

Dritter Beratungsgegenstand:

Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates

1. Bericht von Prof. Dr. *Peter J. Tettinger*, Köln

Inhalt

	Seite
I. Facetten des verwaltungsrechtlichen Tableaus sozialstaatlicher Aktivitäten	202
II. Ein Seitenblick auf sozialstaatliche Daseinsvorsorge: tradiertes Ensemble verwaltungsrechtlicher Instrumente in europäischer Neuausrichtung	204
1. Daseinsvorsorge im Sozialstaat	204
2. Zuordnung zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.	205
III. Instrumente des Sozial-Verwaltungsrechts	207
1. Rechtssystematische Vorbemerkungen	207
a) Separierungstendenzen des Sozialrechts	207
b) Sozialrecht als Sozial-Verwaltungsrecht	208
2. Bereichsspezifische Grundkoordinaten des Sozialleistungsrechts, namentlich in SGB I und X	210
a) Aufklärungs- und Beratungspflichten als dezidierte Signale der Servicefunktion der Sozial-Verwaltung	210
b) Individualisierungsdirektive	212
c) Konsequenzen eines rigiden Gesetzesvorbehalts	213
d) Verwaltungsverfahrenrechtliche Positionierungen im SGB X	214
IV. Notizen zum Sozial-Verwaltungsorganisationsrecht	216
1. Intransparenz der Verwaltungsstrukturen	217
2. Legitimationsbedarf für Sonderbehörden	217
3. Trend zu „Beauftragten“	218
4. Absicherung für Interessenrepräsentanz	218
5. Zur Leistungskraft von Arbeitsgemeinschaften	218
6. Zielvereinbarungen als Steuerungsinstrument	219
7. Außergerichtliche Streitbeilegung	219
V. Handlungsmaßstäbe der Sozial-Verwaltung – Impulse für Neuakzentuierungen mittels gesetzlicher Leitlinien	220

1. Trägervielfalt, Kooperationsgebot, Gesamtverantwortung und Gewährleistung als korrespondierende Leitprinzipien des Fürsorgesektors	220
2. Aktivierung der Bürger	222
a) Respektierung individueller Wunsch- und Wahlrechte der Leistungsberechtigten	222
b) Verstärkte Partizipation der Betroffenen	223
c) Kooperation in sozialen Netzwerken, insbesondere mit Selbsthilfegruppen	224
d) Stärkung des freiwilligen bürgerschaftlichen Engagements (historisch: der Ehrenamtlichkeit)	225
3. Staatliche Förderung zur Stärkung der Pluralität der Leistungserbringung	226
a) Förderung frei-gemeinnütziger Organisationen durch Subventionierung	227
b) Das Wirtschaftlichkeitsgebot – Impuls für zunehmende Wettbewerbsöffnung	228
4. Bemühung um mehr Rechtssicherheit nach extensiver multipler Kodifizierung durch materielle Rangzuweisungen sowie Abstufungen für Gemengelagen	229
VI. Perspektiven	230
1. Elemente eines Rechts der „guten Verwaltung“	230
2. Entbehrlichkeit eines theatralischen Rückgriffs auf sogenannte Großformeln	230

Ausweislich des Statistischen Jahrbuchs 2003 umfasste im Jahre 2000 das Sozialbudget in der Bundesrepublik Deutschland ein Leistungsvolumen in Höhe von mehr als 645 Milliarden (= 645 000 Millionen) € und damit etwa ein Drittel des Bruttoinlandsprodukts.¹ Bedenkt man, dass die jeweils massenhaft zugrunde liegenden individuellen Leistungsbewilligungen von einem bunten Kreis diverser Verwaltungsträger zu verantworten sind und nach wie vor der klassische Verwaltungsakt als zentrale Handlungsform der Sozial-Verwaltung figuriert,² so mutet es doch einigermaßen erstaunlich an, dass „Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht“ zuletzt vor 35 Jahren, 1969 in Bern, Gegenstand einer Staatsrechtslehrertagung waren;³ in der Folgezeit gelangten jeweils nur Teilaspekte eher am Rande mit in das Blickfeld.⁴ Ein Zeichen für zunehmenden Verlust der Bodenhaftung dieser Vereinigung?⁵ Zeitgeistbedingte Fehlsteuerung intellektueller Ressourcen?

¹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.) Statistisches Jahrbuch 2003, 470; s. auch die Zahlen bei *W. Schmähl* Ökonomische Grundlagen sozialer Sicherung, in: v. Maydell/Ruland (Hrsg.) Sozialrechtshandbuch (SRH), 3. Aufl. 2003, A. 4 Rn. 8 ff., und *F. Ruland* Sozialrecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2003, 7. Kap. Rn. 35. Aufgegliedert nach Institutionen ergaben sich dabei die größten Leistungsvolumina für die Träger der Sozialversicherung – darunter 267 Milliarden für Renten und Pensionen, 132 Milliarden für Leistungen der Krankenversicherung –, daneben, abgesehen von Sondersystemen sowie eigenen Leistungssystemen der Arbeitgeber und des öffentlichen Dienstes, immerhin noch mehr als 6 Milliarden in sozialen Entschädigungssystemen sowie innerhalb von speziellen Förder- und Fürsorgesystemen mehr als 25 Milliarden € für Sozialhilfe, 16 Milliarden für Jugendhilfe, mehr als vier Milliarden für Wohngeld und knapp eine Milliarde für Ausbildungsförderung. – Dem standen Finanzierungen aus Beiträgen von Versicherten (Arbeitnehmern und Selbständigen) und Arbeitgebern in Höhe von insgesamt gut 400 Milliarden €, ansonsten im Wesentlichen Zuweisungen aus öffentlichen Mitteln gegenüber.

² *S. I. Ebsen* Die Verwaltung 35 (2002), 239 (250); zuletzt *R. Pitschas* FS 50 Jahre BSG, 2004, 765 (779).

³ *S. W. Henke* und *W. Rübner* VVDStRL 28 (1970), 149 ff., 187 ff. – Seinerzeit zählte die Vereinigung übrigens noch weniger als 200 Mitglieder.

⁴ So etwa 1971 im Kontext der Dogmatik des Verwaltungsrechts, 1988 mit Gesetzgestaltung und -anwendung im Leistungsrecht oder 1996 bei gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung.

⁵ Im vorliegenden Kontext hatte übrigens bereits *W. Henke* (Fn. 3), 163, angeraten, sich nicht „in bodenlosen Grundrechts- und Wertspekulationen“ zu verlieren.

I. Facetten des verwaltungsrechtlichen Tableaus sozialstaatlicher Aktivitäten

Wem es aufgetragen ist, die verwaltungsrechtlichen Instrumente des Sozialstaates in den Blick zu nehmen, der sieht sich zunächst einmal mit einer ungeheuren Materialfülle aufgrund einer tiefgestaffelten „Imprägnierung“ der deutschen Rechtsordnung⁶ infolge einer im Laufe von mehr als fünf Jahrzehnten augenscheinlich kontinuierlich wachsenden Strahlkraft – aber auch Lianenbildung – dieses Staatsstrukturprinzips⁷ konfrontiert.⁸

Will man nun das spezifisch verwaltungsrechtliche Tableau des sozialstaatlichen Aktivitätsspektrums⁹ mit seinen makro- und mikroadministrativen Elementen identifizieren und kartieren, so empfiehlt sich in Orientierung an den einschlägigen Vorstrukturierungen *Zachers*¹⁰ folgendes Grobraster:

- Schaffung und Unterhaltung öffentlicher Einrichtungen der Daseinsvorsorge und sozialen Betreuung,
- Sicherung des allgemeinen Zugangs zu wesentlichen Gütern und Diensten (mit Versorgungspflicht, Preiskontrolle u.a.),

⁶ S. K. Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 21 III 3.

⁷ Zur Würdigung der „Wohlfahrtspflege“ in der Nachkriegszeit s. H. Peters Lehrbuch der Verwaltung, 1949, 425 ff. Schon E. Forsthoff Diskussionsbeitrag, VVDStRL 12 (1954), 126 (127), hatte sodann aber auf „die ungeheure Macht der Impulse“ hingewiesen, welche den Sozialstaat tragen und seine weitere Perfektion anstreben.

⁸ Neben den mit verfassungsrechtlichen Gattungsbegriffen – s. BVerfGE 75, 108 (146); 81, 156 (186); 88, 203 (329f.) – umschriebenen klassischen Kernbereichen der Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG), der Versorgung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 10 GG) und der öffentlichen Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) ist heutzutage ein breites Spektrum an gesetzlich strukturierten Aufgabenfeldern zu registrieren, wo sozialstaatliche Direktiven zur Entfaltung kommen, so bei der Ausgestaltung von Teilen des Privatrechts, des Arbeitsrechts, nahezu des gesamten Wirtschaftsrechts, in den Ausformungen eines sozialen Entschädigungsrechts, in einer ausgreifenden Leistungs- und Daseinsvorsorgeverwaltung, im Rahmen der Bildungspolitik (vgl. nur Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 GG: Ausbildungsbeihilfen) und der Familienförderung, damit insgesamt vor allem über Planung (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG: wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser), Leistungserbringung und -förderung forcierte Schaffung und kontinuierliche Vorhaltung einer sogenannten sozialen Infrastruktur.

⁹ Aufgrund demographischer Einsichten mit Blick auf die Nachwuchssicherung als neben der Alterssicherung gleichberechtigtes sozialstaatliches Ziel besonders akut ist dabei heutzutage die vorgenannte Familienförderung; so zuletzt F. X. Kaufmann Gibt es einen Generationenvertrag?, in: Jahres- und Tagungsbericht der Görres-Gesellschaft 2003, 69 (90). – Allgemein skeptisch gegenüber einer Verlagerung sozialrechtlich determinierter Zweckprogramme ins Steuerrecht D. Felix DVBl 2004, 1070 (1074 ff.).

¹⁰ Das soziale Staatsziel, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 36.

- Erbringung von Sozialleistungen (durch Träger der Sozialversicherung, der – hier nicht weiter verfolgten – Versorgung und der – hier verstärkt beleuchteten – öffentlichen Fürsorge),
- Förderung sozial bedeutsamer Leistungsangebote durch Private (freigemeinnützige Träger, ehrenamtliche Helfer, Selbsthilfegruppen),
- Aufsicht über adäquate, vorformulierten Standards entsprechende Wahrnehmung sozialer Aufgaben durch private Träger (Heimaufsicht, Jugendhilfe),
- Kompensation sozialer Nachteile durch Statuierung von Verpflichtungen Privater (etwa gegenüber Schwerbehinderten),
- Kompensation sozialer Ungleichheiten durch Gestaltung öffentlicher Abgaben (namentlich Beiträge und Gebühren),
- Verfahrensrechtliche Absicherungen für potentielle Leistungsempfänger (Auskunftsrechte, Informations- und Beratungspflichten, Betreuung),
- Ausgleich regionaler und sektorieller Nachteile durch Infrastrukturentwicklung.

In letzterer Hinsicht sei freilich vorsorglich vermerkt, dass ein derzeit beobachtbarer inflationärer Gebrauch der Formeln „Infrastruktur“ und „Infrastrukturrecht“¹¹ sich umgekehrt proportional zur Prägnanz und Leistungskraft der Begriffe verhält¹², was Zurückhaltung bei ihrer Verwendung geraten erscheinen lässt, soweit es nicht, wie hier, lediglich um Kartierungen zeitgerechter Grundausrüstung im Rahmen

¹¹ S. etwa G. Hermes Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998; C. Theobald NJW 2003, 324ff.; dazu bereits – mit guten Gründen distanziert – J.-C. Pielow Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, 628 ff.

¹² Schon wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Konturierungsversuche lassen breiteste Auffächerungen erkennen (s. K. Stern [Fn. 6], 892f. mwN); juristische Ansätze bewirken kaum eine stärkere Verdichtung, wo etwa der aktuelle Förderauftrag einer Landesbank u.a. neben „Maßnahmen rein sozialer Art“ (hierzu sollen ausweislich der amtlichen Begründung zum Gesetzentwurf soziale Infrastrukturmaßnahmen wie die Errichtung von Kindertagesstätten, Jugend- und Altenpflegeheimen gehören; vgl. BT-Drucks. 13/4578, 30) schlicht die Finanzierung von „Infrastrukturmaßnahmen“ einschließt (§ 3 Abs. 2 lit. e des Gesetzes über die Landesbank NRW vom 16. März 2004 [GVBl 126]; s. auch § 279a SGB III), sich angesichts terroristischer Bedrohungen die „innere Sicherheit“ bereits zur „Infrastruktursicherheit“ erweitert haben soll (so R. Pitschas Vom „neuen Rechtsstaat“: Freiheit in Sicherheit durch gesellschaftliche Verantwortungspartnerschaft für den inneren Frieden, in: ders./Stolzlechner [Hrsg.] Auf dem Weg in einen „neuen Rechtsstaat“, 2004, 95 [105]) und der EuGH (EuZW 2004, 94 – B. Schmitzer, Tz. 28) unlängst im Rahmen einer individuellen Beurteilung den vorübergehenden Charakter einer Berufstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat als Dienstleistung nicht bereits allein dadurch ausgeschlossen sah, dass dort eine bestimmte „Infrastruktur (einschließlich eines Büros, einer Praxis oder einer Kanzlei)“ vorgehalten wurde, soweit diese für die Erbringung der fraglichen Leistung erforderlich war.

einer bedarfsorientiert vorsorgenden Planung geht (vgl. § 99 SGB V: Bedarfsplan zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung, § 6 Abs. 1 KHG: Krankenhausplanung, § 80 SGB VIII: Jugendhilfeplanung).¹³

II. Ein Seitenblick auf sozialstaatliche Daseinsvorsorge: tradiertes Ensemble verwaltungsrechtlicher Instrumente in europäischer Neuausrichtung

Ein zunächst weitgehend am traditionellen Ensemble verwaltungsrechtlicher Organisations- und Handlungsformen ausgerichteter Komplex der Sozialstaatlichkeit hierzulande ist das weite Feld der Daseinsvorsorge, das namentlich von Kommunen mit für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen gepflegt wird (vgl. § 8 Abs. 1 GO NRW), die ja auch den öffentlichen Personennahverkehr, bei dem Schwerbehinderten ein unentgeltliches Beförderungsrecht eingeräumt ist (§ 145 SGB IX),¹⁴ den Gesundheitssektor mit dem Krankenhauswesen und eine vielgestaltige Wohlfahrtspflege mit Beratungsstellen, Altenpflege- und Jugendheimen sowie Kindertagesstätten (wie Kinderkrippen, Kindergärten, Horte) mitabdecken.¹⁵

1. Daseinsvorsorge im Sozialstaat

Nun wird in der Literatur eingewandt, bei Daseinsvorsorge und Sozialstaat handele es sich um zwei verschiedene, nur teilweise kongruente Konzeptionen, bei denen zum einen die allgemeine Teilhabe, zum anderen die Sorge um Sicherung gleicher Teilhabe sozial Schwächerer im Vordergrund stehe.¹⁶ Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass gerade die – sowohl im nationalen als auch im Gemeinschaftsrecht forcierte – Zielsetzung der Sicherung allgemeiner Teilhabe soziale Komponenten bevorzugt mit im Blick hat und ohnedies schon bei dem von *Forsthoff* zur Beschreibung öffentlicher Leistungsverwaltung in die Rechtswissenschaft

¹³ Vgl. *J. Ennuschat* Infrastrukturgewährleistung durch Privatisierung und Regulierung, Habil. Köln 2002, 27 ff.

¹⁴ Dazu plastisch OVG Niedersachsen, NdsVBl 2004, 129 f.

¹⁵ Vgl. *W. Riefner* Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, HStR III, 2. Aufl. 1996, § 80 Rn. 40 f., 43, 45. – Beispielhaft ist dies seit langem in Art. 57 Abs. 1 bayerische GO aufgelistet.

¹⁶ So etwa *H. F. Zacher* (Fn. 10), Rn. 64 ff.; s. auch *W. Riefner* (Fn. 15), Rn. 26.

apportierten Begriff der Daseinsvorsorge¹⁷ die soziale Grundausstattung kaum ausgeblendet werden konnte.¹⁸

Auf ordnungspolitisches, an fairem Wettbewerb orientiertes und so dann auch reges wirtschaftsrechtliches Interesse sind solche Betreuungsangebote stets dann gestoßen, wenn die betreffende kommunale Aktivität als wirtschaftliche Betätigung im Sinne der Vorschriften des Kommunalwirtschaftsrechts¹⁹ einzustufen ist. Dies kann aber selbst bei sozialen Betreuungsangeboten heutzutage keineswegs mehr von vornherein negiert werden.²⁰

2. Zuordnung zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Interessant sind vor diesem Hintergrund die von der Europäischen Kommission erarbeiteten Ansätze für eine übergreifende Kategorie der „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, die – anknüpfend an die in Art. 16 und 86 Abs. 2 EG sowie in Art. 36 der Grundrechte-Charta der EU und Art. III–6 (jetzt: Art. III–122) des Vertrages über eine Verfassung für Europa (VVE) verankerte und judikativ näher konturierte Begrifflichkeit der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ – als unerlässlich für die Erhaltung sozialer und territorialer Kohäsion angesehen werden²¹ und denen darum eine zentrale Rolle im Rahmen der Debatte um ein europäisches Gesellschaftsmodell zukommen soll,²² auch wenn es „in erster Linie Sache der zuständigen nationalen, regionalen und lokalen Behörden“ bleibe, „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu definieren, zu organisieren, zu finanzieren und zu kontrollieren.“²³ Im

¹⁷ Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938; Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, 1958. Dazu insbesondere *F. Ossenbühl* DÖV 1971, 514 ff.; *J.-C. Pielow* (Fn. 11), 353 ff.

¹⁸ S. etwa *E. Forsthoff* Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), 8 (19). Vgl. auch BSGE 36, 238 (239), und BGH, NJW 1982, 2117 (2120): gesundheitliche Daseinsvorsorge; dazu letzters *G. Britz* Die Verwaltung 37 (2004), 145 (145f. mit Fn. 4).

¹⁹ Vgl. § 107 Abs. 1 Satz 3 GO NRW: Betrieb von Unternehmen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte.

²⁰ Konsequenz insofern die Verneinung der Unternehmenseigenschaft iSv Art. 81 EG nur bei Verfolgung eines rein sozialen Zweckes in der Rechtsprechung des EuGH; s. zuletzt: GesR 2004, 190 – AOK-Bundesverband u.a., Tz. 47, 51, 56, 58.

²¹ So in Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2004) 374 endgültig, 6.

²² S. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch (Fn. 21), 4; Begriffsbestimmung ebenda, Anhang 1.

²³ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch (Fn. 21), 7.

Rahmen einer sogenannten offenen Koordinierungsmethode²⁴ sind als verwaltungsrechtliche Instrumente vorgesehen:

- eine regelmäßige mehrdimensionale Evaluierung (neben sozialen auch unter ökonomischen und ökologischen Aspekten, damit also an Nachhaltigkeit orientiert),
- ein Monitoring als ein System wiederholter Beobachtungen, Bilanzierungen, Trendbeschreibungen und Bewertungen,²⁵

während sektorspezifische Regulierungen²⁶ hier noch ausscheiden.

Also: Sozialstaatliche Daseinsvorsorge – ein tradiertes Ensemble verwaltungsrechtlicher Instrumente in europäischer Neuausrichtung.²⁷

²⁴ Vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung der Kommission, Modernisierung des Sozialschutzes für die Entwicklung einer hochwertigen, zugänglichen und zukunftsfähigen Gesundheitsversorgung und Langzeitpflege: Verstärkung der einzelstaatlichen Strategien durch die „offene Koordinierungsmethode“, KOM(2004) 304 endgültig.

²⁵ So § 9 Abs. 2 SGB III zu einem regionalen Arbeitsmarktmonitoring; vgl. auch § 18 Abs. 2 SGB II. Für zurückhaltenden Gebrauch des Instruments bei der Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie *P. J. Tettinger* Anmerkungen zur Regulierungsdebatte aus öffentlich-rechtlicher Sicht, in: Baur (Hrsg.) *Die Energiewirtschaft in der Regulierung*, 2004, 59 (60f.).

²⁶ Wie in den großen netzgebundenen Wirtschaftszweigen. In letzterer Hinsicht wird jedoch ausdrücklich konstatiert, dass sich die Erfordernisse bei Leistungen in den Bereichen Soziales und Gesundheit merklich von denen unterscheiden, wie sie auf die netzgebundenen Wirtschaftsbranchen zutreffen; so Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch (Fn. 21), 13. Immerhin bietet das dort beobachtbare Spektrum an Organisationsformen der Marktregulierung mit der Tendenz zur Herausbildung hochspezialisierter Sonderbehörden in Wahrnehmung verbleibender Überwachungsverantwortung (dazu *E. Schmid-Aßmann* *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, 243) Reaktionsmuster bei einem Übergang zu verstärkter Marktöffnung auch hier.

²⁷ Solche übergreifenden und zugleich differenzierten orchestralen Erwägungen zum europäischen Sozialraum bedürfen zum einen, wie unlängst zutreffend moniert wurde, strikter Beachtung gerade in vorsichtigen Vorgaben des Sekundärrechts zum Ausdruck kommender kompetentieller Restriktionen – s. *K. Hailbronner* NJW 2004, 2185 ff. –, sollten aber auch Anlass dafür sein, Überlegungen anzustellen, inwieweit in einem Mehrebenensystem an Landessitte orientiertes Liedgut zum Verhältnis von öffentlicher und privater Wirtschaft, namentlich eine weitere Aufrechterhaltung der rigiden Separierung von wirtschaftlichen und sogenannten nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten im Kommunalwirtschaftsrecht noch Sinn macht; ein Verzicht wie ansatzweise in Bayern erscheint konsequent.

III. Instrumente des Sozial-Verwaltungsrechts

1. *Rechtssystematische Vorbemerkungen*

Vor Detailüberlegungen zur bereichsspezifischen Nutzung des Instrumentariums des Verwaltungsrechts ist nüchtern zu konstatieren, dass von den Handlungsfeldern der Sozialverwaltung bislang nur eher schwache originäre Signale für die Weiterentwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts ausgegangen sind.²⁸

a) *Separierungstendenzen des Sozialrechts*

Der erste Eindruck ist eher der einer gewissen Eigenständigkeit und Abschottung der Materie „Sozialrecht“, wie sie seit den Kodifikationsansätzen ab den 70er Jahren gängigerweise in der einschlägigen fachwissenschaftlichen Literatur²⁹ (und so denn auch in Rechtstexten wie im Juristenausbildungsrecht und im Berufsrecht als Fachanwaltsbezeichnung³⁰) zum Ausdruck gekommen ist. Diesem intrajuristisch-interdisziplinären „Sozialrecht“³¹ widmen sich nunmehr, insbesondere infolge der engen Verknüpfung mit dem Arbeitsrecht, im Rahmen einer eigenen, hier sehr

²⁸ Dieses stützt sich zwar nicht mehr nur auf klassische Referenzgebiete wie Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht, sondern in den letzten Jahrzehnten waren durchaus spektrale Erweiterungen zu registrieren, so etwa Innovationsimpulse aus dem Umweltrecht oder dem Wirtschaftsverwaltungsrecht – mit den in hohem Maße sozial relevanten Dienstleistungen der Energieversorgung, des Bahnverkehrs, der Post und der Telekommunikation –. Sieht man aber einmal von diesen Komplexen der netzbasiereten Daseinsvorsorge ab, so konnte das Sozial-Verwaltungsrecht bislang keine übergreifende Wirkkraft entfalten. Bezeichnenderweise spricht so der einleitende Beitrag von *D. Ehlers* in dem von *H.-U. Erichsen* und *dem.* herausgegebenen Sammelband „Allgemeines Verwaltungsrecht“, der einer grundlegenden Positionsbestimmung von „Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat“ gewidmet ist, das Sozialstaatsprinzip nur in der letzten Randnummer mit einem Satz sowie einer Fußnote an und beschränkt sich auf die als Beispiel bemühte Aussage, das Sozialstaatsprinzip verpflichte die Verwaltung dazu, in Notfällen schnelle und unbürokratische Hilfe im Einzelfall zu leisten (12. Aufl. 2002, § 4 Rn. 25).

²⁹ Waren ursprünglich noch, namentlich von *W. Wertenbruch*, so in den ersten Auflagen des seinerzeit von *I. v. Münch* herausgegebenen Sammelbandes zum Besonderen Verwaltungsrecht (1. Aufl. 1969, 289 ff.; zuletzt 6. Aufl. 1982), Bearbeitungen zum „Sozialverwaltungsrecht“ vorgelegt worden, erfolgte dort seit der Übernahme durch *F. Ruland* (7. Aufl. 1985) terminologisch die Anpassung an den zwischenzeitlichen „Mainstream“.

³⁰ Vgl. § 43c BRAO iVm §§ 1, 11 FAO zum Fachanwalt für Sozialrecht.

³¹ Wenig plausibel die Kreation eines Rechtsgebietes „Sozialverwaltungsrecht“ mit einer „Schnittmenge an Rechtsregeln ... aus Sozialrecht ... und Allgemeinem Verwaltungsrecht“ als „übergreifende Materie aller Bereiche des Sozialstaates“ (!?) bei *G. Dörr/K. Francke* Sozialverwaltungsrecht, 2002, Rn. 17.

heterogenen „scientific community“ zunehmend nicht nur auch Vertreter der universitären Zivilrechtswissenschaft, sondern in gesteigertem Maße Fachhochschullehrer diverser Spezialausrichtung, Praktiker aus einzelnen Feldern und ambitionierte juristische Laien, dies mit nicht auszuschließenden Konsequenzen für die Stringenz fachdogmatischer Strukturierung. Zudem hielt die Wissenschaft beim Sozialstaat „mit erstaunlicher Hartnäckigkeit daran fest, seine Bühne nur punktuell auszuleuchten und vieles im Schatten, vieles im Dunkeln zu lassen.“³² Separierungstendenzen des Rechtsgebietes werden noch gefördert durch Trennung fachgerichtlicher Kontrollkompetenzen mit deutlichem Trend zunehmender systemwidriger Verlagerung in die – verbreitet als bürgerbetreuungsfreundlicher apostrophierte – Sozialgerichtsbarkeit.³³

b) *Sozialrecht als Sozial-Verwaltungsrecht*

Dieses Sozialrecht³⁴ führt inzwischen nach weitgehender Kodifizierung zentraler Handlungsfelder (der allgemeinen Grundsätze zu Leistungsarten und -trägern im SGB I, des Sozialverwaltungsverfahrens und des Sozialdatenschutzes im SGB X – sozusagen als „allgemeines Sozialverwaltungsrecht“³⁵ im Sinne eines vor die Klammer gezogenen bereichsspezifischen allgemeinen Teils³⁶ –, gemeinsamen Vorschriften für die

³² So *H. F. Zacher* Der deutsche Sozialstaat am Ende des Jahrhunderts, in: Leibfried/Wagschal (Hrsg.) Der deutsche Sozialstaat: Bilanzen – Reformen – Perspektiven, 2000, 53 (72).

³³ Bislang korrespondierte die Rechtswegzuordnung an Sozial- und Verwaltungsgerichte mit der Separierung der beitragsfinanzierten Leistungsblöcke der Sozialversicherung von den steuerfinanzierten der Wohlfahrtspflege (vgl. § 51 SGG). Im Anschluss an eine Systemdurchbrechung infolge Art. 38 des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das SGB vom 27. Dezember 2003 (BGBl I 3022) mit Einfügung einer Nr. 6a („in Angelegenheiten der Sozialhilfe“) auf der Grundlage einer – vom Verfahren her dubiosen; vgl. *A. Decker* NVwZ 2004, 826ff. – Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses (BT-Drucks. 15/2260, 7) wird den Ländern nunmehr eine Öffnungsklausel zur Zusammenlegung von Sozial-, Finanz- und Verwaltungsgerichten offeriert. Letztere Option bedingt sorgfältige Analysen (dazu statt vieler *E. Hien* DVBl 2004, 464ff.; *U. Ramsauer* NordÖR 2004, 147ff.); ein solcher Schritt sollte jedoch schon mit Blick auf Art. 95 GG nicht Land für Land unterschiedlich angegangen werden.

³⁴ Dass es als eine Materie des öffentlichen Rechts und hier ein spezielles Gebiet des Verwaltungsrechts anzusehen ist, wird freilich als Solches kaum in Frage gestellt; s. nur *B. v. Maydell* Zur Einführung: Das Sozialrecht und seine Stellung im Gesamtsystem unserer Wirtschafts- und Rechtsordnung, in: ders./Ruland (Hrsg.) Sozialrechtshandbuch (SRH), 3. Aufl. 2003, A. 1 Rn. 10.

³⁵ BSG, Breithaupt 2000, 1070 (1072): „Abweichend vom allgemeinen Sozialverwaltungsrecht des SGB X ...“.

³⁶ Vgl. *G. Igl* Sozialrechtslehre und Staats- und Verwaltungsrecht, SDSRV 47 (2000), 91 (92): das „Besondere allgemeine Verwaltungsrecht des Sozialrechts“. – In der Literatur ist

Sozialversicherung im SGB IV – gewissermaßen ein „Besonderer allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts“³⁷ –, Regelungen zu deren einzelnen Zweigen im SGB V, VI, VII und XI, Vorgaben zu Komplexen wie Grundsicherung für Arbeitsuchende im SGB II und Arbeitsförderung im SGB III, Kinder- und Jugendhilfe im SGB VIII, Hilfen für Behinderte im SGB IX und BGG sowie Sozialhilfe im SGB XII) mit in § 68 SGB I aufgelisteten besonderen Teilen eines besonderen Sozial-Verwaltungsrechts ein munteres bereichsorientiertes verwaltungsrechtliches Eigenleben, was in hohem Maße die früher durchaus gängige Rezeption übernahmgeeigneter Entwicklungslinien aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht³⁸ und vice versa erschwert. Eine Gegensteuerung erscheint hier wohl überfällig,³⁹ zumal schon vor mehr als zehn Jahren *Schmidt-Aßmann* eine ver-

insoweit von einer geradezu als beispielhaft herauszustellenden „Teilbereichsintegration“ die Rede dergestalt, dass auf einer Zwischenebene Kodifikationen erfolgt sind, welche ihrerseits eine Differenzierung zwischen allgemeinem Teil des Spezialgebietes und seinen besonderen Teilen (s. insoweit etwa § 68 SGB I) erlauben. Gegen das seit längerem praktizierte gesetzgeberische „Drei-Säulen-Konzept“ mit bewusst nebeneinandergestellten Verfahrensordnungen des VwVfG, des SGB X und der AO sei solange nichts einzuwenden, als dort „bereichsspezifische, auf einer mittleren Ebene aber doch verallgemeinerungsfähige Besonderheiten“ Berücksichtigung finden könnten – wie eben im Sozialrecht, wo „ein fördernd-fürsorglicher Ansatz im Interesse sozialstaatlicher Leistungserbringung“ im Vordergrund stehe –, ohne dass aber tragende „allgemein-verwaltungsrechtliche Konstruktionen“ wie der Verwaltungsaktsbegriff angetastet werden dürften (so *M. Schmidt-Preuß* FS Maurer, 2001, 777 [780]). Folgt man dieser Sichtweise – dezidiert ablehnend *W. Thieme* FS Zacher, 1998, 1101 (1114) –, so kommt es jeweils darauf an, inwieweit den beiden vorgenannten Anforderungen Rechnung getragen wird, was subtile Einzeluntersuchungen bedingt.

³⁷ So *G. Igl* (Fn. 36), 98.

³⁸ S. etwa die ältere Rechtsprechung des BSG zur Geltung von allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts in Materien des Sozialrechts: BSGE 18, 22 (28); BSG, DVBl 1962, 249 (250); vgl. auch *W. Henke* (Fn. 3), 158.

³⁹ Waren in Ansehung des Steuerrechts in der Frühzeit der Vereinigung wenigstens noch zaghafte Versuche, verbliebene Verbindungslinien zu stärken, unternommen worden (VVDStRL 3 [1927] mit Referaten von *A. Hensel* und *O. Bühler*; daran hatte *W. Henke* 1969 mit Blick auf die Lehre vom Steuerverhältnis angeknüpft, [Fn. 3], 156), so unterblieb dies hier merkwürdigerweise völlig, obwohl bereits etwa die Referate zu Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats aus dem Jahre 1953 hinreichende Anknüpfungspunkte boten, als *E. Forsthoff* herausgestellt hatte, nicht im Bereich der Verfassung, sondern der Verwaltung habe der Sozialstaat Eingang in die Wissenschaft vom öffentlichen Recht gefunden, und dabei vor allem auf die leistende Verwaltung der modernen Daseinsvorsorge verwiesen hatte ([Fn. 18], 13 f.; s. auch *G. Dürig* JZ 1953, 193 ff.) und als *O. Bachof* – nach Bekundung lebhaften Unbehagens an der Weite des Themas – sich einer Behandlung „dem Sozialstaatsprinzip besonders stark verhafteter Teilgebiete des besonderen Verwaltungsrechts“ wie des Preisrechts und des Sozialversicherungsrechts versagt hatte (VVDStRL 12 [1954], 37 [48 ff.]).

stärkte Berücksichtigung dieses spezifischen „Verwaltungsrechts der Kommunikation in Verhältnissen hoher personaler Intensität“ angemahnt hat.⁴⁰

2. *Bereichsspezifische Grundkoordinaten des Sozialleistungsrechts, namentlich in SGB I und X*

Angesichts dieses mehrere Bücher umfassenden Sozialgesetzbuches liegt es schon von der Auslegungsmethodik her nahe, dass die dort, namentlich in SGB I und X, verankerten bereichsspezifischen Grundkoordinaten des Sozialleistungsrechts mit den ein ständiges Spannungsverhältnis signalisierenden Basisprinzipien der Selbstverantwortung und der Solidarität mittels der in § 11 Abs. 1 SGB I benannten Leistungsarten (Dienst-, Sach- und Geldleistungen) ein zunehmendes Eigenleben entfalten und nicht zuletzt auf der Basis eines extensiven Gesetzesvorbehalts (§ 31 SGB I), der übergreifenden Zielorientierungsmarke der „Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit“ (§ 1 Abs. 1 SGB I), der ausdrücklichen Direktive einer möglichst weitgehenden Verwirklichung der dort verankerten sozialen Rechte (§ 2 Abs. 2 SGB I) und der Anknüpfung an die spezifischen Verhältnisse des Leistungsempfängers (§ 33 SGB I) den Rückgriff auf Vorschriften und Grundsätze des Allgemeinen Verwaltungsrechts vermehrt als verzichtbar erscheinen ließen. Vor diesem Hintergrund kann denn auch die Beobachtung nicht überraschen, dass ein solcher Rückgriff bei neu auftretenden Streitfragen kaum mehr propagiert wird.⁴¹

a) *Aufklärungs- und Beratungspflichten als dezidierte Signale der Servicefunktion der Sozial-Verwaltung*

Der besondere Dienstleistungscharakter der Sozial-Verwaltung, ihre ausgeprägte Servicefunktion namentlich zugunsten des in den komplizierten Sozialrechtsfragen oft unbeholfenen Bürgers, kommt anschaulich in den umfänglichen Aufklärungs-, Beratungs- und Auskunftspflichten der zuständigen Leistungsträger (§§ 13–15, 16 Abs. 3 SGB I) zum Ausdruck, wie sie in dieser Ausführlichkeit im Verwaltungsverfahrensgesetz nicht vorfindbar sind. Dieser günstigen Position des potentiellen Leis-

⁴⁰ Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformansatz und Reformbedarf, in: Hoffmann-Riem/ders./Schuppert (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, 11 (31 f.).

⁴¹ *G. Igl* (Fn. 36), 92, sieht für das Sozialrecht die Frage der Verbindung zum „Allgemeinen allgemeinen Verwaltungsrecht“ heute nicht „auf der dogmatischen und methodischen Tagesordnung“.

tungsberechtigten korrespondieren freilich im Sozialrechtsverhältnis verstärkte, allerdings noch steigerungsfähige Mitwirkungsobliegenheiten.⁴²

Wahrnehmung von Beratungsaufgaben heißt bei phasenorientierter Betrachtung in einer ersten Stufe zunächst Aufklärung als Information über die verfügbaren Serviceangebote, etwa mittels Anzeigekampagne oder Beratungshotline; so werden Renteninformation und -auskunft in § 109 SGB VI ausdrücklich den „Serviceleistungen“ zugerechnet.

Die zweite Stufe bildet sodann als „sozialbetreuendes Verwaltungshandeln“⁴³ die eigentliche Sachberatung in dem betreffenden Fachkomplex, ein breites Spektrum mit Aktivitäten von der allgemeinen Gesundheitsüber die Patientenberatung⁴⁴ und die Suchtberatung⁴⁵ bis hin zur Schuldnerberatung.⁴⁶ Der Leitgedanke der Trägervielfalt erfordert angesichts beträchtlicher Wertungsdivergenzen in einer pluralistischen Gesellschaft das Verfügbarmachen alternativer Wahlmöglichkeiten, etwa bei der Schwangerschaftskonfliktberatung.

Als dritte Stufe im bürgerorientiert kommunikativ angelegten Verfahrensgang⁴⁷ fungiert dann gegebenenfalls noch die Erbringung der jeweiligen Hilfeleistung selbst, auf die man sich in der Beratung als empfehlenswert verständigt hat, etwa die Inanspruchnahme des Behandlungsangebots einer Suchtfachklinik.

⁴² Hierzu gehören Angaben von Tatsachen, persönliches Erscheinen sowie die Bereitschaft, sich Untersuchungen und Heilbehandlungen zu unterziehen (vgl. im Einzelnen §§ 60–67 SGB I). – Zur zurückhaltenden Rezeption der Lehren vom Verwaltungsrechtsverhältnis in der Verwaltungsrechtsdogmatik *H. Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2004, § 8 Rn. 24f.

⁴³ *E. Schmidt-Aßmann* (Fn. 40), 62.

⁴⁴ Hier mit Förderungspflicht der Spitzenverbände der Krankenkassen gemäß § 65b SGB V.

⁴⁵ Glücksspielsucht ist inzwischen als eigenständiges Krankheitsbild anerkannt. Von ihr sind allein in NRW etwa 30000 Personen (mit ihren Familien) betroffen, was in der Literatur zum Glücksspielrecht von manchem Protagonisten einer Marktöffnung völlig verkannt wird; s. dazu *P. J. Tettinger/J. Ennuschat* Grundstrukturen des deutschen Lotterierechts, 1999, 6ff., 21ff.

⁴⁶ Sie hilft dem Einzelnen, über seinen Finanzstatus und sich bietende Perspektiven Klarheit zu gewinnen, bringt aber letztlich auch Einsparungen bei der Sozialhilfe mit sich und wird etwa von Organisationen wie dem Sozialdienst Katholischer Männer (SKM) angeboten. Die Sparkassen haben inzwischen zur Finanzierung von Beratungsdiensten in Verbraucher- oder Schuldnerberatungsstellen beizutragen; vgl. § 3 Abs. 2 S. 3 SpkG NRW.

⁴⁷ Dazu *B. Jährling-Rahnefeld* VSSR 2003, 293 (295f.).

Diese – normativ (etwa in § 22 SGB IX) fundiert über Beratungsaufgaben hinausreichende – prononcierte Serviceorientierung der Sozial-Verwaltung⁴⁸ bedingt ein durchgängig wirksames Qualitätsmanagement⁴⁹ mit Kundenbefragungen sowie einem Controlling als Basis für gegebenenfalls nötige gezielte Umstrukturierungen zur verstärkten Implementierung akzentuierter Leitideen.

Sie bietet zugleich aber auch einen geeigneten Ausgangspunkt für eine konsequente Einbeziehung der Serviceinteressen der die Leistungen in Anspruch nehmenden Bürger in Gestalt entsprechender Entgeltforderungen (Erhebung von Teilnehmerbeiträgen, Heranziehung zu den Kosten; vgl. §§ 90, 91 SGB VIII).⁵⁰ Schließlich ist die kinderzahl- und einkommensorientierte soziale Staffelung von Kindergartengebühren anerkannt,⁵¹ solange Ermäßigungen für Bedürftige nicht im Wege tariflicher Umverteilung zu Lasten Besserverdienender gehen, sondern aus öffentlichen Haushaltsmitteln bestritten werden.⁵²

b) *Individualisierungsdirektive*

Innerhalb der gemeinsamen Vorschriften für alle Sozialleistungsbereiche dieses Gesetzbuches findet sich neben der besonderen Abschirmung des Sozialgeheimnisses (vgl. § 35 SGB I)⁵³ in § 33 S. 1 SGB I die allgemeine Individualisierungsdirektive, dass bei der Ausgestaltung von Rechten und Pflichten grundsätzlich die persönlichen Verhältnisse des betreffenden Bürgers, sein Bedarf und seine Leistungsfähigkeit sowie die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen sind,⁵⁴ was allerdings einer Zunahme von sowohl der Verwaltungsvereinfachung als auch der Kalkulierbarkeit seitens des Bürgers dienlichen Pauschalierungen, etwa durch Regelsätze (vgl. §§ 28, 39 SGB XII), nicht entgegensteht. Ergänzend ist vorgegeben, dass den individuellen Wünschen entsprochen werden soll, soweit sie angemessen sind (§ 33 S. 2 SGB I), eine Leitlinie, die in einer verstärkt auf die Wahrnehmung von Bürgerinteressen ein-

⁴⁸ S. namentlich *R. Pitschas* BayVBl 2000, 97 ff.

⁴⁹ Vgl. § 20 SGB IX; s. allgemein *G. Igl* FS Zacher, 1998, 281 (290).

⁵⁰ Zu allfälligen Abgrenzungsfragen zuletzt plastisch VG Düsseldorf, NWVBl 2004, 33.

⁵¹ Vgl. BVerfGE 97, 332; BVerwG, NJW 2000, 1129.

⁵² Dazu näher *V. Schumacher* Rechtsfragen der sozialen Bemessung von kommunalen Gebühren, 2003.

⁵³ Vgl. insoweit auch das dem Sozialdatenschutz geltende Zweite Kapitel im SGB X (§§ 67 ff.). Des Weiteren finden sich noch bereichsspezifische Modifikationen und Verstärkungen etwa in §§ 61 ff. SGB VIII.

⁵⁴ Dazu *W. Rißner* Sozialhilferecht, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 2000, § 28 Rn. 30 ff.

zuschwörenden Verwaltung gewiss auch außerhalb des Sozialleistungsrechts stärkere Berücksichtigung verdient. Schließlich wird die Verwaltung über § 9 SGB X wie § 10 VwVfG durch die Verpflichtung, Verwaltungsverfahren⁵⁵ einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen,⁵⁶ bereits auf Verfahrenseffizienz und damit inzwischen auf Postulate wie Bürgernähe, Dialog- und Konsensbereitschaft eingeschworen.⁵⁷ Für das moderne Verwaltungsrecht, das auch eines „Verfahrensrechts des realen Leistungsgeschehens“ bedarf,⁵⁸ sind schließlich übergreifende Handlungsmaßstäbe weit mehr bedeutsam als Handlungsformen.⁵⁹ Auch binnenorganisatorische Folgerungen können sich aus ihnen ergeben, wie hier Einrichtung themenbezogener Arbeitsstäbe und verstärkte Teamarbeit. Dass auch am Ende eines interaktiv-bürgerorientierten Verwaltungsverfahrens nach wie vor meist ein einseitig verantworteter Verwaltungsakt steht, ist mit Blick auf dessen Rechtsschutz- und Stabilisierungsfunktion wie auf seine Disziplinierungswirkung so schlecht nicht.⁶⁰

c) *Konsequenzen eines rigiden Gesetzesvorbehalts*

Nicht zuletzt der rigide Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I hat zweifelhafte edukatorische Wirkungen dahingehend entfaltet, dass das Sozialrecht heutiger Prägung extrem dicht normativ durchstrukturiert ist und tatbestandliche Leistungsvoraussetzungen wie leitende Ermessenserwägungen durchweg in komplexen Listen zu erfassen sucht. So finden sich opulente Handlungs- und Kontrollvorgaben, etwa in der Benen-

⁵⁵ Ihrer Charakterisierung als „dienendes Verfahren“, dem kein „Wert an sich“ zukomme, sondern das zum Erlass materiell rechtmäßiger und zweckmäßiger Entscheidungen beitragen solle, hat BVerfGE 105, 48 (60f.), nicht widersprochen.

⁵⁶ Hierbei handelt es sich nicht lediglich um einen Programmsatz (so aber *M. v. Wulfen* in: ders. [Hrsg.] SGB X, Kommentar, 4. Aufl. 2001, § 9 Rn. 7), sondern um unmittelbar anwendbares Recht (s. *P. Stelkens/H. Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hrsg.] VwVfG, Kommentar, 6. Aufl. 2001, § 10 Rn. 21).

⁵⁷ Vgl. *R. Pitschas* FS 50 Jahre BSG, 2004, 765 (767f.); *B. Jährling-Rahnefeld* (Fn. 47), 304; *P. Stelkens/H. Schmitz* (Fn. 56), Rn. 28. S. auch bereits *H. Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 150f., 156; Bundesregierung, *Moderne Staat – Moderne Verwaltung*, 1999, 2f.

⁵⁸ *E. Schmidt-Aßmann* (Fn. 40), 33; *M. Wallerath* Bedürfen künftig marktförmiges und wettbewerbsorientiertes Handeln und Verfahren der Sozialverwaltung und -versicherung neuer Formen und gerichtsfreier Spielräume?, in: Blümel/Pitschas (Hrsg.) Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß im Wandel der Staatsfunktionen, 1997, 219 (221).

⁵⁹ S. insbesondere *K.-J. Bieback* Effizienzanforderungen an das sozialstaatliche Leistungsrecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 127 (163).

⁶⁰ Ebenso *E. Schmidt-Aßmann* (Fn. 40), 60; *B. Jährling-Rahnefeld* (Fn. 47), 306.

nung von Bedarfen, Zumutbarkeitskriterien⁶¹ und Leistungseingrenzungen (vgl. § 9 Abs. 2 SGB XII: unverhältnismäßige Mehrkosten), auf deren normative Auffächerungen, ergänzende judikative Verdichtungen und filigrane administrative Spezifizierungen aber kaum auf anderen Feldern der leistenden Verwaltung mit Gewinn zurückgegriffen werden kann. Solches würde man sich freilich auch für Konturierungen von Rezeptionsklauseln wie dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse (§ 2 Abs. 1 SGB V) wünschen, wären sie nur konsequent zur Verwendung gekommen, was jedoch gerade nicht der Fall ist.⁶²

d) Verwaltungsverfahrenrechtliche Positionierungen im SGB X

Die im Ersten Kapitel des SGB X (§§ 1–66) aus dem Jahre 1980 vorfindbaren Bestimmungen zum Sozialverwaltungsverfahren sind weitestgehend inhaltsgleich mit den Vorgaben in den Teilen I bis IV und VI des VwVfG aus dem Jahre 1977. Bei späteren Änderungen des VwVfG erfolgten durchweg Anpassungen im SGB X.⁶³

- aa)* Als sozialverwaltungsverfahrenrechtliche Besonderheiten wurden unlängst drei Themenfelder registriert, und zwar
- zum Ersten die schon im SGB I zum Ausdruck kommende spezifische Dogmatik von Beratungs- und Betreuungspflichten,
 - zum Zweiten eine eingeschränkte Rücknehmbarkeit rechtswidriger Leistungsbescheide (vgl. § 45 SGB X) sowie eine deutliche Relati-

⁶¹ Vgl. insoweit § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I, § 10 SGB II und § 1 des Gesetzes zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen vom 21. August 1995 (BGBl I 1050), dessen Zumutbarkeitsschwellen in der Praxis freilich augenscheinlich weithin ignoriert wurden; vgl. *S. Rehder/V. Blasel* Lebensforum 2003, 4ff.

⁶² S. zur Verpflichtung zur Qualitätssicherung § 135a Abs. 1 S. 2 SGB V: „Die Leistungen müssen dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse entsprechen ...“, sowie für strukturierte Behandlungsprogramme bei chronischen Krankheiten § 137f Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB V: „Behandlung nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft unter Berücksichtigung von evidenzbasierten Leitlinien“ oder für die sogenannte integrierte Versorgung § 140b Abs. 3 SGB V: „entsprechend dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse und des medizinischen Fortschritts“. – Die für eine Übernahme von Krankenhauskosten in einem anderen Mitgliedstaat vorausgesetzte „Üblichkeit“ der Heilbehandlung wird vom EuGH, Slg. 2001, I-5509 – Smits und Peerbooms, Tz. 97 und Leitsatz, daran geknüpft, dass die betreffende Behandlung „in der internationalen Medizin hinreichend erprobt und anerkannt“ ist.

⁶³ Vgl. *P. Stelkens/M. Sachs* in: dies./Bonk (Hrsg.) VwVfG, Kommentar, 6. Aufl. 2001, Einleitung Rn. 77.

vierung der Bestandskraft von Ablehnungsbescheiden (über § 44 SGB X),⁶⁴

- zum Dritten die Anpassung von Sozialleistungsbescheiden an zwischenzeitlich veränderte Umstände, ein Spezialthema aus dem Komplex der Verwaltungsakte mit Dauerwirkung (vgl. § 48 SGB X).⁶⁵

Mit der Entwicklung der speziellen Rechtsfigur des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs⁶⁶ in Abkoppelung von den Anspruchsvoraussetzungen der Amtshaftung gelang es der Rechtsprechung der Sozialgerichte zudem, eine Verletzung der Beratungs- und Unterstützungsverpflichtung von Sozialleistungsträgern schärfer zu sanktionieren, wobei sich freilich in systematischer Hinsicht um so drängender die Frage nach flächendeckender Anwendung auf allen Feldern des Sozialrechts und außerhalb stellt.⁶⁷

bb) Zu administrativen Handlungsformen nur Stichworte:

- Häufiger zu registrieren ist der feststellende Verwaltungsakt, mit dem das Vorliegen von Förderungsvoraussetzungen verbindlich bekundet wird.⁶⁸
- Mit Hilfe der Rechtsfigur der Allgemeinverfügung hat das BVerfG elegant gerade hier häufig schwierige Legitimationsfragen administrativer Normsetzung umschifft.⁶⁹

⁶⁴ Zu § 45 s. BVerfGE 105, 48 (57f.); zur Nichtanwendbarkeit des § 44 auf das Leistungsrecht des BSHG letzters BVerwG, DÖV 2004, 793 (793f.)

⁶⁵ I. Ebsen (Fn. 2), 241 ff. Die Analyse der Rechtsprechung zu den Auskunfts- und Betreuungspflichten der Sozialleistungsträger und den Konsequenzen aus der Verletzung solcher Pflichten ergab, dass auch ohne gezieltes Auskunftsverlangen Hinweise auf naheliegende Gestaltungsmöglichkeiten zu erteilen sind, dass der Intensitätsgrad solcher Verpflichtungen freilich – in angemessener Würdigung der Verhältnisse in einer Massenverwaltung – nicht übersteigert worden ist, etwa im Sinne einer fallorientiert kontinuierlichen behördlichen Situationskontrollpflicht oder einer durchgängigen Beobachtung und „Pflege“ auch seit längerem ruhender Sozialrechtsverhältnisse; vgl. ebenda, 245f. – Inwieweit beim zweiten und dritten Komplex Fehlentwicklungen zu registrieren sind, welche der Korrektur bedürfen, ist eine (verwaltungs-)rechtspolitische Frage; s. etwa W. Meyer FS Krasney, 1997, 319 ff.

⁶⁶ Vgl. BSGE 32, 60; 49, 76 (77ff.); 79, 159 (165ff.); dazu statt vieler R. Schmidt-De Caluwe Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, 1992.

⁶⁷ Ablehnend aus der Perspektive des allgemeinen Verwaltungsrechts BVerwGE 79, 192 (194); zum Wohngeldrecht BVerwG, NJW 1997, 2966 (2966f.), und zu Leistungen nach dem Unterhaltszuschussgesetz OVG Nordrhein-Westfalen, NWVBl 2000, 99; dazu G. Igl (Fn. 36), 104.

⁶⁸ S. etwa BVerwG, NJW 1997, 2766, zu § 23 Abs. 3 S. 2 SGB VIII.

⁶⁹ BVerfGE 106, 275 (307), zur Festbetragsfestsetzung für Arznei- und Hilfsmittel; s. zu diesem streitigen Komplex insbesondere P. Axer Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000.

- Eine Flexibilität ermöglichende Fortentwicklung aus der Vorkehrung in § 43 SGB I, vorläufige Leistungen zu erbringen, um zu verhindern, dass behördliches Kompetenzgerangel auf dem Rücken eines Sozialleistungsberechtigten ausgetragen wird, bilden einstweilige Leistungsbewilligungen.⁷⁰
- Soweit Plänen als verwaltungsrechtlicher Handlungsform vorbereitender Interessenaufbereitung⁷¹ keine unmittelbare Außenwirkung zukommt, sie aber – wie bei Krankenhausplänen (vgl. §§ 8 ff. KHG) – die Basis für spätere (Investitions-)Förderung bilden, ist bei präjudizierenden Entscheidungen über eine Aufnahme in den Plan aus Gründen effektiven Rechtsschutzes eine Konkurrentenklage zuzulassen.⁷²

IV. Notizen zum Sozial-Verwaltungsorganisationsrecht

Die beiden großen Blöcke des Sozialrechts, einerseits die körperschaftlich strukturierten Versicherungssysteme (vgl. Art. 87 Abs. 2 GG, § 29 Abs. 1 SGB IV) und andererseits die in Obhut von Staats- und Kommunalverwaltung gegebenen steuerfinanzierten Fürsorgesysteme, weisen höchst unterschiedliche Organisationsstrukturen auf, was allein schon übergreifende Analysen erschwert.⁷³ Hinzu kommt eine primär verfassungsrechtliche Fundierung zentraler Fragestellungen zum Organisationsrecht namentlich der Sozialversicherungsträger.⁷⁴ So seien im Folgenden nur punktuell Randnotizen mit verwaltungsorganisationsrechtlichen Akzentuierungen präsentiert.

⁷⁰ S. §§ 11, 24 Abs. 2 BAföG; dazu BVerwG, FamRZ 1986, 299 (300); vgl. auch § 328 SGB III; allgemein C. Brünig *Einstweilige Verwaltungsführung*, 2003. – Zur Rechtsfigur des vorläufigen Verwaltungsaktes BVerwGE 67, 99; OVG Nordrhein-Westfalen, NVwZ 1991, 588 (588f.); vgl. auch BSGE 89, 90, zur nachträglichen Korrektur kassenärztlicher Honorarbescheide.

⁷¹ So E. Schmidt-Aßmann (Fn. 40), 60.

⁷² So jetzt BVerfG, GewArch 2004, 296 (296f.).

⁷³ S. immerhin R. Pitschas *Organisationsrecht als Steuerungsressource in der Sozialverwaltung*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, 151 ff., unter Hinweis auf Vorstellungen eines „Neuen Steuerungsmodells“.

⁷⁴ Wie: Hinreichendes demokratisches Legitimationsniveau der sogenannten Gemeinsamen Selbstverwaltung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung oder des Verwaltungsrates der Bundesagentur für Arbeit? Normativkraft generalisierender Festlegungen?

1. *Intransparenz der Verwaltungsstrukturen*

Der im Sozialrecht vielbeklagte „Schleier der Intransparenz“⁷⁵ bezieht sich nicht allein auf Leistungs-⁷⁶, sondern allzu oft auch auf Verwaltungsstrukturen, insbesondere in der Sozialversicherung, mittelbarer Staatsverwaltung, die unter dem Fehllassoziationen fördernden Signum sogenannter sozialer Selbstverwaltung wahrgenommen wird.⁷⁷ Der für funktionale Selbstverwaltung eigentlich vorauszusetzende homogene Kreis von Mitgliedern ist hier oft kaum mehr erkennbar.⁷⁸ Ein „institutionelles Defizit“ besteht in der Gesamtschau nicht,⁷⁹ im Gegenteil: Transparenz und Bürgernähe verlangen nach massiver Strukturreform, die diesen Namen verdient, und Deregulierung.

2. *Legitimationsbedarf für Sonderbehörden*

Auf einem so komplexen wie finanzwirksamen Leistungssektor ist die Inkorporierung von hochspezialisiertem Sachverstand in Sonderbehörden wie dem Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation und Information⁸⁰ oder Kollegialorganen unumgänglich, ohne dass diese freilich Legitimationsdefiziten ausgesetzt werden darf, was zum einen klare aufgaben- und befugnisbezogene Eingrenzungen, zum anderen Absicherungen der Neutralität und Ausgewogenheit der Beratung⁸¹ bedingt. Neue gesetzliche Verselbständigungen wie die Gründung eines Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (§§ 139a, 139b SGB V) müssen dem Rechnung tragen.

⁷⁵ Dazu etwa *H. F. Zacher* FS Zeidler, Bd. I, 1987, 571 (594f.).

⁷⁶ Freimütig *O. v. Nell-Breuning* Soziale Sicherheit?, 1979, 87: „das Ganze ist so undurchsichtig, dass nur noch wer die ganze Entstehungsgeschichte mitgemacht hat und in alle politischen und technischen Hintergründe Einblick hat, die Tragweite der verschiedenen Bestimmungen und ihr Ineinandergreifen durchschaut.“

⁷⁷ So schon *W. Rißner* (Fn. 3), 194f.; vorher bereits *U. Scheuner* DÖV 1952, 609 (613).

⁷⁸ Bezeichnend der wohl eher abschreckend gemeinte Hinweis bei *W. Henke* (Fn. 3), 156, dass sich eigentlich die Versorgung mit Lebensmitteln oder Energie ebenso organisieren ließe wie die der Sozialversicherten mit ärztlichen Leistungen. Selbst bei einer „Arbeitnehmerbank“ – vgl. zur paritätischen Zusammensetzung der Selbstverwaltungsorgane § 44 SGB IV – kann im Übrigen heutzutage von akzeptierter Ausformung gewerkschaftlicher Einflussnahme keine Rede mehr sein.

⁷⁹ So aber *H. F. Zacher* 40 Jahre Sozialstaat. Schwerpunkte der rechtlichen Ordnung, in: Blüm/ders. (Hrsg.) 40 Jahre Sozialstaat Bundesrepublik Deutschland, 1989, 19 (127).

⁸⁰ S. zu diesem Komplex *S. Rixen* Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, Habil. Köln 2004 (Typoskript), 417f.

⁸¹ Dazu *E. Schmidt-Aßmann* NJW 2004, 1689 (1692): Konsistenzgebot. S. auch allgemein *A. Nußberger* AöR 129 (2004), 282ff.

3. *Trend zu „Beauftragten“*

Zu beobachten ist ein deutlicher Trend zur Rechtsfigur des „Beauftragten“ (vgl. den Patientenbeauftragten gemäß § 140h SGB V⁸² sowie den Behindertenbeauftragten gemäß § 15 Abs. 2 BGG). Ob diese Praxis hinsichtlich der Zielerreichung – ressortübergreifende Forcierung eines speziellen Anliegens – eine positive Evaluation erfahren würde oder ob der Einsatz dieser schillernden Rechtsfigur nicht eher Bürokratie, Blockade und Intransparenz der Verantwortlichkeiten fördert, sei hier nur als Frage formuliert.

4. *Absicherung für Interessenrepräsentanz*

Die – noch zu beleuchtende – Anerkennung einer Trägervielfalt in den Fürsorgesektoren bedingt enge Kooperation (so deutlich §§ 86, 95 SGB II) und lässt organisationsrechtliche Absicherungen der Interessenrepräsentanz in einer Clearingstelle,⁸³ wie dies in Gestalt eines Jugendhilfeausschusses als bundesrechtlich statuiertes beschließendes Kommunalorgan (vgl. §§ 70, 71 SGB VIII) Tradition ist,⁸⁴ als im Ansatz modellhaft erscheinen.⁸⁵

5. *Zur Leistungskraft von Arbeitsgemeinschaften*

Bereits in § 94 SGB X registriert und mehrfach appliziert,⁸⁶ sind Arbeitsgemeinschaften ein in Ausgestaltung und Organisation flexibles, aus der kommunalen Gemeinschaftsarbeit bekanntes Kooperationsinstrument – speziell für Behinderte stehen gemeinsame örtliche Servicestellen

⁸² Zu ihm S. *Rixen* (Fn. 80), 709: institutionelles Placebo in einem symbolischen Sozialrecht.

⁸³ Dazu R. *Pitschas* Strukturen und Verfahrensweisen des Jugendamtes im kooperativen Rechts- und Sozialstaat, in: Sachverständigenkommission 11. Kinder- und Jugendbericht (Hrsg.) Band 1: Strukturen der Kinder- und Jugendhilfe, 2002, 163 (224); ferner bereits H.-H. *Trute* Wechselseitige Verzahnungen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 167 (211).

⁸⁴ Dazu BVerwG, DVBl 1995, 690 (690ff.); OVG Nordrhein-Westfalen, NWVBl 2004, 433.

⁸⁵ Vgl. R. *Pitschas* (Fn.73), 181; R. *Wegener* Staat und Verbände im Sachbereich Wohlfahrtspflege, 1978, 234; eher skeptisch W. *Rißner* Kinder- und Jugendhilferecht, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 2000, § 29 Rn. 10.

⁸⁶ Vgl. § 44b SGB II, § 78 SGB VIII, § 12 Abs. 2 SGB IX, § 4 Abs. 2 SGB XII, § 20 Abs. 5 HeimG.

der Rehabilitationsträger zur Verfügung;⁸⁷ neuestes Modewort auf diesem Felde: Servicecluster –. Es ist aber überfordert, wenn sie selbst in der Ausgestaltung höchst kontroverse Aufgaben eines Leistungsträgers übernehmen sollen, so für Arbeitsuchende im sogenannten Job-Center. Wie die Neufassung von § 44b Abs. 1 SGB II durch das Kommunale Optionsgesetz vom 30. Juli 2004 (BGBl I 2014) mit der Ergänzung „durch privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Verträge“ plastisch dokumentiert, ist hier noch keineswegs das Stadium der Problemlösung erreicht.

6. Zielvereinbarungen als Steuerungsinstrument

Fehlen dezidierte institutionelle und materielle Vorgaben, so erscheint das zunehmend beliebte konsensuale Steuerungsinstrument der Zielvereinbarung⁸⁸ geeignet, zu einer Harmonisierung von Prioritätsvorstellungen bei mit Gesamtbudgets ausgestatteten Selbstverwaltungsträgern zu gelangen, soweit ihnen dabei ein Mindestmaß an Planungssicherheit garantiert wird. Hier ist auch ein weites Feld für Pilotprojekte mit gesicherter Evaluation.

7. Außergerichtliche Streitbeilegung

Im gesamten Sozialrecht sind Bemühungen erkennbar, durch Einschaltung von Einigungsstellen (vgl. § 45 SGB II), Schiedsstellen (§§ 114, 129 Abs. 8 SGB V, § 18a KHG, § 78g SGB VIII, § 76 SGB XI, § 80 SGB XII) und Schiedsämtern (§ 89 SGB V, § 34 Abs. 6 SGB VII) eine außergerichtliche Streitbeilegung zu erreichen. Da das BVerwG der Schiedsstelle nach § 94 BSHG im Hinblick auf ihre gesetzlich vorgesehene Schlichtungsfunktion bei der Anwendung der einschlägigen unbestimmten Rechtsbegriffe wie Wirtschaftlichkeit und leistungsgerechtes Entgelt mit gutem Grund eine Einschätzungsprärogative zubilligt, bleibt die gerichtliche Kontrolle auf diesbezüglich maßgebliche Prüfungskriterien beschränkt.⁸⁹ Auch wenn insoweit Entscheidungsgewalt eingeräumt ist, so dürfte doch kaum Anlass bestehen, auf diesen Feldern noch vertieft über Mediation zu rasonieren.⁹⁰

⁸⁷ §§ 22, 23 SGB IX, § 4 SGB XII.

⁸⁸ Vgl. § 48 SGB II; § 5 BGG zur Barrierefreiheit; § 14 sächsisches Gesetz zur Verbesserung des selbstbestimmten Handelns von Menschen mit Behinderungen vom 28. Mai 2004 (GVBl 196).

⁸⁹ BVerwG, NVwZ-RR 1999, 446 (446f.); ablehnend *G. Igl* (Fn. 36), 108.

⁹⁰ Dazu geistreich *H. Kilger* Mediation im Sozialrecht, in: Haft/v. Schlieffen (Hrsg.) Handbuch der Mediation, 2002, § 45, 1156ff.

V. Handlungsmaßstäbe der Sozial-Verwaltung – Impulse für Neuakzentuierungen mittels gesetzlicher Leitlinien

Etwas genauer sollen verwaltungsrechtliche Leitideen als Handlungsmaßstäbe für eine Kultur der Rechtsvereinfachung im schlanken Sozialstaat aus dem Fürsorgesektor ins Visier genommen werden, der schließlich innerhalb des Sozialrechts eine besondere Affinität zum Allgemeinen Verwaltungsrecht aufweist, handelt es sich doch um Materien, für die durchgängig Kommunen Mitverantwortung tragen und die – jedenfalls bis dato insgesamt – als steuerfinanzierte Sozialleistungen systemgerecht der Kontrolle der Verwaltungsgerichte unterstellt sind.⁹¹ Die SGB VIII, IX und XII stellen dabei gewissermaßen Steinbrüche dar, deren Boden-schätze die Gewinnung neuer verwaltungsrechtlicher Perspektiven verheißen. Schließlich klingt das Stichwort „Privatisierung“ hier nicht nach Konfrontation zwischen Staat und Privaten ankündigender, durch Regulative möglichst aufzufangender Befürchtung von Gemeinwohlverlusten, sondern bedeutet bewusste Optimierung primär an Bürgerinteressen orientierter Leistungserbringung unter Einbeziehung frei-gemeinnütziger und privatwirtschaftlicher Träger.⁹²

1. *Trägervielfalt, Kooperationsgebot, Gesamtverantwortung und Gewährleistung als korrespondierende Leitprinzipien des Fürsorgesektors*

Dominieren in der Sozialversicherung körperschaftliche Leistungsträgersysteme, bei denen Vielfalt immerhin dadurch ermöglicht wird, dass innerhalb eines typischen sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses Dritte auf der Basis öffentlich-rechtlicher Kollektivvereinbarungen als Leistungserbringer eingeschaltet werden, sind im Übrigen, wie bereits in § 17 Abs. 3 SGB I verankert und in §§ 3, 4 SGB VIII sowie § 5 SGB XII aufgegriffen, Trägervielfalt und Kooperationsgebot kohärente Direktiven für den gesamten Komplex der Leistungserbringung, wonach die öffentlichen Leistungsträger in der partnerschaftlichen Zusammenarbeit mit – häufig einem Zertifizierungsfunktionen erfüllenden Anerkennungsverfahren (vgl. § 75 SGB VIII) unterworfenen – frei-gemeinnützigen Einrichtungen und Organisationen bei Beachtung deren Selbständigkeit in

⁹¹ Für das Subventionsrecht insgesamt könnten sich hier interessante Impulse aus einem fürsorgerechtlichen Förderungsregime ergeben. Dies gilt etwa für die Betrachtung eines Antragsrechts als Indiz für das Bestehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts betreffend öffentliche Förderung der Investitionskosten vollstationärer Pflegeeinrichtungen; vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, NWVBl 2004, 273.

⁹² Vgl. H. F. Zacher Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62 (2003), 349.

Zielsetzung und Aufgabendurchführung darauf hinzuwirken haben, dass sich ihre Aktivitäten zum Wohl der Leistungsempfänger wirksam ergänzen.

Den dort mithin nur subsidiär agierenden öffentlichen Trägern kommt freilich für die Erfüllung der gesetzlich fixierten Aufgaben eine sogenannte Gesamtverantwortung zu (vgl. §§ 79 Abs. 1, 76 Abs. 2 SGB VIII, § 5 Abs. 5 S. 2 SGB XII); sie sollen dabei gewährleisten, dass die zur Aufgabenerfüllung erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen (vgl. § 79 Abs. 2 SGB VIII).⁹³ Bezieht man in diesen Kontext noch den im Zusammenwirken zu erfüllenden Auftrag der Sicherstellung der vertragsärztlichen und vertragszahnärztlichen Versorgung an Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten und Krankenkassen (so § 72 Abs. 1 SGB V) mit ein, so wird ein breites Tableau von Referenzfeldern für die ja im Verwaltungsrecht massiv propagierte Ausgestaltung eines Gewährleistungsrechts mit besonderer Betonung staatlicher Ergänzungs- und Auffangverantwortung⁹⁴ sichtbar.

Gewährleistung bedingt aber zumindest ein effektives Rechtsaufsichtsinstrumentarium. Dies gilt auch für die Schwangerschaftskonfliktberatung mit ihrem auf Lebensschutz ausgerichteten Beratungskonzept⁹⁵ zur Prävention von Schwangerschaftsabbrüchen.⁹⁶ Da die Beratung selbst, ungeachtet des gesetzlichen Postulats eines ausreichenden pluralen Angebots an Beratungsstellen (vgl. §§ 3, 8 SchKG), als staatliche Aufgabe anzusehen war, erwies es sich nach erfolgter funktionaler Privatisierung als notwendig, gesetzliche Möglichkeiten zu ihrer wirksamen Überwachung zu schaffen,⁹⁷ was freilich – wenn überhaupt – äußerst zögerlich geschah.⁹⁸

⁹³ Mit Blick auf das staatliche Wächteramt über die Betätigung der elterlichen Erziehungspflicht (vgl. Art. 6 Abs. 2 GG, § 1 Abs. 2 SGB VIII) wird sogar von einer Garantienstellung gesprochen. – Rechtsprechungsnachweise zum Gesamtkomplex bei *P.-C. Kunkel* Grundlagen des Jugendhilferechts, 4. Aufl. 2001, 337.

⁹⁴ Dazu bereits *H.-H. Trute* (Fn. 83), 201 f.

⁹⁵ S. BVerfGE 88, 203.

⁹⁶ Vgl. § 218a Abs. 1 StGB und das Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG) idF vom 21. August 1995 (BGBl I 1050).

⁹⁷ So BVerfGE 88, 203 (286, 301).

⁹⁸ Vgl. *P. J. Tettinger* FS Ipsen, 2000, 767 (778f.). Vor diesem Hintergrund war es naheliegend, dass wenn schon nicht das für eine Rechtsaufsicht zuständige Ministerium, dann doch ein Landesrechnungshof sich kürzlich dafür interessierte, ob Medizinische Institute von „Pro Familia“, in denen auch Abtreibungen vorgenommen werden, organisatorisch und wirtschaftlich hinreichend von den Beratungsstellen separiert sind. Dazu FAZ vom 19. Juni 2004, 4, und vom 23. September 2004, 5.

2. Aktivierung der Bürger

Nachdem die klassische Solidarität mit Subsidiarität verknüpfende Parole der „Hilfe zur Selbsthilfe“ (vgl. §§ 1 Abs. 1 S. 2, 9 SGB I, § 4 Abs. 3 SGB VIII, § 29 SGB IX) vielerorts wohl in Vergessenheit geraten war, sind jüngste Gesetzesnovellierungen im Sozialrecht wie § 11 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 SGB XII augenscheinlich von dem Bestreben einer Neuausrichtung zum Spannungsfeld im Sinne eines Primats der Selbstverantwortung⁹⁹ des Bürgers getragen, auch um Übersteigerungen bei der Anforderung von Leistungen abzublocken. In diesem Kontext werden zunehmend im Rahmen eines Konzepts „Fördern und Fordern“ (so die Überschrift zu Kapitel 1 im SGB II)¹⁰⁰ kooperative Leistungsabsprachen¹⁰¹ im Rahmen eines Hilfeplans (§ 36 SGB VIII), eines Förderplans (§ 12 SGB XII), eines Gesamtplans (§ 58 SGB XII) respektive einer Eingliederungsvereinbarung (§§ 2, 15 SGB II, § 35 SGB III) eingesetzt, all dies Anlass genug, künftig über die ja schon im Polizeirecht ventilerte Bedeutung eines behördlichen Handlungskonzepts¹⁰² zu rasonieren sowie in Betonung des Gedankens der „Verantwortungsgemeinschaft“¹⁰³ dem Kontraktmanagement mit der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages einen stärkeren Stellenwert einzuräumen.

a) *Respektierung individueller Wunsch- und Wahlrechte der Leistungsberechtigten*

§ 5 Abs. 1 SGB VIII vermittelt bei der Kinder- und Jugendhilfe in Präzisierung der Leitlinie des § 33 SGB I den Leistungsberechtigten das Recht, zwischen Einrichtungen und Diensten der verschiedenen Träger der Jugendhilfe zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern, worauf sie aufmerksam zu machen sind; dem soll dann in der Sache entsprochen werden, sofern dies nicht mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden ist (ähnlich § 9 SGB IX im Behindertenrecht). Hier wurde freilich nicht ein Recht auf Schaffung oder gar zur

⁹⁹ Vgl. *H. F. Zacher* (Fn. 10), Rn. 27f., 33; *W. Riefner* (Fn. 15), Rn. 86; *P. Badura* DÖV 1989, 491 (493).

¹⁰⁰ S. OVG Niedersachsen, NDV-RD 1997, 85. – Vor allem der Umsetzung dieses Konzepts soll die Schaffung eines trägerübergreifenden „Persönlichen Budgets“ (§ 57 SGB XII) als Gesamtbudget aller in Betracht kommenden Leistungen dienen; vgl. BT-Drucks. 15/1514, 52.

¹⁰¹ Durch diese Formulierung sollte klargestellt werden, dass es sich nicht um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt; vgl. BT-Drucks. 15/1514, 56.

¹⁰² Sächsischer VerfGH, SächsVfB 2003, 247 (Leitsatz 2 b), zur hieran anknüpfenden restriktiven Interpretation des § 19 Abs. 1 Nr. 5 SächsPolG als Befugnisnorm; jetzt auch *E. Schmidt-Aßmann* (Fn. 26), 334f.

¹⁰³ Vgl. die amtliche Begründung zu § 1 SGB XII, BT-Drucks. 15/1514, 55.

Selbstbeschaffung von Leistungen¹⁰⁴ kreiert, sondern dieses Wahlrecht greift, wie bei Gutscheinsystemen evident, erst, wenn eine Bewilligung seitens des zuständigen Leistungsträgers vorliegt und es um den Erbringer oder die Art und Weise einer Leistung geht,¹⁰⁵ etwa bei der Kinderbetreuung in Tageseinrichtungen. Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass dieses Wunsch- und Wahlrecht dann zunehmend in Frage gestellt wird, wenn der öffentliche Leistungsträger durch Reduktion der Subventionierung gemeinnütziger Leistungserbringer eine drastische Verengung des Leistungsspektrums bewirkt,¹⁰⁶ eine Thematik, die etwa bei der jüngsten Diskussion um die Offene Ganztagschule in NRW greifbar wird.¹⁰⁷

b) *Verstärkte Partizipation der Betroffenen*

Eine erkennbare Gesamttendenz sowohl im Sozialversicherungsrecht (vgl. nur die Interessenvertretungen von Patienten gemäß § 140f SGB V) als auch bei Betreuungseinrichtungen namentlich in den Bereichen der Jugendhilfe, der stationären Pflege (siehe den Heimbeirat gemäß § 10 HeimG), des Behindertenrechts und der Sozialhilfe ist die Verstärkung der Partizipation des Kreises der Betroffenen an den für die jeweiligen Rechtsverhältnisse maßgeblichen Grundentscheidungen,¹⁰⁸ wobei jeweils genauer zwischen den Kreisen rechtlich unmittelbar Betroffener als individuellen Verfahrensbeteiligten (§ 12 SGB X), in eigenen Interessen betroffener Gruppen (dem eigentlichen Feld der Betroffenenpartizipation) und an der Materie allgemein Interessierter (Populärbeteiligung) unterschieden werden sollte, wie dies in § 4 HeimG musterergültig aufgegliedert ist.¹⁰⁹ Besonderes Augenmerk hat heute vor allem geeigneten speziellen Beteiligungsformen für Kinder und Jugendliche auf kommunaler Ebene (vgl. § 16c rheinland-pfälzische GO, § 47f Abs. 1 schleswig-holsteinische GO) zu gelten.¹¹⁰

¹⁰⁴ Insoweit aber immerhin in engen Grenzen § 15 SGB IX.

¹⁰⁵ Vgl. etwa §§ 77 Abs. 3, 421g SGB III; s. auch allgemein *P.-C. Kunkel* (Fn. 93), 46f.

¹⁰⁶ Vgl. *J. Münder/J. Baltz/E. Jordan/D. Kreft/T. Lakies/R. Proksch/K. Schäfer/B. Tammen/T. Trenczek* Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 4. Aufl. 2003, § 5 Rn. 12 mwN.

¹⁰⁷ S. zur Schließung von Horten *P. J. Tettinger/J. Ennuschat* Offene Ganztagschule im Primärbereich, Rechtsgutachten, 2003.

¹⁰⁸ Schief hier die Bezugnahme auf Wunsch- und Wahlrechte bei *G. Igl* (Fn. 36), 90.

¹⁰⁹ Das Sozialhilferecht etwa sieht eine Einbeziehung „sozial erfahrener Dritter“ vor dem Erlass einer allgemeinen Verwaltungsvorschrift oder eines Verwaltungsaktes vor (vgl. § 116 SGB XII).

¹¹⁰ Dazu *R. Pitschas* (Fn. 83), 227; *C. Zinser/U. Winklhofer/C. F. Bruner* RdJB 2000, 189 ff.; *G. Engel* BayBgm 1999, 441 ff. – Kinder- und Jugendparlamente dürften allein

c) *Kooperation in sozialen Netzwerken, insbesondere mit Selbsthilfegruppen*

In jüngerer Zeit ist gezieltes Bemühen erkennbar, bei der Sozial-Verwaltung weniger die Ergebnisfestlegung und damit die Handlungsform als die Verfahrensabläufe im Vorfeld zu strukturieren und den Leistungsträger in ein Netzwerk einschlägig aktiver öffentlicher und privater Akteure einzubinden, um so verwaltungsseitig eine übergreifend interessen ausgleichende, integrative und effiziente Aufgabenwahrnehmung zu initiieren und zu moderieren,¹¹¹ wie dies am pathetischsten in § 8 SGB XI klingt, wo die Förderung der „Bereitschaft zu einer humanen Pflege und Betreuung durch hauptberufliche und ehrenamtliche Pflegekräfte sowie durch Angehörige, Nachbarn und Selbsthilfegruppen“ erstrebt wird, um so „auf eine neue Kultur des Helfens und der mitmenschlichen Zuwendung“ hinzuwirken. Dies schließt namentlich die Einbeziehung und Förderung auf freiwilligem Engagement (dazu sogleich) basierender, unterschiedlichste Typen von auf gegenseitige Hilfe konzentrierten Kleingruppen bis hin zu außenorientierten Verbandsinitiativen umfassender Selbsthilfegruppen wie Jugendverbänden und Jugendgruppen (§ 12 SGB VIII), selbstorganisierten Elterninitiativen (§ 25 SGB VIII), Behindertengruppen (§ 29 SGB IX) und Formen der Gesundheitsselfhilfe (vgl. § 20 Abs. 4 SGB V¹¹²) mit ein, all dies gewissermaßen in Anerkennung von Ansätzen eines selbstregulativen Sozialstaats,¹¹³ ohne dass es freilich zur Gefährdung von Ressortverantwortlichkeiten durch prozedural abgestützte Kompetenznetzwerke, im Klartext: informale Konvolute vernetzter parakonstitutioneller Machtzentren, kommen darf.

In diesem Kontext sollte im Übrigen nicht vergessen werden, dass als primär verantwortliche und darum stets einzubeziehende Selbsthilfegruppe die Familie verfassungsrechtliche Anerkennung genießt;¹¹⁴ Me-

schon als Foren für frühe politische Aktivierung und staatsbürgerliches Training in der Einübung einer Konfliktbewältigungskultur hilfreich sein.

¹¹¹ S. allgemein *H. Hill* BayVBl 2002, 321 ff. – Soeben ist zum fachlichen Informations- und Meinungsaustausch eine virtuelle Plattform für das „Netzwerk Arbeitsgemeinschaften SGB II“ vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit gestartet worden.

¹¹² Dazu Gemeinsame und einheitliche Grundsätze der Spitzenverbände der Krankenkassen zur Förderung der Selbsthilfe gemäß § 20 Abs. 4 SGB V vom 10. März 2000, abrufbar unter: http://www.vdak.de/download/sh_grundsätze.pdf (Stand: 25. November 2004). – S. auch das Landesprogramm Opus NRW (Offenes Partizipationsnetz und Schulgesundheits); dazu *T. Wagemann* Die Betriebskrankenkasse 2003, 521 ff.

¹¹³ Dazu grundsätzlich *M.-E. Geis* Die öffentliche Förderung sozialer Selbsthilfe, 1997.

¹¹⁴ Vgl. *H. F. Zacher* (Fn. 10), Rn. 29; zur gegenüber Förderung in Tagespflege vorrangigen Betreuung eines Kindes durch Großeltern BVerwG, NJW 1997, 2768.

chanismen gerade hier zu entwickeln, wurde in jüngsten Regelungen unternommen (vgl. §§ 19, 44 f. SGB XI, § 16 SGB XII) und muss auch weiterhin vordringliches Desiderat sein.

d) *Stärkung des freiwilligen bürgerschaftlichen Engagements*
(historisch: der Ehrenamtlichkeit)

Auch wenn die Bedeutung des klassischen Ehrenamts heute zu schwinden scheint – kein Wunder übrigens, wo doch die „Ehre“ in der bundesverfassungsgerichtlichen Wertrangskala nur noch eine Statistenrolle spielt¹¹⁵ –, so lassen sich gleichwohl mannigfache, oft weniger stabile Formen bürgerschaftlichen Engagements registrieren,¹¹⁶ die es in den sozialpflegerischen Bereichen zu stärken gilt,¹¹⁷ wenngleich in Zweigen der Sozialversicherung, namentlich der Krankenversicherung, bei Leistungserbringergruppierungen eher umgekehrt auf einen Rückzug ehrenamtlicher Selbstverwaltungsstrukturen zugunsten einer stärkeren Professionalisierung hingearbeitet zu werden scheint (Stichwort: Kassenärztliche Vereinigungen).

Für den Bereich der Jugendhilfe wird in § 73 SGB VIII ausdrücklich herausgestellt, dass hier ehrenamtlich tätige Personen bei ihrer Tätigkeit angeleitet, beraten und unterstützt werden sollen. Diese umfassend formulierte Förderungspflicht ist bezogen auf ein vielfältiges Spektrum freiwilliger, nicht auf Entgelt ausgerichteter Tätigkeiten in der Jugendarbeit, selbst wenn geringe Vergütungen wie Aufwandsentschädigungen oder Auslagenersatz gewährt werden.¹¹⁸ Freigemeinnützige Organisationen, die gerade hier ein traditionelles und anerkanntes Betätigungsfeld haben, könnten ohne ein solches ehrenamtliches Engagement gar nicht agieren.¹¹⁹

Nicht zuletzt angesichts der Knappheit staatlicher Finanzressourcen wird es sich als notwendig erweisen, in den einzelnen Bereichen des Ver-

¹¹⁵ Dazu nach wie vor aktuell *P. J. Tettinger* Die Ehre – ein ungeschütztes Verfassungsgut?, 1995; *ders.* JuS 1997, 769 ff.

¹¹⁶ S. dazu insbesondere die Beiträge von *W. Schütte*, *H. Butzer* und *G. Igl* in: Deutscher Sozialrechtsverband (Hrsg.) Mitmenschliches und bürgerschaftliches Engagement im Sozialrecht, 2003, 7 ff., 51 ff., 101 ff.

¹¹⁷ S. den Sozialbericht 2001 der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/8700, 101 f. – Zur ehrenamtlichen Betätigung von Arbeitslosen § 118a SGB III mit RVO vom 24. Mai 2002 (BGBl I 1783).

¹¹⁸ Vgl. *J. Münder/J. Baltz/E. Jordan/D. Kreft/T. Lakies/R. Proksch/K. Schäfer/B. Tammen/T. Trenczek* (Fn. 106), § 73 Rn. 6.

¹¹⁹ Diese Feststellung gilt im gesamten Feld des Gesundheits- und Sozialwesens, aber auch darüber hinaus, in Bereichen wie Kultur, Justiz, Freizeit, Sport, Kirchen, politische Parteien, Katastrophenschutz und Rettungswesen, Freiwillige Feuerwehren, Wissenschaft, Umwelt- und Naturschutz; vgl. BT-Drucks. 13/5674, 3.

waltungsrechts geeignete Anreizmechanismen zur Anhebung freiwilligen bürgerlichen Engagements zu entwickeln,¹²⁰ wie dies etwa durch Förderung örtlicher Sicherheitspartnerschaften im Polizeirecht oder über Zuwendungen zur Verbesserung des ländlichen ÖPNV-Angebotes durch ehrenamtliche Bürgerbusvorhaben in NRW geschieht.¹²¹ Auch privatrechtliche wie öffentlich-rechtliche Stiftungslösungen bieten sich zur Verstärkung freiwilligen Engagements im Sinne subsidiärer Wohlfahrtspflege in der Zivilgesellschaft inklusive der Ansätze im Rahmen von Corporate Citizenship¹²² an.¹²³

3. Staatliche Förderung zur Stärkung der Pluralität der Leistungserbringung

Gerade in den auf Pluralität der Leistungserbringung ausgerichteten Fürsorgebereichen dominieren Formen anreizorientierten Verwaltungshandelns, vorzugsweise durch Subventionierung. Neben der richtlinien-gestützten, eher Individuen geltenden Förderung aus speziellen Fonds (wie dem Hilfsfonds des Bundes für schwangere Frauen in Not¹²⁴) finden sich hier zur Stärkung der Pluralität der Leistungserbringung vermehrt gesetzliche Grundlagen für eine institutionelle Träger- respektive eine vorhabenbezogene Projektförderung, letztere in Gestalt einer Objekt- oder einer an dem Hilfe erhaltenden Bürger orientierten Subjektförderung.¹²⁵

¹²⁰ Gewisse Probleme ergeben sich allerdings nach geltendem Recht, wenn gemeinnützige Organisationen durch ehrenamtliche Helfer Beratungstätigkeit ausüben wollen, die mit Informationen über Rechtsansprüche verbunden ist, wie dies etwa für Beistände in § 13 Abs. 5 SGB X thematisiert ist. Nach § 1 des Rechtsberatungsgesetzes (RBerG) besteht derzeit ein anwaltliches Beratungsmonopol, das nur für Behördenvertreter im Rahmen ihrer Zuständigkeit durchbrochen wird (vgl. § 3 Nr. 1 RBerG) und einschlägige Aktivitäten sozialer oder karitativer Organisation in eine Grauzone verweist, was allerdings durch die vom BVerfG soeben (NJW 2004, 2662) geforderte zeitgerechte Interpretation des Begriffs der „Geschäftsmäßigkeit“ ihr Ende fände. Den Unsicherheiten soll alsbald im Rahmen einer Gesetzesnovellierung abgeholfen werden.

¹²¹ Bürgerbusförderung NRW – Richtlinien vom 22. Oktober 2003 (MinBl 1480).

¹²² Dazu etwa die Schrift von F. Maaß/R. Clemens Corporate Citizenship, 2002.

¹²³ S. zum einen neben der Ermächtigung in § 139a Abs. 1 S. 2 SGB V etwa einschlägige Aktivitäten der Bertelsmann- und der Hertie-Stiftung sowie der privaten Stiftung Kriminalprävention, zum anderen die Stiftung „Hilfswerk für behinderte Kinder“ (dazu BVerfGE 42, 263), eine seit drei Jahrzehnten etablierte Stiftung Wohlfahrtspflege NRW und die geplante Bundesstiftung Gesundheitsförderung und Prävention.

¹²⁴ Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Mutter und Kind – Schutz des ungeborenen Lebens“ vom 13. Juli 1984 (BGBl I 880).

¹²⁵ Dazu letzters U. Köbl Einführung zu Begrifflichkeit, Entwicklungstendenzen und offenen Fragen, in: dies./Brünner (Hrsg.) Abschied von der Objektförderung?, 2004, 9 (9f.).

a) *Förderung frei-gemeinnütziger Organisationen durch Subventionierung*

So sollen gemäß § 74 Abs. 1 SGB VIII die Träger der öffentlichen Jugendhilfe freiwillige Tätigkeit fördern, wenn der jeweilige Träger namentlich die fachlichen Voraussetzungen für die geplante Maßnahme erfüllt, gemeinnützige Ziele verfolgt¹²⁶ und eine angemessene Eigenleistung erbringt, etwa auch als Dienstleistungen ehrenamtlicher Mitarbeiter oder Sachleistungen.¹²⁷ Über die Art und Höhe der Förderung entscheidet der zuständige öffentliche Träger nach pflichtgemäßem Ermessen; hieraus folgt ein formelles subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch, das sich zum Förderungsanspruch verdichten kann.¹²⁸ Angesichts der gängigen Koppelung von Planungs- und Strukturregelungen mit Förderungsbestimmungen kommt einem Jugendhilfeplan im Sinne eines konzeptionellen Vertrauenstatbestandes ermessensleitende Wirkung zu.¹²⁹ Eine mit dem Gleichheitssatz konfligierende Rangordnung unter freien Wohlfahrtsverbänden darf dabei aber nicht erstellt werden.¹³⁰

Für anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen, die zur Sicherstellung eines ausreichenden Angebots wohnortnaher Beratungsstellen erforderlich sind, hat das BVerwG kürzlich aus § 4 Abs. 2 SchKG einen Anspruch auf Übernahme von mindestens 80 % ihrer notwendigen Personal- und Sachkosten durch den Staat abgeleitet¹³¹ und damit zugleich einen beachtlichen Beitrag zur gerade im Sozialrecht mit der Anknüpfung an Bedarfe drängenden Problematik der Quantifizierung unbestimmter Gesetzesbegriffe¹³² geleistet. Organisationen, die aus religiösen Gründen keine Schwangerschaftskonfliktberatung im vorgenannten Sinne vornehmen, sondern sich auf Beratungen iSv § 2 Abs. 1 SchKG beschränken – danach hat jede Frau und jeder Mann das Recht, sich zum Zwecke der gesundheitlichen Vorsorge und der Vermeidung

¹²⁶ Zu den Gründen für eine Präferenzierung von Trägern freier Wohlfahrtspflege *M. Wälderath* (Fn. 58), 238.

¹²⁷ Vgl. *J. Münder/J. Baltz/E. Jordan/D. Kreft/T. Lakies/R. Proksch/K. Schäfer/B. Tammen/T. Trenczek* (Fn. 106), § 74 Rn. 9.

¹²⁸ S. BVerfGE 27, 297 (305 ff.); OVG Nordrhein-Westfalen, NVwZ-RR 2003, 501 (502); Bayerischer VGH, BayVBl 2004, 305; weitere Rechtsprechungsnachweise bei *J. Münder/J. Baltz/E. Jordan/D. Kreft/T. Lakies/R. Proksch/K. Schäfer/B. Tammen/T. Trenczek* (Fn. 106), § 74 Rn. 15 f.

¹²⁹ BVerwG, FEVS 47 (1982), 529.

¹³⁰ S. bereits BVerwGE 35, 287 (290 f.); OVG Hamburg, FEVS 31 (1982), 404 (427).

¹³¹ BVerwG, DVBl 2003, 1330 (1332 f.).

¹³² Dazu bereits *P. J. Tettinger* Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1980, 412 ff.

und Lösung von Schwangerschaftskonflikten sowie in allen eine Schwangerschaft unmittelbar oder mittelbar berührenden Fragen beraten zu lassen –, steht nach jüngst höchstrichterlich bestätigter OVG-Rechtsprechung gleichfalls ein Anspruch in dieser Größenordnung zu.¹³³

b) *Das Wirtschaftlichkeitsgebot – Impuls für zunehmende Wettbewerbsöffnung*

Nachdem das Wirtschaftlichkeitsgebot Anerkennung als zentrale Direktive staatlichen Handelns auch im Sozialrecht¹³⁴ gefunden hat, wird auf Feldern der Sozial-Verwaltung zunehmend propagiert, nicht mehr nur auf Kooperation mit frei-gemeinnützigen Trägern zu setzen, sondern eine Leistungserbringung auch durch gewerbliche Unternehmen im Wettbewerb zu ermöglichen. So findet sich ein Postulat der Gleichbehandlung frei-gemeinnütziger und privater Träger in § 11 Abs. 2 S. 3 SGB XI und im Ergebnis auch in §§ 3, 4 SGB VIII. Hier stellen sich sodann vielfältige wettbewerbsrechtliche Fragen auf der Ebene des nationalen wie des Gemeinschaftsrechts (Stichworte: Vergaberecht, Beihilfen für frei-gemeinnützige Träger).¹³⁵ Aufmerksam gemacht sei darauf, dass hierin ein Paradigmenwechsel liegt, der einerseits durchaus dem Rückzug auf staatliche Gewährleistungsverantwortung entspricht, andererseits aber einen Bruch mit der Leitdirektive des auf Kooperation ausgerichteten Angebotspluralismus bedeutete sowie die darauf basierenden, normativ verankerten Wunsch- und Wahlrechte zur Makulatur werden ließe.¹³⁶

Ungeachtet solcher klärungsbedürftiger Detailfragen erscheint es aber allein schon angesichts der Finanzierungsvolumina, um die es hier geht, unumgänglich, die ökonomische Funktion des Sozialrechts¹³⁷ wieder frei-

¹³³ OVG Nordrhein-Westfalen, NWVBl 2004, 234 (237): 50%; vgl. auch Hessischer VGH, RiA 1998, 198. – S. zuletzt BVerwG vom 15. Juli 2004, 3 C 12.04, Leitsatz 2: „Der Fördersatz beträgt wie bei Konfliktberatungsstellen 80 % der notwendigen Personal- und Sachkosten.“

¹³⁴ S. §§ 69 Abs. 2–4, 76 SGB IV, § 12 SGB V, § 13 Abs. 1 SGB VII, § 17 SGB IX, § 29 SGB XI. Vgl. auch etwa BayVerfGH, BayVBl 2004, 367 (368).

¹³⁵ Zutreffend hat *H. F. Zacher* FS Brohm, 2002, 645 (654), darauf hingewiesen, dass sich die Wirkungsbedingungen der nationalen Sozialstaaten alleine schon durch Integration in den Binnenmarkt verändern. Vgl. hier *J. Münder/J. Baltz/E. Jordan/D. Krefst/T. Lankies/R. Proksch/K. Schäfer/B. Tammen/T. Trenczek* (Fn. 106), § 3 Rn. 6 und § 75 Rn. 5; speziell zu den Auswirkungen des europäischen Beihilfenrechts *J. Münder/A. v. Boetticher* ZESAR 2004, 15 ff., 65 ff.

¹³⁶ Zusätzliche Probleme ergeben sich hier auch noch durch den Verantwortlichkeiten verweisenden Einsatz von public-private-partnership in unterschiedlichen Formen.

¹³⁷ Zu ihr bereits *W. Wertenbruch* (Fn. 29), 296.

zulegen und es künftig verstärkt als Teilsektor des öffentlichen Wirtschaftsrechts zu begreifen.¹³⁸ Dies hat nicht unbeträchtliche Konsequenzen auch für die Verwaltungsrechtsdogmatik:

- Wirtschaftlichkeitsaspekte fungieren als unverzichtbarer Bestandteil eines die Leistungserbringung steuernden Verwaltungskonzepts,
- ökonomische Faktoren gewinnen verstärkt Relevanz bei der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe,¹³⁹
- fiskalische Erwägungen können nicht mehr schlankweg aus den zulässigen Ermessenserwägungen ausgeklammert werden.

4. *Bemühung um mehr Rechtssicherheit nach extensiver multipler Kodifizierung durch materielle Rangzuweisungen sowie Abstufungen für Gemengelagen*

Stärker als in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts ist im Sozialrecht – aufgrund extensiver multipler Kodifizierung auch bitter nötig – gesetzgeberisches Bemühen erkennbar, mehr Rechtssicherheit über makroadministrative Verhaltenssteuerung durch transparente Konzeptionen mit klaren Programmformeln in Gestalt plakativer Leitvorstellungen¹⁴⁰ und materieller Rangzuweisungen sowie Abstufungen für gerade hier häufige Gemengelagen und Verschränkungen im Schnittfeld verschiedener Aufgabenfelder wie Gesundheitswesen, Bildungswesen, Verbraucherschutz, Gleichstellung und Familienförderung zu erzielen. Dazu nur in Stichworten:

- Vorrang der Prävention.¹⁴¹ Auf Bundesebene wird derzeit gar ein Präventionsgesetz vorbereitet. NRW hat 2002 einen Landespräventionsrat als Informations-, Service- und Koordinierungsstelle eingerichtet, um Aufgaben einer effektiven Kriminalprävention kooperativ anzugehen.
- Vorrang ambulanter vor stationärer Hilfe (vgl. § 13 Abs. 1 SGB XII);¹⁴²

¹³⁸ Dazu soeben die Kölner Habilitationsschrift von S. Rixen (Fn. 80); s. auch bereits G. Igl (Fn. 49), 281 ff.

¹³⁹ S. insoweit etwa B. Jähring-Rahnefeld (Fn. 47), 310.

¹⁴⁰ Zu gesetzgeberischen Leitvorstellungen hier deutlich der Sozialbericht 2001 (Fn. 117), 7.

¹⁴¹ Vgl. §§ 3 SGB IX, § 14 SGB XII. Er gilt als Elementargrundsatz in der Unfallversicherung (§§ 1 Nr. 1, 14 SGB VII); s. auch die Leistungen zur Krankheitsverhütung gemäß §§ 20 ff. SGB V und § 49 SGB XII. Zur Leistungserbringung im Bereich der Primärprävention näher S. Rixen (Fn. 80), 684 ff.

¹⁴² Dazu etwa OVG Niedersachsen, NDV-RD 1997, 85. – Ein Problem hier etwa: Einordnung des sogenannten betreuten Wohnens; dazu VGH Baden-Württemberg, FEVS 49 (1999), 250, und DVBl 2004, 140 (nur Leitsatz).

- Rehabilitation vor Rente respektive Pflege (vgl. § 8 Abs. 2 SGB IX, § 31 SGB XI)¹⁴³.

Daneben stehen Leitvorgaben zum Verhältnis sektorieller Aufgabenstellungen zueinander wie der von Jugendhilfe und Schule (§ 88 SGB VIII) sowie von Jugendhilfe und Sozialhilfe (§ 10 SGB VIII, § 2 SGB XII). Bei Gemengelagen ist jeweils auf die Art der miteinander konkurrierenden Leistungen abzustellen;¹⁴⁴ so bedeutet etwa die Förderung von Schülern mit Legasthenie grundsätzlich eine schulische Aufgabe, hinter der Maßnahmen der sogenannten Eingliederungshilfe zurückzutreten haben.¹⁴⁵

VI. Perspektiven

1. *Elemente eines Rechts der „guten Verwaltung“*

Bei alledem geht es hierzulande letztlich um Konturen einer avantgardistischen Akzentuierung der in Art. 41 der Charta der Grundrechte der EU als Bürgerrecht verankerten „guten Verwaltung“ als einer – wie auf europäischer Ebene kürzlich in einer Kommissions-Mitteilung zur Modernisierung des Sozialschutzes im sozialen Dialog (vgl. Art. 136, 139, 140 EG, Art. I-48 VVE) formuliert – effizienten Verwaltung, „die sich auf die Beteiligung und Mitverantwortung der betreffenden Akteure stützt ... und die Koordinierung zwischen Leistungserbringern des Gesundheitswesens, Finanzierungsträgern, Nichtregierungsorganisationen und öffentlicher Hand.“¹⁴⁶

2. *Entbehrlichkeit eines theatralischen Rückgriffs auf sogenannte Großformeln*

Dem bei der Würdigung des deutschen Sozialstaats erkennbaren Hang zu pointiert emotionalisierenden Charakterisierungen wie Sozialneidstaat oder Staat sozialer Kälte sowie zu schon seit Jahren in der Lehre modebewusst gepflegten sogenannten Großformeln wie

¹⁴³ Vgl. *W. Riefner* (Fn. 15), Rn. 87.

¹⁴⁴ BVerwG, FEVS 51 (2000), 337.

¹⁴⁵ Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, FEVS 51 (2000), 120. Vergleichbares gilt für die Einstellung als Integrationshelfer zur sonderpädagogischen Förderung; OVG Nordrhein-Westfalen, NWVBI 2004, 425.

¹⁴⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Modernisierung des Sozialschutzes (Fn. 24), 8.

- dem sich entrüestet vom liberalen Nachtwächterstaat als „Minimalstaat“¹⁴⁷ distanzierenden Wohlfahrtsstaat (neudeutsch: welfare state),
- dem um paternalistische Rundumbetreuung nicht ohne pädagogischen Impetus bemühten Versorgungsstaat,¹⁴⁸
- dem auf frühzeitige Absicherung von Risikosphären aller Art abzielenden Präventionsstaat,
- dem hiesiger Kasko mentalität entgegenkommenden, sich allmählich in Richtung einer Bürgerversicherung hinwäzenden Sozialversicherungsstaat,¹⁴⁹
- dem Verbandshilfe suchenden, geradezu netzwerksüchtigen Kooperationsstaat oder
- dem Wohlstandszyklen mutig trotzen den Allwetterstaat¹⁵⁰

sollte trotz oder gerade wegen ihrer plakativen Akzentuierungen widerstanden werden, weil sich ihre dogmatische Leistungskraft bei näherer Betrachtung als höchst bescheiden erweist, für das Verwaltungsrecht jedenfalls ganz ausfällt.¹⁵¹ Dies gilt letztlich auch für den mit unterschiedlichen Akzentuierungen vielbeschworenen „Gewährleistungsstaat“ als diffuse Chiffre eines in erster Linie sozialwissenschaftlich fundierten Steuerungsstrebens,¹⁵² das in den 60er Jahren bei *M. Bullinger*¹⁵³ sub signo anpassungsfähiger Staatsaufsicht im Gegenüber zur Wirtschaftslenkung thematisiert worden war. Es ist und bleibt allein schlicht der in Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG verankerte soziale Staat, dessen verwaltungsrechtliche Instrumente auszuleuchten hier unternommen wurde, und zwar im Lichte einer – dringlicher denn je für die Fläche anzunehmenden – Kultur der Transparenz, der Serviceorientierung und der Bürgeraktivierung.

¹⁴⁷ Vgl. *R. Pitschas* FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, 827 (832).

¹⁴⁸ Hiergegen dezidiert bereits *H. F. Zacher* (Fn. 79), 26.

¹⁴⁹ Vgl. *B. Riedmüller* Grenzen des Sozialversicherungsstaates, 1994.

¹⁵⁰ So *H. F. Zacher* (Fn. 135), 646f.

¹⁵¹ Zur „Gefahr der Verdunkelung“ *W. Weiß* DVBl 2002, 1167 (1175); *C. Franzius* Der Staat 42 (2003), 493 (500).

¹⁵² Zum begrenzten Wert steuerungstheoretischer Überlegungen insbesondere auf diesem Felde *P.-C. Kunkel* (Fn. 93), 206; zuletzt allgemein *S. Rixen* (Fn. 80), 23 ff.; zum Gewährleistungsstaat ebenda, 289.

¹⁵³ Staatsaufsicht in der Wirtschaft, VVDStRL 22 (1965), 264 (289). Höchst zweifelhaft ist, ob Regulierung wirklich als ein „Novum“ des heutigen Wirtschaftsverwaltungsrechts bezeichnet werden kann; so *ders.* DVBl 2003, 1355 ff.; s. demgegenüber etwa bereits 1969 *W. Rübner* (Fn. 3), 192, zur „regulierten Energieversorgung“.

Leitsätze des I. Berichterstatters über:

Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates

I. Facetten des verwaltungsrechtlichen Tableaus sozialstaatlicher Aktivitäten

(1) Will man das verwaltungsrechtliche Tableau des sozialstaatlichen Aktivitätsspektrums mit seinen makro- und mikroadministrativen Elementen identifizieren und kartieren, so empfiehlt sich folgendes Grobraster:

- Schaffung und Unterhaltung öffentlicher Einrichtungen der Daseinsvorsorge und sozialen Betreuung,*
- Sicherung des allgemeinen Zugangs zu wesentlichen Gütern und Diensten,*
- Erbringung von Sozialleistungen,*
- Förderung sozial bedeutsamer Leistungsangebote durch Private,*
- Aufsicht über adäquate, vorformulierten Standards entsprechende Wahrnehmung sozialer Aufgaben durch private Träger,*
- Kompensation sozialer Nachteile durch Statuierung von Verpflichtungen Privater,*
- Kompensation sozialer Ungleichheiten durch Gestaltung öffentlicher Abgaben,*
- Verfahrensrechtliche Absicherungen für potentielle Leistungsempfänger,*
- Ausgleich regionaler und sektorieller Nachteile durch Infrastrukturentwicklung.*

II. Ein Seitenblick auf sozialstaatliche Daseinsvorsorge

(2) Ein zunächst weitgehend am traditionellen Ensemble verwaltungsrechtlicher Organisations- und Handlungsformen ausgerichteter Komplex der Sozialstaatlichkeit hierzulande ist das weite Feld der Daseinsvorsorge, das namentlich von den Kommunen mit für die soziale Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen gepflegt wird. Bei dem Begriff der Daseinsvorsorge kann die soziale Grundausstattung kaum ausgeblendet werden.

(3) Der übergreifenden Kategorie der „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ kommt aus Sicht der Kommission eine zentrale Rolle im Rahmen der Debatte um ein europäisches Gesellschaftsmodell zu, auch wenn es in erster Linie Sache der zuständigen nationalen, regionalen und lokalen Behörden

bleibe, solche zu definieren, zu organisieren, zu finanzieren und zu kontrollieren. Im Rahmen einer sogenannten offenen Koordinierungsmethode sind hier als verwaltungsrechtliche Instrumente vorgesehen:

- eine regelmäßige mehrdimensionale Evaluierung,
- ein Monitoring als ein System wiederholter Beobachtungen, Bilanzierungen, Trendbeschreibungen und Bewertungen.

III. Instrumente des Sozial-Verwaltungsrechts

(4) Von den Handlungsfeldern der Sozialverwaltung sind bislang nur eher schwache originäre Signale für die Weiterentwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts ausgegangen. Der erste Eindruck ist eher der einer gewissen Eigenständigkeit und Abschottung der intrajuristisch-interdisziplinären Materie „Sozialrecht“. Separierungstendenzen werden noch gefördert durch Trennung fachgerichtlicher Kontrollkompetenzen mit deutlichem Trend zunehmender systemwidriger Verlagerung in die – verbreitet als bürgerbetreuungsfreundlicher apostrophierte – Sozialgerichtsbarkeit. Eine Gegensteuerung erscheint hier überfällig.

(5) Der besondere Dienstleistungscharakter der Sozial-Verwaltung, ihre ausgeprägte Servicefunktion namentlich zugunsten des in den komplizierten Sozialrechtsfragen oft unbeholfenen Bürgers, kommt anschaulich in den umfangreichen Aufklärungs-, Beratungs- und Auskunftspflichten der zuständigen Leistungsträger zum Ausdruck. Dieser günstigen Position des potentiellen Leistungsberechtigten korrespondieren freilich im Sozialrechtsverhältnis gesteigerte Mitwirkungsobliegenheiten.

(6) Eine allgemeine Individualisierungsdirektive (§ 33 S. 1 SGB I) stellt sicher, dass bei der Ausgestaltung von Rechten und Pflichten grundsätzlich die persönlichen Verhältnisse des betreffenden Bürgers, sein Bedarf und seine Leistungsfähigkeit sowie die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen sind, was allerdings Pauschalierungen nicht entgegensteht. Ergänzend ist vorgegeben, dass den individuellen Wünschen entsprochen werden soll, soweit sie angemessen sind, eine Leitlinie, die in einer verstärkt auf die Wahrnehmung von Bürgerinteressen einzuschwörenden Verwaltung gewiss auch außerhalb des Sozialleistungsrechts stärkere Berücksichtigung verdient. Für das moderne Verwaltungsrecht, das auch eines „Verfahrensrechts des realen Leistungsgeschehens“ bedarf, sind schließlich übergreifende Handlungsmaßstäbe bedeutsamer als Handlungsformen.

(7) Sozialverwaltungsverfahrenrechtliche Besonderheiten sind zum Ersten die spezifische Dogmatik von Beratungs- und Betreuungspflichten, zum Zweiten eine eingeschränkte Rücknehmbarkeit rechtswidriger Leistungsbescheide sowie eine deutliche Relativierung der Bestandskraft von Ablehnungsbescheiden und zum Dritten die Anpassung von Sozialleistungsbescheiden an zwi-

schenzeitlich veränderte Umstände, ein Spezialthema aus dem Komplex der Verwaltungsakte mit Dauerwirkung.

(8) Soweit Plänen als verwaltungsrechtlicher Handlungsform vorbereitender Interessenaufbereitung keine unmittelbare Außenwirkung zukommt, sie aber – wie bei Krankenhausplänen – die Basis für spätere Förderung bilden, ist bei präjudizierenden Entscheidungen über eine Aufnahme in den Plan aus Gründen effektiven Rechtsschutzes eine Konkurrentenklage zuzulassen.

IV. Notizen zum Sozial-Verwaltungsorganisationsrecht

(9) Der im Sozialrecht vielbeklagte „Schleier der Intransparenz“ bezieht sich allzu oft auch auf Verwaltungsstrukturen. Transparenz und Bürgernähe verlangen nach massiver Strukturreform, die diesen Namen verdient, und De-regulierung.

(10) Auf einem so komplexen wie finanzwirksamen Leistungssektor ist die Inkorporierung von hochspezialisiertem Sachverstand in Sonderbehörden oder Kollegialorganen unumgänglich, ohne dass diese freilich Legitimationsdefiziten ausgesetzt werden darf, was zum einen klare aufgaben- und befugnisbezogene Eingrenzungen, zum anderen Absicherungen der Neutralität und Ausgewogenheit der Beratung bedingt. Neue gesetzliche Verselbständigungen müssen dem Rechnung tragen.

(11) Zu beobachten ist ein deutlicher Trend zur Rechtsfigur des „Beauftragten“. Ob diese Praxis hinsichtlich der Zielerreichung – ressortübergreifende Forcierung eines speziellen Anliegens – eine positive Evaluation erfahren würde oder ob der Einsatz dieser schillernden Rechtsfigur nicht eher Bürokratie, Blockade und Intransparenz der Verantwortlichkeiten fördert, bedarf der näheren Prüfung.

(12) Die Anerkennung einer Trägervielfalt in den Fürsorgesektoren bedingt enge Kooperation und lässt organisationsrechtliche Absicherungen der Interessenrepräsentanz in einer Clearingstelle, wie dies in Gestalt eines Jugendhilfeausschusses als bundesrechtlich statuiertes beschließendes Kommunalorgan Tradition ist, als im Ansatz modellhaft erscheinen.

(13) Arbeitsgemeinschaften sind ein in Ausgestaltung und Organisation flexibles, aus der kommunalen Gemeinschaftsarbeit bekanntes Kooperationsinstrument, das aber leicht überfordert ist, wenn diese selbst Aufgaben eines Leistungsträgers übernehmen sollen.

(14) Fehlen dezidierte institutionelle und materielle Vorgaben, so erscheint das konsensuale Steuerungsinstrument der Zielvereinbarung geeignet, zu einer Harmonisierung von Prioritätsvorstellungen bei Selbstverwaltungsträgern zu gelangen, soweit ihnen dabei ein Mindestmaß an Planungssicherheit garantiert wird.

V. *Handlungsmaßstäbe der Sozial-Verwaltung – Impulse für Neuakzentuierungen*

(15) *Trägervielfalt und Kooperationsgebot sind kohärente Direktiven für den gesamten Komplex fürsorglicher Leistungserbringung, wonach die öffentlichen Leistungsträger in der partnerschaftlichen Zusammenarbeit mit frei-gemeinnützigen Einrichtungen und Organisationen bei Beachtung deren Selbstständigkeit in Zielsetzung und Aufgabendurchführung darauf hinzuwirken haben, dass sich ihre Aktivitäten zum Wohl der Leistungsempfänger wirksam ergänzen. Den mithin nur subsidiär agierenden öffentlichen Trägern kommt freilich für die Erfüllung der gesetzlich fixierten Aufgaben eine sogenannte Gesamtverantwortung zu.*

(16) *Nachdem die klassische Solidarität mit Subsidiarität verknüpfende Parole der „Hilfe zur Selbsthilfe“ vielerorts wohl in Vergessenheit geraten war, sind jüngste Gesetzesnovellierungen augenscheinlich von dem Bestreben einer Neuakzentuierung zum Spannungsfeld im Sinne eines Primats der Selbstverantwortung des Bürgers getragen. In diesem Kontext werden zunehmend im Rahmen eines Konzepts „Fördern und Fordern“ kooperative Leistungsabsprachen eingesetzt, all dies Anlass genug, künftig über die Bedeutung eines behördlichen Handlungskonzepts zu rasonieren sowie in Betonung des Gedankens der „Verantwortungsgemeinschaft“ dem Kontraktmanagement mit der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages einen stärkeren Stellenwert einzuräumen.*

(17) *Leistungsberechtigte haben das Recht, zwischen Einrichtungen und Diensten der verschiedenen Träger der Jugendhilfe zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern, worauf sie aufmerksam zu machen sind. Eine erkennbare Gesamttenenz ist im Übrigen die Verstärkung der Partizipation des Kreises der Betroffenen an den für die jeweiligen Rechtsverhältnisse maßgeblichen Grundentscheidungen.*

(18) *In jüngerer Zeit ist gezieltes Bemühen erkennbar, weniger die Ergebnissfestlegung als die Verfahrensabläufe im Vorfeld zu strukturieren und Leistungsträger in ein Netzwerk einschlägig aktiver öffentlicher und privater Akteure einzubinden, um so verwaltungsseitig eine übergreifend interessen ausgleichende, integrative und effiziente Aufgabenwahrnehmung zu initiieren und zu moderieren, gewissermaßen in Anerkennung von Ansätzen eines selbstregulativen Sozialstaats, ohne dass es freilich zur Gefährdung von Ressortverantwortlichkeiten durch informale Konvolute vernetzter parakonstitutioneller Machtzentren kommen darf.*

(19) *In diesem Kontext sollte im Übrigen nicht vergessen werden, dass als primär verantwortliche und darum stets einzubeziehende Selbsthilfegruppe die Familie verfassungsrechtliche Anerkennung genießt; Mechanismen gerade hier zu entwickeln, wurde in jüngsten Regelungen unternommen und muss auch weiterhin vordringliches Desiderat sein.*

(20) Auch wenn die Bedeutung des klassischen Ehrenamts heute zu schwinden scheint, so lassen sich gleichwohl mannigfache, oft weniger stabile Formen bürgerschaftlichen Engagements registrieren. Frei-gemeinnützige Organisationen könnten ansonsten gar nicht agieren. Nicht zuletzt angesichts der Knappheit staatlicher Finanzressourcen wird es sich als notwendig erweisen, in einzelnen Bereichen des Verwaltungsrechts geeignete Anreizmechanismen zur Hebung solchen freiwilligen bürgerlichen Engagements zu entwickeln. Auch privatrechtliche wie öffentlich-rechtliche Stiftungslösungen bieten sich zur Verstärkung freiwilligen Engagements im Sinne subsidiärer Wohlfahrtspflege in der Zivilgesellschaft inklusive der Ansätze im Rahmen von Corporate Citizenship an.

(21) Gerade in den auf Pluralität der Leistungserbringung ausgerichteten Fürsorgebereichen dominieren Formen anreizorientierten Verwaltungshandelns, vorzugsweise durch Subventionierung. Neben richtliniengestützter, eher Individuen geltender Förderung aus speziellen Fonds finden sich vermehrt gesetzliche Grundlagen für eine institutionelle Träger- respektive vorhabenbezogene Projektförderung, letztere in Gestalt einer Objekt- oder Subjektförderung.

(22) Über die Art und Höhe der Förderung entscheidet der zuständige öffentliche Träger nach pflichtgemäßem Ermessen. Angesichts der gängigen Koppelung von Planungs- und Strukturregelungen mit Förderungsbestimmungen kommt einem Plan im Sinne eines konzeptionellen Vertrauenstatbestandes ermessensleitende Wirkung zu.

(23) Nachdem das Wirtschaftlichkeitsgebot Anerkennung als zentrale Direktive staatlichen Handelns auch im Sozialrecht gefunden hat, wird auf Feldern der Sozial-Verwaltung zunehmend propagiert, nicht mehr nur auf Kooperation mit frei-gemeinnützigen Trägern zu setzen, sondern eine Leistungserbringung auch durch gewerbliche Unternehmen im Wettbewerb zu ermöglichen. Hier stellen sich sodann vielfältige wettbewerbsrechtliche Fragen auf der Ebene des nationalen wie des Gemeinschaftsrechts (Vergaberecht, Beihilfenrecht).

(24) Allein schon angesichts der Finanzierungsvolumina ist es unumgänglich, die ökonomische Funktion des Sozialrechts wieder freizulegen und es künftig verstärkt als Teilsektor des öffentlichen Wirtschaftsrechts zu begreifen. Dies hat nicht unbeträchtliche Konsequenzen auch für die Verwaltungsrechtsdogmatik:

- Wirtschaftlichkeitsaspekte fungieren als unverzichtbarer Bestandteil eines die Leistungserbringung steuernden Verwaltungskonzepts,
- ökonomische Faktoren gewinnen verstärkt Relevanz bei der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe,
- fiskalische Erwägungen können nicht mehr schlankweg aus den zulässigen Ermessenserwägungen ausgeklammert werden.

(25) *Stärker als in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts ist im Sozialrecht – aufgrund extensiver multipler Kodifizierung auch bitter nötig – gesetzgeberisches Bemühen erkennbar, mehr Rechtssicherheit über makroadministrative Verhaltenssteuerung durch transparente Konzeptionen mit klaren Programmformeln in Gestalt plakativer Leitvorstellungen und materieller Rangzuweisungen sowie Abstufungen für gerade hier häufige Gemengelagen und Verschränkungen zu erzielen.*

VI. Perspektiven

(26) *Sichtbar werden hier Konturen einer avantgardistischen Akzentuierung der – in Art.41 der Charta der Grundrechte der EU als Bürgerrecht verankerten – „guten Verwaltung“ als einer effizienten Verwaltung, die sich auf Beteiligung und Mitverantwortung Betroffener stützt.*

(27) *Dem bei der Würdigung des deutschen Sozialstaats erkennbaren Hang zu pointiert emotionalisierenden Charakterisierungen sowie zu in der Lehre modebewusst gepflegten sogenannten Großformeln wie dem Wohlfahrtsstaat, dem Versorgungsstaat, dem Präventionsstaat, dem Sozialversicherungsstaat, dem Kooperationsstaat oder dem Allwetterstaat sollte trotz oder gerade wegen ihrer plakativen Akzentuierungen widerstanden werden, weil sich ihre dogmatische Leistungskraft bei näherer Betrachtung als höchst bescheiden erweist, für das Verwaltungsrecht ganz ausfällt. Dies gilt letztlich auch für den mit unterschiedlichen Akzentuierungen vielbeschworenen „Gewährleistungsstaat“ als diffuse Chiffre eines in erster Linie sozialwissenschaftlich fundierten Steuerungsstrebens.*

(28) *Es ist und bleibt allein schlicht der soziale Staat, dessen verwaltungsrechtliche Instrumente auszuleuchten hier unternommen wurde, und zwar im Lichte einer – dringlicher denn je anzumahenden – Kultur der Transparenz, der Serviceorientierung und der Bürgeraktivierung.*

Dritter Beratungsgegenstand:

Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates

2. Bericht von Prof. Dr. *Jens-Peter Schneider*, Osnabrück

Inhalt

	Seite
I. Eine europäische Perspektive	240
II. Die Europäisierung der nationalen Solidargemeinschaften und des nationalen Leistungsverwaltungsrechts	241
1. Der Nationalstaat als herkömmlicher Rahmen sozialer Solidarität	241
2. Eingeschränkte Europäisierung durch die Verordnungen zur Sozialrechtskoordinierung	242
3. Weiter gehende Europäisierung durch die Kohll/Decker-Rechtsprechung	244
4. Europäisierung nationaler Solidargemeinschaften durch regulative Marktorganisation als Alternative	248
III. Instrumente der Verwaltungskontrolle beim Vollzug europäischer Sozialprogramme	249
1. Reform der zentralen Programmdurchführung	250
a) Finanzverantwortung der Kommissionsdienst- stellen	252
b) Allgemeine Grundsätze der Vergabe europäischer Finanzhilfen	253
c) Finanzkorrekturen gegenüber den Begünstigten	254
d) Kontrolle des finanzwirksamen Verwaltungshandelns der Kommissionsdienststellen	255
2. Geteilte Programmdurchführung am Beispiel der Europäischen Struktur- und Kohäsionsfonds	259
a) Verantwortungsverbund bei der geteilten Mittelverwaltung	262
b) Mitgliedstaatliche Finanzkontrolle	262
c) Kommissionseigene Finanzkontrolle	263

d) Evaluationsverfahren	265
e) Ausblick auf die Programmplanungsperiode ab 2006	265
3. Bilanz und Ausblick	266

I. Eine europäische Perspektive

„Gegenüber Europa ... bleibt ... nur Ohnmacht. Ohnmacht nicht gegenüber Menschen. Menschen sehen Sie erst gar nicht. Ohnmacht gegenüber dem System. Ohnmacht gegenüber dem System aber, das kann, das darf nicht unser Sozialstaat sein“.¹ Mit dieser wahrhaft kafkaesken Analyse beschloss *Hans F. Zacher* Anfang 2002 einen Vortrag mit dem Titel „Wird es einen europäischen Sozialstaat geben?“. Und obwohl das Zitat unter der Zwischenüberschrift „Die Gemeinschaft – kein Sozialstaat“ zu finden ist, lässt *Zacher* keinen Zweifel, dass Europäische Union und Gemeinschaft in mannigfaltiger Gestalt dabei sind, von der europäischen Integration ausgelöste soziale Erwartungen zu erfüllen.

Wenn im Folgenden eine europäische Perspektive auf das vorliegende Thema eingenommen wird, soll damit nicht unterstellt werden, dass es einen europäischen Sozialstaat gäbe. Es genügt vielmehr die Feststellung, dass das europäische Recht zunehmend auch soziale Ziele verfolgt oder auf sozialstaatliche Instrumente der Mitgliedstaaten einwirkt.

Leitend für die europäische Sozialpolitik ist die im März 2000 vom Europäischen Rat beschlossene Lissabon-Strategie.² Deren überaus ambitioniertes Ziel ist die Transformation der Union zum wettbewerbsfähigsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt. Verwirklicht werden sollen die sozialpolitischen Aspekte der Lissabon-Strategie nach den Vorschlägen einer Gruppe hochrangiger Sachverständiger nur in Randbereichen durch neues Sekundärrecht.³ Von zentraler Bedeutung seien stattdessen (1.) der Dialog der europäischen Sozialpartner, (2.) die Methode der offenen Koordinierung und (3.) die Struktur- und Kohäsionsfonds der Gemeinschaft. Die beiden ersten Instrumente sind vorrangig politischer Natur und werden daher im Weiteren nicht näher behandelt. Einen Schwerpunkt werden demgegenüber die Gemeinschaftsfonds sowie weitere europäische Sozialprogramme und damit die verwaltungsrechtlichen Instrumente der europäischen Leistungsverwaltung bilden (unten III.).

Zuvor sind jedoch die Einwirkungen des EG-Rechts auf die mitgliedstaatlichen Instrumente des Sozialstaats anzusprechen (unten II.). Sie gehören für *Zacher* zu den eigentümlichsten Elementen des sozialen Europas.⁴

¹ *H. F. Zacher* EuR 37 (2002), 147 (164).

² Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Sozialpolitische Agenda, KOM(2000) 379 endgültig, 5 ff.

³ Hierzu und zum Folgenden: Bericht der Hochrangigen Gruppe über die Zukunft der Sozialpolitik in der erweiterten Europäischen Union, 2004, 80 ff.

⁴ *H. F. Zacher* (Fn. 1), 152.

Exemplarisch wird die Infragestellung ausgewählter Instrumente der nationalen Gesundheitspolitik durch die Rechtsprechung zu den europäischen Marktfreiheiten behandelt.⁵

II. Die Europäisierung der nationalen Solidargemeinschaften und des nationalen Leistungsverwaltungsrechts

I. Der Nationalstaat als herkömmlicher Rahmen sozialer Solidarität

Der Staat lebt von Bedingungen, die er selbst nicht garantieren kann. Diese insbesondere von *Böckenförde* für die deutsche Staatsrechtslehre immer wieder in Erinnerung gerufene These⁶ gilt auch für den Sozialstaat. Zu diesen Bedingungen gehören wirtschaftliche Dynamik und Prosperität. Eine weitere, hier interessierende Grundbedingung für die Akzeptanz sozialstaatlicher Umverteilung ist ein solidarisches Verantwortungsgefühl der Zahlenden für die Empfangenden. Nachdem die religiöse Verpflichtung zur Nächstenliebe im Zuge der Säkularisierung an Einfluss verlor, gewann im 19. Jahrhundert die nationale Solidarität zunehmend an Gewicht.⁷

Dementsprechend war der deutsche Sozialstaat ein nationalstaatliches Projekt, wenngleich er frühzeitig Elemente einer zwischenstaatlichen Offenheit enthielt.⁸ Das eindrucksvollste Beispiel der Verknüpfung sozialpolitischer Fortschritte mit dem Prozess nationaler Staatsbildung ist die bismarcksche Sozialversicherung.⁹ An diesem Beispiel zeigt sich auch eine

⁵ Dabei müssen die allgemeinen Erschütterungen der Sozialsysteme aufgrund des Standortwettbewerbs im europäischen Binnenmarkt ausgeklammert bleiben; dazu: *F. Scharpf* Journal of Common Market Studies 40 (2002), 645 (649). Gleiches gilt für die Frage nach der Europäisierung der bislang national verstandenen Solidargemeinschaften durch die aktuelle Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft: EuGH, Slg. 1998, I-2691 – Martínez Sala; EuGH, Slg. 2001, I-6193 – Grzelczyk; EuGH, Slg. 2002, I-6191 – D’Hoop; EuGH, Slg. 2002, I-7091 – Baumbast; EuGH, EuZW 2004, 507 – Collins; EuGH, Urteil vom 7. September 2004, C-456/02 – Trojani; *K. Ziegler* in: Hatje/Terhechte (Hrsg.) Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung, EuR-Beiheft 3/2004, 13 (23 ff.); kritisch hierzu: *R. Kanitz/P. Steinberg* EuR 38 (2003), 1013 ff.; *K. Hailbronner* NJW 2004, 2185 ff.

⁶ *E.-W. Böckenförde* in: ders. Recht, Staat, Freiheit, 1991, 92 (112); für das Demokratieprinzip näher ausgeführt in *ders.* HStR I, 1987, § 22 Rn. 58 ff.

⁷ Vgl. die historische Darstellung des sozialen Einschlusses von *H. F. Zacher* FS Badura, 2004, 639 (646 ff.); ausführlich und differenziert: *M. Stolleis* Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, 13 ff., 36 f., 53, 58 f.

⁸ *H. F. Zacher* in: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung/Bundesarchiv (Hrsg.) Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945, Bd. I, 2001, 333 (615 ff.).

⁹ *L. Leisering* Journal of European Social Policy 13 (2003), 175.

subtile Dialektik zwischen Staatsbildung und sozialer Solidargemeinschaft. Nationen sind nicht nur etwas für den Sozialstaat Vorgefundenes, sondern werden auch durch soziale Ausgleichsmechanismen geprägt und mitgeschaffen.¹⁰

Die Implikationen dieser historischen Betrachtung für den Stellenwert der Sozialpolitik im europäischen Integrationsprozess sind offenkundig. Sozialpolitische Initiativen können den Integrationsprozess im Sinne eines wirtschaftlichen, sozialen und politischen Zusammenhalts befördern. Das gelingt aber nur, wenn sie das bislang national fokussierte Solidaritätspotenzial der Unionsbürger nicht überfordern. Dieser politische Gestaltungsprozess ist anspruchsvoll. Erschwert wird die Aufgabe dadurch, dass sich in den letzten 120 Jahren auch innerhalb Europas sehr unterschiedliche Wohlfahrtsstaatskonzepte und Sozialmodelle herausgebildet haben.¹¹

2. *Eingeschränkte Europäisierung durch die Verordnungen zur Sozialrechtskoordinierung*

Deshalb war das sozialrechtliche EG-Verordnungsrecht traditionell von prinzipieller Rücksichtnahme gegenüber der sozialpolitischen Autonomie der Mitgliedstaaten geprägt. Entwicklungsgeschichtlicher und auch noch heutiger Kern des EU-Sozialrechts ist das koordinierende Sozialrecht.¹² Dieses soll nicht die nationalen Sozialrechtsordnungen inhaltlich harmonisieren,¹³ sondern lediglich deren Zusammenwirken zugunsten der Freizügigkeit von Arbeitnehmern koordinierend sicherstellen.

¹⁰ L. Leisering (Fn. 9), 177; M. Stolleis (Fn. 7), 52 ff. (insbesondere 53, 58 f.). Die integrative Funktion der Sozialpolitik wurde vor allem durch Lorenz von Stein betont, vgl. L. Leisering ebenda, 183; M. Stolleis ebenda, 56.

¹¹ P. Baldwin ZSR 2003, 45 (54 ff.); F.-X. Kaufmann Varianten des Wohlfahrtsstaats, 2003, 125 ff.; L. Leisering (Fn. 9), 181 ff.

¹² G. Haverkate/S. Huster Europäisches Sozialrecht, 1999, Rn. 7 ff. Die Grundlagen des sozialen Koordinationsrechts wurden in einer der ersten Verordnungen der EWG überhaupt, der Verordnung Nr. 3 aus dem Jahre 1958 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer gelegt (ABl. EG 1958 Nr. 30/561). 1971 kam es zu einer bis heute geltenden Neufassung dieses Rechtsbereichs durch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971, ABl. EG 1971 Nr. L 149/2. Sie wird ab dem Inkrafttreten der dazugehörigen Durchführungsverordnung durch die im April 2004 beschlossene Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit abgelöst (berichtigte Fassung: ABl. EU 2004 Nr. L 200/1).

¹³ Gegenstand inhaltlicher Rechtsvereinheitlichung waren bisher vor allem arbeitsrechtliche Instrumente zum Arbeitsschutz (hierzu: W. Balze in: Oetker/Preis (Hrsg.) Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), 2001, B-5000, 1 ff.; R. Wank in: Oetker/Preis

Wesentliche Entwicklungstendenz des koordinierenden EG-Sozialrechts ist die Erweiterung seines persönlichen¹⁴ und – wenn auch in geringerem Maße – sachlichen Anwendungsbereichs¹⁵. Das Instrumentarium des koordinierenden Sozialrechts hat sich seit 1958 hingegen kaum verändert. Zu ihm gehören beispielsweise

- die Bestimmung eines einheitlichen Sozialrechtsstatuts,¹⁶
- das Verbot der sozialrechtlichen Diskriminierung von EG-Ausländern,¹⁷
- die Zusammenrechnung von Versicherungszeiten¹⁸ und
- der Leistungsexport.¹⁹

Nähere Betrachtung verdient die sekundärrechtliche Regelung grenzüberschreitender Behandlungsleistungen. Angesichts des expansiven Potenzials eines solchen „Gesundheitstourismus“ besitzen die einschlägigen Bestimmungen erhebliche gesundheitsökonomische und gesundheitspolitische Relevanz. Das Verordnungsrecht eröffnet einerseits Möglichkeiten zur grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen. Zum Schutz der finanziellen Interessen der letztlich die

(Hrsg.) EAS, B-6000, 1 ff.) sowie zur Gleichstellung von Frauen und Männern: *B. Schmidt am Busch* in: *Oetker/Preis* (Hrsg.) EAS, B-4300, 1 ff.; *E. Eichenhofer* Sozialrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2003, 35, 177 ff.; s. ferner *M. Jestaedt* und *G. Britz* Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in diesem Band.

¹⁴ 1981 wurde der persönliche Anwendungsbereich der VO (EWG) 1408/71 auf Selbstständige erweitert: Verordnung (EWG) Nr. 1390/81 des Rates vom 12. Mai 1981, ABl. EG 1981 Nr. L 143/1; anschließend wurde ihr Anwendungsbereich vom EG-Gesetzgeber erweitert auf Beamte (1998) und Studierende (1999) (Nachweise bei *M. Fuchs* in: ders. (Hrsg.) *Kommentar zum Europäischen Sozialrecht*, 3. Aufl. 2002, Einführung Rn. 28, 42); daneben wurde durch die Rechtsprechung die Rechtsstellung der Familienangehörigen kontinuierlich verbessert (Nachweise bei *M. Fuchs* ebenda, Einführung Rn. 45); zur Erweiterung auf Drittstaater Mitte 2003 s. Verordnung (EG) Nr. 859/2003 des Rates vom 14. Mai 2003, ABl. EU 2003 Nr. L 124/1; Art. 2 VO (EG) Nr. 883/2004 erweitert den persönlichen Anwendungsbereich auf alle Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats: *B. Schulte* in: v. *Maydell/Ruland* (Hrsg.) *Sozialrechtshandbuch (SRH)*, 3. Aufl. 2003, D. 32 Rn. 177.

¹⁵ Die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs betrifft vor allem die so genannten beitragslosen Sonderleistungen, die als Mischleistungen zwischen den beitragsabhängigen Systemen der sozialen Sicherheit und der rein bedürfnisabhängigen – gemäß Art. 3 Abs. 5 VO (EG) Nr. 883/2004 bzw. Art. 4 Abs. 4 VO (EWG) Nr. 1408/71 vom Anwendungsbereich der sozialen Koordinierung ausgeschlossenen – sozialen Fürsorge (Sozialhilfe) stehen; hierzu *M. Fuchs* (Fn. 14), Einführung Rn. 48; *B. Schulte* (Fn. 14), Rn. 73 ff.

¹⁶ Art. 11 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004; Art. 13 Abs. 1 S. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71.

¹⁷ Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004; Art. 3 VO (EWG) Nr. 1408/71.

¹⁸ Art. 6 VO (EG) Nr. 883/2004; Art. 18 VO (EWG) Nr. 1408/71.

¹⁹ Art. 7 VO (EG) Nr. 883/2004; Art. 10 VO (EWG) Nr. 1408/71.

Kosten tragenden Stellen im Wohnmitgliedstaat sind jedoch andererseits nur angemessene und von diesen Stellen genehmigte Behandlungen erstattungsfähig.²⁰

Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Auslandsbehandlung erstens vom Leistungskatalog des Wohnmitgliedstaats erfasst und zweitens eine Inlandsbehandlung nicht rechtzeitig erfolgen kann. Hinsichtlich der verordnungsrechtlichen Kriterien für die Rechtzeitigkeit haben sich durch die im April 2004 beschlossene Verordnung zur Sozialrechtskoordinierung Veränderungen ergeben. Bisher bestimmte sich die Rechtzeitigkeit nach dem im Wohnmitgliedstaat normalerweise erforderlichen Zeitraum, was je nach nationaler Prioritätensetzung sehr Unterschiedliches bedeuten konnte. Künftig ist ausdrücklich der medizinisch vertretbare Zeitraum maßgeblich. Wenngleich der Wortlaut der neuen Verordnung durchaus eine restriktive, auf Versorgungsnotstände beschränkte Genehmigungspraxis zuließe,²¹ spricht der Vergleich mit der bisherigen Rechtslage jedenfalls für eine eingeschränkte Europäisierung des Niveaus der mitgliedstaatlichen Gesundheitsdienstleistungen.

3. Weiter gehende Europäisierung durch die Kohll/Decker-Rechtsprechung

Noch weiter gehend und schon lange vor der aktuellen Novellierung wurden die Rahmenbedingungen für die Inanspruchnahme grenzüberschreitender Behandlungsleistungen durch die bekannte Kohll/Decker-Rechtsprechung des EuGH modifiziert. Dabei wurde das einschlägige Sekundärrecht nicht für primärrechtswidrig und nichtig erklärt. Vielmehr wurden zusätzliche Rechtspositionen der Patienten unmittelbar aus den Grundfreiheiten abgeleitet. Die inzwischen durch eine Reihe nachfolgender Urteile präzisierten Rechtsprechungsgrundsätze lassen sich wie folgt zusammenfassen:²²

Eher rhetorischer Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer sozialen Sicherungssys-

²⁰ Art. 20 VO (EG) Nr. 883/2004; Art. 22 VO (EWG) Nr. 1408/71.

²¹ Etwa indem die Vertretbarkeit nach nationalen Standards bewertet würde.

²² Vgl. EuGH, Slg. 1998, I-1831 – Decker; EuGH, Slg. 1998, I-1931 – Kohll; EuGH, Slg. 2001, I-5363 – Vanbraekel; EuGH, Slg. 2001, I-5473 – Smits/Peerbooms; EuGH, Slg. 2003, I-4509 – Müller-Fauré; EuGH, EuroAS 2004, 35 – Inizan; stellvertretend aus der fast grenzenlosen Anmerkungsliteratur: *K.-J. Bieback* NZS 2001, 561 ff.; *U. Becker* NJW 2003, 2272 ff.; *T. Kingreen* ZESAR 2003, 199 ff.; *C. Nowak* EuR 38 (2003), 644 ff.; *ders.* EuZW 2003, 474 ff.; eher kritisch: *M. Fuchs* NZS 2002, 335 (339 f.); *ders.* NZS 2004, 225 (226 ff.); *U. Kötter* ZESAR 2003, 301 ff. Zur vergleichbaren Europäisierung der bislang national verstandenen Solidargemeinschaften durch die aktuelle Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft s. die Nachweise in Fn. 5.

teme unberührt bleibt. Entscheidend ist vielmehr, dass die Mitgliedstaaten bei dieser Ausgestaltung das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die aktive und passive Dienstleistungsfreiheit²³ beachten müssen. Mitgliedstaatliche Genehmigungserfordernisse für Auslandsbehandlungen stellen eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar. Für Krankenhausbehandlungen erkennt der EuGH in finanziellen Planungs- und Stabilitätsbedürfnissen zwar einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses, der Genehmigungserfordernisse prinzipiell rechtfertigen kann. Jedoch wird das mitgliedstaatliche Ermessen hinsichtlich der zulässigen Verweigerungsgründe und der Gestaltung des Genehmigungsverfahrens unter Rückgriff auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erheblich eingeschränkt. Noch weiter gehend werden Genehmigungserfordernisse für ambulante Auslandsbehandlungen von vornherein als unzulässig angesehen.²⁴ Allerdings können Versicherte nur die Erstattung solcher Kosten verlangen, die nach den Bestimmungen ihres Versicherungsträgers gedeckt werden.²⁵

Man kann diese Rechtsprechung unter vielfältigen Aspekten diskutieren. Hier sollen exemplarisch die Auswirkungen auf einige sozialrechtliche Instrumente der Mitgliedstaaten aufgezeigt werden.²⁶ Beispielsweise werden durch die weitgehende Befreiung der grenzüberschreitenden ambulanten Gesundheitsdienstleistungen von Genehmigungspflichten vertragsrechtlich verankerte Qualitätsstandards und Qualitätssicherungssysteme in Frage gestellt.²⁷ Gleiches gilt für angebotssteuernde Instrumente

²³ Zur – im Wortlaut nicht angelegten – Ausdehnung auf die passive Dienstleistungsfreiheit: EuGH, Slg. 1984, 377 – *Luisi und Carbone*; kritisch UK Court of Appeal, [2004] EWCA Civ 166, Tz. 31, 103 – *Secretary of State for Health v. R on the application of Yvonne Watts*.

²⁴ Dies gilt unabhängig davon, ob der Mitgliedstaat ein Kostenerstattungs- oder ein Sachleistungssystem eingeführt hat. Zu staatlichen Gesundheitsdiensten hat der EuGH noch keine definitive Aussage getroffen; Vorhersagen gibt es in beide Richtungen: UK Court of Appeal, [2004] EWCA Civ 166, Tz. 88 – *Secretary of State for Health v. R on the application of Yvonne Watts* einerseits; *M. Fuchs* NZS 2002, 337 (346) andererseits.

²⁵ EuGH, Slg. 2003, I-4509 – *Müller-Fauré*, Tz. 98, 107f.: Mitgliedstaaten mit Sachleistungssystemen können auf nichtdiskriminierenden Kriterien beruhende Erstattungsbeiträge festsetzen; ferner kann die fachärztliche Behandlung eine vorherige hausärztliche Konsultation voraussetzen.

²⁶ Auf der Ebene des europäischen Sozialrechts ist das intransparente und mit erheblichen dogmatischen und praktischen Folgeproblemen verbundene Nebeneinander von primär- und sekundärrechtlichen Regelungen zu beklagen: *E. Eichenhofer* VSSR 1999, 101 (119f.); *U. Kötter* (Fn. 22), 308.

²⁷ *U. Kötter* (Fn. 22), 306f.

zum Schutz der finanziellen Stabilität im ambulanten Bereich durch Zulassungsschranken oder Budgets.²⁸

Ein weiteres Beispiel für drohende Funktionseinbußen nationaler Steuerungsinstrumente durch die Kohll/Decker-Rechtsprechung bieten die in vielen Mitgliedstaaten bekannten Wartelisten für medizinische Dienstleistungen wie z. B. aufwändige Operationen. Hierzu gibt es bislang nur ein obiter dictum des EuGH.²⁹ Dieses lässt erkennen, dass der EuGH ökonomischen Erwägungen jenseits der Vermeidung von Verschwendung und Überkapazitäten skeptisch gegenübersteht.³⁰

In dankenswerter Klarheit hat Anfang 2004 der britische Court of Appeal auf die problematischen Konsequenzen einer tendenziell nahegelegten rigiden Beschränkung von Effizienzerwägungen hingewiesen. Durch Auslandsbehandlungen könnten Patienten nämlich nationale Warteschlangen umgehen. Müssten die dabei entstehenden Kosten nach der Kohll/Decker-Rechtsprechung vom National Health Service erstattet werden, wären zwei Reaktionen denkbar. Zum einen könnte der britische Staat das Budget des britischen Gesundheitsdienstes erhöhen. Ist er hierzu nicht bereit, müsste der NHS sein begrenztes Budget zugunsten der im Ausland behandelten Patienten umschichten. Dies bedeutete aber, dass nach medizinischen Kriterien eigentlich vorrangig zu behandelnde Patienten, die zu einer Auslandsbehandlung nicht in der Lage oder bereit sind, länger auf ihre Behandlung warten müssten.³¹

²⁸ U. Kötter (Fn. 22), 307f.; M. Fuchs NZS 2004, 225 (227ff.); s. auch die Vorlage des BSG, SGB 2003, 160.

²⁹ EuGH, Slg. 2003, I-4509 – Müller-Fauré, Tz. 92. Die rechtliche Beurteilung solcher Wartelisten erfolgt im Rahmen der Frage, ob ein zulässiger Genehmigungsverweigerungsgrund für eine Auslandsbehandlung vorliegt. Nach der Rechtsprechung darf die Genehmigung einer Auslandsbehandlung nicht verweigert werden, wenn die gleiche oder eine für den Patienten ebenso wirksame Behandlung nicht rechtzeitig in Einrichtungen des zuständigen Krankenversicherungsträgers erlangt werden kann (EuGH, Slg. 2003, I-4509 – Müller-Fauré, Tz. 86ff.). Diese Grundsätze hat der EuGH zunächst für den eigenständig aus der Dienstleistungsfreiheit abgeleiteten Anspruch auf Kostenerstattung für Auslandsbehandlungen formuliert. Jüngst hat er sie auch auf die Interpretation der koordinationsrechtlichen Bestimmungen übertragen (EuGH, EuroAS 2004, 35 – Inizan, Tz. 44-46, 59). Deren Neufassung durch Art. 20 Abs. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 greift diese Grundsätze mit dem Begriff des „medizinisch vertretbaren Zeitraums“ nun auch im Wortlaut erkennbar auf.

³⁰ Der EuGH gibt bedauerlicherweise keine erschöpfenden und rechtssicheren Alternativkriterien vor. Denn die vom EuGH ausgeschlossene rein formalistische Anwendung von Wartefristen ohne jedwede Berücksichtigung medizinischer Prioritäten dürfte in den Mitgliedstaaten die Ausnahme darstellen. Deshalb stellt sich die Frage, welche Erwägungen unterhalb der von wem auch immer zu bestimmenden, aber jedenfalls idealiter europaweit einheitlichen Schwelle medizinischer Unvertretbarkeit einfließen dürfen.

³¹ UK Court of Appeal, [2004] EWCA Civ 166, Tz. 104f. – Secretary of State for Health v. R on the application of Yvonne Watts.

Gegenüber Ansprüchen an den Staat, für bestimmte öffentliche Aufgaben die nötigen Mittel zwingend bereitzustellen, sind britische Juristen schon immer zurückhaltender gewesen als deutsche Verwaltungsrechtler.³² Mit pragmatischer Sensibilität berücksichtigen sie die Realität begrenzter staatlicher Ressourcen, soll die Steuer- und Abgabenlast der Bürger nicht weiter erhöht werden. Mittelknappheit begründet aber zwangsläufig die Notwendigkeit, andere öffentliche Aufgaben zugunsten der gerichtlich eingeforderten zurückzustellen.³³ Derartige finanzielle Abwägungsentscheidungen werden von britischen Gerichten als politisch eingestuft und demokratisch stärker legitimierten und kontrollierten Staatsorganen vorbehalten.³⁴ Der Court of Appeal formuliert dementsprechend mit typischer äußerer Zurückhaltung, dass es vertiefter Überlegung bedürfe, ob es dem wahren Sinn der Dienstleistungsfreiheit entspreche und mit der in Art. 152 Abs. 5 S. 1 EG garantierten gesundheitspolitischen Autonomie der Mitgliedstaaten vereinbar sei, wenn einzelne Patienten den Mitgliedstaaten das nationale Gesundheitsbudget diktieren könnten.³⁵

Beachtung verdient in diesem Zusammenhang, dass sich der EuGH gegenüber gesundheitsökonomischen Erwägungen keineswegs prinzipiell verweigert hat. Er hat jedoch angesichts der faktischen Schranken für einen umfänglichen Gesundheitstourismus wie Sprachbarrieren und Ähnlichem den Mitgliedstaaten die Darlegungs- und Nachweispflicht für die befürchteten Auswirkungen auf die Stabilität ihrer Gesundheitssysteme auferlegt.³⁶ Die Ansprüche der Patienten stehen damit letztlich unter dem Vorbehalt, dass nicht eine erkennbar größere und finanziell relevante Zahl von Auslandsbehandlungen vorgenommen wird. Die passive

³² Nur eingeschränktes Problembewusstsein zeigen selbst jüngere Entscheidungen: BVerwG, DVBl 2004, 317 (318f.); BVerwG, DVBl 2004, 131 (133); VG Köln, NVwZ-RR 1990, 414f.; s. auch die Nachweise und die Forderungen nach einem Perspektivenwandel bei: *H.-J. Papier* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, 231 (insbesondere 231f., 238f., 240f.); *W. Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, 11 (35ff.); *E. Schmidt-Aßmann* in: Hoffmann-Riem/ders. (Hrsg.) *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, 245 (263ff.).

³³ UK Court of Appeal, [2004] EWCA Civ 166, Tz. 7f. – Secretary of State for Health v. R on the application of Yvonne Watts.

³⁴ Hierzu im rein britischen Zusammenhang: UK Court of Appeal, 1 WLR [1995], 898 – R v. Cambridge Health Authority ex parte B; UK Court of Appeal, 1 WLR [2000], 977 – R v. North West Lancashire Health Authority ex parte A.

³⁵ UK Court of Appeal, [2004] EWCA Civ 166, Tz. 107, 110 – Secretary of State for Health v. R on the application of Yvonne Watts.

³⁶ EuGH, Slg. 1998, I-1931 – Kohll, Tz. 52; EuGH, Slg. 2003, I-4509 – Müller-Fauré, Tz. 93, 95.

Dienstleistungsfreiheit mutiert so nicht nur faktisch, sondern normativ zu einem Recht oder besser Privileg für eine europäische Elite beispielsweise besonders sprachgewandter oder auslandserfahrener Patienten. Ein solches Ergebnis sollte gerade im Bereich sozialer Dienstleistungen zu denken geben.³⁷

4. *Europäisierung nationaler Solidargemeinschaften durch regulative Marktorganisation als Alternative*

Angesichts der auch vom EuGH zumindest rhetorisch betonten und in Art. 152 Abs. 5 S. 1 EG ausdrücklich anerkannten besonderen gesundheitspolitischen Ausgestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten wäre es überzeugender gewesen, den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Folgen für ihre Sozialsysteme eine Einschätzungsprärogative zuzusprechen. Der EuGH hätte insoweit an seine vorsichtigeren Rechtsprechung zu Ausgestaltungs-kompetenzen und Ausgestaltungsaufträgen bei der Liberalisierung von Energiemärkten anknüpfen können.³⁸ In beiden Bereichen geht es um die Regulierung komplexer wirtschaftlicher Systeme, deren Liberalisierung nur in klaren Randbereichen Gegenstand punktueller Interventionen der Judikative sein sollte. Überwiegend verlangt eine nachhaltige Liberalisierung in solchen Sektoren jedoch konzeptionell anspruchsvolle legislative Maßnahmen im Sinne einer regulativen Marktorganisation.³⁹

Der Umstand, dass dem Gemeinschaftsgesetzgeber diesbezüglich nur eingeschränkte Kompetenzen zustehen,⁴⁰ ist jedenfalls kein Argument für richterrechtliche Interventionen. Die Rechtsprechung stößt an ihre Funktionsgrenzen. Der spezifisch sozialrechtliche Aspekt hierbei ist, dass der EuGH notwendigerweise nicht nur Beschränkungen der Grundfreiheiten untersagt, sondern zugleich finanziell relevante Ansprüche gegen die Mitgliedstaaten oder deren Krankenversicherungsträger begründet. Gegenüber einer vergleichbaren Ableitung leistungsrechtlicher Ansprüche aus den Grundrechten hat das Bundesverfassungsgericht jedenfalls überwiegend weise Zurückhaltung geübt.⁴¹

³⁷ M. Fuchs NZS 2004, 225 (228).

³⁸ Hierzu: J.-P. Schneider Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, 1999, 391 ff.

³⁹ Bei tatsächlichen Effizienzvorteilen dürften entsprechende gesundheitspolitische Maßnahmen zumindest mittelfristig angesichts der immensen Finanznöte zu erwarten sein.

⁴⁰ Vgl. B. Schmidt am Busch in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Art. 152 EGV Rn. 1 ff., 17, 25 ff. (Stand: Oktober 1999); E. Eichenhofer (Fn. 13), Rn. 434 f.

⁴¹ Hierzu H. Dreier in: ders. (Hrsg.) GG I, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 90 ff.

III. Instrumente der Verwaltungskontrolle beim Vollzug europäischer Sozialprogramme

Nachdem im ersten Teil die Einwirkungen des liberalen EG-Rechts auf wichtige Instrumente des nationalen Sozialrechts beleuchtet wurden, werden im Folgenden die Instrumente der Europäischen Gemeinschaft zur Verwirklichung ihrer eigenen sozialen Ziele analysiert. Im Zentrum stehen europäische Sozialprogramme und damit das europäische Leistungsverwaltungsrecht.

Von besonderem Interesse werden dabei die im Eingangszitat bereits angesprochenen Verantwortungs- und Kontrollstrukturen sein. Näher vermerkt *Zacher* hierzu, dass nichts geschehen sei, um „politische Führung möglich und sichtbar zu machen und um daran die Konsequenz der Verantwortung zu knüpfen“.⁴² Dadurch werde aber der gemeinsame Kern von Rechtsstaat und Demokratie in Frage gestellt.⁴³ Zusammenfassen lässt sich dieser für das gesamte europäische Verwaltungsrecht relevante Problemkomplex unter dem Begriff der Verwaltungskontrolle.⁴⁴ Das Sozialrecht avanciert zum Referenzgebiet des Europäischen Verwaltungsrechts.

Leitend für die weitere Betrachtung ist die von der neuen Europäischen Haushaltsordnung (EHO)⁴⁵ aus dem Jahre 2002 vorgenommene Unterscheidung zwischen zentraler und geteilter Haushaltsmittelverwaltung.⁴⁶

⁴² *H. F. Zacher* (Fn. 1), 163.

⁴³ *H. F. Zacher* (Fn. 1), 164.

⁴⁴ Hierzu mit Blick auf das europäische Verwaltungsrecht: *E. Schmidt-Aßmann* in: *ders./Hoffmann-Riem* (Hrsg.) *Verwaltungskontrolle*, 2001, 9 ff.; *S. Kadelbach* in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.) *Verwaltungskontrolle*, 2001, 205 ff.; s. auch: *C. Harlow* *Accountability in the European Union*, 2002; *M. Everson* *Modern Law Review* 67 (2004), 124 ff.; *Arnulf/Wincott* (Hrsg.) *Accountability and Legitimacy in the European Union*, 2002; *C. Scott* *European Law Journal* 8 (2002), 59 ff.; *ders.* *Journal of Law and Society* 27 (2000), 38 ff.; *V. Mehde* *CMLRev.* 40 (2003), 423 ff.

⁴⁵ Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002, ABl. EG 2002 Nr. L 248/1.

⁴⁶ Diese Systematisierung wurde insbesondere vom Ausschuss unabhängiger Sachverständiger, Zweiter Bericht über die Reform der Kommission vom 9. September 1999, Kapitel 2 und 3 in die europäische Diskussion allerdings noch mit einer abweichenden Terminologie (direkte und gemeinsame Verwaltung) eingeführt. Es spricht viel für die generelle Übernahme dieser Systematik auch für das nicht finanzbezogene Verwaltungshandeln der Kommission; zur bisher abweichenden Systematisierung in der deutschen Europarechtswissenschaft: grundlegend *H.-W. Rengeling* *Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1977, 9 ff.; s. aus dem aktuellen Schrifttum: *A. Hatje* *Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung*, 1998, 41 ff.; *M. Ruffert* *Die Verwaltung* 36 (2003), 293 (295); zu einer anderen Terminologie

Beide Durchführungsarten kommen bei der Verwaltung europäischer Sozialprogramme vor. Zentral ist die Mittelverwaltung, wenn sie durch die Dienststellen der Kommission erfolgt (hierzu unten 1.).⁴⁷ Ein Beispiel bietet das Berufsbildungsprogramm „Leonardo da Vinci“.⁴⁸ Bei der geteilten Mittelverwaltung der Struktur- und Kohäsionsfonds überträgt die Kommission dagegen Haushaltsvollzugsaufgaben auf die Mitgliedstaaten (hierzu unten 2.).⁴⁹

1. Reform der zentralen Programmdurchführung

Im Fokus der europäischen Verwaltungsreformdebatte steht die zentrale Haushaltsmittelverwaltung. Dramatischer Anlass der Reformbestrebungen waren Finanzskandale, die zum Rücktritt der Santer-Kommission führten.⁵⁰ Sie betrafen unter anderem das erwähnte Berufsbildungsprogramm „Leonardo da Vinci“. Ein wesentlicher Schwachpunkt der bisherigen Verwaltungsstrukturen bestand in einem Wildwuchs so genannter Büros für technische Hilfe. Mit ihnen versuchte die Kommission ihren Mangel an eigenen Personalressourcen für die Durchführung immer neuer von Rat und Parlament beschlossener Programme zu kompensieren.⁵¹ Wegen mangelnder Rechnungs- und Erfolgskontrolle entwickelte sich eine Schattenwirtschaft für politisch-administrative Dienstleistungen,

logie neigend: *J. Suerbaum* Die Kompetenzverteilung beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Deutschland, 1998, 116ff.

⁴⁷ Art. 53 Abs. 2 EHO; weiter unterschieden werden kann zwischen direkter bzw. mittelbarer Zentralverwaltung durch die Kommission selbst und indirekter bzw. mittelbarer Zentralverwaltung im Rahmen der aktuellen Externalisierungspolitik (hierzu: unten Fn. 56).

⁴⁸ S. den diesbezüglichen Beschluss des Rates vom 26. April 1999, ABl. EG 1999 Nr. L 146/33.

⁴⁹ Art. 53 Abs. 3 EHO; hinzu kommen noch die dezentrale Verwaltung durch Delegation auf Drittländer sowie die gemeinsame Verwaltung mit internationalen Organisationen, Art. 53 Abs. 1 lit. c, Abs. 4 EHO. Mit über 70% des EG-Haushalts erfasst die geteilte Haushaltsdurchführung den mit Abstand bedeutenderen Teil; nähere Angaben hierzu: Ausschuss unabhängiger Sachverständiger, Zweiter Bericht (Fn. 46), Tz. 2.1.1 ff.

⁵⁰ Ausschuss unabhängiger Sachverständiger, Erster Bericht über Anschuldigungen betreffend Betrug, Missmanagement und Nepotismus in der Europäischen Kommission vom 15. März 1999; dazu *P. P. Craig* *European Law Journal* 6 (2000), 98ff.; auch die Prodi-Kommission geriet aufgrund einer erneuten Finanzaffäre bei Eurostat unter massiven politischen Druck: Europäisches Parlament, Gemeinsamer Entschließungsantrag zu Eurostat vom 21. April 2004.

⁵¹ Zu den Verantwortungsanteilen von Kommission, Rat und Parlament an dieser Fehlentwicklung: *P. P. Craig* (Fn. 50), 106ff., 116.

die sich durch unzureichende Ausschreibungsverfahren, Vetternwirtschaft, Pseudoleistungen, Doppelrechnungen, mangelnde Vertragskontrolle und Ähnliches auszeichnete.⁵²

Kernelemente des im Jahr 2000 beschlossenen Reformkonzepts der Prodi-Kommission⁵³ sind

- Aufgabenkritik und aufgabenadäquate Ressourcenzuweisung;⁵⁴
- kommissionsinterne Einführung verbesserter finanzieller Rechenschafts- und Kontrollstrukturen;
- eine leistungsorientierte Modernisierung des Beamtenstatuts;⁵⁵
- eine stärker strukturierte und kontrollierte Externalisierungspolitik;⁵⁶
- sowie schließlich die Entwicklung einer effizienz- und verantwortungsorientierten Verwaltungskultur.⁵⁷

Hiermit greift die Kommission – ohne dies selbst anzusprechen – eine Reihe von Reforminstrumenten auf, die aus der internationalen Diskussion über New Public Management vertraut sind.⁵⁸ Dies gilt insbesondere

⁵² Ausschuss unabhängiger Sachverständiger, Erster Bericht (Fn. 50), insbesondere Tz. 6.4., 9.2.2 ff.

⁵³ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Die Reform der Kommission, Ein Weißbuch – Teil I, KOM(2000) 200 endgültig/2; es beruht zu großen Teilen auf den Vorschlägen des Ausschusses unabhängiger Sachverständiger, Zweiter Bericht (Fn. 46); aus dem Schrifttum: *H. Reichenbach/A. von Witzleben* in: Siedentopf (Hrsg.) Der Europäische Verwaltungsraum, 2004, 39 ff.; *P. P. Craig* (Fn. 50), 98 ff.; *V. Mehde* ZEuS 4 (2001), 403 ff.; *D. Spence* Journal of European Public Policy 7 (2000), 1 ff. Nach dem Fortschrittsbericht vom 10. Februar 2004, Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Erfüllung des Reformauftrags: Fortschrittsbericht und 2004 durchzuführende Maßnahmen, KOM(2004) 93 endgültig, sind inzwischen alle formalen Reformmaßnahmen durchgeführt worden, insbesondere wurden vom Gemeinschaftsgesetzgeber Ende 2002 eine neue Haushaltsordnung und Anfang 2004 das reformierte europäische Beamtenstatut erlassen.

⁵⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Fortschrittsbericht (Fn. 53), 6 ff.; als Beispiel s. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Tätigkeiten und Humanressourcen der Kommission in der erweiterten Europäischen Union, KOM(2002) 311 endgültig.

⁵⁵ Verordnung (EG, Euratom) Nr. 723/2004 des Rates vom 22. März 2004, ABl. EU 2004 Nr. L 124/1; s. auch: *W. Kilb* NVwZ 2003, 682 ff.; *H. Reichenbach/A. von Witzleben* (Fn. 53), 43 ff.

⁵⁶ Auf eine Analyse der Externalisierungspolitik mittels europäischer Exekutivagenturen (s. Verordnung (EG) Nr. 58/2003 des Rates vom 19. Dezember 2002, ABl. EG 2003 Nr. L 11/1), Netzen nationaler Agenturen (s. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, KOM(2001) 648 endgültig; dies., KOM(2000) 788 endgültig) sowie privaten Auftragnehmern (s. Art. 54 Abs. 2 lit. c EHO) muss leider aus Raumgründen verzichtet werden. S. stattdessen: *M. H. Koch* Die Externalisierungspolitik der Kommission, 2004; *P. P. Craig* ELRev. 28 (2003), 847 ff.; *M. P. Chiti* European Law Journal 10 (2004), 402 ff.; *E. Vos* CMLRev. 37 (2000), 1113 ff.

⁵⁷ Zur Ausgangslage s. *R. Priebe* Die Verwaltung 33 (2000), 379 ff.

⁵⁸ *V. Mehde* (Fn. 53), 419 ff.

für die durchgängige Betonung klarer Verantwortungsstrukturen und Rechenschaftspflichten. Auf diesen Aspekt konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen.

a) *Finanzverantwortung der Kommissionsdienststellen*

Der zentrale Kritikpunkt beim Rücktritt der Santer-Kommission war, dass Kommissare und Kommissionsbedienstete das erforderliche Verantwortungsbewusstsein für den Umgang mit den europäischen Haushaltsmitteln vermissen ließen. Die bisher vorhandenen Finanzverwaltungsstrukturen hätten geradezu ein System der Unverantwortlichkeit etabliert.⁵⁹

Diesem Missstand soll die neue Europäische Haushaltsordnung (EHO) abhelfen.⁶⁰ Sie führt zu einer erheblichen Dezentralisierung der Finanzverantwortung von der Haushaltsdirektion in die operativen Generaldirektionen. Sie wird dadurch direkt mit der inhaltlichen Verantwortung für die Erreichung der Programmziele verbunden. Schlüsselfunktion im neuen Finanzregime kommt den so genannten Anweisungsbefugten zu. Diese Funktion übt zwar nach Art. 59 Abs. 1 EHO zunächst das jeweilige Gemeinschaftsorgan aus. Die meisten weiteren Verpflichtungen beziehen sich jedoch auf die bevollmächtigten Anweisungsbefugten. Mit den Generaldirektoren wurden die ranghöchsten Fachbeamten durch das Kommissarskollegium mit dieser Funktion betraut. Sie sind nunmehr die zentralen Glieder der Finanzverantwortungskette.⁶¹ Sie können die Anordnungs befugnis weiterdelegieren, haben aber sicherzustellen, dass effektive Kontrollstrukturen in ihrer Generaldirektion finanzielle Unregelmäßigkeiten und Misswirtschaft aufdecken.⁶² Die besondere Verantwortung der Generaldirektoren wird durch jährliche Tätigkeitsberichte unterstrichen, in denen sie die Zuverlässigkeit und Ordnungsmäßigkeit der Finanztransaktionen ihrer Dienststelle bescheinigen oder

⁵⁹ Ausschuss unabhängiger Sachverständiger, Erster Bericht (Fn. 50), Tz. 9.4.24; s. auch: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch – Teil I (Fn. 53), 24; dies., KOM(2000) 461 endgültig, 16f.

⁶⁰ Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002, ABl. EG 2002 Nr. L 248/1; zur Begründung des Kommissionsvorschlags s. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, KOM(2000) 461 endgültig, 16ff.; s. ferner die Verordnung mit Durchführungsbestimmungen (DVO-EHO), Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2342/2002 der Kommission vom 23. Dezember 2002, ABl. EG 2002 Nr. L 357/1; P. P. Craig (Fn. 56), 840ff.; M. Noll Finanzwirtschaft 2002, 21 ff.

⁶¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch – Teil I (Fn. 53), 24; dies., Fortschrittsbericht (Fn. 53), 66f.

⁶² Art. 59 Abs. 2, 66 Abs. 3 EHO.

etwaige spezifische Vorbehalte anmelden und überprüfbare Gegenmaßnahmen aufzuführen müssen.⁶³

b) *Allgemeine Grundsätze der Vergabe europäischer Finanzhilfen*

Ebenso wie für die Vergabe öffentlicher Aufträge enthält die reformierte Europäische Haushaltsordnung nun auch allgemeine Regeln für die Vergabe von Finanzhilfen im Rahmen von Sozialprogrammen. Inhaltlich bestehen zwischen beiden Regelungskomplexen entsprechend ihrer teilweisen funktionalen Äquivalenz große Übereinstimmungen.⁶⁴ Art. 109 Abs. 1 EHO verpflichtet die Gemeinschaftsorgane zur Gewährung von Finanzhilfen insbesondere nach den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung.⁶⁵ Anders als zumeist im nationalen Sozialrecht geht es auf europäischer Ebene nicht um die Gewährung unbedingter Leistungsansprüche, sondern um die Vergabe begrenzter und knapper Mittel mit Auswahlermessern der Verwaltung. Das Gewährungsverfahren ist daher auf eine zumindest quasi-wettbewerbliche Auswahlentscheidung durch die Anweisungsbefugten ausgerichtet.⁶⁶ Die Gewährung der Finanzhilfe erfolgt nicht in einem einseitigen Zuwendungsbescheid, sondern gemäß Art. 108 Abs. 1 S. 2 EHO durch schriftliche Finanzierungsvereinbarung.⁶⁷

⁶³ Art. 60 Abs. 7 EHO; Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch – Teil I (Fn. 53), 24; dies., Fortschrittsbericht (Fn. 53), 20f., 25, 67f.; zur tatsächlichen Praxis: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Synthese der Jährlichen Tätigkeitsberichte 2002, KOM(2003) 391 endgültig; teilweise kritisch Rechnungshof, Jahresbericht zum Haushaltsjahr 2002 (2003/C 268/01), Tz. 5.10.–5.14.

⁶⁴ Die genauen Unterscheidungskriterien zwischen beiden Instrumenten sind noch keineswegs endgültig geklärt; vgl. Art. 88, 108 EHO und s. Ausschuss unabhängiger Sachverständiger, Zweiter Bericht (Fn. 46), Tz. 2.0.6, 2.1.4, 2.1.8ff., 2.1.37f., 2.2.17.

⁶⁵ S. auch Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch – Teil I (Fn. 53), 23.

⁶⁶ Art. 115f. EHO; im Rahmen des Leonardo-Programms sind für verschiedene Projektarten in Abhängigkeit zu ihrer jeweiligen europäischen Bedeutung und Komplexität drei verschiedene Verfahrensarten mit unterschiedlich starkem Einfluss der Kommission vorgesehen: Beschluss des Rates vom 26. April 1999 über die Durchführung der zweiten Phase des gemeinschaftlichen Aktionsprogramms in der Berufsbildung „Leonardo da Vinci“, ABl. EG 1999 Nr. L 146/33; Kommission der Europäischen Gemeinschaften, „Leonardo da Vinci“ – Allgemeiner Leitfaden für Antragsteller, Fassung 2004, 17ff., 24ff.

⁶⁷ Zum europäischen Verwaltungsvertragsrecht: *J. Grunwald* EuR 19 (1984), 227ff.; s. auch *H. C. Röhl* Verwaltung durch Vertrag, 2002; zur gegenteiligen bisherigen Verwaltungspraxis: EuG, Urteil vom 17. September 2003, T-137/01, Tz. 3ff.; s. aber auch EuG, Slg. 2001, II-779, Tz. 1, 4.

c) *Finanzkorrekturen gegenüber den Begünstigten*

Zum Schutz des Gemeinschaftshaushalts enthält die reformierte Europäische Haushaltsordnung für die Kommission und den Rechnungshof Kontrollbefugnisse gegenüber dem Empfänger,⁶⁸ der außerdem die Erfüllung der Zahlungsvoraussetzungen nachweisen muss.⁶⁹ Entsteht der Verdacht, dass die unterstützte Maßnahme nicht oder schlecht durchgeführt wurde, setzt der Anweisungsbefugte zunächst die Zahlungen aus. Bestätigt sich der Verdacht, wird die Finanzhilfe gekürzt. Gegebenenfalls verlangt der Anweisungsbefugte die Rückzahlung bereits gezahlter Finanzhilfen.⁷⁰ Der Kommission stehen ausdrücklich einseitige Anordnungsrechte zur Wahrung der finanziellen Gemeinschaftsinteressen unabhängig von den Bestimmungen der zweiseitigen Finanzierungsvereinbarung zu.⁷¹ Die anschließende Einziehung der Forderung erfolgt gemäß den allgemeinen Regeln der Europäischen Haushaltsordnung. Diese sehen Möglichkeiten des Forderungsverzichts aus Gründen der Verhältnismäßigkeit vor.⁷² Hiernach hat der Anweisungsbefugte eine multidimensionale Abwägungsentscheidung vorzunehmen. Während die Haushaltsordnung den Ausnahmecharakter eines Forderungsverzichts betont,⁷³ wird es Aufgabe der Gemeinschaftsgerichte sein, unter Vertrauensschutzaspekten entsprechende Rechtspflichten zu formulieren.⁷⁴

⁶⁸ Art. 120 Abs. 2 EHO.

⁶⁹ EuG, Urteil vom 17. September 2003, T-137/01, Tz. 82ff.; nun konkretisiert in Art. 180 Abs. 2 DVO-EHO.

⁷⁰ Art. 119 Abs. 2 EHO; Art. 183 DVO-EHO.

⁷¹ Vgl. demgegenüber noch EuG, Urteil vom 17. September 2003, T-137/01, Tz. 12, 35ff.: Rückforderungsermächtigung aufgrund Empfängererklärung zum Zuwendungsbescheid.

⁷² Art. 73 Abs. 2 EHO; Art. 87 DVO-EHO.

⁷³ S. insbesondere Art. 87 Abs. 1 DVO-EHO: „kann den Verzicht ... nur aussprechen, wenn ...“; auch die Kommission problematisiert allein den bisher unzureichenden Umfang von Wiedereinziehungen: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Fortschrittsbericht (Fn. 53), 73f.; dies., Tätigkeitsberichte (Fn. 63), 23f.

⁷⁴ Zur Rechtslage vor Erlass der EHO: *M. Rodi* Die Subventionsrechtsordnung, 2000, 602, 618f.; EuGH, Slg. 1987, 1005, Tz. 12ff. Zur Geltung und Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben bei Finanzkorrekturen im Bereich zentraler Verwaltung: EuG, Slg. 2001, II-779, Tz. 86; prozessuale Schwierigkeiten könnten bei einer – allerdings abzulehnenden – Übertragung einer neueren Rechtsprechung zum Entscheidungsbegriff gemäß Art. 230 EG im Rahmen von Vertragsbeziehungen im Auftragswesen (EuG, Beschluss vom 25. November 2003, T-85/01, Tz. 50ff.) entstehen.

d) *Kontrolle des finanzwirksamen Verwaltungshandelns der Kommissionsdienststellen*

Als Nächstes ist zu fragen, mit welchen Kontrollinstrumenten die beschriebenen Verantwortungsstrukturen und Vergabegrundsätze durchgesetzt werden sollen. Vor dem Hintergrund beispielsweise der Gerichtszentriertheit des deutschen Verwaltungskontrollsystems⁷⁵ einerseits sowie der britischen Tradition einer vorrangig politisch-parlamentarischen Verwaltungskontrolle⁷⁶ andererseits verdient die Frage nach dem Zusammenspiel gerichtlicher, verwaltungsinterner und politisch-parlamentarischer Kontrollen im Gemeinschaftsrecht besondere Beachtung.⁷⁷

aa) Gerichtliche Kontrollen sind bislang nur hinsichtlich des bereits angesprochenen Vertrauensschutzes bei Finanzkorrekturen praktisch bedeutsam. Insbesondere sind Konkurrentenklagen gegen Finanzhilfen der Gemeinschaft anders als im Bereich der Aufsicht über nationale Beihilfen bislang ohne Relevanz und ohnedies nur in eingeschränktem Umfang zulässig.⁷⁸ Erst recht scheitern die im angloamerikanischen Verwaltungsrecht teilweise akzeptierten Public Interest- oder Steuerzahlerklagen weitestgehend an den Voraussetzungen des Art. 230 Abs. 4 EG.⁷⁹

⁷⁵ E. Schmidt-Aßmann Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 185 ff.

⁷⁶ A. Tomkins Public Law, 2003, 168 f.

⁷⁷ Nicht erörtert werden können die in Art. 27 Abs. 4 EHO und Art. 21 DVO-EHO vorgesehenen „outcome“-orientierten Evaluationsverfahren; s. exemplarisch den Abschlussbericht zur ersten und den Zwischenbericht zur zweiten Phase des Leonardo-Programms: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, KOM(2000) 863 endgültig; dies., KOM(2004) 152 endgültig; zu entsprechenden Ansätzen bei geteilter Mittelverwaltung s. unten III. 2. d).

⁷⁸ Ohne Verfahrensbeteiligung etwa bei einer wettbewerblichen Ausschreibung von Finanzhilfen (hierzu am Beispiel der Auftragsvergabe durch Gemeinschaftsorgane: EuG, Slg. 2002, II-609; EuG, Slg. 2003, II-135) bedarf es für die Konkurrenten einer hinreichenden Individualisierung durch besondere Umstände: M. Burgi in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.) Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 71 f.; ausführlich: C. Nowak Konkurrentenschutz in der EG, 1997, 33 ff.; zu Konkurrentenklagen bei der Beihilfeaufsicht: J.-P. Schneider DVBl 1996, 1301 ff.; C. Koenig/M. Pechstein/C. Sander EU-/EG-Prozessrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 430 ff.

⁷⁹ M. Burgi (Fn. 78), § 7 Rn. 74. Zur britischen Diskussion: P. P. Craig Administrative Law, 5. Aufl. 2003, 726 ff., insbesondere 743 ff.; C. Harlow/R. Rawlings Law and Administration, 2. Aufl. 1997, 542 ff. S. zu den britischen Steuerzahlerklagen ferner P. Cane Administrative Law, 4. Aufl. 2004, 76 f.; UK Court of Appeal, [1985] Q.B. 657 (668) – Regina v. Her Majesty's Treasury ex parte Smedley.

bb) Im Bereich der administrativen Kontrolle wurde im Zuge der Kommissionsreform hingegen ein ganzes Netz von internen und externen Kontrollen und Kontrollinstitutionen errichtet.

Ausgangspunkt der internen Kontrolle ist die umfassende Finanzverantwortung der Generaldirektoren.⁸⁰ Unterstützt werden sie dabei innerhalb ihrer Generaldirektion durch einen Direktor für Ressourcen, dem vor allem Koordinationsaufgaben obliegen, und einer Auditstelle, die Prüfberichte über die Arbeit der Generaldirektion erstellt.⁸¹ Ergänzt werden diese dezentralen Kontrollstrukturen durch mehrere zentrale Einrichtungen auf Kommissionsebene: Art. 85 bis 87 EHO schreiben die Bestellung eines unabhängigen Internen Prüfers mit Auditfunktionen vor.⁸² In der Kommission wird seine Stellung zusätzlich gestärkt, indem ein mit drei Kommissaren und weiteren externen Experten besetzter Auditbelegitausschuss die Berichte des Internen Prüfers auswertet und die Umsetzung der darin enthaltenen Empfehlungen nachprüft.⁸³ Schließlich wurde unter der Verantwortung der Haushaltskommissarin ein neuer Zentraler Finanzdienst mit Standardsetzungs- und Servicefunktionen eingerichtet.⁸⁴

Eine externe Kontrolle des Kommissionshandelns erfolgt insbesondere durch den Europäischen Rechnungshof und den Europäischen Bürgerbeauftragten.⁸⁵ Entsteht bei den erwähnten Prüfungen der Verdacht auf finanzielle Unregelmäßigkeiten oder gar Betrug, werden beratend ein unabhängiges Fachgremium auf Kommissionsebene⁸⁶ sowie ermittelnd das Betrugsbekämpfungsamt OLAF⁸⁷ eingeschaltet.

⁸⁰ S. oben III. 1. a). Zu ihrer eventuellen persönlichen Haftung für Unregelmäßigkeiten: Art. 66 EHO iVm Art. 22 Beamtenstatut 2004.

⁸¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Fortschrittsbericht (Fn. 53), 68, 70f.; dies., Die Reform der Kommission, Ein Weißbuch – Teil II, Aktionsplan, KOM(2000) 200 endgültig/2, 69f.

⁸² In der Kommission übernimmt diese Rolle der Interne Auditdienst unter der Verantwortung des für die Reform zuständigen Kommissionsvizepräsidenten: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Fortschrittsbericht (Fn. 53), 13, 70; dies., Weißbuch – Teil II (Fn. 81), 62f.

⁸³ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Fortschrittsbericht (Fn. 53), 13f., 71; dies., Weißbuch – Teil II (Fn. 81), 63f.

⁸⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Fortschrittsbericht (Fn. 53), 68f.; dies., Weißbuch – Teil II (Fn. 81), 65f.

⁸⁵ Art. 139ff. EHO; Art. 246ff., 195 EG.

⁸⁶ Art. 66 Abs. 4 EHO; s. auch Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Fortschrittsbericht (Fn. 53), 74.

⁸⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Fortschrittsbericht (Fn. 53), 19; dies., Weißbuch – Teil I (Fn. 53), 26; zu OLAF: U. Hallmann-Häbler/U. Stiegel DRiZ 2003, 241 ff.; L. Kuhl/H. Spitzer EuR 35 (2000), 671 ff.; A. Berner, Die Untersuchungsbe-

Nicht ohne Grund wird inzwischen angesichts der weitgehenden Zentralisierung und Vervielfältigung von Kontrollstrukturen die Koordination und Kohärenz des Kontrollsystems problematisiert.⁸⁸

cc) Die inneradministrative Kontrolle des Kommissionshandelns ist nach alledem inzwischen stark entwickelt und ausgefächert. Sie ist jedoch eher technokratischer Natur.⁸⁹ Deswegen wird insbesondere in der angelsächsischen Verwaltungsrechtswissenschaft der politischen Kontrolle des Verwaltungshandelns als spezifisch demokratischem Kontrollelement ein hoher Rang eingeräumt.⁹⁰ Zentrales Instrument der politischen Verwaltungskontrolle ist auf nationaler Ebene die parlamentarische Ministerverantwortung mit vorausgesetzten Weisungsrechten des Ministers an die nachgeordnete Verwaltung.

Selbst wenn man mit guten Gründen der Distanz und systematischen Leistungsfähigkeit parlamentarischer Verwaltungskontrolle skeptisch gegenübersteht,⁹¹ sollte zumindest der Symbolwert politischer Kontrollmechanismen als Element eines mehrdimensionalen Kontrollarrangements nicht unterschätzt werden. Im Übrigen bleibt sogar eine eher virtuelle Parlamentskontrolle auf die Verwaltung nicht ohne Wirkung, insbesondere wenn sie an Erkenntnisse einer nachhaltigen administrativen Kontrolle anknüpfen kann. Insgesamt könnte auf diese Weise das in den Augen vieler Europäer bestehende Demokratiedefizit der Union jedenfalls im Bereich des Verwaltungshandelns gemindert werden.⁹²

fugnisse des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF) gegenüber dem Europäischen Parlament, 2004.

⁸⁸ Europäisches Parlament, Entschließungsantrag (Fn. 50), Tz. 19; s. auch Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Fortschrittsbericht (Fn. 53), 19f.; zum Spannungsverhältnis zwischen Dezentralisierung bzw. Delegation und zentraler Kontrolle bzw. Koordination: *V. Mehde* (Fn. 53), 427f., 443f.

⁸⁹ *C. Harlow* (Fn. 44), 53ff.

⁹⁰ Besonders akzentuiert bei *A. Tomkins* (Fn. 76), 168f.

⁹¹ *E. Schmidt-Aßmann* (Fn. 44), 20. Über ein ausdifferenziertes und mit vergleichsweise großen Mitarbeiterressourcen ausgestattetes Ausschusswesen ist es im Vereinigten Königreich immerhin gelungen, auch unter den Gegebenheiten einer parlamentarischen Regierung und den Notwendigkeiten von Expertenwissen eine gehaltvolle parlamentarische Kontrolle zumindest in Ansätzen zu bewahren: *A. Tomkins* (Fn. 76), 162ff.

⁹² *V. Mehde* (Fn. 53), 440ff.; s. auch *P. Dann* *European Law Journal* 9 (2003), 549ff.; *M. Cini* *The European Commission*, 1996, 214; allgemein zum Demokratiedefizit der EU: *G. Lübbe-Wolff* *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), 246ff.; *P. P. Craig* in: *ders./de Búrca* (Hrsg.) *The Evolution of EU Law*, 1999, 1ff.; *A. Moravcsik* *Journal of Common Market Studies* 40 (2002), 603ff.; zum Demokratieprinzip des Konventsentwurfs für einen Europäischen Verfassungsvertrag: *A. Peters* *CMLRev.* 41 (2004), 37ff.

Inwieweit entsprechende Strukturen auf Unionsebene existieren und sinnvoll sind, ist ein großes und vielschichtiges Thema, dessen Erörterung in der europäischen Verwaltungsrechtswissenschaft erst am Anfang steht und hier nur skizziert werden kann. Unabhängig von der Leistungsfähigkeit ist nämlich bereits die rechtliche Existenz politischer Kontrollmechanismen ähnlich der Ministerverantwortlichkeit ungewiss. In seiner Entschließung vom April 2004 zur aktuellen Eurostat-Affäre hat das Europäische Parlament nicht zuletzt in diesen Unsicherheiten einen zentralen Grund für die fortbestehenden Missstände gesehen. Dementsprechend hat es strukturelle Veränderungen in den Beziehungen zwischen den Mitgliedern der Kommission und den Generaldirektionen gefordert, um „die politische Verantwortung der Kommissionsmitglieder für ihr Portfolio zu einem bedeutungsvollen Konzept zu machen“.⁹³

Entgegen der bisher herrschenden Meinung scheiterten solche Veränderungen nicht an rechtlichen Hemmnissen.⁹⁴ Zwar gilt für die Kommission das Kollegialitätsprinzip.⁹⁵ Ihm stehen aber spätestens seit der Fassung von Nizza gleichgeordnet normative Aussagen gegenüber, die ein Ressortprinzip implizit enthalten oder seine Verwirklichung ermöglichen.⁹⁶

Art. 217 EG sieht sogar ausdrücklich eine Aufgabengliederung und -teilung zwischen den Kommissionsmitgliedern vor. Er verpflichtet ferner den Kommissionspräsidenten, mit geeigneten Organisationsentscheidungen sicherzustellen, dass das Kommissionshandeln zwar einerseits auf Kollegialität beruht, aber andererseits auch effizient ist. Letzteres spricht für eine Arbeitsteilung.

Ferner verpflichtet Art. 218 Abs. 2 S. 1 EG zum Erlass einer Geschäftsordnung, die ein ordnungsgemäßes Arbeiten der Kommission selbst und ihrer Generaldirektionen gewährleistet. Ressortverantwortlichkeit mit Weisungsrechten gegenüber den nachgeordneten Dienststellen gehört nach den demokratischen Prinzipien zumindest vieler Mitgliedstaaten zu den Gewährleistungen einer ordnungsgemäßen Auf-

⁹³ Europäisches Parlament, Entschließungsantrag (Fn. 50) Tz. 7, 9ff.

⁹⁴ So aber: *V. Mehde* (Fn. 53), 407ff.; *ders.* (Fn. 44), 429ff. mwN. Als Alternative bringt er eine stärkere politische Kontrolle der Generaldirektoren durch das Parlament für die ihnen zweifelsohne nachgeordneten Dienststellen in die Diskussion: *V. Mehde* (Fn. 44), 439, 441f.

⁹⁵ S. Art. 217 Abs. 1, 214 Abs. 2 UAbs. 3 S. 1 EG; Art. 1, 13 Abs. 1 GO-Kommission.

⁹⁶ *M. Ruffert* in: Callies/*ders.* (Hrsg.) EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 217 EGV Rn. 4, aber ohne Stellungnahme zu den umstrittenen Weisungsrechten der Kommissionsmitglieder gegenüber den Generaldirektionen.

gabenerfüllung.⁹⁷ Deshalb überrascht es nicht und ist keineswegs primärrechtlich problematisch, dass Art. 3 und 16 Abs. 3 GO-Kommission genau diese Rechtsinstitute aufgreifen.⁹⁸

Selbstverständlich dürfen auf diese Weise im Vertrag der Kommission ausdrücklich als Kollegium zugewiesene Entscheidungskompetenzen nicht ausgehebelt werden. Aber darum geht es im hier interessierenden Bereich, der Verantwortung für das administrative Handeln der Generaldirektionen, auch nicht. Es gibt also keine durchgreifenden prinzipiellen Einwände gegen klare politische Verantwortungszuschreibungen an einzelne Kommissionsmitglieder für die ihnen nachgeordneten Generaldirektionen. Dies schließt Schwierigkeiten in der rechtlichen Detailfestlegung natürlich nicht aus.⁹⁹ Sie können hier jedoch ebenso wenig wie die genauen Verantwortungsmechanismen im Verhältnis zwischen Parlament bzw. Kommissionspräsident und einzelnen Kommissionsmitgliedern erörtert werden.

2. *Geteilte Programmdurchführung am Beispiel der Europäischen Struktur- und Kohäsionsfonds*

Missbrauch von Gemeinschaftsmitteln ist nicht auf die zentrale Mittelverwaltung durch die Kommission beschränkt. Ganz im Gegenteil identifiziert der Europäische Rechnungshof den größten Teil missbräuchlich eingesetzter oder nicht ordentlich belegter Ausgaben im nunmehr zu behandelnden Bereich der zwischen Kommission und Mitgliedstaaten geteilten Mittelverwaltung.¹⁰⁰

⁹⁷ H. Dreier *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, 1991; A. Tomkins (Fn. 76), 144 ff.; für Frankreich: Art. 21, 49 f. der französischen Verfassung, vgl. ferner: L. Favoreu *Droit Constitutionnel*, 5. Aufl. 2002, Rn. 560, 909, 958; Schweden bildet insofern eine Ausnahme, da die schwedische Verfassung (Regeringsformen) den Verwaltungsbehörden in Kap. 11 § 7 RF eine relativ selbstständige Stellung einräumt, s. hierzu auch: J. Ziller *Parliamentary Affairs* 2001, 102 (107); E. Holmberg/N. Stjernquist *Vår författning*, 12. Aufl. 2000, 182 ff.

⁹⁸ S. auch Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Fortschrittsbericht (Fn. 53), Anhang 4 „Die Kommissionsmitglieder und die Dienststellen“. Die von der Gegenposition herangezogenen Art. 13 Abs. 1 und 17 GO-Kommission (s. V. Mehde [Fn. 53], 407, 409 mwN) widersprechen dem nicht.

⁹⁹ Beispielsweise könnte die aus dem New Public Management bekannte und auch im Reformkonzept der Kommission integrierte Trennung zwischen politisch-strategischen und administrativen Entscheidungen dafür genutzt werden, die Kommissare gegen eine Verantwortung für administrative Unregelmäßigkeiten zu immunisieren: V. Mehde (Fn. 44), 435 ff.; A. Tomkins (Fn. 76), 150 ff.

¹⁰⁰ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch – Teil I (Fn. 53), 22; Ausschuss unabhängiger Sachverständiger, Zweiter Bericht (Fn. 46), Tz. 3.17.; Rechnungshof, Jahresbericht 2002 (Fn. 63), Tz. 4.42., 4.49., 5.15.

Die nach diesem Modell verwalteten Struktur- und Kohäsionsfonds¹⁰¹ gehören, wie eingangs erwähnt, zu den zentralen sozialpolitischen Instrumenten der Lissabon-Strategie. Sie dienen gemäß Art. 158 EG der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts in der Gemeinschaft insbesondere durch die Verringerung regionaler Entwicklungsrückstände.¹⁰² Das deutsche Recht enthält das vergleichbare sozialstaatliche Gebot, gleichwertige Lebensverhältnisse zu gewährleisten.

Die in den letzten Jahrzehnten erheblich gewachsene finanzielle Bedeutung der Struktur- und Kohäsionsfonds verdeutlicht die folgende Tabelle:

Förderperiode	Gesamtumfang	Anteil am EG-Haushalt
1958–1969 ¹⁰³	0,27 Mrd. ECU	6,35 %
1970–1979	5,48 Mrd. ECU	8,25 %
1980–1988	38,89 Mrd. ECU	13,64 %
1989–1993	70,28 Mrd. ECU	26,97 %
1994–1999	145,43 Mrd. Euro	32,36 %
2000–2006 ¹⁰⁴	217,22 Mrd. Euro	32,99 %
2007–2013	evtl. 336,10 Mrd. Euro ¹⁰⁵	evtl. 36,20% ¹⁰⁶

¹⁰¹ Gemäß Art. 159 Abs. 1 S. 3 EG gehören der Europäische Sozialfonds, der Europäische Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft – Abteilung Ausrichtung (EAGFL-Ausrichtung) – und der Europäische Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) zu den Strukturfonds. Sachlich gehört auch der seit Maastricht in Art. 161 Abs. 2 EG zwar gesondert, aber doch in unmittelbarer Nähe geregelte Kohäsionsfonds in den hier behandelten Gesamtkontext.

¹⁰² Weiter konkretisiert werden diese Ziele in der Strukturfonds-VO (Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 des Rates vom 21. Juni 1999, ABl. EG 1999 Nr. L 161/1), die zudem für alle Fonds einheitliche Durchführungsverfahren festlegt.

¹⁰³ Die Daten für die Förderperioden 1958–1999 sind dem Haushaltsvademekum der Gemeinschaft von 1999, 28–31 entnommen.

¹⁰⁴ Die Daten sind der Aktualisierten Vorausschau 2000–2006, ebenfalls veröffentlicht im Haushaltsvademekum 1999, 105, entnommen.

¹⁰⁵ Die Daten entstammen Art. 15 des Vorschlags der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Verordnung des Rates mit allgemeinen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds und den Kohäsionsfonds vom 14. Juli 2004, KOM(2004) 492 endgültig (Struktur- und Kohäsionsfonds-VOV 2004), die Angaben sind ohne die Ausgaben für den EAGFL.

¹⁰⁶ Die Daten für den Gesamthaushalt sind dem Überblick über den neuen Finanzrahmen 2007–2013, in: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, KOM(2004) 101 endgültig, 35, entnommen, in Preisen von 2004.

Dem finanziellen Bedeutungszuwachs entspricht ein konzeptioneller Entwicklungsprozess. Eine grundlegende Reform erfuhren die Strukturfonds 1988 im Zusammenhang mit der Einheitlichen Europäischen Akte. Mitgliedstaaten wie Griechenland, Spanien und Portugal befürchteten für sich negative Rückwirkungen der in der Akte verankerten Binnenmarktpolitik. Sie forderten daher eine finanzielle Kompensation. Andererseits verlangten die Geberländer seit längerem eine bessere Kontrolle der Mittelverwendung.¹⁰⁷

Diese Situation nutzte die Delors-Kommission zu einer ambitionierteren Reform der Kohäsionspolitik.¹⁰⁸ Delors wollte die Kohäsionspolitik zu einem gleichgewichtigen Widerpart der Liberalisierungspolitik werden lassen und zugleich den Einfluss der Kommission durch eine von ihr gesteuerte Netzwerkbildung erhöhen.¹⁰⁹ Instrumente dieser Politik waren und sind insbesondere ein stärker strukturierter Programmplanungsansatz,¹¹⁰ das Konzept der Partnerschaft,¹¹¹ die schärfere Kontrolle der Zusätzlichkeit europäischer Fördermittel¹¹² sowie effektivere Finanzkontrollmechanismen.¹¹³

¹⁰⁷ L. Hooghe in: dies. (Hrsg.) *Cohesion Policy and European Integration*, 1996, 1 (97f.).

¹⁰⁸ Zum Begriff der Kohäsionspolitik: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, *Eine neue Partnerschaft für die Kohäsion. Dritter Bericht über den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt*, KOM(2004) 107 endgültig. Die einschlägige Terminologie ist schwankend und könnte auf unterschiedliche Meinungsunterschiede hinweisen: R. Priebe in: Schwarze (Hrsg.) *EU-V/EG-V*, 2000, Art. 158 EGV Rn. 5.

¹⁰⁹ L. Hooghe (Fn. 107), 88, 99f.; D. Tarschys *Reinventing Cohesion – The Future of European Structural Policy*, Report No. 17, 2003 (abrufbar unter: http://www.sieps.se/_pdf/Publikationer/200317.pdf [Stand: 22. November 2004]), 55; s. auch: I. Bache *The Politics of European Union Regional Policy*, 1998.

¹¹⁰ Art. 9 lit. b, d, f, g, m und 15 bis 19 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO); teilweise kritische Analyse bei: Rechnungshof, Sonderbericht Nr. 7/2003, ABl. EU 2003 Nr. C 174/1; zum Problem der damit angestrebten Subventionszweckkoordinierung grundlegend: M. Rodi (Fn. 74), 212 ff., 440 ff.

¹¹¹ Art. 8 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO). Zuvor war die mitgliedstaatliche Zentralregierung einziger Ansprechpartner der Kommission. Über die Partnerschaft werden auch subnationale, d.h. regionale und lokale Akteure in ein Netzwerk mit der Kommission einbezogen. Als Partner kommen nicht nur öffentliche Stellen, sondern auch für die Kohäsionspolitik relevante Wirtschafts- und Sozialpartner sowie andere Nichtregierungsorganisationen in Betracht. Zur Anpassung in Deutschland: G. Eckstein *Regionale Strukturpolitik als europäischer Kooperations- und Entscheidungsprozess*, 2001, 267 ff.; zu anderen Ländern s. die Berichte in: L. Hooghe (Fn. 107), 129 ff.; zum zugrunde liegenden Kooperationsprinzip: A. Benz in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, 45 ff.; zu demokratischen Aspekten: J. Scott *Journal of Common Market Studies* 36 (1998), 175 ff.; J. Olsson *Journal of European Public Policy* 10 (2003), 283 ff.

¹¹² Art. 11 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO).

¹¹³ Art. 38f. VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO); Verordnung (EG) Nr. 438/2001 der Kommission vom 2. März 2001, ABl. EG 2001 Nr. L 63/21; Verordnung (EG)

a) *Verantwortungsverbund bei der geteilten Mittelverwaltung*

Die konkrete Projektauswahl und Mittelauszahlung an die Endbegünstigten obliegt bei der geteilten Mittelverwaltung den Mitgliedstaaten bzw. den von ihnen benannten Verwaltungsbehörden und Zahlstellen.¹¹⁴ Zudem wird das Rechtsverhältnis zum Endbegünstigten wegen des weitgehenden Mangels an gemeinschaftsrechtlichen Regelungen durch die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bestimmt.

Der Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft wird damit in erheblichem Umfang den Mitgliedstaaten überantwortet. Dies berührt die haushaltsrechtliche Letztverantwortung der Kommission gemäß Art. 274 Abs. 1 EG nachhaltig. Die konkrete Ausgestaltung dieser finanzrechtlichen Verbundverwaltung¹¹⁵ erfolgt im Spannungsfeld von institutioneller Autonomie der Mitgliedstaaten, gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungs- und Effektivitätsgeboten sowie dem nationale und europäische Interessen ausgleichenden Verhältnismäßigkeitsprinzip.

b) *Mitgliedstaatliche Finanzkontrolle*

Auch die Finanzkontrolle obliegt im Rahmen der geteilten Mittelverwaltung primär den Mitgliedstaaten. Dabei ist zwischen der Gewährleistung eines hinreichenden Prüf- und Kontrollsystems¹¹⁶ und der ggf. notwendigen Durchführung von Finanzkorrekturen¹¹⁷ durch den Mitgliedstaat zu unterscheiden.

Das mitgliedstaatliche Prüf- und Kontrollsystem ist eng mit der Verwaltung der Strukturfondsmittel verkoppelt. Das System muss gewährleisten, dass Strukturmittel den Endbegünstigten nur bewilligt und ausbezahlt werden, wenn

Nr. 448/2001 der Kommission vom 2. März 2001, ABl. EG 2001 Nr. L 64/13; Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Handbuch zur Prüfung der Verwaltungs- und Kontrollsysteme für die Finanzkontrolle der Strukturfonds in den Mitgliedstaaten vom 12. Mai 1999.

¹¹⁴ Art. 8 Abs. 3; 34 Abs. 1; 38 Abs. 1; 39 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO).

¹¹⁵ Zu unterscheiden sind dabei die Verfahren der finanziellen Abwicklung (Art. 31 ff. VO (EG) Nr. 1260/1999 [Strukturfonds-VO]) und der Finanzkontrolle (Art. 38 ff. VO (EG) Nr. 1260/1999 [Strukturfonds-VO]).

¹¹⁶ Die zentralen Bestimmungen hierzu finden sich in Art. 38 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO) und den Durchführungsregeln der VO (EG) Nr. 438/2001; zu weiteren einschlägigen Bestimmungen: H. Holzwart Der rechtliche Rahmen für die Verwaltung und Finanzierung der gemeinschaftlichen Strukturfonds am Beispiel des EFRE, 2003, 289.

¹¹⁷ Die zentralen Bestimmungen hierzu finden sich in Art. 39 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO) und den Durchführungsregeln der VO (EG) Nr. 448/2001.

- die Auswahlkriterien des Programms erfüllt sind,
- Zuschussfähigkeit vorliegt,
- das Gemeinschaftsrecht und die einschlägigen Gemeinschaftspolitiken im Allgemeinen sowie die Bedingungen der Kommissionsentscheidung über die Fondsbeteiligung im Besonderen eingehalten sowie
- die Fondsmittel wirtschaftlich verwendet werden.¹¹⁸

Die Einhaltung dieser offenkundig komplexen Verwaltungsmaßstäbe muss der Mitgliedstaat unter anderem durch Stichprobenkontrollen vor Ort sicherstellen. Dabei muss er vom Gemeinschaftsrecht festgelegte quantitative und qualitative Kontrollstandards einhalten.¹¹⁹ Werden durch die beschriebenen Kontrollen „Unregelmäßigkeiten“¹²⁰ aufgedeckt, ist der Mitgliedstaat zur Durchführung von Finanzkorrekturen verpflichtet.¹²¹ Sie können in der Streichung oder Kürzung der Gemeinschaftsbeteiligung sowie ggf. der anschließenden Rückforderung oder Wiedereinziehung der Fondsmittel vom Endbegünstigten bestehen. Die Festsetzung der mitgliedstaatlichen Finanzkorrekturen erfolgt nach nationalem Verfahrensrecht.¹²² Wie bei der auf Gemeinschaftspflichten beruhenden Rückforderung rein mitgliedstaatlicher Beihilfen sind die Gebote der Nichtdiskriminierung und effektiven Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts zu beachten.¹²³

c) *Kommissionseigene Finanzkontrolle*

Trotz dieser detaillierten Vorgaben für die Mitgliedstaaten sind in beachtlichem Umfang finanzielle Unregelmäßigkeiten zu Lasten der europäischen Strukturfonds zu beobachten.¹²⁴ Diese sind nicht allein den Endbegünstigten zuzurechnen. Vielfach werden auch die Mitgliedstaaten

¹¹⁸ Art. 38 Abs. 1 lit. a, c, g VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO); Art. 2, 4, 9 Abs. 2 lit. b VO (EG) Nr. 438/2001.

¹¹⁹ Art. 10ff. VO (EG) Nr. 438/2001: Konzentration auf systematische Unregelmäßigkeiten unter Nutzung von Risikoanalysen; Stichprobenkontrolle bei repräsentativen zuschussfähigen Ausgaben im Umfang von mindestens 5%; Unabhängigkeit und Objektivität der kontrollierenden Stellen; Dokumentationspflichten.

¹²⁰ Dieses zentrale Tatbestandsmerkmal wird in Art. 1 Abs. 2 Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2988/95 des Rates vom 18. Dezember 1995 (ABl. EG 1995 Nr. L 312/1) für das gesamte Gemeinschaftsrecht legaldefiniert. Zu notwendigen Anpassungen dieser Definition im Rahmen der geteilten Mittelverwaltung: *H. Holzwart* (Fn. 116), 296ff.

¹²¹ Art. 38 Abs. 1 lit. h, 39 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO); Art. 2, 3 VO (EG) Nr. 448/2001.

¹²² Dementsprechend ist Rechtsschutz gegen mitgliedstaatliche Festsetzungen von Finanzkorrekturen vor den nationalen Gerichten zu suchen, die ihrerseits ggf. ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EG einleiten können: *H. Holzwart* (Fn. 116), 302.

¹²³ *H. Holzwart* (Fn. 116), 300.

¹²⁴ S. oben Fn. 100.

ihrer Verantwortung nicht gerecht. Selbst der Umstand, dass im Strukturbereich schon immer eine Kofinanzierung durch die Mitgliedstaaten erfolgt, stellt die erwünschte Kooperationsbereitschaft offenbar nicht in hinreichendem Maße sicher.¹²⁵

Aus diesem Grund schreibt die Strukturfonds-VO der Kommission zur Wahrung ihrer Haushaltsverantwortung eigenständige Kontrollpflichten und -befugnisse zu.¹²⁶ Hauptinstrument der kommissionseigenen Kontrolle sind jährliche Prüfungen und Bewertungen der mitgliedstaatlichen Kontrollsysteme und -ergebnisse.¹²⁷ Die Kommission beschränkt sich bei alledem grundsätzlich auf eine Kontrolle der Kontrolle, wobei der Schwerpunkt dieser kooperativ nachvollziehenden Finanzkontrolle¹²⁸ auf der Systemkontrolle liegt.

Unterlässt der Mitgliedstaat von der Kommission geforderte Abhilfemaßnahmen, sind weiter gehende Kommissionsanordnungen möglich.¹²⁹ Werden erhebliche Unregelmäßigkeiten festgestellt und ist unmittelbares Handeln erforderlich, kann die Kommission Zwischenzahlungen an den Mitgliedstaat vorläufig aussetzen.¹³⁰ Eine endgültige Streichung der Gemeinschaftsbeteiligung steht im Ermessen der Kommission, wenn es auch nach einer weiteren partnerschaftlichen Anhörung des Mitgliedstaats nicht zu einer Einigung über die vom Mitgliedstaat zu treffenden Finanzkorrekturen oder sonstigen Maßnahmen kommt.¹³¹ Wurden bereits zu Unrecht Beträge an den Mitgliedstaat ausgezahlt, muss er diese an die Kommission zurückzahlen.¹³²

¹²⁵ Dies sollte zu hohe Erwartungen an die Wirksamkeit einer entsprechenden Reform der Agrarbeihilfen, wie sie gegenwärtig diskutiert wird („Die Eurostat-Affäre kann sich wiederholen“ – Interview mit *D. Theato* MEP, FAZ vom 3. Mai 2004, 15), dämpfen.

¹²⁶ Art. 38 Abs. 2 bis 6 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO).

¹²⁷ Art. 38 Abs. 3 UAbs. 2 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO).

¹²⁸ Zum vergleichbaren Konzept der nachvollziehenden Amtsermittlung: *J.-P. Schneider* Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1990.

¹²⁹ Das europäische Strukturfondsrecht bezeichnet diese Befugnisse zusammenfassend als Finanzkorrekturen durch die Kommission (Kapitel III der VO (EG) Nr. 448/2001; s. auch Art. 100 Struktur- und Kohäsionsfonds-VOV 2004, [Fn. 105]). Im Agrarbereich hat sich im Rahmen des Rechnungsabschlussverfahrens für weitgehend vergleichbare Befugnisse der Terminus der Anlastung eingebürgert: *H. Holzwart* (Fn. 116), 302 ff. Unberührt von alledem bleiben im Übrigen etwaige beihilferechtlichen Verpflichtungen zur Rückforderung nationaler Beihilfen oder Kofinanzierungsanteile: Art. 7 Abs. 3 VO (EG) Nr. 448/2001.

¹³⁰ Art. 38 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO); nicht ganz klar ist das Verhältnis zu der jedenfalls teilweise redundanten Aussetzungsbefugnis gemäß Art. 39 Abs. 2 UAbs. 1 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO).

¹³¹ Art. 39 Abs. 2 und 3 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO).

¹³² Art. 39 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO).

Bei den kommissionseigenen Finanzkorrekturen ist der bereichsspezifisch durch die Verordnungen konkretisierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.¹³³ Berücksichtigung finden danach Art und Umfang der Unregelmäßigkeit bzw. der Kontrollsystemmängel sowie deren finanzielle Auswirkungen. Letztere werden häufig nicht genau ermittelbar sein. Deshalb werden ausdrücklich Extrapolationen aufgrund repräsentativer Stichproben sowie an der Bedeutung einer Regelverletzung ausgerichtete Pauschalsätze zugelassen.¹³⁴

d) *Evaluationsverfahren*

Die vorstehend diskutierten Finanzkontrollverfahren sind in der Sprache des New Public Management „output“-orientiert, da sie im Wesentlichen die Durchführung und Rechtmäßigkeit individueller Finanztransaktionen kontrollieren. Die Strukturfonds-VO sieht darüber hinaus ein komplexes und aufwändig miteinander verkoppeltes System „outcome“-orientierter Evaluationen vor. Sie überprüfen die generelle Effektivität und Effizienz der Strukturprogramme.¹³⁵ Ein besonders interessantes Systemelement stellt die programmspezifische Begleitung dar. Sie tendiert zu einer weichen Steuerung mit dem Ziel autonomer Lernprozesse und ist damit eine Ausprägung der zwischen Kommission und Mitgliedstaaten geteilten Mittelverwaltung.

e) *Ausblick auf die Programmplanungsperiode ab 2006*

Am 14. Juli 2004 hat die Kommission Verordnungsvorschläge für die Rechtsgrundlagen der nächsten Förderperiode von 2007 bis 2013 unterbreitet.¹³⁶ Weitgehend handelt es sich um eine im Detail optimierende

¹³³ Art. 39 Abs. 3 UAbs. 2 VO (EG) Nr. 1260/1999 (Strukturfonds-VO); Art. 4 Abs. 1, 2 VO (EG) Nr. 448/2001; zum dahinter stehenden Gesamtkomplex des Interessenausgleichs zwischen Union und Mitgliedstaaten bei der Subventionszweckverwirklichung: *M. Rodi* (Fn. 74), 622 ff.

¹³⁴ Art. 4 Abs. 1, 2 VO (EG) Nr. 448/2001.

¹³⁵ Effektivität bzw. Wirksamkeit meint dabei den Grad der Zielerreichung und Effizienz bzw. Wirtschaftlichkeit, das Verhältnis von Ergebnissen (Nutzen) und eingesetzten Ressourcen (Kosten); vgl. Art. 27 Abs. 2 EHO; s. ferner: *H. Holzward* (Fn. 116), 310; s. auch: *M. Rodi* (Fn. 74), 738 ff.; kritisch zur Nutzung von tendenziell die Erfolge überbetonenden ökonomischen Modellen im Rahmen der Evaluationen: *D. Tarschys* (Fn. 109), 51 f.; zur strukturellen Benachteiligung besonders verwaltungsschwacher Regionen: *S. de Rynck/P. McAleavey* *Journal of European Public Policy* 8 (2001), 541 ff.; *D. Bailey/L. de Propis* *Journal of European Public Policy* 9 (2002), 408 ff.; *A. Evans* *Legal Issues of Economic Integration* 30 (2003), 201 ff.

¹³⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Strukturfonds- und Kohäsionsfonds-VOV 2004 (Fn. 105).

Fortschreibung der bisherigen Kohäsionspolitik.¹³⁷ Im Bereich der Finanzkontrolle werden zum Zwecke der Verfahrensvereinfachung,¹³⁸ Dezentralisierung¹³⁹ sowie klareren Verantwortungsverteilung verschiedene Änderungen vorgeschlagen.¹⁴⁰ Die Kommission will ihre Bewertungen noch stärker auf die Ergebnisse nationaler Kontrollen stützen und eigene Kontrollen auf außergewöhnliche Umstände begrenzen.¹⁴¹ Gerechtfertigt wird dies mit erhöhten qualitativen und organisatorischen Mindeststandards für die mitgliedstaatlichen Finanzkontrollsysteme.¹⁴²

3. Bilanz und Ausblick

Eine zentrale und geteilte Mittelverwaltung umfassende Bilanz lässt folgende gemeinsame Entwicklungslinien hervortreten:¹⁴³ Beide Bereiche haben in der Vergangenheit erhebliche Kontrolldefizite aufgewiesen, was zu Vertrauensverlusten geführt hat. Als Gegenmaßnahmen werden mit jeweils spezifischer Ausformung Strategien der strukturierten Dezentralisierung von Finanzverantwortung und deren Integration mit der operativen Sachverantwortung verfolgt. Gerichtliche Kontrolle gewinnt nur für einzelne subjektivrechtliche Aspekte Bedeutung. Sie ist aber nur wenig geeignet, das Allgemeininteresse an einer effektiven und effizienten Durchführung europäischer Sozialprogramme durchzusetzen. In das Zentrum rücken stattdessen vielfältige administrative Kontrollmechanis-

¹³⁷ Interessant ist jedoch der eigenständige – allerdings noch nicht hinreichend durchdachte und eher auf der symbolischen Ebene anzusiedelnde – Vorschlag für eine Verordnung bezüglich der Schaffung eines Europäischen Verbunds für grenzüberschreitende Zusammenarbeit: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, KOM(2004) 496 endgültig; für einen grundlegenden Paradigmenwechsel plädiert hingegen: *D. Tarschys* (Fn. 109); weniger weitreichend: Akademie für Raumforschung und Landesplanung, ARL-Nachrichten 3/2004, 3 ff.

¹³⁸ Zur vorangegangenen Diskussion: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung vom 25. April 2003 über die Vereinfachung, Klärung, Koordinierung und Flexibilität der Verwaltung der Strukturpolitik 2000–2006, C (2003) 1255; Ausschuss der Regionen, Prospektivbericht „Management und Vereinfachung der Strukturfonds nach 2006“, ABl. EU 2003 Nr. C 256/1.

¹³⁹ Zur Diskussion über eine zunehmende Renationalisierung der Strukturpolitik seit 1993: *J. B. Sutcliffe* *Journal of European Public Policy* 7 (2000), 290 ff.

¹⁴⁰ Art. 57 ff. Struktur- und Kohäsionsfonds-VOV 2004 (Fn. 105).

¹⁴¹ S. insbesondere Art. 72 Abs. 3 Struktur- und Kohäsionsfonds-VOV 2004 (Fn. 105).

¹⁴² Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Struktur- und Kohäsionsfonds-VOV 2004 (Fn. 105), 11; zu vergleichbaren Zertifizierungsverfahren: *H. C. Röhl* *Akkreditierung und Zertifizierung im Produktzulassungsrecht*, 2000; *G. Sydow* *Verwaltungscooperation in der Europäischen Union*, 2005.

¹⁴³ Zum Folgenden s. auch: *E. Schmidt-Aßmann* (Fn. 44), insbesondere 31 ff., 37 f., 40 ff.

men, wobei System- vor Punktkontrollen in Form einer nachvollziehenden Finanzkontrolle dominieren.

Eine Bewertung dieser Entwicklungen sollte die von *Schmidt-Aßmann* formulierte „Adäquanzregel“ zum Ausgangspunkt wählen. Danach bestimmen die einschlägigen Verwaltungsmaßstäbe das Kontrollinstrumentarium und das erforderliche Kontrollniveau.¹⁴⁴ Bezüglich der Verwaltungsmaßstäbe ist die aktuelle Debatte auf EG-Ebene zu sehr auf den Schutz der finanziellen Gemeinschaftsinteressen verengt. Dies ist eine vorrangig technokratische Perspektive. Als Alternative kommen die Ziele der Rechtmäßigkeit und – spezifisch sozialstaatlich – der Werthaltigkeit in Betracht. Der zweite Maßstab greift die britische „value for money“-Diskussion¹⁴⁵ über Effizienz und Effektivität des sozialstaatlichen Verwaltungshandelns auf.

Der vor allem konditional programmierte Maßstab der Rechtmäßigkeit legt die Verwendung klassischer gerichtlicher oder zumindest gerichtähnlicher Kontrollstrukturen etwa zum Konkurrentenschutz bei der Vergabe europäischer Finanzhilfen oder zum Schutz vor übermäßigen Belastungen für Leistungsempfänger nahe. Der final programmierte Maßstab der Werthaltigkeit erklärt und rechtfertigt den Bedeutungszuwachs administrativer Auditkontrollen mit einer für sie typischen Verzahnung von handlungs-, dienst- und haushaltsrechtlichen Kriterien und Umsetzungsmechanismen. Administrative Selbstkontrollen sind allerdings im Vergleich zur bisher paradigmatischen Gerichtskontrolle mit deutlichen Distanz- und Neutralitätsverlusten verbunden. Überdies steht das administrative Kontrollsystem auf europäischer Ebene in der Gefahr einer Überpluralisierung und Überbürokratisierung. Schlankere und gleichwohl zupackende Kontrollarrangements erscheinen wünschenswert. Daneben muss ausgelotet werden, inwieweit die politisch-parlamentarische Verwaltungskontrolle aufgewertet und mit den administrativen Kontrollmechanismen verkoppelt werden kann und soll.

Die hiermit aufgeworfenen Fragen betreffen den Einzelnen nicht unmittelbar als Empfänger sozialstaatlicher Leistungen, sehr wohl aber als Unionsbürger. Als solcher darf er erwarten, dass mit seinen Steuergeldern zweckgemäß und verantwortungsvoll umgegangen wird. Dazu bedarf es demokratischer Kontrollstrukturen, die systematisch ein entsprechendes Verwaltungshandeln gewährleisten. Unter den Bedingungen des europäischen Mehrebenensystems und der beteiligten bürokratischen Großorganisationen sind solche Strukturen zwangsweise komplexer und abstrakter Natur. Gleichwohl sollten demokratisch-sozialstaatliche Erwartungen, Verantwortung konkret werden zu lassen und damit

¹⁴⁴ E. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 44), 42, 40.

¹⁴⁵ C. *Harlow/R. Rawlings* (Fn. 79), 134ff.

in Grenzen zu personifizieren, auf europäischer Ebene größeres Gewicht erhalten.

Dabei muss man Widerstände einkalkulieren, haben sich doch die Regierungen der Mitgliedstaaten und Kommissionsangehörige durch die bestehende verantwortungsverwischenden Organisationsstrukturen bislang weitgehend erfolgreich gegen Kritik immunisiert. Die maßgeblichen Akteure sollten jedoch bedenken, dass das europäische Integrationsprojekt auch an Ohnmachtsgefühlen gegenüber einer gesichtslosen Bürokratie, wie sie im Eingangszitat ihren Ausdruck fanden, scheitern kann. Der in beinahe allen Mitgliedstaaten zu spürende Druck, die Entscheidungen über den Europäischen Verfassungsvertrag unter Beteiligung der Bevölkerung zu treffen, ist ein deutliches Signal.

Leitsätze des 2. Berichtstatters über:

Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates

I. Eine europäische Perspektive

(1) Eine europäische Perspektive auf das vorliegende Thema soll nicht unterstellen, dass es einen europäischen Sozialstaat gäbe. Es genügt die Feststellung, dass das europäische Recht zunehmend auch soziale Ziele verfolgt oder auf sozialstaatliche Instrumente der Mitgliedstaaten einwirkt.

II. Die Europäisierung der nationalen Solidargemeinschaften und des nationalen Leistungsverwaltungsrechts

1. Der Nationalstaat als herkömmlicher Rahmen sozialer Solidarität

(2) Sozialpolitische Initiativen können den wirtschaftlichen, sozialen und politischen Zusammenhalt befördern. Dies gelingt aber nur, wenn sie das Solidaritätspotenzial der Zahlenden nicht überfordern. Erschwert wird die Aufgabe auf Gemeinschaftsebene dadurch, dass sich in den letzten 120 Jahren in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Sozialmodelle herausgebildet haben.

2. Eingeschränkte Europäisierung durch die Verordnungen zur Sozialrechtskoordinierung

(3) Die Regelungen des koordinierenden EG-Sozialrechts eröffnen eingeschränkte Möglichkeiten zur grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen. Zum Schutz der finanziellen Interessen der Kostentragenden Stellen sind nur angemessene und von ihnen genehmigte Behandlungen erstattungsfähig. Hinsichtlich der verordnungsrechtlichen Genehmigungskriterien haben sich durch die im Mai 2004 beschlossene Verordnung zur Sozialrechtskoordinierung Veränderungen ergeben.

3. Weiter gehende Europäisierung durch die Kohll/Decker-Rechtsprechung

(4) Schon lange vor der aktuellen Novellierung wurden die Rahmenbedingungen für die Inanspruchnahme grenzüberschreitender Behandlungsleistun-

gen durch die bekannte Kohll/Decker-Rechtsprechung des EuGH erheblich modifiziert. Dabei traten unmittelbar aus den Grundfreiheiten abgeleitete Rechtspositionen der Patienten neben die verordnungsrechtlichen.

(5) Die Rechtsprechung hat beachtliche Auswirkungen auf wichtige sozialrechtliche Instrumente der Mitgliedstaaten wie vertragsrechtlich verankerte Qualitätssicherungssysteme oder angebotssteuernde Instrumente zum Schutz der finanziellen Stabilität im ambulanten Bereich.

(6) Ein weiteres Beispiel für drohende Funktionseinbußen nationaler Steuerungsinstrumente durch die Kohll/Decker-Rechtsprechung bieten die in vielen Mitgliedstaaten bekannten Wartelisten für medizinische Dienstleistungen.

(7) Der EuGH argumentiert mit faktischen Schranken für einen Gesundheitstourismus, wodurch die passive Dienstleistungsfreiheit zu einem Privileg für eine europäische Elite mutiert.

4. Europäisierung nationaler Solidargemeinschaften durch regulative Marktorganisation als Alternative

(8) Überzeugender wäre es, wenn der EuGH an seine vorsichtigeren Rechtsprechung zu Ausgestaltungskompetenzen und Ausgestaltungsaufträgen bei der Liberalisierung anderer komplexer wirtschaftlicher Systeme anknüpfte. Eine nachhaltige Liberalisierung solcher Sektoren verlangt nämlich konzeptionell anspruchsvolle legislative Maßnahmen im Sinne einer regulativen Marktorganisation. Die Rechtsprechung stößt insoweit an Funktionsgrenzen.

III. Instrumente der Verwaltungskontrolle beim Vollzug europäischer Sozialprogramme

(9) Ein Hauptproblem beim Vollzug europäischer Sozialprogramme ist der Einbau geeigneter Instrumente der Verwaltungskontrolle. Das Sozialrecht avanciert damit zum Referenzgebiet des Europäischen Verwaltungsrechts.

1. Reform der zentralen Programmdurchführung

(10) Kernelemente des Reformkonzepts der Prodi-Kommission sind Aufgabenkritik und aufgabenadäquate Ressourcenzuweisung, kommissionsinterne Einführung verbesserter finanzieller Rechenschafts- und Kontrollstrukturen, eine leistungsorientierte Modernisierung des Beamtenstatuts, eine stärker strukturierte und kontrollierte Externalisierungspolitik sowie die Entwicklung einer verantwortungsorientierten Verwaltungskultur.

a) *Finanzverantwortung der Kommissionsdienststellen*

(11) *Die neue Europäische Haushaltsordnung führt zu einer erheblichen Dezentralisierung der Finanzverantwortung in die operativen Generaldirektionen. Sie wird dadurch direkt mit der inhaltlichen Verantwortung für die Erreichung der Programmziele verbunden. Mit den Generaldirektoren wurden die ranghöchsten Fachbeamten mit der Funktion der bevollmächtigten Anweisungsbefugten betraut. Sie sind nunmehr die zentralen Glieder der Finanzverantwortungskette.*

b) *Allgemeine Grundsätze der Vergabe europäischer Finanzhilfen*

(12) *Ebenso wie für die Vergabe öffentlicher Aufträge enthält die reformierte Europäische Haushaltsordnung nun auch allgemeine Regeln für die Vergabe von Finanzhilfen. Das Gewährungsverfahren ist auf eine zumindest quasi-wettbewerbliche Auswahlentscheidung durch die Anweisungsbefugten ausgerichtet.*

c) *Finanzkorrekturen gegenüber den Begünstigten*

(13) *Der Kommission stehen im Verhältnis zu den Begünstigten einseitige Anordnungsrechte zur Wahrung der finanziellen Gemeinschaftsinteressen unabhängig von den Bestimmungen der zweiseitigen Finanzierungsvereinbarung zu. Die allgemeinen Regeln der Europäischen Haushaltsordnung sehen Möglichkeiten des Forderungsverzichts aus Gründen der Verhältnismäßigkeit vor. Es wird Aufgabe der Gemeinschaftsgerichte sein, unter Vertrauensschutzaspekten entsprechende Rechtspflichten zu formulieren.*

d) *Kontrolle des finanzwirksamen Verwaltungshandelns der Kommissionsdienststellen*

(14) *Gerichtliche Kontrollen sind bislang nur hinsichtlich des bereits angesprochenen Vertrauensschutzes bei Finanzkorrekturen praktisch relevant geworden.*

(15) *Im Bereich der administrativen Kontrolle wurde hingegen im Zuge der Kommissionsreform ein ganzes Netz von internen und externen Kontrollen und Kontrollinstitutionen errichtet. Nicht ohne Grund wird inzwischen angesichts der weitgehenden Dezentralisierung und Vervielfältigung von Kontrollstrukturen die Koordination und Kohärenz des Kontrollsystems problematisiert.*

(16) *Selbst wenn man mit guten Gründen skeptisch gegenüber der Distanz und systematischen Leistungsfähigkeit parlamentarischer Verwaltungskontrolle ist, sollte der Symbolwert politischer Kontrollmechanismen als Element eines mehrdimensionalen Kontrollarrangements nicht unterschätzt werden. Dementsprechend hat das Europäische Parlament strukturelle Veränderungen in*

den Beziehungen zwischen den Mitgliedern der Kommission und den Generaldirektionen gefordert, um „die politische Verantwortung der Kommissionsmitglieder für ihr Portfolio zu einem bedeutungsvollen Konzept zu machen“. Entgegen der bisher herrschenden Meinung scheiterten solche Veränderungen nicht an rechtlichen Hemmnissen.

2. Geteilte Programmdurchführung am Beispiel der Europäischen Struktur- und Kohäsionsfonds

(17) Missbrauch von Gemeinschaftsmitteln ist nicht auf die zentrale Mittelverwaltung durch die Kommission beschränkt. Die in den letzten Jahrzehnten erheblich gewachsene finanzielle Bedeutung der Struktur- und Kohäsionsfonds verdeutlicht die folgende Tabelle:

Förderperiode	Gesamtumfang	Anteil am EG-Haushalt
1958–1969	0,27 Mrd. ECU	6,35 %
1970–1979	5,48 Mrd. ECU	8,25 %
1980–1988	38,89 Mrd. ECU	13,64 %
1989–1993	70,28 Mrd. ECU	26,97 %
1994–1999	145,43 Mrd. Euro	32,36 %
2000–2006	217,22 Mrd. Euro	32,99 %
2007–2013	evtl. 336,10 Mrd. Euro	evtl. 36,20 %

(18) Dem finanziellen Bedeutungszuwachs entspricht ein konzeptioneller Entwicklungsprozess. Instrumente dieser Politik sind insbesondere ein stärker strukturierter Programmplanungsansatz, das Konzept der Partnerschaft, die schärfere Kontrolle der Zusätzlichkeit europäischer Fördermittel sowie effektivere Finanzkontrollmechanismen.

a) Verantwortungsverbund bei der geteilten Mittelverwaltung

(19) Der Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft wird im Rahmen der geteilten Mittelverwaltung in erheblichem Umfang den Mitgliedstaaten überantwortet. Dies berührt die haushaltsrechtliche Letztverantwortung der Kommission gemäß Art. 274 Abs. 1 EG nachhaltig. Die konkrete Ausgestaltung dieser finanzrechtlichen Verbundverwaltung erfolgt im Spannungsfeld von institutioneller Autonomie der Mitgliedstaaten, gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungs- und Effektivitätsgeboten sowie dem nationale und europäische Interessen ausgleichenden Verhältnismäßigkeitsprinzip.

b) *Mitgliedstaatliche Finanzkontrolle*

(20) *Auch die Finanzkontrolle obliegt im Rahmen der geteilten Mittelverwaltung primär den Mitgliedstaaten. Dabei ist zwischen der Gewährleistung eines hinreichenden Prüf- und Kontrollsystems und der ggf. notwendigen Durchführung von Finanzkorrekturen durch den Mitgliedstaat zu unterscheiden.*

c) *Kommissionseigene Finanzkontrolle*

(21) *Die Strukturfonds-VO sieht zur Wahrung der haushaltsrechtlichen Letztverantwortung der Kommission für diese eigenständige Kontrollpflichten und -befugnisse vor. Die Kommission beschränkt sich bei alledem grundsätzlich auf eine nachvollziehende Kontrolle der Kontrolle und zwar vorrangig auf Systemkontrolle.*

d) *Evaluationsverfahren*

(22) *Die Strukturfonds-VO sieht darüber hinaus ein komplexes und aufwändig miteinander verkoppeltes System „outcome“-orientierter Evaluationen vor.*

e) *Ausblick auf die Programmplanungsperiode ab 2006*

(23) *Am 14. Juli 2004 hat die Kommission Verordnungsvorschläge für die Rechtsgrundlagen der nächsten Förderperiode von 2007 bis 2013 unterbreitet. Weitgehend handelt es sich um eine nur im Detail optimierende Fortschreibung der bisherigen Kohäsionspolitik.*

3. *Bilanz und Ausblick*

(24) *Eine zentrale und geteilte Mittelverwaltung umfassende Bilanz lässt gemeinsame Entwicklungslinien hervortreten. Eine Bewertung dieser Entwicklungen sollte die von Schmidt-Aßmann formulierte „Adäquanzregel“ zum Ausgangspunkt wählen. Danach bestimmen die einschlägigen Verwaltungsmaßstäbe das Kontrollinstrumentarium und das erforderliche Kontrollniveau.*

3. Aussprache und Schlussworte

Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates

Vorsitzender (Dreier): Es liegen erfreulich viele Wortmeldungen vor, die wir auch gerne alle im vorgesehenen Zeitrahmen hören würden, ohne unsere ohnehin kurze Mittagspause allzu sehr zu beschneiden. Deshalb beginnen wir unsere Aussprache ohne Verzug. Die schlichte Einteilung in zwei Komplexe (zuerst die Rechtslage in Deutschland, dann die europarechtliche Seite) hat offenbar wenig Probleme gemacht. Wir beginnen mit dem ersten Themenkomplex. Ich möchte Herrn *Badura* bitten, unsere Aussprache zu eröffnen.

Badura: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen, Herr *Tettinger* hat unter der allgemeinen Überschrift „Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates“ eine eindrucksvolle, ziemlich comprehensive Darstellung der Dogmatik des allgemeinen und besonderen Verwaltungsrechts, des Sozialrechts, vorgetragen. Aus der Überfülle der Gesichtspunkte möchte ich mich beschränken auf einen speziellen Punkt, der in den Thesen 7, 24 und 25 berührt ist, nämlich die Frage, welche Maßstäbe es gibt für die notwendig werdende Anpassung von Entscheidungen zugunsten von Empfängern von Leistungen oder möglichen Empfängern von Leistungen, insbesondere, soweit diese Leistungen durch Verwaltungsakte ausgesprochen oder durch Verträge fixiert worden sind. Gestern haben wir auf der einen Seite eine Kritik gehört, dass man zu wenig die Festigkeit der Grundrechte gegen die sozialstaatliche Evolution betont habe. Auf der anderen Seite aber ist auch gesagt worden, man soll das Bestandsinteresse nicht überbetonen. Das ist also ein gewisser Widerspruch. Es wäre, meiner Ansicht nach, von besonderem Interesse, zu wissen, welche Maßstäbe und Regeln es denn gibt für die notwendig werdende Anpassung von Begünstigungen im Rahmen des Sozialstaates, denn der Empfänger oder der potentielle Empfänger ist ja auf eine gewisse Kontinuität, ein gewisses Vertrauen angewiesen. Wie weit kann es denn gehen, dass der doch rechtsstaatlich gebotene Vertrauensschutz zurückgedrängt werden muss hinter die Interessen der Sicherung der finanziellen Stabilität der Sozialsysteme, vor allem, wenn man berücksichtigt, welche finanziellen Defizite, und es sind steigende Defizite, zu verzeichnen sind, die die Sozialsysteme ja in ihrer Existenz und Leistungsfähigkeit bedrohen.

Der Sozialstaat ist in erster Linie ein Produkt der Demokratie und die Demokratie ist eine Staatsform der permanenten Reform und Veränderung. Also ist es doch eine zentrale Aufgabe des Verwaltungs- und Verfassungsrechts, Regeln und Maßstäbe dafür aufzustellen, nach welchen Möglichkeiten und Grenzen denn derartige Veränderungen überhaupt durchgeführt werden können. Nicht nur im Allgemeininteresse oder der Kontinuität des Rechts, sondern auch wegen der Berechenbarkeit und des Schutzes von Rechten oder schutzwürdigen Erwartungen, die die Einzelnen aufgrund der bestehenden Lage nun einmal erreicht haben. Und das ist in meinen Augen vielleicht ein Punkt, der in dem sonst so umfangreichen, dichten Referat von Herrn *Tettinger* eine etwas zu kleine Rolle gespielt hat, und ich schrecke davor zurück, das noch auszudehnen auf das europäische Thema, also inwieweit wir denn vom europäischen Recht erwarten können, dass derartige schutzwürdige Vertrauensstatbestände überhaupt hinreichend oder einigermaßen berechenbar justitiabel respektiert werden.

Schnapp: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Kollegen! Einige Anmerkungen zum Referat von Herrn *Tettinger*, dem ich Respekt zolle (das Pronomen bezieht sich auf das Referat wie auf den Referenten), und zwar zu vier Thesen. Was die „bürgerbetreuungsfreundliche“ Sozialgerichtsbarkeit (These 4) angeht, so ist vielleicht eine kleine Korrektur der Sichtweise angebracht, die bei manchen vorherrschen mag. Ich sage das aus meiner Erfahrung als Richter am Landessozialgericht, der ich einige Zeit im zweiten Hauptamt war. Die Bürgerfreundlichkeit bezieht sich wohl auf das Verfahren. Man sagt ja scherzhaft: Wenn jemand eine Postkarte vor dem Sozialgericht verliert, so wird das schon als Klage behandelt. In der Tat ist so etwas Ähnliches in meinem Dezernat vorgekommen: eine Ansichtskarte als Berufung! Das Verfahren – und zwar sowohl das Verwaltungs- wie das Gerichtsverfahren – ist auch deshalb bürgerfreundlich und wird als solches wahrgenommen, weil es für die Kläger kostenfrei ist. Das gilt jedoch nicht für die Leistungsseite, schon wegen des Totalvorbehalts in § 31 SGB I und wegen der Gesetzesgebundenheit der Richter. Die Sozialgerichtsbarkeit ist kein Erfinder von Sozialleistungen. In meinem Senat sind ungefähr 90% der Berufungen von Klägern zurückgewiesen worden.

Zu den Thesen 6 und 7, Stichwort: der Verwaltungsakt als Handlungsform. Herr *Tettinger* hat hingewiesen auf die Trias der Sozialleistungsarten in § 11 SGB I (Dienst-, Sach- und Geldleistungen). Der Verwaltungsakt hat in diesem Spektrum nicht die gleiche Bedeutung wie auf anderen Gebieten. Ich will das nur an einem Beispiel klarmachen. Die ärztliche Behandlung ist aus der Sicht des Arztes sicherlich eine Dienstleistung. Aus

der Sicht der Krankenkasse ist sie aber wegen des Naturalleistungsprinzips (§ 2 Abs. 2 SGB V) eine Sachleistung, die sie dem Versicherten schuldet. Über diese Sachleistung befindet der Arzt, nicht der Sozialleistungsträger. Er entscheidet darüber nicht anders als ein Verwaltungsbeamter über eine Baugenehmigung. Darüber hat man sich noch zu wenig Gedanken gemacht. Ist die Entscheidung ein Verwaltungsakt? Gar durch einen Privaten? Die monetären Leistungen, über welche die Sozialleistungsträger im Wesentlichen entscheiden – also etwa das Krankengeld –, machen nur etwa 6% des Leistungsspektrums aus.

Zur Konkurrentenklage: Im Thesenpapier (These 8) steht noch: „eine Konkurrentenklage [ist] zuzulassen.“ Dazu folgender Hinweis: Im August ist in Karlsruhe eine Kammerentscheidung ergangen, wonach die Konkurrentenklage zwischen niedergelassenen und ermächtigten Ärzten grundsätzlich zulässig ist.

Schließlich zu These 20, in welcher das Ehrenamt angesprochen ist. Bei den Kassenärztlichen Vereinigungen hat das Problem weniger einen gesellschaftspolitischen als vielmehr einen normativen Hintergrund. Das Vorstandsamt war bis vor kurzem als Ehrenamt ausgestaltet, weil eine Hauptberuflichkeit kollidiert wäre mit § 20 der Ärzte-Zulassungsverordnung, wonach der niedergelassene Arzt seinen Patienten im hinreichenden Maße zur Verfügung stehen muss. Da aber das Vorstandsamt de facto ein Fulltime-Job ist, musste man gleichwohl in den Satzungen regeln, dass dessen Wahrnehmung ehrenamtlich ist. Weil man nun für wenig Geld keine qualifizierten Ärzte gewinnen kann, hat dies im Gefolge gehabt, dass sich die Entschädigung für den Vorstandsvorsitzenden in Einzelfällen auf bis zu 350000,- DM pro Jahr summiert hat. Das hat einen Prozess bis hin zum Bundessozialgericht ausgelöst. Weil aber eine Entschädigung von 350000,- DM für ein Ehrenamt nicht gut zu halten war, hat man jetzt das Amt professionell ausgestaltet. So einfach war das. Vielen Dank!

Püttner: Mich haben beide Referate durchaus beeindruckt, aber sie haben bei mir die Frage provoziert, was eigentlich Sozialrecht ist und wie weit das reicht. Also bei der Daseinsvorsorge, die Sie angesprochen hatten, kann man beispielsweise die Wasserversorgung herausgreifen, die kommt allen Schichten zugute. Die kommt dem Handwerker zugute, der Landwirtschaft, der Gemeinde und ebenso dem kleinen Verbraucher; irgendein Unterschied ist da eigentlich nicht zu erkennen. Alle sind angewiesen auf diesen Service, und im öffentlichen Personennahverkehr ist das inzwischen genauso. Da kann man also höchstens die Frage stellen, ob eventuelle Sozialtarife, die Minderbemittelten eingeräumt werden, ob die dann Teil des Sozialrechts sind und nicht mehr Teil des

Daseinsvorsorgerechts. Aber das wage ich nicht abschließend zu beurteilen.

Mir ist es beim zweiten Referat aufgefallen (zum Schluss war das): Bei Finanzkontrolle und bei den Strukturfonds stehen auch nicht unbedingt nur Sozialleistungen im Vordergrund, sondern es gibt ja eine ganze Menge anderer Leistungen aus diesen Fonds, so dass also die Frage ist: Wo endet das Sozialrecht und wie sollten wir das abgrenzen?

Dann möchte ich aber, Herr *Tettinger*, noch eine Bemerkung anschließen: Sie haben ganz am Schluss Ihres Referats sich mit Recht distanziert vom Gewährleistungsstaat, haben diese Vorstellung als sozialwissenschaftlich bezeichnet. Ich möchte eigentlich noch eins draufsetzen. Diese Lehre vom Gewährleistungsstaat ist eine ausgesprochene Irreführung der Betroffenen, die wir als Öffentlich-Rechtler eigentlich nicht mitmachen sollten. Denn wenn man Dienste in die private Sphäre verlagert hat, privatisiert hat und ein privater Unternehmer tätig wird, dann kann die öffentliche Hand die Dienste nicht mehr gewährleisten. Zumindest nicht die Gemeinde, die privatisiert hat, und der Gesetzgeber meistens auch nicht mehr, weil er gar nicht mehr die Mittel und den Zugriff hat, so dass also diese Beruhigung der Betroffenen, „ach, da ist ja die Gewährleistung im Hintergrund“, im Grunde eine Irreführung ist. Vielleicht setzen Sie dazu in einer Fußnote noch einen Zusatz.

Ruland: Zu Herrn *Tettinger* drei Punkte: Punkt 1: Sie haben die Trägervielfalt angesprochen. Die Träger werden zwar weniger, bei der Vielfalt wird es aber auch langfristig bleiben. Die Trägervielfalt droht mit der notwendigen Gleichbehandlung der Versicherten zu kollidieren. Deshalb ist das Problem der Selbststeuerung für die Systeme ungeheuer wichtig. In diesem Zusammenhang entwickeln sich im Sozialverwaltungsrecht neue Formen von Normen. Im Kassenarztrecht finden wir sie in Form der Verträge. Letzten Freitag ist im Bundestag die Organisationsreform der Rentenversicherung beschlossen worden. Vorgesehen ist u.a. ab 1. Oktober 2005 eine neue Bundesinstitution – die Deutsche Rentenversicherung Bund –, der das Recht eingeräumt wird, verbindliche Beschlüsse für den gesamten Bereich der Rentenversicherung zu fassen, mit der Folge, dass auch die landesunmittelbaren Träger an diese Beschlüsse gebunden sind. Das ist notwendig, um sicherzustellen, dass sowohl in Schleswig-Holstein, in Bayern als auch im Saarland das Recht einheitlich angewandt wird. Wäre eine solche verbindliche Selbststeuerung nicht auch in andere Bereiche übertragbar? Notwendig wäre es, um z.B. – wie jetzt bei dem Arbeitslosengeld II – mit den Kommunen bestimmte Verfahren abzustimmen. Die kommunalen Spitzenverbände sagen zwar vieles zu, bekommen es aber nie in ihren Kommunen geregelt. Die Ko-

operation zwischen verschiedenen Zweigen der Verwaltungen wäre außerordentlich leichter, wenn es auch in anderen Bereichen entsprechende Strukturen der Selbststeuerung wie in der Rentenversicherung und in der Krankenversicherung geben würde.

Punkt 2: Information und Beratung. Ein Punkt, den Sie angesprochen haben und der sehr wichtig ist, ist die Komplexität des Sozialversicherungsrechts und die sich daraus ergebende Notwendigkeit von Information, Auskunft und Beratung. Um die Dimensionen deutlich zu machen, in denen dies geschieht: Wir verschicken arbeitstäglich 140000 Renteninformationen, die jeweils fünf verschiedene Rentenberechnungen beinhalten. Wir haben uns zu diesem Schritt entschlossen, um die Versicherten besser über ihre Altersvorsorge zu informieren. Verbunden ist damit ein großes Risiko. Obwohl wir darauf hinweisen, dass den Renteninformationen keine Verbindlichkeit zukommt, müssen wir damit rechnen – und der BGH hat schon so entschieden –, dass wir für Fehler haften müssen (Herstellungsanspruch). Insoweit gibt es eine Kollision zwischen der Notwendigkeit einer intensiveren Beratung mit dem größeren Haftungsrisiko.

Punkt 3: Ein weiterer Aspekt, den ich gerne ansprechen möchte, ist die Politisierung der Verfahren. Sie erinnern sich, dass 2001 die Renten nicht entsprechend der Lohnentwicklung, sondern nur in Höhe der Inflation angepasst wurden. Gegen unsere Anpassungsmittelungen wurden eine Million Widersprüche eingelegt. Dieses Jahr haben wir die Rentner informiert, dass sie ihren Pflegebeitrag alleine zahlen müssen: 1,2 Millionen Widersprüche. Wir werden im Dezember entsprechende Aktionen wegen des Kinderberücksichtigungsgesetzes starten müssen. Die Rentner werden informiert, dass sie – sofern kinderlos – einen erhöhten Beitrag zur Pflegeversicherung zahlen müssen. Obwohl dies keine Reform der Renten-, sondern eine der Pflegeversicherung ist, rechnen wir wieder etwa mit einer Million Widersprüche. Ähnliches wird passieren, wenn von den Rentnern der Zusatzbeitrag zur Krankenversicherung erhoben wird. Initiiert werden diese Widerspruchsaktionen vor allem von den Sozialverbänden, die sich bei ihren Mitgliedern damit profilieren wollen. Die Frage ist, wie können wir unsere Verwaltungen schützen vor diesen politisch instrumentalisierten Widerspruchswellen, die die Arbeitskapazitäten erheblich in Anspruch nehmen.

Und da ich noch im „gelben Bereich“ bin, einen vierten Aspekt: Die Renten-, aber auch die übrigen Sozialversicherungsträger tragen nicht nur für enorm viel Geld Verantwortung, sondern – um eine Aussage von Herrn *Zacher* zu zitieren – sie tragen auch für eine sachgerechte Diskussion der mit ihren Systemen zusammenhängenden Probleme Verantwortung. So sind die Sozialversicherungsträger sehr stark auch im Bereich „Forschung“ engagiert. Die Rentenversicherung hat ein Forschungsnetz-

werk „Alterssicherung“ aufgebaut. Was ebenfalls wichtig ist: Wir stellen der Forschung auch entsprechende Daten zur Verfügung durch Aufbau eines Forschungsdatenzentrums. Auch daran können Sie sehen, wie sich Verwaltungshandeln verändert.

Voßkuhle: Ich habe zwei Fragen an Herrn *Tettinger*, die in eine ähnliche Richtung zielen wie die Bemerkungen von Herrn *Badura*. Herr *Tettinger*, Sie haben uns eine Fülle von interessanten Einzelbeobachtungen präsentiert. Die Frage, die sich mir zunächst aufdrängt, ist, ob und wie man diese Einzelbeobachtungen in ein System bringen kann und nach welchen Ordnungsprinzipien ein solches System gebaut wäre. Sie verweisen in ihrem Thesenpapier auf eine Reihe von neuen Begriffen: Verantwortungsgemeinschaft, Kontraktmanagement, Netzwerk, selbstregulativer Sozialstaat, Selbsthilfegruppe, Corporate Citizenship, Projektförderung und ähnliches. Können wir diese Begriffe so nebeneinander stehen lassen? Müssen wir das jetzt nicht irgendwie durchkneten? Sie selbst haben sich am Ende ihres Vortrages gegen Großformeln ausgesprochen und vorgeschlagen, man solle sich orientieren an einer Kultur der Transparenz, der Serviceorientierung und der Bürgeraktivierung und dabei feinsinnig unterschieden zwischen Sozialstaat und dem sozialen Staat – im Übrigen eine Kampfparole des 19. Jahrhunderts und wie die anderen Schlagwörter eine typische Großformel. Daher nochmals: Von welchem Punkt aus müssten wir ein modernes soziales Verwaltungsrecht oder Sozialverwaltungsrecht entwickeln? Sollten wir den Verantwortungsbegriff zugrundelegen, den Begriff der Kommunikation, den Gedanken der Selbstverantwortung und Selbstregulierung oder vielleicht doch das Kooperationsparadigma? Zweite Frage: Was sagt uns all das, was Sie uns hier präsentiert haben an neueren Entwicklungen, für das Allgemeine Verwaltungsrecht? Die Begriffe, die Sie verwendet haben, finden wir in keinem klassischen Verwaltungsrechtslehrbuch. Stehen also das Sozialrecht und das Allgemeine Verwaltungsrecht beziehungslos nebeneinander, oder müsste man nicht vielmehr überlegen, inwieweit sich diese neueren Entwicklungen mit den tradierten Instituten des Allgemeinen Verwaltungsrechts noch angemessen verarbeiten lassen? Danke!

Neumann: Ich habe eine Anmerkung zur These 4 von Herrn *Tettinger*: „Von den Handlungsfeldern der Sozialverwaltung sind bislang nur eher schwache originäre Signale für die Weiterentwicklung des allgemeinen Verwaltungsrechts ausgegangen.“ Ich fürchte, Herr *Tettinger*, Sie könnten auch mit dieser These Recht haben. Vielleicht liegt das ja wirklich daran, dass überforderte Sozialrechtler ganz mit sich selbst beschäftigt sind und nicht mehr dazu kommen, ihren wachsenden bzw. wuchernden Rechtsstoff rezeptionsfähig aufzubereiten. Wie dem auch sei: Wir haben im So-

zialrecht einiges zu bieten. Ich nenne an erster Stelle einen Punkt, der fast schon ein Dauerthema der Staatsrechtslehrervereinigung ist, nämlich die Privatisierung staatlicher Aufgaben. Darüber sprechen wir im Sozialrecht schon seit Jahrzehnten. Das liegt daran, dass die sozialen Aufgaben, deren Erfüllung das Sozialrecht gebietet, überwiegend von freien Trägern, also von Privaten, erledigt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat die dogmatische Struktur für die Zusammenarbeit von Sozialstaat und freien Trägern bereits im 22. Band – das war im Jahre 1967 – entwickelt: Es gibt kein staatliches Aufgabenmonopol. Das Sozialstaatsprinzip gibt nur das Was, das Ziel vor, lässt aber alle Wege offen, wie das Ziel zu erreichen ist. Deshalb ist es möglich, dass der Sozialstaat mit den freien Trägern als Träger eigener sozialer Aufgaben zusammenarbeitet. Dabei trägt der Sozialstaat die Gesamtverantwortung dafür, dass im Sozialbereich das Erforderliche geschieht. Diese Gesamtverantwortung ist eine Aufgabe, aber keine Befugnis. Deshalb kann der Sozialstaat nur höchst ausnahmsweise auf das Steuerungsmittel „Macht“ zurückgreifen. Typischerweise muss er mit den Steuerungsmitteln „Konsens“ und „Geld“ arbeiten. Damit sind wir bei den Punkten Subventionsrecht, kooperativer Staat, informelles Verwaltungshandeln und bei Themen, mit denen sich die Staatsrechtslehrertagung ebenfalls wiederholt beschäftigt hat. Das Sozialrecht, insbesondere sein Leistungserbringungsrecht, ist vor allem ein El Dorado für Rechtsprobleme, die sich um den Vertrag gruppieren. Der Gesetzgeber verleiht den Verträgen des Leistungserbringungsrechts häufig Verbindlichkeit für Dritte und überfordert damit die Vertragsform. Handelt es sich um Verträge zu Lasten Dritter oder gar um Rechtsnormen? Jedenfalls werden schwierige Legitimationsfragen aufgeworfen, die bereits Gegenstand mehrerer Habilitationsschriften waren. Das Vertragsrecht ist überdies das zentrale Anwendungsfeld der Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht. Das allgemeine Verwaltungsrecht kommt ohne die Abgrenzungskriterien gar nicht mehr aus, die das Bundessozialgericht, das Bundesverwaltungsgericht und der Bundesgerichtshof in Entscheidungen zu sozialrechtlichen Verträgen entwickelt haben. Langer Rede kurzer Sinn: Wir haben im Sozialrecht in der Tat einiges zu bieten, und jeder, der ernsthaft mitarbeiten möchte, ist herzlich dazu eingeladen. Schauen Sie, wir sind so wenige und haben so viel Arbeit.

Bauer: Herr Vorsitzender, verehrte Kolleginnen und Kollegen! Mein Diskussionsbeitrag bezieht sich auf das Referat von Herrn *Tettinger*, das mich unter anderem wegen seiner enormen Materialverarbeitungskapazität tief beeindruckt hat. Der Vortrag hat uns gezeigt, dass das Sozialrecht und insbesondere moderne Sozialgesetze wie etwa Hartz IV eine Fundgrube für neue gesetzgeberische Steuerungsansätze sind. Herr *Vofß-*

kuhle hat dies bereits aufgegriffen und Stichworte für eine systematisierende Erfassung angeboten. Ich möchte den Befund nicht im dogmatischen Gesamtzugriff angehen, sondern einen Teilaspekt herausgreifen, den Herr *Tettinger* im Zusammenhang mit Leitsatz 16 angesprochen hat, nämlich die Aufwertung des Verwaltungsvertrags, und zwar am Beispiel der Eingliederungsverträge:

Wir sind es gewohnt, dass Sozialhilfe, soziale Leistungen und ähnliches durch Verwaltungsakt gewährt werden. Mit Hartz IV „verschwimmt“ diese traditionelle Ausrichtung der leistungsgewährenden Sozialverwaltung auf den Verwaltungsakt, weil sich die Rechtsformen des Verwaltungshandelns verändern. Zwar wird auch das künftig an die Stelle der Erwerbsfähigen-Sozialhilfe tretende Arbeitslosengeld II durch Verwaltungsakt bewilligt. Vorgeschaltet sind aber Eingliederungsvereinbarungen, in denen festgelegt wird, wie der Arbeitsuchende selbst zur Bewältigung seiner Arbeitslosigkeit beizutragen hat, also etwa bei welchen Unternehmen er sich vorzustellen hat usw. Bei den Eingliederungsvereinbarungen handelt es sich um Verwaltungsverträge. Für den Einsatz dieser Handlungsform, für die Rechtsform des Verwaltungsvertrages, hat sich der Gesetzgeber bewusst entschieden, weil er den Arbeitsuchenden aktivieren will. Nach dem Leitbild des „aktivierenden Staates“ soll der einzelne Leistungsempfänger in Zukunft nicht mehr ausschließlich passiv – durch Verwaltungsakt – Leistungen zugesprochen bekommen und allenfalls noch mit Nebenbestimmungen zu ergänzenden Tätigkeiten wie Vorstellung bei Arbeitgebern, Fortbildungsmaßnahmen und ähnlichem angehalten werden. Vielmehr soll er aktiv in den Prozess der Bewältigung seiner Arbeitslosigkeit eingebunden werden und daran mitarbeiten. Dabei erwartet man allein von dem Einsatz der Handlungsform des Vertrags eine derartige Aktivierung zur Mitarbeit und in der Gesamtbetrachtung am Ende eine Reduzierung der Arbeitslosenzahlen. Ob sich diese vornehmlich sozialpsychologisch motivierte Hoffnung erfüllen wird, mag hier dahinstehen. Wichtiger ist etwas anderes: Aus der Sicht des Allgemeinen Verwaltungsrechts ist der ganze Vorgang schon allein deshalb ausgesprochen spannend und bemerkenswert, weil hier „*Massenverwaltung durch Vertrag*“ stattfindet. Denn bei mittlerweile weit über 4 Millionen Arbeitslosen werden entsprechend viele Verwaltungsverträge abgeschlossen. Der massenweise Abschluss von Verwaltungsverträgen dürfte für das Allgemeine Verwaltungsrecht und für die Lehrbücher zum Allgemeinen Verwaltungsrecht vorerst noch ein eher gewöhnungsbedürftiger Befund sein.

„Massenverwaltung durch Vertrag“ ist allerdings nur ein Aspekt der Eingliederungsvereinbarungen. Der Gesetzgeber ist nämlich dabei nicht stehen geblieben, sondern hat den Nicht-Abschluss eines solchen Verwaltungsvertrages mit einem Sanktionsmechanismus verknüpft. Immer

dann, wenn der Arbeitsuchende nicht bereit ist, eine solche Eingliederungsvereinbarung abzuschließen, wird das Arbeitslosengeld II in verschiedenen Stufen abgesenkt. Dieser Sanktionsmechanismus ist für den Einzelnen natürlich sehr spürbar und übt auf ihn rechtlich Druck zum Vertragsabschluss aus. Damit verbinden sich unter Umständen weitreichende Konsequenzen – so zum Beispiel für den Rechtsschutz, weil sich der Betroffene gegen einen Verwaltungsakt, mit dessen Inhalt er nicht einverstanden ist, vor den Verwaltungsgerichten bzw. künftig vor den Sozialgerichten zur Wehr setzen kann. Beim Vertrag ist das anders. Denn wer konsentiert, der begibt sich jedenfalls partiell auch der Möglichkeit, dagegen vor den Verwaltungsgerichten noch zu klagen und dort um Rechtsschutz nachzusuchen.

In Anschluss daran meine Frage: Gibt es vielleicht für diese neueren Steuerungsansätze und ganz konkret für den weitläufigen Einsatz von Verwaltungsverträgen am Beispiel der Eingliederungsvereinbarung mit dem erwähnten Sanktionsmechanismus auch Grenzen? Die Frage scheint auf den ersten Blick sehr speziell zu sein, weist aber über das Sozialrecht hinaus. Wir können vergleichbare Steuerungstechniken nämlich auch in anderen Bereichen beobachten – so etwa im Hochschulbereich, wenn sogenannte „Hochschulkonsense“ geschlossen werden und dabei die Universitäten mit finanziellen Verlockungen dazu Breitgeschlagen werden, auf Rechtspositionen und Gestaltungsoptionen zu verzichten. Das Beispiel zeigt, dass wir es mit verallgemeinerungsfähigen Regelungstechniken zu tun haben, die auch für das Allgemeine Verwaltungsrecht von Interesse sind. Vielen Dank!

Ebsen: Ich möchte zu den beiden Formen kooperativer Rechtsgestaltung, die gerade in zwei vorherigen Diskussionsbeiträgen angeklungen sind, im Wege der Abstraktion noch etwas Allgemeineres sagen. Die eine Welt kooperativer Rechtsgestaltung, die Herr *Neumann* angesprochen hat, sind die Rechtsbeziehungen der Sozialleistungsträger zu den Leistungserbringern, in denen aber auch rechtliche Wirkungen gegenüber den Leistungsberechtigten erzeugt werden. Dies ist am deutlichsten in der sogenannten „gemeinsamen Selbstverwaltung“ der gesetzlichen Krankenversicherung, die als Modell zunehmend in andere Leistungsbereiche – bis hin etwa zur Sozialhilfe – ausstrahlt. Die Kernidee dieses Modells ist das Zusammenspannen gegensätzlicher Interessen (etwa von Ärzten und Kassen), um gerade aus der Gegensätzlichkeit der Interessen etwas Richtiges zustande zu bringen. Und in der Tat kann dieses Konzept funktionieren; hinter ihm steckt letztlich die Richtigkeitsvermutung des frei ausgehandelten Vertrages. Soweit aber die Interessen der zusammengespannten Akteure nicht so gegensätzlich sind, sondern u.U. eher

im Gegensatz zu denen der Leistungsberechtigten stehen, dann sind letztere bei ihnen nicht mehr gut aufgehoben. Auch wenn man die Regulierung in gemeinsamer Selbstverwaltung anders als manche Stimmen in der Literatur grundsätzlich nicht für verfassungsrechtlich bedenklich hält, bedarf es doch zur Kompensation der Gefahr eines interessengeleiteten *bias* einer eher intensiven Kontrolldichte gerichtlicher Kontrolle. Und insoweit sind die Gerichte bisweilen etwas sehr zurückhaltend.

Der zweite Bereich kooperativer Rechtsgestaltung, zu dem ich mich kritisch äußern möchte, sind die m.E. nur scheinbar kooperativen Beziehungen zu Leistungsempfängern, wie sie uns in bisher schärfster Form bei der Eingliederungsvereinbarung im SGB II begegnen. Hier ist die „Vereinbarung“ eher eine solche, wie wir sie bei scheinbar emanzipierten Eltern entdecken, die ihre eigene Bestimmungsmacht durch nicht wirklich ausgehandelte „Verträge“ camouflieren. So geht es auch beim „*Case-Management*“ zu, wie schon das verwendete Vokabular andeutet. Der *Case-Manager* betreibt *profiling* und gegebenenfalls *assessment* mit dem Hilfebedürftigen. Und wenn er dann zu seinem Ergebnis gekommen ist, bietet er dieses als Eingliederungsvereinbarung an. Und anders als bei einer Rechtsgestaltung durch Verwaltungsakt, bei welcher der Betroffene noch erhobenen Hauptes gegebenenfalls eine offene Fremdbestimmung hinzunehmen hat, muss sich hier der Hilfebedürftige noch scheinbar freiwillig unter das Joch dieser Vereinbarung beugen und ihr auch noch zustimmen. Ist das wirklich ein „aktivierender“ Sozialstaat? Gestern ist nach dem Menschenbild von „Hartz IV“ gefragt worden. Das Menschenbild vom Leistungsadressaten ist, so meine ich, nicht dasjenige eines Inhabers von Leistungsrechten, sondern dasjenige eines vom *Case-Manager* betreuten Klienten. Auch in dieser Beziehung ist intensive rechtliche Überprüfung durch die Gerichte ein notwendiger kompensatorischer Schutz.

Vorsitzender: Danke sehr, Herr *Ebsen*! Jetzt folgt Herr *Martinez*, dann habe ich zwei Meldungen, die sich sowohl zu Block eins als auch zu Block zwei äußern wollen und gewissermaßen eine Art Überleitungsfunktion erfüllen. In der Reihenfolge des Eingangs der Meldungen wäre das zuerst Herr *Schmidt-Abmann* und dann Herr *Zacher*. Doch zunächst Herr *Martinez*, bitte!

Martinez: Wir waren bisher überzeugt, dass unser Staat über die notwendigen Ressourcen für die Erbringung von Leistungen im Sozialbereich verfügen muss. Nunmehr weisen Sie, Herr *Tettinger*, uns darauf hin, dass fiskalische Erwägungen in begrenztem Umfang bei der Leistungserbringung zu berücksichtigen sind. Welches sind aber die Grenzen der Berücksichtigung von fiskalischen Erwägungen? Ich stelle die Frage, weil

ich eine Tendenz eines – und ich betone, eines politischen – Harmonisierungsdruckes innerhalb der sich formierenden Europäischen Sozialunion erkenne. Der Hintergrund ist, dass in zahlreichen Mitgliedstaaten der EU derartige fiskalische Erwägungen eine wichtige Rolle spielen. Nehmen wir den Fall Spanien als Beispiel. Hier bildet die Finanzierbarkeit von sozialen Leistungen eine absolute Grenze der staatlichen Leistungspflicht. Was bedeutet das konkret? Der Staat, konkret die jeweilige autonome Gemeinschaft, legt in einem Haushaltstitel einen Fixbetrag für Sozialleistungen fest. Ist dieser Betrag aufgebraucht – was in der Regel zur Hälfte des Jahres der Fall ist – erhält der Bürger darauf hin auf seinen Antrag zwar einen positiven Leistungsbescheid, gleichzeitig aber auch eine Mitteilung der Auszahlungskasse, dass er keine Auszahlung zu erwarten hat. Lassen Sie mich unterstreichen: Dieses Modell ist nach meiner Überzeugung in keiner Weise mit dem Grundgesetz vereinbar. Aber wir müssen uns klar werden, dass das europäische Sozialmodell und damit die Europäische Sozialunion, die gerade im Aufbau befindlich ist, durch derartige Vorstellungen mit geprägt werden. Umso wichtiger erscheint es mir daher, dass wir uns im Hinblick auf den europäischen Diskurs über die eigenen verfassungsrechtlichen Grenzen einer derartigen Berücksichtigung von fiskalischen Erwägungen klar werden. Vielen Dank!

Schmidt-Aßmann: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Nach den unglaublich dichten Referaten schwirrt es dem Zuhörer im Kopf. Herr *Tettinger* hat für den deutschen Verwaltungsraum eine unglaubliche Vielzahl neuer Formen, neuer Verfahren und neuer Organisationseinheiten vorgestellt. Bei Herrn *Schneider* ist das dann noch einmal gesteigert worden, indem er den europäischen Verwaltungsraum einbezogen hat. Die erste Reaktion könnte sein, hätten wir doch das gute alte Verwaltungsrecht mit seinen überschaubaren Verhältnissen wieder! Nichts wäre jetzt falscher als eine solche Reaktion! Wir müssen beiden Referenten vielmehr außerordentlich dankbar sein, dass sie die gewaltige Aufgabe übernommen haben, Gegenstände vorzustellen und Materialien auszubringen, die nicht jeden Tag auf dem eigenen Schreibtisch liegen. Wir werden dadurch gezwungen, verwaltungsrechtliche Systembildung künftig noch stärker in zwei neue Dimensionen hinein zu bedenken, nämlich im Blick auf neue Gebiete des besonderen Verwaltungsrechts und im Blick auf die europäischen Verwaltungsvorgänge. Dabei geht es nicht nur darum, neue Entwicklungen zur Kenntnis zu nehmen, sondern sie in das eigene System zu integrieren. Integration kann nicht ohne Bereitschaft zur Überprüfung und gegebenenfalls Korrektur der bisherigen Grundannahmen erfolgen. Herr *Voßkuhle* hat auf diesen Punkt in unserer Diskussion zutreffend schon hingewiesen. Hier ist noch viel Arbeit zu leisten.

Sorgfältige Analyse, sensibles Vergleichen und die Bereitschaft zum Lernen sind gefragt. Was hat sich im besonderen Verwaltungsrecht oder im europäischen Verwaltungsrecht bereits bewährt und ist insofern verallgemeinerungsfähig, dass es auch im Allgemeinen Verwaltungsrecht Anerkennung finden kann?

Hier wird deutlich, dass wir uns zunehmend als Europäische Verwaltungsrechtswissenschaft verstehen müssen. Meiner Ansicht nach ist gerade das deutsche Verwaltungsrecht mit seinem ausgeprägten systematischen Zugang für eine solche Erweiterung der Aufgaben gut gerüstet. Systematisches Denken erleichtert es, Entwicklungsanstöße zu rezipieren, weil nicht gebannt nur auf punktuelle Veränderungen geschaut, sondern die Verarbeitung des Veränderungsdrucks auf unterschiedliche Teile des Systems verteilt werden kann. Dabei werden traditionelle Zuordnungen überprüft werden müssen. Das ist heute am Beispiel des Haushaltsverfahrensrechts deutlich geworden. Dieses Rechtsgebiet hat für das deutsche Verwaltungsrecht nur eine geringe Rolle gespielt. Herr *Schneider* hat heute die neue EG-Haushaltsordnung vorgestellt, die einem anderen Verständnis folgt und eine Vielzahl praktischer Regelungen trifft, die zu dem gehören, was gute Verwaltung ausmacht und folglich auch im Verwaltungsrecht eine zentrale Rolle spielen muss. Eine Europäische Rechtswissenschaft hat ein Verwaltungsrecht in den Blick zu nehmen, das einen Verwaltungsverbund zwischen mitgliedstaatlichen Behörden und EG-Behörden in Form zu bringen hat.

Meine zweite Diskussionsbemerkung soll das schon mehrfach angesprochene Thema des Verwaltungsvertrages aufnehmen. Der Vertrag war in beiden Referaten eine ganz wichtige Rechtsfigur. Seine Bedeutung im modernen Sozialrecht sollte dazu veranlassen, die Grundannahmen der §§ 54ff. VwVfG daraufhin zu überprüfen, ob sie zu stark von den Interessenkonstellationen des städtebaulichen Vertrages als Referenzinstitut geprägt sind. Das Vertragsrecht hat aber auch eine europäische Dimension. Dort ist er, wie sich im Recht der Strukturfonds oder in der Verordnung 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit zeigen lässt, ein Gestaltungsmittel intergouvernementaler Verwaltungskooperation, die sich teilweise nach supranationalem, nationalem, teilweise aber auch nach internationalem Recht entwickelt. Völkerrecht und Verwaltungsrecht rücken zusammen. Wir sollten einmal darüber nachdenken, inwieweit diese Vorgänge dazu veranlassen, das Internationale Verwaltungsrecht neu zu konzipieren.

Zacher: Ich möchte zunächst bekunden, dass ich aus Zeitgründen die vielen Blumen der Zustimmung, die ich zu Sträußen zu binden hätte, nicht im Einzelnen, sondern nur pauschal überreiche. Ein eigener Strauß

gilt im Übrigen meinen Vorrednern in der Diskussion. Ich möchte vor allem Herrn *Bauer* und Herrn *Ebsen* sehr zustimmen in dem Anliegen, das sie vorgetragen haben, aber auch sonst. Was in der Diskussion bisher gesagt worden ist, hat mich sehr erfreut.

Zu Herrn *Tettinger* wäre natürlich auch noch vieles im Einzelnen hinzuzufügen. Ich konzentriere mich darauf, dass Sie in der These 5 das Sozialrechtsverhältnis immerhin erwähnt haben, Herr *Tettinger*. Ich glaube, das Sozialrechtsverhältnis hätte sehr viel mehr Aufmerksamkeit verdient und damit auch die Frage nach der Ordnung der Komplexität dessen, was Sie behandelt haben. Sie haben diese Komplexität und diese Ordnung durchaus berührt, konnten aber in der Schnelle nicht alles hinreichend akzentuieren. Das Sozialrecht ist kooperatives Recht. Wenn der Betroffene nicht mitwirkt, ist in vielen Bereichen nichts Sinnvolles zu tun. Es ist ferner – wie von Herrn *Schnapp* auch schon gesagt wurde – ein Recht, das vor allem durch Realakte vollzogen wird. Der Verwaltungsakt hängt irgendwo im Abstrakten und das wirkliche Leistungsgeschehen im Heim oder in der Jugendbetreuung oder gerade auch in der ärztlichen Behandlung, ist ein reales. Das alles zählt zu den Eigentümlichkeiten, um deren Ordnung es uns geht. Aber die gravierendste Eigentümlichkeit ist die Vielfalt der Elemente: Vielfalt der Inhalte, Vielfalt der Beteiligten. Da ist der Versicherte, da ist sein Arbeitgeber, da sind seine Familienangehörigen, da ist die Kasse, und dann ist da der Arzt und die ganze Vielfalt der Leistungsträger usw. Und dann haben wir die Ablaufstufen: dass zunächst ein Vorsorgeverhältnis entsteht, vielleicht vorher überhaupt ein offenes Beratungs-, ein Informationsverhältnis, dann ein Vorsorgeverhältnis, dann das Leistungsgrundverhältnis. Der Versicherungsträger sagt, „Ja, du hast ärztliche Behandlung gut, geh dahin“, und dann entsteht das Leistungsverhältnis. Eventuell kommen dazu noch Abwicklungsverhältnisse. Aber noch viele andere Beziehungen und Abläufe kommen in Betracht. Und das alles bekommen wir nur durch eine tüchtige Ordnung in Verhältnissen – also etwa in Vorsorgeverhältnis, Leistungsgrundverhältnis, Leistungserbringungsverhältnis usw. – in den Griff. Dann können wir die Programmfüllung ebenso wie die Risiken der Programmverfehlung, die sich bei der Vorsorge, beim Leistungsvollzug usw. ergeben, wirklich zueinander in Verbindung und zur Abwägung bringen. In dem, was Sie Fürsorgebereich nennen – was ich Hilfs- und Förderbereiche nennen möchte –, haben wir andere Abläufe, aber ein analoges Bedürfnis, die jeweils engeren Komplexe zu ordnen und untereinander in Beziehung zu setzen. Und auch dazu brauchen wir wieder das Denken in Rechtsverhältnissen. Da wollte ich doch angemahnt haben, dass alle die, die sich der Versuchung hingeben, mehr Sozialrecht als bisher zu betreiben, gerade diese Ordnungsinstrumente sehen sollten.

Zu Herrn *Schneider* nur zwei sehr kurze Anmerkungen, leider auch Ergänzungswünsche. Der eine ist der, dass in Ihrem Referat meines Erachtens die Einmischung Europas vor allem in den nationalen Sozialstaat unter den *indirekten* Einmischungen zu nennen wäre. Unter ihnen hätte das koordinierende Recht an der Spitze zu stehen, zusammen mit den wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an die Sozialleistungsträger. Die Frage nach dem Service public stellt sich ja auch gegenüber unseren Sozialleistungserbringern und insbesondere den Vorsorgeträgern. Nun zum anderen Ergänzungswunsch: Es geht darum, dass Europa normativ im Großen und Ganzen – gerade im Sozialrecht – nur mit Finanzprogrammen eingreift. Das haben Sie so schlicht unterstellt. Aber die Besonderheit haben Sie nicht hervorgehoben. Es ist eine Sache, normative Kompetenzen zu haben und auszuüben und zu sagen: „Sozialversicherung für Krankheit sieht so und so aus“, oder zu sagen: „Ich mache ein Finanzprogramm für gewisse Arbeitslosigkeitsbereiche oder für Arbeitsförderungsbereiche, usw. Und wenn du mein Geld haben willst, dann musst du diese Finanzen so oder so ausgeben“. Letzteres ist ungefähr das gleiche, wie wenn Frau *Bulmahn* sagt, „Ich mache Eliteuniversitäten und wer mir da folgt, der kriegt Geld von mir“. Das ist ein Riesenunterschied zu einer a priori normativen Gesetzgebungsverantwortung und einem normgetragenen Gesetzesvollzug. Aber die europäische Sozialpolitik arbeitet statt mit Gesetzgebung weitgehend mit dem Instrumentarium von Finanzprogrammen.

Kingreen: Ich habe Anmerkungen zu Ihrem im Prinzip sehr instruktiven Referat, Herr *Schneider*. Eine erste ist konzeptioneller, vielleicht auch nur terminologischer Natur. Ich habe mich bei Ihrem Teil C gefragt, ob es um die verwaltungsrechtlichen Instrumente des *Sozialstaates* oder doch allgemeiner um die verwaltungsrechtlichen Instrumente des *Leistungsstaates* ging. Verwaltungsrechtlich gewendet: Mein Eindruck war, dass Sie sich mehr mit der Leistungsverwaltung im weiteren Sinne und nicht eigentlich mit der Sozialverwaltung im engeren Sinne befasst haben. Ich hoffe, dass das nicht die verengte Perspektive des Sozialrechtlers ist, der an sich immer tapfer gegen ein sonderrechtliches Verständnis des Sozialrechts und für die Anschlussfähigkeit des Sozialrechts an das Verfassungs- und Verwaltungsrecht eintritt. Ich meine aber, dass der überkommene Korporatismus im Sozialrecht doch einige verwaltungsrechtliche Schmankelel produziert hat, an die sich die Verwaltungsrechtswissenschaft vielleicht einmal heranwagen sollte; denken Sie nur an den Gemeinsamen Bundesausschuss Ärzte/Krankenkassen, der im verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Niemandsland grundrechtlich wesentliche Entscheidungen über die Gesundheitsansprüche der Sozialversicherten fällt.

Meine zweite Anmerkung bezieht sich auf die Thesen 4 bis 8. Ich teile Ihre Sorge, Herr *Schneider*, dass die dogmatisch ziemlich freihändige Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten eine Gefährdung für den Primat der Politik auch im Bereich des Sozialrechts darstellen kann. Man muss aber sehen, dass die Rechtsprechung des EuGH gerade im Sozial- und Gesundheitsrecht doch insgesamt von kluger Zurückhaltung geprägt ist. Von daher war mir Ihre Dichotomie zwischen Grundfreiheiten und Sozialrecht vielleicht ein bisschen zu stark. Immerhin werden durch die Grundfreiheiten auch soziale Rechte transnational erweitert. Es geht also rechtsdogmatisch um derivative Teilhabe und nicht um originäre Leistung, wie Sie das angedeutet hatten. Der Vergleich mit dem Energierecht war insoweit zwar interessant; der Blick auf meine Energierechnung erweckt bei mir freilich den Eindruck, dass gerade hier etwas mehr Wettbewerb kein Unglück wäre – zugegebenermaßen eine eher laienhafte Perspektive auf das Energierecht. Sozialrechtliche Probleme mit den Grundfreiheiten gibt es in der Tat allenfalls im Planungsbereich, etwa im Vertragsarztrecht und dem Krankenhausrecht. Aber auch die nehmen jedenfalls in Deutschland tendenziell ab. Im Krankenhausbereich etwa geht durch die Einführung des neuen Vergütungssystems DRG das Risiko unwirtschaftlichen Verhaltens der Krankenhäuser von den Kassen bzw. von den Ländern doch sehr weit gehend auf die Krankenhäuser über.

Eine allerletzte Frage geht noch mal zurück in den ersten Teil. Meine ganz spezielle Frage an Herrn *Tettinger*: Sie haben das Wunsch- und Wahlrecht der Versicherten angesprochen, zugleich das Vergaberecht. Meine ganz konkrete Frage: Wie verträgt sich das Wunsch- und Wahlrecht der Versicherten mit dem Ziel eines vergaberechtlichen Verfahrens, ja nur einem einzigen Anbieter letztlich den Zuschlag zu erteilen? Herzlichen Dank für die Aufmerksamkeit!

Pielow: Liebe Kolleginnen, liebe Kollegen! Ich kann wohl unmittelbar an die Ausführungen von Herrn *Kingreen* anknüpfen. Stichwort: „Soziale Dienste und Wettbewerb im EU-Binnenmarkt“. Die wichtigsten Schnittstellen zwischen dem europäischen und dem nationalen Recht sind ja schon genannt worden – insbesondere die Grundfreiheiten (mit der *Kohl-* und *Decker-*Rechtsprechung), sodann die Instrumente der Fondsfinanzierung auf der europäischen Ebene. Ein Aspekt ist dabei vielleicht ein bisschen zu kurz gekommen; Herr *Tettinger* hat ihn beiläufig erwähnt mit dem Stichwort „Beihilfenkontrolle“. Meine Frage deshalb: Wie sieht es eigentlich mit der Anwendung der allgemeinen Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages im Bereich des „Sozialen“ aus? Die Artikel 81 ff. EG setzen bekanntlich ein „unternehmerisches“ Handeln voraus. Der Begriff des Unternehmens wird sodann rein funktional, also „träger-

neutral“ danach bestimmt, ob es sich um eine „wirtschaftliche“ Tätigkeit resp. um den „marktbezogenen“ Austausch von Gütern und Dienstleistungen handelt. Davon zu unterscheiden sind die „nicht-wirtschaftlichen“ Tätigkeiten: Hierzu gehören nach vereinzelter Aussage des Europäischen Gerichtshofs wie auch der Kommission (in ihren Mitteilungen zu den Leistungen der Daseinsvorsorge) insbesondere klassische Hoheitsaufgaben, ferner kulturelle Dienste (etwa im Bildungswesen!) sowie „karitative“ und eben „soziale“ Dienstleistungen. Jetzt fragt sich natürlich: Sind „soziale“ Dienstleistungen pauschal vom Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts und damit etwa auch vom Beihilfeverbot ausgenommen? Die EU-Kommission hat dazu in Ihrem „Grünbuch über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ vom Mai 2003 wohl berechtigte Zweifel angemeldet und auf die „Wandelbarkeit“ der Unterscheidung von wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Diensten hingewiesen. Mich würde interessieren, wie sich diese Grenzziehung aus der Sicht der Referenten darstellt. Besteht hier noch Entwicklungspotential oder sogar Ergänzungsbedarf? Von dieser wichtigen Weichenstellung hängt schließlich ab, ob und inwieweit überhaupt das von Herrn *Tettinger* erwähnte Konzept der „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ – also die zentrale Ausnahmenorm in Art. 86 Abs. 2 EG mit der dazu ergangenen Rechtsprechung – zur Anwendung gelangt oder nicht. In diesem Kontext halte ich übrigens auch den Begriff „Infrastrukturdienstleistungen“ nicht für verfehlt; mit Herrn *Püttner* geht es hier um die Versorgung „aller“ Bürger im Sinne „öffentlicher“, d. h. vor allem flächendeckender Versorgung.

Sydow: Meine Bemerkung bezieht sich auf die Kontrollproblematik bei der Verwaltung europäischer Programme. Es erscheint mir weiterführend, auf ein Instrument der Selbstkontrolle der Verwaltung hinzuweisen, das aus dem nationalen Verwaltungsrecht ohne weiteres bekannt ist: das Widerspruchsverfahren, dessen Devolutiveffekt die Möglichkeit bietet, das Handeln nachgeordneter Behörden zu kontrollieren. Ein vergleichbares Rechtsinstitut existiert im europäischen Recht nicht flächendeckend, und zwar schon deshalb nicht, weil die europäische Verwaltung erst ansatzweise institutionell ausdifferenziert ist und weil die bestehenden verselbständigten Einheiten grundsätzlich nicht in einem hierarchischen Verhältnis zueinander stehen. Aber gerade im Bereich der europäischen Programmverwaltung besteht ein solches Beschwerdeverfahren mit Devolutiveffekt. Herr *Schneider*, Sie haben die früheren bureaux d'assistance technique angesprochen. Diese Büros für technische Hilfe werden teilweise abgelöst durch die neuartigen Exekutiv-Agenturen: Die normative Grundlage ihrer Errichtung ist letztes Jahr erlassen worden, erste Gründungen gibt es seit diesem

Jahr. Gegen ihre Entscheidungen besteht eine Beschwerdemöglichkeit zur Europäischen Kommission. Dieses hierarchisierte Verhältnis und der Devolutiveffekt der Beschwerde ermöglichen der Europäischen Kommission eine Kontrolle über das Handeln der nachgeordneten Exekutiv-Agenturen. Ich möchte Ihrer Forderung nach verstärkter politisch-parlamentarischer Kontrolle die Forderung zur Seite stellen, auch solche Instrumente der administrativen Selbstkontrolle in den Blick zu nehmen, denn sie sind im Europarecht noch wenig entwickelt und wissenschaftlich kaum analysiert. Dabei wären die Diskussionsanregungen von Herrn *Voßkuhle* und von Herrn *Schmidt-Aßmann* aufzugreifen, verstärkt Bezüge zum Allgemeinen Verwaltungsrecht herzustellen. Konkret wäre das Beschwerdeverfahren im Bereich der Exekutivagenturen in Bezug zu vergleichbaren Verfahren zu setzen. Im Europarecht könnte so ein Rechtsinstitut der Verwaltungsbeschwerde konturiert werden, das verwaltungsinternen Rechtsschutz bietet und der administrativen Selbstkontrolle dient.

Michael: Dem Vorstand gebührt Dank dafür, ein Thema aufgegriffen zu haben, von dem wir uns einig sind, dass es große aktuelle Bedeutung hat: politische, ökonomische und natürlich vor allen Dingen soziale Bedeutung. Welche Chance eröffnet es, wenn wir uns als Vereinigung einem solchen Thema in einer Umbruchssituation zuwenden? Es fordert heraus, die Chancen des Interdisziplinären aufzugreifen, wobei es natürlich auch aus Zeitgründen schwer ist, in den Referaten jeweils vertieft darauf einzugehen. So müssen wir uns vor allem auf die Normativität und zwar nicht des Faktischen, sondern des Rechtlichen besinnen. Dazu gehört zum einen das, was Herr *Voßkuhle* und Herr *Schmidt-Aßmann* angesprochen haben: die Systematisierungsfunktion des Verwaltungsrechts. Zum anderen gilt es, die normative Kraft des Verfassungsrechts zu umreißen. Zu Recht haben die Referenten auch das europäische Verfassungsrecht mit in den Blick genommen. Das Verfassungsrecht kann aber nur dann seine normative Kraft auf die Sozialpolitik entfalten, wenn wir erstens klären können: Welche Normen sind zu solcher Wirkung überhaupt fähig? Es muss klar sein, dass es z.B. normativ eine Rolle spielt, dass die Sozialstaatsklausel positiviert ist – die Antwort von Herrn *Steiner* auf die von Herrn *Meyer* gestern zugespitzte Frage hat mich beruhigt. Bei den Topoi, über deren Geltungsanspruch wir uns im Grundsatz einig sind, müssen wir zweitens fragen: Welche konkrete rechtliche Bedeutung haben sie? So haben Sie, Herr *Schneider*, interessanterweise dem Topos der „politischen Kontrollmechanismen“ die Bedeutung einer Symbolkraft zugeschrieben. Und da frage ich mich: Ist nicht der für die Demokratie zentrale Topos der politischen Verantwortung kraft Verfassungsrechts mit mehr ausgestattet als mit bloßer Symbolkraft?

Vorsitzender: Vielen Dank für diese Frage. Jetzt kommt noch eine Wortmeldung, die sich beim besten Willen weder Block eins noch Block zwei zuordnen ließ. Ich habe mich von daher mit Herrn *Meyer* darauf geeinigt, dass er unsere Diskussion abschließt. Als Stichwort lese ich: „*Böckenförde*“. Bitte, Herr *Meyer*!

Meyer: Zu unserer Einstimmung haben Sie, Herr *Schneider*, zu Beginn Ihres Referates, das von dem ehrenwerten Kollegen *Böckenförde* zwar nicht erfundene, aber maßgeblich tradierte Wort bemüht, „Der Staat lebt von Bedingungen, die er selbst nicht schaffen kann“. Ein kluger Kopf hat einmal gesagt: „Nichts ist erfolgreicher als eine gut formulierte Dummheit“. Der tradierte Satz ist gut formuliert, aber er gibt eine Antwort auf eine Frage, die man vernünftigerweise nicht stellen kann. Nicht einmal die natürliche Person kann von den Bedingungen leben, die sie selbst schafft. Wie sollte das eine juristische Person können?

Vorsitzender: Dazu eine spontane Wortmeldung von Herrn *Gröschner*!

Gröschner: Das korrekte Zitat bezieht sich auf den „freiheitlichen“ Staat und muss um einen Halbsatz erweitert werden: „...“, ohne seine Freiheitlichkeit in Frage zu stellen“.

Vorsitzender: Jetzt wird es Zeit für die Schlussworte der Referenten, denen wir mit großem Interesse entgegensehen. Wie immer gehen wir in umgekehrter Reihenfolge vor. Es beginnt also Herr *Schneider*.

Schneider: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, verehrte Kolleginnen und Kollegen: Herzlichen Dank für Ihre vielfältigen Anregungen! Beginnen möchte ich mit einer Bemerkung zum Gegenstand des Referats. Das Thema, das Herrn *Tettinger* und mir gestellt war, betraf die verwaltungsrechtlichen Instrumente des Sozialstaats. In der Tat habe ich dieses weit interpretiert und mich nicht auf das klassische Sozialrecht beschränkt. Jedenfalls auf der von mir betrachteten europäischen Ebene kann ich dazu auf die Position des Europäischen Rates verweisen, der mit seiner Lissabon-Strategie sehr deutlich macht, dass es ihm um eine Integration von wirtschaftlichen, struktur- und sozialpolitischen Aspekten geht. Deswegen gehört das alles notwendig miteinander zusammen. Im Übrigen lässt sich nur so die vielbeklagte Abkapselung bereichsspezifischer Sonderdogmatiken vermeiden.

Zum Zweiten möchte ich auf den Komplex des europäischen Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten eingehen. Herr *Kingreen* hat darauf abgehoben, dass es bislang nur wenige Fälle grenzüberschreitender Be-

handlungen gäbe. Das mag so sein. Aber es gibt einen wachsenden Markt dafür. Das Recht sollte auf diesen vorbereitet sein und künftige Entwicklungen einer dynamischen Umwelt einkalkulieren. Ein anderes Thema ist Ihre Frage, ob nicht mehr Wettbewerb gut täte? Da stimme ich Ihnen im Grundsatz zu. Wer meine Schriften kennt, weiß, dass ich dafür im Energierecht immer schon plädiert habe. Nur eben in einer Form, dass der Wettbewerb auch funktioniert. Denn im Energiebereich müssen wir jetzt feststellen, was passiert, wenn wir die Marktöffnung mit relativ wenigen Standards auf gerichtlichem Wege durchsetzen wollen. Die Monopole verdichten sich sogar eher noch. Punktuelle Eingriffe in solche komplexen Strukturen führen eben zu nichts, sondern es bedarf einer regulativen Marktorganisation. Dafür sind Gerichte aber nicht geschaffen.

Der größere Teil Ihrer Fragen betraf die Verwaltungskontrolle und darauf möchte ich jetzt eingehen. Herr *Zacher*, Sie hatten zu Recht die Problematik der parlamentarischen Beteiligung bei den Finanzprogrammen angesprochen. Die Einbindung des Gesetzgebers ist allerdings in den letzten Jahren gestärkt worden, gerade bei den Finanzprogrammen. Am Anfang hat die Kommission in großem Maße versucht, diese mehr oder minder selbständig zu gestalten. Dem hat aber der EuGH einen Riegel vorgeschoben. Und auch die neue Europäische Haushaltsordnung betont – vielleicht als Vorbild auch für Deutschland – die Notwendigkeit eines Basisrechtsaktes. Der muss nun nicht notwendig in einem parlamentarischen Verfahren entstehen, aber zumindest gibt es Tendenzen, die in diese Richtung gehen. Gleichwohl ist die von Ihnen betonte Unterscheidung der europäischen Steuerungsmechanismen – goldener Zügel auf der einen Seite und richtige normative Anforderungen andererseits – richtig. Aber zumindest entwickelt sich auch bei den Finanzprogrammen eine normative Zwischenschicht.

Angesprochen wurde ferner die Symbolkraft von parlamentarischer Kontrolle. Sicher wäre es zu kurz gegriffen, dieser nur Symbolkraft beizumessen. Aber erstens sind auch Symbole für menschliche Institutionen wie die Europäische Union oder einen Staat von Bedeutung. Und zum Zweiten geht es gerade darum, dieses nur sehr punktuelle und deswegen eher symbolische Instrumentarium aufzuwerten, indem es mit systematischen Elementen verbunden wird. Beispielsweise mit administrativen Kontrollen, durch die dem Parlament ganz neue Erkenntnismöglichkeiten zuwachsen. In Europa sind deutliche Konflikte zu spüren, wenn das Europäische Parlament versucht, an Herrschaftswissen, das aus Audits und ähnlichem erwächst, heranzukommen. Solche Verkopplungen sind noch nicht hinreichend ausgeprägt und wären deswegen etwas, worüber man fruchtbringend weiter nachdenken kann. Daneben geht es auch darum, wie die parlamentarischen Verwaltungskontrollstrukturen selbst or-

ganisiert sind. Diesbezüglich gibt es etwa in England, wo diesen ein relativ großes Gewicht beigemessen wird, mit den sogenannten select committees interessante Mechanismen, die eine genauere Analyse verdienen. Sie sind nicht so punktuell ausgerichtet wie unsere Untersuchungsausschüsse und sind deswegen weniger skandalträchtig – oder von Skandalen abhängig. Statt dessen erarbeiten sie wirkliche Querschnittsanalysen zu auch mittelfristig wichtigen Themen. Eine Verkoppelung scheint mir also der richtige Weg zu sein.

Sehr schön fand ich den Hinweis, dass ich auch die Fragen eines europäischen Widerspruchsverfahrens am Beispiel der Exekutivagenturen hätte ansprechen können. Ich kann darauf verweisen, dass sich dieser Aspekt in meinem Anfangsmanuskript durchaus fand. Aber dieses Manuskript umfasste 90 Seiten und hätte diese Veranstaltung gesprengt. Deswegen werde ich mir dieses in der Tat interessante Thema für andere Anlässe aufheben.

Der nächste Aspekt war, dass bei den Leistungsprogrammen und ihrer Ausgestaltung Verträge eine zunehmende Rolle spielen. Beispielsweise sieht die Europäische Haushaltsordnung vor, dass die Finanzhilfen über Vertragsstrukturen abgewickelt werden müssen. Interessant ist nun, dass trotz dieser im Ausgangspunkt konsensualen Elemente etwaige Rückforderungen und andere Finanzkorrekturen zumindest teilweise und vermutlich sogar mit gutem Grund wieder recht einseitig strukturiert sind. In welchem Verhältnis dies miteinander steht, lohnt sicher noch weiteres Nachdenken.

Dankbar bin ich auch für die Anregung, stärker das Völkerrecht und das internationale Verwaltungsrecht einzubeziehen. In dem Kommissionspaket für die neue Strukturförderperiode ab 2007 gibt es einen Vorschlag für eine Verordnung über einen europäischen Verbund für grenzüberschreitende Zusammenarbeit. Wenn man sich diesen Vorschlag ansieht, entdeckt man eine Menge an symbolischen Formeln, die die Dinge vermutlich kaum vorantreiben. Allerdings ist das ganz typisch für Europa. Häufig sind zuerst nur Formeln da, aber nach und nach entwickelt sich dann auch etwas richtig Instrumentelles. Es wird interessant sein, zu beobachten, ob dieser Kommissionsvorschlag im Gesetzgebungsverfahren eine Überlebenschance hat oder vielleicht sogar noch eine inhaltliche Konkretisierung erfährt.

Schließen möchte ich damit, dass es mein Anliegen war, zu zeigen, dass das Europarecht für die Diskussion über moderne Instrumente des Verwaltungsrechts Bedeutung hat. Eine ganze Reihe von diesen Instrumenten, die ich Ihnen aufgezeigt habe, können auch für nationale Diskussionen – etwa über die Verkoppelung zwischen Bundesebene und Kommunen im Rahmen des Arbeitslosengeldes II oder Ähnlichem eine Rolle

spielen. Vor allem möchte ich aber abschließend die Perspektive noch erweitern. Denn wir kommen in Europa nur dann zu vernünftigen und damit vertrauensbildenden Kontrollstrukturen, wenn wir europäisch rechtsvergleichend besser wissen, welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede in unseren nationalen Kontrollstrukturen bestehen. Im Gesprächskreis „Europäisches Verfassungsrecht“ hat Frau *Lipowicz* sehr eindrucksvoll von „Beraterbrigaden“ berichtet, die nach Polen kamen und Koffer voller Ideen zur Transformation des polnischen Verwaltungsrechts mitbrachten. Die Koffer enthielten aber keine europäischen Ideen, sondern immer nur nationale gemäß der Herkunft der jeweiligen Berater. Dies ist auch nicht verwunderlich, ist doch unser wechselseitiger Wissensstand über das verwaltungsrechtliche Gepäck der europäischen Mitgliedstaaten und selbst der Gemeinschaftsebene noch äußerst dürftig. Es ist daher mehr als nötig, einen Ort zu schaffen, wo möglichst viele dieser Koffer geöffnet und systematisch miteinander verglichen werden. Wenn wir heute einen Schritt zu diesem Ort getan haben, würde ich mich sehr freuen. Vielen Dank!

Tettinger: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Ich bedanke mich für die Anmerkungen, Anregungen und Fragen. Meine Schlussbemerkungen möchte ich nach Themenfeldern gruppieren, beginnend mit dem Appell von Herrn *Schmidt-Aßmann*. Ich glaube, das ist die zentrale Aussage, die nach dieser Veranstaltung eigentlich nötig ist, nämlich: das Verwaltungsrecht und das Staatsrecht sollten sich etwas mehr um das Sozialrecht kümmern. Die Aufrechterhaltung und Stärkung der Verbindungslinien ist einfach zu wichtig, schließlich handelt es sich um ein interessantes Referenzgebiet, für das wir eine Reihe von ausbaufähigen Materialien gefunden haben. Eine intensive Aufarbeitung wird notwendig sein, aber die Staatsrechtslehrer und Verwaltungsrechtslehrer sollten nicht den Fehler machen, der vor Jahrzehnten mit dem Steuerrecht schon einmal gemacht worden ist, dass nämlich mangels Engagements ein ganzes Gebiet abdriftet. Deswegen kommt diesem Appell besonderes Gewicht zu.

Ein zweiter Punkt: Herr *Badura* sagt völlig zu Recht: Man muss in diesem Zusammenhang die Frage der Veränderungsmöglichkeiten stellen. Rechtspolitische Überlegungen konzentrieren sich hier insbesondere auf §§ 44, 45, 48 SGB X. Sollen diese so bestehen bleiben? Dies lässt sich nur unter Berücksichtigung rechtsstaatlicher wie grundrechtlicher Elemente beantworten. Aber ein Veränderungsbedarf ist meines Erachtens durchaus gegeben. Ich habe – abgesehen von einigen Bemerkungen und Nebensätzen – das Verfassungsrecht nicht thematisiert, weil das Verwaltungsrecht, sozusagen die einfach-gesetzliche Basis, genügend Stoff geboten hat.

Aber Sie haben völlig Recht, in dieser Richtung müssen die Überlegungen weitergehen.

Zu Herrn *Vobkuhle*: In der Tat, Systematisierung ist notwendig. Ich habe versucht, einige Impulse zu geben insbesondere mit Stichworten, die die Richtung andeuten, wie diesem: Handlungsmaßstäbe sind das Wichtigste. Darauf wird man sich verständigen müssen, da ist viel zu tun. Und, ich will es noch einmal in Erinnerung rufen, die letzte Veranstaltung in diesem Kreis zu diesem Thema fand vor 35 Jahren statt. Wenn Sie sich vor Augen führen, was Herr *Henke* und Herr *Rüfner* in Bern damals herausgearbeitet haben, das ist auch heute noch sehr lesenswert, und ich habe mich gewundert, dass in den dazwischen liegenden Jahrzehnten augenscheinlich kein Bedürfnis für ein Aufgreifen dieser Diskussion bestand. Herr *Rüfner* beispielsweise hat seinerzeit schon von der regulierten Energieversorgung gesprochen, also einem Thema, das heute als brandaktuell anzusehen ist. Und, zu Herrn *Ruland*, Herr *Henke* hat damals die etwas ketzerische Frage gestellt, was eigentlich der tragende Grund dafür ist, dass die Versorgung mit ärztlichen Leistungen organisatorisch ganz anders abgewickelt wird als die Versorgung mit Strom oder mit Lebensmitteln. Also, in dieser Richtung kann man all das problematisieren. Ich habe dazu nur punktuell Anregungen geben können.

Bei der Daseinsvorsorge, Herr *Pittner*, ist der Ansatzpunkt: Wo endet das Sozialrecht, wie weit geht es? Die Diskussionen auf der europäischen Ebene, zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sowie – normativ spezifiziert – zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, und die Erörterungen auf der kommunalen Ebene hierzulande laufen interessanterweise in vielen Punkten parallel. In den Gemeindeordnungen ist schließlich die Rede von „wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Betreuung“ (also auch „wirtschaftliche Betreuung“ – nämlich vorne bei den öffentlichen Einrichtungen), aber hinten im Kontext wirtschaftlicher Aktivitäten heißt es „wirtschaftliche Betätigung“. Dies signalisiert insofern also: Die Abschtichung wird äußerst schwer. Herr *Pielow* hat es angesprochen: Es ist eine interessante Rechtsprechung des EuGH zu Art. 81 EG zu registrieren, wo brisante Fragen ja noch nicht beantwortet sind, wo man aber gesagt hat: Ausnahmsweise wird die Unternehmenseigenschaft abgelehnt, wenn es sich um eine Betätigung im Rahmen rein sozialer Zwecke handelt. Speziell zur deutschen Festbetragsregelung für Arzneimittelkosten hat man gesagt, „Ja, das noch“, aber die Anschlussfrage lautet „Wie weit reicht das denn dann?“. Ich will jetzt nicht in Ihren Themenbereich, Herr *Pitschas*, wieder eintauchen, nur da ergeben sich in der Tat bemerkenswerte Fragestellungen: „Wie rein ist rein?“ Irgendwo fängt gewiss die Schattierung an. Und auf der kommunalen Ebene kommen wir dann konsequenterweise zu der Frage: Ist das nicht

dann letztlich doch wirtschaftliche Tätigkeit? Man wird jedenfalls darauf achten müssen, Herr *Püttner*, so würde ich das sehen, dass die Lösungssuche in diesem Mehrebenensystem harmonisch abläuft.

Herr *Schnapp* hat Stellung genommen zum Stichwort „bürgerbetreuungsfreundlich“ und Herr *Zacher* hat angemahnt, man solle das Sozialrechtsverhältnis etwas näher in den Blick nehmen. Dies ist sicherlich richtig, nur, wenn ich den Diskussionsstand im Verwaltungsrecht betrachte, so dürfte die Begeisterung, aus einem allgemeinen Verwaltungsrechtsverhältnis Konsequenzen zu ziehen, sehr begrenzt sein. Und hier stellt sich in der Tat die Frage – insofern ist es reizvoll, die Diskussion aufzugreifen – zum Beispiel bei dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, der letztlich aus solchen Überlegungen folgt. Und da sehen Sie nun deutlich, die Sozialgerichtsbarkeit – deswegen „bürgerbetreuungsfreundlich“, Herr *Schnapp* – sagt „ja“, das Bundesverwaltungsgericht zuckt zurück: „aber nicht generell“ und „bei Wohngeld jedenfalls nicht“, und die Verwaltungsgerichte: „da und dort auch nicht“. Also wenn, dann ist da eine Homogenisierung notwendig, und ich muss ehrlich sagen: Die Repräsentanten der Verwaltungsgerichtsbarkeit haben sich, als es um die Reformen im SGB XII wie in weiteren Bereichen ging, nicht besonders geschickt angestellt. Aber, ich denke, wenn Fachvertreter des Öffentlichen Rechts eine Pressure-Group bilden, dann sollten sie jedenfalls diese Frage nicht völlig außen vor lassen.

Herr *Bauer*, Sie haben Recht: Die Zielvereinbarung ist etwas Schönes, aber etwas hoch Gefährliches. Zu den Grenzen: Ich habe mich auch hier nicht vertieft mit verfassungsrechtlichen Elementen auseinandergesetzt – vor allem dort dürfte man freilich fündig werden; ich habe mich nur darauf beschränkt zu sagen, wenn solche Selbstverwaltungskörperschaften sich auf das Instrument der Zielvereinbarung einlassen, dann muss aber jedenfalls Vertrauensschutz gewährleistet sein im Sinne von Planungssicherheit. Es kann nicht sein, dass man unterschreibt und dann nach zwei Jahren das Ministerium sich nicht mehr daran zu erinnern vermag, was vereinbart war. Also auch hier eine Betonung der Richtung hin zu Kontinuität und Konsequenz. Ich glaube, das ist das Wichtigste.

Zu Herrn *Kingreen*: Mit Relevanz für das Vergaberecht habe ich eigentlich nur einen hochinteressanten Komplex angesprochen: Wie ist es, wenn frei-gemeinnützige Unternehmen mit einer Subvention bedacht wurden und privatwirtschaftliche bleiben außen vor? Das ist in der Tat eine spannende Frage, und hier wird man danach forschen müssen: Gibt es plausible Gründe, die eine Subventionierung frei-gemeinnütziger Einrichtungen rechtfertigen? Auch dies ist eine Thematik, bei der staatsrechtliche wie verwaltungsrechtliche Elemente eine Rolle spielen. Wenn es plausible Gründe gibt, dann ist auch eine entsprechende Bevorzugung

zulässig; entsprechende Fragen können sich dann, wenn man zu einer Auftragsvergabe schreitet, auch im Vergaberecht stellen. Beihilferechtliche Fragen sind jedenfalls zentral angesprochen.

Mit Blick auf die Uhr zum Schluss: Wenn wir das bisherige Prozedere fortsetzen, dann wird dieses Thema in 35 Jahren beim hundertsten Jubiläumsband der Veröffentlichungen der Vereinigung im Jahre 2040 noch einmal behandelt. Nachdem gestern bereits das Jahr 2030 im Gespräch war, könnten wir ja vielleicht auch hier anregen, es doch ein bisschen früher zu versuchen! Vielen Dank!

Vorsitzender: Wir alle sind natürlich sehr gespannt, wie sich die Themenfindung in den nächsten Jahren entwickelt, denn man weiß ja nie, was die Vorstände sich dazu so alles ausdenken.

Herr *Schneider*, Herr *Tettinger*, Ihnen beiden ganz herzlichen Dank auch von meiner Seite – und ich bin sicher, dass ich insofern auch für meine beiden Vorstandskollegen sprechen darf. Es war in der Tat unser Anliegen, Allgemeines und Besonderes, in diesem Fall: Allgemeines Verwaltungsrecht und Besonderes Verwaltungsrecht wieder ein bisschen ins Gespräch zu bringen, wechselseitige Rezeptions- und Befruchtungsprozesse zu untersuchen, sich füreinander zu öffnen und drohenden Abkapselungstendenzen entgegenzutreten. Ich glaube, wir haben heute gute Mittel bereitgestellt bekommen, um solchen Gefahren zu begegnen. Uns ist ein breites Material präsentiert worden. Ich bin froh, dass ich offenbar nicht der einzige war, dem vielleicht zunächst etwas der Kopf schwirrte ob der Vielfalt der Informationen und auch ihres Neuigkeitsgehaltes, aber ich glaube, wenn wir das alles noch einmal in Ruhe lesen, wird sich manches aufhellen und in klarer Ordnung präsentieren. Nochmals besten Dank!