

Risiko Sozialstaat – Probleme der Gesetzgebung unter Komplexitätsbedingungen –

I. Das Sozialstaatsprinzip in der staatsrechtlichen Diskussion: Hic sunt leones?

Um den Sozialstaat ist es in der verfassungsrechtlichen Diskussion erstaunlich still geworden.¹ Allerdings erscheint in den anderen Fachwissenschaften eine kaum überschaubare Fülle von Veröffentlichungen über das „Ende des Wohlfahrtsstaates“², in der politischen und wirtschaftswissenschaftlichen Essayistik zeigen sich die Ausläufer dieser Entwicklung ebenfalls in einer Flut von Veröffentlichungen, die dasselbe Thema in einem mehr oder weniger alarmistischen Ton anschlagen.³ Auf der Staatsrechtslehrtagung von 2004 in Jena stand der Sozialstaat zwar im Mittelpunkt der Berichte, doch bestand das Resümee des einzigen Beitrags, der einen grundsätzlichen Anspruch auf Reflexion der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Sozialstaats erhob, des Referats von *Ch. Enders*⁴, in der leicht resignativ anmutenden Feststellung, dass die „Einzelgrundrechte ... (der) Relativierung des Autonomiegedankens“ offenbar sowohl im Hinblick auf den zu schützenden als auch denjenigen Menschen, der zum Schutz (mit-) verpflichtet wird, „nichts entgegenzusetzen haben“.⁵ Weder die Grundrechte noch das

¹ Vgl. zur Aufgabe des Staates, die Voraussetzungen des Gebrauchs der Freiheit zu schaffen, die Gesamtdarstellungen von *K. P. Sommermann*, in: vMK, 4. Aufl., 2000, Art. 20 insbes. Rn. 92 ff., 106; *H. Zacher*, in: HbStR, Bd. 1, 3. Aufl., 2003, § 25 Rn. 41 ff.; *R. Gröschner*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, 2. Aufl., 2004, Art. 20 (Sozialstaat), Rn. 20; *F. Schnapp*, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl., 2002, Art. 20 Rn. 18.

² Vgl. nur *W. Kersting*, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 2000; *W. Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, 2. Aufl., 1998, S. 517; differenzierend *P. Rosanvallon*, La nouvelle question sociale, Paris 1995, S. 163, 195 ff.; in den USA gibt es eine lebhaft Diskussions um die Reform des Wohlfahrtsstaates, die noch unter Präsident Clinton Demokraten wie Republikaner weitgehend geeint hat, *D. J. Besharov*, Social Welfare's True Dilemmas: Universalism v. Targeting – Supporting v. Depending, WP 1998, Jan. 1998; vgl. aus der Rechtsprechung des BVerfG zum Ziel der annähernd gerechten Verteilung der Lasten im Sozialstaat BVerfGE 5, 85 (198); 22, 180 (204); zum Vorrang des Gesetzes bei seiner Konkretisierung BVerfGE 1, 97 (105).

³ *H. W. Sinn*, Ist Deutschland noch zu retten?, 2003; *G. Steingart*, Abstieg eines Superstars, 2004.

⁴ *Ch. Enders*, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005), S. 7 ff.

⁵ *Enders* (Fn. 4), S. 43; vgl. auch die Kommentierungen von *Sommermann* (Fn. 1), Rn. 92 ff., und *Gröschner* (Fn. 1), Rn. 20; zu einer Verteidigung des Sozialstaats aber *H. P. Bull*, Sozialstaat – Krise oder Dissens?, in: FS Badura, 2004, S. 57 ff.; früher *H. Zacher*, Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, DÖV 1970, S. 3 ff.; *P. Badura*, Der Sozialstaat, DÖV 1989, S. 491 ff.; grundsätzlich *O. Depenheuer*, Solidarität im Verfassungsstaat – Grundzüge einer Theorie der Verteilung, unveröff. Habilitationsschrift, Mannheim 1991; *Th. Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003; *U. Volkemann*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1998; neue Akzente bei *R. Pitschas*, Der „neue“ Soziale Rechtsstaat, in: FS Zacher, 1998, S. 755 ff.

Rechtsstaatsprinzip können die „Entgrenzung des Für- und Vorsorgegedankens“ behindern, der als „Prinzip des Wohlfahrtsstaats“ bestimmt wird. Der „Vorsorgegedanke“ hat danach immunisierende Wirkung gegenüber rechtlicher Kontrolle: „Konsequente Über- und Vorsorge kennt also keine festen Grenzen“. ⁶ Die wenigen „verfassungsrechtlichen Haltepunkte“, die *Ch. Enders* benennt, sind selbst so vage, dass es am Ende bei einer lakonischen Feststellung bleibt: „Das Sozialstaatsprinzip dynamisiert das Staatshandeln“ und damit offenbar zugleich auch dessen grundrechtliche und rechtsstaatliche Grenzen. Das am Ende erhobene Postulat, das „wohlfahrtsstaatliche Anliegen umfassender Für- und Vorsorge“ dürfe nicht zum „alles bestimmenden Konstruktionsprinzip“ werden, ⁷ hat angesichts der zwangsläufig enger werdenden finanziellen Spielräume des Staates keine Orientierungsleistung, die dem Prozess der Entgrenzung des Sozialstaats rechtlich Einhalt gebieten könnte. ⁸

Die Skepsis der Staatsrechtslehre mag als eine durchaus realistische Einschätzung gelten, sie ist aber alles andere als beruhigend. Dies gilt umso mehr, als auch die Kumulation von überwiegend nicht oder nur sehr allgemein zweckgebunden Vermögensbelastungen weder grundrechtlich noch rechtsstaatlich begrenzt werden kann. ⁹ Dem Grunde nach ist die Erhebung von Steuern schon durch die Verfassung selbst ausdrücklich legitimiert, auch die Auferlegung von Sozialbeiträgen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist relativ leicht rechtlich zu rechtfertigen. ¹⁰ Doch wie lässt sich eine verfassungsrechtliche Grenze für die Höhe, vor allem angesichts der prozesshaften dynamischen Steigerung um jeweils geringfügige Beträge bestimmen? Erforderlich wäre dies schon angesichts der Gesamthöhe der staatlich auferlegten Abgaben, die mehr und mehr der Finanzierung des Wohlfahrtsstaates dienen. Entgegen der Propaganda vom fortschreitenden „Sozialabbau“ ¹¹ kann von einer Verminderung der sozialen Ausgaben keine Rede sein; ¹² sie werden nur von immer mehr Menschen für einen immer längeren Zeitraum in Anspruch genommen, dies erzeugt in Bezug auf die einzelnen Leistungsempfänger die Vorstellung von einem „Sozialabbau“. Das schwer fassbare Verhältnismäßigkeitsprinzip ¹³ lässt sich zur Begrenzung der Sozialausgaben kaum in Stellung bringen. Dies hängt damit zusammen, dass die sozialstaatlichen Aufgaben und individuelle Freiheit von Belastungen schon aus empirischen Gründen,

⁶ *Enders* (Fn. 4), S. 45 f.

⁷ *Enders* (Fn. 4), S. 46.

⁸ Vgl. in systemtheoretischer Perspektive *R. Stichweh*, Inklusion und Exklusion – Studien zur Gesellschaftstheorie, 2005, S. 195.

⁹ Vgl. allgemein auch *J. Hey*, Saldierung von Vor- und Nachteilen in der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen, AöR 128 (2003), S. 226 ff.; das BVerfG hat sogar in einer neuen Entscheidung die Begrenzung der Kumulationswirkung von Steuern auf das Vermögen durch den sog. Halbeilungsgrundsatz wieder relativiert, BVerfG, 2 BvR 2194/99 v. 15. 3. 2006.

¹⁰ Vgl. zuletzt BVerfG, 1 BvR 347/98 v. 6. 12. 2005.

¹¹ Vgl. dazu schon *A. de Swaan*, Der sorgende Staat, 1993.

¹² Die Sozialausgaben in Deutschland sind von 23 % des Staatshaushalts (1980, Westdeutschland) auf 27,4 % (2001) angestiegen, *P. Petit*, Interventions publiques: Nouvelles contraintes, nouveaux enjeux, CEPREMAC Working Paper 2005/04, S. 19.

¹³ Vgl. nur *B. Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, S. 405 ff.; *M. Kloepper*, Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, in: FS 50 Jahre BVerfG, 2003, S. 329 ff.

wegen der Komplexität der „sozialen Lagen“, in die interveniert wird, und angesichts der Allgemeinheit der Legitimation der Abgaben, insbesondere der Steuern, nur schwer in ein Verhältnis zu setzen sind. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist vor allem dann geeignet zur grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Begrenzung staatlichen Handelns, wenn klar konturierte Rechtsgüter miteinander kollidieren und Gewinne und Verluste vor allem durch rechtliche Skalierung erfasst werden können. Je mehr Werte aber in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Entscheidung einzubeziehen sind und je mehr längerfristige und unsichere Kosten- oder Nutzenfaktoren in die „Gesamtrechnung“ einzustellen sind, desto weniger lassen sich am Maßstab der Verhältnismäßigkeit¹⁴ Bewertungskriterien bestimmen.

Vor diesem Hintergrund ist es zu verstehen, dass *Th. Kingreen*¹⁵ die These aufgestellt hat, der „demokratische Teilhabeanspruch (fülle) die freiheitsrechtliche Lücke, die durch den weiten sozialstaatlichen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers entsteht“. Mit Hilfe des Demokratieprinzips müsse eine Verständigung zwischen „Gebenden“ und „Nehmenden“ erreicht werden. Damit wird aber letztlich nur die Grenzenlosigkeit des Sozialstaats paraphrasiert und auf eine politische Verständigung gesetzt,¹⁶ für deren Grundlagen das Demokratieprinzip nichts hergibt außer einem Entscheidungsverfahren. Mit dieser Annahme wird zugleich über das alte Problem der Bestimmung des Verhältnisses von Freiheitsrechten und Demokratie hinweggegangen.¹⁷ Dessen Ambivalenz wird einseitig zugunsten des Demokratieprinzips aufgelöst. Dieses Verhältnis ist sicherlich schwer zu bestimmen, andererseits setzt die Funktionsweise des Demokratieprinzips in einer liberalen Gesellschaftsordnung immer schon voraus, dass dem demokratischen Prozess der rationalen Willensbildung eine gesellschaftliche Selbstorganisation vorausliegt, deren Ausdifferenzierung durch die Grundrechte abgesichert wird. Wenn immer stärker die besonderen Interessen Einzelner oder einzelner Gruppen zum Gegenstand des demokratischen Willensprozesses werden, ist eine strukturierte rationale Willensbildung im Parlament erheblich erschwert.¹⁸ Dieser Sorge verdankt sich das klassische liberale rechtsstaatliche Postulat des allgemeinen Gesetzes, bei dessen Beratung die jeweils besonderen Interessen herausgefiltert werden, damit der Einzelne nicht wissen kann, wie er davon betroffen sein wird. Der klassische liberale Gesetzesbegriff hat seinerseits bestimmte soziale Diskriminierungseffekte ausgeblendet. Und es gibt aus einer Vielzahl von Gründen kein Zurück zu diesem Ideal, andererseits sind aber abstrakte Bemühungen, das Demokratiesystem in einem neuen rationalen „Diskursprinzip“ neu zu konstituieren, selbst

¹⁴ Vgl. aber *Kingreen* (Fn. 5), S. 126; kritisch *K. H. Ladewig*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004.

¹⁵ *Kingreen* (Fn. 5), S. 146.

¹⁶ Grundsätzlich *J. Habermas*, Der philosophische Diskurs der Moderne, 1985, S. 377 ff.; kritisch *Ch. Lumer*, Habermas' Diskursethik, Zeitschrift für philosophische Forschung, 1997, S. 42 ff.; das Setzen auf den „offenen Diskurs“ über alles führt geradewegs in die Selbstblockade der demokratischen Prozesse.

¹⁷ Vgl. jetzt grundsätzlich *Ch. Möllers*, Gewaltengliederung – Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005.

¹⁸ Vgl. jetzt grundsätzlich zur Frage, ob ein demokratischer take-off in Entwicklungsländern angesichts der Interessengegensätze zwischen den Gruppen überhaupt möglich sei, *U. Simson*, Wirtschaftliche Entwicklung durch Demokratisierung?, Merkur 684 (2006), S. 359 ff.

widersprüchlich, wenn sie auf der einen Seite die Nicht-Hintergebarkeit des sich besonderer Interessen annehmenden Interventionsstaates postulieren, dann aber andererseits im Widerspruch dazu erwarten, dass im Parlament alle diese Zuwendungen zu besonderen Interessen und Problemen in einer rationalen öffentlichen Prozedur wieder aufgehoben werden können.¹⁹ Muss es also bei der Kapitulation des Verfassungsrechts vor dem Wohlfahrtsstaat bleiben?

Bevor die Frage aufgenommen wird, sei in einer Zwischenüberlegung angemerkt, dass das BVerfG im Hinblick auf die steuerliche Belastung des Eigentümers (im verfassungsrechtlichen Sinne) über das Postulat des sog. Halbteilungsgrundsatzes versucht hat,²⁰ der – sich unabhängig von wohlfahrtsstaatlichen Zweckverfolgungen stellenden – Expansionen der Steuerbelastung eine grundrechtliche Schranke zu setzen, die effektiv über den neuen Rekurs auf den Schutz des Eigentums nach Art. 14 gewonnen werden sollte. Damit hat das Gericht mit dem klassischen Grundsatz gebrochen, dass steuerliche Belastung immer nur das – unter dem GG nur durch Art. 2 Abs. 1 geschützte – Vermögen treffe.²¹ Auch dieser durchaus überzeugende Schritt ist letztlich damit zu erklären, dass die Kumulation von Vermögensbelastungen, die sich noch dazu über einen längeren Zeitraum erstrecken und sich verschiedener Formen bedienen kann, möglicherweise faktisch das Grundrecht auf Eigentum weitaus stärker belastet als eine relativ klar konturierte Verfügungsbeschränkung oder gar eine (immerhin zu kompensierende) Enteignung. Die Dogmatik der Eingriffsabwehr ist gerade unter dem GG immer weiter ausdifferenziert worden.²² Angesichts dieser Situation muss es irritierend wirken, dass die weit ausgreifende Belastung durch Abgaben insbesondere für immer mehr und immer diffusere Zwecke weder rechtsstaatlich noch grundrechtlich angemessen dogmatisch konstruiert, geschweige denn kontrolliert werden kann.²³ Dass Anlass besteht, sich über die Entwicklung solcher dogmatischer Grenzen Gedanken zu machen, soll in den folgenden Überlegungen begründet werden. Es ist zunächst zu konstatieren, dass die sichtbar gewordene offene Flanke des Grundrechtsschutzes und des Rechtsstaatsprinzips ihrerseits damit zu erklären ist, dass die Grundlagen der rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Dogmatik zu einer Zeit entwickelt worden sind, als man noch unterstellen konnte, dass die Mehrheit des Parlamentes auch die Mehrheit der Bevölkerung und ihre Interessen in einer universellen Form angemessen abbildet und dadurch auch die vom Staat wahr-

¹⁹ *Alain Minc* (Le crépuscule des petits dieux, Paris 2005) spricht deshalb mit Recht davon, dass den heutigen postmodernen Gesellschaften ein „gemeinsames Projekt“ fehle, das über den dann zirkulär werdenden Schutz des Einzelnen hinausgehe; dies hält *U. Volkmann*, Wovon lebt der Staat?, FAZ v. 14. 3. 2006, S. 8, offenbar für ausreichend.

²⁰ BVerfGE 93, 121, 138; 165 ff.; vgl. dazu *H. Butzer*, Freiheitsstaatliche Grenzen der Steuer- und Abgabenlast, 1999; grundsätzlich *P. Kirchhof*, Der Grundrechtsschutz des Steuerpflichtigen, AöR 128 (2003), S. 1 ff.; diese Festlegung hat das Gericht in einem neueren Urteil offenbar wieder revidiert, 2 BvR 2194/99 v. 18. 6. 2006.

²¹ Vgl. zum Eingriff des Steuerrechts in das Vermögen *O. Depenheuer* in: vMK, 4. Aufl., 2000, Art. 14 Rn. 164.

²² Vgl. zu faktischen Eingriffen BVerfGE 108, 282 (Kopftuch); 93, 1 (Kruzifix).

²³ In einem neueren Urteil des BVerfG (1 BvR 347/98 v. 6. 12. 2005) „betrifft“ die Unterlassung der Expansion von Krankenversicherungsleistungen sogar die allgemeine Handlungsfreiheit – eine klare Einordnung als „Eingriff“ ist aber nicht erkennbar.

genommenen Aufgaben kanalisiert würden.²⁴ Dementsprechend war die Abgabenbelastung sowohl durch Steuern als auch durch Sozialbeiträge gering.²⁵ Mit dem über Jahrzehnte sich vollziehenden Anwachsen der Aufgaben des Staates und der Erweiterung des zu ihrer Erfüllung erforderlichen Finanzbedarfs geht aber nicht nur eine entscheidende quantitative Veränderung einher, sondern zugleich eine Fragmentierung der Aufgaben.²⁶ Dies führt zu einer Erschütterung der für ihre Formulierung erforderlichen Konsensbasis. Dadurch nimmt nicht nur die Legitimität der Wahrnehmung einzelner Aufgaben ab, zugleich vermindert sich auch das demokratische Interesse an der Beobachtung der Erfüllung dieser fragmentierten Aufgaben,²⁷ die immer stärker nur Einzelinteressen bedienen.

Die Erfüllung der früheren klassischen Aufgaben des Staates vollzog sich – wie konfliktreich auch immer – jedenfalls unter den Augen der Öffentlichkeit, während die Ziele, Mittel und Effekte der wohlfahrtsstaatlichen Agenden heute mehr und mehr invisibilisiert werden.²⁸ Das sich hier stellende neue Problem besteht darin, dass der Staat sich nicht mehr an allgemein geteilten Werten und Zielen sowie Wissensregeln und Wahrscheinlichkeitsannahmen orientieren kann,²⁹ sondern in besonderen „tatsächlich-empirischen Wirkungszusammenhängen“ denkt,³⁰ die sich von allgemeinen öffentlichen Normen und Erwartungen abkoppeln. Auch dies ist eine der selten zur Kenntnis genommenen Folgeerscheinungen der Abnahme der integrativen, Öffentlichkeit schaffenden Rolle des allgemeinen Parlamentsgesetzes: Die besonderen Gesetze lösen immer mehr Verwaltungsvorgänge aus, die ihrerseits auf einem besonderen (Experten-)Wissen basieren, das nicht mehr an allgemeine Erfahrungen anknüpft und nicht mehr an die allgemeine Öffentlichkeit zurückgekoppelt wird.³¹ Die fragmentierte Aufgabenwahrnehmung vervielfacht nicht nur das Staatspersonal, sondern erzeugt einen neuen Typus von Staatsbediensteten, der seine Aufgaben seinerseits gegen die allgemeine Öffentlichkeit definiert und darin seinerseits ein unmittelbares Interesse zum Ausdruck bringt: Jenseits der klassischen Aufgaben des Staates ist die (Er-)Findung neuer Staatsaufgaben ein politisierter Prozess, in dem das tatsächliche oder potenzielle Staatspersonal seine eigenen Aufgabenbeschreibungen durchzusetzen versucht.

Diese Entwicklung spiegelt sich wiederum in einem neuen Klientelismus der öffentlichen Verwaltung³² wider, der verstärkt wird durch organisierte Gruppen außerhalb

²⁴ Vgl. G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998.

²⁵ Vgl. die Übersicht bei V. Tanzi/L. Schuknecht, Public Spending in the 20th Century, Cambridge 2000, insbes. S. 6 f.

²⁶ Dies vernachlässigt die grundsätzliche Überlegung von Volkmann (Fn. 19), S. 8.

²⁷ Vgl. zur Abnahme des Vertrauens in den Staat in den westlichen Ländern J. S. Nye/Ph. D. Zelikow/D. C. Kling (Hrsg.), Why People Don't Trust Government, Cambridge, Mass. 1997; M. Olson, The Rise and Decline of Nations, New York 1982.

²⁸ Der Einzelne verhält sich dann „rational ignorant“, wenn er sich um die vielen öffentlichen Agenden nicht mehr kümmert – außer natürlich, wenn es um sein eigenes Interesse geht.

²⁹ Minc (Fn. 19).

³⁰ Enders (Fn. 4), S. 43.

³¹ Vgl. zu dieser Problematik nur Ph. E. Tetlock, Expert Political Judgment. How good is it?, Princeton 2005, insbes. S. 215 ff.

³² Vgl. dazu allg. de Swaan (Fn. 11).

der Verwaltung wie etwa die Gewerkschaften, soziale Verbände etc., die ihrerseits ein Interesse an der Bestimmung von Art und Umfang der staatlichen Erfüllung von Wohlfahrtsaufgaben haben.

II. Die Veränderung der „sozialen Epistemologie“ der liberalen Ordnung durch den Sozialstaat

Der grundsätzliche Wandel des Sozialstaats zum Wohlfahrtsstaat wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur kaum genauer zur Kenntnis genommen.³³ Die – durchaus richtige – Feststellung, dass der Wohlfahrtsstaat immer stärker an besonderen „tatsächlich-empirischen Wirkungszusammenhängen“ orientiert ist und nicht mehr an allgemeinen Regeln und allgemeinen Wissensbeständen, wird in ihrer Tragweite kaum bedacht. Damit vollzieht sich eine grundlegende Veränderung der „sozialen Epistemologie“, der Wissensordnung, der liberalen Gesellschaftsordnung: Die Expansion des Sozialstaats setzt die Wissens- und Beweisregeln außer Kraft, die in die Infrastruktur der liberalen Rechtsordnung eingeschrieben sind. In einer zukunfts-offenen Gesellschaft kann die Erhaltung oder Herbeiführung positiv bewerteter Zustände kein allgemeines Ziel sein. Der Sozialstaat tendiert immer mehr dazu, diese Grenze zu überschreiten und Sicherheit unmittelbar zu gewährleisten, ohne danach zu fragen, ob dies mit den Regeln einer liberalen Ordnung vereinbar ist, die notwendigerweise auf das Operieren mit und die paradoxe Anpassung an Ungewissheit angelegt sein muss. Weil er sich an positiv bewerteten Zuständen orientiert und nicht institutionell denkt, kann er auch die eigenen Paradoxien nicht wieder in sein Entscheidungssystem zurückführen. Institutionen versuchen die „longue durée“ von Handlungsmustern, Erwartungen, Bindungen zu stabilisieren.³⁴ Sie haben deshalb eine wichtige kognitive Funktion, weil sie Aufmerksamkeit strukturieren und „shared mental models“ erhalten, über die Kommunikationen Sinn gewinnen.³⁵ In einer azentrischen Gesellschaft ist die Erhaltung und Erzeugung solcher informationeller Koordinationssysteme von großer Bedeutung für die Orientierungs- und Anpassungsfähigkeit von Individuen und Organisationen.³⁶ Zu dieser Strukturbildung ist der Sozialstaat nicht in der Lage: Er ist ohne „normative Hintergrundtheorie“³⁷. Nichtsdestoweniger geht er von einer normativen Unterstellung aus: „For every problem there is a policy“³⁸. Das Wissensproblem und die zunehmende Intransparenz der Aufgabenwahrnehmung wird mit einem dogmatischen Lückenfüller bewältigt, der die Probleme aber nur weiter ver-

³³ Vgl. aber jetzt *Bull* (Fn. 5).

³⁴ *M. Revault d'Allonnes*, *Le pouvoir des commencements. Essai sur l'autorité*, Paris 2006, S. 250.

³⁵ *D. Dequech*, *The New Institutional Economics and the Theory of Behaviour under Uncertainty*, *Journal of Economic Behaviour and Organization* 2006, S. 109 (113 ff.).

³⁶ *P. David*, *Why are Institutions the 'Carriers' of History?*, *Structural Change and Economic Dynamics* 1994, S. 205 ff.

³⁷ *W. Kersting*, *Theorien der Gerechtigkeit*, 2000, S. 1; kritisch dazu *Bull* (Fn. 5), S. 67.

³⁸ *N. Glazer*, *The Limits of Social Policy*, Cambridge, Mass. 1990, S. 3.

schärft, nämlich mit der Zuweisung eines „Gestaltungsspielraums“³⁹ an den Staat, der die Kontrolle der Aufgabendefinition wie ihrer Erfüllung auf ein Minimum reduziert.

Neben dem Rekurs auf die staatliche „Einschätzungsprärogative“ findet sich in der verfassungsrechtlichen Literatur auf einer grundsätzlichen Ebene auch die normative Annahme, dass die Grundrechte nicht mehr als „negative Freiheitsrechte“ zu betrachten seien,⁴⁰ die das „selbstherrliche Individuum“⁴¹ unterstellen, sondern den „Menschen als hilfsbedürftiges Mängelwesen“⁴². Der damit propagierte Paradigmenwechsel⁴³ innerhalb der Tradition des liberalen Staates hat aufgrund seiner allgemeinen Fassung nicht nur eine weitere Vermehrung staatlicher Aufgaben zur Folge, sondern er nobilitiert die Schrankenziehung gegenüber dem sein „Abwehrrecht“ geltend machenden Individuum als Ausdruck grundrechtlicher Schutzverpflichtung.⁴⁴ Damit wird nicht nur der liberale rechtsstaatliche Gehalt der Grundrechte geschmälert, sondern vor allem dessen voraussetzungsvoller Charakter verkannt: Eine gängige Argumentation geht dahin, dass die liberale Verfassung dem Individuum einen Freiheitsraum zuschreibe, den viele Individuen mangels Ressourcen gar nicht nutzen könnten. Deshalb komme es im Sozialstaat darauf an, den „bedürftigen Menschen“ erst die faktische Möglichkeit der Freiheitsausübung zu eröffnen.⁴⁵ Der Sozialstaat kann die Gesellschaft nicht mehr beobachten, weil er weder die Selektivität der ausdifferenzierten Teilsysteme, z. B. der Wirtschaft oder der Erziehung, und die „Eigenrationalität“⁴⁶ ihrer Regeln und Wissensbestände rekonstruiert noch seine Selektivität spezifiziert. Stattdessen beschreibt er komplexe Zustände („Benachteiligung“) im Hinblick darauf, ob ihnen durch Zuwendung von Geld oder „Bildung“ unmittelbar abgeholfen werden kann. „Bildung“ ist dabei nicht mehr von einem transsubjektiven gesellschaftlichen (Selbst-)Verständnis bestimmt, insbesondere nicht als Anforderung der Gesellschaft zur Aneignung der von ihr akkumulierten Wissensbestände, sondern wird zu einer Leistung des Staates,⁴⁷ deren Gegenstand allein funktional durch die Kompensation

³⁹ Vgl. dazu exemplarisch das Mitbestimmungsurteil des BVerfG 50, 290 (332); dazu allg. demnächst I. Augsberg/St. Augsberg, Prognostische Elemente in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, VerwArch 2007, 290-316.

⁴⁰ Zu deren Charakter Q. Skinner, The Idea of Negative Liberty, in: R. Rorty/J. B. Schneewind/ders. (Hrsg.), Philosophy in History, Cambridge, Mass. 1984, S. 193 ff.; St. Holmes, Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy, Chicago 1995, S. 13, 54.

⁴¹ B. Pieroth/B. Schlink, Staatsrecht II. Die Grundrechte, 21. Aufl. 2005, Rn. 77.

⁴² Enders (Fn. 4), S. 43; vgl. dazu, dass umgekehrt der Liberalismus den Menschen stets als ein Mängelwesen betrachtet hat, W. Kersting, Für einen Liberalismus mit Konturen, NZZ Nr. 23 v. 28./29. 1. 2006, S. 14.; M. Douglas, How Institutions Think, Syracuse, N. Y., 1986, S. 47.

⁴³ H. Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993, S. 54

⁴⁴ Vgl. dazu grundsätzlich R. Wahl/J. Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553 ff.; auch R. Wabl, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Die Grundrechte. Handbuch, hg. v. D. Merten/H. J. Papier, 2003, S. 745.

⁴⁵ Vgl. nur Kingreen (Fn. 5), S. 132.

⁴⁶ Vgl. dazu G. Teubner, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches und Völkerrecht 63 (2003), S. 1 ff.

⁴⁷ Auf dem Hintergrund der unreflektierten und undifferenzierten Forderung nach „mehr Bildung“ in Deutschland dürften die neueren Untersuchungen über die Abwertung der Universitätsdiplome in Frankreich, das Deutschland in dieser Hinsicht weit voraus ist, für eine gewisse Ernüchterung sorgen: J. P. Guironnet, La suréducation en France: vers une dévalorisation des diplômes du Supérieur?, Economie Appliquée 2006, S. 93 ff.

individueller „Defizite“ definiert wird. Der Sozialstaat wird zum „therapeutischen Staat“, der für alle „Defizite“ verantwortlich ist.⁴⁸ Misserfolge von Bildungsbemühungen verlangen nach besseren Methoden, ggf. auch einer Verbesserung der Ausbildung der Ausbilder, jedenfalls mehr „Mittel“.

Problematisch ist vor allem die antithetische Fixierung des Sozialstaats auf die dem klassischen liberalen Grundrechtsverständnis assoziierte Vorstellung eines „Nachwächterstaates“, der sich auf die Abwehr von Gefahren für die Freiheitsausübung beschränke und sich um die Voraussetzungen der Freiheit nicht kümmere.⁴⁹ Dieser „Nachwächterstaat“ ist nichts als ein Mythos, der dem Chancen zu- und verteilenden Sozialstaat als eine Folie dient, auf dem alle seine eigenen Schwächen zum Verschwinden gebracht werden. Der klassische liberale Staat des 19. Jahrhunderts hat sich im Gegenteil intensiv um die Armengesetzgebung (im Rahmen der beschränkten finanziellen Möglichkeiten) bemüht,⁵⁰ später um die Entwicklung von Versicherungs- und anderen Hilfsmodellen.⁵¹ Art und Umfang dieser Bemühungen mag man retrospektiv kritisieren, vor allem darf man aber nicht das – gerade im Gegensatz zur heutigen Zeit – relativ hohe Niveau der Reflexion der Probleme der gesellschaftlichen Selbstbeschreibung übersehen, die damit einhergeht. In allen frühmodernen Industrieländern nimmt der Staat – insbesondere in Deutschland – ein starkes Interesse an der Entwicklung der Infrastruktur- und Wissensgrundlagen⁵² einer dynamisch werdenden Wirtschaft. Dabei geht es nicht nur um die Erfüllung der – modern gesprochen – „Bereitstellungsfunktion“⁵³ des Rechts für die Wirtschaft (Vertragsrecht, Gesellschaftsrecht etc.), sondern auch um die Schaffung einer Wissensbasis – sowohl in technologischer als auch in sozialer Hinsicht –, eines „common knowledge“, das als Grundlage für die Selbstveränderung von Wirtschaft und Gesellschaft dienen kann.⁵⁴ Ohne diese staatlichen Leistungen hätte sich die kapitalistische Wirtschaft nicht so dynamisch entfalten können. Mit einem „Nachwächterstaat“ hat dies nichts zu tun.

Der moderne liberale Staat hat nicht in eine Vielzahl „empirisch-faktischer Wirkungszusammenhänge“ eingreifen wollen, aber er hatte ein „Konzept“, und Konzepte sind notwendigerweise selektiv: Er hat sich auf die Förderung nicht nur – wie fälschlich behauptet wird – der Regeln beschränkt, sondern vor allem der Wissensbasis bis hin zur Entwicklung und Verbreitung technischer Standards konzentriert. Das liberale

⁴⁸ J. L. Nolan jr., *The Therapeutic State. Justifying Government at the Century's End*, New York 1998.

⁴⁹ Dagegen kritisch J. Katznelson, *Knowledge about what? Policy Intellectuals and the new Liberalism*, in: D. Rueschemeyer/Th. Skocpol (Hrsg.), *States, Social Knowledge and the Origins of Modern Social Policy*, Princeton 1996, S. 17, 20, 24; auch *Th. Skocpol, Social Policy in the U.S.: Future Possibilities in Historical Perspective*, Princeton 1995, S. 143 (für die USA).

⁵⁰ *Skocpol* (Fn. 48), S. 143.

⁵¹ Vgl. zur Entstehung der „Wahrscheinlichkeit“; zur Entstehung der Versicherungen F. Ewald, *L'Etat providence*, Paris 1986; für Deutschland M. Stolleis, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, 2003, S. 13 ff.; E. S. Phelps, *Rewarding Work. How to Restore Participation and Self-Support to Free Enterprise*, Cambridge, Mass. 1997, S. 36.

⁵² Vgl. dazu allg. K.-H. Ladeur, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, 1995; M. Vec, *Recht und Normierung in der industriellen Revolution*, 2006.

⁵³ Vgl. nur G. F. Schuppert, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, S. 151; Reinhard (Fn. 2), S. 462.

⁵⁴ Vgl. für das technische Wissen allg. R. Wolf, *Der Stand der Technik*, 1986; für die Baunormen R. Strecke, *Anfänge und Innovation des preußischen Baurechts*, 2000; allg. Vec, a.a.O.

Konzept der „Trennung“ von Staat und Gesellschaft ist kein Verhältnis wechselseitiger Gleichgültigkeit. Es ist ein Verhältnis der Vermittlung über Institutionen; dies schlägt sich nicht nur normativ und symbolisch im Konzept der „Repräsentation“ der Gesellschaft im Parlament nieder, sondern auch in der staatlichen Wahrnehmung der Aufgabe, die tatsächliche infrastrukturelle Basis der liberalen Gesellschaft zu schaffen.⁵⁵ Diese Entwicklung kommt auch in der Zentrierung des Polizei- und Ordnungsrechts um den Gefahrenbegriff zum Ausdruck: Der Gefahrenbegriff ist eng mit der gesellschaftlichen Erfahrung verbunden.⁵⁶

Auch dem sozialstaatlichen Denken des 19. Jahrhunderts⁵⁷ ging es um den „infrastrukturellen Staat“, der auch die Entwicklung der Ausübungsbedingungen der Grundrechte verbessern und sich nicht auf die Schaffung eines rein normativen Rahmens für die Freiheit beschränken wollte. Der Staat hat nur sehr viel stärker institutionell gedacht,⁵⁸ und mit diesem Denken immerhin einen wirtschaftlichen Aufschwung im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts ermöglicht, der auch den armen Schichten zugute gekommen ist. Es darf behauptet werden, dass Deutschland niemals zu einer Wirtschaftsmacht geworden wäre, wenn auch der Staat des 19. Jahrhunderts eine expansive Politik der Umverteilung betrieben hätte.

III. Das liberale Ordnungsmodell und das Gesetz als Ausdruck der symbolischen Ordnung

Das Bild, das die Sozialstaatstheorie vom Individuum, genauer vom bürgerlichen Subjekt, entwirft, ist ein Zerrbild und davon ist notwendigerweise auch das darauf antithetisch fixierte Bild des „Individuums des Sozialstaats“ affiziert. Kant hat in einer philosophischen Form postuliert, was Adam Smith in der Ökonomik formuliert hat: Das Subjekt ist nicht der Urheber eines Gesetzes durch den eigenen Willen, sondern es muss das Gesetz als symbolische Ordnung, die seinen Willen unterwirft, als eine Grenze seines Handelns akzeptieren.⁵⁹ Das Subjekt ist einmal als Individuum einer *symbolischen* Ordnung unterworfen, die ihm erst erlaubt „Ich“ zu sagen und sich durch sein eigenes Sprechen als Anfang zu setzen. Ohne das Einrücken in einen objektiven übergreifenden sprachlichen und kulturellen Zusammenhang ist kein Ich möglich. Andererseits ist es dadurch einer symbolischen *Ordnung* unterworfen, die seinen Willen begrenzt. Das Gesetz als „Grenze“, als Verbot, erschöpft sich nicht im Rechts-

⁵⁵ Vgl. zur Verantwortung des Staates für die Infrastrukturentwicklung in G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998.

⁵⁶ K.-H. Ladewig, Coping with Uncertainty: Ecological Risks and the Proceduralization of Environmental Law, in: G. Teubner/L. Farmer/D. Murphy (Hrsg.), Environmental Law and Ecological Responsibility, Chichester 1994, S. 299.

⁵⁷ Vgl. zum Einfluss auf das Privatrecht T. Reppen, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2001.

⁵⁸ Vgl. dazu Reinhard (Fn. 2), S. 462.

⁵⁹ So aus psychoanalytischer und auch für die Rechtswissenschaft fruchtbarer Sicht M. Schneider, La confusion des sexes, 2007, S. 78; O. Rey, Une folle solitude. Le fantasme de l'homme auto-construit, 2006, 42, 53.

gesetz im engeren Sinne, es ist das, was paradoxerweise erst das Handeln in der Gesellschaft nach Regeln ermöglicht.⁶⁰

Dadurch ist unsere Rechtsordnung nicht im Einzelnen präformiert, aber wir sehen gerade die Folge der Missachtung der Konstitution des Subjekts durch diese Grenze, das Akzeptieren des Anfangs in einem objektiven Zusammenhang, der nicht dem individuellen Willen unterworfen ist, in einer sozialstaatlich veränderten Konzeption des Gesetzes: Diese sieht das Gesetz als eine bloße Resultante des intersubjektiven Austauschs und der Abstimmung wechselseitiger Interessen an.⁶¹ Zu diesen Interessen gehören dann auch gleichrangig stets verhandelbare gesellschaftliche objektive Interessen, die aber nicht den Status einer eigenen Rationalität haben. Daraus entsteht ein neues offenes zirkuläres Subjekt, das durch den *Aufschub* bestimmt ist: Das Subjekt verweist stets auf eine Zukunft, die „noch“ nicht begonnen hat und in der es sich als Subjekt eigentlich erst realisieren kann: Durch Hilfe, die dem Mangel abhelfen muss.

Dieser Mangel verweist diffus auf seine Abwesenheit in der Zukunft, die durch „Hilfe“ herzustellen ist, das Subjekt aber gerade nicht an die Regelbestände, Erfahrungen und Erwartungen der Gesellschaft. Diese Kritik soll „Hilfe“ keineswegs von vornherein unter Verdacht stellen. Aber in einer liberalen Ordnung, wie ich sie knapp skizziert habe, muss „Hilfe“ als staatlich-rechtliche Leistung immer auf die Grundstruktur des autonomen bürgerlichen Subjekts abgestimmt werden, das einer Gesamtheit von Regeln unterworfen ist und mit ihnen erst in einer strukturierten Ordnung operieren kann. Und dies bedeutet zuallererst, dass die Hilfe selbst regelhaft gewährt werden und damit auch den anderen, die sie letztlich gewähren (müssen) – d. h. allen Bürgern – zumutbar sein muss. Voraussetzung dafür ist vor allem die Transparenz der Hilfeprogramme, die Klärung ihrer Voraussetzungen, die Beobachtung ihrer unerwünschten Nebenwirkungen. Anderenfalls besteht das Risiko, dass sich bei Hilfeempfängern wie Hildegewährenden ein Zynismus ausbreitet, der sich stets selbst darin bestärkt, dass man sich die als unzureichend empfundene Hilfeleistung oder die als Zwang wahrgenommene Hilfeverpflichtung schon irgendwie, durch Steuerhinterziehung, durch kompensierende Inanspruchnahme von (eigentlich nicht gerechtfertigten) Sozialleistungen zurückholt. Ein System sozialer Leistungen muss deshalb für Geber wie Nehmer selbst Bestandteil einer symbolischen geteilten Ordnung werden, die man nicht nur unter dem Gesichtspunkt des eigenen Nutzens oder Schadens bewertet. Diese Stellung haben die Sozialsysteme in der Vergangenheit annähernd eingenommen. Die Akzeptanz der Rationalität der Hilfesysteme erodiert seit einiger Zeit. Dazu trägt der hohe Anteil der Schattenwirtschaft bei, aber auch selbstverständlich die unverhältnismäßige Inanspruchnahme oder Verteilung von Sozialleistungen. Ich fasse den Begriff bewusst weiter: Z. B. möchte ich behaupten, dass die Ziele, Werte, Methoden der Familien- und Jugendhilfe der Durchschnittsbevölkerung heute weitgehend unbekannt bleiben. Ähnliches gilt auch übrigens für das Schulsystem, das sich in den letzten Jahrzehnten in seiner gesellschaftlichen Orientierung, oder besser Desorientie-

⁶⁰ Vgl. allg. R. *Drain*, Freud et Moïse. *Psychanalyse loi juive et pouvoir*, 2004.

⁶¹ *Rey*, (Fn. 59), S. 42.

rung, grundlegend verändert hat, ohne dass dies sich in der allgemeinen Öffentlichkeit, in Medien insbesondere, auch nur annähernd angemessen niedergeschlagen hätte. Die sozialen Professionen orientieren sich an diffusen Erwartungen und Konzeptionen, die stark Moden unterworfen sind und nicht nur auf die Regeln und Werte der Mehrheitsgesellschaft nicht abgestimmt sind, sondern dazu offen in Widerspruch stehen, ohne dass dies auch nur in den Medien diskutiert würde.

Nur einzelne Skandale wie der Bremer Fall Kevin werfen kurz ein Schlaglicht auf eine Mischung aus Inkompetenz, professioneller Desorientierung, absurde Grabenkämpfe, wahnhaftige Problemkonstruktionen, das aber sofort wieder erlischt. Die Hilfesysteme sind völlig intransparent: Die professionellen Kräfte, die dort arbeiten, sind ihrerseits zur Geheimhaltung verpflichtet (z.T. auch unter Berufung auf „Datenschutz“), um – vielfach destruktive – Klientelverhältnisse aufzubauen, über die die Öffentlichkeit nicht informiert sein muss. Eine andere Variante dieser Intransparenz treffen wir in den Systemen der Weiterbildung und der Arbeitsförderung. Ob und wie deren Arbeit auf die Regelsysteme, Erwartungen und Erfahrungen der Gesellschaft im Allgemeinen und der Märkte im Besonderen abgestimmt ist, wird vielfach sogar bewusst verschleiert, indem Angebote zur Evaluation oft über Jahre abgelehnt werden.⁶²

Bei den Krankenversicherungssystemen ist dies nicht wesentlich anderes: Die Zahl der bekannt gewordenen Fälle von Abrechnungsbetrug – die sicher nur die Spitze eines Eisbergs bilden – sollte man nicht nur als Fehlverhalten Einzelner abtun. Das Auftreten solcher neuer Varianten des Betrugs ist immer auch das System eines gesellschaftlichen Wertewandels: Zynismus im Angesicht von Intransparenz und verbreiteter Selbstbedienung sowie die Selbstzerstörung einer Versicherungsrationale auch bei den Patienten führen zu einer Erosion der Normenbasis des Versicherungssystems selbst. Ohne eine solche Basis kann ein Versicherungssystem aber nicht arbeiten. Die mangelnde Akzeptanz der Regeln eines Versicherungssystems durch die Beteiligten muss dann durch immer mehr Rechtsnormen kompensiert werden, die auf immer neue Missbräuche zu antworten versuchen. Vor allem die verbreitete Vorstellung, dass man die „Reichen“ stärker zur Finanzierung der Sozialsysteme heranziehen sollte, verstärkt paradoxerweise die Tendenzen zur Selbstdestruktion der Grundlagen der sozialen Systeme: Dies scheint viele Bürger davon dispensieren zu können, nach der Regelhaftigkeit und Rationalität solcher Sozialsysteme zu fragen und Erwartungen und Zumutungen aufeinander abzustimmen. Die Mittelbarkeit des Gesetzes, die Selbstbindung durch Institutionen wird ersetzt durch die Unmittelbarkeit des Zugriffs auf das Geld der anderen und trägt damit paradoxerweise weiter zur Zersetzung der Rationalität einer öffentlichen Versicherung bei. Damit wird zugleich auch die Selbstdarstellung als „bedürftig“ ratifiziert. Ein die unmittelbaren individuellen Interessen übergreifendes, nach einer objektiven Logik, auf gesellschaftliche Regeln abgestimmtes System der Risikobindung ist dann nicht mehr zu erkennen.

⁶² Vgl. dazu jetzt den Bericht des Ökonomen *Michael Lechner*, FAZ Nr. 199 v. 28. 8. 2007, S. 13.

IV. Das „Risikorecht“ des Sozialstaats

Aus der wachsenden Komplexität des staatlichen Handelns unter Bedingungen von Ungewissheit müssen Konsequenzen gezogen werden, die über das bloße Postulat einer „Einschätzungsprärogative“ des Gesetzgebers hinausgehen. Für das klassische allgemeine Gesetz konnte legitimerweise postuliert werden, dass ein jenseits der besonderen Interessen sich konstituierendes Parlament der Bürger ein geeignetes Forum öffentlicher Rationalität durch Deliberation sein konnte. Sozialstaatliche Normen haben auf unterschiedliche Weise ein planerisches Moment insofern, als sie ein strategisches Design verlangen, das mehrere Handlungen miteinander verknüpft oder Handlungsmöglichkeiten eröffnen soll: Z. B. soll das Arbeitslosengeld den Lebensunterhalt des Empfängers eine Zeit lang auch nach Verlust des Arbeitsplatzes stabilisieren und damit auch eine Lebensplanung für Familien abstützen. Aber zugleich soll ein Arbeitsloser den Anreiz erhalten, sich um einen neuen Arbeitsplatz zu bemühen; das Gelingen dieser Bemühungen hängt von verschiedenen Faktoren ab, die ex ante schwer zu bestimmen sind.⁶³ Die Bedeutung aller Sozialleistungen hängt auf unterschiedliche Weise auch davon ab, mit welcher Häufigkeit sie in Anspruch genommen werden: Die Häufigkeit hat z. B. Rückwirkungen nicht nur auf die Beitragshöhe, sie kann auch zur Entstehung einer verfestigten Schicht von Langzeitarbeitslosen mit weiteren sozialen Konsequenzen beitragen. Außerdem stehen Sozialleistungen (Vorruhestand!) in einem Wechselverhältnis zu gewerkschaftlichen Strategien, die die Arbeitslosigkeit nicht in der Lohnpolitik zu berücksichtigen brauchen, wenn das Arbeitslosengeld eine ausreichende Kompensation verspricht. Darin erschöpfen sich die Risiken von sozialer Hilfe nicht. Problematisch ist jenseits der unmittelbaren Effekte nicht nur das Risiko der Umstellung des „Individuums der Gesellschaft“ von der Internalisierung des „man within“ auf die Erwartungen an den „state without“. So ist für die Sozial- und Jugendhilfe davon auszugehen, dass ihre Wirkungen auf die einzelnen Betroffenen und das Risiko der unbeabsichtigten Verstärkung von subkulturellen Milieus ex ante schwer abzuschätzen ist. Hier müssen vielfach Handlungs- und Entscheidungskomplexe konzipiert werden, deren Entwicklung nicht allein von den öffentlichen Entscheidern abhängen kann, sondern auch vom Verhalten der jeweils Betroffenen. Soziale Leistungen, die die Anpassungsfähigkeit steigern sollen, werden durch strategisches Verhalten der Hilfeempfänger zum Anpassungsersatz, weil der Staat unbeabsichtigt auch die als stabil unterstellten Verhaltensmuster verändert. Auch dadurch wird die Steuerungsfähigkeit des Staates beeinträchtigt.

Vielmehr sind die Entscheider mit inkrementellen, teils reflektierten, teils spontanen Relationierungsprozessen konfrontiert, die letztlich nur noch auf der Grundlage von

⁶³ Der einzige europäische Staat, von dem sich sagen lässt, dass er sich auf die komplexen Herausforderungen des Sozialstaats problemangemessen eingelassen hat, dürfte Dänemark sein, vgl. *J. Torfing*, *Towards a Schumpeterian Workfare Postnational Regime: Path-Dependency in Welfare State Reform, Economy and Society* 1999, S. 3 ff.; *T. M. Andersen*, *The Danish Labor Market – From Excess to Shortage*, in: *M. Werding* (Hrsg.), *Structural Unemployment in Europe: Reasons and Remedies*, Cambridge 2005, S. 75 ff.

Wahrscheinlichkeits- und Modellannahmen beeinflusst werden können.⁶⁴ Hier haben wir es eher mit emergenten, nicht mit rational ex ante gesteuerten Handlungsketten und -netzwerken zu tun, die in einem kaum antizipierbaren evolutionären Prozess zur Herausbildung von Erwartungs-, Orientierungs- und Verhaltensmustern führen, aber nicht normativ optimiert werden können. A. Lindbeck hat schon seit längerem auf das Risiko aufmerksam gemacht, dass der Sozialstaat längerfristig eines seiner Ziele, die breitere Identifikation mit den Regeln einer freien Gesellschaft, nicht nur verfehlt, sondern deren Grundlagen selbst zerstören könnte.⁶⁵ Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass die hohe Arbeitslosigkeit in den größeren europäischen Ländern zur Herausbildung einer Unterschicht führt, deren Lebensweise nicht mehr von der tradierten Arbeitsethik der westlichen Zivilisation bestimmt wird. Es wäre eine Illusion zu glauben, dass dies vom Staat in „Gemeinschaftsschulen“ kompensiert werden könnte. Das Aussteuern eines großen Teils der Bevölkerung aus dem Arbeitsleben, das zu einer unmittelbaren Abhängigkeit vom Staat führt und die Aneignung gesellschaftlicher Regeln, Konventionen und Wissensbestände weitgehend überflüssig macht, bestärkt Ideologien der „Hilfe“, die diese anomische Entwicklung noch verschärfen und immer höhere Erwartungen vor allem an die Schule erzeugen. Das Anwachsen dieser Schicht, die längst zu einer politischen Macht geworden ist, verhindert zugleich mehr und mehr die offene Diskussion über die neuen sozialen Probleme. In jüngster Zeit ist mehrfach die Abschwächung der Integration der westlichen Gesellschaften durch eine öffentliche Moral der Bindung durch Institutionen nachgewiesen worden: Neuere Untersuchungen legen die Annahme nahe, dass insbesondere die Hemmung schwindet, Sozialleistungen durch Betrug zu erlangen. Diese moralischen Haltungen sind ohnehin in einzelnen Ländern sehr unterschiedlich ausgeprägt.⁶⁶

☐ Solche neuen Varianten der öffentlichen Einwirkung auf das „Individuum der Gesellschaft“ – um nichts Geringeres geht es hier – verlangen nach einer neuen prozesshaften Rationalität, die mit anderen rechtlichen Regelungsformen operiert als sie dem bisherigen liberalen rechtsstaatlichen Modell vertraut sind. „Hilfe“⁶⁷ ist dafür zu unterkomplex.

☐ Es muss sehr viel mehr darauf geachtet werden, wo die Interventionen des Sozialstaats am ehesten produktive Effekte erzeugen und wo die Erzeugung von perversen Nebeneffekten wahrscheinlich ist. Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Urteilen nicht nur zum Technikrecht jedenfalls produktiv, aber dogmatisch weitgehend folgenlos, eine Beobachtungs- und ggf. Nachbesserungspflicht bei gesetzlichem

⁶⁴ J. L. Pollock, Plans and Decisions, Theory and Decision, 2004, S. 79 ff.

⁶⁵ A. Lindbeck, Hazardous Welfare State Dynamics, American Economic Review, Papers and Proceedings (1995) Vol. 85 (2), 9; ders./St. Nyberg, Raising Children to Work Hard: Altruism, Work Norms, and Social Insurance, The Quarterly Journal of Economics CXXII (2006), 1473; dies./J. W. Weibull, Social Norms and Economic Incentives in the Welfare State, The Quarterly Journal of Economics CXIV (1999), 1.

⁶⁶ Y. Algan/P. Cahuc, Civic Attitudes and the Design of Labor Market Institutions, CEPREMAP-WP 2005, 14; F. Heinemann, Is the Welfare State Self-destructive? A Study of Government Benefit Morale, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, 2007, DP 07-029.

⁶⁷ D. Baecker, Soziale Hilfe als Funktionssystem der Gesellschaft, ZfSoz 1994, S. 93.

Handeln unter Ungewissheitsbedingungen verlangt.⁶⁸ Solches Handeln ist gekennzeichnet durch seine „Bezogenheit auf Tatbestände, die rascheren Wandlungen unterliegen als andere, denen größere Konstanz eignet“. Das Gesetz ist dann genötigt, einen „Ausschnitt komplexer, schwer überschaubarer Zusammenhänge“ in den Blick zu nehmen, „die sich zuverlässiger Einschätzung entziehen“.⁶⁹ Der Gesetzgeber kann auch dann handeln und eine Einschätzungsprärogative in Anspruch nehmen, allerdings ist er verpflichtet, das Gesetz im Lichte besseren Wissens „nachzubessern“. Komplexität erschwert auch die Beobachtung und Beschreibung jedenfalls der Zusammenhänge zwischen Ereignissen. Wie soll etwa im Falle der Mitbestimmung auf Unternehmensebene die Wirkung des Gesetzes auf die Entscheidungsprozesse erkannt werden? Wie soll im Falle eines sozialstaatlichen Gesetzes z. B. die Effizienz der Fortbildungs- oder Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen beobachtbar werden? Beides ist allenfalls durch systematische und organisierte Beschreibung möglich.

Auf diesem Hintergrund ließe sich eine zunächst paradox erscheinende Reformulierung des Rechtsstaatsprinzips erwägen: Die ursprüngliche liberale Version des Prinzips weist als Kernbestandteile die Grundsätze der Bestimmtheit und der Sicherheit des Rechts aus. Im Angesicht „komplexer, schwer überschaubarer Zusammenhänge“ kann die rechtliche Regelung Vertrauen nicht mehr primär in die Regeln selbst gewährleisten. Das Abstraktionsniveau des Rechtsstaatsprinzips muss dann höher gelegt werden,⁷⁰ nicht aber büßt es seine Bedeutung vollends ein: Unter Bedingungen gesteigerter Ungewissheit muss es auch zur Kontrolle der über das Sozialstaatsprinzip abgestützten Experimentierfreiheit des Gesetzgebers ex ante eingesetzt werden. D. h. die Einschätzungsprärogative muss durch eine „Evaluationsretrospektive“ ex post kompensiert werden, wenn nicht damit gerechnet werden kann, dass die Folgen der Gesetzesanwendung sich selbst „explizieren“. Diese Anforderungen können nicht kraft Verfassung als self-executing angesehen werden, da Art, Umfang und Zahl der Evaluationen der Konkretisierung bedürfen.⁷¹ Hier wäre eher nach dem Muster des vom BVerfG für den Finanzausgleich postulierten „Maßstäbengesetzes“⁷² an die Einführung eines allgemeinen, eine exemplarische Vorgehensweise rechtfertigenden Evaluationsgesetzes zu denken. Das Vorbild mag zunächst nicht überzeugend wirken, da gerade diese Materie für eine Festlegung von Zielen ex ante möglicherweise zu politisiert erscheint.⁷³ Dies gilt aber für Sozialgesetze nicht in gleichem Maße, und anders als im Ausgangsfall ginge es hier nicht um die Vorgabe materialer Kriterien, sondern um die prozedurale nachträgliche Gesetzesprüfung. Lernen kann jedenfalls nicht unstrukturiert

⁶⁸ Vgl. nur BVerfGE 49, 89 (132) – Kalkar –; 50, 290 (332) – Mitbestimmung –.

⁶⁹ BVerfGE 50, 290 (333 f.).

⁷⁰ D. Merten, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Ziel und Methode der Gesetzgebung im modernen Sozialstaat, in: B. v. Maydell (Hrsg.), Probleme sozialpolitischer Gesetzgebung, 1991, S. 51 (62); vgl. allg. zur neueren Diskussion um die Steigerung der prozeduralen Anforderungen an die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen J. Ennuschat, Wege zu besserer Gesetzgebung, DVBl 2004, S. 986; G. F. Schuppert, Gute Gesetzgebung, KritV 2003 (Sonderheft).

⁷¹ Vgl. zu Evaluationsmethoden A. Lindbeck, Changing Tides for the Welfare State. An Essay, CESIFO DP 647 (2002).

⁷² BVerfGE 93, 121 (138).

⁷³ Zur Kritik J. Wieland, Das Konzept eines Maßstäbengesetzes zum Finanzausgleich, DVBl 2000, S. 1310 ff.

riert erfolgen, es bedarf dazu eines institutionellen Rahmens,⁷⁴ der durch Gesetz geschaffen werden muss. Sozialstaatliche Strategien können immer nur als in einen „evolutionären Plan“⁷⁵ eingebettet konzipiert werden, nicht als Optimierungsentcheidung ex ante: „Institutions feed back on behavior and vice versa“⁷⁶. Teil einer systematischen Evaluationsstrategie, die produktiv mit Ungewissheit operiert und mit unerwünschten Nebenfolgen rechnet, sollte auch das internationale „Benchmarking“ sein, eine Methode, die auch das in anderen Ländern generierte Wissen zu nutzen sucht. Sie wird schon seit langem im Telekommunikationsrecht erprobt, auch im Sozialrecht sollte der bloß anekdotische Bezug auf die Erfahrungen anderer Länder der Vergangenheit angehören. Methodisch reflektierte Vergleiche, die unterschiedliche Institutionen berücksichtigen, sind durchaus möglich. Insbesondere wäre zu beobachten, dass ein intelligent organisierter Sozialstaat nicht im Widerspruch zur Erhaltung der wirtschaftlichen Dynamik stehen muss. So wird das „gesamtwirtschaftliche Wachstumspotenzial“ Finnlands, Schwedens und Dänemarks (1., 3., 4. Platz) weitaus höher eingeschätzt als das Deutschlands (15. Platz).⁷⁷ Der systematische Vergleich mit erfolgreichen und weniger erfolgreichen Sozialstaatsmodellen könnte für Deutschland, wo viele politische Probleme immer noch mehr durch Ideologie⁷⁸ als durch empirische Beobachtung bewältigt werden, sehr erhellend sein: Die Sozialtransfers liegen in Deutschland (26,5 % der Staatsausgaben) inzwischen sehr viel höher als in den skandinavischen Ländern (Dänemark 18,4 %, Finnland 19,1 %, Schweden 21,1 %).⁷⁹ Dafür sind die Ausgaben für Forschung und Entwicklung in den skandinavischen Ländern (Schweden 3,98 %, Finnland 3,48 %) sehr viel höher als in Deutschland (2,49 % – jeweils des Bruttoinlandsprodukts). Die skandinavischen Länder haben längst begriffen, dass ein Sozialstaat ohne wirtschaftliche Dynamik keinen Bestand haben kann, während in Ländern wie Deutschland – und Frankreich – der Glaube sehr verbreitet ist, dass man mangelnde Dynamik durch noch mehr Umverteilung kompensieren kann.

Der Sozialstaat ist zunächst für eine ganz andere, stabilere wirtschaftliche Umwelt konzipiert worden. Das macht ihn keineswegs obsolet, doch in einer sich sehr viel

⁷⁴ P. L. Porta/R. Scazzieri, Accounting for Social Knowledge in Economic Analysis: The Relevance of A. Smith's Framework, in: S. Rizzello (Hrsg.), Cognitive Developments in Economics, London/New York 2003, S. 107 (109).

⁷⁵ Vgl. dazu Pollock (Fn. 64), S. 79 (105).

⁷⁶ M. Henrekson, Entrepreneurship: A Weak Link in the Welfare State?, Industrial and Corporate Change 2005, S. 437 ff.

⁷⁷ World Economic Forum, Global Competitiveness Report, 2005, zit. nach Wirtschaftswoche Nr. 35 v. 28. 8. 2006, S. 24.

⁷⁸ Ein Beispiel dafür ist auch die noch vor wenigen Jahren geführte Diskussion um den „aktivierenden Staat“, vgl. G. F. Schuppert, Aktivierender Staat und Zivilgesellschaft. Versuch einer Verhältnisbestimmung, in: Enquête-Kommission „Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements“ des Deutschen Bundestages (Hrsg.), Schriftenreihe Band 1: Bürgerschaftliches Engagement und Zivilgesellschaft, 2000, S. 185 ff.; B. Blanke, Aktivierender Staat – aktive Bürgergesellschaft, www.aktivierender-staat.de; es handelt sich wohl eher um ein selbstreflexives Verständnis von „Aktivierung“ durch neue staatliche „Programme“, die bald „schulbladiert“ werden, um dann wieder einer neuen Reform Platz zu machen; vgl. dazu allg. C. Corsi, Sistemi che apprendono, 1998.

⁷⁹ OECD, 2004, zit. nach Wirtschaftswoche, Nr. 35 v. 28. 8. 2006, S. 26.

schneller wandelnden Gesellschaft ist die genauere Beobachtung und Revision von Programmen, in die sehr viel Geld investiert wird, von höchster Priorität. Dass der Sozialstaat die Anpassungsfähigkeit einer komplexen Gesellschaft lähmen kann, ist angesichts der hohen Leistungsansprüche, die unter den Bedingungen des Wandels vielfach nicht leicht auf dem Markt durch Arbeitsleistung zu realisieren wären, ein Risiko, auf das sich Sozialpolitik und -recht systematisch einstellen müssen – ganz zu schweigen von Risiken, die mit demografischem Wandel einhergehen. Auf deren Ernst – bis hin zum Risiko der Schaffung von Anreizen zur Auswanderung junger qualifizierter Arbeitskräfte in dynamischere Gesellschaften mit geringeren Soziallasten – hat die Sozialpolitik noch gar nicht reagiert, obwohl in dieser Hinsicht schon sicheres Wissen verfügbar ist.

Der klassische liberale Begriff des Schrankengesetzes hat sich sehr stark an der „Schadensgrenze“ orientiert und die Verfügbarkeit eines breiten Erfahrungswissens für die Gesetzgebung selbst wie für ihre konkretisierende administrative Anwendung voraussetzen können. Für die moderne interventionistische Gesetzgebung ist die gesellschaftliche Erzeugung und Erhaltung eines entsprechenden Wissenspools nicht mehr als zuverlässig zu unterstellen. Deshalb bedarf eine die Gesellschaft verändernde Gesetzgebung in sehr viel höherem Maße einer kognitiven institutionellen Infrastruktur, die systematisch auf die Generierung des Wissens angelegt ist,⁸⁰ das für die nachträgliche Beschreibung der Gesetzeseffekte benötigt wird. Der Begriff des Risikos⁸¹ indiziert, dass wir es nicht mit linearen Ursache-Wirkungs-Ketten zu tun haben, also einer Konstellation, in der eine staatliche Entscheidung einen Prozess der Überschreitung einer Grenze („Störung“) punktuell unterbricht, sondern mit komplexen, von einer Vielzahl von Faktoren bestimmten Wirkungszusammenhängen, die ein offenes strategisches Management erfordern. Soziale Probleme sind „schlecht strukturiert“: Sozialstaatliche Gesetze müssen infolgedessen sehr viel stärker auf die paradoxe Erwartung des Unerwarteten und die Beobachtung der Veränderung des Bezugsrahmens im Prozess ihrer eigenen Implementation eingestellt werden.⁸² Innerhalb des Staates wie auch in der Wirtschaft muss sehr viel mehr das Design von Politik als ein Konstrukt akzeptiert werden, mit dem produktiv nur in der Erwartung von „success through failure“⁸³ operiert werden kann.

In einer Gesellschaft müssen sich im Zusammenspiel von formalen Institutionen (Gesetze, Rechte, etc.) und informalen Zwängen, Anreizen, Konventionen, kollektive Effekte einstellen, die im günstigen Fall eine produktive Dynamik gesellschaftlicher

⁸⁰ Vgl. zur wachsenden Bedeutung der privat-öffentlichen Nutzung und Entwicklung einer übergreifenden „kollektiven Intelligenz“ am Beispiel der Finanzmarktkontrolle *T. Strulik/M. Kussin*, Finanzmarktregulierung und Wissenspolitik. Basel II – Die aufsichtsrechtliche Konstitution kollektiver Intelligenz?, ZRSoz 2005, S. 101 (112); *C. C. Lichtenstein*, The Fed's New Model of Supervision of „Large Complex Bank Organizations“, Boston College Law School Faculty Papers 2006/No. 129.

⁸¹ *N. Luhmann*, Soziologie des Risikos, 1991.

⁸² Eine denkbare Methode zur Beobachtung schwer erkennbarer Risiken besteht im internationalen Vergleich und der darüber angeleiteten Suche nach „best practices“. In der EG wird dazu das Verfahren der „offenen Methode der Koordinierung“ eingesetzt; vgl. zur Sozialpolitik *H. Obinger/St. Leibfried/F. G. Castles*, Beipässe für ein „soziales Europa“, Der Staat 2005, S. 505 (538).

⁸³ *H. Petrowski*, Success Through Failure. The Paradox of Design, 2006, S. 3, 5 f.

Selbstorganisation in Gang setzen. Im ungünstigsten Fall kommt es zum Einrasten in einen destruktiven Prozess der Selbstblockierung, der Verweigerung des Lernens, des unstrukturierten Misstrauens, der Passivität.⁸⁴ Die eine wie die andere Variante ist ex ante nicht leicht erkennbar.

⁸⁴ Diese Gefahr erzeugt die deutsche Variante des Sozialstaats, die erhebliche negative Auswirkungen auf die Anpassungsfähigkeit der deutschen Wirtschaft und vor allem die Flexibilität der Arbeitnehmer hat, vgl. *J. J. Heckman, Flexibility and Job Creation. Lessons from Germany, NBER WP 9194 (2002).*