

von

Ernst-Wilhelm Luthé \*

Der „aktivierende Sozialstaat“ wird politisch derzeit als Aufforderung zur Basisdemokratisierung der Gesellschaft, zur Aktivierung von Selbsthilfepotentialen, zur Verwaltungsmodernisierung und zur Installierung von Wettbewerbsstrukturen verstanden.<sup>1</sup> Der Beitrag geht der Frage nach, was das Rechtssystem damit anfangen kann.

## 1. Aktivierung und Demokratieprinzip

Der aktivierende Sozialstaat im Sinne von ‚Mehr Demokratie‘ ist ebenso facettenreich wie die Interessen, die sich mit ihm verbinden: Die ‚Betroffenen‘, die häufig selbstautorisierte Verbandstätigkeit ‚im Betroffeneninteresse‘, Repräsentanten einer neuen zivilgesellschaftlichen Öffentlichkeit ‚jenseits von Markt und Staat‘ (aber mit ausgesprochener Begeisterung für Massenmedien) und schließlich das politische Establishment, das diese Repräsentanten aufbaut oder für sich zu gewinnen sucht. Eine solche „Selbstbestimmungspraxis gemeinwohlorientierter Staatsbürger“<sup>2</sup> mag großes Verständnis und allseitiges Entgegenkommen hervorrufen angesichts jener strukturell bedingten „Perversion“<sup>3</sup> in Gestalt eines ausschließlich an sich selbst interessierten Parteienstaates. Sie mag außerdem, sei es als Frühwarnsystem, sei es als Quelle von Sachkenntnis und solidarischem Bürgersinn, wiederum gerade auch Staatszwecken zugute kommen. Wie weit aber wird der hierbei postulierte Freiraum für Bürgerbeteiligung, Bürgerinitiative und Bürgerengagement auch vom Grundgesetz mitgetragen, wenn dies als Direktbeteiligung des Bürgers an der Wahrnehmung von Staatsaufgaben, häufig auf der Basis rechtsstaatlich unkontrollierbarer informeller Abspra-

---

\* Prof. Dr. E.-W. Luthé lehrt Öffentliches Recht und Sozialrecht an der FH Braunschweig/Wolfenbüttel und Uni Oldenburg. Er ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für angewandte Rechts- und Sozialforschung ([www.irs-bs.de](http://www.irs-bs.de)).

<sup>1</sup> Mezger/West (Hg.), Aktivierender Sozialstaat und politisches Handeln, 2. Aufl. 2000; Wohlfahrt, NDV 2001, 82; Trube/Wohlfahrt, WSI-Mitteilungen, Heft 1/2001; Stecker, Vergütete Solidarität und solidarische Vergütung, 2002; Döbler, Die Wiederentdeckung des Ehrenamtes im Zeichen des ‚Neuen Sozialstaats‘: Bürgergesellschaftliches Engagement - Potentiale, Paradoxien und Perspektiven, Vortragsmanuskript 1999 ([www.doebler-online.de](http://www.doebler-online.de)).

<sup>2</sup> Zum Konzept der Zivilgesellschaft insofern Habermas, Faktizität und Geltung, 1998, 326 sowie 443 (zum nicht.-ökonomischen und nicht-staatlichen Kern der Zivilgesellschaft).

<sup>3</sup> So Maihofer, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, 484, 495, 489; zu den strukturellen Verkrustungen des Parteienstaates auch Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, 283 f.

chen zwischen Publikum und Verwaltung<sup>4</sup>, jedenfalls außerhalb des von der Verfassung vorgesehenen Legitimations- und Verantwortungszusammenhangs geschieht?

Im Sozialsektor der Bundesrepublik Deutschland ist die Mitwirkung von Vertretern gesellschaftlicher Interessen an Verwaltungsentscheidungen eine geläufige Erscheinung. Das **Sozialhilferecht** kennt die Beteiligung „sozial erfahrener Personen“ im Prozeß der Erstellung von Regelsätzen und Verwaltungsvorschriften sowie im Widerspruchsverfahren (§ 114 BSHG). - Im **Jugendhilferecht** wurde die Aufgabe der Maßnahmeentwicklung, Jugendhilfeplanung und Förderung der Freien Jugendhilfe auf einen ‚Jugendhilfeausschuß‘ übertragen<sup>5</sup>, der nur zu drei Fünfteln aus demokratisch legitimierten Mitgliedern der Vertretungskörperschaft zusammengesetzt ist, im übrigen aus Vertretern gesellschaftlicher Interessen. Die demokratisch legitimierten Mitglieder des Ausschusses können indes auf ihre Mitwirkung verzichten und statt dessen Bürger partizipieren lassen (§ 71 SGB VIII). - Das Gesetz zur **Rehabilitation und Teilhabe** behinderter Menschen schreibt die Beteiligung unterschiedlicher Verbände<sup>6</sup> im Rahmen der Erarbeitung sog. Empfehlungen über Inhalte und Verfahren der Leistungsgewährung und -erbringung vor; dem Verbandsinteresse „wird bei der Ausgestaltung der Empfehlungen nach Möglichkeit Rechnung getragen“ (§§ 13 Abs. 6, 21 Abs. 2 SGB IX). Eine Verbandsbeteiligung ist zudem vorgesehen für infrastrukturelle Planungen (§ 19 Abs. 1 SGB IX), für Maßnahmen der Qualitätssicherung (§ 20 Abs. 3 SGB IX), für die Beteiligung an der Behindertenberatung (§ 22 Abs. 1 S. 3 SGB IX), für den beim Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung gebildeten ‚Beirat für die Teilhabe behinderter Menschen‘, der aus 48 Mitgliedern besteht, von denen 20 gesellschaftlichen Interessengruppen angehören (§ 64 SGB IX), für den aus jeweils 10 Mitgliedern bestehenden ‚beratenden Ausschuß‘ beim Integrations- und Arbeitsamt, bei dem allein 6 Mitglieder gesellschaftlichen Interessengruppen angehören (§§ 103, 105 SGB IX) und schließlich für die aus 7 Mitgliedern bestehenden Widerspruchsausschüsse, in denen jeweils 5 Mitglieder Interessenvertreter sind (§§ 119, 120 SGB IX). - Unmittelbarer Rückbindung an ein ‚Verbandsvolk‘ gänzlich entoben ist das Wirken der **Arbeitsverwaltung**, deren Organe sich auf der Grundlage eines Berufungsverfahrens aus Vertretern der Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Gebietskörperschaften zusammensetzen (§ 380 SGB III). Über die Verteilung der Haushaltsmittel für die Ermessensleistungen der aktiven Arbeitsmarktpolitik bestimmt seit einigen Jahren der Verwaltungsausschuß des jeweiligen Arbeitsamts (§§ 378 Abs. 3, 371 Abs. 4 SGB III, 71 b Abs. 3 SGB IV) nach Maßgabe regionaler Schwerpunktsetzungen unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Eingliederungsbilanz.<sup>7</sup> Die Beseitigung von Massenarbeitslosigkeit - immerhin ein Ziel von Verfassungsrang<sup>8</sup> - ist im Zuge solcher Dezentralisierungspolitik somit weitestgehend regionalen Verbandsvertretern von Kapital und Arbeit überantwortet worden. - In ähnlicher Weise ist es im **Krankenversicherungsrecht** der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen, der ohne zureichende demokratische Legitimation<sup>9</sup> im Rahmen seiner Richtlinien exklusiv über die Zulassung abrechnungsfähiger

<sup>4</sup> Hill (Hg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, 1991; Ritter, Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), 389; Schulze-Fielitz, Der informale Verfassungsstaat, 1984; Mayntz (Hg.), Verbände zwischen Mitgliederinteressen und Gemeinwohl, 1992; Pitschas, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990.

<sup>5</sup> In Niedersachsen etwa ist der Ausschuß sogar Widerspruchsinstanz, sofern nicht die Zuständigkeit der Vertretungskörperschaft gegeben ist (§ 6 Abs. 2 AG KJHG).

<sup>6</sup> Beteiligt werden die Verbände behinderter Menschen, Verbände der Freien Wohlfahrtspflege, der Selbsthilfegruppen, Interessenverbände behinderter Frauen sowie Spitzenverbände der Rehabilitationseinrichtungen.

<sup>7</sup> Luthé, Rechtsanwendung in den Kernzonen aktiver Arbeitsmarktpolitik des SGB III, SGB 2001, 346.

<sup>8</sup> BVerfGE 100, 271.

<sup>9</sup> Gitter/Köhler-Fleischmann, SGB 1999, 1 ff.; Wimmer, NZS 1999, 113, 118; Clemens, NZS 1994, 337, 346; Koch, SGB 2001, 109, 166; Castendiek, NZS 2001, 71; Ossenbühl, NZS 1997, 497; Luthé, Optimierende Sozialgestaltung, 2001, 276 - 284; a. A. Engelmann, NZS 2001, 76.

Behandlungsmethoden und somit über die nähere Ausgestaltung des Verfassungsrechtsgutes ‚Gesundheit‘ entscheidet (§ 92 SGB V). - Hierbei handelt es sich zweifelsohne um das wegen seiner hohen grundrechtlichen Bedeutung eindrucksvollste Beispiel einer ansonsten weit verbreiteten und nahezu bedenkenlos implementierten Praxis der Beteiligung privater Leistungsanbieter an der Erstellung von Qualitätsmaßstäben und Verfahrensanforderungen der Leistungserbringung (etwa §§ 93 d Abs. 2 und 3, 95 BSHG; 78 e Abs. 3, 78 f SGB VIII; 75, 92 Abs. 2 SGB XI; 21 Abs. 2 SGB IX), die von der Frage ihrer Anerkennung als Vertragspartner des Staates streng unterschieden werden muß.<sup>10</sup> - Erfolgt die Einbindung gesellschaftlicher Kräfte in den genannten Fällen immerhin noch auf gesetzlicher Grundlage, so lassen die vielfältigen, derzeit unter der Sammelbezeichnung der ‚**Sozialraumorientierung**‘ durchgeführten Modellversuche einer stärkeren Verzahnung des vorwiegend kommunalen Leistungsangebots im Bereich der Jugend-, Sozial- und Altenhilfe mit den Belangen privater Dienstleistungsanbieter und sonstiger Gruppierungen eine neue Qualität weitestgehend informeller ‚Bürgerbeteiligung‘ erkennen.<sup>11</sup> Im Kern handelt es sich hierbei um ein partizipatives Verfahren wettbewerbswidriger Verteilung gedeckelter Budgetmittel, welches das vorgegebene Finanzierungssystem der einschlägigen Leistungs-gesetze durchbricht und die kommunalpolitisch Verantwortlichen auf die Funktion eines Geldgebers reduziert.<sup>12</sup>

Die verfassungsrechtliche Bewertung derartiger Partizipationsformen hängt davon ab, ob man das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2, 28 Abs. 1 und 2 GG) monistisch oder pluralistisch verstehen will. Nach dem in Rechtsprechung<sup>13</sup> und Lehre<sup>14</sup> vorherrschenden **monistischen Verständnis** von Demokratie kann sich die Ausübung von Staatsgewalt nur über den Wahlakt der Bürger legitimieren. Denn nur hierbei wirken die Bürger als ‚Gleiche‘, d. h. mit gleichen Einflußchancen auf die Politik ein und realisieren so das verfassungsrechtliche Erfordernis einer ‚ununterbrochenen Legitimationskette‘ vom Parlament zum Minister und von dort über den weisungsunterworfenen Staatsbeamten zurück zum Bürger. Die Beteiligung des Bürgers an Entscheidungen staatlicher Kollegialorgane kommt demnach lediglich dann in Betracht, wenn die demokratisch legitimierten gegenüber den nicht legitimierten Mitgliedern von vorherein nicht nur in der Mehrheit sind, sondern die jeweils getroffene Entscheidung selbst stets auf die Mehrheit der in die Legitimationskette eingebundenen Mitglieder zurückgeführt werden kann (sog. organisatorisch-

---

<sup>10</sup> Vgl. demgegenüber etwa das vollständig in staatlicher Verantwortung betriebene Verfahren der Anerkennung von Weiterbildungsanbietern gem. §§ 86 ff. SGB III; zur kartellrechtlichen Bedeutung der Beteiligung vgl. EuGH, Rs. C-185/91 (Reiff).

<sup>11</sup> Luthe, NDV 2001, 247; KGSt-Bericht 12/1998 „Kontraktmanagement zwischen öffentlichen und freien Trägern in der Jugendhilfe“; Leverkusener Altenhilfe in Bewegung, Projekt-Info Nr. 3, 11/2002; Krölls, NDV 2000, 56; Kongreß Sozialraumorientierung und neue Finanzierungsformen, Dokumentation der Kooperationsveranstaltung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und der Dr.-Jan-Schröder-Beratungsgesellschaft; Münder, ZfJ 2002, 416, Wiesner, SPI, 175.

<sup>12</sup> Zur besonderen Bedeutung von Verteilungsentscheidungen vgl. BVerfGE 83, 79. Daß bereits eine demokratisch legitimierte Vorentscheidung über das gedeckelte Gesamtbudget getroffen wurde, ändert indes nur wenig.

<sup>13</sup> Etwa BVerfGE 83, 37; 83, 60; 93, 37; BVerwGE 106, 64; BayVerfGH, NVwZ-RR 1998, 82.

personelle Legitimation). Außerdem muß das Handeln pluralistisch besetzter Entscheidungsorgane durch Gesetz und bestehende Weisungsstränge hinreichend deutlich in den allgemeinen Staatswillen eingebunden sein (sog. sachlich-inhaltliche Legitimation). Enthält das Gesetz nur vage Handlungsermächtigungen, so ist zumindest fraglich<sup>15</sup>, ob der hierdurch eingetretene Mangel an gesetzlicher Legitimation im Wege strenger Aufsichts- und Kontrollbefugnisses des Staates ausgeglichen werden kann. Fehlt beides - Gesetzesbindung und Staatskontrolle - so handelt es sich um eigenmächtige Ausgliederungen aus dem staatlichen Verantwortungszusammenhang, die weder vom Gesetzgeber noch von der Exekutive geschaffen werden können.<sup>16</sup> Lediglich die Wahrnehmung ‚eigener‘ Angelegenheiten im Bereich funktionaler Selbstverwaltung<sup>17</sup> mag eine Lockerung gesetzlicher Bindungen im Gegensatz zu den ‚allgemeinen‘ Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge rechtfertigen. Zu diesen zählt auch die - allen weiteren fürsorge- und versicherungsrechtlichen Gestaltungslösungen vorgelagerte<sup>18</sup> - sozialstaatliche Aufgabe der Fürsorge für Hilfsbedürftige.<sup>19</sup> Hierbei darf der Gesetzgeber zwar die Mithilfe „privater Wohlfahrtsorganisationen“ vorsehen.<sup>20</sup> Die Befugnis hierzu kann jedoch von vornherein nur auf die bloße Inanspruchnahme besagter Anbieter<sup>21</sup> als Durchführende der Leistungserbringung beschränkt sein, legitimiert diese jedoch nicht zur Ausübung von Staatsgewalt und in dieser Weise letztlich auch nicht zur Mitgestaltung der im Wege staatlicher Angebotssteuerung erfolgenden Einflußnahme auf die Realisierungsbedingungen individueller Sozialleistungsansprüche<sup>22</sup>.

---

<sup>14</sup> Vor allem Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 1987, § 22; Herzog, in: Maunz/Dürig, Erl. II zu Art. 20, Rn. 52; Kriele, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971), 46.

<sup>15</sup> Verneinend BVerwGE 106, 64 ff.; anders wohl BVerfGE 93, 72: „Die Kompetenz einer Einigungsstelle zur abschließenden Entscheidung kann hier nur unter der Voraussetzung hingenommen werden, daß die Mehrheit ihrer Mitglieder uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert ist und die Entscheidung darüberhinaus von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen wird. ... Allerdings kann der Gesetzgeber den ... Mangel demokratischer Legitimation ... durch das Letztentscheidungsrecht einer in parlamentarischer Verantwortung stehenden oder dem Weisungsrecht eines parlamentarisch verantwortlichen Amtsträgers unterliegenden Stelle ausgleichen“. Nach BVerfGE 83, 74 ist dies aber nur möglich bei Aufgaben von einem „besonders geringen Entscheidungsgehalt“ und wenn „Kompetenzen gegenständlich im einzelnen und auch ihrem Umfang nach eng begrenzt sind und die zu treffenden Entscheidungen inhaltlich soweit vorstrukturiert sind, daß sie sich etwa auf die meßbar richtige Plan- oder Gesetzesdurchführung beschränken“.

<sup>16</sup> Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Redaktion Kritische Justiz (Hg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, 37.

<sup>17</sup> Etwa die berufsständischen Kammern, vgl. hierzu BVerfGE 33, 125.

<sup>18</sup> Zu den Bestandsvoraussetzungen der Sozialversicherung: Butzer, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, 252 ff.; Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, 198 ff.; Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000, 399 ff.

<sup>19</sup> BVerfGE 40, 121, 133; dazu Luthé, Optimierende Sozialgestaltung, 2001, 8 ff.

<sup>20</sup> BVerfGE 22, 180.

<sup>21</sup> Vorgenanntes Verfassungsgerichtsurteil betraf seinerzeit nur die anerkannten Wohlfahrtsverbände. Im Zuge europarechtlicher Anforderungen sind gewerblichen Anbietern heutzutage indes gleiche Beteiligungsrechte einzuräumen; hierzu Luthé, SGB 2000, 505, 585.

<sup>22</sup> Zumal das BVerfG (E 93, 69) ausdrücklich hervorhebt, daß Bürgern, „die von einer bestimmten Ausübung von Staatsgewalt individuell betroffen sind, keine besonderen Mitentscheidungsbefugnisse eingeräumt werden dürfen.“

Nicht minder prekär ist die Mitbestimmung von Verbänden aber auch nach der **pluralistischen Variante** des Demokratieprinzips. Diese beruht wesentlich auf dem Gedanken der „Betroffenenpartizipation“<sup>23</sup>, der mit dem Verbands- und Anbieterinteresse zwar konform gehen kann, aber nicht muß. In dieser Hinsicht ist die Wahl der richtigen „Entscheidungseinheit“<sup>24</sup> eine der wesentlichen Herausforderungen für den Gesetzgeber im Rahmen der ihm von der Pluralismustheorie zgedachten Aufgabe optimierender Kombination hierarchischer und partizipativer Legitimationsformen. Einerseits soll erreicht werden, daß die Bürger auch außerhalb des üblichen Wahlzyklus aktiv an der Gestaltung ihrer Lebensumstände teilhaben können. Andererseits darf dies aber nicht zu sachwidriger Bevormundung vieler durch wenige führen. Im Unterschied zum monistischen Ansatz wird dem Gesetzgeber jedoch die Kompetenz zugestanden, weithin selbst darüber zu entscheiden, wie er die demokratische Selbstbestimmung der Bürger organisieren und den geforderten Ausgleich<sup>25</sup> zwischen den Formen egalitärer Teilhabe als ‚Volk‘ und partizipativer Teilhabe als ‚Betroffene‘ insbesondere durch Kompensation der fehlenden personellen durch sachliche Legitimationsanteile herbeiführen will. Die Gestaltung von Demokratie wird so zu einer fortwährenden Aufgabe, die sich jeder Generation in Ansehung ihrer Herausforderungen von neuem stellt<sup>26</sup>: Der Gesetzgeber reagiert gewissermaßen auf seinen eigenen Funktionsverlust, wenn er der wachsenden Binnendifferenzierung und Verselbständigung der Exekutive durch bereichsspezifische Formen direkter Partizipation begegnen will. Insbesondere moderne Wohlfahrtsbürokratien sind mehr als ein bloßes Vollzugsinstrument in der Hand des Gesetzgebers, finden ihre Legitimation weniger in der Beseitigung von Rechtsverletzungen, sondern zentral in den spezifischen Wirkungen ihres Handelns, das auf der Grundlage weithin offener Gesetze sich vollzieht und hierbei auf die Mitwirkungsbereitschaft der Entscheidungsadressaten in besonderem Maße angewiesen ist.<sup>27</sup> In dieser Hinsicht ist die

---

<sup>23</sup> Bryde, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, 63 f.; Sterzel, Die Einheit von Grundrechtsidee und Demokratieprinzip des Grundgesetzes, 176; Blanke, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, 51; Sämtliche Beiträge in: Redaktion Kritische Justiz (Hg.), a. a. O.

<sup>24</sup> Bryde, a. a. O., 64.

<sup>25</sup> Bei Direktbeteiligung gesellschaftlicher Gruppen also etwa durch Verstärkung hoheitlicher Aufsichtsbefugnisse (insbesondere Selbsteintritts-, Letztentscheidungs- und Abänderungsrechte), durch genauere gesetzliche Eingrenzung der teilhabefähigen Themen sowie durch ausgewogene Regelung der Stimmenverhältnisse zwischen demokratisch autorisierten und nicht autorisierten Mitgliedern des jeweiligen Kollegialorgans.

<sup>26</sup> Habermas, Faktizität und Geltung, 1998, 464; a. A. Di Fabio, Das Recht offener Staaten, 1998, 30, 45, 125 ff.

<sup>27</sup> Kaufmann, Diskurse über Staatsaufgaben, in: Grimm (Hg.), Staatsaufgaben, 1994, 15, 27 ff.; Luthe, Recht aus helfender Sicht; Hilfe - aus rechtlicher Sicht. Zu einer Theorie bedarfstypischer Argumentation, in: ders. (Hg.), Autonomie des Helfens, 138, 172 ff.; Ladeur, Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozeduralisierung des Rechts, in: Grimm (Hg.), Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, 187; daß die Entwicklung des Wohlfahrtsstaates indes das Konstrukt einer Trennung von Staat und Gesellschaft nicht entbehrlich macht, betont Böckenförde, ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, 227, 231, 233, 239.

Forderung nach verstärkter Aktivierung des Bürgers aber zunächst nicht mehr als der Versuch einer Effektivitätssteigerung staatlicher Interventionsangebote. Aktivierung als Steigerung demokratischer Einflußmöglichkeiten vermag konzeptionell indes nur zu überzeugen, wenn staatliche Verhandlungssysteme nicht diejenigen prämiieren, die ohnehin schon gesellschaftliche Machtpositionen innehaben, wenn das Verhandlungsergebnis zudem auf ausreichender Publizität beruht, Entscheidungsverantwortlichkeiten fixiert sind und schließlich der eingeräumte Kompetenzrahmen im Wege ungezügelter Eigenmacht nicht überschritten wird.<sup>28</sup>

Ein Bruch mit der Verfassung liegt somit nach der herrschenden monistischen Lehre etwa bei den Jugendhilfeausschüssen und der Verbandsbeteiligung an den Rahmenverträgen und SGB IX-Empfehlungen vor; dies wohl auch nach der pluralistischen Theorie, die die Notwendigkeit abgestufter Bindungen bei der Mitwirkung gesellschaftlicher Gruppen keineswegs leugnet. Die Problematik des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen und der Bundesanstalt für Arbeit als Institutionen ohne ausreichende Betroffenen- bzw. Mitgliederlegitimation ist bekannt und hier nicht weiter zu vertiefen. Unproblematisch sind dagegen Beteiligungsformen, die sich auf die bloße Anhörung gesellschaftlicher Kräfte beschränken, zumindest solange wirksam ausgeschlossen ist, daß derartige Anhörungsrechte nicht unter der Hand zu privilegierenden Mitentscheidungsrechten erstarken<sup>29</sup>.

## 2. Bürgerengagement als Verfassungspflicht

Die nicht selten kommunitaristisch<sup>30</sup> zugespitzte Rede von der Bürger- oder Zivilgesellschaft, die den Einzelnen „mit Haut und Haaren“<sup>31</sup> einer ethisch-kulturellen Verantwortungsgemeinschaft einverleibt und - als könne Moralität erzwungen werden - hierin bisweilen sogar seine Staatsbürgerrolle verortet, vernebelt den Blick auf die tragenden Fundamente moderner Verfassungsstaaten. Danach schuldet der mit sittlicher Autonomie und unverfügbarem Eigenwert ausgestattete Bürger seinem Gemeinwesen, abgesehen von einem generellen Gesetzesgehorsam, grundsätzlich nichts.<sup>32</sup> Das ‚Gemeinwohl‘ ist letztlich Ergebnis des verfassungsrechtlich austarierten Zusammenspiels der Staatsorgane. Und hierin, namentlich in den rechtsstaatlichen, gewaltenteilenden und freiheitlichen Grundsät-

<sup>28</sup> Grimm, Verbände, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, 671 ff.; ähnlich Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, a. a. O., 222 f., 230.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfGE 83, 74 (unter Verweis auf E 47, 273): „Aus dem Bereich des demokratisch zu legitimierenden Handelns scheidet bloß vorbereitende und rein konsultative Tätigkeiten grundsätzlich aus.“

<sup>30</sup> Hierzu - anstatt vieler - Honneth (Hg.), Kommunitarismus: Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften, 2. Aufl. 1994.

<sup>31</sup> Habermas, Faktizität und Geltung, 1998, 641.

<sup>32</sup> So übereinstimmend die Beiträge von Berka und Depenheuer, in: VVDStRL 55 (1996), Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, 48 ff., 90 ff.; ebenso Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 2. Nachdruck 1993, 159: „Die mitunter behauptete besondere Treu- und Gehorsamspflicht der Staatsbürger ist - sofern sie

zen der Verfassungsordnung, findet jedes Bürgerengagement seine Grenzen.<sup>33</sup> Deshalb kennt das Grundgesetz auch keinen **allgemeinen Pflichtenvorbehalt** im Sinne einer rechtlich relevanten Grundrechtspflichtigkeit<sup>34</sup>, ist es grundsätzlich auch nicht Sache des Staates, im Lichte irgendwelcher Tugenden den Menschen zu bessern<sup>35</sup> und beschränkt sich die Verantwortung des Bürger auf seinen grundrechtlich selbstbestimmten und demokratisch mitbestimmten Wirkungsbereich. Insofern das Grundgesetz einige Grundpflichten anerkennt, sind diese entweder spezieller Natur<sup>36</sup> und zumeist auf gesetzliche Umsetzung angewiesen oder als interne Grundrechtsschranken dem allgemeinverträglichen Grundrechtsgebrauch zu dienen bestimmt.<sup>37</sup> Gleichwohl ist es dem Staat nicht verwehrt, selbst einen Beitrag zur Mobilisierung von Bürgerengagement zu leisten, indem er zugunsten einer politischen Öffentlichkeit die Binnendemokratisierung in Parteien, Verbänden und Massenmedien vorantreibt<sup>38</sup> oder die soziale Selbsthilfe des Bürgers etwa durch Einrichtung entsprechender Koordinierungs- oder Anlaufstellen finanziell fördert.<sup>39</sup> Er sollte sich hierbei jedoch seiner Grenzen bewußt sein. Gelebte Solidarität kann nur in höchstpersönlichen und kleinräumig organisierten Lebenszusammenhängen existieren. Die ‚bezahlte Nächstenliebe‘ ist ein Widerspruch in sich.<sup>40</sup> Jeder von Adressatenseite als solcher auch nur empfundene Versuch direkter oder indirekter staatlicher Zwangsverbrüderung, der über das bloße Bereitstellen

---

sich nicht in konkreten Rechtspflichten bzw. Unrechtsfolgen äußert - nur ein ethisch-politisches Postulat ohne rechtliche Bedeutung“.

<sup>33</sup> Pointiert Deppenheuer, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, a. a. O., 107: „Die propagierte Bürgerverantwortung wird daher politisch relevant nur über die Avantgarde von Vor- und Querdenkern, von Medien, Kirchenvertretern und Politikern, d. h. von denen, die von öffentlicher Verantwortung leben, die andere haben sollen. Die Hohepriester der Bürgerverantwortung aber mediatisieren den einfachen Bürger genauso wie die Politiker - nur daß ihnen jegliche demokratische Legitimation fehlt“.

<sup>34</sup> Hofmann, Grundpflichten und Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2. Aufl. 1992, § 114, Rn. 45.

<sup>35</sup> BVerfGE 22, 180, 220; hierzu auch Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, 97: „Personenänderung ist ohnehin das gefährlichste Ziel, das eine Politik sich setzen kann ...“; daß der Staat der Bundesrepublik im Sinne einer „Totalbewirtschaftung der Lebensführung“ seiner Bürger aber derzeit in genau diese Richtung abzudriften scheint, wird eindrucksvoll belegt durch H. A. Hesse, Sicherheit der Lebensführung im Schutzstaat. Das Staat-Bürger-Verhältnis im Zeichen forcierter Schutzpolitik, Ms. Hannover 2002.

<sup>36</sup> Etwa die Wehrpflicht, Schulpflicht, Erziehungspflicht der Eltern, Steuerpflicht, die Treuepflicht des Beamten, die Sozialpflichtigkeit des Eigentums, die allgemeine Risikopflichtigkeit des Bürgers; hierzu grundsätzlich Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, 1988.

<sup>37</sup> Vgl. zur „Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit“ des Individuums: BVerfGE 4, 7, 15 f.; 8, 274, 329; 33, 303, 334; 65, 1, 44.

<sup>38</sup> Berka, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, a. a. O., 70 ff.

<sup>39</sup> Treutner, Kooperatives Handeln in der kommunalen Sozialpolitik und Sozialverwaltung, in: Voigt (Hg.), Der kooperative Staat, 1995, 273 ff.; Evers, Pluralismus, Fragmentierung und Vermittlungsfähigkeit. Zur Aktualität intermediärer Aufgaben und Instanzen im Bereich der Sozial- und Gesundheitspolitik, in: Heinelt/Wollmann (Hg.), Brennpunkt Stadt, 1991, 221 ff., Olk, Zwischen Verbandsmacht und Selbstorganisation. Antworten der Wohlfahrtsverbände auf die Herausforderung der „neuen Selbsthilfebewegung“, in: Boll/Olk (Hg.), Selbsthilfe und Wohlfahrtsverbände, 1987, 144 ff.

<sup>40</sup> Etwa wenn der soziale Dienst am Menschen als Ersatzstrategie für fehlende Erwerbsarbeit erhalten muß; auch die diskutierte Einführung rentenversicherungsrechtlicher „Solidarzeiten“ weist in die falsche Richtung.

von Rahmenvorgaben<sup>41</sup> für Initiative und Selbsthilfe hinausweist und Züge einer sozialaktivistischen Offenbarung annimmt, zerstört die Grundlagen, die er zu aktivieren gedenkt.<sup>42</sup>

### 3. Das Subsidiaritätsprinzip

Das Subsidiaritätsprinzip, insofern es neben dem vertikalen Staatsaufbau<sup>43</sup> auch und gerade die Frage des ausgewogenen Verhältnisses zwischen individueller bzw. gemeinschaftlicher Selbsthilfe und staatlicher Fremdhilfe thematisiert, gibt sich in dieser Weise allgemein als Maßstab staatlicher Aufgabenbegrenzung<sup>44</sup>, als Instrument rechtsstaatlicher Sicherung individueller Freiheit<sup>45</sup> oder auch als Gegenentwurf zu entpersönlichten Formen sozialer Hilfe<sup>46</sup> zu erkennen. Trotz seiner strukturgebenden Bedeutung als Architekturprinzip der Verfassung wie der gesamten Sozialrechtsordnung<sup>47</sup> ist dem Subsidiaritätsprinzip die letztendliche Anerkennung als **Verfassungsgrundsatz** aber bislang versagt geblieben.<sup>48</sup> Die Komplexität allgegenwärtiger Verflechtung staatlicher, halbstaatlicher und nichtstaatlicher Organisationen mache, so das entscheidende Argument, die Bestimmung eindeutiger Vorrangverhältnisse zwischen den verschiedenen Einheiten des Gemeinwesens zu einer Sache der Unmöglichkeit. Das Subsidiaritätsprinzip werde weder der Pluralität heutiger Gemeinwesen noch der Vernetzung ihrer Einheiten gerecht und könne insbesondere dem primär verantwortlichen Gesetzgeber angesichts seiner Unbestimmtheit auch keine nen-

---

<sup>41</sup> Willke, Ironie des Staates, 1992, 332, 335 ff.

<sup>42</sup> Ähnlich Maihofer, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, 520, 525, 528; Hengsbach, Neue Formen der sozialen Verantwortung (www.diakonie.ch/texte b 17: „Außerdem muß die Übernahme individueller oder gemeinsamer Verantwortung scheitern, wenn damit therapeutische Überbetreuung und pädagogische Bevormundung einhergehen und wenn strukturelle Diskriminierungen unbesehen hingenommen werden ... Aber auch mit diesen Einschränkungen sind die Mahnungen zur Tugend der Solidarität keine angemessene Antwort auf strukturelle Benachteiligungen oder die Ausgrenzung ganzer Bevölkerungsgruppen.“

<sup>43</sup> Stadler, Subsidiaritätsprinzip und Förderalismus, 1951; Merten (Hg.), Die Subsidiarität Europas, 1993; Lecheler, Das Subsidiaritätsprinzip, 1993.

<sup>44</sup> G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, 258 ff.; Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, 197 ff.; Schulze-Fielitz, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, in: Grimm (Hg.), Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, 11, 35.

<sup>45</sup> Vor allem Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968.

<sup>46</sup> Auf den Bedeutungswandel des Prinzips von einer Vorrangregel zugunsten kleiner und unmittelbarer Gemeinwesen zu einer Kategorie reflexiver Steuerung eigengesetzlich verfasster Gesellschaftsbereiche weist Sachse (Zeitschrift für Sozialreform 1994, 734) hin; vgl. auch Schuppert, AöR 114 (1989), 127 ff.; Heinze (Hg.), Neue Subsidiarität - Leitidee für eine zukünftige Sozialpolitik?, 1986; Evers, Journal für Sozialforschung, 1990, 189; Streeck, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1987, 452.

<sup>47</sup> Butzer, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, 455 ff.

<sup>48</sup> BVerfGE 10, 59, 83; 58, 233, 253; BVerwGE 23, 304, 306 f; 39, 329, 336 f; Schuppert, VerwArch 71 (1980), 309, 333; Denninger, DÖV 1987, 981, 988; Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, 772 ff.; Zacher, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, 72 ff.



nenswerten Schranken setzen. Überwiegend wird Subsidiarität deshalb als Frage allgemeiner Staatsklugheit, jedenfalls nicht als Rechtsprinzip begriffen.<sup>49</sup>

#### 4. Aktivierung durch Wettbewerb

Die Frage der Marktöffnung des Sozialsektors ist seit einigen Jahren beherrschendes Thema deutscher Sozialpolitik. Betroffen sind sämtliche Beteiligte: Der Staat (und insbesondere seine Sozialversicherungsmonopole) als Anbieter und Nachfrager von Sozialleistungen, die privaten Leistungsanbieter und die Leistungsempfänger als Konsumenten handelbarer Marktangebote. Idealtypisch verläuft die Entwicklung vom patrimonialen Fürsorgestaat alten Typs hin zu einem **Wettbewerbssozialstaat**, der dem Bürger größere Eigenverantwortung bei der Inanspruchnahme sozialer Dienste und Einrichtungen einräumt und in dieser Weise auf eine Neuverteilung sozialer Risikoverantwortung vom Staat auf die Gesellschaft hinausläuft. Die Ausgangsbedingungen hierfür sind einigermaßen günstig. So beruht der deutsche Sozialsektor im Kern auf einem Mischsystem mit mehr oder weniger ausgedehntem Anbieterwettbewerb auf der einen Seite sowie staatlicher Preis- und Produktlenkung auf der anderen. Der staatliche Einfluß befindet sich seit einigen Jahren jedoch mehr und mehr auf dem Rückzug bzw. unter wettbewerbsrechtlicher Kontrolle. Dies ist vor allem auf europäisches Gemeinschaftsrecht mit seinen wirtschaftlichen Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln zurückzuführen. Trotz der grundsätzlich verbliebenen nationalstaatlichen Souveränität auf dem Gebiet der Sozialpolitik geraten die nationalen Versorgungsstrukturen heutzutage zunehmend in den Sog des europäischen Wirtschaftsrechts, insofern der Nachweis geführt werden kann, daß hierdurch europäische Dimensionen des freien Handels, der Marktkonkurrenz und der erwerbswirtschaftlichen Betätigung berührt werden.

Das deutsche **Pflegeversicherungs-, Sozialhilfe- und Jugendhilferecht** ist mittlerweile zur Gleichbehandlung kommerzieller und gemeinnütziger Anbieter beim Abschluß von Entgeltvereinbarungen übergegangen, hat das Selbstkostendeckungsverfahren zugunsten einer prospektiven Kostenkalkulation abgelöst, fordert verstärkt den Leistungsvergleich der Anbieter sowie die Anrechnung öffentlicher Subventionen auf die Vergütungssätze. Das Einrichtungswahlrecht des Leistungsempfängers wurde hierdurch zu einem wesentlichen Kno-

---

<sup>49</sup> Schulze-Fielitz, a. a. O., 36, Schuppert, VerwArch 71 (1980), 309, 333; vgl. demgegenüber den Ansatz von Butzer (a. a. O., 465 ff.), der die Verfassungsrechtsqualität des Subsidiaritätsgedankens - über den gemeinschaftsrechtlichen Kontext hinaus - aus Art. 23 GG ableitet. Als objektivrechtliches Optimierungsprinzip wirke Subsidiarität daher auf die Rechtsanwendung ein, strukturiere darüber hinaus das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft sowie zwischen größeren (etwa Verbänden) und kleineren (etwa Familie) gesellschaftlichen Einheiten, trage aber auch zur Aktivierung der jeweils kleineren Einheiten nicht nur durch die Verpflichtung zu staatlicher Abstinenz bei, sondern auch dadurch, daß der zur Subsidiarität verpflichtete Staat positiv die Voraussetzungen dafür schaffen müsse, daß die kleineren sozialen Netze die ihnen zugedachte Verantwortung auch tragen können.

tenpunkt wettbewerblicher Steuerung sozialer Dienste und Einrichtungen aufgewertet.<sup>50</sup> Der solchermaßen betriebene Ausbau erwerbswirtschaftlicher Strukturen bestätigt den vom Europäischen Gerichtshof im Bereich der Gesundheitsleitungen bereits eingeschlagenen Weg einer grenzüberschreitenden Öffnung sozialer Dienstleistungsmärkte und die Anwendbarkeit der hierbei tragenden Grundsätze auf sämtliche der genannten Sozialleistungsbereiche.<sup>51</sup> - Das derzeit im Kontext ärztlicher Behandlungsleistungen vehement diskutierte und als Modellvorhaben bereits realisierte (§§ 63 ff. SGB V) ‚Einkaufsmodell‘ ist in seiner wettbewerbsrechtlichen Bedeutung (GWB) zumindest für einzelne Teilmärkte der **Krankenversorgung** (etwa Hilfsmittel) keineswegs neu, hier wegen teilweise gegenläufiger Anforderungen des Wettbewerbs- und Sozialrechts indes in der Rechtsdurchsetzung noch mit vielen Unwägbarkeiten behaftet.<sup>52</sup> Im Arzneimittelbereich<sup>53</sup> aber wird Wettbewerb nur simuliert und insbesondere durch Festsetzung einer Höchstspreislinaie („Festbeträge“) künstlich angeregt, weil anders<sup>54</sup> der naturgemäß unkalkulierbare Mengenverbrauch nicht mit den gesetzlichen Wirtschaftlichkeitsvorgaben, einschließlich dem der Beitragssatzstabilität<sup>55</sup>, in Einklang gebracht werden kann. Vor allem auf europäischer Ebene neigen Rechtsprechung und Kommission mehr und mehr dazu, Krankenkassen als Wirtschaftsunternehmen zu betrachten und ihr Nachfrage- (als Einkäufer) und Anbietermonopol (gegenüber Privatversicherern) damit in Frage zu stellen.<sup>56</sup> Erfasst wird somit auch die Geltung des Territorialitätsprinzips im Sachleistungsbereich.<sup>57</sup> Ohnehin erhöht der in Deutschland bereits installierte Kassenwettbewerb um Mitglieder nur den nationalstaatlichen Begründungszwang bei Aufrechterhaltung solidarisch motivierter Wettbewerbsbeschränkungen (Versicherungspflicht, bedarfs- anstatt beitragsäquivalenter Leistungen), insofern also nicht nur innerhalb der Vertragsbeziehungen zu den Leistungserbringern, sondern auch im Verhältnis zu den Versicherten.<sup>58</sup> Ob durch Druck von außen oder aus innerer Einsicht: Die Wettbewerbsstrukturen im Bereich der Gesundheitsmärkte werden sich unter Einführung neuer

<sup>50</sup> Igl, RsDE 1993, 31; Schulin, VSSR 1994, 285; Luthe, NDV 2000, 361; Maschmann, SGB 1996, 49, 96, 149; Neumann, RsDE 31, 51; Stähr/Hilke, ZfJ 1999, 155; Schubert, NDV 2000, 264; Struck, ZfJ 1997, 153; Wiesner, ZfJ 1999, 79; Baltz, NDV 1999, 24; Friederich, NDV 1997, 132.

<sup>51</sup> Zuletzt EuGH, Rs. C-368/98 (van Brackel u. a.), Rs. C-157/99 (Geraets-Smits und Perboms); hierzu Bieback, NZS 2001, 561; Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, 2011, Rn. 333, 335 f.; Geiger, NJW 2001, 2772; Kingreen, NJW 2001, 3382; Lafrenz, Die Pflegeversicherung als Teil der Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen Union, ZERP Diskussionspapier 2/2002 (Internet); Busse, NDV 2001, 219.

<sup>52</sup> Mühlhausen, SGB 2000, 528; Boeken, NZS 2000, 269; Engelman, NZS 2000, 213; Beuthin, MedR 1994, 253; Gitter/Oberender, Möglichkeiten und Grenzen des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1987; Bumiller, GRUR 2000, 484; Tiemann, SGB 1998, 141; Luthe, NDV 2001, 252.

<sup>53</sup> Vgl. hierzu BVerfG, Urteil vom 17.12.02, 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95, 1 BvL 30/95 (Pressemitteilung des Bundesverfassungsgerichts vom 17.12.02, Internet); ob der Europäische Gerichtshof ebenso wie das Bundesverfassungsgericht die deutschen Festbetragsregelungen billigen wird, bleibt abzuwarten. Im Kontext der Wettbewerbsregeln könnte sich Deutschland zwar auf Art. 86 Abs. 2 EGV berufen (Verleihung von Sonderrechten an die Krankenkassen). Es kommt jedoch auch darauf an, ob die wirtschaftlichen Freiheitsrechte der Gemeinschaft (insbesondere als allgemeine Behinderungsverbote) verletzt sind und ob durch das staatliche System der Höchstpreise wettbewerbswidrige Zustände gefördert werden.

<sup>54</sup> Eigentümlicherweise bleibt das Vergaberecht bei allen Reformüberlegungen weitestgehend überücksichtigt. Zwar müßten die Richtlinien zu den I- B-Dienstleistungen mit ihren Ausnahmeregelungen für u. a. das Gesundheitswesen noch verändert werden; das aber käme den Vorgaben des Primärrechts nur entgegen.

<sup>55</sup> Freudenberg, Beitragssatzstabilität in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1995, insbesondere 181 (Legitimation zu wirtschaftslenkenden Maßnahmen).

<sup>56</sup> Pitschas, VSSR 2002, 75, 79, 85; vgl. auch die Beiträge in Igl (Hg.), Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, 2000; Haverkate/Huster, Europäisches Sozialrecht, 1999, 340 f.

<sup>57</sup> Vgl. bereits bei Fußnote 51.

<sup>58</sup> Zwar hat der Europäische Gerichtshof die Unternehmenseigenschaft von Krankenkassen verneint (EUGH, Rs. C-159/91, C-160/91 - Poucet/Pistre, Internet). Dies kann jedoch nur das Verhältnis zu den Versicherten betreffen und auch nur insoweit, als die klassischen Elemente einer Solidarversicherung gewahrt sind. Für den ‚Einkaufsbereich‘ der Sozialversicherungen wird man indes von einer Unternehmenstätigkeit ausgehen müssen: Bieback, EWS 1999, 363; im gegenseitigen Verhältnis der gesetzlichen Krankenversicherungen hat das BSG ihre Unternehmenseigenschaft jüngst verneint: Az. B 12 KR 16/01 R.

(integrierter) Versorgungs- und Vergütungsstrukturen mehr und mehr diversifizieren und sich hierbei vermutlich dem von der deutschen Monopolkommission favorisierten Schweizer Modell zumindest annähern.<sup>59</sup> Hierfür spricht nicht nur die allseits betriebene Stärkung von ‚Verbraucherrechten‘ des Patienten und seine zunehmende Einbeziehung in vor- und fürsorgende Versorgungsnetzwerke<sup>60</sup> (u. a.) mit dem Ziel der Verminderung marktwidriger Informationsungleichgewichte zwischen Angebots- und Nachfrageseite<sup>61</sup>, nicht nur die Diskussion um monistische Finanzierung und Pauschalvergütung („GRG's“) im Krankenhaussektor, nicht nur die Aufhebung des Versandhandelsverbots als eine der vielen demnächst wirksam werdenden Veränderungen des Arzneimittelhandels, sondern vor allem auch der gemeinschaftsweite, mit dem Mittel der „offenen Koordination“ betriebene Systemwettbewerb der europäischen Mitgliedstaaten<sup>62</sup>, der langfristig zu einer wettbewerbskonformen Angleichung der nationalen Versorgungssysteme auf dem Niveau einer medizinischen Grundsicherung<sup>63</sup> führen dürfte. - In ähnlicher Weise läßt sich auch für die gesetzliche **Unfallversicherung** diskutieren, ob die unternehmerische Tätigkeit der Berufsgenossenschaften im Bereich ihrer Versicherungsaufgaben (Arbeitsunfall!) weiterhin in staatlich monopolisierter Form betrieben werden kann und nicht von der originär öffentlich-rechtlichen Aufgabe der Unfallverhütung abgespalten werden muß.<sup>64</sup> - Daß auch die **Arbeitsverwaltung** in Teilgebieten und insbesondere im Bereich der Arbeitsvermittlung als Unternehmer tätig ist<sup>65</sup>, in dieser Weise dann aber kein Vermittlungsmonopol für sich beanspruchen darf, war eine der ersten (1991) wirklich nachhaltigen Erfahrungen der deutschen Sozialpolitik mit dem europäischen Wettbewerbsgedanken. Wettbewerbslich kaum problematisiert sind dagegen die gerade im SGB III vorfindlichen Formen der Auftragsvergabe im Bereich der Vermittlung, Aus- und Weiterbildung<sup>66</sup> sowie die dem Beihilfeverbot des Art. 87 EGV unterfallenden Unternehmensbeihilfen zur Eingliederung Arbeitsloser (insbesondere Eingliederungszuschüsse und Job-Rotation). Obgleich im Vergaberecht die Möglichkeit einer bevorzugten Auftragsvergabe bei Erfüllung sozialer Aufgaben durchaus vorhanden ist<sup>67</sup> und auch das Beihilfeverbot zugunsten der Eingliederung Arbeitsloser zahlreiche Ausnahmen statu-

---

<sup>59</sup> Monopolkommission, Hauptgutachten 1996/1997, Marktöffnung umfassend verwirklichen, 1998, Kap. VI; Sommer, „Managed Care“: Erste Erfahrungen in der Schweiz, in: Knappe (Hg.), Reformstrategie „Managed Care“, 1997, 35 ff.; Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Sondergutachten 1995, Ziff. 4.3. (Wettbewerb zwischen ärztlichen Leistungserbringern).

<sup>60</sup> Vgl. etwa Art. 153, 153 Abs. 1 EGV, §§ 65 b, 140 a - h SGB V; auch Pitschas, Deutsches und europäisches Gesundheitsrecht zwischen öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsordnung und Verbraucherschutz, in: Igl (Hg.), Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, a. a. O., 199 ff.; ferner Stellungnahme des BNG zum Gutachten des Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, August 2002 (Internet).

<sup>61</sup> Vgl. etwa Kortendieck, Gesundheitsökonomie und Wirtschaftspolitik. Neoklassische vs. österreichische Markttheorie dargestellt am Beispiel des Gesundheits- und Krankenversicherungswesens, 1992.

<sup>62</sup> Pitschas, VSSR 2002, 77.

<sup>63</sup> Eingedenk einer Mindestversicherungspflicht mit entsprechenden Zuzahlungsoptionen, der Einführung einer generellen Geldleistungsgewährung, der Mitführung von Rückstellungen beim Versicherungswechsel, der Übertragung sozialer Umverteilungserfordernisse auf das System der Steuerfinanzierung, einer Abschaffung der Kassenarztzulassung, indes unter Beibehaltung staatlicher Gewährleistungspflichten bei hochspezialisierter Versorgung mit ausgeprägtem Vorhaltecharakter.

<sup>64</sup> Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, 1995, 253.

<sup>65</sup> Zumindest bei Vermittlung von Führungskräften: EuGH, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser, Internet); hierzu Eichenhofer, NJW 1993, 2597.

<sup>66</sup> Vgl. §§ 37 a, 94, 294 Abs. 4, 262, 279 a SGB III.

<sup>67</sup> So spricht nichts gegen eine ‚zusätzliche‘ sozialpolitische Instrumentalisierung des Vergabeverfahrens, wenn sie ihrerseits diskriminierungsfrei vorgenommen wird: EuGH, BauR 2/93, 253; EuGH, Slg 1988, 4635, 4659 (Beentjes); NJW 2000, 3629 (Calais); Tz. 4.4 der Mitteilung vom 11.03.98 „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union“, KOM (1998), 143 endg.; BR-Drs 296/88 vom 27.03.98; Pietzcker, ZHR 162 (1998), 467; Luthe, NDV 2001, 247, 254 ff.; Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren 2000, insb. 179 ff.

iert<sup>68</sup>, spricht dennoch vieles dafür, daß vergaberechtliche Ausschreibungspflichten sowie die Verhältnismäßigkeit der Gewährung von Ausnahmen vom Beihilfeverbot durch bestehendes Arbeitsförderungsrecht und seine Durchführungspraxis verletzt werden.<sup>69</sup> - Zwar ist die derzeitige Ausgestaltung der **Altersrente** mit ihren kollektivistischen Komponenten der Pflichtversicherung, Umlagefinanzierung und des solidarischen Ausgleichs noch relativ weit von einer europäisches Wettbewerbsrecht aktivierenden „Unternehmenstätigkeit auf einem Wettbewerbsmarkt“ entfernt. Gleichwohl deutet die öffentliche Diskussion auf einen zukünftigen Systemwechsel durch Umfinanzierung der Umverteilungskomponente von Beiträgen auf Steuern sowie durch den Ausbau kapitalgedeckter Sicherungsformen hin.<sup>70</sup> Damit aber entfallen die wesentlichen Gründe für die bisherige Freistellung des Systems der Alterssicherung vom europäischen Marktrecht. Dies muß allerdings nicht zur Aufhebung zwangsolidarischer Bindungen zugunsten frei wählbarer Marktangebote führen. Insbesondere Zusatzversorgungseinrichtungen (Betriebsrentenfonds) der Tarifvertragsparteien mit dem Recht exklusiver Versorgung eines bestimmten Wirtschaftszweiges und Pflichtmitgliedschaft seiner Angehörigen sind, weil sie auf Kapitalerträgen beruhen, zwar Unternehmen im Sinne des Gemeinschaftsrechts. Nach Auffassung des EUGH werden jedoch Dienstleistungen von „allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ erbracht mit der Konsequenz einer Freistellung von den Wettbewerbsregeln (Art. 86 Abs. 2 EGV).<sup>71</sup> Der Europäische Gerichtshof ist somit durchaus geneigt, Besonderheiten der betreffenden Mitgliedstaaten bei Ausgestaltung ihrer Sicherungssysteme anzuerkennen, die der regulären Rente insofern eine zweite Säule hinzugefügt haben. Das bedeutet aber auch: Das mögliche Hineinwachsen der bisherigen Rentenversicherung in den Status eines Versicherungsunternehmens schließt den Fortbestand von Versicherungsmonopolen, dann allerdings unter anderen Vorzeichen, nicht in jedem Fall aus.<sup>72</sup>

Wettbewerb im Sozialsektor ist notwendig, aber kein Allheilmittel. Zwar wird durch Wettbewerb wirtschaftliche Leistung hervorgebracht, die Produktion auf Käuferpräferenzen ausgerichtet, die effiziente Anpassung der Verbraucherversorgung an die gesamtwirtschaftlichen Möglichkeiten erreicht, das Bewußtsein für die Begrenztheit der Ressourcen geschärft und nicht zuletzt die Zahl der wählbaren Alternativen auf der jeweiligen Marktgegenseite vergrößert.<sup>73</sup> Vor allem aus allokativen und distributiven Gründen wurde der Sozialsektor in der Volkswirtschaftslehre jedoch immer schon - wenn auch teilweise zu pauschal - als wettbe-

---

<sup>68</sup> Leitlinien für Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 1995 Nr. C 334 S. 4, geändert durch Mitteilung der Kommission betreffend Beihilfeüberwachung und Senkung der Arbeitskosten, ABl. 1997 Nr. C 1 S. 11; Gemeinschaftsrahmen für Ausbildungsbeihilfen, ABl. 1998 Nr. C 343 S. 10; hierzu auch Crellwitz, Artikel 87 EGV Zwischen Wettbewerbsfreiheit und Beschäftigungspolitik, 2001.

<sup>69</sup> Luthe, SGB 2002, Heft 2 und 3, insbesondere 81 f., 138 f., 140 f., 143, 144. Es bleibt abzuwarten, wie die Entwicklung nach Umsetzung der Vorschläge der sog. Hartz-Kommission verlaufen wird, die zumindest für die Weiterbildung einige Veränderungen bringt.

<sup>70</sup> Ruland, DRV 1985, 13, 21 ff.; Haverkate/Huster, a. a. O., 328 ff.; Butzer, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001.

<sup>71</sup> EuGH, Rs. C-219/97 (Bokken); Rs. C-67/96 (Albany); die genannten Entscheidungen nehmen die tarifvertragliche Vereinbarung als solche allerdings von vornherein vom Anwendungsbereich der Wettbewerbsvorschriften aus, so daß lediglich die Zusatzversorgungseinrichtung einer wettbewerblichen Überprüfung unterzogen werden mußte.

<sup>72</sup> Vgl. auch EuGH, EuZW 2002, 146. Pitschas (VSSR 2002, 85) hält Monopole zumindest dann für fragwürdig, wenn sie gegenüber Privatanbietern zu Zwecken des Preisdumping genutzt werden.

<sup>73</sup> Zu den Funktionen des Wettbewerbs vgl. allgemein Olten, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 2. Aufl. 1998, 16 ff.: Freiheitsfunktion, Kontrollfunktion, Lenkungenfunktionen (Anpassungsfunktion, Allokationsfunktion, Anreiz- und Auslesefunktion) und Verteilungsfunktion; Kortendiek, a. a. O., 22 ff.

werbspolitischer **Ausnahmebereich** angesehen: Die Informationsverteilung zwischen den Marktseiten (etwa zwischen Arzt und Patient) ist typischerweise ungleich<sup>74</sup> und auch die unterschiedliche Einkommensverteilung in der Bevölkerung verlangt, gemessen an Idealen sozialpolitischer Versorgungsgleichheit, nach staatlicher Steuerung und Kompensation.<sup>75</sup> Gleichzeitig aber erwächst aus der sozialstaatlich organisierten Gegenmacht „ein Kontrollproblem ersten Ranges“.<sup>76</sup> Deshalb wird es nie um ein schlichtes Entweder-Oder von Markt und Staat gehen können, sondern bei realistischer Betrachtung nur um die Frage sinnvoller Kombination beider Seiten. Angesichts des hohen Regulierungsgrades deutscher Sozialpolitik erscheint es allzu verständlich, daß die Rechtsentwicklung in der Gesamttendenz derzeit auf einen Zuwachs an marktwirtschaftlichen Elementen abzielt. In einer individualistisch ausgerichteten Rechtsordnung ist der Markt mit den ihm korrespondierenden Freiheitsrechten auf ungehinderte Betätigung ohnehin ein Selbstläufer, der sozialstaatlich gebremste Wettbewerb dagegen die stets rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.<sup>77</sup> Dies jedenfalls zeigen nahezu sämtliche der maßgeblichen Gerichtsentscheidungen der letzten Jahre, sei es im Kontext der vor allem im Zuge gemeinschaftsrechtlicher Grundfreiheiten aufgeworfenen Proportionalitätsprüfungen, sei es im Hinblick auf die nationalstaatliche Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Ausnahmen vom Beihilfeverbot (Art. 87 Abs. 3 EGV) oder bei Anerkennung von Diensten im allgemeinen Wirtschaftsinteresse (Art. 86 Abs. 2 EGV), sei es schließlich im Hinblick auf die grundsätzlich lenkungsfeindlichen Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen des nationalen Kartellrechts.<sup>78</sup> Demgegenüber ist der **Planungs- und Prognosehorizont** des marktkompensierenden Sozialstaats prinzipiell begrenzt und befindet sich gegenüber dem im (notorischen) Zweifelsfall durchschlagenden Freiheitsanspruch des Marktteilnehmers in einer Situation strukturbedingter und argumentationslogischer Unterlegenheit<sup>79</sup>, die der Idee des freien Marktes deshalb eine ungewollte Eigendynamik angedeihen läßt, die leicht vergessen macht, daß die dem hilfsbedürftigen Bürger zgedachte Kon-

---

<sup>74</sup> Zumindest im Bereich des Gesundheitswesens: Kortendieck, a. a. O., 56 ff., 185 ff.

<sup>75</sup> Zwischen wettbewerbstheoretischen (Versagen des Ausschlußprinzips, des Koordinationsprinzips, des Äquivalenzprinzips sowie des Ausleseprinzips) und politischen Ausnahmegründen unterscheidet - anstatt vieler - Olten, a. a. O., 72 ff.

<sup>76</sup> Insofern Haverkate/Huster, a. a. O., 313: „Auch der Sozialstaat denaturiert - indem er sich zum sozialen Machtstaat entwickelt, der im Namen sozialer Gerechtigkeit auftritt, aber eine Politik verfolgt, die von diesem sozialen Zweck her nicht mehr einsichtig gemacht werden kann ...“.

<sup>77</sup> Grundlegend C. Schmitt, Verfassungslehre, 8. Aufl. 1993, 158 („Rechtsstaatliches Verteilungsprinzip“); auch Haverkate/Huster, a. a. O., 313: „Der Sozialstaat muß auf seine dienenden Aufgaben gegenüber dem wirtschaftlichen Austausch der Individuen zurückgeführt werden“; relativierend dagegen Luthé, Optimierende Sozialgestaltung, a. a. O., 50 ff. (zur Notwendigkeit eines aktiven Staates angesichts historisch neuartiger Inklusionsprobleme).

<sup>78</sup> Zu letzterem (m. w. N.) Mühlhausen, SGB 2000, 528.

<sup>79</sup> Man wird ex ante nur selten mit vollständiger Sicherheit behaupten können, daß die jeweiligen nationalstaatliche Maßnahme Erfolg haben wird, sie subsidiärer Selbsthilfe überlegen und deshalb die mit ihr eintretende Belastung des Wettbewerbs gerechtfertigt erscheint.

umentenrolle eine Überforderung seiner Möglichkeiten darstellen könnte.<sup>80</sup> Überdies muß mit einer gewissermaßen neuen globalen Bedrohung in Gestalt ausgreifender Exklusionsrisiken gerechnet werden.<sup>81</sup> In diesem Fall aber versagt das Regulativ des Marktes, weil Marktwettbewerb im Zustand der Exklusion nicht greift. Nur durch ein staatlich verantwortetes System stellvertretender Inklusion können Chancen der Teilhabe an gesellschaftlichen Prozessen vermittelt werden.

## 5. Modernisierung der Sozialverwaltung

„New Public Management“ heißt das seit den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts<sup>82</sup> propagierte und mit den Konzepten den Neuen Steuerungsmodells, der dezentralisierten Arbeitsmarktförderung und der Sozialraumorientierung nunmehr zur Anwendungsreife gebrachte Verwaltungsleitbild der Sozialverwaltungen von Bund, Ländern und Kommunen.<sup>83</sup> Es zieht die notwendigen Konsequenzen aus dem tiefgreifenden Wandel der Verwaltungsstrukturen von einem geschlossenen hierarchischen System zu einem Machtkreislauf zwischen Verwaltung, Politik und Publikum<sup>84</sup>, das der Verwaltung ein hohes Maß an Eigenständigkeit und Selbstbezogenheit bei der ‚Erzeugung‘ entscheidungserheblicher Informationen und Themen verleiht.<sup>85</sup>

---

<sup>80</sup> Vgl. etwa Kühn, Wettbewerb im Gesundheitswesen: Thesen zu den Auswirkungen eines ökonomischen Konzepts, VSSR 1999, 197.

<sup>81</sup> Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 3, 1989, 149; ders., Die Gesellschaft der Gesellschaft, Bd. 2, 618; ders., Soziologische Aufklärung, Bd. 6, 1995, 237; Stichweh, Inklusion/Exklusion, Soziale Systeme, 1997, 123; Baecker, Soziale Hilfe als Funktionssystem der Gesellschaft, Zeitschrift für Soziologie, 1994, 93 sowie die Beiträge in Merten (Hg.), Systemtheorie sozialer Arbeit, 1999, 157.

<sup>82</sup> Zu älteren Beiträgen etwa Banner, Archiv für Kommunalwissenschaften, 1975, 300; Derlien, Die Erfolgskontrolle staatlicher Planung, 1976; Reiner mann/Reichmann, Verwaltung und Führungskonzepte, 1978; Hesse, in: ders. (Hg.), Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung heute, 1987, 191; Pitschas, Verw. 15/1982, 474; Luhmann, Verwaltungsarchiv, 1965, 303.

<sup>83</sup> Mundhenke/Kreft (Hg.), Modernisierung der Bundesverwaltung, Schriftenreihe der Fachhochschule des Bundes, 1998; Merten/Pitschas, Sozialverwaltung im Reformprozeß, 1997 (Landesverwaltung NW); neben den Berichten der Kommunalen Gemeinschaftsstelle vgl. Blanke (Hg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 2. Aufl. 2001; Laux, DÖV 1993, 523; Reichard/Wollmann (Hg.), Kommunalverwaltung im Modernisierungsschub, 1996; Budäus, Public Management, 1994; Grunow/Wollmann, Lokale Verwaltungsreform in Aktion, 1998; Vollmer, Zeitschrift für Soziologie 2002, 1; Naschold, Ergebnissteuerung, Wettbewerb, Qualitätspolitik, 1995; Brülle/Reis/Reiss, NDV 1996, 185; König, DÖV 1995, 349; Luthé, Optimierende Sozialgestaltung, 2001, 138 ff., 380 ff.; ders., Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 1995, 209; Ortmann, NDV 1996, 62; Trube, NDV 1996, 122; Reis, NDV 1997, 318, 354; Pitschas, DÖV 1994, 973; Grabler/Schröder, NDV 1994, 189.

<sup>84</sup> Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, 42; ders., Funktionen und Folgen formaler Organisationen, 4. Aufl. 195, 220 (Grenzstellen); vgl. auch die Beiträge von Hegenbarth, Türk, Grunow, Treiber, Schwab und Adler in: Organisation und Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 7, 1980 sowie Luthé, Das besondere Gewaltverhältnis - Selbstregulationsmodell des Öffentlichen Rechts, 1989, 347 - 363.

Die Ansätze sind vielversprechend, im einzelnen jedoch unterschiedlich und noch erprobungsbedürftig. Das **Neue Steuerungsmodell** war mit seinen Organisationsprinzipien der dezentralisierten Aufgaben- und Ressourcenverantwortung, der Kostentransparenz, der Partizipation des Fachpersonals an der Produkterstellung, des interorganisatorischen Leistungsvergleichs, des Berichtswesens und der Wirkungskontrolle der erste wichtige Schritt auf dem Weg einer bewußt vollzogenen, nicht-inkrementalen Anpassung vollzugsnaher Sozialpolitik an die Wachstumsgrenzen und Flexibilisierungsbedürfnisse heutiger Sozialstaatlichkeit.<sup>86</sup> Auch die **Arbeitsverwaltung** kennt seit etwa 1997 gedeckelte (Regional-) Budgets, steuert diese jedoch grundsätzlich nicht über ‚Produkte‘, sondern mittels Ziel-Controlling über die gesetzlich vorgegebenen Eingliederungsbilanzen (§§ 11, 280 SGB III) eines jeden Arbeitsamtsbezirks.<sup>87</sup> Das vorwiegend in der Jugend- und Altenhilfe implementierte Konzept der **Sozialraumorientierung** zeichnet sich dagegen durch eine vergleichsweise intensiv betriebene Bürger- und Verbandspartizipation („Trägerverbände“), durch gezielte Verschränkung von Einzelfallorientierung und Infrastrukturentwicklung und die Durchbrechung der Versäulung der Hilfsangebote auf der Basis eines vorgegebenen Sozialraumbudgets aus.<sup>88</sup>

Die pauschale Diffamierung derartiger Ansätze als „Ökonomisierung des Sektors“, als Verlust gewachsener professioneller Leitbilder oder als Zerstörung der bewährten Zusammenarbeit mit dem dritten Sektor<sup>89</sup> und seiner Kultur des Helfens usw. ist geläufig. Dem ist nichts hinzuzufügen. Langfristig wichtiger ist, nicht zuletzt zur Vermeidung jedweder Vereinseitigung der Blickrichtung, die **Beachtung des Rechts**. Hiermit soll nicht behauptet werden, daß sich die Umsetzung des Neuen Steuerungsmodells per se außerhalb des Rechts bewegen würde. Gerade dort aber, wo es bevorzugt zur Anwendung gebracht wird, nämlich in den klassischen Aufgabenbereichen des Fürsorgestaates, ist das Recht in hohem Maße gestaltungsoffen. Insofern hat das betriebswirtschaftliche Kalkül im Wege einseitiger Modellausrichtung auf die personellen, organisatorischen und finanziellen Strukturvorgaben leichtes Spiel. Insbesondere das Kennziffersystem der Controlling-Ebene, zumal

---

<sup>85</sup> Ladeur, Recht und Verwaltung, in: Dammann/Grunow/Japp (Hg.), Die Verwaltung des politischen Systems, 1994, 99 (Verwaltung als zielsuchendes System); Winthoff-Heritier, Responsive Sozialpolitik - Aspekte eines politischen Prozesses, in: Olk/Otto, Soziale Dienste im Wandel I, 1987, 231.

<sup>86</sup> KGSt, vor allem Bericht Nr. 5, 8, 9, aus den Jahren 1993 - 1994; kritisch hierzu etwa Grunow, Qualitätsanforderungen für die Verwaltungsmodernisierung: Anspruchsvolle Ziele oder leere Versprechungen?, in: Reichard/Wollmann (Hg.), a. a. O., 50, 65 sowie Pitschas, DÖV 1994, 980, 982 ff.

<sup>87</sup> Vollkommer, Eingliederungstitel: Neue Freiheiten gut genutzt, IAB-Kurzbericht Nr. 14/2001; Luthe, SGB 2001, 345; Brinkmann/Wießner, Zur Wirkungsforschung aktiver Arbeitsmarktpolitik - Neue Herausforderungen für Monitoring und Evaluation, in: Kleinhenz (Hg.), IAB-Kompendium Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, BeitrAG 250, 273; Fitzenberger/Speckesser, Zur wissenschaftlichen Evaluation der aktiven Arbeitsmarktpolitik in Deutschland: Ein Überblick, MittAB 3/2000, 357; Jagoda, AuB 1995, 97 ff.

<sup>88</sup> Koch/Lenz (Hg.), Integrierte Hilfen und sozialräumliche Finanzierungsformen, 2000; Pusch/Runge, NDV 2000, 427; Schroer, Sozialraumorientierung und das Kinder- und Jugendhilferecht, in: Tagungsdokumentation, Sozialraumorientierung auf dem Prüfstand, 2001, 157; Dahme/Wohlfahrt, Sparprogramm oder Innovationsimpuls? Kritische Anmerkungen zur aktuellen Konjunktur des Themas Sozialraumorientierung, www.efh-bochum.de; zu ähnlichen Ansätzen im Bereich kommunaler Beschäftigungsförderung vgl. Evers/Schulze-Böing/Weck/Zühlke, Soziales Kapital mobilisieren. Gemeinwesenorientierung als Defizit und Chance lokaler Beschäftigungspolitik, Schriften des Instituts für Landes- und Stadtentwicklungsforschung des Landes NW, Bd. 164; vgl. weiterhin die Beiträge bei Fußnote 11.

<sup>89</sup> Zu den Vorteilen der Übertragbarkeit von Haushaltsmitteln für die Projektförderung vgl. indes Backhaus-Maul, NDV 1996, 280 ff.

es einige Unklarheiten bei der Übersetzung qualitativer in quantitative Steuerungsgrößen hinterläßt, beschwört eine Situation herauf, in der das leicht handhabbare Kostenargument die Definitionsmacht übernimmt und in seiner Eigendynamik auf die Umsetzung von Gesetzes- und Verfassungszielen kontraproduktiv wirkt.<sup>90</sup>

Das Problem ist grundsätzlicher Natur.<sup>91</sup> Letztlich geht es um die Wahl der richtigen Erkenntnisebene. Diese ist durch die Verfassung vorgegeben. Danach sind sämtliche Staatsorgane dem Recht unterworfen (Art .1 Abs. 2, 20 Abs. 3 GG). Diese Bindung mag an manchen Stellen der Rechtsordnung gelockert sein.<sup>92</sup> Sie ist jedoch nie völlig aufgehoben. Die Rechtsordnung besteht nicht nur aus einer Ordnung gleichsam kompromißlos anwendbarer ‚Regeln‘ mit der Möglichkeit beliebiger Gestaltung außerhalb ihres Geltungsbereichs, sondern auch aus einer weichen Ordnung rechtsbedeutsamer ‚Prinzipien‘. Zwar sind diese je nach Fallage mal mehr, mal weniger gefordert, aber eben stets auch in den vermeintlichen Handlungsfreiräumen wirksam und dort aufzusuchen.<sup>93</sup> In dieser Weise gibt sich das Recht nicht nur als Gewichtungsvorgabe zu erkennen; es bestimmt vielmehr auch, gewissermaßen hermeneutisch, den behördlich relevanten Wirklichkeitsausschnitt mit. Das ökonomistische Kalkül des Neuen Steuerungsmodells mag daher heuristische Bedeutung entfalten. Die letztendliche Entscheidungsverantwortung ist jedoch stets in rechtlichen Zusammenhängen zu verorten. Die für den Sozialsektor relevanten Prinzipien sind leicht zu finden: Sämtliche Bedarfsentscheidungen laufen auf den **Basiskonflikt von Bedürfnissen<sup>94</sup> und Ressourcen<sup>95</sup>** zu. Dieser aber ist selbst nach rechtlichen Grundsätzen ‚gerechter Abwägung‘ zu lösen. Dies zeigt, daß das rechtsmethodische Vorgehen mindestens ebenso wichtig ist wie die angesteuerten Rechtswerte. Jede eindimensionale Versteifung auf ‚Kosten‘<sup>96</sup> bereits in der Planungsphase erscheint deshalb als erster Schritt in die Illegalität, der, treten in dieser Weise einzelfallwidrige ‚Produkte‘ an die Stelle des Gesetzes, spätestens in der Vollzugsphase (als Ermessens- bzw. Abwägungsfehler oder als Ermittlungsfehler) seinen Höhepunkt erreicht. Pointiert: Kostengrenzen sind entweder solche des Rechts oder es sind keine; Wirkungen sind entweder ‚bewertete‘ Wirkungen oder sie sind (als reiner Output) bedeutungslos. Zwar erscheint die gemeinhin übliche, aber letztlich undifferenzierte Tabuisierung haushaltswirtschaftlicher Argumente, einschließlich etwaiger Budgetierungsstrategien, bei den gesetzlichen Leistungsansprüchen und Gewährleistungspflichten in Anbetracht ihrer prinzipiellen Abwägungsoffenheit nicht mehr tragfähig.<sup>97</sup> Denn man kann nicht so tun, als wäre der Haushalt ohne jede verfassungsrechtliche und vor allem demo-

---

<sup>90</sup> Schon dies aber ist, denken wir an die dogmatischen Figuren des Abwägungsausfalls, der Fehlgewichtung, der Grundrechtsgebundenheit und Zweckwidrigkeit des Ermessensgebrauchs sowie der Einzelfallgerechtigkeit, rechtlich nicht unbedeutsam, da davon ausgegangen werden muß, daß die Blickverengung der Planungsinstanz auch auf den konkreten Vollzug der Sozialleistungsansprüche abfärben wird.

<sup>91</sup> Zum folgenden Luthé: Optimierende Sozialgestaltung. Bedarf - Wirtschaftlichkeit - Abwägung, 2001.

<sup>92</sup> Etwa Leistungsermessen, gesetzesfreie Verwaltung, Binnensteuerung der Verwaltung, gesetzliche Aufträge, komplexe Handlungsanweisungen, Planungsrecht.

<sup>93</sup> Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, 22 ff.; Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994; Dreier, Recht - Staat - Vernunft, 1991, 104 f.; im Bereich des Ermessens hat vor allem Rupp darauf hingewiesen, dieses beinhalte nicht einen Freiraum für eigene Zielvorstellungen der Verwaltung, sondern stets das dienende Verwirklichen der Verwaltungszwecke: ders., Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, 1965, 198, 200 f.

<sup>94</sup> In der Sprache des Rechts: Das menschenwürdige Existenzminimum, das Kindeswohl, die Schutzverantwortung für behinderte und kranke Menschen, das Verfassungsrechtsgut der Beseitigung von Massenarbeitslosigkeit, der Schutz von Ehe und Familie usw.

<sup>95</sup> In der Sprache des Rechts: Die demokratisch legitimierte Haushaltswirtschaft, das Effizienzgebot, der finanzstaatliche Möglichkeitsvorbehalt.

<sup>96</sup> Dies gilt jedoch nicht für die Verwendung des Kostenarguments schlechthin, sondern lediglich für die Einseitigkeit seiner Verwendung: Etwa BSG, SGw 1991, 487 ff.

<sup>97</sup> Interne Organisations-, Sach- und Personalentscheidungen unterliegen ohnehin vollständig dem Haushaltsvorbehalt.



kratische Bedeutung. Gleichwohl kann sich das haushaltswirtschaftliche Steuerungsinteresse nur in einer auch das Individualrechtsgut berücksichtigenden Abwägungsentscheidung zur Geltung bringen, zumal das ‚soziale Recht‘ eines jeden Einzelnen mit einem abstrakten, aber relativierbaren Vorrang ausgestattet ist.<sup>98</sup>

So gesehen ist die Kritik am vorherrschenden Schematismus bei der Erstellung von „Produkten“ für sich genommen zwar berechtigt, aber nicht unausräumbar.<sup>99</sup> **Produkte** machen vor allem Sinn im typischen Verwaltungsbetrieb. Für soziale Dienstleistungen indes sind sie zu sperrig und zu wenig auf den Prozeßcharakter der Dienste abgestimmt.<sup>100</sup> Im Grunde genommen bleibt das überkommene Hierarchiekonzept voll erhalten, nur daß anstatt der gewohnten Unterordnung unter die getrennt geführten Steuerungsgrößen „Personal, Finanzen, Organisation“ nunmehr eine Unterordnung unter entsprechend integrierte Produkteinheiten stattfindet. Dies aber läuft konträr zu den ursprünglichen Intentionen des New Public Management, die Flexibilität der Steuerung wirkungsorientiert zu erhöhen und gleichzeitig Entscheidungskompetenzen zu dezentralisieren.<sup>101</sup> Controlling aber ist unverzichtbar und ohne Produkte eine Sache der Unmöglichkeit. Schon um die rechtlichen Anforderungen des Einzelfalls zu wahren<sup>102</sup>, wird man Produkte allerdings, auch wenn dies zu Abstrichen bei der Kostenkalkulation führt, grundsätzlich nur als Richtgrößen ansehen können<sup>103</sup>. Das bedeutet, wie gesagt, jedoch nicht, daß es dem jeweiligen Verwaltungsträger verwehrt wäre, im Rahmen der weithin offenen Gesetzesbestimmungen mittels Budgetierung das ihm mögliche und in vertretbarer Weise mit dem sozialen Schutzauftrag in Abstimmung gebrachte Anspruchsniveau von Sozialleistungen näher zu fixieren<sup>104</sup>, solange sich diese Ent-

---

<sup>98</sup> m. w. N. Luthé, *Optimierende Sozialgestaltung*, a. a. O., insbesondere 323 - 363: Der haushaltswirtschaftlich argumentierenden Verwaltung sind damit besondere Begründungslasten auferlegt. Der Begründungsvorgang ist zweistufig aufgebaut. Zunächst ist die Schlüssigkeit bisheriger Haushaltsführung, die Notwendigkeit der Konsolidierung und des Festhaltens an veranschlagten Ausgabenansätzen im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsdimension einsichtig zu machen. Sodann erfolgt die außenrechtliche Abwägung mit dem Individualrechtsgut nach Maßgabe der vorfindlichen Gesetzes- und Verfassungsziele. Insbesondere auch das Kostenargument ist ein unverzichtbarer Bestandteil einer jeden Abwägungsentscheidung und unter Rechtsschutzaspekten geboten (schon um verdeckte Rationierungen größtmöglich zu vermeiden). Im praktischen Regelfall erscheint diesbezüglich jedoch eine ins Formelhafte gehende Begründungsweise als tragbar (ähnlich wie beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz), gerade auch in Anbetracht bestehender Möglichkeiten der Nachholung und Ergänzung von Begründungen im gerichtlichen Verfahren. Vgl. zu diesbezüglichen Grenzen in materiell-rechtlicher Hinsicht: BVerwG, NVwZ 1989, 152 f.

<sup>99</sup> Reis, NDV 1997, 318, 319; Reichard/Wegener, *Der deutsche Weg des Produktkatalogs - eine Sackgasse*, DST-Beiträge zur Kommunalpolitik (Reihe 1), Heft 23, 1996, 41, 50; Naschold (u. a.), *Leistungstiefe im öffentlichen Sektor*, 1996, 145 (Kritik an der Marginalisierung rechtlicher Bindungen).

<sup>100</sup> Pitschas, DÖV 1994, 978 f., 980, 983 (Prozeßsteuerung); Luthé, ZfSH/SGB 1993, 514 f. (People Processing).

<sup>101</sup> Reis, NDV 1997, 318, 319.

<sup>102</sup> Anschaulich zur Praxis: Gernert, *Soziale Arbeit*, 1995, 194 ff.

<sup>103</sup> Nach neuer haushaltsrechtlicher Terminologie wären dies dann „Interpretationshinweise“, vgl. dazu Luthé, *Optimierende Sozialgestaltung*, a. a. O., 360 ff.

<sup>104</sup> Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 1973, 177 f., 122 f.: „Die Zwischenvariable des Anspruchsniveaus ... ermöglicht es dem System, wenn es bei einem gegebenen Anspruchsniveau brauchbare Lösungen nicht (oder nur unter unzumutbarem Zeitaufwand) finden kann, durch Umschaltung, nämlich durch Herabsetzen des Anspruchsniveaus, in ein anderes Feld von Lösungsmöglichkeiten überzugehen, um dort nach ‚leichteren‘ brauchbaren Entscheidungen zu suchen; oder umgekehrt, wenn eine Überfülle geeigneter Lösungen

scheidung als bewußt vollzogener Ausgleich der Gegensätze präsentieren kann und sowohl in der Planungsphase<sup>105</sup> als auch im Einzelfallvollzug ihre notwendige Einbindung in die demokratische Legitimationskette<sup>106</sup> gewährleistet ist.

## 6. Die aktivierende Funktion des Sozialstaatsprinzips

Das Sozialstaatsprinzip der Art. 20, 28 GG hat einen offenen, und es hat einen verdeckten Zugang. In letzterem eröffnet sich sein aktivierender Grundzug. Wählt man den offenen Zugang, so zeigt sich sogleich, daß das Sozialstaatsprinzip keine unmittelbar verbindlichen Handlungsanweisungen für die staatlichen Gewalten enthält, vielmehr stets der Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedarf und als Stützkonstruktion den sozialstaatlichen Umgang mit Freiheits- und Gleichheitsrechten mitbeeinflusst.<sup>107</sup>

Gegenüber den **Leistungserbringern**, die den Schutz der Berufsfreiheit für sich beanspruchen können, rechtfertigt es in erhöhtem Maße die Einwirkungen staatlicher Gesetzgebung zum Schutz des sozialrechtlichen Leistungssystems. Bei den **eigentumsrechtlich** geschützten Positionen des Sozialversicherungsrechts verleiht es dem Gesetzgeber aufgrund des ausgeprägten sozialen Bezugs dieser Positionen einen erheblichen Gestaltungsspielraum bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums. Insofern optimiert es den sozialstaatlichen Regelungszweck im Rahmen erforderlicher Güterabwägungen. **Gleichheitsrechtlich** und insbesondere bei der Leistungszuteilung trägt der soziale Leistungsaspekt vor allem zur sachgerechten Abgrenzung des Empfängerkreises bei. Und erst der Dreiklang von Menschenwürde, Gleichheit und Sozialstaatsprinzip läßt darauf schließen, daß die Reduktion des **Existenzminimums** auf das nackte Überleben nicht der Verfassung entsprechen kann.<sup>108</sup> Allgemein ermächtigt das Sozialstaatsprinzip zur Sozialgestaltung, sein Verpflichtungsgehalt bleibt nach verbreiteter Ansicht hinter dem Ermächtigungsrahmen aufgrund der Unbestimmtheit des Prinzips jedoch zurück.<sup>109</sup>

---

sich aufdrängt, das Anspruchsniveau zu erhöhen, um sich auf diese Weise das Entscheiden durch Reduktion der Möglichkeiten zu erleichtern“; hierzu auch Luthé, Optimierende Sozialgestaltung, a. a. O., 239 ff.

<sup>105</sup> Haushaltserwägungen im Leistungsbereich sind grundsätzlich nur auf der Basis einer rationalen Haushaltsplanung und Haushaltsführung rechtlich anerkennungsfähig. Hierzu aber gehört auch die nachweisbare Auseinandersetzung über das rechtliche Gewicht der berührten Interessen: BSG, SGB 1991, 487 ff.

<sup>106</sup> Siehe zuvor unter 1.

<sup>107</sup> Neumann, DVBl. 1997, 92; Bieback, JURA 1987, 229; Zacher, AöR 1968, 370; Luthé, Optimierende Sozialgestaltung. Bedarf - Wirtschaftlichkeit - Abwägung, a. a. O., 127 ff.; Reiter, in: FS für Zacher, 1998, 777; Benda, NJW 1979, 1001; Badura, SGB 1980, 1; Scholz/Pitschas, Sozialstaat und Gleichheit, FS zum 25-jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Bd. 2, 1979, 627; Bull, ZSR 1988, 13; Pitschas, in: FS für Zacher, a. a. O., 755.

<sup>108</sup> Für sich genommen erklärt das Menschenwürdeprinzip nur den Vorrang der Selbsthilfe vor staatlicher Hilfe. Zudem bietet es keine Maßstäbe für die nähere Ausgestaltung des Existenzminimums, so daß unter gleichheitsrechtlichen Aspekten ein Bezug auf die vorherrschenden Lebensgewohnheiten anderer hergestellt werden muß. Der Gleichheitssatz aber gelangt erst in der sozialstaatlichen Anreicherung mit materialgesellschaftlicher Substanz zur Überwindung seines formalen Status als einer Rechtsgleichheitsgarantie.

<sup>109</sup> So Neumann, a. a. O., 92; a. A. Luthé, Optimierende Sozialgestaltung, a. a. O., 55 ff., 64 (soziale Schutzpflicht); auch BSG 6, 213, 219; 15, 71, 76; 20, 169, 171.

Wählt man den verdeckten Zugang, so findet man diesen jedoch nur, wenn man das Recht gleichsam von höherer Warte aus betrachtet. Dann wird eine zunächst auf das Recht bezogene, über seinen Hebel indes auch die sozialen Verhältnisse erfassende aktivierende Funktion des Sozialstaatsprinzips sichtbar. Der Sozialstaat verkörpert im Rechtssystem gleichsam die diabolische Seite.<sup>110</sup> Er ist die zwangsläufige ‚andere Seite‘ des ausschließlich an Kontinuität interessierten Rechtsstaates. Einerseits öffnet sich das Recht im sozialstaatlichen Auspizium für die soziale Realität<sup>111</sup>, andererseits kann es diese nur auf der Basis einer vorgegebenen rechtsstaatlichen Entscheidungsstruktur rezipieren. So wird das Recht über das Sozialstaatsprinzip nicht nur mit seiner gesellschaftlichen Umwelt, sondern gerade in der Auseinandersetzung mit ihr mit seinen eigenen begrenzten Möglichkeiten konfrontiert.<sup>112</sup> Deshalb hat man es stets mit einer selbsterzeugten ‚Rechtswirklichkeit‘ zu tun. Und deshalb ist das Sozialstaatsprinzip vor allem auch ein Prinzip moderner **Reflexivität** des Rechts, das, wie sein nach wie vor offener Geltungshorizont beweist<sup>113</sup>, als solches keinerlei Bindung verträgt und nie zum Stillstand kommen kann.<sup>114</sup> So operieren Funktionssysteme - kognitiv offen und operativ geschlossen. Hierin liegt der metakonstitutionelle Sinn jener verfassungsrechtlichen Einheit von Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit.<sup>115</sup> Bedingt durch seine Offenheit wird das Sozialstaatsprinzip nicht selten als Einladung für unterschiedlichste Formen politischer Agitation mißverstanden. Das wird seiner regulativen Idee nicht gerecht. Tonangebend ist in letzter Konsequenz der **freiheitliche Rechtsstaat**. Nur er kann den Blickwinkel für dasjenige bestimmen, was die soziale Aufmerksamkeit des

---

<sup>110</sup> Insofern beinhaltet er ein Motiv des Aufbruchs, ist Stimulus einer Erkenntnisanstrengung und Ausdruck eines Veränderungsbedürfnisses, verleiht dem bestehenden Recht also gewissermaßen die innere Unruhe, fortwährend zu überprüfen, ob die juristischen Entscheidungen und Konstruktionen dem gesellschaftlichen Regelungsbedarf noch angemessen sind.

<sup>111</sup> So insbesondere durch den mikro- und makrosozialen Ansatz des Sozialstaatsprinzips: Zacher, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR, Bd. I, 2. Aufl. 1995, § 25, Rn. 70.

<sup>112</sup> Daß die Technik des Rechts nicht immer genügt, das sozialstaatlich Gewollte zu realisieren, betont Zacher: VSSR, 1983, 119, 120.

<sup>113</sup> Wie Stern hervorhebt, besteht keine Einigkeit darüber, ob es sich beim Sozialstaatsprinzip um ein Staatsprogramm, eine Staatsaufgabe, eine Institutsgarantie, eine Auslegungsregel oder ein Individualrecht handelt: ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, 887.

<sup>114</sup> Insofern wäre die Verpflichtung zu sozialer Aktivität kaum erfüllbar ohne die Möglichkeit, „drängende soziale Probleme von heute den sozialen Lösungen von gestern vorzuziehen und partikuläre soziale Besitzstände weitergreifenden sozialen Ordnungen zu opfern“: Zacher, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, in: FS für H. P. Ipsen, 1977, 207, 230; ders., VSSR 2000, 185, 205: „Dem Sozialstaat ist nichts mitgegeben, um selbst seinen Sinn zu entfalten. Den Sozialstaat zu verwirklichen, ist dem Bundesstaat, dem Rechtsstaat und der Demokratie anvertraut“; daß aus dem Sozialstaatsprinzip kein ‚soziales Rückschrittsverbot‘ abgeleitet werden kann, betont Neumann: DVBl. 1997, 92, 97; zum Sozialstaatsprinzip als eines „permanenten Konkretisierungsauftrages“ vgl. Scholz, Sozialstaat zwischen Wachstums- und Rezessionsgesellschaft, 1981, 24 f.

<sup>115</sup> In dieser Weise, bezogen auf „sozialstaatliche Gerechtigkeit“ vgl. Luthe, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 1996, 179.

Rechtssysteme erregen darf.<sup>116</sup> In dieser Hinsicht aber hat ein grundlegender Bedeutungswandel jener sozialstaatlich eingerahmten ‚Rechtswirklichkeit‘ stattgefunden.<sup>117</sup>

Namentlich die Freiheitsrechte erfordern, auch und gerade in der wirtschaftlichen Krise, die Sicherung eines Mindestbestandes staatlich ‚hergestellter‘ Freiheit mit dem Mittel des Leistungsstaates.<sup>118</sup> Dieser aber ist mit dem Steuerstaat untrennbar verbunden. Der Steuerstaat setzt die Garantie privatnütziger Eigentumsfreiheit voraus und respektiert diese als sinngebende Quelle, aber auch als Begrenzung des staatlichen Leistungsvermögens.<sup>119</sup> Steuer- und Leistungsstaat heben sich selbst auf bei übermäßiger Antastung ihrer Freiheitsgrundlage - des Steuerobjekts. Deshalb sind Steuergerechtigkeit und Lastenproportionalität wesentliche Vorbedingungen für ein rechtsstaatliches System von Staatsleistungen. Der Freiheitsgehalt des finanzstaatlichen Handelns wird aber auch nicht dadurch gewahrt, daß Einschränkungen individueller Leistungsfähigkeit als Folge übermäßiger Abgabenerhebung durch Transferleistungen mehr oder weniger ausgeglichen werden. Denn die staatliche und die selbst erwirtschaftete Versorgung vermitteln ein unterschiedliches Maß an individueller Freiheit.<sup>120</sup>

Die Ideale herstellender und begrenzender Freiheit mögen in einer Wachstumsgesellschaft nebeneinander bestehen können. Entfällt das Wachstum, wird man sich entscheiden müssen: zwischen Wachstumsvorsorge, Umverteilung und aktivierender Bedarfssicherung. Das System der Umverteilung aber ist ein System permanenter Auszahlungen, keines der Rückkehr in die soziale Selbständigkeit. In ihm wirkt die alte Sozialstaatsidee der Kompensation ungerechter Einkommen, die als Antwort auf heutige Herausforderungen indes mehr und mehr in Frage gestellt wird.<sup>121</sup> **Aktivierende Bedarfssicherung** dagegen heißt: Den Bürger im Rahmen eigener Möglichkeiten und Präferenzen wählen zu lassen zwischen verschiedenen Leistungskategorien der Risikoabsicherung und dort, wo dies an Grenzen stößt, ein dichtes Netzwerk von Professionen und Institutionen vorzuhalten, das komplex genug ist, der zunehmenden Diversifizierung und (exklusionsbedingten) Zählebigkeit der Notlagen wirksam entgegen treten zu können.

Starre Rechtsstrukturen sind hier völlig fehl am Platz. Denn jeder Fall ist in seinem Selbsthilfepotential und Vernetzungsbedarf anders gelagert. Im Grunde genommen hat der Ge-

---

<sup>116</sup> Pitschas spricht zutreffend von der rechtsstaatlich-liberalen Bindung sozialstaatlicher Entwicklungsdynamik: Der ‚neue‘ soziale Rechtsstaat, in: FS für Zacher, 1998, 755, 772.

<sup>117</sup> Zur Zeitdiagnose - anstatt vieler - Zacher, VSSR 2000, 185 (Individualisierung, Verlust des Normalarbeitsverhältnisses und der familiären Versorgung, Alterung der Gesellschaft, Globalisierung der Kapital- und Arbeitsmärkte, Wiedervereinigung und europäische Integration, Entwertung überkommener Qualifikationen, Eigennutzinteresse sozialstaatlicher Institutionen).

<sup>118</sup> Anstatt vieler vgl. Luthe, Optimierende Sozialgestaltung, a. a. O., 7 - 27, 78 - 127.

<sup>119</sup> Nunmehr mit aller Deutlichkeit BVerfGE 93, 121, 138 (Halbteilungsgrundsatz).

<sup>120</sup> Kirchhof, JZ 1982, 305, 306; ders., JZ 1979, 153; Scholz, Sozialstaat zwischen Wachstums- und Rezessionsgesellschaft, a. a. O.; Isensee, Der Steuerstaat als Staatsform, FS für H. P. Ipsen, 1977, 409; ders., Der Sozialstaat in der Wirtschaftskrise, FS für Broermann, 1982, 365, 384; Luthe, Optimierende Sozialgestaltung, a. a. O., 47, 74 f., 422.

setzgeber in vielen Bereichen bereits konsequent vorgearbeitet. Hieß die Devise früher „Be- folge den Gesetzeszweck“, so geht es heute darum, die gesetzlichen Ziele möglichst opti- mal zu verwirklichen.<sup>122</sup> Allein das hierfür notwendige Rechtsanwendungsbewußtsein hängt der Entwicklung noch hinterher. Der gesetzlichen Fokussierung auf Risikomanagement<sup>123</sup> wird im Regelfall mit blinder Vollzugs- und Subsumtionsarbeit begegnet. So aber kann das vorausgesetzte Abstimmungserfordernis unterschiedlicher Systemperspektiven (Inklusions- hilfe, Sozialisation, Heilen, Wirtschaften) nicht greifen. Nur durch die Methode der **Abwä- gung** im und für den Einzelfall mit all ihren (man möchte sagen: ‚diskursiven‘) Anforderun- gen an zu wahrende Verfahrens- und Begründungstransparenz, Unparteilichkeit und prakti- sche Konkordanz kann der integrierte, kooperative und planungsintensive<sup>124</sup> Rahmen ver- läßlich geschaffen werden, den aktivierende Sozialstaatlichkeit heute benötigt. In dieser Weise wird die im klassischen Bild strenger Gesetzesbindung vorausgesetzte Kontinuität des Rechts als Kontinuität seiner Begründungsmuster in eine neue Periode von Sozial- staatlichkeit überführt.<sup>125</sup> Und das Sozialstaatsprinzip ist der Ort, wo dies rechtsbedeutsam reflektiert werden kann.<sup>126</sup>

---

<sup>121</sup> Aus der tagespolitischen Diskussion vgl. Priddat, Die Illusion vom Sozialstaat als sicherem Netz, FAZ 2002, Nr. 35, 15; Zimmermann, Viel zu wenig Wachstumspolitik, FAZ 2003, Nr. 21, 11.

<sup>122</sup> Hierdurch wird gegenüber dem Rechtsanwender zum Ausdruck gebracht, den Wirklichkeitsausschnitt weit zu öffnen, die Möglichkeit des Scheiterns einzuplanen, aus prinzipiellen Gründen aber dennoch aktiv zu wer- den. Die Dimension des Prinzipiellen (vermittelt über dogmatische Grundsätze, Verfassungsprinzipien, Geset- zesziele) aber ist zumeist widersprüchlich gelagert. Deshab muß abgewogen werden; zum Wirksamkeitsbe- zug des Gesetzesrechts vgl. Vigner, Ansätze zur wirkungsorientierten Steuerung im Sozialrecht? Überblick und kritische Betrachtung von BSHG, SGB III, SGB V, SGB VIII und SGB XI, in: Schröder (Hg.), Wirkungsori- entierte Steuerung in der sozialen Arbeit, JSB 2000, 9; zu den Optimierungsgeboten des Sozialrechts vgl. Luthé, Optimierende Sozialgestaltung. Bedarf - Wirtschaftlichkeit - Abwägung, a. a. O., 481 ff.

<sup>123</sup> Seine Elemente: Einbau von Rückkopplungsschleifen und Sicherheitstoleranzen, Gewährleistung des Nachsteuerns, Bildung von Reserven, vorausschauende Akzeptanz nachträglicher Irrtümer im Wege richterli- cher Selbstbeschränkung, Umstellung von Ergebnis- auf Prozeßrichtigkeit, Monitoring, Werteinbindung von Technologiedefiziten, Verständnis der Interdependenz von Wertung und Wirkung, Reflexion konstruktiver Eigenleistungen der Intervention und des experimentellen Charakters von Bedarfsentscheidungen: Luthé, Optimierende Sozialgestaltung, 477 ff. sowie ders., Recht - aus helfender Sicht, Hilfe - aus rechtlicher Sicht, in: ders., (Hg.), Autonomie des Helfens, 1997, 138; zu den hiermit gesetzten Anforderungen an ‚Inklusionshil- fe‘ (soziale Arbeit) vgl. vor allem Germershausen/Wehrmann, Sozialarbeiterische Interventions-„kompetenz“ im Funktionssystem der sozialen Hilfe, in: Luthé (Hg.), Autonomie des Helfens, a. a. O., 37.

<sup>124</sup> Auch der Sozialplanungsprozeß ist insoweit rechtlichen Abwägungsgrundsätzen unterworfen: Luthé, Sozi- alplanungsrecht, Zeitschrift für Sozialreform, 1994, Heft 11 und 12, 662, 838.

<sup>125</sup> Zur Kontinuität des Rechts als Kontinuität der Rechtsbegründungen: Pawlik, Ronald Dworkin und der Rechtsbegriff, Rechtstheorie, 1992, 289, 293.

<sup>126</sup> Zur aktivierenden Funktion des Sozialstaatsprinzips und seinem bedarfsrechtlichen Kernbereich vgl. über- dies Luthé, Optimierende Sozialgestaltung, a. a. O., 127 - 145.