁶⁰ Ihrer Umsetzung dient unter anderem die „Offene Methode der Koordinierung“.⁶¹ Sie wird als Vorbote einer Verlagerung von sozialpolitischen Zuständigkeiten nach Europa verstanden.⁶² Ob die aus EU-Sicht dominante Wirtschaftspolitik als Motor der Sozialpolitik auf Dauer erhalten bleibt, oder die Einsicht wächst, dass ohne soziale Absicherung ein ganzer Staatenbund gefährdet sein könnte, wird erst in der Retrospektive zu beantworten sein. Jedenfalls sorgte die EU für verstärkt wettbewerbliche Elemente im Bereich der Sozialleistungserbringung.⁶³ Besonders macht sich die Durchdringung von wirtschafts- und sozialpolitischen Materien aus EU- Sicht bemerkbar, wo das europäische Gemeinschaftsrecht in den Bereichen seiner Primärzuständigkeit bzgl. Binnenmarkt und Wettbewerb die Erbringung und Finanzierung von Sozialleistungen beeinflusst.⁶⁴ Die Umbenennung des „Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft“ in den „Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ tut eine Erweiterung der Zielsetzung insofern kund, als er nicht mehr allein auf die Herstellung einer Wirtschaftsgemeinschaft gerichtet ist, sondern die Herstellung einer Gemeinschaft im umfassenderen Sinne bis hin zur Sozialgemeinschaft anstrebt.⁶⁵ Eine Beeinflussung des sozialen Sektors ist danach trotz grundsätzlicher Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten für die Bestimmung der Aufgaben von Gesundheits- und Sozialdienstleistungen keinesfalls ausgeschlossen.

⁵⁸ Schulte ZFSH/SGB 2005, 643 (645)

⁵⁹ Schulte ZFSH/SGB 2005, 643 (645,646); auch zu den 5 Phasen der europäischen Sozialpolitik Schulte ZFSH/SGB 2006, 719 (724)

⁶⁰ Schulte ZFSH/SGB 2007, 643 (647)

⁶¹ Schulte ZFSH/SGB 2007, 643 (647); Schulte ZFSH/SGB 2006,719 (725,726)

⁶² Schulte ZFSH/SGB 2006, 719 (726)

⁶³ Schulte ZFSH/SGB 2007, 643 (649)

⁶⁴ Schulte ZFSH/SGB 2006, 719 (721)

⁶⁵ Schulte ZFSH/SGB 2006, 719 (722)

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Materien Sozialpolitik/-recht und Wirtschaftspolitik/-recht keineswegs isoliert nebeneinander stehen, sondern einander beeinflussen und vergleichbare rechtliche Wurzeln haben. Wie groß die Ähnlichkeit im Detail ist oder in welchem Verhältnis sie zueinander stehen, kann erst nach einer ausführlicheren Gegenüberstellung ihrer Handlungsformen beurteilt werden.

2. Das Recht der sozialen Einrichtungen

Der Begriff der sozialen Einrichtungen und Dienste wird an dieser Stelle nicht als Rechtsbegriff verwendet, wie er sich zum Beispiel in § 72 SGB XII findet. Grundsätzlich können alle Einrichtungen, die sozialen Zwecken dienen, als soziale Einrichtungen oder Dienste bezeichnet werden. Eine abstrakt funktionale Definition lautet: es handle sich um die Zusammenfassung persönlicher und sächlicher Mittel, die auf gewisse Dauer angelegt und organisatorisch strukturiert sind, um Aufgaben und Ziele nach den Sozialgesetzbüchern und den ihnen gleich stehenden Vorschriften zu erreichen bzw. zu erfüllen.⁶⁶ Im historischen Kontext gehören dazu auch (allgemeinbildende) Schulen, Krankenhäuser u.ä. Das gesamte vom gegliederten Sozialrechtssystem unterhaltene Dienstleistungsspektrum wäre darunter zu fassen, sodass zu den sozialen Diensten nicht nur ambulante Beratungsstellen gehörten, sondern auch Ärzte und Pflegedienste. Das Recht dieser sozialen Einrichtungen ist an keiner Stelle zentral gesammelt und systematisiert. Vielmehr hat jeder Teil des Sozialgesetzbuches sein eigenes Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen, das durch verschiedene Normen konturiert wird. Ohne die sich ergebenden Problemfälle vorweg zu nehmen, die auch die vorrangigen Träger mit einschließen, findet hier eine Beschränkung auf die Perspektive der subsidiären Leistungssysteme der Fürsorge statt. Die Überschneidungen, die zum Recht der Sozialversicherung auftreten, werden ebenfalls aus der Perspektive der Sozialhilfe, Grundsicherung sowie Kinder- und Jugendhilfe erörtert. Die Beschränkung auf die subsidiären Leistungssysteme bringt es mit sich, kurz darüber nachzudenken, in welcher Beziehung sie zu den vorgeordneten Systemen stehen. Die Abstufung über den leistungsberechtigten Personenkreis und die Leistungsfälle wurde bereits oben besprochen. Dennoch gibt es weitere grobe Orientierungsraster, die deutlich machen, in welchem Dienstleistungsbereich die Fürsorgeregelungen ihre Auffangfunktion am deutlichsten entfalten.

⁶⁶ Gutachten 06/04 des Deutschen Vereins NDV 2004, 141 (141)

2.1. Charakteristik der Dienstleistungen im gegliederten Sozialleistungssystem

Das umfassendste Leistungsspektrum besitzen jeweils die kausalen Entschädigungssysteme. Da sie (potenzielle) Schadensersatzansprüche abgelten und diese auch ersetzen, stehen die Leistungen regelmäßig im Zusammenhang mit dem des zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs. Das geht hin bis zu ideellen Ausgleichen für erlittene Berufs Nachteile, die im Zusammenhang mit dem Schmerzensgeld als Ausgleich ideeller Schäden zu sehen sind.⁶⁷ In diesen Bereich ist auch das Leistungsspektrum der Gesetzlichen Unfallversicherung einzureihen, deren rehabilitationsrechtlicher Grundsatz lautet: „mit allen geeigneten Mitteln“ seien die Folgen des Versicherungsfalles zu beheben, § 26 II Einleitungssatz SGB VII.⁶⁸ In diesen Bereichen ist es für die Leistungsträgerschaft völlig gleichgültig, welche Berufsgruppen bei der Behebung der Folgen des Versicherungsfalles tätig werden. Zwar werden die Dienstleistungen unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen zugeordnet. Zuständiger Träger bleibt jedoch für den gesamten Leistungsfall der Träger des jeweiligen sozialen Versorgungssystems. Etwas abweichend ist die Inanspruchnahme von sozialen Dienstleistungen im weitesten Sinne im Bereich der Sozialversicherung konturiert. Arbeitslosenversicherung, Krankenversicherung, Rentenversicherung und Pflegeversicherung unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich der Versicherungsfälle, sondern auch hinsichtlich der Leistungsansprüche, die die Inanspruchnahme der Dienstleistungen verschiedener Berufsgruppen betreffen. Am deutlichsten ist dies bei der Gesetzlichen Krankenversicherung und der Sozialen Pflegeversicherung ausgeprägt. Der Arztvorbehalt des § 28 SGB V, der seine volle Wirkung erst im Zusammenwirken mit den Leistungserbringungsregelungen zu gemeinsamer Selbstverwaltung und ärztlicher Verordnung anderer Hilfen entfaltet,⁶⁹ macht deutlich, dass die Gesetzliche Krankenversicherung eigentlich ärztliche Dienstleistungen bzw. Dienstleistungen finanziert, die die ärztliche Hilfe unterstützen. Davon ausgenommen ist derjenige Anteil der Unterstützung, der typischerweise im Rahmen pflegerischer Professionalität erbracht wird. Solange dieser nicht, wie die Behandlungspflege, unmittelbar die ärztliche Behandlung unterstützt, geht die Finanzierungszuständigkeit für die grundpflegerischen Verrichtungen auf die Soziale Pflegeversicherung über. Dienstleistungen weiterer Berufsgruppen werden entweder dogmatisch oder durch

⁶⁷ Vgl. a. Igl/Welti, Sozialrecht, § 69 Rz. 1-3

⁶⁸ Igl/Welti, Sozialrecht, § 42 Rz. 7

⁶⁹ Busse, Die medizinischen Rehabilitation der geistig und psychisch Behinderten, S.77-90

gesetzgeberische Zuordnung in die Sparten „Krankenbehandlung“ oder „Pflege“ eingeordnet. Die breitgefächerte Rechtsprechung über die Zuordnung einzelner Hilfeleistungen, insbesondere im Hinblick auf kombinierte Dienstleistungen, spricht Bände für die Komplexität und das Ausmaß dieser Aufgabe.

In der Gesetzlichen Rentenversicherung, die nicht nur Renten verschiedenster Form zahlt, sondern auch Dienstleistungen im Rahmen der Rehabilitation übernimmt, ist eine Konturierung hinsichtlich der in erster Linie finanzierten Berufsgruppen schwieriger zu leisten. Das liegt zum einen daran, dass der Leistungsfall komplexer konturiert ist. Während sich die Krankenversicherung um Krankheit kümmern muss, und die Definitionsmacht darüber nach der Praxis der Rechtsprechung dem ärztlichen Berufsstand zugemessen wird, und die Pflegeversicherung einen eng umrissenen Verrichtungskatalog als Anknüpfungspunkt bietet, hat die Gesetzliche Rentenversicherung den Anknüpfungspunkt „Erwerbsfähigkeit“, § 9 I 1 SGB VI. Dieser setzt zunächst voraus, dass ein Versicherter aus gesundheitlicher Perspektive in der Lage ist, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Zum anderen setzt er aber ebenfalls voraus, dass berufliche Fähigkeiten vorhanden sind. Die Bewältigung der gesundheitlichen Folgen der Erwerbsunfähigkeit ist im gegliederten System der Sozialversicherung durch die Finanzierung der ärztlichen Dienstleistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung zugeordnet. Zur Abgrenzung dieses Bereiches wird die Unterscheidung Akutbehandlung und medizinische Rehabilitation eingeführt, § 13 II Nr. 1 und 2 SGB VI, welche ihrerseits über das Maß der in die Dienstleistungen eingebrachten ärztlichen Verantwortung definiert wird, § 107 II Nr. 2 SGB V. Damit finanziert die Gesetzliche Rentenversicherung vorrangig Hilfen von Dienstleistern, die zwar unter ärztlicher Leitung stehen können, aber im Wesentlichen von anderen Dienstleistern wie Pädagogen, Psychologen, Sozialarbeitern, Sporttherapeuten etc., erbracht werden. Auf der anderen Seite stehen im Rahmen der Förderung von beruflichen Fähigkeiten diejenigen Leistungen, die neben pädagogischen vor allem (Aus-)Bildungsanteile aufweisen, wie dies auch bei der Arbeitslosenversicherung der Fall ist. Da die Zugangsschwellen zu den sozialen Dienstleistungen in der Gesetzlichen Rentenversicherung recht hoch sind, § 11 SGB VI - es ist eine Anwartschaftszeit zurückzulegen - verbleiben viele Leistungsberechtigte im Zuständigkeitsbereich der GKV und Arbeitslosenversicherung. Soweit allerdings aufgrund des Alters oder aufgrund eines Gesundheitszustandes, der der spezifisch ärztlichen Behandlung auf Dauer nicht zugänglich ist, Leistungsberechtigte aus diesen vorrangigen

Systemen herausfallen, treten für alle weiteren Hilfen in erster Linie die Fürsorgeträger ein. Zu diesen Dienstleistungen gehören in aller Regel solche mit pädagogischem Schwerpunkt, Dienstleistungen aus der sozialen Arbeit o.ä., die oftmals ausschließlich in unmittelbarem Zusammenhang mit der bloßen Alltagsstrukturierung und -bewältigung stehen. Für Dienstleistungen mit diesem Schwerpunkt ist in aller Regel in den Sozialversicherungssystemen kein Leistungsanspruch vorhanden. Während also in den Bereichen, in denen die Sozialversicherung Risiken abfängt, eine Subsidiarität tatsächlich besteht, ist im Bereich der sozialen Dienstleistungen im engeren Sinne die Fürsorge der primär zuständige Leistungsträger, wenn man von den kausalen Sicherungssystemen absieht.⁷⁰ Diese Dienstleistungen sind charakteristisch für Sozialhilfe, Kinder- und Jugendhilfe sowie einen Teil der Grundsicherung, soweit er nicht mit denen der Bundesagentur für Arbeit übereinstimmt. Sie bilden gleichzeitig den Kern dieser Betrachtung.

Soziale Einrichtung			
Gesundheit	Bildung	Beratung	Betreuung
Fürsorge SGB II, XII, VIII			
Ärztliche Dienstleistungen (Ärzteberufe)	Pädagogische Dienstleistungen mit Schwerpunkt Ausbildung	Pädagogische Dienstleistungen, heilpädagogische Dienstleistungen, Leistungen der sozialen Arbeit	
Pflegerische Dienstleistungen (Pflegerberufe)			
Primäre Träger:			
Gesetzliche Rentenversicherung		Fürsorgeträger nach SGB II, VIII, XII	
Gesetzliche Krankenversicherung	Arbeitslosenversicherung		
Soziale Pflegeversicherung			

⁷⁰ Zur Rangfolge ebenfalls Kessler in: Brühl u.a., HSRB, Teil 1 Kap. 13 Rz. 102 ff

2.2. Das sozialrechtliche Dreieck

Das Grundhandwerkszeug des Sozialrechts besteht aus einer Kombination zivil- und öffentlich-rechtlicher Rechtsinstitute.⁷¹

2.2.1. Der Anspruch auf Sozialleistungen

Der Sozialleistungsanspruch gleicht hinsichtlich seiner Struktur dem zivilrechtlichen Anspruch. Entsprechende Regelungen finden sich im SGB I zur Entstehung des Anspruchs,⁷² Fälligkeit, Verjährung, und Untergang.⁷³ Der Sozialleistungsanspruch bildet das Sozialrechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungsberechtigtem. Es ist, ebenfalls vergleichbar mit dem zivilrechtlichen Schuldverhältnis, durch Haupt- und Nebenpflichten ausgestaltet.⁷⁴ Die Leistungsansprüche sind wie im Zivilrecht aus Anspruchsgrundlagen abzuleiten. Da diese im Sinne der modifizierten Subjektstheorie (auch: Sonderrechtstheorie)⁷⁵ einen Hoheitsträger einseitig berechtigen und verpflichten und nicht dem Zivilrecht zuzuordnen sind, sind es subjektiv-öffentliche Rechte. Ob eine Norm im Sozialgesetzbuch eine Anspruchsgrundlage ist, also ein subjektiv-öffentliches Recht einräumt, ist wie im allgemeinen und übrigen besonderen Verwaltungsrecht anhand ihres drittschützenden Charakters (Schutznormtheorie)⁷⁶ zu ermitteln. Ausdrücklich, § 2 I 1 SGB I, als Anspruchsgrundlagen ausgeschlossen, sind die Leistungsübersichten und sozialen Rechte im SGB I. Anspruchsgrundlagen finden sich überwiegend in SGB II, III, V, VI, VII, VIII, XI, XII.

2.2.2. Dienst- und Sachleistungen und Sachleistungsprinzip

Alle Sozialleistungsbereiche kennen als Leistungsarten Geld-, Sach- und Dienstleistungen, § 11 SGB I.⁷⁷ Wobei die Verwendung der Begriffe zwischen den verschiedenen Systemen durchaus abweichen kann. Echte Geldleistungen sind in allen Bereichen diejenigen Leistungen, die

⁷¹ Vgl. a. Waltermann, Sozialrecht, § 1 Rz. 20 - 31

⁷² Waltermann, Sozialrecht, § 1 Rz. 22

⁷³ Igl/Welti, Sozialrecht, § 76 Rz. 15 ff

⁷⁴ Waltermann, Sozialrecht, § 1 Rz. 22

⁷⁵ Sodan/ Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 67 Rz.8

⁷⁶ Sodan/ Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 71 Rz.2, 3

⁷⁷ Igl/Welti, Sozialrecht, § 17 Rz. 6

als Ersatz für weggefallenes Einkommen in Geld direkt an den Leistungsberechtigten ausgezahlt werden. Die Sachleistungen sind vom Sachleistungsprinzip zu unterscheiden. Auch Sachleistungen kommen dem natürlichen Wortsinne nach in allen Bereichen der sozialen Sicherung vor. Statt eines Geldbetrages wird dem Leistungsberechtigten der benötigte Gegenstand ausgehändigt. Aus der Sicht der Fürsorge ist die Gewährung von Sachleistungen statt Geldleistungen rechtfertigungsbedürftig, § 10 I, III SGB XII. Eine Ausnahme bildet hier das AsylbLG, das den Lebensunterhalt regelmäßig als Sachleistung vorsieht, § 3 I 1 AsylbLG, statt wie in Grundsicherung und Sozialhilfe einen Geldbetrag auszuzahlen. Das Sachleistungsprinzip ist davon deutlich zu unterscheiden. Es ist exemplarisch in der Gesetzlichen Krankenversicherung, § 2 II SGB V, verwirklicht.⁷⁸ Statt dem Versicherten die benötigte Geldsumme für die ärztliche Behandlung o.ä. zur Verfügung zu stellen, kann der Versicherte die Leistung durch Nachweis seiner Leistungsberechtigung (Krankenversicherungskarte, Einweisungsschein, Rezept etc.) direkt beim Leistungserbringer abrufen. Vom Sachleistungsprinzip und von der Sachleistung ist wiederum die Dienstleistung zu unterscheiden. Aus der Sicht der Fürsorge ist Dienstleistung nichts anderes als Unterstützung durch eine (professionelle) Dienstleistungskraft.⁷⁹ Diese Leistungsarten sagen nichts darüber aus, ob das Sachleistungsprinzip Anwendung findet.

2.2.3. Der Vertrag zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger

Ein Vertrag zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger wird bei einem Anspruch auf Sach- und Dienstleistungen immer geschlossen, wenn der Leistungsträger die Sozialleistungen nicht selbst erbringt. Dabei ist zunächst noch nicht entschieden, ob der Berechtigte also das Geld für die Inanspruchnahme des Leistungserbringers selbst ausgehändigt bekommt (Geldleistung), oder die Vergütung nur zwischen Dienstleister und Leistungsträger gezahlt werden muss (Sachleistungsprinzip/ Gutschein). In den Fällen, in denen die eigentliche soziale Dienstleistung nicht vom Leistungsträger selbst erbracht wird,⁸⁰ reicht das Sozialrechtsverhältnis nicht zur Erfüllung des Sozialleistungsanspruchs aus. Während der Sozialleistungsanspruch

⁷⁸ Ausdrücklich als Strukturmerkmal der GKV Waltermann, Sozialrecht, § 8 Rz. 166; Igl/Welti, Sozialrecht, § 17 Rz. 6, § 18 Rz. 1 allerdings nicht differenzierend zwischen Sachleistung und Sachleistungsprinzip aus der Perspektive der GKV

⁷⁹ Genauer bei Roscher in: Münder u.a., LPK-SGB XII, § 10 Rz. 3 ff

⁸⁰ Kingreen SGB 2004, 659 (660)

zwischen Leistungsträger und Leistungsberechtigtem besteht, wird zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer vertraglich festgelegt, dass der Leistungserbringer an den Berechtigten die beanspruchte Leistung ausgibt, den Sozialleistungsanspruch also erfüllt. Zwischen dem Leistungsberechtigten und dem Leistungserbringer besteht, wenn sich der Leistungsberechtigte zur Inanspruchnahme der bewilligten Sozialleistungen bei einem bestimmten Leistungserbringer entschlossen hat, ein zivilrechtlicher Vertrag, den abzuschließen sich der Leistungserbringer vertraglich wiederum gegenüber dem Leistungsträger verpflichtet.⁸¹ Während die Rechtsverhältnisse zwischen Leistungsberechtigtem und Leistungsträger unzweifelhaft als öffentlich-rechtlich eingeordnet werden,⁸² das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsberechtigtem und Leistungserbringer ebenfalls unzweifelhaft zivilrechtlich ausgestaltet ist,⁸³ war lange Zeit streitig, wie das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer einzuordnen sei.⁸⁴ Richtigerweise handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Koordinationsvertrag.⁸⁵ Da der Leistungsträger Schuldner des Anspruchs auf soziale Dienstleistungen ist, müsste er an sich die Dienste zur Erfüllung möglicher Sozialleistungsansprüche selbst zur Verfügung stellen. Dazu ist er oftmals nicht in der Lage. Es gäbe, zumindest theoretisch, die Möglichkeit auf einem Markt freier privater Dienstleistungsanbieter ein Kontingent dieser Leistungen einzukaufen. Dieser Gedanke dürfte der Hintergrund der ursprünglichen Diskussion um private Leistungsverträge in der Sozialleistungserbringung sein. Der Einkauf eines Dienstleistungskontingentes rückte die sozialrechtliche Leistungserbringung in die Nähe der fiskalischen Hilfsgeschäfte.⁸⁶ Darunter versteht man Geschäfte, die den Bedarf der Verwaltung an Gütern decken, die die Verwaltung zur Durchführung ihrer Aufgaben benötigt. Das übliche Beispiel ist hier der Einkauf von Büromaterial u.ä. Der Unterschied zur sozialrechtlichen Leistungserbringung dürfte damit auf der Hand liegen: zwar ermöglicht das fiskalische Hilfsgeschäft erst die Erfüllung der Aufgaben der Verwaltung. Allerdings wird mit dem fiskalischen Hilfsgeschäft nicht der Bedarf eines von der Verwaltung unterschiedlichen privaten Dritten gedeckt. Das fiskalische Hilfsgeschäft

⁸¹ Bieritz-Harder in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1 € Jobs, S. 93 ff; am Beispiel der Rehabilitationsleistungen und Rehabilitationsträger Kessler in: Brühl u.a., HSRB, Teil II Kap. 6 Rz. 36, 37.

⁸² Eichenhofer NZS 2002, 348 (348)

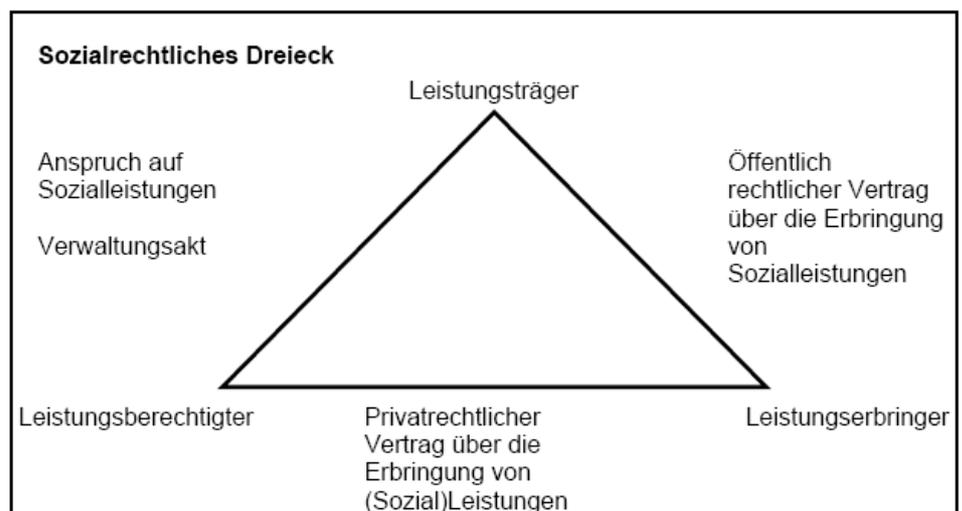
⁸³ Brühl in: Brühl u.a., HSRB, Teil II Kap. 10 Rz. 60; Münder in: Münder u.a., LPK-SGB XII, Vor § 75 Rz. 5, 6; Eichenhofer NZS 2002, 348 (348)

⁸⁴ Zu einigen Argumenten Eichenhofer NZS 2002, 348 (348)

⁸⁵ Münder in: Münder, LPK-SGB XII, § 75 Rz. 30; BGH vom 3.5. 1984 III ZR 174/82 FamRZ 1984, 781 (782) = NVwZ 1986, 154ff; Kingreen SGB 2004, 659 (660)

⁸⁶ Zum Begriff Sodan/Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 67 Rz. 21

wird also nicht abgeschlossen um Rechtsansprüche des Bürgers zu erfüllen, sondern um Verwaltungshandeln erst zu ermöglichen. Verträge zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer sind danach keine fiskalischen Hilfsgeschäfte, die man dem Privatrecht zuordnen könnte. Da es zu den originär hoheitlichen Aufgaben der Sozialleistungsträger gehört, Sozialleistungsansprüche zu erfüllen, handelt es sich bei den dazu abgeschlossenen Verträgen nach der Vertragsgegenstandstheorie um öffentlich-rechtliche Verträge. Auch die fachliche Verantwortung des Leistungsträgers für die Durchführung der Hilfe wird als Argument für eine öffentlich-rechtliche Natur der Verträge zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer angesehen.⁸⁷ Unabhängig von der Frage der Rechtsnatur dieser Verträge geschieht die Abwicklung des Sozialleistungsanspruchs, soweit der Leistungsträger den Anspruch nicht durch eigene Dienste erfüllt, über ein dreiseitiges Rechtsverhältnis, das auch „sozialrechtliches Dreieck“ genannt wird.



⁸⁷ Im Ergebnis auch Eichenhofer NZS 2002, 348 (348 - 349); Neumann RsDE 1999 (43) S.1 (4); VGH München vom 24.11.2004 12 CE 04.2057 RsDE 2005 (59) S. 93 (96); SG Meiningen vom 16.1.2003 S 5 RJ 881/02 RsDE 2005 (59) S. 98 (99); BGH vom 3.5.1984 III ZR 174/82 FamRZ 1984, 781(782) = NVwZ 1986,154 = ZfJ 1984, 575

2.2.4. Sozialrechtliches Dreieck und Sachleistungsprinzip

Dieses sozialrechtliche Dreieck⁸⁸ bildet einerseits das Sachleistungsprinzip ab. Es steht aber ebenso Modell für die Realisierung von Sach- und Dienstleistungen, die nicht im Rahmen des Sachleistungsprinzips erbracht werden.⁸⁹ Im Falle des Sachleistungsprinzips erwirbt der Dienstleister, also Leistungserbringer, keinen Vergütungsanspruch aus dem privaten Vertrag, den er mit dem Leistungsberechtigten abschließt. Gerade das Fehlen dieses Vergütungsanspruches charakterisiert das Sachleistungsprinzip und grenzt es gegenüber dem Kostenerstattungsprinzip ab, das man nicht nur aus der Privaten Krankenversicherung kennt, sondern das auch weite Bereiche der Rehabilitation und Pflege im Anwendungsbereich des HeimG kennzeichnet, soweit der Sozialhilfeträger oder evtl. auch die Soziale Pflegeversicherung Kostenträger ist. In dieser Konstellation wurde es schwierig zu erklären, wieso in der praktischen Durchführung der Sozialhilfeträger - und auch im Bereich der Jugendhilfe wurde so verfahren - die Vergütung direkt an den Leistungserbringer ausbezahlt.⁹⁰ Am pragmatischsten wäre dieses Verhältnis durch eine zivilrechtliche Schuldübernahme § 414 BGB oder den gesetzlich nicht geregelten vertraglichen Schuldbeitritt zu erklären.⁹¹ Dies soll allerdings nicht der Gewährleistungsverantwortung und der fachlichen Verantwortung des Leistungsträgers Rechnung tragen. Diese Einwände erscheinen jedoch nicht zwingend, weil die Valutierung der Forderung durchaus vom Grundverhältnis, das durch die spezifische Verantwortung des Trägers bestimmt wird, getrennt werden kann. Eine Zusammenfassung macht es allerdings einfacher, bei Leistungsmängeln ohne Zutun des Leistungsberechtigten die Vergütung zu überprüfen und gegebenenfalls einzuwirken.⁹² Wenn also Leistungsträger so verfahren, dass sie anstelle einer Bewilligung der Kostenerstattung für die Inanspruchnahme eines Dienstes gegenüber dem Leistungsberechtigten eine Kostenübernahmeerklärung an den Leistungserbringer schicken und den Leistungsberechtigten nur über diese Kostenübernahme durch Übergabe

⁸⁸ LSG Baden- Württemberg vom 22.9.2005 L 7 SO 3421/05 ER-B ZFSH/SGB 2006, 33 (36); Giese, RsDE 2000 (46) S. 1 (2)

⁸⁹ Diese Differenzierung erkennen auch LSG Baden- Württemberg vom 22.9.2005 L 7 SO 3421/05 ER-B ZFSH/SGB 2006, 33 (36); Pöld-Krämer/Fahlbusch RsDE 2000 (46) S. 4 (6,8,9)

⁹⁰ Münder in: Münder LPK-SGB XII § 75 Rz. 32

⁹¹ Münder in: Münder LPK-SGB XII § 75 Rz. 33 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; OLG Düsseldorf vom 22.4.2004 VII – Verg 44/04 RsDE 2005 (59) S. 81 (85)

⁹² Zur Unabhängigkeit zwischen Sozialhilfeanspruch und Vereinbarung zwischen Sozialhilfeträger und Leistungserbringer LSG Baden- Württemberg vom 22.9.2005 L 7 SO 3421/05 ER-B ZFSH/SGB 2006, 33 (38)

einer Kopie dieser Erklärung in Kenntnis setzen, ist dies ein Verfahrensfehler und kein Hinweis auf ein Sachleistungsprinzip.⁹³ Dies müsste zudem ausdrücklich geregelt sein, weil es die Wahlfreiheit des Leistungsberechtigten im Hinblick auf mögliche Leistungserbringer, die sich dem Reglement des Sachleistungsprinzips unterwerfen, beschränkt. Es könnte nur auf Kosten des in SGB II, XII und VIII geltenden Individualisierungsgrundsatzes eingeführt werden.⁹⁴ Soweit eine Bewilligung der Sozial- und Jugendhilfeleistungen formlos möglich ist, wird man in der Aushändigung der Kopie einer (an den Leistungserbringer adressierten) Kostenübernahmeerklärung an den Leistungsberechtigten einen Bewilligungsbescheid sehen müssen. Ist eine Bewilligung der Sozialleistung nicht formlos möglich, sondern ist Schriftform vorgesehen, leidet die Bewilligung an einem Formmangel. Dass der Adressat, demgegenüber der Verwaltungsakt ergeht und bekannt zu geben ist, als solcher benannt sein muss, ist leider nicht Voraussetzung für Formgerechtigkeit. Solange also in dem Kostenübernahmebescheid erkennbar ist, wessen Ansprüche durch die Zahlung an den Träger erfüllt werden sollen, dürfte es sich im Regelfall um eine in der Praxis etablierte Unsitte und bei Formfreiheit nicht um einen Verfahrensfehler handeln. An dieser Stelle dürften sich dem Wirtschaftsverwaltungsrechtler bereits einige vertraute Konstellationen aufdrängen, die gerade modernen Formen des Wirtschaftsverwaltungsrechts wie der PPP und Privatisierung entsprechen. Da aber ein einheitliches Leistungserbringerrecht für die hier betrachteten Bereiche des SGB II, (III), VIII, XII nicht existiert und vor allem die kollektiven Rahmen dieser hier kurz umschriebenen Einzelvereinbarungen bisher noch unbeachtet blieben, ist es an dieser Stelle zu früh, zu einem Vergleich anzusetzen. Vielmehr muss hier erst der Zusammenhang zwischen verschiedenen Sozialleistungen und dem bereichsspezifischen oder teilweise auch fehlenden Leistungserbringerrecht des Sozialrechts erarbeitet werden.

2.3. Leistungsrecht

Da das Leistungserbringerrecht teilweise innerhalb einer Kodifizierung für verschiedene Leistungsarten variiert, kommt man nicht umhin, die

⁹³ Zutreffend: LSG Baden- Württemberg vom 22.9.2005 L 7 SO 3421/05 ER-B ZFSH/SGB 2006, 33 (36); Das übersehen z.B. Igl/Welti, Sozialrecht, § 57 Rz. 2 am Ende und dem leistet Luthe in: Voelzke, SGB II, § 17 Rz. 6 Vorschub, indem er dies für die Verträge nach § 17 II SGB II postuliert.

⁹⁴ Pöld-Krämer/ Fahlbusch RsDE 2000 (46) S. 4 (9)

wichtigsten Leistungsarten im Bereich von SGB II, III, VIII und XII, sowie weitere Strukturen, die wirtschaftsverwaltungsrechtliche Relevanz haben können, knapp vorzustellen. Zum Wirtschaftsverwaltungsrecht gehört auch das Gewerbeordnungsrecht. Entsprechende Regelungen mit teilweise identischen Funktionen sind auch im hier interessierenden Rechtsbereich erhalten.

2.3.1. Leistungen und Handlungsformen

Wie oben bereits eingeführt, ist der Sozialleistungsanspruch ein subjektiv-öffentliches Recht. Bewilligt werden Sozialleistungen in aller Regel durch einen Verwaltungsakt. Ausnahmsweise ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag über Sozialleistungen möglich, wenn er über Sozialleistungen abgeschlossen wird, die im Ermessen der Sozialleistungsträger stehen, § 53 II SGB X. Wie alle übrigen Verwaltungsakte gilt dabei, dass die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage erfüllt sein müssen. Da sich der vollständige Sozialleistungsanspruch und seine Voraussetzungen nicht aus einer einzigen Norm ergeben, sondern aus einer Reihe von Rechtsgrundlagen, sind diese Normketten systematisch durchzuprüfen. Neben den in diesen Normketten genannten Voraussetzungen sind allerdings auch die allgemeinen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten zu berücksichtigen. Eine Prüfung kann wie folgt aussehen:

Der Sozialleistungsverwaltungsakt § 31 SGB X i.V.m. den Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage

1. Auswahl der möglichen Anspruchsgrundlage
2. Anwendbarkeit der möglichen Anspruchsgrundlage
3. Formelle Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Verwaltungsakt aufgrund der möglichen Anspruchsgrundlage
 - 3.1. Zuständigkeit
 - 3.2. Verfahren
 - 3.3. Form
 - 3.4. Anhörung unter den entsprechenden Voraussetzungen
 - 3.5. Bestimmtheit
 - 3.6. Bekanntgabe
4. Materielle Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Verwaltungsakt aufgrund der möglichen Anspruchsgrundlage

<p>4.1. Voraussetzungen der möglichen Anspruchsgrundlage</p> <ul style="list-style-type: none"> - Leistungsberechtigter Personenkreis - Eintritt eines Leistungsfalles - beanspruchte Sozialleistung <ul style="list-style-type: none"> Leistungsart, evtl. untergesetzliches Recht <p>diesbezügliches Ermessen bzgl. ob und/ oder wie, falls gesetzlich vorgesehen</p> <ul style="list-style-type: none"> - Beachtung der Leistungsgrundsätze des Sicherungszweiges - Grundsatz der Verhältnismäßigkeit soweit nicht bereits an anderer Stelle integriert <p>4.2. Vereinbarkeit des Verwaltungsaktes über die Sozialleistungen mit höherrangigem Recht</p>
--

Die entsprechenden Inhalte variieren von Sozialleistungsgesetz zu Sozialleistungsgesetz und sind regelmäßig in einer Zusammenschau der verschiedenen Einzelnormen zu ermitteln.

Da hier das Hauptaugenmerk auf das Zusammenwirken von Leistungsrecht und Leistungserbringerrecht als Einfallstelle für Wirtschaftsverwaltungsrecht im Vordergrund stehen soll, sind im Folgenden die sozialrechtlichen Verbindungen von Sozialleistungen und dem dazu gehörigen Leistungserbringerrecht aufzuzeigen.

2.3.2. Leistungsrecht der Sozialhilfe

Die Sozialhilfe in ihrer derzeitigen Form ist im SGB XII kodifiziert. Die „Sozialhilfe“ gibt es an sich nicht. Sozialhilfe umfasst die Hilfe zum Lebensunterhalt, §§ 27 ff SGB XII, die Grundsicherung für alte und dauerhaft erwerbsgeminderte Menschen und die Hilfen nach §§ 41 ff SGB XII und Hilfen, die in besonderen Lebenslagen nach den Kapiteln 5-9, §§ 49 -74 SGB XII geleistet werden.⁹⁵ Da die Leistungen nach §§ 27 ff und §§ 41 ff SGB XII in aller Regel als Geldleistungen ohne Einschaltung eines Dienstleisters ausbezahlt werden, sind sie unter dem Blickwinkel der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Bezüge des Sozialhilferechts nicht weiter zu verfolgen.

⁹⁵ Schoch in: Brühl u.a., HSRB, Teil I Kap. 12 Rz. 1-3

Sozialhilfe nach SGB XII		
Hilfe zum Lebensunterhalt	Grundsicherung für alte und erwerbsunfähige Menschen	„Hilfen in besonderen Lebenslagen nach Kapitel 5 - 9“
-> Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes		-> Leistungen wie Hilfen zur Gesundheit (ähnlich SGB V) Eingliederungshilfe Ähnlich SGB IX, III, V Hilfe zur Pflege Ähnlich SGB XI Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten Hilfe in anderen Lebenslagen

Die ehemals unter dem Oberbegriff der Hilfe in besonderen Lebenslagen zusammengefassten Hilfen nach Kapitel 5 bis 9 SGB XII⁹⁶ sind meist dadurch gekennzeichnet, dass sie durch der Sozialverwaltung nicht zugehörige Leistungserbringer, also durch Dritte, erbracht werden. Die Hilfen nach Kapitel 5 bis 9 haben eine besondere soziale Bewertung erfahren, indem als besonders schutzbedürftig bewertete Personengruppen unter großzügigerer Belassung eigener Mittel spezielle Hilfen erhalten können. Neben der individuellen Notlage spielt hier auch in größerem Umfang als in der Hilfe zum Lebensunterhalt der Ausgleich von gesellschaftlich verursachten Nachteilen eine Rolle. Die quantitativ wichtigsten Leistungen sind die Hilfe zur Pflege, die Eingliederungshilfe und die Hilfen zur Gesundheit. Die Hilfen nach Kapitel 5 bis 9 können je isoliert, grundsätzlich auch nebeneinander in Anspruch genommen werden. Sie umfassen:

- Hilfen zur Gesundheit §§ 47 -52 ff SGB XII
- Eingliederungshilfe für behinderte Menschen §§ 53 –60 SGB XII
- Hilfe zur Pflege §§ 61 –66 SGB XII
- Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten §§ 67-69 SGB XII
- sowie Hilfe in anderen Lebenslagen:
 - Hilfe zur Weiterführung des Haushalts § 70 SGB XII
 - Altenhilfe § 71 SGB XII

⁹⁶ Waltermann, Sozialrecht, § 14 Rz. 475

- Blindenhilfe § 72 SGB XII
- Hilfe in sonstigen Lebenslagen §73 SGB XII sofern der Einsatz öffentlicher Mittel gerechtfertigt erscheint sowie
- Bestattungskosten § 74 SGB XII

2.3.2.1. Hilfen zur Gesundheit

Der Umfang der Leistungen der Hilfen zur Gesundheit⁹⁷ entspricht den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, denn § 52 Abs. 1 Satz 1 SGB XII verweist auf die Leistungen der GKV. Es besteht wie in der GKV das Recht zur freien Arztwahl, § 52 II SGB XII. Abweichend von den Regelungen der GKV (§ 24 a SGB V) werden im Rahmen der Hilfe zur Familienplanung nach § 49 SGB XII die Kosten für empfängnisregelnde Mittel auch jenseits des 20. Lebensjahres übernommen.

2.3.2.2. Eingliederungshilfe

Die Aufgabe der Eingliederungshilfe⁹⁸ für behinderte Menschen ist es, drohende Behinderungen zu verhüten oder eine bereits vorhandene Behinderung oder deren Folgen zu mildern und den behinderten Menschen in die Gesellschaft einzugliedern. Dem behinderten Menschen soll die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft ermöglicht oder erleichtert und die Ausübung eines angemessenen Berufs oder einer sonstigen angemessenen Tätigkeit ermöglicht werden. Er soll soweit wie möglich unabhängig von Pflege leben können, § 53 Abs. 3 Satz 2 am Ende SGB XII. Hinsichtlich des leistungsberechtigten Personenkreises sind die wesentlich behinderten Menschen, die von einer Behinderung bedrohten Personen und die nicht wesentlich behinderten Menschen zu unterscheiden. Letztere erhalten Eingliederungshilfeleistungen nur als Ermessensleistungen, § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB XII.⁹⁹ Der Begriff der Behinderung knüpft jetzt an den vereinheitlichten Begriff des § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX an. Welche Personengruppen als wesentlich behindert gelten, ist in §§ 1-3 Eingliederungshilfeverordnung (Verordnung nach § 60 SGB XII) näher bestimmt. Dort sind auch die in § 54 SGB XII beschriebenen Eingliederungshilfeleistungen noch einmal genauer

⁹⁷ Im Einzelnen Schoch in: Brühl u.a., HSRB Teil I Kap. 12 Rz. 142 ff

⁹⁸ Im Einzelnen Schoch in: Brühl u.a., HSRB Teil I Kap. 12 Rz. 150 ff

⁹⁹ Bieritz-Harder in: Münder u.a., LPK-SGB XII, § 53 Rz. 19

aufgezählt und beschrieben. U.a. sieht § 54 Abs. 1 Einleitungssatz SGB XII vor, dass auch medizinische Leistungen zu erbringen sind. Dem Wortlaut nach verweist die Regelung auf die Aufzählung der medizinischen Leistungen des § 26 SGB IX. Allerdings gilt für diese Leistungen, dass sie den Leistungen zur medizinischen Rehabilitation der GKV zu entsprechen haben, § 54 I 2 SGB XII. Die Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben sind ebenfalls dem SGB IX zu entnehmen und haben gem. § 54 I 2 SGB XII denen der Bundesagentur für Arbeit zu entsprechen.

2.3.2.3. Hilfe zur Pflege

Seit dem Inkrafttreten des SGB XI ist die Hilfe zur Pflege, §§ 61 ff SGB XII, zwar nicht in ihrer Bedeutung zurückgegangen. Da die Pflegeversicherung jedoch von vorneherein nur eine Teilabsicherung des Pflegerisikos darstellen sollte,¹⁰⁰ ergänzt sie regelmäßig die Leistungen der SPV.

Sie ist darüber hinaus vor allem von Bedeutung, wenn Betroffene die Voraussetzungen der Pflegestufe I nicht erfüllen und deshalb keine Leistungen der Pflegeversicherung erhalten oder wenn sie höhere oder andere Leistungen benötigen, als sie nach dem SGB XI bereitgestellt werden.

Hilfe zur Pflege¹⁰¹ wird demjenigen gewährt, der wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, in erheblichem oder höherem Maße der Hilfe bedarf, § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII. Die Anspruchsvoraussetzungen der Hilfe zur Pflege nach dem BSHG entsprechen im Wesentlichen denen der Inanspruchnahme von Leistungen nach dem SGB XI. Die Hilfe zur Pflege umfasst häusliche Pflege, § 63 SGB XII, Hilfsmittel, teilstationäre Pflege, Kurzzeitpflege und stationäre Pflege. Nach § 61 II 2 SGB XII bestimmt sich der Inhalt dieser Leistungen nach den Regelungen der Pflegeversicherung.

¹⁰⁰ Igl/Welti, Sozialrecht, § 20 Rz. 3

¹⁰¹ Im Einzelnen Schoch in: Brühl u.a., HSRB, Teil I Kap. 12 Rz. 186 ff

2.3.2.4. Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten

Hilfen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten, §§ 67 –69 SGB XII, erhalten Personen, bei denen besondere Lebensverhältnisse mit sozialen Schwierigkeiten verbunden sind, sofern sie nicht in der Lage sind, diese Schwierigkeiten aus eigener Kraft zu überwinden. Kann der Hilfebedarf aus anderen Leistungsarten des SGB XII gedeckt werden, tritt der Anspruch nach § 67 SGB XII hinter diesen zurück.

Näheres ist in der zu § 69 SGB XII (eigentlich noch § 72 V BSHG) erlassenen Durchführungsverordnung geregelt. Als Anspruchsberechtigte kommen danach insbesondere Personen ohne ausreichende Unterkunft, Landfahrer, Nichtsesshafte, aus Freiheitsentziehung Entlassene und verhaltensgestörte junge Menschen in Betracht, vgl. §§ 2 ff der Verordnung zur Durchführung des § 69 SGB XII. Es werden u. a. Beratungen, Hilfen zur Beschaffung und Erhaltung einer Wohnung, Hilfen zur Erlangung und Sicherung eines Arbeitsplatzes und Hilfen zur Ausbildung gewährt, vgl. §§ 7 ff. der Verordnung zur Durchführung des § 69 SGB XII.

2.3.2.5. Hilfe zur Weiterführung des Haushaltes

Hilfe zur Weiterführung des Haushaltes wird nach § 70 SGB XII gewährt, wenn keiner der Haushaltsangehörigen den Haushalt führen kann und die Weiterführung des Haushaltes geboten ist. Die Gewährung von Hilfe zur Weiterführung des Haushaltes kommt u. a. in Betracht zur Versorgung erkrankter Alleinstehender oder zur Versorgung der Familie bei vorübergehender Abwesenheit der Mutter.

2.3.2.6. Altenhilfe und Blindenhilfe

Die Maßnahmen der Altenhilfe, § 71 SGB XII, können auch vorbeugenden Charakter haben. Sie verfolgen eine doppelte Zielsetzung: Verhütung altersbedingter Schwierigkeiten körperlicher, geistiger oder seelischer Art oder deren Überwindung oder Milderung sowie die Erhaltung von Möglichkeiten des alten Menschen am Leben in der Gemeinschaft teilzunehmen.

Von relativ geringer praktischer Bedeutung als Sozialhilfeleistung ist die Blindenhilfe nach § 72 SGB XII. Dies ist darauf zurückzuführen, dass einerseits die Blindenhilfe davon abhängig ist, dass keine gleichartigen Leistungen nach anderen Rechtsvorschriften gewährt werden, während andererseits alle Bundesländer Blindengesetze erlassen haben.

2.3.2.7. Zuständigkeit

Zuständig sind die örtlichen und überörtlichen Träger der Sozialhilfe, also die kreisfreien Städte oder Landkreise bzw. die durch Landesrecht bestimmten Körperschaften. Die sachliche Zuständigkeit des überörtlichen Trägers wird durch Landesrecht geregelt, § 97 I, II SGB XII. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach dem tatsächlichen Aufenthalt des Leistungsberechtigten, § 98 I SGB XII. Oftmals kommt es aber auch auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Leistungsberechtigten an. Eine Heranziehung der jeweils körperschaftsangehörigen Träger ist in § 99 SGB XII ermöglicht.¹⁰²

2.3.3. Leistungsrecht der Kinder- und Jugendhilfe

Das Recht der Kinder- und Jugendhilfe ist im SGB VIII kodifiziert. Es enthält sowohl leistungs- als auch ordnungsrechtliche Elemente bzw. Vorschriften. Die ordnungsrechtlichen Aufgaben der Jugendhilfe werden mit der Bezeichnung „andere Aufgaben“ beschrieben, vgl. §§ 2 Abs. 1, 3 SGB VIII.¹⁰³

2.3.3.1. Leistungen der Jugendhilfe

Die Leistungen sind im Einzelnen in §§ 11 ff SGB VIII, § 27 Abs. 1 SGB I kodifiziert, und in § 2 Abs. 1 und 2 SGB VIII aufgezählt.

Man unterscheidet ferner individuelle Leistungsansprüche aus §§ 22 ff SGB VIII und infrastrukturelle Leistungen, §§ 16 ff SGB VIII.¹⁰⁴ Individuelle Leistungen, denen subjektive Rechtsansprüche des Leistungsberechtigten korrespondieren, sind Angebote zur Förderung

¹⁰² Igl/Welti, Sozialrecht, § 6 Rz. 1

¹⁰³ Nothacker in: Brühl u.a., HSRB, Teil 1 Kap. 9 Rz. 2

¹⁰⁴ Münder in: von Maydell u.a., SRH, § 23 Rz. 10

von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege (§§ 22 bis 25 SGB VIII), Hilfe zur Erziehung und ergänzende Leistungen (§§ 27 bis 35, 36, 37, 39, 40 SGB VIII), Hilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche und ergänzende Leistungen (§§ 35a bis 37, 39, 40 SGB VIII), Hilfe für junge Volljährige und Nachbetreuung (§ 41 SGB VIII).¹⁰⁵ Angebote der Jugendarbeit, der Jugendsozialarbeit und des erzieherischen Kinder- und Jugendschutzes (§§ 11 bis 14 SGB VIII), Angebote zur Förderung der Erziehung in der Familie (§§ 16 bis 21 SGB VIII) sind infrastrukturelle Leistungen, die nicht mittels subjektiv klagbaren Rechts durchgesetzt werden können. Hier handelt es sich allein um objektives Recht.¹⁰⁶

2.3.3.2. Andere Aufgaben der Jugendhilfe

Bei den anderen Aufgaben wird zum Teil die Nähe zum Gefahrenabwehrrecht und Gewerberecht deutlich.¹⁰⁷ Ein deutlich erkennbares ordnungsrechtliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist die Erteilung der Pflegeerlaubnis sowie die Erlaubnis zum Betrieb einer Einrichtung für Kinder oder Jugendliche. Dazu gehören auch spezielle Ermächtigungsgrundlagen für Widerruf und die Zurücknahme der Erlaubnisse, sowie die Erteilung nachträglicher Auflagen und damit verbundenen Aufgaben (§§ 46 bis 47 SGB VIII) und die Tätigkeitsuntersagung (§§ 48 SGB VIII).

Deutlich erkennbares Gefahrenabwehrrecht ist die Inobhutnahme von Kindern und Jugendlichen, § 42 SGB VIII.

¹⁰⁵ Nothacker in: Brühl u.a., HSRB, Teil 1 Kap. 9 Rz. 4-8, 21; Münder u.a., Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, Vor Kapitel 2 Rz. 7

¹⁰⁶ Igl/Welti, Sozialrecht, § 66 Rz. 8 („allgemeine Angebote“); Münder u.a., Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, Vor Kapitel 2 Rz. 4

¹⁰⁷ Zurückhaltender: Münder u.a., Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, Vor §§ 43 – 49 Rz. 2

Sozialgesetzbuch Achtes Buch Kinder- und Jugendhilfe	
Leistungen	Andere Aufgaben
Individual Ansprüche Mit subjektiv klagbaren Rechten: Kindertagespflege, Kindergartenplatz, Hilfe zur Erziehung, Eingliederungshilfe Infrastrukturelle Leistungen, objektives nicht klagbares Recht: Jugendarbeit, Jugendsozialarbeit, erzieherischer Kinder- und Jugendschutz, Angebote zur Förderung der Erziehung in der Familie	Unter anderem: - Pflege- und Betriebserlaubnisse - Inobhutnahme

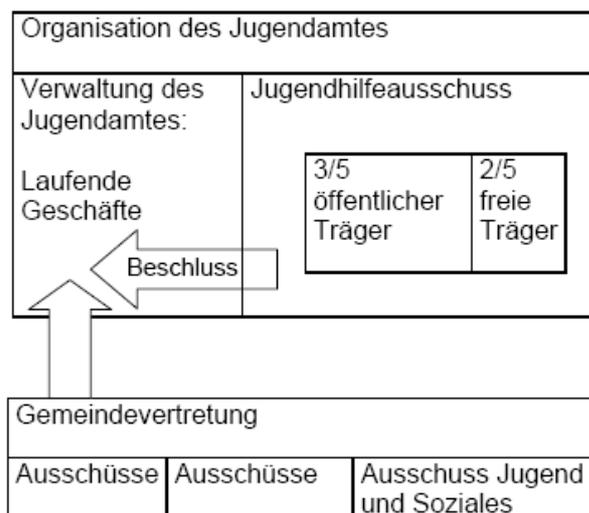
2.3.3.3. Zuständigkeit und Träger

Die Zuständigkeit im Kinder- und Jugendhilferecht unterscheidet zwischen örtlichen und überörtlichen Trägern, § 69 I SGB VIII. Örtliche Träger sind, wie bereits in § 27 II SGB I beschrieben, die Kreise und kreisfreien Städte. Der überörtliche Träger wird durch das Landesrecht bestimmt. Wie im Grundsicherungs- und Sozialhilferecht ist bereits bundesrechtlich die Möglichkeit eingeräumt, die kreisangehörigen Gemeinden zur Erfüllung der Aufgaben nach dem SGB VIII heranzuziehen, § 69 II 1 SGB VIII. Die Ausgestaltung der Heranziehung ist jedoch Ländersache. Damit sind für die Durchführung des Sozialleistungsrechts regelmäßig die örtlichen Träger sachlich zuständig, § 85 I SGB VIII. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich hinsichtlich der Leistungen nach §§ 86-86 d SGB VIII. Anknüpfungspunkt ist danach grundsätzlich der gewöhnliche Aufenthalt der Eltern, § 86 I SGB VIII. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes ist in § 30 III 2 SGB I legaldefiniert.

2.3.3.4. Organisation des Jugendamtes

Die Organisation des Jugendamtes bzw. Landesjugendamtes ist in § 70 SGB VIII geregelt. Beide bestehen jeweils aus der Verwaltung des (Landes-)Jugendamtes, § 70 II SGB VIII, und dem (Landes-) Jugendhilfeausschuss, § 71 SGB VIII bzw. § 70 III, 71 SGB VIII für das

Landesjugendamt. In § 70 SGB VIII ist jeweils auch geregelt wie die Zuständigkeitsverteilung zwischen diesen Organen aussieht. Die Verwaltung ist jeweils für die laufenden Geschäfte zuständig, wobei die Satzungen und Beschlüsse der Vertretungskörperschaft und des Jugendhilfeausschusses für sie einen verbindlichen Rahmen darstellen. Der Jugendhilfeausschuss nach § 71 SGB VIII ist auf kommunalrechtlicher Ebene von entsprechend benannten Ausschüssen (Jugend/ Soziales etc.) der Gemeindevertretung zu unterscheiden.¹⁰⁸ Die Besetzung des (Landes-)Jugendhilfeausschusses ist im Hinblick auf das Verhältnis von öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe interessant. § 71 I Nr. 1 und 2 SGB VIII regeln, dass 2/5 der Stimmen auf Vorschlag der freien anerkannten Jugendhilfe gewählt werden. Die übrigen 3/5 der Stimmen leiten sich aus der eigentlichen Vertretungskörperschaft des öffentlichen Trägers ab.



2.3.4. Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende

Das Resultat der Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe findet sich seit 2005 im SGB II. Die Grundsicherung für Arbeitssuchende hat den Anwendungsbereich der Hilfe zum Lebensunterhalt des ehemaligen BSHG begrenzt¹⁰⁹ und die Arbeitslosenhilfe als Sozialleistung abgelöst.¹¹⁰ An ihre Stelle sind die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II getreten, die als

¹⁰⁸ Z.B. Birkfeld-Pfeiffer/ Gern, Kommunalrecht Hessen, Rz. 485 - 487

¹⁰⁹ Schoch in: Brühl u.a., HSRB, Teil I Kap. 12 Rz. 1

¹¹⁰ Schoch in: Brühl u.a., HSRB, Teil I Kap. 7 Rz. 2; Igl/Welti, Sozialrecht, § 49 Rz. 1, 2

Arbeitslosengeld II und befristeter Zuschlag sowie Sozialgeld bezeichnet wurden. Da für diese Geldleistungen keine Dritten als Dienstleister eingesetzt werden, bleiben sie hier trotz ihrer erheblichen tatsächlichen Bedeutung und ihren meistens durch nachlässige Gesetzgebungstechnik verursachten Korrekturbedarfe außer Betracht. Als Kern der Leistungen der Grundsicherungen für Arbeitssuchende sind die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit anzusehen.¹¹¹ In diesem Abschnitt wurden die ehemalige Hilfe zur Arbeit des BSHG und die Instrumente der Bundesagentur für Arbeit mit verschiedenen ergänzenden Leistungen zusammengeführt.

Grundsicherung nach SGB II				
Arbeitslosengeld II befristeter Zuschlag	Sozialgeld	Leistungen zur Eingliederung in Arbeit		
		§ 16 I Leistungen angelehnt an SGB III	§ 16 II Leistungen „andere Leistungen“ zur Eingliederung“	§ 16 III Arbeitsgele- genheiten
-> Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes		-> Leistungen wie z.B.:		
		Beratung, Vermittlung, Weiterbildung Leistungen an Arbeitgeber und an Träger	Kindertagespflege Pflegeleistungen	1€ Jobs (Arbeitsgelegen- heiten mit Mehrauf- wandsentschädi- gung)

2.3.4.1. Leistungsträger

Diese Zusammenführung zweier Sozialleistungsbereiche in vormals verschiedener Trägerschaft hat seine Spuren auch im Zuständigkeitsrecht und im Hinblick auf die Trägerschaft hinterlassen. Die Träger sind in ihren möglichen Varianten in § 6 I SGB II aufgezählt. Dies ist zum einen die Bundesagentur für Arbeit für den Teil der Leistungen, die ihren Ursprung im SGB III haben, sowie für die Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes, zum anderen sind für die restlichen Aufgaben die kreisfreien Städte oder Landkreise zuständig. Auch besteht nach dem Vorbild der Sozialhilfe die Möglichkeit einer Heranziehung, § 6 II SGB II. Die Aufgaben können nach § 6a SGB II auch alle einem kommunalen Träger zugeordnet werden, sog. Optionskommunen, wenn sie zu dieser Aufgabe vom Bundesministerium

¹¹¹ Waltermann, Sozialrecht, § 14 Rz. 453d

für Arbeit und Soziales zugelassen werden. Zur organisatorischen Bewältigung dieser aufgeteilten Trägerschaft, wird die Arbeitsgemeinschaft eingerichtet, § 44b SGB II, die die Aufgaben nach dem SGB II bis Ende 2010¹¹² einheitlich wahrnimmt. Trotz der Unterscheidung der Leistungen in kommunale Aufgaben und Aufgaben der Bundesagentur wird damit eine einheitliche Durchführung der Leistungen des SGB II angestrebt und dem Leistungsberechtigten ein einheitlicher Ansprechpartner angeboten.¹¹³

Die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit sind in §§ 14 ff SGB II geregelt. Die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit sind in § 16 SGB II geregelt. Da die Eingliederungsvereinbarung mit dem Sozialleistungsträger abgeschlossen wird, ist sie für den vorliegenden Kontext, selbst wenn man sie als Sozialleistung einordnen möchte, nicht von Bedeutung. Die Durchführung der Sozialleistungen durch Dritte findet im Anwendungsbereich des § 16 SGB II statt.

§ 16 SGB II beginnt mit einer schier unüberschaubaren Verweisung auf das SGB III. Zu Recht wird diese Regelung als „monströse Ziffernfolge mit der Notwendigkeit detektivischer Enträtselung“ bezeichnet.¹¹⁴ Ihr Absatz 1 beschreibt diejenigen Leistungen, die die Leistungsträger nach dem SGB II entsprechend den Leistungen der Bundesagentur zu erbringen haben.¹¹⁵

2.3.4.2. Leistungen in Anlehnung an das SGB III

Die Verweisung nach § 16 I 1 SGB II i.V.m. § 35 SGB III bezieht sich auf die Vermittlung, die gem. § 35 I 2 SGB III alle Tätigkeiten umfasst, die darauf gerichtet sind, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses zusammenzuführen. Dasselbe gilt hinsichtlich eines Ausbildungsverhältnisses bei Ausbildungssuchenden und Arbeitgebern. § 35 IV SGB III regelt wiederum eine Eingliederungsvereinbarung, die nach h.M. in Rechtsqualität und Inhalt von der des § 15 SGB II abweichen soll. In die Vermittlung kann nach §

¹¹² Die Arbeitsgemeinschaft wurde in der Entscheidung des BVerfG vom 20.12.2007 2 BvR 2433/04 und 2 BvR 2434/04 als verfassungswidrig eingestuft. Der Gesetzgeber hat bis Ende 2010 Zeit die entsprechenden Änderungen vorzunehmen.

¹¹³ Waltermann, Sozialrecht, § 14 Rz. 453b

¹¹⁴ Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 337. Er übernimmt diese Detektivarbeit und bietet einen guten Überblick über die Verweisungen S. 335 ff.

¹¹⁵ Schoch in: Brühl u.a., HSRB, Teil I Kap. 7 Rz. 118

37 SGB III ein Dritter miteinbezogen werden. Ob der gesamte § 37 SGB III im Rahmen der Verweisung des § 16 I 1 SGB II gilt, ist zu klären. Es gilt laut § 16 I 4 nur § 37 IV SGB III. Der regelt aber den Anspruch des Hilfeberechtigten auf Einschaltung eines Dritten nach viermonatiger Arbeitslosigkeit. Insgesamt ist die Verweisung sehr verschachtelt, da im Satz 2 auf §§ 29-44 SGB III in vollem Umfang verwiesen wird. Dieses dritte Kapitel umfasst Beratung und Vermittlung, §§ 29–44 SGB III. Im Gegensatz zur punktuellen Verweisung im Satz 1 des § 16 I SGB II sind hier alle Leistungen erfasst.¹¹⁶ Man könnte § 16 I 1 SGB II als Spezialregelung zu § 16 I 2 SGB II lesen, sodass die Verweisung auf das SGB III im Bereich der Vermittlung nur auf die dort genannten Normen stattfindet und im Übrigen bzgl. der Beratung eine vollständige Verweisung auf alle Regelungen vorliegt. Wäre § 16 I 2 SGB II eine Spezialregelung, könnte evtl. auch nicht mehr von einem Rechtsanspruch auf Beratung ausgegangen werden, selbst wenn es im SGB III einen solchen geben sollte. Die Beratungsleistungen sind allerdings im SGB III ebenfalls nicht ausdrücklich als Rechtsanspruch ausformuliert, sondern weitgehend als objektives Recht. Falls also kein Anspruch auf Beratung konstruiert wurde, stellt ein Ermessens-“Kann“ im § 16 I 2 SGB II die Leistungsberechtigten sogar besser, als ein Kompetenz-“Kann“. Im Umkehrschluss aus dem Vorhandensein des § 37 SGB III für die Vermittlung (eine entsprechende Regelung für die Beratung fehlt) ist eine Übertragung auf Dritte gesetzlich nicht vorgesehen. Bei den aktiven Leistungen der Arbeitsförderung, § 3 IV SGB III, nach dem SGB III, zu denen auch Beratung und Vermittlung gehören, handelt es sich ausweislich § 3 V SGB III um Ermessensleistungen. Eine Ausnahme stellt der Anspruch nach § 37 IV SGB III dar. Obwohl § 7 SGB III für ein Auswahlermessen spricht, geht die Literatur von einem Entschließungsermessen für alle Leistungen im SGB III aus, für die es nicht ausdrücklich abweichend geregelt ist.¹¹⁷

§ 16 I 2 SGB II i.V.m. 421g SGB III regelt den Vermittlungsgutschein, den es noch bis Ende 2007 geben soll. Er dient dazu, die Vergütung der Vermittlungsbemühungen privater Arbeitsvermittler zur Vermittlung eines Arbeitslosen abzugelten. Durch den Vermittlungsgutschein kann der Leistungsberechtigte – auf den Gutschein besteht ein Rechtsanspruch – den Leistungsträger verpflichten, eine ihm gegenüber dem privaten Vermittler bestehende Schuld auf Zahlung einer Vergütung zu übernehmen. Die Kosten werden bis zu einer Höhe von 2000 €

¹¹⁶ Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 337

¹¹⁷ Niewald in: Münder u.a., LPK-SGB II, § 16 Rz. 6; Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 336

übernommen. Der Vermittler ist nicht an diesen Höchstsatz gebunden, sondern kann vom Leistungsberechtigten mehr verlangen.¹¹⁸

§ 16 I 2 SGB II i.V.m. 4. Kapitel, 1.-3. und 6. Abschnitt SGB III regelt weitere aktive Leistungen der Arbeitsförderung.

Nach dem 1. Abschnitt gehören zur Unterstützung der Beratung und Vermittlung die Übernahme von Bewerbungskosten bis zu einem Betrag von 260 € jährlich und Reisekosten im Zusammenhang mit Berufsberatung, Vermittlung, Eignungsfeststellung und Vorstellungsgesprächen. Da es sich um Geldleistungen handelt, sind sie hier nicht weiter von Interesse.

Zur Verbesserung der Eingliederungsaussichten¹¹⁹ können nach dem 2. Abschnitt Maßnahmekosten (und Alg II, vgl. § 16 I a am Ende SGB II) übernommen werden, wenn die Maßnahmen zur Verbesserung der Eingliederungsaussichten beitragen. Diese Maßnahmen werden als Maßnahmen zur Eignungsfeststellung und Trainingsmaßnahmen bezeichnet. Beschrieben sind sie ausschließlich durch ihr Ziel. Im Rahmen der Förderungsfähigkeit nach § 49 SGB III erfahren sie ein wenig Präzisierung: Eignungsfeststellungsmaßnahmen sind danach erfasst, wenn durch sie Kenntnisse und Fähigkeiten, Leistungsvermögen, berufliche Entwicklungsmöglichkeiten oder sonstige für die Eingliederung bedeutsame Umstände ermittelt werden. Darüber hinaus muss innerhalb der Maßnahme festgestellt werden, für welche berufliche Tätigkeit oder Leistungen der aktiven Arbeitsförderung der Leistungsberechtigte geeignet ist. Bei der Feststellung der Eignung ist die Arbeitsmarktlage zu berücksichtigen.

Trainingsmaßnahmen haben das Ziel, die Selbstsuche, die Vermittlung zu unterstützen, und die Arbeitsbereitschaft zu prüfen sowie notwendige Kenntnisse zu vermitteln um die Vermittlung zu erleichtern oder den erfolgreichen Abschluss einer beruflichen Aus- und Weiterbildung zu erleichtern.

Bei den Leistungen nach dem 3. Abschnitt „Förderung der Aufnahme einer Beschäftigung“ handelt es sich um Mobilitätshilfen nach § 53 SGB III, die ausschließlich als Geldleistungen konzipiert sind.

Nach dem 6. Abschnitt, §§ 77 ff SGB III, wird die berufliche Weiterbildung durch Übernahme von Weiterbildungskosten gefördert.¹²⁰ Die Weiterbildungskosten sind in § 79 SGB III aufgeschlüsselt. Dort ist auch

¹¹⁸ Niewald in: Münder u.a., LPK-SGB II, Anhang § 16 Rz. 8

¹¹⁹ Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 338

¹²⁰ Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 340

klargestellt, dass Weiterbildungen gerade nicht von der Bundesagentur selbst durchgeführt werden, sondern durch Dritte, vgl. § 79 II SGB III. §§ 84 ff SGB III regeln ein Zulassungsrecht für diese Leistungserbringer. Gem. § 250 SGB III kann sich die Bundesagentur auch selbst als Trägerin von Einrichtungen alleine oder zusammen mit anderen Trägern betätigen. § 16 I 2 SGB II i.V.m. § 417 SGB III ermöglicht, befristet für Maßnahmen, die bis zum 31.12.2010 beginnen, für Beschäftigte ab dem vollendeten 45. Lebensjahr die Förderung der Weiterbildung unter erleichterten Voraussetzungen. Eine praktische Bedeutung wird der Vorschrift abgesprochen.¹²¹

Mit § 16 I 2 SGB II i.V.m. 5. Kapitel verweist das SGB II vollständig auf alle Leistungen, die an die Arbeitgeber erbracht werden können.¹²² Anspruchsberechtigt ist nicht der Hilfeberechtigte nach dem SGB II, sondern der Arbeitgeber selbst. § 16 I 2 SGB II i.V.m. 421f SGB III regelt den Eingliederungszuschuss an Arbeitgeber, den sie erhalten, wenn sie Arbeitnehmer einstellen, die das 50. Lebensjahr vollendet haben. Er wird für Förderungen bewilligt, die bis zum 31.12.2009 begonnen haben. § 16 I 2 SGB II i.V.m. 421k SGB III befreit den Arbeitgeber, der einen über 55 jährigen Arbeitnehmer beschäftigt, von seinem Beitragsanteil zur Arbeitsförderung. Die Regelung ist befristet auf Arbeitsverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2008 begründet wurden. § 16 I 2 SGB II i.V.m. 421m SGB III soll die Arbeitgeber von den Kosten entlasten, die ihnen durch eine sozialpädagogische Begleitung einer Berufsausbildungsvorbereitung entstünden. Die Regelung ist bis zum Ende des Jahres 2007 befristet.

§ 16 I 2 SGB II i.V.m. 6. Kapitel 1., 5., 7. Abschnitt SGB III beschäftigt sich mit der Leistung an Träger.¹²³ Dazu gehören:

1. Abschnitt: Die Förderung der Berufsausbildung und Beschäftigung begleitenden Eingliederungsmaßnahmen, §§ 240 -247 SGB III
5. Abschnitt: Die Förderung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen, §§ 260 –271 SGB III
7. Abschnitt: Die Förderung von Beschäftigung schaffenden Infrastrukturmaßnahmen, § 279a SGB III

Bei diesen Leistungen handelt es sich der Sache nach um institutionelle Förderung bestimmter Träger, die in die Form von Sozialleistungsansprüchen gekleidet sind.¹²⁴ Diese Träger können

¹²¹ Niewald in: Mürder u.a., LPK-SGB II, Anhang § 16 Rz. 18

¹²² Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 340 ff

¹²³ Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 342

¹²⁴ Waltermann, Sozialrecht, Rz. 409

natürliche und juristische Personen sein, die Maßnahmen der Arbeitsförderung selbst durchführen oder wiederum durch Dritte durchführen lassen, § 21 SGB III. Zu den Leistungen an Träger gehört auch gem. § 16 I 2 SGB II i.V.m. § 421i SGB III die Beauftragung von Trägern mit Eingliederungsmaßnahmen. Die Regelung ist bis Ende 2007 befristet. Die Regelung ist bewusst sehr offen gehalten. Sie soll bewirken, dass sich die Maßnahmen an der erwünschten Wirkung und nicht an formalen Vorgaben orientieren. Der Spielraum wird jedoch als gering eingeschätzt, da es die umfassenden Kataloge aus SGB II und III gibt. Einzige wirkliche Grenze ist neben der Zielvorgabe, dass sie den Grundsätzen der sonstigen gesetzlichen Leistungen entsprechen müssen und insbesondere nicht zu Wettbewerbsverzerrungen führen dürfen, § 421 II SGB III.¹²⁵ § 16 I 2 SGB II i.V.m. § 421n SGB III erleichtert die Voraussetzung der Förderung einer Berufsausbildung in einer außerbetrieblichen Einrichtung.

Im Rahmen des § 16 I 5 SGB II wird noch einmal auf zwei Regelungen aus dem 1. Abschnitt des 6. Kapitels verwiesen. Dort war die Förderung der Berufsausbildung und Beschäftigung begleitenden Eingliederungsmaßnahmen in §§ 240 –247 SGB III geregelt. § 16 I 5 SGB II i.V.m. § 241 IIIa SGB III und § 16 I 5 SGB II i.V.m. 243 II SGB III heben die Begrenzung der Leistungshöhe auf eine Förderung der Gesamtkosten an.

Die Leistungen für behinderte (erwerbsfähige und hilfebedürftige) Menschen nach dem SGB II werden durch die Verweisungen in § 16 I 3 SGB II geregelt.¹²⁶ Diese Leistungen werden nach allgemeinen Leistungen und besonderen Leistungen zur Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben unterschieden.¹²⁷ Hier gilt, dass ausschließlich die besonderen Leistungen Anspruchsleistungen sind, §§ 102 I, 3 V SGB III.¹²⁸ Die Leistungsgrundsätze wurden vollständig übernommen: § 16 I 3 SGB II i.V.m. §§ 97-99 SGB III. Aus den allgemeinen Leistungen, also denjenigen Leistungen, die auch nicht behinderten Menschen zu Lasten der Bundesagentur zur Verfügung stehen, wurden laut § 16 I 3 SGB II i.V.m. § 100 Nr.1-3 und 6 SGB III übernommen:

- Unterstützung der Beratung und Vermittlung,

¹²⁵ Niewald in: Münder u.a., LPK-SGB II, Anhang § 16 Rz. 53

¹²⁶ Zu den Rehabilitationsleistungen der BA nach SGB II und III: Bieritz-Harder RsDE 2006 (61), S. 54 ff

¹²⁷ Niewald in: Münder u.a., LPK-SGB II, Anhang zu § 16 Rz. 19

¹²⁸ Niewald in: Münder u.a., LPK-SGB II, Anhang zu § 16 Rz. 23; Voelzke in: Voelzke u.a., SGB II, § 16 Rz. 5; a.A. wohl Löns in: Löns/ Herold-Tews, SGB II § 16 Rz. 2

- Verbesserung der Aussichten auf Teilhabe am Arbeitsleben,
- Förderung der Aufnahme einer Beschäftigung und
- Förderung der beruflichen Weiterbildung.

Es gelten dementsprechend die obigen Ausführungen zur Beteiligung Dritter. § 16 I 3 SGB II i.V.m. § 101 I, II, V SGB III regelt die Anpassung dieser Leistungen für die behinderten Menschen und erleichtert die Zugangsvoraussetzungen. Falls diese Leistungen nicht ausreichend sind, werden die besonderen Leistungen eingesetzt, § 102 SGB III, § 16 I 3 SGB II i.V.m. § 102 SGB III.¹²⁹ Da es sich im Übrigen um Geldleistungen handelt, die von denen des SGB II abweichen, wird als besondere Leistung nur die Übernahme von Teilnahmekosten für eine Maßnahme nach § 16 I 3 SGB II i.V.m. § 103, 1 Nr. 3 SGB III in das SGB II überführt. Die Teilnahmekosten werden in § 16 I 3 SGB II i.V.m. §§ 109-111 SGB III näher bestimmt. Dass hier regelmäßig nicht die Bundesagentur die Leistungen durchführt, ist an § 16 I 3 SGB II i.V.m. § 102 I 1 Nr. 1 a, b SGB III gut erkennbar. Gemeint sind Einrichtungen wie Berufsbildungswerke, Berufsförderungswerke und ähnliche Einrichtungen, vgl. auch § 35 SGB IX.¹³⁰ Die Einrichtungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie ihr Ziel nicht ohne Fachpersonal und behinderungsgerechte Sachausstattung erreichen könnten.¹³¹ Neben einer Übernahme der Kosten ist die Integration der Leistung in ein trägerübergreifendes persönliches Budget möglich, § 16 I 3 SGB II i.V.m. 103, 2 SGB III.¹³²

Die Einbeziehung Dritter war nach dieser Übersicht für folgende Leistungsbereiche relevant:

- Beratung und Vermittlung
- Leistungen zur Verbesserung der Eingliederungsaussichten
- Förderung der beruflichen Weiterbildung durch Übernahme von Maßnahmekosten
- Übernahme von Teilnahmekosten zur Förderung im Rahmen der Leistungen für behinderte Menschen.

2.3.4.3. Weitere Leistungen

¹²⁹ Voelzke in: Voelzke u.a., SGB II, § 16 Rz. 273

¹³⁰ Voelzke in: Voelzke u.a., SGB II, § 16 Rz. 281

¹³¹ Niewald in: Mündler u.a., LPK-SGB II Anhang zu § 16 Rz.23; Voelzke in: Voelzke u.a., SGB II, § 16 Rz. 281

¹³² Kruse in: Kruse/ Reinhard, SGB II, § 16 Rz. 6

Einer gesonderten Betrachtung bedürfen die weiteren Leistungen nach § 16 II SGB II. Die Leistungsträger der Leistungen nach § 16 II SGB II sind zum Teil die kommunalen Träger. § 16 II SGB II enthält eine Generalklausel¹³³ für weitere Leistungen jeder Art, als Sach-, Dienst-, oder Geldleistungen. Es darf sich nur nicht um die in Absatz 1 nicht genannten Eingliederungsleistungen nach dem SGB III handeln.¹³⁴ Die Aufzählung in Satz 2 ist, wie das „insbesondere“ zeigt, nicht abschließend.¹³⁵ Beschrieben sind sie ausschließlich hinsichtlich ihrer Zielsetzung, für die Eingliederung des Hilfeberechtigten in das Erwerbsleben erforderlich zu sein, § 16 II 1 SGB II. Soll § 16 II SGB II eine eigenständige Bedeutung haben, verweist er nicht nur auf vom kommunalen Träger zu organisierende Leistungen anderer Leistungsträger, sondern begründet eine originäre Zuständigkeit¹³⁶ des kommunalen Trägers für Leistungen der Betreuung, Pflege, Beratung. Der Anspruchsberechtigte ist hier der erwerbsfähige Hilfebedürftige.¹³⁷ Damit weicht diese Regelung von SGB XII und SGB VIII ab, da dort der Anspruchsberechtigte für Pflegeleistungen und Kinderbetreuung der Pflegebedürftige bzw. das Kind ist. Bei den Leistungen kann es sich, mit der Ausnahme der Nrn. 5 und 6, durchaus um Dienstleistungen Dritter handeln.

2.3.4.4. Arbeitsgelegenheiten

Die Arbeitsgelegenheiten nach § 16 III SGB II umfassen unter anderem die viel diskutierten 1 € Jobs.¹³⁸ Sie sind gem. § 16 III 2 SGB II von den Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen zu unterscheiden.¹³⁹ Arbeitsgelegenheiten gibt es nach der Konzeption des § 16 III SGB II in unterschiedlicher Ausgestaltung. Nach Satz 1 sind Arbeitsgelegenheiten vorgesehen, die zu einer versicherungspflichtigen Beschäftigung führen. Der Leistungsberechtigte erhält einen regulären Arbeitsvertrag und eine

¹³³ Schoch in: Brühl u.a., HSRB, Teil 1 Kap. 7 Rz.120; Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 344; Löns in: Löns/Herold-Tews, SGB II § 16 Rz. 2

¹³⁴ Niewald in: Münder u.a., LPK-SGB II, Anhang § 16 Rz.13

¹³⁵ Niewald in: Münder u.a., LPK-SGB II, Anhang § 16 Rz.18; Kruse in: Kruse/Reinhard, SGB II, § 16 Rz. 11

¹³⁶ Niewald in: Münder u.a., LPK-SGB II, § 16 Rz.18; wohl auch Voelzke in: Voelzke u.a., SGB II § 16 Rz. 359

¹³⁷ Voelzke in: Voelzke u.a., SGB II § 16 Rz. 328 geht ebenfalls davon aus, dass § 16 II eine eigenständige Anspruchsgrundlage ist.

¹³⁸ Zur Fragwürdigkeit der Bezeichnung: Igl/Welti, Sozialrecht, § 51 Rz. 6 am Ende; Kruse in: Kruse/ Reinhard, SGB II, § 16 Rz. 20

¹³⁹ Eine differenzierte und übersichtliche Terminologie bietet Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 26 an.

entsprechende Vergütung. Die Arbeitsgelegenheiten können bei allen privaten oder öffentlichen Arbeitgebern organisiert werden.¹⁴⁰

Satz 2 regelt die im öffentlichen Interesse liegenden zusätzlichen Arbeiten,¹⁴¹ die eigentlichen „1€-Jobs“. Durch sie entsteht kein Arbeitsverhältnis. Übertragen wird diese Arbeit durch Verwaltungsakt gegenüber dem Leistungsberechtigten.¹⁴² Es entsteht ein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis eigener Art.¹⁴³ Es ist kein Lohn zu zahlen, sondern eine Mehraufwandsentschädigung. Folgt man der Ansicht, die in den sog. MAE-Arbeitsgelegenheiten eine echte Sozialleistung für den Hilfeberechtigten sieht, handelt es sich auch hier um Sozialleistungen, die unter Einschaltung eines Dritten erbracht werden können.¹⁴⁴

2.4. Leistungserbringerrecht

Das Leistungserbringerrecht als Teil des formellen Sozialrechts wird auch als spezielles Wirtschafts(verwaltungs)recht, wenn nicht sogar als Kern des Zusammentreffens von Wirtschaftsverwaltungs- und Sozialrecht verstanden.¹⁴⁵

2.4.1. Zusammenarbeit und Gewährleistungspflicht

Die Rahmenvorschrift zur Aufgabenverteilung zwischen Sozialleistungsträger und privatem Leistungserbringer ist § 17 SGB I für alle Sozialleistungsbereiche,¹⁴⁶ also grundsätzlich auch für SGB II, VIII und XII. § 17 SGB I gehört zu den Einweisungsvorschriften, die der Verwirklichung der sozialen Rechte aus §§ 2-10 SGB I dienen. Die Verwirklichung der sozialen Rechte ist im Bezug auf den Regelungsgehalt des § 17 SGB I zu bestimmen. Charakteristisch ist dafür die Zusammenarbeit der freien und gemeinnützigen Träger mit den Sozialleistungsträgern. Aus der Zusammenschau von § 17 III 1 und 4, § 37 Satz 2 SGB I ergibt sich, dass das Zusammenarbeitsgebot nicht

¹⁴⁰ Niewald in: Münder u.a., LPK-SGB II, § 16 Rz. 35

¹⁴¹ Niewald in: Münder u.a., LPK-SGB II, § 16 Rz. 38 ff

¹⁴² str. vgl. dazu Voelzke in: Voelzke u.a., SGB II, § 16 Rz. 415 mit weiteren Nachweisen.

¹⁴³ Niewald in: Münder u.a., LPK-SGB II, § 16 Rz. 64; Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 272

¹⁴⁴ Bieritz-Harder in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 99-102

¹⁴⁵ Hänlein NZS 2003, 617 (619)

¹⁴⁶ Becker u.a., SGB I, § 17 Rz. 6

angetastet werden darf. Dasselbe gilt hinsichtlich der Sicherstellungspflicht aus § 17 I SGB I, § 37 Satz 2 SGB I.

Unter gemeinnützigen und freien Trägern im Sinne des § 17 III SGB I versteht man u.a. die traditionellen Träger der freien Wohlfahrtspflege wie Arbeiterwohlfahrt, Caritasverband, Deutsches Rotes Kreuz, Diakonisches Werk und die Zentrale Wohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland¹⁴⁷ sowie den Paritätischen Wohlfahrtsverband. Darüber hinaus sind freie Träger alle Träger, die nicht der öffentlichen Verwaltung zugerechnet werden.¹⁴⁸ Dies können auch Träger sein, die das Merkmal der Gemeinnützigkeit nicht erfüllen. Der Begriff der Gemeinnützigkeit knüpft an § 55 I AO an.¹⁴⁹ Danach heißt gemeinnützig, dass die Träger die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos fördern möchten.¹⁵⁰ § 17 III SGB I wendet sich damit sowohl an traditionelle freie Träger, gewerbliche Träger und gemeinnützige Träger.¹⁵¹

Die Gewährleistungspflicht des öffentlichen Sozialleistungsträgers ist, je nach Ansatz, in § 17 I oder in § 17 I Nr. 2 SGB I geregelt. § 17 I Nr. 2 SGB I regelt das institutionelle Sicherstellungsgebot.¹⁵² Es beinhaltet Leitvorstellungen zur rechtzeitigen und ausreichenden Bereitstellung von sozialen Diensten und Einrichtungen. Die Leistungsträger können selbst Einrichtungen und Dienste bereitstellen oder die Leistungserbringung durch Dritte organisieren. Werden Dritte eingeschaltet, sind diese bei der Schaffung von Einrichtungen zu fördern und können danach durch Abschluss von Kosten- und Pflegesatzvereinbarungen abgesichert werden. Zu dieser Gewährleistung gehören auch die Instrumente der Qualitätskontrolle bei der Leistungserbringung.¹⁵³

Gesamtverantwortung und Gewährleistungspflicht der öffentlichen Sozialleistungsträger § 17 I Nr. 2 SGB I
-> Errichtung eigener Einrichtungen nur subsidiär -> Verantwortung für Fremdeinrichtungen hinsichtlich Initiative Organisation Qualitätskontrolle

¹⁴⁷ Mrozyński, SGB I, § 17 Rz. 31

¹⁴⁸ Reinhardt in: Kraher, SGB I, § 17 Rz. 16; Becker u.a., SGB I, § 17 Fußnote 37

¹⁴⁹ Reinhardt in: Kraher, SGB I, § 17 Rz. 16

¹⁵⁰ Becker u.a., SGB I, § 17 Fußnote 36

¹⁵¹ Mrozyński, SGB I § 17 Rz. 31

¹⁵² Reinhardt in: Kraher, SGB I, § 17 Rz. 11; Becker u.a., SGB I, § 17 SGB I Rz. 13

¹⁵³ Reinhardt in: Kraher, SGB I, § 17 Rz. 11; Becker u.a., SGB I, § 17 Rz. 14

Weitergehend wird unter Gewährleistungspflicht auch § 17 I SGB I in seiner Gesamtheit verstanden. Dabei wird die Gewährleistungspflicht durch § 17 I Nrn. 1-3 SGB I dreistufig konkretisiert. Zur Gewährleistungsverpflichtung gehört dann nicht nur, die Verfügbarkeit der erforderlichen sozialen Dienste zu sichern (Nr. 2) sondern auch die zeitgemäße Versorgung, die einfache Gestaltung des Zugangs zu Sozialleistungen.¹⁵⁴ Diese Regelung bildet auch die allgemeine Grundlage für die Gesamtverantwortung der Leistungsträger für die Erbringung von Sozialleistungen.¹⁵⁵ Vom BVerfG wurde dies für die Jugendhilfe bestätigt.¹⁵⁶ Die Sozialleistungsträger sind danach nicht nur Kostenträger.¹⁵⁷ Sie dürfen sich nämlich nicht darauf verlassen, dass die freien Träger das Versorgungssystem sicherstellen. Sie müssen, wenn nötig, Initiative ergreifen, damit notwendige Dienste und Einrichtungen entstehen.¹⁵⁸ Diese Gesamtverantwortung wird nicht durch § 17 III 2 SGB I, wonach die Sozialleistungsträger die Selbständigkeit der freien Träger zu achten haben, berührt. Durch diese Regelung soll nur vermieden werden, dass die freien Träger nur noch Konzepte der öffentlichen Träger durchführen und keine eigenen Konzepte mehr verwirklichen können.¹⁵⁹ Es wird davon ausgegangen, dass den Sozialleistungsträgern im Rahmen der Hinwirkungspflicht nach § 17 I SGB I ein Gestaltungsspielraum zusteht.¹⁶⁰ Ein subjektiver Anspruch des Leistungsberechtigten ist aus der Gewährleistungsverantwortung des § 17 SGB I nicht herleitbar.¹⁶¹

In der Regelung über die Zusammenarbeit nach § 17 III SGB I wird die historische Rolle insbesondere der freien Träger nachgezeichnet.¹⁶² Zwar wird von einem Gebot der Zusammenarbeit gesprochen,¹⁶³ von einer entsprechenden Verpflichtung wird dennoch nicht ausgegangen.¹⁶⁴ Findet eine Zusammenarbeit tatsächlich statt, ist sie an § 17 III SGB I auszurichten. Das Verhältnis ist danach nicht als Konkurrenzverhältnis zu gestalten, sondern im Sinne einer Arbeitsteilung und Koordinierung der verschiedenen Tätigkeitsbereiche. Maßstab ist nicht das Interesse des jeweiligen Trägers, sondern gem. § 17 III 1 SGB I das Wohl des

¹⁵⁴ Mrozynski, SGB I, § 17 Rz. 7

¹⁵⁵ Mrozynski, SGB I, § 17 Rz. 29

¹⁵⁶ BVerfGE 22,180 (201,202)

¹⁵⁷ Mrozynski, SGB I, § 17 Rz. 29

¹⁵⁸ Mrozynski, SGB I, § 17 Rz. 4

¹⁵⁹ Reinhardt in: Kraher, SGB I, § 17 Rz. 18 mit Verweis auf BVerfGE 22,180; Mrozynski, SGB I, § 17 Rz. 29

¹⁶⁰ Reinhardt in: Kraher, SGB I, § 17 Rz. 7; Becker u.a., SGB I, § 17 Rz. 8

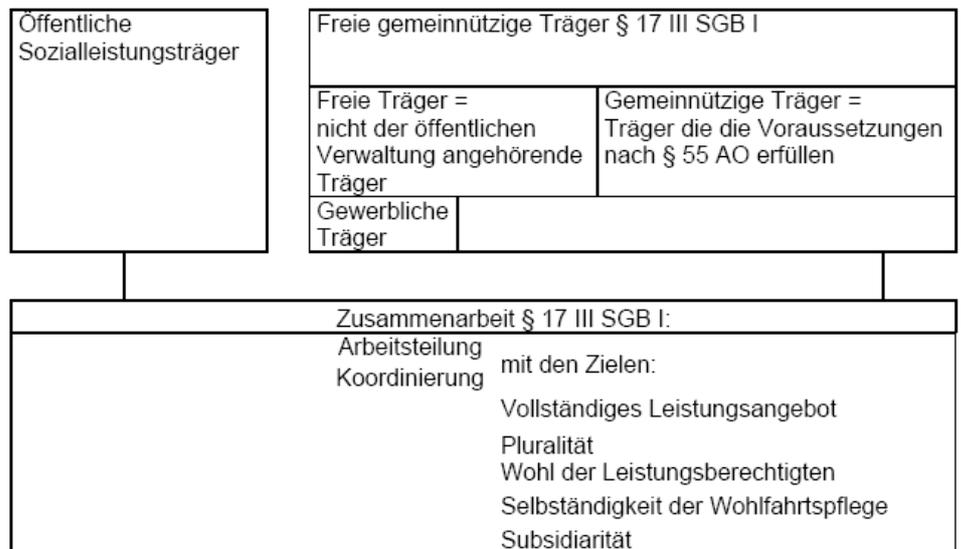
¹⁶¹ Reinhardt in: Kraher, SGB I, § 17 Rz. 14; Mrozynski, SGB I, § 17 Rz. 5

¹⁶² Becker u.a., SGB I, § 17 Rz. 20; Reinhardt in: Kraher, SGB I, § 17 Rz. 4 aus den Materialien zum SGB I

¹⁶³ Mrozynski, SGB I, § 17 Rz. 25; Reinhardt in: Kraher, SGB I, § 17 Rz. 16

¹⁶⁴ Becker u.a., SGB I, § 17 Rz. 20

Leistungsberechtigten und die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben.¹⁶⁵ Inhaltliche Aspekte des Gebotes sind:¹⁶⁶ ein möglichst vollständiges Leistungsangebot; weltanschauliche bzw. religiöse Pluralität; Rücksichtnahme auf das Wohl des Leistungsberechtigten; Respektierung der Selbständigkeit der freien Wohlfahrtspflege; Verzicht auf eigene öffentliche Einrichtungen, wenn der Bedarf durch freie Träger gedeckt ist.



Im SGB VIII wird das Verhältnis zwischen öffentlichen und freien Trägern in §§ 3 und 4 SGB VIII bereichsspezifisch näher ausgestaltet. Die Gewährleistungsverantwortung wird in § 79 SGB VIII als Pflicht der öffentlichen Jugendhilfe ausgestaltet. Entsprechende Regelungen zum Verhältnis zwischen Sozialhilfeträger und der freien Wohlfahrtspflege finden sich für das SGB XII in dessen § 5 SGB XII. Für die Grundsicherung nach dem SGB II ist das Verhältnis der Leistungsträger zu den Trägern der freien Wohlfahrtspflege in § 17 I SGB II geregelt.

2.4.2. Leistungserbringung im SGB XII

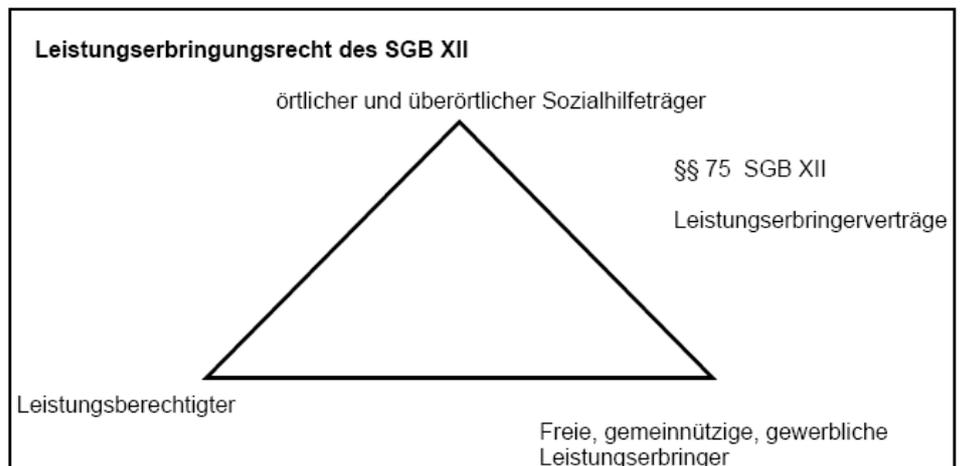
Das SGB XII hat ein eigenes und weitgehend einheitliches Leistungserbringerrecht für alle Leistungen, die der Sozialhilfeträger nicht selbst oder als Sachleistungen ausführt. §§ 75 ff SGB XII regeln die Beziehungen zwischen den Sozialhilfeträgern und den leistungserbringenden Einrichtungen und Diensten.

¹⁶⁵ Becker u.a., SGB I, § 17 Rz. 21; auch Mrozyński, SGB I, § 17 Rz. 26

¹⁶⁶ Nach Reinhardt in: Kraher, SGB I, § 17 Rz. 17

2.4.2.1. Subsidiarität der Einrichtungen und Dienste öffentlicher Träger

Für die Frage, ob ein Sozialhilfeträger selbst eine Einrichtung aufbauen kann, ist § 75 II 1 SGB XII zu beachten. Darin ist das Subsidiaritätsprinzip geregelt, wie es seit der Entscheidung des BVerfG¹⁶⁷ zum dogmatischen Kernbestand gehört. Soweit geeignete Einrichtungen anderer Träger vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können, soll der Sozialhilfeträger keine eigenen Einrichtungen neu schaffen. Damit sind die nicht öffentlichen Träger von Einrichtungen und Diensten vor einer Konkurrenz durch die öffentliche Hand weitgehend geschützt. §§ 75 ff SGB XII betreffen nicht nur die Rechtsbeziehungen zwischen öffentlichen und frei gemeinnützigen Trägern sondern auch die zu den gewerblichen Trägern.



Dies ergibt sich aus einem Vergleich der Adressaten von §§ 75 ff SGB XII und § 5 SGB XII und § 17 SGB I. § 17 SGB I und § 75 SGB XII sind auf alle Einrichtungsträger oder Dienstanbieter anwendbar. § 17 I SGB I spricht von freien und gemeinnützigen Trägern, § 75 II, III SGB XII beziehen sich nur auf den Begriff Träger. Davon unterscheidet sich der Begriff der Verbände der freien Wohlfahrtspflege, § 5 I, II, III, V SGB XII, bzw. der freien Wohlfahrtspflege, § 5 III, IV SGB XII, und Kirchen und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts. Ausgeschlossen sind danach aus dem § 5 SGB XII die freien gewerblichen Träger.¹⁶⁸ Der Begriff der freien Wohlfahrtspflege wird in der Regel so interpretiert, dass der nicht der Staatsverwaltung zugehörige Träger im Anschluss an die

¹⁶⁷ BVerfGE 22,180

¹⁶⁸ Dazu auch SG Schwerin vom 21.4.2006 S 9 ER 27/06 SO ZFSH/SGB 2006, 753 (754)

steuerrechtliche Definition in § 66 AO gemeinnützig im Sinne des § 55 AO sein muss.¹⁶⁹

2.4.2.2. Hintergrund und Konsequenzen der Einführung des Leistungserbringerrechts

Erste Ansätze eines Leistungserbringerrechts im SGB XII gab es seit 1993. Im FKPG¹⁷⁰ wurde festgelegt, dass Bestimmungen über Inhalt, Umfang, Qualität und Kosten der Leistungen aufzunehmen seien und diese durch die Kostenträger zu überprüfen waren. Diese ersten Ansätze des Leistungserbringerrechts in der Sozialhilfe waren eine Reaktion auf Kostensteigerungen.¹⁷¹ Entsprechend war ein Ziel der Regelungen die Kostendämpfung.¹⁷² Das Selbstkostendeckungsprinzip, das bis zu diesem Zeitpunkt die soziale Landschaft beherrschte, ermöglichte keine ausreichende Kostenkontrolle. Es erlaubte, dass Personal- und Sachkosten in der nachgewiesenen Höhe entsprechend den Vereinbarungen (nachträglich) erstattet werden konnten. Damit wurde ein Defizit ausgleich im Nachhinein möglich, was den Nachteil hatte, dass es die Träger nicht zum sparsamen Umgang mit Mitteln motivierte. Um diesem Defizit ausgleich entgegen zu treten,¹⁷³ wurde ebenfalls 1993 durch das SKWPG¹⁷⁴ die Pflicht zur Vereinbarung prospektiver Pflegesätze festgelegt. Nachzahlungen waren danach nicht mehr möglich. 1999 wurde das Entgeltsystem schließlich an das der Sozialen Pflegeversicherung angepasst.¹⁷⁵ Nach der heutigen Rechtslage gestalten die Vereinbarungen nach §§ 75 ff SGB XII die Rechtsbeziehungen zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger. Die Bedeutung für den Leistungsberechtigten ist an § 75 IV SGB XII und § 9 II 2 SGB XII erkennbar. Werden Leistungen eines Trägers beansprucht, für die keine Vereinbarung nach § 75 III SGB XII besteht, dürfen diese nur unter besonderen Voraussetzungen übernommen werden. Damit wird auf der Seite des Leistungsberechtigten dessen Sozialhilfeanspruch ausgestaltet.

¹⁶⁹ Münder in: Münder u.a., LPK-SGB XII, § 5 Rz. 6-7

¹⁷⁰ BGBl. 1993, S. 944

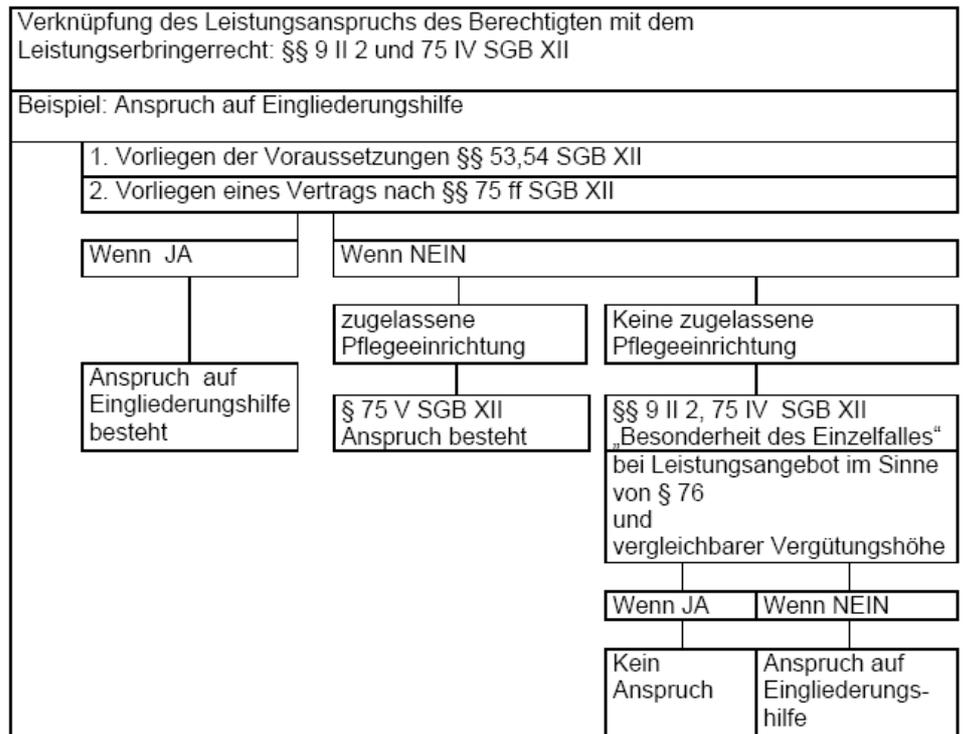
¹⁷¹ auch Neumann in: Luthe, SGB XII, § 75 Rz. 2

¹⁷² Münder in: Münder u.a., LPK-SGB XII, Vor § 75 Rz. 2; VGH München vom 2.4.11.2004 12 CE 04.2057 RsDE 2005 (59) S. 93 (95)

¹⁷³ Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007, 335 (335)

¹⁷⁴ BGBl. 1993, S. 2324

¹⁷⁵ Fahlbusch/ Pöld-Krämer in: Klie/Krahmer, LPK-SGB XI, § 93 BSHG Rz. 6; VGH München vom 2.4.11.2004 12 CE 04.2057 RsDE 2005 (59) S. 93 (95)



Auf der Seite des Leistungserbringers dürfte deutlich werden, dass Einrichtungen, die Hilfekonzepte überhaupt zu Lasten eines Sozialleistungsträgers anbieten möchten, ihren Zugang zum Sozialleistungssystem als Finanzierungsquelle, über die Vereinbarungen nach § 75 SGB XII erreichen. Entsprechend sind nach h.M. die Vereinbarungen nach § 75 SGB XII im Ergebnis auch mit allen Einrichtungen abzuschließen, die die Voraussetzungen erfüllen. Das Leistungserbringerrecht wurde nicht zuletzt deshalb eingeführt, um neuen Anbietern einen Zugang zum Sozialleistungssystem zu schaffen und einen freien Wettbewerb zwischen den Einrichtungen und Diensten anzuregen. Diese erhoffte Konkurrenz am Markt hat sich nun wohl seit 1996 nicht eingestellt. Nach wie vor beherrscht die traditionelle freie Wohlfahrtspflege das Bild.¹⁷⁶ Deren herausragende Stellung wird gegenüber dem in § 75 SGB XII eingeführten Wettbewerbsprinzip mit einem Vorrang der freien Wohlfahrtspflege nach § 5 SGB XII gerechtfertigt.¹⁷⁷ Das Leistungserbringerrecht in seiner derzeitigen Form steht für den Versuch, ein nach marktwirtschaftlichen Regularien gestaltetes Wettbewerbsystem mit sozialrechtlichen Grundsätzen zu verbinden.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Fahbusch/ Pöld-Krämer in: Klie/Krahmer, LPK-SGB XI, § 93 BSHG Rz. 7

¹⁷⁷ Fahbusch/ Pöld-Krämer in: Klie/Krahmer, LPK-SGB XI, § 93 BSHG Rz. 8

¹⁷⁸ Münder in: Münder u.a., LPK-SGB XII, § 75 Rz. 2; Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007, 355 (355)

2.4.2.3. Abschluss der Verträge nach §§ 75 ff SGB XII

§§ 75 III 1 i.V.m. 76 SGB XII geben einem Einrichtungs- oder Dienstanbieter keinen Anspruch auf Abschluss der Verträge nach § 75 III SGB XII. Allerdings wird ihnen ein Anspruch auf ermessenfehlerfreie Entscheidung über den Abschluss der Verträge zuerkannt.¹⁷⁹ Als Aspekte der Ermessensausübung sind folgende Erwägungen zulässig:

- Erfüllung der Grundsätze des § 9 I SGB XII (Individualisierung und Bedarfsdeckung)¹⁸⁰
- Gleichheitsgrundsatz¹⁸¹
- Erfüllung der Kriterien des § 75 SGB XII wozu u.a. auch der Vergütungsvergleich gehört (Leistungsfähigkeit und Höhe des Entgelts). Dabei handelt es sich um einen externen Vergütungsvergleich, bei dem alle entstehenden Kosten, auch die Zuwendungen und Subventionen an die Träger, zu berücksichtigen sind.
- Bevorzugung der traditionellen freien Wohlfahrtspflege, wenn man ein entsprechendes Prinzip aus § 5 SGB XII herleiten kann.¹⁸² Zum Teil wird bei Fehlen anderer materiell rechtlicher Kriterien auf § 97 GWB analog abgestellt.¹⁸³

Folgende Ermessenserwägungen sind unzulässig:

- Ablehnung eines Vertrages wegen fehlendem Bedarf, denn eine Angebotssteuerung durch eine Bedarfsprüfung des Sozialhilfeträgers ist nicht vorgesehen.¹⁸⁴

Anspruch auf Abschluss von Leistungserbringerverträgen nach § 75 III SGB XII	
- nur Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung - zulässige Ermessenserwägungen sind:	
	§ 9 I SGB XII Art. 3 I GG Voraussetzungen der §§ 75 ff SGB XII Privilegierung freier Wohlfahrtspflege § 5 SGB XII

¹⁷⁹ Fahlbusch/ Pöld-Krämer in: Klie/Krahmer, LPK-SGB XI, § 93 BSHG Rz.17; für die GRV z.B. Neumann RsDE 1999 (43) S. 1(6,7); Pöld-Krämer/ Fahlbusch RsDE 2000, (46) S. 4 (28)

¹⁸⁰ Münder in: Münder u.a., LPK-SGB XII, § 75 Rz. 2, 16

¹⁸¹ Münder in: Münder u.a., LPK-SGB XII, § 75 Rz. 16

¹⁸² bejahend Fahlbusch/ Pöld-Krämer in: Klie/Krahmer, LPK-SGB XI, § 93 BSHG Rz. 8; dagegen Münder in: Münder u.a., LPK-SGB XII, § 75 Rz. 3, für gewerbliche Anbieter gelte nur, dass ihre Vergütung nicht höher sein dürfe als die anderer Träger.

¹⁸³ SG Meiningen vom 16.1.2003 S 5 RJ 881/02 RsDE 2005 (59) S. 98 (100)

¹⁸⁴ Fahlbusch/ Pöld-Krämer in: Klie/Krahmer, LPK-SGB XI, § 93 BSHG Rz. 18; für die GRV z.B. Neumann RsDE 1999 (46) S. 1 (6,7)

2.4.2.4. Rechtsschutz

Im Falle der Ablehnung des Abschlusses von Vereinbarungen nach § 75 III SGB XII ist der Rechtsschutz unterschiedlich ausgestaltet, je nachdem welche Vereinbarung nach § 75 III SGB XII verweigert wird. Zwar werden die Verträge nach § 75 SGB XII oft in einer Urkunde zusammengefasst. Es sind jedoch verschiedene Teile (Vereinbarungen) zu unterscheiden. Nach § 75 III i.V.m. § 76 SGB XII sind das: Leistungs-, Vergütungs-¹⁸⁵ und Prüfungsvereinbarungen. Nur die Vergütungsvereinbarungen sind schiedsstellenfähig, § 77 I 3 SGB XII. Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen können mit der allgemeinen Leistungsklage nach §§ 51, 54 SGG vor dem Sozialgericht erstritten werden.¹⁸⁶



2.4.2.5. Inhalte der Verträge

Die Inhalte dieser Vereinbarungen sind nicht vollkommen frei gestaltbar und bauen zudem aufeinander auf.

Da sich die Prüfungsvereinbarung auf Regelungen zur Nachprüfung der inhaltlichen Voraussetzungen der Vergütungsvereinbarungen bezieht und die Vergütungsvereinbarung inhaltlich durch die Leistungsvereinbarung ausgestaltet wird, ist sie als letzte abzuschließen.¹⁸⁷ Am Anfang steht die Leistungsvereinbarung, die die Leistungsmerkmale umschreibt.¹⁸⁸ Dazu gehören nach § 76 I SGB XII die betriebsnotwendigen Anlagen der Einrichtung, der zu betreuende Personenkreis, Art, Ziel und Qualität der Leistungen, die Qualifikation des Personals und die erforderliche sächliche und personelle Ausstattung.

¹⁸⁵ Näher zum Inhalt Pöld-Krämer/ Fahlbusch RsDE 2000 (46) S. 4 (29,30)

¹⁸⁶ Münder in: Münder u.a., LPK-SGB XII, § 75 Rz. 2

¹⁸⁷ Zum Zusammenhang BayVGH vom 12.9.2005 12 CE 05.1725 ZFSH/SGB 2006, 151 (152); Pöld-Kramer/ Fahlbusch RsDE 2000 (46) S.4 (29,30)

¹⁸⁸ Münder in: Münder u.a., LPK-SGB XII, Rz. 24

Um eine Vergleichbarkeit der Leistungsangebote hinsichtlich der zu schließenden Vereinbarungen nach § 75 III SGB XII zu erreichen, die die Ermessenausübung bei Vertragsabschluss überhaupt ermöglichen kann, wurden die Rahmenvereinbarungen auf Landesebene nach § 79 SGB XII eingeführt. Sie werden von den Landesverbänden der kommunalen Sozialhilfeträger und den überörtlichen Trägern mit den Verbänden der Einrichtungsträger auf Landesebene geschlossen. Vorstrukturiert sind diese Rahmenvereinbarungen durch die gemeinsamen und einheitlichen Empfehlungen der Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Sozialhilfeträger, den Bundesvereinigungen der kommunalen Spitzenverbände und den Vereinigungen der Einrichtungsträger auf Bundesebene.¹⁸⁹

2.4.2.6. Sonderregelungen

Das Leistungserbringerrecht nach §§ 75 ff SGB XII ist zum Teil durch speziellere Regelungen modifiziert. Die praktisch wichtigen Bereiche der Eingliederungshilfe nach §§ 53 ff SGB XII, der Hilfen zur Gesundheit nach §§ 47 ff SGB XII und der Hilfe zur Pflege nach §§ 61 ff SGB XI lassen die Regelungen des SGB XII in verschiedenen Fällen zurücktreten bzw. finden praktisch nebeneinander Anwendung.

2.4.2.6.1. Leistungserbringerrecht der Hilfen zur Gesundheit

Die Regelungen der §§ 75 ff SGB XII werden für den Bereich der Krankenhilfe durch § 52 III 1 SGB XII ersetzt. Mit seinem Verweis auf das 4. Kapitel des 5. Buches wird das Leistungserbringerrecht des SGB V in seiner Komplexität auf den Bereich der Hilfen zur Gesundheit in die Sozialhilfe übernommen. Von diesem Verweis sind die Vergütungsregelungen ausgenommen, die sich im 3. Kapitel des 2. Abschnittes des Verweisungsbereichs befinden. Die Vorschriften über die Verträge auf Bundes- und Landesebene, §§ 82-87d SGB V, finden danach keine Anwendungen. Von dieser Ausnahme betroffen sind auch die Regelungen über die Gesamtverträge und den Bundesmantelvertrag. Die auf diesen Vertragswerken beruhenden Vergütungsregelungen der Leistungen von Vertragsärzten, werden durch die Vergütungsregelungen nach §§ 52 III 2 ff SGB XII ersetzt. Insgesamt spielen die Hilfen zur

¹⁸⁹ Pöld-Kramer/ Fahlbusch RsDE 2000 (46) S. 4 (12)

Gesundheit insbesondere in der Form der Hilfen bei Krankheit nur noch eine sehr untergeordnete Rolle, da die Krankenhilfe organisatorisch durch die Krankenversicherung abgewickelt wird, § 264 Abs. 2 ff SGB V, soweit nicht sogar eine Versicherungspflicht nach § 5 I Nr. 13 SGB V besteht.¹⁹⁰ Egal in welcher Form die Absicherung gegen das Krankheitsrisiko nun erfolgt, findet das Leistungserbringerrecht des SGB V Anwendung und löst die Regelungen nach §§ 75 ff SGB XII ab.

2.4.2.6.2. Leistungserbringerrecht der Eingliederungshilfe

Eine Einschränkung ihres Anwendungsbereiches erfahren §§ 75 ff SGB XII auch für die Eingliederungshilfe. Zum Teil haben die §§ 75 ff SGB XII hier nur eine Auffangfunktion, denn das Leistungserbringerrecht der SGB III und V gelten vorrangig. Für den Bereich der medizinischen Rehabilitation nach §§ 26 ff SGB IX gelten nach § 52 V SGB XII dessen Abs. 2 und 3 entsprechend. Damit findet für die medizinische Rehabilitation das gleiche Leistungserbringerrecht Anwendung wie im Rahmen der Hilfen zur Gesundheit. Entsprechendes gilt für die Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben gem. §§ 33 ff SGB IX. Hier wird auf das Leistungserbringerrecht des SGB III verwiesen. Für den Bereich der Eingliederungshilfe stellt sich jedoch die Frage, ob das Leistungserbringerrecht des SGB IX, § 21 SGB IX, Veränderungen herbeiführt oder die Regelungen im SGB XII, V, III abbedingen kann. Soweit im SGB IX eine Kollision der verschiedenen Leistungssysteme und Leistungserbringersysteme für möglich gehalten wird, sind die Akteure gehalten, im Rahmen von Empfehlungen Einvernehmen anzustreben, vgl. §§ 13 III, 20 IV SGB IX. Nach den allgemeinen Grundsätzen des SGB IX gelten damit vorrangig die Regelungen in den einzelnen Sozialleistungsbereichen. Nach § 7 SGB IX ist § 21 SGB IX also nicht anwendbar, wenn sich aus den Verweisungsvorschriften im SGB XII, V, III Abweichendes ergibt. Im Ergebnis kann man festhalten, dass der Schwerpunkt des Anwendungsbereiches der §§ 75 ff SGB XII im Bereich der Eingliederungshilfe bei der Leistungserbringung von Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft liegt.

¹⁹⁰ Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) BT-Drs. 16/3100 S. 94 - 95

2.4.2.6.3. Leistungserbringerrecht der Hilfe zur Pflege

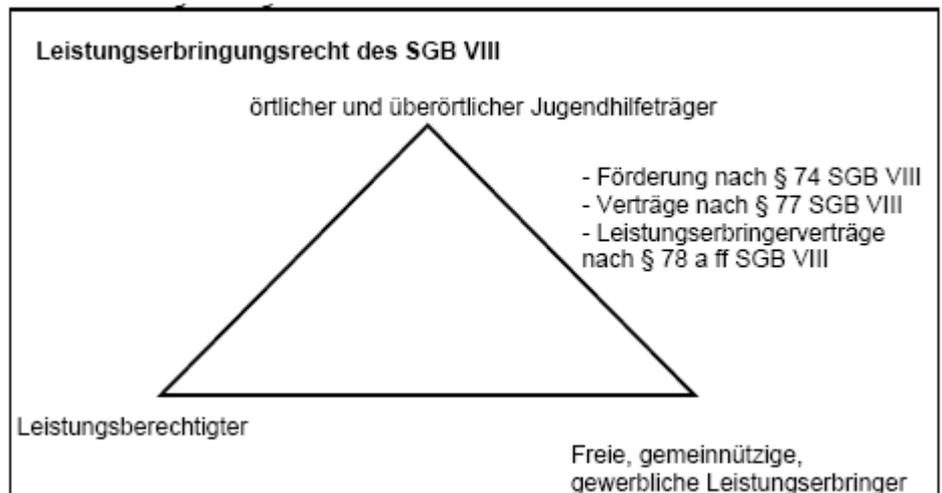
Der Einstieg zur Bestimmung des geltenden Leistungserbringerrechts für die Hilfe zur Pflege ist § 61 IV SGB XII. Danach gelten für die Hilfe zur Pflege die Landesrahmenverträge und Bundesempfehlungen nach § 75 SGB XI, sowie die Vereinbarungen über die Qualitätssicherung nach § 80 SGB XI. Diese Qualitätssicherungsvereinbarungen sind von den Vereinbarungen nach § 75 III SGB XII zu unterscheiden. Bei ihnen handelt es sich um verbindliche (normsetzende) Kollektivverträge über die Maßstäbe und Grundsätze zur Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität zwischen den Zusammenschlüssen der Leistungsanbieter aus dem Pflegesektor und den Sozialleistungsträgern, die Pflegeleistungen finanzieren. Damit ist nur für einen Ausschnitt des Anwendungsbereiches des § 79 SGB XII eine speziellere Regelung gegeben, sowie im Rahmen der Verträge nach § 75 III SGB XII inhaltliche Vorgaben aufgrund der Regelungen der Kollektivverträge einzuhalten sind. Das Vertragssystem selbst entspricht § 75 III SGB XII. Das Recht der Leistungserbringerverträge wird, wie § 64 IV SGB XII schon nahe legt, nicht in das SGB XII übernommen. Ergänzend findet allerdings das Vergütungsrecht des 8. Kapitels des SGB XI Anwendung, wenn der Leistungserbringer als ambulante oder stationäre Pflegeeinrichtung im Sinne des § 72 SGB XI zugelassen ist und der Sozialhilfeträger an den Vergütungsvereinbarungen beteiligt war.

Ableitung der Leistungserbringerverträge nach §§ 75 ff SGB XII			
Funktion	Regelwerk	Verwaltungsebene	Verbindlichkeit
Vorstrukturierung	Empfehlungen nach § 79 II SGB XII	Bundesebene	unverbindlich
Konkretisierung Maßstababbildung für die Vergleichbarkeit der Angebote	Rahmenvereinbarungen § 79 I SGB XII	Landesebene	Streitig: 1. Ansicht Normenverträge verbindlich 2. Ansicht mindestens faktische Verbindlichkeit
Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Sozialhilfeträger und Leistungserbringer sowie Auswirkung auf den Anspruch des Leistungsberechtigten	Leistungserbringerverträge § 75 III SGB XII <div style="border: 1px solid black; padding: 2px; margin: 2px;">Leistungsvereinbarungen</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px; margin: 2px;">Prüfungsvereinbarungen</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px; margin: 2px;">Vergütungsvereinbarungen</div> <div style="display: flex; align-items: center; margin-left: 100px;"> Voraussetzung für ↓ </div>	Örtliche Ebene	Verbindlichkeit zwischen den Vertragspartnern

Sonderregelungen für einzelne Hilfearten:	
Hilfen zur Gesundheit	Leistungserbringerecht des SGB V, Ausnahme: Vergütung ärztlicher Leistungen nach § 52 III 2 SGB XII
Eingliederungshilfe	<ul style="list-style-type: none"> - Medizinische Leistungen: wie Hilfen zur Gesundheit - Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben: SGB III Leistungserbringerecht - Im übrigen SGB XII

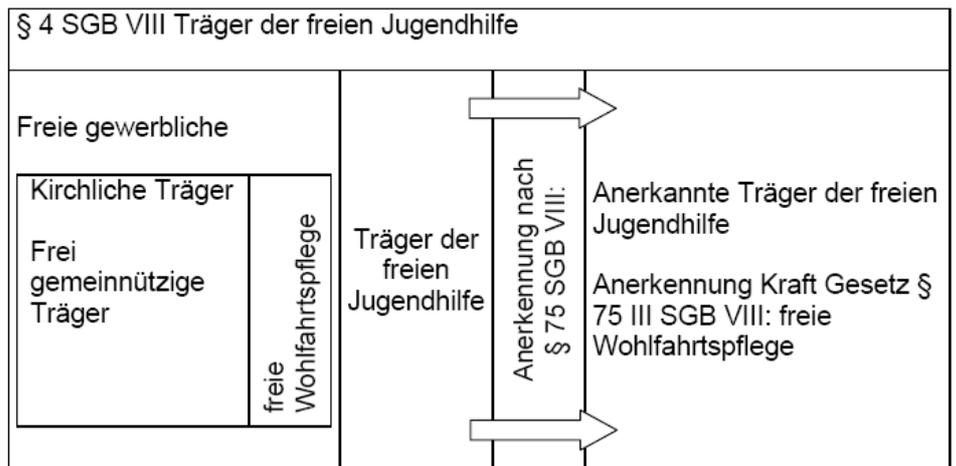
2.4.3. Leistungserbringung im SGB VIII

Das Verhältnis zwischen Leistungserbringer und Trägern der öffentlichen Jugendhilfe ist vergleichsweise differenziert geregelt. Die Beziehungen zu den Leistungserbringern werden durch § 4 SGB VIII, sowie durch §§ 73-78g SGB VIII charakterisiert.



§ 4 SGB VIII beschreibt enger an § 17 SGB I angelehnt als § 5 SGB XII die Leistungserbringer des SGB VIII. Abweichend vom SGB XII, wo vor allem auf eine Privilegierung der freien Wohlfahrtspflege und damit nur auf bestimmte Leistungserbringer abgestellt wird, spricht § 4 SGB VIII alle Arten von Leistungserbringern an, also (freie) gewerbliche, (freie) gemeinnützige und (freie) kirchliche Träger. Er differenziert allerdings zwischen anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe und freien Trägern der Jugendhilfe. Die Anerkennung bezieht sich auf § 75 SGB VIII und bringt verschiedene Privilegien mit sich. Die Anerkennung ist z.B. Voraussetzung für eine Förderung auf Dauer, § 74 I 2 SGB VIII oder eine Mitwirkung im Jugendhilfeausschuss des Jugendamtes, § 71 I Nr.2 SGB VIII. Auch gilt das Subsidiaritätsprinzip des § 4 II SGB VIII nur zugunsten der anerkannten Träger der freien Jugendhilfe. Die aus § 5 SGB XII bekannten Träger der freien Wohlfahrtspflege erhalten diese Privilegien bereits durch Gesetz, § 75 III SGB VIII. Landesrechtliche Abweichungen vom Begriff der freien Träger wurden von der Rechtsprechung nach umstrittener Ansicht zugelassen: kommunale private Eigengesellschaften wurden als freigemeinnützige Träger im Sinne des thüringischen Landesrechts anerkannt, sofern sie nicht vollständig von der Kommune beherrscht wurden.¹⁹¹

¹⁹¹ VG Weimar vom 14.12. 2004 8 K 222/04 ZfJ 2005, 368 (372); a.A. zu Recht: Thüringisches OVG vom 23.2.2006 3 KO 237 /O5 ZFSH/SGB 2006, 665 (671, 672)



2.4.3.1. Förderung

Die Förderung der freiwilligen Tätigkeit der freien Jugendhilfe nach § 74 setzt nicht mehr voraus, dass der freie Träger nach § 75 SGB VIII anerkannt ist. Die Förderung der freien Jugendhilfe wird als Konsequenz des Gebots der partnerschaftlichen Zusammenarbeit, § 4 SGB VIII, verstanden. Das Förderungsgebot begründet jedoch keinen klagbaren Anspruch auf Förderung,¹⁹² sowie in aller Regel kein auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes zurückführbares Gebot der Weiterförderung. In seltenen Fällen konnten Auslauffinanzierungen durchgesetzt werden.¹⁹³ Die Rechtsprechung hat auch gelegentlich einen Förderanspruch befürwortet, wenn eine Einrichtung eines freien Trägers für die Erfüllung eines Rechtsanspruchs der Leistungsberechtigten in den Bedarfsplan aufgenommen wurde.¹⁹⁴ Ferner wurde ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über Art und Höhe der Förderung anerkannt, der sich im Einzelfall ausnahmsweise zu einem Anspruch auf eine bestimmte Fördermaßnahme verdichten konnte.¹⁹⁵ Unter Förderung wird die Zuwendung von Sachmitteln und Dienstleistungen, finanzielle Zuwendungen, Beratung und auch der Abschluss von Entgeltvereinbarungen verstanden.¹⁹⁶ Keine Förderung liegt vor, wenn

¹⁹² Zum Streitstand aber im Ergebnis einen Anspruch befürwortend Wabnitz ZfJ 2003, 165 ff.

¹⁹³ Instrukтив am Beispiel von Subventionen zum sozialen Wohnungsbau BVerwG vom 11.5.2006 5 C 10.05 DöV 2006, 867ff; Wabnitz ZfJ 2003, 165 (174) mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur.

¹⁹⁴ OVG Lüneburg vom 16.7.1997 4 M 1219/97 RsDE 1998 (38) S. 80 (85f).

¹⁹⁵ VG FfM vom 2.1.1995 8 G 3674/94 ZfJ 1995, 335 = NVwZ -RR 1995, 532 auch zu verschiedenen ermessensleitenden Gesichtspunkten.

¹⁹⁶ Mrozyński, SGB VIII, § 74 Rz. 1.

im Rahmen von §§ 77, 78a ff SGB VIII Dienstleistungen vergütet werden.¹⁹⁷

2.4.3.2. Kostenvereinbarungen und Leistungserbringerverträge

Die Leistungserbringerverträge in der Kinder- und Jugendhilfe sind in §§ 78a ff SGB VIII geregelt. Soweit der Anwendungsbereich des § 78 I Nrn. 1-7 SGB VIII nicht einschlägig ist, verweisen § 77 SGB VIII bzgl. Kostenvereinbarungen bei Inanspruchnahme von Einrichtungen und Diensten der freien Träger und § 74a SGB VIII zur Finanzierung der Tageseinrichtungen für Kinder auf das jeweilige Landesrecht. Auch bei Kostenvereinbarungen nach § 77 SGB VIII handelt es sich grundsätzlich um Leistungserbringerverträge, die aber nicht den Anforderungen der §§ 78a ff SGB VIII genügen müssen. Abweichungen durch Landesrecht sind nach § 77 Satz 2 SGB VIII möglich. Dabei kann sich der Landesgesetzgeber gem. § 78a II SGB VIII auch entscheiden, den Anwendungsbereich der §§ 78a ff SGB VIII auf andere Angebote auszuweiten. Wie im Sozialhilferecht nimmt man einen Anspruch der freien Träger auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Abschluss der Vereinbarungen nach § 78b I SGB VIII an. Die Vereinbarungen nach § 78b I SGB VIII sind mit denen nach §§ 75 ff SGB XII vergleichbar. Es wird zwischen Leistungs- und Vergütungsvereinbarung, sowie Qualitätsentwicklungsvereinbarung unterschieden. Die Inhalte dieser Vereinbarungen sind in § 78b I Nrn. 1-3 SGB VIII beschrieben und in § 78c SGB VIII präzisiert. § 78c II 2 SGB VIII bestimmt auch das Verhältnis der Vereinbarungen zueinander. Danach sind Leistungs- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen die Grundlage der Entgeltvereinbarung. Gem. § 78g II 1 SGB VIII sind, abweichend vom SGB XII, alle Vereinbarungen schiedsstellenfähig.

Leistungserbringerverträge §§ 78 a ff SGB VIII
--

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">- begrenzter Anwendungsbereich- Enumerationsprinzip § 78 a I Nr. 1-7 SGB VIII- Ausdehnung durch Landesrecht möglich- neben Förderung nach § 74 anwendbar vgl. § 78 c II 4 SGB VIII |
|---|

Nach § 78d SGB VIII sind Vereinbarungen für vergangene Zeiträume nicht zulässig. Unter engen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf

¹⁹⁷ Zur Unterscheidung auch Wabnitz ZfJ 2003, 165 (166)

Neuverhandlung der Vereinbarungen innerhalb der Laufzeit, § 78d III SGB VIII. Rahmenverträge nach § 78f SGB VIII, die die kommunalen Spitzenverbände auf Landesebene mit den Verbänden der Träger der freien Jugendhilfe und den Vereinigungen der sonstigen Leistungserbringer schließen, bestimmen die Grundstruktur der Vereinbarungen nach § 78b I SGB VIII.

Gemeinsame und einheitliche Empfehlungen der Beteiligten auf Bundesebene, wie sie in der Sozialhilfe existieren, um die Rahmenverträge auf Landesebene vorzustrukturieren, sind im SGB VIII nicht vorgesehen. Ebenso wird eine landesrechtliche Regelung für die Finanzierung von Tageseinrichtungen für Kinder in § 74a SGB VIII vorgeschrieben.

Ableitung der Leistungserbringerverträge nach §§ 78 a ff SGB VIII			
Funktion	Regelwerk	Verwaltungsebene	Verbindlichkeit
Bestimmung der Grundstruktur der Leistungserbringerverträge	Rahmenvertrag	Landesebene	Streitig: 1. Ansicht Normenverträge verbindlich 2. Ansicht mindestens faktische Verbindlichkeit
Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Sozialhilfeträger und Leistungserbringer sowie Auswirkung auf den Anspruch des Leistungsberechtigten	Leistungserbringerverträge <div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px; margin-bottom: 2px;">Leistungsvereinbarungen</div> <div style="margin: 0 5px;">↓</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px; margin-bottom: 2px;">Qualitätsentwicklungsvereinbarungen</div> <div style="margin: 0 5px;">↓</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">Entgeltvereinbarungen</div> </div> <div style="display: flex; align-items: center; margin-left: 10px;"> <div style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg); font-size: small;">Voraussetzung für</div> <div style="font-size: 2em; margin: 0 5px;">↓</div> </div> Rechtsschutz: alle Vereinbarungen sind Schiedstellenfähig § 78 g II 1 SGB VIII	Örtliche Ebene	Verbindlichkeit zwischen den Vertragspartnern

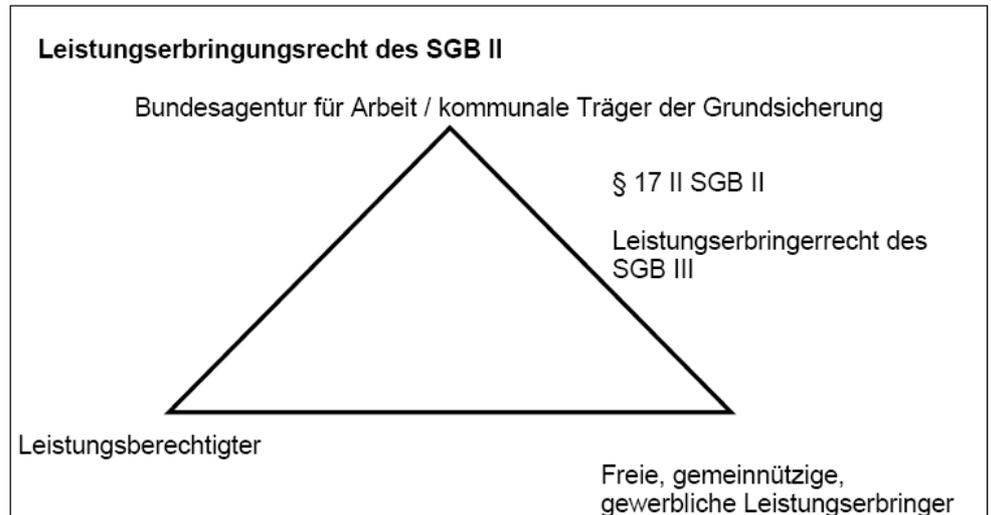
2.4.4. Leistungserbringung im SGB II

Die rudimentäre Grundlage eines Leistungserbringerrechts bietet § 17 II SGB II.¹⁹⁸ Nach § 17 II SGB II sind Leistungen so zu gestalten, dass sie den Anforderungen des SGB III entsprechen. Erst wenn das SGB III keine Vorgaben bezüglich der Anforderungen an die Leistungen macht, sind die Vereinbarungen abzuschließen, wie sie in § 17 II SGB II dem

¹⁹⁸ Münder in: Münder u.a., LPK-SGB II, § 17 Rz.15

Vorbild¹⁹⁹ der Sozialhilfe und Kinder- und Jugendhilfe entsprechend vorgesehen sind.

Um den Anwendungsbereich des § 17 II SGB III zu bestimmen, ist also zunächst zu klären, inwieweit das SGB III entsprechende Regelungen vorsieht.



Im Gegensatz zum SGB VIII arbeitet § 17 SGB II nicht mit dem Begriff der freien Träger, verwendet dennoch gleichzeitig den Begriff der freien Wohlfahrtspflege, der aus dem SGB XII bekannt ist. Die Leistungserbringerverträge nach § 17 II SGB II sind Verträge, die mit Dritten geschlossen werden. Der Vertragspartner ist danach weniger deutlich beschrieben als im SGB VIII und SGB XII. Dritte könnten demnach im Vergleich zum Wortlaut der § 17 SGB I, § 5 SGB XII und § 4 SGB VIII, die immer Körperschaften außerhalb der Verwaltung bezeichnen, zum einen Körperschaften innerhalb der Verwaltung oder auch Einzelpersonen sein. In den Kommentierungen wird jedoch, soweit diese Frage überhaupt thematisiert wird, davon ausgegangen, dass der Begriff des Dritten mit dem des freien Trägers identisch ist. Jedenfalls erfasst sind danach die (freien) gemeinnützigen, gewerblichen und kirchlichen Träger.²⁰⁰ Diese kommen entsprechend als Leistungserbringer nach dem § 17 II SGB II in Betracht. Eine Unterstützung ist nach § 17 I 2 SGB II jedoch nur für die Träger der freien Wohlfahrtspflege vorgesehen. Dieser Begriff entspricht dem des § 5 SGB XII.

¹⁹⁹ Luthe in: Voelzke, SGB II, § 17 Rz. 6

²⁰⁰ Münder in: Münder u.a., LPK-SGB II, § 17 Rz. 23

2.4.4.1. § 17 II 1 SGB II als Grundlage eines Leistungserbringerrechts

§ 17 II 1 1. Satzteil SGB II als Grundlage eines Leistungserbringerrechts zu verstehen, ist nicht völlig unproblematisch. Zwar konstituieren im Sozialhilferecht und Kinder- und Jugendhilferecht die echten Leistungserbringerverträge erst die „Anforderungen, denen die Leistungen entsprechen müssen“. Insofern ist es konsequent, wenn die Formulierung in § 17 II 1 SGB II so interpretiert wird, dass sich aus dem SGB III das Leistungserbringerrecht ergibt.²⁰¹ Nimmt man den Wortlaut hingegen ernst, ist jedoch gerade nicht von einem Vorrang von Leistungserbringerstrukturen die Rede, sondern von den Anforderungen an die (Sozial-) Leistungen.²⁰² Im Sozial- und Jugendhilferecht wurden die Anforderungen an die Leistungen durch Anspruchsgrundlagen und Leistungserbringerrecht konstituiert. Im Rahmen der Zuständigkeit der Bundesagentur für Arbeit ist es nicht ohne weiteres möglich einen solchen Zusammenhang anzunehmen. Aus der Tradition der Bundesagentur für Arbeit ist vielmehr von vorneherein zu erwarten, dass eine inhaltliche Konturierung der Leistungen einseitig durch die Agentur erfolgt. Viele Leistungen werden per Auftragsvergabe oder ordnungsrechtlicher Zulassung Dritter realisiert. Ein zentrales Leistungserbringerrecht, das eine Zusammenarbeit mit Dritten, wie in Sozial- und Jugendhilfe erwarten ließe, fehlt. Um die Bedeutung des § 17 II 1 1. Satzteil SGB II als Grundlage eines Leistungserbringerrechts für die Grundsicherung für Arbeitssuchende zu ermitteln, ist zunächst festzustellen, wie die Leistungsanforderungen im SGB III festgelegt werden.²⁰³

2.4.4.2. Bedeutung des § 17 I 1 SGB II für die Leistungen in Anlehnung an das SGB III

Die Leistungen in Anlehnung an das SGB III, § 16 I SGB II, bestehen nicht nur aus Leistungen an den Arbeitssuchenden, sondern auch an Arbeitgeber und Einrichtungsträger. Da es sich bei §§ 240 ff SGB III um Leistungen an den Einrichtungsträger als Leistungsberechtigten handelt, ist dies nicht als Leistungserbringerrecht im eigentlichen Sinne

²⁰¹ So Neumann/ Nielandt/ Philipp, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht, S.40

²⁰² Zutreffender Hinweis von Münder in: Münder, LPK-SGB II, § 17 Rz. 26

²⁰³ Ähnlich wohl Münder in: Münder, LPK-SGB II, § 17 Rz. 26, 27

anzusehen.²⁰⁴ Der Leistungsinhalt wird hier nicht durch gesonderte Vereinbarungen konturiert.

Im Bereich der Beratung und Vermittlung nach §§ 29-40 SGB III ist die Beauftragung von Dritten vorgesehen. § 37 und § 37c SGB III sehen die Beauftragung Dritter mit Vermittlung bzw. die Beauftragung von Personal-Service-Agenturen vor. Nähere Anforderungen an Vermittlung und Beratung werden durch einseitige ordnungsrechtliche Regelungen der Bundesagentur konturiert, vgl. §§ 288a-298 SGB III. In einer früheren Fassung des § 37c SGB III war ausdrücklich die Ausschreibung der Verträge mit der PSA vorgesehen.²⁰⁵ In diesem Zusammenhang wird argumentiert, dass der Wortlaut „beauftragen“ die Anwendung von Vergaberecht auf die zu schließenden Verträge mit den Vermittlern und der Personal-Service-Agentur bedeute. Im Kontext der eher ordnungsrechtlich geprägten Aufgaben der Bundesagentur über die Erteilung von Genehmigungen und Erlaubnissen bei der Beratung und Vermittlung durch Dritte ist der sog. Vermittlungsgutschein, § 421g I 4 SGB III, der auch im Rahmen des SGB II Anwendung findet, geregelt. Mit ihm verpflichtet sich die Agentur für Arbeit, den Vergütungsanspruch des Vermittlers zu erfüllen, den der sozialleistungsberechtigte Arbeitnehmer eingeschaltet hat. Die Rechtsbeziehung zwischen Drittem und Bundesagentur erscheint weniger strikt vorstrukturiert als im Fall der SGB XII und VIII. Der Inhalt der Beratungs- und Vermittlungsleistung wird also gerade nicht durch ein Zusammenwirken von Bundesagentur und Drittem konkretisiert. Darüber hinaus lässt die Formulierung „Beauftragung“ Dritter einen erheblichen Interpretationsspielraum, wie Dienstleister und Bundesagentur für Arbeit zusammen finden. Dennoch wird vertreten, dass eine Ausschreibung nach Vergaberecht zwingend statt zu finden habe,²⁰⁶ weil die „Beauftragung“ sich an den Begriff des öffentlichen Auftrags des Vergaberechts nach GWB anlehne.

Die Leistungen zur Verbesserung der Eingliederungsaussichten, §§ 48-52 SGB III, haben ebenfalls keine deutliche Regelung hinsichtlich ihrer Anforderungen erfahren. Sie sind lediglich inhaltlich umschrieben. Auch soweit man in Erwägung ziehen könnte, § 421i SGB III auf sie anzuwenden, was vom Wortlaut her vertretbar erschiene, verändern sich die Anforderungen gerade nicht. § 421i SGB III sieht die Beauftragung von Trägern mit Eingliederungsmaßnahmen vor. In diesem Fall wäre, wie oben, auf diese Beauftragung kraft gesetzlicher Anordnung ein

²⁰⁴ Anders Neumann/ Nielandt/ Philipp, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht, S.28

²⁰⁵ Rixen VSSR 2005, 225 (237,238)

²⁰⁶ Rixen VSSR 2005, 225 (239)

wettbewerbliches Vergabeverfahren anzuwenden.²⁰⁷ Der systematischen Stellung im Gesetz und ihrer Befristung bis zum jeweiligen Jahresende zufolge, spricht dies eher dafür, dass es sich nicht um eine reguläre Verfahrensweise der Leistungserbringung handelt. Da §§ 48-52 SGB III unbefristet gelten und damit reguläre Zurverfügungstellung der Leistungen erfordern, kann aus § 421i SGB III nicht darauf geschlossen werden, dass für diese Leistungen Vergaberecht anzuwenden ist und dass Anforderungen an die Leistungen geregelt sind. Die Anforderungen werden aber von der Bundesagentur allein aufgrund der §§ 48-52 SGB III durch Anordnung, § 52 SGB III, bestimmt. Die Anordnungen der Bundesagentur für Arbeit sind von ihr gesetzte exekutive Rechtsnormen, vgl. a. § 372 II, III SGB III. Entsprechend hat sich eine Ausschreibung der Leistungen eingebürgert²⁰⁸ bzw. wird als geboten angesehen.²⁰⁹

Für die nach §§ 77-87 SGB III vorgesehene Förderung der beruflichen Weiterbildung durch Übernahme von Maßnahmekosten gibt es Regelungen, die Anforderungen an die Leistungen sicherstellen sollen. Der Berechtigte kann unter den von der Bundesagentur zugelassenen Trägern auswählen, nachdem er von ihr einen Bildungsgutschein erhalten hat, § 77 III SGB III. Dass die Auswahl des Berechtigten auf zugelassene Träger begrenzt ist, ergibt sich nicht direkt aus § 77 III SGB III sondern aus § 84 SGB III, sowie bezogen auf die auswählbare Maßnahme aus § 85 SGB III. Mit dieser maßnahme- und trägerbezogenen Zulassung korrespondiert die Pflicht der Agentur für Arbeit die jeweiligen Maßnahmen zur Sicherung der Qualität zu überwachen, § 86 SGB III. Der Bildungsgutschein wird vom Berechtigten an den Träger abgegeben und der Träger hat ihn der Agentur für Arbeit vor Beginn der Maßnahme vorzulegen, § 77 III SGB III. Nach § 79 II SGB III können die Leistungen, soweit die Kosten dafür beim Träger entstehen, direkt an diesen ausgezahlt werden. Ohne entsprechende vertragliche Beziehungen wird danach ein leistungserbringungsrechtliches Dreieck geschaffen, das vom Prinzip her dem des SGB XII und VIII entspricht. Der Vertrag mit dem Leistungserbringer wird durch eine ordnungsrechtliche Zulassung ersetzt. Die dem Träger entstandenen Kosten werden dem Träger in der Regel ohne Umweg über den Leistungsberechtigten ersetzt. Vereinbarungselemente wie in SGB VIII und XII fehlen jedoch.

²⁰⁷ Rixen VSSR 2005, 225 (238)

²⁰⁸ Gutachten 06/04 des Deutschen Vereins NDV 2004, 141 (141)

²⁰⁹ Rixen VSSR 2005, 225 (240)

Die Übernahme von Teilnahme­kosten im Rahmen der Leistungen für behinderte Menschen nach §§ 97-115 SGB III richtet sich für die allgemeinen Leistungen nach den o.g. Vorschriften. Hinsichtlich der besonderen Leistungen wird auf die Regelungen des SGB IX verwiesen. Zwar erfolgt eine Verweisung nicht auf das Leistungserbringerrecht des SGB IX in §§ 20, 21 SGB IX, sondern nur auf §§ 33 und 44 SGB IX. § 7 SGB IX regelt jedoch die prinzipielle Geltung der Regelungen des SGB IX, soweit sich aus dem SGB III nichts Abweichendes ergibt. Ein eigenes Leistungserbringerrecht für die besonderen Leistungen ist nicht vorgesehen. Allenfalls § 17 II SGB II könnte eine entsprechende Abweichung darstellen. Da § 6a SGB IX jedoch die Bundesagentur zum Rehabilitationsträger auch im Fall der Leistungen nach dem SGB II bestimmt, ist insoweit von einer vorrangig im SGB III i.V.m. SGB IX vorhandenen Regelung auszugehen,²¹⁰ sodass § 17 II SGB II keine Anwendung findet. In diesem Rahmen sind Verträge nach § 21 SGB IX abzuschließen.

Leistungserbringerrecht des SGB III		
Leistungsart	Regelung	Leistungserbringerrecht
Vermittlung durch Dritte	„Beauftragen“	Vergaberecht Vertrag mit Leistungserbringer
Beratung	Keine ausdrückliche	Vergaberecht Vertrag mit Leistungserbringer
Leistungen zur Verbesserung der Eingliederungsaussichten	Keine ausdrückliche	Vergaberecht Vertrag mit Leistungserbringer
Förderung betrieblicher Weiterbildung	Zulassung	Einkauf durch Leistungsberechtigten
Teilnahme­kosten der Leistungen für behinderte Menschen	SGB IX	§ 21 SGB IX Leistungserbringerrecht

Eine Vereinbarung der Anforderungen an die Sozialleistungen ist der Arbeitsweise der Bundesagentur danach wesensfremd. Entsprechend sieht das SGB III keine Verträge vor, die denen der §§ 75 ff SGB XII oder §§ 77, 78a SGB VIII ähnlich sind. Sie werden durch andere Strukturen ersetzt. Dennoch wird in den vorgestellten Regelungen des SGB III ein Zusammenhang zwischen Leistungsinhalt und Anforderungen sowie der Art der Sicherstellung hergestellt. Diese Funktionen übernehmen Anordnungen²¹¹ und ordnungsrechtliche Regelungen. Soweit diese

²¹⁰ Eichenhofer NZS 2002, 348 (348) für die Rehabilitationsträger

²¹¹ Allgemein zu den Anordnungen der Bundesagentur: § 372 SGB III

Funktion für die Leistungen nach § 16 I SGB II nicht vom SGB III übernommen wird, ist § 17 II SGB III anwendbar.²¹²

Entsprechend verbleibt im Rahmen der Leistungen nach § 16 I SGB II kein Anwendungsbereich für Vereinbarungen nach § 17 II SGB II. Es ist deshalb konsequent, wenn die einseitige Definitionsmacht der Bundesagentur für Arbeit über die Anforderungen²¹³ an die Leistungen in Vergabeverfahren realisiert wird.

2.4.4.3. Weitere Leistungen und Arbeitsgelegenheiten

Hinsichtlich der Leistungen nach § 16 II SGB II ist zu berücksichtigen, dass der Grundsicherungsträger hier eine eigene Zuständigkeit begründet und als solcher gerade nicht an den Leistungserbringervereinbarungen aus SGB VIII, SGB XI und SGB XII beteiligt ist. Entsprechend dürfte dies der Hauptanwendungsbereich des § 17 II SGB II sein.²¹⁴ Nach ihrer systematischen Stellung werden auch die verschiedenen Arbeitsgelegenheiten nach § 16 III SGB II als Leistungen zur Eingliederung in Arbeit verstanden. Bei den Arbeitsgelegenheiten können drei verschiedene Arten unterschieden werden. Dies sind zum einen die Arbeitsgelegenheiten, die zu sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnissen führen. In diesem Fall gibt der Leistungsträger den Leistungsfall aus der Hand. Das Arbeitsrecht ist hier das herrschende Regime, das das Verhältnis zwischen Leistungsberechtigten und Drittem bestimmt. Soweit ersichtlich wird hier nicht davon ausgegangen, dass weitere vertragliche Beziehungen zwischen Dritten und dem Sozialleistungsträger fortbestehen oder auch nur begründet werden. Soweit es sich dabei um Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen handelt, ist dies keine Leistung an den Arbeitslosen, sondern eine Leistung an den Träger der ABM, also eigentlich den Leistungserbringer, der in diesem Fall den Status eines Arbeitgebers hat. Von Leistungserbringerrecht kann also auch hier nicht gesprochen werden. Bei den 1 €-Jobs, also den Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung, entsteht kein Arbeitsverhältnis, sondern

²¹² Im Ergebnis ebenfalls Kruse in: Kruse/ Reinhard, SGB II, § 17 Rz. 6; Münder in: Münder u.a., LPK-SGB II, § 17 Rz. 36

²¹³ Für die entsprechende Situation bei den Rehabilitationsträgern allgemein: Eichenhofer NZS 2002, 348 (349)

²¹⁴ A.A. Münder in: Münder u.a., LPK-SGB II, § 16 Rz. 37, 38, der zum Teil spezielles Leistungserbringerrecht wie SGB XII, VIII anwenden will, aber m.E. übersieht, dass es sich bei § 16 II SGB II um originäre Zuständigkeiten handelt und § 17 II SGB II nur auf im SGB III geregeltes Recht verweist.

ein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis eigener Art. Das SGB III sieht dieses Institut nicht vor. Ein Leistungserbringerrecht ist nicht vorhanden. Hier bestünde Raum für eine Anwendung der Verträge nach § 17 II SGB II.²¹⁵ Allerdings wird auch hier vertreten, dass eine Vergabe möglich ist, da es sich bei § 17 II SGB II nur um eine vertragsrechtliche Rahmenregelung handle, die im Rahmen eines pflichtgemäßen Ermessens der Leistungsträger für Regelungen offen ist, die ein sozialrechtliches Dreieck schaffen oder für das vergaberechtliche Einkaufsmodell.²¹⁶

Anwendungsbereich der § 17 II SGB II - Verträge		
Leistungen		
§ 16 I SGB II an SGB III angelehnte Leistungen	„Beauftragen“ -> Vergaberecht daneben Raum für § 17 II SGB II Verträge ?	Verträge mit Leistungs- erbringer
§ 16 II SGB II andere Leistungen	§ 17 II SGB II Verträge	Leistungserbringerverträge
§ 16 III SGB II Arbeitsgelegenheiten		

2.4.4.4. Die Vereinbarung nach § 17 II SGB II

Wesentliches Kennzeichen des § 17 II SGB II ist, dass es sich um Vereinbarungen handeln muss.²¹⁷ Einseitige Regelungen seitens der Leistungsträger sind damit ausgeschlossen. Der Inhalt dieser Vereinbarungen ist in den Nrn. 1-3 entsprechend dem Vorbild aus SGB VIII und XII umschrieben. Wie dort auch baut die Vergütungsvereinbarung auf der Leistungsvereinbarung auf. Die Prüfungsvereinbarung sichert die Einhaltung der beiden anderen Vereinbarungen ab. Wie im SGB XII und VIII wird auch hier ein Anspruch auf Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen zu befürworten sein.²¹⁸ Anders als in SGB VIII und SGB XII existieren weder Schiedsstellenverfahren noch Rahmenverträge auf Landesebene oder bundeseinheitliche Empfehlungen, die inhaltliche Anforderungen

²¹⁵ Münder in: Münder u.a., LPK-SGB II, § 17 Rz. 39

²¹⁶ Rixen VSSR 2005,225 (244) wonach auch im Rahmen von § 16 III SGB II Leistungen Vergaberecht anwendbar sein soll und für die Rahmenregelung S. 248.

²¹⁷ Luthe in: Voelzke, SGB II, § 17 Rz. 50

²¹⁸ Auch Münder in : Münder u.a., LPK-SGB II, § 17 Rz. 47, allerdings nicht für zweiseitige Leistungsverträge, sondern nur für die echten Leistungserbringerverträge im Sinne von Lizenzierungsverträgen. Für dreiseitige Verträge nach § 17 II SGB II auch Luthe in: Voelzke, SGB II, § 17 Rz. 54

vorstrukturieren könnten. Entsprechendes leistet auch die Verordnung nach § 18 IV SGB II (Mindestanforderungsverordnung) nicht.

Ableitung der Verträge nach § 17 II SGB II			
Funktion	Regelwerk	Verwaltungsebene	Verbindlichkeit
Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Sozialhilfeträger und Leistungserbringer sowie Auswirkung auf den Anspruch des Leistungsberechtigten	Leistungserbringerverträge <div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px; margin-bottom: 2px;">Leistungsvereinbarungen</div> <div style="margin: 0 5px;">↓</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px; margin-bottom: 2px;">Vergütungsvereinbarungen</div> <div style="margin: 0 5px;">↓</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">Prüfungsvereinbarungen</div> </div>	Örtliche Ebene	Verbindlichkeit zwischen den Vertragspartnern
	Rechtsschutz: Leistungsklage zum Sozialgericht		

Gegenüber den ausführlichen durch eigene Verfahren abgesicherten Regelungen der Sozialhilfe und Kinder- und Jugendhilfe ist das Leistungserbringerrecht im SGB II nur rudimentär und eher fragmentarisch geregelt.²¹⁹ Das gilt auch für die Leistungen, zu deren Erbringungsmodalitäten auf das SGB III verwiesen wird. Angesichts dieses heterogenen Befundes kann von einem Leistungserbringerrecht des SGB II nur eingeschränkt gesprochen werden.

2.4.5. Bewertung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass alle hier besprochenen Sozialleistungsbereiche, Regelungen zur Einbeziehung Dritter in die Sozialleistungserbringung enthalten. Zum Teil handelt es sich um spezifische sozialrechtliche Regelungen, zum Teil wird auf wirtschaftsverwaltungsrechtliche Institute zurückgegriffen.

Für das SGB II ist der Unterschied zu SGB VIII und SGB XII augenfällig. Die für die beiden anderen Fürsorgegebiete zur Belegung der Trägerlandschaft und Einführung von Wettbewerbsstrukturen eingeführten §§ 75 ff SGB XII und §§ 78a ff SGB VIII haben nur unvollständig Eingang gefunden. Diese Subsidiarität ist insofern nicht überraschend, als die Kernleistungen prinzipiell in der Hand der

²¹⁹ Rixen VSSR 2005, 225 (249)

Agenturen für Arbeit bleiben. Es erscheint dennoch aus der Sicht der Fürsorge verwunderlich, dass sich entsprechende Strukturen nicht im Bereich der Zuständigkeit der Arbeitsämter/ Bundesanstalt für Arbeit bzw. Agenturen für Arbeit/ Bundesagentur für Arbeit entwickeln konnten. Charakteristisch ist im Bereich der Jugendhilfe und Sozialhilfe die Zusammenarbeit der freien und öffentlichen Träger auf verschiedenen Ebenen. Die Entwicklung fachlicher Konzepte geschieht selten völlig im Alleingang einer Seite, vielmehr ist eine entsprechende Kooperation traditionell vorhanden und vom BVerfG auch in der Vergangenheit als verfassungsfest eingeordnet worden. Obwohl § 17 I 2 SGB II und auch § 17 III SGB I für den Bereich der Leistungen der Bundesagentur eine Kooperation vorsehen, sind die Auswirkungen in diesem Bereich begrenzt. Falls solche Strukturen existieren, sind sie gesetzlich nicht explizit geregelt. Rudimentäre Äquivalente sind z.B. § 10 SGB III und § 250 SGB III, die allerdings gerade nicht im SGB II gelten. Ein Grund dafür könnte die existierende Trägerlandschaft sein. Bundesagentur bzw. Bundesanstalt sind bzw. waren zentralistisch organisiert. Die der kommunalen Ebene zugeordneten Fürsorgeträger sind hingegen stark dezentralisiert und durch das kommunale Selbstverwaltungsrecht nach Art. 28 II GG darin unterstützt. Während die zentralistische Struktur der Bundesagentur eine gewisse Einheitlichkeit hinsichtlich Verfahren und Inhalten garantiert, sind die dezentral orientierten Fürsorgeträger im Hinblick auf ein einheitliches Sozialleistungsrecht schwieriger zu organisieren. Aufgrund der Selbstverwaltungsgarantie ist dies auch in erster Linie nur durch Parlamentsgesetze möglich. Es ist aber im Hinblick auf die Gleichmäßigkeit der Sozialleistungen für die Berechtigten im gesamten Geltungsbereich des SGB auch notwendig. Die korporatistischen Strukturen der Fürsorge werden durch die zentralistische Struktur der Bundesagentur, mit der sie im Rahmen des SGB II zusammentreffen, überholt. So erklären sich auch der Vorbehalt und die Experimentierklausel zugunsten der Optionskommunen, § 6a SGB II. Insgesamt kann man damit davon ausgehen, dass das SGB II prinzipiell gerade nicht die Anlehnung an die leistungserbringungsrechtlichen Strukturen des SGB VIII und SGB XII gesucht hat, da sich das Problem einer einheitlichen bundesweiten Leistungserbringung von vorneherein aufgrund der zentralistischen Organisationsstruktur insoweit nicht stellte. Ein weiterer Grund dafür, dass im Tätigkeitsbereich der Bundesagentur keine korporatistischen Strukturen ausgebildet werden konnten, könnte ihre alleinige Verantwortung für die Arbeitsmarktpolitik und die innige Verbindung zur Wirtschaftspolitik sein. Im Gegensatz zur Frage nach fachlichen Angeboten aus dem Bereich der sozialen Arbeit, die einen individuellen

Leistungsbedarf ausreichend decken können, wird die Frage der Beschäftigung und Arbeitslosigkeit keineswegs aus dem Blickwinkel des persönlichen Schicksals beantwortet. Vielmehr steht sie, ausweislich des Gesetzestextes, am Schnittpunkt von Wirtschafts-, Sozial-, und Finanzpolitik, § 1 I 4 SGB III. Eine entsprechende steuernde Rolle wird man kaum mit Leistungsanbietern auf dem von der Bundesagentur abgedeckten Sektor teilen können oder aus der Sicht der Bundesregierung teilen wollen. Während die beiden traditionellen Fürsorgebereiche dann auch dem Grundsatz der Individualisierung ausdrücklich noch einmal verpflichtet werden, fehlt eine ausdrückliche Regelung im SGB III und ist im SGB II schwächer akzentuiert. Während im SGB VIII und SGB XII das Individuum noch weiterhin im Vordergrund steht, sind die Kriterien des Individualisierungsgrundsatzes im SGB II deutlich gemeinschaftsbezogener, § 3 I Satz 2 SGB II.

2.5. Gemeinsame Problembereiche des Leistungserbringerrechts

Im Rahmen der Diskussion um das Leistungserbringerrecht und die damit verbundene Frage der Finanzierungsweise der Sozialleistungen und Sozialleistungsträger haben sich einige Grundprobleme herausgebildet, die vorliegend zum Teil auch zum Einstieg in den wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Teil kurz beschrieben werden sollen.

2.5.1. Kanon der Finanzierungsarten

Im Zuge der Diskussion um die steigenden Kosten sozialer Dienstleistungen haben sich zahlreiche Überlegungen zu den Möglichkeiten rechtlicher Strukturierung der Finanzierung dieser Dienstleistungen herausgebildet. Neben den oben beschriebenen Leistungserbringerverträgen, die typischerweise jeweils aus drei gekoppelten Vereinbarungen bestehen und die (zum Teil) schiedsstellenfähig sind, werden weitere Finanzierungsstrukturen diskutiert.

Dies ist zunächst die Subventions- oder Zuwendungsfinanzierung, wie sie exemplarisch im § 74 SGB VIII geregelt ist. Vergleichbare Rechtsgrundlagen, die eine Subventionierung ermöglichen sollen, sind

§10 SGB III (gilt nicht im SGB II), § 17 I 2 SGB II, § 5 III SGB XII, § 4 SGB VIII.

Es wird darüber nachgedacht, ob es Leistungsverträge gibt. Die Terminologie ist hier sehr unklar und vielfältig. Sie werden oft auch „echte Leistungsverträge“ genannt. Darunter wird ein privatrechtlicher Vertrag verstanden, der die Leistungserbringung als einen Fall des fiskalischen Hilfsgeschäfts begreift²²⁰ und auch von den Zuwendungsverträgen, die die Subventionierungen regeln, zu unterscheiden ist.²²¹ Für den so verstandenen echten Leistungsvertrag gelten die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts. Richtigerweise müsste man jedoch aufgrund des Gegenstands der Beschaffung, die Erfüllung eines Sozialleistungsanspruchs, zu dem Ergebnis kommen, dass es sich nach den Regeln der Vertragsgegenstandstheorie um öffentlich-rechtliche Verträge handelt, die vom fiskalischen Hilfsgeschäft zu unterscheiden sind. Zuwendungsverträge, ab und an auch ungenau „Leistungsverträge“ genannt, können (zum Teil) den Verwaltungsakt der Subventionsbewilligung ersetzen. Die Zuwendungen erfolgen zur Erfüllung eines öffentlichen Zwecks im öffentlichen Interesse. Sie sind gerade nicht Gegenleistung für eine vertraglich spezifizierte Leistungserbringung,²²² denn die „Vergütung“ entspricht nicht dem Marktpreis der Leistungen.²²³ In der Praxis zeigt sich oft eine ungenügende Differenzierung dieser Formen.²²⁴ Ein ausdrücklich geregeltes Beispiel für einen (öffentlich-rechtlichen) Leistungsvertrag ist § 77 SGB VIII. Vom (öffentlich-rechtlichen) Leistungsvertrag in diesem Sinne ist wiederum der Leistungserbringervertrag zu unterscheiden. Er besteht nach dem Vorbild von §§ 75 ff SGB XII und §§ 87a ff SGB VIII aus drei verschiedenen, miteinander verknüpften Vereinbarungen, die inhaltlich aufeinander aufbauen und in der Regel aus Kollektivvereinbarungen abgeleitet sind. Zu ihnen zählen auch die Leistungserbringerverträge nach § 17 II SGB II, obwohl sie nicht aus Kollektivvereinbarungen abgeleitet sind.

Verhältnis und Formen der Finanzierungsarten		
3- teilige Leistungserbringerverträge	Subventions- oder Zuwendungsfinanzierung	(öffentlich-rechtliche) Leistungsverträge
bspw. §17 II SGB II, §§ 78a ff SGB VIII, §§ 75 ff SGB XII	bspw. § 74 SGB VIII	bspw. §§ 77 SGB VIII

²²⁰ Neumann/ Bieritz-Harder RsDE 2001(48) S. 1 (17)

²²¹ Pöld-Krämer/ Fahlbusch RsDE 2000 (46) S. 4 (10)

²²² Pöld-Krämer/ Fahlbusch RsDE 2000 (46) S. 4 (10)

²²³ Neumann/ Bieritz-Harder RsDE 2001(48) S. 1 (17)

²²⁴ Bspw. Puhl ZfJ 2005, 312 (312); Mrozyński RsDE 2001 (47) S.29 (32)

2.5.2. Privatisierung und Rechtsstellung der freien Träger

Eng mit der Frage der Rechtsstellung der freien Träger ist das Problem der Privatisierung von Leistungen oder Maßnahmen aus dem Sozialgesetzbuch verbunden. Leitet man aus § 17 I Nr. 2 SGB I eine Gewährleistungsverpflichtung der Sozialleistungsträger für alle möglichen Sozialleistungen ab, stellt sich die Frage, wie weit Sozialleistungserbringung oder anderes Handeln der Sozialleistungsträger auf freie Träger übertragbar ist. Die Frage nach dem Kern der Gewährleistungsverpflichtung wird derzeit immer mit einem Hinweis auf den Grundsatz der Subsidiarität beantwortet.

Rechtsstellung der freien Träger	
Öffentliche Träger: - Gewährleistungsverpflichtung - Subsidiarität	Frei gemeinnützige und frei gewerbliche Träger: Beteiligung an der Aufgaben der öffentlichen Träger ?

2.5.3. Rechtscharakter der Rahmenverträge als Normenverträge

Die Rahmenverträge, die ihrerseits zumindest zum Teil auch auf gemeinsame Empfehlungen auf Bundesebene²²⁵ zurückgehen, werden von den meisten Autoren ausschließlich als öffentlich-rechtliche Verträge, die ausschließlich die Parteien binden, verstanden.²²⁶ Dies hätte zur Folge, dass sie keinesfalls den Sozialleistungsanspruch des Berechtigten beeinflussen können. Andererseits ist eine Ähnlichkeit mit der gemeinsamen Selbstverwaltung der Gesetzlichen Krankenversicherung nicht zu übersehen. Dem Bundesmantelvertrag und den Landesrahmenverträgen wurde ganz ähnlich wie dem arbeitsrechtlichen Tarifvertrag der Charakter von Normsetzungsverträgen, auch Normenvertrag genannt, zuerkannt.²²⁷ Der Gesetzgeber hatte sich offenbar diese Konstruktion auch vorgestellt, als er §§ 75 ff SGB XII

²²⁵ Zu deren Natur und Verbindlichkeit auch Pöld-Krämer/ Fahlbusch 2000 (46) S. 4 (15,16)

²²⁶ Pöld-Krämer/ Fahlbusch RsDE 2000, (46) S. 4 (20)

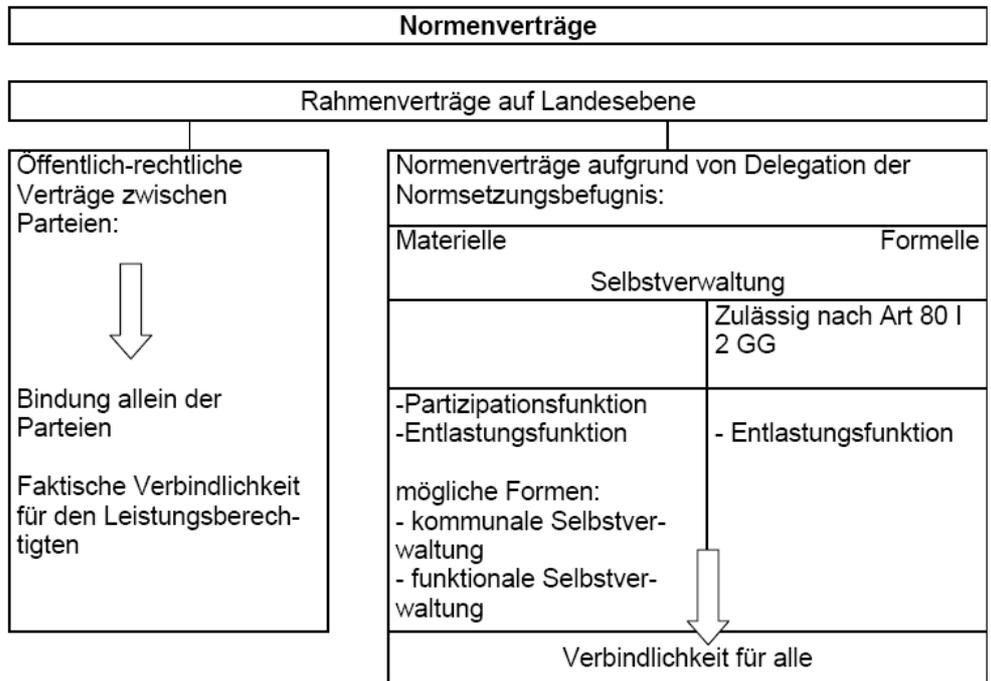
²²⁷ Castendiek, Der sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag, S.23

konzipierte, denn er hielt diese Verträge für verbindlich, ohne eine dem SGB V entsprechende Verbindlichkeit gesetzlich anzuordnen.²²⁸ Nun wurde die fehlende gesetzliche Anordnung dieser Verbindlichkeit als Argument dafür verwendet, dass §§ 75 ff SGB XII keine Normsetzungsverträge sein könnten. Jedoch erscheint die Begründung von Verbindlichkeit über gesetzliche Regelungen nicht nach jeder Ansicht notwendig. Wo der Gesetzgeber generell Normsetzungsbefugnisse delegieren darf und dies auch qua gesetzlicher Anordnung macht, ergibt sich die Bindungswirkung aus der Einrichtung der Gesetzgebungsmöglichkeit Dritter.²²⁹ Diese Möglichkeit besteht wie in der Sozialversicherung mehrfach umgesetzt im Rahmen der formalen Selbstverwaltung.²³⁰ Entsprechendes Vorgehen des Gesetzgebers zur Delegation von Normsetzungsbefugnissen ist unter den Voraussetzungen des Art. 80 I 2 GG möglich. Die formelle Selbstverwaltung ist als Gegenstück und Ergänzung zur materiellen Selbstverwaltung konzipiert. Die materielle Selbstverwaltung hat ihren Ursprung in der materiellen Autonomie ihrer Träger. Dazu gehören im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung des Art. 28 II GG alle Gebietskörperschaften. Charakteristisch sind das räumlich begrenzte allgemeine Mandat und die strukturelle Gleichartigkeit mit dem Staatsvolk. Art. 28 II GG bietet dafür eine verfassungsrechtlich abgesicherte Einrichtungsgarantie. Die funktionelle Selbstverwaltung verfügt dagegen nicht über eine Einrichtungsgarantie. Sie fasst Angehörige eines bestimmten Berufsstandes zusammen oder aber im Bereich der sozialen Sicherheit alle Versicherten eines Sozialversicherungszweiges. Im Bezug auf diese Personenkreise verfügen diese Körperschaften über ein sachlich begrenztes funktionales Mandat. Diese beiden Formen der Selbstverwaltung vereinen alle Merkmale der Selbstverwaltung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Dazu gehören die Partizipationsfunktion als Mitwirkung der von den Regelungen Betroffenen und die Entlastungsfunktion zugunsten des Gesetzgebers. Dieser Form der materiellen Selbstverwaltung steht die formelle Selbstverwaltung gegenüber. Der formellen Selbstverwaltung fehlen die Merkmale der materiellen Autonomie, also insbesondere die Partizipationsfunktion. Wenn aber eine Entlastungsfunktion vorhanden ist, kann nach der Rechtsprechung des BVerfG auch eine Form der Selbstverwaltung vorliegen. Ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich nach Art. 80 I 2 GG.

²²⁸ Pöld-Krämer/ Fahlbusch RsDE 2000, (46) S. 4 (10)

²²⁹ Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, S. 68 ff

²³⁰ Erläutert bei Castendiek, Der sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag, S. 62 ff



Vielfach wurde auch die Tarifautonomie, Art. 9 III GG, als Vorbild bemüht. Und tatsächlich liegen die historischen Wurzeln nicht nur in der kommunalen Selbstverwaltung, sondern auch in dem Bemühen der Ärzteschaft, ein Gegengewicht zur Nachfragemacht der Krankenversicherungen zu bilden. Das Leistungserbringerrecht geht danach im Wesentlichen auf zwei Wurzeln zurück. Eine davon ist zivil- und arbeitsrechtlicher Natur und die andere öffentlich-rechtlich. Problematisch ist in diesem Kontext immer auch die Mitwirkung Privater an der Normsetzung, soweit es sich um Zusammenschlüsse von Leistungsträgern handelt, die nicht öffentlich-rechtlich organisiert sind. Als Erklärungsmodell für diese Formen einer gemeinsamen Selbstverwaltung als normsetzende Instanz ist dann auch für den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe und Sozialhilfe nachzuweisen, dass Normsetzung privatisierbar ist. Das Institut der formellen Selbstverwaltung reicht dazu nicht aus, wenn nicht gleichzeitig mit der Einräumung von Möglichkeiten entsprechender Normsetzung eine Beleihung dieser privaten Träger mit entsprechender Gesetzgebungsmacht erfolgt. Die innige Verflochtenheit der Rahmenverträge mit einer Normsetzungskompetenz ist auch gesetzeshistorisch belegbar. Denn in der Ausgangsfassung sollten die Regelungen, die in Landesrahmenverträgen getroffen werden sollen, durch Rechtsverordnung getroffen werden.

2.5.4. Rolle der Schiedsstellen

Eine ähnliche Problematik zeichnet sich zur Rolle der Schiedsstellen in Kinder- und Jugendhilfe sowie Sozialhilfe ab. Zunächst erinnert die Einigung vor einer Schiedsstelle hier auch nicht von ungefähr an das Schiedsverfahren nach dem arbeitsrechtlichen Tarifvertragsrecht. Mindestens gehen dann auch die Vergütungsvereinbarungen zur Schiedsstelle. Ähnliche Regelungen gibt es als Entsprechung nur im Arbeitsrecht. Entsprechend deutlich sind auch die Unsicherheiten in der sozialrechtswissenschaftlichen Diskussion, was denn die Schiedsstellentätigkeit überhaupt auszeichne. Nach einer Ansicht handelt es sich um hoheitliches Handeln und ihre Entscheidung wird dann auch als Verwaltungsakt eingeordnet.²³¹ Der Schiedsstelle wird danach Behördencharakter zuerkannt.²³² Nach einer anderen Ansicht handelt es sich ausschließlich um eine Vertragshilfe, sodass die Entscheidung kein Verwaltungsakt ist.²³³ Die vermittelnde Ansicht befürwortet einen Doppelcharakter als „Zwangsvertragshilfe“. Danach ist die Schiedsstellenentscheidung sowohl ein Aliud gegenüber dem Verwaltungsakt als auch gegenüber der vertragshelfenden Tätigkeit.

Rolle der Schiedsstellen		
Hoheitlich	Zwangsvertragshilfe	Vertragshilfe
Verwaltungsakt	Doppelcharakter	

Wäre die Entscheidung nur eine Vertragshilfe, was deren Unverbindlichkeit nahe legt, müsste sie nicht durch ein Gericht überprüft werden. Die Parteien könnten sich stattdessen nach einem gescheiterten Einigungsversuch bei der Schiedsstelle mit ihren ursprünglichen Positionen bei einem Gericht vorstellen. Dies ist jedoch nicht vorgesehen, zumal „gegen die Entscheidung (der Schiedsstelle)“ der Weg zu den Sozialgerichten oder Verwaltungsgerichten eröffnet ist, § 77 I 4 SGB XII und § 78g II 2 SGB VIII. Mit der Schiedsstellenentscheidung wird einerseits das Widerspruchsverfahren ersetzt und andererseits eine für beide Seiten verbindliche Entscheidung getroffen. Das Instrument ist,

²³¹ Zusammenfassend: von Boetticher/ Tammen RsDE 2003 (54) S. 28 (29) VGH München vom 6.4.2001 RsDE 2002 (50) 80 ff; BVerwG vom 28.2. 2002 NDV-RD 2002, 59ff; OVG NRW vom 26.4.2004 12 A 858/03 ZFSH/SGB 2005, 79 (80)

²³² Dies ablehnend und damit den Verwaltungsaktcharakter widerlegend: von Boetticher/ Tammen RsDE 2003 (54) S.28 (29)

²³³ von Boetticher/ Tammen RsDE 2003 (54) S.28 (29)

obwohl es an Tarifvertragskonturen angelehnt ist, doch in hohem Maße von öffentlich-rechtlichen Vorstellungen geprägt, und zwar dem Rechtsschutz der einzelnen Leistungserbringer gegenüber der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung. Insofern unterscheidet sie sich deutlich von dem Konzept des freien Aushandelns von Arbeitsbedingungen wie im Tarifvertragsrecht.

3. Wirtschaftsverwaltungsrecht

Wenn oben fast völlig darauf verzichtet wurde, die Bezüge zu Instituten und Grundformen des Wirtschaftsverwaltungsrechts aufzuzeigen, liegt das nicht daran, dass solche nicht bestehen oder die sozialrechtlichen Regeln dazu als exklusives und spezielles Recht verstanden werden. Vielmehr sollte gerade einem entsprechenden Verständnis des Verhältnisses von Wirtschaftsverwaltungsrecht und Sozialrecht vorgebeugt werden. Da jedes Gebiet mit eigenen Begrifflichkeiten arbeitet, also bereits ein Vergleich voraussetzungsvoll ist, sollen die beiderseitigen Voraussetzungen offengelegt werden bevor der übliche Vergleich stattfindet. Tatsächlich scheinen viele Verwerfungen und Konflikte, die zwischen den Rechtsgebieten konstruiert werden, daraus zu resultieren, dass die Disziplinen ihre eigenen Strukturen jeweils zum Maß der Strukturen des jeweils anderen Rechtsgebietes machen, ohne dies jedoch offen darzulegen. Sicherlich bedeutet jede Auswahl von Instituten, Strukturen und Begriffen bereits eine Steuerung der Voraussetzungen, aber die entsprechend hier vorgenommenen Setzungen wären dann weiter zu diskutieren und einzeln zu vergleichen. Entsprechend der oben gewählten Unterteilung des Wirtschaftsverwaltungsrechts nach den Zielen der gesetzlichen Regelungen werden im kommenden Abschnitt die Institute vorgestellt, die auch für das Sozialrecht bei der Leistungserbringung von Bedeutung sind.

3.1. Ausgewählte wirtschaftsverwaltungsrechtliche Institute

3.1.1. Privatisierung

Um dieser Thematik gerecht zu werden, ist zunächst zu klären, welches die Rahmenbedingungen und Möglichkeiten bei der Übertragung von staatlichen Aufgaben an Privatrechtssubjekte sind. Diese Frage betrifft sowohl die Frage der Verwaltungsorganisation als auch die Durchführung staatlicher Aufgaben durch Private.

3.1.1.1. Die Staatsverwaltung

Von der unmittelbaren Staatsverwaltung, d.h. der Verwaltungsträger ist der Staat selbst, unterscheidet man die mittelbare Staatsverwaltung. Die Formen mittelbarer Staatsverwaltung sind vielfältig. Daneben können öffentliche Aufgaben durch Private (Privatisierung) durchgeführt werden.²³⁴ Die mittelbare Staatsverwaltung bedeutet die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben gegenüber dem Staat (also Bund und Ländern), verselbständigte Verwaltungsträger in öffentlich-rechtlicher Organisationsstruktur. Dazu gehören alle Körperschaften des öffentlichen Rechts, wie Gebietskörperschaften, Anstalten und Stiftungen.

Zwischen verschiedenen öffentlich-rechtlichen Körperschaften können ebenfalls Aufgaben im Rahmen von Delegation und Mandat übertragen werden. Unter Delegation versteht man eine Änderung der Zuständigkeitsordnung durch die Übertragung öffentlich-rechtlicher Kompetenz von einem Verwaltungssubjekt auf ein anderes bzw. die Begründung einer irregulären Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer bestimmten Kompetenz. Der Delegatar (Empfänger der Kompetenz) wird in eigenem Namen und unter eigener Verantwortung tätig.²³⁵ Im Gegensatz zur Delegation wird unter dem Mandat die Ermächtigung verstanden, eine Kompetenz des Mandanten in dessen Namen auszuüben bzw. der Vorgang, durch den der Inhaber einer Zuständigkeit in einem oder mehreren Einzelfällen bzw. auch abstrakt ein anderes öffentlich-rechtliches Subjekt beauftragt oder bevollmächtigt, eine Kompetenz des Mandanten in dessen Namen auszuüben.²³⁶ Die vom Mandator getroffene Maßnahme gilt im Gegensatz zum Handeln des Delegatars als Handlung des Mandanten.²³⁷

3.1.1.2. Privatisierungsarten und Public-Private-Partnership

Die Einbeziehung Privater in Verwaltungstätigkeit kann im Rahmen der Verwaltungshilfe oder der Inpflichtnahme erfolgen. Der Verwaltungshelfer unterstützt die Verwaltungsbehörde bei der Durchführung bestimmter Verwaltungsaufgaben. Dabei handelt er unselbständig und im Auftrag und nach Weisung der Verwaltungsbehörde.²³⁸ Die Inpflichtnahme

²³⁴ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 1

²³⁵ Kluth in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 84 Rz. 67

²³⁶ Kluth in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 84 Rz.75

²³⁷ Streitig vgl. Kluth in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 84 Rz.75

²³⁸ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 171 Rz. 555; Stober in: Wolff/Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 90a Rz. 61

Privater bedeutet die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private, indem ihnen bestimmte Handlungs- oder Leistungspflichten als Bürgerpflicht auferlegt werden.²³⁹ Hoheitliche Kompetenzen oder Zuständigkeiten werden in beiden Fällen nicht eingeräumt. Der Verwaltungshelfer und der in Pflicht Genommene handeln unselbständig.

Die selbständige Teilnahme Privater an der Verwaltungstätigkeit und Durchführung öffentlicher Aufgaben wird durch Beleihung ermöglicht.²⁴⁰ Als Beliehener wird eine Privatperson bezeichnet, die mit der hoheitlichen Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen betraut ist. Diese Privatpersonen können Einzelpersonen sein oder juristische Personen des Privatrechts. Dabei handelt der Beliehene nicht nur im eigenen Namen, sondern auch im eigenen Interesse und er bedient sich der Handlungsformen des öffentlichen Rechts.²⁴¹ Der Beliehene ist nicht in die staatliche Organisation eingegliedert, sondern nur angegliedert.²⁴² Eine Beleihung kann – auch im Bereich der Leistungsverwaltung – nur durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen. Die Beleihung steht unter institutionellem Gesetzesvorbehalt.²⁴³ Nach ihm sind organisatorische Maßnahmen, die die institutionelle und politisch soziale Grundordnung des Staates betreffen, dem Parlament vorbehalten. Allerdings ist es nach dem Grundgesetz nicht erforderlich, dass die Behördenzuständigkeiten und das Verwaltungsverfahren bis in alle Einzelheiten durch Gesetz geregelt werden.²⁴⁴ Beliehen wird danach durch Gesetz, durch Rechtsverordnung, durch Verwaltungsakt aufgrund eines Gesetzes, oder durch verwaltungsrechtlichen Vertrag.²⁴⁵ Die Beleihung kann als obrigkeitliche Befugnis ausgestaltet sein, wonach der Beliehene die Befugnis erhält, Verwaltungsakte zu erlassen. Sie kann auch als schlicht hoheitliche Befugnis vorkommen.²⁴⁶

Die Beleihung als Form der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben setzt voraus, dass in einem statusgestaltenden Akt Aufgaben auf ein privates Rechtssubjekt übertragen werden. Privatisierung kann demgegenüber auch die Übertragung von Staatsaufgaben ohne die

²³⁹ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 171 Rz. 558; Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 90a Rz. 1

²⁴⁰ Oberrath Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 171 Rz. 555; Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 90 Rz. 4

²⁴¹ Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 90 Rz. 3, 4

²⁴² Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 90 Rz. 19

²⁴³ Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 90 Rz. 44

²⁴⁴ Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, Rz. 649

²⁴⁵ Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 90 Rz. 44

²⁴⁶ Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 90 Rz. 14, 15, 35

Übertragung von Hoheitsrechten auf private Rechtssubjekte bedeuten.²⁴⁷ Klassische Beispiele Beliehener sind: Flug- und Schifffahrtskapitäne, Jagdaufseher, Bezirksschornsteinfeger, Fleischbeschauer, öffentlich bestellte Vermessungsingenieure, TÜV-Sachverständige.²⁴⁸ Durch die Privatisierung soll die Verwaltung entlastet werden. Sogar ursprünglich in der Verfassung vorgesehene Staatsmonopole, Art. 87e und Art. 143a GG, für die Bahn und Art. 87f und 143b GG für die Post,²⁴⁹ wurden im Zuge dieser Neueinschätzung von staatlichen Aufgaben zu Aufgaben, die ohne Ausübung hoheitlicher Befugnisse von privaten Rechtssubjekten wahrgenommen wurden.²⁵⁰ Im Rahmen dieser Entwicklung wurde vom Gesetzgeber dezisionistisch das Postbenutzungsverhältnis, d.h. die Rechtsbeziehungen zwischen der früheren Deutschen Bundespost und ihren Kunden, von einer öffentlich-rechtlichen (hoheitlichen) Qualität in ein Privatrechtsverhältnis neu definiert.²⁵¹ Privatisierung wird angesichts der praktischen Vielfalt der Erscheinungsformen pragmatisch als die vollständige oder teilweise Verlagerung einer öffentlichen Aufgabe oder ihrer Erfüllung in den privaten Bereich oder auf ein privates Rechtsgebiet beschrieben.²⁵²

Deutlicher wird das Bild, wenn man die Grundformen der Privatisierungsarten betrachtet:²⁵³

Als Ausgangspunkt dient die öffentlich-rechtliche Organisationsform, wie die Ämterverwaltung, Regie- und Eigenbetrieb.

- Organisationsprivatisierung/formelle Privatisierung²⁵⁴

Eine juristische Person des Privatrechts tritt an die Stelle eines Trägers öffentlicher Verwaltung. Die Anteile der Privatrechtsperson bleiben jedoch ganz oder mehrheitlich in den Händen eines Trägers öffentlicher Verwaltung (Wechsel der Organisationsform, „Scheinprivatisierung“).

- Funktionale Privatisierung

Dabei schaltet eine Behörde bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben Private ein.²⁵⁵ Dem Privaten werden die zur Erfüllung öffentlich-

²⁴⁷ Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 91 Rz. 18

²⁴⁸ Schmidt am Busch DöV 2007, 533 (534)

²⁴⁹ Zum Verlauf der Privatisierung: Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kapitel 3 Rz. 125-127

²⁵⁰ Als Symptom eines allgemeinen Trends Pielow JuS 2006, 691 (693)

²⁵¹ Dazu Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rz. 27, mit dem Hinweis, dass die Deutsche Post AG gem. § 16 PostG im Rahmen der förmlichen Zustellung hoheitlich handelt.

²⁵² Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 2

²⁵³ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 3 ff

²⁵⁴ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 3

²⁵⁵ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 4; Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, Vor § 90 Rz. 16

rechtlicher Aufgaben notwendigen Realhandlungen übertragen. Die Gewährleistungsverantwortung wechselt nicht. Der Private erbringt lediglich einen vorbereitenden oder durchführenden Teilbeitrag mit funktionalem Bezug zu einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe. Man kann sie auch als Unterfall der materiellen Teilprivatisierung auffassen. Ihr ist die Verwaltungshilfe²⁵⁶ und Beleihung²⁵⁷ zuzuordnen, sie erfasst aber auch die Möglichkeiten der Public-Private-Partnership.²⁵⁸

Privatisierung			
Verwaltungsart		Körperschaft	Übertragungsformen
Unmittelbare Staatsverwaltung		Bund Länder	
Mittelbare Staatsverwaltung			
durch	juristische Personen öffentlichen Rechts	Körperschaft des öffentlichen Rechts Gebietskörperschaften Anstalten Öffentlich-rechtliche Stiftungen	Delegation: echte Zuständigkeitsänderung bei der der Delegatar im eigenen Namen und in eigener Verantwortung handelt Mandat: Mandatar handelt in fremden Namen für den Mandanten
oder			
durch	Private	Natürliche Personen Juristische Personen privaten Rechts	Privatisierung als: Formelle Privatisierung Funktionale Privatisierung - Beleihung - Public Private Partnership - Verwaltungshelfer Materielle Privatisierung

Die Public-Private-Partnership bezeichnet als Sammelbegriff Kooperationsformen zwischen öffentlicher Hand und Privaten, die sich mit den traditionellen Instrumenten wie Beleihung, Verwaltungshilfe und privatrechtlich organisierte Verwaltung nicht mehr vollständig erklären

²⁵⁶ Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 90a Rz. 21

²⁵⁷ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 5

²⁵⁸ Zuordnung der PPP zur funktionalen Privatisierung auch Pielow JuS 2006, 692 (693) und Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 6ff

ließen.²⁵⁹ Eine Legaldefinition der Public-Private-Partnership oder auch öffentlich-privaten Partnerschaft gibt es in Deutschland nicht.²⁶⁰ Exemplarische Urformen der Public-Private-Partnership sind:

- öffentliche Auftragsvergabe zur Eigenversorgung der Verwaltung (outsourcing) in Verbindung mit einer organisationsrechtlichen Komponente
- Auslagerung der Leistungserstellung an Private (contracting out)
- Private Normierungsausschüsse zur Entwicklung von Technikrecht
- Zusammenarbeit der öffentlichen Hand mit privatrechtlich organisierten Tarifvertragsparteien
- Arbeitsgemeinschaften zwischen Verwaltungen und Bürgern²⁶¹

Ein sehr allgemeiner Begriff der Public-Private-Partnership wurde im Erfahrungsbericht zur Public-Private-Partnership in Deutschland erarbeitet. Er lautet:²⁶²

„Öffentlich-Private-Partnerschaft ist eine langfristig angelegte, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft zur wirtschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben über den gesamten Lebenszyklus eines Projekts. Die für die Aufgabenerfüllung erforderlichen Ressourcen werden von den Partnern in einem gemeinsamen Organisationsmodell zusammengeführt und vorhandene Projektrisiken entsprechend der Managementkompetenz der Projektpartner verteilt.“

Einfacher: Public-Private-Partnership ist eine Kooperation zwischen öffentlich- und privatwirtschaftlichen Aufgabenträgern, bei denen beide Vertragspartner spezifische Investitionen, d.h. nicht nur monetäre oder sonstige austauschbare Beiträge in einen gemeinsamen Leistungsprozess einbringen.²⁶³

Es ist strittig, ob der Begriff der Public-Private-Partnership eine eigene juristisch verwertbare Kategorie darstellt. Die Public-Private-Partnership sind in zahlreichen verwaltungsrechtlichen Feldern zu finden. Unter anderem wurde von Public-Private-Partnership-Modellen in den Bereichen Straßen, Schulen, Kindertagesstätten, Krankenhäusern, Verwaltungsgebäuden und Gefängnissen Gebrauch gemacht.²⁶⁴ Sie sind

²⁵⁹ Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 92 Rz. 1

²⁶⁰ Piontkowski/ Steidle NDV 2007, 405 (405)

²⁶¹ Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 92 Rz. 2

²⁶² Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung: Erfahrungsbericht zur PPP in Deutschland vom 4.4.2007 S. 4, zitiert nach Piontkowski/Steidle NDV 2007, 405 (405)

²⁶³ Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 92 Rz. 4, 5

²⁶⁴ Piontkowski/ Steidle NDV 2007, 405 (407)

nur teilweise gesetzlich vorgeprägt.²⁶⁵ Aber einzelne Modelle wurden herausgearbeitet.²⁶⁶ Dazu gehören:

- Betreibermodell: Die öffentliche Hand beauftragt einen Privaten Betreiber mit dem Bau, der Planung, der Finanzierung und dem Betrieb einer Anlage und vergütet ihn.
- Beteiligungs- oder Kooperationsmodell: Die öffentliche Hand schließt sich zur gemeinsamen Leistungserbringung zusammen.
- Konzessionsmodell: Ein Hoheitsträger erteilt einem Privaten das Vorrecht zur Erbringung einer bestimmten Bau- oder Dienstleistung. Die Vergütung erhält der private Anbieter (Konzessionär) vom Nutzer der Leistung.²⁶⁷
- Leasingmodell: Die öffentliche Hand beauftragt eine Leasinggesellschaft mit Planung, Bau und Finanzierung eines Vorhabens, wobei die Leasinggesellschaft Eigentümerin des von ihr erstellten Objekts bleibt und es der öffentlichen Hand gegen Zahlung einer Leasingrate zur Nutzung überlässt.

sowie

- Betriebsführungsmodell: Durch Ausschreibung wird ein Privater ermittelt, der auf vertraglicher Basis gegen Entgelt Einrichtungen des Auftraggebers in dessen Namen und auf dessen Rechnung und Risiko betreibt.²⁶⁸

Formen der Public Private Partnership
Betriebsführungsmodell
Betreibermodell
Konzessionsmodell
Leasingmodell
Beteiligungs- und Kooperationsmodell

Im Rahmen der Aufgabenprivatisierung oder materiellen Privatisierung zieht sich der Staat aus der Erfüllung und Verantwortung einer Verwaltungsaufgabe zurück und überlässt sie privatautonomer Initiative.²⁶⁹ Bekannte Beispiele dafür sind die zum Teil noch im Prozess befindlichen Privatisierungen auf den Gebieten der Strom- und Gasversorgung sowie des Bahn-, Post und Telekommunikationswesens.

²⁶⁵ Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 92 Rz. 7

²⁶⁶ Nach Piontkowski/ Steidle NDV 2007, 405 (407) 3 Modelle:

Kooperationsmodell, Betreibermodell und Konzessionsmodell; Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 92 Rz. 24 ff für die hier aufgezählten Modelle.

²⁶⁷ Piontkowski/ Steidle NDV 2007, 405 (406)

²⁶⁸ Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 92 Rz. 24, 28

²⁶⁹ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 9

Staatliche Verantwortung	Art der Privatisierung
Aufgabenverantwortung Aufgabenerfüllung	Formelle Privatisierung
Aufgabenverantwortung	Funktionale Privatisierung Aufgabenerfüllung
Regulierungs- und Auffangverantwortung	Materielle Privatisierung Aufgabenverantwortung und Aufgabenerfüllung

Der Grad der Aufgaben und Verantwortungsverlagerung nimmt von der öffentlich-rechtlichen Organisationsform zur materiellen Privatisierung hin zu.²⁷⁰ Während bei der öffentlich-rechtlichen Organisationsform und formellen Privatisierung Aufgabenerfüllung und -verantwortung vollständig in öffentlicher Hand liegen, ist bei der funktionalen Privatisierung die Aufgabenerfüllung in der Hand Privater. Beim Staat hingegen verbleibt die Gewährleistungsverantwortung. Die materielle Privatisierung bedeutet hingegen, dass selbst die Gewährleistungsverantwortung zu einer staatlichen Regulierungs- und Auffangverantwortung abgeschwächt ist.²⁷¹

3.1.2. Voraussetzungen der Privatisierung

Bei der Frage nach den Voraussetzungen für eine Privatisierung ist nach den unterschiedlichen Privatisierungsformen und dem Gegenstand der Privatisierung, also der Frage, welche öffentlichen Verwaltungsaufgaben privatisiert werden, zu unterscheiden. Für die PPP gelten dieselben Grenzen der Privatisierung wie für die übrigen Formen funktionaler Privatisierung.²⁷²

3.1.2.1. Der vorrechtliche Kernbereich der Staatsaufgaben

²⁷⁰ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 2

²⁷¹ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 10

²⁷² Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 92 Rz. 39

Dabei stand zum Beginn der achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts vor allem die Frage im Vordergrund, was mit den Beamten und Angestellten der ehemals hoheitlichen Post & Bahn in arbeitsrechtlicher und beamtenrechtlicher Hinsicht zu geschehen hat.²⁷³ Insgesamt vorherrschend ist die Ansicht, dass es einen quasi vorrechtlichen Bereich von Aufgaben gibt, der einer Privatisierung nicht zugänglich ist.²⁷⁴ Dieser Bereich wird zunehmend kleiner. Ein Formulierungsbeispiel für derartige Aufgaben ist z.B. die Befugnis, die eigenen Aufgaben zu bestimmen, das Recht zur Anwendung unwiderstehlicher Gewalt einschließlich des Rechts zur friedlichen Konfliktbewältigung („Rechtsprechungsmonopol“) und die Innehabung bestimmter wirtschaftlicher Schlüsselstellungen.²⁷⁵ Zu diesen Aufgaben rechnet man heute im Ergebnis wieder etwas weniger als in den achtziger Jahren: die innere und äußere Sicherheit, Außenvertretung und Landesverteidigung, Justizgewähranspruch einschließlich Zwangsvollstreckung, Strafvollzug sowie die Sicherung der finanziellen Ressourcen.²⁷⁶

Die rechtlichen Grenzen der Privatisierung von öffentlichen Aufgaben ergeben sich aus der Verfassung und aus einfachgesetzlichen Vorgaben.

3.1.2.2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Verfassung hatte Ende der 1. Hälfte des vergangenen Jahrhunderts keine Veranlassung, Vorbehaltsaufgaben des Staates festzulegen, denn es ging ihr eher darum, vor dem Hintergrund der Geschichte ausufernde Staatsgewalt zu bändigen, indem sie Freiheitsgewährleistungen und Formversprechen vorsah. Entsprechend wird auch die Frage der Übertragung von Aufgaben an Private nicht erwähnt. Ein generelles Verbot aus diesem Schweigen zu schließen, öffentliche Aufgaben auf Private zu übertragen, erscheint schon angesichts der traditionellen Einschaltung Privater in so wesentliche Bereiche wie Gesundheitsfürsorge und Energieversorgung näherer Begründung bedürftig.

Die o.g. Definition der nicht privatisierbaren staatlichen Kernaufgaben deutet bereits an, dass die deutlichsten Restriktionen im Bereich der Eingriffsverwaltung existieren. Sie sind danach einer materiellen

²⁷³ Vgl. statt aller Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980

²⁷⁴ Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 63

²⁷⁵ Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 63

²⁷⁶ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 11

Privatisierung entzogen. Im Rahmen der übrigen Eingriffsverwaltung, also auch im Rahmen der Ordnungsverwaltung, ist der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG zu beachten. Danach ist die Ausübung hoheitlicher Entscheidungs- und Handlungsbefugnisse nicht privatisierbar. Aus der Formulierung „in der Regel“ ergibt sich jedoch bereits, dass Art. 33 IV GG auch Ausnahmen zulässt und somit der Verwendung privater Organisationsformen nicht ausnahmslos entgegensteht.²⁷⁷ Die Inanspruchnahme hoheitlicher Befugnisse durch Private darf danach allerdings nicht die Regel sein, sondern sie muss auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Streitig ist jedoch die Frage, auf welche Verwaltungsbereiche sich der Begriff „Ausübung hoheitlicher Befugnisse“ in Art. 33 IV GG im Einzelnen erstreckt. Bei den klassischen staatlichen Tätigkeiten im Bereich der Eingriffsverwaltung ergibt sich aus Art. 33 IV GG unstreitig eine verfassungsrechtlich relevante Sperrwirkung für die Erfüllung dieser Aufgaben in Privatrechtsform.²⁷⁸ Als kleinster gemeinsamer Nenner für diesen originären Bereich von Staatsaufgaben haben sich folgende Ausprägungen des staatlichen Gewaltmonopols herausgebildet: Justiz, Polizei, Bundeswehr, Zoll, Strafvollzug, Steuererhebung.²⁷⁹ Insofern macht Art. 33 IV GG zumindest auch staatsorganisationsrechtliche Vorgaben. Soweit eine materielle Privatisierung in diesem Bereich nicht möglich ist, kommen jedoch formale und funktionale Privatisierung in Betracht.²⁸⁰ Die funktionale Privatisierung ist in diesem Bereich nur durch eine Beleihung möglich. Diese steht unter Gesetzesvorbehalt und muss ebenfalls den Rahmen des Art. 33 IV GG berücksichtigen. Damit das Regel-Ausnahmeverhältnis, das Art. 33 IV GG aufstellt, nicht unterlaufen wird, bedarf die funktionale Privatisierung von Hoheitsaufgaben eines sachlichen Grundes.²⁸¹ Verwaltungshelfern und Privaten im Rahmen einer Public-Private-Partnership ist der hoheitliche Tätigkeitsbereich verschlossen.

Angesichts der engen Grenzen einer Einbeziehung Privater in den Bereich der Eingriffsverwaltung ist die insbesondere auch für das Sozialrecht wichtige Frage zu klären, inwieweit die Leistungsverwaltung auf Privatisierungsgrenzen stößt. Die Frage nach den Privatisierungsgrenzen in der Leistungsverwaltung stellt sich auch

²⁷⁷ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 12; Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 91 Rz. 74

²⁷⁸ Maunz in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 33 Rz. 33.

²⁷⁹ Am Beispiel des Problems der privaten Sicherheitskräfte Schulte, DVBl 1995, 130 (132); Stober NJW 1997, 889 (890).

²⁸⁰ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 12

²⁸¹ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 12 mit weiteren Nachweisen: z.B. BVerwG DöV 2006,651

deshalb pointierter, weil noch immer vertreten wird, dass die Leistungsverwaltung nicht in allen Fällen einem Gesetzesvorbehalt unterliegt. Ganz deutlich wird dies bei der Frage nach den Voraussetzungen für Subventionen durch die öffentliche Hand an Private.²⁸² Während hier in der Regel weniger Grundrechtsrelevanz angenommen wird als im Bereich des Sozialleistungsrechts, ist für letzteres ein Gesetzesvorbehalt in § 31 SGB I geregelt. Dementsprechend ist der Gesetzesvorbehalt in der Leistungsverwaltung jeweils am Grad der Grundrechtsrelevanz zu messen und könnte sich damit letztlich auch auf die Möglichkeit einer Privatisierung ohne Gesetzesvorbehalt erstrecken.²⁸³ Allerdings ergibt das Demokratie-, Art. 20 I, II GG, und Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 III GG, den sog. Parlamentsvorbehalt. Nach der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG ist die Anwendung des Parlamentsvorbehaltes nicht auf Eingriffsfälle beschränkt, sondern betrifft alle Bereiche, die durch eine besondere Grundrechtsrelevanz geprägt sind.²⁸⁴ Soweit Leistungen Grundrechtsrelevanz besitzen, gilt also der Parlamentsvorbehalt. Als sachlicher Grund für eine Übertragung der Aufgaben auf Private im Wege der funktionalen Privatisierung reicht es bereits aus, wenn der Private über einen besonderen Sachverstand und eine effiziente Organisation bei der Wahrnehmung der Aufgabe verfügt.²⁸⁵

Das Demokratieprinzip ist auch im Rahmen formeller und funktionaler Privatisierung von Bedeutung.²⁸⁶ Staatliches Handeln muss demokratisch legitimiert sein. Neben einer organisatorisch personellen Legitimationskette des staatlichen Handelns vom Staatsvolk zur handelnden staatlichen Stelle hat auch das Legitimationsniveau sachlich und inhaltlich angemessen zu sein. Um dies zu erreichen, erlegt das Demokratieprinzip dem Staat eine Gewährleistungsverantwortung auf. Darüber hinaus gebietet das Sozialstaatsprinzip den Gemeinden die Aufrechterhaltung eines qualitativ adäquaten und zu angemessenen Bedingungen zugänglichen Angebotes öffentlicher Einrichtungen, die für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl ihrer Einwohner erforderlich sind.²⁸⁷

²⁸² Vgl. auch unten zur Subventionierung; Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rz. 113

²⁸³ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 14

²⁸⁴ Sodan/ Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 24 Rz. 28 mit Verweis auf BVerfGE 47, 46 (79); 57, 295 (321); 98, 218 (251)

²⁸⁵ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 18 mit weiteren Nachweisen BVerwG DöV 2006, 651 (652)

²⁸⁶ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 15; Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 91 Rz. 86 ff

²⁸⁷ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 16

Auch Art. 28 II GG wird als Privatisierungsgrenze angesehen. Art. 28 II GG garantiert die kommunale Selbstverwaltungshoheit als Institutsgarantie und den Inhalt der kommunalen Selbstverwaltung sowie die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden als verfassungsrechtlich garantierte Organisationseinheiten.²⁸⁸ Durch Gesetzesänderung ist es jedoch möglich, einzelne Aufgaben aus dem Kreis der kommunalen Betätigungsmöglichkeiten herauszunehmen. Nach der grundlegenden Rastede Entscheidung des BVerfG²⁸⁹ gibt es keine Garantie dafür, dass eine spezielle Aufgabe als gemeindliche zu verbleiben hat. Durch die Selbstverwaltungsgarantie wird keine Zuständigkeit der Gemeinde unter Ausschluss der Betätigungsmöglichkeit Privater begründet.²⁹⁰ Prinzipiell gilt der Grundsatz der Allzuständigkeit der Gemeinden für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Dazu gehört auch die Entscheidungsbefugnis darüber, wie sie ihre Aufgaben wahrnehmen.²⁹¹ Die Zulässigkeit von kommunalen Privatisierungen ist darüber hinaus vom kommunalrechtlichen Charakter der Aufgaben abhängig.²⁹² Freiwillige Aufgaben können mit Ausnahme staatlich gebotener Daseinsvorsorgeleistungen grundsätzlich materiell privatisiert werden. Formelle und funktionale Privatisierungen sind ebenfalls zulässig. Weisungsfreie Pflichtaufgaben sind nicht materiell privatisierbar, belassen den Gemeinden jedoch gewisse Freiheiten hinsichtlich der Art der Ausführung. Bei Pflichtaufgaben nach Weisung, insbesondere staatlichen Aufgaben, sind jegliche Formen von Privatisierung ausgeschlossen, sofern keine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung dazu besteht.

Die Grundrechte privater Wettbewerber bilden von eng begrenzten Ausnahmen abgesehen unmittelbar kein Abwehrrecht gegen den Marktzutritt der sich wirtschaftlich betätigenden öffentlichen Hand und damit auch kein Verbot formeller oder funktionaler Privatisierung.²⁹³

²⁸⁸ BVerfGE 91, 228 (238); Nierhaus in: Sachs, GG, Art. 28 Abs. 2 Rz. 30

²⁸⁹ BVerfGE 79, 127 ff

²⁹⁰ Nierhaus in: Sachs, GG, Art. 28 Abs. 2 Rz. 30

²⁹¹ Sodan/ Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 8 Rz.41 mit weiteren Nachweisen BVerfGE 107,1 (11f)

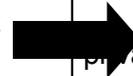
²⁹² Im Folgenden nach Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 17 im Anschluss an Schönrock, Beamtenüberleitung anlässlich der Privatisierung öffentlicher Unternehmen, 2000, S. 28

²⁹³ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 19

Grenzen der Privatisierung

Vorrechtlicher Kernbereich von Staatsaufgaben:

- Anwendung unmittelbarer Gewalt
- Rechtsprechungsmonopol
- Innehaben wirtschaftlicher Schlüsselstellungen

 Nicht privatisierbar !

Verfassungsrechtliche Grenzen:

Art. 33 IV GG: Eingriffs- und Leistungsverwaltung

-> keine materielle Privatisierung von:
innerer und äußerer Sicherheit

Justizgewähranspruch einschließlich Zwangsvollstreckung
Strafvollzug

Sicherung finanzieller Ressourcen

-> Formelle und Funktionale Privatisierung möglich bei Vorliegen eines sachlichen Grundes

Art. 20 GG Demokratie und Sozialstaatsprinzip: Leistungsverwaltung

Art. 28 II GG kommunale Selbstverwaltungsgarantie:
Leistungsverwaltung

Freiwillige Aufgaben	Pflichtaufgaben	Pflichtaufgaben nach Weisung
Grundsätzlich materielle, formale und funktionale Privatisierung möglich	Keine materielle Privatisierung	Nur bei gesetzlicher Ermächtigung privatisierbar

3.1.2.3. Gesetzliche Vorgaben

Einfachgesetzliche Bindungen können sich aus folgender Richtung ergeben:²⁹⁴

- spezielle Vorgaben für funktionale Privatisierungen im besonderen Verwaltungsrecht
- auf Bundes- und Landesebene das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot, z.B. §§ 7, 24 II BHO, das u.a. zu Wirtschaftlichkeitsvergleichen der öffentlichen und privaten Leistungserstellung verpflichtet, sowie spezielle Schranken für

²⁹⁴ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rz. 20

Unternehmensbeteiligungen. Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit (Art 114 GG, § 7 BHO/ LHO; § 6 HGrG) und Sparsamkeit (§ 7 BHO/ LHO; § 6 HGrG) werden auch als Leitlinien der öffentlichen Haushaltswirtschaft bezeichnet. Dabei bedeutet der Grundsatz der Sparsamkeit, dass unnötige Ausgaben zu vermeiden sind. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zielt hingegen auf die Optimierung von Mitteleinsatz und Ergebnis. Dabei sind zwei verschiedene Möglichkeiten gegeben, die diesem Grundsatz ausreichend Rechnung tragen. Das Minimalprinzip erfordert, dass mit minimalem Mitteleinsatz das erwünschte Ergebnis herbeigeführt wird. Das Maximalprinzip stellt die Anforderung, mit vorgegebenen Mitteln ein möglichst gutes Ergebnis zu erzielen.

- auf kommunaler Ebene ebenso das Wirtschaftlichkeitsgebot sowie insbesondere die kommunalverfassungsrechtlichen Schranken für eine wirtschaftliche Betätigung im Allgemeinen sowie für Gründungen von Unternehmen in Privatrechtsform im Besonderen²⁹⁵
- für die funktionale Privatisierung in Form einer PPP, entweder verbunden mit der Gründung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen oder im Wege einer nur austauschvertraglichen Kooperation, die Vorgaben des Vergaberechts
- im Zusammenhang mit der Gründung von Unternehmen in Privatrechtsform ferner die beamten- sowie arbeitsrechtlichen Vorschriften.

Grenzen der Privatisierung
<p>Gesetzliche Grenzen:</p> <p>Vorgaben für funktionale Privatisierungen im besonderen Verwaltungsrecht</p> <p>Haushaltsrechtliches Wirtschaftlichkeitsgebot</p> <p>Kommunalrechtliche Grenzen</p> <p>Vergaberecht bei funktionaler Privatisierung</p> <p>Bei Gründung von Unternehmen in Privatrechtsform: beamten- und arbeitsrechtliche Vorschriften</p>

²⁹⁵ Ausführlich bei Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 91 Rz. 95 ff

3.1.3. Subventionen

Die Auseinandersetzung mit dem Subventionsrecht wird durch die unterschiedliche Verwendung der Begriffe Subvention, Zuwendung und Beihilfe erschwert.

3.1.3.1. Der Subventionsbegriff

Der Begriff der Beihilfe i. S. v. Art. 87 I EGV wurde durch die Rechtsprechung des EuGH konturiert.²⁹⁶ Der Beihilfebegriff wird weit ausgelegt. Dabei kann es sich um Geldleistungen (direkte Beihilfen) sowie jeden sonstigen geldwerten Vorteil handeln, wie marktunübliche Vergünstigungen in Miet- und Kaufverhältnissen, Sondertarife, Bürgschaften, Befreiungen von Belastungen u.a. (indirekte Beihilfen).²⁹⁷ Keine wirtschaftliche Begünstigung, die Voraussetzung für das Vorliegen einer Beihilfe ist, liegt vor, wenn der Empfänger eine angemessene Gegenleistung erbringt oder der Vorteil eine Förderung darstellt, die allen Dienstleistungsanbietern zu gleichen Bedingungen zugänglich ist.²⁹⁸ Es liegt zudem keine Beihilfe vor, wenn gemeinwohlorientierte Aufgaben im Sinne des Altmark Trans Urteils des EuGH wahrgenommen werden.²⁹⁹ Davon ist der Begriff der Subvention zu unterscheiden. Gegenüber dem Begriff der Beihilfe ist der Begriff Subvention der allgemeinere. Ähnlich ist das Verhältnis zwischen dem Begriff der Zuwendung und dem Begriff der Subvention. Unter Zuwendungen sind Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Verwaltung des Bundes oder eines Landes zur Erfüllung bestimmter Zwecke zu verstehen (§ 14 HGrG). Der Zuwendungsbegriff ist enger als der der Subvention und umfasst bspw. nicht die Übernahme von Bürgschaften und Sachleistungen. Soweit Subventionen als Zuwendungen i. S. d. Haushaltsrechts zu qualifizieren sind, müssen sie die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Zuwendungen erfüllen.

²⁹⁶ Abschichtung der Begrifflichkeit nach Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 2

²⁹⁷ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 391 Rz. 1307

²⁹⁸ Weitere Voraussetzungen des Beihilfebegriffs im Sinne des Art. 87 EGV z.B. Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 391 Rz. 1307

²⁹⁹ Positionspapier des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH NDV 2007, 7 (8)

Subvention

=> vermögenswerte Leistung einer rechtsfähigen Einrichtung der öffentlichen Hand an natürliche oder juristische Personen des Privatrechts ohne marktmäßige Gegenleistung zur Verwirklichung im öffentlichen Interesse liegender Ziele

Beihilfe Art 87 EGV

Zuwendung § 14 HGrG

3.1.3.2. Zuwendungen

Zuwendungen³⁰⁰ sind zweckgebundene nicht oder nur bedingt rückzahlbare Geldleistungen öffentlich-rechtlicher Art, die der Bund zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung erbringt, ohne dass der Empfänger vor der Vergabeentscheidung einen dem Grunde und der Höhe nach bestimmten Rechtsanspruch hat und ohne dass ein unmittelbarer Leistungsaustausch stattfindet. Zuwendungen machen einen wesentlichen Bestandteil der öffentlichen Haushaltsplanung aus.

Keine Zuwendungen sind insbesondere: Sachleistungen; Leistungen, auf die der Empfänger einen dem Grunde und der Höhe nach unmittelbar durch Rechtsvorschrift begründeten Anspruch hat (z.B. Wohngeld); Ersatz von Aufwendungen (§ 91 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BHO); Entgelte aufgrund von Verträgen, die den Preisvorschriften für öffentliche Aufträge unterliegen, satzungsmäßige Mitgliedsbeiträge einschließlich Pflichtumlagen, Nr. 1 VV-BHO zu § 23.

An Zuwendungsarten werden die Projektförderung und die institutionelle Förderung unterschieden, Nr. 2 VV-BHO zu § 23.³⁰¹ Projektförderung bedeutet die Gewährung von Zuwendungen zur Deckung von Ausgaben des Zuwendungsempfängers für im Einzelnen abgegrenzte Vorhaben. Bei der institutionellen Förderung wird die Zuwendung zur Deckung der gesamten Ausgaben oder eines nicht abgegrenzten Teils der Ausgaben des Zuwendungsempfängers gewährt.³⁰²

³⁰⁰ Zu Begriff und Merkmalen auch Badura/ Huber in: Schmitt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rz. 112

³⁰¹ Teich/ Beck DöV 2006, 556 (556)

³⁰² Mündler RsDE 1996 (34) S.1 (23)

Zuwendungen werden an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung für bestimmte Zwecke gewährt, an deren Erfüllung der Bund ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann (§ 23 BHO). Bei der Auslegung des Begriffs „erhebliches Interesse des Bundes“ ist zu berücksichtigen, dass es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. In aller Regel korrespondiert dies nicht mit einem gerichtsfreien Beurteilungsspielraum des Hoheitsträgers,³⁰³ der aufgrund des unbestimmten Rechtsbegriffs prinzipiell dazu aufgefordert wird, seine Gestaltungskompetenz wahrzunehmen.³⁰⁴ Die Ausnahmen zur vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit der Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes wurden jedoch in der Art konkretisiert, dass beim Begriff des „erheblichen Bundesinteresses“ eine vollständige gerichtliche Überprüfung nicht stattfindet. Im Einzelnen bedeutet dies für die Beurteilung des Vorliegens eines erheblichen Interesses des Bundes folgendes: Das BVerwG geht - neben anderen Fallgruppen von Beurteilungsspielräumen - davon aus, dass verwaltungspolitische Entscheidungen durch (mittelbare) gerichtliche Kontrolle des unbestimmten Rechtsbegriffes nicht erfolgen sollen.³⁰⁵ Das BVerfG knüpft daran ebenfalls an, ergänzt dies aber um die Perspektive der Grundrechtsrelevanz der Verwaltungsentscheidung. Danach kommt es auf die Intensität des Grundrechtsbezuges an, in welchem Umfang eine gerichtliche Nachprüfung erfolgt. Die Existenz rechtlicher Maßstäbe ist danach Voraussetzung für eine rechtliche Kontrolle.³⁰⁶ Diese rechtlichen Maßstäbe sind gerade im Subventionsrecht sehr spärlich und wiederum nur eingegrenzt durch die Frage der Grundrechtsbeeinträchtigung. Bei der Vergabe von Subventionen wird sogar regelmäßig davon ausgegangen, dass der Gesetzesvorbehalt im Verhältnis zum Subventionsempfänger nicht greift. Was danach im erheblichen Interesse des Bundes oder eines Landes ist, hängt weitgehend von den Schwerpunkten der gerade in diesem Zeitpunkt verfolgten Politik ab, die sich im Haushaltsplan entsprechend abbildet. Eine gerichtliche Nachprüfung dieser Politik ist daher soweit ausgeschlossen, wie nicht verfassungsrechtliche Grenzen und Grundprinzipien verletzt werden.

Bei der Gewährung der Zuwendungen sind vier Finanzierungsarten von den o.g. Zuwendungsarten zu unterscheiden,³⁰⁷ § 44 BHO: Vollfinanzierung, Teilfinanzierung, Fehlbedarfsfinanzierung,

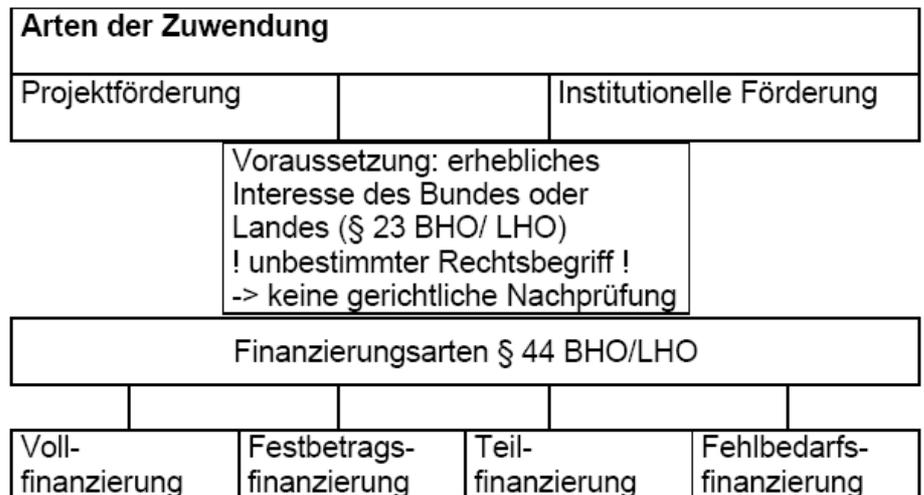
³⁰³ Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, § 5 Rz. 77

³⁰⁴ Zu dieser Funktion des unbestimmten Rechtsbegriffs Röhl, Allgemeine Rechtslehre, § 28 S. 215.

³⁰⁵ Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, § 5 Rz. 78

³⁰⁶ Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, § 5 Rz. 79

Festbetragsfinanzierung, Anteilfinanzierung, VV-BHO zu § 44 Nr. 2.2.1 – 2.2.3; 2.4.³⁰⁸



3.1.3.3. Das Subventionsverhältnis

Der folgende Subventionsbegriff³⁰⁹, der hier der Erläuterung des Subventionsverhältnisses zugrundegelegt wird, dürfte danach in der verwaltungsrechtlichen Literatur weitgehend konsensfähig sein: Unter Subventionen sind vermögenswerte Leistungen einer rechtsfähigen Einrichtung der öffentlichen Hand an eine natürliche Person, eine juristische Person des Privatrechts oder - unter bestimmten Voraussetzungen - des öffentlichen Rechts ohne marktmäßige Gegenleistung zur Verwirklichung im öffentlichen Interesse liegender Ziele zu verstehen.³¹⁰ Demzufolge unterfallen dem Subventionsbegriff nicht nur wirtschaftsfördernde staatliche Leistungen, sondern auch Leistungen zur Förderung von kulturellen und sozialen Belangen (z. B. Theater und Filmförderung, Förderung des Gesundheitswesens usw.). Subventionen und Beihilfen dienen dazu, durch direkte oder indirekte Leistungen bestimmte, im öffentlichen Interesse liegende Zwecke zu erreichen.

³⁰⁷ Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 23 BHO Rz. 6; Teich/ Beck DöV 2006, 556 (556)

³⁰⁸ Genauer zu diesen Finanzierungsarten Münder RsDE 1996 (34) S.1 (24); Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 44 Rz. 5

³⁰⁹ Zum Fehlen eines einheitlichen Subventionsbegriffes Badura/ Huber, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rz.112

³¹⁰ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 5; Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 381 Rz. 1272; ähnlich auch Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rz. 108

Eine gesetzliche Regelung des Subventionsverhältnisses ist nicht vorhanden.³¹¹ Allgemein kann man das Subventionsverhältnis als Rechtsbeziehung zwischen Subventionsgeber und -nehmer beschreiben.³¹² Dabei kann jede rechtsfähige Einrichtung der öffentlichen Hand als Subventionsgeber in Frage kommen. Subventionsempfänger können natürliche Personen sowie juristische Personen des Privatrechts sein. Wenn die Anteile der juristischen Person ganz oder teilweise von der öffentlichen Hand gehalten werden, kann diese Person ebenfalls Subventionsempfänger sein. Juristische Personen des öffentlichen Rechts können hingegen nur dann Empfänger einer Subvention sein, wenn sie sich in einer subventionstypischen Lage befinden.

Die Subvention wird gewährt, um im öffentlichen Interesse liegende Ziele zu verwirklichen. Ob es sich dabei um ein zulässiges Ziel handelt oder die gewährte Leistung zur Erreichung des Ziels geeignet ist, spielt für die Frage der Rechtmäßigkeit der Subvention eine Rolle. Welches das angestrebte Ziel ist, wird vom Subventionsgeber bestimmt. Das Subventionsziel wird nicht alleine durch die Gewährung der Subvention erreicht. Die Subvention soll erst ein Verhalten des Subventionsempfängers hervorrufen, das zum Subventionsziel führt. Ein entsprechendes Verhalten des Subventionsempfängers an den Tag zu rufen, wird als Subventionszweck bezeichnet. (Primärer) Subventionszweck und (sekundäres) Subventionsziel sind daher voneinander zu unterscheiden. Während die Verfolgung eines im öffentlichen Interesse liegenden Subventionsziels für das Vorliegen einer Subvention von Bedeutung ist, kommt es bspw. für die Zulässigkeit der Rückforderung einer Subvention u.a. auf die Erreichung des Subventionszwecks (!) an.

Problematisch ist die Frage, inwiefern zur Gewährung einer Subvention ein Gesetzesvorbehalt im Verhältnis zum Subventionsempfänger und zu einem Dritten, z.B. Konkurrenten nötig ist.³¹³ Grundsätzlich gelten hier die Ausführungen zum Gesetzesvorbehalt in der Leistungsverwaltung entsprechend. Wenn die Grundrechte in besonderer Weise durch die Subvention berührt werden, genügt eine Bereitstellung der Mittel im Haushaltsplan nicht.³¹⁴ Unter Umständen ist sogar ein Parlamentsgesetz

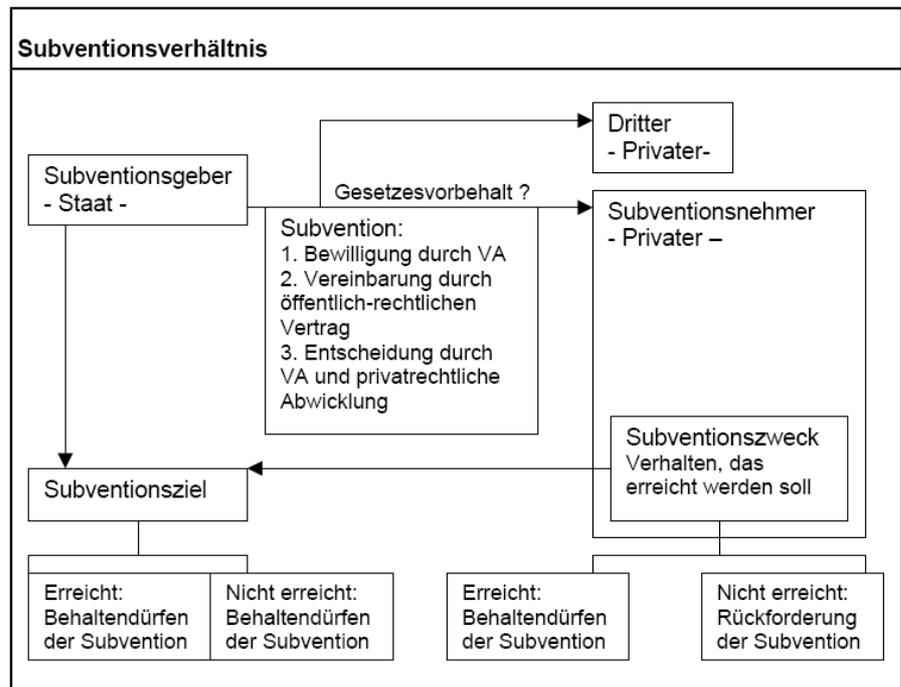
³¹¹ Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rz. 112

³¹² Im folgenden nach Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 7 - 12

³¹³ Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht Kap. 3 Rz. 113

³¹⁴ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 383 Rz. 1281 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung z.B. BVerwG NJW 1977,1839

nötig, wenn die Subventionierung in die Grundrechte Dritter eingreift.³¹⁵ Ein Parlamentsgesetz ist eingeschränkt nötig bei einer gesamtwirtschaftlichen Bedeutung, besonderer Höhe, Auswirkungen auf den Wettbewerb und verfassungsrechtlich geschützten Institutionen. Darauf verzichtet werden kann jeweils bei einer Subventionsvergabe nach dem Gießkannenprinzip.³¹⁶



Die Rechtsbeziehungen zwischen Subventionsgeber und Subventionsnehmer können auf sehr unterschiedliche Art und Weise ausgestaltet sein. Es sind öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Ausgestaltungen möglich.³¹⁷ Meist wird es sich um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis handeln. Die Subventionen können durch Verwaltungsakt i. S. d. § 35 VwVfG bewilligt werden³¹⁸. In diesem Bescheid können z. B. auch bestimmte Verhaltensweisen des Subventionsempfängers verlangt werden.³¹⁹ An die Stelle dieses Verwaltungsaktes kann auch ein entsprechender öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne der §§ 54 ff VwVfG treten.³²⁰ In diesen Fällen wird die

³¹⁵ Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht Kap. 3 Rz. 113; BVerfGE 40, 237 (249) wegen Eingriff in Art. 5 GG bei der Pressesubvention. Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 16

³¹⁶ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 16

³¹⁷ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 384 Rz. 1283;

³¹⁸ Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rz. 114

³¹⁹ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 384 Rz. 1284

³²⁰ Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rz. 114

Entscheidung über das Ob und das Wie der Subventionierung in öffentlich-rechtliche Formen gekleidet.³²¹ Im Rahmen der grundsätzlich bestehenden Formenwahlfreiheit kann auch eine rein privatrechtliche Rechtsform zur Abwicklung eines Subventionsverhältnisses gewählt werden. Es findet vor allem bei Sachleistungen Anwendung.³²² In diesem Fall sind die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts³²³ zu beachten. Man spricht vom Verwaltungsprivatrecht, wenn unmittelbar Verwaltungsaufgaben in der Form des Privatrechts erfüllt werden. Nach neuerer Auffassung ist die Verwaltung, obwohl sie privatrechtlich tätig ist, unmittelbar und in vollem Umfang an die Grundrechte gebunden, Art. 1 II GG.

Möglich ist es außerdem, im Sinne einer „Zweistufentheorie“ davon auszugehen, dass über das „Ob“ der Subventionierung im öffentlich-rechtlichen Gewand entschieden wird und nur die Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses in privatrechtlicher Form erfolgt.³²⁴

Zwei Fragen sind deutlich zu unterscheiden: die Notwendigkeit eines Gesetzes- oder gar Parlamentsvorbehaltes bei der Subventionierung und das Bestehen eines Anspruchs auf Subventionsgewährung.

Soweit ein (Parlaments-)Gesetz ein entsprechendes subjektives Recht einräumt, sind beide Fragen natürlich bereits beantwortet. Allenfalls könnte sich bei entsprechend unklarer Formulierung noch die Frage stellen, ob es sich bei einer solchen Regelung um ein subjektiv öffentliches Recht handelt. Dies ist unter Anwendung der sog. Schutznormtheorie zu beantworten.³²⁵ Soweit eine Rechtsnorm nicht nur das öffentliche Interesse schützen soll, sondern auch die Interessen eines aus der Norm erkennbaren abgrenzbaren Personenkreises, liegt ein subjektiv öffentliches Recht vor und damit ein Rechtsanspruch. Oftmals sind im Rahmen von Subventionierungen nur Mittel im Haushaltsplan ausgewiesen. Der Haushaltsplan, Art. 110 I GG, ist Bestandteil des Haushaltsgesetzes, Art. 110 II GG, und könnte damit als entsprechende gesetzliche Grundlage, auch im Sinne eines Gesetzesvorbehaltes, angesehen werden. Das Haushaltsgesetz wird als Gesetz im formellen Sinne eingeordnet. Es enthält die Ermächtigung der Exekutive zur Vornahme der im Haushaltsplan vorgesehenen Ausgaben. Das Haushaltsgesetz enthält die Feststellung, d.h. die Annahme des

³²¹ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 59

³²² Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 60

³²³ Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht Kap. 3 Rz. 78

³²⁴ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 384 Rz. 1286; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht § 6 Rz. 62

³²⁵ Sodan/ Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 71 Rz. 3

Haushaltsplanes und muss vor Beginn des Rechnungsjahres ergehen. Bei der Verkündung des Haushaltsgesetzes wird nur der Gesamtplan des Haushaltsplanes als Anlage mitveröffentlicht. Das ist lt. BVerfG durch den Grundsatz der Budgetöffentlichkeit geboten. Die im Gesamtplan enthaltenen Einzelpläne sind ebenfalls Teil des Haushaltsgesetzes. Sie sind als Anlage zum Bundesgesetzblatt zu publizieren. Nach herrschender Auffassung können jedoch keine Rechte aus dem Haushaltsgesetz bzw. -plan hergeleitet werden. Eine Außenwirkung kommt dem HHG nicht zu, es begründet keine Rechte und Pflichten für Personen, denen nach dem Haushaltsplan bestimmte Mittel zu gute kommen sollen.³²⁶ Andererseits entfallen gesetzlich vorgesehene Ansprüche nicht, nur weil im Haushaltsplan entsprechende Mittel nicht vorgesehen sind.

Bei allein im Haushaltplan ausgewiesenen Mitteln steht die Subventionsgewährung im Ermessen der zuständigen Behörde (freie Subventionen). Ein Anspruch besteht lediglich auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung der Subventionsfrage. Auch soweit Subventionsrichtlinien bestehen, können Ansprüche auf begehrte Zuwendungen nicht hergeleitet werden. Richtlinien sind in diesem Fall ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften und haben zunächst nur verwaltungsinterne Bedeutung. Von rechtlicher Bedeutung ist damit allein die (willkürfreie) behördliche Handhabung der Förderrichtlinien. Mittelbare Außenwirkung erhalten sie über Art. 3 I GG und den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung.³²⁷ Insoweit besteht aus Art. 3 I GG (Gleichheitssatz) bzw. aus dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung ein Anspruch jedes Subventionsinteressenten darauf, dass auch ihm gegenüber nach diesen Richtlinien verfahren wird, sofern die Behörde dies in anderen Fällen auch getan hat. Erfüllt der Bewerber die in der Subventionsrichtlinie vorgesehenen Voraussetzungen und haben alle anderen Unternehmen, die den Voraussetzungen genügen, eine Subvention erhalten, so hat der Bewerber unmittelbar aus Art. 3 I GG einen Anspruch auf Subventionierung. Denn ohne hinreichenden sachlichen Grund darf die Verwaltung nicht von einer derartigen Übung abweichen. Voraussetzung ist allerdings, dass die bereitgestellten Haushaltsmittel noch nicht erschöpft sind.³²⁸ Hat sich die Behörde jedoch in ihrer Praxis nicht an die Vorgaben der Subventionsrichtlinie gehalten, so ist eine Selbstbindung der Verwaltung nicht entstanden. Nur

³²⁶ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 15

³²⁷ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 6

³²⁸ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 55; Sodan/ Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 64 Rz. 6

tatsächliche Anwendung der Richtlinien bringt deren Selbstbindung zur Entfaltung und kann einen Anspruch aus Art. 3 I GG vermitteln.³²⁹

Aus dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Gebot des Vertrauensschutzes (Art. 20 III und 28 I 1 GG) ergibt sich ebenfalls kein Anspruch auf Subventionierung im Sinne einer weitergehenden Förderung. Denn ein Subventionsnehmer muss stets mit dem künftig teilweisen oder gar völligen Wegfall der Subvention rechnen.³³⁰ Auch ein durch Verwaltungsvorschriften festgelegtes Förderungsprogramm kann ohne Verstoß gegen Art. 3 I GG aus sachlichem Grund jederzeit geändert werden.³³¹

Anspruch auf Subventionen						
Grundlage: Schutznormtheorie						
1. Haushaltsgesetz als formelles Gesetz ohne Außenwirkung:						
	<table border="1"> <tr> <td>Haushaltsplan</td> <td>Gesamtplan</td> <td rowspan="2">Struktur:</td> </tr> <tr> <td colspan="2">Haushaltsgesetz</td> </tr> </table>	Haushaltsplan	Gesamtplan	Struktur:	Haushaltsgesetz	
Haushaltsplan	Gesamtplan	Struktur:				
Haushaltsgesetz						
2. Richtlinien als Verwaltungsinnenrecht ohne Außenwirkung						
	Ausnahme: bei tatsächlicher Anwendung der Richtlinien entsteht Anspruch auf Gleichbehandlung (mittelbare Außenwirkung der Richtlinie) aus Art. 3 I GG					
3. Vertrauensschutz nach Art. 20 III, 20 I 1 GG						
Im Ergebnis besteht ohne spezielle Grundlage kein Anspruch, aber Anspruch auf fehlerfreie Ermessenausübung						

3.1.3.4. Die Rückforderung von Subventionen

Bei der Rückforderung von Subventionen ist zwischen der Aufhebung der Subventionsentscheidung und der Rückzahlung der gewährten Subvention zu unterscheiden.³³² Die Rückabwicklung ist darüber hinaus davon abhängig, wie das Subventionsverhältnis ausgestaltet wurde.

³²⁹ Sodan/ Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 64 Rz. 6

³³⁰ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 64 Rz. 56

³³¹ BVerwG vom 11.5.2006 5 C 10.05 DöV 2006, 867 (869); OVG Hamburg vom 21.12.2004 1 Bs 535/04 NVwZ-RR 2005,258 (258)

³³² Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 385 Rz.1289; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 63

Sofern die Entscheidung über die Subventionsvergabe durch einen Verwaltungsakt fällt, ist dieser zunächst nach §§ 48ff VwVfG aufzuheben.³³³ Die Voraussetzungen für die Aufhebung eines Subventionsbescheids unterscheiden sich danach, ob die Bewilligung zum Zeitpunkt ihres Erlass rechtmäßig war oder nicht. Rechtmäßige Subventionsbescheide werden widerrufen, rechtswidrige zurückgenommen.

Zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer nationalen Subvention gehören:³³⁴

- Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage, soweit vorhanden
- falls keine vorhanden: Fehlende Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage
- Ausweisung der Mittel im Haushaltsplan
- Ausübung von pflichtgemäßem Ermessen
- Bei Vorhandensein von Subventionsrichtlinien (ermessenslenkende VwV)
- tatsächliche Anwendung der Subventionsrichtlinien mit einer Selbstbindung der Verwaltung durch Art. 3 I GG
- keine unmittelbare Außenwirkung
- keine Veröffentlichungspflicht
- Beachtung der haushaltsrechtlichen Vorgaben. Ihre Verletzung führt zwar zur Rechtswidrigkeit der Subvention aber nicht im Verhältnis zum Subventionsempfänger. Zu diesen haushaltsrechtlichen Vorgaben gehören auch die Voraussetzungen, die Zuwendungen erfüllen müssen, § 23 BHO.

Ein rechtswidriger Bewilligungsbescheid kann gemäß § 48 Abs. 1 VwVfG grundsätzlich wieder aufgehoben werden.³³⁵ Rechtswidrig war eine Subventionsvergabe vor allem dann, wenn die oben genannten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt waren. Soweit die Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 VwVfG vorliegen, kann die Aufhebung auch rückwirkend (ex tunc) erfolgen. § 48 Abs. 2 und 4 VwVfG schränken den Grundsatz der freien Rücknehmbarkeit ein.

Maßgeblich für den Subventionsbescheid als sog. Geldleistungsverwaltungsakt ist § 48 Abs. 2 und 4 VwVfG. Danach ist eine Aufhebung des Subventionsbescheids nicht möglich, wenn der Subventionsnehmer sich auf Vertrauensschutz berufen kann und die

³³³ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 385 Rz. 1290, 1292 - 1294; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 68ff

³³⁴ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 13 - 16

³³⁵ Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 44 BHO Rz. 8

Behörde nicht innerhalb eines Jahres nach Kenntnis von der Rücknehmbarkeit die Rücknahme ausspricht. Für das Subventionsrecht wird häufig § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG von Bedeutung sein, wonach das Vertrauen des Begünstigten auf den Bestand des Verwaltungsaktes in der Regel schutzwürdig ist, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder Vermögensdispositionen getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Hierunter fällt bspw. der Fall, dass der Subventionsempfänger die Subvention in einer dem Subventionszweck entsprechenden Weise eingesetzt hat.³³⁶ Hingegen kann sich der Subventionsnehmer nicht auf Vertrauensschutz berufen, wenn er die Bewilligung der Subvention durch falsche Angaben in seinem Antrag erschlichen hat.³³⁷

Wurde eine Subvention ausnahmsweise nicht durch Bescheid, sondern durch öffentlich-rechtlichen Vertrag oder durch privatrechtlichen Vertrag gewährt, bestimmt sich die Rückforderung nach den jeweils getroffenen Abreden bzw. nach den jeweils gesetzlichen Vorschriften. Für den öffentlich-rechtlichen Vertrag wäre dies § 60 VwVfG.

Rückforderung von Subventionen		
Bewilligung	Durchführung	Rückforderungsvoraussetzungen
Durch VA	Durch VA	§§ 48 ff (L)VwVfG Rücknahme oder Widerruf des VA
Durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	Durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	§ 60 (L)VwVfG
Durch VA	Privatrechtlicher Vertrag	VA: §§ 48 ff (L)VwVfG Privatrechtlicher Vertrag: § 812 i.V.m. § 119, 134, 138, 242 BGB

3.1.3.5. Rechtsschutz³³⁸

Hinsichtlich der Rechtsschutzziele im Kontext der Gewährung von Subventionen kommen drei verschiedene Interessenlagen in Frage:

- Ein Unternehmen, das eine Subvention oder Beihilfe bereits erhalten hat, möchte diese ungeschmälert behalten oder ist hinsichtlich der Einzelheiten der Durchführung des Subventionsverhältnisses anderer Auffassung als die Behörde.

³³⁶ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 68

³³⁷ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 69

³³⁸ Im Folgenden nach Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 102-108, 113-116

- Ein Unternehmen hat eine Subvention oder Beihilfe noch nicht erhalten, möchte aber eine erhalten.
- Ein Unternehmen, möchte sich gegen die Förderung eines konkurrierenden Unternehmens wehren.

Zuständig für die Durchsetzung von subventionsrechtlichen Streitigkeiten sind die nationalen Gerichte. Dennoch kann in Deutschland auch der ordentliche Rechtsweg oder der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Welcher der Rechtswege einschlägig ist, ist abhängig von der konkreten privat- oder öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses.

Entstehen zwischen Subventionsgeber und Subventionsempfänger Streitigkeiten bei der Durchführung des Subventionsverhältnisses, z. B. über die Einhaltung von Rückzahlungsterminen, die Erfüllung vertraglicher Nebenpflichten wie z. B. Dokumentationspflichten, so ergeben sich Probleme der Wahl des richtigen Rechtswegs nur bei zweistufigen gemischt öffentlich-rechtlich/privatrechtlichen Subventionsverhältnissen. In der Regel wird es sich hierbei um Fragen handeln, die das „Wie“ der Subventionierung betreffen und ausschließlich auf der Stufe des privatrechtlichen Vertrages angesiedelt sind. Für diesbezügliche Streitigkeiten sind die ordentlichen Gerichte zuständig.

Der Rechtsschutz gegen die Rückforderung von Subventionen richtet sich nach dem Charakter des Rückabwicklungsverhältnisses. Ist ein Erstattungsbescheid nach § 49a I 2 VwVfG erlassen worden, so kann sich der Subventionsempfänger hiergegen mit der Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht zur Wehr setzen. Rückforderungsansprüche unter dem Gesichtspunkt des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs muss die Behörde selbst vor dem Verwaltungsgericht mittels Leistungsklage geltend machen. Bereicherungsansprüche aus den §§ 812 ff BGB hat die Behörde vor den ordentlichen Gerichten einzuklagen.

Will ein bisher nicht begünstigtes Unternehmen die Gewährung einer Subvention gerichtlich durchsetzen, so hängt die zu wählende Rechtsschutzform von der Ausgestaltung des angestrebten Subventionsverhältnisses ab: Verpflichtungsklage im Verwaltungsrechtsweg ist zu erheben, wenn über das „Ob“ der Subventionierung durch Verwaltungsakt entschieden wird. Sofern keine Reduzierung des Ermessens der über die Subventionsvergabe entscheidenden Behörde auf Null vorliegt, wird allerdings nur eine Bescheidungsklage in Betracht kommen. Einstufige

Subventionsgewährungen durch Vertrag sind durch Leistungsklage vor den Verwaltungsgerichten bzw. Zivilgerichten durchzusetzen, je nach Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses.

Die Rechtsschutzmöglichkeiten eines Unternehmens, dessen Konkurrent durch die Gewährung einer Subvention begünstigt wird, hängen zunächst vom Rechtsschutzziel ab: Will das nicht begünstigte Unternehmen selbst eine Subvention wie das konkurrierende Unternehmen erhalten (positive Konkurrentenklage), so richtet sich der Rechtsschutz nach oben genannten Grundsätzen.

Der nicht begünstigte Konkurrent kann sich jedoch auch darauf beschränken, die Subventionierung des anderen Unternehmens zu verhindern, ohne selbst eine Subvention erhalten zu wollen (negative Konkurrentenklage).

Gegen durch Verwaltungsakt getroffene Subventionsentscheidungen kann der Konkurrent mit einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage (§ 42 I VwGO) vorgehen. Bei einstufigen Subventionsgewährungen durch öffentlich-rechtlichen Vertrag kann Rechtsschutz über die Feststellungsklage (§ 43 VwGO) oder eine vorbeugende Unterlassungsklage zu den Verwaltungsgerichten gesucht werden.

Während die nach § 42 II VwGO erforderliche Klagebefugnis des nicht begünstigten Konkurrenten in Anbetracht der nicht von vornherein auszuschließenden Beeinträchtigung des Konkurrenten in seinen Grundrechten aus Art. 3 II GG (wirtschaftliche Chancengleichheit), Art. 12 I GG (Wettbewerbsfreiheit) und Art. 14 I GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbegebiet) in der Regel bestehen wird, ist die Begründetheit der Klage nur in Ausnahmefällen gegeben. Eine Rechtsverletzung des nicht subventionierten Konkurrenten liegt nur vor, wenn er willkürlich aus dem Kreis der Subventionsempfänger ausgeschlossen worden ist oder seine wettbewerbliche Position in unerträglichem Maße eingeschränkt und das Unternehmen tatsächlich in seinen Wettbewerbsmöglichkeiten unzumutbar geschädigt wird.

3.1.4. Vergaberecht

Ein weiterer Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts, der ebenfalls zunehmende Bedeutung für die sozialen Einrichtungen gewinnt, ist das Vergaberecht. Das Vergaberecht, genauer: das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge, erfasst diejenigen Vorschriften und Regeln, die dem

Staat und seinen Untergliederungen oder sonstigen öffentlichen Auftraggebern beim Kauf von Gütern oder Inanspruchnahme sonstiger Leistungen am Markt mittels eines entgeltlichen Vertrags eine bestimmte Vorgehensweise vorschreiben.³³⁹ Das deutsche Vergaberecht ist zweigeteilt und ein gutes Beispiel für das Einwirken der EU-Gesetzgebung auf die nationale Rechtsordnung.³⁴⁰ Vor der Vergaberechtsreform 1999 galt die sog. haushaltsrechtliche Lösung. Der Zweck des Vergaberechts wurde darin gesehen, die öffentlichen Finanzressourcen zu schonen.³⁴¹ Entsprechend war es Bestandteil des Haushaltsrechts.³⁴² In die Neufassung von 1999 wurden die EU-rechtlichen Vorgaben eingearbeitet. Dazu gehören u.a. die Richtlinie über öffentliche Bauaufträge, die Lieferkoordinationsrichtlinie³⁴³ und die Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie.³⁴⁴ Der Grund der EU, sich mit dem Vergabewesen zu beschäftigen, war nicht das Ziel der Schonung der öffentlichen Ressourcen, sondern die Verwirklichung der Grundfreiheiten des EGV.³⁴⁵ Anders als das haushaltsrechtliche Vergaberecht wählten die EU-Kodifizierungen den Schutz konkurrierender Bieter zum Ziel, sog. wettbewerbsrechtliche Lösung.³⁴⁶ Die entsprechenden Regelungen findet man nun auch nicht im Haushaltsrecht sondern in §§ 97-129 GWB sowie den zugehörigen Verordnungen. Neben dem EU-rechtlich geprägten wettbewerbsrechtlichen Vergaberecht findet jedoch das nationale Vergaberecht nach Haushaltsrecht weiterhin Anwendung.³⁴⁷ Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche erfolgt entsprechend § 100 I GWB anhand des Erreichens des Schwellenwertes des Auftrages.³⁴⁸ Liegt der wirtschaftliche Wert des Auftrages oberhalb dieser Grenzen findet das wettbewerbliche Vergaberecht nach GWB Anwendung. Bei Werten darunter findet das haushaltsrechtliche Vergaberegime Anwendung.

Ab Erreichen der Schwellenwerte des § 100 I GWB gelten die §§ 97 ff GWB, die VgV sowie die Verdingungsordnungen:³⁴⁹ VOB/A, VOF, VOL/A. Das Verhältnis der Kodifizierungen zueinander ist hierarchisch geordnet,

³³⁹ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 1; Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht Kap. 3 Rz. 133

³⁴⁰ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 1; Pache DVBI 2001,1781 (1784)

³⁴¹ Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rz. 133; Pache DVBI 2001,1781 (1781); Mrozynski SF 1999, 221(224)

³⁴² Pache DVBI 2001,1781 (1785)

³⁴³ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 395 Rz. 1321

³⁴⁴ Pache DVBI 2001,1781(1784)

³⁴⁵ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 5

³⁴⁶ Mrozynski SF 1999, 221(224); Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 395 Rz. 1321; Pache DVBI 2001, 1781 (1781)

³⁴⁷ Pache DVBI 2001,1781(1785)

³⁴⁸ Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser EU-rechtlich vorgesehenen Ausnahme Gebrauch gemacht: Mrozynski ZFSH/SGB 2004,451 (452)

wonach das GWB die höchstrangige Normquelle darstellt und die Verdingungsverordnungen den niedrigsten Rang innehaben. Inhaltlich zeichnen sich die Quellen durch einen zunehmenden Konkretisierungsgrad hin zu den Quellen niedrigsten Ranges aus. Diese Dreiteilung wird als Kaskadenprinzip bezeichnet.³⁵⁰ Welche der Verdingungsordnungen anzuwenden ist, richtet sich nach dem Gegenstand den der Auftraggeber beschaffen möchte.³⁵¹ Für den Bereich der sozialen Einrichtungen ist die VOB/A sicherlich nicht einschlägig, denn sie findet bei Bauleistungen Anwendung, also bei der Herstellung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung einer baulichen Anlage, § 1 VOB/A. Anders kann dies jedoch bei der VOF oder VOL/A sein, wobei letztere gleichzeitig eine Auffangfunktion hat, d.h. eingreift, wenn weder VOF noch VOB/A einschlägig sind. Der Anwendungsbereich der VOF betrifft Leistungen im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen.³⁵² Unterhalb der Schwellenwerte sind diese Regelungen nicht anwendbar. Dagegen sind die einschlägigen Bestimmungen der Haushaltsordnungen zu beachten, vgl. § 55 BHO. VOL/A und VOB/A finden, angeordnet durch Verwaltungsvorschriften, Anwendung und haben für diesen Bereich selbst die Rechtsnatur als Verwaltungsvorschrift.³⁵³ Im Übrigen sind sie im Bereich oberhalb der Schwellenwerte aufgrund der statischen Verweisungen aus der VgV als Rechtsverordnungen zu qualifizieren. Die VgV ist nicht unterhalb der Schwellenwerte anwendbar.³⁵⁴

³⁴⁹ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 395 Rz. 1324; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 6

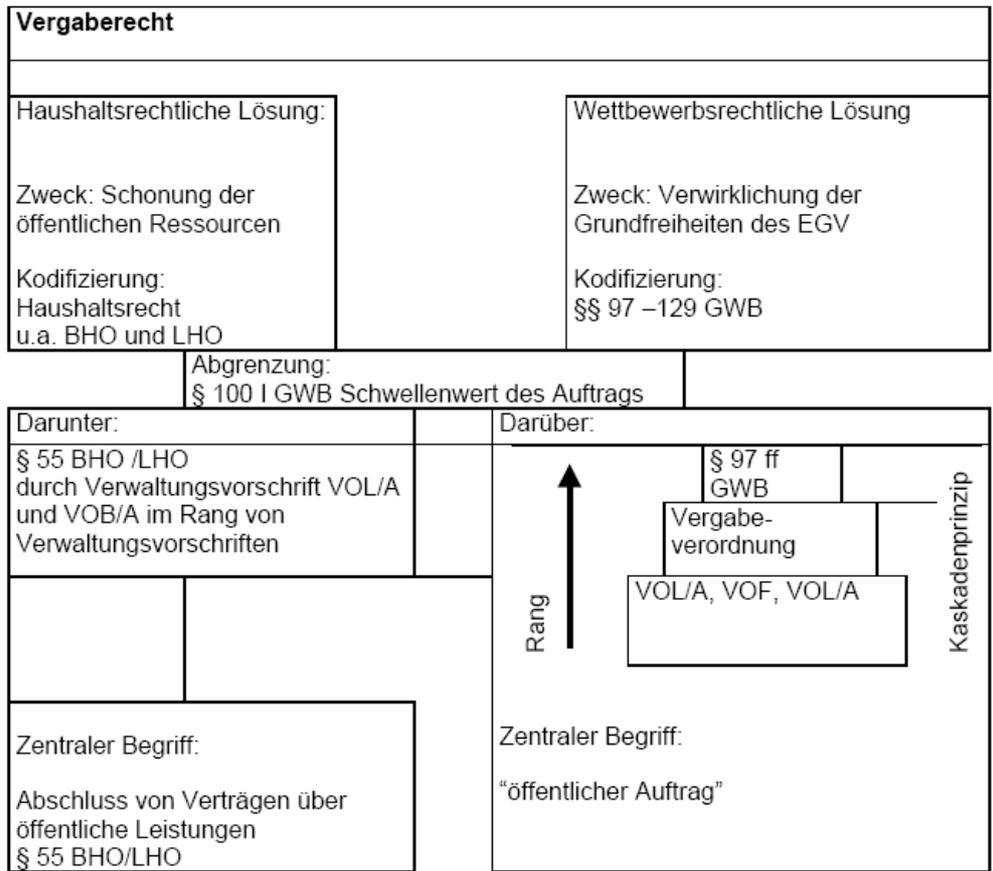
³⁵⁰ Pache DVBI 2001,1781(1786); Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 6

³⁵¹ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 7

³⁵² Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 7

³⁵³ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 10; Pache DVBI 2001,1781 (1785); Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rz.133; ähnlich Mrozyński SF 1999, 221 (224): „innerdienstliche Weisungen zu § 55 BHO“

³⁵⁴ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 10; Pache DVBI 2001, 1781 (1786)



Wesentlich ist, dass es zwar viele identische oder vergleichbare Strukturen für die Vergabe öffentlicher Aufträge ober- und unterhalb der Schwellenwerte gibt. Es handelt sich dennoch um getrennte Gebiete, die eigene Begrifflichkeiten und Institute ausgebildet haben.

3.1.4.1. Das Vergaberecht nach GWB

Für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte gilt, dass der persönliche und sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts nach GWB durch die Begriffe des öffentlichen Auftrags, des öffentlichen Auftraggeberbegriffs und Unternehmens definiert ist. Im Zuge der zunehmenden Verflechtung des Staates in wirtschaftliche Tätigkeiten in den unterschiedlichsten Rechtsformen einer Privatisierung konnte eine Orientierung am institutionellen Auftraggeberbegriff die Aufgaben des GWB nicht ausreichend erfüllen. Da der Staat sich durch die Wahl einer Rechtsform nicht seiner öffentlich-rechtlichen Bindungen entledigen

kann, ist eine funktionale Betrachtungsweise sowohl des Auftraggeberbegriffs als auch des Auftragnehmerbegriffs anzuwenden.³⁵⁵ In § 98 GWB wird der öffentliche Auftraggeber legaldefiniert. Man kann hier institutionelle und funktionale Auftraggeber unterscheiden. Der institutionelle Auftraggeber ist in § 98 Nr. 1 GWB geregelt. Dazu zählen u.a. Gebietskörperschaften, d.h. Bund, Länder und Gemeinden. Andere juristische Personen öffentlichen Rechts sind hiermit nicht erfasst. Funktionale Auftraggeber, zu denen dann auch andere juristische Personen öffentlichen Rechts zählen können, sind in § 98 Nr. 2 GWB geregelt.³⁵⁶ Die betreffenden juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts müssen folgende Merkmale erfüllen: Der Gründungszweck muss im Allgemeininteresse liegende Aufgaben umfassen. Die Aufgaben müssen nicht gewerblicher Art sein. Sie müssen eine besondere Staatsnähe aufweisen.³⁵⁷

Der Begriff des Allgemeininteresses ist weit auszulegen. Es genügt wenn auch eine solche Aufgabe übernommen wird, die eine spezifische Nähe zu staatlichen Aufgaben besitzt.³⁵⁸ Ob eine Aufgabe gewerblicher Natur ist, bestimmt sich nicht wie im Gesellschaftsrecht aus der Frage des Vorliegens einer Gewinnerzielungsabsicht. Nach der Rechtsprechung des EuGH deutet das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs im jeweiligen Bereich auf eine gewerbliche Natur der betreffenden Aufgabe hin.³⁵⁹ Muss sich eine Einrichtung im freien Wettbewerb behaupten, fehlt es an einer Notwendigkeit, die Schutzmechanismen des Vergaberechts einzusetzen.

Die besondere Staatsnähe wird durch § 98 Nr. 2 GWB in drei Fallgruppen umschrieben. Nach Maßgabe des § 98 Nr. 5 GWB gehören zu den Auftraggebern auch subventionierte Einrichtungen.

Der Auftragnehmer muss ein Unternehmen sein. Auch hier ist eine funktionale Sichtweise einzunehmen. Ein Unternehmen wird in der Regel eine private Rechtsnatur haben und am Markt im Wettbewerb mit anderen auftreten. Bei öffentlichen Einrichtungen kann ebenfalls eine Unternehmereigenschaft vorliegen, wenn sie wie ein Privater am Markt auftritt.³⁶⁰

Der öffentliche Auftrag ist in § 99 GWB legaldefiniert. Charakteristisch sind Vertragsnatur, seine Entgeltlichkeit und sein Gegenstand in Liefer-,

³⁵⁵ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 31

³⁵⁶ Lux JuS 2006, 969 (971)

³⁵⁷ Lux JuS 2006, 969 (971)

³⁵⁸ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 35

³⁵⁹ Lux JuS 2006, 969 (971); Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 36

³⁶⁰ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 40

Bau-, oder Dienstleistungen. Für einen Vertrag braucht es zunächst zwei übereinstimmende Willenserklärungen.³⁶¹ Dabei ist es unerheblich, ob ein öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag vorliegt.³⁶² Die Abgrenzung beider Vertragsarten erfolgt über die Vertragsgegenstandstheorie.³⁶³ Sie ist aber vergaberechtlich nicht (mehr) von Bedeutung. Dieser Vertrag muss einen Beschaffungscharakter haben und entgeltlich sein. Dabei ist das Merkmal der Entgeltlichkeit weit zu verstehen.³⁶⁴ Es umfasst außer einer Gegenleistung in Geld auch andere Arten geldwerter Leistungen. Vom öffentlichen Auftrag sind die Gestaltungen der Konzession, Inhouse Geschäfte oder PPP zu unterscheiden, mit teilweise unterschiedlichen Folgen. Konzessionen erfüllen zwar in der Regel nicht die Merkmale des öffentlichen Auftrags, werden jedoch teilweise der Geltung des Vergaberechts unterstellt.³⁶⁵ Bei der Konzession trägt der Unternehmer das wirtschaftliche Risiko seiner Leistung. Sein vom öffentlichen Auftraggeber erhaltenes Entgelt liegt darin, dass er das Recht erhält, sich bei den Endnutzern seiner Leistungen zu refinanzieren. Der Unternehmer muss das ausschließliche oder überwiegende Risiko tragen, damit eine Konzession angenommen werden kann. Es handelt sich nicht mehr um eine Konzession, wenn dem Unternehmer über das Abnahmerisiko hinaus auch das Preisrisiko abgenommen wird.³⁶⁶ In diesem Fall liegt ein öffentlicher Auftrag vor. Bei der Vergabe von Konzessionen ist zwar nicht das Vergaberecht anwendbar. Es müssen jedoch die Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts und damit insbesondere die Grundfreiheiten und damit die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, Diskriminierungsverbot und Transparenzgebot, beachtet werden.³⁶⁷ Diskriminierungsverbot, Transparenzgebot und Wettbewerbsprinzip als die beherrschenden Prinzipien des europäischen Vergaberechts sind eng verbunden.³⁶⁸ Dabei ist das Wettbewerbsprinzip das Ziel, das beide Grundsätze vereinigt. Die Grundsätze sind in § 97 I, II GWB geregelt. Das Gleichbehandlungsgebot ist aus dem primärrechtlichen Diskriminierungsverbot abgeleitet und gebietet eine Gleichbehandlung aller Teilnehmer am Vergabeverfahren. Der Transparenzgrundsatz ist aus ihm abgeleitet und erfordert die Herstellung eines angemessenen Grades an Öffentlichkeit bei der Vergabe. Die Entscheidungskriterien müssen vorhersehbar sein und das Verfahren in nachvollziehbarer Weise

³⁶¹ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 12

³⁶² Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 12; Mrozyński SF 1999, 221 (224)

³⁶³ Lux JuS 2006, 969 (972); Mrozyński ZFSH/SGB 2004, 451 (453)

³⁶⁴ Lux JuS 2006, 969 (972); Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 5

³⁶⁵ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 18

³⁶⁶ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 19

³⁶⁷ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 21

³⁶⁸ Lux JuS 2006, 969 (973)

dokumentiert werden. Bei Inhouse Geschäften findet ebenfalls keine Vergabe statt.³⁶⁹ Ein solches Geschäft liegt vor, wenn eine bestimmte Aufgabe eines öffentlichen Auftraggebers durch eine eigene rechtlich unselbständige Stelle des Auftraggebers wahrgenommen wird.³⁷⁰ Mittlerweile hat der EuGH entschieden, dass bereits eine Minderheitenbeteiligung eines privaten Unternehmens an der rechtlich unselbständigen Stelle die Möglichkeit einer Inhouse-Vergabe verhindert.³⁷¹ Vergaberecht ist in diesen Fällen zu beachten. Auch die Eingehung einer PPP kann bei Vorliegen eines Beschaffungsbezuges dem Vergaberecht unterliegen. Dies ist insbesondere bei dem Betreiber- und Betriebsführungsmodell der Fall, selten beim Konzessionsmodell (Baukonzession).³⁷²

Anwendungsbereich des Vergaberechts nach §§ 97 ff GWB	
Sachlicher Anwendungsbereich:	
1. Schwellenwert § 100 I GWB 2. Öffentlicher Auftrag § 99 GWB Vertragsnatur: öffentlich oder privatrechtlich, Synallagma Entgeltlichkeit: Geld oder geldeswerte Gegenleistung NICHT: Konzessionen (kein Vergaberecht) Inhouse Geschäfte (kein Vergaberecht) Public Private Partnership (nur bei Beschaffungsbezug Vergaberecht)	
Persönlicher Anwendungsbereich:	
	1. Öffentlicher Auftraggeber § 98 GWB 2. Auftragnehmer

3.1.4.2. Verfahrensarten bei Vergabe nach Haushaltsrecht

Die Verfahrensarten oberhalb der Schwellenwerte bilden verschiedene Grundtypen.³⁷³ Das offene Verfahren, § 101 II GWB, (auch: formelles Verfahren)³⁷⁴ führt dazu, eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Angeboten öffentlich aufzufordern. Nicht offene Verfahren nach § 101 III GWB erfordern eine öffentliche Aufforderung zur

³⁶⁹ Lux JuS 2006, 969 (973)

³⁷⁰ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 22

³⁷¹ Lux JuS 2006, 969 (972);

³⁷² Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 28

³⁷³ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 54; Lux JuS 2006, 969 (973); Pache DVBl 2001, 1781 (1784)

³⁷⁴ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 396 Rz.1326

Teilnahme. Aus dem damit entstehenden Bewerberkreis wird eine begrenzte Anzahl von Unternehmen zur Teilnahme aufgefordert.³⁷⁵

Schließlich gibt es Verfahren, die Verhandlungen mit mehreren Unternehmen einleiten. Dies ist zum einen das Verhandlungsverfahren, § 101 IV GWB. Mit oder ohne Aufforderungen zur Teilnahme wendet sich der Auftraggeber an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren über Auftragsbedingungen zu verhandeln. Der wesentliche Unterschied zwischen offenem und nicht offenem Verfahren zum Verhandlungsverfahren liegt in der Möglichkeit zur Verhandlung. Die Verhandlung dient dazu, welches Unternehmen die bestmögliche Leistungserbringung erwarten lässt. Es ist ein wenig formalisiertes Verfahren. Seine Grenzen findet es neben wenigen Vorschriften in den allgemeinen Vergabegrundsätzen und darin, dass der Auftraggeber letztlich nicht etwas völlig anderes beschaffen darf als er bestellt hat.³⁷⁶

Zum anderen besteht die Möglichkeit eines sog. wettbewerblichen Dialogs, § 101 V GWB i.V.m. § 6a VgV.³⁷⁷ Es verbindet Ausschreibungs- und Verhandlungselemente und wurde durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz vom 8.9.2005 eingeführt. Dessen Ziel war es, Hemmnisse für die Öffentlich-Privaten-Partnerschaften abzubauen und deren Rahmenbedingungen zu verbessern. Hier ergeht zunächst eine Aufforderung zur Teilnahme. Anschließend werden in einer Dialogphase Verhandlungen mit ausgewählten Unternehmen über alle Einzelheiten des Auftrags geführt,³⁷⁸ um die bestmögliche Lösung zu finden. In der Angebotsphase werden auf Basis der ausgewählten Lösungsvorschläge verbindliche Angebote der im Wettbewerb verbliebenen Unternehmen angefordert.³⁷⁹ Das Spezifische des wettbewerblichen Dialogs liegt darin, dass der öffentliche Auftraggeber zwar seinen Bedarf im Sinne einer Zielvorstellung definieren kann (Ob), aber nicht die dafür einzusetzenden Mittel (Wie). Dies markiert die Grenze zum Verhandlungsverfahren.³⁸⁰ Zum Teil wird der wettbewerbliche Dialog auch als Unterfall des Verhandlungsverfahrens verstanden.³⁸¹

Als Grundsatz für die Auswahl des richtigen Verfahrens gilt, dass das offene Verfahren der Regelfall sein soll.³⁸² Das nicht offene Verfahren ist

³⁷⁵ auch Lux JuS 2006, 969 (974)

³⁷⁶ Lux JuS 2006, 969 (974)

³⁷⁷ Lux JuS 2006, 969 (973); Piontkowski/ Steidle NDV 2007, 405 (406)

³⁷⁸ Piontkowski/ Steidle NDV 2007, 405 (406); Lux JuS 2006, 969 (974)

³⁷⁹ Lux JuS 2006, 969 (974)

³⁸⁰ Müller/ Brauser-Jung NVwZ 2007, 884 (887)

³⁸¹ Zu diesem Problem und seinen Konsequenzen Müller/ Brauser-Jung NVwZ 2007, 884 (885)

³⁸² Lux JuS 2006, 969 (973)

nur in den nach VOL/A oder VOB/A ausgeführten Ausnahmetatbeständen zulässig. Diese Hierarchie wird durch den Grundsatz ergänzt, dass eine strengere Verfahrensart im Zweifel Vorrang vor der flexibleren hat, da sie einen Zuwachs an Wettbewerb und Transparenz fördert.³⁸³

Verhältnis der Verfahrensarten			
Grundsätze des Vergabeverfahrens § 97 I, III GWB			
Gleichbehandlungsgebot Transparenzgrundsatz			
Vorrang des strengeren Verfahrens			Nachrang des mildereren Verfahrens
→			
Offenes Verfahren § 101 II GWB	Nicht offenes Verfahren § 101 III GWB	Verhandlungsverfahren § 101 IV GWB	Wettbewerblicher Dialog § 101 V GWB, § 6a VgV

3.1.4.3. Besonderheiten bei Vergabe nach Haushaltsrecht

Die Verfahrensarten unterhalb der Schwellenwerte ähneln den bereits dargestellten. Dabei entspricht die öffentliche Ausschreibung dem offenen Verfahren, die freihändige Vergabe dem Verhandlungsverfahren. Beschränkte Ausschreibung und nicht offenes Verfahren ähneln sich ebenfalls.³⁸⁴ Normativ verankert ist das haushaltsrechtliche Vergaberecht in § 55 BHO und den entsprechenden Regelungen der Landeshaushaltsordnungen. Danach sollen öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Regelfall aufgrund öffentlicher Ausschreibung erteilt werden, die nach einheitlichen Richtlinien erfolgen. Die Verdingungsordnungen gelten im Rang von Verwaltungsvorschriften. Sie werden allein als im öffentlichen Interesse an einer wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung bestehend betrachtet und haben keine individualschützende Funktion zugunsten der Bewerber um den öffentlichen Auftrag. Die Missachtung dieser Regelungen kann nach herrschender Meinung von den betreffenden Bewerbern gerichtlich nicht geltend gemacht werden.³⁸⁵

³⁸³ Nach Lux ist das Verhandlungsverfahren das nachrangigste Verfahren Jus 2006, 969 (973); a. A. wohl Müller/ Brauser-Jung NVwZ 2007, 884 (889): wettbewerblicher Dialog als nachrangigstes Verfahren.

³⁸⁴ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 396, Rz. 1326 –1328; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 55

³⁸⁵ Pache DVBl 2001,1781 (1785)

Verfahrensart nach GWB	Merkmale	Entsprechung im Haushaltsrecht
Offenes Verfahren	Öffentliche Aufforderung zur Abgabe einer unbeschränkten Anzahl von Angeboten	Öffentliche Ausschreibung
Nicht offenes Verfahren	1. Öffentliche Aufforderung zur Teilnahme 2. Aufforderung zur Teilnahme an eine beschränkte Zahl von Unternehmen	Beschränkte Ausschreibung
Verhandlungsverfahren	Mit oder ohne Aufforderung wendet sich Auftraggeber an eine ausgewählte Unternehmen	Freihändige Vergabe
Wettbewerblicher Dialog	1. Aufforderung zur Teilnahme 2. Verhandlung mit ausgewählten Unternehmern über die Einzelheiten des Auftrags	

3.1.4.4. Ausgewählte Stationen des offenen Verfahrens

Ausgewählte Stationen des Vergabeverfahrens am Modell des offenen Verfahrens zeigen einen möglichen Ablauf der Vergabe von Aufträgen.³⁸⁶

In einer Vorbereitungsphase wird der Beschaffungsbedarf bestimmt und die Leistungsbeschreibung erstellt. Die erste gesetzlich geregelte Phase ist die Publizitätsphase. Durch die Bekanntmachung der zu erbringenden Leistung wird dem Transparenzgebot Rechnung getragen. Die Bekanntmachung enthält Hinweise auf Art und Ort der zu erbringenden Leistungen, die Regeln zur Angebotseinreichung und Informationen zum Erhalt der detaillierten Vergabeunterlagen. Zu ihnen gehören eine Angebotsaufforderung, die Vertragsbedingungen und die Leistungsbeschreibung. Letztere muss die erwartete Leistung möglichst eindeutig und erschöpfend beschreiben. Die Publizitätsphase schließt mit der Versendung der Vergabeunterlagen.

Darauf folgt die Angebotsphase, in der die interessierten Bieter ihre Angebote innerhalb der Angebotsfrist einreichen. Erst nach Ablauf der Frist werden die Angebote geöffnet. Damit endet die Angebotsphase. Nach Öffnung der Angebote, die u.U. in einem Eröffnungstermin stattfindet, an dem die Bieter teilnehmen können, besteht ein Nachverhandlungsverbot. Danach sind insbesondere Verhandlungen über Änderungen der Angebotsinhalte und der Preise nicht mehr statthaft.

³⁸⁶ Ausführlich z.B. Lux JuS 2006,969(974); Überblick über das offene Verfahren bei Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 58 ff

Das Kernstück ist die Prüfungs- und Wertungsphase. Formal wird sie begrenzt durch die Zuschlagsfrist. Für den Bieter ist die Zuschlagsfrist gleichzeitig als Frist vorzusehen, innerhalb der er an sein Angebot gebunden sind, sog. Bindefrist. In dieser Phase wird die Mangelhaftigkeit des Angebots, die Bietereignung und die preisliche Angemessenheit geprüft. Mit der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes endet diese Phase. Zunächst werden die offensichtlich, d.h. formell, mangelhaften Angebote ausgeschieden. Daraufhin wird die Eignung der Bieter überprüft. Dabei sind die Kriterien des § 97 III-IV GWB zu beachten.³⁸⁷ § 97 III, IV GWB regelt die bieterbezogenen Auswahlkriterien, § 97 III GWB regelt die eigentliche Eignungsprüfung der Bieter. Die Eignung wird aus der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Unternehmen ermittelt, wenn nicht weitere oder andere Kriterien gesetzlich vorgesehen sind. Fachkunde bedeutet, dass der Bieter über die zur Erbringung der Leistungen erforderlichen Kenntnisse verfügen muss. Leistungsfähigkeit erfordert das Vorliegen der nötigen Kapazitäten in fachlicher, technischer, personeller und auch wirtschaftlicher Hinsicht. Die Frage nach der Zuverlässigkeit bezieht sich auf die Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen. Danach werden Angebote mit unangemessen hohem Preis oder zu niedrigem Preis ausgeschlossen und so das wirtschaftlichste Angebot ermittelt. Diese angebotsbezogenen Auswahlkriterien regelt § 97 V GWB. Für die Zuschlagserteilung ist danach nicht allein der Preis ausschlaggebend. Hier kann die Qualität der Leistungen berücksichtigt werden. Welche Art von Leistung und mit welchen Merkmalen der Auftraggeber nachfragen will, steht im Ermessen des Auftraggebers. Voraussetzung für eine Berücksichtigung ist allerdings die Angebotsbezogenheit. Das heißt, es muss ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bestehen. Die Kriterien dürfen dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen und sie müssen in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen genannt sein und die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts darunter insbesondere das Gleichbehandlungsgebot beachten. Nachdem das wirtschaftlichste Angebot ermittelt wurde, wird die Zuschlagsphase mit einer Vorabinformation der unterlegenen Bieter eingeleitet.³⁸⁸ Sie endet mit der Erteilung des Zuschlags. Die Erteilung des Zuschlags wird meist nicht als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 (L)VwVfG eingestuft. Die Zwei-

³⁸⁷ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 397 Rz.1329

³⁸⁸ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 397 Rz.1331

Stufen-Lehre soll im Vergabeverfahren keine Anwendung finden.³⁸⁹ Nach a.A. ist ihre Anwendung jedoch möglich.

3.1.4.5. Rechtsschutz

Während der Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte nach §§ 97 ff. GWB geregelt ist (Nachprüfungsverfahren durch die Vergabekammern auf dem Zivilrechtsweg), ist der Ausschluss eines Rechtsschutzes für Verfahren unterhalb der Schwellenwerte streitig.³⁹⁰ Der Auffassung, dass für die Streitigkeiten zur Auswahlentscheidung die Zwei-Stufen-Lehre anzuwenden sei und damit der Verwaltungsrechtsweg hinsichtlich der Vergabeentscheidung eröffnet wäre, hat das BVerwG eine Absage erteilt.³⁹¹ Das BVerfG hat die sich daraus ergebenden Beschränkungen im Primärrechtsschutz für Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte als verfassungsgemäß erachtet.³⁹² Nach anderer Ansicht ist die Anwendung der Zwei-Stufen-Lehre möglich: für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte werden diese Vergabeverfahren durch Landesrecht dem öffentlichen Recht zugeordnet. Oberhalb der Schwellenwerte erfolgt durch § 97 ff. GWB eine Zuordnung der Vergabeverfahren zum Zivilrecht.³⁹³ Daraus resultiert eine Dreiteilung des Rechtsschutzes, wonach oberhalb der Schwellenwerte die OLG Vergabesenate zuständig sind und unterhalb eine Zweiteilung des Rechtsschutzes stattfindet, je nachdem, ob die Verletzung von öffentlich-rechtlichen Grundlagen oder zivilrechtlichen gerügt wird.³⁹⁴

3.1.5. Gewerberecht - Überwachung und Zulassung eines Gewerbes

Ein Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechts ist das Gewerberecht als Sonderordnungsrecht.³⁹⁵ Als Teil der Wirtschaftsüberwachung kann zwischen der gefahrenabwehrrechtlichen Überwachung von Personen

³⁸⁹ Ennuschat/Ulrich NJW 2007, 2224 (2225) mit Nachweisen zum Streitstand und Urteil des BVerwG vom 2.5. 2007 NJW 2007, 2275. Dazu kritisch Burgi NVwZ 2007, 737ff

³⁹⁰ Dazu Ennuschat/ Ulrich NJW 2007, 2224 (2225)

³⁹¹ BVerwG vom 2.5. 2007 NJW 2007, 2275 (2278)

³⁹² BVerfG vom 13.6.2006 1 BvR 1160/03 DöV 2007, 251 ff

³⁹³ Burgi NVwZ 2007, 737 (740)

³⁹⁴ Burgi NVwZ 2007, 737 (741)

³⁹⁵ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rz. 1; Kahl in: Landmann/Rohmer, GewO, Einl Rz. 29; Pielow in: Beck-OK, GewO, § 1 Rz. 3

oder Anlagen differenziert werden. Die Überwachung von Personen wird in Spezialgesetzen geregelt, wie z.B. die aus der traditionellen Juristenausbildung bekannte Überwachung der Gastwirte nach dem GastG oder Handwerker (HandwO), oder die Heilpraktiker nach dem HPG. Als Auffangregelung gilt in allen Fällen die Gewerbeordnung. Das Sonderordnungsrecht mit Bezug zu sozialen Einrichtungen ist im HeimG und §§ 43 ff SGB VIII geregelt. Sonderordnungsrecht für Anlagen ist zum Beispiel das BImSchG und AtomG. Gemeinsam ist allen die Wurzel im Gefahrenabwehrrecht, also im Polizei- und Ordnungsrecht. Die übliche Handlungsform ist der Eingriffsverwaltungsakt.³⁹⁶ Seine Grundstruktur wurde anhand der polizeilichen Generalklauseln entwickelt und steht aber ebenfalls als Modell für die anderen Bereiche des Ordnungsrechts zur Verfügung.



3.1.5.1. Eingriffsverwaltung

Die Prüfungsvoraussetzungen eines Eingriffsverwaltungsaktes stellen sich allgemein wie folgt dar:

³⁹⁶ Zum Verhältnis von Gewerberecht und allgemeinem Verwaltungsrecht: Tettinger/ Wank in: Tettinger/ Wank, GewO, Einl. Rz. 94

1. Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage

2. Wirksamkeit der Ermächtigungsgrundlage

3. Formelle RMK

- Zuständigkeit § 1 HSOG iVm VO

- Verfahren insbes. § 28 HVwVfG

- Form §§ 37,38 HVwVfG

- Bekanntgabe § 41 HVwVfG

- Heilung § 45 HVwVfG

- keine Nichtigkeit insbes. wegen tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit § 44 HVwVfG

4. Materielle RMK

- Vorliegen der Voraussetzungen Ermächtigungsgrundlage

- Pflichtigkeit des Adressaten

- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

- Ermessen § 5 HSOG

(a) Entschließungsermessen

(b) Auswahl des Adressaten

(c) Auswahl der Maßnahme

- Vereinbarkeit der Maßnahme mit höherrangigem Recht

Bei der Frage, ob eine bestimmte Norm eine Ermächtigungsgrundlage oder nur eine Aufgabenzuweisung darstellt, ist zu beachten, dass Ermächtigungsgrundlagen die Voraussetzungen für den Eingriff bezeichnen müssen. Wenn keine Voraussetzungen für einen Eingriff benannt sind, handelt es sich um eine Aufgabenzuweisung, die nicht als Grundlage für einen Grundrechtseingriff verwendbar ist.³⁹⁷ Ein Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis ist nicht zulässig.³⁹⁸ Aufgaben und Befugnisnormen sind im Rahmen der Eingriffs- und Ordnungsverwaltung genau zu trennen. Die Ordnungsverwaltung kennt neben dem

³⁹⁷ Grundlegend z.B. Sodan/ Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 75 Rz. 8; Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, § 5 Rz. 59, 66

³⁹⁸ Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, Vor Kap. 3 Rz. 8

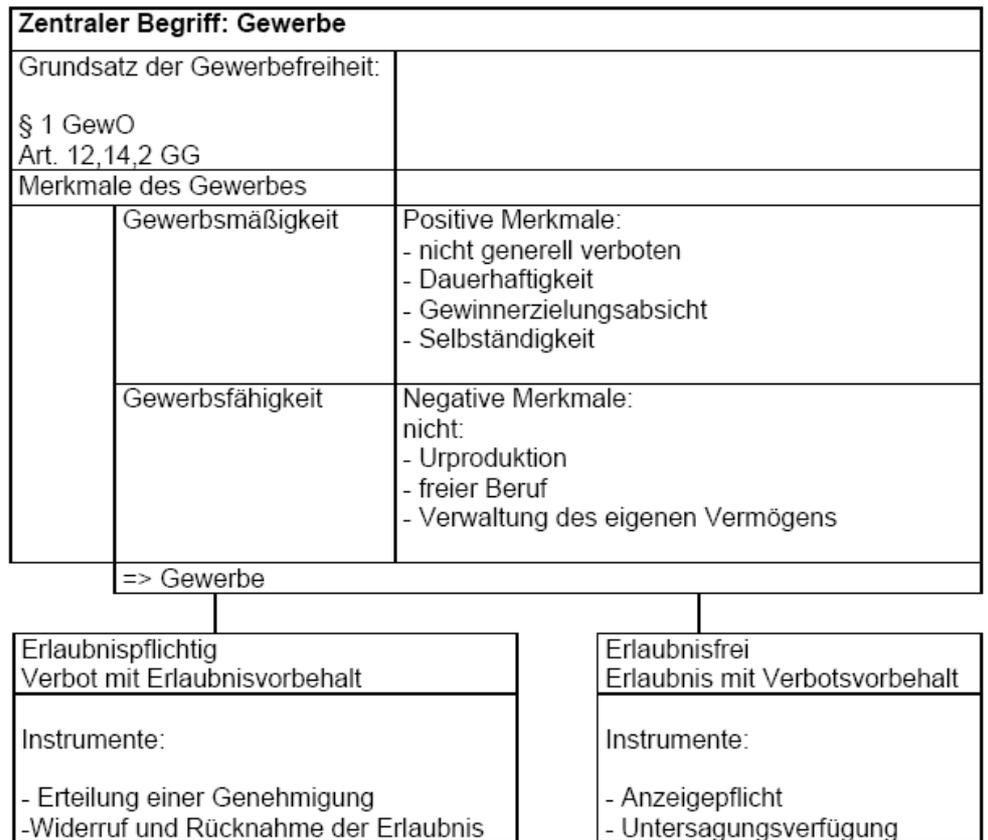
Eingriffsverwaltungsakt den Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung. Die Prüfung dieser Verwaltungsakte ist entsprechend dem Eingriffsverwaltungsakt strukturiert, mit dem Unterschied, dass das Gesetz eine Anspruchgrundlage vorsehen muss und der Adressat als Anspruchsberechtigter in den Voraussetzungen der Ermächtigunggrundlage ausdrücklich beschrieben wird. Ob ein Anspruch besteht, ist anhand der Schutznormtheorie zu ermitteln.³⁹⁹

3.1.5.2. Gewerbebegriff

Die Gewerbeordnung gilt grundsätzlich nur für die Ausübung eines Gewerbes. Zum Gewerbebegriff gehören Gewerbsmäßigkeit und Gewerbsfähigkeit.⁴⁰⁰ Zu den positiven Kriterien, die die Gewerbsmäßigkeit beschreiben, gehört, dass die ausgeübte Tätigkeit nicht generell verboten sein darf, dass sie mit Gewinnerzielungsabsicht und dauerhaft betrieben wird, sowie dass die Tätigkeit selbständig ausgeübt wird. Nicht gewerbefähig sind die Urproduktion, der freie Beruf und die Verwaltung von eigenem Vermögen, sog. negative Merkmale der Gewerbefähigkeit.

³⁹⁹ Grundlegend z.B. Sodan/ Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 71 Rz.3

⁴⁰⁰ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 280 (926); Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rz. 4 Überblick: Kahl in: Landmann/ Rohmer, GewO, Einl Rz. 32



Es werden erlaubnispflichtige von erlaubnisfreien Gewerben unterschieden. Grundsätzlich gilt der Grundsatz der Gewerbefreiheit, § 1 GewO, der verfassungsrechtlich in Art. 12, 14, 2 GG verbürgt ist.⁴⁰¹ Die Gewerbefreiheit schützt nur das „Ob“ der Zulassung. Das „Wie“ der Zulassung ist entsprechend der Struktur des Art. 12 GG intensiver beschränkbar. Da es sich bei der Beschränkung von Gewerben um einen Eingriff in den Grundsatz der Gewerbefreiheit handelt, ist eine rechtliche Grundlage erforderlich. Dieser Eingriff hat dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne zu entsprechen.⁴⁰² Die konkrete Verfügung muss verhältnismäßig im engeren Sinne sein, d.h. der Gesetzgeber muss das geeignete und mildeste mögliche Mittel zur Gefahrenabwehr gewählt haben und das Mittel muss angemessen sein.

3.1.5.3. Verbot und Erlaubnis

⁴⁰¹ Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 280 Rz. 927; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rz. 25

⁴⁰² Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den unterschiedlichen Terminologien in diesem Bereich: Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, § 5 Rz. 97,98

Im Bereich der Zulassung von Tätigkeiten gibt es verschiedene Möglichkeiten gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen zu organisieren. Je nach Gefährlichkeit der Tätigkeit kann ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt oder Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt in Frage kommen, wobei dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt die stärkste Beschränkung im Hinblick auf die größere Gefährlichkeit der Tätigkeit zukommt. Rechtstechnisch verwirklicht werden diese Institute durch die Anzeigepflicht und Untersagungsverfügung bei der Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt,⁴⁰³ oder der Erteilung einer Genehmigung bei dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.⁴⁰⁴ Im letzten Fall ist die Ausübung einer Tätigkeit so lange verboten, bis die Genehmigung erteilt ist. Bei den genehmigungspflichtigen Tätigkeiten ist noch einmal im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu unterscheiden, ob eine grundsätzlich unerwünschte Tätigkeit ausnahmsweise und aus besonderen Gründen zugelassen werden soll, sog. repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt, oder ob die Ausübung einer Tätigkeit einer präventiven Kontrolle unterzogen werden soll, sog. präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.⁴⁰⁵ Für das erlaubnispflichtige Gewerbe im Sinne der beiden letzten Verbote sind folgende Eingriffsgrundlagen im Gewerberecht vorgesehen:

- die Erteilung einer Erlaubnis ggf. mit Nebenbestimmungen und nachträglichen Einschränkungen
- Widerruf und Rücknahme einer Erlaubnis
- Schließungsverfügung

Für das erlaubnisfreie Gewerbe sind nur die Untersagung und der Verwaltungszwang zu ihrer Durchsetzung vorgesehen.

3.2. Bedeutung des Wirtschaftsverwaltungsrechts für die sozialen Einrichtungen und Dienste

Das Wirtschaftsverwaltungsrecht und die rechtlichen Grundstrukturen der sozialen Einrichtungen, Dienste und Träger entwickeln sich nebeneinander her. Für beide Disziplinen muss der Eindruck entstehen, dass sie fast nichts miteinander gemein haben, denn sie arbeiten mit unterschiedlichen Bezugsrahmen in unterschiedlichen Begriffsapparaten. Was das eine mit dem anderen zu tun hat, wird oftmals nicht klargestellt

⁴⁰³ Pielow in: Beck-OK, GewO, § 1 Rz. 4

⁴⁰⁴ Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rz. 143

⁴⁰⁵ Pielow in: Beck-OK, GewO, § 1 Rz. 4; Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. Rz. 144

und ist vielfach umstritten. Eine Ordnung im Sinne eines spezielleren und allgemeineren Gebietes erscheint kaum möglich, da gemeinsame Ableitungsinstitute so allgemein sind, dass sie in das allgemeine Verwaltungsrecht zurück verweisen. Das Sozialrecht muss auf seine Anleihen im Wirtschaftsverwaltungsrecht hin erst untersucht werden, denn explizite Verweise sind im Normenmaterial nicht ersichtlich. Die Suche nach diesen Anleihen ist zumindest bereits weiterführender als die Annahme, dass es beim Sozialrecht nur um das Sozialleistungsrecht und damit um die Verteilung sozialer Wohltaten auf Staatskosten gehe. In der Folge soll zunächst versucht werden, einige wirtschaftsverwaltungsrechtliche Strukturen im Sozialrecht sichtbar zu machen und sie ausdrücklich als solche zu benennen.

4. Wirtschaftsverwaltungsrecht der sozialen Dienste

4.1. Zusammenarbeit als Privatisierung

Wie sich aus dem geschichtlichen Überblick zu Beginn ergibt, hat die Mitwirkung Privater im Bereich der sozialen Dienste eine lange Tradition. Abgebildet wird diese Tradition heute im oben bereits beschriebenen Leistungserbringerrecht, wobei das Leistungserbringerrecht ohne die Erwähnung des Terminus „Privatisierung“ auskommt. Im Folgenden wird deshalb geklärt, ob es sich um Privatisierung handelt und wenn ja, welche Privatisierungsformen auftreten.

4.1.1. Inpflichtnahme und Verwaltungshelfer

Das Verhältnis zwischen öffentlichem Leistungsträger und Leistungserbringer sozialer Dienstleistungen lässt sich regelmäßig nicht als Inpflichtnahme interpretieren. Dies erforderte die Auferlegung der Handlungs- oder Leistungspflicht als Bürgerpflicht ohne dass hoheitliche Kompetenzen oder Zuständigkeiten eingeräumt werden. Dabei handelt der in Pflicht Genommene unselbständig. Das gilt auch für den Verwaltungshelfer. Die an der Leistungserbringung im Sozialrecht Beteiligten Privaten verfolgen in aller Regel eigene Aufgaben bzw. Geschäftszwecke, die von der Erfüllung verfassungsrechtlich abgesicherter eigener karitativer Aufgaben bis zur Gewinnerzielung reichen können.

4.1.2. Formelle bzw. Organisationsprivatisierung

Sozialhilfe bzw. Grundsicherungsträger, Jugendhilfeträger oder Bundesagentur für Arbeit müssen im Falle einer formellen oder Organisationsprivatisierung eine private Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Aufgaben aus Sozialhilfe, Grundsicherung, Jugendhilfe oder Arbeitslosenunterstützung gründen. Entsprechende Regelungen sind bereits gesetzlich auf verschiedene Weise und mit unterschiedlicher Reichweite vorgesehen.

Formelle Privatisierung	
Rechtsgrundlage	Privatisierungsbeispiel
§ 94 SGB X	Gründung von Arbeitsgemeinschaften in Privatrechtsform zwischen Sozialleistungsträgern als Form der Zusammenarbeit
§ 44 b SGB II	Arbeitsgemeinschaft zwischen Bundesagentur für Arbeit und kommunalem Grundsicherungsträger der Grundsicherung für Arbeitssuchende (verfassungswidrig) zur Durchführung des SGB II
§ 78 SGB VIII	Arbeitsgemeinschaften zwischen Trägern öffentlicher Jugendhilfe und anerkannten und nicht anerkannten freien Jugendhilfeträgern mit koordinierenden Aufgaben

4.1.2.1. Die Arbeitsgemeinschaft zur Zusammenarbeit zwischen Leistungsträgern

Allgemein kann eine solche Organisationsprivatisierung an § 94 SGB X anknüpfen. Danach können die dort genannten Träger wie Kranken-, Renten- und andere Sozialversicherungsträger sowie die Grundsicherungsträger der Grundsicherung für Arbeitslose Arbeitsgemeinschaften zu bestimmten Zwecken gründen. Welche Rechtsform diese Arbeitsgemeinschaften haben, regelt § 94 SGB X allerdings nicht. Oft wird deshalb davon ausgegangen, dass § 94 SGB X keine Befugnis (Ermächtigung) zur Gründung öffentlich-rechtlicher Zusammenschlüsse darstellt,⁴⁰⁶ sodass Arbeitsgemeinschaften regelmäßig als private Gesellschaften begründet werden können.⁴⁰⁷ Entsprechend können die Arbeitsgemeinschaften Verwaltungsakte nur erlassen, wenn eine entsprechende gesetzliche Regelung dies vorsieht. Während § 94 I SGB X den Bestandsschutz für die dort aufgezählten Arbeitsgemeinschaften regelt, regelt § 94 I a SGB X die Arbeitsgemeinschaften zwischen Sozialversicherungsträgern, ihren Verbänden und den Grundsicherungsträgern nach dem SGB II. Die Arbeitsgemeinschaftszwecke sind in § 94 I a SGB X nicht abschließend aufgezählt. Nach der systematischen Stellung im Kapitel „Zusammenarbeit zwischen Leistungsträgern“ und der Aufzählung der Zwecke in § 94 I a SGB X handelt es sich dabei nicht um die Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II, die zur Durchführung der Aufgaben nach dem SGB II gegründet werden sollen. Die Arbeitsgemeinschaften nach § 94 I a SGB X dienen in erster Linie der gegenseitigen Unterrichtung, Abstimmung und Koordinierung und

⁴⁰⁶ Schellhorn, SRH, 3.A § 9 Rz. 54; auch BVerwG vom 11.11.1999 3 C 33.98 NZS 2000,244 (245)

⁴⁰⁷ A.A.: öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Gesellschaften, Engelmann in: von Wulffen, SGB X, § 94 Rz.4

Förderung der engen Zusammenarbeit im Rahmen der gesetzlich übertragenen Aufgaben.⁴⁰⁸ Das Gebot der Zusammenarbeit aus § 86 SGB X wird dadurch konkretisiert. Es stellt objektives Recht dar, sodass der Bürger keinen klagbaren Anspruch auf diese Zusammenarbeit zwischen den Trägern hat. Andererseits besteht diese Zusammenarbeit nicht ausschließlich im Interesse der beteiligten Träger, da die Zusammenarbeit gerade auch die Abstimmung des Leistungsverhaltens der Träger zugunsten der Sozialleistungsberechtigten verbessern soll. Insgesamt ist der Regelungsgegenstand des § 94 SGB X beschränkt. Er knüpft an die in anderen Büchern enthaltenen Vorschriften über Arbeitsgemeinschaften an und ergänzt sie. Das Spezialgesetz regelt dann, ob und von wem und unter welchen Voraussetzungen Arbeitsgemeinschaften gegründet werden. § 94 SGB X enthält lediglich allgemeine Grundsätze für das Handeln von Arbeitsgemeinschaften.⁴⁰⁹

An eine Ausgründung der Leistungserbringung durch den Sozialleistungsträger ist bei § 94 SGB X nicht gedacht. Wesentlich ist auch, dass im Rahmen der Arbeitsgemeinschaften nach § 94 SGB X die Aufgaben der Träger eigentlich nicht auf eine weitere Körperschaft übertragen werden, sondern die Aufgabe der Zusammenarbeit bei den Leistungsträgern selbst verbleibt.

4.1.2.2. Die Arbeitsgemeinschaft der Grundsicherung für Arbeitssuchende

An eine Ausgründung ist hingegen bei der Arbeitsgemeinschaft nach § 44b SGB II gedacht.⁴¹⁰ Hier geht der Gesetzestext davon aus, dass die Arbeitsgemeinschaften zwischen Agentur für Arbeit und kommunalem Grundsicherungsträger durch öffentlich- oder privatrechtliche Verträge errichtet werden. Unabhängig von der Frage, wie diese Gründungsarten rechtlich zu bewerten sind, also ob eine private oder öffentlich-rechtliche Vereinigung dabei entsteht,⁴¹¹ stellt § 44b III 1 und 2 SGB II klar, dass diese Arbeitsgemeinschaften die Aufgaben nach dem SGB II für ihre Gründungsmitglieder übernehmen sollen. Entstände hier eine privatrechtliche Vereinigung, handelte es sich um eine formelle Privatisierung. Welche Art von Vereinigung bei der Gründung der

⁴⁰⁸ Breitzkreuz in: Diering, LPK-SGB X, § 94 Rz. 17

⁴⁰⁹ Breitzkreuz in: Diering, LPK-SGB X, § 94 Rz. 3

⁴¹⁰ Die Arge nach § 44 b SGB II wird als *lex specialis* zu § 94 SGB X angesehen: Breitzkreuz in: Diering, LPK-SGB X, § 94 Rz. 4, 18. Zu ihrer

Verfassungswidrigkeit vgl. BVerfG vom 20.12.2007 2 BvR 2433/04 und 2434/04

⁴¹¹ Dazu Berlitz in: Münder, LPK-SGB II, § 44b Rz.21

Arbeitsgemeinschaft nach § 44b SGB II entsteht, ist allerdings streitig. Ursprünglich war die Arbeitsgemeinschaft nach § 44 b SGB II örtlich und räumlich beim Job Center der Agentur für Arbeit angesiedelt, § 9 I a SGB III a.F. Beratung, Information u.ä. wurden auf diese Art an einer Stelle zur Verfügung gestellt, soweit die Aufgaben der Träger nach dem SGB II und III ineinander griffen und diese Träger natürlich auch dieselben Rechtsgrundlagen anwendeten. Der Job Center war ein unselbständiger Teil der Agentur für Arbeit, also verwaltungsorganisatorisch als Amt einzuordnen. Die Arbeitsgemeinschaft ist hingegen ein vertraglich gegründeter Zusammenschluss, der durch einen Geschäftsführer nach außen vertreten wird. Damit ist es als von den Gründern separate organisatorische Einheit aufzufassen. Nach § 94 SGB X ist der Zusammenschluss einzelner Träger zu bestimmten Zwecken zu zivilrechtlichen Gesellschaften grundsätzlich eine sozialrechtlich akzeptiert und praktizierte Handlungsform. Die Bezeichnung Arbeitsgemeinschaft knüpft auch an dieses Institut an. Die Gründung einer zivilrechtlichen Vereinigung läge nahe.⁴¹² Juristische Personen öffentlichen Rechts werden nicht durch Vertrag gegründet, sondern durch Gesetz errichtet. Auch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der sich vom zivilrechtlichen Vertrag nur durch seinen Vertragsgegenstand unterscheidet, könnte eine öffentlich-rechtliche Vereinigung nicht errichten. Allenfalls ließe sich eine öffentlich-rechtliche Befugnis zum Abschluß eines Normenvertrages aus § 44b I SGB II herleiten. Der öffentlich-rechtliche Vertrag wie er in § 44b I SGB II erwähnt ist, müsste dann im Sinne einer Befugnis zur Normsetzung durch einen Normenvertrag verstanden werden können. Da diesen Normenverträgen Gesetzesqualität zuerkannt wird, wäre es somit möglich eine juristische Person öffentlichen Rechts zu errichten, soweit untergesetzliches Recht dafür eine ausreichende Rechtsgrundlage bietet und ein formelles Gesetz nicht notwendig ist.

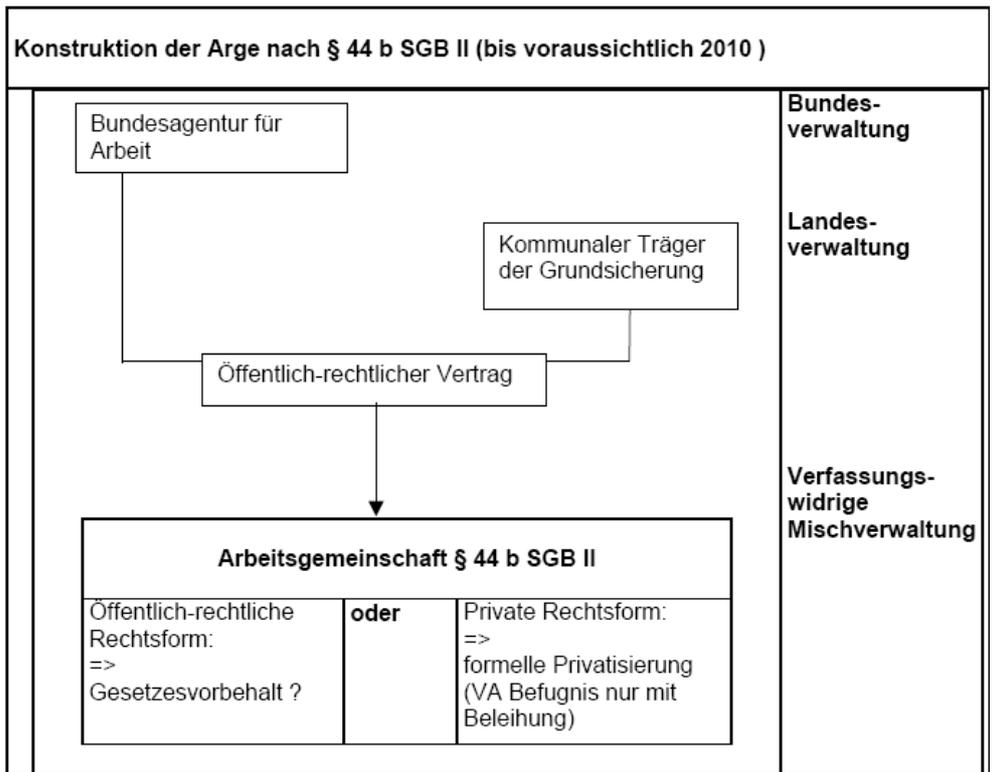
Die Gründung kann jedoch, nach der Vorstellung des Gesetzgebers, auch durch einen privaten Vertrag erfolgen. Hier ist fraglich, ob der Vertragsgegenstand, der sowohl bei der öffentlich-rechtlichen Variante als auch bei der privatrechtlichen wohl immer dem Gesetzestext zu entnehmen ist, sich mit demselben Endergebnis, nämlich der Gründung und Errichtung der Arbeitsgemeinschaft, die die Aufgaben nach dem SGB II durchführt, in zwei entgegengesetzte Richtungen konstruieren lässt. Der privatrechtliche wird durch die Vertragsgegenstandstheorie vom öffentlich-rechtlichen Vertrag abgegrenzt. Maßgeblich sind danach Gegenstand und Zweck des Vertrages. Werden durch den Vertrag

⁴¹² Berlit in: Mündler, LPK-SGB II, § 44 b Rz. 24

öffentlich-rechtliche Pflichten und Rechte begründet, handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Da Ziel des Vertrags nach § 44b I SGB II immer die Errichtung der Arbeitsgemeinschaft ist, die das SGB II durchführt, ist es hier schwierig einen privatrechtlichen Vertrag anzunehmen. Durch die Unterscheidung zwischen Errichtungsakt und Gründungsvereinbarung⁴¹³ wird es möglich, den öffentlich-rechtlichen Zweck in der Gründungsvereinbarung abzubilden und die Umsetzung des Zweckes dennoch als privatrechtlichen Vertrag einzuordnen. Da aber die Art und Weise der Gründung durch privaten oder öffentlich-rechtlichen Vertrag keine Auswirkungen auf das Ergebnis hat, ist mit beiden Varianten eine privatrechtliche Vereinigung als Ziel denkbar. Folgt man all diesen Winkelzügen, können sich Agenturen für Arbeit und kommunale Grundsicherungsträger nach § 44b I SGB II entscheiden, ob sie öffentlich-rechtliche Vereinigungen aufgrund eines Normenvertrages gründen oder privatrechtliche Gesellschaften aufgrund privat- oder öffentlichrechtlichem Vertrag. Eine formale Privatisierung der Aufgaben nach dem SGB II kann demnach stattfinden.⁴¹⁴ Allerdings ist zu beachten, dass § 44b III 3 SGB II eine Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten für die Arbeitsgemeinschaft vorsieht. Der Erlass von Verwaltungsakten ist jedoch Trägern hoheitlicher Gewalt vorbehalten. Wenn es sich also um eine Privatisierung handelt, dann müsste auf die Privatisierung eine Beleihung folgen, die ihre Grundlage in § 44b III 3 SGB II finden müsste.

⁴¹³ Zu diesem prinzipiell richtigen Ansatz Berlitz in: Münder, LPK-SGB II, § 44 b Rz. 27 ff

⁴¹⁴ Kritisch Berlitz in: Münder, LPK-SGB II, § 44b Rz. 12



4.1.2.3. Arbeitsgemeinschaft der Jugendhilfeträger

Eine an § 94 SGB X anknüpfende Sonderregelung für die Jugendhilfeträger ist § 78 SGB VIII.⁴¹⁵ Danach sollen die öffentlichen Jugendhilfeträger die Bildung von Arbeitsgemeinschaften anstreben, in denen auch die anerkannten freien Träger der Jugendhilfe sowie die noch nicht anerkannten aber von der öffentlichen Jugendhilfe geförderten freien Jugendhilfeträger vertreten sind. Auch hier handelt es sich um privatrechtliche Vereinigungen. Aufgaben werden hier nicht verlagert, da es sich um koordinierende Aufgaben handelt: geplante Maßnahmen der Jugendhilfe sollen aufeinander abgestimmt werden und sich gegenseitig ergänzen. Eine Besonderheit gegenüber § 94 SGB X ist, dass hier eine Zusammenarbeit in der Arbeitsgemeinschaft auch mit Dritten und nicht nur mit öffentlichen Leistungsträgern erfolgt.

4.1.2.4. Die Gründung einer privaten Gesellschaft zur Leistungserbringung durch öffentliche Träger

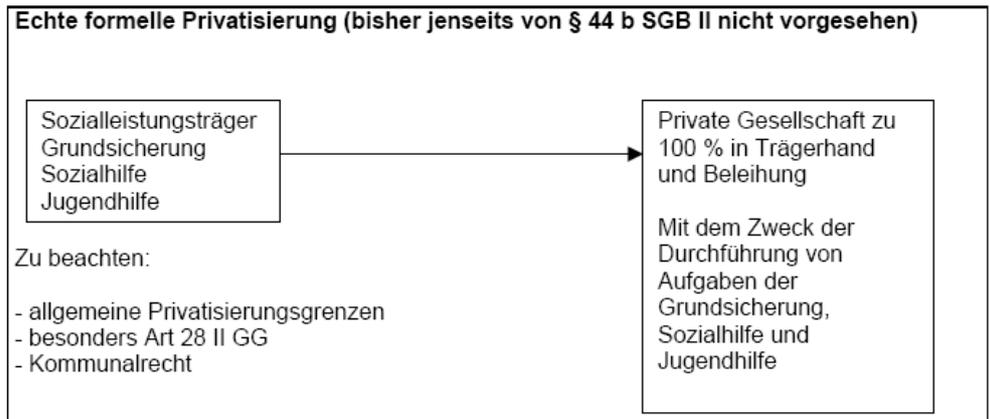
⁴¹⁵ Schellhorn in: von Maydell u.a., SRH, § 9 Rz. 53; Breitzkreuz in: Diering, LPK-SGB X, § 94 Rz.4

Eine Fallgestaltung die nicht ausdrücklich im SGB erfasst ist, ist die Erbringung von Sozialleistungen durch ausgegründete Gesellschaften der Träger der Grundsicherung, Jugend- oder Sozialhilfe. Zunächst ist es nicht zwingend, dass Sozialleistungen durch Dritte erbracht werden. Grundsätzlich kann der Sozialhilfe-, Jugendhilfe- und Grundsicherungsträger aus eigener Hand Leistungen realisieren und zur Verfügung stellen. Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus § 4 II SGB VIII, § 5 IV SGB XII und § 17 I 1 SGB II. Diese Regelungen geben in unterschiedlichen Akzentuierungen das Verhältnis der öffentlichen Sozialleistungsträger zu privaten Unternehmungen im Bereich sozialer Dienste wieder. Sie gehen auf die in den 60er Jahren vom BVerfG entwickelten Grundsätze zum Verhältnis zwischen öffentlicher und freier Jugendhilfe zurück, die in diesen Regelungen komprimiert wiedergegeben sind und als Subsidiaritätsprinzip bezeichnet werden. Trotz des Vorranges der freien Träger, bleibt es für den öffentlichen Träger möglich, Leistungen selbst zu erbringen. Stehen keine Leistungen freier Träger zur Verfügung, ist der öffentliche Träger sogar verpflichtet, entsprechende Leistungen vorzuhalten bzw. zu schaffen. Im Rahmen dieser Grenzen kann der öffentliche Träger selbst Leistungen anbieten.

Ob er sie nun aus eigener Hand anbietet oder eine private Vereinigung gründet, die diese Aufgabe übernimmt, unterliegt den allgemeinen Regelungen der Privatisierung. Da es sich hier regelmäßig um kommunale Aufgaben handelt, spielen insbesondere Art. 28 GG sowie das kommunale Wirtschaftsrecht eine Rolle. Tätigkeiten auf dem Gebiet des Sozialwesens gelten jedoch in aller Regel nicht als wirtschaftliche Tätigkeiten der Gemeinde, sodass das kommunale Wirtschaftsrecht nicht direkt anwendbar ist (Bspw. § 121 II HGO). Soweit es sich nach den landesrechtlichen Gegebenheiten bei den Aufgaben der Sozialhilfe und Jugendhilfe um pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben handelt, also gegenüber dem Träger keine Weisungsbefugnisse bestehen, ist eine formelle Privatisierung möglich. Fachaufsichtsrechtliche Weisungsbefugnisse bestehen allerdings im Tätigkeitsbereich der Bundesagentur für Arbeit, § 47 I 2 SGB II. Da es sich hier aber nicht um kommunale Aufgaben handelt, sind die Grenzen des Art. 28 GG nicht einschlägig, sodass eine formelle Privatisierung der Leistungserbringung möglich bleibt.

Soweit öffentliche Jugendhilfeträger kommunale Eigengesellschaften gründen, um durch sie Kindergärten betreiben zu lassen, handelt es sich ebenfalls um eine Formprivatisierung.⁴¹⁶

⁴¹⁶ Zum Beispiel Thüringer OVG vom 23.2.2006 3 KO 237/05 ZFSH/SGB 2006,665ff und VG Weimar vom 14.4.2004 8 K 222/04 ZfJ 2005,368 ff

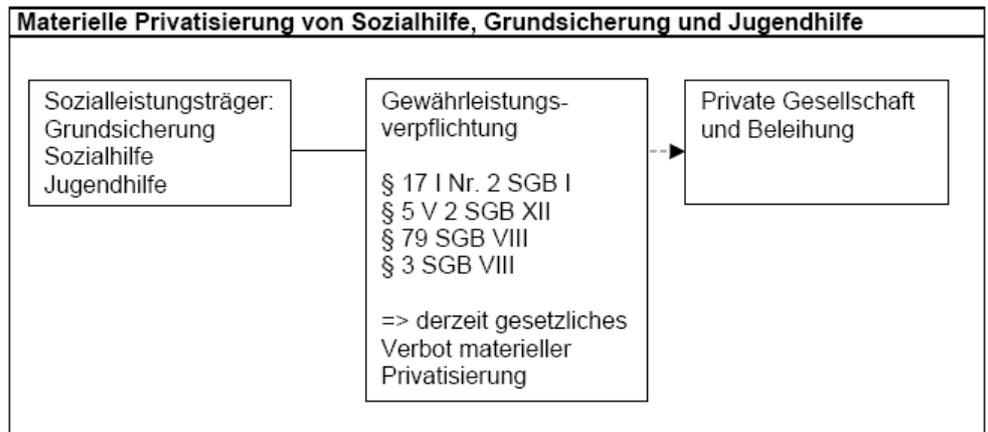


4.1.3. Materielle Privatisierung

Materielle Privatisierung bedeutet, dass sich die staatlichen Träger vollständig aus der zu privatisierenden Aufgabe zurückziehen. Selbst die Gewährleistungsverantwortung wird zu einer staatlichen Regulierungs- und Auffangverantwortung abgeschwächt. § 17 I Nr. 2 SGB II, § 5 V 2 SGB XII, § 79 SGB VIII regeln für die Grundsicherungs-, Sozialhilfe- und Jugendhilfeträger, dass die Gewährleistungsverantwortung immer bei ihnen verbleibt. Bisher sind diese Regelungen nicht so verstanden worden, dass ihnen mit einer Regulierungs- und Auffangverantwortung genüge getan werden könnte.⁴¹⁷ Am ehesten ließe sich noch der Bereich des SGB II in diesem Sinne diskutieren, da dort mit dem § 17 I Nr. 2 SGB I eine deutliche Abschwächung gegenüber den Regelungen zur Sozial- und Jugendhilfe gesehen werden könnte. Auch das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG wird nicht als Sitz eines Aufgabenmonopols des Staates verstanden.⁴¹⁸

⁴¹⁷ Ausnahme: allgemein Becker NZS 2007, 169 (172), der sich jedoch gerade nicht mit den Regelungen im SGB VIII, XII auseinandersetzt.

⁴¹⁸ Neumann RsDE 2003 (54) S. 1 (3)

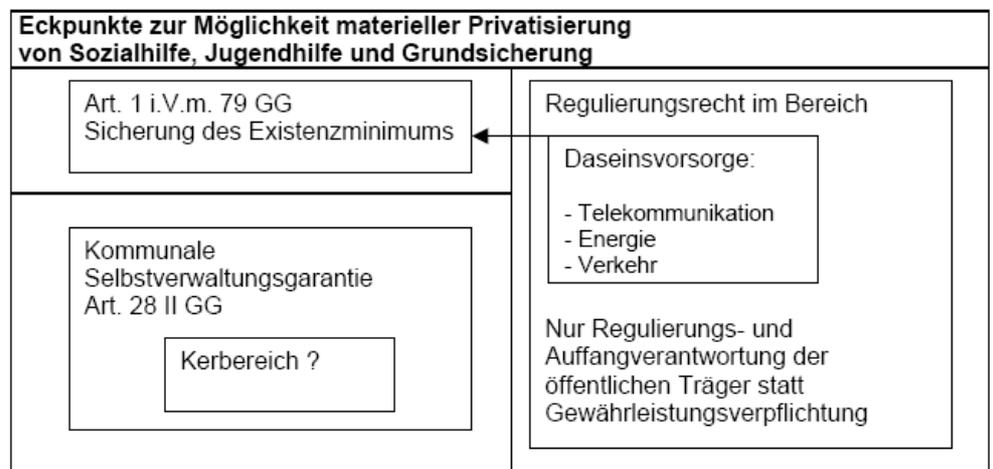


4.1.3.1. Existenzsicherung und der Kernbereich staatlicher Aufgaben

Obwohl man davon ausgehen kann, dass der Staat unter Geltung des Grundgesetzes verpflichtet ist, das Existenzminimum zu sichern, wird im Rahmen der Frage, was zum privatisierungsfreien Kernbereich staatlicher Aufgaben gehöre, die Sicherung des Existenzminimums nicht erwähnt. Zu einem vorrechtlichen Bereich privatisierungsfreier Gegenstände scheint die Sicherung des Existenzminimums demnach nicht zu gehören. Verfassungsrechtliche Grenzen könnten sich jedoch aus Art. 1 I GG und Art. 28 II GG ergeben, die einer materiellen Privatisierung mit dem Ergebnis einer bloßen Regulierungs- und Auffangverantwortung als verbleibende staatliche Aufgabe entgegenstehen. Hinsichtlich der staatlichen Verantwortung für die Sicherung des Existenzminimums ist zu berücksichtigen, dass sich die Regelungen des Fürsorgerechts und der Inhalt des Art. 1 I GG kaum trennen lassen. SGB II und SGB XII kommt insofern faktisch eine Konkretisierungsfunktion für Art. 1 I GG zu. Zu Art. 1 GG werden auf abstrakter Ebene keine praktisch handhabbaren Maßstäbe entwickelt. Im gefahrenabwehrrechtlichen Bereich jedoch kommt man im Hinblick auf Fragen der Rechtfertigung von Folter und Terrorismusabwehr zu zunehmend einschränkenderen Auffassungen des Begriffs der Würde des Menschen. Da es sich bei der Sicherung des Existenzminimums im Kern nur um Leistungsverwaltung handelt und nicht um die Anwendung staatlicher unwiderstehlicher Gewalt, die zum privatisierungsfreien Kernbereich staatlicher Aufgaben gehört, könnte daraus geschlossen werden, dass der staatlichen Verantwortung in diesem Bereich mit einer Auffang- und Regulierungsverantwortung auf verfassungsrechtlicher Ebene genüge getan werden kann.⁴¹⁹ In dieselbe Richtung weist ein

⁴¹⁹ Becker NZS 2007, 169 (172)

Vergleich mit anderen Leistungen staatlicher Daseinsvorsorge im Sektor Verkehr, Telekommunikation und Energieversorgung. Diese Sektoren lösen sich in der jüngeren Entwicklung immer weiter aus der staatlichen Verantwortung heraus. Selbst die Verfassung wurde in dieser Hinsicht mehrfach geändert. Im Bereich der Bahnprivatisierung steht die Änderung des Art. 87e GG im Raum, der die Gewährleistungsverpflichtung für das Schienennetz durch den Bund sichert. Telekommunikation, Energieversorgung und Verkehr sind klassische Bereiche der Daseinsvorsorge. Diese Bereiche haben einen direkten Bezug zum Existenzminimum, wie es durch SGB XII und SGB II beschrieben wird. Die Regelsätze und Regelleistungen, die nicht monetären Leistungen, sehen entsprechende Positionen vor, durch die die Teilhabe an diesen Bereichen gesichert werden soll. Es besteht sachlich ein enger Zusammenhang zwischen diesen Leistungen der Daseinsvorsorge und der Frage der Sicherung des Existenzminimums. Es spricht demnach einiges dafür, dass die Gesetzeslage gegenüber heute insofern verfassungskonform verändert werden könnte, als die Gewährleistungsverpflichtung, die eine materielle Privatisierung der Aufgaben von SGB II, XII und VIII derzeit verbietet, zur Regulierungs- und Auffangverantwortung zurückgenommen werden könnte.



Demgegenüber wird jedoch untechnisch bereits davon gesprochen, dass sich der deutsche Staat im Kranken- und Pflegeversicherungsrecht, Sozial- und Jugendhilferecht bereits seit langem auf Regulierung beschränke.⁴²⁰ Anders als in der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Literatur wird hier jedoch nicht strikt zwischen Regulierung und Gewährleistungsverpflichtung unterschieden. In der

⁴²⁰ Becker NZS 2007, 169 (172)

wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Literatur ist die Regulierung als Teil der Gewährleistungsverantwortung, z.B. „Kontrolle und aktive Steuerung (Regulierung)“ zu verstehen.⁴²¹

4.1.3.2. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie als Grenze materieller Privatisierung

Ob Art. 28 II GG eine materielle Privatisierung auf den Gebieten SGB II, XII und VIII verbietet, ist zweifelhaft. Zunächst gehören diese Aufgaben traditionell nicht in allen Bundesländern zu den Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinden und Landkreise.⁴²² Insofern kann man sie nicht dem Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zurechnen. Darüber hinaus ist seit der Rastede Entscheidung des BVerfG klargestellt, dass der Aufgabenbestand der Gemeinden und Landkreise nicht unantastbar ist: eine Hoch- oder Querzonung dieser Aufgaben ist möglich. Was also im Einzelnen weisungsfreie Pflichtaufgabe im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung ist, welche Aufgaben als Pflichtaufgaben nach Weisung eingeordnet werden, die nach Ziekow materiell nicht oder nur eingeschränkt privatisierbar sind, ist danach im Wesentlichen von der einfachrechtlichen Ausgestaltung abhängig. Einzige verfassungsfeste Grenze ist der Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie. Dass die Sicherung des Existenzminimums in der Form des SGB II, XII und VIII als dazu gehörig aufgefasst wird, ist nicht ersichtlich.

4.1.4. Funktionale Privatisierung

Im Rahmen der funktionellen Privatisierung verbleibt die Gewährleistungsverpflichtung beim öffentlichen Träger, während die Realhandlungen auf Private übertragen werden. Dieses Grundmodell findet sich in fast allen Sozialleistungsbereichen.⁴²³ In seiner extremsten Form wird es als Sachleistungsprinzip verwirklicht, bei dem die Leistungsberechtigten durch Nachweis ihrer Leistungsberechtigung zu Lasten des Sozialleistungsträgers gegenüber dem Leistungserbringer die Sozialleistungen ohne vorherige Kontaktaufnahme zum Leistungsträger

⁴²¹ Pielow JuS 2006, 691(693)

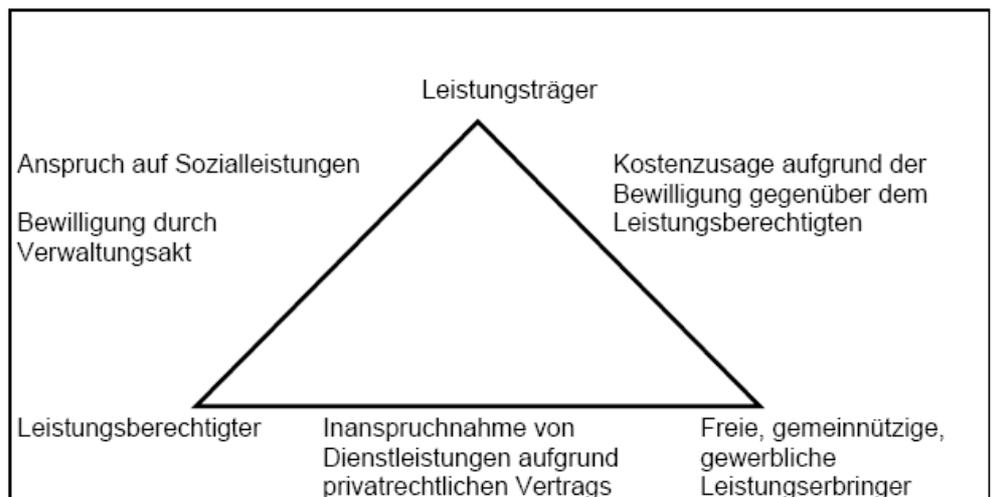
⁴²² BVerfGE 22,180 (205-207)

⁴²³ Z.B. Eichenhofer NZS 2002, 348 (350) für die Rehabilitationsträger

abrufen können. Vorbild für dieses Prinzip ist die gesetzliche Krankenversicherung.

4.1.4.1. Privatisierung und Leistungserbringerverträge

Ähnliche Konstellationen haben SGB XII und SGB VIII mit dem Leistungserbringerrecht nach § 17 II SGB II, § 75 SGB XII und 78a ff SGB VIII hervorgebracht. Allerdings gilt hier nicht das Sachleistungsprinzip, sodass ein Nachweis der Anspruchsberechtigung durch den Hilfeberechtigten gegenüber dem Leistungserbringer nicht stattfindet. Theoretisch sieht das Abwicklungsmodell dieser Sozialleistungen vor, dass drei voneinander getrennte Rechtsbeziehungen zwischen den drei Beteiligten bestehen. Die Bewilligung der Leistung erfolgt durch Verwaltungsakt des Sozialleistungsträgers an den Berechtigten. Der Sozialleistungsträger wählt den entsprechenden Leistungserbringer aus, der die notwendigen tatsächlichen und gesetzlichen Anforderungen erfüllt, um den Leistungsfall zu bewältigen und übernimmt die Kosten. Die Kostenzusage erfolgt dann zwischen Sozialleistungsträger und Leistungserbringer, woraufhin der Leistungsberechtigte die Leistungen des Leistungserbringers in Anspruch nehmen kann. Die Leistungen, die zur Erfüllung des Sozialleistungsanspruchs gegenüber dem Berechtigten notwendig sind, sind demnach dem privaten Leistungserbringer überantwortet.



4.1.4.2. Privatisierung und Leistungsvertrag

Daneben wird die Figur des privaten oder öffentlich-rechtlichen Leistungsvertrages ergänzend zu diesem Modell diskutiert. Die Terminologie ist hier verworren und uneinheitlich. Meist ist jedoch eine Beschaffungsart gemeint, wonach der Leistungsträger keine der o.g. Leistungserbringerverträge abschließt, die keinen direkten Vergütungs- oder Belegungsanspruch der privaten Leistungserbringer zur Folge hat, sondern Leistungen einkauft. Es ist streitig, ob eine derartige Sicherstellung der Leistungsversorgung im Bereich der Verträge nach § 17 II SGB II, § 75 SGB XII und § 78a SGB VIII überhaupt zulässig ist. Sie wird aber jedenfalls zum Teil für möglich gehalten oder es wird eingeräumt, dass es sie jenseits des Anwendungsbereiches der echten Leistungserbringerverträge geben könne. Unabhängig von diesen dogmatischen Fragen wird man jedoch zugeben müssen, dass es sich auch hier um Auslagerung von Verwaltungstätigkeit, die die Sozialleistungsträger eigentlich selbst vornehmen müssen, auf Private handelt, da die Realhandlungen zur Erfüllung von öffentlich-rechtlichen Pflichten der Träger auf Dritte, private Anbieter, übertragen werden. Eine mögliche ausdrücklich geregelte Fallgruppe könnte § 77 SGB VIII sein, da er lediglich von Verträgen spricht und sich diese Verträge grundsätzlich von den echten Leistungserbringerverträgen nach §§ 78a ff SGB VIII unterscheiden.

Während im Fall der Leistungserbringerverträge streitig ist, ob es sich um ein Konzessionsmodell handelt, hat die Frage der Einordnung der Leistungsverträge keine derartige Aufmerksamkeit erfahren. Einfache fiskalische Hilfsgeschäfte liegen nicht vor. Bei den fiskalischen Hilfsgeschäften werden die Personal- und Sachmittel aufgrund privatrechtlicher Verträge beschafft, die die Verwaltung benötigt, um ihr Hauptgeschäft zu betreiben.⁴²⁴ Privatrechtliche Verträge liegen bei den Leistungsverträgen jedoch nicht vor, da sie jeweils auf einen öffentlich-rechtlichen Gegenstand, die Erfüllung der Leistungsansprüche der Leistungsberechtigten, gerichtet sind. Der Leistungsvertrag ist damit eine Form der PPP, die dem contracting out am ähnlichsten sein dürfte, aber damit nicht identisch ist.

4.1.4.3. Private Beteiligung an den Aufgaben öffentlicher Träger

Weitere Möglichkeiten funktioneller Privatisierung ergeben sich durch die Möglichkeit der öffentlichen Träger, die freien Träger an ihren Aufgaben

⁴²⁴ Sodan/ Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, § 67 Rz. 21

zu beteiligen, § 5 V 1 SGB XII und § 3 III 2 SGB VIII. Diese Regelungen beschäftigen sich mit der Übertragung von Aufgaben an freie Träger. Dabei wird § 5 V 1 SGB XII großteils nicht als Rechtsgrundlage für eine Beleihung der Verbände der freien Wohlfahrtspflege verstanden und auch nicht als allgemeine Einweisungsvorschrift für das Leistungserbringerrecht des SGB XII, also § 75 SGB XII. Es ist danach zu unterscheiden zwischen der Inanspruchnahme von Einrichtungen privater Träger zur Erfüllung von Aufgaben des Sozialhilfeträgers und der Erledigung von Aufgaben durch freie Träger.⁴²⁵ Danach muss die Erledigung der Aufgaben weiter gehen als die bloße Leistungserbringung nach § 75 SGB XII, also die Erfüllung der Aufgaben. In beiden Fällen verbleibt die Gewährleistungsverpflichtung bei dem Sozialhilfeträger, § 5 V 2 SGB XII. Im Fall der Erledigung von Aufgaben durch den freien Träger wird die verwaltungsmäßige Abwicklung der Leistung ebenfalls abgegeben, also der Leistungsanspruch wird ebenfalls gegenüber dem Leistungsträger geltend gemacht. Dennoch verbleibt die Gewährleistungsverpflichtung beim Sozialhilfeträger. Soweit nicht von § 5 V 1 SGB XII als Rechtsgrundlage für eine Beleihung ausgegangen wird,⁴²⁶ wird konsequent vertreten, dass eine Befugnis, Verwaltungsakte zu erlassen, nicht übertragen wird. Umgesetzt wird die Übertragung durch einen koordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag, dessen Abschluss im Ermessen des Sozialhilfeträgers steht. Dieser Vertrag entfaltet wegen § 5 V 2 SGB XII keine Wirkung im Verhältnis zum Leistungsberechtigten.⁴²⁷

Etwas anders ist die Regelung bei der Jugendhilfe ausgestaltet, wonach die Leistungserbringung ausdrücklich bei freien und öffentlichen Trägern liegen kann, § 3 II SGB VIII. Die Aufgabenübertragung wie in § 5 V 1 SGB XII wird nicht ausdrücklich angesprochen. Aus einem Erst-Recht-Schluß aus § 3 III 2 SGB VIII kann man jedoch vertreten, dass dies ebenfalls möglich sein soll. Da die anderen Aufgaben, die gerade auch der Eingriffsverwaltung zuzuordnen sind, nur in gesetzlich geregelten Fällen übertragen werden können, besteht die Möglichkeit, die Leistungen als weniger grundrechtssensibles Handeln ebenfalls zu übertragen, auch wenn in § 3 II 1 SGB VIII nur von der Erbringung die Rede ist. Die Privatisierungsmöglichkeiten sind bei den anderen Aufgaben beschränkt. Eine mögliche Privatisierung im Bereich der anderen Aufgaben ist in § 76 I SGB VIII geregelt. Danach kann u.a. die Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII privatisiert werden, soweit der betraute Träger gem. § 75 SGB VIII anerkannt ist. Die

⁴²⁵ Münder in: Münder, LPK-SGB XII, § 5 Rz. 50

⁴²⁶ vgl. Nachweise bei Münder, LPK-SGB XII, § 5 Rz. 51,52

⁴²⁷ Münder, LPK-SGB XII, § 5 Rz. 57

Gewährleistungsverpflichtung verbleibt jedoch beim öffentlichen Jugendhilfeträger. Es wird nicht angenommen, dass § 3 III 1 SGB VIII zu einer Beleihung führt. Dasselbe gilt auch für § 76 I SGB VIII. Das ist insofern problematisch als z. B. die Inobhutnahme in der Regel in Grundrechte der Eltern und Kinder eingreift und bis zur Freiheitsentziehung reicht, für die ein Richtervorbehalt gem. Art. 104 II 3 GG gilt.⁴²⁸

Beteiligung freier Träger an der Aufgaben der öffentlichen Träger			
Gesetzliche Regelung	Aufgabe des		Verhältnis zwischen öffentlichem und freiem Träger
	freien Trägers	öffentlichen Trägers	
§ 5 V 1 SGB XII	Erledigung von Aufgaben Verwaltungsmäßige Abwicklung Keine Beleihung	Gewährleistungsverpflichtung	Koordinationsrechtliche öffentlich-rechtliche Verträge
SGB VIII			
Leistungen § 3 II, III 2 SGB VIII	Erledigung von Aufgaben Verwaltungsmäßige Abwicklung Keine Beleihung	Gewährleistungsverpflichtung	Koordinationsrechtliche öffentlich-rechtliche Verträge
Andere Aufgaben § 3 III 2 SGB VIII	Beteiligung nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Regelung z.B. nach § 76 I i.V.m. § 42,75 SGB VIII (Inobhutnahme) -> in diesen Fällen wie bei den Leistungen.		

4.1.5. Beleihung

Bereits oben deutete sich an mehreren Stellen an, dass eine Beleihung im Recht der sozialen Dienste durchaus zur Diskussion steht. § 5 V SGB XII wird zum Teil als Rechtsgrundlage für eine Beleihung angesehen, ebenso § 3 III SGB VIII bzw. § 76 SGB VIII. Weitere Kandidaten für eine Beleihung sind § 16 III SGB II, § 44b III 3 SGB II, § 18 I SGB II, § 5 II 1 SGB XII, § 78 SGB VIII und § 97 SGB X. Voraussetzung der Beleihung ist, dass einer privaten juristischen oder natürlichen Person Hoheitsrechte übertragen werden. Für die Übertragung von

⁴²⁸ Mrozynski, SGB VIII, § 76 Rz. 2, 3

Hoheitsrechten ist darüber hinaus in jedem Fall eine gesetzliche Grundlage nötig.

Rechtsgrundlage	Schlicht	/Hoheitlich	Institutioneller Gesetzesvorbehalt	Beliehener
§ 16 III 2 SGB II 1€ Jobs (MAE)	Ja	Nein	Vertrag aufgrund eines Gesetzes	Träger der MAE
§ 44 b III SGB II (Argen bis 2010)	Ja	Ja	Durch Gesetz	Argen § 44 b SGB II
§ 97 SGB X	Keine Beleihungsgrundlage			
§ 5 II 1 SGB XII				
§ 4 I 1 SGB VIII				

4.1.5.1. Beleihung bei der Durchführung von Grundsicherung für Arbeitssuchende

Die Arbeitsgelegenheiten nach § 16 III 2 SGB II könnten den Maßnahmeträger der Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung zu Beliehenen mit schlicht-hoheitlichen Befugnissen machen. Die Zuweisung der Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung an den Leistungsberechtigten nach § 16 III 2 SGB II erfolgt durch Heranziehung durch den Sozialleistungsträger. Dies wird durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag verwirklicht.⁴²⁹ Zwischen Leistungsberechtigtem und Maßnahmeträger entsteht ein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis eigener Art, auf das arbeitsrechtliche Vorschriften zum Teil Anwendung finden.⁴³⁰ Zwischen Leistungs- und Maßnahmeträger liegt ein öffentlich-rechtlicher Austauschvertrag vor.⁴³¹ Durch diesen Vertrag erhält der Maßnahmeträger die notwendigen Handlungsmöglichkeiten, die Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung durchzuführen, also der eigentliche Träger des öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnisses eigener Art zu sein. Dazu gehören u.a. Weisungsrechte gegenüber dem Klienten, die mangels Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ihrerseits öffentlich-rechtlicher Natur sein müssen. Im Unterschied zu anderen Leistungserbringungskonstellationen wird das Verhältnis zwischen Leistungsberechtigtem und Leistungserbringer gerade nicht durch (zivilrechtlichen) Vertrag gestaltet, sondern durch ein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis eigener Art. Dies spricht

⁴²⁹ Niewald in: Munder, LPK-SGB II, § 16 Rz. 49

⁴³⁰ Niewald, a.a.O., Rz. 64

⁴³¹ Niewald in: Munder, LPK-SGB II, § 16 Rz. 63; Voelzke, in: Voelzke, SGB II, § 16 Rz. 450, 451

für das Vorliegen einer Beleihung des Trägers der Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung mit schlichthoheitlichen Befugnissen gegenüber dem Teilnehmer der Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung.⁴³² Entsprechend hatte auch das BAG die Streitigkeiten aus dem Verhältnis der Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung dem Rechtsweg der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen. Es geht allerdings von einem unselbständigen tätig werden aus und ordnet den Träger der Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung als Verwaltungshelfer ein.⁴³³ Da die Träger der Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung jedoch gleichzeitig eigene Aufgaben durch die Beschäftigung der Leistungsberechtigten nach dem SGB II wahrnehmen, kann von ihrer Unselbständigkeit nicht aus gegangen werden.

Keine allgemeine Rechtsgrundlage zur Beleihung bietet hingegen § 97 SGB X. § 97 SGB X wird nicht als Befugnisnorm verstanden. Dessen Anwendung setzt eine Befugnisnorm erst voraus.⁴³⁴ Zwar stellt § 97 SGB X allgemeine Voraussetzungen für die Übertragung von Aufgaben an dritte und damit auch an Private auf. Damit diese Privaten jedoch Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen können, ist eine gesonderte Ermächtigungsgrundlage für eine Beleihung nötig. Dabei soll eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsakten ausreichen.⁴³⁵

Damit rückt vor allem § 44b III 3 SGB II in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Das BSG stellt darauf ab, dass den Arbeitsgemeinschaften nicht die Befugnis zur Erfüllung der Aufgaben übertragen wird, sondern nur die Kompetenz zur Wahrnehmung der Aufgaben überantwortet ist.⁴³⁶ Eine Befugnis wird nach dieser Ansicht nur insofern übertragen, Verwaltungsakte im Außenverhältnis zu erlassen. Davon unberührt bleibt die Frage nach der Befugnis zur Aufgabenwahrnehmung, die die Arge nicht besitzen soll.⁴³⁷ Nach der Ansicht des BVerfG hingegen macht diese Regelung deutlich, dass die Arbeitsgemeinschaft nach § 44b SGB II weitergehende hoheitliche

⁴³² A.A. Voelzke, in: Voelzke, SGB II, § 16 Rz. 400 ohne Begründung

⁴³³ BAG vom 17.1.2007 5 A 2 B 43/06 Rz. 11; Voelzke, in: Voelzke, SGB II § 16 Rz. 429

⁴³⁴ Roos in: von Wulffen, SGB X, § 97 Rz. 2,3

⁴³⁵ Roos in: von Wulffen, SGB X, § 97 Rz. 3

⁴³⁶ BSG vom 7.11.2006 B 7b AS 6/06 R FEVS 58, 347 (349) und vom 23.11.2006 B 11b AS 1 /06 R FEVS 58, 353 (354f), zitiert bei BVerfG vom 20.12.2007 2 BvR 2433/04 und 2434/04 Rz 165, der Rechtsprechung des BSG schließt sich das Sondervotum der RichterInnen Osterloh, Broß und Gerhardt an, a.a.O., Rz. 215, 216

⁴³⁷ Sondervotum der RichterInnen Osterloh, Broß und Gerhardt, a.a.O., Rz. 217

Befugnisse, d.h. die Befugnis zur Wahrnehmung von Aufgaben nach dem SGB II haben kann⁴³⁸, und zwar unabhängig davon, welche Organisationsform gewählt wurde. Dies führt dann auch zu ihrer Beurteilung als verfassungswidriger Mischverwaltung.

Soweit es möglich ist eine öffentlich-rechtliche Form zu errichten, entfällt die Notwendigkeit einer Übertragung von Hoheitsrechten. Im hessischen Landesrecht werden zur Realisierung dieser Organisationsmöglichkeiten die Rechtsgrundlagen zur Schaffung von Zweckverbänden und Anstalten des öffentlichen Rechts geregelt, § 2a und 2b Hessisches Offensiv Gesetz. Soweit allerdings eine private Rechtsform gewählt wird, vgl. a. § 11a Hessisches Offensiv Gesetz, ist eine Beleihung und die dazugehörige Rechtsgrundlage erforderlich. Für die Aufgaben der BA enthält § 44b III 3 SGB II eine Beleihung kraft Gesetzes.⁴³⁹ Für die nach Art und Umfang nicht feststehenden Aufgaben der kommunalen Träger ermächtigt Satz 3 diese, die Arbeitsgemeinschaft zu beleihen.

4.1.5.2. Zusammenarbeitsgebote und Beleihung

Eine ausdrückliche Befugnis, Verwaltungsakte zu erlassen, enthalten die Regelungen zur Zusammenarbeit nach § 5 II 1 SGB XII und § 4 I 1 SGB VIII nicht. Dennoch ist eine Übertragung schlicht-hoheitlicher Kompetenzen ins Auge zu fassen. Ihre allgemeine Anknüpfung finden beide Normen in § 17 III SGB I, der § 97 I 1-4 und II SGB X ausdrücklich abbedingt, sodass eine dogmatische Anknüpfung an die fehlende Beleihung nach § 97 SGB X nicht zwingend ist. Für das SGB XII ergibt sich die Antwort aus dem Zusammenhang mit § 5 V SGB XII, der von der Möglichkeit einer Aufgabenübertragung auf Private ausgeht. Dieser wurde großteils nicht als Grundlage einer Beleihung verstanden. Da die Zusammenarbeit die sachlich allgemeinere Vorschrift ist, kann man sie erst recht nicht als Rechtsgrundlage für eine Beleihung verstehen. Das entsprechende gilt für § 4 I 1 SGB VIII im systematischen Zusammenhang mit § 3 II, III SGB VIII. Hoheitliche Befugnisse werden im SGB VIII nur punktuell übertragen, so § 3 III SGB VIII, sodass die allgemeinen Regelungen, zu denen § 4 I 1 SGB VIII gehört, nicht die Grundlage für die Übertragung schlicht-hoheitlicher Kompetenzen darstellen können.

⁴³⁸ Zwingend nach BVerfG vom 20.12.2007 2 BvR 2433 und 2434/04 Rz. 163

⁴³⁹ Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde der Landkreise gegen die ArGen in: BVerfG 2 BvL 2433 und 2434/04 Rz. 104

Keine Beleihung liegt in dem Abschluss von Leistungserbringerverträgen.⁴⁴⁰

4.1.5.3. Sonderfall: Privatisierung und Beleihung von kirchlichen Trägern

Aus dem verfassungsrechtlichen Status der kirchlichen Träger soll sich eine abweichende Einordnung der Kooperation zwischen öffentlichem Sozialleistungsträger und kirchlich getragenen Leistungserbringern ergeben.⁴⁴¹ Zu den Grundüberzeugungen christlicher Glaubensgemeinschaften gehöre die Pflicht zu tätiger Nächstenliebe. Das daraus entspringende soziale, medizinische und pflegerische Handeln wird vom Schutzbereich des Art. 4 I, II GG erfasst. Kirchliche Vereinigungen können sich unter den Voraussetzungen des Art. 19 III GG auf die kollektive Religionsfreiheit berufen. Im Rahmen des kirchlichen Selbstverwaltungsrechts gebildete Vereinigungen, die diese Pflicht der tätigen Nächstenliebe im Sinne der Kirchen umsetzen, teilen diesen Grundrechtsschutz.⁴⁴² Deshalb wird davon ausgegangen, dass diese Träger selbständig eigene Aufgaben wahrnehmen und keine übertragenen staatlichen Aufgaben. Grundlegend hat das BVerfG in den 60er Jahren dazu formuliert, dass das Angebot von Sozial- und Jugendhilfe freier Träger nur mit der Wahrnehmung eigener Aufgaben erklärt werden kann und keine Beleihung mit staatlichen Aufgaben bedeute und genauso wenig als Privatisierung staatlicher Aufgaben verstanden werden kann.⁴⁴³ Angesichts der Beherrschung der karitativen Szene zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG kann diese Aussage für kirchliche Träger gelten. Zu diesem Zeitpunkt war das Leistungserbringerrecht noch nicht in die Kodifizierungen der Sozial- und Jugendhilfe eingeführt worden. Es galten abweichende Regelungen hinsichtlich der Finanzierung, wie das Selbstkostendeckungsprinzip. Man mag nach wie vor davon ausgehen können, dass die Tätigkeit der kirchlichen Träger im karitativen Bereich Ausdruck einer besonderen grundrechtlichen Position ist. Diese Situation wird aber gleichzeitig in § 5 I SGB XII, § 17 III 2 SGB I und § 4 I 2 SGB VIII aufgenommen und einfachrechtlich in das aktuelle Finanzierungs- und Organisationsystem integriert. In der traditionellen Plakativität der Formulierung des BVerfG

⁴⁴⁰ Eichenhofer NZS 2002, 348 (348); Pöld-Krämer/ Fahlbusch RsDE 2000 (46) S. 4 (64)

⁴⁴¹ Neumann RsDE 2003 (54) S.1 (2f)

⁴⁴² Neumann, a.a.O., S. 3

⁴⁴³ BVerfGE 22,180(203 f)

wird man die Stellung der kirchlichen Träger danach nicht mehr beschreiben können. Die Durchführung eigener Aufgaben ist auch im Rahmen der Privatisierung charakteristisch und sogar deren begriffliche Voraussetzung. Die Formulierung des BVerfG kann entsprechend nicht (mehr) technisch verstanden werden.⁴⁴⁴ Richtig ist daran allerdings noch immer, dass die Aufgabenfindung und Gestaltung der Caritas vom kirchlichen Träger ausgeht und der öffentliche Träger bei Inhaltsgleichheit mit seinen Aufgaben die Erfüllung der Leistungsansprüche des Leistungsberechtigten vorrangig dem freien kirchlichen Träger überlässt gegen Übernahme der Vergütung. Handelte es sich um ausschließlich eigene Aufgaben des kirchlichen Trägers, bestünde aus der Sicht der öffentlichen Träger kein (gesetzlicher) Grund, finanzielle Verantwortung dafür zu übernehmen. Dennoch bleibt die Abgrenzung der Verwaltung in Privatrechtsform zu den Organisationen des 3. Sektors, zu denen Kirchen und Wohlfahrtspflege grundsätzlich zählen, schwierig.⁴⁴⁵ Es wird jedoch von Überschneidungsbereichen ausgegangen,⁴⁴⁶ wobei anerkannt wird, dass sie mit ihren Funktionen und Leistungen die öffentliche Verwaltung ergänzen und den staatlichen und privaten Sektor verschränken. Eine exklusive wirtschaftsverwaltungsrechtliche Einordnung als Ausnahme von Privatisierung und Beleihung erscheint jedoch nicht gerechtfertigt.

4.1.6. Public-Private-Partnership und soziale Dienste

In der Literatur finden sich Einschätzungen, wonach es im sozialen Bereich bislang auf deutschem Boden keine Erfahrungen mit Public-Private-Partnership-Projekten gäbe. Bisher beschränkten sie sich auf vereinzelte Projekte, bei der eine Stadt beabsichtigte, Sanierung, Bewirtschaftung, Bauunterhaltung und Finanzierung eines Teils der Schulen und Teile der städtischen Kindertagesstätten zu realisieren.⁴⁴⁷ Andererseits wird die Einrichtung der als verfassungswidrig eingestuften Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II als Form der PPP bezeichnet.⁴⁴⁸ Die Einordnung einer Verteilung der Aufgaben zwischen privatem Träger und Staat als Public-Private-Partnership ist stark davon abhängig, wie die als Rechtsbegriff derzeit nicht definierte Public-Private-Partnership konturiert wird. So wird die Public-Private-Partnership

⁴⁴⁴ So aber Neumann, a.a.O., S. 3

⁴⁴⁵ Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 91 Rz.28

⁴⁴⁶ Stober in: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Band 3, § 91 Rz.28

⁴⁴⁷ Piontkowki/ Steidle NDV 2007,405 (407)

⁴⁴⁸ Brosius-Gersdorf VSSR 2005,335 (383)

teilweise auch in sehr engem Zusammenhang mit dem öffentlichen Auftrag im Sinne der §§ 97 ff GWB gesehen.⁴⁴⁹ Angesichts der differenzierten Übertragung und Verteilung von Aufgaben und Risiken innerhalb der Public-Private-Partnership ist sie dennoch am ehesten der funktionalen Privatisierung zuzuordnen, da die bisherigen Strukturen der Public-Private-Partnership nicht dazu führen, dass dem Staat weniger als die Gewährleistungsverantwortung verbleibt. Reduziert sich diese auf eine Auffang- und Regulierungsverantwortung, kann von einer Zusammenarbeit i.S.e. Public-Private-Partnership nicht mehr gesprochen werden. Im Grunde kann es daher bei der Public-Private-Partnership im sozialen Bereich nur darum gehen, die Grenzen einer Privatisierung sozialer Dienste anhand der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grenzen auszuloten. Diese sind mit den allgemeinen Privatisierungsgrenzen identisch.⁴⁵⁰ Der Begriff der Public-Private-Partnership ist dabei derzeit nicht hilfreich.

4.2. Subventionen an soziale Dienste

Ein nicht unbeträchtlicher Teil der sozialen Dienste finanziert sich über Subventionen. Die zentralen Fragen des Bereichs „soziale Dienste und Subventionen“ sind, ob es Ansprüche auf Subventionen gibt und in welchem Verhältnis sie zu den übrigen Finanzierungsarten stehen. Grundsätzlich gelten hier natürlich auch zunächst einmal die allgemeinen Regelungen des Wirtschaftsverwaltungsrechts zu Subventionen. Einer gesetzlichen Grundlage bedarf es nicht unbedingt, einen Anspruch auf Subventionierung gibt es grundsätzlich nicht. Dies trifft auch für die sozialen Dienste weitgehend zu. Dennoch gibt es Ausnahmen.

4.2.1. Spezielle Anspruchsgrundlagen

⁴⁴⁹ Müller/ Brauser-Jung NVwZ 2007,884 ff

⁴⁵⁰ Vgl. auch die Aufzählung bei Piontkowski/ Steidle NDV 2007,405 (407)

Anspruchsgrundlage	Gegenstand	Berechtigte
§ 74 SGB VIII	Freiwillige Leistungen und Leistungen an die Hilfeberechtigten	Anerkannte und nicht anerkannte freie Träger der Jugendhilfe
§ 16 I SGB II i.V.m. §§ 240-247 SGB III	Sozialleistungen	Einrichtungsträger
§ 16 I SGB II i.V.m. §279 SGB III	Sozialleistungen	Einrichtungsträger

Eine gesetzliche Grundlage zur Subventionierung von Trägern der freien Jugendhilfe ist in § 74 SGB VIII geregelt. Lange wurde davon ausgegangen, dass es sich dabei nur um objektives Recht handle und mithin kein Förderanspruch bestehe.⁴⁵¹ Inzwischen ist eine Auffassung im Vordringen begriffen, wonach § 74 SGB VIII ein subjektiv öffentliches Recht auf Förderung darstelle, auf das sich die freien Träger berufen können.⁴⁵² Von einer Anerkennung nach § 75 SGB VIII ist eine Förderung nur dann nicht abhängig, wenn die Förderung nicht auf Dauer angelegt ist. Förderung bedeutet nicht nur die Förderung mit finanziellen Mitteln. Auch Sach- und Dienstleistungen sowie Beratung können den Begriff der Förderung erfüllen. Förderung ist zum einen für die freiwillige Tätigkeit der Träger auf dem Gebiet der Jugendhilfe möglich, Abs. 1, aber auch für den Bereich in dem es um die Gewährung von Leistungen geht, Abs. 2. Wenn dem Grunde nach ein Anspruch auf Förderung zugestanden wird, so ist Art und Höhe der Förderung in das Ermessen des öffentlichen Jugendhilfeträgers gestellt,⁴⁵³ wobei § 74 III SGB VIII verschiedene ermessensleitende Gesichtspunkte aufzählt, die durch § 74 IV-VI SGB VIII ergänzt werden. Wenn § 74 SGB VIII als subjektiv-öffentliches Recht ausgestaltet ist, ist fraglich, ob es sich bei Leistungen aufgrund dieser Norm noch um Zuwendungen im Sinne des § 14 HGrG, § 23 BHO handelt, denn um Zuwendungen handelt es sich nicht, wenn es sich um Leistungen handelt, auf die der Empfänger einen unmittelbar durch Rechtsvorschriften begründeten Anspruch hat. Der Anspruch muss jedoch dem Grund und der Höhe nach gesetzlich geregelt sein.⁴⁵⁴ Insbesondere die Höhe ist hier nicht gesetzlich geregelt, sodass der Zuwendungsbegriff auch im Rahmen des § 74 SGB VIII noch einschlägig ist. Soweit davon ausgegangen wird, dass es sich um eine Ermessensförderung handelt, wurden Kriterien zu dessen Ausübung entwickelt. So erkannte die neuere Rechtsprechung des BVerwG einen

⁴⁵¹ Z.B. Hessischer VGH vom 6.9.2005 10 UE 3025/04 ZfSH/SGB 2005,730 (737)

⁴⁵² VGH Baden-Württemberg vom 18.12.2006 12 S 2474/06 FamRZ 2007,1275 (1275); Wabnitz ZfJ 2007,189 (190); bereits Wabnitz ZfJ 2003,165 (166, 169)

⁴⁵³ VGH Baden-Württemberg vom 18.12.2006 12 S 2474/06 FamRZ 2007,1275 (1275); Wabnitz ZfJ 2003,165 (170)

⁴⁵⁴ Münder RsDE 1996 (34) S. 1 (21)

Anspruch auf Förderung zu, wenn die Einrichtung in die Jugendhilfeplanung aufgenommen wurde.⁴⁵⁵ Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessenausübung hinsichtlich der Förderung richtet sich zudem immer gegen den Jugendhilfeträger selbst, auch wenn kreisangehörige Gemeinden Kindertagesstätten betreiben oder diese aus eigener Initiative fördern.⁴⁵⁶ Darüber hinaus ist es dem Jugendhilfeträger verwehrt, sich der Förderungsverpflichtung dadurch zu entziehen, dass im Haushalt keine Mittel zur Förderung freier Träger eingestellt werden. Ein Überangebot muss aber nicht finanziert werden.⁴⁵⁷ Ferner hat sich der Umfang der Förderung an den materiell-rechtlichen Grundlagen des Förderungsgegenstandes zu orientieren.⁴⁵⁸

Als Rechtsgrundlagen für Subventionen als soziale Dienstleister können auch die Leistungen an Träger nach § 16 I 1 SGB II i.V.m. § 240-247 SGB III, sowie die Förderung von ABM nach § 16 I 1 SGB II i.V.m. § 260-271 SGB III und die Förderung von Beschäftigung schaffenden Infrastrukturmaßnahmen nach § 16 I 1 SGB II i.V.m. § 279a SGB III verstanden werden. Eine weitere Rechtsgrundlage zur Subventionierung sozialer Dienste ist § 10 SGB III, wonach freie Leistungen zur aktiven Arbeitsförderung zur Verfügung gestellt werden können. Diese Regelung ist jedoch nicht in das SGB II übernommen worden und stellt objektives Recht dar und ist damit keine Anspruchsgrundlage auf Subventionen. § 250 SGB III gilt ebenfalls nicht für das SGB II.

Nicht als Anspruchsgrundlage zur Förderung eines Frauenhauses wird Art. 2 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau anerkannt.⁴⁵⁹ Subjektiv-öffentliche Rechte ergäben sich daraus nicht, da es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag handle.⁴⁶⁰ Im Rahmen der Sozialhilfe wird den Klientinnen im Frauenhaus regelmäßig ein Anspruch auf die Leistungen nach §§ 67 ff SGB XII zustehen.

Außerhalb der Sozialhilfe finden sich weitere Rechtsgrundlagen zur Subventionierung sozialer Einrichtungen. Dies ist zum Beispiel § 4 II SchKG. Stellen, die Beratung nach § 2 SchKG und

⁴⁵⁵ BVerwG vom 25.4.2002 5 C 70/01

⁴⁵⁶ Hessischer VG vom 6.9.2005 10 UE 3025/04 ZFSH/SGB 2005,730 (736,739)

⁴⁵⁷ Hessischer VG vom 6.9.2005 10 UE 3025/04 ZFSH/SGB 2005,730 (738)

⁴⁵⁸ Hessischer VG vom 6.9.2005 10 UE 3025/04 ZFSH/SGB 2005,730 (738, 739)

⁴⁵⁹ Gesetz zum Übereinkommen vom 18.12.1979, vom 25.5.1985 BGBl II Seite 649

⁴⁶⁰ OVG Hamburg vom 21.12.2004 1 Bs 535/04 NVwZ-RR 2005,258 (258) sowie die Vorinstanz VG Hamburg vom 9.11.2004 13 E 4099/04

Schwangerschaftskonfliktberatung nach § 5 SchKG durchführen, haben aufgrund dieser Regelung nach der Rechtsprechung einen Anspruch auf Förderung der notwendigen Sach- und Personalkosten in Höhe von 80%.⁴⁶¹ Für Ermessensabwägungen hinsichtlich der Förderung besteht insofern kein Raum. Demgegenüber hat das BayVerfGH jedoch entschieden, dass das Unterlassen einer Förderung von Beratungsstellen, die ausschließlich Beratung nach §§ 2, 3 SchKG anbieten, nicht den Gleichheitssatz der Bayerischen Verfassung verletze.⁴⁶² Damit ist die bayerische Praxis und Regelung, Beratungsstellen, die keine Konfliktberatung nach §§ 5 und 8 SchKG durchführen, nicht zu fördern, als rechtmäßig anerkannt worden. Von der Literatur wird ein Verstoß gegen die bundesrechtliche Regelung zum Teil nicht angenommen. Das BVerwG hat sich direkt dazu noch nicht geäußert. Es hat aber ebenfalls in Bezug auf die Situation in Bayern betont, dass staatliche Beratungsstellen durch den Umfang ihrer Beratungskapazität den Markt nicht zu Lasten der freien Beratungsträger verstopfen dürfen.⁴⁶³

4.2.2. Förderungs- und Unterstützungsgebote als allgemeine Rechtsgrundlage

Subventionierung aufgrund der Zusammenarbeitsgebote	
Inhalt der Zusammenarbeitsgebote:	
	- objektive Pflicht zur Unterstützung durch (finanzielle) Zuwendungen Abschluss von Verträgen (str.)
	- subjektives Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung
Rechtsgrundlage	Begünstigte
§ 17 I 2 SGB II	Träger der freien Wohlfahrtspflege, also privatgemeinnützige Träger
§ 5 III 2 SGB XII	Verbände und Träger der freien Wohlfahrtspflege, also privatgemeinnützige Verbände und Träger (Argument aus § 17 III SGB I)
§ 4 III SGB VIII	Freie Jugendhilfe, also privatgemeinnützige und privatgewerbliche Träger

Finanzielle Förderung der freien Träger wird als konkrete Ausformung der verschiedenen Zusammenarbeitsgebote nach § 17 I 2 SGB II, § 5 III 2 SGB XII und § 4 III SGB VIII angesehen. Soweit keine ausdrücklichen

⁴⁶¹ BVerwG vom 15.7.2004 3 C 48/03 NJW 2004,3727(3727,3730); ebenso Rübner DöV 2004, 696 (698)

⁴⁶² BayVerfGH vom 25.1.2006 Vf 14-VII-02 NJW 2006,1050 (1051); zustimmend Huber NJW 2007,2374 (2374); dagegen Richardi NJW 2006,1036 (1037)

⁴⁶³ BVerwG NJW 2007,2713 (2714)

Regelungen wie z.B. § 74 SGB VIII vorhanden sind, wird versucht, die Subventionierung freier Träger durch diese Gebote verbindlich zu regeln und auszugestalten. § 4 III SGB VIII bietet die allgemeine Grundlage zur Förderung, die in § 74 SGB VIII konkretisiert wird.⁴⁶⁴

§ 5 III 2 SGB XII regelt die Pflicht des Sozialhilfeträgers, die freien Wohlfahrtsverbände zu unterstützen. Dabei wird der Begriff Unterstützung sehr weit verstanden. Er umfasst strukturell jede Form der Förderung. Formen der Unterstützung sind finanzielle Zuwendungen, das zur Verfügung stellen von Räumen, Materialien und Personal, sowie die Beratung in Planungs- und Institutionsangelegenheiten.⁴⁶⁵ Während manchmal der Abschluss von Leistungserbringerverträgen ebenfalls als Form der Förderung aufgefasst wird, wird zum Teil auch vertreten, dass der Abschluss dieser Verträge von der Förderung und Unterstützung zu unterscheiden sei.⁴⁶⁶ Kritisiert wird an dieser Auffassung, dass so die Übertragung förderungsrechtlicher Grundsätze auf den Abschluss von Vereinbarungen ermöglicht würde.⁴⁶⁷ Das geht so weit, dass bereits ein Eigenanteil für diejenigen Leistungen vom öffentlichen Träger verlangt wurde, auf die Rechtsansprüche der Leistungsberechtigten bestehen und für die Vereinbarungen abzuschließen waren.⁴⁶⁸ Dabei ist zutreffend, dass die Förderung durch Zuwendungen von der Übernahme der Vergütungen für Leistungen, die im Rahmen der Leistungserbringerverträge übernommen werden, zu unterscheiden ist.⁴⁶⁹ § 5 III 2 SGB XII wird aber nicht als Anspruchsgrundlage aufgefasst.⁴⁷⁰ Zum Teil wird ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung hinsichtlich der Subventionierung freier Träger aus § 10 SGB XII hergeleitet. Aspekte dieser Ermessensausübung sind im SGB XII nicht genannt. Soweit Richtlinien vorliegen, binden sie den Sozialhilfeträger zunächst nur intern, wobei eine Abweichung regelmäßig einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz darstellt. Damit ist auch der wichtigste Aspekt der Ermessensausübung genannt. Der Gleichheitsgrundsatz wird hinsichtlich der Chancengleichheit und einem Bewerbungsverfahrenanspruch konkretisiert. Sachlicher Differenzierungsgesichtspunkt sind die von den privat-gemeinnützigen Trägern erbrachten Eigenleistungen in Abhängigkeit von ihrer

⁴⁶⁴ Mrozyński, SGB VIII, § 4 Rz. 11

⁴⁶⁵ Münder in: Münder, LPK-SGB XII, § 5 Rz. 26

⁴⁶⁶ Münder in: Münder, LPK-SGB XII, § 5 Rz. 27, 30; Neumann RsDE 1996 (31) S. 42 (56)

⁴⁶⁷ Neumann RsDE 1996 (31) S. 42 (56, 57)

⁴⁶⁸ Neumann RsDE 1996 (31) S. 42 (55) unter Verweis auf ein Gutachten des Deutschen Vereins 114/94 unveröffentlicht.

⁴⁶⁹ Münder in: Münder, LPK-SGB XII, § 5 Rz. 27, 30

⁴⁷⁰ Auch VGH Baden-Württemberg vom 10.4.2001 1 S 245/00 DVBI 2001, 1626 (1626)

unterschiedlichen Finanzkraft und ihren sonstigen Verhältnissen. Förderungsleistungen müssen danach nicht in einem festen Verhältnis zur Höhe der Eigenleistung der Träger stehen.⁴⁷¹ Zu berücksichtigen ist auch, welche unterschiedlichen Wege der Mittelschöpfung für die verschiedenen Träger zugänglich sind. Soweit bspw. die kirchlichen Träger durch die Kirche unterstützt werden, die ihrerseits über Steuereinnahmen finanziert werden, ist eine Förderung weniger dringend als bei Trägern die über diese Möglichkeiten nicht verfügen. Kleinere Träger können trotz geringeren finanziellen Volumens umfassender gefördert werden als große Träger.⁴⁷² Das entsprechende gilt für den gleichlautenden § 17 I 2 SGB II.

Es bestehen einige Unterschiede hinsichtlich der Begünstigten der Förderungs- und Unterstützungsgebote. Im Rahmen des SGB II sind es die gemeinnützigen Träger selbst, die als Begünstigte der Förderung genannt sind. Im Rahmen des SGB XII sind hingegen deren Verbände genannt. Gewerbliche freie Träger sind dort nicht als Begünstigte genannt. Ob aus der Bezeichnung der Verbände im Gesetz nur eine Förderung von (überlokalen) Zusammenschlüssen von Trägern resultiert, ist jedoch streitig. Aus dem systematischen Zusammenhang mit § 17 III SGB I wird geschlossen, dass der Verbandsbegriff sehr weit zu verstehen ist, und damit jede gemeinnützige Organisation gemeint ist, die aufgrund ihres Zweckes Wohlfahrtsleistungen an hilfebedürftige Personen erbringt. Da § 17 SGB I über § 37 SGB I einer engeren Regelung im besonderen Teil entzogen ist, ist § 5 III 2 SGB XII entsprechend § 17 SGB I auszulegen.⁴⁷³ Dagegen ließe sich vor allem der Einwand führen, dass § 17 III 1 SGB I sich auf die allgemeine Zusammenarbeit bezieht und gerade die Förderung nicht regelt, sodass § 17 III 4 SGB I eine engere Interpretation des § 5 III 2 SGB XII erlauben würde. Satz 3 des § 17 III SGB I stellt jedoch eine Beziehung gerade auch zur Förderung mit öffentlichen Mitteln her, sodass § 17 III 4 SGB I nicht greift. Danach sind im Rahmen des § 5 III 2 SGB XII gerade nicht nur die Verbände sondern auch die Träger selbst förderungsfähig. Im Rahmen der Jugendhilfe hingegen sind die Begünstigten die freien Träger der Jugendhilfe, also alle privaten gemeinnützigen und gewerblichen Träger. Mit dieser Abweichung gegenüber dem SGB II und SGB XII stellt sich auch hier die Frage einer mit § 17 III SGB I übereinstimmenden Interpretationsmöglichkeit, denn § 17 III SGB I erfasst, wie § 4 III SGB VIII nicht nur die gemeinnützigen, sondern auch die gewerblichen Träger. Eine Gleichbehandlung aller Träger läge

⁴⁷¹ Münder in: Münder, LPK-SGB XII, § 5 Rz. 41

⁴⁷² Münder in: Münder, LPK-SGB XII, § 5 Rz. 41

⁴⁷³ Münder in: Münder, LPK-SGB XII, § 5 Rz. 7,8

grundsätzlich nahe. In der Gemeinnützigkeit liegt jedoch ein traditionelles sachliches Differenzierungskriterium, das eine Ungleichbehandlung ermöglicht. Aus der Perspektive des § 17 III SGB I ist eine Ungleichbehandlung ebenfalls argumentativ zu rechtfertigen, da § 17 III 4 SGB I eine Differenzierung in den besonderen Teilen bezüglich des Verhältnisses der verschiedenen Träger untereinander erlaubt.

4.2.3. Subventionen und Leistungsansprüche – Das Verhältnis von Subvention und vertraglicher Vergütung

Finanzielle Mittel können freie Träger nicht nur durch Subventionen sondern auch durch die Vergütung der in den Leistungserbringerverträgen oder Leistungsverträgen vereinbarten Leistungen erhalten. Während praktisch oftmals eine Mischung aus Subventionen und Vergütungen zum finanziellen Überleben der Leistungserbringer beiträgt, ist dogmatisch dennoch genau zwischen beiden Finanzierungsformen zu unterscheiden. Am besten sichtbar ist dies im Normenmaterial des SGB VIII. § 74 SGB VIII differenziert zwischen der Förderung freiwilliger Aufgaben, Abs. 1, und Aufgaben, die eine Leistungsgewährung nach dem SGB VIII erst ermöglichen, Abs. 2. Für beide ist Subventionsförderung also möglich.⁴⁷⁴ § 78c II 4 SGB VIII bezieht sich nach seiner systematischen Stellung ausschließlich auf die Leistungsgewährung, also die Realisierung der Rechtsansprüche, die in § 78a I SGB VIII aufgezählt sind. In diesen Fällen ist die öffentliche Förderung auf die Vergütung anzurechnen. Soweit also Leistungsansprüche, auch solche die aufgrund von Ermessensnormen bestehen, abgegolten werden, ist eine Vergütung entweder aufgrund Leistungsvertrag oder Leistungserbringervertrag zu zahlen. Die Subventionen hingegen, sind letztendlich den freiwilligen Aufgaben vorbehalten.⁴⁷⁵ Entsprechendes gilt sowohl im Bereich des SGB II und SGB XII. Da der Leistungsträger die Sozialleistung an sich selbst erbringen müsste, muss er im Falle der Leistungserbringung durch Dritte die Gegenleistung übernehmen. Eine ausdrückliche Regelung dieses Sachverhaltes in SGB II und XII ist nicht ersichtlich. Jedoch ergeben sich die im SGB VIII kodifizierten Regelungen allgemein aus der Gewährleistungsverpflichtung der Sozialhilfe- und Grundsicherungsträger. Diese trifft nicht die freien Träger mit der

⁴⁷⁴ Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007, 355 (357)

⁴⁷⁵ Mrozyński RsDE 2001 (47) S. 29 (51); dies übersieht m.E. der Hessische VGH vom 6.9.2005 10 UE 3025/04 ZFSH/SGB 2005,730 (738) für den Bereich der Kindergartenfinanzierung

Konsequenz, dass diese die Leistungen bereithalten müssten und dafür (auch) eigene Mittel einzusetzen hätten. Die freien Träger sind nicht von sich aus gegenüber dem Staat verpflichtet, bestimmte Einrichtungen und Dienste vorzuhalten. Wenn sie es dennoch aus karitativem Eigeninteresse tun, gilt § 5 I, III 2 SGB XII, bzw. § 17 I 2 SGB II. Daraus ergibt sich, dass ihre Tätigkeit gerade nicht die öffentlichen Träger entlastet, sondern in der Regel ergänzt. Die Anrechnung erhaltener Subventionen auf Entgeltansprüche ergibt sich aus den Haushaltsgrundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, die eine Doppelfinanzierung ausschließen oder aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach Maßgabe wettbewerblicher Chancengleichheit.⁴⁷⁶

Praktisch spielt die Unterscheidung zwischen Entgeltfinanzierung und Subventionsfinanzierung insofern eine Rolle, als im Rahmen von Subventionen regelmäßig eine Eigenleistung des Trägers verlangt wird,⁴⁷⁷ auch wenn eine Vollfinanzierung ausnahmsweise möglich ist.⁴⁷⁸ Damit werden die Kosten der Leistung an einen Klienten nicht vollständig durch den Sozialleistungsträger gedeckt. Da jedoch nicht der freie Träger die Sozialleistung schuldet, sondern der Sozialleistungsträger, müssen die Kosten des freien Trägers im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben wie Prospektivität und Wirtschaftlichkeit, gedeckt sein.⁴⁷⁹ Entsprechend ist heute Förderung durch Subvention und Leistungsvergütung strukturell zu unterscheiden.⁴⁸⁰ Haushaltsrechtlich zeigt das auch § 23 BHO, wonach Zuwendungen gerade nicht möglich sind, wenn es um den Ersatz von Aufwendungen, Entgelten aufgrund von Verträgen geht. Dennoch können Subventionierung und Vergütung die Basis für die Finanzierung eines Leistungserbringers bilden. Etwa wenn neben freiwilligen Leistungen auch Rechtsansprüche erfüllt werden oder zu erbringende Leistungen schwer quantifizierbar sind.⁴⁸¹ Eine besondere Rolle spielen Subventionen vor allen Dingen auch dort, wo Infrastrukturen geschaffen und vorgehalten werden müssen.

⁴⁷⁶ Luthe in: Voelzke, SGB II, § 17 Rz.77

⁴⁷⁷ Neumann RsDE 1996 (31) S. 42 (47); Mrozyński RsDE 2001 (47) S. 29 (51); unter Bezugnahme auf das BVerfGE 75,40 (68) auch Badura/ Huber in: Schmidt/ Assmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rz.111

⁴⁷⁸ Beck DöV 2006,556 (557)

⁴⁷⁹ Neumann RsDE 1996 (31) S. 42 (48)

⁴⁸⁰ Münder in: Münder, LPK-SGB XII, § 5 Rz. 28; Neumann RsDE 1996 (31) S. 42 (48); Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007, 355 (357)

⁴⁸¹ So Münder in: Münder, LPK-SGB XII, § 5 Rz. 29

Verhältnis der Subventionen zu vertraglichen Entgelten				
Leistungsart	Finanzierungsart	SGB VIII	SGB II	SGB XII
Freiwillige Leistungen	Subvention	§ 74 I	Keine ausdrückliche Regelung, aber: -> entsprechend SGB VIII	
Realisierung von Sozialleistungsansprüchen (auch Ermessen) der Leistungsberechtigten	Subvention mit Anrechnung auf Entgelt nach §§ 78a ff SGB VIII bzw. § 77 SGB VIII	§ 74 II § 78c II 3 bei § 77: § 78c II 3 entsprechend	Begründung: Gewährleistungsverpflichtung des öffentlichen Trägers und Haushaltsgrundsätze Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	

Darüber hinaus ist insbesondere § 11 V 4 SGB XII keine Rechtsgrundlage für Subventionen, sondern eine besondere Vergütungsregelung im Rahmen von Leistungserbringerverträgen.

4.2.4. Subventionsverbote der EU und soziale Einrichtungen – Eine Bereichsausnahme?

Da der Sektor sozialer Dienstleistungen nach nationalem Recht geradezu von Subventionen lebt und von ihnen erhalten wird, stellt sich die Frage, wie sich die dort üblichen Subventionen mit Art. 87 I EGV vereinbaren lassen. Art. 87 I EGV erklärt staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb zu verfälschen drohen, für mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Dass die Förderung der freien Träger durch finanzielle Zuwendungen, die gerade dadurch charakterisiert ist, dass ihr keine marktmäßige Gegenleistung gegenübersteht, eine Beihilfe im EU-rechtlichen Sinne sein kann, wird nicht angezweifelt.⁴⁸² Vielfach wird versucht, das EU-Beihilfenverbot durch eine entsprechende restriktive Auslegung des Unternehmensbegriffs für den sozialen Sektor unanwendbar zu machen. Dabei wird der EU-rechtliche Unternehmensbegriff vom EUGH weit gefasst. Unternehmer ist danach, wer als selbständiger Wirtschaftsteilnehmer Waren oder Dienstleistungen auf einem Markt

⁴⁸² Bspw. Mrozynski SF 1999, 221(226)

erbringt.⁴⁸³ Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es danach nicht an.⁴⁸⁴ Nachdem gerade durch das Leistungserbringerrecht wettbewerbliche Züge in den sozialen Sektor eingeführt werden sollten, kann man vom Vorliegen eines Marktes sprechen, auf dem die sozialen Dienste Dienstleistungen als wirtschaftliche Tätigkeit anbieten.⁴⁸⁵ Im Zusammenhang mit dem Leistungserbringerrecht in der Sozialhilfe wird von einer Ökonomisierung und Marktkonzeption gesprochen.⁴⁸⁶ Daneben gibt es durchaus auch die Auffassung, dass soziale Leistungen nicht an einem Markt angeboten werden.⁴⁸⁷ Dies wird insbesondere für die entgeltfinanzierten Sozialleistungen betont.⁴⁸⁸ Diese würden nicht auf einem Markt angeboten und nachgefragt, sondern beim Sozialleistungsträger beantragt und von diesem durch Verwaltungsakt bewilligt. Die Entgelte, die für diese Leistungen zu zahlen seien, seien keine Preise, die sich durch Angebot und Nachfrage bildeten, sondern zwischen Sozialleistungsträgern und Leistungserbringern vereinbart würden bzw. von Schiedsstellen festgesetzt.⁴⁸⁹ Insbesondere die Tatsache, dass die Preise nicht zwischen Dienstleistungsanbietern und Klienten ausgehandelt würden, spräche gegen das Vorliegen eines Marktes. Es handle sich nicht um Marktpreise, sondern um administrierte Preise.⁴⁹⁰ Konsequenterweise wird daraus gefolgert, dass karitative Unternehmen keine Unternehmen im Sinne des Art. 87 I EGV seien. Diese Ansicht geht von der Prämisse aus, dass die korporatistischen Strukturen der deutschen Sozialleistungslandschaft insbesondere im Fürsorgebereich sich über das von der EU politisch geförderte Markt- und Wettbewerbsprinzip erheben können. Zwar leitet sich das europäische Wettbewerbsrecht nicht unmittelbar, wie das Vergaberecht, aus den Grundfreiheiten ab. Es geht allerdings auf diese Grundfreiheiten zurück und dient der Umsetzung deren Schutzes. Soweit also Grundfreiheiten der Leistungsanbieter mit sozialen Produkten durch staatliche Subventionen in eine besonders günstige oder ungünstige Position geraten können, wird man davon ausgehen müssen, dass Art. 87 EGV dem Schutzzweck nach zumindest dem Grund nach greift. Insofern steht der Einordnung karitativer Tätigkeit trotz der überkommenen kooperativen Strukturen im deutschen Fürsorgewesen

⁴⁸³ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rz. 32

⁴⁸⁴ Neumann RsDE 2003 (54) S. 1 (21)

⁴⁸⁵ Nach Kunkel, Kehler Diskussionspapier, S. 2 (Veröffentlicht in ZFSH/SGB 2002, 397) reklamieren die freien Träger inzwischen für sich selbst wirtschaftlicher Tätigkeit nachzugehen.

⁴⁸⁶ von Boettischer/ Tammen RsDE 2003 (54) S. 28 (35)

⁴⁸⁷ Für die Zeit vor Existenz der durch die Pflegeversicherung auf den Weg gebrachten Strukturen Prinz RsDE 1993 (21), S. 20 (23)

⁴⁸⁸ Weitere Nachweise bei Mrozyński SF 1999, 221(225)

⁴⁸⁹ Neumann RsDE 2003 (54), S. 1 (21)

⁴⁹⁰ Prinz RsDE 1993 (21), S. 20 (23)

als marktmäßige wirtschaftliche Tätigkeit nichts entgegen. Dieser Markt mag reguliert sein, dies ist aber bei vielen Märkten der Fall. Die Entwicklung der Maßstäbe zur Abgrenzung von wirtschaftlicher zur nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit erscheint in diesem Kontext dennoch schwierig. Die Entscheidungspalette des EuGH vermittelt einen eher kasuistischen Eindruck.⁴⁹¹ Zum Teil erscheinen vom EuGH getroffene Einordnungen auch recht widersprüchlich, wenn gleichzeitig wirtschaftliche und soziale Tätigkeit gegenüber gestellt werden.⁴⁹² Als entscheidend wurde in diesem Fall angesehen, ob ein Wettbewerbsverhältnis im konkreten Fall zwischen Erbringern von sozialen Dienstleistungen tatsächlich besteht, oder ob der Leistungserbringer so in die Erfüllung sozialer Dienstleistungen eingebunden ist, dass wirtschaftliches Handeln ausgeschlossen ist.⁴⁹³ Angesichts der wettbewerblichen Konturierung des Leistungserbringerrechts kann zumindest für diesen Regelfall ein nicht wirtschaftliches Handeln nicht angenommen werden bzw. eine entsprechende Annahme wäre widersprüchlich. Der Unternehmensbegriff steht danach nicht unmittelbar entgegen.⁴⁹⁴ Begrifflich sind Beihilfen im Sinne des Art. 87 EGV nicht gegeben, wenn ein Betrauungsakt für den Empfänger vorliegt, der auf Gesetz oder Vertrag beruhen kann. Die vertragliche Betrauung setzt voraus, dass sich die Gemeinwohlpflichten aus dem Vertrag ausreichend klar ergeben.⁴⁹⁵ Insofern kann im Einzelfall das Beihilferecht ebenfalls keine Anwendung finden. Ein solcher Betrauungsakt kann die Beileihung privater Träger sein.

Beihilfen müssten zudem geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Soziale Dienstleistungen werden meist in unmittelbarer Wohnortnähe in Anspruch genommen,⁴⁹⁶ sie sind meist lokal organisiert und orientieren sich an den Belangen der Menschen direkt vor Ort.⁴⁹⁷ Die Dienstleistungen verändern zudem ihre Inhalte im Rahmen unterschiedlicher geografischer und kultureller Kontexte.⁴⁹⁸ Aufgrund dieser spezifischen Eigenart sozialer Dienstleistungen ist es schwierig, abzuschätzen, ob eine Beeinträchtigung des Handels eintreten kann. Entsprechend wird auch

⁴⁹¹ Kämmerer NVwZ 2002,1041(1044)

⁴⁹² Becker NZS 2007, 169 (174)

⁴⁹³ Becker NZS 2007, 169 (174)

⁴⁹⁴ Auch Kunkel, Kehler Diskussionspapier, S. 3 ; Orientierungspapier des Deutschen Vereins NDV 2007, 7 (7)

⁴⁹⁵ Becker NZS 2007, 169 (174) im Anschluss an die Altmark Trans Kriterien des EuGH. Weitere begriffliche Einschränkungen z.B. bei Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007,355 (357); Schulte ZFSH/SGB 2006,753 (757).

⁴⁹⁶ Neumann RsDE 2003 (54) S. 1(23)

⁴⁹⁷ Makowski/ Bauckhage-Hoffer NDV 2007,337 (338)

⁴⁹⁸ Makowski/ Bauckhage-Hoffer NDV 2007,337 (338); Schulte ZFSH/SGB 2006, 719 (723)

vertreten, dass ausschließlich lokal, regional oder national begrenzte Auswirkungen nicht an Art. 87 EGV gemessen werden können, woraus für die meisten sozialen Dienstleistungen ein Beihilfeverbot nicht in Frage käme.⁴⁹⁹ Denkbar erscheint dies dennoch, wo sich Anbieter in Grenzgebieten zwischen den europäischen Staaten betätigen⁵⁰⁰ oder durch Anpassung ihrer Leistungskonzepte versuchen werden im Bundesgebiet Fuß zu fassen.⁵⁰¹ Ihnen stünden dann allerdings die entsprechenden nationalen Subventionsquellen ebenfalls grundsätzlich offen. Soweit diese Unternehmen dann jedoch keinen Gemeinnützigkeitsstatus haben, ist dies nicht unproblematisch. Der EuGH hat eine entsprechende Ungleichbehandlung bei der Subventionierung akzeptiert.⁵⁰² Eine mögliche Beeinträchtigung wäre aber sicher nicht völlig ausgeschlossen.

Zum Teil wird mit Blick auf Art. 86 EGV vertreten, Art. 87 ff EGV fänden keine Anwendung, weil es sich bei Sozialdienstleistungen um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handle.⁵⁰³ Dagegen richtet sich wohl der politische Wille der Kommission.⁵⁰⁴ Dennoch erkannten Kommission und EuGH-Rechtsprechung folgende Dienstleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse an: staatliche Arbeitsvermittlung, Post- und Telekommunikationswesen, Wasser- und Energieversorgung, Abfallbewirtschaftung, Notfalltransporte mit einem Krankenwagen.⁵⁰⁵ Eine systematische Analyse wird durch begriffliche Ungenauigkeiten und Abweichungen zwischen Kommission und Rat erschwert sowie die Divergenz der Formulierungen zwischen Art. 16 und 86 EGV.⁵⁰⁶ Insofern ist es auch nachvollziehbar, wenn zwar betont wird, es handle sich um einen EU-rechtlichen Begriff, aber die Bestimmung welche Dienstleistungen darunter fielen, obliege den Mitgliedsstaaten und ihnen stehe dabei ein weiter Ermessensspielraum zu.⁵⁰⁷ In der deutschsprachigen Diskussion wird der Begriff oft mit dem der Daseinsvorsorge verglichen.⁵⁰⁸ Dazu gehört traditionellerweise in Deutschland auch die soziale Fürsorge. Dennoch wird von einer

⁴⁹⁹ Niedersächsisches OVG Urteil vom 18.7.2006 12 LC 87/06 ZFSH/SGB 753 (757)

⁵⁰⁰ Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007, 355 (356)

⁵⁰¹ Nachweise bei Neumann RsDE 2003 (54) S. 1 (23) Fußnote 119

⁵⁰² Dazu Luthé in: Voelzke, SGB II § 17 Rz. 99 unter Hinweis auf die Sodemare Entscheidung des EuGH (EuGH Slg 1997, I -3395).

⁵⁰³ Makowski/ Bauckhage-Hoffer NDV 2007, 337 (338); Kunkel, Kehler Diskussionspapier, S. 3

⁵⁰⁴ Makowski/ Bauckhage-Hoffer NDV 2007,337 (338)

⁵⁰⁵ Krajewski DöV 2005,665 (667)

⁵⁰⁶ Becker NZS 2007, 169 (171)

⁵⁰⁷ Krajewski DöV 2005,665 (667); Schulte ZFSH/SGB 2006,719 (721)

⁵⁰⁸ Pielow JuS 2006,691 (693)

vollständigen Bereichsausnahme überwiegend nicht ausgegangen.⁵⁰⁹ Zum Teil wird eine unscharf konturierte Ausnahme auf karitativem Gebiet angenommen.⁵¹⁰

4.2.5. Risiken der Subventionsfinanzierung

Im Vergleich zur Entgeltfinanzierung ist bei der Subventionsfinanzierung ein größerer Gestaltungsspielraum des freien Trägers hinsichtlich seiner Angebote gegeben. Eine Abstimmung zwischen öffentlichem Träger und Leistungserbringer über Inhalt und Umfang der Leistungen findet nicht statt und die gesetzlichen Vorgaben der Anspruchgrundlagen müssen von den erbrachten Leistungen nicht erfüllt werden.⁵¹¹ Die relative Gestaltungsfreiheit der freien Träger im Bereich der Subventionsfinanzierung findet aber rasch dort ihre Grenzen, wo Angebote der freien Träger, denen keine Sozialleistungsansprüche der Leistungsberechtigten gegenüberstehen, nicht mehr im Interesse der zuzwendenden Stelle sind.⁵¹² Die Möglichkeiten der rechtlichen Gegenwehr gegen Subventionseinstellungen sind äußerst begrenzt. Selbst jahrelange Förderung in bestimmtem Umfang begründet kein schützenswertes Vertrauen und auch keinen Anspruch auf Weitergewährung von Subventionen.⁵¹³ In begrenzten Fällen kann es Auslauffinanzierungen geben.⁵¹⁴ Zwar besteht kein Rechtsanspruch auf Weiterförderung. Dennoch muss der Träger aufgrund des Vertrauensschutzgrundsatzes die Möglichkeit haben, sich auf die neue Situation einzustellen (Raummiete, Personalkosten, Kündigungsfristen usw.). Die Einstellung der Förderung darf auch nicht dazu führen, dass der bisherige Einsatz von Haushaltsmitteln sich nachträglich als nutzlos erweist.⁵¹⁵ Soweit Einrichtungen institutionell gefördert werden, wird einerseits vertreten, dass sie sich darauf verlassen könnten, jährlich

⁵⁰⁹ Mrozyński SF 1999,221 (227) und RsDE 2001(47) S. 29 (53); Orientierungspapier des Deutschen Vereins NDV 2007, 7 (10); Becker NZS 2007, 169 (176); Schulte ZFSH/SGB 2006,719 (728) und 2007, 13 (14); SG Schwerin vom 21.4.2006 S 9 ER 27/06 SO ZFSH/SGB 2006,753 (756); OVG Hamburg vom 21.12.2004 1 Bs 535/04 NVwZ-RR 2005,258 (258)

⁵¹⁰ Pielow JuS 2006, 780 (781); Kunkel, Kehler Diskussionspapiere, S. 4

⁵¹¹ Neumann RsDE 1996 (31) S. 42 (44,45)

⁵¹² Vgl. auch Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007,355 (357)

⁵¹³ Neumann RsDE 1996 (31) S. 42 (45) mit Verweis auf VG Köln RsDE Heft 1995 (29), 106; zu den arbeitsrechtlichen Folgen Münder RsDE 1996 (34) S. 1, 2 ff

⁵¹⁴ Neumann RsDE 1996 (31) S. 42 (45) mit Verweis auf VG Düsseldorf RsDE 1994 (25) S. 92); Mrozyński RsDE 2001 (47) S. 29 (35)

⁵¹⁵ Mrozyński RsDE 2001 (47) S. 29 (35); dazu auch Wabnitz ZfJ 2003,165 (174)

gefördert zu werden und ihre Existenz gesichert sei.⁵¹⁶ Andererseits sei sie als Regelfinanzierung mit dem Gleichheitsgrundrecht aus Art. 3 I GG und dem Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 I GG, unverträglich. Da nicht alle konkurrierenden Leistungsanbieter mit Subventionen bedacht werden könnten, führe die Subventionierung zwangsläufig zu einem geschlossenen Anbietersystem.⁵¹⁷ Nach der derzeitigen Gesetzeslage ist jedoch gerade eine wettbewerbsfreundliche Öffnung und pluralistische Landschaft von Anbietern, die noch nicht mal mit dem Argument des gedeckten Bedarfes gegen neue Anbieter abgeschottet werden kann, Ziel der Finanzierungsregelungen. Vor diesem Hintergrund dürfte sich die Subventionsfinanzierung als zunehmend unzuverlässiger erweisen.

4.3. Vergabe von sozialen Dienstleistungen durch öffentliche Träger

Während noch vor ca. 10 Jahren das Vordringen des Vergaberechts in sozialrechtliche Sachverhalte mit großem Misstrauen und Vorbehalten gesehen wurden,⁵¹⁸ zeichnet sich inzwischen eine vorsichtige Akzeptanz und Annäherung beider Gebiete ab. Der Prozess ist jedoch noch lange nicht abgeschlossen. Während sich in der Wissenschaft die Stimmen mehren, die zu einer weitgehenden Anwendbarkeit von Vergaberecht auf die verschiedenen Leistungserbringungsmodelle raten, ist in der Rechtsprechung deutliche Zurückhaltung zu verzeichnen. Die endgültige Lösung der Frage dürfte sich in Zukunft vom Europarecht her politisch entwickeln, je weiter die Wirtschaftsunion auch zu einer Sozialunion zusammenwächst. Die Aussage, dass eine kohärente Sozialpolitik auf Europäischer Ebene nicht existiere und eine Harmonisierung des Sozialgefüges der einzelnen Mitgliedsstaaten nicht angestrebt würde,⁵¹⁹ dürfte so nicht mehr aufrecht zu erhalten sein. Ihren Schwerpunkt dürfte die europäische Sozialpolitik noch immer in flankierenden Maßnahmen zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer haben.⁵²⁰ Darin erschöpfen sich derzeit auch die meisten rechtlichen Regelungen zum EU-Sozialrecht.⁵²¹ Jedoch soll die offene Methode der Koordinierung für eine Annäherung

⁵¹⁶ Teich/Beck DöV 2006, 556 (560)

⁵¹⁷ Neumann RsDE 1996 (31) S.42 (49)

⁵¹⁸ Eine frühe Ausnahme dagegen Mrozyński SF 1999, 221 (222), der die Chance einer Vorbereitung der sozialen Einrichtung auf den europäischen Markt bereits erkannte.

⁵¹⁹ Brauns RsDE 1993 (21) S. 46 (46)

⁵²⁰ Brauns RsDE 1993 (21) S. 46 (46)

⁵²¹ Mrozyński SF 1999, 221 (221); Eichenhofer NZS 2002, 348 (350)

sorgen. Mit Fortschreiten dieser Annäherung wird auch die Frage der Bedingungen der Erbringung sozialer Dienstleistungen im Europäischen Rechtsrahmen deutlicher als bisher beantwortet werden müssen.

Rechtsdogmatisch dürfte sich die Frage der Anwendbarkeit von Vergaberecht auf Leistungs- und Leistungserbringerverträge im Bereich der sozialen Dienste daraufhin zuspitzen lassen, ob den Grundfreiheiten der Anbieter sozialer Dienste ohne das Vergaberecht ausreichend Rechnung getragen werden kann.⁵²² Da das Leistungserbringerrecht, obwohl es die Sozialleistungsträger objektiv natürlich bindet und auch subjektive Ansprüche auf fehlerfreie Ermessensausübung anerkannt werden, oftmals nur unzureichend in der Praxis Anwendung findet und sich die sozialen Dienste hier faktisch in einer schwächeren Lage befinden, da regelmäßig nur die Grundsicherungs- und Sozialhilfe- bzw. Jugendhilfeträger ihre Dienste vergüten, ist rein tatsächlich gesehen, die Anwendung von Vergaberecht sicherlich eine Möglichkeit, die Situation der Leistungserbringer transparenter zu gestalten und ihre Rechte zu schützen, sowie ein plurales Angebot sicherzustellen⁵²³ und auch EU-weit operierende soziale Dienste zu erreichen. Dennoch hat sich die Rechtsprechung und auch traditionell trägernähe Literatur bisher regelmäßig ablehnend zur Anwendung von Vergaberecht auf die Leistungserbringung im SGB XII und VIII geäußert. Abweichend wird die Situation hingegen im SGB II bzw. III beurteilt.

Herrschende Meinung Anwendung von Vergaberecht			
	SGB XII	SGB VIII	SGB II
Leistungs- erbringerverträge	Keine Anwendbarkeit von Vergaberecht		Anwendung von Vergaberecht
Im übrigen	Keine Anwendbarkeit von Vergaberecht		

⁵²² Mrozyński SF 1999, 221 (221) und ZFSH/SGB 2004,451(457); Kingreen SGB 2004, 659 (669)

⁵²³ Mrozyński ZFSH/SGB 2004,451(457); a.A. Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007, 355 (357)

4.3.1. Anwendbarkeit von Vergaberecht im SGB VIII und SGB XII

4.3.1.1. Auftragscharakter der Leistungserbringung

Von der Rechtsprechung wurde die Anwendung von Vergaberecht im Bereich der echten Leistungserbringerverträge nach §§ 75 ff SGB XII bzw. 78a ff SGB VIII oft mit dem Hinweis abgelehnt, dass es sich um Dienstleistungskonzessionen handele, auf die das Vergaberecht nicht anwendbar sei.⁵²⁴ Eine Ausschreibung habe somit nicht stattzufinden. Für die Dienstleistungskonzession sei es charakteristisch, dass der Konzessionsnehmer (Konzessionär) das Recht erhält, einen bestimmten Dienst zu betreiben und das wirtschaftliche Risiko dieses Dienstes zu tragen.⁵²⁵ Die Gegenleistung des Auftraggebers liegt also nicht in der Zahlung einer Vergütung, sondern darin, die eigene Dienstleistung wirtschaftlich zu verwerten. Das Entgelt erhält der Konzessionär von dem Nutzer der Dienstleistung. Damit läge keine entgeltliche Beschaffung vor, sodass §§ 98, 99 GWB keine Anwendung finden. Das Dreiecksverhältnis, das zwischen den drei Parteien der sozialrechtlichen Leistungserbringung entsteht, wird entsprechend eingeordnet, wonach der Träger des sozialen Dienstes das wirtschaftliche Risiko der Inanspruchnahme der Dienste zu tragen hat.⁵²⁶ Tatsächlich gibt der Abschluss der Leistungserbringerverträge anders als der Einkauf von Dienstleistungen im Rahmen eines echten Leistungsvertrages dem Träger rechtlich keine Handhabe, auch eine Belegung der Einrichtung oder Abnahme der Dienste zu verlangen. Der Abschluss eines Leistungserbringervertrages bedeutet zunächst nur, dass der Dienst oder die Einrichtung die Voraussetzungen für eine Leistungserbringung auf Kosten des Sozialhilfe- oder Kinder- und Jugendhilfeträgers erfüllt. Ob das Angebot des Trägers in Anspruch genommen wird, hängt davon ab, ob der Sozialleistungsträger entsprechende Leistungen bewilligt und der Klient die Einrichtung in Anspruch nimmt.⁵²⁷ Dabei ergeht oftmals der Bewilligungsbescheid in der Praxis als Kostenübernahmeerklärung an den konkreten Einrichtungsträger. Im Grunde zeigt dieses Verfahren, dass die sozialhilfe- und jugendhilferechtliche Leistungserbringung praktisch noch sehr an einem korporatistischen System der

⁵²⁴ Bspw. OLG Düsseldorf vom 22.9.2004 VII-Verg –44/04 RsDE 2005 (59) S. 81(85); OVG Münster vom 18.3.2005 12 B 1931/04 ZfJ 2005,484 (484); weitere Nachweise bei Mrozyński ZFSH/SGB 2004,451 (455,456)

⁵²⁵ Bspw. Vergabekammer der Bezirksregierung Münster vom 28.5.2004 VK 10/04 RsDE 2005 (57) S. 89 (90)

⁵²⁶ OLG Düsseldorf vom 22.9.2004 VII-Verg –44/04 RsDE 2005 (59) S. 81 (85)

⁵²⁷ OLG Düsseldorf vom 22.9.2004 VII-Verg –44/04 RsDE 2005 (59) S. 81(86); Rixen VSSR 2005,225 (235)

Zusammenarbeit orientiert ist, das seinen rechtlichen Ausdruck in den verschiedenen Formen der Finanzierung und Zusammenarbeit zwischen freien und öffentlichen Trägern gefunden hat, sodass man die Einwände, wonach das Entgeltrisiko, das bei den Einrichtungsträgern verbleibt, minimal sei, gut nachvollziehen kann. Das Fehlen eines Entgeltrisikos kann auch damit begründet werden, dass die Vergütungsvereinbarungen eine bestimmte Entgelthöhe sicherten. So verbliebe nur ein „gewisses Kosten- und Auslastungsrisiko“. ⁵²⁸ Bei einer Kalkulierbarkeit des Entgelts kann die Eigenschaft als Dienstleistungskonzession entfallen. ⁵²⁹ Angesichts der Tatsache, dass die tatsächliche Bewilligung von Sozialhilfe- und Kinder- und Jugendhilfeleistungen selten völlig unabhängig von der Frage der schließlich in Anspruch genommenen Einrichtung oder Dienste erfolgt, sondern vielmehr gerade auch im Rahmen des Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsberechtigten sehr genau darauf zu achten ist, welche Leistungen bei welchem Anbieter sozialer Dienste durch die Sozialleistungsträger bewilligt werden, reicht die Annahme einer Dienstleistungskonzession jedenfalls nicht aus, um den Sachverhalt vollständig zu erfassen. Denn tatsächlich wählt in der Regel nicht wie bei der Dienstleistungskonzession der Dienstleistungsinteressent den Konzessionär aus, sondern oft genug beteiligen sich zum Beispiel bei der Hilfeplanung nach § 36 II SGB VIII oder dem Gesamtplan nach § 58 SGB XII sogar die „Konzessionäre“ am Verfahren der Auswahl des Konzessionärs durch den Sozialleistungsträger. ⁵³⁰ Darüber hinaus krankt die Annahme einer Dienstleistungskonzession auch an einem Wertungswiderspruch. Die Überlassung eines exklusiven Verwertungsrechts spräche für eine Konzession. Dieses Exklusivrecht kann es im Rahmen der Leistungserbringerverträge nach SGB VIII und XII nicht geben. ⁵³¹ Argumentiert man also mit der Dienstleistungskonzession, begibt man sich in einen Zirkelschluss und verschließt sich einer systematischen Auslegung. Damit vermag die Dienstleistungskonzession das komplexe Geschehen um die Bewilligung sozialhilferechtlicher und kinder- und jugendhilferechtlicher Leistungen jedenfalls nicht vollständig zu erklären. Im Grunde kann auch deshalb die Frage kaum sinnvoll beantwortet werden, wie hoch das Vergütungsrisiko letztlich beim Leistungserbringer ist. Es dürfte auch deutlich werden, dass das echte Leistungserbringerverhältnis sicherlich keine klassische Dienstleistungskonzession ist, ⁵³² ihr aber durchaus in mancher Hinsicht ähnelt.

⁵²⁸ Kingreen SGB 2004,659 (668)

⁵²⁹ Rixen VSSR 2005,225 (234), Fußnote 35

⁵³⁰ Das übersieht z.B. OLG Düsseldorf vom 22.9.2004 VII-Verg -44/04 RsDE 2005 (59) S. 81 (86)

⁵³¹ Mrozyński ZFSH/SGB 2004,451 (456)

Die Anwendbarkeit von Vergaberecht wurde auch mit dem Argument verneint, der öffentliche Auftrag im Sinne des § 98 GWB könne nur ein privatrechtlicher Vertrag sein,⁵³³ sodass die öffentlich-rechtlichen Verträge wie Leistungserbringerverträge oder Verträge mit dem Zweck der Sozialleistungserbringung nicht erfasst würden. Der EUGH hat diese Differenzierung jedoch im Sinne einer europäischen Vereinheitlichung zurückgenommen, da nicht alle europäischen Rechtsordnungen die Unterscheidung zwischen privat- und öffentlich-rechtlichem Vertrag kennen bzw. die Zuordnung von Beschaffungsvorgängen der öffentlichen Hand grundsätzlich unterschiedlich ausfällt.⁵³⁴

Auch die Entgeltlichkeit der Leistungserbringerverträge wurde in Zweifel gezogen.⁵³⁵ Dagegen wurde eingewendet, dass die Vergütung nur aufschiebend bedingt vereinbart sei und dass sie durch die Verknüpfung des Sozialleistungsanspruchs mit der Beschaffung und Erbringung entstehe.⁵³⁶

4.3.1.2. Verstoß des Vergaberechts gegen fürsorgerechtliche Strukturprinzipien

Schließlich wurden sozialrechtliche Strukturprinzipien bemüht, um das Vergaberecht in sozialrechtliche Schranken zu verweisen. Dazu gehörte vor allem das Wunsch- und Wahlrecht, das den Leistungsberechtigten nach § 5 SGB VIII und § 9 II SGB XII zusteht.⁵³⁷ Danach soll den Wünschen der Leistungsberechtigten, die sich auf die Gestaltung der Leistung richten, entsprochen werden, soweit die Wünsche angemessen sind. Die Grenzen dieses Wunsch- und Wahlrechts sind regelmäßig

⁵³² Mrozyński ZFSH/SGB 2004,451 (456); Vergabekammer der Bezirksregierung Münster vom 28.5.2004 VK 10/04 RsDE 2005 (57) S. 89 (90)

⁵³³ Gutachten des Deutschen Vereins 6/04 NDV 2004,141 (142); Neumann/Bieritz-Harder RsDE 2001,1 (10,11)

⁵³⁴ Mrozyński SF 1999,221 (224) und ZFSH/SGB 2004,451 (453); Kingreen SGB 2004,659 (666); OLG Düsseldorf vom 22.9.2004 VII-Verg -44/04 RsDE 2005 (59) S. 81(82); vgl. auch Pache DVBI 2001,1781 (1782) zu den unterschiedlichen Einordnungen innerhalb der EU.

⁵³⁵ VG Münster 22.6.2004 5 L 756/04 RsDE 2005 (57) S. 72 (82); OLG Düsseldorf vom 22.9.2004 VII-Verg -44/04 RsDE 2005 (59) S. 81 (83,85); Neumann/Bieritz/ Harder RsDE 2001 (48) S.1 (15); ähnlich Pöld-Krämer/Fahlbusch RsDE 2001 (46) S. 4 (11)

⁵³⁶ Mrozyński ZFSH/SGB 2004,451 (452, 453)

⁵³⁷ VG Münster 22.6.2004 5 L 756/04 RsDE 2005 (57) S. 72 (85); OVG Münster vom 18.3.2005 12 B 1931/04 ZfJ 2005,484 (485); Gutachten des Deutschen Vereins 6/04 NDV 2004,141 (141); Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007, 355 (358)

unverhältnismäßige Mehrkosten. Dies erscheint den vergaberechtlich Unbefangenen als gewichtiges Argument, da sich aus dem GWB direkt nicht ergibt, wie Vergaberecht eine plurale Angebotslandschaft erzeugen soll, wie sie das Leistungserbringerrecht zum Ziel hat und wie das materielle Sozialhilfe- und Kinder- und Jugendhilferecht sie erfordert. Dennoch ist tatsächlich nicht ersichtlich, wie das Vergaberecht, wenn es die entsprechenden Vorgaben des SGB XII und SGB VIII annimmt, es verhindern sollte, dass eine plurale Trägerlandschaft entsteht. Im Gegenteil bieten die Rahmenverträge mit den entsprechend beschriebenen Leistungsgruppen konkrete Vorgaben für eine Ausschreibung. Das vielfach in anderen Bereichen bestehende Problem, dass die Ausschreibung nicht präzise genug gefasst werden kann, weil nicht völlig klar ist, welche Leistung gesucht wird, hätte hier einen in andere Gebiete exportierbaren Lösungsansatz zur Verfügung. Darüber hinaus müsste über den sachgerechten Zuschnitt von Losen eine entsprechende Trägervielfalt angesprochen werden können.⁵³⁸ Entstehen darüber hinaus weitere nicht vorhergesehene Nachfragen nach Leistungen können § 75 IV SGB XII und § 78b III SGB VIII diesen Konstellationen Rechnung tragen. Soweit also Leistungserbringerverträge nicht aufgrund einer Vergabe zustande gekommen sind, kann in besonders begründeten Ausnahmefällen dennoch die Vergütung übernommen werden.⁵³⁹ Dass das Wunsch- und Wahlrecht der Anwendung von Vergaberecht entgegenstehe, ist jedenfalls nicht ohne weiteres anzunehmen.⁵⁴⁰

4.3.1.3. Beeinträchtigung der Grundrechte der Leistungserbringer durch das Vergabeverfahren

Das scheinbar schlagende Argument der freien und gemeinnützigen Träger, die Anwendung von Vergaberecht führe zu einer Einschränkung der Berufsfreiheit, Art. 12 GG,⁵⁴¹ insbesondere auch bei den kirchlichen Trägern in der Form einer Verletzung des Art. 4 GG, erscheint paradox, wenn man im Auge behält, dass das Vergabeverfahren jeweils gerade dem Grundrechtsschutz eben dieser Anbieter dienen soll. In den Fällen,

⁵³⁸ OVG Münster 18.3.2005 12 B 1931/04 ZfJ 2005, 484 (484); Im Einzelnen Kingreen SGB 2004, 659 (667)

⁵³⁹ Dies übersieht Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007, 355 (358), wenn sie extrem kurze Vergabezeiträume im Anschluss an die Rechtsprechung annimmt. Im Gegensatz dazu geht Mrozyński ZFSH/SGB 2004, 451(452) unter Berufung auf die VgV von einer möglichen Vertragsdauer von 4 Jahren aus.

⁵⁴⁰ Vergabekammer der Bezirksregierung Münster vom 28.5.2004 VK 10/04 RsDE 2005 (57) S. 89 (95)

⁵⁴¹ Zu den Konturen dieses Schutzes Mrozyński SF 1999, 221(223)

in denen diese Argumente geführt wurden und auch erfolgreich waren, handelte es sich regelmäßig um Konstellationen, in denen das Vergaberecht einen geradezu zweckentfremdeten Einsatz erfuhr. Regelmäßig wurden Verträge mit Gebietsschutzklauseln⁵⁴² und exklusiven Belegungsrechten ausgeschrieben, die andere Bewerber gerade vom Markt gefegt hätten. Denn selbst wenn diese Verträge auf zwei Jahre befristet waren, wären die entsprechenden Konkurrenten ohne die Möglichkeit, Leistungen zu Lasten der Sozialhilfeträger zu erbringen, nicht überlebensfähig gewesen.⁵⁴³ Es sollte eigentlich keiner Diskussion bedürfen, dass Vergaberecht nicht derart zweckentfremdet eingesetzt werden darf. Sinnvolle Ergebnisse erreicht man mit dem Vergaberecht im sozialen Sektor nur, wenn man die Ausschreibungen an die Erfordernisse der gesetzlichen Grundlagen der Sozialleistungen anpasst.⁵⁴⁴ Die bisher von den Gerichten entschiedenen Fälle hätten in der Tat der Befürchtung Nährboden gegeben, dass der Korporatismus im Vergabegewand wieder aufersteht und dem derzeitigen Finanzierungsrecht widersprochen.⁵⁴⁵ Da aber sowohl Leistungserbringerrecht als auch Vergaberecht gerade dies verhindern sollen, liegt hier ein Anpassungs- und Interpretationsproblem vor, das letztlich im Rahmen systematischer Integrität der Rechtsordnung nicht dazu führen kann, dass geltendes Recht einfach nicht angewendet wird. Dieses Problem wird von den Autoren erkannt, die betonen, dass der Rechtsrahmen der Vergabe mit dem Rechtsrahmen der Sachaufgabe verflochten sein müsse.⁵⁴⁶ Selbst wenn es also so sein sollte, dass die Natur der sozialen Arbeit als langfristiger und äußerst komplexer Aushandlungsprozess der Vergabe entgegen stehe,⁵⁴⁷ wird man das Vergaberecht dieser Sachaufgabe anpassen müssen, statt eine vollständige Unanwendbarkeit zu postulieren.

⁵⁴² OVG Münster vom 27.9.2004 12 B 1397/04 RsDE 2006 (61) S.85 ff; VG Münster 22.6.2004 RsDE 2005 (57) S. 75; OLG Düsseldorf 22.9.2004 RsDE 2005 (59) S.81 (84); OVG Hamburg 10.11.2004 RsDE 2005 (59) S. 87 (89)

⁵⁴³ Zur Abhängigkeit der Leistungserbringer im Bereich der GRV Neumann RsDE 1999 (43) S. 1 (1,2) und allgemein Neumann, Freiheitsgefährdung im Wohlfahrtsstaat S. 312 f

⁵⁴⁴ Dies übersieht z.B. Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007,355 (357)

⁵⁴⁵ Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007,355 (358)

⁵⁴⁶ Burgi NVwZ 2007,737 (738); Rixen VSSR 2005,225 (227); im Ergebnis auch Mrozyński ZFSH/SGB 2004,451(455) und Kingreen SGB 2004,659 (667)

⁵⁴⁷ Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007,355 (359, 360)

4.3.1.4. Keine Vergabe ohne Markt

Immer wieder ist das Argument anzutreffen, Vergaberecht könne schon deshalb keine Anwendung finden, weil sich die Erbringung von Sozialleistungen keineswegs durch ein Marktgeschehen erklären lasse.⁵⁴⁸ Das BVerwG leistet mit seiner Rechtsprechung dieser Vorstellung Vorschub, wenn es wörtlich feststellt, dass der Staat „bei der Vergabe öffentlicher Aufträge... als Nachfrager am Markt tätig (werde), um einen Bedarf an Gütern und Dienstleistungen zu decken“. Er unterscheide sich in dieser Rolle gerade nicht von den anderen Marktteilnehmern.⁵⁴⁹ Anerkannterweise ist der Staat dabei allerdings rechtlich gebunden, im Gegensatz zu privaten Marktteilnehmern. Das gilt nicht nur hinsichtlich der Verfassung, Art. 1 III GG, sondern auch hinsichtlich der haushaltsrechtlichen Grundsätze, mit denen sich das BVerwG dann inkonsequenterweise auch noch auseinandersetzt.⁵⁵⁰ Damit schließen sich Markt und Rechtsbindung nicht aus. Dies muss auch für die Sozialleistungserbringung gelten. Es gilt um so eher, als für das Sozialrecht das Vorliegen eines inszenierten Marktes diagnostiziert wurde⁵⁵¹ bzw. das Leistungserbringerrecht wettbewerbliche Strukturen einführen sollte. Dennoch verfehlt das „Markt/kein Markt-Argument“ letztlich das Ziel. Es handelt sich beim Vergaberecht sicherlich um einen Abschnitt im GWB, also Wettbewerbsrecht. Allerdings erschöpft sich gerade das Vergaberecht nicht darin, einen Markt herzustellen oder störungsfrei zu gestalten. Anders als das Beihilfenrecht, dass im EU-Recht den Wettbewerbsregeln zugeordnet ist, reicht die europarechtliche Wurzel des Vergaberechts unmittelbar bis zu den Grundfreiheiten der EU.⁵⁵² Der Schutzzweck des Vergaberechts ist danach nicht die Schaffung eines abstrakten Anbieter- und Nachfrager-Wettbewerbs. Vielmehr sollen die Grundfreiheiten der Anbieter gegenüber sachwidrigen Eingriffen oder Entscheidungen des Staates geschützt werden. Es kann natürlich nicht geleugnet werden, dass die EU die Grundfreiheiten traditionell in erster Linie als wirtschaftliche Grundfreiheiten geschützt hat. Diese Entwicklung wird jedoch zunehmend zugunsten einer sozialen Dimension der EU fortgeschrieben.

⁵⁴⁸ Neumann RsDE 2003 (54) S. 1 (8); Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007, 355 (357, 358, 360); VG Münster 22.6.2004 5 L 756/04 RsDE 2005 (57) S. 75 (83,84)

⁵⁴⁹ BVerwG vom 2.5.2007 6 B 10/07 NVwZ 2007,820 (821)

⁵⁵⁰ Burgi NVwZ 2007,737 (739)

⁵⁵¹ Hänlein NZS 2003,617(619) für die GKV

⁵⁵² Eine detaillierte Ableitung des Vergaberechts aus den Grundfreiheiten bietet Wollenschläger in NVwZ 2007,388 (389ff) an.

4.3.1.5. Ausdrücklicher Ausschluß des Vergaberechts durch VOL/A

Die Anwendbarkeit des Vergaberechts soll aufgrund § 7 Nr. 6 VOL/A ausgeschlossen sein.⁵⁵³ Danach sind Einrichtungen der Jugendhilfe oder ähnliche Einrichtungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zuzulassen. Diese Regelung beruht auf der Annahme, dass die genannten Einrichtungen sozialpolitische Zwecke verfolgen und erwerbswirtschaftliche Belange zurückstehen. Die Zulassung dieser Einrichtungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Anbietern könne zu Wettbewerbsverzerrungen führen, da diese Unternehmen grundsätzlich zu anderen Rahmenbedingungen arbeiten als gewerbliche Unternehmen. Sie könnten damit, eben aufgrund erhaltener staatlicher Vorteile, generell günstigere Angebote machen als gewerbliche Anbieter. Ein klassischer Fall wäre das Gebot einer WfbM. Der gewerbliche Anbieter wäre in diesem Fall wohl kaum in der Lage das Angebot der WfbM zu übertreffen. Bei der Frage des Abschlusses von Leistungserbringerverträgen liegt jedoch eine abweichende Konstellation vor. Nicht die Einrichtungen verkaufen ihre Produkte, die aufgrund besonders günstiger Produktionsbedingungen zustande gekommen sind. Vielmehr sind es die Träger der Einrichtungen, die zu marktüblichen Bedingungen Personal und Sachmittel aufwenden müssen, um zum Beispiel eine Einrichtung betreiben zu können, die dann atypischen Produktionsbedingungen unterliegt. Von der Zulassung von Einrichtungen zum Wettbewerb kann hier eigentlich schon dem Wortlaut nach nicht gesprochen werden,⁵⁵⁴ sodass § 7 Nr.6 VOL/A der Anwendung von Vergaberecht dem Abschluss von Leistungs- und Leistungserbringerverträgen mit den Einrichtungsträgern sicher nicht entgegensteht.

4.3.1.6. Die lex specialis These

Das wohl gewichtigste Argument gegen die Anwendbarkeit von Vergaberecht im Geltungsbereich der §§ 78a ff SGB VIII und § 75 SGB XII ist mit der These formuliert, dass das Leistungserbringerrecht

⁵⁵³ Neumann/ Bieritz-Harder RsDE 2001(48) S. 1 (2)

⁵⁵⁴ Das sehen auch Neumann/ Bieritz-Harder RsDE 2001(48) S. 1 (24)

gegenüber den vergaberechtlichen Regelungen das Speziellere sei⁵⁵⁵ und Vergaberecht somit zurückzutreten habe. Nur nebenbei sei angemerkt, dass auch die These vertreten wird, das GWB sei die *lex specialis* zum Leistungserbringungsrecht.⁵⁵⁶ Die These von der Spezialität des sozialrechtlichen Leistungserbringerrechts wird jenseits aller dogmatischen Feinessen von einer recht einfachen und offensichtlichen Beobachtung gestützt. Das Zusammenarbeitsgebot durchzieht die Landschaft der sozialen Dienste und Einrichtungen im Bereich des SGB XII und SGB VIII. Oftmals sind die freien Träger die Motoren neuer Hilfeansätze und -formen und die öffentlichen Träger sind darauf beschränkt, diese neuen Ansätze in ihren Leistungsrahmen zu integrieren. Die Zusammenarbeit beginnt bei den Empfehlungen auf Bundesebene, geht über die Rahmenverträge auf Landesebene und endet entweder im Leistungserbringervertrag oder, hier wird der Unterschied zum Vergaberecht sehr deutlich, vor der Schiedsstelle. Geht man so weit, den Landesrahmenverträgen die Qualität von Normenverträgen zuzuerkennen, erinnert das Zustandekommen des sozialen Marktes im Bereich der Jugend- und Sozialhilfe eher an die Tarifverhandlungen von Sozialpartnern als an den Einkauf sozialer Dienstleistungen. Angesichts der schwer fassbaren, komplexen Materie und den vielen durch die Vereinbarungen und Rahmenverträge zu treffenden normativen Entscheidungen, die zumindest faktisch erhebliche Auswirkung auf die Gestaltung der Rechtsansprüche der Leistungsberechtigten haben, erscheint ein solches Verhandlungsverfahren sogar mit höherer Richtigkeitsgewähr ausgestattet und im Rahmen einer funktionalen Selbstverwaltung intensiver legitimiert. Unabhängig von diesen Argumenten kommt das Vergaberecht nicht an der Tatsache vorbei,⁵⁵⁷ dass Schiedsstellen und Gerichte und nicht etwa ein Auswahlverfahren beim Sozialleistungsträger in streitigen Fällen über den Vertragsinhalt bei Verträgen nach § 75 II SGB XII und § 78b I SGB VIII entscheiden.⁵⁵⁸ Soweit dies als hoheitliches Handeln durch Verwaltungsakt qualifiziert wird und nicht als ausschließlich vertragshelfende Tätigkeit,⁵⁵⁹ mag man die Schiedsstellenentscheidung mit Schwierigkeiten zu einem Teil des Auswahlverfahrens umdeuten können. Wird hingegen vertragshelfende Tätigkeit angenommen, tritt der Zwangscharakter in den Hintergrund und

⁵⁵⁵ Neumann RsDE 1999 (43) S. 1(5); VG Münster 22.6.2004 5 L 756/04 RsDE 2005 (57) S. 75 (80); OVG Münster vom 27.9.2004 12 B 1397/04; Rixen VSSR 2005, 225 (237) „Vergabeverbot“; Pöld-Krämer/ Fahlbusch RsDE 2000 (46) S. 4 (11)

⁵⁵⁶ Nachweise bei Mrozyński ZFSH/SGB 2004, 451 (451)

⁵⁵⁷ Neumann/ Bieritz-Harder RsDE 2001 (48) S. 1 (15)

⁵⁵⁸ VG Münster 22.6.2004 5 L 756/04 RsDE 2005 (57) S. 75(85) und vom 22.6.2004 5 L 728/04 ZFSH/SGB 2004,601ff

⁵⁵⁹ Zusammenfassend von Boettischer/ Tammen RsDE 2003 (54) 28 ff

der Schutz der Interessen der Einrichtungsträger wird stärker betont.⁵⁶⁰ Ein Eingriff in die Autonomie der freien Träger liegt damit gerade nicht vor. Ein Eingriff erfolgte dann zu Lasten der Nachfragemacht der Sozialleistungsträger, denn die Einrichtungen stehen unter dem ökonomischen Druck, die Vereinbarungen schließen zu müssen, wollen sie ihr Überleben sichern. Die Sozialleistungsträger hätten hingegen Ermessen bezüglich des Abschlusses der Vereinbarungen. Dieses Machtgefälle würde durch die Schiedsstelle ausgeglichen, indem die Einrichtungen dort ihren Einfluss hinsichtlich der Fragen der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen wie Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit sichern könnten.⁵⁶¹ Der Akzent verlagert sich von der einseitigen Entscheidung durch den Träger öffentlicher Gewalt über das Angebot wie im Vergabeverfahren weg, hin zu einer Mitwirkung an dieser Entscheidung, die eine freiheitssichernde Funktion haben kann, wie sie sonst dem Vergabeverfahren zukommen soll. Auch passt diese Einordnung des Schiedsstellenverfahrens zum Kooperations- und Korporatismusmodell der Kinder- und Jugendhilfe, sowie Sozialhilfe.⁵⁶² Das Schiedsverfahren spricht danach für eine strukturelle Unvereinbarkeit von Vergaberecht und Leistungserbringerrecht, unter anderem auch deshalb, weil davon ausgegangen wird, dass der Zuschlag kein Verwaltungsakt sei, sondern einem Vertragsschluss entspreche. Inhaltlich und materiell wird die Entscheidung über den Vertragsabschluss und Zuschlag jedoch als vergleichbar angesehen. Bei der Entscheidung über den Zuschlag bei der Vergabe erfolgt die Auswahl des Bieters nach den Maßstäben des § 97 II-V GWB. Das (anspruchsnah) Ermessen bei Abschluss des Leistungserbringervertrages, das durch den öffentlichen Träger ausgeübt wird, spiegle diese Kriterien in sozialrechtlich verbrämtem Gewand. Nach der logischen Struktur sind die Entscheidungen vergleichbar,⁵⁶³ selbst wenn sie formal anderen Rechtsinstituten zugeordnet würden. Für diese enge inhaltliche Verzahnung des Vertragsschlusses mit der Vergabeentscheidung spricht auch der Vorschlag, § 97 GWB analog auf die Ermessensentscheidung beim Vertragsschluss mit einem Rehabilitationsträger anzuwenden, wenn andere Kriterien fehlen.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ von Boettischer /Tammen RsDE 2003 (54) S. 28 (36)

⁵⁶¹ von Boetticher/ Tammen RsDE 2003 (54) S. 28 (36)

⁵⁶² VG Münster 22.6.2004 5 L 756/04 RsDE 2005 (57) S. 75 (86)

⁵⁶³ Mrozyński ZFSH/SGB 2004,451 (460)

⁵⁶⁴ SG Meiningen vom 16.1.2003 S 5 RJ 881/02 RsDE 2005 (59) S. 98 (100)

4.3.1.6.1. Reichweite eines lex specialis

Es kann einen Raum für eine Anwendung von Vergaberecht geben. Die klassische lex specialis-Konstellation geht davon aus, dass gleichrangiges Recht vorliegt, alle Voraussetzungen der allgemeinen Norm vorliegen und die speziellere Norm einen engeren Anwendungsbereich hat. Ob eine solche Konstellation hier überhaupt vorliegt,⁵⁶⁵ erscheint eher zweifelhaft. Geht man davon aus, dass für das Vergaberecht prinzipiell der Anwendungsbereich eröffnet ist, dass soziale Dienstleistungen also durch Vergabeverfahren beschafft werden können, sagt das noch nichts über die Verträge, die aus der Vergabe entstehen, aus.⁵⁶⁶ Es könnten nicht nur Leistungserbringerverträge sein, es könnten ebenso Leistungsverträge sein. Das Vergaberecht schweigt gerade hinsichtlich der Strukturen, die auf seine Anwendung folgen.⁵⁶⁷ Ein öffentlicher Auftrag soll es sein. Wie der auszusehen hat, ist Interpretationssache. Der eigentliche Regelungsgegenstand des Vergaberechts aber ist die Zusammenführung von Vertragsparteien. Das Leistungserbringerrecht nach SGB XII und VIII geht davon aus, dass Leistungserbringer und Leistungsträger bereits zueinander gefunden haben. Dabei geht der Leistungserbringer nach herrschender Meinung mit einem Anspruch auf den Leistungserbringervertrag auf den Leistungsträger zu und macht diesen Anspruch, der auch nur ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung sein kann, geltend. Das dürfte es tatsächlich ausschließen, eine Ausschreibung nach §§ 97 ff GWB für echte Leistungserbringerverträge nach dem SGB VIII und XII zuzulassen, wenn sie auf die Initiative der freien Träger zurückgehen.⁵⁶⁸ Nach einer Ansicht ist das dennoch kein Grund, auf Vergabeverfahren völlig zu verzichten. Denn wo ein Anspruch bestehe, könne man neben den Vergabeverfahren immer weitere Leistungserbringer aufgrund des leistungserbringerrechtlichen Anspruches auf Vertragsschluss zulassen.⁵⁶⁹

Darüber hinaus gibt das Leistungserbringerrecht keine Antwort auf die Frage, wie der öffentliche Sozialleistungsträger zum Anbieter kommt,

⁵⁶⁵ Ausdrücklich offen gelassen: Vergabekammer der Bezirksregierung Münster vom 28.5.2004 VK 10/04 RsDE 2005 (57) S. 89 (96)

⁵⁶⁶ Für dieses zweistufige Modell Mrozynski ZFSH/SGB 2004,451 (454)

⁵⁶⁷ Vergabekammer der Bezirksregierung Münster vom 28.5.2004 VK 10/04 RsDE 2005 (57) S. 89 (93); Rixen VSSR 2005,225 (231)

⁵⁶⁸ Ähnlich wohl auch Mrozynski ZfSH/SGB 2004,451(460), wonach der Anspruch auf Vertragsschluss der Durchführung von Vergabeverfahren entgegensteht.

⁵⁶⁹ Mrozynski ZfSH/SGB 2004,451 (461), wonach der Träger auf die Vergabe nicht verzichten muss.

wenn der Anbieter nicht von sich aus zum Sozialleistungsträger kommt.⁵⁷⁰ Eine echte lex specialis verwehrt dem Sozialleistungserbringer wohl das Initiativrecht, auf den Leistungserbringer zuzugehen. Dies ist allerdings in Anbetracht der Tatsache, dass der Sozialleistungsträger nur subsidiär eigene Einrichtungen und Dienste schaffen darf, aber andererseits für ihr Vorhandensein die Verantwortung im Sinne einer Gewährleistungsverpflichtung trägt, widersprüchlich. Der Sozialleistungsträger darf sich nicht darauf beschränken, zu warten, bis die Anbieter an seine Tür klopfen. Wie der Sozialleistungsträger außerdem nicht verfahren darf, hat die Rechtsprechung bereits herausgearbeitet: ein Vergabeverfahren mit exklusiven Belegungsrechten ist nicht zulässig. Es stellt sich demnach die Frage, wie der Sozialleistungsträger mangels Initiative von freien Trägern zu verfahren hätte. Es böte sich an, freie Träger anzusprechen und Vertragsverhandlungen anzubieten. Erst wenn kein freier Träger Interesse hätte, dürften die öffentlichen Träger entsprechend dem Grundsatz der Subsidiarität eigene Einrichtungen und Dienste schaffen. Es liegt auf der Hand, dass eine Ausschreibung von Leistungserbringerverträgen nach dem SGB XII und VIII im Wege der Vergabe geeignet wäre, dem öffentlichen Träger einen oder mehrere Vertragspartner zuzuführen, bzw. Klarheit darüber zu verschaffen, ob er nicht gar selbst tätig werden muss, um seiner Gewährleistungsverpflichtung nachzukommen. Als vergaberechtliches Verfahren käme evtl. das Verhandlungsverfahren bzw. die freihändige Vergabe in Betracht. Besondere Chancen im Bereich der sozialen Dienste sind gerade aufgrund der fehlenden Kreativität und Pionierarbeit der öffentlichen Träger auch dem wettbewerblichen Dialog einzuräumen, der neben den traditionellen Vergabeverfahren als nachrangig gilt.⁵⁷¹ Denn als besonders geeignet wird er für die Fälle eingestuft, in denen der öffentliche Auftraggeber von sich aus nicht über die nötige fachliche Infrastruktur verfügt, um den Auftrag, insbesondere die Verdingungsunterlagen, zu konzipieren.⁵⁷² Dass eine Vergabe nicht völlig undenkbar ist, zeigt (vorbehaltlich der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht) u.a. der Anhang I B zur VOL/A Ausgabe 2002, wonach Gesundheits- und Sozialwesen der Kategorie 25 zugeordnet sind und damit die Basis-Paragrafen der VOL/A anwendbar sind. Praktisch dürfte es jedoch so sein, dass die Initiative für die Leistungserbringerverträge regelmäßig von den Leistungserbringern ausgeht, da das Geld der

⁵⁷⁰ Vergabekammer der Bezirksregierung Münster vom 28.5.2004 VK 10/04 RsDE 2005 (57) S. 89 (93)

⁵⁷¹ Zum Potenzial als im Bereich der PPP regelmäßigen Vergabeart de lege ferenda Müller/ Brauser-Jung NVwZ 2007,884 (889)

⁵⁷² Müller/ Brauser-Jung NVwZ 2007,884 (888)

Jugend- und Sozialhilfeträger für sie existenziell ist und die öffentlichen Träger bei der Konzeption von sozialen Diensten und Einrichtungen auch künftig kaum eine Vorreiterrolle einnehmen dürften.

4.3.1.6.2. Von der fehlenden Differenzierung der Finanzierungsarten

Soweit von einer *lex specialis*-Konstellation ausgegangen wird, ist zudem anzumerken, dass der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung hinsichtlich des Abschlusses der Verträge und damit das Regelverfahren des Zustandekommens der Verträge einen angreifbaren dogmatischen Hintergrund aufweist, der die Überzeugungskraft der *lex specialis* These weiter relativiert.⁵⁷³ Die traditionelle Rechtsprechung hat den Abschluss von Vereinbarungen als Unterstützung im Sinne von § 10 III 2 BSHG gewertet.⁵⁷⁴ Noch heute formuliert der entsprechende Satz, § 5 III 2 SGB XII, dass die öffentlichen die freien Träger angemessen unterstützen sollen. Rechnet man den Abschluss von Leistungserbringerverträgen zur Unterstützung, wird deren Abschluss in der Regel stattzufinden haben. Der öffentliche Träger ist danach in seinem Ermessen gebunden und kann nur ausnahmsweise den Abschluss des Vertrages ablehnen. Die Rechtsgrundlagen des Leistungserbringerrechts sind als objektives Recht formuliert und die Anerkennung als subjektives Recht ist aufgrund der Schutznormtheorie sicherlich nicht unmöglich, aber überzeugend nur unter Rückgriff auf die Unterstützungsgebote zu begründen. Eine ausdrückliche Regelung eines Anspruchs oder Ermessens ist im Bereich der Leistungserbringerverträge nicht vorhanden.⁵⁷⁵ Da aber die Subventionsfinanzierung, deren Grundlage das Unterstützungsgebot ist, deutlich von der Finanzierung über die Leistungserbringerverträge zu unterscheiden ist,⁵⁷⁶ ist zweifelhaft, ob der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hinsichtlich des Vertragsabschlusses als dogmatische Grundlage für die Spezialität des Leistungserbringerrechts⁵⁷⁷ aufrechterhalten werden kann oder sollte. Ein nicht völlig zweifelfreies interpretatorisches Konstrukt produziert hier erst die *lex specialis*, die das Vergaberecht für einen Teilbereich des Sachverhaltes ausschließt.

⁵⁷³ Neumann RsDE 1996 (31) S. 42 (56)

⁵⁷⁴ Neumann RsDE 1996 (31) S. 42 (47) m.w.N. z.B. OVG Hamburg FEVS 1982 (31) 404, 411f; VG Hamburg RsDE 1994 (24) S. 53 (56)

⁵⁷⁵ Sehr weitgehend Vergabekammer der Bezirksregierung Münster vom 28.5.2004 VK 10/04 RsDE 2005 (57) S. 89 (94)

⁵⁷⁶ Neumann RsDE 1996 (31) S. 42 (56,57)

⁵⁷⁷ Ähnlich wohl auch Mrozynski ZfSH/SGB 2004,451 (460, 461), wonach der Anspruch auf Vertragsschluss der Durchführung von Vergabeverfahren entgegensteht.

Die These der *lex specialis* geriete auch in Schwierigkeiten, wenn sie im Kontext des Europäischen Vergaberechts betrachtet würde. Aus EU-rechtlicher Sicht müsste dennoch das EU-Vergaberecht auf das nationale Vergaberecht zurückgegriffen, berücksichtigt werden. Durch den Anwendungsvorrang des EU-Rechts vor nationalem Recht, wäre das EU-Vergaberecht vorrangig anzuwenden. Das bedeute, dass auch nationales Sozialrecht und damit auch sein Leistungserbringerrecht EU-richtlinienkonform auszulegen ist.⁵⁷⁸ Eine Ausnahme für Dienstleistungen des Sozialwesens existiere in der so weit relevanten Dienstleistungsauftragsrichtlinie nicht.⁵⁷⁹

Darüber hinaus wird in der Diskussion vielfach darauf hingewiesen, dass Zielrichtung des Vergaberechts der Grundrechtsschutz der Bieter sei und dieser keinesfalls nationalrechtlich umgangen werden dürfte. Also auch nicht dadurch, dass der Gesetzgeber spezielle „Beschaffungsverfahren“ einrichtet, wie es beim Leistungserbringerrecht des SGB XII und VIII zum Teil angenommen wird. Demnach ist die Frage zu stellen, ob das Leistungserbringerrecht ein dem Vergaberecht entsprechendes Maß an Grundrechtsschutz für die Leistungsträger bietet. Die Unterschiede bestehen sicherlich nicht darin, dass der Zugang zur Finanzierung durch das eine oder andere Verfahren erschwert oder erleichtert wird. Der größte Unterschied und der bedenklichste Kritikpunkt bzgl. des Leistungserbringerrechts ist, dass sein Verfahren für andere konkurrierende Anbieter sehr intransparent ist⁵⁸⁰ und somit eine Gleichbehandlung aller Anbieter noch weniger gewährleistet werden kann als im Bereich der Vergabe. Sollte man sich also trotz der guten Gründe, die gegen sie sprechen, der *lex specialis* These anschließen, wird man sich darauf vorbereiten müssen, das Leistungserbringerrecht EU-vergaberechtskonform auszulegen und ein der Vergabe angenähertes transparentes Aushandlungsverfahren für die Leistungserbringerverträge entwerfen müssen. Aus diesen Erläuterungen ergibt sich auch, dass jenseits der echten Leistungserbringerverträge ein Vergabeverfahren, z.B. bei echten Leistungsverträgen, stattzufinden hat.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ Schulte ZFSH/SGB 2007,719 (731)

⁵⁷⁹ Schulte ZFSH/SGB 2007,719 (731)

⁵⁸⁰ Mrozyński ZFSH/SGB 2004, 451 (460,461); a.A. Lenze Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007,355 (356)

⁵⁸¹ A.A. für Verträge nach § 77 SGB VIII OVG Münster 18.3.2005 12 B 1931/04 ZfJ 2005,484 (484)

4.3.1.6.3. Systematische Bedenken gegen die lex specialis These

Ein Teil der Aversion des Sozialrechts gegen das Vergaberecht, das in der lex specialis These zum Ausdruck kommt, mag sich aus der traditionellen Zuordnung der Vergabe zum Zivilrecht erklären, wodurch den öffentlich-rechtlichen Bindungen des Auftraggebers nicht hinreichend zum Ausdruck kommen.⁵⁸² Dahinter steht die Vorstellung, dass es sich bei öffentlichen Aufträgen ausschließlich um sog. fiskalische Hilfsgeschäfte handelt,⁵⁸³ die nicht mit der Erbringung von Sozialleistungen in Einklang zu bringen sind. Die abweichende Zuordnung des Vergabewesens im römischen Rechtskreis⁵⁸⁴ belegt jedoch die Unvollständigkeit dieser Vorstellung, die darüber hinaus auch hinsichtlich der dennoch existierenden öffentlich-rechtlichen Bindungen auch bei fiskalischen Hilfsgeschäften ihre eigene Prämisse Lügen straft. Der Streit geht danach auf ein uraltes Paradigma zurück, dessen Überholung sich derzeit andeutet. Ging man ursprünglich davon aus, dass fiskalische Hilfsgeschäfte sich in rein privatrechtlicher Umgebung ohne Grundrechtsbindung bewegten und verwaltungsrechtliche Tätigkeit der (grund-) rechtlichen Bindung vollständig unterlag und nur durch das öffentliche Recht gesteuert wurde, zeigt die Publizierung des Vergaberechts und die Herausbildung eines öffentlichen Wettbewerbsrechts, dass die Unterscheidung zunehmend überholt erscheint.⁵⁸⁵ Die traditionelle Trennungsperspektive zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht ist insofern nicht korrekt, als sowohl öffentliches Recht als auch Zivilrecht Teil der Gesamtrechtsordnung sind. Sie sind deshalb in erheblichem Umfang aufeinander bezogen. Die Rechtsgebiete ergänzen sich und sind nicht als sich ausschließende Gegensätze zu verstehen.⁵⁸⁶ Selbst wenn man Vergaberecht (oberhalb der Schwellenwerte) durch den Gesetzgeber als dem Privatrecht zugeordnet versteht,⁵⁸⁷ schließt das eine Überformung und Ergänzung durch die öffentlich-rechtlichen Regelungen (des Sozialrechts) nicht aus. In dieselbe Richtung weist die verblüffende Konkurrenz des Privatrechts und des Wirtschaftsverwaltungsrechts um das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte. Wenn §§ 97 ff GWB Privatrecht sind, und nicht nur im Rahmen einer abdrängenden Sonderzuweisung nach § 40 I VwGO bei den ordentlichen Gerichten zugeordnet wurden, verwundert die Einordnung als Wirtschaftsverwaltungsrecht, das seinerseits Teil des

⁵⁸² Pache DVBI 2001, 1781 (1787)

⁵⁸³ Pache DVBI 2001, 1781 (1787)

⁵⁸⁴ Pache DVBI 2001, 1781 (1782)

⁵⁸⁵ Badura/ Huber in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rz.78 S. 341

⁵⁸⁶ Burgi NVwZ 2007, 737 (740)

⁵⁸⁷ Burgi NVwZ 2007, 737 (740)

öffentlichen Wirtschaftsrecht sein soll. Entsprechend dieses für Sozialrechtler sicherlich sehr unangenehmen Befundes sollte man sich vorsehen, wenn man Leistungserbringerrecht im SGB XII und SGB VIII und Vergaberecht als sich ausschließende Gegensätze interpretiert. Als zukünftig tragfähig erscheint dies nicht.

Differenzierende Ansicht SGB VIII, XII		
Initiative des Vertragsverhältnisses	Anwendbare Regelung	Folge
Öffentlicher Jugend- oder Sozialhilfeträger	Nicht im SGB VIII und XII geregelt, daher §§ 97 ff GWB	Ausschreibung oder Auswahlverhandlungen unter Beachtung der Grundsätze des Leistungserbringerrechts SGB VIII und SGB XII in den entsprechenden Verfahrensabschnitten
Privater Leistungserbringer	§§ 75 ff SGB XII §§ 78a ff SGB VIII als <i>leges speciales</i> zu §§ 97 ff GWB	Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung bzgl. des Vertragsabschlusses mit Vertragsverhandlungen

4.3.2. Anwendbarkeit von Vergaberecht im SGB II

Bei der Frage nach der Anwendbarkeit von Vergaberecht im Rahmen der Leistungen nach dem SGB II ist zunächst zu berücksichtigen, dass das SGB II von verschiedenen Formen des Leistungserbringerrechts ausgeht. Über das SGB III hat das Vergaberecht hier bereits Einzug gehalten und wird dort überall angewendet, wo das SGB III von einer Beauftragung spricht, was jedoch ebenfalls nicht als einzig mögliche Auffassung erscheint. Erfahrungen, die aufgrund der Anwendung von Vergaberecht durch die BAGfA gemacht wurden, scheinen nicht ausschließlich gute zu sein. Im Bereich der gerade nicht durch Rahmenverträge u.ä. Vorgaben strukturierten Leistungen, wo also die BAGfA ihre einseitige Definitionsmacht zur Geltung bringen konnte, traten zum Teil erhebliche Probleme hinsichtlich der Qualitätssicherung auf. Das Preiskriterium stand bei der Vergabe im Vordergrund und der Anbieter konnte oder wollte zu den kalkulierten Kosten nicht arbeiten.⁵⁸⁸ Die allgemeine Praxis, der BAGfA die einseitige Definitionsmacht über

⁵⁸⁸ Lenze, Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007,355 (359)

Leistungsinhalt und -qualität zu überlassen und hinter jedem „beauftragen“ im Gesetzestext eine Bestätigung dieser Definitionsmacht bzgl. eines Vergabegebotes zu sehen, sollte dringend auf interpretatorische Spielräume überprüft werden. Nach dem Vorbild der Sozial- und Jugendhilfe sollten also Verträge, die den Anforderungen des § 17 II SGB II genügen, ausgeschrieben werden und § 17 II 1 1.HS SGB II sehr restriktiv in dem Sinne interpretiert werden, dass Anforderungen an die Leistungen im SGB III hinsichtlich der Nrn. 1-3 des § 17 II 1 SGB II formuliert sein müssen.

Soweit § 17 II SGB II das Leistungserbringerrecht des SGB XII übernimmt, gelten prinzipiell die o.g. Ausführungen.⁵⁸⁹ Jedoch sind sie an die Besonderheiten des § 17 II SGB II anzupassen. So existiert ein Wunsch- und Wahlrecht für den Großteil der Berechtigten nach dem SGB II nicht. Eine entsprechende Regelung zur Trägerpluralität existiert ebenfalls nicht. Insgesamt sind die Leistungen des SGB II in Anlehnung an das SGB III stärker typisiert und standardisiert als in der Sozialhilfe und der Individualisierungsgrundsatz des § 3 I 2 SGB II ist zurückhaltender formuliert. Entsprechend kann eine geringere Vielfalt an Leistungsträgern angesprochen werden, ohne dass der Grundsicherungsträger seine Gewährleistungsverpflichtung vernachlässigt. Das Wunsch- und Wahlrecht nach § 9 SGB IX ist jedoch zu berücksichtigen.

Das Leistungserbringerrecht des § 17 II SGB II unterscheidet sich von §§ 75 ff SGB XII und §§ 78a ff SGB VIII insofern, als es nicht von Rahmenverträgen und Empfehlungen flankiert wird. Außerdem kennt es kein Verfahren vor Schiedsstellen hinsichtlich der Verträge nach § 17 II SGB II. Die in SGB VIII und SGB XII herrschenden korporatistischen Strukturen, die das Zusammenarbeitsgebot dort konkretisierten, werden im SGB II nicht nachgebildet. Nachdem gerade diese Strukturen das Argument der *lex specialis* stützten, ist hier davon auszugehen, dass eine solche *lex specialis* mit § 17 II SGB II nicht geschaffen wurde, sondern ein wettbewerbliches Verfahren den Grundrechtsschutz der Leistungserbringer zu gewährleisten hat. Danach ist die Anwendung von Vergaberecht im Rahmen der Leistungserbringung des SGB II regelmäßig geboten,⁵⁹⁰ soweit es sich nicht um Leistungen handelt, die durch das Leistungserbringerrecht des SGB IX realisiert werden.⁵⁹¹ Für diese Leistungen gelten die Ausführungen zum SGB XII entsprechend.

⁵⁸⁹ Im Ergebnis ebenso die Anwendung von Vergaberecht befürwortend Rixen VSSR 2005,225 (249)

⁵⁹⁰ Im Ergebnis ebenso Gutachten des Deutschen Vereins 26/05 NDV 2006,570 (575)

⁵⁹¹ Anders Rixen VSSR 2005,225 (251)

Differenzierende Ansicht SGB II			
Initiative	Leistungsbereich	Anwendbare Regelung	Folge
Öffentlicher Grundsicherungsträger	§ 16 I SGB II	§§ 97 ff GWB	i.d.R. Leistungsverträge
	§ 16 II, III SGB II	§§ 97 ff GWB	Leistungserbringerverträge nach § 17 II 2
Privater Leistungserbringer	§ 16 I SGB II	§ 17 II 2 SGB II	i.d.R. Leistungsverträge
	§ 16 II, III SGB II	Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung nur bei Leistungserbringerverträgen, im übrigen §§ 97 ff GWB	Leistungserbringerverträge nach § 17 II 2

4.4. Ordnungsrecht der sozialen Einrichtungen

Bei der Errichtung sozialer Dienste und Einrichtungen gilt der letzte Gedanke der Frage nach einer gewerberechtlichen Genehmigung. In der traditionellen Vorstellung ist der soziale Dienst mit dem Begriff Gewerbe nicht vereinbar, da die Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden muss. Ob die Bezeichnung dieser sozialrechtlichen Regelungen als Sondergewerberecht⁵⁹² überhaupt gerechtfertigt ist, kann offen bleiben, denn der Betrieb verschiedener sozialer Einrichtungen unterliegt gefahrenabwehrrechtlichen Genehmigungs- bzw. Anzeigepflichten, deren Grundstruktur mit denen des Gewerberechts übereinstimmt. Einige Regelungen werden hier vorgestellt.

4.4.1. Zulassung durch Leistungserbringervertrag als gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, der Abschluss eines Vertrages nach § 75 III SGB XII entspräche einer Zulassung zur Leistungserbringung.⁵⁹³

⁵⁹² Zur Zuordnung zum Ordnungsrecht zustimmend: Münder in: Frankfurter Kommentar SGB VIII, Vor Kapitel 3, Rz. 2; Krahermer/ Richter in: Krahermer, LPK-HeimG, Einführung Rz. 3: „besonderes Gewerbeordnungsrecht“; zu den rechtshistorischen Wurzeln des HeimG im Gewerberecht: Kunz in: Kunz u.a., HeimG, Einführung Rz. 1

⁵⁹³ Fahlbusch/ Pöld-Krämer, LPK-SGB XI, Rz. 17; ambivalent dagegen Pöld-Krämer/ Fahlbusch RsDE 2000 (46) S. 4 (27,28) von Boetticher/ Tammen RsDE 2003 (54) S. 28 (36) sprechen von einer zulassungsähnlichen Wirkung der Vereinbarungen zwischen Sozialhilfeträger und Leistungsanbieter; Mrozyński

Diese Frage entstand im Kontext der Probleme der Qualitätssicherung für Pflegeleistungen. Grundsätzlich haben Leistungserbringerverträge jedoch eine andere Funktion als Gefahrenabwehr oder die Sicherstellung ordnungsrechtlicher Voraussetzungen für den Einrichtungsbetrieb. Das ergibt sich unmittelbar aus ihrem Ziel, die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit öffentlicher Mittelverwendung sicherzustellen. Die Verträge regeln zwar auch qualitative Anforderungen an Leistungen und die Prüfungs- oder Qualitätsvereinbarungen deren Überwachung. Deren Inhalte sind jedoch spezifischer als eine gefahrenabwehrrechtliche Überwachung entsprechender Unternehmungen. Sie stellen fachliche und inhaltliche Anforderungen als Mittel zur Erreichung der Leistungsziele auf und stehen dadurch in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Gefahrenabwehr ist notwendigerweise konservativ ausgerichtet⁵⁹⁴ und soll den Klienten durch Mindeststandards vor Gefahren durch die Inanspruchnahme der Dienstleistung schützen.⁵⁹⁵ Leistungserbringerverträge im Bereich der sozialen Einrichtungen und Dienste haben danach gewöhnlich keine gefahrenabwehrrechtliche Zulassungsfunktion, die der gewerberechtlichen Überwachung entspräche. Wechselwirkungen bestehen dennoch.⁵⁹⁶

Vergleich der Zulassungsinstrumente		
Maßnahme	Regelung	Funktion
Leistungserbringervertrag	§§ 75 III, 76 SGB XII §§ 78b I, 78c SGB VIII §§ 17 II 2 SGB II	Leistungsbeschreibung, Qualitätssicherung, Vergütung, Sicherung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwendung öffentlicher Mittel (fördernder Aspekt)
Erlaubnisse	§§ 43 – 45 SGB VIII	Sicherstellung der Eignung der Betreuungsperson und Einrichtungen zum Schutz des Kindeswohls durch Mindeststandards (bewahrender Aspekt)
Verbote/ Auflagen Untersagungen u.a.	§§ 43 – 45 SGB VIII § 19 HeimG	Sicherstellung des Wohls der Einrichtungs- und Dienste Adressaten durch Mindeststandards für den Betrieb bzw. für die Betreuung (bewahrender Aspekt)

ZFSH/SGB 2004,451 (460)

⁵⁹⁴ So zum Gewerberecht Tettinger/ Wank in: Tettinger u.a., GewO, Einleitung Rz. 4

⁵⁹⁵ Zur Präventionsfunktion der Erlaubnisse nach dem SGB VIII Münder in: Frankfurter Kommentar, Vor § 43 Rz. 2,3

⁵⁹⁶ Kraher/ Richter in: Kraher u.a., LPK-HeimG, Einführung Rz. 8 ff

4.4.2. Einrichtungen und Dienste für Kinder- und Jugendliche, §§ 43 ff SGB VIII

Für die Betreuung von Kindern sind verschiedene präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt⁵⁹⁷ vorgesehen. Bei den Anforderungen an die Erteilung der Erlaubnis wird zwischen ambulanten und (teil-)stationären Betreuungsformen unterschieden. §§ 43 ff SGB VIII regeln die Erlaubnisse nicht abschließend, denn es existieren verschiedene Landesrechtsvorbehalte, § 43 IV, § 49 SGB VIII. Für die Erlaubnisse ist grundsätzlich, soweit es nicht anderslautende landesrechtliche Regelungen für den Bereich der (teil-)stationären Einrichtungen gibt, § 85 IV SGB VIII, der überörtliche Träger der Jugendhilfe zuständig, § 85 II Nr. 6 SGB VIII. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 87a SGB VIII. Die Erlaubnisse werden durch Verwaltungsakte im Sinne des § 31 SGB X realisiert,⁵⁹⁸ sodass die allgemeinen Vorschriften zu berücksichtigen sind.

4.4.2.1. Ambulante Betreuung von Kindern und Jugendlichen

§ 43 SGB VIII regelt die Voraussetzungen für eine Erlaubnis zur Kindertagespflege durch Tagespflegepersonen. Im Leistungsrecht des SGB VIII entspricht das einem gefahrenabwehrrechtlichen Rahmen der Leistungen nach § 23 SGB VIII. Zuständig für die Erteilung der Erlaubnis zur Kindertagespflege ist gem. § 85 I SGB VIII der örtliche Träger der Jugendhilfe. Liegen die Voraussetzungen vor, wird aber keine Erlaubnis eingeholt, wird der Verstoß durch Bußgeld, § 104 Nr. 1 SGB VIII, oder Strafe, § 105 Nr. 1 SGB VIII, sanktioniert.

§ 43 SGB VIII ist nicht ausdrücklich als Anspruchgrundlage formuliert. Dennoch wird davon ausgegangen, dass bei Vorliegen aller Voraussetzungen ein Rechtsanspruch der Pflegeperson auf die Erteilung der Erlaubnis besteht.⁵⁹⁹ Die Erlaubnispflicht bei Kindertagespflege beginnt erst ab einem gewissen Umfang der Tätigkeit. Dabei kommt es zunächst nicht darauf an, wie viele Kinder betreut werden sollen. Soweit die Kindertagesbetreuung in der Wohnung der Kinder stattfindet, ist sie

⁵⁹⁷ Münder in: Frankfurter Kommentar, Vor Kapitel 3 Rz. 2

⁵⁹⁸ Münder in: Frankfurter Kommentar, § 43 Rz. 23

⁵⁹⁹ Münder in: Frankfurter Kommentar, § 43 Rz. 3, 12

erlaubnisfrei, § 43 I SGB VIII. Voraussetzungen sind demnach, dass die Kinder außerhalb ihrer Wohnung in anderen Räumen betreut werden. Die Betreuung muss während eines Teils des Tages stattfinden und einen Umfang von mehr als 15 Stunden wöchentlich erreichen. Bei einer Aufnahme von Kindern für mehr als einen Teil des Tages ist § 44 SGB VIII anzuwenden.⁶⁰⁰ Die Betreuung muss mehr als drei Monate dauern, sodass kurzzeitige Betreuungen ebenfalls nicht genehmigungspflichtig sind. Darüber hinaus muss eine Betreuung gegen Entgelt vorliegen. Ist die Tätigkeit damit erlaubnispflichtig, sind die Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung zu überprüfen. Der Anspruch auf Erteilung dieser Erlaubnis besteht bereits, wenn die Person, die die Erlaubnis beantragt, für die Kindertagespflege geeignet ist, § 43 II 1 SGB VIII. In § 43 II 2 SGB VIII sind die Eignungsvoraussetzungen aufgezählt. Sie müssen kumulativ vorliegen. Vertiefte Kenntnisse der Kindertagespflege sind nicht zwingend nötig, § 43 II 3 SGB VIII. Diese Soll-Regelung bedeutet dennoch, dass sie regelmäßig vorliegen müssen und nur in Ausnahmefällen davon abgesehen werden kann.⁶⁰¹

Soweit landesrechtlich, § 43 IV SGB VIII, keine abweichenden Regelungen existieren, wird die Tagespflegeerlaubnis für die Pflege von bis zu fünf fremden Kindern erteilt und ist auf 5 Jahre befristet.

§ 44 SGB VIII ist ähnlich wie § 43 SGB VIII strukturiert. Wie § 43 SGB VIII ist er nicht ausdrücklich als Anspruchsgrundlage formuliert, es wird jedoch davon ausgegangen, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Anspruch auf die Erlaubnis besteht. Wird der Vollzeitpflege ohne Erlaubnis nachgegangen, wird der Verstoß durch Bußgeld, § 104 Nr. 1 SGB VIII, oder Strafe, § 105 Nr.1 SGB VIII, sanktioniert. Zuständig für die Erteilung der Erlaubnis zur Vollzeitpflege ist gem. § 85 I SGB VIII der örtliche Träger der Jugendhilfe. Abweichend von § 43 SGB VIII ist die Aufnahme eines Kindes über Tag und Nacht in den eigenen Haushalt der Pflegeperson Voraussetzung für eine Erlaubnispflichtigkeit, § 44 I 1 SGB VIII. § 44 I 2 SGB VIII regelt in Nrn. 1-6 verschiedene Ausnahmetatbestände. Auffällig ist dabei, dass die Vollzeitpflege nach §§ 27, 33 oder auch § 35a SGB VIII gerade zu den Ausnahmen gehört. Diese Ausnahme erfolgte, da man davon ausging, dass der Erlaubnisvorbehalt nach § 43 SGB VIII in diesen Fällen keine eigene Funktion mehr habe, weil das Jugendamt bereits die Eignung der Pflegeperson für das konkrete Pflegekind geprüft habe.⁶⁰² Im Gegensatz zu § 43 SGB VIII knüpft die Erteilung der Erlaubnis nicht ausdrücklich an die Eignung der Pflegeperson an, sondern an die Gefährdung des

⁶⁰⁰ Münder in: Frankfurter Kommentar, § 43 Rz. 6

⁶⁰¹ Münder in: Frankfurter Kommentar, Vor § 43 Rz. 15

⁶⁰² Münder in: Frankfurter Kommentar, § 44 Rz. 14

Kindeswohls. Die Erlaubnis ist zwingend zu versagen, wenn gem. § 44 II SGB VIII das Wohl des Kindes oder Jugendlichen in der Pflegestelle nicht gewährleistet ist. Davon ist allerdings auszugehen, wenn die Pflegeperson nicht geeignet ist. Für die Bestimmung der Eignung kann § 43 II SGB VIII wiederum Anhaltspunkte geben. Da jedoch im § 44 II SGB VIII ein anderer Anknüpfungspunkt gewählt wurde, ist eine direkte Anwendbarkeit ausgeschlossen. Ebenso können Anleihen bei § 45 II 2 SGB VIII zur Gefährdung des Kindeswohls gemacht werden, wobei zu beachten ist, dass die Gefährdungslagen in Einrichtungen nicht mit denen bei der Betreuung durch Pflegepersonen identisch sind. Entsprechend dient der Begriff der Pflegeperson auch der Abgrenzung zur Einrichtung nach § 45 SGB VIII. Die Einrichtung bestimmt sich orts- und gebäudebezogen, während die Vollzeitpflege personenbezogen ausgerichtet ist.⁶⁰³

Anders als § 43 SGB VIII ist keine Befristung vorgesehen. Vielmehr sieht § 44 III 1 SGB VIII eine Überprüfungspflicht des Jugendamtes vor. Dies kann zu einer Rücknahme oder Widerruf der Erlaubnis führen, § 44 III 2 SGB VIII. § 44 III 2 SGB VIII ist insofern *lex specialis* zu §§ 44 ff SGB X.⁶⁰⁴

Nebenbestimmungen zu den Erlaubnissen nach §§ 43 und 44 SGB VIII sind nicht vorgesehen und danach nur gem. § 32 I 1 2. Alt. SGB X zulässig.

In beiden Fällen sind Unterrichtspflichten der Pflegepersonen in das Gesetz aufgenommen worden, §§ 43 III 3, 44 IV SGB VIII. Danach hat die jeweilige Pflegeperson das Jugendamt über wichtige Ereignisse bzgl. der Betreuung des Kindes bzw. die das Wohl des Kindes betreffen, zu unterrichten. Fraglich ist, ob es sich hier um eine Ermächtigungsgrundlage zugunsten eines mit Zwangsmitteln vollstreckbaren Auskunftsverlangens des Jugendamtes handelt. In der Literatur wird davon ausgegangen, dass ein Verstoß gegen diese Unterrichtspflicht folgenlos bleibt.⁶⁰⁵ Danach handelt es sich nicht um eine Ermächtigungsgrundlage. Entsprechende Verstöße sind allerdings bei einer Überprüfung des Fortbestehens der Voraussetzungen für eine Pflegeerlaubnis nach § 44 III 1 SGB VIII zu berücksichtigen. Nach § 44 III 2 SGB VIII führt nicht jede negativ bewertete Überprüfung der Pflegeperson zu Rücknahme oder Widerruf der Erlaubnis. Dazu kommt es im Sinne des *ultima ratio*-Prinzips erst, wenn nicht nur das Wohl des

⁶⁰³ Münder in: Frankfurter Kommentar, § 44 Rz. 5

⁶⁰⁴ Wohl auch Mroczynski, SGB VIII, § 44 (a.F.) Rz.12

⁶⁰⁵ Mroczynski, SGB VIII, § 37 Rz. 8

Kindes gefährdet ist, sondern die Pflegeperson nicht bereit oder in der Lage ist, die Gefährdung abzuwenden.⁶⁰⁶

Im Rahmen der befristeten Erlaubnis nach § 43 SGB VIII ist eine Überprüfung nicht vorgesehen. Hier sollte eine fehlende Unterrichtung im Rahmen der allgemeinen Rücknahmetatbestände nach §§ 44 ff SGB X berücksichtigt werden.

4.4.2.2. (Teil-)Stationäre Betreuung von Kindern und Jugendlichen

Die Voraussetzungen der (teil-)stationären Betreuung von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen sind in § 45 SGB VIII geregelt. § 48a SGB VIII erweitert den Anwendungsbereich des § 45 SGB VIII auf Wohnformen, die nicht als Einrichtungen bewertet werden können, aber in denen Kinder und Jugendliche betreut werden oder Unterkunft erhalten. Die Einrichtung wird als organisatorische Verknüpfung personeller und sächlicher Mittel, die auf gewisse Dauer angelegt ist, verstanden. Sie steht unter Verantwortung eines Trägers und ist in ihrem Bestand unabhängig vom Wechsel der Benutzer.⁶⁰⁷ Mit der Aufnahme eines Klienten in eine Einrichtung übernimmt der Träger die Verantwortung für dessen Lebensführung.

Die Erlaubnis für den Betrieb dieser Einrichtung wird vom Träger der Einrichtung benötigt. Die Einrichtungen eines Trägers sind, abgesehen von den Fällen des § 48a SGB VIII, erlaubnispflichtig, § 45 I 1 SGB VIII, wenn sie Kinder oder Jugendliche ganztägig oder für einen Teil des Tages aufnehmen. § 45 SGB VIII erfasst so teilstationäre Einrichtungen und Tageseinrichtungen für Kinder und Vollzeitheime.⁶⁰⁸ Dabei genügt es für eine Erlaubnispflichtigkeit, wenn die Kinder dort Unterkunft erhalten oder betreut werden. Die Voraussetzungen für Unterkunft und Betreuung müssen von der Einrichtung nicht kumulativ erfüllt werden. § 45 I 1 SGB VIII ist ebenfalls nicht als Anspruchsgrundlage formuliert. Bei Vorliegen der Voraussetzungen der Erlaubnis wird jedoch ein Anspruch des

⁶⁰⁶ Münder in: Frankfurter Kommentar, § 44 Rz. 31

⁶⁰⁷ Mrozynski, SGB VIII, § 45 Rz. 2

⁶⁰⁸ Münder in: Frankfurter Kommentar, § 45 Rz. 9

Einrichtungsträgers angenommen.⁶⁰⁹ § 45 I 2 SGB VIII regelt verschiedene Ausnahmen von der Erlaubnispflicht. Dabei handelt es sich um die kurzfristige Aufnahme von Kindern und Jugendlichen, die nach Einschätzung des Gesetzgebers kein erhebliches Gefährdungspotenzial darstellen.

Die Voraussetzungen zur Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb einer Einrichtung bestehen, wenn die Betreuung der Kinder durch geeignete Kräfte gesichert ist. Die geeigneten Kräfte werden im Gesetz nicht näher beschrieben. Aus dem systematischen Kontext kann § 43 II 2 und § 45 II 2 Nr. 2 SGB VIII herangezogen werden, um Kriterien für eine Eignung zu gewinnen. Darüber hinaus können die allgemeinen Grundsätze des § 9 SGB VIII Aufschluss geben. Der Zusammenhang der Eignung der Kräfte mit dem Wohl des Kindes wird in der Alternative § 45 II 2 Nr.2 SGB VIII noch einmal verdeutlicht. Danach kann das Kindeswohl entweder durch mangelnde Eignung der Kräfte beeinträchtigt werden, oder in sonstiger Weise. Zur Präzisierung sind dort nicht abschließende Fallgruppen der Kindeswohlgefährdung aufgezählt, § 45 II 2 Nr. 2, 2. HS, a und b SGB VIII. Die Eignung der Kräfte kann sich auch aus einer Vereinbarung zwischen öffentlichen und freiem Jugendhilfeträger ergeben, § 45 II 4 SGB VIII. Entsprechende Vereinbarungen sind nur ausnahmsweise entbehrlich. Zur Sicherstellung des Kindeswohls wird zudem eine Einrichtungskonzeption verlangt, § 45 II 3 SGB VIII. Ist das Kindeswohl sichergestellt, besteht ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb der Einrichtung. Nebenbestimmungen sind gem. § 45 II 1 SGB VIII bereits bei der Erteilung der Erlaubnis oder auch nachträglich, § 45 II 6 SGB VIII, möglich, und damit gesetzlich im Sinne des § 32 I 1. Alt SGB X zulässig.

Praktisch kann sich hier das Problem der isolierten Anfechtung von Nebenbestimmungen ergeben.⁶¹⁰ Dabei wird überwiegend davon ausgegangen, dass jedenfalls Auflagen nach § 32 II Nr. 4 und 5 SGB X isoliert anfechtbar sind.⁶¹¹ Als nicht isoliert anfechtbar werden meist die modifizierende Gewährung und die modifizierende Auflage angesehen. Bei der modifizierenden Gewährung bekommt der Antragsteller etwas anderes als er beantragt hat. Bei der modifizierenden Auflage wird etwas anderes als beantragt bewilligt und soll gegen den Antragsteller durchgesetzt werden.

⁶⁰⁹ Mrozyński, SGB VIII, § 45 Rz. 9

⁶¹⁰ Näher Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, Rz. 173

⁶¹¹ Auch Münder in: Frankfurter Kommentar, § 45 Rz. 26

Die Erlaubnis nach § 45 I, II SGB VIII hat keine Konzentrationswirkung, vgl. § 45 IV SGB VIII, und ersetzt andere und weitergehende Erlaubnisse und Genehmigungen anderer Behörden nicht.

Die Erlaubnis ist grundsätzlich nicht befristet, sondern wird, soweit nicht eine Befristung aufgrund von § 32 II Nr.1 SGB X stattfand, unbefristet erteilt. Das weitere Vorliegen der Voraussetzungen der Erlaubnis wird nach § 46 SGB VIII überprüft. In diesem Zusammenhang werden dem Einrichtungsträger Duldungspflichten auferlegt, die die Überprüfung ermöglichen sollen, § 46 II 3 SGB VIII. Die entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen finden sich in § 46 II 1, 2 SGB VIII.

Werden bei der Überprüfung Mängel festgestellt, kann in aller Regel nicht sofort die Erlaubnis widerrufen oder zurückgenommen werden. Eine gegenüber §§ 44 ff SGB X speziellere Ermächtigungsgrundlage ist § 45 II 5 SGB VIII. In der Regel hat aber vor Rücknahme und Widerruf eine Beratung des Trägers hinsichtlich der Mängel stattzufinden, § 45 III 1 SGB VIII. Werden die Mängel nicht behoben, können Auflagen erteilt werden, die nötig sind, um eine Kindeswohlgefährdung auszuschließen. Im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit kann es auch zu Abweichungen von dieser Reihenfolge kommen. Man wird jedoch regelmäßig berücksichtigen müssen, dass der Widerruf einer Erlaubnis auch dazu führen kann, dass Kinder und Jugendliche, die ohnehin bereits gefährdet sind, noch einmal durch den Verlust ihrer gewohnten Umgebung beeinträchtigt werden. Anders als im üblichen Gewerbebereich hat man es also nicht nur mit einer Grundrechtsbeeinträchtigung des Adressaten der Verfügung zu tun, sondern man hat regelmäßig Drittbetroffene, hier die Kinder und Jugendlichen, auf deren Grundrechte und damit Entwicklungs- und Teilhabechancen Rücksicht zu nehmen ist.

Wird die Erlaubnis zurückgenommen oder widerrufen, haben Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung, § 45 II 7 SGB VIII. Dasselbe dürfte hinsichtlich der entsprechenden Gefährdungssituation bei der Erteilung von Auflagen und deren Anfechtung gelten.

Als weitere ordnungsrechtliche Maßnahme ist die Tätigkeitsuntersagung nach § 48 SGB VIII gegenüber dem Träger einer erlaubnispflichtigen Einrichtung vorgesehen. Nach dieser Vorschrift kann es einem Träger untersagt werden, bestimmte Personen, die die erforderliche Eignung für die Tätigkeit in einer Einrichtung nicht besitzen, zu beschäftigen.

Bei Aufnahme des Betriebs oder bei Schließung einer Einrichtung muss der Jugendhilfeträger nicht von Amts wegen ermitteln, §§ 18, 20 SGB X, sondern den Träger trifft eine Anzeigepflicht nach § 47 SGB VIII.

4.4.3. Einrichtungen für Erwachsene nach dem HeimG

Außerhalb des formellen Sozialrechts kodifiziert und in seiner Bedeutung in der Zeit nach dem Erlass des Pflege-Qualitätssicherungsgesetzes äußerst umstritten, sind die Anforderungen an den Betrieb von sozialen Einrichtungen im HeimG geregelt. Unter Inanspruchnahme der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 I Nr. 7 GG a.F. i.V.m. Art. 74 I Nr. 11 GG a.F.⁶¹² wird das Heimrecht traditionell der Fürsorge zugerechnet. In der Neufassung des Art. 74 I Nr. 7 GG nach der Föderalismusreform von 2006 wird dies ausdrücklich bestätigt, das Heimrecht jedoch aus der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes ausgenommen. Damit droht das HeimG an Bedeutung zugunsten landesrechtlicher Regelungen zu verlieren. Mit dem Übergang der Gesetzgebungskompetenz auf die Länder wird der ordnungsrechtliche Bezug noch einmal verdeutlicht. Das HeimG enthält jedoch nicht nur ordnungsrechtliche Regelungen, sondern auch bundeseinheitliche verbindliche Regelungen zum Inhalt der (privatrechtlichen) Heimverträge, §§ 5-9 HeimG.⁶¹³ Die Beziehungen zum Wirtschaftsprivatrecht werden hier nicht erläutert werden. Entsprechend der Erlaubnisse nach dem SGB VIII sind hier ausschließlich die gewerberechtlichen Aspekte vorzustellen.

Zentraler Begriff des Gewerbeordnungsrechts des HeimG ist das Heim. Die einzelnen in der Folge vorgestellten Ermächtigungsgrundlagen beziehen sich ausschließlich auf Heime im Sinne des § 1 I HeimG. Die dort formulierte Legaldefinition greift auf den Einrichtungsbegriff zurück. Das HeimG ist anwendbar, wenn die Einrichtung dem Zweck dient, ältere Menschen oder pflegebedürftige oder behinderte Volljährige aufzunehmen, ihnen Wohnraum zu überlassen sowie Betreuung oder Verpflegung zur Verfügung zu stellen, oder vorzuhalten. § 1 II HeimG soll Umgehungskonstellationen verhindern und echtes betreutes Wohnen aus dem Anwendungsbereich ausnehmen. Krankenhäuser unterliegen in keinem Fall dem Anwendungsbereich, § 1 VI 1 HeimG.

⁶¹² Kraher/ Richter in: Kraher u.a., LPK-HeimG, Einführung Rz. 11 nach der allgemeinen Begründung des Gesetzgebers aus BT-Drs. 14/5399 = BR- Drs. 730/00 S. 29-35

⁶¹³ Kraher/ Richter in: Kraher u.a., LPK-HeimG, Einführung Rz. 3

Beim Betrieb eines Heimes handelt es sich um ein erlaubnisfreies Gewerbe⁶¹⁴ bzw. um eine erlaubnisfreie Tätigkeit. Entsprechend sind keine Erlaubnisvoraussetzungen geregelt, sondern es besteht nur die Möglichkeit einer Untersagung und ihrer Durchsetzung mit Verwaltungszwang. Es besteht danach im Sinne der Gewerbefreiheit eine generelle Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt. Nach § 12 HeimG hat der Heimbetreiber den Betrieb eines Heimes anzuzeigen. Dabei trifft den Heimbetreiber die Darlegungslast, dass alle Anforderungen für den Heimbetrieb nach § 11 HeimG vorliegen. Die Heimaufsicht überwacht die Einhaltung dieser Regelungen durch wiederkehrende und anlassbezogene Überprüfungen nach § 15 I HeimG. Die Überwachung beginnt mit der Anzeige des Heimbetriebes, spätestens aber, nach § 16 VI HeimG, drei Monate vor Inbetriebnahme des Heimes und eine Überprüfung findet in der Regel mindestens einmal im Jahr statt, § 15 IV HeimG. Regelmäßig hat dabei der Heimbetreiber den ordnungsgemäßen Betrieb durch die Dokumentation nach § 13 HeimG nachzuweisen, § 15 I 6 HeimG. In diesem Zusammenhang werden dem Betreiber Duldungspflichten auferlegt, die die Überprüfung ermöglichen sollen, § 15 II 2 SGB VIII. Die entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen finden sich in § 15 II 1 SGB VIII. Weitere Duldungspflichten mit korrespondierenden Ermächtigungsgrundlagen gegenüber Träger und Bewohner ergeben sich aus § 15 III HeimG. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Überwachungsmaßnahmen haben nach § 15 V HeimG keine aufschiebende Wirkung.

Die Voraussetzungen für eine Untersagung des Heimbetriebes ergeben sich aus § 19 HeimG. Dabei ist zwischen einer zwingenden und einer Ermessensuntersagung zu unterscheiden. § 19 I HeimG regelt die zwingende Versagung bei Verstoß gegen § 11 HeimG. § 19 II HeimG stellt die Untersagung bei Vorliegen der Voraussetzung in das Ermessen der Heimaufsicht. Nach § 19 III HeimG kann eine Untersagung unter eingeschränkten Voraussetzungen schon vor Aufnahme des Betriebs erfolgen. Die Untersagung ist, wie im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe, nur ultima ratio.⁶¹⁵ Vorrangig soll die Heimaufsicht bei festgestellten Mängeln den Betreiber hinsichtlich der Einstellung der Mängel beraten, § 16 I HeimG. Erst im nächsten Schritt oder einem Fall schwererer Mängel können Anordnungen nach § 17 I HeimG ergehen. Auch hier ist jeweils im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu bedenken, dass ein Eingriff nicht nur gegenüber

⁶¹⁴ Seit 1997: 2. Gesetz zur Änderung des HeimG Kunz in: Kunz/ Butz/ Wiedemann HeimG, Einleitung Rz. 15,16

⁶¹⁵ Brünner in: Kraher u.a., LPK- HeimG, § 19 Rz. 6

dem Träger erfolgt, sondern auch die Grundrechte des Heimbewohners mittelbar betroffen sind.⁶¹⁶

Abwägungssituation bei gewerberechtlichen Eingriffen im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und Ermessen		
	gegenüber	Adressat der Verfügung: Rechte und Grundrechte des Einrichtungsträgers
Eingriff durch Untersagung, Auflage u. a.		und
		Drittbetroffener der Verfügung: Rechte und Grundrechte der Heimbewohner, bzw. der Kinder und Jugendlichen. Bei letzteren auch in aller Regel die Rechte der Eltern.

Als weitere ordnungsrechtliche Maßnahme ist ein Beschäftigungsverbot nach § 18 I HeimG, das dem Tätigkeitsverbot nach § 48 SGB VIII ähnlich ist, gegenüber dem Träger vorgesehen. Nach dieser Vorschrift kann es einem Träger untersagt werden, bestimmte Personen, die die erforderliche Eignung für die Tätigkeit in einer Einrichtung nicht besitzen, zu beschäftigen. Im Unterschied zum SGB VIII kennt das HeimG die Möglichkeit, eine kommissarische Heimleitung auf Kosten des Trägers einzusetzen, wenn der Träger selbst keinen Ersatz schafft. Der Einsatz der kommissarischen Heimleitung geht der Überwachung nach § 15 HeimG, der Beratung nach § 16 HeimG und den Anordnungen nach § 17 HeimG nach und der Untersagung nach § 19 HeimG vor.

	Art der Maßnahme	Regelung	
		HeimG	SGB VIII
Zunehmende Schwere des Eingriffs 	Überwachung	§ 15	§ 44 III 1
	Beratung	§ 16	§ 45 III 1
	Auflagen und Anordnungen	§ 17	§ 43 III 2, § 54 II 1,6
	Kommissarische Heimleitung und Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot	§ 18	§ 48
	Widerruf der Erlaubnis bzw. Untersagung	§ 19	§ 44 III 2

⁶¹⁶ Gute allgemeine Übersicht zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 16 Rz.47

Im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist diese Reihenfolge der ordnungsrechtlichen Maßnahmen regelmäßig einzuhalten. Ausnahmen sind möglich, soweit atypische Fälle vorliegen.⁶¹⁷

⁶¹⁷ Brünner in: Kraher u.a., LPK-HeimG, § 19 Rz. 5, § 17 Rz. 6, § 16 Rz. 6
Dabei verwendet Brünner den Begriff der Überwachung allerdings auch als Oberbegriff für Anordnungen, kommissarische Heimleitung und Untersagung.
A.a.O § 16 Rz. 6

Literaturverzeichnis

Axer, Peter,

Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000

Badura, Peter / Huber, Peter M.,

Öffentliches Wirtschaftsrecht (Kapitel 3), in:

Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Eberhard, Besonderes Verwaltungsrecht,
13. A. 2005

Becker, Ulrich,

EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, NZS 2007 S.169

Becker, Ulrich/ Knecht, Mathias, u.a.

SGB I – Allgemeiner Teil Kommentar, 2006

Birkfeld-Pfeiffer, Daniela/ Gern, Alfons,

Kommunalrecht Hessen, 4. A. 2005

Brauns, Hans-Jochen

Die sozialen Dienste im europäischen Integrationsprozess,

RsDE 1993 (21) S. 46

Brosius-Gersdorf, Frauke,

Hartz IV und die Grundsicherung für hilfebedürftige erwerbsfähige
Arbeitssuchende – public private partnership als Organisationsmodell für
die Ausführung des SGB II, VSSR 2005,335 (383)

Brühl, Albrecht/ Fasselt, Ursula, u.a.;

Handbuch der Sozialrechtsberatung – HRSB, 2. A. 2007

Burgi, Martin,

Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im
Vergaberecht, NVwZ 2007, S. 737

Busse, Angela

Die medizinischen Rehabilitation der geistig und psychisch Behinderten,
2000

Castendiek, Jan

Der sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag, 2000

Däubler, Wolfgang,
Privatisierung als Rechtsproblem, 1980

Diering, Björn/ Timme, Hinnerk/ Waschull, Dirk (Hrsg.)
SGB X – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz Lehr- und
Praxiskommentar, 2.A. 2007

Eichenhofer, Eberhard,
Das Rechtsverhältnis zwischen Rehabilitationsträger und
Rehabilitationseinrichtungen, NZS 2002, S. 348

Ennuschat, Jörg/ Ulrich, Carsten,
Keine Anwendung der Zwei-Stufen- Lehre im Vergaberecht
NJW 2007, S. 2224

Klie, Thomas/ Kraemer, Utz (Hrsg.)
Lehr- und Praxiskommentar LPK-SGB XI, 2.A. 2003

Giese, Dieter,
Leistungserbringung durch Dritte als System – Zur Notwendigkeit
erneuter Diskussion des sog. „Dreiecksverhältnisses“,
RsDE 2000 (46), S.1

Hänlein, Andreas,
Sozialrecht als Wirtschaftsrecht, NZS 2003, S. 617

Huber, Peter, M.,
Die öffentliche Förderung der Schwangerenberatungsstellen in Bayern
NJW 2007, S.2374

Igl, Gerhard/ Welti, Felix,
Sozialrecht – Ein Studienbuch, 8.A. 2007

Kämmerer, Jörn Axel,
Daseinsvorsorge als Gemeinschaftsziel oder: Europas „soziales
Gewissen“, NVwZ 2002, S. 1041

Kingreen, Thorsten,

Vergaberechtliche Anforderungen an die sozialrechtliche Leistungserbringung SGB 2004, S. 659

Klie, Thomas/ Krahmer, Utz
Soziale Pflegeversicherung, Lehr- und Praxiskommentar (LPK-SGBXI)
2. A. 2003

Krahmer, Utz (Hrsg.)
Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil Lehr- und Praxiskommentar
(LPK-SGB I), 2003

Krahmer, Utz/ Richter, Ronald (Hrsg.)
Heimgesetz Lehr- und Praxiskommentar, 2.A., 2006

Krajewski, Markus,
Öffentliche Dienstleistungen im europäischen Verfassungsrecht,
DöV 2005, S.665

Kruse, Jürgen/ Reinhard, Hans-Joachim/ Winkler, Jürgen,
SGB II Grundsicherung für Arbeitssuchende, 2005

Kunkel, Peter-Christian,
EU-Wettbewerbsrecht für Jugend- und Sozialhilfe ? Kehler
Diskussionspapier, veröffentlicht in ZFSH/SGB 2002, S. 397

Kunz, Eduard / Butz, Manfred (Hrsg.)
Kunz/Butz/Wiedemann Heimgesetz Kommentar, 10.A. 2004

Lenze, Anne,
Leistungserbringung im europäisierten Sozialstaat,
Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007, S. 355

Löns, Martin/ Herold-Tews, Heike,
SGB II Grundsicherung für Arbeitssuchende, 2005

Luthe, Ernst-Wilhelm/ Falterbaum, Johannes u.a.,
SGB XII Sozialhilfe Kommentar 2. Band, 2005

Lux, Johannes,
Einführung in das Vergaberecht, JuS 2006, S. 969

Makowski, Cornelia/ Bauckhage-Hoffer, Florian,

Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse vor dem Hintergrund des EU-Verfassungsprozesses, NDV 2007, S.337

Marcks, Peter/ Neumann, Dirk u.a.
Landmann/ Rohmer Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, 2007

Maurer, Hartmut,
Allgemeines Verwaltungsrecht , 16.A. 2006

Mrozynski, Peter,
Leistungsverträge zwischen hoheitlicher Steuerung und privatrechtlichem Wettbewerb RsDE 2001 (47), S.29

Mrozynski, Peter,
Der Einfluss des Wettbewerbs- und Vergaberechts in Europa auf die Erbringung von Sozialleistungen, SF 1999, S.221

Mrozynski, Peter,
Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil (SGB I), 2003

Mrozynski, Peter,
SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe, 4.A. 2004

Mrozynski, Peter,
Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das Sozialrecht, ZFSH/SGB 2004, S. 451

Müller, Martin/ Brauser-Jung, Gerrit
Öffentlich- Private – Partnerschaften und Vergaberecht, NVwZ 2007, S.884

Münder, Johannes/ Baltz, Jochem/ u.a.;
Frankfurter Kommentar zum SGB VIII: Kinder- und Jugendhilfe, 5.A., 2006

Münder, Johannes (Hrsg.);
Sozialgesetzbuch II –Grundsicherung für Arbeitssuchende, Lehr- und Praxiskommentar, 2.A., 2007

Münder, Johannes/ Armbrorst, Christian u.a.;

Sozialgesetzbuch XII Sozialhilfe Lehr- und Praxiskommentar, 7. Auflage
2005

Münder, Johannes

Wahrnehmung sozialstaatlicher Aufgaben durch gemeinnützige Träger,
RsDE 1996 (34), S.1

Neumann, Volker,

Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat – Rechtsgrundlagen
und Rechtsformen der Finanzierung der freien Wohlfahrtspflege, 1992

Neumann, Volker,

Subventionen oder Leistungsentgelte ? Drei Anmerkungen zum
Leistungserbringerrecht des SGB VIII, RsDE 1996 (31), S.42

Neumann, Volker,

Wettbewerbsrecht oder Sozialrecht ? Zum Abschluss von Verträgen mit
den Erbringern von Rehabilitationsleistungen in der gesetzlichen
Rentenversicherung, RsDE 1999 (43), S. 1

Neumann, Volker,

Kirchliche Caritas im Sozialstaat und in der europäischen
Wettbewerbsordnung: Rechtsstatus, Konflikte und Perspektiven,
RsDE 2003 (54), S.1

Neumann, Volker/ Bieritz-Harder, Renate,

Vergabe öffentlicher Aufträge in der Sozial- und Jugendhilfe ?
RsDE 2001 (48), S. 1

Neumann, Volker/ Nielandt, Dörte/ Philipp, Albrecht

Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht ? 2004

Sachs, Michael, (Hrsg.)

Grundgesetz Kommentar, 4.A. 2007

Oberrath, Jörg-Dieter,

Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005

Pache, Eckhard,

Der Staat als Kunde- System und Defizite des neuen deutschen
Vergaberechts, DVBI 2001, S.1781

Piduch, Erwin-Adolf/ Dreßler, Hans-Heinrich,
Bundeshaushaltsrecht, Loseblatt

Pielow, Johann – Christian (Hrsg.),
Beck'scher Online Kommentar zur Gewerbeordnung, 2007

Pielow, Johann – Christian,
Öffentliche Daseinsvorsorge zwischen "Markt" und „Staat“,
JuS 2006, S. 691

Piontkowki, Kerstin/Steidle, Hanna,
Öffentlich-Private Partnerschaften: Neue Kooperations- und
Finanzierungsformen auch für den Bereich der sozialen Arbeit ? Teil 1
Öffentlich- Private Partnerschaften in Deutschland NDV 2007, S. 405

Pöld-Krämer, Silvia/Fahlbusch, Jonathan,
Das Recht der Leistungserbringung in der Sozialhilfe im Licht der §§ 93 ff
BSHG, RsDE 2000 (46) S. 4

Prinz, Alois,
Bereitstellung und Finanzierung sozialer Dienstleistungen
RsDE 1993 (21), S.20

Puhl, Achim,
Soziale Beratung in Mainz ZfJ 2005, S. 312

Richardi, Reinhard,
Die öffentliche Förderung der katholischen
Schwangerenberatungsstellen in Bayern NJW 2006, S. 1036

Rixen, Stephan,
Sozialvergaberecht ante portas ? Vergaberechtliche Probleme im
Sozialrecht der Arbeitsmarktsteuerung (SGB II und SGB III)
VSSR 2005, S. 225

Röhl, Klaus, F.,
Allgemeine Rechtslehre, 2.A 2001

Rüfner, Wolfgang,
Die staatliche Förderung von Schwangerenberatungsstellen,
DöV 2004, S. 696

Schmidt am Busch, Birgit,
Die Beleihung: Ein Rechtsinstitut im Wandel, DöV 2007, S. 533

Schoch, Dietrich,
Sozialhilfe, 3.A. 2001

Schulte, Bernd,
Europäische Sozialpolitik nach der Erweiterung und nach dem
Verfassungsvertrag: eine Zwischenbilanz, ZFSH/SGB 2005, S.643

Schulte, Bernd, Soziale Daseinsvorsorge und Europäisches
Gemeinschaftsrecht – Teil 1 ZFSH/SGB 2006, S.719 und Teil 2
ZFSH/SGB 2007, S.13

Schwerdtfeger, Gunther,
Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 13.A., 2008

Sodan, Helge/ Ziekow, Jan,
Grundkurs öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht, 1.A. 2005

Stahlmann, Günther (Hrsg.),
Recht und Praxis der Ein- Euro- Jobs – Beschäftigungsverhältnisse ohne
Arbeitsvertrag nach dem SGB II, 2006

Stolleis, Michael,
Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, ein Grundriss, 2003

Teich, Volker/ Beck, Petra,
Plädoyer: Vereinfacht das Zuwendungsrecht und verbessert es !
DöV 2006, S. 556

Tettinger, Peter/ Wank, Rolf
Gewerbeordnung Kommentar, 7. A, 2004

Voelzke, Thomas (Hrsg.),
SGB II – Grundsicherung für Arbeitssuchende, 2007

von Boetticher, Arne/ Tammen, Britta
Die Schiedsstelle nach dem BSHG –Vertragshilfe oder hoheitliche
Schlichtung ? RsDE 2003 (54) S.28

Wabnitz, Reinhard Joachim,

Subventionsfinanzierung nach § 74 SGB VIII (Kinder- und Jugendhilfe) – objektive Verpflichtungen und subjektive Rechtsansprüche, ZfJ 2003, S. 165

Wabnitz, Reinhard Joachim,
Der Rechtsanspruch von Trägern der freien Jugendhilfe auf Förderung nach § 74 I SGB VIII, ZfJ 2007, S.189

Waltermann, Raimund,
Sozialrecht, 6.A. 2006

Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober Rolf,
Verwaltungsrecht Band 3, 5.A. 2004

Wollenschläger, Ferdinand,
Das EU-Vergaberegime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, NVwZ 2007, S. 388

Von Wulffen, Matthias (Hrsg.)
SGB X Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, 5.A., 2005

Ziekow, Jan,
Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2007

Dieser Text wurde von

Offene Rechtswissenschaft

www.offene-rechtswissenschaft.org

zur Verfügung gestellt.

Kontakt:

Prof. Dr. Angela Busse

Angela_Busse@offene-rechtswissenschaft.org

