

# FREIHEIT UND GLEICHHEIT IN DER WOHLFAHRTSPFLEGE

*Rechtsgutachten*

*betreffend*

*die Verfassungsmäßigkeit der Regelung des  
Verhältnisses zwischen »öffentlicher« und  
»freier« Wohlfahrtspflege durch das Bundes-  
sozialhilfegesetz und das Gesetz für Jugend-  
wohlfahrt*

erstattet

im Auftrage der Regierung des Landes Hessen

von

Dr. jur. HANS F. ZACHER

o. Professor · Saarbrücken



1964

CARL HEYMANNS VERLAG KG

Köln · Berlin · Bonn · München

## Vorwort

Der Bundesgesetzgeber hat das Verhältnis der »öffentlichen« zur »freien« Wohlfahrtspflege im Rahmen des Sozialhilfe- und des Jugendwohlfahrtsrechts neu geregelt. Er beschwor damit eine vielfältige juristische Diskussion herauf, deren Abschluß durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von der größten Tragweite für die verfassungs- und sozialrechtliche Entwicklung sein wird. Die nachstehende Arbeit ist ein Glied dieser Diskussion. Sie wird ihren Platz darin vor allem durch die sachlichen Schwerpunkte behaupten können, denen sie gewidmet ist und die sie dem Leser selbst ausweisen wird.

Auf eine Besonderheit sei jedoch hingewiesen: die einläßliche Auswertung der parlamentarischen Verhandlungen. Daß der Verfasser diese aufgesucht hat, mag einer gewissen Anhänglichkeit an die subjektiv-historische Auslegungsmethode entspringen. Was zutage trat, verpflichtete ihn jedoch der Sache wegen zur Publizität. Einerseits fanden sich viele auch verfassungsrechtlich fruchtbare Gesichtspunkte. Andererseits aber trat die Nachtseite des ideologischen und phraseologischen Grundes des Gesetzgebungswerkes hervor, die es durch Evidenz zu entschärfen galt. Die daraus folgende zweischichtige Auseinandersetzung sowohl mit dem Gesetz als auch mit den Vorurteilen und Kurzschlüssen einer Reihe seiner Befürworter mutet dem Leser unerläßliche Wiederholungen zu, für die um Nachsicht gebeten sei.

Die Arbeit wurde im Dezember 1963 abgeschlossen. Als bald danach erschien eine große Zahl weiterer Beiträge zum Thema. Insbesondere seien erwähnt: *Lerche*, Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt; *Collmer*, Beiträge zum Verfassungsverstreit über das Bundessozialhilfegesetz und das Jugendwohlfahrtsgesetz; *Barion*, Die sozialetische Gleichschaltung der Länder und Gemeinden durch den Bund (Der Staat, Bd. 3, 1964, S. 1 ff.). Sie alle konnten – sollte die Drucklegung nicht unerträglich verzögert werden – nicht mehr berücksichtigt werden. Doch sei dankbar vermerkt, daß nunmehr auch *Lerche* auf die »Atmosphäre des Verschleierns

und Formenvertauschenden« aufmerksam gemacht hat, welche die fraglichen Regelungen umgibt, was der besonderen Sorge des Verfassers über das Ordnungsdefizit des Gesetzes, seine verdeckten Antinomien und sein Spiel mit Zuständigkeit und Verantwortung entspricht.

*Hans F. Zacher*

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Vorwort</b> .....	5
<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	7
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	13
1. Besondere Abkürzungen .....	13
2. Abgekürzt zitierte Literatur .....	13
<b>A. Der Gegenstand der Untersuchung</b> .....	19
<b>B. Die in Betracht kommenden Regelungen</b> .....	23
<i>I. Vorbemerkung zur Auslegung und Würdigung</i> .....	23
<i>II. Zur Auslegung des Bundessozialhilfegesetzes</i> .....	26
1. Die Anerkennung der Eigenständigkeit der freien Wohlfahrtspflege .....	26
2. Das Gebot der Zusammenarbeit und Ergänzung .....	27
3. Die Unterstützungspflicht .....	28
4. Die Funktionssperren zu Lasten der kommunalen Sozialhilfe .....	33
a) Die Funktionssperre für die Hilfe im Einzelfall .....	33
b) Die Funktionssperre hinsichtlich der Einrichtungen .....	35
c) Die Funktionssperre hinsichtlich der Beratung .....	39
5. Beteiligung der »freien« Wohlfahrtspflege an der Durchführung der Sozialhilfe .....	40
<i>III. Zur Auslegung des Jugendwohlfahrtsgesetzes</i> .....	41
1. Zur Anerkennung der Eigenständigkeit der freien Wohlfahrtspflege .....	41
2. Das Gebot der Zusammenarbeit .....	42
3. Eine Zwischenbemerkung: »anregen«, »fördern«, »unterstützen«, »schaffen« .....	42
4. Die Förderungspflicht .....	43

	Seite
5. Die Funktionssperre zu Lasten der öffentlichen Jugendhilfe .....	47
6. Die Übertragung von Aufgaben auf die »freie« Jugendhilfe .....	50
a) Die Heranziehung zur Mitarbeit .....	50
b) Die Übertragung der Erledigung von Geschäften .....	51
7. Die Anerkennung von Trägern der freien Jugendhilfe .....	52
<b>C. Zu den allgemeinen Parolen der Diskussion .....</b>	<b>55</b>
<i>I. Die »Freiheitlichkeit« der Regelung .....</i>	<i>55</i>
1. Die Behauptung der »Freiheitlichkeit« .....	55
2. Kritische Sichtung .....	56
a) Die gefährliche Alternative von »öffentlicher« und »freier« Wohlfahrtspflege .....	56
b) Struktureller Freiheitsvorzug der »freien« Wohlfahrtspflege? ....	59
<i>II. Die »Gesellschaftlichkeit« der Regelung .....</i>	<i>63</i>
1. Die Behauptung .....	63
2. Kritische Sichtung .....	63
a) Das historische Vorurteil .....	64
b) Zum Wert der gesellschaftlichen Lösung .....	65
<i>III. Die »Pluralität« der Lösung .....</i>	<i>67</i>
1. Die Behauptung .....	67
2. Kritische Sichtung .....	68
a) Pluralismus? .....	68
b) Zur Neutralitätspflicht des Staates .....	68
c) Zu den Sachfragen .....	70
d) Der Staat als Ausfallbürge der pluralistischen Gesellschaft ....	71
<i>IV. Die Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip .....</i>	<i>72</i>
1. Subsidiarität als fürsorgerechtlches Prinzip .....	72
2. Das allgemeine Subsidiaritätsprinzip .....	73
a) Vorbemerkung .....	73
b) Das Subsidiaritätsprinzip als Rechtfertigung der fraglichen Regelungen .....	73

	Seite
aa) Die Unbestimmtheit des Subsidiaritätsprinzips — Allgemeines .....	74
bb) Das Verhältnis des »engeren« zum »weiteren« Verband ..	74
cc) Welcher Verband qualifiziert sich als leistungsfähig? .....	76
c) Zur Geltungskraft des Subsidiaritätsprinzips .....	77
aa) Das Subsidiaritätsprinzip als sozialetischer Satz .....	78
bb) Das Subsidiaritätsprinzip als Naturrechtssatz .....	79
cc) Subsidiaritätsprinzip und Verfassung .....	80
aaa) Positivierung des Subsidiaritätsprinzips kraft allge- meiner Rechtsüberzeugung? .....	80
bbb) Ermittlung des Subsidiaritätsprinzips durch Analogie?	80
ccc) Subsidiarität als Strukturelement des sozialen Rechts- staats .....	82
<b>D. Die engere verfassungsrechtliche Würdigung .....</b>	<b>85</b>
<i>I. Der grundrechtliche Schutz des einzelnen Hilfsbedürftigen .....</i>	<i>85</i>
1. Ausgangspunkte .....	85
2. Die Grundrechte in bezug auf Weltanschauung und Bekenntnis ..	86
a) Die Freiheit des Bekenntnisses (Art. 4 GG) .....	86
aa) Weltanschaulich geprägte Hilfe als Entfaltung der Bekennt- nisfreiheit .....	86
bb) »Öffentliche« weltanschaulich geprägte Hilfe? .....	87
cc) Gefährdung der Bekenntnisfreiheit durch zu viel »freie« Hilfe .....	88
aaa) Zum Problem .....	88
bbb) Die Tendenz des Gesetzes — engere Fragestellung ..	89
ccc) Bekenntnisfreiheit und Wahlrecht .....	90
ddd) Bekenntnisfreiheit und gesetzliche Kapazitätsvertei- lung zwischen »öffentlicher« und »freier« Wohlfahrts- pflege .....	90
eee) Der Vergleich mit der Konfessionsschule .....	94
b) Die Gleichheit des Bekenntnisses .....	96

	Seite
3. Der allgemeine Gleichheitssatz .....	96
a) Allgemeines .....	96
b) Die Berücksichtigung der »Eigenleistungen« .....	96
<i>II. Das Elternrecht</i> .....	97
1. Reflektorisches im Elternrecht .....	97
2. Die Entfaltung des Elternrechts .....	98
3. Die Gefährdung des Elternrechts .....	98
4. Elternrecht und »öffentliche« Erziehungsaufgabe .....	99
<i>III. Der Verfassungsschutz der Helfenden</i> .....	101
1. Vorbemerkung .....	101
2. Die allgemeine Legitimation der helfenden Gruppen .....	103
a) Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG .....	103
b) Art 4 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG .....	105
c) Art. 9 Abs. 1 GG .....	105
3. Die Legitimation der Kirchen, Religions- und Weltanschauungs- gemeinschaften .....	107
a) Vorbemerkung .....	107
b) Die Stellung der Kirchen, Religions- und Weltanschauungs- gemeinschaften — zu den Ausgangspunkten der verfassungsrecht- lichen Prüfung .....	107
c) Zur Abgrenzung des Problems .....	108
d) Staatliche Sozial- und Jugendhilfe und kirchliche Sozialwirk- samkeit .....	109
aa) Allgemeines .....	109
aaa) Zur Unterscheidung .....	109
bbb) Die Begegnung im sozialen Raum .....	112
bb) Zur konkreten Frage .....	114
aaa) Zur Garantie der Eigenständigkeit .....	114
bbb) Zur Pflicht zu Zusammenarbeit und Ergänzung ....	114
ccc) Die Unterstützungspflicht .....	114
ddd) Die Funktionssperre .....	114
eee) Die Übertragung von Aufgaben .....	117

	Seite
e) Staatliche und kirchliche Erziehungsaufgabe .....	117
f) Kirchliche Werke und Einrichtungen .....	118
<i>IV. Die Integrität des demokratischen und sozialen Rechtsstaates</i> .....	119
1. Die »Entstaatlichung« der wohlfahrtspflegerischen Funktion .....	119
a) Zum Problem .....	119
b) Die Garantiestellung des sozialen Rechtsstaats .....	120
c) Die Desintegration des sozialen Rechtsstaats .....	124
aa) Zum Ausgangspunkt .....	124
bb) Zur Paralyse der Verantwortung .....	124
cc) Die Gefährdung des Rechtsanspruchs .....	126
dd) Weitere Mängel .....	127
ee) Einwände? .....	129
aaa) Kompensation und Einwilligung? .....	129
bbb) Nochmals: Der Einwand der Subsidiarität .....	129
ccc) Steigerung der sozialen Effizienz? .....	130
ddd) Das Fehlen einer Alternative? .....	130
d) Die Desintegration der Demokratie .....	131
2. Das Ordnungsdefizit .....	133
<i>V. Die bundesstaatliche Ordnung</i> .....	134
1. Die Beeinträchtigung der Länder durch die verfassungswidrige Regelung .....	134
2. Die bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung .....	135
a) Allgemeines .....	135
b) Der Vorrang der »freien« Wohlfahrtspflege und die Kompetenz der Länder .....	136
aa) Art. 74 Nr. 7 GG als Regelung der »öffentlichen« Für- sorge .....	136
bb) Die weitergehende Konzeption der Gesetze .....	136
cc) Die Unzulässigkeit der Regelung .....	137
<b>E. Ergebnisse</b> .....	141



# Abkürzungsverzeichnis

## 1. Besondere Abkürzungen

- Bundestag, Drucksache ...*      Soweit nichts anderes vermerkt: Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache ...
- Bundestag ... Verhandlungen*      Soweit nichts anderes vermerkt: 3. Deutscher Bundestag ... Verhandlungen
- EntwBSHG*      Entwurf eines Bundessozialhilfegesetzes (BSHG), Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 1799
- EntwJWG*      Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes, Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2226
- »*Schriftlicher Bericht (Jugendfragen)*«      Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Familien- und Jugendfragen über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes, Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, zu Drucksache 2854 S. 1 ff.
- »*Schriftlicher Bericht (Öffentl. Fürsorge)*«      Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Kommunalpolitik und öffentliche Fürsorge über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Bundessozialhilfegesetzes, Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2673, S. 1 ff.

## 2. Abgekürzt zitierte Literatur

- »*Allzuständigkeit*«      Allzuständigkeit der Gemeinden auf dem Gebiet der Erziehung der Jugend außerhalb der Schule, (o. V.) Kommunalpolitische Blätter, 12. Jg. (1960), S. 304 ff.
- Auerbach, Miteinander*      *Auerbach*, Über das Miteinander von Sozialhilfe und freier Wohlfahrtspflege heute, in: Neue Wege der Fürsorge, Festgabe für Hans Muthesius, 1960, S. 93 ff.

- Bachof*, Ergänzungsgutachten *Bachof*, Ergänzendes Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit verschiedener Bestimmungen des Jugendwohlfahrtsgesetzes in der Fassung vom 11. 8. 1961, insbesondere zu den Anträgen der Regierung des Landes Hessen vom 10. 7. 1962 und des Senats der Freien Hansestadt Bremen vom 9. 10. 1962 auf Feststellung der Nichtigkeit (ungedruckt).
- Bachof*, Rechtsgutachten *Bachof*, Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit verschiedener Bestimmungen des Jugendwohlfahrtsgesetzes in der Fassung vom 11. 8. 1961 (ungedruckt).
- Bangert*, Bundessozialhilfegesetz *Bangert*, Die Verabschiedung des Bundessozialhilfegesetzes, Der Landkreis, 31. Jg. (1961), S. 173 ff.
- Bangert*, Subsidiarität *Bangert*, Die Subsidiarität der öffentlichen Fürsorge und die Zusammenarbeit ihrer Träger mit den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege, Der Landkreis, 30. Jg. (1960), S. 407 ff.
- Becker*, Jugendhilfe und Subsidiarität *Becker*, Jugendhilfe und Subsidiarität, Zeitschrift f. Sozialreform, 5. Jg. (1959), S. 20 ff.
- Bender*, Ergänzungsgutachten *Bender*, Rechtsgutachten über die Frage der Vereinbarkeit der §§ 9 Abs. 2, 24 und 25 Abs. 1 des Gesetzes für Jugendwohlfahrt vom 11. 8. 1961 mit dem Grundgesetz (ungedruckt).
- Bender*, Rechtsgutachten *Bender*, Rechtsgutachten über die Frage der Vereinbarkeit verschiedener Vorschriften des Gesetzes für Jugendwohlfahrt vom 11. 8. 1961 mit dem Grundgesetz (ungedruckt) – z. T. wiedergegeben in: *Bender*, Das Verhältnis der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu den Trägern der freien Jugendhilfe nach dem Gesetz für Jugendwohlfahrt vom 11. 8. 1961, DVBl., 78. Jg. (1963), S. 87 ff. – im Text ausschließlich nach dem Originalgutachten zitiert.
- Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Bd. . . . *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), Die Grundrechte, III. Bd., 1. Halbbd., 1958  
III. Bd., 2. Halbbd., 1959  
IV. Bd., 1. Halbbd., 1960
- Bogs*, Einwirkung *Bogs*, Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, Verhandlg. d. 43. Dt. Juristentages Bd. II/Teil G, 1962, S. 5 ff.
- Bonner Kommentar* *Dennewitz/Wernicke* (Hrsg.), Bonner Kommentar, 1954 ff.
- Fichtner* *Fichtner*, Das Recht der Sozial- und Jugendhilfe in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Zeitschr. f. Sozialreform, 7. Jg. (1961), S. 321 ff.

- Fröhler*,  
Rechtsgutachten  
*Fröhler*, Gutachten zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der §§ 10 und 93 des Bundessozialhilfegesetzes – abgedruckt auch in der Zeitschr. für Sozialhilfe, 2. Jg. (1963), S. 75 ff. u. S. 97 ff. – im Text ausschließlich nach dem Originalgutachten zitiert.
- Gottschick*  
*Gottschick*, Bundessozialhilfegesetz, 2. Aufl. 1963.
- Gräber*  
*Gräber*, Jugendwohlfahrtsgesetz, 2. Aufl. 1963.
- Groß*  
*Groß*, Die Rechtsstellung des Empfängers der Hilfe, in: Die Neuordnung des Fürsorgerechts als Teil der Sozialreform, Schriften des Dt. Vereins f. öffentl. u. private Fürsorge, 1958, S. 364 ff.
- Hasenclever*,  
Elternrecht  
*Hasenclever*, Elternrecht statt Kindesrecht – der richtige Ausgangspunkt für die Reform des Jugendwohlfahrtsrechts? Neues Beginnen, Jg. 1961, S. 65 ff.
- Heinke*, Freiheit in  
der Sozialordnung  
*Heinke*, Die Freiheit des Menschen in der Sozialordnung unserer Zeit, Sozialer Fortschritt, 10. Jg. (1961), S. 75 ff.
- Herzog*,  
Subsidiaritätsprinzip  
*Herzog*, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, Der Staat, Bd. 2 (1963), S. 399 ff.
- Hesse*, Parteien  
*Hesse*, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL Heft 17, 1959, S. 10 ff.
- Hesse*,  
Staatskirchenrecht  
*Hesse*, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945, Jahrb. d. öffentl. Rechts, nF. Bd. 10 (1961), S. 3 ff.
- Heun*  
*Heun*, Das Bundessozialhilfegesetz und seine Bedeutung für die diakonische Arbeit, in: Evang. Stimmen zum Bundessozialhilfegesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz, hrsgg. von Georg Suhr, 1962, S. 137 ff.
- v. d. Heydte*,  
Vorrang  
*v. d. HeydtelKöttgen*, Vorrang oder Subsidiarität der freien Jugendhilfe, Hamburger öffentl.-rechtl. Nebenstunden, Bd. 7, 1961;  
*v. d. Heydte*: S. 53 ff.
- Höffner*,  
Subsidiarität  
*Höffner*, Die Subsidiarität in der Jugendhilfe, Nachrichtendienst d. dt. Vereins f. öff. u. private Fürsorge, 38. Jg. (1958), S. 271 ff.
- Huber*, Rechtsstaat  
und Sozialstaat  
*Huber*, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, o. J. (1962).
- Janssen*  
*Janssen*, Probleme des Wohlfahrtsstaates, in: Verantwortung für den Menschen, Gedächtnisschrift für Heinrich Held, 1957, S. 125 ff.
- Keese*  
*Keese*, Sozialhilferecht, 1961.

- Klein*, Christ u. Kirche *Franz Klein*, Christ und Kirche in der sozialen Welt, 1956.
- Klein*, Freie Wohlfahrtspflege *Franz Klein*, Die freie Wohlfahrtspflege in einem Bundesfürsorgegesetz, Caritas, 58. Jg. (1957), S. 170 ff.
- Klein*, Fürsorgerechtsreform *Franz Klein*, Fürsorgerechtsreform – Bundessozialhilfegesetz, Jugendwohl, 40. Jg. (1959), Heft 7/8, S. 191 ff. (muß wohl heißen: S. 291 ff.).
- Klein*, Kirchl. Liebestätigkeit *Franz Klein*, Die kirchl. Liebestätigkeit im Sozialstaat des Grundgesetzes, Archiv für kath. Kirchenrecht, Bd. 130 (1961), S. 124 ff.
- Klein*, Neuordnung *Franz Klein*, Zur Neuordnung der sozialen Leistungen, Caritas, 57. Jg. (1956), S. 69 ff.
- Klein*, Recht des sozial-caritativen Arbeitsbereichs *Franz Klein*, Das Recht des sozialcaritativen Arbeitsbereichs, 1959.
- Klein*, Stellung *Franz Klein*, Die Stellung der christl. Liebestätigkeit nach dem Bonner Grundgesetz, Caritas, 57. Jg. (1956), S. 263 ff.
- Klein*, Verwaltungsrechtl. Sicht I u. II *Franz Klein*, Zusammenarbeit in der Sozialhilfe und Jugendhilfe aus verwaltungsrechtl. Sicht, Jugendwohl, 44. Jg. (1963), I: S. 3 ff., II: S. 62 ff.
- Klingbeil* *Klingbeil*, Das Wahlrecht der konfessionell nicht Interessierten in der Jugendhilfe, Blätter f. Wohlfahrtspflege, 109. Jg. (1962), S. 140 ff.
- Knopp/Biederbick* *Knopp/Biederbick*, Bundessozialhilfegesetz, 1962.
- Köttgen*, Mandat *Köttgen*, Das umstrittene Mandat zur Jugendpflege, DÖV, 14. Jg. (1961), S. 1 ff.
- Köttgen*, Vorrang siehe: *v. d. Heydte*, Vorrang. *Köttgen*: S. 1 ff.
- Krug* *Krug*, Jugendwohlfahrtsgesetz, 1962.
- Küchenhoff*, Rechtsgutachten *Küchenhoff*, Gemeinden u. Verbände der freien Wohlfahrtspflege in der dt. Gesetzgebung des Jahres 1961 (ungedrucktes Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit des Bundessozialhilfegesetzes und des Jugendwohlfahrtsgesetzes vom 25. 8. 1962).
- Leibholz* *Leibholz*, Die kritischen Punkte des Grundgesetzes, Dt. Univ. Ztg., 12. Jg. (1957) Heft 13/14, S. 18 ff.
- Luber* *Luber*, Bundessozialhilfegesetz, (1962 ff.).
- v. Mangoldt/Klein* *v. Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. bearbeitet von Friedrich Klein, 1955 ff.
- Maunz/Dürig* *Maunz/Dürig*, Grundgesetz (1958 ff.).

- Mergler* *Mergler*, Bundessozialhilfegesetz, 1963.
- Mikat* *Mikat*, Kirchen- u. Religionsgemeinschaften, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Bd. IV, 1. Halbbd., S. 111 ff.
- Neumann/  
Nipperdey/Scheuner* *Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.)*, Die Grundrechte, Bd. II, 1954.
- Oestreicher* *Oestreicher*, Bundessozialhilfegesetz, 1962.
- Peters, Elternrecht* *Peters*, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Bd. IV, 1. Halbbd., S. 369 ff.
- Quaritsch* *Quaritsch*, Kirchen und Staat, Der Staat, Bd. 1 (1962), S. 175 ff., 289 ff.
- Rendtorff* *Rendtorff*, Kritische Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip, Der Staat, Bd. 1 (1962), S. 405 ff.
- Riedel* *Riedel*, Jugendwohlfahrtsgesetz, 3. Aufl. 1963.
- Schellhorn/Jirasek/  
Seipp* *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, Bundessozialhilfegesetz, 3. Aufl. 1962.
- Scherpner* *Scherpner*, Theorie der Fürsorge, 1962.
- Süsterhenn,  
Gutachten* *Süsterhenn*, Gutachten über die Vereinbarkeit der §§ 5 Abs. 3, 8 Abs. 3 des Jugendwohlfahrtsgesetzes vom 11. 8. 1961 mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (ungedruckt).
- Süsterhenn, Kirchl.  
Liebestätigkeit* *Süsterhenn*, Die kirchl. Liebestätigkeit im sozialen Rechtsstaat der Gegenwart, in: Die Katholiken vor der Politik hrsg. von Gustav E. Kafka, 1958, S. 165 ff.
- Thieme,  
Subsidiarität* *Thieme*, Subsidiarität und Zwangsmitgliedschaft, 1962.
- Trost,  
Subsidiarität* *Trost*, Die Subsidiarität in der Jugendhilfe, Nachrichtendienst des Dt. Vereins f. öffentl. und private Fürsorge, 38. Jg. (1958), S. 275 ff.
- Ule, Rechtsgutachten* *Ule*, Rechtsgutachten über die Vereinbarkeit der §§ 10, 93 Bundessozialhilfegesetz mit dem Grundgesetz – abgedruckt unter dem Titel: Das Bundessozialhilfegesetz, der Sozialstaatsgedanke und die gemeindliche Selbstverwaltung, Ztschr. für Sozialreform, 8. Jg. (1962), S. 637 ff. – im Text nur nach dem Originalgutachten zitiert.
- Utz, Formen  
u. Grenzen* *Utz*, Formen und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips, 1956.
- Utz, Subsidiaritäts-  
prinzip* *Utz (Hrsg.)*, Das Subsidiaritätsprinzip, 1953.

- Utz*, Subsidiaritätsprinzip vor dem Bundesverfassungsgericht  
*Utz*, Das Subsidiaritätsprinzip vor dem Bundesverfassungsgericht, Die Neue Ordnung, 17. Jg. (1953), S. 405 ff.
- Wasse*  
*Wasse*, Werke und Einrichtungen der evang. Kirche, 1954.
- Wehlitz*, Entwurf  
*Wehlitz*, Der Entwurf des Bundessozialhilfegesetzes, Nachrichtendienst des Dt. Vereins für öffentl. u. private Fürsorge, 41. Jg. (1961), S. 2 ff.
- Weller*, Partnerschaft  
*Weller*, Partnerschaft der öffentl. u. freien Sozialhilfe, Die Innere Mission, 52. Jg. (1962), S. 162 ff.  
 (= Partnerschaft zwischen den Trägern der Sozialhilfe und der freien Wohlfahrtspflege, Blätter der Wohlfahrtspflege, 109 Jg. (1962), S. 129 ff.); im Text nur nach der erstgenannten Fundstelle zitiert.
- Wilkins*  
*Wilkins*, Probleme des Wohlfahrtsstaates, in: Macht u. Recht, Beiträge zur lutherischen Staatslehre der Gegenwart, 1956, S. 148 ff.
- Wolff*, Diakonie  
*Wolff*, Die Diakonie der Kirche und das Bundessozialhilfegesetz, Kirche in der Zeit, 17. Jg. (1962), S. 346 ff.
- Ziegler*, Partnerschaft  
*Ziegler*, Partnerschaft zwischen den Trägern der Sozialhilfe und der freien Wohlfahrtspflege, Blätter der Wohlfahrtspflege, 109. Jg. (1962), S. 135 ff.
- Zillken*,  
*Der Eigenwert*  
*Zillken*, Der Eigenwert der kirchl. Liebestätigkeit in der öffentl. Wohlfahrtspflege, Caritas, 57. Jg. (1956), S. 268 ff.
- Zöllner*, Außenseiter  
*Zöllner*, Tarifmacht und Außenseiter, Recht der Arbeit, 15. Jg. (1962), S. 453 ff.

## A. Der Gegenstand der Untersuchung

Sowohl das *Bundessozialhilfegesetz*<sup>1</sup> als auch das *Jugendwohlfahrtsgesetz*<sup>2</sup> sichern den sog. »freien« Trägern öffentlicher Wohlfahrtspflege gegenüber den – alternativ in Betracht zu ziehenden, »öffentlichen«, genauer: – kommunalen Trägern ein Wirkungsfeld, dessen betonte Ausdehnung dazu geführt hat, daß weithin von einem Vorrang der »freien« vor den »öffentlichen« Trägern gesprochen wird. Diese Regelung ist seit den ersten Ansätzen zur Neuordnung außerordentlich umstritten. Die Argumente, Ziele und Besorgnisse in diesem Streit sind primär rechtspolitischer Natur. Insofern ist diesem Gutachten ein Urteil versagt. Rechtspolitische Erwägungen werden jedoch nicht nur vielfach in verfassungsrechtliche Formeln gekleidet; ihnen entsprechen vielfach auch verfassungsrechtliche Normen. Einer Reihe der sonach in Frage stehenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte gilt dieses Gutachten.

Für ihre Auswahl sei die Vorstellung leitend, daß die zur Prüfung anstehende Regelung drei große – nur sehr bedingt in sich homogene – Sphären voraussetzt, relevant werden läßt und in ihrem gegenseitigen Verhältnis bestimmt, deren Interessenstruktur jeweils weitgehend verfassungsrechtlich kristallisiert ist.

In erster Linie *begünstigt* werden die – fast ausschließlich verbandlichen – *Träger der »freien« Wohlfahrtspflege*. Sie werden zur Übernahme sozialer Aufgaben nicht verpflichtet, jedoch berechtigt, ohne auch im Falle der Übernahme in staatlich-rechtlich geregelte Pflichtstellungen einzurücken, die über ein gewisses Mindestmaß an Anpassungslast hinausgehen; und sie haben weitgehende Ansprüche auf Unterstützung.

<sup>1</sup> Bundessozialhilfegesetz – BSHG – vom 30. 7. 1961 (BGBl. I S. 815; i. d. F. des Art. XII des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes vom 11. 8. 1961, BGBl. I S. 1193).

<sup>2</sup> Gesetz für Jugendwohlfahrt – JWG – i. d. F. der Bekanntmachung vom 11. 8. 1961 (BGBl. I S. 1205; ber. BGBl. I S. 1875).

In erster Linie *belastet* werden die gebietskörperschaftlichen Aufgabenträger: die *Kommunen* – ganz das Bild beherrschend diejenigen der Kreisebene, die Landkreise und kreisfreien Städte –, die von der Wahrnehmung der Aufgaben ausgespart sind, welche von der freien Wohlfahrtspflege übernommen werden dürfen und übernommen werden, die dadurch zwar von der unmittelbaren Wahrnehmung entlastet werden, jedoch zu Ausgleich und Unterstützung verpflichtet sind und im Grundsatz die ganze Verantwortung behalten; die *Länder*, denen das Bundesrecht die »Ortsbestimmung« ihrer Kommunen im Gefüge sozialer Ordnung und Hilfe weitgehend vorwegnimmt; und schließlich der Komplex des *Staatlichen* – als eine Zusammenfassung unabgeleiteter und abgeleiteter Hoheitssubjekte – an sich, der sich bedeutsamer eigener Wirkmöglichkeiten begibt.

*Ambivalent* hingegen erscheint die Regelung hinsichtlich des *einzelnen* Hilfsbedürftigen sowie hinsichtlich der *Familie*. Für sie ergibt sich ein Mehr an Hilfsmöglichkeit der freien Wohlfahrtspflege, jedoch ein Weniger an »öffentlicher« Hilfeleistung und effektiver gebietskörperschaftlicher Verantwortlichkeit.

Die damit angedeuteten Zonen werden von vielen Verfassungssätzen angeleuchtet, ohne daß sich schon auf den ersten Blick klare Konturen ergäben. Die Garantie der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) auch und gerade in weltanschaulicher Sicht (Art. 4 GG), die entsprechende Autonomie der Familie (Art. 6 GG) und die korrespondierende Pflicht des Staates zur Neutralität (s. a. Art. 3, insbes. Abs. 3 GG) scheinen dafür zu sprechen, daß den einzelnen und Familien eine möglichst große Vielfalt potentiell jeweils persönlichkeitsnächster Hilfsquellen zur Verfügung gestellt wird. Umgekehrt kann gerade von diesen Gesichtspunkten her die Forderung erhoben werden, daß der neutrale Staat seine soziale Verantwortung nicht auf weltanschaulich orientierte Gruppen abladen und ihnen den Hilfesuchenden überlassen darf. Die verwandte Doppelwertigkeit der »Sozialstaatlichkeit« ergibt sich schon aus dem Wort. Auf der einen Seite scheint es nur auf die Maximierung des Sozialen anzukommen und kann diese in der Aktivierung der freien Hilfskräfte gesehen werden. Auf der anderen Seite läßt sich nicht nur am effektiven Wert dieser Aktivierung in ihrer konkreten Gestalt zweifeln. Vielmehr liegt auch die Erwägung nahe, daß das Sozialstaatsprinzip doch vor allem den Staat zu sozialer Verantwortung anhält. Ähnlich scheint es hinsichtlich des Rechtsstaatsprinzips zu sein. Soweit angenommen wird, daß sich mit ihm ein liberales Element der Negation wohlfahrtsstaatlicher Aktivität verbindet, kann es für die Zurückhaltung des Staates in Anspruch genommen werden, mit der

sich freilich dann auch die verbleibende Förderung infragesellschaftlicher Wohlfahrtspflege durch den Staat schlecht verträgt. Andererseits jedenfalls verlangt die Rechtsstaatlichkeit Berechenbarkeit und Sicherheit gerade auch des Status des Hilfsbedürftigen, die unter dem Regime der in Betracht stehenden Regelung offenbar leiden.

Andere Normen zielen eindeutiger in *eine* Richtung, freilich ohne ebenfalls leichthin schon a priori Definitives herzugeben. Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) – im Verein etwa auch mit den Grundrechten der persönlichen Entfaltungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und des freien Handelns nach Gewissen und weltanschaulicher Überzeugung (Art. 4 GG), gesteigert schließlich in dem Status der Religionsgemeinschaften (Art. 140 GG, Art. 137 RV 1919) – scheint für die Öffnung der Wohlfahrtspflege auf die caritativen Verbände hin zu sprechen, wenn das auch nicht ohne Spannung zur Verstrickung freier Verbände in primär staatliche Aufgaben und Kompetenzen abgeht. Die Gegenposition der Kommunen scheint durch die Garantie des Art. 28 GG gefestigt, diejenige der Länder durch die bundesstaatliche Kompetenzverteilung.

Schließlich darf nicht übersehen werden, daß die regulierende Scheidung der aufgezeigten Sphären durch das Recht jedenfalls als solche schon den Anforderungen an Klarheit und Verlässlichkeit zu genügen hat, die das Recht an sich und ganz besonders im Rechtsstaat erfüllen muß, wenn immer es seiner ordnenden Funktion genügen will.

Mit diesen Erwägungen ist das *Programm des Gutachtens* umrissen. Ausgespart bleiben im Hinblick auf die Fülle des hierzu bereits vorliegenden Materials jedoch zwei Gesichtspunkte: der Schutz des kommunalen Aufgabenkreises durch Art. 28 GG und grundsätzlich auch die Frage der sachlichen Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes aus Art. 74 Nr. 7 GG. Im übrigen wird zunächst der Grund für die verfassungsrechtliche Untersuchung durch die Vergegenwärtigung des Gesetzesinhalts des Bundessozialhilfe- und des Jugendwohlfahrtsgesetzes zu legen sein (B). Sodann werden die Schlagworte kritisch zu sichten sein, mit denen – zum Teil auch die verfassungsrechtliche – Diskussion bisher allzuoft geführt wurde (C). Erst dann wird die verfassungsrechtliche Würdigung der in Betracht zu ziehenden Regelungen zu den wesentlichen Fragen durchstoßen können (D). Anschließend sind die Ergebnisse festzuhalten (E).

Univ. Bibl.  
München

## B. Die in Betracht kommenden Regelungen

### I. Vorbemerkung zur Auslegung und Würdigung

Wer die Diskussion um das Verhältnis zwischen »freier« und »öffentlicher« Wohlfahrtspflege von den Entwürfen des Bundessozialhilfegesetzes<sup>1</sup> und der Novelle zum Reichsjugendwohlfahrtsgesetz<sup>2</sup> über die parlamentarischen Verhandlungen bis zum Verfassungsstreit einschließlich des jeweiligen literarischen Widerhalls eingehend studiert, hat alsbald den Eindruck, Beobachter eines merkwürdig verqueren Prozesses zu sein.

Da werden in die Entwürfe mit viel Fleiß eingehende Vorschriften aufgenommen, die den »freien« Trägern öffentlicher Wohlfahrtspflege gegenüber den kommunalen einen festen und weiten Platz sichern sollen. Das Gesetz müsse – wird gesagt – verhindern, daß die »Rathausmehrheiten« abermals versuchen, die »freien« Träger aus der öffentlichen Wohlfahrtspflege zu verdrängen oder ihnen die Teilnahme daran zu erschweren<sup>3 4 5</sup>. Es müsse

<sup>1</sup> Entwurf eines Bundessozialhilfegesetzes (BSHG), Bundestag, Drucksache 1799; im folgenden: EntwBSHG.

<sup>2</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes, Bundestag, Drucksache 2226; im folgenden: EntwJWG.

<sup>3</sup> So unter Bezugnahme auf das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz und dessen Vollzug zur Begründung der Novelle zum Jugendwohlfahrtsrecht der damalige Bundesminister für Familien- und Jugendfragen, Dr. *Wuermeling*, (im folgenden nur mit dem Namen zitiert) Bundesrat 224. Sitzung v. 18. 10. 1960, Sten.Ber. S. 505 und Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7725, 7739 f.; ferner der Abg. *Rollmann*, Bundestag, 164. Sitzung vom 18. 6. 1961, Verhandlungen S. 9538. S. a. EntwBSHG S. 35.

<sup>4</sup> Zu der immer wieder umstrittenen *Frage, wie das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz in seinen entsprechenden Bestimmungen verstanden werden mußte und wie groß infolgedessen der Unterschied zwischen ihm und dem Jugendwohlfahrtsgesetz in der Fassung der Novelle von 1961 ist*, soll hier nicht erneut Stellung genommen werden (s. hierzu eingehend *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 5, S. 9 f. und Anlage; *Bender*, Rechtsgutachten,

sichern, daß mit dem Zuwachs am gesetzlich geregelten Gesamt sozialer Hilfeleistung der Anteil der »freien« Träger nicht schwinde<sup>6</sup>. Und während das Produkt dieser Bemühungen im Rahmen des Bundessozialhilfegesetzes vorsichtig als eine Regelung der »Partnerschaft« zwischen »freier« und »öffentlicher« Wohlfahrtspflege deklariert wird<sup>7</sup>, wird der Zweck, den »freien« Trägern einen »Vorrang« zu sichern<sup>8</sup>, der auch hinter dem Bundessozialhilfegesetz steht<sup>9</sup>, für die Novelle zum Jugendwohlfahrtsrecht schon von ihren Urhebern offen in Anspruch genommen<sup>10</sup>. Dann, während der

S. 10 ff.; je m. w. Nachw.; s. aber etwa auch die Abg. *Lüders*, Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7740 ff.). Die Regelung des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes war Auslegungszweifeln unterworfen, die jedenfalls bis zur Änderung durch die Novelle von 1961 nicht geklärt waren und auch zu einer unterschiedlichen Praxis geführt haben. Somit wäre der Wert einer neuerlichen Untersuchung über die »richtige« Auslegung des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes für das Verständnis des vorrechtlichen Gesamtbildes sowohl des Grundgesetzes als auch des Jugendwohlfahrtsgesetzes gering.

- <sup>5</sup> Aus der Kritik, die in der Neuregelung des Jugendwohlfahrtsrechts nicht eine Bestätigung des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes, sondern eine Umkehrung der Verhältnisse sieht, vgl. etwa *Mevissen*, Bundesrat, 224. Sitzung vom 28. 10. 1960, Sten.Ber. S. 503; *Keilhack*, Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7730 f.; *Lüders*, a.a.O.
- <sup>6</sup> EntwBSHG S. 39 (zu § 10).
- <sup>7</sup> Der Bundesminister des Innern, *Dr. Schröder*, Bundestag, 111. Sitzung vom 4. 5. 1960, Verhandlungen S. 3256; Stellungnahme der Ausschlußmehrheit, »Schriftlicher Bericht (öffentliche Fürsorge)« S. 3.
- <sup>8</sup> Kritisch zur Verwendung des Wortes »Vorrang«, in diesem Zusammenhang jedoch ohne unmittelbare juristische Relevanz: *v. Hase*, »Vorrang« – eine Sprachglosse, in: *Evangelische Stimmen zum Bundessozialhilfegesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz*, hrsg. von *Georg Suhr*, 1962, S. 106 ff.
- <sup>9</sup> Im Sinne positiver Forderung: Abg. *v. Bodelschwingh*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9026. Im Sinne positiver Deutung z. B.: *Schirpenbach*, Das Bundessozialhilfegesetz, Caritasdienst, 14. Jg. (1962) S. 2 ff. (3); *Weller*, Partnerschaft. Im Sinne der Kritik: Stellungnahme der Ausschlußminderheit, »Schriftlicher Bericht (öffentliche Fürsorge)« S. 3; Abg. *v. Mühlen*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9032 f.; Abg. *Könen*, Bundestag, 158. Sitzung vom 4. 5. 1961, Verhandlungen S. 9067.
- <sup>10</sup> EntwJWG S. 18; *Wuermeling*, Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7725; Stellungnahme der Mehrheit des Ausschusses, »Schriftlicher Bericht (öffentl. Fürsorge)« S. 2; Abg. *Rollmann*, Bundestag, 164. Sitzung vom 18. 6. 1961, Verhandlungen S. 9538. – Aus der Kritik s. insbes.: *Mevissen*, Bundesrat, 224. Sitzung vom 28. 10. 1960, Sten.Ber. S. 503; Abg. *Schanzenbach*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9547. – Die Kritik bedient sich dabei gerne des Bildes, die Kommunen

Verhandlungen in den gesetzgebenden Körperschaften, wird – ganz offenbar um dieses Zweckes willen – von der Regierung und den Sprechern der CDU/CSU nicht nur die Gesamtkonzeption, sondern auch jede Bestimmung hart verteidigt. Wenn aber die Kritik versucht, an Hand der einzelnen Vorschriften die weittragenden Wirkungen des Gesetzes darzulegen, wird im Wege der Interpretation – bei gleichzeitiger Beharrung auf dem Bestand des Wortlautes – Position um Position geräumt. Die Kritiker des Gesetzes erscheinen so schließlich als Scharfmacher, die ein einschneidendes Gesetz bekämpfen, wo nur eine milde und vage Regelung beabsichtigt ist.

Die Bereitwilligkeit der Befürworter des Gesetzes, angegriffene Gesetzesinhalte zu dementieren, mag zum Teil damit zu erklären sein, daß sie in den umstrittenen Formulierungen nicht das Wesentliche ihrer Konzeption sahen. Andererseits gibt eine zurückhaltende Auslegung im Rahmen der Gesetzgebungsverhandlungen bei unverändertem Wortlaut und Zweck auch keine Gewähr dafür, daß eine spätere Praxis nicht Interpretationen im Sinne des Vorranges der »freien« Wohlfahrtspflege wählt. Diese Situation wiederholt sich mutatis mutandis im Verfassungsrechtsstreit. Die verfassungsrechtliche Kritik wird daher mit Bedacht nach den entscheidenden Elementen des Vorranges der »freien« Jugendpflege zu suchen haben. Sie wird vor allem aber vom Instrument der verfassungskonformen Auslegung nur vorsichtigsten Gebrauch machen dürfen.

Die Versuchung, im Wege der *verfassungskonformen Auslegung* den Bestand des Gesetzes und die Integrität der Verfassung gleichermaßen zu schonen, scheint nach dem Stand der Diskussion besonders nahe zu liegen. Jedoch droht der äußere Fortbestand des Gesetzes zum Vehikel jener Absichten und Interessen zu werden, die das Gesetz mit seinen auch und gerade in verfassungsrechtlich bedenklicher Richtung extremen Deutungsmöglichkeiten und Effekten zustande kommen ließen. Deshalb muß mit größtem Nachdruck darauf aufmerksam gemacht werden, daß die sog. verfassungskonforme Interpretation auch nicht annähernd die Gewähr für den verfassungsmäßigen Vollzug des Gesetzes bietet wie ein – von vornherein oder nach Aufhebung eines verfassungswidrigen Gesetzgebungsversuchs –

würden auf eine »Zahlstellenfunktion« beschränkt, zu »Zahlmeistereien« erniedrigt. S. zum BSHG: Abg. v. *Mühlen*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9032; Abg. *Wessel*, Bundestag, 158. Sitzung vom 4. 5. 1961, Verhandlungen S. 9063; Abg. *Jacobi*, ebd. S. 9065 f. Zum JWG: Abg. *Dürr*, Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7736; Abg. *Jahn*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9514 f.; Abg. *Arndt*, ebd. S. 9532 f.

klar und bewußt verfassungskonform gestalteter Gesetzeswortlaut<sup>11</sup>. Wo das Ergebnis verfassungskonformer Auslegung nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Interessenhintergrund des Gesetzes mehr Anfechtung als Bestärkung zu erwarten hat, droht sie den Sinn verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle zu verfehlen.

Der Versuch verfassungskonformer Interpretation muß hier um so bedenklicher erscheinen, als er den Widerspruch zwischen der im Sinne des Vorranges der »freien Wohlfahrtspflege sehr weit gehenden Gesamtzielvorstellung der legislativen Mehrheiten und ihrem Zurückstecken in Einzelfragen konservieren würde – und damit manche Ungereimtheit, die im Laufe dieses Hin und Her in das Gesetz selbst hineingekommen ist<sup>12</sup>. Vor allem aber wird darauf zu achten sein, daß der Versuch verfassungskonformer Auslegung nicht selten zu einer Aufweichung der legislativen Aussage – zur Ausweitung von Ermessensspielräumen und zur Überpotenzierung der »Unbestimmtheit« unbestimmter Rechtsbegriffe – nötigt, deren Effekt sich zudem durch Interdependenzen multipliziert. So steht die verfassungskonforme Interpretation schließlich vor der Verlegenheit, in Richtung auf den rechtsstaatlichen Wert verlässlicher, berechenbarer rechtlicher Ordnung verfassungssinkonform zu werden, zuletzt damit aber auch den Schutz materieller verfassungsrechtlicher Positionen nicht mehr zu bewirken.

## II. Zur Auslegung des Bundessozialhilfegesetzes

### 1. Die Anerkennung der Eigenständigkeit der freien Wohlfahrtspflege

Das Bundessozialhilfegesetz leitet seine Regelung des Verhältnisses zwischen »öffentlicher« und »freier« Wohlfahrtspflege mit der Versicherung ein, Stellung und Tätigkeit der Kirchen und Religionsgesellschaften des

<sup>11</sup> Vgl. *Haak*, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, 1963, S. 289 ff. S. a. dessen Bericht über die Lehre *Montesanos*, der schon bei der Möglichkeit verfassungswidriger Auslegung die Nichtigerklärung für unerlässlich hält (a.a.O. S. 242 ff. m. w. Nachw.). Vgl. ferner *Michel*, Die verfassungskonforme Auslegung, JuS, 1. Jg. (1961) S. 274 ff. (277): »Die Gefahr einer falschverstandenen verfassungskonformen Auslegung liegt darin, daß durch interpretatorische Kunstfertigkeiten verfassungswidrige Normen aufrechterhalten werden. Die verfassungskonforme Auslegung darf nicht zur Schützenhilfe für den Gesetzgeber verwandt werden, um ihm das Risiko des Erlasses verfassungswidriger Gesetze abzunehmen.«

<sup>12</sup> Über die innere Widersprüchlichkeit des Gesetzes klagt etwa *Riedel*, § 5 Anm. 1 und Anm. 18. – S. im übrigen das Folgende.

öffentlichen Rechts sowie der Verbände der freien Wohlfahrtspflege als Träger eigener sozialer Aufgaben würden durch das Gesetz nicht berührt (§ 10 Abs. 1 BSHG). Damit erhebt sich in erster Linie die Frage, was »eigene soziale Aufgaben« der fraglichen Verbände sind.

Die Begründung des Gesetzes sagt dazu, »eigene, d. h. selbständige Aufgaben . . . könn(t)en sich mit den Aufgaben der Sozialhilfe decken, könn(t)en aber auch auf anderem Gebiet liegen<sup>13</sup>«. Soweit § 10 Abs. 1 BSHG demnach Aufgaben außerhalb der Reichweite des Bundessozialhilfegesetzes meint, erscheint die Vorschrift als Bestandteil dieses Gesetzes überflüssig. Soweit sie dagegen Aufgaben meint, die das Bundessozialhilfegesetz regelt, kann es bei der Generalklausel sein Bewenden nicht haben. Lediglich bei den verfassungsgarantierten Kirchen und Religionsgemeinschaften kann an einen rechtlich vorgegebenen »eigenen« Wirkungskreis angeknüpft werden<sup>14</sup>. Der Wirkungskreis der übrigen Wohlfahrtsverbände bestimmt sich zunächst jedoch nur nach ihrer freien – aus Art. 9 GG legitimierten – Initiative. Das Gesetz kann genausowenig ihr die Kompetenzkompetenz schlechthin überlassen haben wollen, wie es eine unaufgelöste Kompetenzhäufung gewollt haben kann.

Somit kann § 10 Abs. 1 BSHG sinnvoll nur als eine Generalverweisung auf jene Vorschriften verstanden werden, die anderweit die Grenze zwischen »freier« und »öffentlicher« Wohlfahrtspflege ziehen: insbes. auf § 10 Abs. 2 bis 5, § 8 Abs. 2 Satz 2, §§ 93, 94 BSHG, aber auch auf § 2 BSHG<sup>15</sup>, ferner Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WV.

## 2. Das Gebot der Zusammenarbeit und Ergänzung

Die Träger der öffentlichen Sozialhilfe sollen sodann mit den Trägern der »freien« Wohlfahrtspflege zusammenarbeiten (§ 10 Abs. 2 BSHG), insbes. zum Zwecke wirksamer wechselseitiger Ergänzung (ebd. Abs. 3

<sup>13</sup> EntwBSHG S. 38 zu § 10.

<sup>14</sup> Die Überlegenheit der Verfassungsgarantie über das Bundessozialhilfegesetz läßt dieses insofern aber auch wieder als überflüssig erscheinen; vgl. die Stellungnahme der Ausschußminderheit, »Schriftlicher Bericht (öffentliche Fürsorge)« S. 4; dgl. Abg. Könen, Bundestag, 158. Sitzung vom 4. 5. 1961, Verhandlungen S. 9067. – Näheres zur Verfassungsgarantie der sozialen Wirksamkeit der Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften s. unten S. 107 ff.

<sup>15</sup> S. hierzu Knopp/Biederbick, § 10 Anm. 2, wonach § 10 Abs. 1 wegen § 2 BSHG nur deklamatorische Bedeutung zukommt.

Satz 1), und dabei die Selbständigkeit in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben achten (ebd. Abs. 2).

Die *Zusammenarbeit* wird durch § 95 BSHG institutionell gewährleistet<sup>16</sup>. § 10 Abs. 2 BSHG meint darüber hinaus jedoch jede mögliche Form der Zusammenarbeit<sup>17</sup>. Die Vorschrift ist so auch als Auslegungshinweis für alle anderen Vorschriften zu verstehen, welche die Grenze zwischen »öffentlicher« und »freier« Wohlfahrtspflege zu ziehen suchen<sup>18</sup>. Dementsprechend soll auch das Gebot der *Ergänzung* die in Frage stehenden Einzelregelungen regieren<sup>19</sup>.

Beide Weisungen des Gesetzes richten sich aber *nur* an die Träger der »öffentlichen« Sozialhilfe (i. S. der §§ 96 ff. BSHG)<sup>20</sup>. Für die Träger der »freien« Wohlfahrtspflege wird dagegen das Prinzip des § 10 Abs. 1 BSHG durch die Garantie ihrer »Selbständigkeit in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben« (§ 10 Abs. 2 BSHG) bestärkt und erweiternd modifiziert. Das Gesetz will damit vor allem die Unabhängigkeit der Verbände der »freien« Wohlfahrtspflege von den Vorschriften des Bundessozialhilfegesetzes klarstellen<sup>21</sup>. Ihre zwingende Formulierung gibt der Norm besonderes Gewicht<sup>22</sup>.

### 3. Die Unterstützungspflicht

Mit umstrittenster Ausfluß der einseitig – vom Sozialhilfeträger zum Verband hin – orientierten Zusammenarbeitspflicht ist § 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG: »Die Träger der Sozialhilfe sollen die Verbände der freien Wohl-

<sup>16</sup> Dazu, daß § 10 Abs. 2 BSHG auch diese Zusammenarbeit meint, s. z. B. *Knopp/Biederbick*, § 10 Anm. 3; *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, § 10 Anm. III.

<sup>17</sup> S. die Vorgenannten.

<sup>18</sup> S. *Luber*, § 10 Anm. IV.

<sup>19</sup> Vgl. *Keese*, § 10 Anm. 4.

<sup>20</sup> S. hierzu und zum Weiteren *Muthesius/Giese*, Die wichtigsten dogmatischen Grundsätze des Bundessozialhilfegesetzes, JuS 2. Jg. (1962) S. 455 ff. (458): »... auf eine Weise, die sich zurücksetzend, verpflichtend und ermahnend nur an den einen Partner wendet.«

<sup>21</sup> EntwBSHG S. 39 zu § 10; s. a. *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, § 10 Anm. III.

<sup>22</sup> Wenn *Oestreicher* (§ 10 Rdnr. 9) und *Luber* (§ 10 Anm. IV) glauben, ihr entspreche kein *subjektives Recht* der in Frage stehenden Verbände, so übersehn sie, daß jede Rechtsnorm, die eine individuelle Sphäre reguliert, im Prinzip heute auch subjektiv berechtigt (s. u. S. 31 f., insbes. Fußn. 42). Das gilt auch für die Stellung der Verbände im Rahmen der Sozialhilfe. Nur wird der Eingriff – die Verletzung des Rechts – im einzelnen Fall schwer zu fassen sein.

fahrtspflege in ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet der Sozialhilfe angemessen unterstützen.«

Wohl nicht zweifelhaft ist, daß die Worte »auf dem *Gebiet der Sozialhilfe*« dahin zu verstehen sind, daß die Unterstützung nur für Tätigkeiten geleistet werden soll, die ihrem Gegenstande nach im sachlichen Geltungsbereich des Bundessozialhilfegesetzes liegen<sup>23</sup>. Übereinstimmung scheint mit Recht auch darin zu herrschen, daß der Sozialhilfeträger zwischen *finanzieller* und *sonstiger Hilfe* grundsätzlich frei wählen kann<sup>24</sup>. Immerhin aber ist der Vorschrift der Grundsatz der Ergänzung vorangestellt (§ 10 Abs. 3 Satz 1 BSHG)<sup>25</sup>, was konkret vor allem bedeutet, daß den Verbänden über ihren Mangel an Einkünften und Vermögen hinweggeholfen werden soll<sup>26</sup>.

In diesem Rahmen kommt es entscheidend auf die Auslegung der Begriffe »angemessen« und »soll« an, um das Ausmaß der Verpflichtung der Sozialhilfeträger und den Bestand eines korrespondierenden Anspruches der »freien« Träger der Wohlfahrtspflege zu ermitteln. Daß beide Begriffe einer starren Unterstützungspflicht entgegenstehen, ist offensichtlich. Daß sie die Unterstützungspflicht jedoch konstituieren und nicht auflösen sollen, ist nicht minder evident<sup>27</sup>.

Die Hauptlast der objektiven Abgrenzung der Unterstützungspflicht liegt bei dem Wort »angemessen«. Es soll die Berücksichtigung sowohl der Verhältnisse des unterstützten als auch des unterstützenden Verbandes ermöglichen<sup>28</sup>. Die einseitige Betonung, der Vorbehalt der Angemessenheit erlaube vor allem, der Leistungsfähigkeit des Sozialhilfeträgers entscheidendes Gewicht einzuräumen<sup>29</sup>, zählt jedoch zu jenen Schutzbehauptungen, die der

<sup>23</sup> S. insbes. auch (ungedruckte) Stellungnahme des Bundesministers des Innern vom 12. 10. 1962, S. 26.

<sup>24</sup> EntwBSHG S. 39 zu § 10; »Schriftlicher Bericht (öffentl. Fürsorge)« S. 4. Eingehende Beispiele sonstiger Unterstützung s. bei *Gottschick*, § 10 Anm. 4.

<sup>25</sup> S. oben S. 27 ff.; zur Relevanz s. ferner *Oestreicher*, § 10 Anm. 12.

<sup>26</sup> EntwBSHG, a.a.O.

<sup>27</sup> Zur letztlich unumgänglichen Annahme einer Unterstützungspflicht s. insbes. Abg. *Spitzmüller*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9046; Abg. *Jahn*, ebd. S. 9048; Abg. *Bucher*, Bundestag, 158. Sitzung vom 4. 5. 1961, Verhandlungen S. 9667.

<sup>28</sup> »Schriftlicher Bericht (öffentl. Fürsorge)« S. 4; *Keese*, § 10 Anm. 4; *Oestreicher*, § 10 Rdnr. 14. *Ule*, Rechtsgutachten, S. 34, 62 f. Einzelheiten s. bei *Knopp/Biederbick*, § 10 Anm. 4 und § 93 Anm. 2; *Keese*, a.a.O.

<sup>29</sup> Staatssekretär *Anders*, Bundestag, 158. Sitzung vom 4. 5. 1961, Verhandlungen S. 9065.

Kritik am Gesetz den Boden entziehen sollen, ohne am Gesetz selbst etwas ändern zu wollen und zu können. Sie vernachlässigt den Zweck des Gesetzes, den Platz der »freien« Träger in der Sozialhilfe zu sichern<sup>30</sup>. Gewiß gilt auch hier der Satz, *nemo ultra posse tenetur*. Die absolute Leistungsunfähigkeit des Sozialhilfeträgers – sein Bankerott – muß als Regelerwägung jedoch ausscheiden. Im übrigen aber würde die Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit doch die mehr oder minder freie Hand bei der komplexen Entscheidung über Ausmaß und Verteilung der Einnahmen und Ausgaben des Gemeinwesens bedeuten. Wäre diese Entscheidungsfreiheit das durch § 10 Abs. 3 Satz 1 BSHG gewollte Regulativ, so hätte die Vorschrift allenfalls noch anregenden Charakter – nicht mehr. In Wahrheit aber will sie den Sozialhilfeträger zwingen, die für die Sozialhilfe erforderlichen Mittel in angemessenem Umfang nicht nur für eigene, sondern auch für Maßnahmen der »freien« Träger einzuplanen<sup>31</sup>.

Wenn ergänzend verlangt wird, die Mittel müßten so verteilt werden, daß das *Wahlrecht* des Hilfsbedürftigen (§ 3 Abs. 2 und 3 BSHG) gewahrt bleibe<sup>32</sup>, so ist das wohl richtig. Doch darf dabei nicht übersehen werden, daß die Unterstützungspflicht vor dem Hintergrund der Funktionssperre<sup>32</sup> steht. Blockiert diese die Gesamtplanung und die spezifisch kommunale Planung zugunsten der »freien« Träger, so bindet die Unterstützungspflicht in entsprechendem Umfang die kommunalen Mittel. Die Eigenentfaltung der kommunalen (»neutralen«) Einrichtungen und das Wahlrecht derer, die sie wählen wollen, wird dadurch einem gesteigerten Risiko kommunaler Insuffizienz ausgesetzt<sup>34</sup>. Soll der Begriff der »angemessenen« Unterstützung die Unterstützungspflicht mit dem Mittel eines unbestimmten Rechtsbegriffes objektiv umschreiben, so liegt in dem Begriff des »*Sollens*« entsprechend den allgemeinen Grundsätzen über die verwaltungsrechtliche Bedeutung von Sollenssätzen<sup>35</sup> sowohl die grundsätzliche Verpflichtung des

<sup>30</sup> S. a. *Knopp/Biederbick*, § 10 Anm. 4: Unterstützung darf nicht bedeutungslos niedrig sein. *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, § 10 Anm. III zu Abs. 3: gegenüber der Leistungsfähigkeit des Sozialhilfeträgers muß die Garantie der freien Wohlfahrtspflege in Betracht gezogen werden.

<sup>31</sup> (ungedruckte) Stellungnahme des Bundesministers des Innern, a.a.O.

<sup>32</sup> *Oestreicher*, § 10 Anm. 13.

<sup>33</sup> S. u. 4 (S. 35 ff.).

<sup>34</sup> S. u. insbes. S. 62, 90 ff.

<sup>35</sup> Vgl. *Wolff*, Verwaltungsrecht I, 5. Aufl. 1963, S. 147.

Sozialhilfeträgers, der so gefaßten Unterstützungspflicht zu genügen, als auch die Befugnis, aus besonderen Gründen – im Ausnahmefalle – davon abzusehen<sup>36</sup>.

Insgesamt ergibt sich ein nicht unerheblicher *Entscheidungsspielraum* der Sozialhilfeträger. Er setzt sich zusammen aus dem Ermessen hinsichtlich der Art der Unterstützung, aus dem richterlich unüberprüfbareren Kern des Beurteilungsspielraums<sup>37</sup>, den der unbestimmte Rechtsbegriff »angemessen« umschließt<sup>38</sup>, und dem Ausnahmeermessen, das der bedingte Befehl des »Sollens« einräumt. Würden diese gehäuften Entscheidungsspielräume maximal entfaltet, so würde sich der Zweck des § 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG verflüchtigen und das Gebot der Bestimmtheit aller staatlichen Befugnisse mißachtet. Will die Auslegung das nicht, so muß sie versuchen, die Entscheidungsmacht der Sozialhilfeträger zugunsten der »freien« Wohlfahrts-träger zu begrenzen<sup>39</sup>.

In dem Maße, in dem die Entscheidungsmacht der Sozialhilfeträger begrenzt ist, entspricht der Pflicht der Sozialhilfeträger aber auch ein *subjektives*, gerichtlich verfolgbares *Recht* der – nach dem Zweck der Vorschrift – begünstigten Träger »freier« Wohlfahrtspflege. Zwar glaubte die Begründung zum Entwurf des Bundessozialhilfegesetzes<sup>40</sup> sowie ihr folgend ein Teil des Schrifttums<sup>41</sup>, einen Rechtsanspruch auf Unterstützung in Abrede stellen zu können. Dabei wurde und wird aber übersehen, daß der Gesetzgeber des durch Art. 19 Abs. 4 GG ausgeprägten Rechtsstaates nicht mehr beliebig darüber entscheiden kann, ob er objektive Regelungen, welche die Stellung

<sup>36</sup> *Knopp/Biederbick*, § 10 Anm. 4. Unkorrekt (»Abweichung von Praxis nur bei rechtlich haltbarer Begründung«); *Mergler*, § 10 Anm. 5. Unschärf auch EntwBSHG S. 39 zu § 10: Die Entscheidung über Art und Umfang der Unterstützung trifft der Träger der Sozialhilfe in eigener Verantwortung im Rahmen seiner Gesamtaufgaben (ähnlich *Heun*, S. 148 und S. 150). Exemplifizierend *Keese*, § 10 Anm. 4. Im Sinne eines begrenzten Ermessens s. a. *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, § 10 Anm. III zu Abs. 3.

<sup>37</sup> S. zum Beurteilungsspielraum, den unbestimmte Rechtsbegriffe gewähren: *Bachof*, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, 1963, S. 229 ff. m. eingeh. Nachw.

<sup>38</sup> Den *Keese* (§ 10 Anm. 4) zu Unrecht als Ermessensbegriff bezeichnet.

<sup>39</sup> Im Sinne begrenzten Ermessens s. *Ule*, Rechtsgutachten S. 33 und die oben zur Tragweite der Sollensnorm Genannten. Gegen die Annahme eines Ermessensspielraums unbedacht *Mergler*, § 10 Anm. 5.

<sup>40</sup> EntwBSHG S. 39 zu § 10.

<sup>41</sup> *Oestreicher*, § 10 Rdnr. 12; *Heun*, S. 148 und S. 150; *Luber*, § 10 Anm. VII; *Küchenhoff*, Rechtsgutachten, S. 56; *Ule*, Rechtsgutachten, S. 33 und S. 62.

eines Rechtssubjekts unmittelbar berühren, mit einem subjektiven Recht ausstattet oder nicht. Vielmehr ist davon auszugehen, daß, soweit ein Gesetz greifbar begünstigt oder belastet, ihm ein subjektives Recht der Betroffenen auf Einhaltung des Gesetzes – anders gesagt: auf Abwesenheit gesetzwidriger Belastungen und Vorenthaltungen – entspricht<sup>42</sup>. Abgesehen davon steht hinter der Rechtspflicht des Sozialhilfeträgers die *Rechtsaufsicht* der Aufsichtsbehörde.

Abschließend ist noch auf die Spannung zwischen der Unterstützung der »freien« Träger und ihrer *Freiheit von* den Vorschriften des *Bundessozialhilfegesetzes* (§ 10 Abs. 2 BSHG)<sup>43</sup> einzugehen. Da die in § 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG vorgesehene Unterstützung – wie schon erwähnt – der Erfüllung von Aufgaben der Sozialhilfe dienen soll, kann auf gewisse Mindestgarantien, daß die gewährten Mitteln den Zwecken des Bundessozialhilfegesetzes nutzbar gemacht werden, nicht verzichtet werden. Im wesentlichen kann es aber nur darum gehen, daß der Verband, der sich nicht im Rahmen des Gesetzes hält, die Unterstützung verliert<sup>44</sup>. Der Möglichkeit, daß der Sozialhilfeträger seine Vorstellungen von den Notwendigkeiten des Gesetzes schon bei der Gewährung der Mittel durch Bedingungen konkretisiert<sup>45</sup>, wird im Hinblick auf § 10 Abs. 2 BSHG mit Vorsicht zu begegnen sein<sup>46</sup>. Nach außen bleibt lediglich die *Verantwortung des Sozialhilfeträgers* für den Vollzug des Gesetzes relevant<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> Vgl. *Bachof*, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: Gelöste und ungelöste Probleme, DÖV 1955, S. 417 ff. (421); *ders.*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL, Heft 12, 1954, S. 37 ff. (72 ff.); *ders.*, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 287 ff., insbes. S. 303 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, S. 220 ff. (insbes. S. 221); *Menger*, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 118; *v. Mangoldt/Klein*, Art. 19 Anm. VII 3, insbes. lit. e; *Dürig* in *Maunz/Dürig*, Art. 19 Rdnr. 33 ff. (insbes. Anm. V 1 e); *Bettermann*, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Bd. III, 2. Halbbd., 1959, S. 779 ff. (S. 785). Weitere Nachw. s. bei den Zitierten. – Aus dem Schrifttum zum Bundessozialhilfegesetz s. für eine Klagemöglichkeit bei *Ermessensfehler*: *Keese*, § 10 Anm. 4; *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, § 10 Anm. III zu Abs. 3.

<sup>43</sup> S. o. S. 27 ff.

<sup>44</sup> *Ule*, Rechtsgutachten, S. 36.

<sup>45</sup> Vgl. *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, § 10 Anm. III zu Abs. 3.

<sup>46</sup> *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 72 f.; *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, a.a.O., zu Abs. 2.

<sup>47</sup> Abg. *Barzel*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, S. 9023.

#### 4. Die Funktionssperren zu Lasten der kommunalen Sozialhilfe

Das Gesetz begnügt sich nicht damit, die Sozialhilfeträger zur Zusammenarbeit mit den Trägern der »freien« Wohlfahrtspflege und zu ihrer Unterstützung anzuhalten und diese so in die Verwirklichung des Gesetzes einzubeziehen. Es sichert den »freien« Trägern vielmehr auch den Vorrang auf gewissen Funktionsbereichen der Sozialhilfe, in denen somit die Sozialhilfeträger nur mehr subsidiär tätig werden können.

##### a) Die Funktionssperre für die Hilfe im Einzelfall

Allgemein »sollen die Träger der Sozialhilfe von der Durchführung eigener Maßnahmen« immer dann »absehen«, wenn »die Hilfe im Einzelfalle durch die freie Wohlfahrtspflege gewährleistet« ist (§ 10 Abs. 4 1. Halbs. BSHG). Das gilt jedoch nicht für die Gewährung von Geldleistungen (ebd. 2. Halbs.), weil sie der Gesetzgeber nicht zu den typischen »eigenen Leistungen« der »freien« Wohlfahrtspflege zählte<sup>48</sup>. Daran, daß die Hilfe »gewährleistet« sein muß, werden mit Recht strenge Anforderungen gestellt. Die Hilfe muß konkret gesichert sein<sup>49</sup>. Die von »freier« Seite bereitgestellte Hilfe muß mutatis mutandis auch den Anforderungen genügen, die an sich an die Sozialhilfe zu stellen sind<sup>50</sup>. Daraus ergibt sich auch, daß die Hilfe im Sinne des Gesetzes durch die »freie« Hilfe dann nicht »gewährleistet« ist, wenn diese nach dem Grundsatz des – übertrieben aber allgemein so genannten – Wahlrechts nach § 3 Abs. 2 BSHG abgelehnt werden kann<sup>51</sup>. Diese Sicherungen dürfen jedoch nicht überbewertet werden. »Freie« Hilfe wird vom Gesetz an sich als etwas anderes ver-

<sup>48</sup> EntwBSHG S. 39 zu § 10. Das steht in interessantem Zusammenhang damit, daß der Gesetzgeber – unausgesprochen – hinsichtlich der Unterstützungspflicht die Hingabe finanzieller Mittel im Vordergrund sah (s. o. S. 29). Es macht außerdem einmal mehr verständlich, warum die Gegner des Gesetzes von einer Reduktion der öffentlichen Sozialhilfe auf eine »Zahlstellenfunktion« sprachen. – Dazu, daß danach für die Funktionssperre des § 10 Abs. 4 BSHG im wesentlichen die persönliche Hilfe nebst den damit verbundenen Sachleistungen verbleibt, s. etwa Keese, § 10 Anm. 5; Gottschick, § 10 Anm. 5.

<sup>49</sup> Keese, § 10 Anm. 5; Knopp/Biederbick, § 10 Anm. 5; Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 10 Anm. III zu Abs. 4; Ule, Rechtsgutachten, S. 33 und S. 38.

<sup>50</sup> Ule, Rechtsgutachten, S. 30.

<sup>51</sup> Keese, § 10 Anm. 5; Heun, S. 150; Gottschick, § 10 Anm. 5; s. a. Collmer, Das Bundessozialhilfegesetz und unsere Arbeit, in: Evangelische Stimmen zum Bundessozialhilfegesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz, hrsg. von Georg Suhr, 1962, S. 154 ff. (167).

standen als »öffentliche«. Sie soll nicht, wie die »öffentliche«, neutral und ohne viel individuelle Einmischung, sondern im engeren Rahmen gemeinschafts- und persönlichkeitsbezogen gewährt werden<sup>52</sup>. Eine perfekte *Gleichstellung scheidet daher aus* und auch die Vokabel »gewährleistet« ist mit diesem Vorbehalt zu lesen.

Zudem ist das Wahlrecht kein unbedingtes<sup>53</sup>. Das allgemeine Wahlrecht des § 3 Abs. 2 BSHG ist eine Sollvorschrift, die unter dem Vorbehalt der Angemessenheit der Wünsche und der Vertretbarkeit der Mehrkosten steht. Das engere Wahlrecht des § 3 Abs. 3 BSHG bezieht sich lediglich auf die geistliche Betreuung und ist ebenfalls eine Sollvorschrift. Somit kann keine Rede davon sein, daß sich die Sozialhilfeträger schlechthin dem Wunsche des Hilfsbedürftigen, nicht von der »freien« Wohlfahrtspflege, sondern von ihnen versorgt zu werden, zu fügen hätten oder auch nur fügen dürften<sup>54</sup>.

Immerhin ist andererseits auch der Sozialhilfeträger nicht unbedingt verpflichtet, von eigenen Maßnahmen abzusehen. Der Soll-Charakter der Vorschrift erlaubt es dem Sozialhilfeträger, aus besonderen, wichtigen Umständen eine Ausnahme herzuleiten<sup>55</sup>.

Soweit im dargelegten Sinne »freie« Hilfe »gewährleistet« ist und besondere Umstände, die eine Ausnahme rechtfertigen, nicht vorliegen, entspricht dieser Regelung ein *Recht des* in Betracht kommenden *Verbandes*, ungestört tätig werden zu dürfen<sup>56</sup>. Unabhängig davon hat auch die zuständige *Rechtsaufsichtsbehörde* darüber zu wachen, daß der Sozialhilfeträger die ihm auferlegten Rechtspflichten erfüllt.

Die rechtliche *Verantwortung* für den Vollzug des Sozialhilferechts gegenüber dem Bedürftigen verbleibt jedoch beim *Sozialhilfeträger*<sup>57</sup>. Der

<sup>52</sup> Eingehende Nachweise hierzu s. immer wieder unten unter C und D (s. insbes. S. 67 ff., 109 ff., 122 ff.).

<sup>53</sup> Weitere Einzelheiten und Nachweise s. noch unten S. 62 und S. 90 ff. S. vorerst dazu insbes. *Wehlitz*, Entwurf, S. 4; *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 66.

<sup>54</sup> Zu weitgehend daher *Knopp/Biederbick*, § 10 Rdnr. 6; *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, § 10 Anm. III zu Abs. 4; *Fröhler*, Rechtsgutachten, S. 31.

<sup>55</sup> *Ule*, Rechtsgutachten, S. 33. Im Sinne eng begrenzten Ermessens auch *Küchenhoff*, Rechtsgutachten, S. 50 und 56.

<sup>56</sup> Zu den Grundsätzen der subjektiven Berechtigung s. o. S. 31 f. – A. A. als der Text *Luber*, § 10 Anm. V. Gegen eine Klagemöglichkeit zu Unrecht aus verfahrensrechtlichen Gründen *Oestreicher*, § 10 Anm. 15.

<sup>57</sup> Abg. *Barzel*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9023; *Keese*, a.a.O., § 10 Anm. 5; (unscharf) differenzierend *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht I, S. 7 f., 10, und II, S. 70 f.

leistende »freie« Träger unterliegt keiner Kontrolle<sup>58</sup>. Der Sozialhilfeträger kann seine Verantwortung nur in der Weise realisieren, daß er überwacht, ob die »freie« Hilfe nach Maßgabe der sachlichen Forderungen des Bundessozialhilfegesetzes »gewährleistet« ist und, wenn dies nicht der Fall ist, selbst eintritt<sup>59</sup>. Soweit der Sozialhilfeträger den »freien« Träger i. S. des § 10 Abs. 3 BSHG unterstützt, kann in Grenzen schon dabei die Koordination vorbereitet werden<sup>60</sup>.

### b) Die Funktionsperre hinsichtlich der Einrichtungen

Stellt § 10 Abs. 4 BSHG auf die Gewähr der Hilfe im individuell-konkreten Fall ab, so greift § 93 BSHG – um »die Bedeutung der Tätigkeit der freien Kräfte besonders« zu unterstreichen<sup>61</sup> – sehr viel mehr in potentielle Entwicklungen aus: Die Träger der Sozialhilfe sind zwar verantwortlich, »daß die zur Gewährung der Sozialhilfe geeigneten Einrichtungen ausreichend zur Verfügung stehen« (§ 93 Abs. 1 Satz 1). »Sie sollen« jedoch »eigene Einrichtungen nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen der in § 10 Abs. 2 genannten Träger der freien Wohlfahrtspflege vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können« (ebd. Satz 2).

Wann die erforderlichen Einrichtungen »ausreichend zur Verfügung stehen«, läßt sich als Summenwert der Idee nach aus der Summe der Aufgaben, welche das Bundessozialhilfegesetz stellt, unschwer ermitteln. In sich ist dieser Summenwert jedoch komplex und schwer konkretisierbar. Nicht zufällig spricht das Gesetz beständig im Plural von »Einrichtungen«. Welche Einrichtung(en) im einzelnen neben der (den) vorhandenen noch fehlt (fehlen), ist häufig nur sehr schwer zu bestimmen<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> EntwBSHG S. 39 zu § 10; Keese, a.a.O.; Klein, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 71.

<sup>59</sup> S. a. Gottschick, § 10 Anm. 5.

<sup>60</sup> S. o. S. 32. – Richtiger Ansicht nach hat der »freie« Träger, der im Rahmen der Funktionsperre leistet, keinen anderen Erstattungsanspruch als den allgemeinen Unterstützungsanspruch aus § 10 Abs. 3 BSHG (vgl. Knopp/Biederbick, § 93 Anm. 2; s. a. Keese, § 10 Anm. 5). Würde dagegen ein Erstattungsmechanismus Platz greifen (in dieser Richtung Gottschick, § 10 Anm. 5; Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 10 Anm. III zu Abs. 4; wohl auch Klein, Kirchliche Liebestätigkeit (S. 137, 155), so bräute die Funktionsperre unter diesem Gesichtspunkt eine zusätzliche, eigenständige, nicht leicht zu nehmende Belastung. Differenzierend Weller, Partnerschaft, S. 171, 173.

<sup>61</sup> EntwBSHG S. 56 zu § 93.

<sup>62</sup> Knopp/Biederbick (§ 93 Rdnr. 4) sprechen deshalb zu Unrecht, aber verständlicherweise von einer Ermessensentscheidung des Sozialhilfeträgers.

Damit trifft sich die Unbestimmtheit hinsichtlich der *Eignung* der Einrichtungen. Zwar scheint es zunächst leicht, das Problem mit der Forderung abzutun, Einrichtungen seien nur dann geeignet, wenn sie den Anforderungen genügen, die auch an Einrichtungen der öffentlichen Sozialhilfe zu stellen wären<sup>63</sup>, und insbes., wenn sie im Rahmen des Wahlrechts (§ 3 Abs. 2 und 3 BSHG) von den Hilfesuchenden gewählt werden<sup>64</sup>. Die Schwierigkeiten, im Einzelfall festzustellen, ob diesen Anforderungen genügt ist, sind jedoch außerordentlich. »Freie« Hilfe soll – wie von den Befürwortern des Gesetzes immer wieder betont wurde – genuin etwas anderes sein als »öffentliche« und wird nicht trotz, sondern wegen dieser Andersartigkeit gefördert und neben die »öffentliche« gestellt<sup>65</sup>. Sollte sie nur zum Zuge kommen, wenn sie in der Erfüllung des Bundessozialhilfegesetzes von »öffentlichen« Hilfen nicht mehr unterschieden werden kann, so wäre der Druck, mit dem sie der Gesetzgeber nach vorne geschoben hat, unverständlich. Also kann die »Eignung« der »freien« Einrichtungen nicht mit der Schablone der Kongruenz mit dem Typ der »öffentlichen« Einrichtung gemessen werden, sondern nur in einem partiellen, relativen Funktionsvergleich.

Die Verwirrung, in die § 93 Abs. 1 Satz 2 BSHG seinen Anwender so versetzt, wird um so deutlicher, wenn in Betracht gezogen wird, daß die Vorschrift sich gerade nicht mit der Berücksichtigung der gegenwärtigen Verhältnisse begnügt, sondern – »soweit geeignete Einrichtungen . . . ausgebaut oder geschaffen werden können« – auch zukünftige Zustände zu erreichen sucht. Das für die jeweilige Gegenwart noch eher faßbare Gefüge der Summe der erforderlichen Einrichtungen zerfließt durch die Hereinnahme künftiger Entwicklungen noch mehr in eine unbestimmte Masse kombinierter und kombinierbarer Elemente.

Die Hoffnung, die Verhältnisse durch den Hinweis auf das sog. Wahlrecht des Hilfsbedürftigen in den Griff zu bekommen, ist trügerisch. Infolge seiner billigekeitsorientierten inneren Labilität – Angemessenheits- und Kostenklausel und Soll-Charakter – ist das Wahlrecht sehr viel mehr geeignet, einen Einzelfall im Angesicht vorgegebener, vorhandener Möglichkeiten zu entscheiden, als den Prozeß der Fortentwicklung der vorhandenen

<sup>63</sup> Vgl. Keese, § 93 Anm. 1; Ule, Rechtsgutachten, S. 32 f., 38; Küchenhoff, Rechtsgutachten, S. 60.

<sup>64</sup> Mergler, § 93 Anm. 1; Gottschick, § 93 Anm. 4; Ule, Rechtsgutachten, S. 40; Bundesminister des Innern, (ungedruckte) Stellungnahme vom 12. 10. 1962, S. 40.

<sup>65</sup> S. u. C und D.

Einrichtungen und ihrer Ergänzung zu steuern<sup>66</sup>. Dazu kommt, daß für die Entscheidung in die Zukunft hinein die Wahl der Hilfsbedürftigen prognostisch vorweggenommen werden muß<sup>67</sup>.

Alles in allem ist das Merkmal der »geeigneten« Einrichtungen kaum verläßlich zu konkretisieren. Wenngleich nach dem legislativen Sprachgebrauch des deutschen Verwaltungsrechts nichts anderes anzunehmen ist, als daß es einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellen soll, ist es deshalb verständlich, wenn das Schrifttum verschiedentlich annimmt, dem Sozialhilfeträger sei ein Ermessensspielraum eingeräumt<sup>68</sup>. Wäre dem so, so ginge die Unbestimmtheit allein zu Lasten der »freien« Wohlfahrtspflege und derjenigen Hilfsbedürftigen, die sich ihr zuwenden. Das Maß an Unbestimmtheit des Rechtsbegriffes »geeignet« trifft jedoch in erster Linie die Sozialhilfeträger und diejenigen, die bei ihnen Hilfe suchen.

Um den aufgezeigten Mißstand zu mildern, versucht die Interpretation des § 93 Abs. 1 Satz 2 BSHG denn vor allem, die Zukunftsorientierung der Vorschrift an die Zügel zu bekommen. Der Tatbestand, daß »geeignete Einrichtungen . . . ausgebaut oder geschaffen werden können«, soll nicht schon dann vorliegen, wenn Ausbau oder Errichtung durch einen »freien« Träger an sich (»theoretisch«) möglich ist, sondern erst, wenn der Träger auch gewillt ist, von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, und die Voraussetzungen geschaffen sind, daß in angemessener Frist mit der Inbetriebnahme der Einrichtungen gerechnet werden kann<sup>69</sup>. Ja, die Errichtung bzw. der Ausbau müsse bereits greifbare Formen angenommen haben<sup>70</sup>. Diesen Einschränkungen gegenüber ist Vorsicht geboten. Der Gesetzgeber ist hinsichtlich bloß potentieller »freier« Einrichtungen bewußt über die frühere Rechtslage (§ 5 Abs. 3 RFV) hinausgegangen<sup>71</sup>. Das Wort »können« ist also ernst zu nehmen. Somit ist es sicher unrichtig, wenn anstatt des bloßen »Könnens« eines »freien« Trägers »bereits greifbare« Maßnahmen verlangt werden. Selbst der positive Wille des »freien« Trägers kann nicht von vorneherein verlangt werden. Vielmehr entscheidet in erster Linie die abstrakte Möglichkeit. Solange der Sozialhilfeträger nicht abgeklärt hat,

<sup>66</sup> S. a. Klein, Verwaltungsrechtlich Sicht II, S. 66.

<sup>67</sup> S. a. Wehlitz, Entwurf, S. 5.

<sup>68</sup> Keese, § 93 Anm. 1; Knopp/Biederbick, § 93 Rdnr. 4.

<sup>69</sup> Knopp/Biederbick, § 93 Rdnr. 5. Ähnlich Mergler, § 93 Anm. 2; Weller, Partnerschaft, S. 172 (»in absehbarer und angemessener Zeit«).

<sup>70</sup> Oestreicher, § 93 Rdnr. 3.

<sup>71</sup> S. a. EntwBSHG S. 56 zu § 86.

ob sie konkretisierbar ist, sperrt sie seine eigene Aktivität. Erweist sie sich als konkretisierbar, so bleibt die Sperrwirkung. Erweist sich dagegen, daß der in Betracht kommende »freie« Träger sie nicht realisieren will oder kann, so wird die Bahn für eigene Einrichtungen des Sozialhilfeträgers frei<sup>72</sup>. Mehr Bewegungsfreiheit genießt der Sozialhilfeträger insofern, als § 93 Abs. 1 Satz 2 BSHG als *Soll*-Vorschrift gefaßt ist, der Sozialhilfeträger also im Ausnahmefall von der gesetzlichen Regel abweichen kann<sup>73</sup>. Doch wäre es unrichtig, allgemeiner ein Ermessen anzunehmen<sup>74</sup> oder § 93 Abs. 1 Satz 2 BSHG zum bloßen Programmsatz abzuwerten<sup>75</sup>. Zu den Schutzbehauptungen, die das Gesetz waschen sollen, ohne ihm den Pelz naß zu machen, zählt es schließlich, das Fehlen einer »absoluten Verpflichtung« zu einer allgemeinen Entscheidungskompetenz des zuständigen Organs des Sozialhilfeträgers auszuweiten<sup>76</sup>.

Sanktioniert sind die sich aus all dem eventuell ergebenden Rechtspflichten der Sozialhilfeträger sowohl durch die *Rechtsaufsicht*, der sie an sich unterliegen, als auch durch entsprechende subjektive Berechtigungen der »freien« Träger und deren *gerichtlichen Schutz*<sup>77</sup>.

Wie schon zu § 10 Abs. 4 BSHG angenommen, bewirkt auch die Funktionssperre des § 93 Abs. 1 Satz 2 BSHG *nicht*, daß der in die Sozialhilfe eintretende »freie« Träger einer *Aufsicht* unterworfen wird. Obwohl er sonach weder selbst Sozialhilfe gewähren darf noch die Einrichtung des »freien« Trägers kontrolliert, verbleibt dem *Sozialhilfeträger* durchwegs die volle *Verantwortung* für den korrekten Vollzug des Gesetzes<sup>78</sup>. Das

<sup>72</sup> Wehlitz, Entwurf, S. 5. – Zu den also berechtigten Besorgnissen der Opposition, schon das bloße »Können« blockiere die kommunale Sozialhilfe s. Abg. Metzger, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9038.

<sup>73</sup> Ule, Rechtsgutachten, S. 32; s. a. Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 93 Anm. III zu Abs. 1.

<sup>74</sup> Küchenhoff, Rechtsgutachten, S. 59.

<sup>75</sup> Oestreicher, § 93 Rdnr. 10 (der jedoch in Rdnr. 12 insofern nicht konsequent bleibt).

<sup>76</sup> Abg. Maucher, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9034.

<sup>77</sup> Zum gerichtlichen Schutz s. Oestreicher, § 93 Rdnr. 12, der allerdings das. Rdnr. 11 eine subjektive Berechtigung ablehnt.

<sup>78</sup> EntwBSHG S. 56 zu § 86; Stellungnahme der Mehrheit des Ausschusses, »Schriftlicher Bericht (öffentl. Fürsorge)«, S. 10; Abg. Barzel, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9023; Knopp/Biederbick, § 93 Anm. 1 und Anm. 2; Oestreicher, § 93 Rdnr. 2; Mergler, § 93 Anm. 1; Klein, Verwaltungsrechtliche Sicht I, S. 7 f. (s. aber die Einschränkung S. 10 oben und Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 70f.).

Gesetz deutet in § 93 Abs. 2 und 3 sogar eine über die allgemeine Unterstützungspflicht nach § 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG hinausgehende *Erstattungspflicht* an<sup>79</sup>.

### c) Die Funktionssperre hinsichtlich der Beratung

Weitaus weniger bedeutsam und auch streng ist die Regelung hinsichtlich der Beratung der Hilfesuchenden (§ 8 Abs. 2 BSHG). Danach ist die Beratung in Angelegenheiten der Sozialhilfe jedenfalls (auch) Aufgabe der Sozialhilfeträger<sup>80</sup>. Nur für die Beratung in »sonstigen sozialen Angelegenheiten« bestehen Vorbehalte. Soweit sie »von anderen Stellen oder Personen wahrzunehmen ist«, bleibt deren Zuständigkeit unberührt (§ 8 Abs. 2 Satz 1 BSHG)<sup>81</sup>.

Soweit die Beratung in sonstigen sozialen Angelegenheiten »auch von Verbänden der freien Wohlfahrtspflege wahrgenommen« wird<sup>82</sup>, deren Pflicht hierzu weder vorausgesetzt noch ihnen angesonnen wird<sup>83</sup>, »ist der Ratsuchende zunächst hierauf hinzuweisen« (§ 8 Abs. 2 Satz 2 BSHG). Abgesehen von dieser Hinweispflicht bleibt die Beratung durch den Sozialhilfeträger jedoch nicht nur zulässig<sup>84</sup>; der Sozialhilfeträger bleibt dem Ratsuchenden sogar zur Beratung verpflichtet<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> Einzelheiten zu den Vorstellungen des Gesetzgebers s. EntwBSHG S. 56 zu § 86; übereinstimmend *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, § 10 Anm. III zu Abs. 4; s. a. *Weller*, Partnerschaft, S. 171, 173, und *Klein*, Kirchliche Liebestätigkeit, S. 137, 155. Dagegen versucht die Stellungnahme des Bundesministers des Innern (a.a.O., S. 40) wieder die allgemeine Unterstützungspflicht in den Vordergrund zu stellen (s. a. *Knopp/Biederbick*, § 93 Rdnr. 2).

<sup>80</sup> EntwBSHG S. 39 zu § 8; *Keese*, § 8 Anm. 3; *Oestreicher*, § 8 Rdnr. 4; *Luber*, § 8 Anm. 3.

<sup>81</sup> Gemeint sind vor allem andere Sozialleistungsträger und rechtsberatende Berufe (EntwBSHG S. 39 zu § 8). – Der Text erweckt den Anschein, als sei insofern die beratende Tätigkeit der Sozialhilfeträger ausgeschlossen. Das ist jedoch wohl nicht richtig. Dazu, daß die Beratungspflicht nicht abgewälzt werden soll, s. a. den »Schriftlichen Bericht (öffentl. Fürsorge)«, S. 4 zu § 8.

<sup>82</sup> Unter der Hand wollte der Gesetzgeber dazu auch andere Hilfsverbände und Stellen gezählt wissen (»Schriftlicher Bericht [öffentl. Fürsorge]«, S. 4; Bundesminister des Innern und Abg. *Könen*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9025).

<sup>83</sup> Vgl. *Keese*, § 8 Anm. 3.

<sup>84</sup> Bundesminister des Innern, (ungedruckte) Stellungnahme vom 7. 1. 1963, S. 6.

<sup>85</sup> »Schriftlicher Bericht (öffentl. Fürsorge)«, S. 4, zu § 8; *Keese*, § 8 Anm. 3; *Knopp/Biederbick*, § 8 Rdnr. 4; *Luber*, § 8 Anm. 4.

## 5. Beteiligung der »freien« Wohlfahrtspflege an der Durchführung der Sozialhilfe

Soweit die Sozialhilfeträger nicht schon durch eine der vorgenannten Funktionssperren vom Vollzug des Sozialhilferechts ausgeschlossen sind<sup>86</sup>, stellt es der Gesetzgeber in ihr Ermessen (»können«)<sup>87</sup>, Verbände der freien Wohlfahrtspflege, die damit einverstanden sind, »an der Durchführung ihrer Aufgaben nach diesem Gesetz« zu »beteiligen oder ihnen die Durchführung solcher Aufgaben« zu »übertragen«.

Die Beteiligung oder Übertragung setzt also *Willensübereinstimmung* zwischen Sozialhilfeträger und »freiem« Verband voraus. Es ist eine untergeordnete Konstruktionsfrage, ob danach die Beteiligung bzw. Übertragung einen zweiseitigen Verwaltungsakt oder einen öffentlich-rechtlichen Vertrag darstellt<sup>88</sup>.

Im übrigen läßt das Gesetz hinsichtlich der auftretenden Fragen den Interpreten ziemlich ratlos. So wird angenommen, *hoheitliche Befugnisse* könnten nicht übertragen werden<sup>89</sup>; demgemäß sei die Beteiligung bzw. Übertragung keine »Beleihung«, sondern eine sog. Indienstnahme Privater<sup>90</sup> oder ein öffentlich-rechtlicher Auftrag<sup>91</sup>. Der »freie« Träger sei »Erfüllungsgehilfe«<sup>92</sup> und »Vertreter«<sup>93</sup> der Sozialhilfeträger. Andernorts werden die Beziehungen zwischen dem betrauten »freien« Träger und dem Hilfeempfänger als privatrechtliche qualifiziert<sup>94</sup>, obwohl als Rechtsbehelfe gegen die Maßnahmen des »freien« Trägers, für die das Gesetz ausdrücklich dem Sozialhilfeträger die Verantwortung überträgt (§ 10 Abs. 5 Satz 2

<sup>86</sup> Zu dieser Voraussetzung s. *Gottschick*, § 10 Anm. 7.

<sup>87</sup> *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, § 10 Anm. III zu Abs. 5; *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht I, S. 9 f.

<sup>88</sup> Die h. M. nimmt – meist ziemlich unkritisch – einen öffentlich-rechtlichen Vertrag an: *Mergler*, § 10 Anm. 8; *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, § 10 Anm. III zu Abs. 5; *Luber*, § 10 Anm. VI; s. a. *Oestreicher*, § 10 Rdnr. 18; *Gottschick*, § 10 Anm. 7. A. A. *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 68, 71.

<sup>89</sup> *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, § 10 Anm. III zu Abs. 5.

<sup>90</sup> *Ule*, Rechtsgutachten, S. 18. S. a. *Knopp/Biederbick*, § 10 Rdnr. 8 und 9: der »freie« Träger sei Erfüllungsgehilfe, nicht hoheitlicher Delegatar.

<sup>91</sup> *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 69 f.

<sup>92</sup> *Knopp/Biederbick*, a.a.O.; *Klein*, a.a.O., S. 71.

<sup>93</sup> *Klein*, ebenda.

<sup>94</sup> *Oestreicher*, § 10 Rdnr. 19.

BSHG)<sup>95</sup>, der Widerspruch zum und die Anfechtungsklage gegen den Sozialhilfeträger genannt werden<sup>96</sup>. Gerade diese Rechtsbehelfe setzen jedoch hoheitliches Handeln voraus (§§ 42, 68 VwGO). Die Fragen zu beantworten, ist hier nicht nötig. Es genügt, die Spannweite möglicher Deutung aufzuzeigen.

Offen ist u. a. auch, inwieweit mit der Beteiligung bzw. Übertragung, abweichend von § 10 Abs. 2 BSHG, die *Bindung* des »freien« Trägers an das *Bundessozialhilfegesetz* verbunden ist oder verbunden werden kann<sup>97</sup>, ferner, ob die Sozialhilfeträger nicht wenigstens im Falle der Beteiligung bzw. Übertragung eine ihrer Verantwortung (§ 10 Abs. 5 Satz 2 BSHG) entsprechende *Aufsicht* besitzen<sup>98</sup> oder zumindest vereinbaren können; und schließlich, in welchem Maße präzisere *Erstattungsgrundsätze* der allgemeinen Unterstützungspflicht (§ 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG) vorgehen oder vorgezogen werden können<sup>99</sup>.

### III. Zur Auslegung des Jugendwohlfahrtsgesetzes

#### 1. Zur Anerkennung der Eigenständigkeit der freien Wohlfahrtspflege

Eine ausdrückliche und allgemeine Deklaration der Eigenständigkeit der »freien« Wohlfahrtspflege, wie sie – mit zweifelhaftem Wert – § 10 Abs. 1 BSHG enthält, fehlt im Jugendwohlfahrtsrecht. § 1 Abs. 3 JWG bezieht sich nur sehr vage auf die »Mitarbeit freiwilliger Tätigkeit«.

Ähnlich § 10 Abs. 2 BSHG implizieren die Vorschriften über die Förderung der »freien« durch die »öffentlichen« Träger und über die Zusammen-

<sup>95</sup> Zur vollen Verantwortung s. *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, insbes. S. 71. Dazu, daß sich die Verantwortung gerade auch auf das bezieht, was der Verband tut, s. *Gottschick*, § 10 Anm. 7.

<sup>96</sup> *Keese*, § 10 Anm. 6; *Knopp/Biederbick*, § 10 Rdnr. 9; *Oestreicher*, § 10 Rdnr. 18; *Mergler*, § 10 Anm. 7.

<sup>97</sup> Zum Problem s. *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 71.

<sup>98</sup> Bejahend *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 72.

<sup>99</sup> Zur letzteren Frage wird insbes. die Anwendung von Grundsätzen des Auftragrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches diskutiert (s. *Knopp/Biederbick*, § 10 Rdnr. 8 und 9; *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, § 10 Anm. III zu Abs. 5; s. a. *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 72). In Wahrheit geht es nur darum, welche Grundsätze (a) das Übereinkommen zwischen Sozialhilfe- und »freiem« Träger zwingend regieren und (b) ergänzend anzuwenden sind, soweit das Übereinkommen unvollständig ist (s. a. *Gottschick*, § 10 Anm. 7).

arbeit zwischen ihnen Garantien der Eigenständigkeit. So ist nach § 7 JWG »die freiwillige Tätigkeit zur Förderung der Jugendwohlfahrt unter Wahrung ihrer Selbständigkeit und ihres satzungsgemäßen Charakters zu unterstützen, anzuregen und zur Mitarbeit heranzuziehen«; während nach § 5 Abs. 2 JWG »die eigenverantwortliche Tätigkeit der Jugendverbände und sonstigen Jugendgemeinschaften unter Wahrung ihres satzungsgemäßen Eigenlebens zu fördern« ist. Grundsätzlich wird demnach auch für das Jugendwohlfahrtsrecht davon auszugehen sein, daß die Verbände nicht an die Vorschriften des Gesetzes gebunden und von einer Kontrolle durch die »öffentlichen« Träger frei sind.

## 2. Das Gebot der Zusammenarbeit

Auch das Gebot der Zusammenarbeit und Ergänzung ist im Jugendwohlfahrtsrecht anders formuliert als in § 10 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 BSHG, wengleich es mit dieser Vorschrift darin übereinstimmt, daß es sich einseitig an den »öffentlichen« Träger wendet. Das Jugendamt hat die »freie« Wohlfahrtspflege »zu unterstützen, anzuregen und zur Mitarbeit heranzuziehen, um mit ihr zum Zwecke eines planvollen Ineinandergreifens aller Organe und Einrichtungen der öffentlichen und freien Jugendhilfe zusammenzuwirken« (§ 7 JWG).

Diese Zusammenarbeit ist vom Gesetz selbst über die Einrichtungen des Jugendwohlfahrtsausschusses und des Landesjugendwohlfahrtsausschusses institutionalisiert (§ 14 Abs. 1 Nr. 2, § 21 Abs. 3 JWG). Die Pflicht des »öffentlichen« Trägers erschöpft sich jedoch nicht darin, diese Institutionen zu realisieren.

## 3. Eine Zwischenbemerkung: »anregen«, »fördern«, »unterstützen«, »schaffen«

Das Jugendwohlfahrtsgesetz läßt die Subsidiarität »öffentlicher« Einrichtungen und Veranstaltungen im Verhältnis zu »freien« insofern deutlicher werden als das Bundessozialhilfegesetz, als es von vorne herein eine Rangfolge aufstellt: die Jugendämter haben »die für die Wohlfahrt der Jugend erforderlichen Einrichtungen und Veranstaltungen« zunächst einmal anzuregen, sodann – wenn nötig oder sonst geboten – zu fördern und – schließlich, wenn sie damit nicht bewirkt werden können – selbst zu schaffen (§ 5 Abs. 1 a. A. JWG)<sup>100</sup>.

<sup>100</sup> Dazu, daß hierin eine Rangfolge zu sehen ist: *Riedel*, § 5 Anm. 13; *Gräber*, § 5 Anm. 4, der freilich meint, »man sollte im Interesse der Arbeit für die Jugend diese Subsidiarität nicht zu sehr betonen«.

In dieser Rangfolge ist bereits die Funktionssperre angelegt, die § 5 Abs. 3 JWG präzisiert<sup>101</sup>.

Die Pflicht anzuregen wird vom Gesetz nicht nur in § 5 Abs. 1, sondern auch in § 7 JWG ausgesprochen. Sie findet Inhalt und Grenzen zugleich mit der Pflicht, zu fördern und zu schaffen. Mehr als zu schaffen ist, ist auch nicht anzuregen. Der Pflicht anzuregen, kann ihrem Wesen nach kein Recht des potentiell Anzuregenden auf Anregung entsprechen. Sie strahlt jedoch über § 5 Abs. 3 JWG in den Raum subjektiver Berechtigung<sup>102</sup>.

Die Pflicht zu fördern spricht das Gesetz dreimal aus. In § 5 Abs. 1 JWG ist sie objektiv auf die notwendigen Einrichtungen und Veranstaltungen bezogen. In § 5 Abs. 2 JWG ist sie speziell auf die »Einrichtungen und Veranstaltungen sowie die eigenverantwortliche Tätigkeit der Jugendverbände und sonstigen Jugendgemeinschaften« gerichtet. In § 7 JWG – als Pflicht »zu unterstützen« formuliert – ist sie allgemeiner der »freiwilligen Tätigkeit zur Förderung der Jugendwohlfahrt« zugewendet. Auf die Förderungspflicht in allen diesen Ausprägungen wird nun zunächst einzugehen sein.

#### 4. Die Förderungspflicht

Die Förderungspflicht ist im Jugendwohlfahrtsrecht in mehrfacher Hinsicht stärker und bestimmter entfaltet als im Bundessozialhilfegesetz.

Der potentielle *maximale* Ausstrahlungsraum der Förderung ist durch die §§ 5 und 7 JWG angedeutet.

Das *Mindestmaß* gegenständlicher Ausdehnung ergibt sich aus dem in § 5 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 JWG ausgesprochenen Soll an Einrichtungen und Veranstaltungen in Verbindung mit dem Prinzip, daß dieses Soll in erster Linie im Wege der (Anregung und) Förderung und erst in zweiter Linie durch eigene Maßnahmen der kommunalen Träger zu erfüllen ist (insbes. § 5 Abs. 3 JWG). Einen weiteren – zum Teil auch weitergehenden – Kernbestand an notwendig zu fördernden Unternehmungen umschreibt § 5 Abs. 2 JWG. Diese Aufzählung ist jedoch nur beispielhaft. Auch sonstige Initiativen und Unternehmungen der Jugendverbände, der Jugendgemeinschaften und aller anderen Träger freiwilliger Tätigkeit zur Förderung der Jugendwohlfahrt sind nach §§ 5 Abs. 2 und 7 JWG zu unterstützen, wenn sie nur – wie aus dem Gesamtzusammenhang der Rege-

<sup>101</sup> S. u. S. 47 ff.

<sup>102</sup> S. a. Riedel, a.a.O.

lung ergänzt werden muß – im Rahmen der Jugendwohlfahrt (§§ 1 ff. JWG) liegen.

Eine *Angemessenheitsklausel*, wie sie § 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG enthält, fehlt im Jugendwohlfahrtsgesetz. Jedoch liegt es im allgemeinen Sinn der Worte »fördern« und »unterstützen«, daß fremdes Unternehmen als wesentlich vorausgesetzt wird, dem sich das »fördern« und »unterstützen« zuordnet. »Förderung« wird also nicht alle für ein Vorhaben zu stellenden Mittel bereitzustellen haben. Abgesehen davon kann zweckgerechte »Förderung« jedoch sehr weit gehen müssen. Erst dort, wo die Kräfte eines »freien« Trägers so schwach sind, daß er weder ohne noch mit weitestgehender »Förderung« einer Veranstaltung oder Einrichtung seine Eigenart aufprägen und ernstlich die Verantwortung dafür übernehmen kann, liegt die Grenze, wo von einer »Förderung« und somit auch von einer Pflicht hierzu nicht mehr die Rede sein kann. Jedenfalls in den durch § 5 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 JWG umschriebenen Pflichtbereichen wird der kommunale Träger grundsätzlich bis zu dieser Grenze zu gehen haben. Maßnahmen in der durch die §§ 5 Abs. 2 und 7 JWG angesprochenen weiteren Sphäre »freier« Jugendwohlfahrtspflege werden aber immerhin noch in einem Mindestmaß zu unterstützen sein, das den Namen »Förderung« und »Unterstützung« verdient.

Die Unsicherheit, die dennoch hinsichtlich des Ausmaßes der Förderungspflicht verbleibt, erkennt das Jugendwohlfahrtsgesetz offenbar an. In § 5 Abs. 5 ermächtigt es den Landesgesetzgeber, Grundsätze für die Durchführung der Aufgaben der Jugendhilfe zu schaffen, an die nach § 8 Abs. 1 JWG auch die Förderungsmaßnahmen gebunden sein sollen. Das Bundesrecht befaßt sich demgegenüber nur mit der *Konkurrenz gleichartiger Maßnahmen* mehrerer Träger der freien Jugendhilfe (§ 8 Abs. 2 JWG) und gleichartiger Maßnahmen der freien und der öffentlichen Jugendhilfe (§ 8 Abs. 3 JWG). Unter Berücksichtigung der »Eigenleistungen« der beteiligten Träger der »freien« Jugendhilfe sind jeweils »gleiche Grundsätze und Maßstäbe« anzulegen. Diese Ergänzung der §§ 5 und 7 JWG<sup>103</sup>, die an Umfang und Voraussetzungen der Förderungspflicht – insbes. also auch an der Funktionssperre des § 5 Abs. 3 JWG sowie an der Rangfolge Anregen – Fördern – Schaffen des § 5 Abs. 1 JWG – nichts ändert, vielmehr nur die Höhe der Förderungsmittel betrifft<sup>104</sup>, zählt zu den umstrittensten Einzel-

<sup>103</sup> Zur gesamten Reichweite s. *Riedel*, § 8 Anm. 2; *Krug*, § 8 Anm. 2.

<sup>104</sup> *Süsterhenn*, Gutachten, S. 44; Bundesminister für Familien- und Jugendfragen, (ungedruckte) Stellungnahme vom 21. 12. 1962, S. 24 und S. 40 f.

heiten des Gesetzes. Problematisch ist einerseits die grundsätzliche Maxime der Gleichbehandlung (*gleichartige* Maßnahmen; *gleiche* Grundsätze und Maßstäbe), andererseits das Prinzip der Berücksichtigung der Eigenleistungen.

Der Grundsatz der Gleichartigkeit wird mit Recht dahin verstanden, daß als gleichartig nur diejenigen Veranstaltungen gleiche Förderung verdienen, die den Zwecken der Jugendwohlfahrt im Sinne des Jugendwohlfahrtsgesetzes gleich nützlich und angemessen sind<sup>105</sup>. Vorhaben verschiedenen Ausmaßes sind nach verhältnismäßigen Anteilen zu fördern<sup>106</sup>. Richtig ist an sich auch, daß gerade § 8 Abs. 3 JWG dazu bestimmt ist, die Mittel auf die »frei« und die »öffentlich« geförderten Jugendlichen gleichmäßig zu verteilen<sup>107</sup>. Jedoch muß dabei im Auge behalten werden, daß die Reichweite der Vorschrift in der Richtung dieses Zweckes dadurch verkürzt ist, daß ihr § 5 JWG vorgelagert ist<sup>108</sup>.

Vor allem aber bereitet die »Berücksichtigung der *Eigenleistungen*« Schwierigkeiten. Unbefangene Lektüre des Gesetzes vermittelt den Eindruck, daß der öffentliche Zuschuß mit der Höhe der Eigenleistungen wächst. Und so war das Gesetz auch gemeint<sup>109</sup>. Erst die Auslegung des Gesetzes – die ja von vorneherein weitgehend unter dem Zeichen verfassungsrechtlicher Kritik erfolgte – besann sich auf die Möglichkeit, unter »Berücksichtigung der Eigenleistungen« *auch* die Ausgleichung des Mangels

<sup>105</sup> Bundesminister für Familien- und Jugendfragen, a.a.O., S. 41 f.

<sup>106</sup> *Riedel*, § 8 Anm. 3.

<sup>107</sup> EntwJWG S. 19 zu Nr. 3; *Krug*, § 8 Anm. 2.

<sup>108</sup> S. a. *Riedel*, § 8 Anm. 5.

<sup>109</sup> Besonders deutlich wird das etwa in folgendem Dialog. Abg. *Keilhack* (Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7734): »Die Folge ist also, daß reiche Verbände mit öffentlichen Mitteln gut ausgestattete Einrichtungen und Veranstaltungen – wohlgemerkt: mit Steuergeldern aller Bürger – schaffen können, während die armen Organisationen dazu – auch nicht in ähnlichem Maße – nicht in der Lage sind.« Darauf der Abg. *Memmel*, der sich durch zahlreiche Zwischenrufe als eifriger Verfechter des Gesetzes hervortat (ebd.): »... wollen Sie denn eine vollkommene Nivellierung haben.« Der volle Sinn dieser Einlassung wird dann bewußt, wenn hinzugelesen wird, daß dieser Abgeordnete bei den Beratungen zum Bundessozialhilfegesetz auf die Sorge, die kleineren Gruppen könnten benachteiligt werden, den bemerkenswerten Mut hatte, zu erwidern (Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9030): »Die sollen sich zusammenschließen und sollen soviel Geld wie die anderen sammeln!« – Weniger pointiert, jedoch immerhin auch in dem Sinn, daß das Erfordernis der Eigenleistungen die Initiative der »freien« Träger anstacheln soll: »Schriftlicher Bericht (Jugendfragen)«, S. 3.

an eigenen Mitteln der fraglichen »freien« Träger zu verstehen und somit letztlich § 8 Abs. 2 und 3 JWG in dem Sinne Ambivalenz zu verleihen, daß einerseits das mindere, andererseits aber auch das höhere Maß an eigenen Mitteln sowohl zu höheren als auch zu niedrigeren Zuschüssen führen kann<sup>110</sup>. Dadurch wird jedoch dem Erfordernis der »Berücksichtigung der Eigenleistungen« jeder faßbare Sinn genommen, der über die Negation öffentlicher Vollfinanzierung im Wege der Förderung und Unterstützung<sup>111</sup> hinausgeht<sup>112</sup>. Diese Negation ist aber schon in den Begriffen »Förderung« und »Unterstützung« enthalten.

Die *Mittel* der Förderung legt das Gesetz nicht fest. Wie im Sozialhilferecht kann die Hilfe sowohl mit finanziellen als auch mit anderen Mitteln gewährt werden<sup>113</sup>. Gleichwohl wird auch hier die finanzielle Förderung im Vordergrund stehen<sup>114</sup>.

Wie schwierig es demnach immer auch sein mag, festzustellen, was der Träger des Jugendamts an wen als Förderung zu leisten hat, das Gesetz hat nicht – wie § 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG – den Weg einer bloßen Sollverpflichtung, sondern den *absoluter Verbindlichkeit* gewählt (§ 7 JWG: »hat zu unterstützen«; § 5 Abs. 1 und 2 i. V. m. § 5 Abs. 3 Satz 1 und § 7 JWG: »Verpflichtungen«). Im Hinblick auf den klaren Ausdruck des Gesetzes kann es nur als erstaunlich, nicht aber als stichhaltig bezeichnet werden, wenn eben der Bundesminister, von dem der Gesetzentwurf ausgeht, die Ansicht ausbreitet, die Förderungspflicht sei vom kommunalen Träger nach seinem Ermessen zu erfüllen<sup>115</sup>. Die Rechtspflicht des »öffentlichen« Trägers ist einerseits durch die *Rechtsaufsicht* sanktioniert<sup>116</sup>. An-

<sup>110</sup> *Bender*, Rechtsgutachten, S. 26 und S. 78; *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 18 f.; schwächer Bundesminister für Familien- und Jugendfragen, a.a.O., S. 41; s. a. *Riedel*, § 8 Anm. 4 und 5.

<sup>111</sup> S. dazu *Bender*, Rechtsgutachten, S. 21; *Krug*, § 8 Anm. 5.

<sup>112</sup> *Riedel* (§ 8 Anm. 4) und *Bachof* (Rechtsgutachten, S. 18 f., 21) nehmen hinsichtlich der Berücksichtigung der Eigenleistungen deshalb schließlich auch einen Ermessensspielraum des Jugendamtes an.

<sup>113</sup> *JanslHappe*, § 5 Anm. 3 (S. 94); *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 17; *Bender*, Ergänzungsgutachten, S. 27; *Riedel*, § 7 Anm. 5; Bundesminister für Familien- und Jugendfragen, a.a.O., S. 25.

<sup>114</sup> *Krug*, § 5 Anm. 4.

<sup>115</sup> *Wuermeling*, Bundesrat, 224. Sitzung vom 28. 10. 1960, Sten.Ber. S. 503; Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7739; s. a. *Bender*, Rechtsgutachten, S. 30 f.

<sup>116</sup> *Köttgen*, Vorrang, S. 32; *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 23.

dererseits entspricht ihr ein *einklagbares* subjektives öffentliches *Recht* der begünstigten »freien« Träger<sup>117</sup>.

Weder eine Bindung der geförderten »freien« Träger an das Jugendwohlfahrtsgesetz noch gar eine Kontrolle über sie ist im Gesetz vorgesehen. Sie würde der Eigenständigkeitsgarantie der §§ 5 Abs. 2 und 7 JWG widersprechen<sup>118</sup>. Das Jugendamt bleibt jedoch ungeachtet aller Förderung voll dafür verantwortlich, daß die erforderlichen Einrichtungen und Veranstaltungen vorhanden sind (§ 5 Abs. 1 JWG)<sup>119</sup>.

### 5. Die Funktionssperre zu Lasten der öffentlichen Jugendhilfe

Im Gegensatz zum Bundessozialhilfegesetz gliedert das Jugendwohlfahrtsgesetz die Funktionssperre zu Lasten der »öffentlichen« und zu Gunsten der »freien« Jugendhilfe nicht auf. Vielmehr gilt sie für alle »Einrichtungen und Veranstaltungen« einheitlich (§ 5 Abs. 3 JWG). Dabei sind unter Einrichtungen die ständigen, unter Veranstaltungen die unständigen, möglicherweise auch einmalige, Maßnahmen zu verstehen<sup>120</sup> – ein normentfaltender Unterschied, der für die Konkurrenzbeziehungen zwischen »öffentlicher« und »freier« Jugendhilfe von Bedeutung sein kann. Für Einrichtungen stellt sich die Konkurrenzfrage grundsätzlich nur bei ihrer Errichtung. Für Veranstaltungen dagegen ist sie, auch wenn sie sich wiederholen, bei jeder in sich geschlossenen Maßnahme neu zu prüfen<sup>121</sup>.

Auch im Jugendwohlfahrtsrecht steht die Funktionssperre im Rahmen der Pflicht des »öffentlichen« Trägers, darauf hinzuwirken, daß »die für die Wohlfahrt der Jugend erforderlichen Einrichtungen und Veranstaltungen ausreichend zur Verfügung stehen«. Was »*erforderlich*« und »*ausreichend*« ist, läßt sich als Summenwert eher bestimmen, denn hinsichtlich

<sup>117</sup> *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 21 f. (der allerdings annimmt, im Regelfalle bestünde kein bezifferbarer Anspruch, sondern nur ein Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch); noch etwas zurückhaltender *Bender*, Rechtsgutachten, S. 29 ff.; einem subjektiven Recht zuneigend *Köttgen*, a.a.O., S. 14, 28; ausschließlich für Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch *Wurmeling*, a.o.a.O.; gegen einklagbares Recht *Riedel*, § 5 Anm. 18, § 8 Anm. 4; *Jans-Happe*, § 5 Anm. 3 (S. 94) und § 8 Anm. 5 (S. 125).

<sup>118</sup> *Gräber*, § 7 Anm. 4: »Allerdings kann z. B. die Gewährung einer Unterstützung an eine Auflage geknüpft werden, doch ist Vorsicht am Platze.« Ähnlich *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 72 f.

<sup>119</sup> S. a. *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 14.

<sup>120</sup> *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 11; *Bender*, Rechtsgutachten, S. 15; unklar *Riedel*, § 5 Anm. 13.

<sup>121</sup> *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 11 und *Bender*, Rechtsgutachten, S. 15.

der einzelnen Maßnahmen. Auch insofern gilt Entsprechendes wie zu § 93 Abs. 1 Satz 1 BSHG<sup>122</sup>. Trotzdem sind beide Begriffe nach dem üblichen legislativen Sprachgebrauch als unbestimmte Rechtsbegriffe, nicht als Ermessensbegriffe zu verstehen<sup>123</sup>.

Ergänzend ordnet das Gesetz an, das Jugendamt habe dabei die *verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung* zu berücksichtigen. Soweit für unterscheidbare Grundrichtungen der Erziehung »jeweils eine genügende Anzahl von Kindern oder Jugendlichen vorhanden ist«<sup>124</sup>, hat das Amt also um eine entsprechende Differenzierung der Einrichtungen und Veranstaltungen besorgt zu sein<sup>125</sup>.

Nun zur *Funktionssperre* selbst: »Soweit geeignete Einrichtungen und Veranstaltungen der Träger der freien Jugendhilfe vorhanden sind, erweitert oder geschaffen werden, ist« seitens des Jugendamtes »von eigenen Einrichtungen und Veranstaltungen ... abzusehen« (§ 5 Abs. 3 Satz 2 JWG).

Entscheidend ist hier wieder – wie auch im Hinblick auf § 93 Abs. 1 Satz 2 BSHG – der Begriff der *Eignung*. Auch seine Unbestimmtheit<sup>126</sup> resultiert weitgehend daraus, daß der Begriff der »geeigneten Einrichtungen und Veranstaltungen« funktionell eingespannt ist in den Summenwert der »für die Wohlfahrt der Jugend erforderlichen Einrichtungen und Veranstaltungen« (§ 5 Abs. 3 Satz 1 JWG)<sup>127</sup>, dessen Zergliederung in einzelne Maßnahmen nur schwer normativ dirigiert werden kann<sup>128</sup>. Immerhin zeichnet sich § 5 Abs. 3 JWG im Vergleich zu § 93 Abs. 1 BSHG durch geringere Ungewißheit aus. Der Ausgriff in die Zukunft ist verkürzt. Das subjektive Element eines Wahlrechts braucht grundsätzlich nicht berücksichtigt zu werden<sup>129</sup>. Für die Planung ist primär die objektive Richtschnur der »Berücksichtigung der verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung« maßgebend (§ 5 Abs. 3 Satz 1 JWG), während die subjektive Entscheidung

<sup>122</sup> S. o. S. 35 ff.

<sup>123</sup> Vgl. *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 13 f.; *Bender*, Rechtsgutachten, S. 14 und 17.

<sup>124</sup> »Schriftlicher Bericht (Jugendfragen)«, S. 6.

<sup>125</sup> *Krug*, § 5 Anm. 19; *Riedel*, § 5 Anm. 17.

<sup>126</sup> Unbestimmtheit nicht im Sinne eines Ermessensspielraumes (so zu Unrecht *Küchenhoff*, Rechtsgutachten, S. 64), sondern im Sinne eines unbestimmten Rechtsbegriffes (*Bachof*, Rechtsgutachten, S. 13 f.; *Bender*, Rechtsgutachten, S. 17).

<sup>127</sup> Zu diesem Zusammenhang s. *Krug*, § 5 Anm. 20; *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 13.

<sup>128</sup> S. o. S. 35 ff.

<sup>129</sup> S. a. *Riedel*, § 5 Anm. 18.

auf den Platz eines sekundären Korrektivs verwiesen ist (§ 5 Abs. 3 Satz 3 JWG). Immerhin freilich ist das Ausgangsmoment der »Berücksichtigung der verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung«, die Zahl der ihnen zuzurechnenden Minderjährigen, ebenfalls im Fluß.

Nach § 93 Abs. 1 Satz 2 BSHG ist die unmittelbare »öffentliche« Wohlfahrtspflege schon blockiert, wenn geeignete »freie« Einrichtungen »vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können«. Nach § 5 Abs. 3 Satz 2 JWG ist die unmittelbare »öffentliche« Jugendhilfe nur ausgesperrt, wenn geeignete »freie« Einrichtungen »vorhanden sind, erweitert oder geschaffen werden«. Der Unterschied ist eindeutig. Die bloße Möglichkeit, daß »freie« Einrichtungen geschaffen werden, genügt nach § 5 Abs. 3 Satz 2 JWG nicht<sup>130</sup>. Der Prozeß des Entstehens einer Einrichtung oder Veranstaltung muß nach § 5 Abs. 3 Satz 2 JWG bereits konkret in Gang gekommen sein, wenn die kommunale Tätigkeit ausgesperrt sein soll. Gewiß gebietet schon die in § 5 Abs. 1 JWG ausgedrückte Rangfolge dem Jugendamt, zunächst mit den Mitteln der Anregung und Förderung an die »freie« Hilfe heranzutreten. Jedoch zur strengen – auch subjektiv berechtigenden – Rechtsnorm erstarkt diese Rangfolge nur im Rahmen des § 5 Abs. 3 Satz 2 JWG.

Die Funktionssperre des § 5 Abs. 3 Satz 2 JWG ist – soweit ihr Inhalt bestimmbar ist – *zwingendes Recht*<sup>131</sup>. Sie kann sowohl im Wege der *Rechtsaufsicht*<sup>132</sup> als auch als entsprechendes subjektives Recht der begünstigten »freien« Träger im *Klagewege* durchgesetzt werden<sup>133</sup>.

Im Bereich der Funktionssperre behält das *Jugendamt* zwar die volle *Verantwortung* für den Vollzug des Gesetzes<sup>134</sup>, hat es jedoch *kein Kontrollrecht* gegenüber den »freien« Trägern<sup>135</sup>. Die *Kostenfrage* ist über die allgemeine Förderungspflicht zu regeln (§ 5 Abs. 1 und 2, § 7 JWG), die

<sup>130</sup> A. A. Riedel, § 5 Anm. 18; s. aber Krug, § 5 Anm. 20.

<sup>131</sup> Bachof, Rechtsgutachten, S. 13 f., 21 f.; Küchenhoff, Rechtsgutachten, S. 64; Krug, § 5 Anm. 21.

<sup>132</sup> Krug, § 5 Anm. 21; Köttgen, Vorrang, S. 13; ders., Mandat, S. 2; Bachof, Rechtsgutachten, S. 23.

<sup>133</sup> Köttgen, Vorrang, S. 13, 28; Bachof, Rechtsgutachten, S. 21 f. – Zweifelnd Köttgen, Mandat, S. 2.

<sup>134</sup> Jans/Happe, § 1 Anm. 8 (S. 65); Anm. 3 (S. 95 f.). Differenzierend (aber nicht überzeugend und konsequent) Klein, Verwaltungsrechtliche Sicht I, S. 7 f., 10; II, S. 70 f.

<sup>135</sup> Klein, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 71.

ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Eigenständigkeit der »freien« Kräfte steht. Das Jugendamt kann seine Verantwortung letztlich nur durch Selbsteintritt in die – zunächst oder scheinbar – von »freien« Trägern wahrgenommenen Aufgaben realisieren<sup>136</sup>.

Ausdrücklich geregelt ist der *Selbsteintritt* des Jugendamtes für den Fall, daß »freie« Einrichtungen – nicht auch Veranstaltungen – infolge des Widerspruchs der Personensorgeberechtigten ungeeignet werden. Soweit die *Personensorgeberechtigten* dies im Rahmen ihres Bestimmungs- und *Wahlrechtes* nach § 3 JWG verlangen, haben die Jugendämter dafür zu sorgen, daß »die insoweit erforderlichen Einrichtungen« geschaffen werden. Das bedeutet nicht nur, daß das Ausmaß der Einrichtungen der Anzahl der Betroffenen entsprechen muß<sup>137</sup>. Es bedeutet auch, daß so viele Minderjährige vorhanden sein müssen, daß es rationell ist, für sie eine besondere Einrichtung zu schaffen<sup>138</sup>.

## 6. Die Übertragung von Aufgaben auf die »freie« Jugendhilfe

### a) Die Heranziehung zur Mitarbeit

Eine an § 10 Abs. 5 BSHG erinnernde Vorschrift enthält das Jugendwohlfahrtsgesetz insofern, als es in § 7 das Jugendamt anweist, »die freiwillige Tätigkeit zur Förderung der Jugendwohlfahrt . . . zur *Mitarbeit heranzuziehen*, um mit ihr zum Zwecke eines planvollen Ineinandergreifens aller Organe und Einrichtungen der öffentlichen und freien Jugendhilfe zusammenzuwirken«. An eine bestimmte Rechtsform ist dabei offenbar nicht gedacht. Dadurch verliert sich die Bestimmung so im Ungewissen, daß jedenfalls nicht angenommen werden kann, das Jugendamt sei berechtigt, allein auf Grundlage dieser Vorschrift »freie« Träger mit hoheitlichen Aufgaben zu betrauen (zu »beleihen«)<sup>139</sup>. Daher kann die Bestimmung nur Verweisung und Generalnenner für die ausdrücklich im Gesetz vorgesehenen Fälle sein, in denen das Jugendamt ermächtigt wird, freie Träger zur Mitarbeit heranzuziehen. Das geschieht insbesondere in § 18 und in § 78

<sup>136</sup> S. a. *Riedel*, § 7 Anm. 4.

<sup>137</sup> Vgl. *Krug*, § 5 Anm. 22.

<sup>138</sup> Vgl. *Klingbeil*, S. 141; *Bender*, Rechtsgutachten, S. 16; *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 66.

<sup>139</sup> Vgl. *Köttgen*, Mandat, S. 1, wonach die Aufgaben der Jugendfürsorge als Hoheitsaufgaben zum Vorbehaltsgut der Verwaltung gehören.

Abs. 6 JWG<sup>140</sup>. Die spezielle Norm des § 78 Abs. 6 JWG sei im folgenden jedoch außer Betracht gelassen.

### b) Die Übertragung der Erledigung von Geschäften

Gem. § 18 JWG kann das Jugendamt die Erledigung einzelner Geschäfte oder Gruppen von Geschäften u. a. auf freie Träger der Jugendwohlfahrt übertragen. Die Übertragung setzt – wie nach § 10 Abs. 5 BSHG – eine *Willensübereinstimmung* zwischen dem Jugendamt und dem freien Träger voraus<sup>141</sup>. Einen Anspruch »freier« Träger auf Übertragung von Aufgaben gibt es nur im Sinne eines Rechts auf fehlerfreien Ermessensgebrauch<sup>142</sup>.

Wie zu § 10 Abs. 5 BSHG ist offen, welche Aufgaben in welchem Umfang übertragen werden dürfen. Problematisch erscheint vor allem, ob die Grenze zwischen *hoheitlichen* und *nicht-hoheitlichen Aufgaben* oder dort verläuft, wo der *wesentliche Funktionsbereich* des Jugendamts angetastet zu werden droht<sup>143</sup>.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Jugendamt und dem Beauftragten wird zumeist als *öffentlich-rechtliches Auftragsverhältnis* angesehen, dessen Inhalt weitgehend durch Analogien zum bürgerlichen Recht ermittelt wird<sup>144</sup>.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beauftragten und dem *Hilfsbedürftigen* ist bisher nicht geklärt. Offenbar wird eine Erörterung deshalb für unnötig gehalten, weil angenommen wird, die Befugnisse würden dem Beauftragten nur zur Ausübung überlassen<sup>145</sup>; der Beauftragte habe deshalb

<sup>140</sup> Riedel, § 7 Rdnr. 5; Gräber, § 7 Anm. 5; Jans/Happe, § 7 Anm. 4.

<sup>141</sup> S. z. B. Riedel, § 18 Rdnr. 14 und 15. – Jans/Happe, (§ 18 Rdnr. 3) hält sie für einen zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt; dgl. Klein, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 68.

<sup>142</sup> S. Riedel, § 18 Rdnr. 15; Jans/Happe, § 18 Rdnr. 7 A; Gräber, Rdnr. 3.

<sup>143</sup> Vgl. Riedel, § 18 Rdnr. 7; Krug, § 18 Anm. 4; Jans/Happe, § 18 Rdnr. 4; Gräber, § 18 Anm. 6; je m. ält. Nachw. – Aus diesen s. insbes. Bless, Zur Verfassungsmäßigkeit der Übertragung von Aufgaben des Jugendamts auf Private nach § 11 R JWG, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, 47. Jg. (1960), S. 321 ff.; Ehrenberg, Zum Problem der Delegation von Jugendamtsaufgaben an Freie Wohlfahrtsverbände, Neues Beginnen, 1962, S. 49 ff.

<sup>144</sup> Vgl. Riedel, § 18 Rdnr. 14; Jans/Happe, § 18 Rdnr. 5; Gräber, § 18 Anm. 13; Klein, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 69 f.

<sup>145</sup> S. Bless, a.a.O., S. 323 ff.; Jans/Happe, § 18 Rdnr. 5; Krug, § 18 Anm. 2.

an der Stellung des Jugendamtes teil<sup>146</sup>. Diese Identität erscheint jedoch dort, wo sie sich bewähren sollte, hinsichtlich der *Haftung*<sup>147</sup> und des *Rechtsschutzes*<sup>148</sup> schon keineswegs mehr selbstverständlich. Auch sonst herrscht gerade hinsichtlich des Rechtsschutzes bedenkliche Unklarheit<sup>149</sup>.

Einmütig zeigt sich das Schrifttum dagegen darin, die *Verantwortung* des Jugendamtes (§ 18 Satz 3 JWG) durch Rechenschaftspflichten u. ä. auf seiten des Beauftragten und *Aufsichts-* und *Weisungsrechte* auf seiten des Jugendamtes zu bewahren. Die Schwäche der Begründungen dagegen lenkt wieder auf den Mangel einer gesetzlichen Regelung<sup>150</sup>. In der *Erstattungsfrage* wird die allgemeine Förderungspflicht (§§ 5, 7, 8 JWG) neben speziellen Titeln schon wegen des weitgespannten Rahmens des § 18 Satz 1 JWG nicht in Betracht gezogen<sup>151</sup>.

## 7. Die Anerkennung von Trägern der freien Jugendhilfe

Anders als das Bundessozialhilfegesetz befaßt sich das Jugendwohlfahrtsgesetz eingehend damit, wer im Sinne der Kontaktvorschriften über das Verhältnis der »öffentlichen« zur »freien« Jugendhilfe »Träger der freien Jugendhilfe« ist. Es zählt sie zunächst in § 5 Abs. 4 JWG auf: alle »juristischen Personen, deren Zweck es ist, die Jugendwohlfahrt zu fördern« (Nr. 3); alle »freien Vereinigungen der Jugendwohlfahrt« (Nr. 1), offenbar also auch insoweit, als sie nicht juristische Personen sind; »die Kirchen und die sonstigen Religionsgemeinschaften öffentlichen Rechts« (Nr. 4), für die dadurch anerkannt und klargestellt wird, daß »auch sie und ihre Organisationen« – die das Gesetz jedoch nicht ausdrücklich nennt! – »freie Jugendhilfe üben«<sup>152</sup>; und schließlich die »Jugendverbände und sonstigen Jugendgemeinschaften« (Nr. 2), denen das Gesetz bereits in § 5 Abs. 2 eine Sonderstellung einräumt.

<sup>146</sup> S. *Gräber*, § 18 Anm. 8 und 13; *Jans/Happe*, § 18 Rdnr. 6 A. *Klein* (Verwaltungsrechtliche Sicht II) schwankt zwischen der Beurteilung des »freien« Trägers als Beauftragter (S. 69), Erfüllungshilfe (S. 71) und Vertreter (S. 71).

<sup>147</sup> Vgl. *Riedel*, § 18 Anm. 17; *Gräber*, § 18 Rdnr. 16; *Jans/Happe*, § 18 Rdnr. 6 C.

<sup>148</sup> Vgl. *Riedel*, § 18 Anm. 20; *Jans/Happe*, ebd.

<sup>149</sup> S. *Riedel* und *Jans/Happe*, je a.a.O.

<sup>150</sup> Vgl. *Riedel*, § 18 Rdnr. 14; *Jans/Happe*, § 18 Rdnr. 6 A; *Gräber*, § 18 Anm. 8, 13, 16; *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 71 f.

<sup>151</sup> *Riedel*, *Jans/Happe* und *Klein*, je a.a.O.

<sup>152</sup> EntwJWG S. 18 zu Nr. 2; s. a. *Wuermeling* im Bundesrat, 224. Sitzung vom 28. 10. 1960, StenBer. S. 505: beide Kirchen haben sich bewährt.

Alle hierunter fallenden Träger partizipieren an der Anregungspflicht, an der Pflicht zur Zusammenarbeit sowie an der Funktionssperre zulasten der »öffentlichen« Jugendhilfe, zumal § 7 JWG den umfassenden terminus der »freiwilligen Tätigkeit zur Förderung der Jugendwohlfahrt« gebraucht<sup>153</sup>.

Unterstützt und gefördert dagegen darf ein Träger der freien Jugendhilfe nur werden, wenn er nicht nur »die Gewähr für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit und für eine sachgerechte, zweckentsprechende und wirtschaftliche Verwendung der Mittel« bietet, sondern auch »öffentlich anerkannt« ist (§ 9 Abs. 1 JWG). Näheres über die Anerkennung bestimmt die Bundesregierung durch Rechtsverordnung (§ 9 Abs. 2 JWG). Da diese Ermächtigung nicht inhaltlich bestimmt ist, verstößt sie gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG<sup>154</sup>. Desgleichen bestehen gegen die bloße Befugnis zur »öffentlichen Anerkennung« in § 9 Abs. 1 JWG rechtsstaatliche Bedenken, da sie als bei weitem zu unbestimmt erscheint. Es stellt sich demnach als ein Problem der Teilnichtigkeit dar, ob § 9 JWG insgesamt als ungültig angesehen werden muß oder ob nicht wenigstens derjenige Träger freier Jugendhilfe Unterstützung verlangen kann, der, ohne öffentlich anerkannt zu sein, die in § 9 Abs. 1 JWG genannten sachlichen Voraussetzungen für die Unterstützung erfüllt.

Über die Tragweite eines undefinierten Erfordernisses der »öffentlichen Anerkennung« braucht wohl kein Wort verloren zu werden<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> Zu den möglichen Unterscheidungen s. *Riedel*, § 5 Anm. 16. Dazu, daß sich § 9 nicht auch auf § 5 Abs. 3 JWG bezieht, s. *Krug*, § 9 Anm. 3.

<sup>154</sup> A. A. *Bachof*, Ergänzungsgutachten, S. 22 ff.; *Bender*, Ergänzungsgutachten, S. 3 ff.; weitere einschlägige Nachweise s. bei diesen.

<sup>155</sup> S. zu Vorstehendem auch *Weller*, Partnerschaft, S. 170 f.



## C. Zu den allgemeinen Parolen der Diskussion

Die dargestellten Regelungen wurden und werden seit ihrer parlamentarischen und verfassungsrechtlichen Erörterung mit Argumenten gefordert, verteidigt und bekämpft, die verbal und sachlich verfassungsrechtlichen Normen so nahe stehen, daß sie nicht nur aus Mißverständnis mit ihnen identifiziert zu werden drohen, sondern auch mißbräuchlich mit ihnen in eins gesetzt oder vertauscht werden können. Da diese Argumente prinzipieller und rechtspolitischer Natur sind, wurde andererseits nicht selten auch versäumt, sie auf ihre präzise Übereinstimmung und Adäquanz im Verhältnis zum Gesetz zu überprüfen; vielmehr pflegen Einzelgesichtspunkte einseitig und unvollständig hervorgekehrt zu werden. Dies alles droht nicht selten, den Blick, der von der Verfassung auf das Gesetz zu richten ist, zu trüben.

### I. Die »Freiheitlichkeit« der Regelung

#### 1. Die Behauptung der »Freiheitlichkeit«

Mit am meisten wurden und werden die erstrebten bzw. gefundenen Lösungen wegen ihrer »Freiheitlichkeit« gerühmt. Sie entsprächen dem »Ordnungsbild des freiheitlichen Menschen«<sup>1</sup>, dem »Ordnungsbild der freiheitlichen Gesellschaft«<sup>2</sup>, dem Ordnungsbild von »Freiheit und Demokratie«<sup>3</sup> und diene so dem »Aufbau unserer freiheitlichen Gesellschafts- und Staatsordnung«<sup>4</sup>. »Was nicht unbedingt vom Staat erledigt werden muß, was der Mensch in eigener Verantwortung zu übernehmen bereit ist«, werde »ihm freudig überlassen«<sup>5</sup>. »So wenig Staat und so viel Freiheit wie

<sup>1</sup> Abg. *Maucher*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9034.

<sup>2</sup> Abg. *Even*, Bundestag, 158. Sitzung vom 4. 5. 1961, Verhandlungen S. 9087; *ders.*, ebd. 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9511 f.

<sup>3</sup> Abg. *Rommerskirchen*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9506.

<sup>4</sup> *Wuermeling*, Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7724.

<sup>5</sup> Abg. *Maucher*, a.a.O.

möglich« liege als »gesundes Prinzip« zugrunde<sup>6</sup>. Die freie Initiative habe den Vorrang<sup>7</sup>. Die Selbsthilfe der Staatsbürger würde nicht (mehr) bevorzugen oder gar ausgeschaltet. Den »bewährten gesellschaftlichen Einrichtungen« würde »in unserer freiheitlichen Demokratie ihr Raum« gegeben und so »der Freiheit nicht nur eine Gasse, sondern die ihr zustehende breite Straße« gesichert<sup>8</sup>.

Andererseits bestimme nunmehr der Mensch, wer ihm helfe<sup>9</sup>. Die Hilfesuchenden könnten »Einrichtungen ihres Vertrauens in Anspruch nehmen«<sup>10</sup>. Zur kommunalen Hilfe befände sich der Bedürftige in einem Unterwerfungsverhältnis. Das Gesetz ermögliche es ihm aber, sich an die »freie« Hilfe zu wenden, zu der er in einem »Partnerschaftsverhältnis« stehe<sup>11</sup>.

Freiheitlich sei die Regelung auch, weil sie kein Monopol konfessioneller Verbände begründe<sup>12</sup>. Und schließlich: »Das christliche und das humanitäre Ethos, das in der Arbeit unzähliger freiwilliger oder beruflicher Helfer in der freien Wohlfahrtspflege verwirklicht wird, ist eine der Grundlagen unserer freiheitlichen Gesellschaftsordnung.«<sup>13</sup>

Alles in allem sei das (Jugendwohlfahrts-)Gesetz ein »Gesetz zur Herstellung von Freiheit«<sup>14</sup>, »vielleicht in einer ganz besonderen Weise ein Gesetz der Freiheit«<sup>15 16</sup>.

## 2. Kritische Sichtung

### a) Die gefährliche Alternative von »öffentlicher« und »freier« Wohlfahrtspflege

Die überreiche Bezugnahme auf die Freiheit als den tragenden Wertaspekt, der es gebietet, die frei-verbandliche Wohlfahrtspflege (Jugend-

<sup>6</sup> Wuermeling, a.a.O., S. 7740; s. zum Zurücktreten des Staates auch EntwJWG S. 14.

<sup>7</sup> Abg. Even, a.a.O., 164. Sitzung, S. 9511 f.

<sup>8</sup> Wuermeling, a.a.O., S. 7725.

<sup>9</sup> Abg. Rommerskirchen, a.a.O., S. 9541.

<sup>10</sup> Abg. Maucher, a.a.O., S. 9034.

<sup>11</sup> Süsterhenn, Rechtsgutachten, S. 35.

<sup>12</sup> Abg. Niggemeyer, Bundestag, 111. Sitzung vom 4. 5. 1960, Verhandlungen S. 6259.

<sup>13</sup> Dr. Schröder als Bundesminister des Innern, Bundestag, 111. Sitzung vom 4. 5. 1960. Verhandlungen S. 6256.

<sup>14</sup> Abg. Barzel, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9534.

<sup>15</sup> Abg. Rollmann, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9541.

<sup>16</sup> Im Schrifttum kehrt die Vokabel »Freiheit« vor allem in den – vor- und nachzitierten – Veröffentlichungen Franz Kleins immer wieder.

hilfe usw.) möglichst zu stärken, die staatlich-kommunale Wohlfahrtspflege dagegen in Schranken zu weisen, ist weitgehend einfach eine – wohl überwiegend gar nicht bewußt gewordene, hier und da vielleicht aber auch gezielt ausgespielte – Folge der übernommenen Nomenklatur, welche die allgemein- und letztzuständige staatlich-kommunale (gebietskörperschaftliche) Wohlfahrtspflege als »öffentliche« der verbandlichen und privaten als der »freien« gegenüberstellt<sup>17</sup>. Die Trennung der beiden Erscheinungen der Wohlfahrtspflege ist der Sache nach notwendig und praktikabel. Die dafür verwendeten Ausdrücke dagegen neigen dazu, mißverstanden und mißbraucht zu werden.

»Öffentlich« ist grundsätzlich nicht nur die staatlich-kommunale, sondern auch die gesellschaftlich-verbandliche Wohlfahrtspflege<sup>18</sup>. Das leuchtet ohne weiteres ein, wenn »öffentlich« im Sinne von allgemein zugänglich verstanden wird<sup>19</sup>. Aber selbst in den anspruchsvollen Begriff des »Öffentlichen«, der an den Wesensbezug zur politisch geeinten Vielheit in Staat, Gemeinden und Gemeindeverbänden anknüpft<sup>20</sup>, wächst die freie Wohlfahrtspflege hinein, indem sie vom Staat (und seinen gebietskörperschaftlichen Untergliederungen) in Aufgaben einbezogen wird, die integrierend in seine Verantwortung fallen<sup>21</sup>.

Würde man – unzulässig, dennoch als Arbeitshypothese – »öffentlich« durch »öffentlich-rechtlich« ersetzen, so ergäbe sich gleichfalls keine scharfe Grenze zur »freien« Wohlfahrtspflege im überkommenen Sinn. Dies schon deshalb nicht, weil die Verwaltung nicht auf die Mittel und Formen des öffentlichen Rechts beschränkt ist. Doch auch für die »freie« Wohlfahrtspflege träfe diese Grenze nicht zu.

<sup>17</sup> Zu den Begriffen im Jugendwohlfahrtsrecht s. etwa *Riedel*, § 5 Anm. 16; für das Sozialhilferecht s. EntwBSHG S. 35.

<sup>18</sup> *Klein*, Art. »Fürsorge und Wohlfahrtspflege« im Staatslexikon, 6. Aufl. Bd. 3 (1959) Sp. 623 ff. (626); *Fröhler*, Rechtsgutachten, S. 6; *Süsterhenn*, Gutachten, S. 6 ff. und S. 46; Abg. *Rommerskirchen*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9508; Abg. *Arndt*, ebd. S. 9531 f. S. a. *Köttgen*, Mandat S. 3.

<sup>19</sup> S. zu diesem Öffentlichkeitsbegriff etwa *Elster*, Art. »Öffentlich und Öffentlichkeit« im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1927, S. 256 ff. – Kritisch zur Subsumtion der »freien« Wohlfahrtspflege unter diesen Öffentlichkeitsbegriff *Köttgen*, Vorrang, S. 7.

<sup>20</sup> Vgl. *Smend*, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 11 ff.; *Hesse*, Parteien, S. 41 ff. m. w. Nachw.

<sup>21</sup> S. die weiteren Beispiele (m. Nachw.) nicht unmittelbar staatlicher und kommunaler »öffentlicher« Verbände bei *Hesse*, Parteien, S. 42 f.

§ 10 Abs. 1 und 2 BSHG und § 5 Abs. 4 Nr. 4 JWG stellen eindeutig die Kirchen und Religionsgesellschaften (nur) des öffentlichen Rechts auf die Seite der »freien« Wohlfahrtspflege. § 5 Abs. 4 Nr. 3 JWG rechnet hierzu auch alle »juristischen Personen, deren Zweck es ist, die Jugendwohlfahrt zu fördern«, ohne sich dabei auf Personen des privaten Rechts zu beschränken. Das bedeutet auch, daß die »freie« Wohlfahrtspflege nicht auf privatrechtliche Mittel beschränkt ist; denn wer sollte etwa den Kirchen verbieten, ihre karitative Arbeit in (kirchenrechtlich-)öffentlich-rechtlichen Formen zu leisten? Oder wie könnte ausgeschlossen werden, daß sich öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen als Träger freier Jugendhilfe nach § 5 Abs. 4 Nr. 3 JWG in Bahnen des öffentlichen Rechts betätigen? Oben wurde ferner darauf hingewiesen, daß sich »freie« Träger im Rahmen des § 10 Abs. 5 BSHG möglicherweise mit öffentlich-rechtlichen Mitteln betätigen können<sup>22</sup>.

Mehr aber als der Begriff »öffentlich« ist der Gegenbegriff »frei« dazu angelegt, als wertend und werterfüllt mißverstanden zu werden<sup>23</sup>. Zwar ist dieses Adjektiv in einem Sinne zweifellos berechtigt. Die kommunalen Träger handeln jedenfalls heute und im wesentlichen auf Weisung des Gesetzgebers, während das gleiche Gesetz den »freien« Trägern keine Pflichten auferlegt, sondern ihnen nur Raum schafft, sich im Rahmen selbstgewählter Aufgaben und eigener Initiativen zu entfalten<sup>24</sup>. (Von dem perversen Fall möglicher Pflichtaufgaben öffentlich-rechtlicher juristischer Personen i. S. des § 5 Abs. 4 Nr. 3 JWG sei hier abgesehen.) Gewiß erscheint dabei das Pathos, das im Begriff der »freien« Hilfe mitschwingt, stumpf, weil das Gesetz in so hohem Maße eigene »freie« Kräfte durch »öffentliche« Mittel substituiert und dafür bei aller Schonung doch ein Mindestmaß an Anpassung einhandeln muß, zu dem die »freien« Träger ohnedies schon durch den Einbau ihrer Tätigkeit in das Gesamtsystem der gesetzlich geordneten »öffentlichen« sozialen Leistungen verleitet werden<sup>25</sup>. Jedoch wie

<sup>22</sup> S. o. S. 36 f. u. S. 51 f.

<sup>23</sup> S. dazu auch *Köttgen*, Mandat, S. 3.

<sup>24</sup> Abg. *Arndt*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9532: »Das Freisein ist ein Merkmal der Kraft, die sich der Aufgabe widmet, und ein Kennzeichen der Art, wie die Aufgabe geleistet wird, nämlich nicht auf staatliche Weise und ohne Anweisung durch Repräsentanten der Staatsgewalt.«

<sup>25</sup> Vgl. Abg. *Metzger*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9029; Abg. *Keilback*, Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7732 f.; die-

groß »Öffentlichkeit«, Fremdhilfe und Anpassung auch sein mögen, die *conditio sine qua non* der Freiheit im Ansatz verbandlicher Aktivität bleibt<sup>26</sup>.

Aber *darüber hinaus sagt* das Wort »frei« *nichts aus über* die *Freiheitlichkeit* der »freien« Wohlfahrtspflege, schon gar nichts in dem Sinne, als wäre die »freie« Wohlfahrtspflege freiheitlich, die »öffentliche« dagegen weniger oder nicht freiheitlich. Das würde allein schon voraussetzen, daß »öffentlich« – oder auch: »öffentlich-rechtlich«<sup>27</sup> – und »freiheitlich« Gegensätze wären. Diese Voraussetzung würde jedoch jeder Hoffnung auf einen freiheitlichen Staat den Boden entziehen und damit auch der ganzen Diskussion, ob die Regelung des Sozialhilfe- und Jugendwohlfahrtsrechts einer freiheitlichen Staats- und Gesellschaftsordnung gemäß ist oder nicht.

#### b) Struktureller Freiheitsvorzug der »freien« Wohlfahrtspflege?

Freiheit ist Abwesenheit von Zwang. Zwang entspringt der Macht. Der *Staat* ist der geborene Träger umfassender Macht. Er *bedroht* somit genuin die *Freiheit*. Aber er kann seine Macht beschränken, sich kontrollieren und so die Freiheit verlässlich schonen.

Der Staat ist nicht der einzige Träger von Macht. Ungezählte Abhängigkeitsverhältnisse durchziehen die Gesellschaft. Moralische und ökonomische Potenzen meist kollektiven Substrats bedrohen die Freiheit des einzelnen. Weil und solange der Staat ihnen überlegen ist, kann er den einzelnen und die kleinere Gruppe dagegen schützen. Mindestens so sehr wie der einzelne und die kleinere Gruppe genötigt sein können, in das schützende Kollektiv gegen den freiheitsbedrohenden *Staat* auszuweichen, ist der Staat die *Zuflucht gegenüber der Macht des Kollektivs*.

selbe, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9506; Abg. *Dürr*, Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7736; Abg. *Wessel*, Bundestag, 158. Sitzung vom 4. 5. 1961, Verhandlungen S. 9063; »Schriftlicher Bericht (Jugendfragen)« S. 3; *Wolff*, Jugendhilfegesetz – Hilfe für die Jugend?, *Der Landkreis* 30. Jg. (1960) S. 3 ff. (5); *Bangert*, Subsidiarität, S. 408; *ders.*, Bundessozialhilfegesetz, S. 175; *Köttgen*, Mandat, S. 3; *Wolff*, Diakonie, S. 347 f. – S. dazu auch unten S. 66 f., insbes. Fußn. 52.

<sup>26</sup> S. a. Abg. *Welter*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9515.

<sup>27</sup> Im Sinne einer erstaunlich unbekümmerten Gleichsetzung der Gegensatzpaare »öffentlich« und »freie« Wohlfahrtspflege und »öffentlich-rechtlich« und »privatrechtlich« immer wieder *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht I und II.

Der Staat hat ihm *eigene Gefahren für die Freiheit*. Nicht weniger aber das unter- und nebenstaatliche *Kollektiv*<sup>28</sup>. Es fehlt die gesicherte, wohlkontrollierte Ordnung des Staates, die Berechenbarkeit und Verlässlichkeit rechtsstaatlichen Lebens und Nehmens. Der Zufall, nicht oder jedenfalls in geringerem Maße als bei der umfassenderen Einheit durch das Gesetz der großen Zahl gemildert, treibt sein Spiel spürbarer, je kleiner der Verband ist. Je persönlichkeitsbezogener, spezifischer, intimer der Verband ist, desto mehr vermißt der einzelne ferner die schützende Isolierung in der Masse, deren Wohltätigkeit und freiheitssichernden Effekt man nicht mehr länger ignorieren sollte. Der Ein- oder Angegliederte, an einen Verband Verwiesene, sieht diejenigen, von denen er abhängt, auf »Tuchfühlung« an seine Intimsphäre herangerückt. Er sieht sich subjektiven Urteilen und Vorurteilen ausgesetzt und in ein dichtes Netz persönlicher Bindungen und Rücksichtnahmen verstrickt.

Verfehlt wäre es, Macht allenfalls Disziplinierungsverbänden zuzuschreiben, nicht aber karitativen Organisationen. Auch der *Abhängigkeit* des

<sup>28</sup> S. zur Bedrängnis des einzelnen durch Verbände usw. sowie – z. T. – auch zur Schutzfunktion des Staates gegenüber diesen Gefahren, z. B.: *Kägi*, Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, 1948, SZ. 53 ff. (59 ff.); *Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL, Heft 12, 1954, S. 49; *Werner Weber*, Die verfassungsrechtliche Problematik der Zwangsversorgungseinrichtungen der freien Berufe, in: Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft vom Standpunkt der Versicherungswissenschaft betrachtet, 1954, S. 7 ff. (12); *Herbert Krüger*, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL, Heft 17, 1957, S. 109 ff. (123); *Werner Weber*, Diskussionsbeitrag hierzu, ebenda, S. 186 ff. (187 f); *Scheuner*, in: *Beutler/Stein/Wagner*, Der Staat und die Verbände, 1957, S. 10 ff. (17 f.); *Müller-Heidelberg*, Zuviel Staat? DVBl. 76. Jg. (1961) S. 757 ff. (763 ff.) m. w. Nachw.; *Fichtner*, S. 329; *Ryffel*, Staat und Gesellschaft im Zeichen des Pluralismus, Wirtschaft und Recht, 14. Jg. (1962) S. 185 ff. (insbes. 186, 192); *Büchi*, Die Diskussion um die ordnungspolitische Funktion der Verbände, ebd. S. 165 ff. (insbes. 168 ff.); *Rubbehn*, Mensch, Staat und die Pluralismen, Kommunalpolitische Blätter, 15. Jg. (1963) S. 230 f. Insbes. hinsichtlich der Interessenverbände s. *Gruner*, Die Wirtschaftsverbände und die Demokratie, 1956, S. 119. Insbes. für die Koalitionen s. *Leibholz*, Die kritischen Punkte des Grundgesetzes, Deutsche Universitätszeitung, 12. Jg. (1957), Heft 13/14, S. 18 ff. (21); die Beiträge anlässlich der Jahresversammlung der Gesellschaft für Sozialen Fortschritt e. V. in Bonn 1957 unter dem Thema »Freiheit und Bindung im kollektiven Arbeitsrecht«, Schriften der Gesellschaft für Sozialen Fortschritt e. V. Bd. 6, 1957; *Hans Huber*, Staat und Verbände, 1958, S. 9 f.; *Briefs*, Gewerkschaft und Freiheit, in: Erziehung zur Freiheit, 1959, S. 111 ff. Insbes. zu dem Dilemma zwischen der staatsabwehrenden und der individualitätsbedrängenden Wirkung der Selbstverwaltungseinheiten s. *Darmstaedter*, Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaats, 1930, S. 228 ff., 266 ff.

*Hilfsbedürftigen vom hilfebefähigten Verband entspricht* auf dessen Seite *Macht*: die Macht, Hilfe zu gewähren, unter Bedingungen zu gewähren oder zu versagen. Indem das Gesetz Verbänden Hilfszuständigkeiten vorbehält und den Hilfesuchenden an diese Zuständigkeiten verweist, verfügt es über *Macht*<sup>29</sup> – und über die Freiheit des Hilfesuchenden<sup>30</sup>.

Daß die sozialen Hilfsaufgaben Verbänden zugewiesen werden, besagt also nichts auch schon darüber, daß die Hilfe damit freiheitlich oder freiheitlicher geordnet ist und gewährt wird. *Entscheidend ist, wie freiheitlich der Hilfsträger* – Kommune oder Verband – in sich ist und wie freiheitlich er seine Aufgabe versteht und wahrnimmt<sup>31</sup>. Hier nun würde der Staat des Grundgesetzes sich und seinen Kommunen ein bestürzendes Zeugnis ausstellen, wenn er glauben würde, darin von einem »freien« Verband zu übertreffen zu sein. Die freiheitliche Bindung des Staates und der Kommunen durch die Verfassung einerseits und die freiheitsbedrängenden Tendenzen speziellerer Verbände andererseits lassen es keineswegs als ausgeschlossen, wohl dagegen als wahrscheinlich erscheinen, daß ein nicht unbedränglicher Teil der Hilfesuchenden mehr Freiheit bei Staat und Gemeinden als bei den Verbänden sucht und findet<sup>32</sup>.

Zu all dem muß hinzugedacht werden, daß das überschlägige Bild der »freien« Wohlfahrtspflege als eines Areals freiheitlich wuchernder kollektiver Autonomie leicht irreführt. Die kollektive Autonomie gilt dem Helfenden nicht dem Hilfsbedürftigen, der dem Verband, dessen Hilfe er zugeführt wird, nicht angehören muß und in aller Regel nicht angehört. Wohlfahrtsverbände sind keine Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Gehört der Hilfsbedürftige ihm nicht an, so wird die seiner Abhängigkeit entsprechende Minderung seiner individuellen Autonomie *nicht* einmal durch die *Teilhabe an kollektiver Autonomie* ausgeglichen – ein Trost, den der

<sup>29</sup> Abg. Metzger, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9029 f.; Abg. Nellen, ebd. S. 9036; Abg. v. Mühlen, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9514; s. ferner Schepner, S. 130 ff.

<sup>30</sup> Wenn Süsterhenn, Gutachten S. 35, davon spricht, der Hilfsbedürftige befinde sich zur Gemeinde in einem Unterwerfungs-, zum helfenden Verband dagegen in einem Partnerschaftsverhältnis, so geht er an der sozialen Macht des Verbandes völlig vorbei. In gleicher Weise die Macht bei den Verbänden verkennend Klein (s. etwa Neuordnung, S. 74 f.).

<sup>31</sup> Abg. Bucher, Bundestag, 158. Sitzung vom 4. 5. 1961, Verhandlungen S. 9089.

<sup>32</sup> Abg. Metzger, a.a.O. S. 9027 f.; s. a. Fichtner, S. 329; Hasenclever, Elternrecht, S. 68; Heinke, Freiheit in der Sozialordnung, passim.

Hilfsbedürftige doch immer hat, der in der egalitären Demokratie von seiner Gemeinde, seinem Kreis, seinem Staat betreut wird.

Ein anderer Gesichtspunkt ist, daß das Nebeneinander mehrerer möglicher Hilfsorganisationen einerseits *Wahlmöglichkeiten* an sich, andererseits die Möglichkeit bietet, einen individuell genehmen, persönlichkeitsintensiven Träger zu wählen. Insofern ist die Einbeziehung »freier« Kräfte in das System der Hilfen im Grundsatz wesensgemäß freiheitlich. Aber nicht nur! Die Wahlmöglichkeit ist nicht voll effektiv. Unverkürzte Wahlfreiheit des einzelnen würde einen Kapazitätsspielraum voraussetzen, dem eine zumindest vorübergehende Überkapazität wenigstens eines Teiles der Hilfsträger notwendig entsprechen würde. Nur wenn das Gesetz den Aufwand einer permanenten Überkapazität im Gesamt der Hilfsträger gewollt hätte und erwartet werden könnte, daß es in diesem Sinne auch verlässlich vollzogen wird, wäre die pluralistische Ordnung der Hilfen uneingeschränkt freiheitlich. Das ist jedoch nicht anzunehmen. Auch das Wahlrecht des Hilfsbedürftigen ist – durch Angemessenheits- und Kostenvorbehalt kupiert, von vornherein als »Gruppenrecht« gedacht<sup>32a</sup> – keinerlei Garantie dafür. So kann der Hilfesuchende nicht immer damit rechnen, daß ihm die Hilfe vom Träger seiner Wahl gewährt wird und werden kann. Er kann aber auch gerade nicht immer damit rechnen, daß ihm – primär oder wenigstens hilfweise – der neutrale »öffentliche« Träger helfen kann. Von den »freien« Kräften verdrängt, kann gerade ihm im Rahmen unerwarteter Entwicklungen die notwendige Leistungsfähigkeit fehlen – die »freiheitliche« Elementarsorge gegenüber den getroffenen Regelungen überhaupt<sup>33</sup>!

*Zusammenfassend* ist zu fragen: wem gilt das Mehr an Freiheit, das der Begriff der »freien« Wohlfahrtspflege anspricht? Eines ist sicher: den Helfenden. Zumindest ungewiß aber ist von vornherein, ob die »freie« Wohlfahrtspflege der Freiheit des Hilfsbedürftigen zu Verlust oder Gewinn wird.

Selbst wenn es eine undifferenzierte Freiheitlichkeit gäbe, wäre das Gesetz also nicht damit allein zu legitimieren. Aber es gibt diese »Freiheitlichkeit« gar nicht. Es gibt nur eine Vielfalt komplexer Spannungen von Freiheit und Bindung. So ist von der Sache und von der Verfassung her eine differenzierende Betrachtung geboten.

<sup>32a</sup> S. o. S. 34, S. 36 f. u. S. 50 f. und unten S. 90 ff.

<sup>33</sup> Eingehender dazu unten S. 90 ff.

## II. Die »Gesellschaftlichkeit« der Regelung

### 1. Die Behauptung

Eng mit dem Wertaspekt der »Freiheitlichkeit« verbunden ist jener der »Gesellschaftlichkeit«. Das Gesetz, wird hervorgehoben, sichere »die Freiheit des staatsbürgerlich-gesellschaftlichen Raumes«<sup>34</sup>, weil »eine freie Gesellschaft sich zunächst selbst entfalten soll« und »weder vom Bund noch von Ländern noch von den Gemeinden gegängelt werden darf«<sup>35</sup>. Es ermögliche die »Arbeit der Gesellschaft für die Gesellschaft«<sup>36</sup> und erlaube ihr so, z. B. auf dem Gebiet der Jugendhilfe, das »gesellschaftliche Defizit auf dem Gebiet der Erziehung« selbst wieder auszugleichen<sup>37</sup>.

Erstaunlicherweise wird diese »Gesellschaftlichkeit« nicht nur deshalb begrüßt, weil sie zusätzliche Kräfte aktiviere, welche die staatlich-kommunal getragene, als »öffentlicher Dienst« organisierte Hilfe nicht aufbieten kann<sup>38</sup>.

Man begnügt sich auch nicht mit der Einseitigkeit, die schon unter dem Stichwort der Freiheitlichkeit angesprochen wurde, nur die staatliche Macht bedränge die Freiheit. Man fügt eine quasi-rechtliche Begründung hinzu: »So wie der Mensch originäre Rechte hat, wie die Familie sie hat, so hat sie auch die freie Gesellschaft«<sup>39</sup>. Und: »Nach unserer Auffassung beginnt der Föderalismus beim Menschen, bei der Familie, bei der Gesellschaft und nicht erst bei den Kommunen und ihren Verbänden«<sup>40</sup>.

### 2. Kritische Sichtung

Daß diese pseudorechtliche Begründung haltlos ist, bedarf keines Wortes. Die »freie Gesellschaft« als Rechtssubjekt! Und der Föderalismus als Rechtsprinzip für den *einzelnen* und die amorphe Gesellschaft! Aber wie steht es in der Sache?

<sup>34</sup> *Wuermeling*, Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7739.

<sup>35</sup> Abg. *Barzel*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9023.

<sup>36</sup> Abg. *Niggemeyer*, Bundestag, 111. Sitzung vom 4. Mai 1960, Verhandlungen S. 6259.

<sup>37</sup> *Wuermeling*, a.a.O., S. 7724. – Zur Kritik s. insbes. *Hasenclever*, Elternrecht.

<sup>38</sup> S. zu diesem Gesichtspunkt Abg. *Bodelschwingh*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9026.

<sup>39</sup> Abg. *Barzel*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9041.

<sup>40</sup> *Ders.* ebd. S. 9023.

a) *Das historische Vorurteil*

Das Gegeneinanderausspielen von Staat und Gesellschaft ist übriggebliebene *Staatsideologie des 19. Jahrhunderts*<sup>41</sup> (wie ja auch die von dieser Gegenposition heute noch zehrende »freie« Wohlfahrtspflege nicht zufällig im 19. Jahrhundert entwickelt wurde). Aus der Fülle dessen, was dazu zu sagen wäre, seien folgende Momente hervorgehoben.

Im 19. Jahrhundert war das Gegenüber von Staat und Gesellschaft ein Ansatz von *Demokratie*, weil der Staat, der Staatsapparat, noch vorwiegend monarchisch beherrscht war. Heute, im Zeichen des demokratischen Monismus, muß es *diese* demokratische Funktion verloren haben. Zwar ist die Gesundheit der Demokratie auch heute noch auf die Gesundheit ihrer Gesellschaft angewiesen. Und es ist sicher Wahres daran, daß die Demokratie erstickt und überfordert wird, wenn die gesellschaftlichen Kräfte alle Aufgaben an den Staat abwandern lassen<sup>42</sup>. Aber in erster Linie muß die Demokratie sich doch über den Staat verwirklichen<sup>43</sup>. Der demokratische

<sup>41</sup> Eingehend zum Problem s. *Ehmke*, »Staat« und »Gesellschaft« als verfassungstheoretisches Problem, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend, 1962, S. 23 ff. m. eingeh. Nachw.

<sup>42</sup> S. z. B. *Huber*, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe für Zaccaria Giacometti, 1953, S. 59 ff. (88). – Zur »freien« Wohlfahrtspflege als Entsprechung der Demokratie s. z. B. Abg. *Wessel*, Bundestag, 158. Sitzung vom 4. 5. 1961, Verhandlungen S. 9063; Abg. *Rommerskirchen*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961. – Mit besonderem Nachdruck wird auf dem Gebiet des Wirtschaftsverfassungsrechts betont, der demokratische Staat dürfe nicht durch Interventions- oder gar Planwirtschaft denaturiert werden (s. vor allem *Böhm*, Die Bedeutung der Wirtschaftsdemokratie für die politische Verfassung, SJZ 1. Jg. (1946) S. 141 ff. (145 f.); *ders.*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950, S. 39 ff.; *Röpke*, Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, 1948, S. 136 ff.). Doch wird – selbst wenn man von weitergehenden »wirtschaftsdemokratischen« oder »realdemokratischen« Vorstellungen absieht – mit Grund auch das Gegenteil vorgetragen (vgl. *Saitzew*, Der Interventionismus, in: Festgabe für Fritz Fleiner, 1937, S. 321 ff. (345); *Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 2. Aufl. 1950, S. 351 f., 471 ff., *Scheuner*, Grundfragen des modernen Staates, Recht Staat Wirtschaft, Bd. III (1951) S. 126 ff. (130); *Krüger*, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 66. Jg. (1951), S. 361 ff. insbes. S. 366; *Friedrich*, Art. »Demokratie« im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 2, 1959, S. 560 ff. (563 f.).

<sup>43</sup> S. zum konkreten Problem insbes. Abg. *Metzger*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9027; s. a. Abg. *Dürr*, Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7736. – Kurios demgegenüber etwa *Klein*, Stellung. S. 267: »Staatsgewalt ist eine begrenzte Gewalt und kann dort nicht gelten, wo das Spiel der freien Kräfte in demokratischer Weise wirksam werden will und muß.«

Staat muß sich als spezifische Ordnungsmacht gerade der Gesellschaft gegenüber bewähren.

Im 19. Jahrhundert fühlte sich ferner das *Bürgertum* als besitzende Klasse, als Inhaber vornehmlich ökonomisch bedingter sozialer Macht, um so mächtiger, je schwächer der Staat war und je weniger er diese gesellschaftlichen Machtpositionen also korrigierte. Der moderne Rechts- und Sozialstaat würde sich verleugnen, wenn er sich der sozialen Macht gegenüber indifferent verhielte<sup>44</sup>. Das liberale Traditionsgut aber vom Gegensatz zwischen Staat und Gesellschaft verbreitet sich nicht selten weiterhin mit dem Vehikel spätbürgerlicher Wunschvorstellungen von der »guten alten Zeit«.

Doch ist dies nicht die einzige Spur, in der sich der Gegensatz von Staat und Gesellschaft forterhalten hat. Die Massen, die sich in der Gesellschaft unterdrückt und vom Staat des 19. Jahrhunderts nicht nur enttäuscht, sondern auch gehindert sahen, ihrer gesellschaftlichen Minderstellung ein Ende zu bereiten, haben dem Staat den Kampf angesagt, um an seine Stelle *ihre* Gesellschaft zu setzen. Und es ist nicht ohne Ironie zu lesen, daß derselbe Bundesminister, der sich von dem von ihm vorgeschlagenen Gesetz eine Förderung der Religion als eines Bollwerks gegen den Kommunismus verspricht<sup>45</sup>, mit dem Ideal, den Staat zugunsten der gesellschaftlichen Kräfte zu verdrängen, einer typisch *marxistischen* Forderung entspricht<sup>46</sup>.

#### b) Zum Wert der gesellschaftlichen Lösung

»Gesellschaftlichkeit« – oder Vergesellschaftung einer Funktion – hat also keinen absoluten Eigenwert, auch nicht vor dem Hintergrund eines rechtsstaatlichen oder demokratischen Axioms. »Gesellschaftlich« darf ebenso wenig gleichgesetzt werden mit »freiheitlich« wie mit »sozial«. Gesellschaft-

<sup>44</sup> S. dazu etwa auch *Huber*, Rechtsstaat und Sozialstaat.

<sup>45</sup> *Wuermeling*, Bundesrat, 236. Sitzung vom 14. 7. 1961, Sten.Ber. S. 192: »Für viele ist eine fest fundierte religiöse Grundhaltung das Fundament, das in besonderer Weise Immunität gegen kommunistische Infiltration gewährt. Das wird gewiß niemand von uns bestreiten, und so wird mit dem Schutz der Erziehungsarbeit gerade auch in den kirchlichen Bereichen ein wichtiges Stück Abwehr gegen kommunistische Einflüsse geleistet.«

<sup>46</sup> S. zusammenfassend *Neubaus*, Die These vom »absterbenden« Staat, Stimmen der Zeit, Bd. 6 (1960) S. 332 ff.; ferner *Westen*, Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Ansichten Joseph Stalins, 1953, S. 112 ff. Zur neueren Dogmatik s. etwa *Schroeder*, Inhalt und Entwicklung von Staat und Recht nach dem neuen Parteiprogramm der Kommunistischen Partei der Sowjetunion, Jahrbuch für Ostrecht Bd. III, 1962, S. 45 ff. (49 ff., 55 ff., 64 f.), Bd. IV, 1963, S. 49 ff. (58 ff., 60 ff, 63) m. w. Nachw.

liche Beziehungen sind genuin Beziehungen unter meist Ungleichen<sup>47</sup> – also zwischen Herrschenden und Beherrschten, Privilegierten, und Defizienten. Jede Abwägung zwischen »Staatlichem« und »Gesellschaftlichem« hat daher konkret zu *differenzieren*.

»Der freiheitlich-demokratische Rechtsstaat und die freie Gesellschaft sind zwei einander ergänzende Ausdrucksweisen desselben Volkes.«<sup>48</sup> Diese Ausdrucksweisen haben ihre Typik auch im Rahmen der sozialen Arbeit: auf der einen Seite die Möglichkeit hoheitlichen Zwangs, der Verfügung über allgemeine Haushaltsmittel, die spezifische Organisationsform der öffentlichen Verwaltung (des öffentlichen Dienstes) und schließlich die Ausrichtung auf möglichst allgemein brauchbare Lösungen; auf der anderen Seite Zwang allenfalls kraft – rechtlich nicht gehinderter, nicht aber vom Recht gezielt verliehener – sozialer Macht, wohl unumgänglich auch bürokratische<sup>49</sup>, aber doch nicht öffentlich-rechtliche in gesamtpolitische Verantwortlichkeiten eingespannte Organisationsformen, Speisung aus vornehmlich freiwillig aufgebrachtten Mitteln und – wenigstens potentiell – Ausrichtung auf irgendwie spezifische Haupt- oder Nebenziele der Arbeit.

Inwieweit dem ein potentielles oder effektives Mehr oder Weniger an *Freiheit* entspricht, wurde oben<sup>50</sup> bereits angedeutet. Fest steht, daß die »gesellschaftliche« nicht immer auch die »freiheitlichere« Lösung sein muß.

Den spezifisch *sozialen Effekt* steigert die Hereinnahme »gesellschaftlicher« Aktionseinheiten insofern, als damit der sozialen Arbeit Kräfte zugeführt werden, die Staat und Kommunen nicht aufbieten können<sup>51</sup>. Dieser Vorzug wird jedoch approximativ in dem Maße wieder aufgehoben, in dem die »öffentliche« Hilfe vor der »freien« zurückweicht. Funktionssperren zu Lasten der »öffentlichen« Hilfe vermindern – wenn nicht tilgen – den Zusatzlichkeitscharakter der »freien« Hilfen.

Ferner muß daran gezweifelt werden, daß »gesellschaftliche« Kräfte integral »gesellschaftlich« bleiben, obwohl sie durch – institutionalisierte und nicht institutionalisierte – Zusammenarbeit, durch Funktionssperren,

<sup>47</sup> S. z. B. *Wössner*, Die ordnungspolitische Bedeutung des Verbandswesens, 1961, insbes. S. 66 f. m. eingeh. Nachw.

<sup>48</sup> Abg. *Arndt*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9530; s. a. *Gundlach*, Art. »Gesellschaft« in: Staatslexikon, 6. Aufl. Bd. 3, 1959, Sp. 818 ff. (841 f.).

<sup>49</sup> S. z. B. auch *Wolf*, Diakonie S. 348; *Auerbach*, Miteinander S. 98; *Goppel*, Freie Wohlfahrtspflege im demokratischen Staat, Jugendwohl, 42. Jg. (1961) S. 220 ff. (227).

<sup>50</sup> S. 59 ff.

<sup>51</sup> S. nochmals Abg. v. *Bodelschwingh*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9026.

durch Unterstützungspflichten und durch weitergehende Aufgabenübertragung in das System der öffentlichen Wohlfahrtspflege einbezogen werden<sup>52</sup>. Daß zwischen »gesellschaftlichen« und staatlich-kommunalen Kräften ein Gefälle der sozialen Effizienz bei gleichen Mitteln bestehe – wird – soweit in der Diskussion um die gesetzliche Regelung der Sozialhilfe und der Jugendwohlfahrt zu sehen ist – ohnedies nicht behauptet und kann wohl auch nicht behauptet werden.

Ebensowenig eindeutig wie unter den allgemeinen Gesichtspunkten der »Freiheitlichkeit« und des Sozialen fällt die Wertung der »Gesellschaftlichkeit« etwa unter den Generalaspekten der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie aus. Alles weist auf die Unmöglichkeit pauschalen Urteils und die zwingende Notwendigkeit sachlich und rechtlich spezieller Untersuchung hin.

### III. Die »Pluralität« der Lösung

#### 1. Die Behauptung

Dem Leitbild der freiheitlichen Staats- und Gesellschaftsordnung, an dem sich der Gesetzgeber zu orientieren glaubte, unterstellte er ein Spezifikum, die Pluralität: »Nach umfassenden und eingehenden Beratungen hält es die Mehrheit auf Grund ihrer sozial-rechtsstaatlichen Ordnungsvorstellungen für zwingend erforderlich, in unserer heutigen pluralistischen Gesellschaft den Vorrang der Träger der freien (Jugend-)Hilfe im Gesetz klar und eindeutig zu verankern.«<sup>53</sup> Soziale Hilfe sei wesentlich weltanschaulich gebunden<sup>54</sup>. Der pluralistische Staat jedoch müsse weltanschaulich neutral sein, desgleichen die ihm eingegliederte Gemeinde<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> S. a. Abg. Metzger, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9029; Abg. Spitzmüller ebd. S. 9038; Wolf, Diakonie S. 347 f.; Bangert, Bundessozialhilfegesetz, S. 175. Goppel, a.a.O., S. 226; s. a. Herzog, Subsidiaritätsprinzip, S. 409 f. S. ferner nochmals oben S. 58 f., insbes. Fußn. 25.

<sup>53</sup> »Schriftlicher Bericht (Jugendfragen)«, S. 2; s. ferner Abg. Rommerskirchen, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9508; Abg. Rollmann, ebd. S. 9541. – Zu dem anderen Wortsinn der Pluralität, der primär eine Pluralität konkurrierender sozialer Gruppen meint, s. den nächsten Abschnitt (IV: Die Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip; unten S. 68 ff.).

<sup>54</sup> Abg. v. Bodelschwingh, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9026; Abg. Rommerskirchen und Abg. Rollmann, je a.a.O.

<sup>55</sup> Rommerskirchen, a.a.O.; Wuermeling, Bundesrat, 236. Sitzung vom 14. 7. 1961, Sten. Ber. S. 192. – Eingehend und dezidiert im Sinne dieser Konzeption: Höffner, Subsidiarität; Utz, Formen und Grenzen S. 117 f. und passim; Klein, Freie Wohlfahrtspflege, S. 71 f.; ders., Der Regierungsentwurf zum Bundessozialhilfegesetz, Caritas, 61. Jg. (1960), S. 111 ff. (113); ders., Kirchl. Liebestätigkeit, S. 153 und passim.

## 2. Kritische Sichtung

### a) *Pluralismus?*

Daß einem weltanschaulich neutralen Staat eine – wenigstens in weltanschaulicher Hinsicht – pluralistische Gesellschaft entspricht, ist richtig. Aber was ist mit dem vielberufenen Pluralismus mehr gesagt<sup>56</sup>?

Zunächst einmal ist dies ein Begriff der sozialwissenschaftlichen Diagnose.

Sodann mag er als Abkürzungsformel für bestimmte *Zielvorstellungen* der Staats- und Gesellschaftspolitik dienen. Diese Zielvorstellungen können radikal sein und so z. B. bis zum Verbot des Schulgebetes gehen, wie es in den Vereinigten Staaten gilt. Daß die Befürworter der hier zu untersuchenden Regelungen den Pluralismus in dieser Reinheit wollen, wird niemand annehmen dürfen. Der Widersprüche wären zuviele. Die pluralistische Zielvorstellung kann aber auch modifiziert sein. Dann scheint ein Mindestmaß an weltanschaulicher Einmütigkeit unverzichtbar<sup>57</sup>. Der Staat wird darauf verpflichtet und verpflichtet die Bürger darauf. Weiter kann die pluralistische Zielvorstellung auf gemäßigte Privilegierungen und Diskriminierungen gehen, die mit jenem Mindestmaß an Einmütigkeit eben noch vereinbar sind.

Was gilt? Ein objektives Kriterium ist vom Begriff des Pluralismus her nicht zu gewinnen. Und mit subjektiven Leitbildern einer pluralistischen Gesellschaft ist hier nichts genützt<sup>58</sup>.

### b) *Zur Neutralitätspflicht des Staates*

Verfassungsrechtlich ist der Staat – ebenso die ihm eingeschlossene Gemeinde und der Gemeindeverband – auf weltanschauliche Neutralität verpflichtet (Art. 3 Abs. 3, 4, 33 Abs. 3, 140 GG, Art. 137 Abs. 1 und 2 RV 1919)<sup>59</sup>.

Gleichwohl wäre es nicht nur methodisch unzulässig, sondern auch verfassungsrechtlich unbegründet, diesen Grundsatz über den Begriff des Pluralismus zu einer verbindlichen extremen Leitvorstellung zu überhöhen und

<sup>56</sup> S. zu diesem Schlagwort *Kaufmann*, Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart, JZ, 18. Jg. (1963), S. 137 ff. (141).

<sup>57</sup> Vgl. *Trost*, Subsidiarität S. 276.

<sup>58</sup> S. beispielhaft die Kontroverse zwischen *Höffner*, Subsidiarität und *Trost*, Subsidiarität.

<sup>59</sup> Darüber hinaus zur verwandten Toleranzpflicht des Staates auch sozialphilosophisch und -psychologisch ausholend *Werner*, Recht und Toleranz, 1963, insbes. S. B 11 ff.; *Kaufmann*, JZ, 18. Jg. (1963), S. 148.

zu radikalisieren. Das Grundgesetz »ist Ausdruck einer Wertordnung und verkörpert in den Grundrechtsnormen die unabstimmbare Einigkeit der Nation über unabdingbare Werte«. Nur sind »die Grundwerte nicht abschließend normiert, sondern gleichsam offen, d. h. sie lassen dem Menschen Raum, nach seinem Glauben und Denken, diese Wertergebnisse in letzten Wahrheiten zu begründen und sie zu vervollständigen«<sup>60</sup>.

Aber das Grundgesetz geht weiter. Es erhebt den Religionsunterricht an den öffentlichen Schulen zum ordentlichen Lehrfach (Art. 7 Abs. 3 Satz 1 GG), garantiert die Militär- und Anstaltsseelsorge (Art. 140 GG i. V. m. Art. 141 RV 1919), läßt das privilegierende Reichskonkordat – mit welcher Bindungskraft auch immer – bestehen (Art. 123 Abs. 2 GG)<sup>61</sup> und wird – zu Recht oder zu Unrecht – im Sinne eines sog. Öffentlichkeitsanspruchs der Kirchen verstanden<sup>62</sup>. Unter seiner Herrschaft ist die öffentliche Bekenntnisschule der weithin herrschende Schultyp geblieben.

Alles in allem kann von einer totalen und unbedingten Neutralität – oder wenn man diesen Ausdruck vorzieht: Pluralität – nicht gesprochen werden. Vielmehr kann nur an Hand der Grundrechte und Verfassungsgarantien untersucht werden, ob der Staat die ihm von der Verfassung gezogenen Grenzen im jeweils besonderen Zusammenhang überschritten hat oder zu überschreiten im Begriffe ist – und damit den Boden der verfassungsrechtlich rezipierten und konstituierten gemeinsamen Wertordnung verläßt. Dabei wird immer mit zu bedenken sein, was schon unter dem Aspekt der »Freiheitlichkeit« und der »Gesellschaftlichkeit« angesprochen wurde: »Es ist nicht mehr der Staat allein, der zu fürchten ist; der Räuber der individuellen Freiheit ist der Despotismus der pluralistischen Gruppen.«<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Abg. *Arndt*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9530. S. a. *Becker*, Jugendhilfe und Subsidiarität, S. 25. – Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das die Verfassungsordnung als Wertordnung versteht, s. neuerdings eingehend *Rinck*, Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, JZ, 18. Jg. (1963), S. 521 ff. (524 ff.) m. eingeh. Nachw. – Interessant die Gegenüberstellung bei *Klein*, Freie Wohlfahrtspflege, S. 171 f.: »Aus der staatlichen und kommunalen Einheit . . . läßt sich eine Kollektivethik . . . als ausreichende Grundlegung und als Ziel behördlicher Fürsorge nicht rechtfertigen . . .«, wohl aber seien zur ethischen Definition die »Gesellschaftsgruppen« geeignet, »in die der Hilfsbedürftige hineingeboren und von denen er zunächst umgeben ist«.

<sup>61</sup> Vgl. BVerfGE 6, 309.

<sup>62</sup> S. dazu unten S. 107 ff.

<sup>63</sup> *Löwenstein*, Verfassungslehre, 1959, S. 387.

c) *Zu den Sachfragen*

Aber nicht nur die Neutralitätspflicht des Staates läuft Gefahr, mißverstanden zu werden. Auch die sachlichen Prämissen der gängigen Argumentation halten der Nachprüfung nicht immer stand.

Über die übliche Behauptung, der *Staat* (immer einschließlich seiner Kommunen verstanden) sei *außerstande*, *weltanschaulich* orientierte *Hilfe* zur Verfügung zu *stellen*, sollte kein Wort mehr verloren werden müssen<sup>64</sup>. Sind es doch gerade die Kräfte, die im Hinblick auf die Wohlfahrtspflege dem Staat diese Fähigkeit absprechen, welche ihm als Träger von Bekennnisschulen usw. intensiv weltanschaulich gebundene Erziehung nicht nur zutrauen, sondern abverlangen. Schließlich aber wäre, wenn der Staat wirklich keine wertgebundene Erziehung bieten könnte, keine Hoffnung etwa für die Jugendlichen, die ohne Elternhaus und ohne Zugehörigkeit zu einer weltanschaulichen Gruppe allein auf die Hilfe der staatlichen Gemeinschaft angewiesen sind.

Aber auch gegenüber dem Satz, *soziale Hilfe* sei *wesentlich weltanschaulich gebunden*, sind Bedenken anzumelden. Soziale Hilfe kann weltanschaulich gebunden sein, kann als weltanschaulich gebundene gefragt und – nicht nur von den missionarischen Absichten der helfenden Gruppe<sup>65</sup>, sondern, was hier allein interessieren kann, auch von der humanitären, sozialen Effizienz her – von besonderem Nutzen sein. Aber daß sie auch über die weltanschauliche Unterweisung von Kindern und Jugendlichen und über den seelsorgerischen Zuspruch hinaus weltanschaulich gebunden sein *müßte*, wäre einfach eine Übertreibung<sup>66</sup>. Träfe es zu, so müßte entweder zugege-

<sup>64</sup> S. dazu auch *Becker*, Jugendhilfe und Subsidiarität, S. 25 f.

<sup>65</sup> Zur Gefahr missionarischer Denaturierung der Fürsorge s. *Scherpner*, S. 130 ff.

<sup>66</sup> Vollends abwegig ist es, zu behaupten, das Grundgesetz (!) fordere, die religiöse Seite der Sozialhilfe besonders zu betonen; so aber *Jandl*, Die Caritas in der Stunde der neuen Sozialgesetze, Caritasdienst, 14. Jg. (1962), S. 1 ff. (1). – Bezeichnend für die Übersteigerungen, die in dieser Richtung unterlaufen, auch *Klein*, Kirchliche Liebestätigkeit, S. 138: »Ob es die allgemeine Sozialberatung ist, die Ausbildungshilfe, die vorbeugende Gesundheitsfürsorge (Gesundheitserziehung, Krankenberatung, Mütterberatung, Säuglingsfürsorge, Erholungs- und Kurfürsorge), die Krankenfürsorge (ambulante oder stationäre Krankenpflege), die Eingliederungshilfe (hierbei sind die verschiedenen chronischen Leiden nach Krankheit oder Unfall zu sehen, wie u. a. bei den Tuberkulösen, Körperbehinderten, Geisteskranken, Schwachsinnigen, Taubstummen und Blinden), die Hilfe für die Familie (hier vor allem die Müttererholung und die Haus- und Familienpflege), die Hilfe für die Alten (Überwindung der Altersschwierigkeiten . . .), die Hilfe für Gefährdete (Sorge um die Straftatlassenen, Alkoholkranken und andere Süchtige, Streunende und Nichtsehaftige, Arbeitsentwöhnte und Arbeitsscheue, Frauen,

ben werden, die kommunalen Träger seien wirklich fähig, auch weltanschaulich gebundene Hilfe zu gewähren, oder sie hätten nie versuchen dürfen, Hilfe zu leisten. Träfe es zu, so wäre ferner nicht länger einzusehen, warum die ungezählten sozialen Hilfen, die außerhalb des Sozialhilfe- und Jugendwohlfahrtsrechts gewährt werden, nicht sämtlich weltanschaulich gebunden sind<sup>67</sup>.

Endlich führt es an der Wahrheit vorbei, den Staat kraft seiner Neutralitätspflicht aus der für weltanschaulich gebunden erachteten sozialen Arbeit herauszuhalten, ihm aber andererseits Unterstützung für die Sozialwirksamkeit weltanschaulich gebundener gesellschaftlicher Kräfte abzuverlangen. Diese indirekte Förderung weltanschaulicher Einrichtungen bringt ihn mehr als die eigene, unmittelbare, publike und kontrollierte Darbietung des erforderlichen Maßes an weltanschaulich gebundener Hilfe in die Versuchung, *weltanschauliche Richtungen zu manipulieren*<sup>68</sup>. Ja, letztlich liegt darin immer ein Verzicht auf weltanschauliche Neutralität.

#### d) Der Staat als Ausfallbürge der pluralistischen Gesellschaft

Der Staat (die Gemeinde, der Landkreis) ist also – sei es nun, weil soziale Hilfe auch weltanschaulich neutral geleistet werden kann; sei es, weil die Bindung an die Wertordnung des Grundgesetzes als Wertprägung hinreicht; sei es schließlich, weil er auch weltanschaulich orientierte Hilfe darbieten kann – als Träger sozialer Hilfe sehr viel mehr und vielfältiger leistungsfähig, als das pluralistische Argument gegen die öffentliche Wohlfahrtspflege das wahrhaben will. Diese Leistungsfähigkeit ist die gegebene Entsprechung zu der Nachfrage nach nicht, nicht so sehr oder anders weltanschaulich geprägter Hilfe, welche die weltanschaulichen Gruppen unbefriedigt lassen. Wenn es schon zum Bild des pluralistischen Staates gehört, daß er diejenigen gewähren läßt, die ihr Genügen in ihrer gesell-

die in sexuelle Haltlosigkeit abgleiten), *in allen diesen Bereichen* der Fürsorge geht es entscheidend darum, daß *diese Hilfen* in ihrem Kern *weltanschaulich und aus katholischer Sicht sittlich-religiös* geprägt sein müssen, wenn die Hilfe wirklich umfassend und personengerecht sein soll« (Sperrung nicht im Original). – Ähnlich *ders.*, Fürsorge-rechtsreform, S. 199. – Einen besonders eindrucksvollen Beleg für die hinter dem Gesetz stehenden Zielvorstellungen gibt auch ab: *Zillken*, Der Eigenwert.

<sup>67</sup> Konsequenz insofern *Klein*, Kirchliche Liebestätigkeit, S. 125: »Mit Recht bezeichnet *Messner* als den Kern einer *Sozialreform* die sittliche Erneuerung, die Neuerweckung sittlicher und religiöser Kräfte und die *Rechristianisierung der Gesellschaft*, wenn sie dauernde Erfolge haben soll« (Sperrung abweichend vom Original).

<sup>68</sup> *S. Scherpner*, S. 181.

schaftlichen Gruppe finden, so muß es durch staatliche Verantwortung für diejenigen ergänzt werden, die keiner entsprechend leistungsfähigen Gruppe angehören. Ansonsten bedeutet Pluralismus nichts anderes als einseitige Entfunktionalisierung des Staates zugunsten gesellschaftlicher Gruppen. Und das ist allemal ein Mißverständnis oder ein Mißstand<sup>69</sup>.

Der Staat muß also, wie sehr er auch Gruppen leisten lassen mag, was sie leisten können, die Hilfe bieten, die gesucht und von den Gruppen nicht geboten wird. Gerade diese Hilfe – die neutrale Hilfe, die Hilfe für den Einzelgänger und Außenseiter – werden Staat und Kommunen aber sehr oft nicht gewähren können, wenn sie der Vorrang der »freien« Wohlfahrtspflege an der rechtzeitigen Entfaltung ihrer eigenen Möglichkeiten hindert<sup>70</sup>.

*Abschließend* darf gesagt werden, daß in mannigfacher Hinsicht kein den zu prüfenden Regelungen zugeteiltes Prädikat so zweifelhaft ist wie das pluralistische.

#### IV. Die Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip

Zu den Grundgedanken der Neuregelung zählt nicht zuletzt das sog. Subsidiaritätsprinzip<sup>71</sup>. Aber auch daraus ist keine Legitimation – schon gar keine verfassungsrechtliche Legitimation – der getroffenen Regelung abzuleiten.

##### 1. Subsidiarität als fürsorgerechtliches Prinzip

Im Fürsorgerecht ist es üblich, in mehrfacher Hinsicht von Subsidiarität zu sprechen: im Verhältnis der Fürsorge zur Selbsthilfe des Hilfesuchenden; im Verhältnis der Fürsorge zur Hilfe Dritter (Angehöriger, Freunde, privater Wohltäter usw.); im Verhältnis der Fürsorge zu anderen Sozialleistungen (Sozialversicherung, Versorgung); und schließlich im Verhältnis der »öffentlichen« zur »freien« Wohlfahrtspflege<sup>72</sup>. Dieser letztere Gesichtspunkt steht von Problematik und Tradition des Fürsorgerechts her nicht im Vordergrund. Wesentlich ist für die Fürsorge vielmehr die Subsidiarität der öffentlichen (Fremd-)Hilfe im Verhältnis zur Selbsthilfe.

<sup>69</sup> S. nochmals oben S. 56 ff. und S. 63 ff., ferner unten S. 119 ff.

<sup>70</sup> Vgl. Abg. Metzger, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9030; Abg. v. Mühlen, ebd. S. 9032. – S. ferner Klingbeil, insbes. S. 141.

<sup>71</sup> EntwBSHG S. 32 zu II 3, S. 39 zu § 10, S. 56 zu § 86.

<sup>72</sup> S. etwa Oestreicher, § 93 Rdnr. 4.

Der Unterschied der Aspekte ist evident<sup>73</sup>. Die undifferenzierte Berufung auf die Subsidiarität als Traditionsprinzip des Fürsorgerechts<sup>74</sup> ist deshalb schon in sich ohne Überzeugungskraft<sup>75</sup>. Eine besondere Tradition in Richtung auf die »freie« Wohlfahrtspflege wird wohl schon deshalb kaum angerufen, weil gerade insofern die alten Abmaße überschritten wurden. Die mögliche Bedeutung eines spezielleren Traditionsarguments kann deshalb unerörtert bleiben.

## 2. Das allgemeine Subsidiaritätsprinzip

### a) Vorbemerkung

Das Subsidiaritätsprinzip wird jedoch weit über die Wohlfahrtspflege hinaus als allgemeines rechtspolitisches, naturrechtliches und sogar verfassungsrechtliches Prinzip in Anspruch genommen<sup>76</sup>. Als solches soll es besagen, daß dem einzelnen von der Gemeinschaft nicht abgenommen werden soll, was er selbst bewältigen kann, daß die Gemeinschaft ihm aber Hilfe gewähren muß, wo er ohne diese nicht mehr auskommen kann; und ferner soll danach die jeweils engere Gemeinschaft selbst erledigen, was im Rahmen ihrer Fähigkeiten liegt, während die jeweils weitere Gemeinschaft einzutreten hat, wenn eine Aufgabe die Kräfte der engeren Gemeinschaft übersteigt. Dieser letztere Gesichtspunkt interessiert hier.

### b) Das Subsidiaritätsprinzip als Rechtfertigung der fraglichen Regelungen

Der Regelung des Bundessozialhilfegesetzes und des Jugendwohlfahrtsgesetzes zugrunde gelegt<sup>77</sup>, offenbart das Subsidiaritätsprinzip seine ernstlichen inneren Schwächen und vermag es das Gesetz auch sonst nicht zu rechtfertigen<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> S. a. Oel, Das Bundessozialhilfegesetz, Der Städtetag, 14. Jg. (1961), S. 350 ff. (350 f.).

<sup>74</sup> S. EntwBSHG S. 32 zu II 3; Dr. Schröder als Bundesminister des Innern, Bundestag, 111. Sitzung vom 4. 5. 1960, Verhandlungen S. 6255.

<sup>75</sup> Zur Kritik s. etwa auch Weller, Partnerschaft, S. 168.

<sup>76</sup> S. hierzu zusammenfassend m. eingeh. w. Hinweisen v. Nell-Breuning, Art. »Subsidiaritätsprinzip« im Staatslexikon, 6. Aufl., Bd. 7, 1962, Sp. 826 ff.; Herzog, Subsidiaritätsprinzip. – S. ferner die im folgenden gegebenen Nachweise.

<sup>77</sup> S. außer EntwBSHG und Dr. Schröder, je oben Fußn. 74, a.a.O., z. B.: Abg. Nellen, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9045; Bender, Rechtsgutachten, S. 33 ff.; Süsterhenn, Gutachten, S. 12 ff.; Klein, Kirchliche Liebestätigkeit, desgl. fast alle seine anderen vor und nachzitierten Veröffentlichungen, je passim. Utz, Subsidiaritätsprinzip vor dem Verfassungsgericht.

<sup>78</sup> S. allgemein Graaff (Niedersachsen), Bundesrat, 224. Sitzung vom 28. 10. 1960, Sten.-Ber. S. 502; Abg. Metzger, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen

aa) *Die Unbestimmtheit des Subsidiaritätsprinzips – Allgemeines*

Das Subsidiaritätsprinzip ist in sich unbestimmt. Es kann nicht im Wege einfacher Subsumtion auf den zu regelnden Sachverhalt angewendet werden. Vielmehr kann es nur über einen positiv gestaltenden, Sachverhalt und Zweckmäßigkeit wägenden politischen Willensakt realisiert werden<sup>79</sup>. Dabei scheinen – je nach Sachlage in verschiedener Weise und insbes. unterschiedlicher Deutlichkeit – grundsätzlich beide für das Subsidiaritätsprinzip typischen Fragen offen zu sein: die Frage, welches der engere und welches der weitere Verband ist; und die Frage, welche Aufgaben welcher Verband noch oder nicht mehr bewältigen kann<sup>80</sup>. Das erweist sich gerade auch im Hinblick auf die Ordnung des Verhältnisses zwischen »öffentlicher« und »freier« Wohlfahrtspflege.

bb) *Das Verhältnis des »engeren« zum »weiteren« Verband*

Die jeweils engeren und weiteren Einheiten zu bestimmen, bereitet keine Schwierigkeiten im Rahmen rein gebietskörperschaftlicher Gliederung. Sie bildet regelmäßig ein Schema, aus dem sich die Relation zwischen »enger« und »weiter« mühelos ablesen läßt. Für personenbezogene Verbände jedoch gibt der graphische Ästhetizismus des Subsidiaritätsprinzips meist nichts her. Vor allem das Verhältnis zwischen unterstaatlichen Gebietskörperschaften

S. 9027 ff.; Abg. *Nellen*, ebd. S. 9036; *Rendtorff*; *Weller*, Partnerschaft, S. 167 ff.; *Fichtner*, S. 325 ff., 328 ff. S. zum Problem auch *Heinke*, Freiheit in der Sozialordnung. – Interessanterweise zieht *Küchenhoff* – sowohl ein Befürworter des Subsidiaritätsprinzips als auch der beiden Sozialgesetze – in seinem Aufsatz über »Subsidiarität und Solidarität im Betriebsverfassungsrecht« (Betrieb, 16. Jg. [1963], S. 765 ff., 799 ff. [767]) nicht § 10 BSHG und §§ 5, 7, 8 JWG, sondern § 2 Abs. 1 BSHG und § 1 Abs. 3 JWG als Beispiele für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips heran.

<sup>79</sup> S. dazu *van der Ven*, Organisation, Ordnung und Gerechtigkeit, in: *Utz*, Subsidiaritätsprinzip, S. 45 ff. (53); *Küchenhoff*, Staatsverfassung und Subsidiarität, ebenda S. 67 ff. (72); *Utz*, Formen und Grenzen, 1956, S. 83 f.; *Süsterhenn*, Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift für Hans Nawiasky, 1956, S. 141 ff. (148 f.); *Herzog*, Subsidiaritätsprinzip, insbes. S. 420 ff. – Aus der konkreten Diskussion s. Abg. *Metzger*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9027; Abg. *Nellen*, ebd., S. 9035; Abg. *Wessel*, Bundestag, 158. Sitzung vom 4. 5. 1961, Verhandlungen S. 9061 f.; *Höffner*, Subsidiarität, S. 274.

<sup>80</sup> S. zu den Rangproblemen außer den Vor- und Nachgenannten: *Hengstenberg*, Philosophische Begründung des Subsidiaritätsprinzips, in: *Utz*, Das Subsidiaritätsprinzip, S. 19 ff. (37, 39); *van der Ven*, a.a.O., S. 49 ff.; *Rauscher*, Subsidiaritätsprinzip und berufsständische Ordnung in »Quadragesimo anno«, 1958, S. 58 f.; *Herzog*, Subsidiaritätsprinzip, insbes. S. 401 ff.

(Kommunen) und Personalverbänden kann nachgerade als eine Lücke des Subsidiaritätsprinzips angesprochen werden. Das mag in einer maximal mobilen, egalitären, pluralistischen Gesellschaft besonders spürbar sein, weil die Scheinsicherheit vorgefaßter (ständischer) Ordnungsbilder fehlt<sup>81</sup>. Bei Licht besehen, ist dieser Mangel dem Subsidiaritätsprinzip jedoch durchwegs eigentümlich<sup>82</sup>.

Das Konkurrenzverhältnis zwischen »öffentlicher« und »freier« Wohlfahrtspflege demonstriert das nachdrücklich. Kleine und schwache sowie große und mächtige, immer aber allzuständige Kommunen stehen kleinen und schwachen sowie großen und mächtigen, immer aber spezialisierten Verbänden gegenüber. Was ist enger, was weiter<sup>83</sup>? Wenn eine riesige Wohltätigkeitsorganisation als engere Einheit der überschaubaren Gemeinde als der weiteren Einheit vorgezogen wird, so wird diese Entscheidung nicht dadurch glaubwürdiger und überzeugender, daß das Kriterium »kleiner« durch das Merkmal »intimer« und »persönlichkeitsnäher« ersetzt wird<sup>84</sup>.

Völlig übergangen pflegt zu werden, daß der Hilfsbedürftige einem Verband in besonderer Weise dadurch verbunden sein kann, daß er ihm als

<sup>81</sup> S. hierzu Abg. *Wessel*, Bundestag, 158. Sitzung vom 4. 5. 1961, Verhandlungen S. 9062; *von Hase*, Der unveränderte Auftrag, in: Evangelische Stimmen zum Bundessozialhilfegesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz, hrsg. von Georg Suhr, 1962, S. 111 ff. (118). – Weit ausholend zur Homogenität der Gesellschaft als Voraussetzung der Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips, *Rendtorff*.

<sup>82</sup> Vgl. *Hengstenberg*, Philosophische Begründung des Subsidiaritätsprinzips, in: *Utz*, Das Subsidiaritätsprinzip, S. 28 f. 41; *Küchenhoff*, Staatsverfassung und Subsidiarität, ebd., S. 80; s. a. *Fichtner*, S. 328; s. neuerdings den umfassenden – und hoffentlich die Diskussion abschließenden – Beitrag von *Herzog*, Subsidiaritätsprinzip, inbes. S. 401 ff.

<sup>83</sup> Dafür, daß die Konkurrenz vom Subsidiaritätsprinzip her nicht gelöst werden kann, s. Abg. *Metzger*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9028; Abg. *Wessel*, a.a.O. S. a. Abg. *Barzel*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9039: »Die Subsidiarität ist die Quelle sowohl des Vorranges der freien Kräfte wie der Selbstverwaltung der Gemeinden.« – Mit weiter greifender Begründung *Rendtorff*; s. a. *Heinke*, Freiheit in der Sozialordnung, S. 78; *Herzog*, Subsidiaritätsprinzip, S. 403 ff., insbes. Fußn. 17. – Wer es sich wie *Brandenburg* (Caritas und Wohlfahrtspflege, 1959, S. 173 f.) leichtmacht und nur Staat und »freie« Hilfe gegenüberstellt, kann unschwer zu radikalen Ergebnissen kommen.

<sup>84</sup> So aber *Süsterhenn* (Gutachten, S. 21) und *Bachof* (*Rechtsgutachten*, S. 8) gegen *Walter Dirks*, Ghetto im Angriff, Frankfurter Hefte, 1962, S. 295 ff. (296 f.). Kritik im Sinne des Textes (mit sehr grundsätzlicher Begründung) auch *Herzog*, Subsidiaritätsprinzip, S. 404 ff. Gegen Bevorzugung der großen Verbände gegenüber den Kommunen s. ferner *Ehlers* (Bremen), Bundesrat, 236. Sitzung vom 14. 7. 1961, Sten.Ber. S. 188; Abg. *v. Mühlen*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9513.

Teilhaber kollektiver Autonomie zugehört, während er den Verband als den ferneren und »weiteren« ansehen mag, der sich ihm als Hilfsbedürftigen zuwendet, ohne ihn aktiv gliedschaftlich aufzunehmen. An der Kommune hat jeder Hilfsbedürftige seinen demokratisch-autonomistischen Anteil. An den Verbänden der »freien« Wohlfahrtspflege hat er diesen fast nie.

cc) *Welcher Verband qualifiziert sich als leistungsfähig?*

Kaum weniger problematisch als die Bestimmung des »engeren« und »weiteren« Verbandes ist die Abgrenzung der Leistungsfähigkeit<sup>85</sup>.

Dieses Kriterium an das Gesetz anzulegen, hat von vornherein nur Sinn, wenn mit dem Gesetzgeber davon ausgegangen wird, daß immer die »freie« Wohlfahrtspflege durch einen im Verhältnis zur Kommune »engeren« Verband tätig wird. Sonst ist es nicht verständlich, daß er die umfassende Leistungsfähigkeit der Kommunen zwar voraussetzt, sie jedoch nie zum Anlaß nimmt, diese der »freien« Wohlfahrtspflege vorzuziehen.

In der »aufsteigenden Linie« von der »freien« zur »öffentlichen« Wohlfahrtspflege dagegen geht das Gesetz von der subsidiären Eintrittspflicht der kommunalen Träger als der »höheren« Einheiten aus, greift in deren Ausschluß zugunsten der »niedrigeren« jedoch extrem weit<sup>86</sup>. Das zeigt sich schon etwa in der Regelung des § 93 Abs. 1 Satz 2 BSHG: Die »öffentliche« Wohlfahrtspflege muß schon zurückstehen, wenn die »freie« auch nur in Zukunft einmal wird leisten können<sup>87</sup>. Vor allem aber wird es deutlich in der Gestaltung der Unterstützungspflicht<sup>88</sup>. Kann die »freie« Wohlfahrtspflege aus eigenen Kräften eine Aufgabe nicht erfüllen, so wird ihr das nicht als Leistungsunfähigkeit angerechnet. Vielmehr wird die »öffentliche« Wohlfahrtspflege gehalten, die »freie« zu fördern; und alles, was diese kraft der »öffentlichen« Hilfe leisten kann, wird ihr als Leistungsfähigkeit zugerechnet.

Nun gehört es zwar auch zur Lehre vom Subsidiaritätsprinzip, daß die »höhere« Einheit vor der Übernahme der Aufgabe zu versuchen hat, durch

<sup>85</sup> S. zu diesem Subsidiaritätsproblem allgemein *Herzog*, Subsidiaritätsprinzip, S. 408 ff.

<sup>86</sup> Vgl. Abg. *Nellen*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9044: »Man kann die Subsidiarität positiv nicht durchpauken, wenn man allzu negativ der öffentlichen Hand das Subsidium schlechterdings unmöglich macht.«

<sup>87</sup> S. hierzu unter dem Blickwinkel des Subsidiaritätsprinzips: Abg. *v. Mühlen*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9033.

<sup>88</sup> S. hierzu auch Abg. *Spitzmüller*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9038.

Unterstützung der »niedrigeren« so zu helfen, daß sie ihre Aufgaben selbst erfüllen kann<sup>80</sup>. Allein gerade hierin liegt eine jener Wertungen fordernden Unbestimmtheiten des Subsidiaritätsprinzips. Daß ein Verband eine Aufgabe nicht ohne fremde Hilfe erfüllen kann, kann ebensogut als ein Indiz dafür angesehen werden, daß diese Aufgabe nicht *seine* Aufgabe ist, wie daraus gefolgert werden kann, der höhere Verband müsse nur ergänzend eintreten, nur die Hilfe sei seine Aufgabe, nicht die Agenda selbst. Liegt hierin ein Spielraum, der einmal mehr die Aussageschwäche des Subsidiaritätsprinzips erkennen läßt<sup>80</sup>, so muß andererseits doch gesagt werden, daß der Gesetzgeber den Geist des Subsidiaritätsprinzips nicht oder nur recht grob verstanden hat, indem er dieses Problem überhaupt nicht sah, vielmehr die Möglichkeit, Hilfsbedürftigkeit des »engeren« Verbandes bedeute Leistungsunfähigkeit und Aufgabenfremdheit, schlechtweg ignorierte<sup>81</sup>.

Endlich muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß das Subsidiaritätsprinzip nur die Entscheidung zwischen potentiell gleicherweise zur Leistung angelegten Einheiten steuern kann. Träfe es also zu, daß nur die (weltanschaulich orientierte) gesellschaftliche Gruppe erziehen oder wenigstens weltanschaulich erziehen könnte<sup>82</sup>, so könnte der Staat (die Kommune) auch nicht subsidiär als Erzieher zum Zuge kommen. Vor allem aber müßte umgekehrt gefragt werden, ob weltanschaulich gebundene gesellschaftliche Gruppen zu einer weltanschaulich offenen (neutralen) Erziehung befähigt sind. Wer dies verneint und dennoch das Bedürfnis nach weltanschaulich offener Erziehung nicht leugnet oder als illegitim abtut, kann weltanschaulich gebundene Gruppen auch nicht subsidiär zu weltanschaulich neutraler Erziehung berufen.

### c) Zur Geltungskraft des Subsidiaritätsprinzips

Doch selbst wenn die Regelung überzeugend aus dem Subsidiaritätsprinzip gerechtfertigt werden könnte, ja wenn sie sich als die allein richtige subsidiaristische Lösung darstellte, erübrigte das nicht die konkrete Prüfung

<sup>80</sup> Vgl. die Alternative bei *Höffner*, Subsidiarität, S. 274. — S. aber auch *Utz*, Sozialethik, Bd. I, 1958, S. 280: »Somit ist das Subsidiaritätsprinzip nicht eigentlich ein Grundgesetz der Hilfeleistung, sondern der Zurückhaltung . . .« — Eingehend zu dieser Problematik *Herzog*, Subsidiaritätsprinzip, S. 408 ff.

<sup>80</sup> Zum Problem der Differenzierung s. *Herzog*, a.a.O.

<sup>81</sup> S. die verwandte Haltung bei *Höffner*, Subsidiarität, S. 275 (trotz des offenen Ansatzes, S. 274). Zu den damit zusammenhängenden grundsätzlichen Fragen und Einstellungen s. *Herzog*, a.a.O.

<sup>82</sup> S. o. S. 67 u. S. 70 ff.

ihrer Verfassungsmäßigkeit. Das Subsidiaritätsprinzip für sich ist kein irgendwie relevanter positiv-rechtlicher Titel.

*aa) Das Subsidiaritätsprinzip als sozialetischer Satz*

Das Subsidiaritätsprinzip ist vornehmlich in der kath. Soziallehre entwickelt worden<sup>93 94</sup>. Deren Eigenart gemäß beanprucht es Geltung als naturrechtliches und sozialetisches Prinzip.

Inwieweit es als moraltheologische Lehre verbindlich gesetzt wird, kann nur den jeweils kirchlich Gebundenen interessieren. Die Frage ist hier irrelevant<sup>95</sup>.

Nun wurde aber ohnedies nicht der Versuch unternommen, das Gesetz unter Bezugnahme auf die katholische Moraltheologie zu rechtfertigen. Vielmehr wurden im Gegenteil Bedenken angemeldet, »ein bestimmtes Ordnungsbild, das in der katholischen Kirche entwickelt worden ist, für alle verbindlich zu machen«<sup>96</sup>. Der Vorwurf läuft auf den Einwand der Gleichheit und Freiheit des Bekenntnisses (Art. 3 Abs. 3, Art. 4 GG) und der Abwesenheit einer Staatskirche (Art. 140 GG i. V. m Art. 137 Abs. 1 RV 1919) hinaus.

Nicht Grundsätze der katholischen Kirche wurden jedoch für verbindlich erklärt; vielmehr haben sich an der Gesetzgebung Beteiligte, die diese Grundsätze für verbindlich oder wenigstens für gut hielten, daran gehalten. Sie sind dabei – vielleicht – ihrem Gewissen gefolgt (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG). Aber von der Weitergabe eines Gewissenszwangs oder gar von theoretischer Illegitimität kann nicht die Rede sein<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> S. aus den Vorgenannten: *Utz*, Subsidiaritätsprinzip; *ders.*, Formen und Grenzen; *Süsterhenn*, Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, in: *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, Festschrift für Hans Nawiasky, 1956, S. 141 ff.; *Rauscher*, Subsidiaritätsprinzip und berufsständische Ordnung in »Quadragesimo anno«, 1958. Ferner: *Link*, Das Subsidiaritätsprinzip, 1955;

<sup>94</sup> *Marcic*, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 1957, S. 428 ff. Ähnliche Tendenzen aus evangelischer Sicht s.z. B. *Berggrav*, Der Staat und der Mensch, 1946, S. 181 ff., 186 ff.; s. hierzu ferner *Cordes*, Kann evangelische Ethik sich das Subsidiaritätsprinzip, wie es in der Enzyklika »Quadragesimo anno« gelehrt wird, zu eigen machen? *Zeitschrift für evangelische Ethik*, 1959, S. 145 ff. – Zu weiteren Wurzeln s. etwa *Süsterhenn*, Gutachten, S. 11 ff.

<sup>95</sup> S. a. *Thieme*, Subsidiarität, S. 16 f.

<sup>96</sup> Abg. *Metzger*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1963, Verhandlungen S. 9027.

<sup>97</sup> Vgl. *Küchenhoff*, Rechtsgutachten, S. 21 f.; *Fröhler*, Rechtsgutachten, S. 29 f.; *Ule*, Rechtsgutachten, S. 29; *Bender*, Rechtsgutachten, S. 31 f., 35 f.

*bb) Das Subsidiaritätsprinzip als Naturrechtssatz*

Auch als ein Naturrechtssatz, der ohne den Willen, ja auch gegen den Willen des Verfassungsgebers für den Gesetzgeber verbindlich wäre, wird das Subsidiaritätsprinzip im konkreten Streitfall nicht in Anspruch genommen. Mit Recht. Es soll hier nicht auf die unerhört vielfältige Problematik der Verbindlichkeit und Findung von Naturrechtssätzen im allgemeinen eingegangen werden. Jedenfalls sub specie der anerkannt geltenden Rechtsordnung ist das Subsidiaritätsprinzip als Naturrechtssatz nicht verbindliches Recht.

Als maßgeblich sei dabei die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde gelegt. Danach ist der Gesetzgeber zwar grundsätzlich auch an überpositives Recht gebunden<sup>98</sup>. Jedoch kann es nicht darum gehen, »eklektisch Normgut aus der »Vielfalt der Naturrechtslehren« zu entnehmen, »die zutage tritt, sobald der Bereich fundamentaler Rechtsgrundsätze verlassen wird, und die sich vor allem bei der Erörterung der innerhalb der naturrechtlichen Diskussion selbst sehr bestrittenen Fragen des Verhältnisses ›Naturrecht und Geschichtlichkeit‹, ›Naturrecht und positives Recht‹ zeigt«<sup>99</sup>. Letztlich ergibt sich nur die Möglichkeit, die »äußersten Grenzen der Gerechtigkeit« zu wahren, »unrichtiges Recht« zu beseitigen, das nicht nur ungerecht und unzweckmäßig ist, sondern dessen Widerspruch zur Gerechtigkeit ein »unerträgliches Maß« erreicht hat<sup>100</sup>.

Es wird noch festzustellen sein, in welchem Umfang das Grundgesetz das Subsidiaritätsprinzip in Einzelausformungen positiviert hat. Soweit das nicht der Fall ist und der Gesetzgeber somit zunächst die Möglichkeit hat, davon abzuweichen, könnte das vom Naturrecht her nur dann kritisiert und korrigiert werden, wenn das Subsidiaritätsprinzip zu den sicheren und eindeutigen fundamentalen Rechtsgrundsätzen gehörte, an deren Existenz, Inhalt und Verbindlichkeit berechnete Zweifel nicht erlaubt erscheinen. Mit anderen Worten: Die Nichtachtung des Subsidiaritätsprinzips müsste dem Gerechtigkeitsgefühl unerträglich sein. Das kann nicht ohne Anmaßung behauptet werden.

<sup>98</sup> BVerfGE 1, 14 (18).

<sup>99</sup> BVerfGE 10, 59 (81). Unter Berufung auf diesen Satz lehnt auch *Thieme* (Subsidiarität, S. 17) die naturrechtliche Geltung des Subsidiaritätsprinzips ab.

<sup>100</sup> BVerfG 3, 225 (233).

## cc) Subsidiaritätsprinzip und Verfassung

## aaa) Positivierung des Subsidiaritätsprinzips kraft allgemeiner Rechtsüberzeugung

Der Mangel eines entsprechenden Rückhalts im allgemeinen Rechtsbewußtsein<sup>101</sup> schließt auch aus, im Subsidiaritätsprinzip ein vom Verfassungsgeber als selbstverständlich vorausgesetztes oder jedenfalls von der Verfassung als Ausfluß elementaren Wertempfindens der Rechtsgemeinschaft impliziertes und so ohne Rücksicht auf jeden textlichen Niederschlag positiviertes Rechtsprinzip zu sehen<sup>102</sup>.

## bbb) Ermittlung des Subsidiaritätsprinzips durch Analogie?

So bleibt zu erwägen, ob die Summe der einzelnen verfassungsrechtlichen Ausgrenzungen und Leithinweise zugunsten des Individuums und engerer Gemeinschaften zu einem selbständigen verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzip überhöht werden darf oder muß<sup>103</sup>. Doch genügt dafür nicht, daß

<sup>101</sup> S. a. *Thieme*, Subsidiarität, S. 17 f. m. w. Nachw.; kritisch ferner *Simon*, Katholisierung des Rechtes?, 1962, S. 43 ff.; s. a. den in seiner Weise erstaunlichen Anspruch des Bundessozialgerichts (BSGE 6, 213 [225]): Der »Grundsatz, daß die Allgemeinheit nur dann Träger von Maßnahmen sein soll, wenn diese Aufgabe nicht auch von einer kleineren Gemeinschaft ebenso gut erfüllt werden könnte . . ., kann nicht als abwegig oder gar verfassungswidrig bezeichnet werden.«

<sup>102</sup> Im Ergebnis übereinstimmend *Thieme*, Subsidiarität, S. 17 f. – Zur methodischen Möglichkeit, auf diese Weise überpositives als positives Recht anzuerkennen s. *Nawiaskey*, Positives und überpositives Recht, JZ, 9. Jg. (1954), S. 717 ff.; *dens.*, Das Problem des überpositiven Rechts, in: Naturordnung, Festschrift für Johannes Messner, 1961, S. 386 ff. – Auf die Frage, ob die Anerkennung von Naturrecht neben dem positiven Recht, wie sie das Bundesverfassungsgericht für möglich hält, überhaupt von der vorstehend erwogenen Rezeption (Implikation) von Naturrechtssätzen durch das positive Recht unterschieden werden darf, sei hier bewußt nicht eingegangen.

<sup>103</sup> Protagonist dieser Auffassung ist *Dürig*: Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ, 8. Jg. (1953), S. 193 ff. (198); *Maunz/Dürig*, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 54, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 52, Art. 19 Abs. III Rdnr. 47 (S. 31 f., Fußn. 1). In seinem Sinne ferner *Klein*, Fürsorgerechtsreform, S. 201 ff.; v. *Münch*, Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip, JZ, 15. Jg. (1960), S. 303 ff. (304 f.). *Dürig* und v. *Münch* betonen jedoch weitaus mehr eine Subsidiarität zwischen Privatwirtschaft und staatlicher Wirtschaftslenkung und -betätigung als eine »organische« Struktur von Staat und Gesellschaft durch ein »stufenweises Vorschreiten zu stetig größer werdenden Lebenskreisen« (*Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 202). Im Sinne einer Subsidiarität von Staat und Wirtschaft s. ferner z. B. *Geiger*, Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, 1955, S. 21; *Huber*, Der Streit

die verschiedenen Ausgrenzungen, Garantien und Grundsatznormen zugunsten des Individuums, der Ehe und der Familie (Art. 6, 7 GG), der privaten Vereinigungen (Art. 9 GG), der Gemeinden und Gemeindeverbände (Art. 28 GG), vielleicht auch der Sozialversicherungsträger (Art. 87 Abs. 2 GG), kaum noch der politischen Parteien (Art. 21 GG), sicher aber der Länder als Ausdruck eines vorrechtlichen oder naturrechtlichen Subsidiaritätsdenkens gedeutet werden dürfen<sup>104</sup>. Vielmehr müßte der Nachweis erbracht werden können, daß der Verfassungsgeber damit mehr wollte oder wollen mußte als Detailregelungen schaffen.

Dieser Nachweis scheidet schon subjektiv-historisch an dem Umstand, daß die Herrenchiemseer Versammlung die Aufnahme eines allgemeinen Subsidiaritätsprinzips ausdrücklich abgelehnt hatte<sup>105</sup>.

Er scheidet ferner objektiv daran, daß die aufgeführten Einzelregelungen und das Subsidiaritätsprinzip sich nicht so zueinander verhalten, daß jene nur in Verbindung mit einem integralen allgemeinen Subsidiaritätsprinzip sinnvoll wären. Im Gegenteil fällt auf, daß die Verfassung subsidiaristische Regelungen fast nur in dem Rahmen trifft, in dem das Subsidiaritätsprinzip selbst noch ein relativ hohes Maß an Evidenz aufweist: in der aufsteigenden Linie Individuum – Familie – Gemeinde – Gemeindeverbände – Land – Bund. Das Feld der personalverbandlichen Gliederung und ihres Verhält-

um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV, 9. Jg. (1956), S. 97 ff., 135 ff., 172 ff., 200 ff. (205); *Thieme*, Berufsfreiheit und Verfassungsmonopole, JZ, 16. Jg. (1961), S. 280 ff. (284); *Frentzel*, Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, 1961, S. 34. Zu einem verwandten Prinzip der Daseinsnotwendigkeit s. *Gass*, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der saarländischen Arbeitskammer und der bremischen Arbeiterkammern, DÖV, 13. Jg. (1960), S. 778 ff. (781 f.). – Ablehnend: *Hamann*, Das Grundgesetz, 2. Aufl., 1960, S. 28; *Thieme*, Subsidiarität, S. 16 ff., insbes. S. 18 ff.; *Fichtner*, S. 325 ff., 328 ff.; *Scheuner*, Gemeindeverfassung und Kommunale Aufgabenstellung in der Gegenwart, Archiv für Kommunalwissenschaften, 1. Jg. (1962), S. 149 ff. (159); *Herzog*, Subsidiaritätsprinzip (mit verfassungsrechtlich annähernd erschöpfender Begründung), insbes. S. 411 ff. Kritisch zur Annahme eines verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips *Stern*, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ, 15. Jg. (1960), S. 518 ff., 557 ff. (523, Fußn. 40). Kritisch zur bisherigen Dogmatik eines verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips *Lerche*, a.a.O., S. 200 ff.

<sup>104</sup> *Süsterhenn*, Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift für Hans Nawiasky, 1956, S. 141 ff.; *Maunz*, Deutsches Staatsrecht, 12. Aufl., 1963, S. 68; *Thieme*, Subsidiarität, S. 18 ff.

<sup>105</sup> *Maunz*, a.a.O., S. 68.

nisses zur gebietskörperschaftlichen läßt dagegen gerade das Grundgesetz fast ungerügt<sup>106</sup>. Es wäre abwegig anzunehmen, die Verfassung habe das Subsidiaritätsprinzip gerade in diesem Raum seiner gesteigerten Unbestimmtheit, ja seines völligen Versagens unausgesprochen verbindlich setzen wollen<sup>107</sup>. Der Verfassungsgeber hat sich vielmehr, soweit er das Subsidiaritätsprinzip nicht ausgemünzt hat, offenbar nicht entschließen können, es zu positivieren und dem Gesetzgeber freie Hand gelassen.

ccc) *Subsidiarität als Strukturelement des sozialen Rechtsstaates*

Nicht selten endlich wird das Subsidiaritätsprinzip dem Wesen des sozialen Rechtsstaats – oder auch des mehr oder weniger in seiner rechtsstaatlichen Legierung gesehenen und daher als freiheitlich verstandenen Sozialstaates – zugeordnet<sup>108</sup>. Doch auch aus dem Wesen des sozialen Rechtsstaats (Art. 20, 28 Abs. 1 GG) läßt sich ein Verfassungsgebot seines Sinnes nicht herleiten.

<sup>106</sup> Vgl. *Köttgen*, Art. »Selbstverwaltung« im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9, 1956, S. 220 ff. (224); *Reuss*, Die Organisation der Wirtschaft, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Bd. III, 1. Halbbd., S. 91 ff. (99 f.); ferner *Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, ebd. S. 1 ff. (24 ff.); *Rietdorf*, Zum staatsrechtlichen Lehrbegriff der »mittelbaren Staatsverwaltung«, DÖV, 12. Jg. (1959), S. 671 ff. (672); s. a. *Köttgen*, Mandat, S. 4 ff. – Dazu, daß Art. 28 GG diese Regelung gerade nicht bringt, s. *Maunz* in *Maunz/Dürig*, Art. 28 Rdnr. 28.

<sup>107</sup> Im Ergebnis übereinstimmend *Thieme*, Subsidiarität, S. 20.

<sup>108</sup> Vgl. *Wolany*, Vom Sozialstaat und sozialen Recht, in: Forum der Rechtsphilosophie, hrsg. von Ernst Sauer, 1950, S. 141 ff. (153 ff., 157 f., 160 ff.); *Fechner*, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, 1953, S. 16 ff., 22 f.; *ders.*, Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, Recht der Arbeit, 8. Jg. (1955), S. 161 ff. (162 f.); *Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL, Heft 12, 1959, S. 46; *Olbersdorf*, Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, Arbeit und Recht, 3. Jg. (1955), S. 129 ff.; *Gerber*, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR, Bd. 81 (1956), S. 1 ff. (42); *Klein*, Christ und Kirche, 1956, S. 125 ff., 316 ff.; *ders.*, Kirchliche Liebestätigkeit, S. 130 und passim; *Nipperdey* in *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Bd. II, 1957, S. 22, 32 ff., 142 f., 263 (insbes. S. 35); *ders.*, Die Rolle des Staates bei der Regelung des Arbeitsverhältnisses, Recht der Arbeit, 11. Jg. (1958), S. 321 ff. (323); *Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Bd. III, 1. Halbbd., S. 55; *Menger*, Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl., 75. Jg. (1960), S. 297 ff. (299); *Gass*, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der saarländischen Arbeitskammer und der bremischen Arbeitnehmerkammer, DÖV, 13. Jg. (1960), S. 778 ff. (781). *Frey*, Gedanken zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes, Kommunalpolitische Blätter, 12. Jg. (1960), S. 1068 ff. (1069).

Die Erkenntnis der multilateralen Interdependenz zwischen weiträumiger individueller Freiheit, gesteigerter Selbstverantwortung, zwischenbürgerlicher Gemeinverpflichtetheit und der Möglichkeit und Notwendigkeit eines »Verhaltens« unmittelbarer sozialstaatlicher Aktivität ist zwar von großer Wichtigkeit für eine optimale Synthese von Rechtsstaat und Sozialstaat in der Verfassungswirklichkeit. Aber die daraus folgende Maxime, Freiheit und individuelle Verantwortung zu heben und den unmittelbaren Eingriff des Staates zurückzudrängen<sup>109</sup>, darf verfassungsrechtlich nicht absolut gesetzt werden. Entsprechen die ökonomischen, sozialstrukturellen oder auch anthropologischen Voraussetzungen dieser Konzeption nicht (voll), so kann ein Vordringen der unmittelbaren sozialstaatlichen Aktion bis an die vom positiven Verfassungsrecht, insbes. also von der Grundrechtsordnung gezogenen Grenzen notwendig werden<sup>110</sup>. Hier liegt die Grenze – dort das Optimum. Nur die Verletzung der Grenze, nicht auch die mangelnde Erkenntnis oder Verwirklichung des Optimums bewirkt die verfassungsrechtliche Verantwortlichkeit und Sanktion.

Ist so immerhin das Subsidiaritätsproblem in der unmittelbaren Individuum-Staat-Beziehung durch die grundrechtliche Ordnung nach verfassungsrechtlicher Struktur und Lösung ziemlich eindeutig vorgezeichnet, so gilt das *Gegenteil* für die subsidiäre Verantwortlichkeit bzw. die Autonomie der zwischen Individuum und Staat stehenden *Verbände*. Die entscheidungs- und effektnahe Mitarbeit des einzelnen in einem kleineren oder mittleren Verband bildet und stärkt zwar mehr als die Massendemokratie des Staates das bürgerliche Pflichtbewußtsein und die Fähigkeit, Verantwortung zu tragen<sup>111</sup>. Die Autonomie der kleineren Gemeinschaft hebt möglicherweise auch die individuelle Selbstbestimmung. Im übrigen aber entspricht der Vorzug der »Freiheitlichkeit« der kleineren Einheit, wie schon mehrfach hervorgehoben<sup>112</sup>, nicht den Erwartungen einer gern zu euphemistischen Theorie. Somit läßt sich auch die Fähigkeit subsidiaristisch-verbandlicher Elemente, sozialstaatliche Ingerenz und Effizienz und rechtsstaatliche Selbst-

<sup>109</sup> S. auch hierzu nochmals die oben Zitierten (mit Ausnahme wohl von *Klein*), je a.a.O.

<sup>110</sup> Auch über den rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist keine umfassende Nachprüfung der freiheitlichen »Richtigkeit« einer sozialpolitischen Konzeption zu bewirken. Als selbständiges Prinzip gibt es kein Kriterium der Zulässigkeit konkreter Zwecksetzung ab, sondern läßt es das jeweilige Zweck-Mittel-Verhältnis relevant werden (s. *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 200 ff.).

<sup>111</sup> S. insbes. *Fechner*, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, 1953, S. 22 f.

<sup>112</sup> S. insbes. oben S. 59 ff., S. 66 f., S. 69 u. S. 72.

verantwortung und -bestimmung zu versöhnen und positiv zu verbinden, nicht sicher kalkulieren. Damit entfällt die Berechtigung, das Subsidiaritätsprinzip als Produkt kombinatorischer Interpretation des Sozial- und des Rechtsstaatsprinzip zum Verfassungssatz zu proklamieren. Der Bestätigung aus dem Verzicht des Grundgesetzes, eine personalverbandliche Ordnung anzulegen, bedarf es schließlich kaum noch<sup>113</sup>.

<sup>113</sup> S. zu Vorstehendem auch *Huber*, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 23 f.

## D. Die engere verfassungsrechtliche Würdigung

Nachdem die durch das Bundessozialhilfegesetz und das Jugendwohlfahrtsgesetz aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Probleme nicht durch die überschlägige Berufung auf allgemeine Erwägungen gelöst werden können, ist nunmehr in die engere verfassungsrechtliche Würdigung einzutreten.

### I. Der grundrechtliche Schutz des einzelnen Hilfsbedürftigen

#### 1. Ausgangspunkte

Die Stellung des Hilfsbedürftigen wird durch die zu prüfenden Vorschriften sowohl gebessert als auch verschlechtert.

Gebessert wird sie vor allem dadurch, daß »freie« Kräfte möglicherweise zusätzlich aktiviert werden und dadurch gegebenenfalls das Gesamtvolumen an sozialer Hilfe vermehrt wird. Das kann sich auch auf die dem einzelnen zufließenden Leistungen auswirken. In demselben Rahmen kann seine Stellung verschlechtert werden, wenn die Aufgliederung der Hilfeleistungen auf eine Vielzahl von Trägern nicht – wofür keine effektive Gewähr besteht – in positiver Harmonie verläuft, sondern zu Reibungen und Funktionsausfällen führt. Da das Grundgesetz jedoch kein soziales Grundrecht des einzelnen kennt, ist auf diesen Gesichtspunkt erst im Zusammenhang mit dem Sozialstaatsprinzip zurückzukommen.

Hier interessieren die Wirkungen, die mit dem Maßstab der Gleichheits- und Freiheitsrechte gemessen werden können. Dabei scheint im Sinne einer »freiheitlichen« Besserung der Vorteil auf der Hand zu liegen, daß der Hilfesuchende in einem vielfältigen System »freier« und »öffentlicher« Hilfen soll wählen können: den Kontakt mit einem »freien« Verband anstatt mit einem Hoheitsträger; eine ganzheitlich weltanschaulich orientierte Hilfe anstatt einer mehr oder weniger neutralen; eine Hilfe, die seiner Weltanschauung entspricht; sonstwie eine ihm genehme Art der Hilfe. Näherem Zusehen jedoch eröffnet sich unschwer, daß es mit der Vielfalt

so weit nicht her sein kann. Auch fürsorgliche Apparate und Einrichtungen werden erst von gewissen »Betriebsgrößen« ab rationell und effektiv. Und selbst ohne das setzen Initiative und Berücksichtigung ein gewisses quantitatives Mindestmaß des Substrates voraus. Somit kann von den Vorzügen und der Bevorzugung der »freien« Wohlfahrtspflege nur den vollen Nutzen ziehen, wer sich – in welcher Weise auch immer – einem hinreichend großen und aktiven Verband nahe weiß.

Sowohl durch ihr Zustandekommen als auch in ihren Wirkungen beweisen so die fraglichen Vorschriften einmal mehr das Gesetz von der höheren politischen Wertigkeit verbandlich organisierter Interessen<sup>1</sup> – ein Gesetz, das die Grundrechtsordnung nicht indifferent hinzunehmen, sondern zu kontrollieren hat<sup>2</sup>.

## 2. Die Grundrechte in bezug auf Weltanschauung und Bekenntnis

### a) Die Freiheit des Bekenntnisses (Art. 4 GG)

In besonderer Weise betroffen sind die Gleichheit und die Freiheit des Bekenntnisses (der Weltanschauung, des Glaubens), von der vorweg bemerkt werden soll, daß sie ihrem Wesen nach vor allem ein Recht der Minderheit, des Außenseiters, nicht nur ein Recht des Glaubens, sondern auch des Unglaubens ist<sup>3</sup>.

#### aa) Weltanschaulich geprägte Hilfe als Entfaltung der Bekenntnisfreiheit

Daß soziale Hilfe weltanschaulich geprägt sein kann und ihre weltanschauliche Prägung für ihre Wirksamkeit und Verträglichkeit von besonderer Bedeutung sein kann<sup>4</sup>, braucht trotz allem, was oben gegen die einseitige, übertriebene Forderung weltanschaulicher Orientierung vorgebracht wurde, mit keinem Wort begründet zu werden. Desgleichen ist

<sup>1</sup> S. Hans Huber, Staat und Verbände, 1958, S. 20 ff.

<sup>2</sup> Zur Verantwortung des Staates gerade für den Außenseiter, die nichtorganisierte Minderheit usw., s. z. B. Zöllner, Außenseiter, S. 453 ff. m. eingeh. Nachw.; Reuß, Die Organisation der Wirtschaft, in: Betterman/Nipperdey/Scheuner, Bd. III, 1. Halbbd., S. 131; Leibholz, S. 21; Coing, Diskussionsbeitrag zu »Der Staat und die Verbände«, in: Beutler/Stein/Wagner, Der Staat und die Verbände, 1957, S. 46 f. (47). S. im engeren Zusammenhang auch Kötting, Vorrang, S. 8 f. Ferner nochmals die oben S. 60 Fußn. 28 Zitierten.

<sup>3</sup> BVerfGE 12, 1 (3 f.).

<sup>4</sup> S. a. Becker, Jugendhilfe und Subsidiarität, S. 23 und passim.

nichts über die Notwendigkeit und Tragweite seelsorgerischer Betreuung im Rahmen gewisser sozialer Hilfen zu sagen. Zu den Leistungen der in die elterlichen Funktionen eintretenden Jugendhilfe gehört schließlich elementar die sonst von den Eltern – wie auch immer – zu leistende weltanschauliche Unterweisung und Bildung.

Insofern liegt es sicher auch im Sinne der Freiheit der Weltanschauung, wenn dem Hilfsbedürftigen Gelegenheit gegeben wird, seine Hilfe bei einem Träger zu nehmen, der ganzheitlich im Sinne der von ihm geteilten Weltanschauung arbeitet. Das so gerichtete Freiheitsrecht des Hilfsbedürftigen trifft sich dabei zudem mit dem Recht des Helfenden und seiner weltanschaulichen Gemeinschaft, die gewissens-, glaubens- und bekenntnisbedingten sozialetischen Normen in tätiger Hingabe zu realisieren (Art. 4, 140 GG, Art. 137 [insbes. Abs. 3] RV 1919)<sup>5</sup>. Somit würde es gegen Art. 4 GG verstoßen, wenn weltanschaulich determinierte soziale Hilfe unterbunden würde<sup>6</sup>.

*bb) »Öffentliche« weltanschaulich geprägte Hilfe?*

Dennoch wäre es falsch anzunehmen, Art. 4 GG zwänge – jedenfalls auf dem Gebiet der Jugendhilfe – dazu, die Wohlfahrtspflege weltanschaulich geprägten Verbänden zu überantworten<sup>7</sup>. Es geht nicht an, von einem Staat, dem Bekenntnisschulen, Religionsunterricht an öffentlichen Schulen, Anstalts- und Militärseelsorge und dergleichen mehr abverlangt werden und dessen Richter letztlich auch über die religiöse Kindererziehung zu entscheiden haben, zu behaupten, er sei wegen des Grundrechts der Glaubens- und Gewissensfreiheit außerstande, religionsbezogene fürsorgerische Leistungen zu erbringen<sup>8</sup>.

Gewiß kann niemals der Staat als juristische Person weltanschauliche Überzeugungen haben und vermitteln. Aber er kann Menschen anstellen, die aus religiöser Überzeugung handeln und weltanschauliches Gut vermitteln<sup>8a</sup> – so wie er Religionslehrer, Lehrer an Bekenntnisschulen, Profes-

<sup>5</sup> S. hierzu unten S. 107 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Klein, Christ und Kirche in der sozialen Welt, S. 127 ff., S. 232 ff. (Anm. 304 bis 311); ders., Recht des sozial-caritativen Arbeitsbereichs, S. 58 f.

<sup>7</sup> S. oben S. 67 ff. und die dortigen Nachweise. A. A. aber *Süsterhenn*, Gutachten, S. 36.

<sup>8</sup> Etwas anderes ist, daß dabei jeder Zwang aus dem Spiel zu lassen ist; vgl. z. B. Forsthoff, Erziehungsfürsorge in der modernen Verwaltung, Schriften des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Heft 220, 1962, S. 107 ff. (112 f.).

<sup>8a</sup> S. a. Becker, Jugendhilfe und Subsidiarität, S. 25 f.

soren theologischer Fakultäten und Hochschulen, Anstalts- und Militärseelsorger beschäftigt.

cc) *Gefährdung der Bekenntnisfreiheit durch zuviel »freie« Hilfe*

aaa) *Zum Problem*

Falsch wäre es auch, die Überantwortung der sozialen Hilfe an »freie« Verbände nur als gesteigerte Freiheitsentfaltung dessen zu verstehen, dem Hilfe von »seines Glaubens Genossen« gewährt wird<sup>9</sup>. Sie muß genauso vom Freiheitsrecht desjenigen aus gewertet werden, der »Genossen seines Glaubens«, die ihm helfen könnten und wollten, nicht hat<sup>10</sup>. Er darf nicht in die Verlegenheit versetzt werden, weltanschaulich gebundene Hilfe von anderer Hand in Anspruch nehmen zu müssen<sup>11</sup>.

Daß seitens der »freien« Wohlfahrtspflege »niemand daran denkt, irgend einen Kranken oder Hilfesuchenden zurückzuweisen, wenn er bei einer Organisation der Wohlfahrtsverbände vorspricht«<sup>12</sup>, mag stimmen. Die Ambiance der Selbstverständlichkeit fehlt dieser Feststellung in jeder Hinsicht. Mit inhaltlicher weltanschaulicher Neutralität der Hilfe oder gar ihrer Anpassung an die Weltanschauung des Hilfsbedürftigen befaßt sie sich ohnedies nicht<sup>13</sup>.

Vor allem hier hat die Kritik am Bundessozialhilfegesetz und am Jugendwohlfahrtsgesetz einzusetzen. Die Freiheit des – auch karitativ wirksam – organisierten Bekenntnisses wird von den Gesetzen auch nicht annähernd berührt. Es braucht hier nicht untersucht zu werden, wo genau die Grenze läge. Jedenfalls überschreiten Funktionssperren, Unterstützungs- und Zusammenarbeitsverpflichtungen das Maß dessen, was von Art. 4 GG her als

<sup>9</sup> Bedenklich in diesem Sinne: »Allzuständigkeit«, S. 306; – Klein, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 66. – Bezeichnend für die Einsichtigkeit konfessionalistischen Denkens Zillken, Der Eigenwert, S. 271: »Der Staat muß . . . positive Toleranz üben. Es muß seine Sorge sein, daß das Kind in vollem Umfang die weltanschaulich-religiöse Erziehung bekommt, auf die es selbst ein Anrecht hat . . . Er muß infolgedessen katholische (sic!) Kindergärten und Heime, Jugendfürsorgearbeit, Altersheime, Krankenhäuser usw. fördern.«

<sup>10</sup> S. a. Hasenclaver, Elternrecht, S. 68 u. passim.

<sup>11</sup> Klein, Recht des sozial-caritativen Arbeitsbereichs, S. 58 f.

<sup>12</sup> Abg. Maucher, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9034 f.

<sup>13</sup> Was des hilfesuchenden Außenseiters harrt s. eindrucksvoll bei Zillken, Der Eigenwert. – S. a. Klein, (Verwaltungsrechtliche Sicht I, S. 6), wonach »freie« Hilfe wesensmäßig nicht gleichheitlich ist.

notwendig angesehen werden kann. Dagegen ist die Spannung zwischen dem Gesetz und der Freiheit des Außenseiters deutlich spürbar<sup>14</sup>.

### *bbb) Die Tendenz des Gesetzes – engere Fragestellung*

Die Situation ist nun freilich nicht gerade evident. Auf der einen Seite beschränkt das Gesetz seine Protektion nicht auf weltanschaulich gebundene Träger. Es erstreckt sie vielmehr auf alle Verbände, so daß der Vorwurf der Konfessionalisierung der Wohlfahrtspflege<sup>15</sup> vom Text der Vorschriften her kaum Nahrung findet, zumal auch eine Garantiefunktion der »öffentlichen« Träger erhalten bleibt<sup>16</sup>.

Auf der anderen Seite aber wird zugegeben, daß die Neuregelung die (christliche) Religion fördern soll<sup>17</sup>. Allgemeiner wird auch und gerade damit argumentiert, daß soziale Hilfe, insbes. Jugendhilfe, weltanschaulich gebunden ist und durch das Gesetz einer weltanschaulich gebundenen Erfüllung zugeführt werden soll<sup>18</sup>. Schließlich geht der Gesetzgeber immerhin so weit, daß er sowohl im Bundessozialhilfegesetz als auch im Jugendwohlfahrtsgesetz klarstellt, daß er jedenfalls die Kirchen und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts als geborene Träger »freier« Wohlfahrtspflege erachtet (§ 10 Abs. 1 und 2 BSHG; § 5 Abs. 4 Nr. 4 JWG)<sup>19</sup>.

Diese Vorstellungen und Absichten des Gesetzgebers stimmen mit der Lebenswirklichkeit darin überein, daß erfahrungsgemäß in erster Linie die großen konfessionellen Wohltätigkeitsorganisationen den Spielraum der »freien« Wohlfahrtspflege ausnutzen können und mehr oder weniger ausfüllen<sup>20</sup>. Daß sich neben den weltanschaulich gebundenen Trägern auch neutrale »freie« Träger betätigen, ist möglich. Das Gesetz kann und will es jedoch nicht gewährleisten.

<sup>14</sup> Zur Besorgnis einer »Unterwanderung« der Glaubens- und Gewissensfreiheit durch die Gesetze s. Abg. *Arndt*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9533; Abg. *Keilhack*, ebd., S. 9545.

<sup>15</sup> S. etwa Abg. *Metzger*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9030; Abg. v. *Mühlen*, ebd., S. 9032 f.

<sup>16</sup> Vgl. Abg. *Niggemeyer*, Bundestag, 111. Sitzung vom 4. 5. 1960, Verhandlungen S. 6259; Abg. *Barzel*, Bundestag, 157. Sitzung vom 3. 5. 1961, Verhandlungen S. 9039.

<sup>17</sup> *Wuermeling*, Bundesrat, 236. Sitzung vom 14. 7. 1961, Sten.Ber. S. 192; s. a. Dr. *Schröder* als Bundesminister des Innern, Bundestag, 111. Sitzung vom 4. 5. 1960, Verhandlungen S. 6256; s. ferner etwa *Klein*, Kirchliche Liebestätigkeit, S. 125, 138.

<sup>18</sup> S. nochmals oben S. 67 ff.

<sup>19</sup> S. hierzu auch Abg. *Barzel*, a.a.O., S. 9041.

<sup>20</sup> *Klingbeil*, S. 141.

Das Gesetz unternimmt auch nicht den Versuch, den eventuell allein vorhandenen weltanschaulich gebundenen Trägern aufzuerlegen, Außen-seitern neutrale oder gar weltanschaulich auf sie abgestimmte Hilfe zu leisten. Ob dieser Versuch den technischen Möglichkeiten entspräche und im Hinblick auf die Bekenntnisfreiheit des Hilfesuchenden (Art. 4 GG) und die Eigenrechte der Helfenden (Art. 4 GG) und der helfenden Verbände (Art. 9, 140 GG, Art. 137 RV 1919) legitim wäre, bleibe dahingestellt.

So bleibt als *Garantie* angemessener Hilfeleistung für denjenigen, der nicht die Hilfe der vorhandenen weltanschaulich gebundenen »freien« Träger in Anspruch nehmen will, *nur die »öffentliche« Wohlfahrtspflege*. Von *ihren Entfaltungsmöglichkeiten* – insbes. im Verhältnis zur weltanschaulich gebundenen »freien« Wohlfahrtspflege – hängt es also ab, ob das Gesetz das Grundrecht des Hilfesuchenden aus Art. 4 GG wahrt oder nicht.

### ccc) Bekenntnisfreiheit und Wahlrecht

Diese Frage kann nicht mit dem Hinweis auf das sog. Wahlrecht (§ 3 Abs. 2 BSHG, § 3 Abs. 2 JWG) beantwortet werden<sup>21</sup>. Das Wahlrecht, wie es die Gesetze gewähren, ist nur der primitivste Ansatz dazu, dieses pluralistische System der Wohlfahrtspflege mit Art. 4 GG in Einklang zu bringen, ja wohl schon eine Voraussetzung dafür, daß es auch nur seinen Zweck erfüllt. Es ist jedoch nicht absolut<sup>22</sup>. Es steht unter dem Kosten- und Angemessenheitsvorbehalt<sup>23</sup> und ist darüber hinaus als Sollvorschrift elastisch gehalten. Im Hintergrund steht die tatsächliche Grenze des Leistenkönnens der »öffentlichen« Wohlfahrtspflege<sup>24</sup>. Die Effektivität des Wahlrechts hängt also davon ab, in welchem Maße sich die »öffentliche« Wohlfahrtspflege darauf einrichten kann, in Anspruch genommen zu werden<sup>24</sup>.

### ddd) Bekenntnisfreiheit und gesetzliche Kapazitätsverteilung zwischen »öffentlicher« und »freier« Wohlfahrtspflege

Wie bereits oben<sup>25</sup> ausgeführt, ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz ein System der Überkapazität bei der »freien« und »öffentlichen« Wohlfahrtspflege begründen wollte, das allein völlige Freizügigkeit der Hilfsbedürf-

<sup>21</sup> So aber *Ule*, Rechtsgutachten, S. 39; Bundesminister des Innern (ungedruckte) Stellungnahme vom 12. 10. 1962, S. 43; Bundesminister für Familien- und Jugendfragen, (ungedruckte) Stellungnahme vom 21. 12. 1962, S. 44.

<sup>22</sup> S. z. B. *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 66.

<sup>23</sup> S. dazu grundsätzlich *Klein*, Fürsorgerechtsreform, S. 197.

<sup>24</sup> S. *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 66.

<sup>25</sup> S. o. S. 30 u. S. 62.

tigen garantieren könnte. Nicht zuletzt durch die Fassung des Wahlrechts gesteht das Gesetz ein, daß es nicht damit rechnet, jedem die Hilfe seiner Wahl zu verschaffen. Entscheidend ist also, wohin das Gesetz den größeren Kapazitätsvorrat legt. *Wesentlich* dafür sind die *Funktionssperren* und *Unterstützungspflichten*<sup>26</sup>. Diese begründen eine Tendenz der Kapazitätsknappheit der »öffentlichen« und des Kapazitätsvorsprungs der »freien« Wohlfahrtspflege.

Das *Bundessozialhilfegesetz* spricht das nicht ausdrücklich aus. Jedoch gebietet es der »öffentlichen« Sozialhilfe, vor eigenen Entscheidungen über fürsorgerische Einrichtungen die Initiativen und – möglicherweise weit in der Zukunft gelegenen – Möglichkeiten der »freien« Wohlfahrtspflege zu berücksichtigen (§ 93 Abs. 1 Satz 2 BSHG). Weiter ordnet es die Unterstützung dieser Vorhaben an (§ 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG), die voll zu Lasten der »öffentlichen« Sozialhilfe geht. Wenn nun auch das Gesetz den »öffentlichen« Trägern auferlegt, für einen befriedigenden, ausgewogenen Gesamtplan zu sorgen (§ 10 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1, § 93 Abs. 1 Satz 1 BSHG), so ergibt doch die vom Gesetz gewollte und konstituierte Vorrangigkeit oder jedenfalls unverkürzbare Entfaltungsfreiheit der »freien« Wohlfahrtspflege, daß Unterkapazitäten in erster Linie bei der »öffentlichen« Wohlfahrtspflege auftreten. Ihre Dispositionen hinken hinter denen der »freien« Wohlfahrtspflege nach. Ihre Mittel sind an deren Vorhaben gebunden.

Die Funktionssperre für die Hilfe im Einzelfall (§ 10 Abs. 4 BSHG) läßt die aufgezeigte Tendenz weniger deutlich hervortreten; noch weniger die Hinweispflicht auf die Beratung (§ 8 Abs. 2 BSHG).

Im *Jugendwohlfahrtsrecht* findet sich dagegen im wesentlichen die gleiche Situation wie sie § 93 Abs. 1 BSHG für das Sozialhilferecht bedingt (§§ 5, 7, 8 JWG). Nur daß sie das Gesetz selbst schlaglichtartig klarer hervortreten läßt<sup>27</sup>. Nach § 5 Abs. 3 Satz 3 JWG »hat das Jugendamt dafür zu sorgen, daß die insoweit erforderlichen Einrichtungen geschaffen werden«, »wenn Personensorgeberechtigte . . . die vorhandenen Träger der freien Jugendhilfe nicht in Anspruch nehmen wollen«. Das Gesetz läßt es also darauf ankommen, daß seine Funktionssperre (ebd. Satz 2) eine Unterkapazität an neutraler »öffentlicher« Fürsorge ergibt. Erst wenn der Aus-

<sup>26</sup> S. zu den Einzelheiten oben S. 28 ff. u. S. 43 ff.

<sup>27</sup> *Fichtner*, S. 339; *Klingbeil*, S. 141. – Übersehen bei *Köttgen*, Mandat, S. 7.

fall schon Tatsache ist, gibt das Gesetz die eindeutige Legitimation, die erforderlichen Einrichtungen zu schaffen – künftig zu schaffen (»geschaffen werden«)<sup>28</sup>! Und auch das nur unter allen Beschränkungen und Vorbehalten des Wahlrechts (§ 3 Abs. 2 JWG)<sup>29</sup>.

Die Tragweite dieser Entscheidung ist gerade im Jugendwohlfahrtsrecht besonders spürbar, weil Jugendliche der Jugendhilfe zu erwachsen pflegen. Wird eine Einrichtung, die erst zu schaffen ist, wenn der Bedarf an ihr bereits aktuell ist, den Jugendlichen, die sie bräuchten, noch zugute kommen<sup>30</sup>?

In der aufgezeigten Tendenz, die das Gesetz auslöst und deren freiheitsbedrohender Wirkung es nicht hinreichend entgegentritt<sup>31</sup>, liegt ein *Verstoß gegen Art. 4 GG*.

Diesem Ergebnis kann nicht mit dem Einwand begegnet werden, die Zahl der Hilfesuchenden, die keiner der großen Konfessionen angehören, sei so gering, daß sie vernachlässigt werden dürfe. Wenigstens sei gesonderte Vorsorge für sie technisch kaum möglich. Der Staat muß auch die Gewissensfreiheit dessen respektieren, der einer Kirche zwar formal angehört, sich aber von ihr gelöst hat, jedenfalls vom Staat im konkreten Zusammenhang nicht an kirchlichen Bindungen festgehalten werden will<sup>32</sup>. Wo nicht anders, ergäbe sich Gleiches endlich daraus, daß das Bekenntnis nicht geoffenbart zu werden braucht (Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 3 RV 1919)<sup>33</sup>. Daß die Gruppe der partiell oder total, aber jedenfalls nur

<sup>28</sup> *Klingbeil*, ebd.; s. a. *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 66.

<sup>29</sup> *JanslHappe*, § 5 Anm. 16 (S. 105). – Zu den effektiven Hemmnissen s. a. nochmals *Klingbeil*, S. 141.

<sup>30</sup> S. a. *Hemsath* (Hessen), Bundesrat, 236. Sitzung vom 14. 7. 1961, StenBer. S. 189 f.

<sup>31</sup> Dafür, daß sie sogar begrüßt wird, s. »Allzuständigkeit«, S. 306: »Die gleichen Probleme sind auf dem Gebiete der Volksschulen unter Hinweis auf Art. 7 des GG praktisch gelöst. Kleinere Minderheiten müssen sich auch dort in den Gesamtrahmen der vorhandenen Erziehungseinrichtungen einfügen.«

<sup>32</sup> Vgl. *Ridder*, Art. »Kirche und Staat (Kirche und Staat in Deutschland)«, Staatslexikon, 6. Aufl., 4. Bd., Sp. 1020 ff. (1029). S. a. *Klingbeil*, S. 141. A. A. *Mikat*, Das Verhältnis von Kirche und Staat in der Bundesrepublik, 1964, S. 16 f. Zum weiteren Problemzusammenhang sehr aufschlußreich *Smend*, Glaubensfreiheit als innerkirchliches Grundrecht, in: *Mensch und Staat in Recht und Geschichte*, Festschrift für Herbert Kraus, 1954, S. 211 ff.

<sup>33</sup> *Köttgen*, Vorrang, S. 11. – S. ferner *Scholler*, Die Freiheit des Gewissens, 1958, S. 131 ff. (insbes. S. 185) m. w. Nachw.

der Sache und nicht auch der Form nach »Abständigen«, quantitativ nicht vernachlässigt werden kann, braucht wohl nicht dargetan zu werden<sup>34</sup>.

Der *Versuch*, die maßgeblichen Vorschriften *verfassungskonform auszulegen*, kann nicht befriedigen. Er kann allenfalls an den Modifikationen der Regelung etwa durch die Begriffe »erforderlich«, »geeignet«, »ausreichend« und »angemessen« ansetzen, im Bundessozialhilfegesetz auch an den Ausnahmemöglichkeiten, die der Soll-Charakter der zentralen Bestimmungen bietet<sup>35</sup>. Aber selbst wenn die Interpretation insofern eine sachliche Regelung ermitteln könnte, die den Anforderungen des Art. 4 GG voll Rechnung zu tragen schiene, so müßten die Wirkungen auf die statische Dimension beschränkt bleiben. Die wohlfahrtspflegerischen Einrichtungen und Veranstaltungen befinden sich jedoch im Zustand der Evolution; und gerade die Vorschriften über Funktionssperren und Unterstützungspflichten setzen dies voraus. Diese dynamische Dimension wird beherrscht von der zeitlich-technischen Priorität der »freien« Wohlfahrtspflege. Diese ist vom Gesetz so eindeutig gewollt, daß sie nicht hinweginterpretiert werden kann, auch nicht im Wege verfassungskonformer Auslegung. Gerade sie aber führt im Verein mit den tatsächlichen Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten regelmäßig zu der aufgezeigten zwangsläufigen Tendenz.

Abgesehen davon müssen aber auch gegen die so begrenzte Hoffnung verfassungskonformer Auslegung Bedenken angemeldet werden. Das Gesetz münzt die Erfordernisse des Art. 4 GG nicht in verlässliche Formulierungen aus. Es gebraucht vielmehr allgemeine Wendungen, die im Effekt wohl *auch* zulassen, daß wenigstens die wesentlichen Erfordernisse des Art. 4 GG berücksichtigt werden, jedoch ebenso, daß diese vernachlässigt werden. Das wiegt um so schwerer, als Art. 4 GG die anstehenden Probleme nicht direkt, sondern auf die abstrakteste Weise – mit allen Risiken des Mißverständnisses – regelt. Von dem Hinweis auf Art. 4 GG erwarten zu wollen, die beteiligten Stellen wüßten immer, wie sie dieses Grundrecht durch die Ausfüllung der Generalklauseln des Gesetzes zu realisieren haben, wäre leichtfertiger Optimismus. Nur eindeutige gesetzliche Regelungen können einen voll wirksamen Schutz des Grundrechtes sichern<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Aus der Praxis der Jugendhilfe s. etwa *Ehrenberg*, Zum Problem der Delegation von Jugendamtsaufgaben an freie Wohlfahrtsverbände, *Unsere Jugend*, 14. Jg. (1962), S. 309 ff. (312, 322 und passim). S. a. *Hasenclever*, *Elternrecht*, S. 68f.

<sup>35</sup> Einzelheiten s. o. S. 29 ff., S. 35 ff., S. 44 ff.

<sup>36</sup> Bezeichnenderweise findet sich in der Literatur zur Auslegung der einschlägigen Vorschriften des Bundessozialhilfegesetzes und des Jugendwohlfahrtsgesetzes kaum je ein Hinweis auf Art. 4 GG, auch nicht auf dessen Anliegen.

*eee) Der Vergleich mit der Konfessionsschule*

Abschließend muß die dargelegte Rechtsauffassung noch mit der Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts zu der verwandten Frage der Alternative Bekenntnisschule–Gemeinschaftsschule verglichen werden.

In seinem *Konkordatsurteil*<sup>37</sup> führte das Gericht aus, es verstoße nicht gegen die Gewissensfreiheit, wenn infolge der konkordatsrechtlichen Sicherung der Bekenntnisschulen Eltern gezwungen wären, ihre Kinder einer Schule anzuvertrauen, die in ihrer weltanschaulichen Gestaltung den Wünschen der Eltern nicht entspricht. Dieser Ausspruch darf nicht verallgemeinert werden.

Es erscheint schon zweifelhaft, ob sich das Gericht nicht schon in der Konfessionsschulfrage durch Art. 4 GG zu neuen Lösungen hätte anregen lassen sollen. Für die hier anstehende Frage ist jedenfalls auf einen Unterschied des Gegenstandes hinzuweisen. Die Entscheidung bezog sich auf die öffentliche (staatliche, kommunale) Bekenntnisschule mit allen ihr eigentümlichen Kontrollen und Garantien, nicht jedoch darauf, daß Kinder genötigt sein sollen, in bekenntniseigene (»freie«, private) Schulen eines anderen Bekenntnisses zu gehen. Hier dagegen geht es entscheidend darum, daß der Hilfsbedürftige seine Hilfe von Leistungsträgern beziehen soll, die an eine Weltanschauung gebunden sind, die sich von der seinen unterscheidet, ihr fremd oder gar feindlich gegenübersteht<sup>38</sup>.

*b) Die Gleichheit ohne Rücksicht auf das Bekenntnis*

Wo die Freiheit des Bekenntnisses verletzt wird, liegt ein Verstoß gegen die Gleichheit des Bekenntnisses (Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3, Art. 140 GG, Art. 136 RV 1919) nahe. Auch hier erhebt sich dieser Verdacht.

Er kann nicht schon damit ausgeräumt werden, daß das Gesetz nicht unmittelbar eine Bekenntnisgruppe diskriminiert. Vielmehr sind für die verfassungsrechtliche Prüfung auch die durch die rechtliche Gestaltung bedingten Auswirkungen des Gesetzes in Betracht zu ziehen<sup>39</sup>. Auch für die Gleichheit des Bekenntnisses ist also darauf Rücksicht zu nehmen, daß das Gesetz Entwicklungen Raum gibt, durch die Angehörige der großen christ-

<sup>37</sup> BVerfGE 6, 309 (339 f.).

<sup>38</sup> S. a. nochmals *Köttgen*, Vorrang, S. 6 ff.

<sup>39</sup> BVerfGE 8, 51 (64) m. w. Nachw.

lichen Konfessionen regelmäßig ihre Hilfe bei bekenntniseigenen Trägern finden, während weltanschauliche Einzelgänger und die Angehörigen kleiner oder sozial nicht hinreichend aktiver weltanschaulicher Gruppen Gefahr laufen, Hilfe bei sozialen Leistungsträgern fremder weltanschaulicher Prägung nehmen zu müssen.

Mehr Gewicht hat der Einwand, das Gesetz begünstige und benachteilige nicht die Angehörigen bestimmter Bekenntnisse. Es unterscheide vielmehr zwischen sozial aktiv organisierten Bekenntnisgruppen und nicht (sozial aktiv) organisierten (organisierbaren) Bekenntnissen. Es knüpfe also an andere – sachlich regelungsbezogene – Unterschiedlichkeiten der Lebensumstände an, deren Berücksichtigung das verfassungsrechtliche Bevorzugungs- und Benachteiligungsverbot nicht untersage<sup>40</sup>.

Dieser Einwand müßte durchgreifen, wenn die Regelung des Gesetzes unparteiisch bemüht wäre, nach der jeweiligen Eigenart den verschiedenen »Sozialtypen« von Bekenntnissen »das ihre« zu geben. Das Bundesverfassungsgericht hat – zur Gleichheit der Geschlechter – ausgeführt, daß Unterschiede, deren Berücksichtigung nach Art. 3 Abs. 3 GG grundsätzlich unzulässig ist, »dann zu verschiedener Behandlung im Recht führen dürfen, wenn sie das zu ordnende Lebensverhältnis so entscheidend prägen, daß etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten und die verschiedene rechtliche Regelung also mit den Begriffen »Benachteiligen« und »Bevorzugen« nicht mehr sinnvoll zu erfassen ist«<sup>41</sup>. Danach wird es grundsätzlich zulässig sein, wenn das Gesetz sozial aktive Gruppen in ihrer Selbsthilfe schützt und bestärkt, sozial nicht hinreichend leistungsfähige Splittergruppen und Einzelgänger dagegen in die Obhut einer neutralen öffentlichen Hilfe nimmt. Was jedoch mit den Begriffen »Bevorzugen« und »Benachteiligen« wieder »sinnvoll zu erfassen ist«, das ist der Vorsprung, den das Gesetz den sozial aktiven Gruppen gewährt, und auf dessen Eigenart hier nicht erneut eingegangen zu werden braucht<sup>42</sup>.

Daß auch hier der Versuch einer verfassungskonformen Auslegung erfolglos bleiben muß, bedarf keiner weiteren Erörterung. Die Verhältnisse liegen gleich wie hinsichtlich der Anwendung des Art. 4 GG.

<sup>40</sup> BVerfGE 3, 225 (241); 5, 9 (12); 6, 389 (422 f.); 13, 46 (49).

<sup>41</sup> BVerfGE 10, 59 (74).

<sup>42</sup> S. a. *Fichtner*, S. 339.

### 3. Der allgemeine Gleichheitssatz

#### a) Allgemeines

Der Vorsprung weltanschaulich gebundener »freier« Hilfe vor der »öffentlichen« ist nur ein besonderes Problem aus dem weiteren Fragenkreis der verfassungsrechtlichen Legitimität des Vorsprungs verbandlicher (»freier«) Hilfe vor der »öffentlichen«<sup>43</sup>. Dieses weitere Problem unterfällt in erster Linie der Kontrolle des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG).

Dieser läßt zwar das allgemeine Bemühen, denjenigen, der statt »öffentlicher« verbandliche (»freie«) Hilfe in Anspruch nimmt, nicht schlechter zu stellen als denjenigen, der »öffentliche« Hilfe vorzieht oder darauf angewiesen ist<sup>44</sup>, als grundsätzlich berechtigt erscheinen<sup>45</sup>. Soweit der aufgezeigte funktionelle Vorsprung der »freien« vor der »öffentlichen« Hilfe jedoch zu einem Gefälle in der Stellung der Hilfsbedürftigen führt, das aufzuheben nicht allein in der freien, keine anderen Nachteile auslösenden Wahl der jeweils schlechter Gestellten liegt, kann darin ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liegen. Dabei wird im Einzelfall zu prüfen sein, inwieweit die Unterschiede sachlich gerechtfertigt sind oder nicht.

Soweit der Verfasser gegenwärtig sehen kann, dürfte diese Erwägung jedoch nicht nennenswert über die Rügen hinausführen, die aus anderen Verfassungsnormen gegen das Gesetz vorgebracht werden können. Auf Art. 3 Abs. 3 GG, dessen weitere Tatbestände möglicherweise ebenfalls eine Rolle spielen können, wurde bereits hingewiesen. In Betracht kommt ferner noch, daß derjenige, der auf die Hilfe des Verbandes angewiesen ist, durch die geringeren rechtlichen Sicherungen beschwert wird, die er im Verhältnis zum »freien« Träger im Vergleich zum »öffentlichen« Träger genießt. Doch wird dieses Problem vom Rechtsstaatsprinzip spezieller aufgenommen<sup>46</sup>. Immerhin ist anzumerken, daß es unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes grundrechtlich relevant ist.

#### b) Die Berücksichtigung der »Eigenleistungen«

Ein besonderes Problem bildet die Berücksichtigung der Eigenmittel der »freien« Träger. Es wird vor allem durch § 8 Abs. 2 und 3 JWG auf-

<sup>43</sup> S. hierzu auch Abg. *Keilback*, Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7734.

<sup>44</sup> S. EntwJWG S. 19; Abg. *Rollmann*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9539.

<sup>45</sup> In den positiven Folgerungen wohl zu weitgehend *Süsterhenn*, Gutachten, S. 47.

<sup>46</sup> S. u. S. 124 ff.

geworfen<sup>47</sup>. Bekäme immer – wie es einem Teil der legislativen Kräfte vielleicht vorgeschwebt haben mag und wohl auch einer unkomplizierten Deutung des Textes entspricht – der Verband mit den größeren Eigenleistungen auch die entsprechend größere Hilfe der öffentlichen Hand, so läge darin ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die Finanzstärke eines Wohlfahrtsverbandes ist für sich allein kein sachlich einleuchtender Grund, ihn im direkten Verhältnis dazu zu bezuschussen.

Dagegen erschiene es verfassungsrechtlich zulässig, die öffentliche Förderung »freier« Träger danach bemessen, welche Aufgaben diese erfüllen wollen, können und sollen, welche Mittel ihnen hierzu fehlen, in welchem Maße das Substrat »freier« Quellen ausgeschöpft wurde und bis zu welchem Maß fremde Mittel aufgenommen werden können, ohne daß die Leistung des »freien« Trägers nach Art und Wesen ihre Eigenständigkeit verliert. Die jetzt wohl herrschende Auslegung des § 8 Abs. 2 und 3 JWG läßt diesen Aspekten Raum, hat jedoch ihre Harmonisierung noch nicht bewältigt. In der Tat ist der einsilbige Hinweis des Gesetzes auf die Berücksichtigung der Eigenleistungen nicht dazu angetan, den Gesetzesvollzug in verlässliche verfassungskonforme Bahnen zu lenken.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß die nach Wortlaut und subjektivem gesetzgeberischen Willen nächstliegende Auslegung des § 8 JWG gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstieße. Die Vorschrift läßt jedoch auch für eine andere, verfassungskonforme Deutung Raum<sup>48</sup>, ohne deren Präzisierung irgendwie den Weg zu bereiten. Einmal mehr hat also der Gesetzgeber seiner Ordnungsaufgabe, im besonderen einem Grundrecht gegenüber, nicht genügt.

## II. Das Elternrecht

### 1. Reflektorisches im Elternrecht

Die Probleme des Konflikts zwischen dem Gesetz und den vorerwähnten Individualgrundrechten wiederholen sich in bezug auf das Elternrecht (Art. 6 – insbes. Abs. 2 – GG), soweit die Wohlfahrtspflege an Kindern und Jugendlichen geübt wird, insbes. also im Bereich des Jugendwohlfahrtsgesetzes. Die individualrechtlichen Positionen des betreuten Jugendlichen realisieren

<sup>47</sup> S. o. S. 45 f.

<sup>48</sup> *Jans/Happe*, § 8 Anm. 5 (S. 125): »... ist die Frage der Gleichbehandlung freier und öffentlicher Jugendhilfe im letzten eine Frage des Gleichheitsgrundsatzes.«

sich nach außen regelmäßig erst durch das Hinzutreten der – vollen oder ergänzenden – elterlichen Fremdbestimmung als Vollrechte.

## 2. Die Entfaltung des Elternrechts

Jedoch ergibt das Elternrecht auch neue Aspekte, da die Eltern darüber hinaus spezifisch Inhalt und Modalität der Erziehung des jungen Menschen bestimmen.

Soweit sich die soziale Hilfe auf diesen Bereich der Erziehung erstreckt, ist die Behauptung ihrer weltanschaulichen Determination sehr viel glaubhafter als dort, wo sie nur auf die weltanschauliche Selbstentfaltung des grundrechtsmündigen Hilfsbedürftigen trifft. So wird denn gerade auch die Lösung des Jugendwohlfahrtsgesetzes – die der historische Gesetzgeber ausdrücklich unter das Zeichen des Vorranges der verbandlichen Wohlfahrtspflege stellte<sup>49</sup> – als Ausfluß des Elternrechts gesehen und legitimiert.

Daran ist richtig, daß das Elternrecht der Eltern, die eine ganzheitlich weltanschaulich ausgerichtete Erziehung wünschen<sup>50</sup>, gesteigert respektiert und entfaltet wird, wenn sie diese Erziehung ihrer Kinder bei »freien« Trägern suchen und finden können, die von diesem Erziehungsziel geprägt sind.

## 3. Die Gefährdung des Elternrechts

Dem steht jedoch gegenüber, daß das Gesetz den Eltern, die keiner jugendpflegerisch aktiven weltanschaulichen Gruppe angehören oder nahe stehen, das Risiko auflädt, die Erziehung ihrer Kinder weltanschaulich fremden, ja möglicherweise gegensätzlichen Trägern überlassen zu müssen<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> EntwJWG S. 14; Abg. *Rommerskirchen*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9508; Abg. *Barzel*, ebd. S. 9534; Abg. *Rollmann*, ebd. S. 9539; *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 6 ff., *Bender*, Rechtsgutachten, S. 4 ff., 36 ff., *Küchenhoff*, Rechtsgutachten, S. 60 ff.; *Süsterhenn*, Gutachten, S. 29 ff.; Bundesminister für Familien- und Jugendfragen, (ungedruckte) Stellungnahme vom 21. 12. 1962, S. 19 f.; »Allzuständigkeit«, S. 305.

<sup>50</sup> S. dazu aber *Becker*, Jugendhilfe und Subsidiarität, S. 22 f.

<sup>51</sup> S. o. S. 88 ff. und d. dort. Nachw. – Der Abg. *Rollmann* führte freilich (Bundestag, 164. Sitzung, Verhandlungen, S. 9539) aus: »Die Träger der freien Jugendhilfe würden sich auch mit Recht dagegen verwahren, in ihren Einrichtungen junge Menschen betreuen zu müssen, von deren Eltern sie abgelehnt werden.« Aber wo sollen sie schließlich sonst hin? Die Äußerung *Rollmanns* steht übrigens in einem auffallenden Gegensatz zur Versicherung seines Fraktionskollegen *Maucher*, die »freien« Träger dächten nicht daran, einen Nichtzugehörigen von der Türe zu weisen (s. o. S. 88).

Auch diese Eltern haben ein Elternrecht<sup>52</sup>. Und der Eingriff, der ihrem Elternrecht vom Gesetz her droht<sup>53</sup>, ist schwerer und schmerzlicher, als wenn bekennnistreuen Eltern eine in der Basis neutrale Erziehung ihrer Kinder zugemutet wird, die durch religiös-weltanschauliche Unterweisung und dergleichen ergänzt wird (werden kann).

Für diese Zurücksetzung gibt es keinen zureichenden Grund<sup>54</sup>. Das Elternrecht ist kein Vorrecht organisierter Eltern. Es darf vor allem auch nicht als Recht ihrer Organisationen mißverstanden werden<sup>55</sup> – wozu gerade Konfessionalisten, die ausschließlich die Vorstellung organisierter Weltanschauungen realisieren, auf diese oder jene Weise neigen. Es hat schließlich nichts mit einer »Freiheit der Erziehungseinrichtungen« als solchen<sup>56</sup> zu tun, wie allein schon aus Art. 7 GG bewiesen werden könnte.

#### 4. Elternrecht und »öffentliche« Erziehungsaufgabe

Das Elternrecht richtet sich, soweit es auf außerfamiliäre ergänzende Erziehungsleistungen geht, auch nicht ausschließlich auf die Erziehungsdarbietungen »freier« Träger. Nicht nur sie, auch Staat und Kommunen sind fähig, Erziehung zu leisten – oder wenn man will: leisten zu lassen. Wie gerne auch das Gegenteil behauptet wird, nichts weniger ist es falsch. Selbst bekennnisgebundene Erziehung können sie leisten – leisten lassen –, nur nicht vorschreiben<sup>57</sup>. Das aber, daß sie grundsätzlich außerstande sind, die Bekenntnisentscheidung an Stelle der Eltern<sup>58</sup> oder gegen sie zu treffen,

<sup>52</sup> Mit Recht wird daher immer wieder ihr Wahlrecht als der Angelpunkt der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes betrachtet (s. etwa *Bender*, Rechtsgutachten, S. 37 f.; *Küchenhoff*, Rechtsgutachten, S. 65). Dabei wird jedoch übersehen, daß das Gesetz das Wahlrecht durch die technisch-zeitliche Priorität der »freien« Träger gefährdet (s. o. S. 90 ff.).

<sup>53</sup> *Fichtner*, insbes. S. 339 f.; *Klingbeil*, S. 141; s. a. Abg. *Keilback*, Bundestag, 135. Sitzung vom 9. 12. 1960, Verhandlungen S. 7734 und 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9504.

<sup>54</sup> S. a. nochmals das oben, insbes. unter dem Gesichtspunkte der Gleichheit Ausgeführte.

<sup>55</sup> S. *Graaff* (Niedersachsen), Bundesrat, 224. Sitzung vom 28. 10. 1960, Sten.Ber. S. 503; Abg. *Wessel*, Bundestag, 158. Sitzung vom 4. 5. 1961, Verhandlungen S. 9063. Kritisch dazu auch *Hasenclever*, Elternrecht, S. 66 f.

<sup>56</sup> Vgl. Abg. *Rommerskirchen*, Bundestag, 164. Sitzung vom 28. 6. 1961, Verhandlungen S. 9508.

<sup>57</sup> S. zu all dem nochmals oben S. 68 ff., S. 77 ff. und S. 87 ff.

<sup>58</sup> Zum zunehmenden weltanschaulichen Auseinanderfallen der Familien s. *Becker*, Jugendhilfe und Subsidiarität, S. 22.

darf die »öffentlichen« Träger nicht disqualifizieren. Einzelne weltanschauliche Gruppen sind dazu noch viel weniger legitimiert.

*Staat* und Kommunen sind auch *berechtigt zu erziehen* – nicht nur im Rahmen des Art. 7 GG, vielmehr allgemein, wo immer die Erziehung Kraft und Wollen der Eltern übersteigt und (oder) das Hineinwachsen in die Bahn der guten Sitten und der verfassungsmäßigen Ordnung gefährdet<sup>59</sup>. Das ergibt sich zum Teil aus Art. 6 Abs. 2 und 3, und Art. 7 und letztlich aus Art. 2 Abs. 1 GG. Aber es wäre an sich falsch, den öffentlichen Erziehungsauftrag des Staates in einer Verfassungsform abschließend legitimiert zu finden. Wie der allgemeine Sozialgestaltungsauftrag des Staates wird auch dieser Erziehungsauftrag vom Grundgesetz vorausgesetzt und impliziert. Es liegt im Verfassungszweck und -system, daß sich das polemische Gegenüber, das Elternrecht, ausdrücklich niedergelegt findet, nicht dagegen der staatliche Erziehungsauftrag. Nicht auf seine Negation, vielmehr auf seine Selbstverständlichkeit ist daraus jedoch zu schließen. Die öffentliche Erziehungsaufgabe hat sich zwar den Entscheidungen und Gegebenheiten der elterlichen Erziehung einzufügen und nachzuordnen, soweit diese effektiv und legitim sind. Diese »Subsidiarität« darf jedoch nicht ausgespielt werden, als wäre die öffentliche Erziehungsaufgabe im Verhältnis zur elterlichen derivativ. Sie ist *eigenständig*. Eltern und Staat (Kommunen) sind *Partner* in der Erziehung ein- und desselben jungen Menschen<sup>60</sup>. Deshalb ist auch die Vorstellung verfehlt, die »freie« Erziehung müsse der »öffentlichen« vorgehen, wenn und weil die Eltern sie wählen (und damit die Delegation auf den »öffentlichen« Träger widerrufen). Soweit die »freie« Jugendhilfe mit der »öffentlichen« darin konkurriert, die elterliche Erziehung zu einem guten Ganzen zu ergänzen<sup>61</sup>, teilt sie deren komplementären, im Verhältnis zum Elternrecht eigenständigen Charakter. Wenn sie einer Ableitung bedarf, dann zunächst vom allgemeinen, letztverantwortlichen Träger »öffentlicher« Erziehung, vom Staat.

Anderes gilt nur, soweit außerfamiliäre Einrichtungen mit Willen und zur Unterstützung der Eltern in einem Erziehungsraum tätig werden, der

<sup>59</sup> S. Peters, Elternrecht, passim – insbes. S. 379 f., 382 ff., 390, 397 ff. m. w. Nachw.; Becker, Jugendhilfe und Subsidiarität, S. 26; Süsterhenn, Gutachten S. 30 ff.

<sup>60</sup> S. Peters, Elternrecht, S. 380; s. a. Fichtner, S. 327 f.; Beurmann, Erziehungsrecht und Grundrechte der Minderjährigen in der öffentlichen Erziehung, Unsere Jugend, 15. Jg. (1963), S. 291 ff. (293 ff.).

<sup>61</sup> Gerade die freie Jugendpflege ist dabei dem Elternrecht gegenüber nicht zimperlich. S. etwa »Wider pädagogische Schlagwörter«, Jugendwohl, 40. Jg. (1959), Heft 9, S. 189 f.

an sich noch den Eltern zuzurechnen ist. Wer immer hier als Dritter einbezogen wird, leitet seinen Auftrag von der Aufgabe der Eltern her, die darüber auch disponieren können. Die öffentliche Jugendhilfe im Sinne des Jugendwohlfahrtsgesetzes liegt grundsätzlich nicht in diesem Bereich (§ 1 Abs. 3, § 3 Abs. 1 Satz 1 JWG).

Das alles braucht nicht davon abzulenken, daß die Homogenität des Willens gewisser Elterngruppen mit der Erziehungshaltung gewisser »freier« Träger deren entsprechende Beteiligung an der öffentlichen Erziehungsarbeit als maximale Erfüllung des Elternrechts erscheinen läßt. Doch bleibt nicht weniger wahr, daß auch »öffentliche« Träger eine dem Elternwillen gemäß ergänzende Erziehungsarbeit leisten können; was schließlich auch das Jugendwohlfahrtsgesetz anerkennt, indem es die »öffentliche« Jugendhilfe zuläßt, ja garantiert. Somit kann aus dem Elternrecht aber auch kein Anspruch auf »freie« Jugendhilfe und Subsidiarität der »öffentlichen« hergeleitet werden<sup>62</sup>.

Der Gesetzgeber kann sich daher auch nicht darauf berufen, er hätte bei voller Wahrung des Elternrechts der Außenseiter, die sich an keinen »freien« Träger anlehnen können oder wollen, das Elternrecht derjenigen verletzen müssen, welche die Erziehung ihrer Kinder durch einen »freien« Träger ihrer Weltanschauung oder sonstigen Erziehungsrichtung wünschen. Er hat nur abzuwägen gehabt zwischen der *Verletzung des Elternrechts* jener, die auf die »öffentliche« Jugendhilfe angewiesen sind, und einer weniger intensiven und erschöpfenden, aber immer noch ausreichenden Erfüllung des Elternrechts derjenigen, welche die besondere Erziehungsrichtung »freier« Träger wählen. Diese Mindererfüllung hätte sich im Rahmen der Toleranz gehalten, die das Elternrecht im Interesse optimaler Gesamterfüllung impliziert. Jene Verletzung dagegen ist absolut.

### III. Der Verfassungsschutz der Helfenden

#### 1. Vorbemerkung

Die bisherigen Untersuchungen ergaben, daß der vom Gesetzgeber angeordnete Vorrang der »freien« Wohlfahrtspflege die grundrechtlichen Sicherungen der Hilfsbedürftigen (einschließlich der Eltern hilfsbedürftiger

<sup>62</sup> Im Ergebnis übereinstimmend *Köttgen*, Mandat, S. 1 f., 5 f.; s. a. *Peters*, Elternrecht, S. 390.

Kinder) vernachlässigt. Im folgenden wird demgegenüber zu prüfen sein, ob diese Beschwerden durch verfassungsrechtliche Ansprüche der Helfenden bedingt und ausgeglichen sind<sup>63</sup>.

Dabei kommen individualrechtliche Positionen *einzelner Helfer* nicht unmittelbar in Betracht<sup>64</sup>. Das Gesetz privilegiert sie – wenn man von der Unklarheit in § 7 JWG (»freiwillige Tätigkeit zur Förderung der Jugendwohlfahrt«) absieht – nicht als Träger der »freien« Wohlfahrtspflege (§§ 10, 8 Abs. 2, 93 BSHG, §§ 5, 7, 8 JWG). Es wäre dazu auch durch nichts gezwungen.

Die *allgemeine Freiheit persönlicher Entfaltung* (Art. 2 Abs. 1 GG) würde in ihrem dem Gesetzgeber unzugänglichen Kernbereich (Art. 19 Abs. 2 GG)<sup>65</sup> dann verletzt, wenn dem einzelnen schlechthin verboten würde, zu helfen, nicht aber schon dann, wenn ihm nur die selbständige und unmittelbar Einbeziehung in das System öffentlicher Hilfen versagt wird.

Entsprechend sichert das Grundrecht der *Bekennnisfreiheit* (Art. 4 GG) zwar das Recht zum tätigen Bekenntnis religiöser Liebeshingabe und Hilfsverpflichtung und zur Erfüllung bekenntnisbedingter sozialetischer Normen<sup>66</sup>, aber nicht einen Anteil an der öffentlichen Wohlfahrtspflege<sup>67</sup>.

Endlich kann niemand kraft seiner *Berufsfreiheit* (Art. 12 GG) verlangen, in das System öffentlicher Wohlfahrtspflege einbezogen zu werden. Rein altruistisches Wirken stellt keinen »Beruf« dar<sup>68</sup>. (Auch) Eigennützig soziale Betätigung kann zwar »Beruf« sein. Die traditionelle und sachlich gerechtfertigte öffentliche Bindung wohlfahrtspflegerischen Wirkens schließt insofern jedoch ein Zurücktreten der »öffentlichen« Wohlfahrtspflege vor dem beruflichen Betätigungsanspruch einzelner aus<sup>69</sup>.

<sup>63</sup> Besonders betont wird die Freiheit des Helfenden etwa bei *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht (insbes. I S. 5 f.).

<sup>64</sup> *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht I S. 6.

<sup>65</sup> BVerfGE 6, 32 (36 f., 41).

<sup>66</sup> *Hamel*, Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: *Bettermann/Nipperdeyl/Scheuner*, Bd. IV, 1. Halbbd., S. 37 ff. (61).

<sup>67</sup> *Hamel*, a.a.O.: »Alles dies geschieht nicht zur ›Daseinsfürsorge‹, die eine Angelegenheit des Staates ist, sondern um die Liebe Gottes zu bezeugen.«

<sup>68</sup> Zum Berufsbegriff s. *Bachof*, Freiheit des Berufs, in: *Bettermann/Nipperdeyl/Scheuner*, Bd. III, 1. Halbbd., S. 155 ff. (181 ff.).

<sup>69</sup> S. hierzu etwa *Bachof*, a.a.O., S. 183 ff., S. 200 ff.; *dens.*, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, 1963, S. 147; *Thieme*, Berufsfreiheit und Verwaltungs-

## 2. Die allgemeine Legitimation der helfenden Gruppen

Mehr als die individuellen Grundrechte werden zugunsten des Gesetzes die kollektiven Grundrechte hilfswilliger Verbände und Einrichtungen angeführt: »Die freien mitbürgerlichen und kirchlichen Institutionen der Staatsbürger haben ebenso Anspruch auf Wahrung ihrer Grundrechte zur Betätigung, wie den Staatsbürgern solche Grundrechte im Grundgesetz garantiert sind.« Das Gesetz »will nichts anderes, als diese Grundrechte freier mitbürgerlicher wie kirchlicher Einrichtungen schützen«<sup>70</sup>. Welche Grundrechte können damit gemeint sein?

### a) Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG

Nicht selten findet sich das Argument, Art. 2 Abs. 1 GG gewähre in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG auch juristischen Personen die freie Selbstentfaltung<sup>71</sup>.

Dabei wird regelmäßig übergangen, daß der Schutz aus Art. 2 Abs. 1 GG in den gesetzestesten Kern (Art. 19 Abs. 2 GG) einerseits und den Vorbehaltsraum des Gesetzes andererseits zerfällt<sup>72</sup>. Diese Unterscheidung ist in mehrfacher Hinsicht bedeutsam. Art. 2 Abs. 1 GG kann das Gesetz nur insoweit zwingend rechtfertigen, als die Stellung, die es den »freien« Wohlfahrtsverbänden einräumt, Bestandteil des unantastbaren Wesensgehalts des Grundrechts ist. Davon kann für juristische Personen und sonstige Verbände im allgemeinen genausowenig die Rede sein wie für natürliche Personen. Nun wird freilich ganz offensichtlich davon ausgegangen, daß es sich nicht um beliebige juristische Personen und Verbände handelt, sondern um Einheiten, die gerade mit dem Zweck sozialen Wirkens gegründet wurden. Ihnen sei die Möglichkeit sozialer Entfaltung in besonderer Weise wesentlich.

monopole, JZ 16. Jg. (1961) S. 280 ff.; *Leisner*, Die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit, JuS 2. Jg. (1962) S. 463 ff. (465); w. Nachw. s. dort.

<sup>70</sup> *Wuermeling*, Bundesrat, 236. Sitzung vom 14. 7. 1961, Sten.Ber. S. 191. S. dagegen allgemein *Weller*, Partnerschaft, S. 167 f. (168): »Die Rechtsstellung der Wohlfahrtsverbände gründet sich also nicht auf eine verfassungsrechtlich gewährleistete Vorrangstellung.« Desgl. *Köttgen*, Mandat, S. 4 f.; *Fichtner*, S. 330.

<sup>71</sup> *Küchenhoff*, Rechtsgutachten, S. 38 ff., 47; *Bender*, Rechtsgutachten, S. 40 f.; *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht I, S. 7 f.; s. a. Caritas und kommunale Wohlfahrtspflege, hsgg. vom Deutschen Caritasverband, o. J. (1962) S. 62; »Allzuständigkeit«, S. 305.

<sup>72</sup> BVerfGE 6, 32.

Die Unterstellung dieses spezifischen, autonom gewählten Zwecks unter die Wesensgehaltsgarantie des Grundrechts bedarf der Kritik. Zwar erscheint es selbstverständlich, daß jede juristische Person und jeder sonstige Verband<sup>73</sup> nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG des Schutzes vor nicht verfassungsmäßigen, ungesetzlichen Eingriffen teilhaftig wird<sup>74</sup>. Für die Erstreckung der Wesensgehaltsgarantie aus Art. 2 Abs. 1, 19 Abs. 2 GG über Art. 19 Abs. 3 GG muß jedoch das Gegenteil gelten<sup>75</sup>. Die Rechtsstellung juristischer Personen und nicht allgemein rechtsfähiger Verbände geht in ganz anderer Weise aus der jeweils aktuellen positiven Rechtsordnung hervor als die Rechtsstellung des Menschen, die durch (rechts-)anthropologische Axiome vorgeformt ist. Während die Verfassung hinsichtlich der Rechtsstellung des Menschen ein materiales »vorrechtliches Gesamtbild«<sup>76</sup> rezipieren konnte, war ihr vorrechtliches Bild von der juristischen Person als solcher von ihrem instrumentalen Charakter und ihrer Disponibilität bestimmt. Die Formel des Art. 19 Abs. 3 GG war nicht dazu angetan, eine andere Vorstellung des Verfassungsgebers zu positivieren. Somit ist als Grundsatz davon auszugehen, daß die Verfassung den Wesensgehalt der Entfaltungsmöglichkeiten juristischer Personen dem Gesetzgeber nicht vorgibt, sondern zu bestimmen überläßt.

Vollends unbegründet erscheint es demnach, *allein* aus Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG zu entnehmen, Verbänden und Einrichtungen, die sich wohlfahrtspflegerischen Zwecken widmen, sei ein Wesensgehalt der Selbstentfaltung verfassungsrechtlich garantiert, der dem Raum der »freien« Wohlfahrtspflege, wie ihn Bundessozialhilfegesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz gewähren, entspricht<sup>77</sup>.

Festeren Grund hat die Verfassung den juristischen Personen und anderen Verbänden im allgemeinen sowie den sozial zweckhaften unter ihnen im besonderen nur gelegt, soweit sie ihre Bildung ausdrücklich garantiert: durch Art. 9 GG, Art. 140 GG und Art. 137 RV 1919 sowie, was im folgenden nicht interessiert, Art. 21 GG. »Alles Weitere ist also lediglich eine – von Art. 19 III unberührte – Frage, ob der grundrechtlich geschützte Vorgang des Sich-Assozierenens mit der erfolgten Assozierung

<sup>73</sup> Zum Grundrechtsschutz nichtrechtsfähiger Verbände s. BVerfGE 3, 383 (391 f.); *Dürig, Maunz/Dürig*, Art. 19 Abs. III Rdnr. 55.

<sup>74</sup> S. z. B. BVerfGE 10, 221 (225); 14, 105 (116).

<sup>75</sup> Vgl. *Dürig, Maunz/Dürig*, Art. 2 Abs. I Rdnr. 68, Art. 19 Abs. III Rdnr. 9, 52–54.

<sup>76</sup> Vgl. *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 1948, S. 137 ff.

<sup>77</sup> Im Ergebnis übereinstimmend *Köttgen*, Mandat, S. 4.

grundrechtlich als abgeschlossen anzusehen ist oder ob auch forthin das Handeln und Wirken dieser Assoziation am Schutz des betreffenden Assoziationsgrundrechts teilnimmt.«<sup>78</sup>

b) Art. 4 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG

Ehe auf die hier einschlägigen »Assoziierungsrechte« eingegangen wird, sei jedoch noch die Möglichkeit erwähnt, daß »freie« Wohlfahrtsorganisationen über Art. 19 Abs. 3 GG Rechte aus Art. 4 GG in Anspruch nehmen. In welchem Maße und unter welchen Voraussetzungen diese Berufung Erfolg haben kann, braucht hier jedoch nicht im einzelnen erörtert zu werden<sup>79</sup>. Art. 4 GG gibt dem Kollektiv und der Organisation genausowenig ein Recht auf Teilhabe an der öffentlichen Wohlfahrtspflege wie dem einzelnen<sup>80</sup>.

c) Art. 9 Abs. 1 GG

Aber auch Art. 9 GG – von dem hier nur Abs. 1 interessieren kann – enttäuscht die in ihn gesetzten Hoffnungen<sup>81</sup>. Das Grundrecht geht auf privatrechtlichen Zusammenschluß<sup>82</sup>. Einen *Anspruch* gegen den Staat, diesen freigebildeten Vereinigungen *öffentliche Aufgaben* zu übertragen, umschließt es *nicht*<sup>83</sup>.

Desgleichen gibt es keinen Anspruch auf Subventionierung, selbst wenn die freie Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegt<sup>84</sup>. Im Gegenteil ist daran zu erinnern, daß die Einbeziehung privater Vereinigungen in das System öffentlicher Aufgaben und Mittel ihrer Eigenständigkeit und Eigenberechtigung wenigstens fremd ist<sup>85</sup>.

<sup>78</sup> Dürig, *Maunz/Dürig*, Art. 19 Abs. III Rdnr. 56.

<sup>79</sup> S. dazu etwa Dürig, *Maunz/Dürig*, Art. 19 Abs. III Rdnr. 52 und 53 und Rdnr. 54 Fußn. 1; *Bachof*, *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht*, S. 134 m. w. Hinw.; s. a. *Wasse*, S. 121 ff.

<sup>80</sup> S. o. S. 102.

<sup>81</sup> S. nochmals die oben S. 103 Zitierten.

<sup>82</sup> S. f. v. a. BVerfGE 10, 89 (102), 354 (361 f.).

<sup>83</sup> *Wernicke*, *Bonner Kommentar*, Art. 9 Anm. II 1 f.; *Köttgen*, *Mandat*, S. 4; *Ule*, *Rechtsgutachten*, S. 28.

<sup>84</sup> S. zu der verwandten Streitfrage, ob Privatschulen subventioniert werden müssen, Darstellung und Hinweise bei *Peters*, *Elternrecht*, S. 441 f. – Zum engeren Vergleichszusammenhang s. *Köttgen*, *Mandat*, S. 6.

<sup>85</sup> S. oben S. 58 f., S. 66 f. und S. 76 f.

Für Wohlfahrtsverbände ist keine Ausnahme ersichtlich<sup>86</sup>.

Nun erscheint die Vereinigungsfreiheit so nicht ungefährdet. Die freien Kräfte werden »unter Umständen unnötig, weil das Anliegen, dessen sie sich annehmen wollten, schon durch die staatliche Gemeinschaft erfüllt ist. Die Freiheit zu handeln wird also illusorisch.«<sup>87</sup> Aber nur dort, wo der Staat Aufgaben nicht aus sachlichen Gründen, sondern, um die freie Vergesellschaftung auszutrocknen, an sich zieht, wird dagegen von Art. 9 Abs. 1 GG her vorgegangen werden können<sup>88</sup>. Davon, daß die Regelung der zu prüfenden Gesetze durch diesen Vorbehalt bedingt sei, kann keine Rede sein. Auch nichts von dem, was an etatistischen und kommunalfreundlichen Alternativen real in Betracht gezogen wird, würde die von Art. 9 Abs. 1 GG her zu ziehende Grenze berühren. Die Fülle sozialer Hilfsaufgaben zu absorbieren, ist wohl keinem Staat möglich<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> S. a. *Weller*, Partnerschaft, S. 167. – *Köttgen* hatte noch in seinem Art. »Selbstverwaltung« im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9, 1956, S. 220 ff. (223) angenommen, der Status der »Verbände der freien Wohlfahrtspflege und Jugendverbände würde zum mindesten einer entsprechenden Überprüfung bedürfen«. In seinem Aufsatz über »Das umstrittene Mandat zur Jugendpflege« (insbes. S. 4) sowie in seinem Rechtsgutachten zum Entwurf der Novelle zum Reichsjugendwohlfahrtsgesetz (»Vorrang oder Subsidiarität der freien Jugendhilfe?«) kommt er darauf nicht zurück.

<sup>87</sup> *Utz*, Subsidiaritätsprinzip vor dem Verfassungsgericht, S. 84.

<sup>88</sup> Das wird vor allem dort möglich sein, wo der Staat die Wirksamkeit freier Verbände durch Zwangskorporationen ablöst, also selbst anerkennt, daß die Aufgabe eine sondergemeinschaftliche ist. So wird immer wieder von der positiven Vereinigungsfreiheit her gegen die unbeschränkte Entwicklung öffentlicher Zwangskorporationen polemisiert (s. insbes. *Quidde*, Grundrechtsschutz vor Zwangsmitgliedschaften, DÖV, 11. Jg. (1958), S. 521 ff., insbes. S. 524; *Schneider*, Die öffentlich-rechtliche Alterssicherung freier Berufe und das Grundgesetz, 1959, S. 29 f.; s. a. *Ipsen*, Rechtsfragen berufsständischer Zwangsversorgung, in: Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft vom Standpunkt der Versicherungswissenschaft betrachtet, hrsg. von *Walter Rohrbeck*, 1954, S. 31 ff. (40 ff.).

<sup>89</sup> So räumt auch *Utz*, Subsidiaritätsprinzip vor dem Verfassungsgericht, ein: »Man könnte allerdings einwenden, daß die vom Gesellschaftskörper geleistete Hilfe immer notwendig sei, so daß der freien Entfaltung . . . der freien Hilfe zugunsten anderer immer noch Raum genug offenbleibe. . . . Das ist sicher richtig.« Ähnlich *Jans/Happe*, § 5 Anm. 8 (S. 65). S. ferner z. B. *Heinke*, Freiheit in der Sozialordnung, S. 76 ff. m. w. Nachw. (insbes. Fußn. 6); *Ziegler*, Partnerschaft, S. 136: »So scheint es mir, ist in der Sozialhilfe genug zu tun für alle, für die öffentliche und für die freie Wohlfahrtspflege. Und bei gutem Willen braucht es keine Kompetenzstreitigkeiten zu geben, . . . Wenn alle tun, was sie nur können, ist es immer noch zu wenig, angesichts der Fülle und der Vielgestaltigkeit der Hilfsbedürftigkeit.« – Zur Exemplifikation s. etwa *Lord Beveridge*, Freies Helfen – Nöte, die auch der Sozialstaat noch kennt, Zeitschrift für Sozialreform, 5. Jg. (1959) S. 306 ff.

### 3. Die Legitimation der Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften

#### a) Vorbemerkung

So bleibt noch zu würdigen, ob die Regelung des Gesetzes durch die Freiheit der Vereinigung zu Religionsgesellschaften (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 2 RV 1919), durch deren Autonomie (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 RV 1919) und ihren – möglichen – öffentlich-rechtlichen Status (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 5 RV 1919) erfordert wird<sup>90</sup>.

Dabei ist daran zu erinnern, daß § 5 Abs. 4 JWG die Kirchen und sonstigen Religionsgesellschaften öffentlichen Rechts ausdrücklich zu Trägern der freien Jugendhilfe erklärt, während das Bundessozialhilfegesetz die Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts<sup>91</sup> ausdrücklich nur in der Eigenständigkeit ihres Wirkens bestätigt und am Zusammenarbeitsgebot teilhaben läßt (§ 10 Abs. 1 und 2 BSHG). Daraus darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts im übrigen nicht auch Träger »freier« Wohlfahrtspflege im Sinne des Bundessozialhilfegesetzes sein könnten.

#### b) Die Stellung der Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften – zu den Ausgangspunkten der verfassungsrechtlichen Prüfung

Die beherrschende Deutung der sog. Weimarer Kirchenartikel und ihrer grundgesetzlichen Rezeption<sup>92</sup> ist geprägt von der Staatsunabhängigkeit, aber auch Staatszugewandtheit der *Kirchen*. Gemäß ihrem vom Staate bejahten Selbstverständnis haben sie einen ursprünglichen, nicht vom Staate abgeleiteten, nur ihnen eigenen Auftrag. »Ihr Wirkungskreis ist nicht ein Stück, sondern ein Gegenstück des staatlichen Wirkungskreises.«<sup>93</sup> Deshalb gibt es zwischen Staat und Kirchen grundsätzlich auch kein Verhältnis der Subsidiarität<sup>94</sup>. Vielmehr stehen sie in einem Verhältnis der Trennung und

<sup>90</sup> Zum Gedanken einer qualitativen Unterscheidung zwischen kirchlicher und anderer »freier« Liebestätigkeit s. z. B. *Heinke*, Freiheit in der Sozialordnung, S. 79 m. w. Nachw. (insbes. Fußn. 24).

<sup>91</sup> Nicht auch des privaten Rechts: *Oestreicher*, § 10 Rdnr. 8.

<sup>92</sup> S. dazu als zusammenfassende jüngere Darstellungen *Mikat*; *Hesse*, Staatskirchenrecht, sowie die überaus gedanken- und materialreiche Kritik von *Quaritsch*; alle weiteren Nachweise s. dort.

<sup>93</sup> *Wasse*, S. 52.

<sup>94</sup> *Hengstenberg*, Philosophische Begründung des Subsidiaritätsprinzips, in: *Utz*, Subsidiaritätsprinzip, S. 31; *Klein*, Christ und Kirche, S. 136 f.

der Koordination. Dessen im Hinblick auf das gemeinsame personelle und territoriale Substrat beider Gemeinwesen unerträgliche Härte wird auf der einen Seite gemildert durch den Vorbehalt der für alle geltenden Gesetze (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 Satz 1 RV 1919), auf der anderen Seite durch den sog. Öffentlichkeitsanspruch der Kirchen.

Die übrigen *Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften* nehmen voll an der Staatsunabhängigkeit, nur in minderm Maße oder gar nicht an jener unklaren Summe legitimer Ingerenzen teil, die als Öffentlichkeitsanspruch artikuliert wird. Dabei stehen die Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, die mit den Kirchen den Status der öffentlich-rechtlichen Körperschaft teilen, diesen noch am nächsten.

Diese weithin anerkannten Grundzüge des gegenwärtigen deutschen Staatskirchenrechts seien auch der verfassungsrechtlichen Prüfung des Bundessozialhilfegesetzes und des Jugendwohlfahrtsgesetzes zugrunde gelegt. Ihre Kritik ist unterwegs<sup>95</sup>. Das kann hier jedoch außer Betracht bleiben. Sollte es zu einer Korrektur kommen, so doch nicht im Sinne einer Ausweitung kirchlicher Ansprüche. Gehen also Bundessozialhilfegesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz über das hinaus, was der gegenwärtigen staatskirchenrechtlichen Maximalposition der Kirchen entspricht, so ist nicht zu erwarten, daß eine künftige staatskirchenrechtliche Entwicklung die Rechtfertigung nachbringt.

### c) Zur Abgrenzung des Problems

Der weiteren Untersuchung vorweg sei klargestellt, daß weder die Gleichstellung noch die gemeinsame Hervorhebung der Kirchen und sonstigen Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts durch die Gesetze in Frage gestellt werden sollen. Daß zwischen Religionsgesellschaften privaten und öffentlichen Rechts ein Unterschied gemacht werden kann, ergibt sich aus der Differenzierung durch die Verfassung, deren Prinzip vom Gesetzgeber nicht unsachlich angewendet wurde. Daß andererseits nach der gegenwärtig herrschenden Ansicht die Kirchen, soweit sachlich geboten, auch von den übrigen Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts, unterschieden werden *dürfen*<sup>96</sup>, *zwingt* weder allgemein noch im hier interessierenden Zusammenhang, zu differenzieren.

<sup>95</sup> S. Quaritsch, m. w. Nachw.; s. a. Zippelius, Staat und Kirche und die Einheit der Staatsgewalt, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, Bd. 9 (1962/63) S. 42 ff.

<sup>96</sup> S. z. B. Hesse, Staatskirchenrecht, S. 27 f. m. w. Nachw.

Nicht zufällig schließlich scheint es, daß der Gesetzgeber *Weltanschauungsgemeinschaften* vollends verschweigt. Doch wird ihm nicht unterstellt werden dürfen, daß er dem Gleichstellungsgebot des Art. 137 Abs. 7 RV 1919 hätte trotzen wollen, wenn er es vor Augen gehabt hätte. Es ist daher zum Gesetz hinzuzulesen.

Dies vorbehalten wird im folgenden zu erörtern sein, in welcher Weise die dargelegten Grundsätze die soziale Begegnung von Staat und Kirche bestimmen. Dabei sollen die Verhältnisse in bezug auf die christlichen »Großkirchen« (Quaritsch) ihrer schärferen Kontur und ihrer quantitativen Bedeutung wegen im Vordergrund stehen. In bezug auf die übrigen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften unterscheiden sich die Probleme rechtlich im wesentlichen durch deren minderen oder fehlenden Öffentlichkeitsanspruch.

#### d) Staatliche Sozial- und Jugendhilfe und kirchliche Sozialwirksamkeit

##### aa) Allgemeines

##### aaa) Zur Unterscheidung

*Caritative Hilfe* ist eine der Kirche von Anfang an eigene Aufgabe. Nach dem christlichen Sittengesetz, welches das Wesen der christlichen Kirchen mitbestimmt, ist es Sache der Christen, als einzelner wie als Gemeinschaft, nicht zuletzt also als organisierte Kirche, dem Armen zu helfen. In der Diakonie verwirklicht die Kirche wesentlich sich selbst<sup>97</sup>. Kirchliche Caritas gehört zu den Angelegenheiten, die die Kirche als die »ihren« selbständig ordnen und verwalten kann<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> Am umfassendsten in jüngerer Zeit wohl dargetan von *Franz Klein*, Christ und Kirche. Bei diesem s. auch eingehende Nachweise. S. des weiteren auch *Berg*, Das Diakonat als Lebensfunktion der Kirche, in: »Das diakonische Amt der Kirche«, hsg. v. *Krimm*, 1953, S. 477 ff.; *Karl-Friedrich Weber*, Innere Mission und Wohlfahrtsstaat, in: »Macht und Recht«, Beiträge zur lutherischen Staatslehre der Gegenwart, 1956, S. 173 ff. (194): »Daß die Innere Mission, wie sie geschichtliche Gestalt gewonnen hat, eine unaufgebbare Aufgabe der Kirche erfüllt, dürfte deutlich geworden sein, denn das Tun der Inneren Mission ist Selbstbezeugung des innersten Wesens der Kirche«. Oder *Janssen*, S. 135: »... , daß die Kirche auf ihre Liebesarbeit nicht verzichten darf. Sie würde in der Tat einen toten Glauben beweisen, wenn sie nicht sozial und karitativ wirksam würde.«

<sup>98</sup> *Mikat*, S. 193; ferner *Süsterhenn*, Kirchl. Liebestätigkeit, insbes. S. 116; *Klein*, Recht des sozial-caritativen Arbeitsbereichs, S. 41 ff., insbes. S. 44 ff.

Die von den Kirchen getragene Wohltätigkeit hat nun zwar in besonderem Maße teil auch an dem *Öffentlichkeitsanspruch* der Kirchen<sup>99</sup>. Das darf jedoch die Unterschiede zwischen der kirchlichen Liebestätigkeit und staatlicher sozialer Intervention nicht vergessen machen, die auch für die Grenzziehung zwischen dem unantastbar kirchlich-autonomen Bereich und den dem Staate zugänglichen Sachgebieten entscheidend sein müssen.

Die *kirchliche Diakonie* ist gekennzeichnet durch die rein religiös-sittliche, rechtlich nicht konkretisierbare Pflicht zu helfen<sup>100</sup> auf der Seite der Gebenden und durch den gnadenhaften, einen rechtlichen Anspruch ausschließenden, rechtsfremden Charakter der Hilfe für den Nehmenden<sup>101</sup>. Die soziale Intervention des Staates ist dagegen gekennzeichnet durch das Medium der rechtlichen Normierung und die Möglichkeit zwangsweiser Durchsetzung des Rechts<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> Vgl. *Weber*, Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, VVDStRL, Heft 11 (1954), S. 153 ff. (166, 174); *Peters*, ebenda S. 190; *Klein*, Christ und Kirche, S. 133, 236 ff. (Fußn. 316); *ders.*, Recht des sozial-caritativen Arbeitsbereichs, S. 41 ff.; *Scheuner*, Die staatskirchenrechtliche Tragweite des Kirchenvertrags von Kloster Loccum, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, Bd. 6 (1957/58), S. 1 ff. (23); *Süsterhenn*, Kirchl. Liebestätigkeit, S. 116 und passim. – Im *Landesverfassungsrecht* wird gelegentlich ausdrücklich »die Wohlfahrtspflege der Kirchen . . . gewährleistet« (Art. 6 BadWürttVerf; Art. 122 Abs. 1 chem. WürttHohenzVerf; Art. 35 Abs. 2 chem. BadVerf; s. a. Art. 35 Abs. 3 SaarlVerf) oder es werden wenigstens ihre Wohltätigkeitseinrichtungen als gemeinnützig anerkannt (Art. 63 BremVerf; Art. 46 RheinlPflVerf; Art. 40 SaarlVerf; Art. 35 Abs. 1 chem. BadVerf). Außerdem wird ihre Mitwirkung bei der Jugend- und Familienpflege garantiert (Art. 6 Abs. 3 NordrhWestVerf; Art. 26 RheinlPflVerf).

<sup>100</sup> S. *Klein*, Christ und Kirche, insbes. S. 41 ff. m. eingeh. Nachweisen; *ders.*, Recht des sozial-caritativen Arbeitsbereichs, S. 56 ff., insbes. S. 57; s. a. *dens.*, Verwaltungsrechtliche Sicht I, S. 5 f. und passim. – S. auch *Buchrucker*, Der Wohlfahrtsstaat als kirchliches Problem, Evangelisch-Lutherische Kirchenzeitung, 8. Jg. (1954), S. 36 ff., insbes. S. 38.

<sup>101</sup> S. insbes. *Buchrucker*, a.a.O., s. dazu auch noch unten S. 126 ff., insbes. Fußn. 170.

<sup>102</sup> Vgl. *Gerstenmaier*, »Wichern zwei«, in: »Das diakonische Amt der Kirche«, hrsg. v. *Krimm*, 1953, S. 499 ff., insbes. S. 502 f., 532 ff.; s. a. *Klein*, Christ und Kirche, insbes. S. 41 ff.; Recht des sozial-caritativen Arbeitsbereichs, S. 56 ff., insbes. S. 57; Verwaltungsrechtliche Sicht I, S. 5 f. – Es liegt nahe, diese Gegenüberstellung noch einen Schritt weiter zu führen zur Antithese *Gerechtigkeit – Liebe oder Gerechtigkeit – Barmherzigkeit* und dabei als den vom Staat zu verwirklichenden Wert die Gerechtigkeit, als den von der Kirche zu realisierenden Wert die Liebe/Barmherzigkeit anzusehen (Ansätze s. bei *Wendland*, Die dienende Kirche und das Diakonienamt, in: »Das diakonische Amt der Kirche«, hrsg. v. *Krimm*, 1953, S. 443 ff. (467 f.); zu dem Fragenkreis s. ferner z. B. auch *Klein*, Christ und Kirche, S. 19 ff. und die dort (S. 39, 152 ff.) nachgewiesene Literatur.

Die *kirchliche* Liebestätigkeit ist – mag sie gleichwohl weithin ausstrahlen – in ihrem Kern festgelegt auf die von der Kirche umschlossene Menschengemeinschaft und hat somit in bezug auf die staatliche Einheit, in der mehrere Religionsgemeinschaften zusammenleben, Teil-Charakter<sup>103</sup>. Die *staatliche* Intervention erfaßt grundsätzlich die ganze staatliche Gemeinschaft.

Daraus ergibt sich von vorneherein eine Abschichtung, die die Masse sozialen Ausgleiches und sozialer Hilfe dem Staate zuweist. Soziale Maßnahmen, die sachgerecht nicht mit freiwillig aufgebrauchten Mitteln, sondern nur mit erzwingbaren (erzwungenen) Leistungen bewerkstelligt werden können, müssen vom Staate getroffen werden. Das gleiche gilt von Maßnahmen, die gegen den Willen des Hilfsbedürftigen durchgesetzt werden müssen<sup>104</sup>. Wo – sei es aus Gründen der Egalität, der Gerechtigkeit oder bloß der Effektivität der über die Massen des modernen Staates zu breiten den Ordnung – gnadenweise Hilfe von Fall zu Fall nicht erträglich ist, sondern an ihre Stelle der präzise Anspruch treten muß, ist der Staat kompetent. Wo konfessionalistische Grenzziehungen sachfremd wären, ist der Staat die adäquate Regelungseinheit und eine kirchliche Kompetenz ausgeschlossen. Einem nicht kirchlich »Organisierten« schließlich kann der Staat nicht zumuten, die Hilfe der Kirchen nachzusuchen, ja vielleicht nicht einmal, sie anzunehmen<sup>105</sup>; der Staat muß selbst helfen.

Es ist gewiß auch in bezug auf die demnach außerhalb ihres Selbstbestimmungsrechts liegenden Materien und Funktionen Sache der Kirchen, mahndend, beratend und stimulierend auf den Staat einzuwirken<sup>106</sup>. Aber ihre eigenverantwortliche Erledigung ist ihnen nicht garantiert. *Ihre* Sache ist es, aus religiösem Sinn zu helfen, Opfer anzuregen und an den Bedürftigen heranzuführen. Hierin liegt ein Kern, den der Staat letztlich gar nicht absorbieren kann. »Was durch ihren« – der Kirche – »Dienst geschieht, kann der Staat, weil er die Liebe Christi nicht zu erfüllen vermag, nicht leisten«<sup>107</sup>. Quantitativ aber wandert, wenn der Staat tut, was er sozial

<sup>103</sup> S. außer den Vorgenannten etwa Ziegler, Partnerschaft, S. 132.

<sup>104</sup> Vgl. Gerstenmaier, a.a.O., S. 542; Klein, Christ und Kirche, S. 133 f. S. a. ders., Kirchliche Liebestätigkeit, S. 152.

<sup>105</sup> Fuß, Kirche und Staat unter dem Grundgesetz, DÖV, 14. Jg. (1961), S. 734 ff. (740); s. a. Klein, Recht des sozial-caritativen Arbeitsbereichs, S. 58 f.

<sup>106</sup> Vgl. Gerstenmaier, a.a.O., S. 524.

<sup>107</sup> Karl-Friedrich Weber, a.a.O., S. 194; s. a. Klein, Christ und Kirche, S. 138 f.

tun kann, die Masse der sozialen Aufgaben von den Kirchen auf den Staat ab<sup>108</sup>.

Dem sind einige *klärende Einschränkungen* hinzuzufügen.

Zunächst ist festzuhalten, daß *Kult* und *Seelsorge* im Rahmen sozialer Hilfe unabhängig von deren kirchlichem Bezug an die jeweilige Religionsgemeinschaft gebunden sind.

Zum anderen ist an die besondere Situation im gesteigert umverteilenden Sozialstaat hinzuweisen, *dessen Abgaben der Diakonie Mittel vorenthalten* (können). Insofern können staatliche Zuschüsse ausgleichen, ohne die Sozialarbeit der Kirche zu entfremden. Doch darf der Opfercharakter der Diakonie nicht aufgehoben werden.

Schließlich ist noch an die mögliche *Symbiose* zwischen *staatlicher Finanzkraft* und *religiös bestimmter persönlicher dienender Hingabe* zu erinnern, wie sie in Krankenhäusern und Heimen ständig praktiziert wird, die von der öffentlichen Hand getragen und von kirchlichen Orden oder ähnlichen Gemeinschaften versorgt werden. Dieser Beitrag bleibt wesentlich kirchlich; aber nur deshalb, weil er in besonderer Weise als Opfer geprägt ist. Zahlt dagegen die Kirche aus staatlichen Mitteln »käufliche« Dienstkkräfte, so ist das spezifisch Caritative, Diakonische dahin. Der kirchliche »Dienstherr« allein tuts nicht.

### *bbb) Die Begegnung im sozialen Raum*

Ganz abgesehen von dem eben noch Angemerkten sind die Phänomene jedoch *nicht so klar geschieden*, daß ein sachliches Aufeinandertreffen und eine effektive Konkurrenz staatlicher Sozialgestaltung und kirchlicher Liebestätigkeit ausgeschlossen wäre<sup>109</sup>. *Woran* soll sich die *Aufteilung orientieren?*

<sup>108</sup> Zur Würdigung dieses für die Gegenwart signifikanten Zustandes s. z. B. *Dibelius*, Grenzen des Staates, 1949, insbes. S. 112 ff.; *Berggrav*, Staat und Kirche in lutherischer Sicht, 1952; *Grob*, Staatliche Sozialfürsorge oder christliche Liebestätigkeit, Kirche in der Zeit, 8. Jg. (1953), S. 173 ff.; *Buchrucker*, a.a.O.; *Wilkens*; *Karl-Friedrich Weber*, a.a.O.; *Klein*, Christ und Kirche, S. 123 ff.; *Janssen*; *Münchmeyer*, Die Wandlung der Welt mit ihren Konsequenzen für die Diakonie, in: »Diakonie der Kirche in einer veränderten Welt«, hrsg. v. Brennecke, 1956, S. 93 ff.; *Ziegler*, Partnerschaft, S. 133. – Zur Gefahr der Institutionalisierung der Nächstenliebe in Staat und Kirche s. *Jüchen*, Die Krisis der Nächstenliebe in der heutigen Gesellschaft, Soziale Arbeit, 9. Jg. (1960), S. 145 ff. (151 ff.).

<sup>109</sup> Zum – irreführenden – Charakter der Wohlfahrtspflege als res mixta s. etwa *Klein*, Kirchliche Liebestätigkeit, S. 150; *Quaritsch*, S. 187 f., je m. w. Hinweisen.

Sicher ist, daß jede extreme Lösung vermieden werden muß. Eine *Vermutung kirchlicher Entfaltungsfreiheit* – m. a. W.: der Grundsatz, kirchliche Anstalten, Organisationen, Bedienstete usw. auch in den staatlichen Raum hinein gewähren zu lassen, ist nicht zulässig – sei es mit Rücksicht auf die Bekenntnisfreiheit derer, die damit gezwungen wären, sich der Betreuung mehr oder minder radikal Andersdenkender zu überlassen, sei es wegen der ungeordneten Rivalität der kirchlichen Träger untereinander, sei es wegen der wesensmäßigen Freiwilligkeit und Unabhängigkeit des kirchlich-caritativen Tuns, das somit den Bedürfnissen der staatlichen Gemeinschaft, wie sie als Ganzes doch nur vom Staate repräsentiert wird, und seiner rechtsstaatlichen Ordnung nur schwer eingefügt werden kann, um nur die wichtigsten Gründe zu nennen. Eine *ausschließliche staatliche Trägerschaft* der an sich staatlich ebenso wie kirchlich denkbaren Einrichtungen und Dienste ist nicht weniger unzulässig. Sie widerspräche schon der Freiheit der kirchlichen Liebestätigkeit und ihrem Öffentlichkeitscharakter. Sie würde – extrem durchgeführt – die Bekenntnisfreiheit und mitunter sogar die allgemeine persönliche Freiheit derer beengen, die gerade bei einer (ihrer) Kirche Schutz und Hilfe suchen<sup>110</sup>, und schließlich die Wirksamkeit der geistig-seelischen Kräfte verleugnen, die nur von der Religion her gewahrt und gekräftigt werden können<sup>111</sup>.

Es gibt auch *keine* einfache Regel der *Subsidiarität* zwischen staatlicher Wohlfahrtspflege und kirchlicher Liebestätigkeit<sup>112</sup> – genausowenig wie Staat und Kirche im Verhältnis der Subsidiarität stehen<sup>113</sup>.

Die Lösung liegt in der *Partnerschaft*<sup>114</sup>, im Nebeneinander und Miteinander<sup>115</sup>. So bleibt ein Spannungsverhältnis, das nicht durch Realteilung

<sup>110</sup> Vgl. zum spezifischen Zusammenhang *Klein*, Christ und Kirche, S. 127 ff., mit Nachweisen und eingehender Deduktion aus Grundgesetz und Gesetzesrecht (s. S. 232 ff. – Anm. 304–311); s. a. *ders.*, Recht des sozial-caritativen Arbeitsbereichs, S. 58 f.

<sup>111</sup> Vgl. *Dibelius*, Grenzen des Staates, 1949, S. 113 f.; *Utz*, Formen und Grenzen, S. 117 ff.; *Klein*, Christ und Kirche, S. 128, 136 ff., m. w. Nachw. aus dem Schrifttum des Fürsorge- und Jugendfürsorgewesens (insbes. S. 233 ff. – Anm. 307–309).

<sup>112</sup> Vgl. *Kötzingen*, Mandat, S. 5. – A. A. scheinbar *Peters*, Die Gegenwartslagen des Staatskirchenrechts. VVDStRL, Heft 11 (1954), S. 177 ff. (190); *Süsterhenn*, Kirchl. Liebestätigkeit, S. 116 f.; *Mikat*, S. 193. – Auch mit einer Formulierung wie der von *Dibelius* (a.a.O., S. 116), daß der Staat nur dort sozial tätig sein soll, wo »andere« die Aufgaben nicht besser erfüllen, läßt sich praktisch wenig anfangen.

<sup>113</sup> S. o. S. 107 f., Fußn. 94.

<sup>114</sup> S. insbes. *Klein*, Christ und Kirche, S. 135; s. a. *ders.*, Recht des sozial-caritativen Arbeitsbereichs, S. 56 ff.

<sup>115</sup> S. a. *Süsterhenn*, a.a.O., S. 117.

aufgehoben werden kann, sondern in Permanenz auf der Suche nach dem in der sich wandelnden Situation jeweils Richtigen ausgetragen werden muß<sup>116</sup>. Dieses Richtige aber kann immer nur von der Grundlage der dargestellten grundsätzlichen Unterscheidung her gefunden werden<sup>117</sup>.

*bb) Zur konkreten Frage*

*aaa) Zur Garantie der Eigenständigkeit*

Die gesetzliche Garantie der Eigenständigkeit kirchlichen (religionsgesellschaftlichen) sozialen Wirkens<sup>118</sup> entspricht diesen Grundsätzen, ohne ihnen etwas hinzuzufügen<sup>119</sup>.

*bbb) Zur Pflicht zu Zusammenarbeit und Ergänzung*

Auch die Pflicht zu Zusammenarbeit und Ergänzung<sup>120</sup> ist der staatskirchenrechtlichen Situation gemäß. Mißdeutungen, die den Wesensunterschied zwischen Caritas einerseits und staatlicher Sozialarbeit andererseits verkennen, bietet sie freilich breiten Raum. Die Übersteigerung und Verlagerung jedoch, die sich aus ihrem Zusammenhang mit Funktionssperre und Unterstützungspflicht ergibt, kann ihr nicht unmittelbar zugerechnet werden.

*ccc) Die Unterstützungspflicht*

Die Unterstützungs- und Förderungspflicht<sup>121</sup> geht in ihrer Stringenz und Allgemeinheit *über das Notwendige* eindeutig *hinaus*.

*ddd) Die Funktionssperre*

Die Funktionssperre jedoch<sup>122</sup> *verstößt gegen* die sachgesetzliche *Wesensverschiedenheit* staatlicher Sozialintervention und kirchlicher – oder sonst-

<sup>116</sup> Zum Vorstehenden s. a. *Wilkens*, S. 152.

<sup>117</sup> Zur Anerkennung staatlicher Kompetenzkompetenz s. *Klein*, Kirchliche Liebestätigkeit, SZ. 150.

<sup>118</sup> S. o. S. 26 f. und S. 41 f.

<sup>119</sup> Zu der Vorstellung des Gesetzgebers, die Aufgaben der »freien« Wohlfahrtspflege und der als genuin »öffentlich« gedachte Regelungsbereich des Bundessozialhilfegesetzes überschritten sich, die jedenfalls hinsichtlich der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaft sorgfältiger Differenzierung bedürfte, s. o. S. 27. Zur – auch demgegenüber – reduzierten Bedeutung des § 10 Abs. 1 BSHG s. ebenfalls oben S. 27.

<sup>120</sup> S. o. S. 27 f. und S. 42.

<sup>121</sup> S. o. S. 28 ff. und S. 43 ff.

wie weltanschauungstragender – Hilfs- und Liebeswirksamkeit. Sie geht von der Vertauschbarkeit und somit wesentlichen Gleichartigkeit beider Erscheinungen aus, ignoriert den – im Verhältnis zur staatlich-kommunalen Sozialaufgabe – andersartigen und vor allem zusätzlichen Charakter der kirchlichen Liebestätigkeit und schiebt diese auf eine Bahn, auf die sie nach der staatskirchenrechtlichen Konzeption der Verfassung nicht gehört. Zwar werden die Kirchen (Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften) nicht auf diesen Weg gezwungen. Doch kann es mit dem Satz *volenti non fit iniuria* sein Bewenden nicht haben. Die kirchlichen Autonomieansprüche werden zwangsläufig in einen Raum getragen, in den sie nicht gehören<sup>123</sup>. Vor allem aber wird der Hilfsbedürftige, der die »gesetzlichen« Leistungen von seiner Kirche (Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft) erhält, nicht nur der entsprechenden staatlich-kommunalen Leistungen verlustig erklärt. Er wird zwangsläufig auch in seiner Kirche auf das »gesetzliche« Maß, nicht mehr auf das freiere, elastischere Maß des religiösen Liebesauftrages gesetzt. Wenn Staat und Kommunen nicht mehr allein geben, was der Sozialstaat gleich geben muß, sondern ihre Sozialfunktionen für die jeweiligen Einzugsbereiche auf die Kirchen (Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften) übertragen, so führt das dazu, daß diese gerade ihre Ergänzungsfunktion verkümmern lassen (müssen?). Der atypische Bedürftige, den das Gesetz nicht erreicht, wird schließlich seine Hilfe auch nicht mehr bei den – zu »Sozialhilfeträgern« gewordenen – Kirchen finden.

Nun scheint sich freilich das Staatskirchenrecht in einer Verlegenheit zu befinden, diesen Besorgnissen gerecht zu werden. Auf der einen Seite steht die Andersartigkeit kirchlicher und staatlicher Sozialarbeit fest, ist danach eine Subsidiarität zwischen staatlicher und kirchlicher Sozialarbeit ausgeschlossen und scheint keine Kirche (Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft) wollen zu können, daß sie den Staat aus seinem Sozialbereich verdrängt und ersetzt. Auf der anderen Seite will das Staatskirchenrecht das *Selbstverständnis der Kirchen* gelten lassen und drängen sich die Kirchen in diesen Bereich hinein.

Die scheinbare Antinomie löst sich, wenn bewußt gemacht wird, daß gerade dieses Vorstoßen der Kirchen – bewußt oder unbewußt, zugegeben oder nicht – nicht auf dem Selbstverständnis kirchlicher Diakonie beruht.

<sup>122</sup> S. o. S. 33 ff. und S. 47 ff.

<sup>123</sup> Wolf, Diakonie, S. 347. S. a. – woran oben schon erinnert wurde – die Vorstellung des Gesetzgebers, die Eigenständigkeitsgarantie erstreckte sich zum Teil auch auf Aufgaben der Sozialhilfe.

Diese hat es nicht nötig, Armut und soziale Bedürftigkeit dafür konservieren zu lassen, daß sie sie behebt<sup>124</sup>. Es geht um *seelsorgliche*, ja letztlich *missionarische Positionen*. Es geht um die Präsenz der Kirche in der Gesellschaft, um die Vielzahl ihre Kontakte zum Menschen. Sozialarbeit, die nicht wesensmäßig, jedenfalls nicht notwendig Diakonie ist, wird als solche geleistet, um die Kirche aufscheinen zu lassen<sup>125</sup>. Und die Unterstützung aus öffentlichen Mitteln steigert ihre Attraktivität über das Maß hinaus, das die eigene caritative »Potenz« ergäbe. Das alles ist verständlich und durch historische und sachliche Zusammenhänge bedingt. Doch darum geht es nicht. Es geht darum, daß der Staat, indem er die kirchliche Diakonie mit seiner Sozialarbeit vertauscht, nicht mehr das kirchliche Selbstverständnis in bezug auf die kirchliche Liebestätigkeit rezipiert, sondern ihren missionarischen Auftrag.

Auch daß der Staat den *missionarischen Auftrag der Kirchen* anerkennt, ist im Ansatz legitim. Nur daß er seinen Platz im Sozialleben räumt, um eine Plattform für Seelsorge und Mission zu schaffen, überschreitet das notwendige Maß kirchlicher Autonomie und kirchlichen Öffentlichkeitsanspruches. Dem Staat ist freilich nicht schlechthin verwehrt, hier über das Notwendige hinauszugehen. Das Verbot einer Staatskirche (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 1 RV) dürfte nicht verletzt sein, solange die gleiche Chance für alle Kirchen und Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften besteht, wengleich gerade unter diesem Gesichtspunkt die Beschränkung auf die Körperschaften des öffentlichen Rechts bedenklich erscheint. Mit äußerster Wachsamkeit ist jedoch darauf zu achten, daß der Staat dabei nicht Freiheit und Gleichheit des Bekenntnisses verletzt. So schwer es ist, die Grenzen einer kirchenfreundlichen Politik von der Garantie kirchlicher Selbstbestim-

<sup>124</sup> S. nochmals *Heinke*, Freiheit in der Sozialordnung, insbes. S. 77 f. u. S. 80; *Ziegler*, Partnerschaft, S. 136 f.; *Wolf*, Diakonie, S. 348: »Im übrigen hat es die Kirche nicht nötig, einen ›Schatz der Kirche‹, nämlich die Armen, zu hüten.« W. Nachw. s. bei den Zitierten.

<sup>125</sup> Ein Beispiel der Selbstverkenkung kirchlicher Caritasarbeit s. bei *Klein* (Justitiar des Deutschen Caritasverbandes), Kirchliche Liebestätigkeit, S. 140: Auch die kirchliche Liebestätigkeit »muß ihre Bedarfsdeckung auf dem allgemeinen Markt suchen und ist so schon gehalten, in der Regel einen ihren Bestand sichernden Gegenwert für ihre Leistungen zu fordern.« – S. auch den caritativen Maximalismus etwa bei *Zillken*, Der Eigenwert. S. dagegen die Warnungen vor unangemessener Expansion der kirchlichen Sozialarbeit auf evangelischer Seite, z. B. *Heinke*, Freiheit in der Sozialordnung, S. 80 (m. w. Nachw.); *Ziegler*, Partnerschaft, insbes. S. 137; *Wolf*, Diakonie, a.a.O.

mung her zu ziehen, so deutlich ist, welche Bedeutung hier den Art. 3 Abs. 3 (33 Abs. 3) und 4 GG zukommt<sup>126</sup>

Somit stehen die *Schranken*, die sich der Regelung des Bundessozialhilfegesetzes und des Jugendwohlfahrtsgesetzes *aus der Freiheit und Gleichheit des Bekenntnisses* entgegenstellen<sup>127</sup> nicht nur nicht im Widerspruch zur staatskirchenrechtlichen Lage. Sie sind ihr vielmehr völlig gemäß und gewinnen in diesem Rahmen zusätzlichen Ordnungswert.

### eee) Die Übertragung von Aufgaben

Im besonderen ist schließlich hervorzuheben, wie sehr die Übertragung im engeren Sinne »öffentlicher« Wohlfahrtsfunktionen an kirchliche (religions- oder weltanschauungsgemeinschaftliche) Träger<sup>128</sup> deren Stellung widerspricht<sup>129</sup>.

### e) Staatliche und kirchliche Erziehungsaufgabe

Soweit im Jugendwohlfahrtsrecht erzieherische Funktionen in Frage stehen, ergibt sich Ähnliches. Zwar ist Erziehung, wie schon bisher immer wieder bemerkt wurde, stärker weltanschaulich gebunden als soziale Hilfe. Der sog. Erziehungsauftrag der Kirchen (Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften)<sup>130</sup> mag daher vom Gesamt familienfremder Erziehungsleistung weniger real abzulösen sein als die kirchliche Diakonie vom Sozialauftrag des Staates. Der Erziehungsauftrag der Kirchen ist jedoch im Hinblick auf Art. 6, 7 GG – mag er auch hier und da landesverfassungsrechtlich anerkannt sein<sup>131</sup> – nicht anders zu denken, denn als eine Funktion des Elternrechts<sup>132</sup>. Somit gelten die Schranken, die sich der Expansion kirchlicher Jugendhilfe vom Elternrecht her entgegenstellen<sup>133</sup>, auch – und erst recht – im Rahmen des Staatskirchenrechts<sup>134</sup>.

<sup>126</sup> Vgl. Fuß, Staat und Kirche unter dem Grundgesetz, DÖV, 14. Jg. (1961), S. 734 ff. (740). – Zu Art. 3 Abs. 3 GG als Grenze des Öffentlichkeitsanspruchs s. a. Lenz, Rundfunkorganisation und öffentliche Meinungsbildungsfreiheit, JZ, 18. Jg. (1963), S. 338 ff. (348).

<sup>127</sup> S. o. S. 86 ff.

<sup>128</sup> S. insbes. o. S. 40 f., s. a. S. 50 ff.

<sup>129</sup> S. dazu etwa Klein, Kirchliche Liebestätigkeit, S. 152.

<sup>130</sup> S. etwa Mikat, S. 234 ff.; Peters, Elternrecht, S. 380 f., 422 ff.

<sup>131</sup> S. die Hinweise bei Mikat, S. 234.

<sup>132</sup> Besonders deutlich Peters, Elternrecht, S. 380 f.; s. a. Mikat, S. 234.

<sup>133</sup> S. o. S. 97 ff.

<sup>134</sup> S. demgegenüber Susterhenn, Gutachten, S. 38.

### f) Kirchliche Werke und Einrichtungen

Wird schon die – ausdrückliche oder implizite – Begünstigung der kirchlichen Wohlfahrtspflege nicht durch den staatskirchenrechtlichen Status der Kirchen gefordert oder gedeckt, so kann für die kirchlichen Werke und Einrichtungen, die in Wirklichkeit die kirchliche Wohlfahrtsarbeit fast ausschließlich übernommen haben, nichts anderes gelten.

Ergänzend muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß sich kirchliche Werke und Einrichtungen ohnedies nicht schlechthin auf den Status »ihrer« Kirchen berufen könnten<sup>135</sup>. Die staatskirchenrechtlichen Normen, die das Zusammen und Nebeneinander von Staat und Kirche im sozialen Feld bestimmen, können auf die kirchlichen Werke und Einrichtungen unmittelbar nur insoweit angewendet werden als die Kirchen in ihnen und durch sie wirken. Nur soweit sie zweckhaft ausschließlich einer bestimmten Kirche zugeordnet und institutionell von ihr beherrscht werden, können sie in deren verfassungsrechtliche Position hineingenommen werden<sup>136</sup>.

Das gilt vor allem für alle rechtlich nicht verselbständigten, nur innerkirchlich organisatorisch abgesonderten Veranstaltungen<sup>137</sup>. Auch rechtlich verselbständigte Einheiten können – als Erscheinungsformen kirchlicher Selbstorganisation<sup>138</sup> – am kirchlichen Status teilhaben, wenn sie ausschließlich und verbindlich den Zwecken der betreffenden Kirche zugeordnet sind, in ihrer Gebarung von der betreffenden Kirche beherrscht werden und, soweit sie Personengemeinschaften sind, ihre Mitglieder ausschließlich der betreffenden Kirche angehören<sup>139</sup>. Aber eine undifferenzierte Gleichstellung

<sup>135</sup> Vgl. *Wasse*, S. 119 ff.; *Köttgen*, Bemerkungen über den rechtlichen Status der Werke und Einrichtungen der evangelischen Kirchen als Grundsatzfragen des kirchlichen und staatlichen Rechts, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, Bd. 4 (1955), S. 144 ff. (155).

<sup>136</sup> Unschärf spricht *Weber*, (Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, VVDStRL, Heft 11, 1954, S. 153 ff. [171]) von einer Erstreckung der kirchlichen Autonomie auf die kirchlichen »Trabantenorganisationen«. *Heckel* (Kirchliche Autonomie und staatliches Stiftungsrecht, 1932, S. 13) will die Autonomie »auf alle dem Verband eingegliederten Teilorganisationen erstrecken«. *Klein* (Recht des sozial-caritativen Arbeitsbereichs, S. 48) sieht das entscheidende Kriterium darin, daß der besondere »Träger sozial-caritativer Arbeit, . . . rechtlich im kirchenamtlichen Bereich grundgelegt« ist.

<sup>137</sup> *S. Wasse*, a.a.O., S. 56 ff. – *Wasse* (S. 25 ff., 152) nennt als Beispiele die Hilfswerke der evangelischen Kirchen.

<sup>138</sup> S. hierzu a. *Köttgen*, a.a.O., S. 154 f.

<sup>139</sup> Vgl. – mit im einzelnen abweichenden Kriterien, im Ergebnis jedoch ähnlich – *Wasse* zur »ersten Grundform« der von ihm klassifizierten »kircheneigenen Rechtsträger«, S. 79 ff., 103, 107 ff., 115 f., 120.

wird hier kaum mehr möglich sein. Insbes. stellt sich die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen<sup>140</sup> der Übertragung von Modellvorstellungen entgegen, die an den öffentlich-körperschaftlichen Kirchen ausgebildet wurden<sup>141</sup>.

Zusammenfassend sei darauf hingewiesen, daß, soweit irgendwie der besondere Status der Kirchen zur Rechtfertigung des Gesetzes dienen soll, dieses Argument nur nach konkreter sorgfältiger Prüfung auch auf caritative Verbände und Organisationen übertragen werden darf.

#### IV. Die Integrität des demokratischen und sozialen Rechtsstaates

##### 1. Die »Entstaatlichung« der wohlfahrtspflegerischen Funktion

###### a) Zum Problem

Ebenso – wie in der Gegenwart vor allem unter dem Stichwort der Subsidiarität – der Versuch unternommen wird, der Übernahme von Aufgaben durch den Staat Grenzen zu ziehen, wird andererseits immer wieder gefragt, in welchem Maße der Staat Aufgaben zur infragesellschaftlichen – insbes. verbandlichen oder unternehmerischen – Wahrnehmung abgeben darf<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> Die Kirchen sind dabei an das bürgerliche Recht als an »für alle geltenden Gesetze« gebunden.

<sup>141</sup> Deshalb muß es erstaunen, daß *Klein* (Das Recht des sozial-caritativen Arbeitsbereichs, S. 48) dem Deutschen Caritasverband e. V. (zu Zwecken und Organisation s. *Klein*, Christ und Kirche, S. 104) zwar den »kirchenamtlichen« Charakter abspricht, ihn jedoch gerade am kirchlichen Öffentlichkeitsanspruch teilhaben lassen will. Neuerdings betont er auch mehr die Verbindung des Caritasverbandes zur Hierarchie (Die kirchliche Liebestätigkeit, S. 143, 146 f.). In »Freie Wohlfahrtspflege« (S. 177) will er alle »Kirchlichen Verbände« am Sonderstatus der Kirchen teilnehmen lassen, während er noch in »Stellung« (S. 267) einen solchen Sonderstatus auch für die Kirchen im Bereich der Wohlfahrtspflege überhaupt ablehnt.

<sup>142</sup> S. allgemein etwa *Reuss*, Die Organisation der Wirtschaft, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Bd. III, 1. Halbbd., S. 91 ff. (128 ff.) m. w. Nachw. (insbes. S. 129). Im konkreten Zusammenhang s. insbes. *Bless*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Übertragung von Aufgaben des Jugendamtes auf Private nach § 11 RJWG, Zentralblatt f. Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, 47. Jg. (1960), S. 321 ff., m. w. Nachw.; *Ule*, Rechtsgutachten, S. 29 ff., m. w. Nachw.

Eine absolute Grenze besteht nur dahin, daß es dem Staat bei Strafe der Selbstpreisgabe verboten ist, sich der Zuständigkeiten und Mittel zu entäußern, die ihm die Übermacht nach innen sichern und ihn so als die entscheidende Ordnungsmacht konstituieren<sup>143</sup>.

Im übrigen kommt es auf die Eigenschaften an, die sich der Staat als Rechtsordnungssubjekt beilegt und deren er sich als Rechtssubjekt nur nach Maßgabe des Rechts entledigen darf. Sie können allgemeiner Natur sein (Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit, Demokratie o. ä.)<sup>144</sup>. Sie können sich aber auch aus speziellen Normen ergeben, etwa Grundrechten<sup>145</sup> oder letztlich ausdrücklicher oder implizierter Zuweisung bestimmter Aufgaben<sup>146</sup>.

Ob der Staat, indem er den Vorrang der »freien« Fürsorge und Jugendhilfe anerkennt, sich der abwandernden Aufgaben zu Recht oder zu Unrecht begibt, muß im wesentlichen danach beantwortet werden, ob er dennoch als sozialer und demokratischer Rechtsstaat angesprochen werden darf.

Diese Frage ist nicht identisch mit derjenigen, ob der Gesetzgeber gerade den Kommunen die betroffenen Funktionen vorenthalten darf. Das ist im wesentlichen aus der Garantie des Art. 28 GG zu beantworten, dessen Anwendung hier nicht erörtert werden soll.

### *b) Die Garantiestellung des sozialen Rechtsstaats*

Der *Sozialstaat* (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) steht den gesellschaftlichen, insbes. den für die persönliche Bedürfnisbefriedigung wesentlichen ökonomischen Verhältnissen im Sinne der gemeinen Zielvorstellung der modernen Sozialbewegung kritisch und verantwortlich gegenüber und sucht sie zu korrigieren, indem er unangemessene Wohlstandsdifferenzen ausgleicht und verhindert, damit zusammenhängende Abhängigkeitsverhältnisse abbaut oder mildert sowie eine gerechte Teilhabe aller an

<sup>143</sup> S. a. das »Prinzip der quantitativen Begrenzung der delegierten Zuständigkeiten und Befugnisse« bei *Huber*, *Beliehene Verbände*, DVBl., 67. Jg. (1962), S. 456 ff. (458); *dens.*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2. Aufl., Bd. I, 1953, S. 543.

<sup>144</sup> Zur Notwendigkeit, gerade auch besonders potenzierte soziale Mächte an die verfassungsmäßige Grundordnung zu binden, s. z. B. *Krüger*, *Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtsetzung, Recht der Arbeit*, 10. Jg. (1957), S. 201 ff. (204 ff.).

<sup>145</sup> S. a. nochmals oben S. 86, Fußn. 2.

<sup>146</sup> S. etwa die staatliche Verantwortung für den Rundfunk, wie sie vom Bundesverfassungsgericht einerseits aus Art. 5 GG, andererseits aus einer gewissen Tradition hergeleitet wurde (BVerfGE 12, 205 [243 ff., 260 ff.]).

den Gütern der Gemeinschaft und ein menschenwürdiges Dasein für alle und somit im besonderen für die schwächeren Schichten sichert<sup>147</sup>. Als *sozialer Rechtsstaat* (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) hat er dabei nicht nur Belasteten, sondern gerade auch den begünstigt Betroffenen aus der bloßen Objektstellung herauszuheben und in eine Subjektstellung, eine subjektive Rechtsstellung, einen *status positivus socialis* einzuweisen<sup>148</sup>. Er hat seine Freiheits- und Gleichheitsrechte zu achten, sich auch ihm gegenüber an das Gesetz zu halten (Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>149</sup> und ihm *Rechtsschutz* zu gewähren (Art. 19 Abs. 4 GG). Die *Rechtssicherheit* darf im Bereich sozialstaatlichen Leistens keine geringere sein als in anderen Wirkungsbereichen des Staates<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> S. die Formulierung des Verf. in »Bayern als Sozialstaat«, Bayer. Verwaltungsblätter, n. F., 8. Jg. (1962), S. 257 ff. (257). – Die Nachweise dafür, daß dies der herrschenden Auffassung entspricht, sind Legion. Man möge deshalb entschuldigen, wenn auf ihre Zusammenstellung verzichtet wird.

<sup>148</sup> Zum Subjektivierungswang aus rein rechtsstaatlichen Gesichtspunkten (positivrechtliches Argument insbes. Art. 19 Abs. 4 GG) s. bereits oben S. 31 f. mit Fußn. 42. – Jedoch verlangt auch das der Menschenwürde dienende Sozialstaatsprinzip selbst die rechtliche Subjektstellung des Betroffenen (Begünstigten, Betreuten, Hilfsbedürftigen): *Düvig*, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ, 8. Jg. (1953), S. 193 ff. (197); *Bachof*, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 287 ff. (302); *ders.*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL, Heft 12, 1954, S. 74; *Arndt*, Die Bundesrepublik Deutschland als sozialer Rechtsstaat, Neue Gesellschaft, 3. Jg. (1956), S. 326 ff. (S. 333); *Stern*, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ, 15. Jg. (1960), S. 518 ff. (557); OVG Hamburg, Ur. vom 22. 1. 1951, DVBl., 66. Jg. (1951), S. 311 (312). – Zur Ableitung des Subjektivierungszwangs aus dem Wesen des sozialen Rechtsstaats s. ferner *Schlochauer*, Öffentliches Recht, 1957, S. 14; *Bogs*, Einwirkung, S. 20 ff.; BVerwGE 1, 159 (161 f.); BGHZ 25, 234.

<sup>149</sup> Auf die umstrittene Frage nach der Reichweite des sog. Vorbehalts des Gesetzes braucht hier nicht eingegangen zu werden.

<sup>150</sup> Zur Bedeutung der Rechtssicherheit gerade für den Sozialstaat s. z. B. *Werner*, Allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit und Sozialgerichtsbarkeit, NJW, 7. Jg. (1954), S. 1625 ff. (1627, insbes. Fußn. 18); *Thieme*, Umfang und Grenzen des verfassungsrechtlich gewährleisteten Bestandsschutzes der saarländischen Kriegsoferversorgung, Zeitschrift für Sozialreform, 5. Jg. (1959), S. 149 ff., 243 ff. (245); *Weidner*, Ist der Ausschluß der Armenanwaltsbeordnung in den unteren Instanzen der Sozialgerichtsbarkeit verfassungsgemäß? JZ, 14. Jg. (1959) S. 622 ff. (insbes. S. 627); *ders.*, Zur Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, JZ, 14. Jg. (1959), S. 698 ff., 758 ff. (763); *Huber*, Rechtsstaat und Sozialstaat, insbes. S. 24 f.; *Bogs*, Einwirkung, S. 19 ff. u. passim, m. w. Nachw. – S. ferner etwa *Bernhardt*, Der Rentner und seine Menschenwürde, Zeit-

*Teilhabe und Freiheit in der Teilhabe* müssen gleichermaßen gesichert sein<sup>151</sup>.

Was der *Sozialstaat* im einzelnen vorsehen und gewähren *muß*, ist weiterhin unsicher. Unbestritten gehört dazu jedoch jenes Element im System der »sozialen Sicherheit«<sup>152</sup>, das als *Fürsorge*, nunmehr modisch als Sozialhilfe bezeichnet wird<sup>153</sup>. Dem einzelnen Bedürftigen ist ein *Anspruch auf diese Mindesthilfe* zu einem menschenwürdigen Dasein gewährleistet und

schrift für Sozialreform, 5. Jg. (1959), S. 540 ff. und *Rohwer-Kahlmann*, Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, NJW, 13. Jg. (1960), S. 1641 ff., je m. eingeh. w. Nachw., die jedoch eine Diskussion widergeben, deren Standpunkte nicht durchwegs gebilligt werden können.

<sup>151</sup> S. f. v. a. *Fechner*, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, 1953, S. 16 ff. – Zum Postulat der Freiheit in der Teilhabe s. (begriffsprägend) *Flume*, Steuerwesen und Rechtsordnung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, 1952, S. 59 ff. (96, insbes. Fußn. 78). – Zur Notwendigkeit, die alte »negative« Freiheit um die Freiheit in der Teilhabe zu ergänzen s. *Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, a.a.O., S. 58; *Jahrreiß*, Größe und Not der Gesetzgebung, in: Mensch und Staat, 1957, S. 58 ff.; *Bleibtreu*, Demokratie, soziales Prinzip und Rechtsstaat, in: Verantwortung für den Menschen, Festgabe für Heinrich Held, 1957, S. 100 ff. (108); *Mallmann*, Schranken nichtthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL, Heft 19, 1961, S. 165 ff., insbes. S. 191 m. w. Nachw. – Zum sozialen Rechtsstaat als dem Versuch möglichst viel Freiheit und Sicherheit mit maximaler Erfüllung der an den Staat gerichteten sozialen Funktionserwartung zu verbinden s. ferner etwa *Kägi*, Rechtsstaat – Sozialstaat – sozialer Rechtsstaat, Die Schweiz – ein nationales Jahrbuch, 1945, S. 129 ff., insbes. S. 142 ff.; *ders.*, Die Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaats seit 1848, Zeitschrift für schweizerisches Recht, n. F., Bd. 71 (1952), S. 173 ff., insbes. S. 221 ff.; *Köttgen*, Gemeinde und Bundesgesetzgeber, 1957, S. 33; *Rumpf*, Der ideologische Gehalt des Bonner Grundgesetzes, 1958, S. 28.

<sup>152</sup> S. f. v. a. *Weißer*, Art. »Soziale Sicherheit« im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9, 1956, S. 396 ff.

<sup>153</sup> Vgl. *Huber*, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV, 9. Jg. (1956), S. 97 ff., 135 ff., 172 ff., 200 ff., 202; *ders.*, Rechtsstaat und Sozialstaat, insbes. S. 19 f., 25; *Thieme*, Liberalismus und Grundgesetz, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 113 (1957), S. 285 ff. (298 f.); *Leibholz*, S. 19; *Fichtner*, S. 326; *Bogs*, Einwirkung, S. 14; *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 62. – Zur Herleitung aus Sozialstaatsprinzip und Grundrechtssatz von der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) s. *Wintrich*, Die Bedeutung der Menschenwürde für die Anwendung des Rechts, Bayerische Verwaltungsblätter, n. F., 3. Jg. (1957), S. 137 ff. (139); *BSGE* 9, 199 (205); s. a. *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 43; ferner *Nipperdey*, Die Würde des Menschen, in: *Neumann/Nipperdey/Scheuner*, Bd. II, S. 1 ff. (6). – Zur Ableitung aus Art. 2 Abs. 2 GG s. *Dürig*, ebd. Art. 2 Abs. II Rdnr. 27 (Fußn. 1) und die dort. Nachw.

durch das Gesetz einzuräumen<sup>154</sup>. Entsprechendes gilt, wo diese Hilfe im Rahmen der Jugendwohlfahrtspflege geleistet wird<sup>155</sup>.

Fest steht aber auch, daß es der Sozialstaat nicht bei einer Minimalhilfe bewenden lassen darf. Er hat – im Sinne der eingangs formulierten Sozialverpflichtung – seine Hilfsmöglichkeiten möglichst reich, intensiv, differenziert und persönlichkeitsangepaßt zu entfalten<sup>156</sup>. Kann daher von vorneherein kein Zweifel daran bestehen, daß der gesamte Bereich des Sozialhilferechts in die unbedingte Verantwortung des sozialen Rechtsstaates fällt, so wird das in aller Regel auch für den Geltungsraum des Jugendwohlfahrtsgesetzes angenommen werden müssen. Nicht sozialstaatlich determinierte Aktionsrichtungen der Jugendhilfe bestehen zwar, sind jedoch aus der Gesamtregelung des Gesetzes nicht ausscheidbar. Darüber hinaus stellt insofern auch Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG ein Mindestmaß an staatlicher Verantwortung klar<sup>157</sup>.

Die »Privatisierung« von Sozialhilfe und Jugendhilfe berührt daher sehr wohl eine »Aufgabenverantwortung« des Sozialstaates<sup>158</sup>. Die Behauptung,

<sup>154</sup> Dieser Anspruch wird nur selten aus dem Sozialstaatsprinzip allein abgeleitet (so etwa von *Ipsen*, Anmerkung zu BVerfG Urt. vom 19. 12. 1951, DÖV, 5. Jg. (1952), S. 217 f. (218); *Dürig*, Besprechung zu *Menger* »Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz«, AöR, Bd. 79 (1953), S. 254 ff. (257); *ders.*, in *Maunz/Dürig*, Art. 2 Abs. II Rdnr. 27 (Fußn. 1); *Jellinek*, Diskussionsbeitrag zu »Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates«, VVDStRL, Heft 12, 1954, S. 117 ff. (118). Meist wird er auf rechtsstaatliche und sozialstaatliche Erwägungen gestützt (s. vor allem BVerwGE 1, 159 (161 f.); BayVGHE n. F. 2, 14 (18 ff.); *Bauer*, Aktuelle Kernfragen der Verwaltungsrechtspflege, DÖV, 1. Jg. (1948), S. 28 f.; *Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 51 f.; s. a. *Forsthoff*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, ebd., S. 29; *Werner*, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AöR, Bd. 81 (1956), S. 84 ff. (97); *Bogs*, Einwirkung, S. 14 ff., S. 19 ff. Dazu nimmt *Nipperdey* (a.a.O.) das Argument der Menschenwürde hinzu, das *Wintrich* (a.a.O.) i. V. m. dem der Sozialstaatlichkeit genügen läßt. – Zur Ableitung des Anspruches aus Art. 2 Abs. 2 GG s. *Dürig* in *Maunz/Dürig*, u. s. Nachw. – Zur verfassungsrechtlichen Akzentuierung der subjektiven Berechtigung s. a. *Klein*, Kirchliche Liebestätigkeit, S. 136 f. und passim.

<sup>155</sup> *Fichtner*, S. 327; *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 62. S. dagegen aber *Köttgen*, Vorrang, S. 9.

<sup>156</sup> S. a. *Fichtner*, S. 326 f. Allgemeiner z. B. *Bogs*, Einwirkung, S. 5 ff., m. eingeh. Nachw.

<sup>157</sup> S. o. S. 100 f.

<sup>158</sup> *Groß*, S. 373 f.; *Auerbach*, Miteinander, S. 101; *Weller*, Partnerschaft, S. 167. S. a. *Bogs*, Einwirkung, S. 23 f.

das Grundgesetz gebe dafür nichts her<sup>159</sup>, macht mit dem Wesen des sozialen Rechtsstaats einfach nicht ernst. Für den Bereich der Jugendwohlfahrt ignoriert sie zudem den staatlichen Erziehungsauftrag.

c) *Die Desintegration des sozialen Rechtsstaats*

aa) *Zum Ausgangspunkt*

Die Erkenntnis dieser komplex sozial- und rechtsstaatlichen, materiell- und formalrechtlichen Aufgabenverantwortung des Staates läßt die Disposition über die Wahrnehmung der Wohlfahrtspflege durch »freie« Träger als Entfremdung, als Abwanderung, als *Übertragung* dieser Aufgabe vom Staat – von den Kommunen – weg zu den »freien« Trägern faßbar werden<sup>160</sup>. Gesetzestechisch verifiziert sich das dadurch, daß die für die Wertung entscheidenden Regelungen der Förderungspflicht und der Funktionsperre nicht etwa den wesensmäßig eigenen, als solchen grundrechtlich angelegten Wirkungsbereich der freien Wohlfahrtspflege betreffen und gestalten, sondern gerade den Wirkungskreis, den das Bundessozialhilfegesetz und das Jugendwohlfahrtsgesetz selbst grundsätzlich und letztlich unbedingt in die Verantwortung des Staates stellen<sup>161</sup>.

bb) *Zur Paralyse der Verantwortung*

Der Gesetzgeber muß sich dessen bewußt gewesen sein. Er scheint aber auch erkannt zu haben, daß sich der Sozialstaat (die Kommunen eingeschlossen) aus dem Aufgabenbereich, den das Bundessozialhilfegesetz und das Jugendwohlfahrtsgesetz regeln, gar nicht mehr zurückziehen kann. Er beließ deshalb bei den »öffentlichen« Sozialhilfeträgern und den Jugendämtern durchwegs eine letzte Verantwortung<sup>162</sup>. Da er zugleich den Vor-

<sup>159</sup> Ule, Rechtsgutachten, S. 30.

<sup>160</sup> S. a. Fichtner, S. 335 ff., insbes. S. 336 f.

<sup>161</sup> Vgl. Wehlitz, Vom Verhältnis zwischen behördlicher und freier Wohlfahrtspflege, Kommunalpolitische Blätter, 14. Jg. (1962), S. 431 ff. (432); s. a. Weller, Partnerschaft, S. 174. Ferner nochmals oben S. 26 ff. und S. 41 ff. Zu den grundrechtlich und sonst verfassungsrechtlich »eigenen« Aufgaben der freien Wohlfahrtspflege s. a. nochmals oben S. 105 ff. Dazu, daß die fraglichen Gesetze den Wirkungskreis der »freien« Wohlfahrtspflege entscheidend weiter ziehen s. a. Groß, S. 374: »Der autonome Wirkungs- und Verantwortungsbereich der freien Wohlfahrtspflege, ... liegt auf einer anderen Ebene. Er steht zur öffentlichen Fürsorge in Idealkonkurrenz in des Wortes doppelter Bedeutung.«

<sup>162</sup> S. die entsprechenden Ausführungen und Hinweise oben S. 28 ff. und S. 43 ff.

rang der »freien« Wohlfahrtspflege verwirklichen wollte, geriet ihm diese *Letztverantwortung* jedoch *fiktiv*. Sie verbindet sich nicht mit entsprechenden Zuständigkeiten<sup>163</sup>.

Vor allem bleiben den verantwortlichen Trägern die notwendigen *Aufsichts- und Kontrollbefugnisse* gegenüber den »freien« Trägern vorenthalten<sup>164</sup>. Sie bleiben auf den *Selbsteintritt* verwiesen, um ihre Verantwortung zu realisieren. Gerade der Fähigkeit zum Selbsteintritt werden sie jedoch weitgehend beraubt, indem das Programm des »Vorranges« der »freien« Kräfte die effektiven Potenzen auf die »freien« Träger zutreibt. Was sich schon zum Problem der weltanschaulich verträglichen Hilfe zeigte, wird unter dem Aspekt der rechts- und sozialstaatsgerechten Hilfeleistung allgemeiner relevant.

Aber auch abgesehen davon bedeutet der Vorrang der »freien« Träger in Verbindung mit der Reduktion der Letztverantwortung der »öffentlichen« Träger auf den Selbsteintritt, daß der Hilfsbedürftige zunächst einmal darauf angewiesen ist, auszuprobieren – oder, um es härter zu sagen: an sich ausprobieren zu lassen – ob die Hilfe des »freien« Trägers in jeder Hinsicht zureicht oder nicht. Er kann das vorher nicht wissen. Und der »öffentliche« Träger erfährt von Fehlentwicklungen erst, wenn sie sich schon realisiert haben und auf Hilfsbedürftige gestoßen sind, die ihr Recht gekannt und wahrgenommen haben.

Der Versuch der verfassungskonformen Auslegung der Funktionssperren und Unterstützungspflichten<sup>165</sup> muß daran – einmal mehr – scheitern. Die

<sup>163</sup> Zur abstrakten Notwendigkeit und zum konkreten Mangel von Sicherungen der Gesetzmäßigkeit s. *Groß*, S. 373 f.; *Bogs*, Einwirkung, S. 23 f.

<sup>164</sup> Typisch für diese Schizophrenie des Gesetzes *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 71. – Zur Notwendigkeit der Staatsaufsicht bei Wahrnehmung wesentlich (materiell) öffentlicher Aufgaben durch Private s. BVerfGE 12, 205 (262); *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1953, S. 544 f. S. dazu auch *Scheuner*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL, Heft 11 (1954), S. 1 ff. (46). Zur Staatsaufsicht als einer alternativen Möglichkeit an sich erforderlicher Kontrolle s. ferner *Zöllner*, Außenseiter, S. 456 ff. Zur Notwendigkeit der Staatsaufsicht über den Belieheneen s. *Huber*, Beliehene Verbände, DVBl., 67. Jg. (1956), S. 456 ff. (457, 460). S. a. *Wolff*, Verwaltungsrecht II, 1962, S. 307. Zur Aufsicht im Verhältnis zum indienstgenommenen Privaten: *Ipsen*, Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in: Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, S. 141 ff. (151). – Für die öffentlich-rechtlich strukturierte Selbstverwaltung (die juristische Person des öffentlichen Rechts) ist die Staatsaufsicht ohnedies eine (begriffliche) Selbstverständlichkeit, die keines Nachweises bedarf.

<sup>165</sup> In diesem Zusammenhang s. insbes. *Ule*, Rechtsgutachten, S. 34 ff.

»freie« Hilfe soll nach der Ansicht des Gesetzgebers genuin etwas anderes sein als die »öffentliche«. Unterstützungspflicht und Funktionssperre können schon von dieser Konzeption her nicht auf diejenigen »freien« Träger beschränkt sein, die ihre Hilfe so leisten wie die unter voller, sanktionierter Bindung an das Bundessozialhilfegesetz stehenden »öffentlichen« Träger<sup>166</sup>.

Dieses Auseinanderfallen von Funktion und Verantwortung beeinträchtigt nicht nur die Selbstverwirklichung des *Sozialstaates*. Es berührt nicht weniger auch die rechtsstaatlichen Aspekte des komplexen Normbegriffs des sozialen Rechtsstaats. Im *Rechtsstaat* müssen *Zuständigkeit und Verantwortung zusammenfallen*<sup>167</sup>.

### cc) Die Gefährdung des Rechtsanspruchs

Der Vorrang der »freien« Träger läßt weiterhin die soziale Hilfe auf Faktoren abwandern, denen gegenüber der Hilfsbedürftige keinen Rechtsanspruch auf Hilfe hat<sup>168</sup>. Eine verfassungskonforme Auslegung, die Funktionssperre und Unterstützungspflicht nur für den »freien« Träger gelten ließe, der den Rechtsanspruch auf Hilfe auch sich selbst gegenüber an-

<sup>166</sup> Bezeichnend für die Auffassung, die hinter der gesetzlichen Regelung steht, sind die Ausführungen von *Klein*, *Kirchliche Liebestätigkeit*, S. 128: »Der soziale Rechtsstaat des Gesetzes geht von der pluralistischen« – d. i. nach Auffassung des Verfassers: auf die verbandlichen Träger öffentlicher Aufgaben verwiesenen – »Gesellschaft aus, die auch in der Daseinsvorsorge die ihr zukommenden Ordnungsfunktionen erhalten muß. Hierin liegt bereits begründet, daß der Staat *nicht umfassender Garant sozialer Sicherheit sein kann* und dem Menschen ein bestimmtes *Existenz- und Lebensrisiko aufgegeben bleiben muß*« (Hervorhebung nicht im Original). – Damit hängt eng zusammen auch das für *Klein* so typische subsidiaristische (korporativistische, solidaristische) Mißverständnis des Rechtsstaates (s. Hinweise oben S. 82 Fußn. 108, besonders deutlich bei *Klein*, *Verwaltungsrechtliche Sicht I*, S. 5 f.).

<sup>167</sup> Vgl. *Küster*, *Das Gewaltproblem im modernen Staat*, AöR Bd. 75 (1949) S. 397 ff. (402 ff.), der nachdrücklich »Verantwortungsklarheit« fordert als Abwehr gegen »ein undurchsichtiges Geschiebe von Gruppen und Mächten, die Druck ausüben, die erwarten oder verhindern, aber weder etwas zu sagen haben, noch gegebenenfalls etwas gesagt haben wollen.« – *Hesse*, *Parteien*, S. 42: »Die Verfassung kennt keine Macht ohne Verantwortlichkeit.« S. a. BayVerfGH VGH n. F. 4 II 149 (152, 172 f.); BVerfGE 9, 268 (281). – Im konkreten Zusammenhang s. insbes. *Köttgen*, *Mandat*, S. 7: »Das auf Trennschärfe angelegte Verfassungsrecht gerät durch gleitende Übergänge in keine geringe Verlegenheit.«

<sup>168</sup> Vgl. *Bangert*, *Das Bundessozialhilfegesetz – Gedanken zum Regierungsentwurf*, *Der Landkreis*, 1960, S. 200 ff. (202); *ders.*, *Bundessozialhilfegesetz*, S. 175; *Auerbach*, *Miteinander*, S. 101 f.; *Bogs*, *Einwirkung*, S. 23 f.; s. hierzu auch *Köttgen*, *Vorrang*, S. 6. S. zum Problem auch *Hasenclever*, *Elternrecht*, S. 68; *Heinke*, *Freiheit in der Sozialordnung*, S. 78.

erkennt, ist unmöglich<sup>169</sup>. »Freie« Hilfe negiert wesensmäßig einen Rechtsanspruch auf sich<sup>170</sup>. Wird ihre Eigenständigkeit auch dort anerkannt, wo sie neben und an die Stelle »öffentlicher« Wohlfahrtspflege tritt, so heißt das nichts anderes, als daß sie auch unter Negation eines Rechtsanspruches als gleichwertig angesehen wird. Der Gesetzgeber hat aber gerade die Eigenständigkeit der »freien« Hilfe unter betonten Schutz auch im Rahmen von Unterstützungspflicht und Funktionssperre gestellt.

Daß gegenüber dem »öffentlichen« Träger ein Rechtsanspruch auf das erhalten bleibt, was der »freie« nicht leistet, kann nicht als Äquivalent für den eingebüßten universalen Rechtsanspruch auf die gesetzlich vorgesehene und verfassungsrechtlich garantierte soziale Hilfe gewertet werden<sup>171</sup>. Einmal kann damit nicht mehr die (rechtliche) Objektstellung beseitigt werden, die der Hilfesuchende gegenüber der »freien« Hilfe einnimmt. Zum anderen gewährt ein Differenzialausgleich eben nicht, was ein ungeteilter Universalanspruch bietet.

Schon gar kein rechtsstaatlicher Trost liegt schließlich darin, daß sich möglicherweise mit der Gewährung »freier« Hilfe der Anspruch des Betreuten gegen die öffentliche Hand in einen Anspruch des helfenden »freien« Trägers umwandelt<sup>172</sup>.

#### dd) Weitere Mängel

Schon das bisher Gesagte läßt einsichtig werden, daß unter der gesetzlichen Regelung weitere sozial- und rechtsstaatliche Postulate zu leiden

<sup>169</sup> S. a. *Auerbach*, *Miteinander*, a.a.O.

<sup>170</sup> *Auerbach*, *Miteinander*, S. 102; *Köttgen*, *Vorrang*, S. 8; s. *Ohl*, *Grundsätze und Praktisches zur Zusammenarbeit von öffentlicher und freier Wohlfahrtspflege im Blick auf das Sozialhilfegesetz und die Novelle zum Reichsjugendwohlfahrtsgesetz*, in: *Evangelische Stimmen zum Bundessozialhilfegesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz*, hrsgg. von Georg Suhr, 1962, S. 59 ff. (59); *Janssen*, *Die Stellung des Hilfesuchenden in den beiden Sozialhilfegesetzen des Jahres 1961*, ebenda S. 81 ff. – Zum wesensmäßig gnadenhaften Charakter kirchlicher Diakonie s. o. S. 110; *Klein*, *Verwaltungsrechtliche Sicht I*, S. 5 f. (Das bestätigt sich auch darin, daß *Klein*, *Verwaltungsrechtliche Sicht II*, S. 64 ff., alle diese Beziehungen in das Zivilrecht verweist; denn das Zivilrecht gibt keinen Anspruch auf Hilfe.)

<sup>171</sup> Vgl. *Fichtner*, S. 335 f.

<sup>172</sup> Bei *Kleins* (*Kirchliche Liebestätigkeit*, S. 136 f., 155) positiver Bewertung zeigt sich wieder die einseitige Sicht des caritativen Verbandsfunktionärs. Zur Kritik s. *Fichtner*, S. 326 f., 335 f.; *Groß*, S. 372 f.

haben: die *Rechtssicherheit*<sup>173</sup>; die *Grundrechtsmäßigkeit* der sozialen Hilfe<sup>174</sup>; ihre *Gesetzmäßigkeit*<sup>175</sup>; der richterliche Rechtsschutz<sup>176</sup>, der in Richtung auf den »freien« Träger nicht nur durch die materielle Rechtsfremdheit seiner Beziehung zum Hilfsbedürftigen<sup>177</sup> gelähmt, sondern vor allem nicht geordnet, unklar und somit letztlich ungesichert ist<sup>178</sup>; und die *Haftung* für fehlerhaftes schädigendes Verhalten<sup>179</sup>. Von allen diesen Sicherungen drängt das Gesetz ab, indem es die Hilfe auf »freie« Träger verlagert.

Alles in allem enthüllt sich, daß der soziale Rechtsstaat Aufgaben in einem Maße und auf eine Weise preisgegeben hat, die sein Wesen an-tasten<sup>180</sup>.

- <sup>173</sup> *Klein* (Verwaltungsrechtliche Sicht I, S. 6) weist u. a. auch auf den Gegensatz zwischen freier Hilfe und *Verhältnismäßigkeitsprinzip* hin.
- <sup>174</sup> Zum Problem ihrer Sicherung im Rahmen verbandlicher Autonomie s. nochmals *Krüger*, Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtssetzung, *Recht der Arbeit*, 10. Jg. (1957) S. 201 ff. (204 ff.); ferner etwa *Köhler*, Grenzen der Vertragsfreiheit der Berufs- und Wirtschaftsverbände, *Der Betriebsberater*, 7. Jg. (1952) S. 149 ff. (151 f.). – Zur Negation insbes. der *Gleichheit* durch die »freie« Hilfe s. *Klein*, Verwaltungsrechtliche Sicht I, S. 6.
- <sup>175</sup> *S. Groß*, S. 373 f. Aufschlußreich für die hinter dem Gesetz stehende Konzeption *Klein*, Der Regierungsentwurf zum Bundessozialhilfegesetz, *Caritas*, 61. Jg. (1960) S. 111 ff. (113): »Denn die persönliche Hilfe, richtig verstanden, liegt entscheidend im Bereich des Sittlichen und erfährt von daher ihre Begrenzung für eine gesetzliche Erfassung.« Ähnlich *ders.*, Verwaltungsrechtliche Sicht I, S. 5. Zum Gegensatz zwischen »freier« und gesetzmäßiger Hilfe s. a. ebd., S. 6. S. ferner nochmals oben S. 108 ff.
- <sup>176</sup> Zum Problem des richterlichen Rechtsschutzes gegenüber verbandlichen Gewalten s. *Köhler*, a.a.O., S. 151; gegenüber Beliehenen s. *Huber*, Beliehene Verbände, *DVBl.*, 67. Jg. (1956), S. 456 ff. (460); *ders.*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. 1, S. 545. – Zum konkreten Problem s. *Bogs*, *Einwirkung*, S. 23 f.
- <sup>177</sup> Wenn *Klein* (Verwaltungsrechtliche Sicht II, S. 64 ff.) alle diese Rechtsbeziehungen in das Zivilrecht verweist, so ist das nur eine Scheinlösung, weil das Zivilrecht keine angemessenen Institute bereitstellt.
- <sup>178</sup> *S. Auerbach*, *Miteinander*, S. 101.
- <sup>179</sup> Zum Problem der Haftung Beliehener s. *Huber*, a.a.O., S. 460 bzw. 546 f. – *Klein* (Verwaltungsrechtliche Sicht I und II, *passim*) spricht zwar immer wieder von verschiedenen Haftungsfragen, begründet seine – auch im System nicht befriedigenden – Annahmen jedoch nicht zulänglich.
- <sup>180</sup> S. nochmals *Fichtner*, S. 338; *Heinke*, *Freiheit in der Sozialordnung*, S. 76, 78 ff. Vgl. zum Vorstehenden auch *Huber*, *Rechtsstaat und Sozialstaat*, S. 17, der die Verrechtlichung der innergesellschaftlichen Hilfen verlangt.

## ce) Einwände?

## aaa) Kompensation und Einwilligung?

Die Statusminderung des Hilfsbedürftigen wird nicht dadurch ausgeglichen, daß er an Stelle der nach dem Gesetz zunächst zu beanspruchenden Hilfe nun eben die besondere, persönlichkeitsnahe, selbstgewählte Hilfe »seines« Trägers erhält. Diese Alternative ist weder notwendig noch in sich gleichwertig. Auch wer individualbezogene Hilfe erhält, hat ein Interesse daran, darauf subjektiv berechtigt und in ihr gesichert zu sein.

Nicht durchschlagen kann auch der Einwand, der Hilfsbedürftige erleide die Statusminderung nur, wenn er sich für die »freie« Hilfe entscheide: *Volenti non fit iniuria*<sup>181</sup>! Das Wahlrecht des Hilfsbedürftigen ist gesetzlich beschränkt. Es ist durch die gesetzlich bedingte, effektive Kapazitätsverteilung unter den Hilfetragern darüber hinaus beengt. Doch selbst, soweit es besteht: wie weit darf es zu der aufgezeigten Minderung des Rechtsstandes des Wählenden führen? Weiß der Hilfsbedürftige – dessen Typ hier nicht umschrieben zu werden braucht – um die Folgen seiner Wahl? Wohl selten. Der Staat darf ihm das nicht zum Nachteil gereichen lassen. So aber wie das Gesetz die Funktionen der »öffentlichen« und der »freien« Hilfe verteilt, dirigiert es den Hilfsbedürftigen geradezu in den minderen Rechtsstand dessen, der auf die »freie« Hilfe angewiesen ist, hinein.

bbb) *Nochmals: Der Einwand der Subsidiarität*

Unbehelflich ist auch der Hinweis, dem sozialen Rechtsstaat sei die Verteilung der Aufgaben auf Selbstverwaltungskörper oder auch »freie« gesellschaftliche Einheiten durchaus gemäß<sup>182</sup>. Entscheidend ist, in welchem Maße und auf welche Weise die Wesenselemente sozialer Rechtsstaatlichkeit auch und gerade gegenüber den Gefährdungen durch die engeren Gemeinschaften gewahrt bleiben<sup>183</sup>.

<sup>181</sup> S. a. *Bogs*, Einwirkung, S. 23 f.

<sup>182</sup> S. nochmals die Nachweise oben S. 82 ff. insbes. Fußn. 108. Ferner *Bachof*, Ergänzungsgutachten, S. 11. – Dazu, daß in diesem Sinne die Lösung des Gesetzes dem sozialen Rechtsstaat in besonderer Weise gemäß sei, vgl. *Bender*, Rechtsgutachten, S. 39 f.

<sup>183</sup> S. dazu nochmals oben S. 83 f. m. w. Hinw. Im konkreten Zusammenhang s. insbes. zur Verfassungsgebundenheit der übertragenen Aufgaben *Fichtner*, a.a.O., S. 324, 337 f. Zur Pflicht des Sozialstaates, den einzelnen auch und gerade gegenüber verbandlichen sozialen Gewalten zu schützen, s. *Zöllner*, Außenseiter, a.a.O., S. 458, m. w. Nachw. Zur Notwendigkeit, die innergesellschaftlichen Hilfen zu verrechtlichen s. nochmals *Huber*, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 17.

Dabei darf an sich in Anschlag gebracht werden, daß die Selbstbestimmung des einzelnen in der kleineren Gemeinschaft mitunter mehr Chancen hat, sich zu realisieren, als dort, wo sie von der großen Zahl absorbiert wird. Hier entfällt jedoch dieses autonomistische Element. Die »freien« Träger der Wohlfahrtspflege sind in der Regel Fremdhilfeverbände, nicht Selbsthilfeverbände. Der Hilfsbedürftige ist deren Heteronomie nicht anders ausgesetzt als der des Staates oder der Kommunen.

*ccc) Steigerung der sozialen Effizienz?*

Weiter mag gefragt werden, ob die getroffene Regelung dem sozialen Rechtsstaat nicht dadurch adäquat ist, daß sie – indem sie »freie« Hilfen aktiviert – die Summe sozialer Hilfe steigert. Auch diese Frage weist auf einen Irrweg.

Der Staat des Grundgesetzes ist nicht nur Sozialstaat, sondern sozialer Rechtsstaat. Soziale Zwecke können nicht rechtsstaatswidrige Mittel heiligen. Vielmehr sind soziale Zwecke nur legitim, wenn sie sich dem rechtsstaatlichen, grundrechtsgeprägten, autonomistischen Menschenbild unterordnen.

Doch auch dessen ungeachtet, darf die Regelung nicht als Steigerung der sozialen Wirksamkeit von ihren verfassungsrechtlichen Fehlern losgesprochen werden. Sie aktiviert nicht nur »freie« Hilfen. Sie nimmt ihnen, indem sie sie in das System der allgemeinen, gesetzlichen öffentlichen Hilfen einbezieht, den Charakter des Zusätzlichen. So erscheint per saldo das soziale Mehr oder Weniger zumindest fraglich. Dazu kommt, daß durch die Vielfalt der Hilfeträger und die Unvollkommenheit der Regelung ihres wechselseitigen Verhältnisses Rationalisierungsausfälle und Reibungsverluste entstehen.

*ddd) Das Fehlen einer Alternative?*

Schließlich kann nicht behauptet werden, der Gesetzgeber habe keine andere Möglichkeit gehabt. Er hätte die aufgezeigte Problematik umgangen, wenn er die »freie« Wohlfahrtspflege in der zusätzlichen, ergänzenden Funktion belassen hätte, die ihr neben dem sozial verantwortlichen und aktiven Staat zukommt. Sie hätte – wie schon hervorgehoben – wahrlich noch genug zu tun gehabt.

Wenn der Staat jedoch Aufgaben, die in seiner Verantwortung stehen, freigibt und dadurch Abhängigkeiten, die sonst in Richtung auf ihn be-

stehen, auf soziale Mächte verlagert, so muß er die Wahrnehmung dieser Aufgaben so binden und durchbilden und die Abhängigkeiten so mäßigen, daß der Gesamtstand an sozialer Rechtsstaatlichkeit nicht wesentlich vermindert wird. Wenn er an seine und seiner Kommunen Stelle in breiter Front die »freien« Träger in die öffentliche Sozialfunktion einrücken läßt, darf er nicht auf die gesetzliche Durchnormierung des Verhaltens auch dieser »freien« Träger, nicht auf eine – wie immer modifizierte – subjektive Berechtigung der an sie Verwiesenen auch ihnen gegenüber und nicht auf eine richterliche und – gerade im sozialen Bereich unentbehrliche – aufsichtliche Kontrolle verzichten.

#### d) Die Desintegration der Demokratie

Der Abbau der staatlichen und kommunalen Kompetenzen schwächt auch den Wirkungsgrad der Demokratie (Art. 20 Abs. 1 und 2, Art. 28 Abs. 1 GG). Zwar wird die Demokratie erstickt und überfordert, wenn die gesellschaftlichen Kräfte alle Aufgaben an den Staat abwandern lassen<sup>184</sup>. Aber in erster Linie muß die Demokratie sich doch über den Staat verwirklichen<sup>185</sup>.

Der Blick auf dieses Problem ist allzu leicht von der Überlieferung des 19. Jahrhunderts getrübt. Damals war die Gesellschaft das Partisanendickicht der Demokratie im monarchischen Staat, die Selbstverwaltung ihr Brückenkopf. Mit der totalen Demokratisierung des Staates ist dieser demokratische Eigenwert entfallen<sup>186</sup>. Während nun aber die demokratisch strukturierte *Selbstverwaltung* im Rahmen und unter Kontrolle des demokratischen Staates den Einfluß des einzelnen auf die Angelegenheiten, die ihn und seine engere Gemeinschaft angehen, verdichtet, so den autonomistischen Zweck der Demokratie fördert und dabei doch nicht die Herrschaft des ganzen Volkes über sich selbst aufhebt<sup>187</sup>, gilt Gleiches nicht ohne weiteres für die *gesellschaftliche Wahrnehmung* von Aufgaben. Sie ist *nicht* notwendig eine *Wiederholung der größeren staatlichen Demokratie* auf

<sup>184</sup> S. dazu nochmals oben S. 64.

<sup>185</sup> S. dazu oben S. 64 f.

<sup>186</sup> S. a. nochmals oben S. 64 f. Zur Selbstverwaltung s. etwa *Köttgen*, Art. »Selbstverwaltung« im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Bd. 9, 1956, S. 220 ff.

<sup>187</sup> S. dazu etwa *Peters*, Entwicklungstendenzen der Demokratie in Deutschland seit 1949, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift für Zaccaria Giacometti, 1953, S. 229 ff. (243); zur Antinomie von zentraler und partikularer Demokratie s. etwa *Kelsen*, Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 69 ff.

engerem Raum<sup>188</sup>. Ihr *fehlen* die für die Selbstverwaltung typischen *Sicherungen der Homogenität* mit Ordnung und Funktionsweise des Staates. Mit der Freiheit setzen Vermögen und Unvermögen, Macht und Abhängigkeit immer neu zu Spannung und Entfaltung an<sup>189</sup>.

Auf dem Felde der Wohlfahrtspflege wird das demokratische Gefälle besonders deutlich. Als *Fremdhilfeverbände* – was sie regelmäßig sind und als welche sie im Einzelfall fast immer wirken – treten die »freien« Träger dem Hilfesuchenden *heteronom* gegenüber. Wird dieser dagegen von der Gemeinde, vom Landkreis oder vom Staat (im engeren Sinne) betreut, so hilft ihm ein Verband, dessen kollektiver Autonomie er gleichberechtigt eingearbeitet ist<sup>190</sup>.

Bleibt noch zu sagen, daß das Gesetz auch nicht darauf achtet, daß die helfenden Träger wenigstens in sich demokratisch strukturiert sind, um das Urteil, wie wenig sich der Gesetzgeber um die Demokratie gekümmert hat, abzurunden<sup>191</sup>. Die Minderung der Sozialstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit ist also mitnichten durch eine – etwa in der »Vergesellschaftung« der Wohlfahrtspflege liegende – Steigerung des demokratischen Elements ausgeglichen<sup>192</sup>. Vielmehr geht die Verletzung der sozial- und rechtsstaatlichen Grundordnung mit der partiellen Preisgabe der Demokratie Hand in Hand, wird durch sie mit charakterisiert und nicht unwesentlich verschlimmert<sup>193</sup>.

<sup>188</sup> Versuche, Parallelen zwischen der staatlichen Demokratie und der Eigengesetzlichkeit des Gesellschaftlichen zu ziehen, erweisen sich meist als künstlich und unwirklich. So etwa die von *Böhm* (Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 49 ff. und passim; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer, ORDO Bd. IV [1951] S. 21 ff. passim) gezeichnete Idylle einer »natürlichen« Wirtschaftsdemokratie. Zur Kritik hieran s. etwa *Partsch*, Die verfassungsmäßige Sicherung der Wirtschaftsprinzipien, ORDO Bd. VI (1954) S. 19 ff. (31 ff.).

<sup>189</sup> S. etwa *Wössner*, Die ordnungspolitische Bedeutung des Verbandswesens, 1961, S. 66 f., u. w. Nachw.

<sup>190</sup> Vgl. *Fichtner*, S. 339. S. ferner oben S. 61 f. und 75 f. und die dort. Nachw.

<sup>191</sup> Zum Erfordernis demokratischer Homogenität von Selbstverwaltungseinheiten s. *Krüger*, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl., 66. Jg. (1951), S. 361 ff., (365 f.); *Matz*, Grundgesetz, 2. Aufl., 1954, Erl. zu Art. 20; v. *Mangoldt/Klein*, Art. 20 Anm. V 3. – Für andere Verbände mit öffentlicher Wirksamkeit s. *Ridder*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1960, insbes. S. 18 ff.

<sup>192</sup> S. zu dieser Ambivalenz verbandlicher Entfaltung allgemein *Köhler*, Grenzen der Vertragsfreiheit der Berufs- und Wirtschaftsverbände, BB, 7. Jg. (1952), S. 149 ff. (149).

<sup>193</sup> S. *Fichtner*, S. 338. S. a. *Hasenclever*, Elternrecht, S. 68; *Heinke*, Freiheit in der Sozialordnung, S. 76, 78 ff.

## 2. Das Ordnungsdefizit

Der Gesetzgeber hat aber nicht nur einzelne rechtsstaatliche Erfordernisse unerfüllt gelassen. Er hat vielmehr zudem in seiner elementaren *Ordnungsaufgabe*, *klares, unmißverständliches, widerspruchloses Recht zu setzen*<sup>194</sup>, versagt. Er hat die Ansprüche der »freien« Träger scheinbar ebenso weit vorgetragen, wie er die Ordnungshoheit der »öffentlichen« Träger scheinbar umfassend erhalten hat. Er geht von der sozial- und rechtsstaatlichen Gleichwertigkeit der »freien« im Verhältnis zur »öffentlichen« Hilfe aus, nimmt sie als gleichwertig in das System des Gesetzes herein, führt den Hilfsbedürftigen in ihren Bereich und garantiert mit ihrer Eigenständigkeit schließlich gerade ihre Ungleichartigkeit. Er schafft eine umfassende Verantwortlichkeit der »öffentlichen« Träger und löst zugleich eine Entwicklung aus, die sie unfähig macht, ihr gerecht zu werden.

Es geht hier nicht so sehr um das sog. Bestimmtheitserfordernis, das der Rechtsstaat an Verwaltungsbefugnisse richtet<sup>195</sup>, das – wenngleich durch die Schwäche des Gesetzesvorbehalts bedingt, modifiziert – auch im Bereich der Leistungsverwaltung gilt<sup>196</sup> und im sozialstaatlichen Pflichtbereich elementarer Fürsorge schon um des spezifischen Sinngehalts sozialer Rechtsstaatlichkeit willen gelten muß. Das Übel, das dieses Bestimmtheitserfordernis bekämpft, ist die ungemessene Handlungsvollmacht der Verwaltung. Hier dagegen ist die *Unsicherheit*, die der Gesetzgeber hinterlassen hat, *mehrseitig*<sup>197</sup>. Auch und gerade die Ansprüche der »freien« Träger gegenüber der Verwaltung sind ungewiß und wenigstens in diesem Sinne ungemessen. Und in gleichem Maße ist für den Drittbetroffenen, den Hilfsbedürftigen,

<sup>194</sup> BVerfGE 1, 14 (Leits. 14), 5, 25; BayVerfGH VGHE n. F. 4 II 90 (103 ff.); Noack, Die Verfassungswidrigkeit impraktikabler Gesetze, NJW, 14. Jg. (1961), S. 1148 ff.

<sup>195</sup> Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. – Zum allgemeineren Bestimmtheitserfordernis s. etwa BVerfGE 8, 274 (325 f.); Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR, Bd. 82 (1957), S. 163 ff. (237 ff.); Woockel, Rechtsstaatliche Anforderungen zum Erlaß von Hoheitsakten, Bayerische Verwaltungsblätter, n. F., 5. Jg. (1959), S. 365 ff.; eingeh. weitere Nachw. s. bei den Zitierten.

<sup>196</sup> S. etwa Jesch, a.a.O., S. 246 ff.; Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958, S. 47; Stern, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ, 15. Jg. (1960), S. 518 ff., S. 557 ff. (525); Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl., 74. Jg. (1959), S. 527 ff.; Bogs, Einwirkung, S. 24 ff.; w. Nachw. s. bei den Zitierten.

<sup>197</sup> Zur Mehrseitigkeit der Regelung s. a. Köttgen, Vorrang, S. 29.

ungewiß, ob und in welchem Maße er von der Verwaltung oder von »freien« Kräften Hilfe zu erwarten hat.

Gewiß läßt sich diesem und jenem der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe ein plausibler Sinn geben und lassen sich mögliche Grenzen der in Frage stehenden Ermessensräume absehen. Doch letztlich und im ganzen stößt die Auslegung immer wieder an das Problem, das der Gesetzgeber ignorierte, als er der »freien« und weltanschaulich gebundenen Wohlfahrtspflege möglichst Raum geben wollte, ohne zu bedenken oder bereit zu sein, Grundrechte, Sozialstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit gerade gegenüber diesen sozialen Mächten durch die erforderlichen Garantien abzusichern. Dieser Verzicht bedeutet Unordnung. Er hinterläßt keine Lücke, die von der Rechtsanwendung auf der Basis des Gesetzes geschlossen werden könnte. Er hinterläßt Antinomien zwischen den Interessen, die das Gesetz schützt, und jenen, die ihnen die Verfassung vorordnet.

Die Vorbehalte in § 5 Abs. 5, § 8 Abs. 1 und § 18 Satz 2 des *Jugendwohlfahrtsgesetzes* mindern das *Ordnungsdefizit* hinsichtlich dieses Gesetzes wenigstens potentiell. Sie machen aber gerade auch wieder deutlich, daß der Bundesgesetzgeber sowohl im Jugendwohlfahrtsgesetz als auch hinsichtlich des Bundessozialhilfegesetzes weniger geregelt hat als zu regeln war. Das fällt auch für das Jugendwohlfahrtsgesetz insofern ins Gewicht, als es auch ohne landesrechtliche Ergänzung zum Vollzug gestellt ist.

## V. Die bundesstaatliche Ordnung

### 1. Die Beeinträchtigung der Länder durch die verfassungswidrige Regelung

*Alle* bisher festgestellten *Verfassungsverstöße* reflektiert die bundesstaatliche Ordnung als *Verletzung von Länderrechten*. Schon als Teilhaber am Gesamtstaatswesen haben die Länder die Vermutung für sich, daß jede Verletzung der gemeinsamen Grundordnung auch ihre rechtlichen Interessen berührt (arg. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG). Sie sind darüber hinaus jedoch konkret beschwert.

Zunächst insofern, als sie – von den wenigen, teils zweifelhaften Vorbehalten zugunsten des Bundes abgesehen – sowohl das Bundessozialhilfegesetz als auch das Jugendwohlfahrtsgesetz auszuführen haben (Art. 83, 84 GG). Soweit diese Gesetze verfassungswidrig sind, *sinnen* sie den *Ländern Rechtsverstöße* mit allen ideellen und rechtlichen Konsequenzen an.

Soweit die Gesetze den Ländern und den ihnen inkorporierten Verwaltungseinheiten – insbes. den Kommunen – Aufgaben und Zuständigkeiten vorenthalten, treffen sie die Länder nicht nur in ihrer Rechtsverantwortung (Art. 20 Abs. 3 GG), sondern darüber hinaus in ihrem (potentiellen) *staatlichen Entfaltungsraum* (Art. 30, 70 Abs. 1, 83 GG)<sup>198</sup>.

Schließlich aber greift die Desintegration ihres sozial- und rechtsstaatlichen sowie demokratischen Wesens gerade in den *verfassungsrechtlichen Grundbestand der Länder* ein, der ihnen durch Art. 28 Abs. 1 GG auferlegt ist und den der Bund nach Art. 28 Abs. 3 GG zu gewährleisten hat.

Darüber hinaus ist jedoch zu fragen, ob der Bundesgesetzgeber die verfassungsrechtliche Ordnung der bundesstaatlichen Aufgabenverteilung nicht auch eigenständig und unmittelbar verletzt.

## 2. Die bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung

### a) Allgemeines

Im *Mittelpunkt* steht Art. 74 Nr. 7 GG. Die Tragweite dieser Bestimmung findet sich bereits so mannigfach erörtert, daß die Diskussion hier nicht unbeschränkt neu aufgenommen werden soll. Insbes. soll hier nicht aufgegriffen werden, wie weit der Gegenstand des Jugendwohlfahrtsgesetzes unter den Begriff der »öffentlichen« Fürsorge gebracht werden kann.

Grundsätzlich muß jedoch bemerkt werden, daß es *falsch* ist, Art. 74 Nr. 7 GG *um des Sozialstaatsprinzips willen weit auszulegen*<sup>199</sup>. Das Grundgesetz legt nicht nur dem Bund Sozialstaatsqualität bei. Vielmehr erklärt Art. 20 Abs. 1 GG die Bundesrepublik als Ganzes – also als die Einheit von Bund und Ländern – zu einem sozialen Bundesstaat, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG daneben ausdrücklich die Länder zu sozialen Staaten. Soziales Mißtrauen gegenüber den Ländern wäre deshalb nicht nur historisch-politisch ungerechtfertigt. Es wäre verfassungsfremd<sup>200</sup>.

<sup>198</sup> Zu der Selbstverständlichkeit, daß zu den staatlichen Aufgaben i. S. des Art. 30 GG auch die Wohlfahrtspflege gehört, s. *Maunz/Dürig*, Art. 30 Rdnr. 10; *Köttgen*, Vor-  
rang, S. 30.

<sup>199</sup> So aber BSGE 6, 213 (219); *Fröhler*, Rechtsgutachten, S. 9, 27; *Bender*, desgl., S. 60; *Bachof*, desgl., S. 27.

<sup>200</sup> S. a. *Köttgen*, Die Befugnisse des Bundes auf dem Gebiet der Jugendhilfe, in: Grund-  
fragen des Jugendhilferechts, Schriften des Deutschen Vereins für öffentliche und

b) *Der Vorrang der »freien« Wohlfahrtspflege und die Kompetenz der Länder*

aa) *Art. 74 Nr. 7 GG als Regelung der »öffentlichen« Fürsorge*

Im übrigen sei hier davon ausgegangen, daß Art. 74 Nr. 7 GG im wesentlichen die »öffentliche Fürsorge« als Verwaltungsaufgabe meint<sup>201</sup>. Das schließt nicht aus, daß diese Verwaltungsaufgabe – und damit die Kompetenz aus Art. 74 Nr. 7 GG – »vom Rande her« auch auf die benachbarte »freie« Wohlfahrtspflege bezogen ist<sup>202</sup>. Es schließt ferner nicht aus, daß Art. 74 Nr. 7 GG den Gesetzgeber auch berechtigt, die Grenzen der »öffentlichen Fürsorge« als Verwaltungsaufgabe zu ziehen<sup>203</sup>. Aber es würde der Eigenart der getroffenen Regelung nicht gerecht, die kompetenzrechtliche Problematik dadurch für gelöst zu halten.

bb) *Die weitergehende Konzeption der Gesetze*

Der Gesetzgeber ging bewußt über Grenzziehung, Konfliktsvorsorge und bloße Koordination hinaus<sup>204</sup>. Die legislativen Vorbilder verlassend griff er aus, um ein System aus »öffentlicher« und »freier« Wohlfahrtspflege zu fügen, und stellte er darin die »freie« Wohlfahrtspflege der »öffentlichen« voran. Damit gab er das Prinzip des Art. 74 Nr. 7 GG, die »öffentliche Fürsorge« als Verwaltungsgänge zu regeln, preis<sup>205</sup>.

Aber mehr noch: Der Gesetzgeber begnügte sich nicht damit, von der Regelung der »öffentlichen« Fürsorge im überkommenen technischen Sinn auf ein System aller – nicht rein individueller und privater – Wohlfahrts-

private Fürsorge, Heft 219, 1962, S. 115 ff. (124): »Man sollte sich hüten, mit Hilfe der Sozialstaatsklausel die Verfassung bedenkenlos auf die politische Gleitschiene zu setzen.« – S. a. schon *Köttgen*, Der soziale Bundesstaat, in: Neue Wege der Fürsorge, Festschrift für Hans Muthesius, 1960, S. 19 ff. (30).

<sup>201</sup> S. vor allem *Köttgen*, Vorrang, S. 23 ff., insbes. S. 25 ff.; s. a. *Ule*, Rechtsgutachten, S. 20 ff. A. A. v. d. *Heydte*, Vorrang, S. 55, insbes. S. 57 ff.; *Fröhler*, Rechtsgutachten, S. 7 ff.; *Bender*, Rechtsgutachten, S. 73 f.; *Süsterhenn*, Gutachten, S. 5 ff.; vermittelnd *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 33 ff., insbes. S. 36 ff.

<sup>202</sup> *Köttgen*, Vorrang, S. 27; etwas weitergehend *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 36 f.

<sup>203</sup> *Ule*, Rechtsgutachten, S. 22 f.; *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 35.

<sup>204</sup> Das vernachlässigen vor allem *Bachof*, Rechtsgutachten, S. 36 f., und *Ule*, Rechtsgutachten, S. 22 f.

<sup>205</sup> *Köttgen*, Vorrang, insbes. S. 28 f.

pflege auszugreifen. Er drang vielmehr von dem neugewonnenen legislativen Terrain der »freien« Wohlfahrtspflege her gegen die klassische *Verwaltungsfunktion der »öffentlichen« Fürsorge* vor. So sehr er sie durch die Garantie ihrer Eigenständigkeit als »Gegenbild« der öffentlichen Verwaltung zeichnete<sup>206</sup>, so sehr rammte er sie doch auch als Pfahl in deren Fleisch. Nicht ihrer Stellung, wohl aber ihrer Funktion nach sollen die Träger der »freien« Wohlfahrtspflege – durch Funktionssperren, Unterstützungspflicht und Zusammenarbeitsgebot gegenüber der öffentlichen Verwaltung nicht nur abgesichert, sondern positiv berechtigt – komplementäre Subjekte des Gesetzesvollzugs sein. Abgesehen vom Fehlen eines Ausgleichs der Funktionsabwanderung durch Aufsichtsbefugnisse gleicht die Entfremdung der wohlfahrtspflegerischen Verwaltungsaufgabe zugunsten der »freien« Träger derjenigen, die durch die Ausgründung rechtsfähiger Verwaltungseinheiten aus der gebietskörperschaftlichen Verwaltung<sup>207</sup> oder – was im folgenden nicht gesondert zu erörtern ist – durch die Beleihung Privater bewirkt wird. Am deutlichsten wird das, indem die »öffentlichen« Fürsorgeträger ermächtigt werden, den »freien« Verbänden Aufgaben zu übertragen (§ 10 Abs. 5 BSHG; § 18 JWG)<sup>208</sup>.

Diese Entfremdung einer Verwaltungsaufgabe der Landesverwaltung durch Bundesrecht bedürfte im Hinblick auf Art. 30, 70 ff., 83 ff. GG der besonderen Rechtfertigung.

### cc) Die Unzulässigkeit der Regelung

Für die Bildung rechtsfähiger Verwaltungseinheiten im Rahmen der Landesverwaltung durch Bundesrecht bieten sich im wesentlichen *zwei Kompetenzgrundlagen* an. Entweder sie kann auf die Zuständigkeit des Bundes gestützt werden, die Einrichtung der bundesrechtsvollziehenden Landesbehörden zu regeln (Art. 84 Abs. 1, 85 Abs. 1 GG)<sup>209</sup>. Oder sie muß –

<sup>206</sup> Kötten, Vorrang, S. 27 f.

<sup>207</sup> Zur grundsätzlichen Möglichkeit auch privatrechtlicher »Selbstverwaltungsträger« s. Wolff, Verwaltungsrecht II, 1962, S. 137.

<sup>208</sup> Zur Frage der Zulässigkeit gerade dieser Regelung s. Bless, Zur Verfassungsmäßigkeit der Übertragung von Aufgaben des Jugendamts auf Private nach § 11 RJWG, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, 47. Jg. (1960), S. 321 ff. (321 f., 327).

<sup>209</sup> Vgl. Kötten, Kommunale Auftragsverwaltung und Grundgesetz, Die Selbstverwaltung, 5. Jg. (1951), S. 346 ff. (347); ders., Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, n. F., Bd. 3 (1954), S. 67 ff. (90); ders., Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, 1957, S. 75 f.; Schneider, Körperschaftliche Verbundverwaltung, AöR, Bd. 83 (1958), S. 1 ff. (16 ff.); ders., Die öffentlich-recht-

weil rechtsfähige Verwaltungseinheiten keine Behörden sind, sondern Behörden haben und die ausdehnende Interpretation der Art. 84 Abs. 1 und 85 Abs. 1 GG sich auch aus einem Vergleich mit den Art. 86 und 87 GG verbietet – aus der Sachkompetenz des Bundes (insbes. Art. 73 ff. GG) zwingend und zusätzlich hergeleitet werden können<sup>210</sup>. Der Verfasser neigt dieser Auffassung zu.

*Art. 84 Abs. 1 GG* gibt – aus den angedeuteten Gründen – allgemein *keine Grundlage* für die bundesrechtliche Sonderung besonderer, rechtsfähiger Verwaltungseinheiten im Aufgabenbereich der Landesverwaltung. Im vorliegenden Zusammenhang aber scheidet diese Legitimationsbasis darüber hinaus wegen der Eigenart der getroffenen Regelung aus. Wenn Art. 84 Abs. 1 GG Regelungen in bezug auf rechtsfähige Verwaltungseinheiten rechtfertigt, so doch nur in verwaltungsorganisatorischer Gebundenheit (als Regelung der »Einrichtung der Behörden und des Verwaltungsverfahrens«). Hier dagegen distanziert das Gesetz mit dem Träger zu sehr und zweckhaft auch Funktion und Modalität. Schließlich aber kann sich der Bund auf Art. 84 Abs. 1 GG deshalb nicht berufen, weil – bei der

liche Alterssicherung der freien Berufe und das Grundgesetz, 1959, S. 58 ff.; *Maunz* in *Maunz/Dürig*, Art. 84 Rdnr. 23; *Rasch* in: *Rasch/Patzig*, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsverfahren, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, begr. v. Brauchitsch, hrsg. v. Ule, Bd. I/1, 1962, S. 88. Im konkreten Zusammenhang: *Bless*, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, 47. Jg. (1960), S. 321 ff. (327).

<sup>210</sup> Vgl. *Haas*, Bundesgesetze über Organisation und Verwaltung der Landesbehörden, AöR, Bd. 80 (1955/56), S. 81 ff. (98); *Becker*, Die Ausführung von Bundesgesetzen durch die Gemeinden und Gemeindeverbände, Bayer. Verwaltungsblätter, n. F., 7. Jg. (1961), S. 65 ff. (68). – An konkreten Beispielen vgl. die Rechtfertigung der Sozialversicherungsträger aus Art. 74 Nr. 12 GG (BVerfGE 11, 105 [112 f., 123 ff.]); *Haas*, a.a.O., S. 98 f.), desgleichen für die kassenärztlichen Vereinigungen (*Peters*, Verfassungsrechtliche Fragen des Entwurfs eines Gesetzes über die Regelung der Beziehungen zwischen Ärzten, Zahnärzten und Krankenkassen (Kassenarztrecht), 1953, S. 2; Entwurf eines Gesetzes über Kassenarztrecht, 1. Deutscher Bundestag, Drucksache 3904, Begr. S. 17 f.; Stellungnahme des Berichterstatters des Vermittlungsausschusses in der 144. Sitzung des Bundesrats vom 8. 7. 1955, Sten.Ber. S. 196 f.; die Begründung der Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, Innungen und Kreishandwerkerschaften aus Art. 74 Nr. 11 GG (*Haas*, a.a.O.; *Reuss*, Die Organisation der Wirtschaft, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Bd. III, 1. Halbbd., 1958, S. 98; s. a. den Ausschußbericht zu dem Entwurf eines Gesetzes zur vorläufigen Regelung der Industrie- und Handelskammern, 2. Deutscher Bundestag, Drucksache Nr. 2380, Begr. S. 2; kritisch dazu *Köttgen*, Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, a.a.O., S. 88 (Fußn. 14); *ders.*, Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung, a.a.O., S. 227 ff.; und umgekehrt etwa die Negation einer Bundeszuständigkeit für die ärztliche Berufsorganisation aus Art. 74 Nr. 19 GG (BVerfGE 4, 74 [84 ff.]; 7, 59 [60]).

gegenwärtigen gesetzlichen Regelung – die Ordnung der »freien« Wohlfahrtspflege und ihr Einbau in das Gesamt der Wohlfahrtspflege als Verwaltungsorganisation (im strengen Sinn des Art. 84 Abs. 1 GG) rechtsstaatlich unerträglich wäre.

Scheidet die Kompetenznorm des Art. 84 Abs. 1 GG aber aus, so bleibt zu prüfen, ob Art. 74 Nr. 7 GG auch und gerade das strukturprägende Hineintreiben der »freien« Wohlfahrtspflege in den Aktionsbereich der öffentlichen Verwaltung rechtfertigt. Die Frage ist zu verneinen.

*Ermächtigt Art. 74 Nr. 7 GG nur zur Regelung der »öffentlichen« Wohlfahrtspflege im engeren Sinne, also der staatlich-kommunalen Wohlfahrtspflege, so gibt die Vorschrift gerade keinen Grund, die »freien« Träger so, wie geschehen, in den Gesetzesvollzug einzuschalten. War von der Ermächtigung zur Regelung der staatlich-kommunalen Wohlfahrtspflege her schon zweifelhaft, ob die reichsrechtliche Leerformel von den Fürsorgeverbänden (§ 2 der Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht) rechtens war<sup>211</sup>, so erschiene auch nur der Versuch, die »freien« Träger daraus abzuleiten, abwegig.*

Würde *Art. 74 Nr. 7 GG* aber darüber hinaus auch zur Regelung der »freien«, gesellschaftlichen Wohlfahrtspflege ermächtigen, so wäre damit noch nicht gesagt, daß deren Träger im Vollzug des Fürsorge- und Jugendwohlfahrtsrechts neben die »öffentlichen« Einheiten gestellt und so vorwiegend materiell und fast ausschließlich berechtigend – in das Verwaltungsgefüge der Länder eingeschoben werden dürfen. Gesetzgebungskompetenz für die »freie« Wohlfahrtspflege bedeutet zunächst einmal, daß Struktur und Betätigung der »freien« Wohlfahrtspflege auf ihrem wesenseigenen, die sozial- und rechtsstaatsgerechte Wohlfahrtspflege durch die öffentliche Verwaltung ergänzenden Feld geregelt werden dürfen. Die Beteiligung der »freien« Wohlfahrtspflege an den Vollzugsaufgaben der »öffentlichen« Wohlfahrtspflege ist etwas Drittes – das entscheidende Dritte, wonach als Kompetenzgegenstand des Art. 74 Nr. 7 GG gefragt werden muß, wenn die hier zu überprüfende Regelung daraus gerechtfertigt werden soll. Und gerade dafür gibt Art. 74 Nr. 7 GG nichts her. Die vom Gesetz vorgesehene Beteiligung geht jedenfalls nach Grad und Entschiedenheit über die historischen Vorbilder (insbes. § 5 der Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht, §§ 4, 11 der Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge; §§ 4, 6 des Reichsjugendwohlfahrts-

<sup>211</sup> Vgl. Haas, a.a.O., S. 99.

gesetzes) *hinaus*, die wegen ihres sehr viel weiteren Kompetenzhintergrundes (Art. 7 Nr. 5 und 7, Art. 9 Nr. 1, Art. 14, 15 RV 1919)<sup>212</sup> ohnedies für die Auslegung des Art. 74 Nr. 7 GG nicht beweiskräftig wären. Die *Sachlogik* deckt die Ausweitung der »freien« Wohlfahrtspflege über ihren ursprünglich und allein wirklich »freien« Bereich hinaus, ihre Verfremdung zum Quasi-Verwaltungsträger und die Entfremdung einer Aufgabe aus der gemäßen sozial-rechtsstaatlichen Verantwortung der allgemeinen gebietskörperschaftlichen Verwaltung ebenfalls nicht. Darüber braucht nach allem, was bereits ausgeführt wurde, kein Wort mehr verloren zu werden<sup>213</sup>.

<sup>212</sup> S. a. *Köttgen*, Mandat, S. 2.

<sup>213</sup> Bedenken gegen die Zuständigkeit des Bundes in vorstehendem Sinne s. a. bei *Potrykus*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des RJWG, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, 48. Jg. (1961), S. 65 ff. (67).

## E. Ergebnisse

Aus den vorstehenden Erörterungen sind folgende Ergebnisse zu schließen und zusammenzufassen:

### I.

1. Die in § 8 Abs. 2 Satz 2, § 10 und § 93 BSHG und in den §§ 5, 7, 8 und 18 JWG getroffene Regelung des Verhältnisses zwischen »öffentlicher« und »freier« Wohlfahrtspflege vernachlässigt zugunsten ganzheitlich weltanschaulich gebundener Hilfe das Interesse der Hilfsbedürftigen, nicht auf die Hilfe »freier« Träger fremder weltanschaulicher Prägung verwiesen zu werden, über das unvermeidbare Maß hinaus. Das gilt vor allem von den in § 10 Abs. 4 und § 93 Abs. 1 Satz 2 BSHG und in § 5 Abs. 3 Satz 2 JWG vorgesehenen Funktionssperren und – in Verbindung damit – von den in § 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG und in § 5 Abs. 1, § 7 und § 8 JWG vorgesehenen Unterstützungspflichten. Sie *verstoßen* daher *gegen Gleichheit und Freiheit des Bekenntnisses* und der Weltanschauung (Art. 3 Abs. 3, Art. 4, Art. 33 Abs. 3, Art. 140 GG, Art. 136 RV 1919). In gleicher Weise wird das *Recht der Eltern* beeinträchtigt, die Erziehung ihrer Kinder zu bestimmen (Art. 6 Abs. 2 GG).
2. Die Regelung bevorzugt die Hilfsbedürftigen, die einem sozialaktiven Verband nahestehen, und benachteiligt die auf die allgemeinen »öffentlichen« Träger angewiesenen Außenseiter. Soweit diese Unterschiede über das sachlich gerechtfertigte Maß hinausgehen, liegt darin ein *Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz* (Art. 3 Abs. 1 GG).
3. Die Regelung lenkt Sozialhilfe und Jugendhilfe in wesentlichem Umfang auf staatsungebundene Träger ab, deren Tätigkeit weder von den wesentlichen Ausformungen sozialer Rechtsstaatlichkeit (Verfassungs- und Gesetzesgebundenheit und deren Kontrolle, subjektive Berechtigung des Hilfsbedürftigen, Rechtsschutz) geprägt ist noch ihnen durch das Gesetz wirksam unterstellt wird. Damit wird die *Verantwortung des demokratischen und sozialen Rechtsstaats* für die abgegebenen Auf-

gaben *verkannt* und gegen dessen Wesen verstoßen (Art. 20, 28 Abs. 1 Satz 1 GG).

4. Die Regelung ist nicht durch Verfassungsnormen gedeckt, die ein gewisses Maß an »freier« Hilfstätigkeit gewährleisten (können) – etwa die Grundrechte der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), der Bekenntnisfreiheit (Art. 4 GG), der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) oder die Freiheit des religionsgemeinschaftlichen Zusammenschlusses (Art. 140 GG, Art. 137 RV 1919). Sie geht über das verfassungsrechtlich notwendige Maß an »freier« Wohlfahrtspflege hinaus und entscheidet im Konflikt der verfassungsrechtlich angelegten Tendenzen einseitig. Allgemeine Hinweise auf die »Freiheitlichkeit«, »Gesellschaftlichkeit«, »Pluralität« und »Subsidiarität« der gesetzlichen Lösung vereinfachen unzulässig und erschließen weder in tatsächlicher noch in verfassungsrechtlicher Hinsicht eine Möglichkeit der Rechtfertigung.

## II.

Die Regelung des Verhältnisses zwischen »öffentlicher« und »freier« Wohlfahrtspflege durch das Bundessozialhilfegesetz und das Gesetz für Jugendwohlfahrt ist im Übermaß *unbestimmt* und mehrdeutig. Sie verstößt gegen das rechtsstaatliche Verbot unklarer, mißverständlicher und irreführender Rechtsnormen und *verfehlt* den *rechtsstaatlichen Ordnungsauftrag* des Gesetzgebers.

## III.

Der *Bund* ist *nicht zuständig*, den Ländern und den ihnen inkorporierten Kommunen die Verwaltungsaufgabe der »öffentlichen Fürsorge« (Art. 74 Nr. 7 GG) durch die vorgesehene Vollzugsbeteiligung der »freien« Träger zu entfremden (Art. 30, 70, 83, 84 GG).

## IV.

Jedenfalls die zur Nachprüfung des Bundesverfassungsgerichts gestellten Vorschriftenen

in § 8 Abs. 2 Satz 2, § 10 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4, § 93 Abs. 1 Satz 2 BSHG

und in § 5, § 7 und § 8 Abs. 3 JWG, soweit darin Unterstützungspflichten und Funktionssperren vorgesehen sind,

sind somit *verfassungswidrig* und *nichtig*. Für § 8 Abs. 2 Satz 2 BSHG ergibt sich dies jedoch nur aus dem Gesamtzusammenhang, nicht aus der unmittelbaren Eigenbedeutung der Norm.