

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 80

Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht

**Eine Studie über das Regulativ des
Verhältnisses von Staat und Gesellschaft**

Von

Josef Isensee

**Zweite Auflage
mit Nachtrag:**

**Die Zeitperspektive 2001
Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen**



Duncker & Humblot · Berlin

JOSEF ISENSEE

Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht

Zweite Auflage

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 80

Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht

Eine Studie über das Regulativ des
Verhältnisses von Staat und Gesellschaft

Von

Josef Isensee

Zweite Auflage
mit Nachtrag:

Die Zeitperspektive 2001
Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Isensee, Josef:

Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht : eine Studie über das Regulativ
des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft / Josef Isensee. –2. Aufl. /
mit Nachtrag: Die Zeitperspektive 2001. Subsidiarität – das Prinzip und
seine Prämissen. – Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 80)

ISBN 3-428-10632-6

1. Auflage 1968

2. Auflage 2001

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-10632-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Vorwort zur Neuauflage

I.

Das Subsidiaritätsprinzip erfährt ein Auf und Ab der literarischen Konjunktur. Als die vorliegende Studie erstmals erschien, im Jahre 1968, herrschte ein Hoch in der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Thema. Ihm wandten sich die Staatsphilosophie, die Verfassungsdogmatik und die Nationalökonomie zu, nicht zuletzt die katholische Soziallehre. In der Epoche des Aufbaus der Bundesrepublik Deutschland bildete es ein Paradigma, um das Gemeinwesen auf dem Grund der Freiheit zu errichten und die alte Frage nach Aufgaben und Grenzen des Staates in Auseinandersetzung mit den rechts- und linkstotalitären Strebungen der Zeit neu zu beantworten. Im Diskurs über das Subsidiaritätsprinzip begegneten sich liberale und konservative Überlieferungen, naturrechtliche und positivrechtliche Anschauungen. Das Prinzip verband zwei bundesrepublikanische Ordnungskonzepte: die soziale Marktwirtschaft und den sozialen Rechtsstaat. Die Interpretation des Grundgesetzes fand einen Leitgedanken, der in Grundrechten und Kompetenznormen, in rechtsstaatlichen und föderativen Verfassungsbestimmungen analog zur Geltung kam.

Die Lehre, daß das Subsidiaritätsprinzip ungeschriebener Bestandteil des Grundgesetzes sei, weckte Widerspruch. Doch es war nicht die (ohne hin nicht zu überschätzende) Kraft juristischer Argumente, die dem Subsidiaritätsprinzip seit Ende der Siebzigerjahre die Faszination raubte, sondern der Zeitgeist. Die Staatsrechtslehre verlor ihr Interesse an fundamentalen Themen. Je mehr sich das Grundgesetz normativ etablierte, erging sich die Lehre im Verfassungsgerichtspositivismus. Auf dem Felde der Wirtschafts- und Sozialpolitik erlahmten die neoliberalen Impulse, indes der Interventions- und Wohlfahrtsstaat unaufhaltsam expandierte. Die Entwicklung des Bundesstaates folgte nicht dem Leitbild der Subsidiarität, sondern dem des kooperativen Föderalismus, der die Eigenverantwortung der Länder dem sanften Würgegriff des finanz- und regelungsstärkeren Kooperationspartners auslieferte. Die Kulturrevolution schließlich kündigte den antitotalitären Konsens der frühen Bundesrepublik auf, verwarf den verfassungsstaatlichen Ausgleich von Freiheit und Ordnung zugunsten anarchischer oder marxistischer Ideale und proklamierte die Emanzipation als *progressus in infinitum*. So steht das Jahr 1968 auch als

Symbol für den Paradigmenwechsel, mit dem das Thema der Subsidiarität für zwei Jahrzehnte nahezu von der Bildfläche verschwand.

Aber nicht zur Gänze und nicht endgültig. Die Aufmerksamkeit am liberalen Verteilungsprinzip erwachte wieder, als die öffentliche Hand in ihrer Finanznot Leistungen kürzen, Einrichtungen privatisieren und ihr Aufgabenfeld gegenüber den gesellschaftlichen Potenzen neu bestimmen mußte. Kräftiger noch wirkte ein europapolitischer Impuls. Zu Beginn der Neunzigerjahre besannen sich die deutschen Länder, auf der Suche nach einer rechtlichen Schutzvorkehrung, um ihre Existenz und ihren Wirkungskreis im Sog der europäischen Integration zu behaupten und die immer weiter und tiefer ausgreifende Macht der supranationalen Einrichtungen rechtlich beherrschbar zu machen, auf das Subsidiaritätsprinzip. Ihr Drängen zeitigte Wirkung. Das Prinzip fand Eingang in das Maastrichter Vertragswerk und wurde rechtlich sanktioniert als Regulativ der Kompetenzausübung. In seiner europarechtlichen Gestalt strahlte es zurück auf das deutsche Verfassungsrecht. Das Grundgesetz erkennt es in seiner neuen Struktursicherungsklausel ausdrücklich an als eine der Vorgaben für die nationale Integrationspolitik, die nach deutschen Verfassungsmustern erfolgen soll. Zu dem Bild, welches das Grundgesetz von sich selbst zeichnet, gehört der Grundsatz der Subsidiarität.

Heute, da die Schrift über das Subsidiaritätsprinzip in zweiter Auflage herauskommt, steht das Thema erneut auf der Tagesordnung der Jurisprudenz. Die alten Fragen nach Inhalt und Sinn, Geltungsweise und Judiziabilität erheben sich wieder, nunmehr freilich nicht nur im Kontext des nationalen, sondern auch des supranationalen Rechts. Bekannte Kontroversen über Aussagefähigkeit, Anwendbarkeit, Direktivkraft flammen wieder auf. Doch die Bedingungen, unter denen die Kontroversen auszutragen sind, haben sich verändert, seit das Subsidiaritätsprinzip Rückhalt im geschriebenen Recht gefunden hat. Jetzt streiten das Wort der europäischen Verträge und das Wort des Grundgesetzes für die Wirksamkeit des Prinzips. Die Argumentationslast, die zuvor bei dem lag, der sich auf eine ungeschriebene Norm berief, hat sich verschoben. Sie liegt jetzt beim Skeptiker.

II.

Die Schrift von 1968, die hier in zweiter Auflage vorgelegt wird, ist unverändert. Eine inhaltliche Überarbeitung verbietet sich von selbst. Die Entwicklung von 33 Jahren – Dauer einer ganzen Generation – läßt sich nicht nachtragen und nicht in das vorhandene Werk einbauen, ohne es zu denaturieren. Die Monographie ist ein geistiges Individuum, geprägt durch die Zeit ihrer Konzeption. Sie bekennt sich ehrlich zu ihrem Alter und verschmäht, sich über aufgesetzte Aktualität auf jung zu schminken.

An sich hätte es den Autor gereizt, den Text vor seiner erneuten Veröffentlichung gründlich durchzusehen, Verbesserungen im Detail vorzunehmen, sachliche wie sprachliche Unstimmigkeiten rückgängig zu machen. Doch er folgt dem Rat des Verlegers, nichts zu retuschieren und den Text zu belassen, wie er ist. Wenn er ihn in seiner authentischen Form wieder aus der Hand gibt, bekennt er sich sogar zu den Druckfehlern und verbirgt nichts von seiner 68er-Vergangenheit.

III.

„Ach, und in demselben Flusse/ schwimmst du nicht zum zweitenmal“, so der Gedanke Heraklits, wie er anklingt in Goethes Gedicht „Dauer im Wechsel“. Nicht nur der Fluß wandelt sich, auch der Schwimmer. Heute würde der Verfasser die Sache anders anfassen als in seinen Anfängen. Mit gemischten Empfindungen blickt er nach so langer Zeit zurück auf seine Dissertation. Sie ist ihm fremd geworden, und doch erkennt er sich in ihr wieder. Die Zahl der Jahre ist größer als der Grad der inneren Entfernung. Der Autor hat seine verfassungstheoretischen Ausgangspositionen nicht preisgegeben, sondern fortentwickelt; das gilt insbesondere für die Neubestimmung des Theorems von Staat und Gesellschaft aus den Grundrechten. Der dogmatische Kompaß, den sich der vormalige Doktorand erwarb, leistet ihm noch immer brauchbare Dienste.

Nun bin ich doch ein zweites Mal in den Fluß gestiegen, der nicht mehr derselbe ist, mit einer Untersuchung des Subsidiaritätsprinzips aus gegenwärtiger Sicht. Diese wird als Nachtrag angefügt, so daß die eine Sache aus zweierlei Zeitperspektiven betrachtet werden kann. Die thematischen und die inhaltlichen Akzente haben sich verschoben. Der Leser mag beurteilen, wieviel Dauer und wieviel Wechsel dabei walten.

IV.

Den Anstoß dazu, mich erneut mit dem Subsidiaritätsprinzip zu befassen, gab die Einladung der Johannes-Althusius-Gesellschaft zu einem Internationalen und Interdisziplinären Symposium, das vom 1. bis 4. November 2000 in Emden stattfand über Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft. Mein Vortrag auf dem Symposium bildet den Nukleus der Abhandlung, die in den vorliegenden Band aufgenommen ist. Dem Initiator, Herrn Kollegen Dieter Wyduckel, Dresden, danke ich für die Anregung und die Erlaubnis zum gesonderten Abdruck.

Die Einladung, meine Dissertation in zweiter Auflage zu publizieren, erging vom Verleger des Hauses Duncker & Humblot, Herrn Professor Dr. h. c. Norbert Simon. Dafür möchte ich ihm danken, wie ich ihm überhaupt für eine vielfach bewährte gute Zusammenarbeit Dank schulde.

Bonn, im Mai 2001

Josef Isensee

Vorwort zur ersten Auflage

Das Subsidiaritätsprinzip gehört zu den — im doppelten Sinne des Wortes — frag-würdigsten Gegenständen der heutigen Staatsrechtslehre. Umstritten sind seine sachliche Aussage, sein ideologischer Hintergrund und seine rechtliche Geltung. Das Wagnis, ein solch „heiβes Eisen“ zu berühren, wird um der Frage willen unternommen, ob dem Prinzip im Verhältnis von Staat und Gesellschaft verfassungsrechtliche Bedeutung zukomme. Damit richtete sich die Frage auf einen wesentlichen Aspekt des Sozialverfassungsrechts, dessen überkommene Ordnungsgedanken im demokratischen und sozialen Rechtsstaat von heute neu überdacht werden müssen; das gilt nicht zuletzt auch vom traditionsgeprägten Begriffspaar „Staat und Gesellschaft“.

Für eine grundsätzliche, von Einzelfällen abstrahierende theoretische Untersuchung des Problemkreises ist der Weg geebnet, seit das Bundesverfassungsgericht mit dem Rechtsstreit um das Bundessozialhilfe- und Jugendwohlfahrtsgesetz den praktischen Anlaß, an dem sich die rechtlichen und politischen Kontroversen entzündeten, wenn nicht geklärt, so doch entschieden hat (E 22, 180).

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Walter Leisner, danke ich für ein ungewöhnliches Maß an tatkräftiger Förderung und für seinen überlegenen Rat. Mein Dank gilt auch Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann für die ehrenvolle Aufnahme der Arbeit in die „Schriften zum Öffentlichen Recht“. Die Stiftung Volkswagenwerk hat dankenswerterweise einen Zuschuß zu den Druckkosten geleistet.

Erlangen, im März 1968

Josef Isensee

Inhaltsübersicht

Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht (1968)	9
Einleitung: Das Problem	9
Erster Teil: Das Wesen des Subsidiaritätsprinzips	14
Zweiter Teil: Geltung des Subsidiaritätsprinzips als Verfassungssatz?	106
Schluß	318
Allgemeine Bibliographie	319
Nachtrag: Die Zeitperspektive 2001	
Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen (2001)	333
Sachregister	382

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Das Problem	9
Erster Teil (§§ 1/21)	
Das Wesen des Subsidiaritätsprinzips	14
<i>Erster Abschnitt (§ 1): Die Wesensbestimmung — Problematik und Lösungsweg</i>	14
<i>Zweiter Abschnitt (§§ 2/6): Die Entfaltung des Subsidiaritätsprinzips in der katholischen Soziallehre</i>	18
I. Die Proklamation des Subsidiaritätsprinzips in der Enzyklika „Quadragesimo anno“ (§ 2)	18
II. Der philosophische Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips — die neuscholastische Naturrechtslehre (§ 3)	21
III. Der Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips — abstraktes Sozialmodell oder konkrete Gesellschaftsverfassung (§ 4)	23
IV. Die Aussage des Subsidiaritätsprinzips (§ 5)	28
V. Die naturrechtliche Begründung des Subsidiaritätsprinzips und seine Zuordnung zum bonum commune (§ 6)	30
Schrifttum	33
<i>Dritter Abschnitt (§§ 7, 8): Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips in der deutschen Tradition der organisch-föderalistischen Gesellschaftslehre</i> ...	35
I. Die Akzentuierung des Subsidiaritätsprinzips im Föderalismus (§ 7) ..	35
II. Aspekte des Subsidiaritätsprinzips in föderalistischen Lehren (§ 8) ...	37
<i>Vierter Abschnitt (§§ 9/13): Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips in der liberalistischen Staatstheorie</i>	44
I. Die Akzentuierung des Subsidiaritätsprinzips im liberalen Staatsverständnis (§ 9)	44
II. Idealtypen liberaler Staatsvorstellungen und das Subsidiaritätsprinzip (§§ 10/13)	48
1. Das frühliberale Modell des reinen „Rechtbewahrstaates“ (§§ 10, 11)	48
a) Idealistische Staatsphilosophie — Kant, Humboldt (§ 10)	48
b) Pragmatische Staatslehren des Laissez-faire-Liberalismus — Jordan, Eötvös (§ 11)	55

2. Der virtuell allzuständige Staat (§§ 12, 13)	58
a) Die Synthese des Rechts- und des „Polizei“-Staates in der Lehre Robert v. Mohls (§ 12)	58
b) Die Staatszwecklehre Georg Jellineks (§ 13)	67
<i>Fünfter Abschnitt</i> (§ 14): Folgerungen für die verfassungsrechtliche Untersuchung: Wesensmäßige Eignung des Subsidiaritätsprinzips zu einer Rezeption in das positive Verfassungsrecht oder apriorisches Scheitern eines solchen Versuches?	71
<i>Exkurs</i> (§ 15): § 67 DGO — Prototyp einer gesetzlichen Aktualisierung des Subsidiaritätsprinzips?	74
<i>Sechster Abschnitt</i> (§§ 16/21): Begriffliche Abgrenzungen und Vorklärungen	85
I. Rechtstechnische „Subsidiaritäts“-Regelungen (Regeln der Gesetzeskonkurrenz) (§ 16)	86
II. Rechtsethische Prinzipien und rechtsorganisatorische Institutionen des deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrechts (§§ 17/21)	88
1. Übermaßverbot (Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit) (§ 17)	88
2. Horizontale Gewaltenteilung (§ 18)	92
3. Vertikale Gewaltenteilung (§ 19)	95
4. Dezentralisation (§ 20)	99
5. Selbstverwaltung (§ 21)	101
Zweiter Teil (§§ 22/66)	
Geltung des Subsidiaritätsprinzips als Verfassungssatz?	106
<i>Erster Abschnitt</i> (§ 22): Methodologische Vorbemerkung	106
<i>Zweiter Abschnitt</i> (§§ 23/31): Der geschichtliche Horizont	108
I. Das Vorfeld des Bonner Grundgesetzes (§§ 23/30)	108
1. Metajuristische Faktoren der Rezeption des Subsidiaritätsprinzips — Bedeutung für die juristische Fragestellung (§ 23)	108
2. Soziologische Momente (§§ 24/26)	111
a) Der Staatsaufbau von unten nach oben — Restauration des Föderalismus (§ 24)	111
b) Die Macht der Verbände (§ 25)	113
c) Die Metamorphose zum Wohlfahrtsstaat — Daseinsvorsorge als soziologisches Datum jeder rechtlichen Sozialordnung (§ 26) ...	116
3. Ideologische Momente (§§ 27/30)	124
a) Die Renaissance des Naturrechts (§ 27)	124
b) Die Erneuerung der föderalistischen Idee (§§ 28, 29)	130
aa) Gesellschaftsorganischer Föderalismus — Tradition und Spekulation (§ 28)	130

bb) Föderalismus als vertikale Gewaltenteilung (§ 29)	135
c) Der wirtschaftspolitische Neoliberalismus (§ 30)	137
II. Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes und das Subsidiaritätsprinzip (§ 31)	143
<i>Dritter Abschnitt (§§ 32/66): Die rechtsdogmatische Untersuchung</i>	149
I. Staat und Gesellschaft als Ordnungseinheiten des Grundgesetzes (§§ 32/34)	149
1. Der Dualismus von Staat und Gesellschaft (§§ 32, 33)	149
a) Die Existenzfrage (§ 32)	149
b) Der Unterscheidungsmaßstab (§ 33)	154
2. Die Kompetenzordnung von Staat und Gesellschaft — der (mögliche) gegenständliche Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips (§ 34)	158
II. Die normativen Gegenlösungen zum Subsidiaritätsprinzip (§§ 35/47) 178	
1. Die Nichtregulierbarkeit des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft (§§ 35, 36)	180
a) Souveränität (§ 35)	180
b) Weltanschauliche Neutralität (Nicht-Identifikation) (§ 36)	183
2. Der Vorrang des Staates (§§ 37/41)	187
a) Souveränität (§ 37)	188
b) Allzuständigkeit (§ 38)	189
c) Integrationsaufgabe (§ 39)	190
d) Sozialstaatlichkeit (§ 40)	191
e) Einzelne Vorrangbestimmungen des Verfassungstextes (§ 41)...	198
3. Der Gleichrang des Staates (§§ 42/46)	204
a) Die Privatautonomie des Fiskus (§ 42)	204
b) Grundrechtsträgerschaft auf der Aktivseite (§ 43)	210
c) Grundrechtsungebundenheit auf der Passivseite (§ 44)	212
d) Die Freiheit vom Vorbehalt des Gesetzes (§ 45)	215
e) „Partnerschaft“ des Staates — sozial-föderale Kooperation (§ 46) 216	
4. Zwischenergebnis — Folgerungen (§ 47)	218
III. Rechtfertigung der staatlichen Subsidiarität (§§ 48/59)	220
1. Globale Positivierung des Naturrechts? (§ 48)	220
2. Analogieschluß aus staatsorganisatorischen Subsidiaritätsbestimmungen (§§ 49/52)	223
a) Die Einzelregelungen (§§ 49/51)	224
aa) Der Bundesstaat (§ 49)	224
bb) Die mittelbare Staatsverwaltung (§§ 50/51)	240
a) Die kommunale Selbstverwaltung (§ 50)	240
β) Die mittelbare Staatsverwaltung im allgemeinen (§ 51) 252	
b) Die Tragfähigkeit zur Analogie vom Innen- auf das Außenverhältnis der Staatlichkeit (§ 52)	253

3. Analogieschluß aus innergesellschaftlichen Nachrangregelungen (§ 53)	259
4. Ableitung aus Regelungen des Außenverhältnisses von Staat und Gesellschaft (§§ 54/59)	264
a) Demokratie (§ 54)	264
b) Sozialstaat (§ 55)	268
c) Rechtsstaat (§ 56)	270
d) Grundrechte (§§ 57/59)	281
aa) Grundrechte und objektiver Bereichsschutz (§ 57)	282
bb) Grundrechte und Konkurrenzschutz gegen die öffentliche Hand (§ 58)	286
cc) Bedeutung des Prinzips für die Auslegung der Grundrechte — Einzelprobleme: Vereinsfreiheit, weltanschauliche Neutralität (§ 59)	289
IV. Der sachliche Geltungsumfang des Grundsatzes — Antinomien zum Subsidiaritätsprinzip (§§ 60/62)	295
1. Virtuelle Omnipotenz — Spontaneität und Elastizität des Staatshandelns (§ 60)	295
2. Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung (§ 61)	299
3. Effizienz des Staatshandelns (§ 62)	311
V. Die normative Natur des verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (§§ 63/66)	313
1. Lex oder ratio legis (§ 63)	313
2. Judiziabilität (§ 64)	315
3. Rechtsreflex oder subjektives Recht? (§ 65)	315
4. Verfassungsgesetzliche Abänderbarkeit oder absolute Bestandsgarantie (§ 66)	316
Schluß	318
Allgemeine Bibliographie	319
Sachregister	333

Nachtrag: Die Zeitperspektive 2001

Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen

Inhaltsverzeichnis

I. Die vielen Bedeutungen und der authentische Text	333
II. Nur Klugheitsregel oder auch ethisches Prinzip?	337
III. Grund der Subsidiarität	340
1. Rechtfertigung des Staates aus seinem Zweck	340
2. Aristotelischer Universalismus	341
3. Wende zum Individualismus der Moderne	345
4. Konvergenz mit dem Liberalismus	346
IV. Formale Bedingungen der Anwendbarkeit	349
1. Stufenbau der Gesellschaft – status quo oder Neubegründung?	349
2. Rechtfertigungszwang der höheren Einheit	351
3. Verteilung und Ausübung der Kompetenzen	352
4. Gemeinsamer Zielhorizont	352
5. Anpassungsfähigkeit	353
V. Subsidiaritäts-Konstellationen im geltenden Recht	355
1. Europäische Gemeinschaft und Mitgliedstaaten	355
2. Bund und Länder	358
a) Kompetenzregulativ des Art. 72 Abs. 2 GG	358
b) Subsidiarität als Struktur und als Legitimationsfaktor des Bundesstaates	361
3. Staat und Kommunen	363
4. Staat und Gesellschaft	365
5. Innergesellschaftliche Beziehungen	369
VI. Ebenen-übergreifendes Prinzip	370
1. Schlüsselfunktion der Klausel des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG	370
2. Subsidiarität des Staates als ratio constitutionis	372
3. Sinnzusammenhang und Deutungsmuster	373
VII. Subsidiarität und Übermaßverbot	376
VIII. Aufgabenverteilung und Partizipation	378
IX. Quis iudicabit?	379

EINLEITUNG

Das Problem

Das Subsidiaritätsprinzip wirkt heute weithin als eine Erscheinung des Mythos und der Mode — eines Mythos allerdings, der seine Dämmerung erlebt, und einer Mode, deren man überdrüssig zu werden beginnt. Es bedarf also der Rechtfertigung, diesem Grundsatz noch eine verfassungsrechtliche Untersuchung zu widmen.

Seit im Jahre 1931 die Enzyklika „Quadragesimo anno“ verkündet hatte, jedwede Gesellschaftstätigkeit sei ihrem Wesen nach subsidiär, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten könne, dürfe nicht der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden, ebenso wie die höhere Gemeinschaft nicht in Anspruch nehmen solle, was die untergeordnete zum guten Ende führen könne, hat dieses „Subsidiaritätsprinzip“ eine außerordentliche Faszination ausgeübt. Sie hat sich auf die verschiedensten Lebensbereiche erstreckt, auf die Wissenschaft wie auf die Praxis. Moraltheologen und Verbandsmanager, Philosophen und Nationalökonomien, Politiker und Juristen haben sich seither auf das Subsidiaritätsprinzip berufen. Besondere Wirkung aber hat der Grundsatz im „Juste Milieu“ der westdeutschen Nachkriegsgesellschaft entfaltet. Im Subsidiaritätsprinzip scheint sich Neo-Liberalen, Neo-Sozialisten und Paläo-Ständestaatlern eine Konkordanzformel anzubieten; jedoch zerfällt die Einheit rasch, wenn praktische Lösungen zu gewinnen sind. So ist das Subsidiaritätsprinzip nicht den Gefahren entgangen, die eintreten, wenn eine sozialphilosophische Maxime, aus ihrem ursprünglichen Zusammenhang gelöst, zum Gemeingut wird — den Gefahren nämlich, daß das Gemeingut sich schließlich zum *Gemeinplatz* entwickelt und jeden selbständigen Aussagewert einbüßt.

Der Ausstrahlung des Subsidiaritätsgrundsatzes konnte sich auch das Verfassungsrecht nicht entziehen. Obwohl das Grundgesetz trotz der Bemühungen einiger Verfassungsväter kein ausdrückliches Bekenntnis zu dem Prinzip abgelegt hatte, glaubte man, seinen Gehalt in den verschiedensten Kompetenz- und Grundrechtsbestimmungen wiederzuerkennen. Im ersten Lebensjahrzehnt des Grundgesetzes schien sich geradezu eine Rezeption des Prinzips in das materielle Verfassungsrecht anzubahnen. Jedoch hat seither die kritische Gegenbewegung eingesetzt. Nachdem zuvor überwiegend nur apodiktische Bekenntnisse abgelegt

worden waren, ist der Grundsatz jetzt sorgfältiger analysiert worden; sein Bild stellt sich nunmehr als innerlich widersprüchlich, als impraktikabel, als der staatlichen Rechtsordnung wesensfremd, ja gefährlich dar. Das Subsidiaritätsprinzip nimmt hier die Gestalt des trojanischen Pferdes an, mit dem zerstörerische, heterogene Kräfte in die geschlossene Zone der deutschen Staatlichkeit eindringen sollen. Weil es auf eine kirchliche Soziallehre zurückgeführt wird, wirken in der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung eigentümliche Sentiments und Ressentiments, wie sie gegenüber verwandten Grundsätzen, etwa dem Übermaßverbot oder der vertikalen Gewaltenteilung, nicht zu spüren sind. Da sich in der jüngsten Zeit aber selten noch Stimmen vernehmen lassen, um die These von der Verfassungskraft der Subsidiarität zu verteidigen, scheint die Zeit dafür reif geworden zu sein, die Akten über diesem Problem zu schließen.

Das gilt, wie es scheint, auch deshalb, weil der Rechtsstreit um das Bundessozialhilfe- und Jugendwohlfahrtsgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht¹ beendet worden ist. In den angefochtenen Regelungen hatte der Bundesgesetzgeber von 1961 versucht, das Verhältnis zwischen den staatlichen und gesellschaftlichen Trägern der Wohlfahrtspflege nach dem Leitbild des Subsidiaritätsprinzips zu ordnen. Den öffentlichen Trägern wurde die Initiative zum Handeln verwehrt, soweit die privaten Organisationen die Aufgaben angemessen erfüllten; damit diese aber in die Lage versetzt würden, den Vorrang zum Handeln wirksam wahrzunehmen, wurde den öffentlichen Wohlfahrtsträgern auch noch die

¹ Der Verfassungsstreit war durch Verfassungsbeschwerden der Stadt Dortmund vom 21. 2. 1962 (zum BSGH veröff. NDV 1962, 120 ff.) und Normenkontrollanträge der Regierung des Landes Hessen vom 10. 7. 1962 (veröff. NDV 1962, 325 ff., 331 ff.) ausgelöst worden. Weitere Städte und Bundesländer hatten sich dem Rechtsstreit angeschlossen.

Im Mittelpunkt des Streits standen die Funktionssperren zu Lasten der Träger öffentlicher Sozial- und Jugendhilfe (im BSGH vom 30. 6. 1961, BGBl. I, S. 815, 1193, 1875: §§ 10 IV, 93 I 2; im JWG vom 11. 8. 1961, BGBl. I, S. 1206, 1875: § 5 III 2) sowie die Subventionspflichten (BSGH §§ 10 III 2, JWG § 8 II). Diese sind aus der Sicht der Subsidiaritätsproblematik die wichtigsten der angegriffenen Bestimmungen. Die Verfassungsfragen des Rechtsstreits reichten auch noch in grundrechtliche, kommunalverfassungsrechtliche und vor allem kompetenzrechtliche Bereiche hinein.

Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Gesetze vgl. insbesondere: *Köttgen* und *von der Heydte*, Vorrang oder Subsidiarität der freien Jugendhilfe?; *Köttgen*, DÖV 1961, 1 ff.; *Barion*, Der Staat 3, 1964, 1 ff.; *Bender*, DVBl. 1963, 87 ff.; *Kimminich*, Rechtsgutachten; *Lerche*, Verfassungsfragen; *Scholz*, Wesen, Nachw., S. 168/169; *Süsterhenn*, Gutachten; *Ule*, Rechtsgutachten; *Zacher*, Freiheit; ferner die Dissertationen von *Desch* und *Emmelius* mit weit. Nachw.

Die ideologischen und soziologischen Hintergründe der Problematik werden besonders erhellt bei *Utz*, Formen, (Bibliographie, S. 14, Anm. 1); dems., NO 10 (1956), 205 ff.; *Strigl*, Archiv f. Kath. Kirchenrecht 132 (1963), 405 ff.; *Collmer* (Hrsg.), Beiträge; *Suhr* (Hrsg.), Stimmen; *Köttgen*, ZevKR 11 (1964/65), 224 ff.

Pflicht auferlegt, ihre gesellschaftlichen Konkurrenten finanziell zu unterstützen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Regelungen für verfassungsmäßig erklärt².

Das Gericht hat sich sichtlich bemüht, eine Grundsatzentscheidung zu vermeiden und eng fallbezogen zu argumentieren. Das Urteil nimmt nur zu einem geringen Teil der rechtlichen Bedenken, die gegen die Verfassungsmäßigkeit der „Subsidiaritäts“-Regelungen vorgebracht worden sind, Stellung. Es begnügt sich damit, die Sozialstaatsklausel, Art. 28 II, Art. 4 und Art. 6 II GG als Prüfungsmaßstäbe heranzuziehen³. Wenn das Gericht auch ein staatliches Monopol in der sozialen Betätigung ablehnt, so weicht es der Frage nach dem Vorrang bei dieser Betätigung aus. Das Urteil lenkt von dem Ziel des Gesetzgebers, Prioritäten zu schaffen, auf die Ziele ab, die Zusammenarbeit der freien und öffentlichen Organisationen und den rationellen Einsatz der Mittel zu fördern (ohne zu klären, ob es sich bei diesen Zwecken um verfassungsrechtliche Postulate handelt und in welchem Verhältnis sie zur Subsidiarität stehen). Das Wort „Subsidiaritätsprinzip“ wird in der Begründung überhaupt vermieden⁴. Das Gericht hat sich offensichtlich gescheut, sich mit einem Begriff zu befassen, dessen Implikationen es nicht absehen kann — eine weise Bescheidung, die sich auch gegenüber so verführerischen Begriffen wie „Wirtschaftsverfassung“ und „Maßnahmegesetz“ bereits bewährt hat. Die Entscheidung läßt die Bemühung erkennen, auf die Wogen der juristischen, politischen und ideologischen Auseinandersetzungen das Öl des richterlichen Pragmatismus zu gießen.

Wenn somit auch im Ergebnis die punktuellen Subsidiaritätsregelungen für zulässig erklärt worden sind⁵, so ist die Grundsatzfrage, die in diesen Bestimmungen deutlich geworden ist, offen geblieben: die Frage, ob das Grundgesetz eine Vorrangentscheidung zugunsten der Gesellschaft erlaubt, ob es selbst eine solche Entscheidung vorweggenommen oder eine andere Lösung gewählt hat. Wie immer auch die Antwort ausfallen mag, sei es, daß die Verfassung es den Staatsorganen überläßt, nach Willkür ihr Verhältnis zu den privaten Rechtsträgern einzurichten, sei es, daß sie ein materiales Regulativ erkennen läßt (das Subsidiaritätsprinzip bietet sich nur als *ein* mögliches Regulativ an) — so ist damit die Gretchenfrage des Sozialverfassungsrechts gestellt. Die Frage geht darauf, in welcher Weise Staat und Gesellschaft einander zugeordnet sind, ob das Verfassungsrecht eine Arbeitsteilung zwischen ihnen vorsieht und wie es ihre Wirkungsfelder abgrenzt. Damit verheißt die Antwort auch Auf-

² Urt. v. 18. 7. 1967, BVerfGE 22, 180; der hier maßgebliche Teil der Entscheidungsgründe: S. 199/209. Dazu G. Küchenhoff, NJW 1968, 433/436.

³ Abgesehen von bundesstaatlichen Kompetenzbestimmungen, die über die Grundsatzproblematik, ob „der Staat“ schlechthin nur subsidiär tätig werden dürfe oder müsse, nichts aussagen.

⁴ Dagegen erscheint es in dem Referat über das Vorbringen der Verfahrensbeiliegten, S. 191.

⁵ Von größerer Tragweite ist dagegen die Entscheidung für den bundesstaatlichen Bereich: hier ist die „föderale Subsidiarität“ in zwei Punkten bedeutsam akzentuiert (zu Art. 84 I GG: S. 209/211; zu Art. 30, 83 GG: S. 215/218). Dazu u. § 49.