

Buchbesprechungen

Walter Leisner, *Demokratie – Selbstzerstörung einer Staatsform?* Berlin (Duncker & Humblot) 1979, 252 S., 48 DM (D); ders., *Der Gleichheitsstaat – Macht durch Nivellierung*, Berlin (Duncker & Humblot) 1980, 319 S., 59 DM (G)

Man könnte die jüngsten Schriften des Staatsrechters Walter Leisner getrost zum abgenutzten Arsenal konservativer Demokratiekritik zählen, wenn sie nicht die vom bundesrepublikanischen Neokonservatismus verfolgte Strategie zur Lösung der Legitimationskrise des parlamentarischen Systems besonders prägnant auf den Punkt brächten. Die exzessive Verabsolutierung einer frühkapitalistisch verstandenen Freiheit gegen sozialstaatliche Umverteilung in Verbindung mit diversen Hinweisen auf die »deutsche Entwicklung nach 1969« (G, 106) berechtigt zu der These, daß es der Demokratie- und Sozialstaatskritik Leisners um die theoretische Abrechnung mit dem keynesianischen Staatsinterventionismus sozialdemokratischer Prägung zu tun ist, dem die autoritär-konservative Staatslehre in guter deutscher Tradition die Beschränkung auf den starken Staat entgegenhält.

Dabei gibt man sich zunächst gar nicht konservativ, sondern betont liberal im Sinne des besitzindividualistischen Frühliberalismus eines John Locke. Leben, Freiheit und Eigentum sind die Maßstäbe eines Utilitarismus, in dem der »freie«, egoistisch nutzenmaximierende Unternehmer das Ideal der Gattung darstellt. Leistung gilt als voraussetzungloser, prinzipiell jedem offenstehender Zugang zur Bildung von (Kapital-)Eigentum; von ihr wird die gesellschaftliche Stellung des Individuums ausschließlich bestimmt. Leisners Demokratiekritik lebt geradezu vom liberalen Mythos der Freiheit, der freilich sozialdarwinistisch akzentuiert wird. Der Tüchtige setzt sich durch, der Faule trägt die Schuld für sei-

nen lohnabhängigen Hörigenstatus selbst, die »Prämie der Freiheit« bleibt ihm versagt (G, 199).

Der Rekurs auf die illusionäre Vorstellung frühliberaler Eigentümerdemokratie erfüllt jedoch einen handfesten ideologischen Zweck: Die Figur des kapitalakkumulierenden Eigentümers als Souverän seines Besitzes wird rekonstruiert, um durch die Verquikkung von Freiheit und Eigentum der »freiheitlichen«, parlamentarischen Demokratie eine unantastbare Wertgrundlage zu unterschieben, die den Status quo der Besitzverhältnisse vor nivellierenden Eingriffen demokratischer Mehrheiten bewahren soll. Denn: »Eigentum ist Freiheit, erstes Freiheitsziel. Der gängige Versuch, das Privateigentum ganz anderen und weitergehenden Beschränkungen zu unterwerfen als die Freiheit des Bürgers, wendet sich daher unmittelbar gegen die Grundlagen der sog. freiheitlichen Demokratie.« (D, 52) Die parlamentarische Demokratie bezieht ihre Legitimation ausschließlich aus der Verteidigung privater Eigentumsrechte gegen sozialstaatliche Eingriffe. Der Eigentumsbegriff wird auf dem Stand vorindustrieller Gesellschaft eingefroren. Er differenziert zu wenig zwischen Kapitaleigentum und Eigentum an der bloßen Arbeitskraft. Leisners Frühliberalismus, der den Anspruch dieser Theorie für ihre Realität ausgibt, nimmt die Marxsche Kritik an den Konsequenzen dieser Dichotomie nicht auf. Gegen sozialstaatliche Nivellierung setzt Leisner den neoliberalen Grundkonsens der restaurativen Nachkriegsära, der die Inhalte legitimer Politik auf »Achtung vor dem Markt« und »Streben nach Eigentum« (D, 51) festlegt. Mit der ideologischen Schablone vom freiheitsbewahrenden Privateigentum wird die Beschränkung des Staates auf Freiheitssicherung zu begründen gesucht, was die Frage aufwirft, welche Freiheit gemeint ist.

Ohne Zweifel impliziert diese Freiheit nicht die Freiheit zur Partizipation am politischen Prozeß, sondern bedeutet allein Freiheit von staatlichen Eingriffen, wie Leisner selbst hervorhebt: »Die Freiheit hat immer etwas Abwehrendes, Ausgrenzendes an sich. Aus ihr allein führt kein breiterer Weg in die Teilhabe an staatlichen Leistungen, noch weniger an der Ausübung der Staatsgewalt« (G, 58). Die Leisnersche Freiheit ist nichts anderes als die Hypostasierung des Konkurrenzkampfs der Individuen auf dem kapitalistischen Markt, in dessen Verlauf sich die leistungsadäquate, gesellschaftliche Hierarchie quasi naturwüchsig herstellt, weil Freiheit stets »Kampf, Sieg und Niederlage« bedeutet und damit »etwas Herrscherliches, ja etwas Herrschsüchtiges« hat (D, 149, 150). Freiheit meint stets die Verfügungsgewalt privatkapitalistischer Eigentümer über Kapitalbesitz, wobei unreflektiert bleibt, daß hieraus die Unfreiheit der Nicht-eigentümer folgt. Politische Freiheit ist damit zum Derivat ökonomischer *Laissez-faire*-Ideologie denaturiert, die zur »Grundentscheidung« der parlamentarischen Demokratie stilisiert wird. »Für diese Freiheit aber gilt in der Demokratie, daß man neben ihr andere Götter nicht haben darf. Selbst die Legitimation aus dem Volkswillen findet hier [...] ihre unüberschreitbare Schranke; diese institutionelle Form der Demokratie ist ja überhaupt nur legitim als ein Instrument zur Erhaltung und Erweiterung der individuellen Freiheit [...]« (D, 222). Das Gleichheitspostulat des bürgerlichen Naturrechts, das die gleiche Freiheit für alle intendierte, ist der Sicherung des Privateigentums zum Opfer gefallen, weil man um die gesellschaftliche Dominanz des Kapitals fürchtet. »In der Gleichheit«, so Leisner, »liegt immer eine Tendenz zu einer Ablösung der Wettbewerbsordnung [...] durch Formen der Gemeinwirtschaft.« (G, 52) Um den Status quo der Macht- und Besitzverhältnisse zu erhalten, wird der parlamentarischen Demokratie ein »Freiheitspathos« unterlegt, das ihr jene »metaphysische Dimension« zurückgewinnen soll, »welche alle Gegensätze und Widersprüche der Zeit letztlich auflöst im Blick nach oben.« (D, 225)

Zum Schutz gesellschaftlicher Hierarchie und privilegierter Freiheit ist damit jene Instanz erforderlich, auf deren Rechtfertigung die Argumentation *a priori* zielte: der starke Staat, der »die Gesellschaft nach seinem Bild und Gleichnis« schafft (D, 185). Er markiert

den Umschlagspunkt fröhliberaler Rhetorik in autoritärkonservative Ideologie auf der Linie, die Carl Schmitts Demokratiekritik bereits in der Weimarer Republik vorgegeben hat. Unter Rekurs auf Hobbes wird auch der parlamentarischen Demokratie der Bundesrepublik »Herrschaftsschwäche«, »Machtauffizienz« und »Kontinuitätsschwäche« attestiert (G, 17, 68). Das politische Spektrum des gesellschaftlichen Pluralismus soll durch den Gegenpol starker Staatlichkeit begrenzt werden, der auf die Grundentscheidung zurückverweist, denn: »Der Entscheidungscharakter dieser Staatsform muß wieder weit deutlicher werden.« (D, 217) Der Staat zwingt die konkurrierenden gesellschaftlichen Gruppen in einen prästabilisierten Konsens zurück; seine Schwächung muß das Chaos provozieren. »Eben dies aber droht unter der Volksherrschaft [...] Die dauernde Bewegung wäre dabei längst nicht so schwer erträglich wie jenes Hin und Her, das aber der demokratischen Diskussion eben eigen ist.« (D, 175)

Der Integrationschwäche des gesellschaftlichen Pluralismus wird deshalb der »geistig formierte« Staat entgegengesetzt, der auf irrationaler »Begeisterungsfähigkeit« für seine Autorität basiert (D, 19). Den konservativen Prüfstein für die staatliche Gewährung von Demokratie bildet folgerichtig die Frage, ob ihre Grundentscheidungen »in sich so geschlossen und damit überzeugend sind, daß Menschen daran glauben und dafür sterben können.« (D, 20) Nur in der solchermaßen geistig aufgerüsteten, wehrhaften Demokratie zeigt sich dann auch »etwas von der Uner schöpflichkeit des Volkes, das deshalb auch am besten [...] den selbstbewußten, den ganz großen Krieg führen kann, wenn nötig bis zum Letzten.« (D, 109) An der Lernfähigkeit autoritativer juristischer Staatstheorie in der Nachfolge Carl Schmitts aus den Erfahrungen der deutschen Geschichte des 20. Jahrhunderts muß man im Falle Leisners wohl zweifeln. Der totale Staat wird wieder salonzfähig. Leisners Freiheitspathos besitzt, so muß man folgern, einen Januskopf: Der Schutz der bürgerlichen Freiheit zur Kapitalakkumulation begründet einen autoritären Staat, der die Garantie gesellschaftlicher Freiräume dann wieder aufhebt, wenn es um die Verteidigung der »Grundentscheidungen« geht.

Aus dieser Perspektive des starken, gesellschaftsbeherrschenden Staates ist Leisners

Sozialstaatskritik konsequent angelegt. Die These Forsthoffs vom Gegensatz von Rechts- und Sozialstaat kehrt wieder als der »unaufhebbare Gegensatz zwischen jener Freiheit, auf welcher die parlamentarische Demokratie gegründet ist, und dem ›Sozialen‹« (D, 145). Im Kontrast zu rechtsstaatlicher Freiheitssicherung setze Sozialstaatlichkeit die Dynamik der Anspruchsinflation und Unersättlichkeit in Gang, die durch die Orientierung am »Schwächerenschutz« obendrein der Verweichungstendenz der Demokratie Vorschub leiste (D, 227). Sozialstaatlichkeit, das »virtuelle Programm totaler Gleichheit« (D, 142), wird als irreversibler Prozeß der Nivellierung kritisiert, dessen potentiell demokratisierende Konsequenzen verhindert werden sollen. Für den Konservativen Leisner ist es keine Frage, daß der Abbau elitärer Freiheit und das Postulat der Chancengleichheit das »Staatsfundament« zerstören (D, 147). Die Maxime der Leisnerschen Sozialstaatskritik lautet daher: »Der Mensch darf nicht seine ganzen sozialen Sünden in den Staat werfen, damit dieser sie verteilend wieder gut mache.« (D, 144) Vielmehr ist der Staat aufgerufen, Freiheit, Leistung und Eigentum gegen Gleichheit zu sichern. »Aus der Gleichheit kann ein Ausbruch in Leistung nicht gelingen [...], wenn eine zentrale politische Entscheidung der Staatlichkeit dem nicht eine Gasse bahnt.« (G, 287) Im dezisionistischen Bezugsrahmen Leisners markiert die Sozialstaatlichkeit den Ausnahmezustand des Rechtsstaats, bei dessen Eintreten der Staat aufgerufen ist, die Grenzen der Umverteilung durch souveräne Herrschaftsgewalt zu setzen, denn »die Verteilung verlangt [...] nach Herrschaftsformen, die eher [...] autoritär verfaßt sind.« (D, 154) Wie die Demokratie ist auch der Sozialstaat nur legitim, wenn er den starken Staat zusätzlich befestigt. Die Quintessenz der Leisnerschen Sozialstaatskritik ist der Abbau des Staatsinterventionismus in allen gesellschaftlichen Bereichen bis auf das funktionsnotwendige Minimum, um eine von sozialen Imperativen ungestörte Kapitalakkumulation zu gewährleisten. »Wo immer der Staat sich zurückzieht, da nimmt die Nivellierung ab, denn der Bürger stellt sofort im privaten Raum natürliche und sinnvolle Ungleichheit her.« (G, 293)

Dem Rückzug des Staates auf traditionelle Ordnungsfunktionen korrespondiert die obrigkeitstaatliche Funktionszuweisung für Exekutive und Beamtenamt, Hüter der

Staatsautorität und Stabilitätsgarant für den Status quo zu sein. Berufsbeamtenamt und Verwaltung bilden den konservativen Gegenpol zur demokratischen Legislative, denn: »Die Unruhe des ständig sich wandelnden Volkswillens muß in der Festigkeit der Ämter und Kompetenzen ihren Halt finden.« (D, 124) Das Parlament sinkt zum entbehrliehenen Luxus herab, den sich eine obrigkeitliche Verwaltung leistet. »Diskussion kann im Parlament sein, weil sie in der Verwaltung ihr Ende findet.« (D, 125) Zusammenfassend kann man feststellen, daß Leisners Lamento über den Gleichheitsstaat der parlamentarischen Demokratie erneut die Kontinuität autoritären Staatsdenkens in der juristischen Staatslehre deutlich macht. Die Demokratiekritik Leisners ist noch immer mit der Hypothek der Thesen Carl Schmitts und dem theoretischen Erbe des wilhelminischen Obrigkeitstaates belastet. Die Modernität ihres »Neo«-Konservatismus ist lediglich vorgeschnitten; vielmehr wird an traditionellen Kategorien wie dem Dualismus von Staat und Gesellschaft, dem Gegensatz von Freiheit und Gleichheit, der Dominanz der Exekutive sowie der Totalitarismustheorie unverändert festgehalten. Die Überantwortung gesellschaftlicher Prozesse an die »Selbstheilungskräfte« des Marktes beläßt den Staat dort, wo er in der deutschen Denktradition seit Hegel immer war: in der Rolle des normativ-moralischen Einheitsgaranten über dem verwirrenden Gemenge pluralistischer Interessenkonkurrenz. Die Unregierbarkeitsdebatte der letzten Jahre verleiht diesem verbrauchten Konzept seine krisenbedingte Aktualität.

Peter Hammans

Bernd Schulte / Peter Trenk-Hinterberger, *Sozialhilfe. Eine Einführung*, Königstein (Atheneum) 1982, 450 S., DM 35,-

Nach Rohwer-Kahlmann¹ »wird die Fürsorge (wozu die Sozialhilfe zählt – d. Verf.) nicht nur zu dem wirksamsten Mittel gesellschaftspolitischer Intervention in Verfolg allgemeinwichtiger, insbesondere präventiver öffentlicher Ziele, sondern für den einzelnen auch zur umfassenden Garantie menschenwürdiger Existenz aus staatsbürgerlicher So-

¹ Die Fürsorge, Zeitschrift für Sozialreform 1967, S. 1 ff. (n).

lidarität.« Barabas/Sachße² meinen trotz skeptischer Einstellung zum Bundessozialhilfegesetz (BSHG) gleichfalls: »Im Rahmen der Sozialhilfe werden ersichtlich gesellschaftliche Probleme von erheblichem Ausmaß bearbeitet.« Doch konträr zu solchen Einschätzungen bietet sich die rechtswissenschaftliche Behandlung dieses Regelungsbereichs im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten als eher dürrtig dar. Nicht viel anders verhält es sich mit sozialwissenschaftlichen Komplementen der Sozialhilfe, der »Armutsforschung« und der zugehörigen Sozialpolitikforschung, die im angloamerikanischen Bereich eine wesentlich ausgebreiteter Aktivität hervorgebracht haben als in der BRD.

Vor diesem Hintergrund war eine neue Gesamtdarstellung des Sozialhilferechts, wie sie Schulte/Trenk-Hinterberger (folgend abgekürzt: S./T.) jetzt vorlegen, schon lange ein sowohl wissenschaftlich als auch pädagogisch dringliches Desiderat. Folgerichtig beginnen sie mit einer über 40 Seiten reichenden Verortung der Sozialhilfe in Rechts- und Sozialwissenschaften, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht und Sozialrecht. Dabei werden die erwähnten Defizite sofort zum Thema und mit breiter Berücksichtigung auch neuester sozialwissenschaftlicher (i. S. von nachbarwissenschaftlicher – so auch die Terminologie im Folgenden) Literatur und angloamerikanischer Arbeiten belegt.

Die damit nachgezeichnete methodische Eigenheit dieses Lehrbuchs, einen Gegenstand sowohl unter rechts – als auch sozialwissenschaftlicher Perspektive und dazu noch mit Blick über die nationalen Grenzen hinaus (insbes. S. 374 ff.) vorzustellen, wird, wo immer möglich, im ganzen Buch praktiziert. Das ist nicht nur ungewöhnlich für eine einem *Rechtsgebiet* gewidmete »Einführung«, wie S./T. ihr Lehrbuch untertreibend nennen, sondern in diesem Fall auch ungewöhnlich gut gelungen. Nimmt man das weitere methodische Merkmal hinzu, die Praxis der Sozialhilfe – ein verwirrendes Geflecht aus Behörden, Wohlfahrtsverbänden und freien Initiativen – ständig ebenfalls sichtbar zu machen, ist das mit 450 Seiten umfangreichste Lehrbuch der Sozialhilfe seinen Konkurrenten nicht nur mindestens um 200 Seiten voraus, sondern den im Sozialhilferecht vorherrschenden Institutionenkunden auch qualita-

tiv weit überlegen. Die anschließenden Be trachtungen sollen punktuell eine Vorstellung vom Inhalt des Lehrbuchs vermitteln und einige Fragen zu bedenken geben.

I.

S./T. räumen der Sozialhilfe »selbstverständlich auch einen Stellenwert im politischen und ökonomischen System« ein, wollen ihn aber nicht »anhand eines übergreifenden theoretischen Konzepts« diskutieren »oder gar« bestimmen. Dazu fehle ihnen »vor allem die Überzeugung von der Richtigkeit einer monolithischen polit-ökonomischen ›Theorie der Sozialhilfe.« (S. 23)

Solche Selbstbeschränkung brauchte aber in dem sonst mit umfassender Literatursichtung arbeitenden Lehrbuch nicht dazu zu führen, Mückenbergers »Thesen zur Funktion und Entwicklung des Sozialrechts«³, die einen bedeutsamen Ansatz in dieser Hinsicht präsentieren, ganz zu übersehen. Merkwürdig genug fehlen auch die beiden wichtigen nicht-marxistischen Theoriekonzepte von Scherpner und Achinger.⁴ An Achinger, einem der geistigen Väter des BSHG, hätten die Verfasser die Fruchtbarkeit der Auseinandersetzung mit politökonomischen Theorien auch zum Verständnis des Sozialhilferechts studieren können. Theorieskepsis mag auch der Grund für das Fehlen jüngerer Theorien der Sozialarbeit⁵ sein. Theorie der Sozialarbeit und Sozialhilfe zueinander in Bezug zu setzen, ist nicht nur ein Postulat der von den Verfassern sonst hervorragend vertretenen Interdisziplinarität, sondern für eine der größten Berufsgruppen, die täglich mit dem Sozialhilferecht lebt, die Sozialarbeiter, von großer Wichtigkeit.

Die Theorieskepsis hat problematische Konsequenzen. An anderer Stelle (S. 24 und 30) werden die »sozialen Risiken«, auf die das System sozialer Sicherung zugeschnitten ist, zusammengefaßt nach den üblichen phänomenologischen Listen: Krankheit, Invalidität, Alter, Tod, Arbeitslosigkeit usw. Solche Kataloge verdecken in der Regel den gemeinsamen Grundtatbestand, der seit Marx eben politökonomisch erschlossen wird, nämlich

³ In: KJ 1976, S. 341 ff.

⁴ Hans Scherpner, Theorie der Fürsorge, 2. Aufl., 1974; Hans Achinger, Sozialpolitik und Fürsorge, 1939.

⁵ Vgl. u. a. Barabas, Blanke, Sachße, Stascheit, Jahrbuch der Sozialarbeit, 1976, insbes. S. 374 ff.

² Bundessozialhilfegesetz: Sozialstaatliche Versorgung oder Armenpolizei?, KJ 1976, S. 359 ff. (360).

die zu gering entlohnte und den wirtschaftlichen Verwertungsbedingungen unterworfenen Arbeitskraft, die keine Eigenvorsorge leisten kann.⁶ Anklänge an diese schlichte Tatsache zeigen sich indes bei S./T., wenn die Lohnabhängigkeit als »prekär« (S. 25) und die Grundideologie des Rechts der sozialen Sicherung, im Normalfall genüge die Erwerbstätigkeit zur Existenzreproduktion (S. 31), Erwähnung findet. Die Sozialhilfe ist jedoch prinzipiell erst aus dieser Sicht verstehtbar. Sie ist der permanente Nachweis unzulänglicher »Normaleinkommen«, zu denen die anderen Sozialleistungen inzwischen ebenfalls zählen. Das meint das zu Beginn verwandte Zitat von Rohwer-Kahlmann, Sozialhilfe sei eine umfassende Garantie, nicht mehr bloße Nothilfe im Ausnahmefall, als welche sie in veralteten Charakterisierungen wie »Ausfallbürge« oder »Lückenbüsser« gesehen wird. Sie reicht heute mit ihrem Zentralwert, dem Regelsatz (§ 22 BSHG) als dem Repräsentanten des Existenzminimums, weit über ihr eigenes Gebiet hinaus und beeinflusst Lebenshaltungsniveaus, die im Ausbildungsförderungsrecht, der Jugendhilfe, der Kriegsopferfürsorge, im Wohngeldrecht, im Steuerrecht, Unterhaltsrecht, Beratungshilfe- und Prozeßkostenhelferecht, sogar im Schadensersatz- und Strafrecht verfaßt sind. Zum anderen ergänzt sie mit dem quantitativ größten Teil ihrer Ausgaben unzureichende Primär- und Sekundäreinkommen und erfaßt damit auch die Mittelschichten (z. B. bei der Eingliederungshilfe (§ 39 ff. BSHG), Pflegekosten (§ 69 BSHG), Altenhilfe (§ 75 BSHG)). Das gilt auch für die von ihr bereitgehaltenen persönlichen Dienstleistungen z. B. durch Sozialarbeiter.⁷

Die Sozialhilfe tendiert daher zu einer »Staatsbürgergrundversorgung« und damit verteilungstheoretisch gedacht zur entschiedensten Gegenspielerin der im Sozialversicherungssystem konstitutiven horizontalen und temporären Umverteilung. Durch ihre Bedarfsoorientierung bedroht sie die übrigen Einkommensverteilungssysteme nach Leistung und Äquivalenz und enthält so im Keim die Gefahr vertikaler Umverteilung. Bei S./T. erscheint diese Dynamik der Sozialhilfe als sozialhilfeuntypische Übernahme von Leistungen, die in andere Sozialleistungssysteme gehören (S. 27), als Verschwimmen der Grenzen zwischen Sozialhilfe und anderen Sozialleistungsbereichen (S. 34), als »Lücke im >gehobenen System der sozialen Sicherung« (S. 273) oder als Notwendigkeit der Reform der Sozialversicherung, um die Sozialhilfe zu entlasten (S. 409). Die Sozialhilfe soll also in ihrer traduierten »Residualfunktion« (S. 27) verbleiben. Sozialpolitische Probleme sollen weiterhin durch horizontale und temporäre Umverteilung angegangen werden. »Realpolitisch« und pragmatisch ist den Verfassern freilich zuzugestehen, daß ihre Verteilungspolitische Option für versicherungsmäßige Lösungen die historische Entwicklung vom Armenrecht zur kollektiven Selbstvorsorge (etwas zu knapp beleuchtet auf S. 38), die dominanten Strukturen der Wirtschaftsverfassung und die Krisenverschärfung geringen Möglichkeiten einer Verbesserung des Sozialleistungssystems zutreffend reflektiert. Die systematisch entgegengesetzte Sicht einer *Staatsbürgergrundversorgung*, in der auch weniger marktwirtschaftskonforme Prioritätensetzungen zur Geltung kommen, sollte jedoch in der nächsten Auflage des Lehrbuchs schon als prinzipielle Alternative und Denkposition deutlicher werden, um damit die eigene Auffassung von S./T. transparenter zu machen.

II.

Aus der Einsicht bisheriger Vernachlässigung der Sozialhilfe durch die Rechtswissenschaft und einer inadäquaten »Orientierung an der eingeschränkten Ordnungsverwaltung (»Armenpolizey«)« folgern S./T., die »übergreifende rechtswissenschaftliche Diskussion sozialhilferechtlicher Probleme und die Kooperation mit anderen Disziplinen« (S. 13) sei unabdingbar. Aber obwohl sie das derart angesprochene »langfristig« (S. 13) notwendige Forschungsprogramm zutreffend mit diesen Formulierungen plakatieren und selbst einen erheblichen Beitrag dazu leisten, indem sie einerseits den wissenschaftlichen Stand des Sozialhilferechts zusammenfassen und andererseits in zahllosen Einzelfragen die Nähe zu einschlägigen sozialwissenschaftlichen Arbeiten aufzeigen, gewinnt das Forschungsprogramm wenig Profil. Es besteht abstrakt gesagt in der Entwicklung sozialstaatlicher Denk- und Rechtsformen, die den rechtsstaatlichen Individualschutz im Sozialhilfe-

⁶ Vgl. zuletzt Peter Kührt, Das Armutssyndrom, 1982, S. 21–24.

⁷ Vgl. Barabas u. a. (Fn. 5), S. 408.

recht beibehalten oder z. T. erst noch einführen und zugleich mit sozialstaatlichen »Verkehrsformen«⁸ und Anforderungen kommensurabel machen. Dies lässt sich bei kritischer Lektüre der »Sozialhilfe« von S./T. konkretisieren.

II.1

Der Anspruch auf Sozialhilfe (§ 4, I, 1 BSHG), erst 1954 durch das BVerwG anerkannt, ist ein Recht minderer Qualität, ein Armeleuteanspruch, denn seine Verbindlichkeit umfasst bei vielen Hilfebedarfen nur den Grund des Anspruchs, nicht aber Form und Maß (§ 4, II BSHG). Was der Antragsteller rechtlich zuverlässig erwarten kann, wird oft erst in verwaltungsinternen Berechnungen, ihm unbekannten Richtlinien oder Weisungen näher bestimmt und oft nicht einmal das, wenn die Erfüllung des Anspruchs von einem im Einzelfall ausgeübten Ermessen (S./T., S. 124) oder davon abhängt, daß die »benötigten Güter und Dienste auch tatsächlich bereitstehen« (S./T., S. 124). In dieser Lückenhaftigkeit des Rechts nistet eine sozialstaatlich defizitäre Sozialhilfepraxis, die S./T. (S. 381–397) umfassend und kritisch nachzeichnen. Um so mehr verwundert die unbefragt übernommene Auffassung, die Sozialhilfe als prinzipieller Rechtsanspruch sei juristisch durchgesetzt (S. 123). Durchgesetzt ist bisher lediglich der Justizgewährleistungsanspruch, das Klagerecht, und im übrigen, was als verfassungsrechtlich gesichertes Existenzminimum gilt, nicht im Elend umkommen zu müssen.⁹ Beide die heutige Rechtsstruktur des Sozialhilfeanspruchs prägenden Momente sind mühelos allein aus rechtsstaatlichen Mindestbedingungen (Art. 19, IV, Art. 2, II GG) herzuleiten.

Solange der Anspruch nicht auf eine bestimmte und auch über dem Existenzminimum liegende Leistung geht, ist die zu seiner Begründung stets verwendete Berufung auf das Sozialstaatsprinzip leere Zutat. Dies zu verdeutlichen wäre gerade gegenüber der sozialhilferechtlichen Grundlagenentscheidung des BVerwG von 1954 (die S./T. ausführlich aber

unproblematisiert darstellen, S. 41 f.) erforderlich. Über dem Existenzminimum liegende Leistungen sind aus sozialstaatlicher Sicht vor allem solche, die »Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft« (§ 9 SGB-AT) oder »Beziehungen zur Umwelt und eine Teilnahme am kulturellen Leben« (§ 12, I, 2 BSHG) gestatten. Die Unverbindlichkeit des § 9 SGB-AT als Auslegungshilfe (S./T., S. 44), die geringfügige Beachtung des sozialen Bedarfs im Regelsatz (S./T., S. 140), die von Trenk-Hinterberger (S. 93) präzise eruierte Rechtsprechungstendenz, das sozial-kulturelle Minimum als entbehrlich anzusehen, das Fehlen eines Bedarfsstandards für die »Kosten der Partizipation an einem sozialen System« (S./T., S. 136),¹⁰ der mit der bürokratischen Vermessung der physiologischen Existenz durch den sogenannten »Warenkorb« (S./T., S. 140) konkurriert könnte, sind weitere Belege für die sozialstaatliche Defizienz des Sozialhilfeanspruchs. Was unter Sozialstaat unter dem Gesichtspunkt seiner Leistungsverpflichtung verfassungsrechtlich zu verstehen wäre, wird in diesen Beispielen greifbar, aber bei S./T. nicht entwickelt. Sie erwähnen lediglich die Notwendigkeit »verfassungsrechtliche Überlegungen zum Hilfe-Soll der Sozialhilfe« (S. 125) anzustellen, die Menschenwürde (§ 1, II BSHG) »praktikabel und vor allem justizierbar« (S. 43) zu machen oder »klar formulierte Regeln über Ansprüche und Rechte« (Titmuss, einer der bedeutendsten Vertreter der Social Administration in England, zitiert bei S./T., S. 381) auszuarbeiten. Das Sozialstaatspostulat, den Sozialhilfeanspruch dementsprechend zu vervollkommen, bleibt aber im Abschnitt »Verfassungsrechtliche Grundlagen der Sozialhilfe« (S. 40–44) undiskutiert. Symptomatisch findet das Sozialstaatsprinzip erst dort genauere Berücksichtigung, wo es um die Entziehung auch des physischen Existenzminimums geht (S. 185/186). So bewahrt das Sozialstaatsprinzip seine juristische Griffigkeit auch bei S./T. erst an der physischen Existenzuntergrenze, die (s. o.) bereits rechtsstaatlich hinreichend gesichert ist. Seinen eigentlichen Gehalt bei der Ausgestaltung sozialer Mindestteilnahmerechte zur Geltung zu bringen, auf jeden Fall seine Tragfähigkeit im Streitfall zu klären, ist in diesem Zusammenhang nicht mög-

⁸ Vgl. Christoph Sachße, Über den Zusammenhang von Sozialisation, Recht und Staat – Einige Anmerkungen zur gesellschaftlichen Entwicklung der Sozialarbeit, in: Neue Praxis 1979, S. 7 ff.

⁹ Vgl. Zacher, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 766–768.

¹⁰ Eingehend dazu Stephan Leibfried, Zur Sozialpolitik der Verteilungsformen in der Sozialhilfe usw., in: Nachrichtendienst des Deutschen Vereins 1981, S. 261 ff.

lich. Das Sozialstaatsprinzip bleibt bei S./T., was es freilich verfassungsrechtlich überall ist, unentwickelte Metapher für eine bessere Welt.

II.2

Der praktizierten Form des Sozialhilferechts wird immer wieder vorgehalten, einer obrigkeitstaatlichen Tradition, den Formen der Eingriffsverwaltung polizei- und strafrechtlichen Musters (S./T., S. 34) verhaftet zu sein.¹¹ Ihre Parzellierung zusammengehöriger Problemdimensionen (S./T., S. 68), mangelnde Aktivität (S./T., S. 63), die Ausblendung nichtjuristischer Wissensbestände aus den Entscheidungsgesichtspunkten (S./T., S. 68), die in der Rechtsform implizierte Individualisierung sozialer Probleme (S./T., S. 14) und deren Behandlung in klassisch bürokratischen Vollzügen (S./T., S. 15, 73), seien dem Problem Armut inadäquat (S./T., S. 381–397). Diese Einwände *beschreiben* heutige Konfliktfelder zwischen klassisch verwaltungsmäßig organisierter (folgend vereinfacht: formalrechtlicher) Sozialverwaltung und einschlägigen sozialwissenschaftlichen und psychologischen Handlungskonzepten, wie sie u. a. ein neues berufliches Selbstverständnis der Sozialarbeiter prägen.

Die Beschreibung von Unruhezuständen in der Sozialhilfe, die auf erheblich mehr Probleme erstreckt werden könnte, mündet bei S./T. in die Aufforderung an die »Sozialwissenschaften«, sich mehr mit diesen Fragen zu befassen (S. 15), in die Aufforderung an die Praxis, den Rechtsanspruch auf Sozialhilfe nicht zu unterlaufen (S. 381 ff.) und in die Empfehlung an die Sozialverwaltung, außerrechtliche Orientierungen der Problembehandlung zuzulassen (S. 67 ff.). Das ist so unzulänglich wie viele sozialwissenschaftliche Konzepte zur Sozialarbeit/Sozialhilfe, die allein unter Berufung auf ihre, der juristischen angeblich überlegene Fachlichkeit die praktizierte Amtsroutine aus den Angeln heben möchten. Der Rechtsanspruch auf Sozialhilfe existiert eher rudimentär (s. o.). Mit der Aufforderung an die Sozialwissenschaften wird die juristische Pflicht, eine sozialstaatsadäquate Rechtsstruktur noch zu schaffen,

auf andere Professionen verlagert. Mindestens findet sich bei S./T. keine systematische Befassung mit diesem Thema (s. gleich unten). Und die Empfehlung, mehr außerrechtliche Orientierungen in die formalrechtliche Fallbearbeitung einzubeziehen, wirft die bei S./T. gleichfalls nicht explizierte, allenfalls kasuistisch beachtete (S. 104 f., 131, 141, 143, 149, 258, 282, 309, 338) Frage nach der rechtlichen Legitimität des damit empfohlenen Wissens auf, nämlich die genaue Angabe, wo, warum und in welchem Umfang das Recht aus seiner eigenen Systematik heraus Ergänzungen durch (welches?) außerrechtliche Fachwissen verlangt.

Gleichwohl enthält die Beschreibung der Konfliktfelder und Reformwünsche in der Sozialhilfe eine ungehobene rechtliche Programmatik. Sie behaupten im Kern, die an den Handlungsformen der Eingriffsverwaltung ausgerichtete Sozialhilfe sei aus sozialstaatlicher Sicht veränderungsbedürftig. Darum wäre zunächst ein verfassungsrechtlich durchsetzbares Modell sozialstaatlicher Sozialhilfe zu entwickeln. An Modellen mangelt es nicht (leider jedoch bei S./T.), aber an ihrer Durchsetzbarkeit auf dem Rechtsweg. Die Politik, auf die die h. M. der Verfassungsrechter die Entwicklung des Sozialstaats verschiebt, lässt auf sich warten und kehrt sich in der Krise um. Darum verlagern sich die Erwartungen, die im Begriff des Sozialstaats gedacht werden, auf die Ebene unterhalb der Verfassung und der Parlamente. In der Praxis transformieren sich die ungelösten Probleme der Politik in Alltagskonflikte mit sozialtechnokratischen Argumentationsmustern. Auf der Ebene des BSHG werden diese Probleme in Form von juristischen Interpretationen, die seit einigen Jahren auch mit sozialwissenschaftlichen Konstrukten arbeiten, ausgetragen. Die Struktur des BSHG bietet dafür eine gegenüber anderen Gesetzen relativ günstige Ausgangsbasis, aber auch nicht zu unterschätzende Unsicherheiten und Grenzen. Es weist eine teilweise antagonistische Doppelstruktur auf, insofern es soziale Dienstleistungen (Erziehung, Pflege, Beratung u. a.) erbringen will, also die Regeln, nach denen diese funktionieren, als legitime voraussetzt, aber das Recht in seiner obrigkeitstaatlich, formalrechtlichen Handlungs- und Denkform gleichermaßen beachtet wissen will.

Wo die Sozialwissenschaften als Mittel der Veränderung formalrechtlicher Praxis verwendet werden, setzt man daher auf ihren

¹¹ Zuletzt Peter Dippoldsmann, Zum Verhältnis von Sozialarbeit und Sozialadministration, in: Neue Praxis 1982, S. 171 ff. mit besonderem Bezug zur Sozialhilfe.

größeren sozialstaatlichen Gehalt (eine keineswegs durchgehend berechtigte Annahme) und auf ihre Fähigkeit, sich in der formalrechtlich programmierten Bürokratie durchzusetzen. Darin liegen Sinn und Hoffnung bei S./T., wenn sie anstelle eigener juristischer Konstruktion die Sozialwissenschaften zur verstärkten Befassung mit Sozialhilfe auffordern und ihrerseits heranziehen. Sozialwissenschaften als Entwicklungshelfer sozialstaatlicher Rechtsformen finden in der Sozialhilfe theoretisch über die erwähnte Doppelstruktur des BSHG hinaus (bzw. als deren weiterer rechtsförmiger Ausdruck) zusätzlich günstige Umstände in der methodisch gesetzen großen »Offenheit« des Sozialhilfrechts: seinen unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensräumen und seinen Kooperationsverpflichtungen mit außerrechtlich denkenden Beteiligten (vgl. §§ 10, 46, II, 114 BSHG). Diese Verweisungsgehalte des BSHG werden in der Praxis in Verfahren der Konsensfindung zwischen Verwaltungsfachleuten, i. S. von Subsumtionstechnikern und Vertretern anderer Wissensbestände organisatorisch aufgelöst: in Arbeitsgemeinschaften (S./T., S. 76) und verwaltungsintern in Organisationsmodelle der Zusammenarbeit von Sozialarbeitern und Sachbearbeitern (S./T., S. 68–70). Sie sind allesamt »Institutionen ständigen Aushandelns, Ausbalancierens und Überlegens zur Lösung von Sach- und Kooperationsproblemen, nicht aber – wie es manchmal geschieht – schon . . . die Lösung der Probleme.« (S./T., S. 76 nur in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften). Die in die Sozialwissenschaften gesetzten (bei ihren herrschaftskonformen Spielarten sicher trügerischen) Hoffnungen nach mehr sozialstaatlichen Inhalten und Handlungsformen finden also Verfahrensformen als Eintrittsstellen, aber Verfahren sind zwar eine Voraussetzung ihrer Anerkennung, nicht jedoch auch die Gewähr ihrer Durchsetzung gegen die Letztentscheidungsbefugnis der formalrechtlich operierenden Verwaltung. Verfahren der Entscheidungsherstellung sind hier wie sonst keine Gewähr für materielle Richtigkeit – wie man sie in einer gelungenen Integration von rechts- und nachbarwissenschaftlichen Wissensbestandteilen verkörpert sieht –, sondern ein symbolischer Ersatz, der jedes Verfahrensergebnis legitimiert.¹²

¹² Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl., 1975.

Diese Verfahren repräsentieren darüber hinaus, werden sie nicht manipulativ verwendet, ein Stück demokratischer Mitwirkung, wenn sie auch nur den Begründungsaufwand für eine abweichende Letztentscheidung erhöhen. Sozialstaatliche Elemente bilden sich in der formal rationalen Rechtsform des liberalen Rechtsstaats nach allem wesentlich über die demokratistaatlichen Implikationen des Sozialstaatsprinzips¹³ aus. Da es in diesen »Beteiligungsformen«, die in der Theorie der Sozialarbeit noch um die Beteiligung betroffener Klienten (vgl. § 3, II BSHG) ergänzt wird, nicht nur um methodisch und inhaltlich schwer vereinbare Wissenshorizonte – etwa im Sinne einer Gegensätzlichkeit von formaler (Recht) und materieller (Sozialwissenschaften/Betroffene) Rationalität –, sondern um z. T. gegenläufige Staats- und Gesellschaftsverständnisse geht, sind sie nicht nur technologisch, sondern auch politisch zu begreifen. Dies aber bedeutet eine »Repolitisierung von Recht«¹⁴. Sozialhilfe ist daher einer politischen Untermauerung ihres sozialwissenschaftlichen Elements, d. h. seiner Träger und der betroffenen Klienten bedürftig, soll sich jenes gegen das etablierte und in der Letztentscheidungskompetenz rechtlich gesicherte Gewicht des formalrechtlichen Verwaltungshandelns behaupten. Von dem sozialstaatlich-sozialpolitischen Begründungs- und Handlungsumfeld des Sozialhilfealltags ist bei S./T. zu wenig die Rede (u. a. S. 389, 394).

II.3

»Auch für den grundlegenden Begriff des *Bedarfs* fehlt es an einer Definition.« (S./T., S. 135). In der Tat geht es in der Sozialhilfe in fast allen Zusammenhängen um die nähere Bestimmung dessen, welchen Bedarf Hilfsbedürftigkeit indiziert und ebenso in fast allen Zusammenhängen gerät man dabei an folgenden gedanklichen Schlußpunkt: Die »Festlegung von Abgrenzungen zwischen Bedürftigkeit und Nicht-Bedürftigkeit (ist) immer eine gesellschaftlich bedingte Aussage . . ., die deswegen eigentlich auch nicht ein kogni-

¹³ Wolfgang Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (1954), in: Ernst Forsthoff (Hg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1. 1968, S. 114–144.

¹⁴ So Sachße (Fn. 8), S. 17.

tives, sondern ein dezisionistisches, d. h. Wertungs- und Entscheidungsproblem ist.« (S./T., S. 139.)

Im Bedarf kommt das rechts- und sozialstaatlich verfaßte sozialhilferechtliche Lebenshaltungsniveau auf seinen konkreten Nenner und doch fehlen dafür angeblich die Maßstäbe. »Notwendiger Lebensunterhalt« (§ 12 BSHG) und »Menschenwürde« (§ I, II BSHG), die beiden rechtlichen Ausdrucksformen des Sozialhilfebedarfs, sind deshalb nicht intersubjektiv verbindlich zu klären, sondern nur dezisionistisch festzulegen. Im Kontext des einfachen Gesetzes wiederholt sich auf diese Weise die verfassungsrechtliche Position, nach der ein inhaltlicher Begriff des Sozialstaats nicht Aufgabe der Rechtswissenschaft, sondern der Politik ist. Zur h. M. in der Sozialpolitikwissenschaft, in der eine ähnliche Denkhemmung besteht, und von der daher insoweit keine Hilfestellung zu erwarten ist, hat Jürgen Krüger¹⁵ die Unhaltbarkeit dieser Auffassung dargelegt. Für die Rechtswissenschaft lässt sie sich verstehen als eine Folge der im 19. Jhd. durchgesetzten Trennung von Recht und Wohlfahrtszielen¹⁶, die die Rechtswissenschaft auf eine Formenlehre für wechselnde Inhalte, zu denen sie nichts zu sagen wußte, festlegte. In dieser formalen Weise entwickelt sie auch ihren Sozialstaatsbegriff im wesentlichen als Modus des (formalen!) Verfahrens (s. o.) fort, während sie den inhaltlichen Begriff des Sozialstaats durch ein Ignoramus-Theorem ersetzt: Die darin zu diskutierenden Werte entzögen sich der wissenschaftlichen Untersuchung und gegebenenfalls der Begründung. Dadurch wird nicht nur die Politik der Parlamente, sondern vor allem die Politik der Sozialverwaltungen, in der sich die nähere Bestimmung des Sozialhilfebedarfs weitgehend vollzieht, von rechtlichen Bedingungen freigestellt; die zur Mitwirkung aufgerufenen Sozialwissenschaften werden zur frei verschiebbaren Argumentationsmasse; die Lebenshaltungsniveaus der Sozialhilfeempfänger sind nach Wirtschaftslage und politischen Kräfteverhältnissen variabel. Die jüngsten Beispiele finden sich im

2. Haushaltstrukturgesetz, das die Sozialhilfebedarfe auf breiter Front gesenkt hat, ohne auf rechtliche Gegenargumente zu stoßen. Es war auch ein Lehrstück zum Schicksal von Sozialwissenschaften im Kontext von Recht und Politik.

Nach langjährigen Vorarbeiten hatte der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge, der als Gutachter zur Festlegung des Bedarfsbemessungsschemas (Warenkorb), das den Regelsätzen (§ 22, I BSHG) zugrundeliegt, von der Sozialadministration anerkannt ist und seit 1955 ununterbrochen die Armutslinie der BRD quasi-offiziell ermittelt, auf statistischer, ernährungsphysiologischer und sozialpolitischer Grundlage eine neue Empfehlung zur Anhebung des Regelbedarfs verabschiedungsreif vorliegen.¹⁷ Sie verschwand in den Schubladen, nachdem die Steigerungsrate des Regelbedarfs durch das 2. Haushaltstrukturgesetz (§ 22, IV n. F.) auf 3%, also unterhalb der Steigerungsraten der allgemeinen Lebenshaltungskosten, festgelegt wurde. Selbst der Deutsche Verein, die wohl mächtigste Organisation nichtverwaltungsmäßiger Art in der Fürsorge, hat es bisher nicht gewagt, den – nach sozialwissenschaftlichen Kriterien – sehr viel größeren Bedarf dem neuen Gesetz entgegenzuhalten. Auch bei S./T. wird die Schwäche eines inhaltsleeren Rechts auf Sozialhilfe und eines bloß formalen Verständnisses des Sozialstaats im gleichen Zusammenhang deutlich. Sie dokumentieren zum Schluß (S. 405) die neuen Sparmaßnahmen, die divergierenden Auffassungen der kommunalen Sozialhilfeträger und der Wohlfahrtsverbände dazu und fragen, »ob die Maßnahmen, die mit dem 2. Haushaltstrukturgesetz eingeleitet worden sind, wirklich den rechten Weg zwischen der Scylla eines Absinkens des Sozialhilfeniveaus unter das zur Führung eines menschenwürdigen Lebens Notwendige und der Charybdis eines drohenden ›finanziellen Kollapses‹ der Träger der Sozialhilfe beschreiten« (S. 409). Rechtlich wissen sie, dem Stand des materiellen Anspruchs auf Sozialhilfe entsprechend, nichts darauf zu antworten.

Wenn der Sozialhilfebedarf rechtlich als Ausdruck der Menschenwürde zu verstehen ist (§ I, II BSHG), ließe sich allerdings einge-

¹⁵ Sozialpolitik ohne Wissenschaft? – Zur Nachkriegsentwicklung der Westdeutschen Sozialpolitik, in: Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1976, S. 21 ff.

¹⁶ Vgl. insbes. zur Spaltung der Polizeiwissenschaft, der auch die Sozialhilfewissenschaft entstammt, in (Polizei-) Recht und davon separierte Wissenschaften Hans Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 2. Aufl., 1980, insbes. S. 200 ff.

¹⁷ Siehe hierzu Hofmann, Kirchlechner, Stahlmann, Stacheit, Stracke, Projektgruppe: Ein Leben aus dem Warenkorb, Bd. 5 der Materialien zur Sozialarbeit und Sozialpolitik der Fachhochschule Frankfurt, 1982, insbes. S. 112 ff.

hender erklären, worin der Sinn seiner fast unbegrenzten Flexibilität und Konturenlosigkeit besteht. Ulrich K. Preuß hat den gegenwärtigen rechts- und gesellschaftspolitischen Stellenwert der Menschenwürde analysiert¹⁸ und näher bestimmt als Mittel, über das sich die staatliche Ordnungspolitik der rationalierten Zuteilung von Lebensgütern vollzieht. Als »Grundeinheit« (Preuß, a. a. O., S. 272) fungibler Wertsetzungen muß die Menschenwürde inhaltsleer bleiben. Das einzige, was sie garantiert, ist die staatliche Souveränität bei der »Bewertung von Interessen und Bedürfnissen« (ebda., S. 276) nach marktexternen Kriterien wie gesellschaftspolitischer Ruhe und Integration. Danach wäre der als »königliche« Norm gefeierte § I, II BSHG mit seiner Einführung der Menschenwürde in die Sozialhilfe in erster Linie als Eckstein variabler staatlicher Ordnungspolitiken im Rahmen staatlicher Globalsteuerung zu verstehen, nicht mehr als das, was die tradierte Konnotation der Menschenwürde nahelegt, als die Garantie nicht marktabhängigen (unveräußerlichen und unverlierbaren) Eigenwerts der Person.

Gegen Preuß sind Einwände erhoben worden.¹⁹ In der Sozialhilfe ließe sich seine Analyse jedoch ohne Einschränkung bestätigen, wie die unter dem Regime des Menschenwürdebegriffs unabstandet praktizierte administrative, gerichtliche und politische Verfügbarkeit des Rechtsanspruchs auf den Existenzmindestbedarf erweist. Auch S./T. stehen hier, nicht zuletzt aufgrund ihrer unbekümmerten Zustimmung zur dezisionistischen Position und ihrer Theorieskepsis, leider nicht für einen denkbaren Gegenentwurf.

Das Buch ist in seiner Leistung als umfassende Sammlung der wichtigsten rechtlichen und außerrechtlichen Fragen zur Sozialhilfe nicht zu unterschätzen. Daß es nicht über den vorfindlichen Stand hinausreicht, ist ihm als Lehrbuch nicht vorzuhalten. Weniger Vorbehalte gegen Theorien würden indes m. E. manche Akzentsetzung verändern und die Defizite der Sozialhilfe klarer hervortreten lassen, an denen das von den Autoren postulierte Forschungsprogramm anzusetzen hätte.

Günther Stahlmann

Heinz Wagner, Polizeirecht. Kritisch dargestellt am Berliner ASOG, am Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes und an der StPO, Berlin (Berlin-Verlag) 1982, broschiert, 177 S., DM 20,-.

Wer Polizeirecht heute lehrt oder lernt, sollte neben den Standardwerken des Polizeirechts vorzugsweise auch das Buch von Wagner verwenden, weil hier nicht nur institutionenkundliches Wissen vermittelt, sondern auch das herkömmliche polizeiliche Handeln am Verfassungsauftrag gemessen und problematisiert wird. Faktisch wird damit zugleich das polizeiliche Gebot der Verfassungstreue anhand des staatlichen Schutzauftrages der Verfassung operationalisiert; der angehende Polizeirechtspraktiker erfährt die unaufhebbare Antinomie polizeilicher Aufgabenstellung: Mit Hilfe von Grundrechtseingriffen die Grundrechte zu schützen. So werden z. B. polizeiliche Handlungen wie Razzien und Informationsweitergaben nicht lediglich unter dem Aspekt des «nach herrschender Meinung» (noch) Zulässigen beleuchtet, sondern auf ihre Rechtsqualität im Hinblick auf den Betroffenen und auf das verfassungskräftige Kompetenzgefüge untersucht. Mit anderen Worten: Nicht mehr das Erforderliche ist schlechthin zulässig (wie nach dem Pr. ALR von 1794), sondern das vom Gesetzgeber für den Gefahrenfall vorgesehene Arsenal an Befugnissen. Was Achterberg und Bull insoweit für das Allgemeine Verwaltungsrecht geleistet haben, könnte Wagner für das Allgemeine Polizeirecht werden: Eine kurzgefaßte rechtstheoretische Grundlegung im Rahmen unserer geschriebenen Verfassungsordnung. Daß auf diese Weise erhebliche Regelungsdefizite erkennbar werden, ist unvermeidlich und offensichtlich beabsichtigt. So weist Wagner z. B. auf ein »Definitionsmonopol« des »Verfassungsschutzministers« hin, das dem des »Ausländerministers« gleichen, der die »Belange« der Bundesrepublik Deutschland nach dem Ausländergesetz bestimmen soll. Ähnliches gilt für den Gefahrenbegriff des Polizeirechts, wenngleich das Netz der normierten Rechtsgüter wesentlich bessere und kontrollierbare Anknüpfungspunkte bietet. Für Wagner wird dieser »Fixpunkt« angesichts der Diskrepanz zwischen Aufgaben- und Befugniszuweisungen im Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes und im Berliner ASOG jedoch dann problematisch, wenn bestimmte Eingriffe – auch ohne sonst erforderliche Gefahrenlage – für

¹⁸ Ulrich K. Preuß, Die Internalisierung des Subjekts – Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts, 1979, S. 262 ff.

¹⁹ Siehe die Besprechung von Thomas Blanke, KJ 1981, S. 321–329.

zulässig erklärt sind, etwa die Feststellung und Sistierung des Nichtstörers. Insoweit ist die durch das Preußische OVG errungene und durch das Preußische Polizeiverwaltungsgesetz von 1931 normierte Grenzlinie zwischen staatlicher Eingriffsmacht und unbekilligter Bürgerfreiheit wieder überschritten.

Ähnlich bedenkenswert erscheint Wagner die Inanspruchnahme polizeilicher Befugnisse für Zwecke der Strafverfolgung. Die Versuche zur Schaffung polizeilicher »Parallelnormen« zur StPO und zur anschließenden »Harmonisierung« der StPO unterlaufen in gleicher Weise die Kompetenzzuweisungen der Verfassung (vgl. auch Lisken, ZRP 1980 S. 145 ff.). Hierauf weist Wagner ebenso hin wie auf die unzulängliche Beachtung des Richtervorbehaltes bei Freiheitsentziehungen gem. Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG durch die Polizei. Hier ist Wagner indes nicht konsequent, wenn er aus der Eingriffskompetenz des Richters die Vorführung des Betroffenen zum Zwecke seiner Anhörung gem. Art. 19 Abs. 4 und 103 GG ableitet (S. 169). Wenn dem so wäre, könnte – wie es die neueren Polizeigesetze (gegen BVerfGE 10, 302; 22, 311; BVerwG, NJW 1957, 922) wollen – auf die Richterentscheidung nach Wegfall des Festnahmegrundes mangels Vorführbarkeit verzichtet werden. Art. 104 GG will demgegenüber nicht nochmals den ohnehin nach Art. 19 Abs. 4 GG garantierten, fakultativen Rechtsschutz sichern, sondern die Eingriffsbefugnis schlechthin einem von der Exe-

tive verschiedenen Verfassungsorgan übertragen, das nicht weisungsgebunden ist. Dies sollte um so mehr beachtet werden, als Rechtsschutz nachträglich durchgängig – wegen angeblichen Wegfalls der Beschwer, so als ob eine Freiheitsentziehung ungeschehen gemacht werden könnte – versagt wird. Was eine andere Frage, nämlich die der »Aussagepflicht« vor der Polizei nach Polizeirecht anbetrifft, so verweist Wagner auf die vermeintliche frühere Rechtslage, besser auf die herrschende Meinung, ohne selbst ausdrücklich die Folgerung aus dem heutigen Regelungsdefizit zu ziehen. Auch beim Problem des tödlichen »Rettungsschusses« verzichtet er – wohl angesichts der uferlosen Diskussion – auf eine präzise Befugnisableitung aus dem Schutzanspruch gem. Art. 2 Abs. 2 GG (vgl. BVerfGE 39,1; 45, 187; 46, 160; 49, 89; 53, 30; 56, 54). Ähnlich ist es mit der »Observation«.

Es hieß indes, ein Kurzlehrbuch zu überfrachten, angesichts der Fülle polizeirechtlicher Probleme, die das Grundgesetz mit der Annahme vorstaatlicher Grundrechte und grundrechtsgleicher Verbürgungen aufgegeben hat, eine Auffaltung aller Detailfragen zu erwarten. Das Buch von Wagner trägt – ähnlich wie Riegels oder Scholler/Broß' Polizeirecht und zum Teil weitergehend – dazu bei, unsere »unerfüllte« Verfassung auf dem Gebiet des Polizeirechts im Sinne des Rechtsstaatsgebots zu aktualisieren.

Hans Lisken