

Stephan Rixen

## Sozialrechtliche Regulierung des Sozialstaats

### Rechtswissenschaftliche Orientierungen zur Governance sozialer Dienstleistungen

#### *I. Sozialstaat und Sozialrecht unter dem Grundgesetz*

##### *1. Sicherung von Zugehörigkeit – Zum Konnex von Sozialstaat und Menschenwürde*

Zu den normativen Erkennungszeichen des Grundgesetzes (GG) gehört das Sozialstaatsprinzip. Das Grundgesetz spricht vom »sozialen Bundesstaat« (Art. 20 Abs. 1 GG) und vom »sozialen Rechtsstaat« (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG). Die sog. Ewigkeitsklausel (Art. 79 Abs. 3 GG), die die änderungsfeste »eiserne Ration« des Grundgesetzes benennt, verweist u.a. auf die in Art. 20 GG niedergelegten »Grundsätze«.<sup>1</sup> Dies ist so zu verstehen, dass es beim Wörtchen »sozial« nicht nur um ein Attribut des deutschen Modells des Föderalismus oder der im Grundgesetz konkretisierten Rechtsstaatsidee geht, sondern um etwas Grundlegenderes: Die Verpflichtung des Staates, ein »sozialer« zu sein, also einer, der »soziale« Verhältnisse zu gewährleisten hat. Die Formulierung »sozialer Rechtsstaat«, die in den Beratungen des Grundgesetzes von *Carlo Schmid* vorgeschlagen wurde,<sup>2</sup> ist in der Weimarer Zeit von dem auf der Flucht vor den Nazis 1933 in Madrid verstorbenen Staatsrechtslehrer *Hermann Heller* prominent verwendet worden.<sup>3</sup> Er war angesichts der Weimarer Verhältnisse für ein nicht-revolutionäres Verständnis des Rechtsstaats eingetreten, das den Blick für die real existierenden Ungleichheiten der Chancenverteilung, die über die gelebte Freiheit entscheidet, schärft.<sup>4</sup>

- 1 Siehe auch Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG: »Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet.«.
- 2 Vgl. Stephan Rixen, *Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht*, Tübingen 2005, S. 313.
- 3 Hermann Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen 1930, S. 9, S. 18: »soziale[r] Rechtsstaat«.
- 4 Die Formulierung »sozialer Rechtsstaat« wurde allerdings nicht von *Hermann Heller* erfunden, hierzu (auch zur Verwendung des Begriffs »Sozialstaat« bereits Ende des 19. Jahrhunderts und zu *Hellers* Position) Hans Michael Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, Tübingen 2008, S. 60 ff.; zur Einordnung siehe ferner Karl-Peter Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen 1997, S. 171 ff.

Nun ist es ein beliebtes Unterfangen, das Wort »sozial« als angeblich nichtssagendes »Wieselwort« (*Hayek*) abzutun, dessen Bedeutung man so wenig fassen könne wie ein schnell entschwindendes Wiesel.<sup>5</sup> Solche eingängigen Bilder sagen viel über die Vorverständnisse und Weltzugriffe derer aus, die von dem Wort oder zumindest von bestimmten Wortverwendungsweisen wenig halten, etwa weil sie »sozial« in frei flottierenden Assoziationen auf den Begriff des Sozialismus und dessen historisch verbürgte Havarien beziehen. Lässt man sich, etymologisch informiert, auf das lateinische »socialis« ein, dann wird deutlich, dass es um Zugehörige, Zusammengehörende, Dazugehörige geht.<sup>6</sup> Das Sozialstaatsprinzip, das als Rechtsbegriff nicht de-, sondern präskriptiv wirkt, zielt also darauf ab, dass der durch das Grundgesetz organisierte politische Herrschaftsverband namens »Bundesrepublik Deutschland« Zugehörigkeit sicherstellen soll. Dahinter steht die Einsicht, dass die Garantie gleicher grundrechtlicher Freiheiten gleiche Chancen zur Entfaltung dieser Freiheiten nicht automatisch mitgarantiert. Nur wer Chancen zur Verwirklichung der eigenen Freiheiten – Freiheiten als realisierbare Optionen – bekommt, gehört in dem Sinne dazu, dass er oder sie sich als Gleiche/r unter Gleichen *erfährt* und in diesem Sinne Anerkennung *erlebt*.<sup>7</sup> Soziale Ungleichheit bezeichnet die ungleich verteilten Freiheitsrealisierungsoptionen. Wem sie versagt bleiben, der oder die lebt vielleicht irgendwie mit und kommt irgendwie durch, aber gehört nicht auf Augenhöhe dazu.

Ein solches Verständnis vom Staat setzt auf einer nicht allzu anspruchsvoll konzipierten und gerade deshalb zustimmungsfähigen Anthropologie auf, die manchem nicht gefallen wird, weil sie Begabung, Verdienst und Glück nicht als die entscheidenden Faktoren der Existenzgestaltung akzeptiert. Gelingendes, gar glückliches Leben lässt sich nicht machen, aber was an Gelingen und Glück möglich ist, hängt sehr wohl von Bedingungen und Beschwernissen ab, die menschengemacht sind. Die Freiheit des Individuums wird damit nicht negiert, wohl aber in den Kontext vielfältiger Einflüsse eingestellt, über die das Individuum nicht oder nur in Maßen verfügen kann. Das Sozialstaatsprinzip greift damit einen von zwei Begründungsansätzen auf, die die verfassungsrechtliche Menschenwürdegarantie fundieren: Es geht um die *Nicht*verfügbarkeit, die neben der *Selbst*verfügbarkeit steht, also um eine Sichtweise, die die konstitutive Schwäche<sup>8</sup> von Menschen, ihre Hilfebedürftigkeit, ihre Angewiesenheit auf andere akzentuiert und das Bild vom über sich selbst verfügenden Menschen deutlich relativiert, der als scheinperfekter Ichling des »Wer will, der kann« alles im Griff hat.<sup>9</sup> Die-

5 Vgl. Friedrich August von Hayek, *Wissenschaft und Sozialismus*, in: ders., *Gesammelte Schriften in deutscher Sprache*, Abt. A, Bd. 7, Tübingen 2004, S. 61 f.

6 Stephan Rixen, »Gestaltung des demographischen Wandels als Verwaltungsaufgabe« in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 74 (2015), S. 293–350, hier: S. 304 f.

7 Rixen, Gestaltung des demographischen Wandels, aaO. (FN 6), S. 306–308.

8 Rixen, Gestaltung des demographischen Wandels, aaO. (FN 6), S. 342.

9 Stephan Rixen, »Würde des Menschen als Fundament der Grundrechte« in: F. Sebastian M. Heselhaus/Carsten Nowak (Hg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, München/Wien/Bern 2006, S. 335–360, hier: S. 346.

ses Verständnis vom »menschwürdigen Dasein«<sup>10</sup>, das durch Verhältnisse bedingt ist, denen das Individuum ausgesetzt ist und die es nicht nur aus sich heraus verändern kann, ist der Zielpunkt des grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzips.

Es geht somit um einen Staat, der die Spannung zwischen formal zugesprochenen und tatsächlich realisierbaren Freiheiten nicht zu groß werden lassen soll. Dahinter steht als ebenfalls historisch verbürgte Einsicht, dass dann, wenn diese Spannung zu groß wird, gesellschaftliche Gegensätze<sup>11</sup> entstehen, die in letzter Konsequenz ein halbwegs friedliches Zusammenleben gefährden. Kurz: Ohne soziale Sicherheit keine innere Sicherheit, die freilich nicht auf Kriminalitätsvermeidung reduziert werden darf; es geht vielmehr um – *auch* aus sozialer Sicherheit resultierenden – sozialen Frieden. Die vom Sozialstaat organisierte gleiche Chance auf effektive Freiheit erweist sich so als Bedingung politischer Stabilität und Zivilität. Wer das für Humanitätsduselei oder gar für verkappten Sozialismus hält, kann das natürlich tun, sollte allerdings zügig die Differenzierungskraft seiner Begriffe auf den Prüfstand stellen und zur Kenntnis nehmen, dass es sich um geltendes Verfassungsrecht handelt, dessen normativer Sinn ohne die in der Regelungsentscheidung der Verfassungsväter und -mütter sedimentierten ideengeschichtlichen Gehalte nicht verständlich wird.<sup>12</sup> Hilfreich ist auch ein Blick auf die Empirie von Geschichte und Gegenwart. Wer sich Staaten vor Augen führt, die sich dem Anspruch, Gegensätze auszugleichen, nicht oder nur sehr halbherzig aussetzen, wird erkennen, dass ein »soziales« Staatsziel überaus vernünftig ist. Auch andere Verfassungsordnungen haben deshalb, inspiriert durch das Grundgesetz, ein solches Staatsziel mit gutem Grund für verbindlich erklärt.<sup>13</sup>

- 10 Vgl. Art. 151 Abs. 1 Weimarer Reichsverfassung: »Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern.«.
- 11 Das einer anderen Zeit entstammende Wort »Klassengegensätze« verzerrt in materialistischer Vereinfachung die Bruchlinien, die eine Gesellschaft materiell wie immateriell, mental und moralisch, bezogen auf Lebensstil und Weltanschauung durchziehen. Eine in vielfacher Hinsicht plurale und ungleiche Gesellschaft steht immer vor der Herausforderung, die Reibungskraft der Gegensätze (Unterschiede) so zu gestalten und einzuhegen, dass ein halbwegs friedliches Zusammenleben möglich bleibt. Das Sozialstaatsprinzip macht es zur Verfassungspflicht, sich dieser Herausforderung permanent zu stellen.
- 12 Zum dahinter stehenden auslegungsmethodischen Ansatz des »living originalism« Stephan Rixen, »Geschlechtertheorie als Problem der Verfassungsauslegung« in: Juristenzeitung 73, Nr. 7 (2018), S. 317-327, hier: S. 325 f.
- 13 Vgl. etwa Art. 1 Abs. 1 der Verfassung Spaniens: »España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho [...]«.«.

## 2. Sozialstaatsprinzip als Staatsziel

Der Zielcharakter des Sozialstaatsprinzips ist, wie das Bundesverfassungsgericht betont, ernst zu nehmen:

»Wenn Art. 20 Abs. 1 GG ausspricht, daß die Bundesrepublik ein sozialer Bundesstaat ist, so folgt daraus nur, daß der Staat die Pflicht hat, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen; dieses Ziel wird er in erster Linie im Wege der Gesetzgebung zu erreichen suchen. Keineswegs folgt aus dem Sozialstaatsprinzip, daß der Gesetzgeber für die Verwirklichung dieses Ziels nur behördliche Maßnahmen vorsehen darf. Art. 20 Abs. 1 GG bestimmt nur das ›Was‹, das Ziel, die gerechte Sozialordnung; er läßt aber für das ›Wie‹, d. h. für die Erreichung des Ziels, alle Wege offen.«<sup>14</sup>

»Der Staat hat diese Pflichtaufgabe auf der Grundlage eines weiten Gestaltungsfreiraumes zu erfüllen, weshalb bislang nur in wenigen Fällen konkrete verfassungsrechtliche Handlungspflichten aus dem Prinzip abgeleitet wurden. Der Staat hat lediglich die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein seiner Bürger zu schaffen [...]. Das Sozialstaatsprinzip stellt dem Staat eine Aufgabe, sagt aber nichts darüber, mit welchen Mitteln diese Aufgabe im Einzelnen zu verwirklichen ist.«<sup>15</sup>

Obleich das Bundesverfassungsgericht das Sozialstaatsprinzip inzwischen punktuell »vergrundrechtlicht« hat – hauptsächlich dort, wo es um die meist prozedurale Absicherung existenzieller (Gesundheits-)Bedürfnisse geht –,<sup>16</sup> bleibt es regelmäßig dabei, dass der Gesetzgeber aufgerufen ist, eine gerechte Sozialordnung zu entwerfen. Auf welche ökonomischen Ordnungsideen und -instrumente der Gesetzgeber hierbei zurückgreift, ist ihm weitgehend selbst überlassen. Es gibt keinen verfassungsrechtlichen Zwang zur Nutzung ausschließlich lupenreiner marktwirtschaftlicher Instrumente. Schon früh hat das BVerfG betont (und dies bislang nicht relativiert), dass die derzeitige Wirtschaftsordnung

»zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche« ist. »Sie beruht auf einer vom Willen des Gesetzgebers getragenen wirt-

14 Bundesverfassungsgericht, »Urteil vom 18. Juli 1967« in: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) Bd. 22, S. 180-220 hier: S. 204.

15 Bundesverfassungsgericht, »Urteil vom 30. Juni 2009« in: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) Bd. 123, S. 267-437, hier: S. 362.

16 Dies geschieht, indem Art. 1 Abs. 1 GG (Grundrecht auf Achtung der Menschenwürde), Art. 2 Abs. 2 Satz 1 (Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) oder Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit) mit dem Sozialstaatsprinzip kombiniert werden (Beispiele: Gewährleistung des Existenzminimums, Versorgung mit Gesundheitsleistungen in lebensbedrohlichen Situationen insbesondere im Rahmen der GKV), dazu Stephan Rixen, »Das Grundrecht auf glaubenskonforme Gewährung von Sozialleistungen – Sind das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis und das Wunsch- und Wahlrecht von Leistungsberechtigten verfassungsrechtlich geschützt?« in: Sozialrecht aktuell (SRa) 21, Nr. 6 (2017), S. 212-222, hier: S. 217-219.

schafts- und sozialpolitischen Entscheidung, die durch eine andere Entscheidung ersetzt oder durchbrochen werden kann.«<sup>17</sup>

Vor diesem Hintergrund entscheidet der Gesetzgeber auch über das Design der Governance sozialer Dienstleistungen, also darüber, welche Prinzipien die Sozialleistungsgewährung steuern und welche Instrumente sie im Einzelnen bewirken. Hierbei sind die Normen des in erster Linie in den Büchern des Sozialgesetzbuchs (SGB)<sup>18</sup> geregelten Sozialrechts ein wichtiges Gestaltungsmittel.

## II. Sozialrecht: Leistungsrecht und Leistungserbringerrecht

### 1. Sozialleistungen und Pluralitätsgewährleistung

Im geltenden Sozialrecht unterscheidet man zwischen dem sog. Leistungsrecht, also jenen Normen, die Ansprüche auf Sozialleistungen<sup>19</sup> gewähren, und dem sog. Leistungserbringerrecht. Dieser Begriff ist erklärungsbedürftig, denn er bezieht sich nicht auf den Staat – hier verstanden als Sammelbegriff für die unterschiedlichen, mit Sozialrechtsfragen befassten staatlichen Behörden –, sondern auf außerhalb des Staates stehende Stellen, meist privat-gewerbliche oder frei-gemeinnützige (etwa kirchliche) Organisationen, die in die Realisierung der Ansprüche auf Sozialleistungen eingebunden sind. Sie erfüllen die vom Staat gewährleisteten Leistungsansprüche.

Geht es um bloße Geldleistungen, dann werden diese in aller Regel direkt von einer staatlichen Behörde erbracht (Beispiele: Altersrente durch einen Träger der Deutschen Rentenversicherung oder »Arbeitslosengeld II« durch das Jobcenter). Geht es hingegen um personale Dienstleistungen, also Dienstleistungen, die wesentlich von den beraterischen, pädagogischen, therapeutischen oder vergleichbaren Kompetenzen der Dienstleistenden abhängen (z.B. Gesundheits- und Pflegeleistungen, Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, Leistungen der sog. Eingliederungshilfe für Menschen mit

- 17 Bundesverfassungsgericht, »Urteil vom 20. Juli 1954« in: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) Bd. 4, S. 7-27, hier: S. 17 f. An anderer Stelle betont das Bundesverfassungsgericht, »Urteil vom 1. März 1979« in: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) Bd. 50, S. 290-381, hier: S. 338, die entscheidende Aufgabe bestehe darin, »die grundsätzliche Freiheit wirtschafts- und sozialpolitischer Gestaltung, die dem Gesetzgeber gewahrt bleiben muss, mit dem Freiheitsschutz zu vereinen, auf den der einzelne Bürger gerade auch dem Gesetzgeber gegenüber einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat.« Dem Gesetzgeber komme hierbei »weitgehende Gestaltungsfreiheit« zu, sofern der Gesetzgeber »insbesondere die Grundrechte beachtet«.
- 18 Das SGB besteht derzeit aus zwölf Büchern, die mithilfe römischer Ziffern nummeriert werden, ferner aus sog. besonderen Teilen (vgl. § 68 SGB I), die bestimmte, außerhalb des SGB normierte Gesetze (etwa das Bundesausbildungsförderungsgesetz [BAföG]) zu Bestandteilen des SGB erklären.
- 19 § 11 SGB I: »Gegenstand der sozialen Rechte sind die in diesem Gesetzbuch vorgesehenen Dienst-, Sach- und Geldleistungen (Sozialleistungen). Die persönliche und erzieherische Hilfe gehört zu den Dienstleistungen.«

Behinderungen, Bildungsdienstleistungen für Arbeitsuchende), ist es im deutschen Sozialstaatsmodell üblich, Stellen in die Realisierung der Leistung einzubinden, die nicht dem Staat zugeordnet werden, etwa die Kirchen bzw. ihnen zugeordnete Wohlfahrts-träger (Caritas, Diakonie) oder andere Träger der sog. freien (gemeint ist: staatsfreien) Wohlfahrtspflege.<sup>20</sup> Das soll die Pluralität eines Gemeinwesens gewährleisten, und zwar auch und gerade dann, wenn Menschen sich in einer Situation der Hilfe- bzw. Unterstützungsbedürftigkeit befinden.<sup>21</sup> Stellvertretend sei auf § 3 Abs. 1 des Achten Buchs Sozialgesetzbuch (Kinder- und Jugendhilfe) – SGB VIII – verwiesen: »Die Jugendhilfe ist gekennzeichnet durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen.«

## 2. Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis

### a) Drei grundlegende Relationen

Üblicherweise spricht man vom sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis, wobei dies meist auf die Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V), die soziale Pflegeversicherung (SGB XI), die Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) und die Sozialhilfe (SGB XII), die auch Leistungen der sog. Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen umfasst, bezogen wird. Bei allen Unterschieden im Detail geht es in diesem Dreiecksverhältnis um drei Relationen:<sup>22</sup>

- Der Leistungsberechtigte steht (etwa als Versicherter im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung [GKV]) in einem Sozialleistungsverhältnis zum Kostenträger (etwa der Krankenkasse), dem er angehört bzw. der – außerhalb von Sozialversicherungsverhältnissen – zuständig ist. Die Krankenkasse ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 4 Abs. 1 SGB V), also, vereinfacht ausgedrückt ein organisatorisch verselbständigtes Stück Staat. Kostenträger kann z.B. (etwa in der Sozial- oder der Kinder- und Jugendhilfe) die Kommune sein. Am Beispiel der GKV: Jede Krankenkasse ist einerseits Kostenträger, muss also die Leistungen, die der Versicherte beanspruchen und vom Leistungserbringer (Ärzte, Krankenhäuser etc.) verlangen kann, zahlen, andererseits trägt sie die Steuerungsverantwortung<sup>23</sup> in dem Sinne, dass überhaupt Leistungserbringer vorhanden sind, die die in Rede stehenden Dienstleistungen (ggf. unterstützt durch Sachleistungen, z.B. Medikamente) erbringen. Es handelt sich um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis, in dem der Leis-

20 Zum Verhältnis des Staates zu den Religionsgemeinschaften und den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege vgl. – für die Sozialhilfe – § 5 SGB XII.

21 Stephan Rixen, »Katholische Krankenhäuser im Kontext des staatlichen Rechts« in: Marianne Heimbach-Steins/Thomas Schüller/Judith Wolf (Hg.), Katholische Krankenhäuser – Herausgeforderte Identität, Paderborn 2017, S. 43–67, hier: S. 45 f.

22 Vgl. zum Folgenden (am Beispiel der GKV) Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, aaO. (FN 2), S. 119 ff.

23 Dieser Begriff wird etwa im Recht der Kinder- und Jugendhilfe verwandt, vgl. § 36a SGB VIII.

tungsberechtigte vom Staat verlangen darf, dass die ihm zustehende Leistung auch umgesetzt wird.

- Zwischen dem Leistungserbringer und dem öffentlichen Träger (z.B. Kranken-, Pflegekasse) besteht ein Rechtsverhältnis, das insbesondere Fragen der Vergütung regelt. Der Leistungsberechtigte muss die vom Leistungserbringer erbrachte Leistung in aller Regel nicht selbst zahlen.<sup>24</sup> Allerdings trägt er (wie etwa in der GKV) meistens<sup>25</sup> durch Beiträge oder andere Kostenbeteiligungen<sup>26</sup> zur Finanzierung bei. Entscheidend ist, dass die Kosten der Dienstleistungen nicht direkt vom Leistungsberechtigten getragen werden und er auch nicht Vergütungsverhandlungen selbst führen muss. Dieses Verhältnis zwischen öffentlichem Träger und Leistungserbringer ist ebenfalls eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung. Leistungserbringer sind in aller Regel sog. materiell Private,<sup>27</sup> also außerhalb der Staatsorganisation stehende Stellen (freie Träger wie die Arbeiterwohlfahrt [AWO], Deutsches Rotes Kreuz [DRK], Caritas, Diakonie usw.), aber sie können auch staatliche Stellen wie etwa kommunale Krankenhäuser, Universitätskliniken oder kommunale Altenheime sein.
- Zwischen dem Leistungserbringer und dem Leistungsberechtigten besteht ein privatrechtliches Rechtsverhältnis, das häufig explizit auf einen schriftlichen privatrechtlichen Vertrag gestützt wird (z.B. in der Kinder- und Jugendhilfe oder bei ambulanter oder stationärer Pflege). Soweit Vergütungsfragen zwischen Kostenträger und Leistungserbringer bereits öffentlich-rechtlich geregelt wurden, wird die privatrechtliche Vereinbarung modifiziert. Das wird besonders in der GKV ernstgenommen, wo privatrechtliche Entgelte neben dem Geld, das etwa die Ärzte über die Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen von den Krankenkassen erhalten, regelmäßig nicht verlangt werden dürfen; auch hier gibt es allerdings (etwa im zahnärztlichen Bereich) Ausnahmen.<sup>28</sup>

24 Ausnahmsweise können GKV-Versicherte Selbstzahler in dem Sinne sein, dass sie Kosten zunächst begleichen, die sodann erstattet werden (§ 13 Abs. 2 SGB V). Diese an das Vorbild der privaten Krankenversicherung (PKV) angelehnte Option spielt in der Praxis der GKV keine Rolle.

25 Die in der Familienversicherung mitversicherten Familienangehörigen (§ 10 SGB V) müssen keine Beiträge entrichten, so ausdrücklich § 3 Satz 3 SGB V: »Für versicherte Familienangehörige werden Beiträge nicht erhoben.«

26 Die unterschiedlichen Sozialsicherungssysteme kennen Formen der Kostenbeteiligung, die (wie etwa in der GKV) etwa als Zuzahlungen zur monatlichen Beitragslast hinzutreten können (§ 61 SGB V); für die Kinder- und Jugendhilfe vgl. §§ 90 ff. SGB VIII, für die Sozialhilfe vgl. § 19 i.V.m. §§ 82 ff. SGB XII.

27 Die Formulierung »materiell Private« soll zum Ausdruck bringen, dass es sich um Privatrechtssubjekte handelt, die nicht der öffentlichen Hand zuzurechnen sind. Der öffentlichen Hand zuzurechnen ist etwa eine in Trägerschaft einer Stadt betriebene Stadtwerke-AG. Es handelt sich um »formell Private«, weil die öffentliche Hand gleichsam nur im privatrechtlichen Gewand auftritt, ohne wirklich (»materiell«) Privater zu sein.

28 Vgl. § 3 Abs. 1 Satz 3 Bundesmantelvertrag-Ärzte (BMV-Ä), zur zahnärztlichen Versorgung in der GKV vgl. § 55 SGB V.

## b) Inklusiver Korporatismus

Das entscheidende Merkmal dieses sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses ist aus Sicht der Leistungserbringer, dass alle Leistungserbringer, die vor allem die für den jeweiligen Bereich definierten qualitätsbezogenen Zugangsvoraussetzungen erfüllen, berechtigt sind, Leistungen zu erbringen (inklusives Modell).<sup>29</sup> Die Auswahl des Leistungserbringers erfolgt regelmäßig durch den Leistungsberechtigten, nicht durch den Kostenträger.<sup>30</sup> Auf diese Weise soll der Besonderheit<sup>31</sup> eines jeden Leistungsberechtigten Rechnung getragen werden, der die zu ihm passende Dienstleistung auswählen können soll. Zugleich wird die Pluralität der Leistungsanbieter gewährleistet, denn nur wenn es unterschiedliche Leistungsanbieter gibt, können die unterschiedlichen Bedürfnisse der Leistungsberechtigten berücksichtigt werden. Das wird in manchen Büchern des Sozialgesetzbuchs durch ein sog. Wunsch- und Wahlrecht abgesichert,<sup>32</sup> das aber nicht strikt, sondern eher als Regulativ wirkt und Kostenausweitungen in Grenzen halten soll.

Ein weiteres zentrales Merkmal ist die Bündelung der Verhandlungsbefugnisse aufseiten der Leistungserbringer in Verbänden, die Verträge abschließen, die den Kollektivverträgen im kollektiven Arbeitsrecht zumindest ähneln. Diese Normen-<sup>33</sup> oder Rahmenverträge<sup>34</sup> fundieren die Einzelverträge zwischen Kostenträgern und Leistungserbringern und werden z. T. durch (eher auf allgemeine Aspekte fokussierende) Rahmenempfehlungen<sup>35</sup> vorbereitet bzw. flankiert. Unterhalb des Parlamentsgesetzes gibt es eine Vielzahl untergesetzlicher Regelungen<sup>36</sup> sowie vor allem öffentlich-rechtliche Verträge, die das vom Parlament definierte Normprogramm konkretisieren und verfeinern.<sup>37</sup> Man spricht (in Anlehnung an den Begriff »Korporation« als Synonym

29 Zum Folgenden Stephan Rixen, »Kommentierung zu § 130 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)« in: Martin Burgi/Meinrad Dreher (Hg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl., München 2017, S. 954-994.

30 Zur Wahlfreiheit vgl. – für die GKV – § 76 SGB V.

31 § 33 SGB I: »Ist der Inhalt von Rechten oder Pflichten nach Art oder Umfang nicht im einzelnen bestimmt, sind bei ihrer Ausgestaltung die persönlichen Verhältnisse des Berechtigten oder Verpflichteten, sein Bedarf und seine Leistungsfähigkeit sowie die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Dabei soll den Wünschen des Berechtigten oder Verpflichteten entsprochen werden, soweit sie angemessen sind.«.

32 Siehe – neben § 33 SGB I – § 5 SGB VIII, § 8 SGB IX, § 9 SGB XII.

33 Beispiel: § 83 SGB V.

34 Beispiele: § 129, 131 SGB V, § 78f SGB VIII, § 79 SGB XII.

35 Beispiele: §§ 112, 125, 132a Abs. 1 SGB V.

36 Z.B. sind die sog. Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (in der GKV) gemäß § 92 SGB V sind nach Auffassung des Bundessozialgerichts vollgültiges Recht.

37 Zur Vielzahl der Steuerungsinstrumente Peter Axer, *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung*, Tübingen 2000; Andreas Hänlein, *Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht. System und Legitimation untergesetzlicher Rechtsquellen des deutschen Sozialversicherungsrechts*, Berlin/Heidelberg/New York 2001; Dietmar Boerner, *Normenverträge im Gesundheitswesen*, München 2003.

für Verband) vom korporatistischen System,<sup>38</sup> das rechtsideengeschichtlich durch die Idee der Tarifverträge im kollektiven Arbeitsrecht inspiriert ist, aber schon lange eigene Wege geht. D.h., Leistungserbringer und Kostenträger stehen einander nicht allein gegenüber, sondern werden durch Verbände bzw. Verbünde vertreten. Bei den niedergelassenen Ärzten, die an der sog. vertragsärztlichen Versorgung der GKV teilnehmen, gelten insoweit Besonderheiten, weil dort die Honorarverteilung zwischen Krankenkassen und aufseiten der Ärzte stehenden Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen organisiert wird, die keine privatrechtlichen Verbände, sondern als Körperschaften des öffentlichen Rechts selbst ein Stück Staat sind.<sup>39</sup> Das hat historische Gründe, denn die in Weimarer Zeit installierte öffentlich-rechtliche Einbindung der Ärztevertreterseite bei Vergütungsfragen soll verhindern, dass der Streit über die Vergütung die Versorgung gefährdet.<sup>40</sup> Dass Interessen durch Verbände gebündelt und durch diese in Verhandlungen artikuliert werden können, gilt auch für die Kostenträgerseite, die je nach Teilsystem der sozialen Sicherheit ebenfalls zusammen agieren, etwa im Gesundheitsbereich (GKV), wo Verbände bzw. Verbünde von Krankenkassen einheitlich mit Verbänden von Leistungserbringern verhandeln.

### III. Sozialrecht und Vergaberecht

#### 1. Warum Vergaberecht?

Das bisher im deutschen Sozialstaat bewährte Modell des sozialrechtlichen Dreiecksmodells wird etwa seit Beginn der 2000er Jahre durch einen in jüngerer Zeit erneut durch EU-Recht beschleunigten Trend zumindest punktuell in Frage gestellt.<sup>41</sup> Es geht um die Frage, ob bzw. inwieweit soziale Dienstleistungen im Wege der Vergabe, also insbesondere durch öffentliche Ausschreibungen »beschafft« werden dürfen. Der haushaltsrechtliche Begriff »Beschaffung« bezeichnet die Deckung eines öffentlichen Bedarfs, der z.B. durch Sozialleistungsansprüche definiert wird. Wer deckt also den Bedarf an Leistungen, die der Berechtigte kraft seines Leistungsanspruchs verlangen kann?

Wesentlicher Aspekt vergaberechtlichen Denkens ist, dass nicht mehr jeder Leistungserbringer abhängig von der Auswahl durch den Leistungsberechtigten (etwa den in der GKV versicherten Patienten) seine Leistungen erbringen darf, sondern dass der Kostenträger die Auswahl im Vorfeld der akuten Bedarfslage trifft. Dies geschieht im Vergaberecht dadurch, dass der Kostenträger sozusagen einen vorweggenommenen

38 Dazu – mit Blick auf die GKV – Thorsten Kingreen, »Governance im Gesundheitsrecht« in: Die Verwaltung 42, Nr. 3 (2009), S. 339-375.

39 § 77 Abs. 5 SGB V.

40 Anna Käsbauer, *Die Neuordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen durch das Berliner Abkommen vom 23.12.1913. Eine Untersuchung der Zusammenarbeit von Ärzten und Krankenkassen im frühen 20. Jahrhundert und ihrer Bedeutung für das heutige Recht*, Baden-Baden 2015.

41 Zum Folgenden Rixen, Kommentierung zu § 130 GWB, aaO. (FN 29).

Wettbewerb zwischen potentiell in Frage kommenden Leistungsanbietern initiiert und organisiert und sodann einen der Kandidaten auswählt, wobei vor allem der Preis, zu dem der Leistungsanbieter seine Leistung erbringen will, eine hervorgehobene Rolle spielt.<sup>42</sup> Dieses Modell ist – anders als das oben beschriebene »klassische« sozialrechtliche Dreiecksmodell – nicht »inklusive« (weil letztlich kein Leistungserbringer ausgeschlossen wird), sondern »exklusiv«, weil nur ein Anbieter ausgewählt wird, die anderen also außen vor bleiben. Grund für den Einsatz des Vergaberechts ist neben der Hoffnung auf Effizienzsteigerungen in der Verwaltung vor allem der Wunsch, Kosten zu reduzieren.

## 2. Ist der Einsatz von Vergaberecht zulässig?

Allerdings ist bei der Debatte über die Bedeutung des Vergaberechts im Sozialbereich genau zu unterscheiden. Häufig wird nicht hinreichend zwischen geltender Rechtslage, den im geltenden Recht angelegten, aber bislang nicht genutzten Optionen und bloßen Reformoptionen, die über das geltende Recht hinausweisen, differenziert. Die Auslegung der geltenden Bestimmungen des Leistungserbringerrechts zeigt: Die meisten Sozialsicherungssysteme in Deutschland wurden vom Gesetzgeber bewusst so organisiert, dass die sozialen Dienstleistungen nicht durch Vergaberecht beschafft werden dürfen.<sup>43</sup> Das gilt etwa für die meisten Bereiche der gesetzlichen Krankenversicherung, wo Vergaberecht nur in einzelnen, aber z.T. sehr relevanten Bereichen (z.B. bei der Beschaffung von Arzneimitteln) eine Rolle spielt. Auch das Sozialhilferecht gilt als weiterhin »vergabefeindlich«, ebenso das Kinder- und Jugendhilferecht, wobei dort die Grenzen jedenfalls schon umstrittener sind.

Hauptanwendungsfeld des Vergaberechts, das im sozialrechtlichen Kontext auch Sozialvergaberecht genannt wird, ist – von den erwähnten einzelnen Feldern der GKV abgesehen – das Recht der Bildungsdienstleistungen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt im Rahmen des SGB II (Grundsicherung für Arbeitsuchende – »Hartz IV«) und im Rahmen des SGB III (offizieller Titel des Gesetzes: »Arbeitsförderung«, gemeint ist im Kern die früher so genannte Arbeitslosenversicherung). In diesem Bereich hat es – anders als etwa in der Gesundheits- und Pflegeversorgung oder in der Sozial- oder der Kinder- und Jugendhilfe – ohnehin nie ein sozialrechtliches Dreiecksverhältnis im oben skizzierten Sinne gegeben; man kann allenfalls von Ansätzen sprechen, die aber nie im Detail vergleichbar dicht reguliert waren bzw. wurden. Das geltende Recht sieht insofern eine Reihe von Vorschriften vor, die insbesondere die Vergabetätigkeit der Bundesagentur für Arbeit (BA) betreffen.<sup>44</sup> Da die BA auf dem Gebiet der Leistungen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt praktisch Nachfragemonopolist ist, stellt sich

42 § 127 Abs. 1 Satz 1 GWB: »Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.«  
§ 127 Abs. 1 Satz 3 GWB: »Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis.«

43 Auch zum Folgenden Rixen, Kommentierung zu § 130 GWB, aaO. (FN 29).

44 Vgl. § 65 Abs. 5 Vergabeverordnung (VgV).

die Frage, ob die Regeln des Vergaberechts wirklich geeignet sind, die Finanzierung qualitativ hochwertiger Leistungen zu gewährleisten, oder ob nicht die Gefahr eines Preisdumpings besteht, die schlussendlich zulasten der Qualität der Leistungen und damit zulasten der arbeitssuchenden Menschen geht.

#### IV. Probleme und Perspektiven der Governance sozialer Dienstleistungen

Nimmt man einen analytischen Adlerblick ein und schaut von relativ weit oben auf die Szenerie, dann lassen sich übergreifende Probleme der Governance sozialer Dienstleistungen und Perspektiven ihrer Reform ausmachen:

(1) Die Governance sozialer Dienstleistungen basiert nicht auf einem Prinzip allein. Verwirklicht wird nicht ein einziges Modell des Wirtschaftens; das Ganze erscheint eher als *mixed economy*.<sup>45</sup> D.h., marktwirtschaftliche Steuerungselemente werden in unterschiedlich intensiver Weise durch planerische bzw. kollektive (kartellähnliche) Steuerungselemente überformt und verdrängt. Dahinter steht die Einschätzung des Gesetzgebers, dass die Bewirtschaftung bestimmter Güter nicht dem sog. freien Spiel der Kräfte überlassen bleiben soll, sondern sozusagen unter die regulatorische Kuratel des Staates zu stellen ist. So wird etwa »Gesundheit«, genauer: die Versorgung mit im weiteren Sinne gesundheitssichernden Leistungen, zu einem öffentlichen Gut. Dieses öffentliche Gut »Gesundheit(ssicherung)« wird für gut 90% der Wohnbevölkerung im Rahmen einer staatlich geschaffenen Einrichtung namens »gesetzliche Krankenversicherung«, im Rahmen der »sozialen Pflegeversicherung« (die meist nur »Pflegeversicherung« heißt) für gut 100% der Wohnbevölkerung unter staatlicher Letztverantwortung administriert.<sup>46</sup> Das Ganze wird zwar z.T. mit Instrumenten, wie etwa dem Vergaberecht, garniert, die nach ihrem Selbstverständnis den Gedanken marktwirtschaftlichen Wettbewerbs aufzugreifen scheinen, der aber in einem Umfeld geringer oder gar fehlender marktwirtschaftlicher Steuerung kaum zu effektiver, das gesamte System verändernder Geltung kommt. Dieser Mix – oder weniger freundlich: dieser Mischmasch – aus Ordnungsideen und -instrumenten erweist sich als »System komplexer Vielfachsteuerung«,<sup>47</sup> in dem nur noch schwer vorherzusagen ist, was wann wie auf wen und wie lange wirkt. In affirmativer Absicht ließe sich sagen, dass damit der unterschiedlichen Stärke der beteiligten Akteure entgegengewirkt wird. Das dürfte aber empirisch kaum belastbar sein, wenn man etwa sieht, wie durchschlagskräftig Ärzte und Kran-

45 Stephan Rixen, »Wettbewerbsfreiheit – ein Leistungsgrundrecht?« in: *Wirtschaft und Verwaltung (WiVerw)* 57, Nr. 4 (2011), S. 219-230, hier: S. 220 f.

46 Das Bundesverfassungsgericht, »Urteil vom 3. April 2001«, in: *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* Bd. 103, 197-225, hier: S. 224, spricht von der »Pflegevolksversicherung in der Gestalt zweier Versicherungs Zweige«, weil neben den Sozialversicherten auch die Privatversicherten erfasst werden.

47 Jens Alber, *Das Gesundheitswesen der Bundesrepublik Deutschland. Entwicklung, Struktur und Funktionsweise*, Frankfurt a.M./New York 1992, S. 157; dieser Befund gilt unverändert – so im Anschluss an *Jens Alber – Rolf Rosenbrock/Thomas Gerlinger, Gesundheitspolitik*, 3. Aufl., Bern 2014, S. 20.

kenhäuser oder Anbieter von Pflegeleistungen im System der sozialen Sicherheit agieren. Wo das Gesetz – und damit das Parlament – das »Fein-Tuning« den Akteuren in subgesetzlich definierten Aushandlungsarenen eröffnet, wird die Konkretisierung des gesetzlich Gemeinten für die Verhandlungsmacht vor allem starker, politisch gut vernetzter Verbände geöffnet. Sie modifizieren bzw. korrigieren gleichsam nachholend das häufig von Unschärfe und Nichtentschiedenem geprägte gesetzliche Normprogramm, agieren im Ergebnis also wie der Gesetzgeber, ohne Gesetzgeber zu sein.

(2) Im politischen Betrieb wird insbesondere mit Blick auf den Gesundheitsbereich das hohe Lied der gemeinsamen Selbstverwaltung gesungen, das sich oft mit einem mehr oder weniger offen vertretenen Subsidiaritätsgedanken verbindet.<sup>48</sup> Das klingt gut, übersieht aber die Machtasymmetrien, die in bestimmten Konstellationen eigentlich nicht zu übersehen sind. Dass sie dem Gesetzgeber nicht zufällig entgehen, hat damit zu tun, dass er »die Selbstverwaltung« als Chance nutzt, sich politischer Verantwortung zu entziehen. Wer sich beispielsweise ansieht, wie bescheiden die Vergütung von Hebammen oder anderen oft von Frauen ausgeübten Gesundheitsberufen im Vergleich mit den Entgelten von Krankenhäusern, Pharma-Unternehmen oder niedergelassenen Ärzten aussieht,<sup>49</sup> wird einsehen müssen, dass der Gedanke der Subsidiarität hier nur strukturelle Unterlegenheit kaschieren soll. Ähnliches gilt z.B. für Anbieter innovativer Kinder- und Jugendhilfeleistungen, denen es nicht gelingen will, in den »Markt«<sup>50</sup> hineinzukommen, weil die »Platzhirsche« den »Markt« unter sich aufteilen, auch weil das den Kostenträgern lieb ist, die nach dem Motto »Da weiß man, was man hat« häufig ganz froh sind, mit schon seit langem bekannten Leistungsanbietern Verträge zu schließen. Sofern überhaupt das Vergaberecht in solchen Bereichen Anwendung finden darf, ist die Hoffnung, es könne solche kartellähnlichen Verkrustungen aufbrechen, zweifelhaft, denn auch das Vergaberecht kann strategiefähig eingesetzt werden; es kann also zur Fassade für im Vorfeld getroffenen Absprachen werden, die sodann als vergaberechtlich korrekt inszeniert werden. Dort wo das Vergaberecht schon jetzt im Sozialrechtsbereich eingesetzt werden darf, um solche konkurrentenverdrängenden Verkrustungen aufzubrechen – insbesondere bei den arbeitsmarktbezogenen Bildungsleistungen –, wirkt das Vergaberecht zu oft als im Kern kosten- und damit qualitätsreduzierende Maßnahme. Sie rekonstruiert die Wirkung der Bildungsleistungen (»Erfolg«) allzu sehr anhand betriebswirtschaftlicher Kennzahlen, deren Effizienz-

48 Als »Subsidiaritätsprinzip« lässt sich die wesentlich durch die katholische Soziallehre geprägte Maxime bezeichnen, dass größere Einheiten nur dann tätig werden sollen, wenn kleineren Einheiten die Lösung eines Problems nicht möglich ist; s. beispielhaft aus dem politisch-rechtlichen Bereich Art. 5 Abs. 3 EU-Vertrag.

49 Stephan Rixen, »Physiotherapeuten, häusliche Krankenpflegerinnen, Hebammen & Co.: Mehr Vergütungsgerechtigkeit in der GKV für die vergessenen Gesundheitsberufe« in: Soziale Sicherheit (SozSich) 63, Nr. 2 (2014), S. 77-81.

50 »Markt« wird hier als idealtypisch-modellhaft gedachter Ort verstanden, an dem Anbieter und Nachfrager aufeinander treffen; das muss nicht zwingend ein wettbewerbsökonomisch strukturierter Markt sein, vgl. Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, aaO. (FN 2), S. 99 ff.

maßstab für die Eigenlogik pädagogischer oder therapeutischer Prozesse in aller Regel keinen – oder allenfalls einen rhetorischen – Sinn hat.

(3) Ein großes Manko der Governance sozialer Dienstleistungen im geltenden Sozialrecht ist die fehlende, nicht nur anlass- und projektbezogene wissenschaftliche Beobachtung der eingesetzten Instrumente. Das geltende Recht setzt auf Wirtschaftlichkeit<sup>51</sup> und Qualität<sup>52</sup> und referiert dabei in aller Regel auf ökonomische Modelle bzw. wirtschaftswissenschaftlich getönte Begrifflichkeiten, die in den juristischen Kontext gleichsam transplantiert werden. Was aber geschieht, wenn man eine betriebswirtschaftliche Denkweise, die, sagen wir, eher auf Produktionsprozesse in der Autoindustrie passt, in einen sozialrechtlichen Kontext transferiert? Passt das? Was fehlt ist ein dezidiert *sozialwirtschaftlicher* Denkansatz, der im Wissen um das Proprium pädagogischer oder therapeutischer Tätigkeit die betriebswirtschaftlichen Begriffe kontextsensibel weiterentwickeln bzw. modifizieren würde. Das kann freilich nur gelingen, wenn es einen etablierten interdisziplinären Austausch gäbe, der losgelöst von jeweils akuten und umstrittenen Fragestellungen Grundlagenarbeit leisten würde. Wo das nicht geschieht, bleiben Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft, soweit sie sich überhaupt für das Sozialrecht interessieren, gefangen im Gehäuse ihrer gewohnten Unterscheidungen, und das Sozialrecht wird häufig nur auf die quasi-notarielle Aufgabe reduziert, das, was politisch an ökonomisch getönten Regelungen gewollt ist, juristisch nachvollziehbar zu machen.<sup>53</sup> Das ist auch das strukturelle Defizit all jener Evaluationsforschungen, die inzwischen allerorten insbesondere im Gesundheitsbereich an der Tagesordnung sind. Es fehlt jenseits der Nützlichkeit der jeweils produzierten Daten für vordringliche politische Zwecke eine Metadebatte, die danach fragen würde, welche Effekte z.B. eine im Kern (gesundheits-)ökonomische Betrachtung hat, die stillschweigend bestimmte Welt- und Menschenbilder transportiert, die nicht mehr auf ihre (wie weit reichende?) Tragfähigkeit befragt werden. Was sich hier bemerkbar macht, ist ein in den letzten Jahren insbesondere von *Stephan Leibfried* zu Recht beklagtes Manko an spezifischer Sozialpolitik-Forschung,<sup>54</sup> die interdisziplinär auch das Sozialrecht einschließlich der ökonomischen Einflüsse, die in geltendes Recht überführt werden, kritisch unter die Lupe nehmen müsste. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht fehlt es an einem interdisziplinären Diskurs, der insbesondere die Einflüsse wirtschaftlicher Steuerungsideen, -modelle und -instrumente auf die rechtliche Regulierung kritisch würdigen und zu einer Governance sozialer Dienstleistungen beitragen würde, die den Sinn fürs Ökonomische mit Sensibilität für soziale Anliegen verbindet.

51 Beispiele: § 12 Abs. 1 Satz 1 SGB V, § 78b Abs. 2 SGB VIII, § 75 Abs. 3 Satz 1 SGB XII.

52 Beispiele: § 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V, § 78b Abs. 1 SGB VIII, § 75 Abs. 3 Satz 2 SGB XII.

53 Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, aaO. (FN 2), S. 591.

54 S. hierzu etwa die Beiträge in Heft 2/2017 der Zeitschrift »Deutsche Rentenversicherung«.

### Zusammenfassung

Die verfassungsrechtlich vorgegebene Aufgabe des Sozialstaats, Zugehörigkeit herzustellen, wird durch die Normen des Sozialrechts erfüllt, die wesentlich durch den Gesetzgeber definiert werden. Das Sozialrecht folgt, wenn es um soziale Dienstleistungen (etwa im Gesundheitsbereich oder in Pflege, in der Sozial- oder in der Kinder- und Jugendhilfe) geht, nicht allein einem, zudem keinem klar konturierten Governance-Modell. Unterschiedliche Governance-Modelle ergänzen sich, so dass er Eindruck einer *mixed economy* entsteht, also eines Patchworks aus unterschiedlichen ökonomischen Ordnungsideen und -instrumenten. Ein starkes anti-marktwirtschaftliches Moment ist der verbändeorientierte Korporatismus, der weite Teile der Bewirtschaftung sozialer Dienstleistungen prägt. Das Sozialstaatsprinzip verbietet das nicht, sondern es überlässt das Design der sozialrechtlichen Regulierung im Wesentlichen dem Gesetzgeber.

Das Ziel, den Sozialstaat zu verwirklichen, also Zugehörigkeit zu ermöglichen, bleibt Daueraufgabe des Gesetzgebers. Er ist zur fortlaufenden Überprüfung des jeweiligen Status quo verpflichtet, muss also im Rahmen seines, alles in allem, weiten Gestaltungsspielraums die Tauglichkeit der bisherigen sozialrechtlichen Regulierung kritisch evaluieren und ggf. neue Steuerungsideen und -instrumente einsetzen.

### Summary

Germany's welfare state model – the so-called »social state« – is a key feature of German constitutional law. First and foremost, the social state principle is an obligation to enact laws that foster social cohesion, i.e. grant opportunities to make a more effective use of one's fundamental rights. In this regard, the most important policy instrument is law-making in the field of social security and social assistance. Social services in Germany are normally financed by state agencies, but they are mainly provided by commercial or non-profit organizations, f. ex. charities or faith-based organizations. In other words, these organizations are government contractors in the social services field. The provision of social services (including health care services) does not follow a strict model of governance. In fact, it is a kind of mixed economy that combines aspects of free market and non-free market economy. Part of this mishmash is a cartel-like »corporatism«. Associations of providers as well as associations of the state agencies negotiate and conclude contracts about service quality and payment that are mandatory for every single provider or state agency. The legislature is not obliged to create a highly consistent system of providing social services. Instead, it is within the legislative margin of discretion to prefer a piecemeal approach. However, it is part of the social state principle to regularly assess the quality of laws and, if necessary, to amend them.

*Stephan Rixen*, Social Law and the Regulation of the Welfare State (»social state«) in Germany. Remarks on the governance of social services from a legal point of view