

SOZIALSTAATLICHE GERECHTIGKEIT

Professor Dr. Ernst-Wilhelm Luthe, Emmerthal

1. Einleitung

Das verfassungsrechtliche Sozialstaatsprinzip und sein Verhältnis zum Rechtsstaat berührt einige neuralgische Punkte des Rechtssystems: Die Frage nach der Geltung des Sozialstaats als Rechtsprinzip verweist auf die tieferliegende Problematik nach den Geltungsgründen des Rechts. Der sozialstaatliche Anspruch, Recht für soziale Realität als Realität kompensationsbedürftiger Defizite zu sensibilisieren, verweist mit zunehmender Entfernung vom Sinnbild eines Nachwächterstaates auf die Frage nach den Auswahlkriterien für soziale Realität beziehungsweise dem „Suchschema“, vermittels dessen soziale Defizite die Aufmerksamkeit des Rechts erregen. In beiderlei Hinsicht scheinen mögliche Antworten nicht einfach durch politische oder moralische Kriterien vorgegeben. Einerseits öffnet sich das Recht im Einflußbereich des Sozialstaatsprinzips für soziale Realität, andererseits kann es diese nur auf der Basis einer vorgegebenen rechtsstaatlichen Entscheidungsstruktur rezipieren, die konsistentes Entscheiden in Aussicht stellt und sich nur deshalb als dem Recht zugehörig zu erkennen geben kann.

So wird das Recht über das Sozialstaatsprinzip nicht nur mit seiner gesellschaftlichen Umwelt, sondern gerade in der Auseinandersetzung mit ihr mit sich selbst konfrontiert: Wo verläuft die Grenzlinie zwischen kognitiver und normativer Argumentation? Wieviel Materialität (als Interesse, Billigkeit, Einzelfallgerechtigkeit) verkraften die Formalstrukturen (Texte, Begriffe, Regeln) des Rechts? Fragen wie diese stellen sich zwangsläufig dann, wenn rechtlich entschiedene Sachverhalte neuen Entscheidungssituationen angepaßt werden müssen, wenn also Recht in seinen Möglichkeiten, „dynamisches“ Recht zu sein, problematisiert wird. Und eben diese Problematisierung findet mit einiger Vehemenz seit jeher unter dem Signum des Sozialstaatsprinzips statt, ohne dabei allerdings – hier versucht der Beitrag eine Brücke zu schlagen – über einen theoretischen Rahmen zu verfügen, der es erlauben würde, das faktische Wechselspiel von Recht und gesellschaftlichem Entscheidungsbedarf als grundlegende Reflexionsebene für das normative Verhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit fruchtbar zu machen.

Einen solchen theoretischen Rahmen bietet die Rechtssoziologie *Niklas Luhmanns*. Die Einheit des Rechts als (zweiseitige) Form einer innen- und einer außengerichteten Seite wird hier in ihren Grundannahmen unkritisch vorausgesetzt; mit ihr wird – wenn man so will – „experimentiert“ in der Hoffnung, aus der Distanz einer hochabstrakten Theorie rechtsdogmatische Konstruktionschwächen wenn nicht einer Lösung, so doch einer genaueren Beschreibung zuführen zu können. Im Ansatz bedeutet dies: Rechtsstaat als System, Sozialstaat als (rechtsintern konstruierte) Umwelt.

In der Rechtsdiskussion zeichnet sich diese Unterscheidung zunächst bei der Geltungsproblematik ab. So dürfte nicht nur die Sorge vor einer zu weitgehenden und nicht mehr finanzierbaren Interpretation des Sozialstaatsprinzips durch Rechtsprechung und Verwaltung seine Ablehnung als Rechtsprinzip hervorgebracht haben, sondern auch die Nichtverfügbarkeit klarer verfassungsrechtlicher Maßstäbe für die Ausgestaltung der sozialstaatlichen Ordnung. Sozialstaatliche Verfassungsinterpretation sah sich daher stets dem Verdacht politischer Argumentation¹ ausgesetzt. Modifikationen des Rechts in Ansehung sozialer Wirklichkeit beziehungsweise des Bildes, das es hiervon hat,² sind indiskutabel jenseits rechtspolitischer Wünschbarkeiten ohne das stets mitlaufende retardierende Moment, das Neues nur im Bemühen um größtmögliche Widerspruchsfreiheit und Kontinuität zur bestehenden Rechtsordnung und in der Folge nur auf der Basis einer einfach-gesetzlichen Grundlage entstehen läßt. Die Abgrenzung des Rechts gegenüber seiner gesellschaftlichen Umwelt gipfelt so in der These vom Sozialstaatsprinzip als ein unverbindlicher Programmsatz.

In diesem Fall dürfte allerdings dem Gebot der Willkürfreiheit oder einer objektiven Grundrechtsordnung die Aufgabe wert-³ und wirklichkeitsbezogener⁴ Sensibilisierung der verfassungsmäßigen Kontrolle um so nachdrücklicher zufallen, wenn das Rechtssystem nicht in die gesellschaftliche Isolation geführt werden soll. Die System-Umwelt-Differenz verlagert sich dann nur auf ein anderes rechtliches Begriffsschema.

Bei vorausgesetzter Rechtsgeltung des Sozialstaatsprinzips setzt sich die System-Umwelt-Differenz demgegenüber als Unterscheidung von formaler und materialer (substantieller) Begründung fort.⁵ Materiale Sozialstaatlichkeit begründet die grundsätzliche Pflicht zu staatlicher Aktivität auf Verfassungsebene, die in der Konfrontation mit formaler Rechtsstaatlichkeit, insbesondere in Ansehung gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit und normativer Gleichheit in der Frage nach inhaltlicher Reichweite und situationsangemessener Abwägung des Sozialstaatsprinzips kulminiert: Sozialstaat als Kehrseite des Rechtsstaats.⁶ Die Prinzipien normativer Gleichheit als Ausdruck rechtsstaatlicher Berechenbarkeit,⁷ Berechenbarkeit als Ausdruck negativer Freiheit und (gleiche) Freiheit vor ungesetzlichem Zwang als Ausdruck normativer Gleichheit können einen inneren, formallogisch abstrahierten und gleichsam zirkulär verknüpften Zusammenhang für sich reklamieren, während die materiale Sichtung von Lebenswirklichkeiten tendenziell situationsabhängige, zentrifugale Kräfte wachzurufen scheint.

Rechtliche und faktische Freiheit sind zwar „bis zu einem vernünftigerweise zu fordernden Maße“⁸ einander anzunähern. Die Kriterien für das sozialstaatlich Vernünftige stehen vorab aber ebensowenig fest wie die Auswahlkriterien des auf faktische Gleichheit hin abzutastenden Wirklichkeitsausschnitts: Ist ein vorbehaltloser Ausgleich unverdienter Ungleichheiten anzustreben oder sind Unterschiede nur dann zu beseitigen, sofern dies mit Vorteilen für alle und nicht nur die Schwachen der Gesellschaft verbunden ist?⁹ Die Bevorzugung der einen Variante vertieft nur den scheinbar unauflösbaren Gegensatz zur anderen, je unerbittlicher das Bekenntnis ausfällt. Partikular („ungleich“) ansetzendes materiales Gleichheitsstreben ohne den formalen Bezug zur rechtsstaatlichen Gleichheit aller,¹⁰ insbesondere zur vorrangigen Rechtsgleichheit,¹¹ droht in konturenloser, unentscheidbarer

Einzelfallgerechtigkeit sich zu verlieren und den Entscheidungsbereich eines der Umwelt ebenso zugewandten, „offenen“ wie „geschlossenen“, um Konsistenz seiner kontrafaktischen formalen Strukturen (Regeln, Normen, Texte) bemühten Rechtssystems¹² zu verlassen. Nicht jede unbillige Einzelregelung kann in Ansehung notwendiger Typisierung sozialstaatlich modifiziert werden.¹³ So gehen Durchgriffe auf höhere Werte (Vernunft, Gerechtigkeit, Konsens)¹⁴ „vom Recht aus und kehren ins Recht zurück“.¹⁵ Und so erweisen sich externe Fakten durch den ubiquitären Zwang größtmöglicher Abstimmung mit vorentschiedenen Rechtsfällen letztlich als intern erzeugte Information des Rechts über die Haltbarkeit seiner Konstruktionen bei zunehmender gesellschaftlicher Komplexität und Wandelbarkeit.¹⁶

2. Das dynamische Element

Bei vielen weckt der Sozialstaat Hoffnungen auf Dynamik, die dem Rechtsstaat nicht zugetraut wird. Mangelnde Reaktionsfähigkeit des Rechts wird beklagt als „systematisches Defizit“¹⁷ einer Rechtsordnung, welche die auf Verfassungsebene angesiedelte Öffnung für neue sozialpolitische Entwicklungen subverfassungrechtlicher Konkretisierung durch den Gesetzgeber zuweist und damit jene rechtsstaatlichen Verkrustungen hervorbringt, die es auf Verfassungsebene gerade zu vermeiden gelte.¹⁸ Aber es werden auch politische Gründe für jene Tendenzen zur Konservierung des Bestehenden verantwortlich gemacht: so als Politik der Mitte mit tabuisierten sozialen Besitzständen, verkürzten Politikhorizonten und eindimensionaler Versteifung auf Probleme einer Arbeitnehmersgesellschaft unter Ausschluß bestimmter Randgruppen.¹⁹ Beim Gedanken an den Sozialstaat „irritiert“²⁰ dies den Rechtsinterpreten, der sich mit dem gleichzeitigen Hinweis, „daß die Technik des Rechts nicht immer genügt, das sozialstaatlich Gewollte zu realisieren“,²¹ dennoch vorsichtig genug gibt, nicht alles auf die Waagschale des Rechts zu legen, was nach Maßstäben der Politik, Medien oder Sozialpädagogik rechtlich zu kompensieren wäre. Die gesetzliche Festschreibung der Defizitlage und eine an Stimmenmaximierung orientierte Politik scheinen sich gegenseitig zu verstärken in der Verdrängung von Problemen, die aus dem Blickwinkel der Verfassung dann um so deutlicher in Erscheinung treten, ohne hier einer Lösung zugeführt werden zu können.

Kann die hier waltende Zurückhaltung des Verfassungsinterpreten als Antwort auf ein operativ geschlossenes Rechtssystem begriffen werden, das im Rekurs auf Rechtssicherheit und Rechtsanwendungsgleichheit tendenziell so entscheidet wie bisher, und will beziehungsweise kann der Sozialstaat genau dies überwinden?²² Wie also ist notwendige strukturabhängige Dynamik möglich auf der Basis eines Verfassungspostulats, dem als dynamisches Prinzip der Rechtsordnung jedwede Fähigkeit zur Richtungsvorgabe, ja Rechtsgeltung abgesprochen wird?²³ Benötigt der Rechtsstaat den Umweg über den Sozialstaat, um seine Grenzen und Entwicklungsmöglichkeiten reflektieren zu können?²⁴ Ist der Sozialstaat nur die rechtliche Selbstvergewisserung beziehungsweise Legitimation für konditionierende Vergleichsgruppenbildung unter dem Einfluß wohlfahrtsstaatlicher Zweckprogramme oder gibt es einen überschießenden Sinn?²⁵ Damit ist bereits viel vorweggenommen.

Schon der Umstand, daß die Bezugnahme auf das Sozialstaatspostulat bei der gleichheitsrechtlichen Sondierung sozialer Realität keine Zwangsläufigkeit darstellt,²⁶ könnte als Indiz dafür aufgefaßt werden, daß es jedenfalls in der unmittelbaren Rechtsanwendung keine treibenden Kräfte freisetzt. Indes: Daß etwas nicht gemacht wird, heißt nicht, daß es nicht geht. In der Tat läßt die Diskussion unterschiedliche Tendenzen erkennen.

Auf der einen Seite wird dasjenige, was als sozial zu gelten habe, der gesellschaftlichen Dynamik überlassen und im Verweis auf zukünftigen Bedeutungswandel im wesentlichen der legislativen Inhaltsbestimmung überantwortet.²⁷ Andere befriedigt das nicht. Auch eine gleichheitsrechtlich geprägte Sozialstaatsrechtsprechung müsse neuen Entwicklungen gegenüber unter Würdigung gesellschaftlicher Bedarfssituationen aufgeschlossen sein,²⁸ zumal dann, wenn der Gesetzgeber bestimmte Lebensbereiche auf Kosten einer dynamischen Sichtweise selbst konstituiere und festschreibe.²⁹ Im Sinne „ständiger Auseinandersetzung aller an der Gestaltung des sozialen Lebens beteiligten Menschen“³⁰ scheint sich auch das Bundesverfassungsgericht dieser Auffassung zumindest sporadisch zu bemächtigen. Es wird in sozialstaatlicher Attitüde also eine Anpassungsnotwendigkeit unterstellt, ohne den rechtlichen Modus ihrer Umsetzung klar bestimmen zu können.

Anders *Zippelius*, der hierbei ohne sozialstaatliche Wertbezüge auszukommen scheint: Die von der Individuallage abstrahierende generalisierende Gleichbehandlung erfordere laufende, am Sachlichkeitsgebot orientierte Korrekturen des Rechts, die sich ihrerseits im Sinne einer fortlaufenden Produktion von Regeln und Ausnahmen mit einer immer subtileren Differenzierung des Normensystems auf den jeweiligen Komplexitätsgrad und Entscheidungsbedarf der Gesellschaft einrichten.³¹ Im Ergebnis sieht es *Luhmann* nicht anders. Gleichheit läßt Ungleichheiten hervortreten, deren Unterschiede für sich genommen Gleichbehandlung erzwingen, bis auch diese in ihren ungleichen Momenten hervortritt. Die als ungleich erkannten Fälle werden unter eine Regel gebracht,³² die aus ihnen eine Serie gleicher Fälle macht, welche erneut Ungleichheiten produziert.³³ Gleichheit hat um der Freiheit willen rechtlich akzeptierte Ungleichheit hinzunehmen³⁴ und Freiheit um der Gleichheit willen rechtlich akzeptierte Beschränkungen, so daß die Differenz von Freiheit und Gleichheit selbst rechtlicher Regulierung unterworfen wird, die nunmehr über beide Seiten (Gleichheit/Ungleichheit; Freiheit/Unfreiheit) der beiden Unterscheidungen (Freiheit/Gleichheit) verfügen kann:³⁵ ein untrügliches Zeichen für die gelungene Ausdifferenzierung eines nach rechtseigenen Kriterien zwischen Recht und sozialer Realität, also Selbst- und Fremdreferenz, Geschlossenheit und Offenheit, Normativität und Kognition, Redundanz und Varietät, System und Umwelt³⁶ unterscheidenden Rechtssystems, das nicht den „Menschen“ oder eine überpositive, sozialstaatliche Vernunft, sondern den vorentscheidenden „Rechtsfall“ zum maßgeblichen Unterscheidungskriterium seiner Operationen wählt,³⁷ sich also im Kontext vorgelagerter oder prospektiver Entscheidungen verorten muß, um in operativer Geschlossenheit³⁸ seine Auto-poiesis fortsetzen zu können. Man wird aus diesem Blickwinkel der Auffassung zuneigen, daß sozialstaatliche Gerechtigkeit als „adäquate Komplexität“³⁹ des Rechtssystems „vom Gleichheitssatz bestimmt“⁴⁰ wird und nicht umgekehrt. Auch eine personalistische Aufladung des Gleichheitssatzes durch das Menschen-

würdeprinzip⁴¹ muß insofern wie eine nachgeschobene Antwort auf die gesellschaftliche Funktion normativen Erwartens wirken. Entweder sind alle Menschen quasi als Gattungswesen gleich oder als selbstherrliche Individuen ungleich. Das Menschenwürdeprinzip hat sich zu beidem zu bekennen und wird somit unentscheidbar. Erst das positive, kontingent gesetzte, eben entscheidungsabhängige Recht macht alle zu gleichen ungleichen Menschen mit rechtlichen akzeptierten Gleichheiten und Ungleichheiten.

Vordergründig scheint die Entscheidungspraxis eine Art vermittelnder Lösung bereitzuhalten. So sei ein Verstoß gegen Sozialstaat und Gleichheit gegeben, wenn die Hilfeleistung nicht den Anforderungen „sozialer Gerechtigkeit“ entspreche, sei es, daß der Kreis der Leistungsempfänger „sachwidrig abgegrenzt“ oder „bei einer Gesamtbetrachtung“ der soziale Schutz einer ins Gewicht fallenden Gruppe vernachlässigt werde.⁴² Handelt es sich also um eine wertgetragene Ausfallbürgschaft für ein mögliches Mißlingen rekursiver Vernetzbarkeit des jeweiligen Falles, um eine im Sinne von „oberster Gerechtigkeit“ legitimierte Selbstaufhebung des Rechtscodes, wenn die „richtige“ Zuordnung von Sachverhalt und Codewert mißlingt?⁴³ Oder setzt ihr Gelingen eine überpositive „Angemessenheit“ der Zuordnung zwangsläufig immer voraus?⁴⁴ Sozialstaatlichkeit wäre unter dieser Prämisse sozusagen nicht die „andere Seite“ des Rechtsstaats, sondern sein übergeordneter Maßstab, kein Mechanismus der Paradoxieentfaltung, sondern seine Ablösung durch einen nicht konditionierten, programmlosen Wert der rechtssystematischen Umwelt (der sich im Zuge des Sachgerechtigkeitsgebots auch über den Gleichheitssatz Geltung verschaffen würde und für „Dynamik“ verantwortlich gemacht werden müßte, sofern sich davon dann noch reden ließe).

Nun kann es sein, daß der Sozialstaat nichts anderes als die rechtsbegriffliche Spiegelung der Zwei-Seiten-Form des Rechts darstellt, der als Kontroversdiskussion jener häufig beschworenen Einheit von Rechts- und Sozialstaatlichkeit ein Beobachtungsverhältnis im Rechtssystem installiert hat, das eben genau dies aufzeigen will: daß sozial angepasste Dynamik nur unter rechtlichen Beschränkungen zustande kommen kann.⁴⁵ Wir werden dann unabdingbar mit der auf einen Zirkel zuschießenden Tatsache konfrontiert werden, daß sozialstaatlich gerecht nur sein kann, was Recht ist, also in seiner Systemgeschichte (Dynamik somit vorausgesetzt) als Kondensat geltender, begründeter oder (als Alternativkonstruktion) erinnelter Rechtskommunikation vorfindbar, wiederverwendbar und (als Rechtsänderung) auffindbar ist. Damit verschiebt sich das Interesse von der Wertigkeit oder Substanz sozialstaatlicher Gründe auf die Frage nach ihrer Systemfunktion. Und die rechtlich angepeilte Sozialrealität wird als systeminternes Realitätskonstrukt beobachtbar. Diese Einschätzung basiert auf einem komplizierten Zusammenhang von Gerechtigkeit als Kontingenzformel, juristischer Argumentation und Rechtsgeltung.

3. Sozialstaatliche Gerechtigkeit als Legitimation von Kontingenz

Bei der Suche nach dem Wesen von Gerechtigkeit wähnt sich der Suchende scheinbar schnell auf verlorenem Terrain. Kriterien der Gerechtigkeit seien nicht in Sicht,⁴⁶ im übrigen Werturteile nicht beweisbar.⁴⁷ Eine Ersatzlösung über den Gleichheitssatz verlagert die Offenheit der Formel nur in ein anderes Begriffssche-

ma. Von welcher Gleichheit ist die Rede, und wann beginnt Willkür? Schließlich versucht man dem Problem mit der Konfrontation von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit auf die Spur zu kommen,⁴⁸ muß man dabei aber einräumen, daß die Rechtsprechung diese nicht systematisch, sondern im Einzelfall angeht und schon ist eben alles beliebig, damit offen für Kritik, die unter gleichen Vorzeichen dort fortfährt, wo sie ihren Anfang hatte. Es kann offenbar nie ganz gerecht zugehen in der Welt des Rechts, denn Recht soll am Maßstab der Gerechtigkeit bewertet beziehungsweise geändert werden und läßt dadurch neue Ungerechtigkeit entstehen durch die Infragestellung von Rechtssicherheit, die erkanntermaßen ihrerseits nicht ungerecht sein kann.⁴⁹ Man braucht sich dann im Grunde gar nicht zu wundern, wenn einfaches Gesetzesrecht im Verweis auf Gerechtigkeit mit verfassungsrechtlicher Wertigkeit aufgefüllt wird,⁵⁰ denn wer wollte hierin eine Ungerechtigkeit sehen, solange Gesetzesrecht im Namen von Demokratie „heiligesprochen“ wird? Die dabei zu beobachtende Auflösung der Normenhierarchie⁵¹ ist aber der zu zahlende Preis für Gipfelstürmerei, die im Blick nach oben dann nur noch den Himmel und nichts als den Himmel und im Blick nach unten, bei guter Ausrüstung, eine funktional differenzierte Gesellschaft zu sehen bekommt, deren Rechtssystem wie jedes andere Funktionssystem paradox fundiert ist, da Recht entweder nur als Abweichung vom Recht vorkommen beziehungsweise Recht nur aus Recht entstehen kann, jedenfalls nicht auf substantielle Verfassungswerte, Quellenhierarchien und schon gar nicht auf politische Vernunft zurückführbar ist. Aber was ist Gerechtigkeit sonst?

Jede Rechtsoperation muß ihren Gegenstand – das Recht – in immer neuen Anwendungssituationen identifizieren können. Sie muß sich dabei von allem anderen (Nichtrecht) unterscheiden und gleichzeitig ihren Gegenstand (Recht) bezeichnen können. Die Einheit dieser Beobachtung entzieht sich jedoch der Bezeichnung, will heißen: Man kann nicht zugleich Nichtrecht meinen, wenn man von Recht spricht, obgleich dasjenige, was Recht ist, nur in der Letzteinheit einer Paradoxie gegeben ist.⁵² Dies läßt sich in neue Unterscheidungen übersetzen und in diesem Prozeß des Entfaltens und Bestimmens invisibilisieren. Diese Funktion übernimmt die Idee der Gerechtigkeit als Repräsentation der Einheit des Systems im System.⁵³ Sie steht für sämtliche Operationen des Rechtssystems und kann deshalb auch nicht als Selektionsregel fungieren, die das System in gerechte und ungerechte Operationen aufspalten müßte. Für einen externen Beobachter läßt sich die Idee der Gerechtigkeit deshalb als Kontingenzformel beschreiben. Sie bezieht sich auf die Differenz von Unbestimmbarkeit und Bestimmbarkeit und verweist auf andere Möglichkeiten, mit gegebenem Recht umzugehen. Diese Aufgabe übernimmt nach *Luhmann* der Gleichheitssatz als verfassungsnormative Ausweisung von Gerechtigkeit (siehe oben). Gleichheit als Gerechtigkeit legitimiert sich selbst; ihr Einsatz muß sich nicht weiter begründen. Durch die Forderung, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, wird sie für sämtliche Systemoperationen relevant, ohne das Entscheidungsergebnis für sich genommen schon vorweg zu nehmen. Selektivität wird erst durch die gleichheitsrechtliche Anbindung an vorentscheidene Programme hergestellt. Hierdurch schließt sich das System, ohne daß es eines weiteren Rückgriffs auf Umweltwerte bedarf. Das schließt die Reflexion von Umweltsachverhalten in immer neuen Entscheidungssituationen keineswegs aus. Ihre Auswahl und Bearbeitung ist allerdings rechtlich vorherbestimmt,

so daß Gerechtigkeit nur als adäquate Komplexität des konsistenten Entscheidens, als Adäquatheit rechtsinterner Rekonstruktion der Umwelt verstanden werden kann.⁵⁴ Jede andere werthaft ansetzende Entscheidungsfindung im Zuge von Einzelfall-, Billigkeits- und Werteabwägung, die diesen selbstlaufenden Mechanismus der Anknüpfung an Vorentschiedenes unterwandert, riskiert ein Abgleiten in Politik.⁵⁵ Sozialstaatlichkeit hat somit den Rechtsstaat in seiner momentanen Entscheidungslage anzuerkennen und ermöglicht ihm gerade deshalb Änderung im Zuge gleichheitsrechtlicher Fallbeurteilung: „Eine Öffnung für Kognition steht immer unter der autopoietischen Bedingung der Einarbeitung des Einzelfalles oder der geänderten Norm in die laufende und weiterlaufende Entscheidungspraxis des Systems.“⁵⁶

Ist damit aber bereits die (ohnehin stattfindende, aber gleichwohl postulierte) Öffnung für soziale Realität⁵⁷ normativ erfaßt oder kann das System hierauf verzichten? Muß dem rechtlich Ausgeschlossenen, der Umwelt, nicht selbst ein Platz im System zugewiesen worden sein als rechtlich integrierte Negation von Autonomie zur Erhaltung von Autonomie?⁵⁸ Und inwieweit bedarf es hierzu wiederum normativer Anbindung, um spezifisch rechtliches Interesse an Umwelt zu mobilisieren? Einer solchen Aufgabe selbstbezoglicher Normierung von Kognition ist das rechtsstaatliche Gleichheitsgebot für sich genommen nicht gewachsen. Es mag unter analoger Bezugnahme auf vorgefertigte Fallgruppen Rechtsfortbildung ermöglichen und kann sich bereits deshalb kein Bild über die Gesamtmenge der im Gleichheitsmedium ergangenen Entscheidungen machen, die man, schon um der Forderung gerechter, das heißt sozial adäquater Vergleichsgruppenbildung gerecht zu werden, kennen mußte, um in jeder Hinsicht Gleichheit walten zu lassen. Eine Unmöglichkeit! Kann Gleichheit also per se gerecht sein?

Speziell der Sozialstaat legitimiert universell im Rechtssystem den Zugriff auf soziale Realität und bringt in permanenter Konfrontation mit Rechtsstaatlichkeit eine Vorauswahl von Wirklichkeitsaspekten ins Spiel, die entweder als neue Rechtsentscheidung mit eigener Tendenz zur Normbildung taugen oder als zukünftige Entscheidungsalternative oder „ewiges“ Unrecht in Erinnerung gehalten werden. Sozialstaatlichkeit aber bleibt Nebensache gegenüber Rechtsstaatlichkeit, ihr normativ untergeordnet. Andernfalls wäre weder Kontingenz noch Konsistenz verfügbar, wären Sachverhalte dem Rechtssystem nicht zurechenbar, vielmehr durch den Direktinfluß des Sozialen blockiert. Hierin mag auch die an sich ungewöhnliche Frage nach der Berechtigung der sozialstaatlichsten unter allen sozialstaatlichen Falllösungen⁵⁹ und die zu beobachtende Beliebigkeit der Inanspruchnahme des Verfassungspostulats⁶⁰ im Rechtsprechungszusammenhang eine Erklärung finden. Der Gefahr seiner Überinterpretation als Selektionsregel sind damit unter Aufrechterhaltung von Variabilität sozial adäquater Verknüpfung vor-entschiedener Rechtsfälle Grenzen gesetzt.

In dieser Hinsicht erblickt *Ladewig*⁶¹ im juristischen Hantieren mit Werten – etwa im Einzugsbereich des sachlichen Differenzierungskriteriums⁶² – ein Offenhalten der Wertabwägung von Fall zu Fall, eine nur provisorische Festsetzung von Wertgehalt. Nur so ist das Recht hinreichend irritierbar, das heißt insbesondere auch für ein politisches, aber rechtlich kanalisiertes und unterschiedlich perspektiviertes Verständnis von Sozialstaatlichkeit offen.⁶³ Und nur so erhält die Aufspaltung des

Sozialstaats in einen politischen und verfassungsrechtlichen Begriff⁶⁴ theoretisch Rückendeckung. Der Sozialstaat legitimiert einen solchermaßen kontingenten Umgang des Rechts mit sich selbst, indem er dem Rechtsstaat die Grenzen seiner Möglichkeiten vorführt,⁶⁵ Fallgruppen, Lebensordnungen oder Sachsystemen ihre innere Geschlossenheit⁶⁶ – etwa im Sinne von fürsorge- und versicherungsrechtlicher Sachgerechtigkeit – attestiert und so den Blick von erkennbaren Inkonsistenzen⁶⁷ der Rechtsordnung, also von Ungerechtigkeit bei der Herstellung von Gleichheit (die notwendig Ungleichheit entstehen läßt) ablenkt. So gesehen ist das Verfassungspostulat nicht Ausgangspunkt, sondern thematischer Endpunkt rechtlicher Aleatorik, nicht ihr Ursprungswert, sondern der ihr nachträglich beigelegte argumentative Sinn.⁶⁸

4. Die Geltungsproblematik

Das Sozialstaatsprinzip gilt weiterhin als offenster Grundsatz der Verfassung.⁶⁹ Minimalkonsens dürfte darin bestehen, daß es Gesetzgebung und Verwaltung zur Sozialgestaltung ermächtigt.⁷⁰ Alles weitere ist umstritten. Schon im grundsätzlichen ist keine Einigkeit darüber zu erzielen, ob es als Rechtsprinzip verfassungsnormative Bedeutung erlangt hat und – bejahendenfalls – in welcher Reichweite. Man mag dann aus der Not heraus konstatieren, daß die Grenze zwischen legitimer Verfassungsinterpretation und nicht mehr legitimer Vorwegnahme der Gesetzgebungsarbeit bei der Konkretisierung der staatlichen Sozialpflichtigkeit fließend sei.⁷¹ Dies aber kommt dem Eingeständnis gleich, daß die Verfassung ihrer Aufgabe als Kontrollinstrument⁷² gegenüber den Staatsgewalten in dieser Hinsicht nicht wirksam nachkommen kann und politisch korrumpierbar ist.

Die Frage der Grenzziehung zwischen normativ getragener Interpretation und Überinterpretation hat im Rahmen der Sozialstaatsdiskussion sicherlich eine gewisse Zuspitzung erfahren, ist aber von allgemeiner Bedeutung.⁷³ Im Schema von Zeichen und Sinn, Schrift und Normprojektion⁷⁴ vermitteln Texte Verweisungen auf Sinn, der systemspezifisch ermittelt werden muß, wenn es sich um einen Rechtstext handeln soll. Texte kondensieren⁷⁵ in wiederholter Anwendung bestimmte Fallerfahrungen auf einen Identitätskern, der vorentschiedene Fälle als abgrenzbare Menge hervortreten läßt und so den Bereich möglicher Kombinationen unterschiedlicher Fallerfahrungen einschränkt.⁷⁶ Da das Rechtssystem, bedingt durch internen Meinungsstreit und Unwelteinfluß, einer Art Dauerbelastung mit unerwarteten Anforderungen unterliegt,⁷⁷ insbesondere Regeln identifizieren muß trotz Nichtidentität der Fall-Lage,⁷⁸ um die Zuordnung der Codewerte Recht/Unrecht zu bewerkstelligen, ist die Bildung thematischer Schwerpunkte (Prinzipien, Regeln, Fallgruppen) Bedingung der Möglichkeit juristischer Argumentation und gleichzeitig ihr Ergebnis. In dieser Weise kann Argumentation indes nur fruchten, wenn ihre Textgrundlage als rechtlich, und insoweit als argumentativ begründet gelten kann.⁷⁹ Anderenfalls bleiben vordergründig eingespielte Bedeutungen einem schwelenden Grundlagenkonflikt ausgesetzt, der ihnen einen eigentümlich vorläufigen Charakter verleiht. Wie sonst nirgendwo wurde mit der Sozialstaatsdiskussion eben diese Ebene beschritten. In ihrer Abstraktion von konkreter Rechtsanwendung scheint die Diskussion zu einem unendlichen Regreß vorangetrieben, wenn entschieden werden soll, wie das prekäre Verhältnis von

Rechtsstaat und sozialstaatlicher Defizitkompensation (sozialer Realität) seinerseits mit Verfassungsrecht in Einklang gebracht werden kann. Das Rechtssystem macht sich in der Auseinandersetzung mit seiner sozialen Umwelt selbst zum Thema. Es gewinnt eine Identität durch Selbstbeschränkung auf eigene operative Möglichkeiten, differenziert Innen- und Außenhorizont, beobachtet sich als „System-in-einer-Umwelt“ und erfährt sich hierüber schließlich als anpassungsfähig an dasjenige Bild von Umwelt, das in der Perspektive normativen Erwartens zugänglich erscheint.⁸⁰ Wir werden sehen, daß man es dabei unvermeidlich mit Paradoxien zu tun bekommt, die in der Verfassungsdiskussion zunächst als Konstruktionsschwächen auftauchen: So bleibt die Frage nach einem sozialstaatlichen Kernbereich der Verfassung,⁸¹ so berechtigt sie angesichts der Heterogenität der berührten Gesellschaftsbereiche (Wirtschaft, Erziehung, Kultur, Umweltschutz, Sozialpolitik)⁸² auch sein mag, dem Geltungsproblem relativ hilflos ausgesetzt. Sie reibt sich mit der Forderung, im Sozialstaatsprinzip eine Leitlinie für die gesamte Rechtsordnung zu sehen.⁸³ Der vielbeschworene Schutz des sozial Schwachen dürfte sich nicht auf die klassischen Felder des Sozialrechts beschränken lassen. Kompensationsbedarf zeigt sich prinzipiell in allen Teilsystemen der Gesellschaft und als vorausschauendes Vermeidungshandeln gerade im Vorfeld sozialrechtlicher Auffangtatbestände. Wie soll – etwa aus methodischer Sicht – die Aussage verstanden werden, das Sozialstaatsprinzip mache als Rechtsgrundsatz die „Realanalyse“ der Sozialordnung zum notwendigen Bestandteil der Verfassungsinterpretation?⁸⁴ Es bestehe die rechtliche Pflicht zur Analyse des „realen sozialen Konflikts“⁸⁵, und der soziale Rechtsstaat nehme eine Garantstellung für die Umsetzung des grundrechtlichen Wertesystems in die Verfassungswirklichkeit ein.⁸⁶ Soll der Wirklichkeitsbezug über die bloße Normanwendung im Sinne des syllogistischen Schlusses hinaus auch bei der Bestimmung des Normgehalts selbst zugrundegelegt werden,⁸⁷ also Bestandteil der Rechtserzeugung sein,⁸⁸ so ist immer noch offen (und nur normativ zu entscheiden), welche Sachelemente der sich in der Anwendung konkretisierenden Norm als normativ geltender Wirklichkeitsausschnitt wesentlich sind, warum also diese und nicht jene Fakten des Sozialstaats bei der Bestimmung seines Aussagegehalts mit Geltungskraft ausgestattet werden. Auch dann bleibt schließlich ungeklärt, in welcher Weise der festgestellte Bedarf zu beheben ist und wer hierüber bestimmt.

Wird die Entscheidungsverantwortung – nicht zuletzt in Ansehung unterschiedlicher Haushaltslagen – dem Gesetzgeber vorbehalten,⁸⁹ aber gleichzeitig die Qualität eines verbindlichen Rechtssatzes vorausgesetzt,⁹⁰ so reduziert sich der Sozialstaat bis zur Erreichung einer teilweise in Erwägung gezogenen Unerträglichkeitsgrenze⁹¹ auf eine Duplizierung des demokratischen Prinzips. Dagegen greift das Bundesverfassungsgericht insofern über das Willkürverbot hinaus, als dasjenige, was sachgerecht oder sachwidrig ist, am Sozialstaatsprinzip gemessen werden soll,⁹² und weckt so Hoffnung auf inhaltliche Direktiven, die mit dem Hinweis, daß zur Erreichung des grundsätzlichen Ziels einer gerechten Sozialordnung alle Wege offenstehen,⁹³ unter Ausrichtung auf das demokratische Prinzip wieder zunichte gemacht werden. Als Ermessensdirektive⁹⁴ und Auslegungsrichtlinie⁹⁵ soll es die Rechtsanwendung anleiten und entblößt so ein weiteres Mal seinen ungesicherten Status, wenn interpretationsbedürftiges Sozialrecht in erster Linie als Bestätigung der gesetzgeberischen Entscheidung und nicht als bloße Nach-

zeichnung der Sozialstaatsklausel zu bewerten sei, der deshalb allenfalls begrenzte Bedeutung im Rechtsanwendungsprozeß zukommen könne.⁹⁶ Wird dagegen auf Verfassungsebene unter Anspielung auf rechtliche Folgenorientierung⁹⁷ nach inhaltlichen Bestimmungsgrößen gesucht und dabei einer sozialwissenschaftlich aufgeklärten Rechtslehre und Rechtsanwendung der Weg geebnet,⁹⁸ etwa um politisch unterrepräsentierten Interessen rechtlich Nachdruck zu verleihen, so kann der Fall nicht allein deshalb in bestimmter Weise entschieden werden, weil eine mögliche Benachteiligung zugrunde liegt, es sei denn, die Verfassung selbst sieht ihre Behebung vor. Von „Interesse“ ist grundsätzlich alles und ein „rechtliches“ Interesse ist nur rechtlich ermittelbar. Das Erfordernis, „daß auch normative Erwartungen lernfähig bleiben, das heißt: in einem kognitiven Kontext geändert werden können...“⁹⁹ muß selbst normativ erwartet werden können. Anderenfalls wäre die Operation nicht als Rechtsoperation¹⁰⁰ identifizierbar. Die rekursive Anbindung an die kontrafaktische Stabilität von Normen im Kontext interpretationsbedürftiger Gesetze, von Gleichheits- und Vertrauensgrundsatz erübrigt sich also keineswegs, um Recht in selbstreferentiell vorgefertigter Perspektive von sozialer Realität beeindrucken zu lassen – und natürlich wird juristisch daran nicht eben selten erinnert.¹⁰¹ Überdies ist die gesellschaftswissenschaftliche Sichtweise unter Bedingungen funktionaler Differenzierung¹⁰² nur eine unter vielen, und das Sozialstaatsprinzip läßt geltungsmäßig nicht erkennen, ob die Interpretation wissenschaftlichen, politischen, ökonomischen oder sonstigen Kriterien folgen soll, damit rechtlich „richtig“ entschieden werden kann.¹⁰³

Als rechtliches Relevanzkriterium kognitiver Öffnung des Rechtssystems scheint der Sozialstaat zunächst unbrauchbar. Lernfähigkeit muß normativ erwartet werden können, muß gelten, und wenn ja, nicht völlig aussagelos bezüglich Inhalt und Adressat. Ansonsten bliebe es bei den skizzierten Konstruktionschwächen. Aber möglicherweise sind genau sie der Preis, der für die im Gegenzug erreichte Aufgeschlossenheit des Rechts gegenüber nicht kalkulierbaren Umweltanforderungen gezahlt werden muß. Allem Anschein nach erzeugt gerade die Unsicherheit im Umgang mit der Geltungsproblematik jenen Filtereffekt, „der darin besteht, daß ein Meinungswandel als Lernanlaß, also kognitiv wahrgenommen wird, und nicht etwa als direkte Imposition neuer Normen,“¹⁰⁴ welche die Entdifferenzierung des Systems riskiert. Und möglicherweise ist dieser Effekt nur deshalb der Geltungskontroverse zuzuschreiben, weil sie zirkulär angelegt ist und aus diesen Gründen nie zur Ruhe kommen kann. Ist also die Sozialstaatsdiskussion als Geschichte gescheiterter Spezifizierungsversuche gleichsam der metakonstitutionelle Sinn des Sozialstaatsprinzips?

5. Zirkularität

Bei der Beschäftigung mit dem Sozialstaat bekommt man schnell den Eindruck, die Diskussion sei prinzipiell offen für alles. Sie scheint allzuständig für Probleme der Wirtschaftsintervention, des Arbeitsrechts, der Sozialpolitik, der Mittelstandspolitik, des Mietrechts, des Strafrechts, der Bildungspolitik, der Umweltpolitik bis hin zur allgemeinen Gesellschaftsplanung,¹⁰⁵ dem Phänomen der Massenverwaltung, der Verrechtlichung und dem „Lebensgefühl der Zeit als sozialer Faktor“.¹⁰⁶ Eine Ansammlung von Überschriften für das Phänomen von Stabilität und

Wandel. Aber „die meisten Faktoren sind rechtlich bestenfalls mittelbar zu beeinflussen“, wird in rechtlicher Selbstbeschränkung konzediert.¹⁰⁷ Warum dann also dieser ausschweifende Blick in die Ferne? Offenbar hat sich im sozialstaatlichen Auspizium ein Bewußtsein dafür entwickelt, daß nicht jedes Ereignis der rechtssystemischen Umwelt normative Bedeutung erlangen kann, aber dennoch – man weiß wohl nicht genau warum – eine wichtige Systemfunktion¹⁰⁸ erfüllt.

Diese Form der Kontaktaufnahme mit der Umwelt ist unter konstruktivistischen Vorzeichen inzwischen so weit aufgearbeitet, daß eine Beschränkung auf das Wesentliche zumutbar erscheint.¹⁰⁹ Da das Rechtssystem sich nur in der normativen Schließung seiner Operationen als solches zu erkennen geben kann, ist ausgeschlossen, daß es sich von sozialen Fakten unmittelbar instruieren läßt. Umweltkontaktaufnahme dient innerhalb der Reproduktionsdynamik des Systems nur der Steuerung eigener Kommunikation. Hierdurch werden intern jene Bedingungen für Umweltzustände und -veränderungen gedeutet, die vorliegen beziehungsweise eintreten müssen, damit Rechtskommunikationen entweder erfolgreich fortgesetzt oder abgebrochen werden können. Realitätsentwürfe zielen auf die Selbststeuerung des Systems: Es ventiliert die Möglichkeit von Rechtsänderungen unter dem Vorbehalt konsistenten Entscheidens; es speichert diese Änderungsmöglichkeiten,¹¹⁰ sofern sich eine Vernetzbarkeit einstweilen nicht abzeichnet. Über den Begriff des sozialen Rechtsstaats reflektiert das Funktionssystem die Differenz von System und Umwelt und konstruiert eine Fremdreferenz zum Zweck seiner Schließung. Es ist ein Begriff der Wiedereinführung dieser Differenz in das System,¹¹¹ mit dem es seine Umwelt in der ihm verfügbaren Sprache¹¹² beschreibt aus der Perspektive seiner Systemreferenz, gänzlich eingefangen vom Standort seiner Beobachtung. Dadurch wird das System „zu einer schärferen Reflexion auf die Bedingungen seiner eigenen Dynamik gezwungen“ und gewinnt „größere Freiheitsgrade in der Auswahl der Umweltsachverhalte, die es zur Konditionierung seiner Eigenzustände verwenden kann“.¹¹³ Allerdings riskiert das System auf dieser Beobachtungsebene (der Beobachtung seiner eigenen Umweltbeobachtungen im Schema konsistenten Entscheidens) paradoxe und tautologische Verwicklungen, je mehr im Grundsätzlichen angesetzt wird.¹¹⁴

In der Diskussion haben sich im wesentlichen 4 Varianten herausgebildet. In unbemerkter Reproduktion der System-Umwelt-Differenz lautet die Alternative zunächst: Sozialstaat als im Einzelfall zu konkretisierender Rechtssatz mit Verfassungsrang¹¹⁵ oder als „um der Zukunft willen“ inhaltsoffener Programmsatz, dem eben deshalb keine Rechtsverbindlichkeit zukommen könne.¹¹⁶ Die quasi vermittelnde Lösung überträgt die Entscheidungsverantwortung vollends dem Gesetzgeber und beharrt dennoch auf einem Verfassungsprinzip.¹¹⁷ In erreichbarer Nähe bewegt sich eine vergleichsweise neue Auffassung mit der auf *Dworkin*¹¹⁸ zurückgehenden Einstufung als Rechtsgrundsatz mit entscheidungsanleitender Prinzipienstruktur und/oder politisch zu optimierender Zielvorgabe.¹¹⁹ Prinzipien aber entziehen sich nach *Dworkin* der Dichotomie von Geltung/Nichtgeltung,¹²⁰ so daß selbst dann, wenn in dynamischer Betrachtung als dem Recht zugehörig „alle Erwägungen“ anzusehen sind, die „zur Rechtfertigung eines gegebenen Rechtsmaterials vorgebracht werden können“,¹²¹ sich an der Rechtsqualität sozialstaatlich eingebundener Erwägungen wegen stets mitgeführter argumentativer Zweifel über

Geltung und Reichweite der Verfassungsbestimmung im Sinne ausreichender Rechtfertigung eben stets zweifeln läßt. In der Gesamtschau der Positionen scheint man es mit einer Pattsituation zu tun zu haben.

Das hat zunächst zur Folge, daß nicht klar entschieden werden kann, ob und inwieweit die sozialstaatliche „Realanalyse“ kompensationsfähiger Defizite sich aus dem Recht selbst ergibt. Eine aus dem Recht sich ergebende Realität kann hingegen nicht objektive, also rechtlich anerkennenswerte Realität sein. Ergibt sie sich hingegen nicht aus dem Recht, kann sie das Recht auch nicht anerkennen.¹²² Mit der Wiedereinführung der System-Umwelt-Unterscheidung in das Unterschiedene (siehe oben), nämlich durch den Versuch einer sozial „gerechten“ Anerkennung von Realität als Rechtserzeugungsregel (siehe oben), wird diese Paradoxie hingegen nicht vollständig entschärft. Auch die verfassungsgerichtlichen Aussagen zur Rechtsgeltung des Sozialstaats haben die Diskussion nicht beendet, zumal die Verfassungsformel vom Gericht, vermutlich nicht ohne Grund, in wohltdosierter Unbestimmtheit belassen wurde. Um endgültig Ruhe einkehren zu lassen, müßte die verfassungsrechtliche Regel für Geltung und Nichtgeltung angegeben werden können. Warum also wird dem politischen Gesetzgeber oder auch der gesetzesinterpretierenden Verwaltung unter Verzicht auf verfassungsrechtliche Strukturentscheidungen die Rolle des Hüters des Sozialstaats zugespielt, oder aus welchen Gründen kommt der Verfassungswirklichkeit umgekehrt die Rolle einzelfallgerechter Rechtserzeugung zu? Und selbst wenn man sie gefunden hätte, ließe sich weiter nach der Regel fragen, auf der die Geltungsregel beruht. So bewegt man sich im Kreis. *Teubner* bringt dies folgendermaßen auf den Begriff: „Recht entspringt der Willkür seiner eigenen Positivität.“¹²³ Da Recht universell gelten soll, nichts außerhalb von Recht über Recht bestimmen kann, muß Recht auf sich selbst angewendet werden. Dadurch kommt es zur Paradoxie der Selbstreferenz und zum Bemühen, ihr durch Externalisierung¹²⁴ (etwa bezugnehmend auf die politische Legitimität des Gesetzgebers) oder Hierarchisierung zu entgehen. Wird die Verfassung als Endpunkt der Hierarchie jedoch selbst mit Geltungsfragen konfrontiert, kommt es zu einem unendlichen Regreß auf diejenigen Rechtsmeinungen, die das Geltungsproblem hervorgerufen haben. Die Frage der Geltung des Sozialstaats kann nur unter Geltungsaspekten beantwortet werden. Mit der Anwendung einer Unterscheidung (Geltung/Nichtgeltung) auf sich selbst entsteht Zirkularität.¹²⁵ Das führt zwangsläufig zu einer Entscheidungsblockade.¹²⁶ Dasjenige, was als Rechtswirklichkeit interpretativ benutzt werden soll, läßt sich nur zirkulär rekonstruieren. Rechtswirklichkeit verfängt sich in der Frage nach der Geltung des ausgewählten Wirklichkeitsausschnitts zur Interpretation der Norm. In bezug auf Geltung verweist das Recht auf eigene Möglichkeiten und hält so Fremdverweisungen auf die Welt des Sozialen unter Kontrolle. In der weiteren Anknüpfung ans demokratische Prinzip, die unkalkulierbare Haushaltslage sowie an gleichheits- und abwehrrechtliche Grenzen sozialstaatlicher Intervention einerseits oder die Einzelfall- oder Bedarfsgerechtigkeit andererseits werden in stets neuer Kombination die Kriterien festgelegt, wie mit empirischen Erkenntnissen umzugehen ist. Ein normativer Geltungstest erscheint damit unmöglich.¹²⁷ Das Symbol der Rechtsgeltung bezieht sich auf Änderungen des Rechtszustandes.¹²⁸ Sie ist die Form, in der Operationen auf Systemzugehörigkeit Bezug nehmen und Anschlußmöglichkeiten auf geltendes Recht suchen. Nicht „Hierarchie“ (etwa Rechts-

quellenhierarchie oder Metanormen), sondern „Zeit“ bestimmt über Geltung als ein „von Moment zu Moment neu zu erarbeitendes Produkt des Systems“.¹²⁹ Die Geltungsgrundlage des Rechts liegt in der Gleichzeitigkeit seiner faktischen Operationen. Gleichzeitigkeit läßt sich in ihrer Totalität aber weder bewirken noch wissen. Daher kann man gar nicht anders „als ungeprüft zu unterstellen, daß im gegebenen Moment auch andere Operationen des Rechtssystems und seiner sozialen und psychischen Umwelt das Geltungssymbol bestätigen“.¹³⁰

Auf dieser Basis macht es in gewisser Weise Sinn, von der Einheit des Rechts- und Sozialstaates zu sprechen. Denn durch die Geltungsfrage, die sich nach alledem nicht ohne Grund mit einem kognitiv ausgreifenden Sozialstaat verbindet, wird die Erinnerung darüber wachgehalten,¹³¹ daß die Sichtung sozialer Defizite nicht automatisch ihre Behebung rechtfertigt, es sei denn, in rechtsstaatlich konsistenter, etwa gleichheits- oder abwehrrechtlich vorgeformter Weise. Gleichzeitig aber ist es die Geltungsform beziehungsweise die zirkulär fundierte Unsicherheit im Umgang mit ihr, die den Blick in die Ferne schweifen läßt und Umwelt nach neuen Möglichkeiten für Rechtsänderung abtastet, weil potentiell alles gelten könnte und zugleich nicht. Der von *Luhmann* konstatierte Zusammenbruch naturrechtlicher, transzendentaler und logisch-axiomatischer Fundamente des Rechts findet im substanzlosen Begriff der Zeit,¹³² der sich mit prinzipiell allen Geltungszuständen des Systems verträgt, eine einfache wie ambivalente Antwort auf gängige Selbstbeschreibungsprobleme des Rechts: Recht gilt, weil und solange es gilt. Dieses Ergebnis ist normativ freilich nicht mehr verwertbar. Es ist insofern keine Lösung der sozialstaatlichen Geltungsfrage. Es beschreibt aber aus rechtssoziologischer Distanz heraus die zu erwartenden Schwierigkeiten bei unverblümter Sicht des Rechtsinterpretieren auf die Geltungsdimension des Sozialstaatsprinzips. In dieser Hinsicht entlastet es freilich auch den nach Geltung Suchenden und stellt ihm größere Freiheiten bei der Auswahl „von etwas als Recht“ in Aussicht – Freiheiten aus Anlaß und zum Zweck der Selbstbeschränkung, normativer Schließung. So läßt sich sozialstaatliche Dynamik (siehe oben) nunmehr als etwas beschreiben, das sich nicht einem inhaltlich aufgeladenen Sozialstaats-Wert verdankt, der soziale Lösungen sozusagen in der guten Seele mit sich herumträgt, sondern einer Paradoxie, die gleichsam als Pufferzone gegen die Direkteinführung sozialer Fakten somit aus guten Gründen nur in stetem Selbstzweifel im Zitat von Gerechtigkeit jener Auflösung des Zirkels in unterscheidbare Identitäten nachkommen kann.

6. Zur Möglichkeit einer Rechtstheorie des Sozialstaats

Es dürfte aufgefallen sein, daß auf dieser Grundlage keine Begründungen im Sinne von Justitiabilität zu erwarten sind, so sehr die vorangehenden Ausführungen auch nahelegen mögen, daß auf Letztbegründungsformeln (Rechtsquelle, Vernunft)¹³³ zur Darstellung der Einheit des Rechts zumindest einstweilen nicht verzichtet werden kann – mag der Erfolg dieses Unternehmens auch zweifelhaft sein. Solange sich heute erst in Ansätzen abzeichnet, wie sich externe (zum Beispiel soziologische) und interne Beschreibungen des Rechts aufeinander beziehen lassen, kann der beschrittene Weg nur unter der vieldeutigen Wegbezeichnung einer Rechts- beziehungsweise Verfassungstheorie fortgesetzt werden.¹³⁴ Dahinter verbirgt sich zugegebenermaßen ein tiefgreifendes Problem. Als Rechtstheorie des

Sozialstaats hätten diese Lösungsentwürfe für die paradoxe Systemidentität¹³⁵ bereitzustehen und enden in der Sackgasse, wenn in der Rechtsquellenhierarchie zu hoch (als Problem der Legalität) und unter Wertaspekten (als Problem der Legitimität) zu grundlegend angesetzt wird. Sucht man den Ausweg in der externen Beobachtung unter Prämissen des Wissenschaftssystems, läßt sich zwar eine Beschreibung der Einheit des Differenten liefern, jedoch kein Beitrag zur Fortsetzung der Autopoiesis des Systems.¹³⁶ *Luhmanns* Vorschlag, Rechtstheorie mit den begrifflichen Errungenschaften der Systemtheorie auszustatten, die Selektion jedoch dem Rechtssystem zu überlassen, verfängt sich in der paradoxalen Frage nach den dabei zugrundeliegenden Selektionskriterien, jedenfalls aus Sicht einer Rechtstheorie. Gleichwohl spricht einiges für eine rechtstheoretische Verankerung der hiesigen Gedanken. Auch wenn sich die Art der Fragestellung vom normativen „Was“ des Sozialstaats auf das „Wie“ seiner normativen Schließung verlagert hat, wird der Boden einer (in fremdreferentieller Einstellung erzeugten¹³⁷) rechtstheoretischen Selbstbeschreibung dennoch nicht verlassen. Denn das Paradoxieproblem wurde in die Beschreibung integriert, die deshalb eine Selbstbeschreibung bleibt, weil überhaupt nur so mögliche Alternativen zur gängigen Absicherung normativen Erwartens denkbar, wenn auch nicht sofort, verfügbar werden. Bis dahin kann rechtstheoretische Reflexion auf die Notwendigkeit des Festhaltens an den alten Begrifflichkeiten aufmerksam machen und ist in dieser Attitüde der Selbstbeschränkung schon keine externe Beschreibung mehr. Und sie kann deutlich machen, daß der sozialstaatliche Geltungszirkel zumindest bislang als wirksame Abschirmung taugte, die das unvermittelte Schließen von Fakten auf Recht verhindert hat.

Gleichsam Kehrseite dieser Innenbezugnahme der Sozialstaatsdiskussion ist ihr Bezug auf Äußeres. Während Rechtsstaats- und Demokratieprinzip weitestgehend im liberalistischen Schema des Staat-Bürger-Dualismus beschrieben werden, reflektiert rechtliche Sozialstaatstheorie wie sonst nirgendwo das Verhältnis zwischen gesellschaftlichen Teilsystemen sowie zwischen ihnen und dem Ganzen der Gesellschaft-, Stichwörter Integration, Planung, Subsidiarität, Optimierung.¹³⁸ Die Tatsache, daß Recht über Sozialstaatlichkeit das eigene Beobachten beobachtet und sich dabei als relevante Umwelt externer Beobachter erfährt,¹³⁹ läßt weitere Reflexionsgewinne erahnen. Es soll kurz angedeutet werden, in welche Richtung wir uns dabei bewegen.

Gerechtigkeit wurde als Form der Gleichheit im Sinne adäquater Komplexität des konsistenten Entscheidens präsentiert.¹⁴⁰ Wodurch aber kann die Adäquatheit der Komplexität zum Ausdruck gebracht werden? Stellt sie sich quasi naturwüchsig von selbst ein oder gibt es eine Position im Recht, eben dies zu reflektieren? „Adäquat“ bezeichnet den Modus der Reaktion auf gesellschaftlichen Entscheidungsbedarf oder richtiger: die Qualität der Irritabilität¹⁴¹ des Rechtssystems. Sie betrifft einerseits die Kontrollierbarkeit von Rechtsänderungen als konsistentes Entscheiden, andererseits den dabei zugrundeliegenden Horizont, den die Umwelt aus rechtllichem Blickwinkel abwirft, letztlich die Einheit der (unsichtbaren, weil legitimationsfeindlichen) Zwei-Seiten-Form, wenn dieses Verhältnis in der Selbstbeschreibung Gerechtigkeit mündet. Sofern die Vermutung stimmt, daß die Geschwindigkeit der Abänderung der internen Differenzierung rechtlicher Gel-

tungszustände durch die Art und Weise sozialstaatlicher Thematisierung gesellschaftlicher Problemzonen als rechtsrelevant beeinflusst werden kann, ließe sich die Qualität von Irritierbarkeit als Rechtsoperation einer Rechtstheorie beschreiben, die unter Bezugnahme auf ungesicherte, weil zirkulär fundierte temporalisierte Geltung die „Rechtsverträglichkeit“¹⁴² von Sozialpolitik im weitesten Sinne auslotet. Zwar hat das Recht keine Direktkontrolle über die Anlässe, die zu Streitentscheidungen führen, aber über die Begriffe und Argumente, die diesen Anlässen zugrunde liegen. Und es verfügt im sozialstaatlichen Rahmen über ein relativ flexibel handhabbares Geltungssymbol, mit dem sich der begriffliche Aussagegehalt im Sinne eines wohldosierten rechtlichen Wandels steuern läßt. So läßt sich ein mit Geltungssymbolik angereichertes materiales Argumentieren möglicherweise kontrollierter als bisher¹⁴³ als Überinterpretation diskriminieren, die dann gegebenenfalls als um so offensichtlicher in Erscheinung tretender „sozialer“ Mißstand Gesetzgebung zu mobilisieren vermag. Denkbar wäre, diese Option stärker noch als hier geschehen im Kontext juristischer Argumentation anzusiedeln durch Versuche einer Spezifizierung von Redundanzformeln (Gerechtigkeit) zur Abwehr informativer Überlastung, wodurch umgekehrt mit erhöhter Informationsproduktion, also Komplexität zu rechnen ist.¹⁴⁴ Prinzipien der „Fürsorge für Hilfsbedürftige“, „angemessener Betreuung“, des „Bedarfs an sozialer Hilfe“,¹⁴⁵ weiterhin die Beschränkung des sozialstaatlichen Geltungsgehalts auf das Sozialrecht¹⁴⁶ – etwa unter zusätzlicher Absicherung durch einen Kernbereich (siehe oben) – zielen bereits heute in diese Richtung. Eben das wäre dann als die eigentlich sozialstaatliche Antwort des Rechtssystems auf politische Restriktionen – Stichwörter soziale Mittelstandspolitik, Marginalisierung, kurze Politikhorizonte – zu begreifen.

Hintergrund dieser Überlegungen ist ein gewisses Unbehagen in Anbetracht geläufiger Wertschätzungen insbesondere der Rechtsanwendung, mit der sich diese die Möglichkeit von Rechtsänderungen „verbaldemokratisch“¹⁴⁷ offenhält, wenn also von Billigkeit, Härten, vernünftigen Gründen, „strukturell ungleicher Verhandlungsstärke“ oder „an der Gestaltung des sozialen Lebens beteiligten Menschen“¹⁴⁸ als Rechtfertigung wohlfahrtsstaatlicher (Un-)Gleichbehandlung die Rede ist. Sie tragen den Stempel ihrer Beliebigkeit auf der Stirn: Nicht jede Unbilligkeit ist rechtlich kompensierbar¹⁴⁹, und obwohl gerechtere Entscheidungen denkbar sind, bleibt die „ungerechtere“ Lösung des Gesetzgebers unbeanstandet.¹⁵⁰ Das geht auf Kosten von Kontrollierbarkeit und Irritierbarkeit zugleich und mag im einen oder anderen Fall dazu führen, daß die Karten nicht offen auf den Tisch gelegt werden, wenn etwa „wirksame Hilfe“¹⁵¹ sozialstaatlich in Aussicht gestellt, aber nur unter ausschlaggebenden Kosten und politischen Legitimationsproblemen zu haben ist.¹⁵² Gerechtigkeit ist dann nur noch „ein Wert unter anderen“¹⁵³ und bleibt beliebiger Abwägung im Einzelfall überlassen, der auch den abrupten Sprung von einer Systemgerechtigkeit in die andere noch zu rechtfertigen scheint.¹⁵⁴ Demgegenüber ist hervorzuheben, daß sozialstaatliche Gerechtigkeit und ihre Derivate (Interesse, Folgen, soziale Realität, Gemeinwohl, Billigkeit) keine Allzuständigkeit für die Gesamtgesellschaft beanspruchen können, wohl aber für all diejenigen Sachverhalte insbesondere wohlfahrtsstaatlicher Zweckprogrammierung, für die entsprechende Anschlußmöglichkeiten im Recht vorhanden sind,¹⁵⁵ während alles andere der Eigengesetzlichkeit sonstiger Funktionssysteme überlassen bleibt. Dieser Gedanke wäre im Rahmen einer Rechtstheorie des So-

zialstaats weiterzuverfolgen im Sinne einer schärferen Reflexion auf die rechtlichen Bedingungen sozialer Realität, die eben auch beobachten kann, daß die Abwesenheit von Verfassungsrecht nicht notwendig in rechtsstaatlicher Willkür endet.¹⁵⁶

7. Befund

Der soziale Rechtsstaat installiert ein Beobachtungsverhältnis im Rechtssystem, „sich selbst von der Umwelt her und die Umwelt von sich selbst aus zu beobachten“. Er kann zwischen beiden Referenzen oszillieren, „um aus der jeweils anderen beschränkende Gesichtspunkte zu gewinnen, die auf eine begründbare Entscheidung hinführen“.¹⁵⁷ So stabilisiert der Rechtsstaat die begriffliche Wiederverwendbarkeit und Konsistenz dessen, was als Sozialstaat seine Aufgeschlossenheit gegenüber Umwelt unter Beweis zu stellen hat, identifiziert dieser die Regel, die jener für den nichtidentischen Fall bestätigt wissen will, verfeinert dieser die dogmatischen Konstruktionen, die der andere in Frage stellte. Umgekehrt bleibt der Sozialstaat oberhalb dieser Ebene ein Konstrukt des Rechtssystems, unterscheidet zwischen rechtsgültiger und ungültiger sozialer Rechtsrealität, steht also als rechtsstaatlicher Sozialstaat selbst in der Rechtspflicht zu beobachten, ob einstweilig zurückgesetzte Interessen bei veränderter Sachlage rechtlich Beachtung verdienen: Rechts- und Sozialstaat als wechselseitiger Bedingungs Zusammenhang von systemischer Schließung und Öffnung.

In dieser Hinsicht ist der Sozialstaat ein Rechtsbegriff. Er ist die andere Seite des Rechtsstaats, sein Reflexionswert, nicht seine Bestimmungsgröße, sondern seine Disposition für Umwelt, die ihrerseits eine Einstimmung auf das rechtlich Mögliche für das Funktionieren des Ganzen erforderlich macht. Als Reflexionswert kommt dem Sozialstaatsprinzip die Aufgabe zu, außerhalb des Systems vorfindliche Umweltkommunikation aufzuspüren und an Möglichkeiten konsistenten Entscheidens zu messen. In der dabei aufgeworfenen Frage nach einem Kernbereich des Sozialstaatsprinzips schlägt sich das Bemühen nieder, die Aufmerksamkeit des Rechtssystems auf bestimmte Umweltkommunikationen zu begrenzen. Restriktiv verfährt das System bei Konzentration auf Daseinsnachsorge „im Sinne einer gegenwärtigen Kompensation aus der Vergangenheit übernommener Defizite an Teilnehmchancen an gesellschaftlicher Kommunikation“. Extensives Interesse an seiner Umwelt bekundet es hingegen bei zusätzlicher Reflexion von Daseinsvorsorge als „Sicherstellung zukünftiger Möglichkeiten der Bedürfnisbefriedigung“^{157a} insbesondere durch die Wirtschaft. Das Sozialstaatsprinzip ist jedoch ein Rechtsbegriff, der jedwede Justitiabilität vermissen läßt und nur deshalb offen sein kann für soziale Realität. Und es hat gerade auch ein Rechtsbegriff zu sein, weil anders möglicherweise ein parteipolitisches, kulturelles, pädagogisches, wirtschaftliches oder religiöses, aber eben kein spezifisch rechtliches Interesse an sozialer Defizitkompensation formulierbar wäre.

8. Offene Fragen

Die folgenden Überlegungen greifen auf, was andere dem Recht im Umgang mit der Außenwelt zutrauen. Dabei hat man es entweder mit Theorieentwicklungen zu tun, die nicht eindeutig erkennen lassen, wie das angebotene Konzept mit Entscheidungskonsistenz des Rechts vereinbart werden kann¹⁵⁸, oder die von diesem

Erfordernis explizit abrücken.¹⁵⁹ Ihre Einbeziehung in die Diskussion des sozialen Rechtsstaats birgt daher gewisse Risiken, sofern auf seiten des Rechtsstaats Entscheidungssicherheit und Kalkulierbarkeit der Rechtsanwendung auf dem Spiel stehen, aber auch einen gewissen Reiz, sofern auf seiten des Sozialstaats der Umgang mit kooperativen Formen leistender Staatstätigkeit¹⁶⁰ als Herausforderung an regulatives Recht¹⁶¹ reflektiert werden kann.

8.1 Soziale Infrastruktur und gestaltende Verwaltung

Soziale Infrastrukturentwicklung¹⁶² ist hochgradig regionalisiert, durch Selbstverwaltung fragmentiert und weithin beeinträchtigt durch mangelnde ressortübergreifende Entwicklungsplanung, Vernetzungs- und Kontrolldefizite bei der Vergabe und Wahrnehmung von Aufgaben in freier Trägerschaft,¹⁶³ durch Beschränkung der Möglichkeit individualrechtlicher Einflußnahme auf Planung und Angebotsbereitstellung¹⁶⁴ und ein allenfalls schwach ausgebildetes Tätigkeitsprofil der Helferprofessionen,¹⁶⁵ die aktuellen Bestrebungen einer betriebswirtschaftlich fundierten Effizienzsteigerung sozialer Dienste einstweilen nichts entgegenzusetzen haben.¹⁶⁶ Zwar ist häufiger angemahnt worden, daß eine solchermaßen sozialgestaltende Verwaltung¹⁶⁷ besonders intensiv durch das soziale Element in die Pflicht genommen sei.¹⁶⁸ Aber wie? Läßt sich sozialstaatlich eine intensivere Einbindung des behördlichen Gestaltungsermessens in Fragen der Planung, Organisationsentwicklung, des Personaleinsatzes, der Aufgabenkoordination und bedarfsgerechten Mittelverteilung zur Stärkung von Fremd- und Selbsthilfe erreichen?

Es spricht einiges dafür, daß diese Fragen angesichts wechselseitiger Intransparenz sozialer Systeme,¹⁶⁹ der ungeklärten Wirkungsmechanismen sozialer Intervention¹⁷⁰ sowie der begrenzten Prognostizierbarkeit gesellschaftlicher Entwicklung¹⁷¹ nicht über feststehende Richtigkeitskriterien des Rechts beantwortet werden können. Die Alternative, die auf „Sekundärtugenden“¹⁷² und „Relationierungsprogramme“¹⁷³ zielt, mag hingegen in besonderem Maße dort angebracht sein, wo ein Leerlauf individualrechtlicher Einflußnahme auf Ausgestaltung und Bereitstellung existenznotwendiger Kollektivgüter zu verzeichnen ist¹⁷⁴ und die operative Autonomie der zu koordinierenden Akteure Versuchen linearer Steuerung Grenzen setzt. Sie mag Kontextsteuerung und influenzierender Steuerung durch Subventionsvergabe,¹⁷⁵ durch Statuierung von Nachbesserungspflichten und selbstkorrektiver Planung¹⁷⁶ das Wort reden, was so lange folgenlos bleiben dürfte, wie ihre systematische Erfassung im Kontext der Verwaltungs- und Verfassungsdogmatik weitgehend aussteht.¹⁷⁷ Im Blick auf die Sozialverwaltung ist zumindest zweifelhaft, daß die Theorie nur nachvollzieht, „was in der Praxis bereits wirksam ist“.¹⁷⁸ Gesetzliche Planungs- und Koordinationspflichten werden erfahrungsgemäß entweder gar nicht oder nur unvollkommen und eher ritualisiert implementiert. Sozialstaatlichkeit ernst genommen würde hier bedeuten, überhaupt im Sinne des Gesetzes aktiv zu werden. Zudem bietet das öffentliche Recht nur wenige Einbruchstellen zur „Erhaltung der Lernfähigkeit organisierter Subjekte“.¹⁷⁹ Abwägung und Optimierung als Leitgesichtspunkte sozialstaatlicher Planung¹⁸⁰ und Verhältnismäßigkeit¹⁸¹ sind ihrerseits eingepfercht in rechtliche Entscheidungskontexte, so daß Autonomie der zu regelnden Sachbereiche nur über die Autonomie normativen Erwartens zu haben ist¹⁸² und möglicherweise nur deshalb

einem ansonsten zu befürchtenden Machtmißbrauch dezentralisierter Einheiten¹⁸³ zumindest streckenweise entgegengewirkt werden kann. Überhaupt implizieren Optimierungsangebote,¹⁸⁴ daß sich Ziele und Mittel bestimmen lassen, die optimiert werden können. Dies wird zu einem relativ aussichtslosen Unterfangen, wenn quasi als letzter Zweck sozialstaatlicher Optimierungsaktivität nur schwer kalkulierbare Prozesse der Personenveränderung¹⁸⁵ und wirtschaftsabhängigen Versorgung¹⁸⁶ angepeilt werden können. Dies alles scheint den theoretischen Weg im Grundsatz zu bestätigen: Problemlösungsverhalten eher zu stimulieren als zu kontrollieren¹⁸⁷ (Recht als Katalysator von Selbsteränderung).

8.2 Sozialplanung

Lediglich in einigen wenigen Bereichen (Jugendhilfe, Kindertagesstätten, Krankenhauswesen, Pflegeversicherung, Vertragsarztrecht) ist Sozialplanung Bestandteil einfachen Rechts geworden, ansonsten eine freiwillige Angelegenheit, insbesondere dort, wo die Notlage am größten ist: im Sozialhilfesektor.¹⁸⁸ Judikativ ist dieses Rechtsgebiet bislang kaum erfaßt (und wohl auch nur begrenzt erfaßbar)¹⁸⁹ und ohne Einpassung der allgemein-rechtsstaatlichen Planungsgrundsätze zu Strukturlosigkeit und beliebiger Umsetzbarkeit verdammt. Auf Verfassungsebene werden sich kaum Zielgrößen für den Planungsbereich gewinnen lassen, aber möglicherweise Anhaltspunkte für einen in diese Richtung zielenden Handlungsauftrag an Gesetzgebung und Verwaltung. Gemeint ist verständlicherweise nicht umfassende Gesellschaftsplanung, sondern Planung und entsprechende Rechtspflichten dort, wo das Bundesverfassungsgericht auch heute schon einen staatlichen Mindestschutz besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen festgeschrieben hat.¹⁹⁰ Jene vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobenen „Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein“¹⁹¹ sind auf dem erreichten Versorgungsniveau, jenseits elementarer Bedürfnisse aber nicht mehr offen greifbar. Sie lassen sich, nimmt man den verfassungsrechtlichen Mindestschutz ernst, nur noch im Rahmen konsequent durchgeführter Bestands- und Bedarfsanalysen feststellen. Bedeutung erlangt insofern weniger der sozialrechtliche Leistungsanspruch als solcher, sondern vielmehr die Qualität seiner Realisierung unter vorfindlichen Angebotsstrukturen sozialer Dienste und Einrichtungen. Eine immer wieder erhobene Forderung in Rechtsprechung und Literatur ist zudem die zielgenaue Erbringung sozialstaatlicher Leistungen, das heißt Sozialleistungen dort hinzulenken, wo ein Bedarf festgestellt wurde, dagegen Hilfe zu versagen, wenn wirkliche Bedürftigkeit nicht vorliegt.¹⁹² Auch hier ist Sozialplanung Gebot der Stunde und nicht etwa eine „politische Selbstverständlichkeit“, die im Grunde eines Verfassungsauftrages nicht bedarf.¹⁹³ Bedarfsorientierte und wirksame Hilfe¹⁹⁴ erfordert gerade unter Knappheitsbedingungen einen rational ermittelten Verteilungsmaßstab, und dieser bleibt ohne eine möglichst weitgehende Gesamterfassung und Koordination des Leistungsspektrums mehr oder weniger den Zufällen machtpolitischer Einflußnahme ausgesetzt.¹⁹⁵ Insbesondere unter gleichheitsrechtlichen Aspekten dürfte ein „beplanter“ Ordnungsbereich des Sozialen für die grundsätzliche Vergleichbarkeit der behandelten Lebensverhältnisse und ihre Beurteilung nach Art und Gewicht der sachlichen Ungleichbehandlung¹⁹⁶ im Wege konkretisierender Nachzeichnung des vom Gesetzgeber geschaffenen

Systems¹⁹⁷ oder als Direktive gesetzesfreier Leistungserbringung und Subventionierung¹⁹⁸ zudem einen Zuwachs an Transparenz gerichtlicher Systembildung und – angesichts partizipatorischer Elemente¹⁹⁹ – auch größere Problemnähe bei der Interpretation eines insofern sozialstaatlich-planerisch eingefassten Sachgerechtigkeitsgebotes²⁰⁰ zur Folge haben.²⁰¹ Aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht ist dagegen der inkrementalistische, insbesondere sequentielle (minimale Zeithorizonte), fragmentierte (ressortbezogene) und induktive (statt zentraler Steuerung Zusammenfassung der Ergebnisse unterer Einheiten) Grundzug jeglicher Planungspraxis hervorgehoben worden.²⁰² Im Sozialsektor tritt erschwerend die weitgehende Kommunalisierung sozialer Infrastrukturentwicklung bei gleichzeitiger, zum Teil unklar abgegrenzter Aufgabenwahrnehmung durch Sozialversicherungsträger, ihre Aufspaltung auf öffentliche und stark eigeninteressierte private Träger sowie die Aporie von Effizienz und Effektivität der Leistungserbringung im normativen Bezugfeld von Equity und Equality²⁰³ hinzu. Planungsobjektivität scheint hier angesichts personenbezogener Wirkungsprobleme bei der Entwicklung von Zielen und der Quantifizierung sozialer Leistungen im Rahmen von Preisgestaltung nicht erreichbar.²⁰⁴ Da im übrigen alles mit allem in unprognostizierbarer Weise zusammenhängt,²⁰⁵ Planung daher Gefahr läuft, mehr Alternativen zu verbauen als zu eröffnen,²⁰⁶ läßt sich die durchaus angebrachte Skepsis freilich zu einem gänzlichen Verzicht auf jegliche Planung hochstilisieren.

Eingedenk dieser Schwierigkeiten dürften zwar keine Optimallösungen zu erwarten sein. Eine stärkere Verrechtlichung des „Ob“ und „Wie“ von Sozialplanung dürfte aber generell dazu beitragen, Informationsdefizite zu beheben und insbesondere eine Interessenartikulation ansonsten vernachlässigter Randgruppen der Gesellschaft zu befördern. Dabei wird die vorzunehmende Abwägung notwendig immer mit der grundsätzlichen Entscheidungsproblematik konfrontiert sein, daß selbstverständlich nicht „alle“ Umstände der Situation, die planungsrechtlich von Belang wären, ermittelbar sind und nur ein rechtlich eingefasster Wirklichkeitsausschnitt in Betracht gezogen werden kann.²⁰⁷

Aber allein die rechtliche Fiktion, dies sei möglich, dürfte die Aufmerksamkeit bei ausreichender Sensibilität der Aufsichtsinstanzen²⁰⁸ wachhalten, da man nie sicher sein kann, ob wirklich alles erfaßt wurde, was nach Lage der Umstände zu erfassen war (sozialstaatliches Planungsrecht als Katalysator von Klärungsprozessen).

8.3 Staatliche Hilfe und Selbsthilfe

Bei der Frage, ob der Subsidiaritätsgrundsatz in der Verfassung verankert ist, kommt es maßgeblich darauf an, welches Verständnis von Subsidiarität zugrunde zu legen ist: als Vorrang freier Wohlfahrtsverbände vor staatlicher Aufgabenwahrnehmung, als Vorrang kleiner Selbsthilfenetze gegenüber sozialpolitischen Großbürokratien oder schlicht als Vorrang möglicher Selbsthilfe des Bürgers gegenüber staatlicher Fremdhilfe.²⁰⁹ Bekanntlich haben die ersten beiden Varianten in der Verfassung keine Stütze gefunden. Der Grundsatz Selbsthilfe vor Fremdhilfe²¹⁰ gestaltet sich jedoch als Konsequenz zielgenauer, bedarfs- und verteilungsgerechter Leistungserbringung (siehe oben), ist gleichsam notwendiges Gegenstück sozialstaatlicher Hilfe zur Optimierung des Hilfepotentials in integraler Perspektive.

Er enthält somit die gleichen Schwächen in der Bewertung seines rechtlichen Status wie das Sozialstaatsprinzip.

Der Maßstab zielgenauer Leistungserbringung beruht zunächst auf dem Erfordernis der Abstimmung mit volkswirtschaftlicher Leistungsfähigkeit als Grenze parlamentarischer Haushaltsgesetzgebung. Auf diesem Feld reagiert der Sozialstaat tendenziell blind auf wechselnde Haushaltslagen; er bleibt äußeren Gegebenheiten völlig ausgesetzt, solange er in vorausschauender Abwägung der verbleibenden Möglichkeiten keine Stoppregeln für sozialstaatliche Leistungen im Fall einer etwaigen Mittelverknappung parat hält. Dabei kann es nicht um ein detailliert ausgearbeitetes Verfassungsprogramm gehen. Vielmehr wären die Überlegungen darauf zu konzentrieren, ob sich ein Kernbereich des Sozialstaatsprinzips angeben läßt auf der Basis leistungsrechtlicher Mindestanforderungen insbesondere in den Sektoren sozialer Fürsorge und Sicherung. Im Verhältnis zur ermessensregulierten und infrastrukturellen Sozialverwaltung verdient in diesem Zusammenhang vor allem jener Schwellenwert größere Aufmerksamkeit, wo der haushaltsrechtliche Erschöpfungseinwand und das Wirtschaftlichkeitsgebot die Aushöhlung gesetzlicher Sozialstaatsziele riskiert und insbesondere mit einfachgesetzlichen Optimierungsgeboten (etwa § 2 Abs. 2, 17 SGB I) in Einklang zu bringen ist.²¹¹

Unter anderen Vorzeichen steht die Abstimmung mit dem Funktionssystem der sozialen Hilfe. Dieses ist seit langem dem Verdacht ausgesetzt, eher der Verlängerung von Hilfsbedürftigkeit als ihrer Behebung zu dienen und Selbsthilfepotentiale eher zu verstellen als zu nutzen.²¹² Das Hilfesystem orientiert sich weitestgehend an der klassischen Leitdifferenz von Konformität und Abweichung. Vor dem Hintergrund pluralisierter Lebensstile erschwert dies die adäquate Erfassung von Problemen der Klientel und läßt jeden Abbruch von Hilfe als „tragic choice“ erscheinen, wofür dann anderen (Ökonomie, Bürokratie) die alleinige Verantwortung zugeschoben wird.²¹³ Aus dem Blickwinkel der Helferprofessionen wäre eine solche Haltung jedenfalls kurzsichtig. Nichthilfe ist notwendiges Korrelat von Hilfe. Man kann immer nur in begrenztem Umfang oder von begrenzter Dauer helfen. Denn potentiell läßt sich jedes Helfen – etwa als Nach- oder Vorsorge – ins Unendliche steigern, was auf unhintergehbare ökonomische Grenzen stößt. Das wirft die Frage auf, ob man sich den Hilfeabbruch quasi wie von höherer Gewalt von außen diktieren läßt oder nach systemeigenen Kriterien verfährt. Als offengelegte Option würde Nichthilfe demgegenüber Reflexionschancen auf die Möglichkeit der Hilfe eröffnen. So ließen sich Vorurteile korrigieren, die sich im Laufe der eigenen Systemgeschichte verfestigt haben, und politischen und rechtlichen Handlungsrestriktionen mit einer eigenständigen Reflexion auf die Bedingungen von Hilfe und Nichthilfe begegnen. Dann müßte die offengelegte Codierung (Helfen/Nichthelfen) durch Organisationen entscheidungsfähig gemacht werden können, und zwar in einer Art und Weise, die ihrerseits nicht in Gefahr läuft, unnötigen Bürokratismus dort zu produzieren, wo hochkomplexe Interaktion im Einzelfall gefordert ist.²¹⁴ Angesichts des Prozeßcharakters sozialer Dienstleistungen dürfte dies im wesentlichen nur über (politische) Zweckprogramme zu steuern sein, denn es geht nicht um die Herstellung bindender Entscheidungen, sondern um selbstreferentielle Intervention²¹⁵ unter Bedingungen einer in Programmform gegossenen Differenz, die auch die offene Bereitschaft der Klienten (und von ihnen abhän-

giger Hilfsorganisationen) auf die Perspektive von Nichthilfe zuführt, sofern sie sich helfen lassen wollen.²¹⁶ Bei Geldleistungen mit reinem Versorgungscharakter ist konditionale Programmierung dagegen auch aus helfender Perspektive unschädlich. Sofern wie bei der öffentlichen Fürsorge und Förderung die Versorgung aber selbst nur Mittel zum Zweck der Selbsthilfe und Chancengleichheit sein kann, erscheint *Baeckers* Vorschlag einer strukturellen Kopplung von Hilfe und Recht ohne direkte Einbeziehung politischer Möglichkeiten als nicht ausreichend (und das Sozialstaatsprinzip ist der Ort, dies zu reflektieren). Schon das in dieser Hinsicht zur Diskussion gestellte Prinzip der Gerechtigkeit mag zur Fortsetzung von Hilfe stimulieren, für ihren Abbruch müßte es im Leitbild eines gerechten Sozialstaats deutlicher als bisher mit Subsidiarität im Sinne von Selbsthilfe identifizierbar sein.²¹⁷ Erst dann kann sozialstaatliche Gerechtigkeit auch die Aufgabe einer legitimierenden Korrekturformel für die im System der sozialen Hilfe vernachlässigten oder überrepräsentierten Formen der Hilfe übernehmen.

Anmerkungen und Literatur

- 1) Etwa Badura, SGB 1980, 1 (2).
- 2) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 41 (Operativer Konstruktivismus).
- 3) Zur objektiven Grundrechtsordnung als Wertesystem: Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat 1990, 40 (50).
- 4) Die Möglichkeit einer an der Lebenswirklichkeit orientierten sachgerechten Differenzierung des Normensystems über den Hebel des Gleichheitssatzes ventiliert Zippe, Der Gleichheitssatz, in: VVDStRL 40 (1989), 7 (20 f.).
- 5) „Formale Argumente enden in bezug auf das System, auf Texte oder auch auf Formvorschriften ..., die dazu bestimmt sind, ein Abdriften in Sachargumente zu verhindern. Substantielle Argumente beziehen dagegen Erwägungen ein, die auch außerhalb des Systems Anerkennung finden (wie im System angenommen wird)“, Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 393.
- 6) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Aufl. 1984, 21 IV (3): „Wechselseitige Durchdringung“ von Sozialstaat und Rechtsstaat.
- 7) Stern, Das Steuerrecht der Bundesrepublik Deutschland, a.a.O., 21 IV 4; Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 7. Aufl. 1993, 548 (Gerechtigkeit als Regelhaftigkeit).
- 8) BVerfGE 5, 85 (206).
- 9) Zu dieser Fragestellung: Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, a.a.O., 121ff.; ähnlich BVerfGE 37, 38 (57): „Die Steuerbegünstigung durch § 19 UStG stellt deshalb eine sozialstaatliche Maßnahme dar, die mithilft, daß die Kleingewerbetreibenden im Wettbewerb bestehen können. Dies liegt auch im gesamtwirtschaftlichen Interesse an einem vielfältigen und individuellen Dienstleistungsangebot.“
- 10) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, a.a.O., 21 V 4: „Der Sozialstaat bemüht sich zwar um die Schwachen, aber er ist auch der Staat aller“; BVerfGE 11, 115: „Mit dem Gleichheitssatz unverträglich ist dieser Zustand nicht; mögen auch von der Idee der Gerechtigkeit her bessere Lösungen vorstellbar sein.“
- 11) Starck, in: Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, 1982, 51 (70); Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 237 (zur Gleichheit als Gleichheit vorentschiedener Rechtsfälle).
- 12) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 38, 41.
- 13) BVerfGE, 26, 44 (61); 36, 73 (84).
- 14) Benda, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Auflage 1994, 118 (Zur Bedeutung eines überparlamentarischen sozialstaatlichen Konsenses); ähnlich BVerfGE 5, 85 (198).

- 15) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 96.
- 16) Ebenda, 84, 87, 223, 237.
- 17) Scholz/Pitschas, Sozialstaat und Gleichheit. Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Band 2, 1979, 627 (628).
- 18) Frank, Sozialstaatsprinzip und Gesundheitssystem, 1983, 73: „Es ist nicht damit getan, die Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips der politischen Willensbildung zu überlassen, da diese die Gefahr eines ungleichgewichtigen Verlaufs in sich trägt.“
- 19) Zacher, Sozialstaat und Recht, VSSR 1983, 119 (139); derselbe, Der gebeutelte Sozialstaat in der wirtschaftlichen Krise, Sozialer Fortschritt 1984, 1 (4, 7).
- 20) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 69, 175, 211, 277, 285 (Realitätserzeugung durch Irritation).
- 21) Zacher, Sozialstaat und Recht, a.a.O., 120.
- 22) Diese Frage wäre zu diskutieren unter dem Aspekt des Rejektionswertes und der juristischen Argumentation; dazu Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 192, Rn. 52 (in bezug auf Günther).
- 23) Diese Frage wäre zu diskutieren unter dem Aspekt von Struktur und Operation, also der Tatsache, daß sich Rechtsstrukturen der Sequenz ihres Operierens verdanken: Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 37, 41, 45, 49 f., 63, 211 f.; zur juristischen Sicht dieses Problems: Zacher, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen, in: Festschrift für Ipsen 1977, 207.
- 24) Diese Frage bezieht sich auf die Möglichkeit einer Rechtstheorie des Sozialstaates.
- 25) Diese Frage berührt den Aspekt von Legalität und Legitimität in funktional differenzierten Gesellschaften mit ausgeprägter Tendenz zur wohlfahrtsstaatlichen Zweckprogrammierung, die unter diesen gesellschaftsstrukturellen Voraussetzungen nicht über rangordnungsmäßige distributive Gerechtigkeit, sondern nur durch Überführung von Wertfragen in Konditionalprogramme konsistentes Entscheiden ermöglicht; sie stellt gleichzeitig in Aussicht, daß der Geltungszirkel, in den sich die Sozialstaatsdiskussion verstrickt, in besonderer Weise zur Systemschließung beiträgt.
- 26) Zu diesem Ergebnis gelangt im Blick auf die ältere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Zacher, Soziale Gleichheit, AÖR 93, 1968, 370; anders wohl die Entscheidungspraxis des Bundessozialgerichts: vgl. Scholz/Pitschas, Sozialstaatsprinzip und Gleichheit, a.a.O., 655 (wobei vom bloßen Zitat des Postulats nicht auf rechtliche Dynamik geschlossen werden kann); vgl. auch OVG Lüneburg, NDV 1990, 113 (115), das die Anwendung des Postulats im wesentlichen dem Sozialrecht vorbehält und nur ausnahmsweise auch im Gebührenrecht eine Einbruchsstelle entdeckt.
- 27) Benda, in: Handbuch des Verfassungsrechts, a.a.O., 114; Zacher, in: Festschrift für Ipsen, a.a.O.
- 28) Scholz/Pitschas, Sozialstaatsprinzip und Gleichheit, a.a.O., 630 (658).
- 29) Herzog, in: Evangelisches Staatslexikon, 1967, Artikel 3 GG, 696 f.; Frank, Sozialstaatsprinzip und Gesundheitssystem, a.a.O., 73.
- 30) BVerfGE 5, 85 (198).
- 31) Zippelius, Der Gleichheitssatz, a.a.O., 21: „Der Grundsatz, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, bringt eine Polarität zum Ausdruck, verleiht dem Recht gleichsam die innere Unruhe, fortwährend zu prüfen, in welchen Hinsichten und in welcher Konkretion Ungleichheiten zu beachten sind und in welcher Abstraktion von ihnen abzusehen ist.“
- 32) Dieser selbstlaufende Mechanismus setzt allerdings viel voraus, nämlich die Möglichkeit der Identifizierbarkeit von Regeln in wechselnden Entscheidungssituationen, also Argumentation in der Form von Varietät und Redundanz: Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 350 ff.; vgl. auch Zacher, in: Festschrift für Ipsen, a.a.O., 207 (verfassungsrechtliches „Epitheton“).
- 33) Derselbe, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 111, 114.

- 34) Egalitär verstandene Chancengleichheit mündet so – nach anderer Lesart – in Chancengerechtigkeit: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, a.a.O., 930.
- 35) Luhmann, ebenda, 234 f.; anders gewendet: Ungleichheit muß sich rechtliche Typisierung gefallen lassen und dies bei erkannter Unbilligkeit: BVerfGE 26, 44 (61); 36, 73 (84); Gleichheit hat die grundrechtliche Freiheit „anders zu sein als andere“ zu akzeptieren: Zippelius, Der Gleichheitssatz, a.a.O., 19.
- 36) In der vorliegenden Reihenfolge: Luhmann, ebenda, 77, 133 f., 555 f., 358, 76, 92.
- 37) Ebenda, 50 f., 441 f.
- 38) Ebenda, 38 ff., 325 f., 565 f.
- 39) Ebenda, 225.
- 40) BSGE 34, 216 (220) sowie Scholz/Pitschas, a.a.O., 659.
- 41) Lehner, Einkommenssteuerrecht und Sozialhilferecht 1993, 324 ff.; auch hier läuft die rechtliche Bestimmung menschenwürdiger Lebensführung schließlich auf die positivrechtlichen Grundlagen des Bundessozialhilfegesetzes zu (408).
- 42) BVerfGE 40, 133 f.
- 43) Zu den „hard cases“ des Common law, die sich nicht an geltendes Recht anpassen lassen und unter dem Zwang der Entscheidung deshalb Prinzipien in Anspruch nehmen müssen: Luhmann, Recht der Gesellschaft, a.a.O., 314 f.
- 44) Eben weil die Zuordnung selbst nicht konditioniert sei: Günther, Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, 1988, 332; nach Luhmann wird demgegenüber die „Angemessenheit“ der Entscheidung im Zuge juristischer Argumentation hergestellt (192, Rn. 52), insbesondere durch Analogiebildung, die sich zu wiederverwendbaren Gründen und Prinzipien mit Anschlußwert für operationale Schließung verdichten kann (346 ff., 366 ff.). Auch Prinzipien können auf die Notwendigkeit, sich im Rechtscode zu unterscheiden, nicht verzichten (347). Prinzipien seien Redundanzformeln, die mit Varietät kompatibel sind (348), indem sie trotz Nicht-Identität der Entwicklungssituationen die Regel identifizieren und kontrolliert fortentwickeln (350).
- 45) Luhmann, Erkenntnis als Konstruktion, 1988, 51 (zur Möglichkeit von Erkenntnis, „wenn und weil sich Systeme auf der Ebene ihres Unterscheidens und Bezeichnens operativ schließen...“).
- 46) Kriele, Kriterien der Gerechtigkeit, 1963, 100.
- 47) Von Münch, Rechtsstaat versus Gerechtigkeit, Der Staat 1994, 167 ff. (172), unter Bezugnahme auf Emge, Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus, 1961, 57.
- 48) Von Münch, ebenda, 175.
- 49) BVerfG, FamRZ 1993, 781 (782).
- 50) Robbers, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip – Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1980, 165.
- 51) Ebenda.
- 52) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 215: „Da jede Beobachtung eine Unterscheidung zugrunde liegen muß, um ihren Gegenstand bezeichnen zu können, entzieht sich die Einheit der Beobachtung selbst der Bezeichnung – es sei denn, durch Einsatz einer anderen Unterscheidung, für die dann dasselbe gilt. Die Beobachtung – und erst recht der Beobachter – ist sich selbst nur als Paradox zugänglich, nur als Einheit dessen, was als different fungieren muß.“
- 53) Ebenda, 217 ff.
- 54) Ebenda, 223, 225 f.
- 55) Ebenda, 97, 231, 481.
- 56) Ebenda, 81.
- 57) Ridder, AK zum GG, Band 1, 1984, Artikel 20, Abs. 1-3, IV 1; Grimm, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 1982,

- 48; Frank, Sozialstaatsprinzip und Gesundheitssystem, a.a.O., 72; Benda, in: Handbuch des Verfassungsrechtes, a.a.O., Rn. 100 BVerfGE 33, 301 (331).
- 58) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 546 f. (Zum Einschluß des Ausgeschlossenen als Möglichkeitsbedingung von Autonomie.)
- 59) Schreiber, Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes in der Praxis der Rechtsprechung, 1972, 86.
- 60) Zacher, Soziale Gleichheit, AöR 93, 1968, 370; Katzenstein, NDV 1987, 125 (128).
- 61) Ladeur, Postmoderne Rechtstheorie, Selbstreferenz-Selbstorganisation-Prozeduralisierung, 1992, 166 f.
- 62) BVerfGE 1, 264; 9, 349; 42, 73; 32, 268 (Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft); Benda, in: Handbuch des Verfassungsrechts, a.a.O., 118 (Konsens); Wendt, Der Gleichheitssatz, NVwZ 1988, 788 (Gewicht der eine Ungleichbehandlung tragenden Gründe); BSGE 34, 216 (220); 7, 68 (Sozialstaatliche Gerechtigkeit).
- 63) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O.; 440 ff.; 407 ff. (strukturelle Kopplung zwischen Recht und Politik).
- 64) Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, Artikel 20 VIII, Rn. 24 f.
- 65) Nichts anderes ist der bekannte Hinweis auf den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers und seine Kompetenz zur Festlegung des Haushalts. Hier wird auf die gesetzgeberische Verfahrensordnung, das Haushaltsrecht und das hieraus hervorgehende positive Gesetzesrecht, letztlich also auf Systemschließung rekurriert; vgl. etwa Strack, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL 34 (1976), 43 (83); Kirchhof, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, NVwZ 1983, 505 (511).
- 66) Indem es etwa für den einwandfrei gewählten Differenzierungsanlaß darauf ankommen soll, ob gegen das vom Gesetzgeber selbstgeschaffene System verstoßen wurde: BVerfGE 34, 103 (115); 68, 237 (253).
- 67) Auch die „am Gerechtigkeitsdenken orientierte Betrachtungsweise“ stellt im Regelfall eine Verlagerung der Konsistenzherstellung dar, etwa von entdeckter gesetzgeberischer Inkonsistenz auf judikative Konsistenzherstellung.
- 68) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 338 ff.
- 69) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, a.a.O., 887: Es bestehe keine Einigkeit darüber, ob es sich dabei um ein Staatsprogramm, eine Staatsaufgabe, eine Institutsgarantie, eine Auslegungsregel oder ein Individualrecht handelt.
- 70) Ebenda, 887.
- 71) Frank, Sozialstaatsprinzip und Gesundheitssystem, a.a.O., 87.
- 72) Benda, in: Handbuch des Verfassungsrechts, a.a.O., 118.
- 73) Grimm, Die Zukunft der Verfassung, a.a.O., 385.
- 74) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 254 f.
- 75) Ladeur, Gesetzesinterpretation, „Richterrecht“ und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1991, 76 (181).
- 76) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 353, 356.
- 77) Luhmann, Soziale Systeme, a.a.O., 237 ff.: Ladeur, Gesetzesinterpretation, a.a.O., 180.
- 78) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 350.
- 79) Ebenda, 356.
- 80) Willke, Systemtheorie, 4. Auflage, 1993, 113 (114): „Bedingung der Möglichkeit von Reflexion und Selbst-Thematisierung ist demnach, daß das System einerseits ein Bewußtsein seiner selbst entwickelt, andererseits die Fähigkeit hat, sein Verhältnis zur Umwelt operativ zu definieren (also als Interaktionsverhältnis zu bestimmen); und daß es vor allem 3. beide Beziehungen, die zu sich und die zu seiner Umwelt, noch aufeinander beziehen kann zum Zwecke der Steuerung seiner internen Relationen nach den Zwängen der Umwelt und umgekehrt.“

- 81) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, a.a.O., 809; Bull, Der Sozialstaat als Rechtsstaat, ZSR 1988, 13 (21); OVG Lüneburg, NDV 1990, 113 (115).
- 82) Benda, in: Handbuch des Verfassungsrechts, a.a.O., 150, 175.
- 83) Stern, ebenda, 911.
- 84) Ridder, AK zum GG, Band 1, 1984, Art. 20, Abs. 1-3, IV 1.1.
- 85) Frank, Sozialstaatsprinzip und Gesundheitssystem, a.a.O., 72.
- 86) BVerfGE 33, 301 (331).
- 87) Grimm, in: Grundrechte und soziale Wirklichkeit, hrsg. von Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach, 1982, 48.
- 88) Müller, Juristische Methodik, 5. Aufl., 1993, 43, 278 f.
- 89) BVerfGE 59, 263; Peine, Systemgerechtigkeit, 1985, 133.
- 90) BVerfGE 1, 97 (105).
- 91) Etwa Benda, Handbuch des Verfassungsrechts, a.a.O., 162.
- 92) BVerfGE 12, 354, 367: Es komme insofern auf die „soziale Ungleichheit“ an.
- 93) BVerfGE 22, 180 (204).
- 94) BVerfGE 1, 97 (150): 3, 377 (381).
- 95) BVerfGE 64, 89 (29): 19, 2; 15, 8.
- 96) Badura, Sozialstaatlichkeit und Sozialrecht, SGB 1980, 1; Pitschas, Formelles Sozialstaatsprinzip, materielle Grundrechtsverwirklichung und Organisation sozialer Dienstleistungen, VSSR 1977, 141 (166 f.); ohnehin sind viele der ehemals dem Sozialstaatsprinzip zugedachten Aufgaben, insbesondere die Verpflichtung zur Individualisierung und Angebotsbereitstellung, heute auf einfachgesetzlicher Ebene vorgegeben: vgl. §§ 1, 2, 17, 33, 51 II, 54 SGB X sowie ihre Konkretisierung in den einzelnen Leistungsgesetzen.
- 97) Zur Folgenorientierung als nicht minder unvollkommene Reaktion auf die Tatsache der Unbegründbarkeit von Gründen: Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 383.
- 98) Frank, Sozialstaatsprinzip und Gesundheitssystem, a.a.O., 67ff. (70).
- 99) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 80, 87.
- 100) Beispielhaft Badura, SGB 1980, 1 (2): „Die häufig angerufenen gesellschaftlichen Bedürfnisse, denen der Sozialstaat auffordernd konfrontiert wird, sind im Regelfall Ableitungen aus politischen Programmen, nicht objektiv faßbare Gegebenheiten.“
- 101) Peine, Systemgerechtigkeit, a.a.O., 133: „Im übrigen darf als sicher gelten, daß das Sozialstaatsprinzip... gesetzgeberisches Handeln, also eine einfachgesetzliche Normenordnung, erfordert, denn ohne diese ist es weitestgehend nicht vollziehbar und läuft praktisch leer“; Bieback, Inhalt und Funktion des Sozialstaatsprinzips, Jura 1987, 229 ff.
- 102) Mayntz (u.a.), Differenzierung und Verselbständigung: Zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme, 188.
- 103) Zur Einführung dritter und vierter Werte in das (rechtliche) Programm auf der Grundlage binärer Codierung: Baecker, Soziale Hilfe als Funktionssystem der Gesellschaft, Zeitschrift für Soziologie, 1994, 93.
- 104) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 95.
- 105) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, a.a.O., 907.
- 106) Benda, Handbuch des Verfassungsrechts, a.a.O., 132, 138, 165, 167.
- 107) Benda, ebenda, 131.
- 108) Die Funktion des Rechts als Herstellung kollektiv bindender Entscheidungen dient dazu, innerhalb des Systems einen Bezug auf die Umwelt des Systems bereitzustellen, um „im Bezug auf diesen Bezug eine allen Kommunikationen des Systems mitlaufende Selbstreferenz abzusichern“. Dadurch gewinnt das System Distanz zur Umwelt, die es für den Aufbau von Eigenkomplexität benötigt. In Differenz zu dieser Funktion werden für das System Leistungsbezüge zu anderen gesellschaftlichen Teilsyste-

- men sichtbar, so daß reflektiert werden kann, was an Leistungen benötigt (etwa Legitimität) und zur Verfügung gestellt werden kann (etwa rechtliche Stoppregeln für sozialstaatliche Leistungen); dazu allgemein Baecker, Soziale Hilfe als Funktionssystem der Gesellschaft, a.a.O., 97; Luhmann, Soziale Systeme, a.a.O., 624.
- 109) Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, 110 ff., 104, 117 (Strukturinterferenz); Willke, Ironie des Staates, 1992, 344 (Interferenzregeln); Baecker, Soziale Hilfe als Funktionssystem der Gesellschaft, a.a.O., 106 (Intervention); Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 441 (Strukturelle Kopplung).
- 110) Luhmann, ebenda, 370: „Das vorliegende Recht wird nicht eigentlich in seinen Prinzipien, sondern in dem, was sie auszuschließen scheinen, fortentwickelt“; (auch 397).
- 111) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 80, 87 (re-entry).
- 112) Conni Sane, Die Sprache der Sprache, 1957, 66.
- 113) Baecker, a.a.O., 106 f.: „Tatsächlich ist diese Konditionierung eine Selbstkonditionierung, nämlich ein Einbau von Fremdreferenzen, die selbstreferentiell verwaltet werden. Die Einnahme eines anderen Beobachterstandorts, z.B. die Einnahme eines religiösen, eines ökonomischen oder eines künstlerischen Beobachterstandorts würde dieselben Umweltsachverhalte in ein ganz anderes Licht rücken...“, also etwa im Lichte der Sozialstaatsdiskussion auf politische oder sozialwissenschaftliche Anschlußkommunikationen hinführen.
- 114) Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1992, 137.
- 115) Exemplarisch: Ridder, in AK zum GG, a.a.O.; Frank, Sozialstaatsprinzip und Gesundheitssystem, a.a.O., 75.
- 116) Exemplarisch: Zacher, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen, in: Festschrift für Ipsen, 1977, 207 (258).
- 117) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., 1982, Rz. 212; ohne Konstanten kann es jedoch keine geordnete Variation geben, die in einem Verfassungsprinzip aber wohl vorausgesetzt sein dürfte.
- 118) Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, 145 ff.
- 119) Schulze-Fielitz, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerfähigkeit des Rechts, 1990, 11 (27 f.).
- 120) Dazu Pawlik, Ronald Dworkin und der Rechtsbegriff, Rechtstheorie 23 (1992), 289 (299).
- 121) Pawlik, ebenda, 300.
- 122) Die Einbeziehung von Fakten in rechtliche Entscheidungen selbst muß rechtlich legitimiert sein: Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 90.
- 123) Teubner, Recht als autopoietisches System, a.a.O., 8.
- 124) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 102, 109.
- 125) Luhmann, ebenda, 108, 110: „Jede normative Begründung von Geltung würde sich in einem infiniten Regreß verlaufen; oder anders gesagt: Sie würde sich selbst voraussetzen müssen; sie würde ihr eigenes ‚und so weiter‘ voraussetzen müssen. Die einzige unabdingbare Geltungsgrundlage liegt deshalb in der Zeit.“ Auch die politische Bestimmung sozialstaatlicher „Eigenwerte“ scheint sich im Kreis zu drehen, wie die Ausführungen von Preuß nahelegen: Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates, in: Sachße/Engelhardt, Sicherheit und Freiheit, 1990, 106 ff. (119 f).
- 126) Teubner, a.a.O., 10.
- 127) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 100 ff. (in bezug auf Hart und Kelsen).
- 128) Ebenda, 101: „Denn eine Änderung ... kann ja nur vollzogen werden, wenn man davon ausgeht, daß bestimmtes Recht bisher ‚nicht gilt‘.“
- 129) Ebenda, 109.
- 130) Ebenda, 110.

- 131) Allgemein Willke, Systemtheorie, a.a.O., 200 (zum Zusammenhang von Selbstbeobachtung und Selbstreproduktion).
- 132) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 564.
- 133) Luhmann, ebenda, 524 ff.
- 134) Zu ganz anderen Ergebnissen gelangt man, wenn die Verfassungsklausel „Sozialstaat“ unter der Überschrift einer Verfassungstheorie von seiten politischer Theorie in Beschlag genommen wird. Es ist dann konsequent, zu behaupten, bestimmte Formen der Gleichheit hätten „keine sehr enge Beziehung zum Wohlfahrtsstaat“ und seien nur Mittel auf dem Weg zu einer demokratischen Zivilkultur: so Preuß, in: Sicherheit und Freiheit, a.a.O., 122, 129.
- 135) Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1992, 481 f.
- 136) Ebenda, 472, 402 ff.
- 137) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 534, Fn. 86 (unter Bezugnahme auf Spencer Brown).
- 138) Benda, Handbuch des Verfassungsrechts, a.a.O., 104 (Integration); Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, a.a.O., Rn. 538 (Planung); Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, 123, 269; Schulze-Fielitz, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, a.a.O. (Optimierung).
- 139) Aufschlußreich ist in dieser Hinsicht die Aussage Bendas, die Sozialstaatsklausel bescheinige der bestehenden Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung nicht ihre immanente Gerechtigkeit, sie könne allenfalls der Rechtsordnung soziale Gerechtigkeit bescheinigen; derselbe, in: Handbuch des Verfassungsrechts, a.a.O., 110; ähnlich schon Fechtner in: Forsthoff, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, 789 (der Begriff sozial bezeichne „offenbar das Verhalten der Glieder einer Gemeinschaft zueinander und zum Ganzen“).
- 140) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 225.
- 141) Ebenda, 232.
- 142) Ebenda.
- 143) Zur Kritik einer material überinterpretativen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Hesse/Kaufmann, Die Schutzpflicht in der Privatrechtsprechung, JZ 1995, 219.
- 144) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 354.
- 145) BVerfGE 40, 133; 44, 375; 82, 80.
- 146) OVG Lüneburg, NDV 1990, 113 (115).
- 147) So Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 228, Rn. 37; ähnlich Hesse/Kaufmann, Die Schutzpflicht in der Privatrechtsprechung, a.a.O., 219.
- 148) Exemplarisch: BVerfGE 5, 85 (198).
- 149) BVerfGE 26, 44 (61); 36, 73 (84).
- 150) BVerfGE 11, 115; zudem Bieback, SGB 1989, 46 ff.; Katzenstein, SGB, 1988, 179 ff. sowie BVerfGE, FamRZ 1993, 781 (782).
- 151) BVerfGE 40, 133; 44, 375.
- 152) Als Quadratur des Kreises muß deshalb erscheinen, wenn dem Staat einerseits die sozialstaatliche Pflicht zur Wachstumsvorsorge und Prävention auferlegt, ihm gleichzeitig „in der Stunde der Not“ die „Bewahrung des Sozialstaats“ auferlegt wird: Ridder, in: AK zum GG, a.a.O., Rn. 73.
- 153) Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 229.
- 154) Vgl. das Beispiel bei Scholz/Pitschas, Sozialstaat und Gleichheit, a.a.O., 641.
- 155) Da die gesellschaftsstrukturellen Voraussetzungen distributiver Gerechtigkeit entfallen sind, leistet konditionale Programmierung diesen Anschluß: „Eine gesetzliche oder in der justiziellen Praxis erarbeitete Zweckvorgabe kann nicht mehr sein als ein Leitfaden für die Ermittlung der Konditionen, die die Entscheidung zwischen Recht und Unrecht tragen können“; so Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 202, 230.

- 156) Insofern schließt sich der Kontakt mit formaler Rechtsstaatlichkeit. Man könnte dann auch sagen, daß man den Umweg über den Sozialstaat nimmt, um den Rechtsstaat kennenzulernen.
- 157) Luhmann, *das Recht der Gesellschaft*, a.a.O., 395.
- 157a) Baecker, *Soziale Hilfe als Funktionssystem der Gesellschaft*, a.a.O., 98.
- 158) Etwa Willke, *Ironie des Staates*, 1992, 179 ff. (Relationierungsprogramm); Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1989, 83 ff. (Prozeduralisierung); derselbe, *Reflexives Recht*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1982, 113 ff.; Eder, *Prozedurale Rationalität*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1986, 1 (22), Prozeduralisierung.
- 159) Etwa Ladeur, *Gesetzesinterpretation, „Richterrecht“ und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive*, a.a.O., 176 (190): Keine Orientierung an Richtigkeitskriterien, sondern Erweiterung des Möglichkeitsraumes.
- 160) Ritter, *Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat*, in: Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, a.a.O., 69 ff.; Neumann, *Zusammenarbeit der öffentlichen und freien Träger* (Vortrag), in: *Schriften des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge*, Schrift 268, 1991, 238 ff.; derselbe, *Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat: Rechtsgrundlagen und Rechtsformen der Finanzierung der freien Wohlfahrtspflege*, 1992.
- 161) Günther, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts*, in: Grimm, ebenda, 51 ff.
- 162) Kuhlbach/Wohlfahrt, *Öffentliche Verwaltung und soziale Arbeit*, 1994, 207 ff.
- 163) Pitschas, *Formelles Sozialstaatsprinzip*, a.a.O., 141 ff. (176); Neumann (Vortrag), a.a.O., 238 ff.
- 164) Luthe, *Sozialplanungsrecht*, *Zeitschrift für Sozialreform* 1994, Heft 11 und 12, 662 ff., 838 ff.
- 165) Zacher, *Stand und Perspektiven der Forschung und Lehre auf dem Gebiet der Sozialarbeit*, insbesondere im Rahmen kirchlicher Fachhochschulen, in: *Sozialpolitik und Wissenschaft*, Schrift 269 des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, 361 ff.; Luthe, *Die sozialpädagogische Freiheit – Rechtsgrundlagen funktionaler Autonomie in der Sozialverwaltung*, *ZfSH/SGB* 1993, 514 ff.
- 166) Luthe, *Effizienz als Realitätskonstrukt – zum Experiment der Erfolgskontrolle im Sozialsektor*, *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit*, 1995, Heft 3; Pitschas, *Die Jugendverwaltung im marktwirtschaftlichen Wettbewerb?*, *DÖV* 1994, 937 ff.
- 167) Allgemein Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht I*, 10. Aufl. 1994, 359 ff. sowie Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, a.a.O., Rn. 887.
- 168) Pitschas, *Formelles Sozialstaatsprinzip*, a.a.O., 150, 166 ff.; Scholz/Pitschas, *Sozialstaat und Gleichheit*, a.a.O., 670; zur Rolle der Sozialbürokratie auch Zacher, *Der gebeutelte Sozialstaat in der wirtschaftlichen Krise*, *Sozialer Fortschritt* 1984, 1 (10).
- 169) Mayntz, *Steuerung, Steuerungsakteure und Steuerungsinstrumente*, *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, Band 1, 1987, 89-110.
- 170) Kaufmann, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band 13, 65 ff. (97 f.); Baecker, *Soziale Hilfe als Funktionssystem der Gesellschaft*, a.a.O., 93 (106).
- 171) Borchert, *Prolegomena zur familienpolitischen Strukturreform des Sozialstaats*, *Zeitschrift für Sozialreform* 1994, 440 ff.
- 172) Ladeur, *„Prozedurale Rationalität“ – Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems? Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 265 (273), zielt auf ein Rechtsverständnis, das „nicht auf Einsicht, Konsensbereitschaft, Wahrhaftigkeit und anderen Primärtugenden aufgebaut ist, sondern auf spezifisch prozedurale Sekundärtugenden, wie der Erhaltung der Pluralität von Handlungsoptionen, der Kompatibilisierung von Dissensen..., der Ermöglichung von Durchlässigkeit ver-

- schiedener Sprachspiele füreinander, der Gewährleistung des Wandels durch Konstruktion von Unterbrechern gegenüber sich selbst verstärkenden Diskursen etc.“.
- 173) Relationierungsprogramme reagieren auf die gleichzeitige Steigerung von Ausdifferenzierung und Vernetzung. Sie reduzieren die unterschiedlichen Logiken der beteiligten Systeme nicht auf die Perspektive eines einzelnen Systems, sondern erhalten die operativen Autonomien der zu koordinierenden Akteure und setzen diese in ihren Bedingungen und Konsequenzen aufeinander in Beziehung: Willke, *Ironie des Staates*, a.a.O., 179, 184.
- 174) Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, 172 f., 206, 153 f., 185 f.
- 175) Willke, *Ironie des Staates*, a.a.O., 261 (Geldbasierte Infrastruktur mit Kontextvorgabe für Kosten und Nutzen bestimmter Strategien); ähnlich Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 116, 119 (Schaffung von Transparenzgebieten insbesondere im Rahmen von Subventionen zur Ermöglichung wechselseitiger Angleichung innerer Außenweltkonstruktionen). Soll das Recht hingegen nur Vermittlungsprozesse anschieben oder auch eigene Werte einbringen?; zum Sozialsubventionsrecht im übrigen Luthé, *NDV 1994*, Heft 10.
- 176) Teubner, in Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, a.a.O., 115 ff.
- 177) Vgl. demgegenüber Hoffmann-Riem, *Reform des Verwaltungsrechts: Vorüberlegungen*, *DVBl.* 1994, 1381 ff., m.w.N.
- 178) Willke, *Ironie des Staates*, a.a.O., 180.
- 179) Ladeur, *Gesetzesinterpretation*, a.a.O., 193.
- 180) Luthé, *Sozialplanungsrecht*, a.a.O., 768, 774 ff.
- 181) Hoffmann-Riem, *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts*, a.a.O., 1382, 1384. Zwar wäre ein im Rahmen etwaiger sozialstaatlicher Schutzpflichten ergehendes Untermaßverbot mit entsprechender Optionenvielfalt ein interessanter Ansatz, der aber im Gebot der Optimierung der Optionswahl an Wirkungsproblemen der Sozialpolitik auflaufen dürfte.
- 182) Deutlich hier die Ausführungen von Sandler, der am Beispiel des unbestimmten Rechtsbegriffs aufzeigt, wie sich mit zunehmender Entscheidungshäufigkeit der Subsumtionsspielraum verkleinert; derselbe, *Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff*, in: *Verwaltung im Rechtsstaat*, *Festschrift für Ule*, 1987, 337 ff.
- 183) Maus, *Perspektiven reflexiven Rechts im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen*, *KJ* 1986, 390 (402); Neumann (Vortrag), a.a.O.
- 184) Etwa §§ 1 II, 2 II, 17 SGB I, 95 SGB X, 19 I BSHG.
- 185) Luthé, *Die sozialpädagogische Freiheit*, a.a.O., 515.
- 186) Eichenhofer, *Sozialrecht (Fälle und Lösungen)*, 1991, 27 f. (Beitragsäquivalenz im Umlageverfahren?).
- 187) „Auch politische Interventionsstrategien setzen voraus, daß sozietale Systeme trotz operativer Geschlossenheit, wechselseitiger Intransparenz, systemspezifisch leitender Differenzen und unterschiedlich spezialisierter und codierter Kommunikation zu transferentiellen Operationen fähig sind. Zu Operationen also, die weder auf wechselseitige Anpassung noch auf direkte Kausalbeziehungen hinauslaufen, sondern auf ein über Reflexion geleitetes Zusammenspiel operativ autonomer Akteure“, Willke, *Ironie des Staates*, a.a.O., 135; auch Hoffmann-Riem, a.a.O., 1387 ff.
- 188) Luthé, *Sozialplanungsrecht*, a.a.O.
- 189) Ebenda, 766 f., 844 f.
- 190) Dazu Bieback, *Inhalt und Funktion des Sozialstaatsprinzips*, a.a.O., 235.
- 191) *BVerfGE* 82, 80; ähnlich *BSGE* 24, 5 (27).
- 192) *BVerfGE* 9, 35; 22, 206; *BSGE* 9, 199, 204; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, a.a.O., Rn. 169; Benda, *RdA* 1981, 137 (140); Pitschas, *formelles Sozialstaatsprinzip*, a.a.O., 146; Bull, *Der Sozialstaat als Rechtsstaat*, a.a.O., 21.
- 193) Benda, *Handbuch des Verfassungsrechts*, a.a.O., 187.

- 194) BVerfGE 44, 371 (374).
- 195) Kaufmann, a.a.O., 97.
- 196) Wendt, Der Gleichheitssatz, a.a.O., 781 f.; Faber, in: AK zum GG, 1984, Artikel 20 Abs. 2–3, Rn. 15 (zur objektiven Dimension des Gleichheitssatzes).
- 197) BVerfGE 34, 103 (115); 68, 237 (253).
- 198) Luthe, Einige Anmerkungen zum Sozialsubventionsrecht, NDV 1994, 377 (380).
- 199) Luthe, Sozialplanungsrecht, a.a.O., 849.
- 200) „Was gleich und was ungleich, was sachgerecht und was sachwidrig ist, muß am Sozialstaatsprinzip gemessen werden...“ BVerfGE 12, 354 (367).
- 201) Zur Pluralität gesellschaftlichen Wissens als judikative und administrative Entscheidungsperspektive: Ladeur, Gesetzesinterpretation, a.a.O., 192 f.
- 202) Faber, a.a.O., Rn. 4.
- 203) Winthoff-Heritier, Responsive Sozialpolitik – Aspekte eines politischen Prozesses, in: Olk/Otto, Soziale Dienste im Wandel I, 1987, 231 (238: Equality als objektiv gleiche Verteilung zwischen sozialen Einheiten, Equity als Gleichheit der Versorgung im Verhältnis zum Bedarf).
- 204) Luthe, Effizienz als Realitätskonstrukt, a.a.O.
- 205) Probst, Selbstorganisation, 1987 (da die Interdependenz der Teile für die Struktur des Netzwerkes ebenso wichtig ist wie das Potential der isoliert betrachteten Einzel-elemente).
- 206) Willke, Ironie des Staates, a.a.O., 110, 115, 143.
- 207) Ähnlich Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, a.a.O., 345.
- 208) Insofern müssen die Aufsichtsinstanzen, denen mangels individualrechtlicher Einflußmöglichkeiten eine geradezu advokatorische Funktion für den sozial Schwachen zufällt insbesondere in gezielter Kontrolle des Planungsvorgangs ihrer sozialstaatlichen Verantwortung mehr als bisher gerecht werden; dazu Luthe, Sozialplanungsrecht, a.a.O., 844.
- 209) Die europarechtliche Dimension wird hier ausgeklammert; im übrigen als neuere Beiträge der mittlerweile unüberschaubaren Diskussion: Sachße, Subsidiarität: Zur Karriere eines sozialpolitischen Ordnungsbegriffs, ZSR 1994, 717 ff.; Häberle, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, in: Riklin/Batliner (Hrsg.), Subsidiarität, 1994, 267 ff.; Grimm, Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips, KritV 1994, 6.
- 210) „Das Subsidiaritätsprinzip würde die Kollektivleistungen dort verbieten, wo der Einzelne sich noch hinreichend selber helfen kann, wo er der Ergänzung nicht bedarf: das würde fordern, die individuelle Selbständigkeit in größtmöglicher Weise zu erhalten und seine Abhängigkeit auf das unerläßliche Maß zu begrenzen“, Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, 123.
- 211) Mußgnug, Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht, in: VVD-StRL 1989, 114 (122 f.); Kirchhof, NVwZ 1983, 505 (511); Hofmann und Krahmer, in: Lehr- und Praxiskommentar zum BSHG, 3. Aufl., 1993, § 93 Rn. 29; Wienand, Bedeutungsgehalt und Funktionen der sozialen Rechte im Allgemeinen Teil des Sozialgesetzbuches, 1980.
- 212) Baecker, Soziale Hilfe als Funktionssystem der Gesellschaft, a.a.O., 93.
- 213) „Über diese Situation kommt man hinaus, wenn man die Möglichkeit der Nichthilfe an die Möglichkeit der Hilfe heranzuführt und ‚beide‘ Möglichkeiten als die beiden Seiten einer Differenz betrachtet, die von einem Funktionssystem der Gesellschaft eingeführt, durchgesetzt und betreut wird, das bis dato noch nicht bei seinem Namen genannt worden ist“, Baecker, ebenda, 95.
- 214) Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, 84 f.
- 215) Baecker, ebenda.

- 216) Die Sozialverwaltung behilft sich hier unter grober Vernachlässigung des Individualisierungsgrundsatzes zunehmend mit abzuarbeitenden Fallzahlen und starren Kostensätzen. Dabei wäre eine schärfere Unterscheidung danach erforderlich, ob und in welchen Bestandteilen derartige Formen des Hilfeabbruchs politischen Legitimationsanforderungen oder sozialer Hilfe geschuldet sind, um auf diese Weise aus helfender Perspektive zu einer differenzierten Einschätzung zu gelangen, die auch zur Kritik befähigt.
- 217) Zum Dilemma einer Verfassungsdiskussion, die die normative Option auf soziale Sicherheit mit Einbußen vorverfassungsrechtlicher Selbstorganisation erkaufte: Blanke, in: Sachße/Engelhardt, Sicherheit und Freiheit, a.a.O., 133 (154 f.).