

BUCERIUS LAW SCHOOL

Institut für Stiftungsrecht und das Recht der
Non-Profit-Organisationen

Non Profit Law Yearbook 2002

Herausgegeben von

Hein Kötz · Peter Rawert · Karsten Schmidt · W. Rainer Walz

Schriftleitung

Florian Asche



Carl Heymanns Verlag KG Köln

Vertragsregimes im »Dritten Sektor«

Zur Verortung des Verwaltungsrechts angesichts des Zusammenwachsens privat- und öffentlichrechtlicher Handlungsformen

PEER ZUMBANSEN*

| | | | |
|---|----|--|----|
| I. Einleitung..... | 61 | III. Erbschaften des Staates und Erbantritte der Gesellschaft: Wissensdefizite im Übergang vom Interventions- zum Verhandelnden Sozialstaat..... | 78 |
| II. Reformdebatten in Staats- und Gesellschaftsdiskursen | 66 | IV. Summary | 83 |
| 1. Vertragsrecht im »Dritten Sektor« | 67 | Anhang | 84 |
| 2. Steuerung und Verteilung durch Dezentralität und Autonomieermöglichung | 76 | | |

I. Einleitung

Im Rahmen der seit mehr als dreißig Jahren geführten Debatte um die Zukunft des Wohlfahrtsstaates in Zeiten der Globalisierung und Privatisierung¹ scheinen Untersuchungen, die nicht die grundsätzliche Finanzierbarkeit und das Überleben wohlfahrtsstaatlicher Einrichtungen selbst zum Gegenstand haben, einer besonderen Rechtfertigung zu bedürfen. Angesichts des sich durch Konjunkturschwäche und Arbeitslosigkeit weiter verstärkenden Drucks auf die Kassen der öffentlichen Hand müssen Überlegungen zur Binnenreform gewachsener Strukturen des Wohlfahrtsstaates um jeden Preis ziel- und ergebnisorientiert sein. Die soziologische Analyse des Gegenstands gerät in die Sogkraft der politischen Diskussion über den Wert und die Berechtigung des Wohlfahrtsstaates selbst. Gerade aber die

* Ich danke *Gralf Calliess* und *Vaios Karavas* für konstruktive Kritik und Anregungen.

¹ Vgl. jüngst *Rieger/Leibfried*, Grundlagen der Globalisierung. Perspektiven des Wohlfahrtsstaates, 2001; *Zacher*, Zur Lage des deutschen Sozialstaates, in: Eberle/Ibler/Lorenz (Hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart (FS Brohm), 2002, 645–657, 655 f., mit Hinweis auf die weiterhin wichtige Rolle der Nationalstaaten und der EU bei der Bewältigung der »Konsequenzen der Globalisierung«; *Drezner*, Globalization and Policy Convergence, *International Studies Review* 2001, 53–78, mit einer entschiedenen Zurückweisung der These, dass Globalisierung weltweit zu einem »race to the bottom« und allgemein zur Konvergenz politischer Systeme führe; hierzu auch: *Mosley*, Room to Move: International Financial Markets and National Welfare States, *IO* 2000, 737–773, 764–6, und *Rhodes*, Why EMU Is – or May Be – Good for European Welfare States, in: Dyson (Hrsg.), European States and the Euro. Europeanization, Variation, and Convergence, 2002, 305–333, 307; vgl. auch: *Thelen*, Varieties of Labor Politics in the Developed Democracies, in: Hall/Soskice (Hrsg.), Varieties of Capitalism, 2001, 71–103, 72 f.

empirischen Arbeiten von Politikwissenschaftlern und Ökonomen der letzten Jahre² weisen auf die Bruchstellen in der Argumentation hin, die in der Globalisierung die exklusive Ursache für die Krise des Wohlfahrtsstaates erkennen will. Demgegenüber wird mit einiger Berechtigung vorgetragen, dass die nationalen, historisch und institutionell gewachsenen Unterschiede in der Ausdifferenzierung von Rechts- und Sozialstaatlichkeit die Anpassungsvarianzen und Adaptionmöglichkeiten moderner Wohlfahrtsstaaten in entscheidendem Maße bestimmen und begrenzen und dass die Globalisierung weniger »von außen« kommt als vielmehr innerhalb dieser institutionellen Einbettung selbst mit hervorgebracht zu werden scheint.³ Auch wenn damit nicht die Öffnung von Kapital- und Produktionsmärkten sowie die ebenso zur Globalisierung gehörende verstärkte internationale Verflechtung politischer und zivilgesellschaftlicher Akteure in Frage gestellt werden soll,⁴ so ist im Rahmen der Debatte über »Sozialstaat und Globalisierung« doch ein besonderes Augenmerk auf die historischen Besonderheiten und kulturellen, wirtschaftlichen und politischen Eigenheiten zu legen, die zu der jeweiligen Ausgestaltung von Wohlfahrtssystemen entscheidend beigetragen haben. Erst im Rahmen einer historisch informierten Betrachtung der Legitimationsforderungen

2 Siehe *Seliger*, Die Krise der sozialen Sicherung und die Globalisierung – politische Mythen und ordnungspolitische Wirklichkeit, *ORDO* 2001, 215–238, mit einer bestechend klaren, wettbewerbstheoretischen Analyse und Dekonstruktion der gängigen Mythen über die Abhängigkeit der Sozialstaatskrise von der Globalisierung; vgl. hierzu auch die Nachweise in Fn. 1, bes. *Mosley, Rhodes* und *Thelen*, die wie *Seliger* zahlreiche Belege einer Konsolidierung »gereifter« Wohlfahrtsstaaten (*Pierson*, vgl. Fn. 3) in den letzten Jahren vorfinden. Vgl. auch *Soskice*, Globalisierung und institutionelle Divergenz: Die USA und Deutschland im Vergleich, *Geschichte und Gesellschaft* 1999, 201–225, der den Wohlfahrtsstaat als ein Element des für Unternehmensgründer entscheidenden, nationalen Systemvorteils hält.

3 Vgl. *Seeleib-Kaiser*, Wohlfahrtssysteme unter Bedingungen der Globalisierung: Divergenz, Konvergenz oder divergente Konvergenz, *Zeitschrift für Sozialreform* 1999, 3–23, 7 f.; *Pierson*, Post-Industrial Pressures on Mature Welfare States, in: *Pierson* (Hrsg.), *The New Politics of the Welfare State*, 2001, 80–106, 82 ff., mit Hinweisen auf strukturelle Veränderungen in den nationalstaatlichen, post-industriellen Wirtschaftssystemen; *Seliger*, Krise der sozialen Sicherung (Fn. 2), 222.

4 Jüngst etwa *Schmidtchen*, *Lex mercatoria* und die Evolution des Rechts, in: *Ott/Schäfer* (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Räumen*, 2002, 1–31; vgl. auch *Menzel*, *Globalisierung versus Fragmentierung*, 1998, 56 ff., 99 ff.; *Albert/Brock/Hessler/Menzel*, *Die Neue Weltwirtschaft. Entstofflichung und Entgrenzung der Ökonomie*, 1999; *Herdegen*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl., 2002, 1; *Mayntz*, *Internationale Organisationen im Prozess der Globalisierung*, in: *Nahmowitz/Voigt* (Hrsg.), *Globalisierung des Rechts II: Internationale Organisationen und Regelungsbereiche*, 2002, 85–105; *Brunkhorst*, *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, 2002, 153 ff.; *Zumbansen*, *Die vergangene Zukunft des Völkerrechts*, *Kritische Justiz [KJ]* 2001, 46–68, 52 ff.; wissenschaftstheoretisch sehr erhellend: *Teubner*, *Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts*, in: *Brunkhorst/Kettner* (Hrsg.), *Globalisierung und Demokratie*, 2000, 240–273, 246 ff., und *Albert*, *Zur Politik der Weltgesellschaft. Identität und Recht im Kontext internationaler Vergesellschaftung*, 2002.

nationaler und internationaler Akteure können gewachsene Strukturen ebenso wie semantische Prägungen gekennzeichnet werden, die für eine Konzeptualisierung neuer Politik- und Steuerungsmodelle kritisch hinterfragt werden müssen.⁵

Die Thematik der zunehmenden *Kontraktualisierung* von Rechtsbeziehungen im sogenannten »Dritten Sektor«, etwa zwischen Leistungs- und Einrichtungsträgern sowie Leistungsempfängern,⁶ bietet reiches Anschauungsmaterial für eine Analyse des gegenwärtigen Umbaus des Sozialstaates. Als Phänomen des verhandelnden, kontraktualisierten Staates⁷ oder sogar einer *Zivilisierung des Wohlfahrtsstaates*⁸ kann sie nur im Kontext der gegenwärtigen Reformbestrebungen in Verwaltung und Verwaltungswissenschaft sowie rechtstheoretischer Überlegungen zur Rolle des Rechts in einer ausdifferenzierten, stärker auf dezentrale Selbstorganisation setzenden Gesellschaft verstanden werden.⁹ Dieser weitere Zusam-

5 Zur Einbettung wohlfahrtsstaatlicher Systeme in nationale Volkswirtschaften sehr erhellend *Huf*, Die sozialstaatliche Einbettung der Marktökonomie, Zeitschrift für Sozialreform 1999, 221–241, der sich von der bei *Granovetter* zu findenden Reduktion der »*embeddedness*«-Konzeption auf wirtschaftliche Interaktionspartner abgrenzen will; vgl. *Granovetter*, Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness, American Journal of Sociology 1985, 481–510; zur prägenden Rolle von Begriffssemantiken anhand der Beispiele von »Staat«, »Gesellschaft« und »Vertrag« vgl. *Zumbansen*, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat. Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag, 2000.

6 Jüngst *Richter*, Privatisierung und Funktionswandel der freien Wohlfahrtspflege. Strategien in nationalen und europäischen Sozialmärkten, 2002, 115 ff.; s. auch: *Rogge*, Staatliche Finanzkontrolle freier Wohlfahrtspflege, 2001, 21–23; *Zumbansen*, Ordnungsmuster (Fn. 5), 157–167; sehr informativ weiterhin: *Backhaus-Maul/Olk*, Von Subsidiarität zu »outcontracting«: Zum Wandel der Beziehungen von Staat und Wohlfahrtsverbänden in der Sozialpolitik, in: Streeck (Hrsg.), Staat und Verbände, PVS Sonderheft 25, 1994, 100–135; *Heinze/Strünck*, Kontraktmanagement im Windschatten des »Wohlfahrtsmix«? Neue kommunale Steuerungsmodelle für das System der Wohlfahrtsverbände, in: Evers/Olk (Hrsg.), Wohlfahrtspluralismus, 1996, 295–322.

7 *Harden*, The Contracting State, 1992; *Freeman*, The Contracting State, Fla. St. U.L. Rev 2000, 155–214; *Salamon*, The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction, Fordham Urb. L.J. 2001, 1611–1674; für eine historische Entwicklung von Gesellschaftsentwicklung, Staatsaufgaben und -modellen sehr konzise: *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, 51 ff.; ebenso schon: *Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Gegenwart, VVDStRL 1972, 245–306; und an diesen anknüpfend: *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991.

8 Vgl. *Frankenberg*, Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft, 1996, 183 ff.; *ders.*, Why Care? The Trouble with Social Rights, 17 Cardozo L. Rev. 1685 (1996); *ders.*, Solidarität einer »Gesellschaft der Individuen«, in: Frankenberg (Hrsg.), Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft, 1994, 210–223, 214 ff.

9 Vgl. schon früh die nicht weniger als visionär zu nennende Studie von *Brohm* (Fn. 7); siehe in erster Linie die seit 1993 erschienenen Bände zur Reform des Verwaltungsrechts, hrsg. von *Hoffmann-Riem/Schuppert/Schmidt-Aßmann*, die die Ergebnisse eines hohen Grades an regelmäßiger, themenkonzentrierter Diskussion spiegeln; *Hoffmann-Riem*, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, 433–442, 434 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibi-

menhang soll im Folgenden am Beispiel der Änderungen im Bereich des Sozialhilferechts betreffend die Finanzierung der von Trägern der Freien Wohlfahrtspflege erbrachten Hilfeleistungen erläutert werden.

Dass der Gesetzgeber seit einiger Zeit bestrebt ist, in ein über Jahrzehnte gewachsenes System Flexibilisierungen einzuführen, zeigt der in den neunziger Jahren im Zuge von Spar- und Konsolidierungsmaßnahmen vorgenommene Wandel von einer Finanzierung verbandlicher Hilfeleistung durch die öffentliche Hand nach dem Prinzip der Selbstkostendeckung (mit – bedingter – Nachschusspflicht für die Sozialhilfeträger) hin zum sog. *prospektiven* Leistungsentgelt (aufgrund im voraus beantragter Finanzierung für die in Aussicht gestellten Hilfeleistungen durch den Einrichtungsträger).¹⁰ Freilich hat diese Umstellung, so jedenfalls der Eindruck in der Literatur, in der Realität weniger Unruhe verursacht, als die lebhaftere wissenschaftliche Diskussion erwarten ließ.¹¹ Nachdem das Selbstkostendeckungsprinzip 1969 auf Druck der Wohlfahrtsverbände in das BSHG aufgenommen worden war¹² und auf lange Zeit die Finanzierung der Sozialhilfeleistungen durch die Einrichtungsträger bestimmte,¹³ konnte die vehemente Abwehr der

lität des Verwaltungshandelns, 1994, 407–424; *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 1997, 235–282, 238 ff.; *Sandforth*, Prozeduraler Steuerungsmodus und moderne Staatlichkeit, 2002, 98; spezifisch für den Dritten Sektor *Richter*, Funktionswandel (Fn. 6), 70 ff.; *Walz*, Die Selbstlosigkeit gemeinnütziger Non-Profit-Organisationen im Dritten Sektor zwischen Staat und Markt, Juristenzeitung (JZ) 2002, 268–275, 270 f.; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, 355 ff., jew. m.w.N.; s. aber *Neumann*, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 1992, 429 f., der auf die irreführende Empirielosigkeit verbreiteter Studien zum angeblichen Korporatismus der Wohlfahrtspflege hinweist und demgegenüber die Möglichkeit klarer, sozialrechtlicher Zuordnung der Rechtsverhältnisse zum Privat- oder öffentlichen Recht hervorhebt.

¹⁰ Vgl. dazu *Münder*, in: LPK-BSHG, 5. Aufl., 1998, Rz. 2 zu § 93; *Schuben*, Nonprofit Governance in der Freien Wohlfahrtspflege, 2002, 49, spricht von einem »Bruch in der Logik sozialer Dienstleistungsproduktion«; s. auch *Richter*, Funktionswandel (Fn. 6), 52 f., vgl. ebda., 46 f., wo *Richter* auf die komplexen Finanzierungsverhältnisse hinweist und das Fehlen eines Konzepts zur Erfassung der dem Nonprofitsektor eigenen ökonomischen Logik beklagt.

¹¹ Optimistisch zu den Entwicklungsperspektiven der Verbände: *Backhaus-Maul*, Trägerkonkurrenz und Wirtschaftlichkeitsmaximen im Sozialsektor, NDV 1996, 280–286, 281: »... die Erfolgsaussichten sind nicht schlecht.« Siehe aber *Meyer*, Steuerungsmängel im System der Freien Wohlfahrtspflege, Sozialer Fortschritt 1997, 158–168, 165, der für eine drastische Strukturänderung plädiert, weil nur so »kostengünstig« ein »bedarfsgerechtes Angebot« zur Verfügung gestellt werden könne.

¹² Siehe dazu *Rotb*, Auflösung oder Konsolidierung korporatistischer Strukturen durch die Pflegeversicherung, Zeitschrift für Sozialreform 1999, 418–446, 421, mit Verweis auf *Giese*, Die Entwicklung des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) seit 1962, in: *Münder* (Hrsg.), Zukunft der Sozialhilfe. Sozialpolitische Perspektiven nach 25 Jahren BSHG, 1988, 9–20, 17.

¹³ *Schuben*, Nonprofit Governance (Fn. 10), 28, spricht von 64 % der Finanzierung durch die öffentliche Hand, 32 % aufgrund von Leistungsentgelten und Gebühren und 3 % philanthropischer Zuwendungen.

Verbände gegen die früh einsetzende Monopolismuskritik und die in den Neunzigern begonnenen Systemumstellungen niemanden verwundern.¹⁴ Während die Bindung der Finanzierung an die Prüfungsmaßstäbe Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit¹⁵ aus guten Gründen darauf zielt, Kosten zu reduzieren, zeigen gerade die gegenwärtigen Diskussionen um die Reform des Gesundheitssektors im Zusammenhang mit der jüngst eingesetzten und schon jetzt, angesichts düsterster Konjunkturaussichten für das beginnende Jahr, unter großen Zeitdruck geratenen Rürup-Kommission der Bundesgesundheitsministerin, dass sich Veränderungen nur sehr langsam einleiten lassen. Vor diesem gesellschaftspolitischen Hintergrund steht das Beispiel des Vertragsrechts der Pflegesatzvereinbarungen nach dem BSHG *pars pro toto* für die Analyse von Steuerungspotenzialen im öffentlichen Recht und im Privatrecht und für eine Betrachtung und Bewertung von Selbstorganisationsmodellen im Spannungsfeld von Gewährleistungsverantwortung und wettbewerbsorientierter Sozialpolitik.

Im Folgenden wird aus dem weiten Feld sich anbietender Untersuchungsfelder¹⁶ die Freie Wohlfahrtspflege als Beispiel eines historisch gewachsenen, komplexen institutionellen Zusammenhangs angeführt, wo mit dem Ineinanderspiel regulativer Steuerung und der gewollten Beförderung von Selbstregulierung »unter Aufsicht« auf verschiedenen Ebenen Elemente »veränderter Staatlichkeit« ablesbar sind (II). In einem ersten Abschnitt zum Vertragsrecht im Dritten Sektor (1) wird das Hauptaugenmerk zum einen auf Abgrenzungs- und Rechtswegprobleme (a) und zum anderen auf Möglichkeiten der Ausdifferenzierung staatlicher Supervision bei der Entscheidung von Pflegesatzstreitigkeiten zwischen Sozialhilfe- und Einrichtungsträger (b) gelegt. Nachdem in einem zweiten Abschnitt (2) hieraus einige Schlussfolgerungen für die Weiterentwicklung im Bereich der Freien Wohlfahrtspflege »zwischen Staat und Markt« gezogen werden, skizziert der dritte Teil die interdisziplinären Forschungsherausforderungen für die Verwaltungswissenschaft, die Privatrechtstheorie, für Politikwissenschaft, Organisationssoziologie und Betriebswirtschaft (III).

14 Siehe Roth, Auflösung (Fn. 12), 419, der für das Beispiel der Pflegeversicherung von dem Anstimmern »teilweise schriller Begleitmusik« durch die Wohlfahrtsverbände spricht, die anderenorts (etwa von Backhaus-Maul/Olk, oben Fn. 6) aufgestellte These vom Ende des Korporatismus allerdings zurückweist: ebda. 420.

15 § 93 Abs. 1 S. 3 BSHG.

16 Vgl. etwa Meuser/Hitzler, Gemeinwohrrhetorik ärztlicher Berufsverbände im Streit um die Gesundheitsreform, in: Münkler/Fischer (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn. Rhetoriken und Perspektiven sozial-moralischer Ordnung, 2002, 177–205; Döhler/Manow, Staatliche Reformpolitik und die Rolle der Verbände im Gesundheitssektor, in: Mayntz/Scharpf (Hrsg.), Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung, 1995, 140–168.

II. Reformdebatten in Staats- und Gesellschaftsdiskursen

Die im folgenden im Mittelpunkt stehende Freie Wohlfahrtspflege (FW) ist ein Beispiel *par excellence* für die Schwierigkeiten staatlicher Steuerung in einem Gebiet, welches der Gesetzgeber explizit unter die Maxime gesellschaftlicher Selbstorganisation gestellt hat, auch wenn die Finanzierung bislang zum überwiegenden Teil von der öffentlichen Hand getragen wird und die Letztverantwortung für die Hilfeleistung beim Staat liegt.¹⁷ Dabei besteht eines der Hauptprobleme der hierzu erscheinenden Literatur darin, dass durch die Konkurrenz und Vermischung der diesen Sachbereich interpretierenden Disziplinen Begriffe zu regelrechten Grenzgängern werden und somit im jeweiligen wissenschaftstheoretischen Zusammenhang des Sozialrechts, der Verwaltungswissenschaft und der Privatrechtstheorie, der Soziologie, Politikwissenschaft und Betriebswirtschaftslehre zu nur schwer rückübersetzbaren Kategorisierungen führen.

Die seit dem Ende des 19. Jh. fast ungebrochen starke Anbieterposition der sechs Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege¹⁸ ruft wegen der eminenten Leistungsfunktion der von ihnen betriebenen Alten-, Jugend- und Kinderheime, Kindergärten, Erholungsheime, Ehe- und Schwangerschaftsberatungsstellen, Behinderten- und anderen sozialen Einrichtungen einerseits und wegen der in diesem System verursachten Kosten andererseits den gesammelten Kanon wissenschaftlicher Kritik auf den Plan. So kann es nicht verwundern, dass es zu einer komplexen Gemengelage von Diskussionen über Rechtswegfragen¹⁹ und Analysen der Wohlfahrtspflege als eines sich ausdifferenzierenden, eigenständigen Funktionssystems sozialer Hilfe²⁰ kommt. Dabei kontrastieren zwangsläufig Kennzeichnungen der FW als einem sich von der Wertgemeinschaft zum Dienstleistungsunternehmen entwickelnden, neo-korporatistischen System mit sozialrechtlichen Annahmungen einer nüchterneren Betrachtungsweise.²¹ Angesichts der nationalen Pfadabhängig-

17 Vgl. dazu Rogge, Staatliche Finanzkontrolle freier Wohlfahrtspflege, 2001, 16 f., der von knapp 100 000 Einrichtungen sowie ca. 2,6 Millionen Mitarbeitern (1,1 Mio. haupt-, nebenamtlich; 1,5 Mio. ehrenamtlich) bei den sechs Spitzenverbänden der Freien Wohlfahrtspflege spricht; zur Finanzierung vgl. ebda. 20–25; Schubert, Nonprofit Governance (Fn. 10); grundlegend Neumann, Freiheitsgefährdung (Fn. 9).

18 DCV (Deutscher Caritas Verband), DPWV (Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband), AWO (Arbeiterwohlfahrt), DRK (Deutsches Rotes Kreuz), Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland), ZWSt (Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland).

19 Siehe hierzu etwa BGHZ 119, 93; Gms-OBG BGHZ 97, 312.

20 Siehe Hermsen, Wohlfahrtsverbände und Sozialmanagement. Differenzierung und Verselbständigung in der sozialen Hilfe, 2000, 14.

21 Neumann, Freiheitsgefährdung (Fn. 9), 422 ff.; vgl. im Unterschied die Beiträge in: Rauschenbach/Sachße/Olk (Hrsg.), Von der Wertgemeinschaft zum Dienstleistungsunternehmen, 1995, etwa Brumlik, Der importierte Kommunitarismus: Plädoyer für die verbandliche Wohlfahrtspflege?, ebda., 34 ff., Pankoke, Subsidiäre Solidarität und freies Engagement, Zur anderen Modernität der Wohlfahrtsverbände, ebda., 54 ff., oder Olk, Zwischen Korporatismus und Pluralismus. Zur Zukunft der freien Wohlfahrtspflege im

keiten umfangreicher sozialer Sicherungssysteme und der im Zusammenhang struktureller Änderungen der post-industriellen Produktion und Gesellschaft²² erfolgenden Grenzverschiebungen von Zuständigkeiten und Kompetenzbestimmungen innerhalb von »Staat und Gesellschaft«²³ ist die Rechtswissenschaft verstärkt zu einer interdisziplinären, tastenden und experimentierenden Vorgehensweise aufgerufen. Die rechtshistorische und -theoretische Rekonstruktion unserer dogmatischen Figuren – im Zentrum: Gesetz, Verwaltungsakt und Vertrag – ist eine notwendige, aber noch nicht hinreichende Voraussetzung für die kritische Hinterfragung unserer gewachsenen Aufteilung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Ohne uns auf unser rechtliches proprium verlassen zu können²⁴, müssten uns die täglich gestellten Gerechtigkeits-, Integrations- und Legitimitäts-herausforderungen an das Recht²⁵ zu einer Öffnung unserer wissenschaftlichen rechtsinternen Kommunikationsgewohnheiten ermutigen.

1. Vertragsrecht im »Dritten Sektor«

Zur Erhellung der rechtlichen, wirtschaftlichen und organisatorischen Beziehungen zwischen den verschiedenen Akteuren des Dritten Sektors, die seit langem Gegenstand einer regen wissenschaftlichen Diskussion unter Juristen, Soziologen, Politikwissenschaftlern, in jüngerer Zeit auch Betriebswirten und Unternehmens-

bundesdeutschen Sozialstaat, ebda., 98 ff.; s. auch *Evers/Olk*, Wohlfahrtspluralismus – Analytische und normativ-politische Dimensionen eines Leitbegriffs, in: dies. (Hrsg.), *Wohlfahrtspluralismus*, 1996, 9–60.

- 22 Siehe nur *Piore/Sabel*, *Das Ende der Massenproduktion* (1984), 1989; *Bell*, *Die postindustrielle Gesellschaft*, 1996; aus staatswissenschaftlicher Perspektive: *Ossenbühl*, *Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter*, 2000; *Di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, 1998, 5 ff.; sehr erhellend auch der Blick auf die schon früh ansetzende Vermischung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht: *Stolleis*, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, ZNR 1989, 129–147, 139 f.
- 23 Siehe dazu etwa *Di Fabio*, *Privatisierung und Staatsvorbehalt*, JZ 1999, 585–592; eingehend *Burgi*, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999; speziell zum Sozialstaat jetzt *Bäuerle*, in: *Miller/Zumbansen* (eds.), *Annual of German & European Law*, Vol. 1, 2003, im Ersch.
- 24 *Starck*, *Die Rechtswissenschaft in der Zukunft*, in: *Eberle/Ibler/Lorenz* (Hrsg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart* (FS Brohm), 2002, 567–583, 572: »Es handelt sich dabei [gem. sind Europäisierung, Globalisierung, Individualisierung u. Utilitarisierung, P.Z.] um mächtige geistige Strömungen, die in alle Institutionen und Strukturen irgendwie einsickern. Da wir über analytischen Verstand verfügen, müssen wir die Rechtsdogmatik diesen Strömungen nicht ausliefern. Auf Grund des Systemwissens der Rechtsdogmatik können wir das Gute an Ihnen herausfiltern und dafür einsetzen, die Strömungen zu beherrschen.«
- 25 Entsprechende Sensibilitäten befördern seit einiger Zeit die intensive Auseinandersetzung mit dem »state of the art« im öffentlichen Recht und im Privatrecht; vgl. hierzu die von *Hoffmann-Riem/Schuppert/Schmidt-Aßmann* herausgegebenen Bände zur Reform des Verwaltungsrechts, und etwa den von *Hart* edierten Tagungsband: *Privatrecht in der »Risikogesellschaft«* (1997).

beratungen sind, ist es erforderlich, wenigstens in groben Zügen die rechtlichen Grundlagen sowie die einschlägigen, weitreichenden Gesetzesänderungen der letzten Jahre zu kennzeichnen.

Das erste von zwei Urteilen, die im folgenden näher betrachtet werden sollen, ist eine Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* aus dem Jahre 1992, die im Kern eine Rechtswegproblematik betraf und ein Schlaglicht auf die immer wieder auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht wirft.²⁶ Die andere zu diskutierende Entscheidung²⁷ stammt vom *Bundesverwaltungsgericht* und betraf die Grenzen richterlicher Kontrollrechte bei der Überprüfung von Schiedsstellenentscheidungen nach § 94 BSHG.²⁸

a) Wirtschaftsverfassung zwischen Staat und Markt:
Kartellrecht im Dritten Sektor?

In seinem Urteil vom 7. 7. 1992 entschied der Kartellsenat des *BGH* über die Zulässigkeit einer Klage auf Unterlassung der Verwendung wettbewerbswidriger Klauseln in einer sog. Pflegesatzvereinbarung zwischen einem Sozialhilfeträger und einer Vereinigung privater Pflegeeinrichtungen. In der Pflegesatzvereinbarung, auch Kostenübernahmeerklärung genannt, legen Leistungsträger und Leistungserbringer die von den Trägern für die Leistungserbringung an die Einrichtungen zu zahlende Vergütung fest. Die Einrichtungsträger erbringen ihre Hilfe entweder aufgrund einer mit dem Leistungsträger abgeschlossenen Pflegesatzvereinbarung oder, wie im vorliegenden Fall, aufgrund einer direkten Kostenvereinbarung und Kostentragung mit sogenannten Selbstzahlern.

Eine Vereinigung von Pflegeeinrichtungen hatte vor dem *Landgericht* die Pflegesatzvereinbarung u.a. deshalb angegriffen, weil der Träger in dem von ihm verwendeten Vertragsmuster den Einrichtungen auferlegte, gegenüber Selbstzahlern keine höheren Sätze zu vereinbaren, als für die anderen Leistungsempfänger vom Träger übernommen werden. Das *Landgericht* wies die Klage wegen Unzulässigkeit ab: Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten sei nicht eröffnet. Das Berufungsgericht qualifizierte die streitbefangene Pflegesatzvereinbarung als bürgerlich-rechtlichen Vertrag und verwies die Sache zurück an das Landgericht. Der

²⁶ Siehe BGHZ 119, 93.

²⁷ Siehe BVerwGE 108, 47 (Az. 5 C 17/97) vom 1. 12. 1998; siehe dazu die Kommentare von *Armborst*, Neues zur Schiedsstelle nach § 94 BSHG, NDV 1999, 221–222; *Udsching*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, NZS 1999, 473–479, 476 ff.; *Zumbansen*, Ordnungsmuster (Fn. 5), 171–173.

²⁸ Jüngst *Gottlieb*, Die Schiedsstellen nach dem Sozialgesetzbuch, NDV 2001, 261 f., der unter Hinweis auf Schiedsstellen betreffende Entscheidungen des BSG auf die Schwierigkeiten bei der Qualifizierung der im Rahmen von §§ 93, 94 BSHG getroffenen Entscheidungen hinweist. Vgl. auch: *Plantholz/Rochon*, Zur Einschätzungsprerogative der Schiedsstellen nach § 76 SGB XI und § 94 BSHG, RsDE 2000, 30–50, 31, für die das Urteil des BVerwG vom 1. 12. 1998 eine »Kehrtwende« in Bezug auf die Grenzen richterlicher Kontrolle eingeleitet hat.

BGH schließlich spaltete die Klageanträge auf und verwies alles bis auf den Unterlassungsantrag hinsichtlich der Preisbindungsklausel an das Verwaltungsgericht. Die angegriffene Klausel allerdings machte der BGH zum Gegenstand einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung, für die das Kartellgericht zuständig sei.

Hier folgte der BGH seiner bisherigen Rechtsprechung, nach der Pflegesatzvereinbarungen regelmäßig als öffentlich-rechtliche Verträge aufzufassen sind.²⁹ Der Grund dafür liege jedoch allein weder im Vorliegen eines Über-Unterordnungsverhältnisses zwischen den Vertragspartnern noch in der Tatsache, daß sich der Hoheitsträger Rechtssätzen des öffentlichen Rechts bedient. Entscheidend seien vielmehr »Gegenstand und Zweck des Vertrages«.³⁰ Der Vertrag wird vom Träger mit dem Leistungserbringer in Erfüllung einer Pflicht geschlossen, welche dem Träger gegenüber dem Sozialhilfeberechtigten obliegt. Dies allein würde jedoch noch nicht verhindern, daß es sich bei dem Vertrag über die Kostenübernahme um einen bürgerlich-rechtlichen Beschaffungsvertrag handelt. Vielmehr, so der BGH, sei die Pflegesatzvereinbarung gekennzeichnet durch das Zusammenarbeitsverhältnis zwischen Träger und Leistungserbringer bei der Bewältigung der gemeinsamen Aufgabe, Hilfsbedürftige unterzubringen und zu versorgen.³¹ Nach den einschlägigen Vorschriften soll der öffentliche Träger die Verbände der freien Wohlfahrtspflege bei ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet der Sozialhilfe unterstützen und ist dabei zur Respektierung ihrer Selbständigkeit verpflichtet.³² Der BGH erkennt hierin das »entscheidende öffentlich-rechtliche Gepräge« der vertraglichen Ausgestaltung der Pflegesatzvereinbarung.³³ Er schließt von der Art und Weise der öffentlichen Kostenübernahme nach einem im Gesetz geregelten Antrags- und Genehmigungsverfahren auf die öffentlich-rechtliche Natur des Vertragsverhältnisses. Dabei bedarf es wohl keiner langen Ausführungen für die Einordnung der »bewährten Zusammenarbeit« zwischen Träger und Einrichtung in das öffentliche Recht.³⁴

Ausschlaggebend nämlich scheint allein zu sein, daß die Kosten der Hilfeleistung von der öffentlichen Hand getragen werden, auch wenn die Hilfe selbst durch private Akteure erbracht wird, da der Staat dem Hilfsbedürftigen gegenüber letztverantwortlich ist. Hingegen hatte die Einführung des Subsidiaritätsprinzips in das BSHG zu einem die Diskussion auf lange Zeit prägenden Rechtskonflikt geführt.³⁵ Im Mittelpunkt der Kontroverse stand dabei die Aufgaben- und Kom-

29 BGHZ 119, 93 (96); vgl. bereits BGH NJW 1992, 1237 (1238).

30 BGHZ 119, 93 (95 f.); Gms-OBG BGHZ 97, 312 (314).

31 BGHZ 119, 93 (96 f.).

32 Vgl. insbes. § 10 Abs. 2, 3 BSHG.

33 BGHZ 119, 93 (97).

34 Vgl. hierzu die klassisch gewordene Formel in BVerfGE 22, 180 (202); siehe weiter *Münder*, in: LPK-BSHG (Fn. 10), Rz. 28.

35 Siehe aus der umfangreichen Literatur *Rendtorff*, Kritische Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip, *Der Staat* 1 (1962), 405–430; *Herzog*, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, *Der Staat* 2 (1963), 399–423; grundsätzlich *Isensee*, Subsidiarität und

petenzverteilung zwischen öffentlichen und verbandlichen Trägern der Wohlfahrtspflege, besonders die Stärkung der verbandlichen Vorrangstellung gegenüber den noch aus der Weimarer Republik stammenden Regelungen.³⁶ Diese Auseinandersetzung (um Vorrang und Nachrang) wurde durch die Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* beendet, und in der Folgezeit war zumeist von der das Verhältnis zwischen öffentlichen und freien Trägern kennzeichnenden »partnerschaftlichen Zusammenarbeit« die Rede.³⁷

Neben der Qualifizierung des Vertrages als öffentlich-rechtlich besteht der zweite interessante Aspekt der Entscheidung des *BGH* in der Ausgliederung der Preisbindungsklausel aus dem Klageantrag und ihrer Verweisung vor die ordentlichen Gerichte. Begründet wird dies vom *BGH* mit der Steuerung der Wettbewerbsverhältnisse unter verschiedenen Einrichtungsträgern und des Marktverhaltens der privaten Heimträger gegenüber Dritten, nämlich den Selbstzahlern. Der *BGH* lehnt es ab, in dem Bestreben des Sozialhilfeträgers, durch Nivellierung der Kostenhöhe eine »Zweiklassengesellschaft« in Pflegeheimen zu verhindern, eine Regelungskompetenz zur Vereinbarung von Preisbindungsklauseln anzuerkennen.³⁸ Denn die Selbstzahler stünden gegenüber dem hoheitlichen Träger in keinerlei öffentlich-rechtlicher Sonderbeziehung, auch wenn diese Regelung mittelbar die Stellung der Sozialhilfeempfänger verbessern könnte. So sieht der *BGH* in der Klausel ein wettbewerbswidriges Verhalten der öffentlichen Hand gegenüber dem freien Einrichtungsträger und erklärt wegen der Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf diesen Sachverhalt nur den ordentlichen Rechtsweg als eröffnet.

Dort also, wo sich der Staat auf die Verfolgung allgemeiner Interessen beruft, wenn er eine preisbedingte Schlechterbehandlung von Sozialhilfeempfängern zu verhindern versucht, misst ihn das Gericht an den Maßstäben für den Sachbereich, in den er eingreift. Das Gericht betont somit einerseits die öffentlich-rechtliche Natur des Vertragsverhältnisses zwischen Träger und Einrichtung hinsichtlich der vom Träger zu leistenden Kostenübernahme, löst aber andererseits *den* Teil des Vertrages aus diesem Rechtskreis heraus, der das Wettbewerbsverhältnis zwischen Träger und Einrichtung berührt. Dafür bedarf es nicht erst des Anbietens eigener Hilfeleistungen in Konkurrenz mit den freien Einrichtungen, sondern es genügt, wenn der Hoheitsträger das Marktverhalten der Heimträger jenseits der Grenzen steuern will, die einem »öffentlich-rechtlichen Gepräge« unterliegen.

Grundgesetz, 1968. Zur neuen Rechtslage: *Münder*, in: LPK – BSHG (Fn. 10), Rz. 5 zu § 10; *Sachße*, Subsidiarität: Zur Karriere eines sozialpolitischen Ordnungsbegriffs, in: Z.f.Soz.Ref. 40 (1994), 717–748, 729 ff.; *Backhaus-Maul/Olk* (Fn. 6), 105 ff.

³⁶ *Backhaus-Maul/Olk* (Fn. 6), 106; s. auch *Backhaus-Maul*, Das »magische« Dreieck der Diakonie: Staat, Markt und Gesellschaft, RsDE 40 (1998), 51–60, 52.

³⁷ Siehe nochmals *Münder*, in: LPK-BSHG (Fn. 10), Rz. 28.

³⁸ BGHZ 119, 93 (98 f.).

Das Gericht beweist große Sensibilität für eine kontextuale und funktionale Behandlung von Rechtsbeziehungen, die sich gerade dadurch auszeichnen, dass sie mehrere, d.h. öffentliche und private, Systemerfordernisse erfüllen und sich einer einheitlichen Zuordnung entziehen. Während es nachdenklich stimmt, dass die Entscheidung des *BGH* in dieser Hinsicht eine anfangs relativierte Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht durch die entscheidungserhebliche Bezugnahme auf das »öffentlich-rechtliche Gepräge« letztlich wieder unterstreicht, spiegeln sich die in solchen Rechtskonflikten zutage tretenden Suchbewegungen in der seit Jahren lebhaft geführten Debatte über die Kennzeichnung von Verantwortungsfunktionen und Verantwortungsformen des zeitgenössischen Staates³⁹, die in befruchtender Weise die verwaltungswissenschaftlichen Auseinandersetzungen über »Staat und Markt«⁴⁰ mit der staatswissenschaftlichen Privatisierungs- und Globalisierungsdiskussion zusammenführt.⁴¹ Der damit vorliegende Fall der unter Rechtsakademikern beliebten »richtigen Entscheidung mit einer falschen oder wenigstens unbefriedigenden Begründung« wirft ein wertvolles Schlaglicht auf die, negativ ausgedrückt, Schwerfälligkeit der Dogmatik, positiv gesetzt aber auf die notwendigerweise tastend und erprobend voranschreitende Markierung und gleichzeitige Hinterfragung gewohnter Grenzen.

b) Alternative Streitschlichtung im Dritten Sektor?

Die zweite hier zu betrachtende Entscheidung des *BVerwG* aus dem Jahr 1998 verdichtet, wie unter einem Brennglas, die eben angesprochenen Fragen und enthält weitreichende Hinweise für ihre zukünftige Behandlung.⁴² Von den »harten Nüssen«, die das Gericht den auf diesem Gebiet arbeitenden Juristen zu knacken aufgegeben habe⁴³, soll hier nur auf die Teile der Entscheidung eingegangen werden, die die Schiedsstellen nach der ab dem 1. 7. 1994 geltenden Fassung des § 94

39 Siehe aus der mittlerweile unüberschaubaren Literatur *Trute*, DVBl. 1996, 950 ff.; *Schuppert*, in: ders. (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und »schlankem« Staat*, 1999, 299 ff.; *Vesting*, *Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat: Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der »Informations- oder Wissensgesellschaft*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 101–131.

40 Siehe z.B. *König*, *Markt und Wettbewerb als Staats- und Verwaltungsprinzipien*, DVBl. 1997, 239–248; *Ronellenfitsch*, *Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben*, DÖV 1999, 705–711; siehe schon *Schuppert*, *Staat, Markt, Dritter Sektor – oder noch mehr?*, in: Ellwein/Hesse/Mayntz/Scharpf (Hrsg.), *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, Band 1, 1987, 47–87.

41 Vgl. etwa *Di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, 1998; s. auch die Beiträge in: Gusy (Hrsg.), *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen*, 1998.

42 BVerwGE 108, 47 (= NVwZ-RR 1999, 446 = NDV-RR 1999, 34 = ZfF 1999, 135 = FEVS 49, 337 = DVBl. 1999, 1113 = RsDE Nr. 42, 88).

43 *Armborst*, *Neues zur Schiedsstelle* (Fn. 27), 221.

BHSG betreffen. Diese Vorschrift wurde im Rahmen des 2. SKWPG geändert⁴⁴ und bestimmt die Errichtung, Zusammensetzung und Tätigkeit von Schiedsstellen, die auf der Grundlage von § 93 Abs. 3 S. 2 BSHG in der durch das 2. SKWPG geänderten Fassung dann tätig werden, wenn sich der Sozialhilfeträger und der Einrichtungsträger oder dessen Verband nicht über Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen sowie das hierfür zu entrichtende Entgelt einigen können. Die 1994 in Kraft getretene Fassung des § 94 BSHG beruht auf Erfahrungen im Bereich der Krankenhausfinanzierung und ist konkret dem § 76 SGB XI (Pflegeversicherung) nachgebildet.⁴⁵

Der Gesetzgeber gestaltete die Entscheidung der Schiedsstelle als Verwaltungsakt aus, gegen den direkt, d.h. ohne Vorverfahren, Klage vor dem Verwaltungsgericht möglich ist (§ 93 Abs. 3 S. 4 Halbsatz 1 BSHG). Die Entscheidung des BVerwG vom 1. 12. 1998 verdient besondere Beachtung, weil das Gericht hier feststellte, dass selbst die »gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, die auf der Grundlage des § 93 Abs. 3 S. 2 BSHG ergangene Schiedsstellenentscheidung verwaltungsgerichtlich überprüfen zu lassen, (...) indessen nicht zu einer vollinhaltlichen, sondern nur zu einer Überprüfung mit eingeschränkter »Kontrolldichte« führe.⁴⁶ Dies folge »aus dem Wesen und den Aufgaben der Schiedsstelle nach § 94 BSHG sowie aus der Eigenart ihrer Entscheidungen.«⁴⁷ Mit Bezug auf die Gesetzesbegründung stellt das Gericht fest, die »Hauptaufgabe« der Schiedsstelle bestehe »in der Definition und Ausfüllung der Rechtsgrundsätze Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit in bezug auf die Beurteilung der Höhe und des Umfangs von strittigen Positionen«, wobei der Schiedsstelle »ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Entscheidungsspielraum belassen wird, dessen Grenzen von der Funktion und rechtlichen Einordnung der Schiedsstellenentscheidung abhängen.«⁴⁸ Diese Beschreibung des Entscheidungsspielraumes wäre an sich noch keine große Besonderheit innerhalb einer gefestigten, wenn auch innovationsoffenen Verwaltungsrechtsdogmatik,⁴⁹ wenn das Gericht hier nicht schon den öffentlich-rechtlichen Charakter der Schiedsstellenentscheidung mehrfach hinterfragen würde. Damit öffnet das Gericht aber den Interpretationsrahmen und auferlegt sich so eine ungleich schwerere Begründungslast. Nachdem es eingangs die Entscheidung der Schiedsstelle richtigerweise als Verwaltungsakt gekennzeichnet hat, setzt es sich ausführlich mit den Gesetzesmaterialien und der Literatur auseinander. Nach der Gesetzesbegründung wird die Einrichtung der Schiedsstelle »als

44 Zweites Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Wachstums- und Konsolidierungsprogramms vom 21. 12. 1993, BGBl. I S. 2374.

45 Der Text von § 3 Abs. 1 sowie §§ 93, 94 BSHG (in der Fassung vom 23. 7. 1996) ist im Anhang abgedruckt.

46 BVerwGE 108, 47, 49.

47 Ebda.

48 BVerwGE 108, 47, 50.

49 Vgl. in diese Richtung *Ladour*, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer »Logik der Netzwerke«, Die Verwaltung, Beiheft 4/2001, 59–77, 76 f.

Ausdruck einer Konfliktlösung nach dem »Vereinbarungsprinzip« (BT-Drucksache 12/5510 v. 4. 9. 1993, S. 11) außerhalb des Bereiches staatlicher Verwaltung und Justiz innerhalb der Rechtssphäre der Vertragsparteien ...«⁵⁰ angesehen. So wie der Gesetzgeber durch die paritätische Zusammensetzung nach § 94 Abs. 2 BSHG habe erreichen wollen, dass alle, d.h. freigemeinnützige und privatgewerbliche Einrichtungsträger »gleichermaßen« an dem Abschluss der Pflegesatzvereinbarungen nach dem BSHG beteiligt würden, sei, u.a. unter Bezugnahme auf das Schiedsamt nach § 368 h RVO, gefolgert worden, »daß Rechte und Pflichten der Schiedsstelle dieselben seien wie diejenigen der Vertragsparteien selbst«.⁵¹

Doch das Gericht erteilt einer möglichen Schlussfolgerung, wonach sich inhaltliche Grenzen der Kompetenzen der Schiedsstelle im wesentlichen nur aus den für öffentlich-rechtliche Verträge geltenden Nichtigkeitsgründen⁵² ergeben würden, eine deutliche Absage. Weil das Schiedsstellenverfahren der §§ 93, 94 BSHG nicht auf einer vertragsautonomen Entscheidung der Verfahrensbeteiligten, sondern auf staatlicher Setzung beruhe, lasse sich auch der für einen Einrichtungsträger begründete wirtschaftliche Zwang, sich einer gegebenenfalls erforderlich werdenden Schiedsstellenentscheidung zu unterwerfen, nicht als Ausdruck der Privatautonomie und einer freiwilligen Unterwerfung unter ein vertragliches Schlichtungsverfahren begreifen.⁵³ »Ungeachtet der Vorstellung des Gesetzgebers, es handele sich bei der Schiedsstellenentscheidung um einen Akt der Beteiligung aller Einrichtungsträger an dem Zustandekommen von Pflegesatzvereinbarungen auf der Grundlage der Vertragsfreiheit des Vereinbarungrechts, kann [...] zur Wahrung des verfassungsrechtlichen Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung (Art. 20 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4 GG) gegenüber einer Schiedsstellenentscheidung nach § 93 Abs. 3 S. 2 BSHG nicht auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle verzichtet werden. Dabei ist allerdings den gesetzlichen Aufgaben der Schiedsstelle Rechnung zu tragen.«⁵⁴ Das Gericht konkretisiert diese Einschränkung noch und verleiht damit der Funktion der Schiedsstellen weitere Konturen: In Bezug auf die »Definition und Ausfüllung der Rechtsgrundsätze Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit« müsse, so das Gericht, »eine gerichtliche Überprüfung der Schiedsstellenentscheidung deren Wesen als Schlichtungsmaßnahme eines weisungsfreien, mit Vertretern der Interessen der betroffenen Gruppen besetzten Gremiums gerecht werden«.⁵⁵ Mit ausdrücklichem Hinweis auf die vom Gesetzgeber gewollte, paritätische Besetzung der Schiedsstelle durch Einrichtungs- und

50 BVerwGE 108, 47, 50 m. Verweis auf *Schellhorn/Jirasek/Seipp* (BSHG), 15. Aufl., 1997, § 93 Rn. 48: »Lösung ... im Bereich des Vertragsrechts.«

51 Ebda., mit Verweis auf *Heinze*, in: *BM Familie, Senioren, Frauen und Jugend* (Hrsg.), *Prospektive Pflegesätze im BSHG*, 1994, 61.

52 Gemäß § 58 Abs. 2 SGB X.

53 BVerwGE 108, 47, 50 f.

54 BVerwGE 108, 47, 51.

55 BVerwGE 108, 47, 52.

Sozialhilfeträger nebst einem unparteiischen Vorsitzenden (§ 94 Abs. 1 BSHG)⁵⁶ und der den Mitgliedern der Behörde zugetrauten Kompetenz sei es geboten, »die gerichtliche Überprüfung auf die der Schiedsstelle gesetzten rechtlichen Vorgaben zu beschränken und ihr für ihre Bewertungen im Rahmen der unbestimmten Rechtsbegriffe (insbesondere Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit, Leistungsfähigkeit, leistungsgerechtes Entgelt) einen Spielraum, eine Einschätzungsprärogative zu belassen [...]«.⁵⁷

Die Kontrolldichte des Gerichts hinsichtlich der Schiedsstellenentscheidung ergibt sich aus zwei Komponenten: Eine erste, prozedurale Kontrolle bezieht sich auf die Überprüfung, ob »die Schiedsstelle die widerstreitenden Interessen der Vertragsparteien ermittelt, alle für die Abwägung erforderlichen tatsächlichen Erkenntnisse gewonnen und die Abwägung frei von Einseitigkeit in einem den gesetzlichen Vorgaben des § 94 Abs. 3 BSHG entsprechenden fairen und willkürfreien Verfahren, inhaltlich orientiert an den materiellrechtlichen Vorgaben des Entgeltvereinbarungsrechts, vorgenommen hat«.⁵⁸ Der vom Gericht in der Konkretisierung und Materialisierung dieser Kontrollkomponente herausgestellte normative Maßstab ist der »Bedarfsdeckungsgrundsatz« des Sozialhilferechts, wonach die von den Hilfesuchenden benötigten Sozialhilfeleistungen »so erbracht werden können, daß den Anforderungen von § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 2 BSHG genügt ist«. Dieses wird auch in § 93 Abs. 2 S. 2 BSHG zum Ausdruck gebracht, wonach es die Leistungsentgelte einer Einrichtung ermöglichen sollen, »bedarfsgerechte Hilfe« zu leisten.⁵⁹

Eine in der Literatur berechtigterweise aufgeworfene Frage betrifft die Bedeutung der Entscheidung aus dem Jahre 1998 auch für die Gesetzeslage nach 1999 und damit auf die nach der vom Gesetzgeber eingeräumten Übergangsfrist von 1996 bis 1998 endgültige Umstellung der Leistungsfinanzierung auf das System des prospektiven Leistungsentgelts.⁶⁰ Die Ausführungen des Gerichts zu den für die Definition und Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe zugrunde zu legenden Vergleichsmaßstäben sind allerdings richtigerweise als auch für die neue Gesetzeslage geltend zu verstehen, weil sich die Übergangsfrist im Kern (nur) auf eine Reihe von Pflichten für die überörtlichen Sozialhilfeträger und kommunalen Spitzenverbände auf Landesebene bezog, innerhalb dieses Zeitraums mit den Vereinigungen der Träger der Einrichtungen auf Landesebene »gemeinsam und einheitlich Rahmenverträge zu den Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarungen nach § 93 Abs. 2 in der ab 1. 1. 1999 geltenden Fassung« abzuschließen.⁶¹

56 Vgl. dazu *Münder*, in: LPK-BSHG (Fn. 10), Rz. 5.

57 BVerwGE 108, 47, 52.

58 BVerwGE 108, 47, 53.

59 Ebda. Vgl. dazu § 93 Abs. 2 S. 2 BSHG i.d.F. vom 1994.

60 Vgl. dazu *Zeitler*, Die Schiedsstellen nach dem Pflege-Versicherungsgesetz (SGB XI), dem Kinder- und Jugendhilfegesetz (SGB VIII) und insbesondere nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG), RsDE 1999, 53–68, 66.

61 § 93d Abs. 2 S. 1 BSHG.

Das BVerwG hat also in seinem Urteil vom 1. 12. 1998 die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte auch für die neue Gesetzeslage definiert, als es feststellte, dass das Gericht nurmehr prüfen dürfe, »ob die Bewertungen der Schiedsstelle dem Sinngehalt dieser unbestimmten Gesetzesbegriffe gerecht werden und, gemessen daran, in Anbetracht des von der Schiedsstelle vollständig ermittelten Sachverhalts vertretbar sind.«⁶² Das Gericht definiert abschließend die Vergleichsgrundlagen der hier vorzunehmenden Bewertung. Es unterscheidet in diesem Zusammenhang einen »externen Vergleich« von Entgelten verschiedener Einrichtungen für vergleichbare Leistungen und einen »internen Vergleich« einzelner, interner Positionen der Pflegesatzkalkulation eines Einrichtungsträgers anhand von Maßstäben sparsamer und wirtschaftlicher Betriebsführung.⁶³ »Bei der konkreten Beurteilung der Vergleichbarkeit der dem Pflegesatzangebot zugrunde liegenden Leistungen kommt die Einschätzungsprerogative der Schiedsstelle zum Tragen. Erweist sich hiernach, daß der betreffende Einrichtungsträger der preisgünstigste Anbieter ist, reicht der »externe Vergleich« aus.«⁶⁴ Erweist sich der in Frage stehende Einrichtungsträger nicht als der preisgünstigste, komme seine Berücksichtigung nach den Grundsätzen des § 93 Abs. 2 S. 3 BSHG und des in S. 2 dieser Vorschrift niedergelegten Merkmals des »leistungsgerechten Entgelts« nur in Betracht, »wenn der von ihm gewünschte Pflegesatz innerhalb der Bandbreite der Entgelte für vergleichbare Leistungen anderer Einrichtungen liegt (sog. »marktgerechter« Preis)«. ⁶⁵

Hier werden die Schwierigkeiten der Zuerkennung einer Einschätzungsprerogative der Schiedsstelle im Spannungsfeld unbestimmter Rechtsbegriffe auf der einen und der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte auf der anderen Seite hinreichend deutlich. Auch wenn man den Streit darüber, ob die Anerkennung des jeweils preisgünstigsten Anbieters im sog. »externen Vergleich« bereits hinreichend den Maximen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entspricht oder den Unterschied zu dem skizzierten »internen Vergleich« eher wieder verwischt⁶⁶, wohl nicht allein mit Hinweis auf eine zu erwartende, kompetitive Preisentwicklung unter verschiedenen Anbietern vernachlässigen wird können, dann aber aus einem anderen Grund, der aus der Entscheidung selbst nicht genügend klar hervorgeht. Die vom Gesetzgeber in Maßen angestrebte und in der Literatur vielfach bereits angenommene Vermarktlichung sozialer Hilfeleistungen, einmal durch die Einschränkung oder gar Beseitigung der lange etablierten Vorrangstellung der Wohlfahrtsverbände nach § 93 Abs. 1 S. 1 BSHG zugunsten »anderer«, also auch privatgewerblicher Träger⁶⁷ und, zum anderen, durch die Ersetzung des Kostenerstat-

62 BVerwGE 108, 47, 55.

63 Ebda.

64 BVerwGE 108, 47, 56.

65 Ebda.

66 So *Armborst*, Neues zur Schiedsstelle (Fn. 27), 222.

67 Vgl. dazu *Münder*, in: LPK-BSHG (Fn. 10), Rz. 4; *Zumbansen*, Ordnungsmuster (Fn. 5), 150; zur Veränderung innerhalb der Verbände und des Partnerschaftsverhältnisses nach §§ 10, 93 BSHG: *Backhaus-Maul*, Trägerkonkurrenz (Fn. 11).

tungsprinzips durch prospektive Pflegesatzvereinbarungen, hat bislang weder zu einer wirklichen Ablösung der Verbände als Hauptträger der Hilfeleistungen noch zum Entstehen eines wettbewerblich strukturierten Marktes für soziale Leistungen geführt. Vor diesem Hintergrund käme derzeit auch den Schiedsstellen im Zweifel neben einer Rolle als Schlichterin in einem vertragsrechtlichen Arrangement weiter (und wohl hauptsächlich) die einer behördlichen Prognosestellerin hinsichtlich der zu erwartenden Preisentwicklung mit Entscheidungs-, d.h. Festsetzungsbefugnis, zu. Angesichts des hiermit wieder notwendigen Ausgleichs zwischen behördlichem Beurteilungsspielraum und verwaltungsgerichtlicher Kontrolldichte⁶⁸ kommt dem Urteil des BVerwG von 1998 weiterhin eine wichtige Orientierungsfunktion zu. Dies ist gerade vor dem Hintergrund zu unterstreichen, dass das Gericht die gesetzgeberischen Bestrebungen zur Begünstigung von mehr Selbstregulierung durch Vertrag und Wettbewerb im Bereich der Pflegesatzvereinbarungen ernst nimmt, selbst wenn man augenblicklich noch nicht von einem wirklichen »Markt für soziale Leistungen« sprechen kann.

2. Steuerung und Verteilung durch Dezentralität und Autonomieermöglichung

Mit der Einführung des prospektiven Pflegesatzes⁶⁹ und der damit verbundenen Umstellung der Finanzierung auf ein System von im Voraus zu beziffernden und festzusetzenden Leistungsentgelten⁷⁰ verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, Wettbewerb und Autonomie bei der Distribution und der Inanspruchnahme sozialer Dienstleistungen zu fördern.⁷¹ Das aus der Budgetierung folgende, gesetzliche Kostentransparenzgebot⁷² erhöht den finanziellen Anpassungsdruck innerhalb der Verbände und fördert durch das damit verbundene Qualitätsmanagement die Erhaltung bedarfsgerechter und angemessener Leistungserbringung.⁷³ Auf den ersten Blick also scheint der prospektive Pflegesatz für neue (und alte) Anbieter motivie-

68 Vgl. etwa; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rz. 27 ff., 37 ff.; *Battis*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2002, 139, jew. m.w.N.

69 Siehe § 93 II–V BSHG n.F.; vgl. *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, BSHG, Rz. 45 ff. zu § 93.

70 Siehe nochmals *Krahmer*, Zu einigen Folgen, 416, der von der Notwendigkeit für die Anbieter spricht, in die Berechnung der Pflegesätze die »realen Chancen für »Gewinne« oder »Verluste« einzukalkulieren.

71 Diese Tendenz führte unter anderem auch zur BSHG-Reformgesetz im Jahre 1996, welches zur Gleichwertigkeit aller Träger von Einrichtungen und Diensten ohne Rücksicht auf ihre Trägerschaft führte, vgl. *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, BSHG, 15. Aufl. 1997, Rz. 4b zu § 10.

72 Vgl. *Fink*, Ein Verfahren für eine Leistungsvereinbarung nach § 93 Abs. 2 BSHG und für eine Vereinbarung zum Kostenausgleich nach § 13 Abs. 4 SGB XI, NDV 1995, 279–284, 279, der darauf hinweist, dass die Aufschlüsselung der Kosten dem Wunsch nach Trennung der mit dem BSHG bzw. dem PflegeVG verbundenen Leistungen entspricht.

73 *Gottlieb*, Die Neuregelung der §§ 93 ff.: Vom »Selbstkostenblatt« zum Leistungsentgelt, ZFSH/SGB 1998, 461–465, 462; *Hegner*, Organisations-»Domänen« der Wohlfahrtsverbände, Z.f.Soz.Ref. 38 (1992), 165–190, 185.

rend zu sein, alle Leistungen in wirtschaftlich optimaler Weise zu erbringen. Dort, wo nicht nur staatliche Träger, sondern auch die Verbände unter Rückgriff auf professionalisiertes Fachwissen und eine eingerichtete und ausgeübte Organisationsstruktur⁷⁴ Aufgaben der Supervision⁷⁵ in Form von Beratung und Qualitätsmanagement wahrnehmen können, bieten sich aber aus der Sicht neuer Leistungsanbieter Möglichkeiten, innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen Bedürftigkeitskriterien und Handlungsstrategien zu erarbeiten, die unter anderem auch auf eine stärkere Berücksichtigung der konkreten Bedürfnisse der »Klientel«, also der Leistungsempfänger abgestellt werden könnten.⁷⁶ Die angestrebte Verdrängung der großen Verbände von ihrer Alleinanbieterstellung hingegen zwingt diese auf lange Sicht zur Erneuerung ihrer Organisationsstrukturen im Hinblick auf betriebswirtschaftliche Orientierung einschließlich Kostenrechnung, effizientere Binnenorganisation und sogenanntes »controlling«⁷⁷, aber auch in Hinsicht auf die immer weiter erodierenden Fundamente des für die Freie Wohlfahrtspflege wichtigen ehrenamtlichen, sozialen Kapitals.⁷⁸ Der staatlichen Aufsicht und Supervision über den »Wohlfahrtsmix« kommt hierbei eine besondere Rolle zu, denn bei der Festlegung von Mindeststandards und der Kontrolle von deren Einhaltung

74 Hartmann, Neue Steuerung in der öffentlichen Verwaltung: Anspruch, Wirklichkeit und Perspektiven, in: Hanesch (Hrsg.), Überlebt die soziale Stadt? Krise und Perspektiven kommunaler Sozialstaatlichkeit, 1997, 111–135, 130; Finis Siegler, Neue Herausforderungen für die Soziale Arbeit der Freien Wohlfahrtspflege, Sozialer Fortschritt 1999, 228–232, 230 f., sieht einen Bedarf der Verbände an Rückbesinnung auf die eigene Entstehungsgeschichte und der Betonung der gesellschaftlichen Relevanz von Gemeinnützigkeit.

75 Siehe Pitschas, Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im Neuen Verwaltungsmanagement, DÖV 1998, 907–915, 911: »übergreifendes Verwaltungskooperationsrecht; s. auch Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstrukturen, Die Verwaltung 31 (1998), 415–447, 442 ff.; Strunk, Das Sozialamt als lernende Verwaltung im Neuen Steuerungsmodell, NDV 1999, 299–304; Reifarh, Zur Bedeutung der Supervision in der sozialen Arbeit, NDV 1995, 107–110, 109: »Der Charme der Supervision könnte darin bestehen, bei den Beteiligten die *Lust am Lernen, wie man lernt* zu wecken und damit jene Offenheit und Durchlässigkeit des Bewußtseins zu vergrößern, die für das »Gehen auf schwankendem Boden« eine fast unerläßliche Voraussetzung sind.«

76 Heinze/Strünck, Kontraktmanagement (Fn. 6), 309 mit Hinweis auf »Kreispflegekonferenzen«, bei denen von kommunalen Trägern, Verbänden und privaten Anbietern *quality management* betrieben und Bedarf festgelegt wird; Schneider, Gemeinwohlorientierung versus Renditesteuern, NDV 1998, 244–248, 247; Berger, Der Umbau des Sozialstaates, 1999, 301 ff.

77 Vgl. Lamping/Schridde, Konturen neuer Sozialstaatlichkeit: Sozialhilfepolitik zwischen Kontinuität und Wandel, ZfF 1999, 74–100, 90; Meyer, Das System der freien Wohlfahrtspflege aus ordnungspolitischer Sicht, ORDO 49 (1998), 341–377, 357 ff.

78 Aus jüngster Zeit Erlinghagen, Konturen ehrenamtlichen Engagements in Deutschland, Sozialer Fortschritt 2002, 80–86; Pott, Ehrenamt aus dem Blickwinkel von Wohlfahrtsorganisationen, Sozialer Fortschritt 2002, 92–96; Anheier/Salamon, Volunteering in cross-national Perspective: Initial Comparisons, Law & Contemp. Problems 1999, 43–65.

wandelt sich die Funktion des »distanzierten Wohlfahrtsstaates«⁷⁹, indem sich die ursprüngliche Rechts- und Fachaufsicht hin zu einer präventiven Gewährleistungs- und Regulierungsaufsicht entwickelt.⁸⁰ Dabei wächst der Sozialverwaltung eine aktive Rolle als Moderatorin von Verhandlungsprozessen zwischen den Trägern, Einrichtungen und Leistungsempfängern zu.⁸¹ Die Stärkung von Selbstverantwortung auf Seiten der Einrichtungsträger als Leistungserbringer geht Hand in Hand mit Bemühungen der Verwaltung um angemessene Formen der Fremdkontrolle von Selbstregulierung. So verstärkt das Vordringen auch kleinerer Anbieter den Anpassungsdruck auf die Verbände⁸², während es gleichzeitig Anschluss findet an verwaltungswissen- und betriebswirtschaftliche Suchbewegungen nach flexibler und autonomiebetonter Organisation der Binnen- und Außenbeziehungen.

Dementsprechend ist wohl auch der Begriff der Partnerschaft weiterzuentwickeln. Diesen gilt es in Richtung eines multipolaren offenen Verhandlungs- und Vertragsmodells neu zu definieren und zwischen den beiden Polen des zu sichernden Hilfeanspruchs des Einzelnen und der Gewährleistungsverantwortung des Staates als verfassungsrechtlich gesichertes Kooperationsverhältnis zu verstehen. Während dies inhaltlich flexible und veränderungsfähige Leistungsstrukturen befördern würde, könnte sichergestellt werden, dass der sozialstaatliche Schutzanspruch nicht leer läuft.

III. Erbschaften des Staates und Erbantritte der Gesellschaft: Wissensdefizite im Übergang vom Interventions- zum Verhandelnden Sozialstaat

Dabei stellt gerade die kontextabhängige, auf Kooperation und Partizipation abstellende Umorientierung in der Freien Wohlfahrtspflege das einzig angemessene Problembewältigungsprogramm zur Verfügung. Bedarfsgerechte Hilfe kann auf Dauer nicht mehr aufgrund eines einseitig festgelegten Plans erbracht werden, sondern unter Einbeziehung und aktiver Beteiligung der Empfänger. Im Kern geht es also um die Stärkung der Vereinbarungskomponente der Hilfe.⁸³ Vor dem

79 Pitschas, Der »neue« soziale Rechtsstaat, FS Zacher, 1998, 755–775, 755 m.w.N., 758 f.

80 Siehe Pitschas, Struktur- und Funktionswandel (Fn. 75), 912; vgl. *Lamping/Schridde*, Konturen neuer Sozialstaatlichkeit (Fn. 77), 90, die auf den sich gerade im ambulanten Pflegebereich eventuell auch zulasten der Leistungsempfänger zeigenden Verdrängungswettbewerb aufmerksam machen.

81 Deziert *Strunk*, Sozialamt als lernende Verwaltung (Fn. 75), 302 ff.

82 Siehe etwa *Meyer*, Die Wohlfahrtsverbände: Intermediär oder Dienstleister, in: *Dierkes/Zimmermann* (Hrsg.), Sozialstaat in der Krise, 1996, 211–237, 217, 225 f.; *Manderscheid*, Neuorientierung freier Wohlfahrtspflege als Träger sozialer Dienste, in: Hanesch (Fn. 74), 137–151, 137, 144 (»Serviceleistungen auf der Basis von Kundenbeziehungen«).

83 In diese Richtungen gehen insbesondere Überlegungen hinsichtlich einer an den organisatorisch-institutionellen Kriterien der Betroffenennähe, Überschaubarkeit, Einflussnahme und Toleranz ausgerichteten Bereitstellung von Hilfe; vgl. dazu *Münder*, in: LPK-BSHG, § 10 Rz. 31 ff.; *Manderscheid*, Neuorientierung (Fn. 82), 146 ff.

Hintergrund einer in ihren sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Identitäten immer weiter fragmentierten Gesellschaft scheint allein eine sozialstaatliche Intervention angemessen, die sich der konflikthaften Wirklichkeit unterschiedlicher Lebensperspektiven und der Gebrochenheit individueller Biografien derart anpasst, daß sie diese nicht zu glätten beansprucht, sondern in der Auseinandersetzung mit ihr die Maßstäbe laufend mit- und weiterentwickelt und dabei auf Prozesse der Selbstregulierung auch deshalb zurückgreift, weil sie Informationen zu generieren vermögen, die der Verwaltung in dieser Form nicht zur Verfügung stehen.

Vor dem Hintergrund der mittlerweile etablierten Charakterisierung der Gesellschaft durch die Chiffre der Wissens- oder (irreführenderweise eine Entsprechung annehmend)⁸⁴ Informationsgesellschaft gewinnt die bereits ältere Inklusions⁸⁵- und Paternalismuskritik⁸⁶ am Wohlfahrtsstaat eine neue Qualität. Die von Vordenkern der Wissensgesellschaft herausgestellte Abhängigkeit des Staates von privatem, verstreutem Wissen⁸⁷ konkretisiert sich im Zusammenhang des Bürger-Staat-Verhältnisses, gerade auch im Bereich der Sozialverwaltung. Diese wird teilweise – im internationalen Vergleich wie auch für die öffentliche Verwaltung im Allgemeinen – auf reflexive, responsive und allgemein weichere, verhandlungsorientierte Steuerungsformen umgestellt.⁸⁸ Damit stellt sich aber das gerade in

84 Siehe hierzu etwa *Mittelstraß*, Bildung und ethische Maße, in: Killius/J. Kluge/Reisch (Hrsg.), *Die Zukunft der Bildung*, 2002, 151–172, 154.

85 Vgl. insbesondere *Luhmann*, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, 25.

86 *Pateman*, The Patriarchal Welfare State, in: Gutman (Hrsg.), *Democracy and the Welfare State*, 1988, 231–260; *Fraser/Gordon*, Die Einforderung sozialer Bürgerrechte. Jenseits der Ideologie von Vertrag-kontra-Wohltätigkeit, in: Frankenberg (Hrsg.), *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, 1994, 185–203; *Fraser/Gordon*, Dekodierung von »Abhängigkeit«. Zur Genealogie eines Schlüsselbegriffs des amerikanischen Wohlfahrtsstaats, *KJ* 1993, 306–323.

87 Siehe etwa *Di Fabio*, Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverstand, *VerwArch.* 1990, 193–227; vgl. weiter *Ladeur*, Postmoderne Rechtstheorie, 1992, 176 ff.; *ders.*, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995; *ders.*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000; vgl. auch *Vesting*, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat: Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der »Informations- oder Wissensgesellschaft«, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 101–131; *Schulte*, Wandel der Handlungsformen der Verwaltung und der Handlungsformenlehre in der Informationsgesellschaft, *ebda.*, 333–348.

88 *Harlow*, European Administrative Law and the Global Challenge, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 1999, 261–285; *Zumbansen*, Quod Omnes Tangit: Globalization, Welfare Regimes and Entitlements, in: Benvenuti/Nolte (Hrsg.), *The Welfare State in an Era of Globalisation*, 2003, im Erscheinen, m.w.N.; *Diller*, The Revolution in Welfare Administration: Rules, Discretion and Entrepreneurial Government, *New York University Law Review* 2000, 1121–1220, 1140 f., 1147 mit Hinweis auf den (Rückwärts-)Trend zu mehr Ermessen der Sozialverwaltung; s. auch *Trentner*, Kooperativer Rechtsstaat. Das Beispiel Sozialverwaltung, 1998, 59; für eine Einordnung in einen weiteren Rahmen der Verwaltungsreform jüngst *Rebbinder*, *New Public*

klassischen Bereichen der Risikosteuerung gewachsene Bewusstsein des Zwanges zur Entscheidung unter Unsicherheitsbedingungen⁸⁹ als wichtige Voraussetzung auch für die Erfassung sozialer Bedürftigkeiten einer immer weiter sozial und kulturell fragmentierten Gesellschaft dar. In dem Maße, wie Modelle der Eingriffsverwaltung und die damit eng verbundenen Steuerungserwartungen durch Recht solchen Verwaltungsvorstellungen Platz machen, die die Notwendigkeit eines vorsichtigen Tastens und Experimentierens zwischen Staat und Gesellschaft voraussetzen⁹⁰, gewinnt der Begriff der Wissensgesellschaft auch in den komplex strukturierten Feldern des ›Dritten Sektors‹ an Bedeutung. Denn während Sozialstaatskritiker beispielsweise Wissensdefizite seitens der Antragsteller hinsichtlich der konkreten Anspruchsvoraussetzungen und Realisierungsbedingungen sozialer Leistungen betonten,⁹¹ stellt sich das Wissensproblem im verhandelnden Sozialstaat aus der Perspektive des Staates noch einmal anders dar. Das Verwaltungsmessen und die in diesem Rahmen zu entfaltenden Konsensualbeziehungen zu Leistungsempfängern beziehungsweise privaten Einrichtungsträgern bilden die Grundlage für die Wissens- und Informationsabschöpfung durch den Staat. Grundsätzlich wird ›Wissensgesellschaft‹ damit auch zu einem Leitbegriff für die Erfassung von wohlfahrtsstaatlichen Inklusionen und Beschränkungen herkömmlicher Bedürftigkeitskennzeichnungen.⁹²

Management – Rückblick, Kritik und Ausblick, in: Lorenz (Hrsg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart* (FS Brohm), 2002, 727–740; vgl. bereits *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, bes. 110 ff. m.w.N.

89 Siehe in diesem Zusammenhang jüngst die Beiträge in: *Bizer/Führ/Hüttig* (Hrsg.), *Responsive Regulierung. Beiträge zur interdisziplinären Institutionenanalyse und Gesetzesfolgenabschätzung*, 2002.

90 Vgl. *Grimm*, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1991, 291–306; sehr erhellend auch *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, 104 ff., 277 ff.; *Hoffmann-Riem*, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Einleitende Problemskizze*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 9–58, 12 f.; kritisch gegenüber einer ›managerialization‹ der Verwaltung: *König*, ›Public Sector Management‹ oder Gouvernanz-, Steuerungs- und Strukturierungsprobleme öffentlicher Verwaltung, in: *Burth/Görlitz* (Hrsg.), *Politische Steuerung in Theorie und Praxis*, 2001, 293–314.

91 Siehe etwa *Freeman*, *Contracting State* (Fn. 7), 184; *Diller*, *The Revolution in Welfare Administration: Rules, Discretion and Entrepreneurial Government*, *New York University Law Review* 2000, 1121–1220, 1151.

92 Vgl. etwa *Lessenich*, *Wohlfahrtsstaatliche Regulierung und die Strukturierung von Lebensläufen. Zur Selektivität sozialpolitischer Interventionen*, *Soziale Welt* 1995, 51–69; s. auch *Hermesen*, *Wohlfahrtsverbände und Sozialmanagement. Differenzierung und Verselbständigung in der sozialen Hilfe*, 2000, 72 ff., der insgesamt eine systemtheoretisch angelegte Analyse der funktionalen Ausdifferenzierung der freien Wohlfahrtspflege als wissensgesteuertes System sozialer Hilfe vorlegt.

Es ist dieser Hintergrund, vor dem die Anleihen bei der Privatrechtstheorie, insbesondere im Bereich der Langzeit- und Relationalverträge⁹³, aber auch bei der gesellschaftsrechtlich/organisationssoziologischen Netzwerkforschung⁹⁴, zu einem besseren Verständnis der Steuerungspotentiale des Vertragsrechts für die Beziehungen zwischen Leistungs- und Einrichtungsträgern sowie Leistungsempfängern führen können. Diese Forschung spiegelt in ihren Suchbewegungen und Kategorisierungen⁹⁵ die Fortentwicklungen des jüngeren Staatsdenkens, welches sich nach individualistischen Anfängen (Sozialstaat als Interventionsstaat) über korporatistisch-kollektive Lernerfahrungen (Rechts- und Sozialstaat) zu Emanzipationskonzeptionen (Wohlfahrtsstaat als Gewährleistungs- und Supervisionsstaat) weiterentwickelt hat. Diese Veränderungen des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft haben seit jeher vom öffentlichen Recht wie vom Privatrecht ungeheure Anpassungsleistungen verlangt, wobei sich in beiden Bereichen klare Verwandtschaftsbeziehungen und Ableitungszusammenhänge festmachen lassen, die als feste Bestandteile des eigenen Selbstverständnisses verinnerlicht werden. Auch soweit sich einzelne Beiträge zum Stand der Wissenschaft⁹⁶ als Ausdruck des jeweiligen *state of the art* anbieten, muss es weiterhin ein zentrales rechtstheoretisches Anliegen sein, das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht als eines wechselseitiger Auffangordnungen zu erforschen und kritisch zu hinterfragen.⁹⁷ Die Abhängigkeit unseres Begriffs von Gesellschaft und aller wissenschaftli-

93 Siehe etwa *Macaulay*, Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study, *American Sociological Review* 1963, 28; *Macneil*, Relational Contract: What we do and what we do not know, *Wisconsin Law Review* 1985, 483–525; *Schanze*, Symbiotic Arrangements, in: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 3, 1998, 554–559; *Oechsler*, Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag. Die Rezeption der Theorie des Relational Contract im deutschen Vertragsrecht in rechtsvergleichender Kritik, *RabelsZ* 1996, 91–124; *Zumbansen*, Ordnungsmuster (Fn. 5), 241 ff.

94 Grundlegend *Powell*, Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization, *Research in Organizational Behavior* 1990, 295–336; s. weiter *Nohria/Eccles* (Hrsg.), *Networks and Organizations: Structure, Form, and Action*, 1992; *Rauch/Hamilton*, *Networks and Markets: Concepts for Bridging Disciplines*, in: *Rauch/Casella* (Hrsg.), *Networks and Markets*, 2001, 1–29; *Teubner*, *Das Recht hybrider Netzwerke*, *ZHR* 2001, 550–575, etwa 556; *Ladewig*, *Regulierung von Selbstregulierung* (Fn. 49); *ders.*, *Negative Freiheitsrechte* (Fn. 87), 204 ff., s. auch ebda., 252 ff.

95 Siehe den sehr informativen Literaturüberblick von *Müller-Jentsch*, *Organisation und Netzwerk als gesellschaftliche Institutionen oder Organisationssoziologie aus gesellschaftstheoretischer Perspektive*, *Soziologische Revue* 2002, 418–434.

96 Vgl. etwa *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998, und *Zöllner*, *Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht*, *AcP* 196 (1996), 1–36. Diese Verbindung wurde einmal in einem Rechtstheorieseminar in Frankfurt aus der Sicht des öffentlichen Rechts hergestellt.

97 Vgl. *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, siehe darin etwa die Anknüpfung *Bullingers* an sein frühes Thema: *Die funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Europa*, ebda., 239–260; vgl. *ders.*, *Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktion einer Unterscheidung*, 1968.

chen Anknüpfungen wie auch Assoziationen von einer fundamentalen Position des Staatsbegriffs⁹⁸ darf nicht als *shortcoming* einer auf Konstitutionalisierung und Zivilisierung⁹⁹ hoffenden Privatrechtswissenschaft verstanden werden, sondern sollte als jeweils innerhalb und zwischen den wissenschaftstheoretischen Selbstbefragungen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, als nicht – weder durch Kommunitarismus noch durch Ordoliberalismus oder Subsidiarität – hintergehbare Voraussetzung jeglicher ordnungstheoretischer Arbeit stehend verstanden werden. Die allenthalben bekannten Privatisierungen des öffentlichen Rechts lassen sich nur unreflektiert als späte Rachenahme eines früh interventionsstaatlich publizierten Privatrechts verstehen.¹⁰⁰ Die etwa am Begriff des Rechtsverhältnisses diskutierten Zuordnungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten¹⁰¹ sollten dementsprechend nicht als Dammsbrüche und Erosionen essenzieller dogmatischer Grenzen gesehen werden, sondern vielmehr als notwendige, dogmatische Anpassungsversuche dieses unseres »Staat und Gesellschafts«-Rechts an im Herzen demokratischer Rechtsstaatlichkeit begründete Legitimationsansprüche, die sich im Wege prozeduraler Unruhestiftung und institutionellen Drucks Bahn zu brechen suchen. Wo es zum einen gelte, die Handelsvertreter-, Bürgschafts- und Ehevertragsentscheidungen des BVerfG ebenso wie die oben angeführte Rechtsprechung des BGH und des BVerwG zu festen Bestandteilen zivilrechtlicher Seminare zu machen, ginge es gleichzeitig darum, zivilrechtliche Arbeiten zu Risiko und Unsicherheit¹⁰² als Themen verwaltungswissenschaftlicher Veranstaltungen zu erkennen. Denn gerade in den hier aufscheinenden Übergangsbereichen und -seman-

98 Siehe hierzu besonders *Habermas*, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation, 1998, 91–169, 92–94; vgl. auch die Auseinandersetzung hiermit in *Zumbansen*, Spiegelungen von Staat und Gesellschaft: Governance-Erfahrungen in der Globalisierungsdebatte, ARSP-Beiheft 79, 2001, 13–40; *ders.*, Semantics of European Law, 5 *European Law Journal* 116 (1999); sehr erhellend *Möllers*, Staat als Argument, 2000.

99 Siehe *Calliess*, Das Zivilrecht der Zivilgesellschaft. Die abendländische Rechtstradition, das internationale Privatrecht und der Verbraucherschutz, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrecht und Gesellschaftstheorie, 2003, im Ersch.; *Zumbansen*, Das soziale Gedächtnis des Rechts, oder: Juristische Dogmatik als Standeskunst, ebd.

100 Siehe hierzu nochmals *Stolleis*, Entstehung des Interventionsstaates (Fn. 22); s. schon *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953.

101 Jüngst *Keller*, Vorvertragliche Schuldverhältnisse im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsverhältnislehre, 1997; siehe zuvor *Gröschner*, Vom Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnisses, *Die Verwaltung* 1997, 301–308; *von Danwitz*, Zur Funktion und Bedeutung der Rechtsverhältnislehre, *Die Verwaltung* 1997, 339–363; vgl. schon *Häberle*, Das Verwaltungsrechtsverhältnis – eine Problemskizze, in: Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 1980, 248–285 und *Ehlers*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, *DVBl.* 1986, 912–922.

102 Vgl. nochmals *Hart* (Hrsg.), Privatrecht im »Risikostaat«, 1997.

tiken¹⁰³ hätte die interdisziplinäre, öffentlich-privatrechtswissenschaftliche Grauzonenforschung anzusetzen. Auf den Wissensaustausch zwischen den Vertreterinnen und Vertretern der jeweiligen Fachgebiete im Sozial- und Verbraucherrecht, im Verwaltungs- und Vertragsrecht, im Rundfunk- und Internetrecht kann schon lange nicht mehr verzichtet werden.

IV. Summary

The rise of contractual governance in public service delivery and administration has led some observers to believe in an all-encompassing shift from public to private governance. The contention in this paper is that while significant changes relating to bureaucratic organisation and service delivery have doubtless occurred and can be traced back to the introduction of contractual forms of governance, the grand claim of a totally privatized, that is *retreated* state is exaggerated. While the imagery of the ›retreat of the state‹ appears apt in light of progressive public sector reform over time, itself rightly seen not as the outset but as the consequence of privatization politics, it nevertheless falls short of providing a precise description of present day, public welfare governance. The imagery of privatization is admittedly highly persuasive, with its inevitable depictions of greater efficiency, flexibility and responsiveness, not to forget the loudly hailed cost-effectiveness of throwing open the windows of the welfare state to admit the cold winds of competition. At the same time, however, this portrait tends to conceal the persistent activities and values of traditional public administrative law. This body of norms and practices is in a process of constant overhaul and adaptation, and certainly presents a challenging field for innovation and societal responsiveness, even in legal cultures which traditionally have a less developed esteem for and interest in administrative law. The proliferation of new fields of administrative law, relative to the extension of the law's reach into civil society or, possibly, society's claim to self-governance through law, makes for an evergrowing body of specialised norms. Most of these norms result from new and flexible, often multidimensional forms of law making, which have led to a redesign of the separation-of-powers doctrine long established in western European countries. However, with the increasing tendency of parliaments to enact only generally formulated ›framework norms‹, administrative discretion in ›executing‹ these norms, i.e. in unfolding and uncovering their actual content in the practice of application, is being extended. This certainly cannot be without consequences for the judiciary, which is caught

¹⁰³ Vgl. zu dieser Charakterisierung anlässlich des Bürgschaftsfalls *Teubner*, Ein Fall struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214 ff.), Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2000, 388–404; vgl. zum Begriff des Wirtschafts- und des Sozialrechts schon *Wietbölder*, Artikel Wirtschaftsrecht, in: Görlitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, 1972, 531–539; *ders.*, Rechtswissenschaft, 1968, 168.

