

# Garantierte und tatsächliche Freiheit

Verwirklichung sozialer Grundrechtsvoraussetzungen  
als verfassungstheoretischer Maßstab

Dominik Dahlhaus

## I. Verfassungstheoretischer Hintergrund

### 1. Voraussetzungen der effektiven Grundrechtswahrnehmung

Für die Möglichkeit zur tatsächlichen Ausübung verfassungsrechtlich garantierter Freiheitsrechte kommt es nicht allein auf diese ihre verfassungsrechtliche Garantie an: Dass Grundrechte den Grundrechtsträgern konkrete und reale Handlungsmöglichkeiten zum Grundrechtsgebrauch eröffnen, erfordert das Bestehen bestimmter Verhältnisse, der sogenannten Grundrechtsvoraussetzungen. Nach *Isensee* sind das „Faktoren rechtlicher oder realer Art, von denen die effektive Geltung der Grundrechtsnormen oder die Möglichkeit ihrer praktischen Wahrnehmung abhängt“,<sup>1</sup> wobei er einfachrechtliche, prozedurale und organisatorische, marktwirtschaftliche, soziale und soziokulturelle sowie religiöse Voraussetzungen unterscheidet.<sup>2</sup>

Im Bereich der hier untersuchungsgegenständlichen sozialen Grundrechtsvoraussetzungen ist auf die sozialen und insbesondere ökonomischen Verhältnisse abzustellen, von denen menschenwürdiges Dasein, Grundrechtsgebrauch und Teilhabe abhängen. Dabei ist weiter zwischen den individuellen *Ausgangs-* und den gesellschaftlichen und institutionellen *Rahmenbedingungen*<sup>3</sup> zu differenzieren: Bestehen mit anderen Worten die für die Umwandlung individueller Potentiale (finanziell: Einkommen und Güterausstattung; nicht-finanziell: Bildungsstand, Gesundheit, Behinderungen, Alter, Geschlecht etc.) in Verwirklichungschancen<sup>4</sup> erforderlichen instrumentellen Freiheiten (politische Freiheiten und gesellschaftliche Partizipation; ökonomische und soziale Chancen; sozialer und ökologischer Schutz sowie Transparenzgarantien)<sup>5</sup> nicht in ausreichendem Maße, ist die Möglichkeit zum Freiheitsgebrauch faktisch beeinträchtigt.<sup>6</sup>

So induzieren beispielsweise unzureichende soziale Sicherungssysteme<sup>7</sup> den antizipierten Verzicht auf den immer auch risikobehafteten<sup>8</sup> Gebrauch von Freiheitsrechten.<sup>9</sup> Umgekehrt vergrößert eine Versicherung „die Risiken, die Men-

*Freiheitsrechte bleiben wirkungslos, wenn dem Einzelnen die Voraussetzungen zu ihrer Wahrnehmung fehlen. Mit dieser Überlegung ermöglicht die Verfassungstheorie es nicht nur, effektive von ineffektiven und den Freiheitsgebrauch anregende von passivierenden Formen der Intervention in soziale Verhältnisse zu unterscheiden; sie fordert eine solche Kritik auch ein.*

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der LMU München und ist Mitglied der Redaktion von *rescriptum*. Er dankt *Herr Prof. Martin Burgi* für die Durchsicht und die wertvollen Hinweise.

1 *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts (HStR)*, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 190 Rn. 49.

2 *Isensee* (Fn. 1), Rn. 160 ff.

3 Dieses Verständnis der „Rahmenbedingungen“ entspricht damit nicht dem bei *Krisor-Wietfeld*, *Rahmenbedingungen der Grundrechtsausübung*, 2016, S. 27 ff., entwickelten, die Grundrechtsvoraussetzungen je nach Art des Einzelgrundrechts in „Grundrechtsgutsvoraussetzungen“ und „Rahmenbedingungen“ unterscheidet.

4 Verwirklichungschancen (*Capabilities*) beschreiben die tatsächliche Freiheit, bestimmte Lebensumstände und Aktivitäten, die eine Person schätzt, erreichen zu können; *Volkert*, in: ders. (Hrsg.), *Armut und Reichtum an Verwirklichungschance*, 2005, S. 11 (11 f.). Der sogenannte *Capability Approach* geht auf *Amartya Sen* zurück.

5 *Sen*, *Ökonomie für den Menschen*, 5. Aufl. 2000, S. 50 ff.

6 Vgl. *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 18. Aufl. 2012, S. 123.

7 Zum Begriff der Sozialversicherung: *BVerfGE* 75, 108 (146).

8 Vgl. *Isensee* (Fn. 1), Rn. 73.

9 Vgl. *Homann*, *Anreize und Moral*, 2003, S. 287 ff.

schen sich einzugehen getrauen. Erst sie ermöglicht es, die Chancen, die man hat, auch wirklich zu nutzen.<sup>10</sup>

Der effektive Freiheitsgebrauch ist ebenso beeinträchtigt,<sup>11</sup> wenn Grundrechtsträger über derart ungleiche individuelle Ausgangspositionen verfügen, dass diese Disparitäten quasi-privilegierende Wirkung zeitigen und aus ökonomischen und sozialen Vorteilen faktische Vorrechte werden.<sup>12</sup> Ist die Gesellschaft zudem undurchlässig,<sup>13</sup> ersetzt der Anreiz, vorteilhafte Positionen zu halten und weiterzuerben, den zur individuellen Anstrengung.<sup>14</sup> Eine ungleiche Verteilungsstruktur verstärkt sich so selbst.<sup>15</sup>

Ab einem gewissen Grad hat soziale Ungleichheit nicht nur negative Auswirkungen auf die individuelle Ausübbarkeit von Freiheitsrechten, sondern auch „positive“ auf das Potenzial zur Entsolidarisierung<sup>16</sup> und Polarisierung sowie zur Destabilisierung<sup>17</sup> und Gefährdung des gesellschaftlichen Zusammenhalts:<sup>18</sup> Wer keine Möglichkeit sieht, seine Freiheit zu verwirklichen, verweigert der Gesellschaft letztlich die Anerkennung und fühlt sich ihr nicht verpflichtet;<sup>19</sup> Wahrnehmungen der Ausgrenzung und Frustration gewinnen dann an Bedeutung.<sup>20</sup> Treffend formuliert daher bereits *Scheler*: „Die äußerste Ladung von Ressentiment muß demnach eine solche Gesellschaft besitzen, in der, wie in der unsrigen, ungefähr gleiche politische und sonstige Rechte resp. öffentlich anerkannte, formale soziale Gleichberechtigung, mit sehr großen Differenzen der faktischen Macht, des faktischen Besitzes und der faktischen Bildung, Hand in Hand gehen.“<sup>21</sup>

Aktuelle, in diesem Beitrag zum Teil auch angesprochene Fragen sind beispielsweise solche der Versorgung mit bezahlbarem Wohnraum; der Vereinbarkeit von Beruf, Familie und Sorgearbeit für Angehörige; der sogenann-

ten „Frauenquoten“; der Kinderarmut und des Armutsrisikos „Kind“. Unverändert aktuell ist das Problem der politischen und gesellschaftlichen Partizipation von Bürgern mit geringem Einkommen. Ferner zu diskutieren sind Auswirkungen disparater räumlicher Entwicklung auf die regionale Daseinsvorsorge sowie die Notwendigkeit der Instandhaltung zum Beispiel der Verkehrsinfrastruktur und des flächendeckenden Zugangs zu Informations- und Kommunikationstechnologien. Individuum, Staat und Gesellschaft stehen schließlich vor der grundsätzlichen Herausforderung, Freiheit unter Bedingungen des demographischen Wandels, der Globalisierung und Digitalisierung zu sichern.

## 2. Objektiver Auftrag zur Verwirklichung sozialer Grundrechtsvoraussetzungen

Grundrechtsvoraussetzungen vermitteln den Grundrechtsträgern *per se* keine subjektiven Rechte;<sup>22</sup> auch Voraussetzungen mit Verfassungsrang kommt dieser nicht auf Grund ihrer Eigenschaft als Grundrechtsvoraussetzung zu.<sup>23</sup> Aus verfassungstheoretischer Perspektive ist jedoch mit *Isensee* eine objektiv an den Staat adressierte Pflicht zum Schutz der realen Wahrnehmungsmöglichkeit grundrechtlich garantierter Freiheitsrechte anzuerkennen:<sup>24</sup> Dem Grundgesetz geht es nicht nur um die Freiheit weniger Privilegierter, sondern um die Freiheit der Vielen, denn „[w]o nur wenige ihre Grundrechte tatsächlich ausübten, wäre das Grundrecht keine lebendige Wirklichkeit mehr, die wirkliche Geltung ginge ihm ab, der freiheitliche Lebensbereich erstarrte.“<sup>25</sup>

Dieses Argument des Geltungsanspruchs der Verfassung ergänzend kann auf *Häberle* Bezug genommen werden, der aus dieser Überlegung die „institutionelle Seite“ der Grundrechte entwickelt, die freiheitlich geordnete und (rechtlich) ausgestaltete Lebensbereiche verfassungsrechtlich garantiert;<sup>26</sup> diese Seite geht bei nur unzureichender Verwirklichung der „sozialen Seinssphäre“ verloren, sodass das „Tatsächliche“ und seine dynamische Entwicklung durch den Gesetzgeber zu berücksichtigen sind.<sup>27</sup>

## 3. Reflexionsfunktion der Verfassungstheorie

Anders als das Unionsrecht in der Europäischen Grundrechtecharta kennt das Grundgesetz bis auf wenige Ausnahmen keine sozialen Grundrechte,<sup>28</sup> thematisiert die sozia-

10 *Sinn*, ZVersWiss 1988, 1 (15); s.a. *ders.*, International Tax and Public Finance 1996, 259.

11 Vgl. *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 134, der von einer sublimen Gefahr spricht.

12 *Ellmers*, Freiheit und Wirtschaft, 2015, S. 61 ff., insb. S. 65 f.

13 Dazu für Deutschland: *Braun/Stuhler*, The Economic Journal 2018, 576.

14 Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB)/Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit (IAB), Soziale Mobilität, 2011, S. 238.

15 Nach *Ellmers* (Fn. 12), S. 65 f., ist das der wichtigste Einwand *Hegels* gegen einen „entfesselten Liberalismus“; bedenkenswert BVerfGE 138, 136 (252 [252 ff.]) – Sondervotum *Gaier, Masing, Baer*.

16 WZB/IAB (Fn. 14), S. 239.

17 Zu u.a. durch politische Instabilität vermittelten nachteiligen Auswirkungen großer Ungleichheit auf das Wirtschaftswachstum: *Alesina/Perotti*, European Economic Review 1996, 1203 (1203 ff.); *Kolev/Niehues*, IW-Report 14/2016, S. 5 f.

18 *Heller*, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1928, S. 421 ff.; *Nußberger*, DVBl. 2008, 1081 (1081 f.).

19 *Ellmers* (Fn. 12), S. 61; s.a. *Arndt/Dann/Kleimann/Strotmann/Volkert*, Das Konzept der Verwirklichungschancen, 2006, S. 188 ff.

20 Zur Verringerung der kulturellen Teilhabe, des ehrenamtlichen Engagements und des politischen Interesses in Folge eines Abstiegs in die Armutsrisikozone: WZB/IAB (Fn. 14), S. 141 ff.; vgl. *Ellmers* (Fn. 12), S. 61, zu *Hegel*.

21 *Scheler*, Das Ressentiment im Aufbau der Moralen, zit. nach *ders.*, Abhandlungen und Aufsätze, Bd. 1, 1915, S. 39 (58).

22 Zum bereits terminologischen Paradoxon einer Einbeziehung der Grundrechtsvoraussetzungen in den grundrechtlichen Schutzbereich: *Stern*, in: *ders.*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 670.

23 *Isensee* (Fn. 1), Rn. 87, 93.

24 *Isensee* (Fn. 1), Rn. 91 ff., 57 ff.

25 *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl. 1983, S. 110.

26 *Häberle* (Fn. 25), S. 70 ff., 116.

27 *Häberle* (Fn. 25), S. 110 f.; auch *Hegel* kritisiert soziale Disparitäten nicht als solche, sondern ihre extreme, die Rechtsrealisation einer Person untergrabende Form, vgl. *Ellmers* (Fn. 12), S. 61; s.a. *Honneth*, Das Recht der Freiheit, 2011, S. 79.

28 Die Bundesrepublik Deutschland ist darüber hinaus völkerrechtlich mit Europäischer Menschenrechtskonvention (BGBl. 1952 II, S. 685, 953; BGBl. 2002 II, S. 1054) und Europäischer Sozialcharta

len Grundrechtsvoraussetzungen jedoch umfassend in der Sozialstaatsklausel. Das verfassungstheoretische Konzept leistet allerdings mehr, als die hinter dieser positivrechtlichen Thematisierung stehenden Überlegungen sichtbar zu machen (Erkenntnisfunktion)<sup>29</sup>: Es erlaubt die Kritik und Entwicklung des gesamten (Verfassungs-)Rechts und des Sozialstaatsprinzips am Maßstab ihres Beitrags zum Abbau der Disparitäten zwischen Verfassungsversprechen und -wirklichkeit, zwischen garantierter und tatsächlicher Freiheit (Entwicklungsfunktion).<sup>30</sup> *Jestaedt* spricht daher zu Recht von der Verfassungstheorie als „Reflexions-“ und „Relaisdisziplin“.<sup>31</sup>

Um das Potential dieser Art der Verfassungskritik zu skizzieren, ordnet der Beitrag den Auftrag zur Verwirklichung sozialer Grundrechtsvoraussetzungen verfassungsdogmatisch ein, bevor die verschiedenen Formen der Intervention in soziale Verhältnisse – jedenfalls *grosso modo* – an ihrem Beitrag zur Verwirklichung der effektiven Wahrnehmungsmöglichkeit verfassungsrechtlich garantierter Freiheitsrechte gemessen werden.

## II. Verfassungsdogmatische Einordnung

### 1. Soziales Staatsziel

Im Sinne der Lüth-Judikatur<sup>32</sup> verlangen die Grundrechte vom Gesetzgeber eine „positive Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsförderung als Bereitstellung der zu ihrer Wahrnehmung förderlichen Infrastruktur, von der Verwaltung und den Gerichten die aktive Entfaltung der Grundrechte in die Lebenswirklichkeit der Bürger hinein“<sup>33</sup> um den Grundrechten zur „sozialen Wirklichkeit“ zu verhelfen.<sup>34</sup>

Speziell für die Verwirklichung der sozialen Grundrechtsvoraussetzungen ergibt sich ein „Verfassungsauftrag für Infrastrukturvorsorge“ aus einer Verbindung von sozialem Staatsziel, Art. 20 Abs. 1 GG, und grundrechtlichen Schutzpflichten.<sup>35</sup> Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG spricht korrespondierend von einem sozialen Rechtsstaat; im Gegensatz zum rein liberalen Rechtsstaat gibt die Verfassung damit das Ziel eines Mindestmaßes an sozialer Sicherheit und Gleichheit

vor.<sup>36</sup> Die Sozialstaatsklausel begründet daher zum einen die Pflicht, durch sozialen Ausgleich für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen,<sup>37</sup> zum anderen die Verantwortung für den Schutz sozial Schwacher<sup>38</sup> durch Vorsorge gegen soziale Notlagen und Gewährleistung sozialer Sicherheit.<sup>39</sup> Hier zeigt sich die Idee der Grundrechte als „Freiheits- und Solidarordnung“, in der der Gemeinschaft und dabei gleichsam ihren einzelnen Mitgliedern die Verantwortung für die individuelle Freiheit zukommt.<sup>40</sup>

An den im ersten Teil vorgestellten Überlegungen orientiert lässt sich insofern festhalten, dass es Aufgabe des Sozialstaates ist, die insb. ökonomischen und sozialen Grundrechtsvoraussetzungen zu gewährleisten,<sup>41</sup> oder anders ausgedrückt: „Alternativenwahl und -konkretisierung von ökonomischen Zwängen zu befreien“<sup>42</sup>. Als Maßstab jedenfalls für das Minimum an gesellschaftlichen Rahmenbedingungen ist damit die von individuellen Ausgangsbedingungen unabhängige, effektive Wahrnehmbarkeit von Freiheitsrechten zu formulieren: Der Sozialstaat steht im Dienst der Freiheit.<sup>43</sup>

### 2. Weiter Gestaltungsspielraum und seine Grenzen

Bei der Erfüllung seiner Aufgabe, die sozialen Grundrechtsvoraussetzungen zu verwirklichen, kommt dem Gesetzgeber als vorrangigem Adressaten<sup>44</sup> des sozialen Verfassungsziels ein sehr weiter Gestaltungsspielraum zu.<sup>45</sup> Das höchst unbestimmte und weite Staatsziel vermittelt grundsätzlich keine subjektiven Rechte – nur „wenn der Gesetzgeber diese Pflicht willkürlich, d. h. ohne sachlichen Grund versäumte, könnte möglicherweise dem Einzelnen hieraus ein [...] verfolgbarer Anspruch erwachsen“.<sup>46</sup> In konkrete Handlungspflichten, nötigenfalls in verfassungsunmittelbare Leistungsansprüche<sup>47</sup>, schlagen Schutz-, Gewährleistungs- und Förderpflichten ansonsten und nur ausnahmsweise um, wenn andernfalls die tatsächliche Wahrnehmbarkeit des Freiheitsrechts evident gefährdet wäre: Der sehr weite Ge-

(BGBl. 1964 II, S. 1261; die revidierte Fassung zu ratifizieren war noch für die 18. Wahlperiode beabsichtigt, BT-Drs. 18/2481, S. 43) in verschiedene Systeme der Grundrechtsgewährleistung eingebunden; zu Koordinations- und Kollisionsproblemen: *Schlachter*, EuR 2016, 478.

29 *Isensee* (Fn. 1), Rn. 87.

30 Vgl. *Jestaedt*, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, S. 3 (26 ff.); s.a. *Kersten*, *rescriptum* 2012, 67 (67) zu den Aufgaben der Rechtsdogmatik.

31 *Jestaedt* (Fn. 30), S. 22 ff., 33 ff.; s.a. *Isensee* (Fn. 1), Rn. 83.

32 St. Rspr. seit BVerfGE 7, 198 (205 ff.).

33 *Volkmann*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 256 Rn. 11; *Wahl*, in: *Henne/Riedlinger* (Hrsg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005, S. 371 ff.

34 Diese Quasi-Garantenpflicht ist also kein Bestandteil des negatorischen Gewährleistungsgehaltes, sondern eine positiv-materielle Komponente; vgl. *Cornils*, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, 2005, S. 641; s.a. *Kersten/Neu/Vogel*, *Regionale Daseinsvorsorge*, 2015, S. 16 f.

35 *Dörr*, *VVDStRL* 73 (2014), S. 323 (339); s.a. *Kersten*, *IzR* 2008, 1 (11).

36 *Isensee* (Fn. 1), Rn. 184 ff.

37 BVerfGE 94, 241 (263); 97, 169 (185); 110, 412 (445).

38 BVerfGE 35, 202 (236); 45, 376 (387); 100, 271 (284).

39 Vgl. *Kingreen* (Fn. 11), S. 64 ff., 128 ff.

40 Vgl. *Volkmann*, *Solidarität*, 1998, S. 281, 284 f., 299 f.

41 Vgl. BVerfGE 42, 64 (76 f.).

42 *Häberle*, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, S. 6.

43 Vgl. *Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008; s.a. *Isensee* (Fn. 1), Rn. 184; *Kingreen* (Fn. 11), S. 129.

44 Für Exekutive und Judikative wirkt sich die Sozialstaatsklausel vor allem als Auslegungs- und Interpretationsregel aus, *Trilsch*, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht*, 2012, S. 122.

45 St. Rspr.; BVerfGE 1, 97 (105); 59, 231 (263); 82, 60 (80); 123, 267 (362). Da sozialpolitische Grundentscheidungen und die sozialstaatliche Gestaltung der Lebensverhältnisse besonders sensible Bereiche der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit sind, verlangt das Grundgesetz, auch wenn es einer sozialen Integration durch Koordinierung oder Angleichung auf europäischer Ebene nicht im Wege steht, dass die wesentlichen Entscheidungen durch den deutschen Gesetzgeber getroffen werden, BVerfGE 123, 267 (359, 362 f.).

46 BVerfGE 1, 97 (105); *Trilsch* (Fn. 44), insb. S. 121 ff.

47 Näher dazu unten.

staltungsspielraum findet hier seine Grenze.<sup>48</sup> Ersichtlich ist damit nicht das Sozialstaatsprinzip zur Begründung einer Schutzpflicht oder eines Leistungsrechts heranzuziehen, sondern das jeweilige Grundrecht.<sup>49</sup>

Auch wenn der Handlungsauftrag also *prima facie* keine Aussagen darüber trifft, wie er konkret zu verwirklichen ist,<sup>50</sup> verpflichtet er damit jedenfalls zur Sicherung einer dauerhaften, flächendeckenden und sozialverträglichen Grundversorgung des Individuums und der Allgemeinheit mit Leistungen, derer der Einzelne zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz notwendigerweise bedarf,<sup>51</sup> also zur Gewährleistung der individuellen wie kollektiven Freiheitsentfaltung<sup>52</sup>: Anzuerkennen ist mithin ein originärer Sicherstellungsauftrag des Staates für bestimmte grundlegende Bereiche der öffentlichen Versorgung, sozialen Sicherung sowie allg. Gefahrenabwehr und Risikoversorge.<sup>53</sup>

Wichtiger Gehalt der Infrastrukturverantwortung ist daher die diskriminierungsfreie Gewährleistung der tatsächlichen Erreichbarkeit existentieller Güter. Daran ist der Maßstab einer von sachfremden Hindernissen unabhängigen, allgemeinen Zugangsmöglichkeit anzulegen;<sup>54</sup> insbesondere müssen Versorgungsleistungen für die Allgemeinheit erschwinglich sein.<sup>55</sup> Insofern besteht ein durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und die Diskriminierungsverbote abgesicherter derivativer Teilhabeanspruch bezüglich vorhandener Ressourcen und Kapazitäten, etwa auf Zugang zu einem Sicherungssystem bei Vernachlässigung des sozialen Schutzes einer einzelnen Gruppe.<sup>56</sup>

Die Verfassungsdogmatik kennt damit zwei verschiedene Schutzpflichten, die gleichwohl beide daran anknüpfen, dass der Gebrauch verfassungsrechtlich garantierter Freiheitsrechte mehr erfordert, als die Freiheit von ungerechtfertigten staatlichen Eingriffen („Freiheit vom Staat“): Freiheit kann durch *konkrete* private Übergriffe oder durch die Natur bedroht sein; daher lassen sich vielen Grundrechten Schutzpflichten entnehmen, die den Staat zur Förderung der effektiven Verwirklichung des Freiheitsrechts verpflichten („Freiheit durch den Staat“).<sup>57</sup> Freiheit kann aber auch durch Umstände, systematische Defekte und sonstige *abstrakte*, keiner spezifischen Gefahrenquelle zurechenbare Gegebenheiten bedroht sein, was die durch das jeweilige Grundrecht begründete Pflicht zum Grundrechtsvoraussetzungsschutz auslöst<sup>58</sup> („Freiheitsvoraussetzungen durch den Staat“).

48 BVerfGE 40, 121 (133).

49 *Isensee* (Fn. 1), Rn. 186.

50 *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 73. EL 2014, Art. 20 VIII Rn. 18.

51 *Dörr* (Fn. 35), S. 329; s.a. S. 334 f., 338 zur Dynamik der Bedürfnisentwicklung und der entsprechend erforderlichen Entwicklungsoffenheit der Versorgungsinfrastruktur.

52 *Kersten/Neu/Vogel* (Fn. 34), S. 17 f., 20.

53 Vgl. *Butzer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 74 Rn. 38 ff.

54 *Butzer* (Fn. 53), Rn. 44.

55 *Dörr* (Fn. 35), S. 338 f.

56 BVerfGE 40, 121 (133 f.).

57 Vgl. *Epping*, Grundrechte, 7. Aufl. 2017, S. 59 ff.

58 *Kingreen* (Fn. 11), S. 133 f.

### 3. Eingriffsrechtfertigung

Die Sozialstaatsklausel eröffnet dem Gesetzgeber die Möglichkeit, soziale Gerechtigkeit, Gleichheit und Sicherheit auch über das für die Stabilität<sup>59</sup> des Staates Unverzichtbare hinaus zu fördern und entsprechende Maßnahmen und Eingriffe zu rechtfertigen.<sup>60</sup> Jedoch ist selbst der Verfassungsauftrag nicht geeignet, Grundrechte unmittelbar zu beschränken;<sup>61</sup> für die Grundrechtsvoraussetzungen gilt das erst recht: Erforderlich sind vielmehr Mediatisierung, Konkretisierung und Aktualisierung der im Sozialstaatsprinzip enthaltenen vagen Zielvorgaben durch das anpassungsfähige Gesetz, „das Institutionen schafft und finanzielle Fördermittel zur Verfügung [stellt], die der Staat vor allem als Steuerstaat einnimmt“,<sup>62</sup> und erst so subjektive Rechte begründet.<sup>63</sup>

Schränken diese Gesetze ihrerseits Grundrechte ein, wirkt sich das Sozialstaatsgebot in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Gunsten des Gesetzgebers aus, beziehungsweise setzt vorbehaltlos garantierten Grundrechten als kollidierendes Verfassungsrecht Grenzen, sodass praktische Konkordanz herzustellen ist.<sup>64</sup>

## III. Handlungskompetenzen bei der Intervention in soziale Verhältnisse

### 1. Staatliche Ergebnisverantwortung

Der Staat ist nicht gezwungen, alle öffentlichen Aufgaben selbst zu erfüllen, sondern kann in Wahrnehmung seines Gestaltungsspielraums auch auf private Leistungserbringung setzen.<sup>65</sup> Der ermöglichende Gewährleistungsstaat stellt mit seiner Offenheit für die Erfüllung durch Private auch den Gegenentwurf zum zur Totalität des Verwaltungshandelns neigenden, sich zum Interpretieren der Bedürfnisse machenden und diese erfüllenden Wohlfahrtsstaat dar.<sup>66</sup> Gleichwohl steht jede „Privatisierung [...] unter dem sozialstaatlich gebotenen Vorbehalt der uneingeschränkten Aufrechterhaltung wichtiger Funktionen auch unter den Bedingungen privatwirtschaftlicher Organisation“.<sup>67</sup> So mag das Kommunalrecht etwa um der Eröffnung größerer Einsparpotentiale willen zwar die formelle Privatisierung öffentlicher Aufgaben forcieren,<sup>68</sup> die Erfüllungsverantwortung für gesetzlich zugewiesene Aufgaben lässt sich dennoch nicht

59 S.o., I.1.

60 *Nußberger*, DVBl. 2008, 1081 (1087).

61 BVerfGE 59, 231 (262 f.).

62 *Kingreen* (Fn. 11), S. 129; *Martens*, VVDStRL 30 (1972), S. 7 (30 f.); *Rüfner*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 40, Rn. 53 f.

63 *Scheuner*, VVDStRL 30 (1972), S. 142 (144); vgl. *Bethge*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 1), § 203 Rn. 23.

64 *Kingreen* (Fn. 11), S. 141 ff.; BVerfGE 114, 196 (248).

65 Vgl. BVerfGE 22, 180 (204); *Franzius*, VerwArch 2008, 351 (351); *Knauff*, VR 2003, 269 (272).

66 *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 28; s.a. *Leisner*, WiVerw 2011, 53 (65, 75).

67 So mit Blick auf das Sozialstaatsprinzip als verfassungsimmanente Schranke des Streikrechts: *Hufen*, NZA 2014, 1237 (1238 f.), mit Hinweis auf *Hochhuth*, Rückzug des Staates und Freiheit des Einzelnen, 2012.

68 Beispielsweise: *Becker*, in: *ders./Heckmann/Kempfen/Manssen* (Hrsg.), Öffentliches Recht in Bayern, 7. Aufl. 2017, S. 75 (82 f., 176).

auf Private übertragen. Einer materiellen Privatisierung sind dadurch enge Grenzen gesetzt.<sup>69</sup>

Erforderlich ist ein konsistentes, Zugang und Versorgung sicherstellendes Regulierungskonzept, wobei dem Staat lediglich eine Auffangverantwortung<sup>70</sup> zukommt:<sup>71</sup> beispielsweise in dem Sinne, dass Ausfall oder Einschränkung geschützter Bereiche der Infrastruktur staatliche Schutzpflichten mobilisieren.<sup>72</sup>

## 2. Individuelle Eigenverantwortung und zivilgesellschaftliches Engagement

Die primäre Handlungskompetenz liegt dagegen bei dem einzelnen Grundrechtsträger, zum Teil zusätzlich bei Angehörigen<sup>73</sup>: Da ein „unbegrenzt subjektives Anspruchsdenken auf Kosten der Allgemeinheit“ mit dem Sozialstaatsgedanken unvereinbar ist,<sup>74</sup> ist die Inanspruchnahme der Leistungen der Solidargemeinschaft subsidiär und verpflichtet zu allen auf die Beendigung der Bedürftigkeit gerichteten Anstrengungen;<sup>75</sup> auch kann individuelle Eigenverantwortung – etwa, den eigenen Lebensunterhalt zu erwirtschaften<sup>76</sup> und private Altersvorsorge zu betreiben – gefordert werden.<sup>77</sup>

Hier hinter steht zwar die Idee eines ermöglichenden und zum selbstbestimmten und autonomen Leben befähigenden Sozialstaats.<sup>78</sup> Gleichwohl bedenklich sind allerdings erkennbare Tendenzen, ökonomische oder soziale Exklusion in Verkennung aller Überlegungen zu Freiheitsvoraussetzungen als ausschließlich eigenverschuldet zu be- greifen.<sup>79</sup> Zum einen beherrscht Empörung dann schnell den Diskurs an beiden Enden der Gesellschaft: entweder

als Solidarisierung gegen die bestehende Wirtschaftspolitik, oder als Solidarisierung gegen die vermeintlich Leistungsunwilligen, die Staat und Gesellschaft belasten.<sup>80</sup> Zum anderen bleiben sich aus gesellschaftlichen Verhältnissen ergebende Zusammenhänge bei einer Überbetonung individuellen Verantwortlichseins unterschätzt und Reformen uneingefordert: Einem Paradigma der individuellen Selbstoptimierung entspricht der aus einer Delegitimierung des Protestes resultierende<sup>81</sup> Verzicht auf Sozialkritik.

Mit Blick auf den staatlichen Auftrag zur Verwirklichung der Grundrechtsvoraussetzungen, die durch eine solche Delegitimierung der demokratischen Partizipation<sup>82</sup> bedroht wird, bedarf es einer stärkeren Anerkennung der den Bürgern und der Zivilgesellschaft zustehenden *Voice*<sup>83</sup> und ihrer gestaltenden Rolle.<sup>84</sup> Zivilgesellschaftliches Engagement ist damit nicht nur zwecks Instrumentalisierung für die Kompensation leistungs- und sozialstaatlicher Defizite zu fördern, sondern als Kooperationspartner zu unterstützen: im Bereich der sozialen Integration und gesellschaftlichen Stabilisierung, Steigerung von Lebensqualität und Intervention in soziale Verhältnisse.<sup>85</sup> Einem solchen Kooperationspartner würde dann auch die Berechtigung zur Kritik zugestanden.

## IV. Pluralismus der Interventionsformen

Zur Intervention in soziale Verhältnisse stehen dem Staat Formen der *Koordination* des Neben- und Miteinanders der Grundrechtsträger<sup>86</sup> (1.) sowie Möglichkeiten der *Prävention* durch Stärkung leistungsstaatlicher Institutionen und öffentlicher Infrastrukturen (2.) und der *Kompensation* durch Gewährung finanzieller Leistungen (3.) zur Verfügung.<sup>87</sup>

### 1. Koordination des Neben- und Miteinanders der Grundrechtsträger durch Rechtsrahmen

Freiheitsausübung mag sich durch wechselseitige Bindung im privatrechtlichen Vertrag konkretisieren; ebendieser Vertrag kann auf Grund eines wirtschaftlichen oder sozialen Machtgefälles zu einem Instrument der Fremdbestimmung werden.<sup>88</sup> Primär vom Zivilrechtsgesetzgeber und sekundär – das heißt im Fall einer konkretisierten Bedrohung im Falle ungewöhnlicher Belastungen auf

69 S.a. Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999; ders., Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 2008; zu EU-rechtlichen Anforderungen an soziale Dienstleistungen und den durch die allgemeine Vorbehaltsregelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV (v. Komorowski, EuR 2015, 310 [311 ff.], m.w.N.) eröffneten Möglichkeiten, von primär- u. sekundärrechtlichen Vorschriften abzuweichen, wenn deren Anwendung die Erfüllung der national definierten Aufgaben verhindern würde: Weiß, EuR 2013, 669 (672 ff.); Markopoulos, KommJur 2012, 330 (333); zum entsprechend auszulegenden Begriff des „Verhinderns“ in Art. 116 Abs. 2 AEUV im Sinne eines „Behinderns“: v. Komorowski, EuR 2015, 310 (324 f.).

70 Butzer (Fn. 53), Rn. 44.

71 Vgl. Wilksch, Recht auf Krankenbehandlung und Existenzminimum, 2017, S. 146 ff.

72 Hufen, NZA 2014, 1237 (1239); s.o., II.2.

73 Aktuelle Fragen stellen sich im Hinblick auf die Pflege; vgl. Becker/Lauerer, in: BMFSFJ (Hrsg.), Zeit für Verantwortung im Lebenslauf, 2011, S. 121 ff.

74 BVerfGE 33, 303 (334).

75 Vgl. Eichenhofer, Recht des aktivierenden Wohlfahrtsstaates, 2013, S. 69. Umstritten ist, ob dies auch Sanktionen nach den §§ 31 ff. SGB II rechtfertigt: Anhängig ist derzeit eine Vorlage des SG Gotha zur Frage ob diese mit Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar sind (BVerfG 1 BvL 7/16).

76 Vgl. die Kernziele d. Strategie Europa 2020 (Anh. 1); s.a. § 26 Abs. 3 SGB VII u. § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VI.

77 Eichenhofer (Fn. 75), S. 61, 101 ff.

78 Vgl. N. Gilbert/B. Gilbert, The Enabling State, 1989; N. Gilbert, OECD Social, Employment and Migration Working Papers No. 26, 2005.

79 Zu Recht krit.: Honneth (Fn. 27), S. 469; s.a. Foucault, Geschichte der Gouvernementalität, Bd. 2, 2006, S. 314; vgl. BVerfGE 35, 202 (236).

80 Vgl. Klimke, in: dies. (Hrsg.), Exklusion in der Marktgesellschaft, 2008, S. 7 (8).

81 Baumgarten/Ullrich, WZB Discussion Paper SP IV 2012-401, S. 13 ff.

82 Zur demokratischen Teilhabe als subjektives Recht: Kube, in: GS Brugger, 2013, S. 571 ff.

83 Vgl. Hirschman, Exit, Voice, and Loyalty, 1970.

84 Vgl. Kersten/Neu/Vogel (Fn. 34), S. 7.

85 Vgl. BT-Drs. 18/11800, S. 327 ff.; s.a. Isensee (Fn. 1), Rn. 204 ff., 271 ff., zu sogenannten Verfassungserwartungen.

86 Vgl. Isensee (Fn. 1), Rn. 162 ff.

87 S.a. Zacher, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 74, mit anderer Unterscheidung.

88 Treffend zum Unterschied zwischen formaler, die Kompetenz zur Setzung von Rechtsfolgenden beinhaltender, und materieller, der Verwirklichung tatsächlicher Entscheidungsfreiheit dienender, Dimension der Privatautonomie: Canaris, in: FS Leisner, 1999, S. 413 (423 f.); ders., AcP 200 (2000), 273 (277 ff.).

Grund struktureller Unterlegenheit – vom Zivilrichter<sup>89</sup> ist dann gemäß Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG über die Generalklauseln des BGB (§§ 138, 242)<sup>90</sup> ein schonender Ausgleich der kollidierenden, gleichermaßen geschützten Grundrechtspositionen im Sinne praktischer Konkordanz zu verlangen.<sup>91</sup> Der Einzelne kann die Freiheitsbedrohung „nicht allein, sondern nur mit kollektiver Unterstützung halbwegs effektiv abwehren“.<sup>92</sup> Eines solchen Schutzes bedarf es auch in anderen besonderen Abhängigkeitsverhältnissen: etwa vor der Ausnutzung von Arbeitskraft abhängig Beschäftigter zu unzureichenden Bedingungen. Auch lässt sich so – rechtspolitisch – für eine Stärkung des Verbraucherschutzes<sup>93</sup> und des kollektiven Rechtsschutzes plädieren.<sup>94</sup>

Speziell für den Bereich der Geschlechtergleichheit verpflichtet außerdem Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG den Staat dazu, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Das kann etwa Quotenregelungen zur Förderung der in Führungspositionen häufig unterrepräsentierten Frauen rechtfertigen, wenn sie darauf zielen, einen auf Grund des Geschlechts als individueller Ausgangsbedingung und struktureller Diskriminierung als gesellschaftlicher Rahmenbedingung erschwerten Grundrechtsgebrauch der Einzelnen zu ermöglichen.<sup>95</sup>

Dass die Wirkungen des individuellen Freiheitsgebrauchs keineswegs auf die beteiligten Parteien beschränkt bleiben, sondern vielmehr gesellschaftliche und soziale Folgen zeitigen kann – was hier als politische Dimension des individuellen Freiheitsgebrauchs bezeichnet werden soll –, zeigt sich nicht nur an der Gleichberechtigung: Etwa stellt der Arbeitsplatzverlust des Haushaltsvorstandes den gewichtigsten Risikofaktor für die Armutgefährdung von Kindern und Jugendlichen dar<sup>96</sup> – und ist damit wiederum unter dem Gesichtspunkt ungleicher Ausgangsbedingungen relevant. Das Ziel, Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, hat darüber hinaus auf Grund des Sozialstaatsprinzips auch deshalb Verfassungsrang, weil es Arbeitslosen ermöglicht, ihr Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu verwirklichen; mit Blick auf die Aspekte Persönlichkeitsentfaltung, Achtung und Selbstachtung durch Arbeit wird dies zudem von Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG getragen.<sup>97</sup>

An der Versorgung mit bezahlbarem Wohnraum zeigen sich dagegen die Grenzen der Effektivität koordinie-

render Intervention: Nachdem eine reine Mietpreisbremse Wohnungsnot sogar zu verschärfen droht, wenn sie die Attraktivität von Vermietungen senkt, und für Vermieter gleichzeitig weiterhin die Bonität des Mieters wichtigstes Entscheidungskriterium bleibt, sind entsprechende, in die Eigentumsfreiheit der Vermieter eingreifende Gesetzesvorhaben schon mangels Geeignetheit nicht zu rechtfertigen.<sup>98</sup> Als effektive Alternative für eine Entspannung des Wohnungsmarktes kommen vielmehr allein Maßnahmen in Betracht, die auf eine Vergrößerung des Angebots zielen.

## 2. Prävention durch Investition in leistungsstaatliche Institutionen und öffentliche Infrastruktur

Über diese rechtliche Intervention hinaus kommt Institutionen wie etwa dem der Gesundheitsversorgung als überragend wichtigem Gemeinschaftsgut<sup>99</sup> dienenden Gesundheitssystem<sup>100</sup> besondere Bedeutung zu. Gleiches gilt für das auf Herstellung von Chancengleichheit gerichtete und verpflichtete<sup>101</sup> Bildungssystem.

Im Hinblick auf Fragen der räumlichen und sozialen Integration zeigt sich ferner die Relevanz umweltgestaltender Infrastrukturen wie beispielsweise von Verkehrs- und Kommunikationsnetzen: Der Einzelne ist auf die Teilhabe hieran angewiesen, damit die Verwirklichung von Freiheitsrechten – zum Beispiel Meinungsäußerung, Fortbewegung, Versammlung und Beruf – nicht von sozialer Privilegierung abhängig ist;<sup>102</sup> zudem bilden sie die logistische Voraussetzung freier wirtschaftlicher Betätigung und Gütererzeugung; mithin haben sie Bedeutung für den gesamtgesellschaftlichen Wohlstand;<sup>103</sup> schließlich produzieren sie Lebensqualität und befördern soziale Integration<sup>104</sup>.

Diese Interventionsformen verfolgen einen in mehrfacher Hinsicht präventiven Ansatz: Einerseits zielen sie auf Steigerung des Gemeinwohls – und dabei nicht nur des gesellschaftlichen Wohlstands, sondern auch des sozialen Zusammenhalts;<sup>105</sup> andererseits sind sie – was gerade im Bereich der Bildung deutlich wird<sup>106</sup> – auf Aktivierung und individuellen, bereits vor dem (kompensatorische Leistungen erfordernden) Eintritt des Schadensfalles einsetzenden, Schutz gerichtet.

89 BVerfGE 81, 242 (255 f.).

90 Looschelders, Schuldrecht AT, 15. Aufl. 2017, § 3 Rn. 57.

91 BVerfGE 89, 214 (232); 97, 169 (176); 134, 204 (223 f.); 141, 186 (204 f.); 142, 74 (96 f.).

92 Volkmann (Fn. 40), S. 279.

93 Vgl. Looschelders (Fn. 90), Rn. 56.

94 Vgl. den am 31.7.2017 veröffentlichten Diskussionsentwurf des BMJV zur Einführung einer Musterfeststellungsklage; s.a. BT-Drs. 18/1464.

95 Vgl. die Argumentation von Gärditz, die Heimrath, in dieser Ausgabe, S. 35, in ihrem Bericht über die rescriptum-Veranstaltung zur Verfassungsmäßigkeit von Frauenquoten im öffentlichen Dienst vom 23.1.2018 in München darstellt.

96 WZB/IAB (Fn. 14), S. 41 f., 47.

97 BVerfGE 116, 202 (223), m.w.N.

98 Näher: Blankenagel/Schröder/Spoerr, NZM 2015, 1 (16 f.); Schulz, ZRP 2014, 37 (41).

99 St. Rspr. seit BVerfGE 9, 338 (346); 13, 97 (107); 25, 236 (247).

100 Zur Gesundheit als Grundrechtsvoraussetzung und zum Gesundheitssystem als Rahmenbedingung: Dahlhaus/Schmollinger, rescriptum 2016, 103 (103 f.).

101 Badura, in: Maunz/Dürig, GG, 74. EL, 2015, Art. 7, Rn. 2 ff.; Maunz, in: FS Geiger, 1974, S. 545 ff.; s.a. BVerfGE 34, 165 (186 ff.).

102 Dörr (Fn. 35), S. 339.

103 Burgi, AöR Beiheft 2014, 30; angesichts der mit ihrer Realisierung regelmäßig verbundenen Eingriffe in Individualrechte Dritter bedürfen entsprechende Vorhaben der Rechtfertigung durch objektive Erforderlichkeit, vgl. BVerwGE 48, 56 (59 f.), was den Staat zu einer entsprechenden Bedarfsplanung veranlasst; Köck et al., Das Instrument der Bedarfsplanung, 2016, S. 63.

104 Kersten/Neu/Vogel (Fn. 34), S. 9.

105 Kersten, IzR 2008, 1 (3).

106 Allmendinger/Nikolai, Soziale Welt 2010, 105.

### 3. Kompensation durch ökonomische Intervention

Teils bedarf es individuelle Ausgangspositionen kompensierender Leistungen jedoch bereits, um alleine die tatsächliche, allgemeine Erreichbarkeit von Institutionen wie Schule und Studium zu gewährleisten: Beispielsweise ist ein sozialverträgliches Ausbildungsangebot verfassungsrechtlich geboten, das allen entsprechend Qualifizierten unabhängig von den finanziellen Verhältnissen der Eltern den Zugang ermöglicht und dafür entweder grds. für alle finanziell tragbar oder um ein finanzielles Ausbildungsförderungssystem ergänzt ist.<sup>107</sup>

Hinter allen Systemen zur ökonomischen Intervention steht die auch das Sozialleistungssystem leitende Überzeugung, „daß Menschenwürde, Freiheitsrechte und Gleichheitsgrundsatz, die vom Grundgesetz abstrakt gewährleistet sind, für den einzelnen oft nur dann wirksam werden können, wenn durch Sozialleistungen die nötigen Voraussetzungen dafür geschaffen oder erhalten werden“.<sup>108</sup>

Mit einer ähnlichen Begründung hat das Bundesverfassungsgericht dann aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG auch einen verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruch auf Gewährleistung derjenigen Mittel hergeleitet, „die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind“ – also auf ein menschenwürdiges Existenzminimum.<sup>109</sup> Während Art. 1 Abs. 1 GG diesen Anspruch begründet – die Würde kann nur durch materielle Unterstützung geschützt werden –, erteilt das Sozialstaatsgebot dem Gesetzgeber den Auftrag, jedem ein menschenwürdiges Existenzminimum zu sichern.<sup>110</sup> Der verfassungsunmittelbare Leistungsanspruch erstreckt sich auf diejenigen Mittel, „die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind“.<sup>111</sup> Die grundrechtliche Garantie erfasst sowohl die „physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit, als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben“.<sup>112</sup> Entweder sind diese Mittel dem Bürger steuerfrei

zu belassen<sup>113</sup> oder erforderlichenfalls durch Sozialleistungen zu sichern<sup>114</sup>.

## V. Leistungsfähigkeit des Sozialstaates bei der Intervention in soziale Verhältnisse

### 1. Vorbehalt des Möglichen

Die Pflicht des Staates zur Verwirklichung sozialer Grundrechtsvoraussetzungen steht unter dem Vorbehalt des Möglichen: Er bleibt befugt, die begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel auch für andere wichtige Gemeinschaftsbelange einzusetzen.<sup>115</sup> Die entsprechende Beurteilung obliegt vorrangig dem Gesetzgeber, der dabei nach Art. 109 Abs. 2 GG auch den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen hat. Dieses Ziel ist allerdings „seinerseits funktionell bezogen [...] auf die Erhaltung und Mehrung des Wohlstands im materiellen Sinne“<sup>116</sup>: Die Haushalts- und Wirtschaftspolitik ist diesbezüglich am „Erhalt der wirtschaftlichen Voraussetzungen der freiheitlichen und solidarischen Rechtsgemeinschaft“ zu messen, konturiert durch die Normzwecke Freiheit und sozialer Ausgleich, Wohlstand und Stabilität.<sup>117</sup> Die Staatszielbestimmung konkretisiert damit das Sozial- und Rechtsstaatsprinzip als Garantie materieller Gerechtigkeit,<sup>118</sup> sodass an dieser Stelle insbesondere soziale und marktwirtschaftliche Grundrechtsvoraussetzungen konvergieren.

### 2. Sicherung der Leistungsfähigkeit

Die Sicherung der finanziellen Stabilität der Institutionen und Infrastrukturen zur Intervention in soziale Verhältnisse – und damit ihrer Funktions- und Leistungsfähigkeit – hat naturgemäß überragend hohe Bedeutung für das Gemeinwohl;<sup>119</sup> sie sicherzustellen, steht in der Verantwortung des Staates.<sup>120</sup> Dazu zunächst erforderlich sind ein effizienter Umgang mit den dem Leistungsstaat zur Verfügung stehenden, knappen Mitteln<sup>121</sup> sowie die erschöpfende Nutzung vorhandener Kapazitäten.<sup>122</sup> Wenngleich theoretisch evident ist dabei praktisch problematisch, dass

der Gewährleistung der physischen Existenz bestätigt.

107 BVerfGE 134, 1 (14 f.); vgl. § 1 BAföG.

108 BT-Drs. 7/868, S. 22 f.; die Rechte auf Sozialleistungen sind vor allem im SGB zu finden, vgl. Zacher, SDRV 40 (1995), S. 7 (7 ff.); sonstige wichtige Sozialleistungsgesetze sind BKGG, BEEG, MuSchG, WoGG und BAföG.

109 BVerfGE 125, 175 (222 f.).

110 BVerfGE 40, 121 (133); 45, 187 (228); 82, 60 (85); 113, 88 (108 f.); 123, 267 (362 f.); 125, 175 (222); 132, 134 (159); damit handelt es sich bei dem Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum nicht um ein „neues Grundrecht“ (so aber bspw.: Schnath, NZS 2010, 297 [298]), sondern um die Grenze des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums bei der Verwirklichung des sozialen Staatsziels; differenziert: Axer, in: GS Brugger, 2013, S. 335 (340 ff.).

111 BVerfGE 125, 175 (222 f.); 132, 134 (160); s.a. 80, 367 (374); 109, 279 (319); 120, 125 (155 f.); s.a. Axer (Fn. 110), S. 350 ff.

112 BVerfGE 125, 175 (223); für Kinder gehören folgerichtig die zur Erfüllung schulischer Pflichten notwendigen Aufwendungen zum existentiellen Bedarf: BVerfGE 125, 175 (246); Axer (Fn. 110), S. 352 f.; auch das medizinische Existenzminimum ist aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG herzuleiten, was BVerfGE 125, 175 (223), mit dem Hinweis auf Gesundheitsleistungen als Teil

113 BVerfGE 82, 60 (85).

114 BVerfGE 125, 175 (222 f.); 132, 134 (159).

115 BVerfGE 33, 303 (333 f.); 75, 40 (68); 90, 107 (116); 112, 74 (84 f.); Martens (Fn. 62), S. 30 f.; Isensee (Fn. 1), Rn. 174.

116 Burgi, AöR Beiheft 2014, 30 (35 f.).

117 Kube, in: Maunz/Dürig, GG, 62. EL 2011, Art. 109 Rn. 106.

118 Kube (Fn. 117), Rn. 86.

119 BVerfGE 70, 1 (25 f., 30 f.); 77, 84 (107); 82, 209 (230); 103, 293 (307); 116, 202 (223 f.).

120 BVerfGE 70, 1 (25 f., 30 f.); 103, 172 (184 ff.); 114, 196 (248); zur Finanzierbarkeit des Sozialstaats: Papier, in: Magiera/Sommermann (Hrsg.), Freiheit, Rechtsstaat und Sozialstaat in Europa, 2007, S. 93 ff.; zur Ausgestaltung: BVerfGE 102, 68 (89 ff.); 103, 172 (185 ff.); 115, 25 (43 f.).

121 Vgl. etwa Münkler, Kosten-Nutzen-Bewertungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2015, S. 139.

122 Dahlhaus/Schmollinger, rescriptum 2016, 103 (104, 108); Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit rechtfertigen einen für Gemeinden nachteiligen Aufgabenzug jedoch nur im Ausnahmefall des ansonsten unverhältnismäßigen Kostenanstiegs, BVerfGE 79, 127 (153, 158).

Rahmenbedingungen, die Eigengesetzlichkeiten – etwa marktwirtschaftliche Prinzipien – nicht in ausreichendem Maße berücksichtigen, die Verwirklichung ihrer Ziele untermenieren.<sup>123</sup>

Wenn eine Mittelserhöhung nach Ausschöpfung aller Rationalisierungspotentiale nicht in Betracht kommt – das Interesse der Steuer- und Beitragszahler an niedriger finanzieller Belastung ist verfassungsrechtlich geschützt<sup>124</sup> –, bedarf es einer sachgerechten und individuell zumutbaren systematischen Priorisierung zur Allokation knapper Ressourcen auf konkurrierende Belange.<sup>125</sup> Zu berücksichtigen ist dabei, dass gerade Menschen mit niedrigem sozioökonomischen Status über geringere Möglichkeiten verfügen, Leistungseinschränkungen zu kompensieren.<sup>126</sup>

Was in der Gesundheitsversorgung besonders augenfällig ist, gilt beispielsweise auch für das Hochschulsystem: Auch wenn bei der Vergabe knapper, unteilbarer Güter, wie derjenigen von Studienplätzen, eine Zulassungsgarantie ausscheidet, bedarf es eines durch objektiv sachgerechte und individuell zumutbare Kriterien bestimmten Auswahlsystems. Führen allerdings steigende Bewerberzahlen zu unzumutbaren Wartezeiten, deren Dauer der individuelle Bewerber nicht beeinflussen kann und die von Bewerbern aus sozial schwächeren Kreisen nicht durchgehalten werden können, entfällt ihre chancenausgleichende Funktion.<sup>127</sup>

Dem Gesetzgeber kommt zur Sicherung der finanziellen Stabilität dieser Institutionen in Anbetracht der parlamentarischen Budgethoheit ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zu: Mit Leistungsansprüchen sind zum Teil erhebliche Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte verbunden, bei der Bestimmung ihrer Höhe Wertungen unvermeidbar.<sup>128</sup> Das gilt selbst bei verfassungsunmittelbaren Leistungsansprüchen, wie dem auf ein menschenwürdiges Existenzminimum – wobei der Spielraum enger ist, wenn es um die Konkretisierung des zur Sicherung der physischen Existenz Notwendigen geht, und weiter, soweit es um Art und Umfang der Teilhabemöglichkeiten am gesellschaftlichen Leben geht.<sup>129</sup>

123 Dahlhaus/Schmollinger, rescriptum 2016, 103 (104 ff.).

124 Bspw. Münkler (Fn. 121), S. 182: „Der durch [...] Beitragserhebung erfolgende Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG der gesetzlich Krankenversicherten bedarf der Rechtfertigung durch das [...] angestrebte Ziel – die Gesundheitsversorgung“; das Effizienzgebot erscheint so als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips (S. 181 ff.).

125 Dahlhaus/Schmollinger, rescriptum 2016, 103 (104).

126 Huster, MedR 2012, 565 (566 ff.).

127 BVerfGE 43, 291 (316 ff.); zugleich verwandelt sich „die zunächst nur chancenerhöhend gedachte Auswahl nach Durchschnittsnoten aus einer bloßen sofortigen Zulassung zu einer endgültigen chancenausschließenden Selektionsentscheidung“ (320); aktuell: BVerfG, NJW 2018, 361.

128 BVerfGE 125, 175 (222 ff.), m.w.N.; 137, 34; s.a. Brunner, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971, S. 18; zur entsprechend reduzierten verfassungsgerichtlichen Kontrolle: BVerfGE 125, 175 (225 f.).

129 BVerfGE 125, 175 (224 f.); die hier ansetzenden, in § 1a AsylbLG normierten Einschränkungen des Leistungsumfangs nach § 3 AsylbLG ablehnend: Wu, in dieser Ausgabe, S. 7 ff.

Sogar die im Hinblick auf das Existenzminimum zu erbringenden Leistungen sind an den, nach dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen, existenznotwendigen Aufwendungen – also dem tatsächlichen Bedarf – sowie nach der Leistungsfähigkeit des Sozialstaats zu bemessen; das Sozialstaatsgebot verpflichtet den Gesetzgeber diesbezüglich dazu, die soziale Wirklichkeit einer sozial und ökonomisch dynamischen Gesellschaft zeit- und realitätsgerecht zu erfassen sowie fortwährend zu überprüfen.<sup>130</sup> Insbesondere lässt sich dem Sozialstaatsprinzip damit kein soziales Rückschrittsverbot entnehmen.<sup>131</sup>

### 3. Herausforderung Zukunftsvorsorge

#### a) Demographischer Wandel, technischer Fortschritt und Globalisierung

Die Rahmenbedingungen, unter denen die Grundrechtsvoraussetzungen schützenden leistungsstaatlichen Institutionen und öffentlichen Infrastrukturen agieren, sind selbst sich fortwährend verändernden Bedingungen unterworfen: Während beispielsweise der demographische Wandel die Finanzierungs- und Kostenstrukturen des Bildungs- und Gesundheitssystems sowie der Sozialsysteme grundlegend verändert, trägt eine dispartate räumliche Entwicklung zu unter den Gesichtspunkt gleichwertiger Lebensverhältnisse und des sozialen Zusammenhalts problematischen Unterschieden in der Gewährleistung der tatsächlichen Erreichbarkeit existentieller Güter bei.<sup>132</sup>

Auch der technische Fortschritt verändert die Rahmenbedingungen des Grundrechtsgebrauchs und stellt staatliche Infrastrukturen vor neue Herausforderungen: Mit der Digitalisierung geht etwa eine Gefahr der Entsicherung und Prekarisierung einher;<sup>133</sup> die damit verbundene räumliche, zeitliche und organisatorische Disponibilität der Arbeit lässt – Stichwort: Globalisierung – vor allem geographische Entfernung als „natürliche Konkurrenzgrenze“ an Bedeutung verlieren;<sup>134</sup> organisatorische Flexibilität erhöht den Anreiz, gesicherte und dauerhafte Normalarbeitsverhältnisse durch den bedarfsweisen Einkauf von Arbeitsleistung zu ersetzen – mit der Folge aktueller Entsicherung und des Risikos der Altersarmut. Durch die mit fortschreitender Automatisierung einhergehende Freisetzung zusätzlicher Produktivität wird menschliche Arbeitskraft teils in Gänze überflüssig;<sup>135</sup>

130 BVerfGE 125, 175 (222, 224 f.); 132, 134 (160 ff.); 137, 34 (72 ff.).

131 Nur vermeintlich stellt sich damit die Frage der Vereinbarkeit mit dem sogenannten „Nikolaus“-Beschluss (BVerfGE 115, 25): Dieser konkretisiert jedoch die medizinischen Leistungen notwendigerweise nur „vor dem Hintergrund des heutigen Beitragsniveaus, der Zahl der heute GKV-Versicherten und der Menge und Qualität der heute verfügbaren Therapien“; Dannecker/Streng, in: Schmitz-Luhn/Bohmeier (Hrsg.), Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 135 (141); s.a. Dahlhaus/Schmollinger, rescriptum 2016, 103 (108).

132 Vgl. Kersten, IzR 2008, 1; ders./Neu/Vogel (Fn. 34).

133 Hierzu und zum Folgenden: BT-Drs. 17/12505, S. 44 ff., 73 ff.; Dahlhaus, rescriptum 2017, 47 (51), jew. m.w.N.

134 Beck, in: ders. (Hrsg.), Politik der Globalisierung, 1998, S. 7 (21).

135 Vgl. Bonin/Gregory/Zierahn, Übertragung der Studie von Frey/Osborne (2013) auf Deutschland, 2015.

umgekehrt erhöht sich durch größere Konkurrenz auf dem Arbeitsmarkt der Lohndruck auf die Beschäftigten, bei steigenden Anforderungen an die individuelle Qualifikation.

#### b) Wohlstandsvorsorge und Investitionsorientierung

Schon unter diesem Eindruck mag die Bedeutung, die wirtschaftlicher Prosperität<sup>136</sup> und niedriger Arbeitslosigkeit<sup>137</sup> für die Erfüllung gesellschafts- und sozialpolitischer Ziele zugemessen wird, nicht verwundern: Einerseits bilden Wohlstand und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit die materielle Basis für die Finanzierung der dem Sozialstaat und den Sozialversicherungsträgern obliegenden Aufgaben;<sup>138</sup> andererseits sind die Bürger selbst „in dem Maße, in dem sie über Wohlstand verfügen, nicht oder weniger auf die Wohlfahrt angewiesen“.<sup>139</sup>

Dabei zeigt sich die besondere Relevanz gerade zukunfts-wirksamer, institutionen- und infrastrukturbezogener<sup>140</sup> Ausgaben, wobei nicht alleine die anfängliche Investition, sondern auch und insb. die Erhaltung durch Unterhaltung zu berücksichtigen sind: im obigen Beispiel etwa in den Bereichen Bildungswesen und Kommunikationsnetze, um sich aus Globalisierung und Digitalisierung ergebende Chancen zu verwirklichen sowie vor aus ihnen resultierenden Bedrohungen sozialer Grundrechtsvoraussetzungen und gesellschaftlicher Stabilität zu schützen. Nicht von ungefähr wird auf die im Entstehen begriffene Spaltung zwischen Globalisierungsgewinnern und -verlierern sowie auf den Umstand hingewiesen, dass sich gerade „Letztere [...] mit ausländer- und einwandererfeindlichen Forderungen [...] gegen die kulturelle Dimension der Globalisierung wenden.“<sup>141</sup>

Gleichwohl haben langfristig und zukunfts-wirksam orientierte Staatsausgaben einen schweren Stand: Einerseits sind sie nun einmal langfristig orientiert und damit aktuell politisch weniger attraktiv; andererseits sind sie im Hinblick auf Konsolidierungsbemühungen flexibler und Kürzungen schon damit haushaltspolitisch verführerisch.

Was investiven Ausgaben an Attraktivität fehlt, haben konsumptive oft zu viel: Gerade weil staatliche Leistungen mangels Eingriffscharakters nicht ihrerseits an Freiheitsrechten zu messen sind, verschiebt sich der Freiheitsbegriff wählerwirksam hin zur „Freiheit als Teilhabe“<sup>142</sup>. Gefährlich ist dann ein „[faktisch-politisch irreversibler] Umschlag zum totalen Wohlfahrtsstaat, der den status negativus dort

verdrängt, wo das prekäre Verhältnis von Freiheit und Gleichheit zur Verabsolutierung letzterer pervertiert und der Bürger die Sicherheit der Freiheit vorzieht“<sup>143</sup>: Die Präferenz für die Freiheit erscheint als quasi fundamentale soziokulturelle Grundrechtsvoraussetzung. Hier zeigt sich das in der Idee des freiheitsdienenden Sozialstaats bereits angelegte Problem des Freiheitsschutzes vor dem Wohlfahrtsstaat, dem insb. durch Grundrechtsschutz vor finanziellen Belastungen zu begegnen ist.<sup>144</sup> Zudem ist zu befürchten, dass der kostenintensive und Anreize zur individuellen Anstrengung unterminierende Wohlfahrtsstaat jegliche Ansätze zur Sicherung der Leistungsfähigkeit des Sozialstaates konterkarieren würde.

#### 4. Schlussfolgerungen

Einerseits zeigt sich verfassungspolitischer Handlungsbedarf: Der unter dem Gesichtspunkt der intergenerationalen Gerechtigkeit grds. sinnvollen „Schuldenbremse“, Art. 109 Abs. 3 GG, fehlt eine der Regelung des Art. 115 Abs. 2 GG a.F. ähnliche, jedoch noch deutlicher auf Zukunftswirksamkeit gerichtete, Investitionsorientierung. Ergänzend ließe sich (haushalts-)politische Verantwortung mit der Einführung eines erst jüngst wieder diskutierten<sup>145</sup> Staatsziels „Nachhaltigkeit“ sowie einer Gemeinschaftsaufgabe der regionalen Daseinsvorsorge<sup>146</sup> absichern.

Andererseits darf neben allen wichtigen Bemühungen um die Sicherung der Leistungsfähigkeit unter den Bedingungen des Mangels der komplementäre Ansatz nicht in Vergessenheit geraten: So ist die Staatszielbestimmung „Wohlstandsvorsorge“ als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips (wieder) in den Blick zu nehmen.<sup>147</sup> Sie stellt nicht nur eine besonders effektive Form der Intervention in soziale Verhältnisse dar, sondern streitet ebenfalls für eine verstärkte Orientierung an Investitionen in Infrastrukturen und Institutionen.

#### VI. Fazit

Das verfassungstheoretische Konzept der sozialen Grundrechtsvoraussetzungen fordert den Abgleich des Verfassungsversprechens mit der Verfassungswirklichkeit und den sozialen Verhältnissen, in denen das Verfassungsleben stattfindet, mithin: Kontextualisierung. Als Reflexionsrahmen und Beurteilungsmaßstab ermöglicht es, abstrakte und graduell konkreter werdende Bedrohungen des Freiheitsgebrauchs zu erkennen. Der Maßstab des Beitrags zur tatsächlichen Wahrnehmbarkeit garantierter Freiheitsrechte erweist sich dabei als geeignet, effektive von ineffektiven und den Freiheitsgebrauch anregende von passivierenden Formen der Intervention in soziale Verhältnisse zu unterscheiden.

136 Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 4. Aufl. 2011, S. 1 f.

137 BVerfGE 116, 202 (223), m.w.N.; s.o., IV.1.

138 Burgi, AöR Beiheft 2014, 30 (32, 38); Papier (Fn. 120); zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit als Beitrag zur finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung: BVerfGE 77, 84 (107); 103, 293 (306 f.); 116, 202 (223 f.).

139 Burgi, AöR Beiheft 2014, 30 (38); dieser Aspekt kann und sollte im Rahmen der planerischen Abwägung bei Infrastrukturvorhaben vorhabenunterstützend wirken (44 f.).

140 Vgl. Lenk et al., Zukunftswirksame Ausgaben der öffentlichen Hand, 2016.

141 Della Porta, in: Geiselberger (Hrsg.), Die große Regression, 2017, S. 57 (58, 68 ff.), m.w.N.

142 Vgl. Kersten, Der Staat 2005, 543 (553), zur Daseinsvorsorge bei Forsthoff.

143 Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 43 (102).

144 Zum sozialstaatlichen Leistungs- als finanzstaatliches Belastungsmaximum: Heinig (Fn. 43), S. 555 ff.; s.o., bei Fn. 124; zum Minimum s.o., II.1.

145 BT, Ausschussdr. 18(23)80-1-A u. 18(23)80-2-A.

146 Vgl. Kersten/Neu/Vogel (Fn. 34), S. 22 ff.

147 Burgi, AöR Beiheft 2014, 30 (40); s.a. Badura (Fn. 136), S. 116; Papier, in: FS BSG, 2004, S. 23 (27).

Das Konzept erlaubt und verpflichtet dabei dazu, die – bei einem sich zu Recht primär auf die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte und die individuelle Freiheitsentfaltung fokussierenden liberalen Grundrechtsverständnis teils (zu) wenig berücksichtigten – Aspekte der kollektiven Freiheitsentfaltung sowie der gesellschaftlichen, rechtlichen, infrastrukturellen und institutionellen Rahmenbedingungen des Freiheitsgebrauchs in den Blick zu nehmen. Unvermeidlich werden diese dann ihrerseits nach ihrem Beitrag zur Verwirklichung von Grundrechtsvoraussetzungen beurteilt, werden Reformbedarf und Verbesserungspotentiale deutlich. Dabei zeigt sich die Bedeutung des Staatsziels der Wohlstandsvorsorge als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips und die Relevanz zukunftswirksamer und nachhaltiger Investitionen in Infrastruktur und Humankapital, um Freiheitsvoraussetzungen auch unter dem Eindruck von demographischem Wandel, Digitalisierung und Globalisierung zu schützen.