

VERHANDLUNGEN  
DES ACHTUNDFÜNFZIGSTEN  
DEUTSCHEN JURISTENTAGES

München 1990

Herausgegeben von der  
STÄNDIGEN DEPUTATION  
DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES

BAND II  
(Sitzungsberichte)



C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG  
MÜNCHEN 1990

ISBN 3 406 34666 9  
C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), München  
Druck: Appl, Wemding

## INHALT

### G.

#### MITGLIEDERVERSAMMLUNG

Begrüßung durch den Vorsitzenden		
Präsident des OLG a. D. Dr. Harald Franzki . . . . .	G	5
Totenehrung . . . . .	G	8
Wahl der Vertrauensleute . . . . .	G	10
Geschäftsbericht der Ständigen Deputation . . . . .	G	13
Rechnungsbericht des Schatzmeisters . . . . .	G	13
Entlastung der Ständigen Deputation . . . . .	G	15
Verschiedenes . . . . .	G	15

### H.

#### ERÖFFNUNGSSITZUNG

Eröffnung durch den Präsidenten		
Präsident des OLG a. D. Dr. Harald Franzki . . . . .	H	6
Begrüßung durch die Stellvertreterin des Ministerpräsidenten und Bayerische Staatsministerin der Justiz Dr. Mathilde Berghofer-Weichner . . . . .	H	15
Ansprache des Bundesministers der Justiz Hans A. Engelhard . . . . .	H	19
Begrüßung durch den Bundesminister für Justiz der Republik Österreich Dr. Egmont Foregger . . . . .	H	25
Begrüßung durch den Bürgermeister der Landeshauptstadt München Christian Ude . . . . .	H	28
Festvortrag von Professor Dr. Hans F. Zacher . . . . .	H	31

## I.

## ERÖFFNUNGSVERANSTALTUNG

Thema: *Rechtspflege im vereinigten Deutschland*

Podiumsdiskussion unter der Leitung von  
Präsident des OLG a. D. Dr. Harald Franzki, Celle

Teilnehmer:

Stellvertreterin des Ministerpräsidenten und Bayerische Staatsministerin der Justiz Dr. Mathilde Berghofer-Weichner, München,  
Konsistorialpräsident der Pommerschen Evangelischen Kirche Hans-Martin Harder, Greifswald,  
Staatssekretär im Ministerium der Justiz der DDR Dr. Reinhard Nissel, Berlin,  
Präsident des BGH Professor Dr. Walter Odersky, Karlsruhe,  
Ministerialdirektor Professor Dr. Peter Rieß, Bonn,  
Präsident des BVerwG Professor Dr. Horst Sandler, Berlin

## K.

## ABTEILUNG MEDIENRECHT

Thema: *Empfiehl es sich, die Rechte und Pflichten der Medien präziser zu regeln und dabei den Rechtsschutz des einzelnen zu verbessern?*

Eröffnung . . . . .	K	6
Referat von Professor Dr. Günter Herrmann . . . . .	K	8
Thesen hierzu . . . . .	K	52
Referat von Professor Dr. Karl Egbert Wenzel . . . . .	K	57
Thesen hierzu . . . . .	K	81
Diskussion . . . . .	K	86
Beschlußfassung . . . . .	K	208
Beschlüsse . . . . .	K	218

## L.

## ABTEILUNG STRAFRECHT

Thema: *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*

Eröffnung . . . . .	L	6
Referat von Ministerialdirigent Professor Dr. Reinhard Böttcher . . . . .	L	9
Thesen hierzu . . . . .	L	25
Referat von Rechtsanwalt Dr. Gunter Widmaier . . . . .	L	33
Thesen hierzu . . . . .	L	45
Referat von Richter am BGH Dr. Gerhard Schäfer . . . . .	L	48
Thesen hierzu . . . . .	L	61
Diskussion . . . . .	L	66
Beschlußfassung . . . . .	L	190
Beschlüsse . . . . .	L	207

## M.

## ABTEILUNG BERUFSRECHT

Thema: *Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich für das Recht der rechtsberatenden Berufe, insbesondere im Hinblick auf die Entwicklung in der Europäischen Gemeinschaft?*

Eröffnung . . . . .	M	6
Referat von Rechtsanwalt Professor Dr. Rüdiger Zuck . . . . .	M	7
Thesen hierzu . . . . .	M	28
Referat von Rechtsanwalt Ludwig Koch . . . . .	M	31
Thesen hierzu . . . . .	M	62
Diskussion . . . . .	M	66
Beschlüsse . . . . .	M	179

## N.

## ABTEILUNG KOMMUNALRECHT

Thema: *Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden?*

Eröffnung . . . . .	N	6
Referat von Professor Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann . . . . .	N	8
Thesen hierzu . . . . .	N	33
Referat von Oberstadtdirektor a. D. Dr. Hermann Fechtrup . . . . .	N	39
Thesen hierzu . . . . .	N	58
Referat von Vizepräsident des BVerwG Professor Dr. Otto Schlichter . . . . .	N	61
Thesen hierzu . . . . .	N	83
Diskussion . . . . .	N	86
Beschlußfassung . . . . .	N	162
Beschlüsse . . . . .	N	172

## O.

## ABTEILUNG JURISTENAUSBILDUNG

Thema: *Welche Maßnahmen empfehlen sich – auch im Hinblick auf den Wettbewerb zwischen Juristen aus den EG-Staaten – zur Verkürzung und Straffung der Juristenausbildung?*

Eröffnung . . . . .	O	6
Referat von Professor Dr. Dieter Medicus . . . . .	O	11
Thesen hierzu . . . . .	O	30
Referat von Wiss. Ass. Irene Lamb . . . . .	O	33
Thesen hierzu . . . . .	O	55
Referat von Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Stobbe . . . . .	O	59
Thesen hierzu . . . . .	O	74
Referat von Professor Dr. Jochen Abr. Frowein . . . . .	O	77
Thesen hierzu . . . . .	O	90
Diskussion . . . . .	O	93
Beschlußfassung . . . . .	O	248
Beschlüsse . . . . .	O	257

## P.

## GEMEINSAME SCHLUSSITZUNG

Eröffnung durch den Präsidenten		
Präsident des OLG a. D. Dr. Harald Franzki . . . . .	P	4
Bericht von Professor Dr. Bernd Rütters . . . . .	P	4
Bericht von Professor Dr. Albin Eser, M. C. J. . . . .	P	7
Bericht von Rechtsanwalt Professor Dr. Konrad Redeker	P	11
Bericht von Präsident des VG Ernst Kutscheidt . . . . .	P	13
Bericht von Professor Dr. Peter Ulmer . . . . .	P	16
Bekanntgabe des Ergebnisses der Ergänzungswahl zur Ständigen Deputation durch		
Präsident des BayObLG Dr. Gerhard Herbst . . . . .	P	25
Grußwort des Präsidenten des Österreichischen Juristentages Präsident des OLG i. R.		
Professor Dr. Karl Kohlegger . . . . .	P	27

## Q.

## SCHLUSSVERANSTALTUNG

Thema: *Wirtschaftsstandort Deutschland – Stärken und  
Schwächen der rechtlichen Rahmenbedingungen –*

Podiumsdiskussion unter der Leitung von

Professor Dr. Marcus Lutter, Bonn

Teilnehmer:

Präses der Finanzbehörde Hamburg

Senator Professor Dr. Hans-Jürgen Krupp,

Stadtrat für Wirtschaft im Magistrat von Berlin

Senator a. D. Elmar Pieroth,

Vorsitzender der Industriegewerkschaft Chemie-Papier-Keramik

Dr. h. c. Hermann Rappe, MdB, Hannover,

Vorsitzender des Vorstandes der Daimler-Benz AG

Edzard Reuter, Stuttgart

Schlußwort des Präsidenten des 58. Deutschen Juristentages

Präsident des OLG a. D. Dr. Harald Franzki





## EHRENMITGLIED DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES

Rechtsanwalt Professor Dr. Konrad Redeker, Bonn

## MITGLIEDER DER STÄNDIGEN DEPUTATION

(Stand: 21. September 1990)

Präsident des OLG a. D. Dr. Harald Franzki, Celle, Vorsitzender,  
Professor Dr. Peter Marburger, Trier, Stellvertretender Vorsitzen-  
der,

Rechtsanwalt Professor Dr. Winfried Werner, Frankfurt, Schatzmei-  
ster,

Vorstandsmitglied Dr. Diethard Breipohl, München,

Ministerialdirigent Professor Dr. Reinhard Böttcher, München,

Professorin Dr. Dagmar Coester-Waltjen, München,

Rechtsanwalt Professor Dr. Klaus-Peter Dolde, Stuttgart,

Professor Dr. Albin Eser, M. C. J., Freiburg,

Rechtsanwalt Professor Dr. Gerhard Hammerstein, Freiburg,

Professor Dr. Peter Hanau, Köln,

Rechtsanwalt Dr. Michael Hoffmann-Becking, Düsseldorf,

Chefjustitiar Dr. Peter Jousen, Duisburg,

Professorin Dr. Brigitte Knobbe-Keuk, Bonn,

Vizepräsident des BSG Professor Dr. Otto Ernst Krasney, Kassel,

Präsident des VG Ernst Kutscheidt, Köln,

Oberbürgermeister Dr. Hinrich Lehmann-Grube, Leipzig,

Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.

Professor Dr. Dr. h. c. Engelbert Niebler, München,

Professor Dr. Fritz Ossenbühl, Bonn,

Rechtsanwalt Dr. Hans-Jürgen Rabe, Hamburg,

Präsident des BSG Professor Dr. Heinrich Reiter, Kassel,

Ministerialdirektor Dr. Walter Rolland, Bonn,

Professor Dr. Bernd Rüthers, Konstanz,

Richterin am BVerwG Dr. Helga Scholz-Hoppe, Berlin,

Professor Dr. Peter Ulmer, Heidelberg,

Professor Dr. Manfred Weiss, Frankfurt.

## SEKRETÄR DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES

Rechtsanwalt Felix Busse, Bonn



## REDNERLISTE

- Ahrens, Hans-Jürgen . . . . . M 110  
Amelung, Martin . . . . . L 102
- Baumann, Wolfgang . . . . . M 146  
Becker-Toussaint, Hildegard . . . . . O 190  
Berg, Klaus . . . . . K 127  
Berghofer-Weichner, Mathilde . . . . . H 15, I 11, 15, 17, 18, 19, 27,  
28, 30, 37, 44  
Beye, Burkhard . . . . . N 103, 138  
Biermann, Jürgen . . . . . M 170  
Bilda, Klaus . . . . . O 219  
Birk, Hans-Jörg . . . . . N 104, 118, 139  
Birkwald, Gerd . . . . . K 91, 117, 133  
Blanke, Edzard . . . . . M 96  
Bley, Volker . . . . . O 118, P 21  
Böttcher, Reinhard . . . . . L 9, 125, 177  
Bohrer, Michael . . . . . M 140  
Bouffier, Volker . . . . . O 104  
v. Brauchitsch, Isabelle . . . . . O 140  
Brokate, Sigrid . . . . . O 209  
Buhrow, Johann Sebastian . . . . . N 128  
Burkholz, Bernhard . . . . . K 134
- Caesar, Peter . . . . . O 98  
Clemens, Rudolf . . . . . K 131, 144  
Cramer, Paul . . . . . M 77, 111, 153
- Dabergott, Martin . . . . . O 181  
Damm, Renate . . . . . K 98, 118, 136, 158, 168, 181  
Darmstadt, Helmut . . . . . N 90, 112, 150  
Derleder, Peter . . . . . O 144  
Diederichsen, Uwe . . . . . O 213  
Dörr, Dieter . . . . . K 104  
Dolde, Klaus-Peter . . . . . N 91, 134  
Düwell, Franz Josef . . . . . M 76, 84, 94
- Eberle, Carl-Eugen . . . . . K 111, 117, 156, 194  
Eggensperger, Dieter . . . . . O 207

- Endrös, Alfred . . . . . O 229  
 Engelhard, Hans A. . . . . H 19  
 Eser, Albin . . . . . L 6, 66, 71, 75, 110, 131,  
 132, 140, 153, 164, 171, 181,  
 204, 206, P 7  
 Everling, Ulrich . . . . . M 80
- Fabricius, Dirk . . . . . O 142  
 Fechtrup, Hermann . . . . . N 39, 156  
 Fell, Otto . . . . . N 141  
 Feucht, Dieter . . . . . N 133  
 Finzel, Dieter . . . . . M 89  
 Fischer-Dorp, Jürgen . . . . . M 168  
 Flessner, Axel . . . . . O 224  
 Foregger, Egmont . . . . . H 25  
 Forkel, Hans . . . . . K 194  
 Franke, Regina . . . . . O 128  
 Franzheim, Horst . . . . . L 81, 169  
 Franzki, Harald . . . . . G 5, 15, H 6, I 6, 9, 10, 11,  
 13, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 23,  
 27, 29, 30, 32, 40, 42, 43, 45,  
 P 4, 23, 26, 30, Q 37
- Frieling, Günter . . . . . M 109, 116  
 Froschauer, Hermann . . . . . L 155  
 Frowein, Jochen Abr. . . . . O 77, 235  
 Fuchs, Jochen . . . . . O 232
- Gallandi, Volker . . . . . L 84, 122, 165  
 Gas, Tonio . . . . . O 175  
 Gellner, Elmar . . . . . M 173  
 Gerber, Peter . . . . . M 107  
 Gersch, Hans-Joachim . . . . . N 108  
 Gerschel, Alfred . . . . . K 129, 167  
 Goeschen, Andreas . . . . . O 184  
 Greißinger, Georg . . . . . M 90, 154  
 Grewe-Kabanoff, Constance . . . . . O 163  
 Groß, Karl-Heinz . . . . . L 124, 205
- Hadding, Walther . . . . . O 126  
 Hahndorf, Raimar . . . . . M 79  
 Hamm, Rainer . . . . . L 161  
 Hammerstein, Gerhard . . . . . L 89, 169  
 Hanau, Peter . . . . . K 153, 155, 157, 159, 160,  
 162, 191, 199, 207

Hanisch, Werner . . . . .	N 102																										
Harder, Hans-Martin . . . . .	I 12, 25, 32																										
Hart, Dieter . . . . .	O 146																										
Hassemer, Winfried . . . . .	O 243																										
Haug, Karl . . . . .	M 152																										
Heile, Bernhard . . . . .	M 113																										
Heinbuch, Holger . . . . .	O 222																										
Heinsius, Theodor . . . . .	O 122																										
Helgerth, Roland . . . . .	K 173																										
Helle, Jürgen . . . . .	K 100, 159, 184																										
Hellwig, Hans-Jürgen . . . . .	M 82																										
Helmken, Dierk . . . . .	L 141																										
Henning, Klaus . . . . .	O 194																										
Hensen, Horst-Diether . . . . .	O 239																										
Herbst, Gerhard . . . . .	P 25																										
Herrmann, Günter . . . . .	K 8, 122, 149, 172, 199, 217																										
v. Heyl, Arnulf . . . . .	N 95, 129																										
Hien, Eckart . . . . .	N 89																										
Hill, Hermann . . . . .	N 160																										
Hillig, Hans-Peter . . . . .	K 142, 158																										
Hirschfeld, Michael . . . . .	O 199																										
Hirschfeld, Oliver . . . . .	K 189																										
Hirtz, Bernd . . . . .	M 74																										
Hoffmann-Becking, Michael . . . . .	P 22																										
Holle, Levin . . . . .	O 120																										
Hübner, Heinz . . . . .	K 92																										
Hund, Michael . . . . .	O 134																										
Janson, Bernd . . . . .	O 136																										
Just, Helmut . . . . .	M 136			Keller, Rolf . . . . .	L 106	Kieserling, Friedhelm . . . . .	M 104	Kintzi, Heinrich . . . . .	L 75, 157	Kleine-Cosack, Michael . . . . .	M 158, 169	Knemeyer, Franz-Ludwig . . . . .	O 108	Knutzen, Sven . . . . .	O 178	Koch, Ludwig . . . . .	M 31, 135, 175	Koch, Peter . . . . .	M 149	Köster, Christian . . . . .	K 154	Kohl, Hannelore . . . . .	O 138, 187	Kohlegger, Karl . . . . .	P 27	Krause, Dietrich . . . . .	K 139
Keller, Rolf . . . . .	L 106																										
Kieserling, Friedhelm . . . . .	M 104																										
Kintzi, Heinrich . . . . .	L 75, 157																										
Kleine-Cosack, Michael . . . . .	M 158, 169																										
Knemeyer, Franz-Ludwig . . . . .	O 108																										
Knutzen, Sven . . . . .	O 178																										
Koch, Ludwig . . . . .	M 31, 135, 175																										
Koch, Peter . . . . .	M 149																										
Köster, Christian . . . . .	K 154																										
Kohl, Hannelore . . . . .	O 138, 187																										
Kohlegger, Karl . . . . .	P 27																										
Krause, Dietrich . . . . .	K 139																										

Krenzler, Michael . . . . .	M 71, 171
Krumsiek, Rolf . . . . .	O 9
Krupp, Hans-Jürgen . . . . .	Q 14, 24, 26, 34
Kübler, Friedrich . . . . .	O 245
Küchenhoff, Erich . . . . .	K 160, 164, 186, P 20
Kulenkampff, Christoph . . . . .	L 149
Kutscheidt, Ernst . . . . .	N 6, 86, 98, 136, 161, P 13
Lamb, Irene . . . . .	O 33, 237
Lehne, Hans K. . . . .	M 98
Lemhöfer, Bernt . . . . .	L 108, 151
Leo, Hubertus . . . . .	O 188
Litzka, Gerhard . . . . .	K 93, 140, 165, 197
Loewer, Jörn . . . . .	M 66
Loos, Fritz . . . . .	O 215
Lorek, Holger Hanns . . . . .	O 200
Lüderssen, Klaus . . . . .	L 77
Lutter, Marcus . . . . .	O 205, Q 6, 12, 14, 15, 17, 20, 25, 28, 31, 35
Lwowski, Hans-Jürgen . . . . .	O 227
Macke, Peter . . . . .	K 112, 180, 214
Mackeprang, Rudolf . . . . .	K 105
Mankowski, Peter . . . . .	O 171, 197
Maurer, Hartmut . . . . .	N 124
Medicus, Dieter . . . . .	O 11, 238
Melnizky, Walter . . . . .	L 72, 75
Meyer, Jürgen . . . . .	K 102, 163
Meyer-Goßner, Lutz . . . . .	L 145
Möller, Karl-Dieter . . . . .	K 174, 183
Mulert, Martin . . . . .	O 124
Muñoz-Conde, Francisco . . . . .	O 162
Netzband, Jürgen W. . . . .	M 165
Niemöller, Martin . . . . .	L 105
Nissel, Reinhard . . . . .	I 9, 10, 13, 14, 18, 19, 27, 28, 29, 34, 43, 44, 45
Nolte, Peter . . . . .	M 86
Odersky, Walter . . . . .	I 12, 20, 23, 40, 45
Oltrogge, Helga . . . . .	M 124
Otte, Gerhard . . . . .	O 217
Otto, Hansjörg . . . . .	O 211

- Paeffgen, Hans-Ullrich . . . . . L 119  
 Pärn, Franziskus . . . . . K 212  
 Palm, Heinz . . . . . O 115  
 Papazissi, Theofano . . . . . K 195  
 Pieper, Antje . . . . . K 187  
 Pieroth, Elmar . . . . . Q 18, 29, 31  
 Pohl, Hans-Jürgen . . . . . M 92  
 Püttner, Günter . . . . . N 86  
 Purbach, Volker . . . . . O 230
- Raeschke-Kessler, Hilmar . . . . . M 70, 89  
 Raiser, Thomas . . . . . O 132  
 Rappe, Hermann . . . . . Q 15, 21, 24, 27, 29, 30, 33  
 Rascher-Friesenhausen, Heinrich . . . . . O 226  
 Rath, Christian . . . . . O 135  
 Redeker, Konrad . . . . . M 6, 65, 81, 89, 126, 127,  
 150, 178, P 11  
 Rehn, Erich . . . . . N 113, 136  
 Reuter, Edzard . . . . . Q 12, 22, 25, 31  
 Richter, Hans-Ernst . . . . . L 138  
 Richter, Horst . . . . . L 113, 122  
 Riese, Stefan . . . . . M 164  
 Rieß, Peter . . . . . I 8, 10, 11, 14, 15, 16, 35, 42,  
 43, 44, 45, L 185, M 133
- Rönnau, Thomas . . . . . L 110  
 Romatka, Georg . . . . . K 137  
 Roquette, Andreas . . . . . O 195  
 Rosenbauer, Heinz . . . . . O 101  
 Rüthers, Bernd . . . . . K 6, 84, 89, 129, 152, 153,  
 208, 216, P 4
- Salger, Hanskarl . . . . . L 120, 160  
 Schachtschneider, Karl A. . . . . O 158  
 Schäfer, Erhard . . . . . O 201  
 Schäfer, Gerhard . . . . . L 48, 178  
 Schaefer, Hans Christoph . . . . . L 116, 167  
 Schardey, Günter . . . . . M 119, 161  
 Schelp, Robert . . . . . N 128  
 Schendel, Jörg . . . . . O 230  
 Schiefer, Wolfgang . . . . . M 162  
 Schlicht, Peter . . . . . L 134  
 Schlichter, Otto . . . . . N 61, 131, 152  
 Schmaltz, Hans Karsten . . . . . N 99, 142

- Schmeitz, Thomas . . . . . O 147  
 Schmidt-Aßmann, Eberhard . . . . . N 8, 158  
 Schmidt-Eichstaedt, Gerd . . . . . N 120, 130  
 Schmidt-Jortzig, Edzard . . . . . N 87, 120  
 Schöch, Heinz . . . . . L 91, 186  
 Schoreit, Armin . . . . . L 184  
 Schünemann, Bernd . . . . . L 94, 127, 171  
 Schürmann, Karl-Heinz . . . . . N 143  
 Schumitz, Walter . . . . . M 72, 161  
 Schuwirth, Werner . . . . . O 191  
 Schwaibold, Matthias . . . . . K 132, 171  
 Seidel, Martin . . . . . K 107  
 Selbherr, Paul . . . . . M 118  
 Sandler, Horst . . . . . I 22, 24, 27, 28, 37, 40, 41  
 Senninger, Erhard . . . . . M 144  
 Smid, Stefan . . . . . O 183  
 Söhnen, Rüdiger . . . . . L 112, 153  
 Soehring, Jörg . . . . . K 113, 191  
 Spaeth, Walter . . . . . K 97  
 Specht, Andreas . . . . . N 135  
 Staats, Johann-Friedrich . . . . . O 193  
 Staubach, Fritz . . . . . O 173  
 Steffen, Erich . . . . . K 121  
 Stegmann, Andreas . . . . . M 87  
 Stelkens, Paul . . . . . N 107, 119, 148  
 Stephan, Hermann . . . . . M 143  
 Stillner, Sybille . . . . . K 187  
 Stobbe, Ulrich . . . . . O 59, 236  
 Streich, Rudolf . . . . . O 129  
 Stüer, Bernhard . . . . . N 109  
 Stürner, Rolf . . . . . K 124, 150, 161, 205  
  
 Terhorst, Bruno . . . . . L 82  
 Teubel, Joachim . . . . . M 74  
 Thormann, Hans-Udo . . . . . N 98  
 Tilmann, Winfried . . . . . M 101  
 Trendel, Max . . . . . N 146  
 Triebeneck, Frank . . . . . O 131, 221  
 Tschirdewahn, Martin . . . . . M 121  
  
 Ude, Christian . . . . . H 28  
 Ulmer, Peter . . . . . O 6, 32, 58, 76, 92, 93, 108,  
 187, 247, P 16, P 23  
 Ungemach, Manfred . . . . . O 149, 185, 203



Wagner, Heinz . . . . .	L 87, 117, 185
Walther, Helmut . . . . .	K 89, 193
Walther, Manfred . . . . .	M 127, 136
Wansleben, Rudolf . . . . .	N 111
Wappner, Michael . . . . .	O 179
Weber, Harald . . . . .	O 151
Weber, Ralph . . . . .	K 116
Weigend, Thomas . . . . .	L 66, 136
Weise, Peter . . . . .	M 106
Weiss, Manfred . . . . .	O 121
Weiß, Günther . . . . .	M 155
Wendenburg, Albrecht . . . . .	M 114
Wendenburg, Helge . . . . .	O 159
Wenzel, Karl Egbert . . . . .	K 57, 122, 146, 169, 201
Werner, Winfried . . . . .	G 13
Westpfahl, Marion . . . . .	L 79
Widmaier, Gunter . . . . .	L 33, 104, 129, 179
Will, Rosemarie . . . . .	O 111
Wilson, Geoffrey . . . . .	O 169
Wimmer, Raimund . . . . .	N 96
Wirner, Helmut . . . . .	M 150
Witthoff, Eberhard . . . . .	M 167
Wolfers, Benedikt . . . . .	O 176
Wolfsteiner, Hans . . . . .	M 123, 138
Wollschläger, Christiane . . . . .	O 189
Zacher, Hans F. . . . .	H 31
Zimmermann, Stefan . . . . .	M 141
Zschockelt, Alfons . . . . .	L 143
Zuck, Rüdiger . . . . .	M 7



VERHANDLUNGEN  
DES ACHTUNDFÜNFZIGSTEN  
DEUTSCHEN JURISTENTAGES  
München 1990

Herausgegeben von der  
STÄNDIGEN DEPUTATION  
DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES

BAND II  
(Sitzungsberichte)  
Teil G

C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG  
MÜNCHEN 1990



# SITZUNGSBERICHT DER MITGLIEDER- VERSAMMLUNG

des 58. Deutschen Juristentages  
am 18. September 1990

Die Ständige Deputation hat gewählt:

Präsident des Oberlandesgerichts a. D.  
Dr. Harald *Franzki*, Celle,  
zum Vorsitzenden

Professorin Dr. Brigitte *Knobbe-Keuk*, Bonn,  
Richterin am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. Helga *Scholz-Hoppe*, Berlin, und

Vorstandsmitglied Dr. Diethard *Breipohl*, München,  
zu Schriftführern.

## TAGESORDNUNG

1. Begrüßung durch den Vorsitzenden
2. Totenehrung
3. Wahl der Vertrauensleute
4. Geschäftsbericht der Ständigen Deputation
5. Rechnungsbericht des Schatzmeisters
6. Entlastung der Ständigen Deputation
7. Verschiedenes

## FESTVORTRAG

von

Professor Dr. Hans F. Zacher  
Präsident der Max-Planck-Gesellschaft

### *Sozialrecht im Verfassungsstaat*

#### *I. Anlaß und Dimensionen des Themas*

Seit die Bundesrepublik Deutschland besteht, war – von einer relativen Ruhepause in der ersten Hälfte der sechziger Jahre abgesehen – die sozialpolitische Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland auf immer neue Weise aufgewühlt. Immer neu setzte die Demokratie an, gesellschaftlichen Entwicklungen Rechnung zu tragen und sozialen Forderungen zu entsprechen. Immer neu mühte sich der Rechtsstaat, das Vertrauen in das Gewordene einzulösen und für die Zukunft sichere Erwartungen zu eröffnen. Immer neu wurde so das Sozialrecht reformiert, umgestaltet, geändert. Und jedesmal blieb das große kritische Potential derer zurück, die ein anderes Sozialrecht wollten – Demokratie und Rechtsstaat zu immer neuen Entscheidungen herausfordernd.

1986 kam eine neue Szene hinzu. Die Einheitliche Europäische Akte zur Herstellung des Europäischen Binnenmarktes wurde verabschiedet. Hatte die Europäische Gemeinschaft mit der sozialen Sicherung der Wanderarbeitnehmer, der Politik des Sozialfonds, den Richtlinien zum Arbeitsrecht, den Armutsbekämpfungsprogrammen usw. in der Bundesrepublik ein sozialpolitisches Randdasein geführt, so trat sie nun in den Mittelpunkt des Interesses. Ein hektischer Austausch von Ängsten, Hoffnungen, Forderungen und Fragen, immer wieder Fragen zur „sozialen Dimension“ Europas setzte ein.

Im Augenblick wird auf beiden Bühnen nicht gespielt. Akteure und Publikum haben sich der deutschen Vereinigung zugewandt. Sozialpolitik und Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland münden in Sozialpolitik und Sozialrecht des gemeinsamen Deutschland. In diesem gemeinsamen Deutschland werden auch Menschen leben, deren soziale Vorstellungen von einem totalitären oder – wenn man will – spättotalitären Staat geprägt sind. Sie bringen soziale Rechte – im politischen wie im rechtlichen Sinn – mit sich, deren Bedeutung im gemeinsamen Deutschland nicht die gleiche

sein kann wie im sozialistischen Staat. Der demokratische Rechtsstaat des Grundgesetzes, in dem sie ihre gleiche Stimme haben werden, wird noch lange damit beschäftigt sein, das Vereinbare vom Unvereinbaren zu unterscheiden. Und das wird immer auch heißen: das von jedem so anders geschnürte Bündel der Erwartungen an die deutsche Einheit in Erfüllung und Enttäuschung zu verwandeln.

Als bald aber wird auch die Szene der Europäischen Gemeinschaft wieder Aufmerksamkeit verlangen. Schließlich sind die elf anderen europäischen Staaten von der deutschen Vereinigung nicht in gleicher Weise in Anspruch genommen wie wir und schließlich sind wir auf Europa angewiesen. Und als bald wird sich auch die sozialpolitische Diskussion der Bundesrepublik Deutschland als sozialpolitische Diskussion des gemeinsamen Deutschland fortsetzen. Um Menschen, Länder und Probleme erweitert, wird sie doch auch die alten Pfade wieder finden. Und der demokratische Rechtsstaat des gemeinsamen Deutschland wird ihre Spur wieder aufnehmen.

In dieser Lage steht es, meine ich, dem Deutschen Juristentag gut an, auf neue Weise über den Zusammenhang zwischen Sozialrecht und Verfassung nachzudenken. Er hat seine sozialrechtliche Arbeit 1960 hier in München mit dem Referat des großen Walter *Bogs* über „Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit“ begonnen.<sup>1</sup> Auch in der Folgezeit waren die Impulse, die das Grundgesetz dem deutschen Sozialrecht gibt, ebenso wie die Grenzen, die es ihm steckt, immer wieder wichtige Elemente seiner Themen. Nun aber ist die Begrenztheit der Dialektik zwischen diesem Grundgesetz und diesem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland aufgebrochen. Auf der einen Seite begegnen dieses Grundgesetz und dieses Sozialrecht dem rechtlichen und tatsächlichen Nachlaß eines Staates, der trotz Verfassungstext kein Verfassungsstaat war. Auf der anderen Seite finden sich dieses Grundgesetz und dieses Sozialrecht zusammen mit den Verfassungen und dem Sozialrecht elf anderer europäischer Staaten auf supranationale Institutionen und Prozesse hin geöffnet. So weitet sich das Thema von 1960 zum Thema von 1990: „Sozialrecht im Verfassungsstaat“.

## II. Zum Verfassungsstaat

Das Wort „Verfassungsstaat“ hat einen historisch gewachsenen Sinn. Er keimt in der englischen, von der Aufklärung rationalisierten Verfassungspraxis des 18. Jahrhunderts. Nach der nordamerika-

---

<sup>1</sup> Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages. Bd. II/G: Sozialrechtliche Arbeitsgemeinschaft, 1960.

nischen und der französischen Revolution schlägt er sich zum ersten Mal in Texten nieder. Von da an wird der „Verfassungsstaat“ mehr und mehr zu einem allgemeineren Namen für den demokratischen Rechtsstaat.

Für einen Verfassungsstaat in diesem Sinne sind zwei Dinge wichtiger als alles andere:

- Erstens: die institutionelle und prozedurale Differenzierung der Herrschaft. Sie muß von der Möglichkeit vielfältiger Interessen und Meinungen ausgehen und diese in einen Prozeß der Auseinandersetzung, der Klärung, der Entscheidung und der Vergewisserung einbinden.
- Zweitens: die Dialektik von Staat und Gesellschaft. Der Verfassungsstaat muß die Autonomie der Gesellschaft belassen und so die Gesellschaft im Staat verfassung, ohne sie aufzuheben. Das setzt voraus, daß der Staat Privatheit und Freiheit der Menschen gewährt und sichert.
- Ein Drittes ergibt sich daraus von selbst: die Notwendigkeit des Rechts. Ohne Recht kann die Herrschaft nicht verläßlich differenziert werden. Ohne Recht gibt es keine autonome Gesellschaft. Ohne Recht gibt es keine Prozesse freier Auseinandersetzung, die nach Klärung der Normen und Sachverhalte in Entscheidung und Vergewisserung enden. Der Verfassungsstaat ist notwendigerweise ein Rechtsstaat.

Dagegen macht eine geschriebene Verfassung allein den Staat nicht schon zum Verfassungsstaat. Totalitäre Staaten bleiben totalitär, auch mit Verfassung. Sie entdifferenzieren die Herrschaft. Sie negieren Freiheit und Privatheit. Sie tilgen die Autonomie der Gesellschaft. Und sie reduzieren das Recht zu einem Instrument der Herrschaft. Mag die Verfassung das ausdrücken oder verschleiern. Das gilt auch für die spätotalitäre Phase der „sozialistischen“ Staaten. An der Negation der autonomen Gesellschaft, an der Unfähigkeit zum Pluralismus und an der Einseitigkeit des Rechts, das jeweils nur die Beherrschten bindet, nicht auch die Herrschenden, sind sie gescheitert. Freilich sagen die Verfassungstexte totalitärer Staaten oft das Gleiche wie die Verfassungstexte der Verfassungsstaaten. Aber sie sagen es unter dem Vorbehalt, daß keine autonomen gesellschaftlichen Kräfte existieren, die Verfassung geltend zu machen, daß es an Freiräumen und Institutionen der Auseinandersetzung fehlt und die Herrschenden frei sind, den Verfassungstext zu interpretieren, zu betonen oder auch zu vergessen. Und wer die Herrschenden sind, bestimmen diese selbst, nicht die Verfassung.

Auf der anderen Seite ist für den Verfassungsstaat eine geschriebene Verfassung nicht unerläßlich. In Großbritannien ist die Herrschaft differenziert und die Gesellschaft dominant, obwohl eine



geschriebene Verfassung fehlt. Gleichwohl eröffnet eine geschriebene Verfassung Möglichkeiten, die dem Verfassungsstaat der ungeschriebenen Verfassung versagt bleiben:

- die Unterscheidung zwischen dem breiter legitimierten Verfassungsgesetz und dem einfachen Gesetz der einfachen Mehrheit;
- die Heraushebung von Rechtsinhalten – wie etwa Grundrechten – als Verfassungsrecht;
- die volle Entfaltung des Vorrangs der Verfassung vor dem sonstigen Recht, insbesondere durch die richterliche Normenkontrolle;
- und die Institution einer Verfassungsgerichtsbarkeit.

Die Eigenart der Prozesse der Auseinandersetzung, Klärung und Entscheidung hängt aber auch von diesen Umständen ab. Man denke an die eminente Rolle, die das Verfassungsargument und das Verfassungsgericht in unserem Lande spielen. Wo einzelne oder alle diese Elemente fehlen – und das Gefälle ist selbst unter den Verfassungsstaaten Europas sehr viel größer als gemeinhin bewußt –, bedeutet Verfassungsstaatlichkeit anderes als dort, wo sie gegeben sind.

So wenig nun gesagt werden kann, daß gewisse Institutionen und Verfahren ein ganz bestimmtes Sozialrecht hervorbringen, so evident ist, daß das Sozialrecht, wie es ist, nicht von den Bedingungen losgelöst werden kann, die sich aus den Normen, Institutionen und Verfahren der Verfassung ergeben.

- In Großbritannien etwa ist das weite Ausschwingen sozialpolitischer Alternativen zunächst gewiß eine Folge des Mehrheitswahlrechts. Gleichwohl würden eine geschriebene Verfassung, Grundrechte, Normenkontrolle und Verfassungsgericht diesem Ausschwingen Grenzen setzen.
- Freilich: andere Gesellschaften, andere Wirkungen. Die schwedische Verfassung liefert der sozialpolitischen Auseinandersetzung kaum normative Argumente, kennt kein Verfassungsgericht, und die richterliche Normenkontrolle steckt noch in zaghafte Anfängen. Die schwedische Sozialpolitik ist jedoch von massiver Geschlossenheit und Kontinuität.
- In der Schweiz – um ein anderes Beispiel vorzuführen – ist die Gesetzgebung durch das intensive Beratungsverfahren im Vorfeld, durch die unterschiedliche Besetzung der beiden Kammern des Parlaments, schließlich und vor allem durch das Referendum extrem differenziert, zugleich aber auf eine sehr breite Grundlage gestellt. Aus dieser Grundlage ist eine zumeist etwas verspätete, in der Sache aber sehr ausgewogene, Freiheit, Gleichheit und Solidarität wohlverbindende, in meiner Einschätzung vorbildliche Sozialgesetzgebung hervorgegangen. Das Verfassungsargument existiert, spielt jedoch, da eine richterliche Normenkontrolle gegen Bundesgesetze fehlt, nur eine politische Rolle.

Diesen Beispielen könnten Länder gegenübergestellt werden, in denen Grundrechte, Normenkontrolle und Verfassungsgericht einen ähnlichen Platz haben wie in der Bundesrepublik Deutschland: etwa Österreich, Italien, im Ansatz Spanien, Portugal, Griechenland, in engen Grenzen Frankreich. Das alles können nur Hinweise sein, daß die Gestalt des Verfassungsstaates für das Sozialrecht relevant ist, relevant sein kann. Die Fülle der Zusammenhänge ist von größter Vielfalt. In der Europäischen Gemeinschaft ergeben sie dreizehn unterschiedliche Befunde: für die zwölf Mitgliedstaaten und für die Gemeinschaft selbst. Aber sie bleiben in der Toleranz des Vergleichbaren. Das *tertium comparationis* ist das Konzept des Verfassungsstaates. In der DDR dagegen waren die Verhältnisse, war so auch das Sozialrecht, von der Negation des Verfassungsstaates geprägt.

### III. Zum Sozialrecht

Wenden wir uns nun dem Sozialrecht zu.

#### 1. Die Regelungszusammenhänge des Sozialrechts

Sozialrecht<sup>2</sup> geht von der Grundannahme aus, daß jeder Erwachsene darauf verwiesen ist, durch Arbeit Einkommen zu verdienen und damit seine Bedarfe und die seiner Familie zu decken. Veränderungen der Arbeitswelt und der familiären Lebensmuster haben diese Grundannahme mehr und mehr in Frage gestellt. Manche halten sie deshalb schon für überholt. In Wahrheit ist sie auch heute noch die zentrale Prämisse des Sozialrechts. Und sie muß das auch bleiben. Die Alternative wäre, die Lebensmöglichkeiten a priori vom Staat her zuzuteilen. Das Sozialrecht würde dann die Dialektik von Staat und Gesellschaft aufheben. Sozialrecht und Verfassungsstaat würden sich widersprechen. Die verfassungsstaatliche Vorgabe von Freiheit und Gesellschaft verlangt ein Sozialrecht, das auf der Basis freier privater und gesellschaftlicher Verwirklichung des „Sozialen“ aufbaut.

Gleichwohl: die Grundannahme, daß jeder Erwachsene darauf verwiesen ist, durch Arbeit Einkommen zu verdienen und damit seine Bedarfe und die seiner Familie zu decken, ist nicht mehr als eine Regel. Im Vollzug der Grundannahme ergeben sich vielfältige

---

<sup>2</sup> S. zum folgenden Hans F. Zacher, Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts, Friedrich Kübler (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Sicherheit, 1984, S. 11 ff., 320 ff.

Gefährdungen – Gefahren der Arbeit, Gefahren der Bedarfsdeckung, Gefahren auch der familiären Versorgung. Schließlich aber stößt der Vollzug der Regel vielfältig an Grenzen: wenn, wie bei Invalidität oder Arbeitslosigkeit, die Arbeitskraft kein Einkommen erbringt; wenn notwendige Bedarfe wie Ausbildung oder Pflege außer Verhältnis zum Einkommen stehen; wenn, etwa weil der Ernährer gestorben ist, der Unterhalt ausfällt usw. – Grenzen, jenseits derer sich soziale Defizite auf tun. Diese Gefährdungen und Defizite sind Gegenstand der sozialen Sorge und Intervention. Greift das Recht sie auf, so ist das Sozialrecht im weiteren Sinne.

Voraus aber liegt die Aufgabe des Rechts, all den privaten, gesellschaftlichen und öffentlichen Beziehungen und Abläufen, in denen sich die Grundannahme vollzieht, eine angemessene Ordnung zu geben: durch das Arbeitsrecht, das Recht selbständiger Erwerbstätigkeit, das Recht der Vermögensbildung und -haftung, das Recht privatwirtschaftlicher und administrativer Bedarfsdeckung, das Recht des familiären Unterhalts – all dies noch einmal umfaßt vom Steuerrecht. Will nun das Recht sozialen Gefährdungen vorbeugen und soziale Defizite kompensieren, so kann und wird es dies weitgehend dadurch bewirken, daß es dieses vorfindliche Recht sozial verändert. Das Arbeitsrecht ist bereits ein Produkt solcher Veränderung. Es hat sich aus dem sozial weitgehend neutralen bürgerlichen Dienstrecht entwickelt. Soziales Mietrecht oder Verbraucherschutz bilden Beispiele auf der Seite der Bedarfsdeckung. Nennen wir diesen Weg den der „internalisierenden“ Lösungen: die sozialen Vorkehrungen werden in das vorfindliche Recht, in dem sich die Regel der Grundannahme vollzieht, eingebracht. Sie bilden mit diesem eine untrennbare Einheit, machen es – je nach dem Grad der Dichte des sozialen Zwecks – selbst zum sozialen Recht.

Um sozialen Gefährdungen zu begegnen, sind sie das Mittel der Wahl. Wo z. B. könnte der Schutz gegen die Gefahren der Arbeit besser geregelt werden als im Arbeitsrecht. Der „internalisierenden“ Kompensation sozialer Defizite sind jedoch Grenzen gesetzt.

Beispiel 1: Lohnfortzahlung an kranke Arbeitnehmer auf einige Wochen ist für beide Seiten verträglich. Unbegrenzte Lohnfortzahlung dagegen könnte jedenfalls dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden.

Beispiel 2: Eine nur betriebliche Alterssicherung würde auch die Interessen der Arbeitnehmer schon nicht mehr treffen. Die Leistungsfähigkeit der Betriebe wäre zu ungleich, über die Zeit hin auch zu ungewiß.

Beispiel 3: Der a priori Behinderte wächst möglicherweise von vornherein nicht in das Erwerbsleben hinein. Daß die Familie für ihn aufkommt, hängt von deren Bestand und Leistungsfähigkeit ab.

Die Kompensation sozialer Defizite muß deshalb – jenseits dieser Grenzen – aus dem vorfindlichen Recht herausgelöst und auf eigen-

ständige Ebenen übertragen werden: auf besondere Solidarverbände (wie in der Sozialversicherung), auf die Kommunen (wie die Sozialhilfe), auf den Staat (wie die Versorgung der Kriegsoffer). Nennen wir diese Lösungen, die aus dem vorfindlichen Recht herausführen, die „externalisierenden“. Sie bilden das Recht der Sozialleistungen, das Recht der sozialen Transfers, das Sozialrecht im engeren Sinne.

Wir stehen vor einer elementaren Entsprechung zwischen dem Sozialrecht und dem Verfassungsstaat – genauer: zwischen dem Sozialrecht und der dem Verfassungsstaat wesentlichen Dialektik zwischen Staat und Gesellschaft. Das Zusammenspiel zwischen den „internalisierend“ modifizierten gesellschaftlichen Prozessen und der daraus gelösten „externalisierenden“ Kompensation sozialer Defizite läßt der Gesellschaft die sozialen Funktionen, die sie leisten kann. Sie entlastet sie aber von sozialen Funktionen, denen sie nicht gerecht würde, die sie überfordern würden. Dabei ist offen, wo diese Grenze verläuft. Wo die Grenze verlaufen sollte, ist einem komplexen gesellschaftspolitischen, wirtschaftspolitischen, finanzpolitischen und vor allem sozialpolitischen Urteil ausgesetzt. Wo sie verläuft, bedarf der politischen Entscheidung – der verfassungsstaatlichen Entscheidung. Und diese findet ihren Ausdruck im Sozialrecht der externalisierenden Lösungen. Defizite, die es nicht aus dem Vollzug der Grundannahme herauslöst, bleiben die Last der Betroffenen und die Verantwortung derer, die privat oder gesellschaftlich, rechtlich oder tatsächlich für sie einzustehen haben. Die Amplitude der Möglichkeiten mag durch extreme Beispiele wie den Thatcherismus und den schwedischen Wohlfahrtsstaat angedeutet werden.

Diese Alternative zwischen den „internalisierenden“ und den „externalisierenden“ Lösungen – zwischen den autonomen Prozessen der Arbeit und des Erwerbs, der Bedarfsdeckung und des familiären Unterhalts auf der einen und der ergänzenden, korrigierenden Intervention von Sozialleistungssystemen auf der anderen Seite – negiert zu haben, war und ist ein Charakteristikum „sozialistischer“ Staaten. Im „Sozialismus“ gehen „Externalisierung“ und „Internalisierung“ ineinander über. Der zentrale Plan ist primär. Die Betriebe erbringen ihren „Werkstätigen“ Sozialleistungen ohne Rücksicht auf ihren Ertrag. Die zentrale Planung weist ihnen die Mittel zu. Und die Betriebe leisten nach Plan – sozial ebenso wie ökonomisch. Sie decken auch die Bedarfe der Verbraucher nicht nach dem autonomen Spiel von Angebot und Nachfrage, sondern nach Plan. Das Dogma heißt: „Einheit von Wirtschafts- und Sozialpolitik“. Es gibt keine autonome Gesellschaft, die auch das „Soziale“ zunächst einmal selbst bewirkt. Es gibt nur den von der Partei geführten Staat. Auch die – unter gewissen Aspekten zu recht

gelobte – Versorgung mit Kindertagesstätten usw. beruht auf diesem Konzept, das Primat der Familie aufzuheben und ihre Funktion in die Politik einzubinden – hier freilich nicht nur in die „Einheit der Wirtschafts- und Sozialpolitik“, sondern auch in die emotionale und geistige Herrschaft über den Menschen.

Natürlich gibt es auch im „Sozialismus“ die Technik der „externalisierenden“ Lösungen. Wer etwa durch Invalidität oder Alter auf Dauer aus dem Arbeitsleben ausscheidet, bekommt auch im „Sozialismus“ seine Rente von einer besonderen Sozialverwaltung. Aber diese Rente würde das Leben nicht tragen können, wenn nicht ein Netz quasi-„internalisierender“ Lösungen – insbesondere von weiter erbrachten betrieblichen Sozialleistungen sowie von Miet- und Preisbindungen – hinzukämen. Rechtlich hat dem in der DDR die kodifikatorische Einheit von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht Ausdruck gegeben.

## 2. Der Zweck des Sozialrechts

### a) Was ist „sozial“?

Aber was ist „sozial“? Wenn ein Redner diese Frage aufwirft, stellt sich stets eine Krise in den Beziehungen zwischen ihm und seinen Zuhörern ein. Ich formuliere sie etwas überspitzt: Jeder im Saal weiß ganz genau, was „sozial“ ist;

jeder meint aber – je nach seinen Einstellungen, seinen Erfahrungen, seinen Interessen, seiner Betroffenheit, den anstehenden Fragen usw. – mehr oder weniger etwas anderes; gleichwohl weiß jeder für sich genau, was „sozial“ ist. Somit stehen wir vor dem schmerzlichen Widerspruch zwischen der subjektiven Eindeutigkeit und der objektiven Vieldeutigkeit des „Sozialen“. Gesellschaftlich, politisch und rechtlich kann es aber nur auf diese ankommen. Das „Soziale“ ist nichts Sicheres, nichts a priori und endgültig Bestimmtes. Es ist etwas Offenes. Es ist ein in sich selbst vielfältiger Auftrag.

Nehmen wir als Beispiel die Auslegung des Sozialstaatsprinzips.<sup>3</sup> Das soziale Staatsziel umschließt unbestritten: ein Existenzminimum für jeden; mehr Gleichheit, insbesondere die Beseitigung oder Minderung und Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen; Sicherheit des Lebensstandards oder der Deckung spezifischer Bedarfe in den sog. „Wechselfällen des Lebens“; endlich die Hebung des Wohlstandes und die Ausbreitung der Teilhabe daran. Alle Ziele sind in sich vieldeutig. Alle diese Ziele stehen zueinander in einem Verhältnis nicht nur der Komplementarität, sondern auch der Rivalität,

---

<sup>3</sup> S. Hans F. Zacher, Das soziale Staatsziel, Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts I 1987, S. 1045 ff., insbes. S. 1060 f.

immer wieder sogar des Widerspruchs. Wer immer diese Ziele politisch oder juristisch realisiert, muß nicht nur konkretisieren und definieren, sondern auch Prioritäten setzen und über Konflikte entscheiden.

Nicht selten erhoffen sich Politiker und Interpreten – bis hin zum Bundesverfassungsgericht<sup>4</sup> – Hilfe von der „Gerechtigkeit“, fordern sie „soziale Gerechtigkeit“, beschreiben sie den „Sozialstaat“ als „sozial gerechten Staat“. Damit wird die Schwierigkeit aber nur umso deutlicher. Denn was ist „gerecht“? Eine sehr sorgfältige empirische Studie<sup>5</sup> über soziale Gerechtigkeit kommt zu dem Schluß: „soziale Gerechtigkeit besteht letztlich immer nur in den Augen einer Person ..., und eine Übereinstimmung zweier oder mehrerer Personen ... ist eher unwahrscheinlich“. Nie gab es nur eine Gerechtigkeit. Seit der aristotelischen Trias von ausgleichender, austeilender und gesetzlicher Gerechtigkeit ist Gerechtigkeit vielgestaltig und ganz nur, wenn die Viel-Gestalten sich ergänzen. Mit Recht wird deshalb gesagt,<sup>6</sup> daß „soziale Gerechtigkeit“ immer aus drei Gerechtigkeiten besteht: aus der Bedarfsgerechtigkeit, der Leistungsgerechtigkeit und der Besitzstandsgerechtigkeit. Keine von ihnen allein ergibt die „soziale Gerechtigkeit“. Sie müssen sich ergänzen – obwohl auch sie miteinander rivalisieren, ja letztlich einander widersprechen.

Alle Grundmuster, in denen das „Soziale“ gedacht werden kann, sind so immer wieder nur wie Tore, hinter denen sich der ferne Horizont der Sinnvarianten des „Sozialen“ weitet.

#### b) Die Sinnvarianten des „Sozialen“

Verdeutlichen wir das für das Sozialleistungsrecht. Bedarfsgerechtigkeit etwa mag auf die Deckung minimaler Bedarfe, auf die Deckung eines individuell angemessenen Bedarfes oder auf die Deckung generell angemessener, durchschnittlicher, typischer Bedarfe, auf allgemeine Lebensbedarfe oder ganz bestimmte Bedarfe, wie das Wohnen, zielen.

Leistungsgerechtigkeit kann sich auf den Vorsorgeaufwand beziehen. Sparen, Vermögensbildung und Versicherung sind Beispiele

---

<sup>4</sup> S. z. B. BVerfGE 1, 97 (100); 5, 85 (189). In späterer Zeit verwendet das Bundesverfassungsgericht gerne die Formel von der „gerechten Sozialordnung“ (s. z. B. BVerfGE 59, 231 (263); 69, 272 (314)).

<sup>5</sup> S. Thomas *Schwinger*, Gerechte Güter-Verteilungen: Entscheidungen zwischen drei Prinzipien, Gerold *Mikula* (Hg.), Gerechtigkeit und soziale Interaktion, 1980, S. 107 ff. (Zitat S. 109 f.).

<sup>6</sup> S. Walter *Kerber*/Claus *Westermann*/Bernhard *Spörlein*, Gerechtigkeit, Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft, Teilband 17, 2. Aufl. 1981, S. 44 ff.

dafür. Leistungsgerechtigkeit kann sich aber auch auf geleistete Dienste beziehen, wie in der Beamtenversorgung oder in gewissen Formen der betrieblichen Alterssicherung. Nicht selten dient das Einkommen als Ausdruck einer Lebensleistung. Über den Mechanismus des Beitragssatzes wird diese Lebensleistung in die Vorsorge eingebracht. Das ist typisch für Sozialversicherungen, etwa für die deutsche Rentenversicherung. Leistungsgerechtigkeit kann schließlich ein Opfer meinen. Soziale Entschädigung sucht diesem Sinn von Leistungsgerechtigkeit gerecht zu werden.

Besitzstandsgerechtigkeit ist zumeist auch denen selbstverständlich, die soziale Reformen fordern: Was man selbst hat, ist allemal gerecht; ungerecht ist allenfalls, was andere haben und/oder was man selbst nicht hat. Besitzstandsgerechtigkeit kann Vorsorge als Besitzstand meinen. Die Anerkennung beitrags erworbener Renten als Eigentum ist das verfassungsrechtliche Siegel darauf. Besitzstandsgerechtigkeit kann den Lebensstandard meinen. Soziale Sicherung ist weitgehend Sicherung des Lebensstandards und damit besitzstandsgerecht in eben diesem Sinne. Besitzstandsgerechtigkeit kann aber auch den Ausgleich von Schäden verlangen. Jeder Schaden bricht in einen Besitzstand ein. Schadensersatz ist – auch – Respekt vor diesem Besitzstand.

Und zu all dem finden sich eigene Varianten der sozialen Ziele des Existenzminimums, der Gleichheit, der Sicherheit und der Wohlstandsteilhabe. Das soziale Ziel der Sicherheit etwa spreizt sich in zwei Alternativen: in die Sicherheit der Zusage und die Berechenbarkeit der Entscheidung, wie sie für Vorsorgesysteme (etwa die Rentenversicherung) typisch sind oder für ein Grundsicherungssystem gefordert werden; und in die Sicherheit des Notwendigen, wie sie von der Sozialhilfe angestrebt wird. Am flexibelsten ist das soziale Ziel der Gleichheit. Eine Gleichheit im Existenzminimum läßt sich genauso denken, wie eine Gleichheit nach Maßgabe des erlangten Lebensstandards oder Vermögens. Ebenso selbstverständlich aber läßt sich von der Gleichheit her alles kritisieren. Was könnte nicht noch „gleicher“ sein?

Der Ernstfall beginnt ohnedies erst im Konkreten. Auf welche Weise etwa ist eine Rentenversicherung bedarfs-, leistungs- oder besitzstandsgerecht, auf welche Weise gewährleistet sie das Existenzminimum, gewährleistet sie mehr Gleichheit, Sicherheit und Wohlstandsteilhabe, wenn sie die Alterssicherung am Lebensdurchschnittseinkommen, am Einkommen der letzten Jahre oder am Einkommen der zehn besten Jahre orientiert? Alles gibt es irgendwo. Alles wird von irgendwem als gerecht, als sozial empfunden, als weniger gerecht, weniger sozial kritisiert, als ungerecht, als unsozial abgelehnt. Auf welche Weise ist es bedarfs-, leistungs- oder besitz-

standsgerecht, gewährleistet es das Existenzminimum, die Gleichheit, die Sicherheit oder die Wohlstandsteilhabe, wenn Eltern in der Rentenversicherung Erziehungszeiten für ein Jahr, zwei, drei oder fünf Jahre, mit dem Wert ihres eigenen Durchschnittseinkommens, mit dem Wert des allgemeinen Durchschnittseinkommens, mit weniger oder mehr gutgebracht werden, zu Lasten der Versicherten-gemeinschaft, zu Lasten des Steuerzahlers oder zu wessen Lasten sonst? Und auf alle diese Fragen gibt es die unterschiedlichsten Antworten – im positiven Recht ebenso wie in der wissenschaftlichen und politischen Bewertung dieser Regelungen.

c) Partikularisierung des Sozialrechts zwischen der Unendlichkeit der Sinnvarianten des Sozialen und der Unmöglichkeit, sie in einem System zu vereinen

Jeder von uns hat so sein eigenes Ensemble von Sinnvarianten des „Sozialen“ – Sinnvarianten, die ihm selbstverständlich sind; Sinnvarianten, die seiner Betroffenheit, seinem Interesse, seinen Erfahrungen, Erwartungen, Hoffnungen, Befürchtungen, seinen Wertvorstellungen entsprechen. Gruppen konstituieren eigene Ensembles von Sinnvarianten. Verbände und Parteien bündeln Sinnvarianten zu weiteren Ensembles. Insgesamt lebt so ein Maximum an Sinnvarianten im Bewußtsein der Gesellschaft. Sozialpolitik und Sozialrecht sind genötigt, sich diesem Maximum zu nähern.

Dabei nun unterliegt das Sozialrecht einem eigentümlichen Zwang. Viele der Sinnvarianten widersprechen einander. Viele wären jedenfalls nicht ohne Wirkungsverlust miteinander zu verbinden. Je umfassender also ein in sich geschlossenes sozialrechtliches System möglichst alle Einwohner, möglichst alle Situationen sozialen Nachteils und möglichst alle Leistungen regeln wollte, desto weniger Sinnvarianten könnte es gleichzeitig realisieren. Darum löst das Sozialrecht sich in Regelungseinheiten und Institutionen auf, die sich spezifisch auf gewisse Personengruppen, gewisse Situationen sozialen Nachteils oder auf gewisse Techniken der Gefahrenabwehr oder der Kompensation beschränken. In ihnen werden gewisse Sinnvarianten verwirklicht, andere vernachlässigt. Die Vielfalt, ja Verworrenheit unserer Sozialleistungssysteme gibt dieser institutionellen Arbeitsteilung Ausdruck. Man denke nur, wieviele Sinnvarianten des Sozialen realisiert werden, indem an der Alterssicherung in unserem Lande neben der Vielfalt der „eigentlichen“ Alterssicherungssysteme der Rentenversicherung, der Altershilfe für Landwirte, der Beamtenversorgung usw. usw., – je nach den Umständen – auch Entschädigungssysteme (wie Kriegsofpferversorgung, Lastenausgleich, Unfallversicherung usw.) und Hilfs- und Förderungssysteme (wie Wohngeld oder Sozialhilfe) Anteil haben.



Wie weit die institutionelle Vielfalt eines Sozialrechts getrieben wird, wie die einzelnen Institutionen angelegt sind, wie die Grenzen zwischen ihnen verlaufen, ist von Land zu Land sehr unterschiedlich. Eine nochmals andere Frage ist, wie sinnvoll oder wie sinnwidrig die konkrete Gestaltung jeweils ist. Aber die Vielfalt ist überall da.

#### *IV. Sozialrecht und Verfassungsstaat*

##### *1. Das Grundverhältnis*

Diese elementare Offenheit und Komplexität des „Sozialen“ steht in einem tiefen Zusammenhang mit dem Verfassungsstaat. In dem Maße, in dem ihm eine autonome Gesellschaft und die Vielfalt der Interessen und Meinungen wesentlich sind, macht die Vielfalt der Meinungen darüber, was „sozial“ ist, nicht nur möglich. Er ist geradezu darauf angelegt, daß immer wieder neue Interessen und Meinungen artikuliert und geltend gemacht werden. Es ist die Vielfalt des Lebens, der die verfassungsstaatlichen Garantien der Privatheit und der Freiheit Raum geben, die sich in der Vieldeutigkeit des „Sozialen“ reflektiert. Am Ende jedoch entscheiden die Regeln und Institutionen des Verfassungsstaates darüber, was sich durchsetzt, was verbindlich wird, was Sozialrecht wird. Und diese Regeln und Institutionen selbst sind – vor allem, aber nicht nur durch die Periodizität der Wahlen – darauf angelegt, immer wieder neuen Sinnvarianten des „Sozialen“ Beachtung zu schenken und Geltung zu verleihen.

##### *2. Vom totalitären zum Verfassungsstaat*

Der totalitäre und – im wesentlichen gleich – auch der spättotalitäre Staat negiert die Offenheit und Komplexität des „Sozialen“, die der Verfassungsstaat gleichermaßen voraussetzt und bewirkt. Das Spektrum des „Sozialen“ wird von der politischen Führung her auf das Äußerste eingengt. Da jene Privatheit und Freiheit, aus der heraus sich eine Gesellschaft bilden kann, nicht existiert, wird diese Einsilbigkeit des „Sozialen“ auch nicht von der Gesellschaft her in Frage gestellt. Der enge Korridor möglicher Politik und so auch des möglichen Rechts wird in der Partei definiert. Die „herrschenden Verhältnisse“ sind „sozial“. Das Argument des „Sozialen“ ist so kein Potential der Kritik an der Herrschaft.

Soll sich das im Übergang vom spättotalitären Sozialismus zum Verfassungsstaat auflösen, so erfordert das einen vielschichtigen Prozeß:

– die Herstellung entsprechender Rechtsnormen und Institutionen;

- die Entwicklung einer autonomen Gesellschaft, für die entsprechendes Recht eine notwendige, aber keine zureichende Bedingung ist;
- die Entfaltung der Spannung zwischen der Vielfalt der Interessen und Meinungen und den verfassungsstaatlichen Weisen und Grenzen ihrer Verwirklichung;
- schließlich das Wachsen des Zusammenspiels der Gesellschaft und des Staates dahin, ein Maximum dessen zu realisieren, was in einer freien verfassungsstaatlich organisierten Gesellschaft als „sozial“ vorstellbar ist.

Wir sehen in Osteuropa, wie diese Entwicklungen sich ungleichgewichtig und ungleichzeitig vollziehen und so den Prozeß der Umwandlung vom spättotalitären Sozialismus zum sozialen Verfassungsstaat ins Stolpern, ja ins Stocken bringen. Im Rahmen der deutschen Vereinigung werden diese Schwierigkeiten spezifische Züge annehmen. Die Regeln und Institutionen des Verfassungsstaates werden mit der größten Schnelligkeit wirksam werden. Die gesellschaftlichen Entsprechungen werden dadurch, daß es nicht nur um die Verhältnisse und das Bewußtsein der Menschen in der DDR geht, sondern um die Vermischung der Vorverständnisse, Erfahrungen und Ideen der Menschen in beiden Teilen Deutschlands von ganz besonderer Natur sein. Ob dies die Gefahr der Ungleichgewichtigkeit und Ungleichzeitigkeit zwischen der normativen und institutionellen Entwicklung auf der einen Seite und der gesellschaftlichen Entwicklung auf der anderen Seite verschärft oder mindert, ist eine offene Frage.

### *3. Die Vielfalt der Verfassungsstaaten*

Für die europäische Dimension der Problematik zeigt sich der Zusammenhang zwischen der Offenheit und Vielfalt des „Sozialen“ und dem Verfassungsstaat auf wesentlich andere, in sich freilich kaum weniger spannende Weise. In den zwölf Mitgliedstaaten haben unterschiedliche politische, gesellschaftliche und wirtschaftliche Verhältnisse und Ideen, aber auch unterschiedliche geschichtliche, insbesondere auch sozialrechtsgeschichtliche Entwicklungen auf der einen Seite und unterschiedliche Verfassungsregeln und -institutionen auf der anderen Seite das nationale Sozialrecht und die nationale Sozialpolitik zwölfmal unterschiedlich geprägt. Das ergibt a priori auch zwölf unterschiedliche Interessen gegenüber einer europäischen Sozialpolitik und einem europäischen Sozialrecht. Das flirrende Spiel des „Sozialen“ hat so über Europa hin ein breiteres Spektrum und zusätzliche, nämlich nationale Tendenzen der Ensemblebildung. Gerade diese richten sich kaum auf ein

gemeinsames europäisches Sozialrecht, das die nationalen Sozialrechtsordnungen ablösen könnte. Sie richten sich vielmehr auf ein über- und zwischenstaatliches Sozialrecht, das die nationalen Sozialrechtsordnungen miteinander verbindet, den Menschen die Wanderung zwischen Staaten erleichtert und die Verteilungs- und Umverteilungsströme zwischen den Mitgliedstaaten steuert.

Aus diesem verwirrenden Vorrat sozialpolitischer Vorstellungen das auszufiltern, was als europäisches Sozialrecht verbindlich sein soll, ist Sache der europäischen Politik. Deren wesentliche Bedingung ist die Verfassung der Europäischen Gemeinschaft, wie sie in den Verträgen, mit denen sie gebildet wurde, zum Ausdruck kommt. Hier nun stehen wir auf eigentümliche Weise vor einem Phänomen, das zu den Entwicklungen in den früher oder gerade noch „sozialistischen“ Staaten eine gewisse Parallele aufweist: es ist nicht sicher, ob die Entwicklung der Verfassung Europas, die Entwicklung der europäischen Gesellschaft und die Entwicklung des europäischen Sozialrechts miteinander in Einklang sehen. Die Europäischen Verträge wollen keine Staatsverfassungen sein. Sie regeln bestimmte Aufgaben, die den Organen der Gemeinschaft übertragen sind. Die zentrale Stellung des Rates stellt die Gemeinschaft als eine Funktion der nationalen Politik dar. Zwar gibt es unitarische Elemente. Das Parlament bringt in die europäische Politik nationale Gemeinsamkeiten ebenso ein wie übernationale. Die Kommission ist rechtlich auf Supranationalität angelegt, wird jedoch vom Rat dominiert. Am deutlichsten stellt der Gerichtshof Übernationalität dar.

Trotz dieser unitarischen Elemente wird man nicht sagen können, es gäbe bereits eine europäische Gesellschaft, die sich in der Europäischen Gemeinschaft verfaßt sieht. Die Völker der Mitgliedstaaten sehen sich in diesen verfaßt. Europäer sind sie auf mittelbare Weise.

Dem haben bisher auch die sozialpolitischen und sozialrechtlichen Aufgaben der Europäischen Gemeinschaft<sup>7</sup> entsprochen. Die Kompetenzen waren auf einige Grundsätze und auf die Koordination – die kollisionsrechtliche Regelung der Verknüpfung und Durchlässigkeit – der nationalen Sozialrechtsordnungen begrenzt. Und die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse in den Mitgliedstaaten waren so unterschiedlich, daß eine einheitliche Sozialpolitik auch faktisch und politisch auf enge Grenzen stieß.

Diese Entsprechung zwischen rechtlicher und gesellschaftlicher Entwicklung erscheint insbesondere unter vier Gesichtspunkten in Frage gestellt:

---

<sup>7</sup> S. etwa Bernd *Schulte*, Europäische Sozialpolitik – eine Zwischenbilanz, Sozialer Fortschritt 1986, S. 1 ff.

- Erstens: Das Koordinationsrecht hat immer größere wande- rungs- und verteilungspolitische Bedeutung erlangt. Vor allem der Europäische Gerichtshof<sup>8</sup> hat dahin gewirkt.
- Zweitens: Die ungleichen sozialen Verhältnisse in den Mitglie- dstaaten werden immer weniger als ein Hindernis für eine europäi- sche Sozialpolitik, sondern als ein Grund für Angleichung und Umverteilung angesehen. Vor allem im Parlament<sup>9</sup> findet die Tendenz Ausdruck, die jeweils besseren sozialen Leistungen jedem zu eröffnen, der zu ihnen wandert.
- Drittens: Die Einheitliche Europäische Akte hat dem europäi- schen Gesetzgeber – wenn grundsätzlich auch unter dem Vorbe- halt der Einstimmigkeit des Rates – weitergehende Befugnisse auch auf dem Gebiet des Sozialrechts erteilt.
- Viertens: Der europäische Binnenmarkt wird wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen auslösen, die eine einheitliche sozialpolitische und sozialrechtliche Reaktion erfordern.

#### V. Die Verflechtung von sozialrechtlicher und verfassungspolitischer Aufgabe

So stehen wir vor zwei Dimensionen einer sozial- und verfas- sungsrechtlichen Aufgabe.

##### 1. Die sozialrechtliche Aufgabe

###### a) Im Prozeß der deutschen Vereinigung

Im Prozeß der deutschen Vereinigung<sup>10</sup> muß in der bisherigen DDR der sozialrechtliche Sprung von der „Einheit von Wirtschafts- und Sozialpolitik“ zur grundsätzlichen Trennung von internalisie-

---

<sup>8</sup> S. dazu die jährlichen Berichte von Bernd *Schulte* über die Rechtspre- chung des Europäischen Gerichtshofs zum Sozialrecht im Jahrbuch des Sozi- alrechts. Zuletzt: Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart, Bd. 12, Berlin: E. Schmidt 1990, in Druck: Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Euro- päischen Gerichtshofes 1988 und 1989.

<sup>9</sup> S. Unterrichtung durch das Europäische Parlament – EntschlieÙung zur sozialen Dimension des Binnenmarktes vom 13. 4. 1989, Deutscher Bundes- tag, Drucksache 11/4340, S. 5, 12–14; BeschluÙempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (11. Ausschuß) zu der Unterrich- tung durch die Bundesregierung – Drucksache 11/3831 Nr. 20, Die soziale Dimension des Binnenmarktes – KOM (88) 1148 endg. „Rats-Dok. Nr. 8324/88“, 31. 5. 1989, Deutscher Bundestag, Drucksache 11/4645, S. 9 f., 17 f., 26.

<sup>10</sup> S. dazu Rudolf *Kolb*, Die Rentenversicherung in einem sich einigenden Deutschland, Deutsche Rentenversicherung, 1990, S. 141 ff.; Bernd *von May-*

rendem und externalisierendem Sozialrecht getan werden. Erwerbsverhältnisse und Verteilungsprozesse müssen ihrer Eigengesetzlichkeit zurückgegeben werden. Diese Eigengesetzlichkeit schließt, wie schon gesagt, die Abwehr sozialer Gefährdungen grundsätzlich, die Kompensation sozialer Defizite (wie etwa Invalidität, Arbeitslosigkeit oder Alter) aber nur begrenzt ein. Darauf müssen die Erwerbsverhältnisse und Verteilungsprozesse in dem Raum der DDR rechtlich wie taktisch neu eingerichtet werden.

Die Kompensation sozialer Defizite ist Sache des externalisierenden Sozialrechts, des Sozialleistungsrechts, der Umverteilungsprozesse. Sozialleistungen können deshalb nicht länger voraussetzen, durch betriebliche Leistungen, politisch beeinflusste Preise usw. flankiert zu werden.<sup>11</sup> Renten etwa müssen den Lebensbedarf des Rentners decken, ohne vorauszusetzen, was er vom alten Betrieb, von der Gewerkschaft oder kraft Preisbindung oder Subvention umsonst oder billiger bekommen hat. Die Umstellung der Altersrenten impliziert – um ein Beispiel zu nennen – so drei Aufgaben:

- erstens, die Umstellung von dem Zweck, in einem Verbund von Hilfen der Bedarfsdeckung eine Kern-Einkommenssicherung zu bieten, auf den Zweck, das notwendige Einkommen umfassend zu gewährleisten;
- zweitens, die Umstellung vom jeweils früheren Lohn- und Preisniveau auf das aktuelle Lohn- und Preisniveau;
- drittens, die strukturelle Korrektur der Rentenberechnung von dem Bündel von Bedarfs-, Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit, welche das Verhältnis zwischen Beiträgen, sonstiger Lebensleistung, Lebensstandard, Löhnen, Preisen und Beitragslast der Aktiven einerseits und den Renten andererseits in der DDR bestimmte auf das Bündel von Bedarfs-, Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit, welches das Verhältnis dieser Elemente untereinander und zu den Renten im Rentenrecht der Bundesrepublik bestimmt.

Diese Dreierheit von Aufgaben – der Wiederherstellung der Eigengesetzlichkeit der Erwerbsverhältnisse und Verteilungsprozesse und also der Trennung von internalisierendem und externalisierendem

dell, Die Rentenversicherung auf dem Wege zur deutschen Einheit, Deutsche Rentenversicherung 1990, S. 387 ff.; Gerhard Bäcker/Johannes Steffen, Sozialunion: Das Beispiel Rentenversicherung, Sozialer Fortschritt 1990, S. 157 ff.

<sup>11</sup> S. dazu Michael Faude, Sozialrecht in der DDR, NDV 1977, S. 180 ff.; Ulrich Lohmann, Stichwort „Sozialrecht in der DDR“, Ergänzbares Lexikon des Rechts 11/505, 1990; Bruno Schönfelder, Sozialpolitik in den sozialistischen Ländern, München 1987.

Sozialrecht; der Anpassung an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse; und des Übergangs von Zielen, Werten und Techniken der spezifischen DDR-Regelungen zu den Zielen, Werten und Techniken des entsprechenden Bundesrechts – wird von Problem zu Problem und von Leistung zu Leistung variieren. Und sie wird Sozialpolitik und Sozialrecht lange in Atem halten.

Wie der gesamtdeutsche Verfassungsstaat jenseits des Einigungsvertrages diese Aufgaben erfüllen wird, ist in besonderer Weise offen. Die Regierungen und die Parlamentarier, die an dieser Gesetzgebung mitwirken, werden beide „Welten“ repräsentieren. Und sie werden auf Wähler Bedacht nehmen, die von grundsätzlich unterschiedlicher Betroffenheit geprägt sind. Zunächst und daneben freilich werden die Verwaltungen und mehr und mehr auch die Gerichte gefordert sein. Auch hier wird man mit Spannung darauf warten dürfen, was die Vereinigung nicht nur auf der Seite der Betroffenen, sondern auch auf der Seite der Entscheidenden verändert.

#### b) Im Prozeß der europäischen Einigung

Schauen wir auf Europa. Die Dialektik von Sozialrecht und Verfassungsstaat wird auf absehbare Zeit ihren Schwerpunkt im nationalen Rahmen haben. Dazu ist den Menschen die nationale Verfassungsautonomie ihrer Staaten zu selbstverständlich. Dazu ist ihnen und den Politikern die je eigene Sozialpolitik ihres Verfassungsstaates zu wichtig.

Gleichwohl wird die europäische Sozialpolitik weiter ausgebaut werden. Am ehesten wird das das internalisierende Sozialrecht – insbesondere das Arbeitsrecht<sup>12</sup> – betreffen. Hier haben auch die Mitgliedstaaten grundsätzlich nur Rahmenrechte gesetzt, um die Vielfalt der Verhältnisse den individuellen und kollektiven Verträgen zu überlassen. Das wird die Verbindung von Einheit und Vielfalt auch in Europa erleichtern und hat sie schon bisher erleichtert.

Anders ist die Situation hinsichtlich des Sozialleistungsrechts. Für den Augenblick scheint geklärt zu sein, daß es ein einheitliches europäisches Sozialleistungsrecht nicht geben wird. Auch einheitliche Grundsätze sind schwer vorstellbar. Dazu ist das Ineinander der unterschiedlichen Typen sozialer Sicherung – von Vorsorge-, Entschädigungs-, Hilfs- und Förderungssystemen; von Steuer- und

---

<sup>12</sup> S. Bengt *Beutler*/Roland *Bieber*/Jörn *Pipkorn*/Jochen *Streil*, Die Europäische Gemeinschaft – Rechtsordnung und Politik, Baden-Baden 1987, S. 312 ff., 440 ff.; zur aktuelleren Entwicklung s. Bernd *Waas*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht 1989, Bericht von der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Würzburg, ZIAS 1990, S. 70 ff.

Beitragsfinanzierung; von abstrakt zuteilenden und konkret nach dem Bedarf fragenden Systemen; von Geld-, Dienst- und Sachleistungssystemen; von nationalen und regionalen, von allgemeinen und gruppenbezogenen Systemen; von öffentlichen, gesellschaftlichen und privaten Trägern; von internalisierenden und externalisierenden Modalitäten – zu groß. Vielleicht wird man als erstes etwas über Mindeststandards einer Mindestsicherung sagen können. Viel mehr ist nicht abzusehen.

Auf dem Gebiet des Sozialleistungsrechts bleibt für Europa das vordringlich, was man europarechtlich die Koordination nennt: die Regelung der Durchlässigkeit der nationalen Sozialrechtsordnungen und der Verbindungen zwischen ihnen: der Altersrente für den Wanderarbeitnehmer, der Krankenversicherung für den ausländischen Touristen usw. Die Koordination war von vornherein die Stärke des europäischen Sozialrechts. Hier wäre gleichwohl noch viel zu verbessern hinsichtlich der Vollständigkeit, der sachgerechten Differenzierung, der Klärung subjektiver und objektiver Grenzen und der Praxis. Doch gibt es „politischere“ Fragen. Soll die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vom europäischen Gesetzgeber korrigiert werden? Soll die Freizügigkeit auf Nichterwerbstätige ausgedehnt und somit dem gesamteuropäischen Zugang zu den nationalen Sozialleistungen eine neue Dimension gegeben werden?

Auf Dauer aber werden die Konsequenzen des europäischen Einigungsprozesses – die fortschreitende Einheit der Wirtschaftsräume, der Ausbau der Freizügigkeit, die Zunahme der Wanderung, die intensivere Vermittlung zwischen nationaler und europäischer Politik im demokratischen Betrieb der Parteien, Wahlen und Parlamente usw. – der Angleichung der nationalen Sozialrechtsordnungen durch europäisches Recht neue Anstöße geben.

## *2. Die verfassungspolitische Aufgabe*

### a) Europa

Damit stellt sich die europäische Frage auf eine ganz neue, weiter ausgreifende Weise: ist die sozialrechtliche Verantwortung Europas richtig geregelt? Ist sie – in einem verfassungspolitischen Sinn – legitim geordnet? Fordert die sozialrechtliche Verantwortung Europas nicht andere Mehrheitserfordernisse im Rat, nicht andere Befugnisse des Parlaments? Erfordert sie nicht andere Garantien in den Verträgen, nicht eine europäische Grundrechtsordnung? Darf eine sozialpolitische Verantwortung – wie jetzt durch den Binnenmarkt – auch nur ausgelöst werden, ehe sich eine europäische Gesellschaft in einem europäischen Bundesstaat verfaßt?

Diese Diskussion endete fürs erste mit einem ebenso eigentümlichen wie symptomatischen Produkt: der „Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer“. Sie ist nicht rechtsverbindlich, allenfalls eine politische Selbstbindung der Mitgliedstaaten. Und sie formuliert nur Mindeststandards des Arbeitsrechts. Die Fülle aller anderen sozialen Probleme bleibt gänzlich unerörtert. Die verfassungsstaatliche Auseinandersetzung und Klärung des „Sozialen“ für ein gemeinsames Europa ist somit in keiner Weise geleistet. Daß diese Charta trotzdem als Fortschritt gepriesen wurde, ja daß die britische Regierung ihr sogar die Ehre erwies, sich ihr zu widersetzen, kann den, der um die sozialen Sorgen der Zeit weiß, nur erstaunen. Die Frage, unter welchen Bedingungen es legitim sein könnte, primär europäisches Sozialrecht zu setzen, bleibt danach jedenfalls offen.

## b) Deutschland

Eigentümlich genug: auch in der deutschen Politik sucht man im Übergang vom spätotalitären Staat der DDR zum gemeinsamen Deutschland unter dem Grundgesetz die Zuflucht bei sozialen Grundrechten. Sei es, daß man eine Revision des Grundgesetzes erwägt, sei es, daß man an eine neue Verfassung für Deutschland denkt. Nun haben soziale Grundrechte durchaus ihren Sinn. Grundrechte sind elementare Aussagen über das Verhältnis des einzelnen zur Gemeinschaft. Dazu können – ja müssen, will man die Stellung des einzelnen im Gemeinwesen umfassend beschreiben, – auch soziale Grundrechte gehören. Entscheidend ist dabei, daß die Eigenart sozialer Grundrechte im Verfassungsstaat nicht verkannt wird.

Grundrechte haben zunächst, wie bemerkt, eine beschreibende, eine rhetorische Funktion. Sie haben sodann eine rechtliche Funktion. Sie ermöglichen dem einzelnen auch den rechtlichen Konflikt mit dem Gemeinwesen. Freiheits- und Gleichheitsrechte, Status- und Verfahrensrechte sind dieser rechtlichen Funktion fähig. Soziale Grundrechte, die sich auf soziale Leistungen richten, sind nur sehr begrenzt geeignet, in rechtlichen Konflikten geltend gemacht zu werden. Sie sind ihrer Natur nach Programme, die, um verwirklicht zu werden, tatsächlichen Könnens und politischen Wollens bedürfen. Totalitäre Staaten haben mit dieser Differenz kein Problem. Sie schreiben auch Freiheits- und Gleichheitsrechte, Status- und Verfahrensrechte nur rhetorisch auf das Verfassungspapier. Verfassungsstaaten aber stehen vor dem Problem, die Geltungskraft rechtlicher Grundrechte unter der Geltungsschwäche nur rhetorischer Grundrechte nicht leiden zu lassen.

Der Verfassungsstaat muß ferner darauf bestehen, daß das



„Soziale“ zunächst in der Gesellschaft und von der Gesellschaft, also im Rahmen der Freiheit und durch Gebrauch von Freiheit bewirkt wird. Dem muß auch der Sinn einer sozialen Programmatik gerecht werden. Ein „Recht auf Arbeit“ ist so erstens die Freiheit zu arbeiten, ein Recht, die Arbeit frei zu wählen, eine Freiheit, sich durch Arbeit zu verwirklichen; zweitens ein Programm des Schutzes in der Arbeit, drittens ein soziales Programm für Kompensationen, wenn die Voraussetzungen für die Verwirklichung der Freiheit fehlen oder zu ungleich sind. Ein Recht auf Bildung ist zunächst ein Recht, die Bildung frei zu wählen, ein Recht, die gewählte Bildung frei zu erfahren, sie sich anzueignen, sodann ein Recht auf sozialen Schutz im Prozeß dieser Bildung und auf Leistungen, um gleiche Bildungschancen zu vermitteln. Im totalitären Staat fehlen diese Prämissen der Freiheit und der Selbstverantwortung.

Soziale Rechte laufen schließlich Gefahr, die Offenheit und Vielfalt des „Sozialen“ zu verdecken, die in freier Auseinandersetzung immer neu ausgetragen werden muß. Soziale Rechte sind nicht selten die Programme von gestern. Mitunter verwandeln sie die sozialen Errungenschaften von gestern in soziale Privilegien von morgen. Als die Länder nach 1945 in ihre Verfassungen soziale Programme aufnahmen, sprach nicht eine von Kriegsopfern, Heimatvertriebenen und Flüchtlingen. Und nur eine einzige, die Verfassung von Berlin, sprach von Behinderten. Vielmehr wurde rekapituliert, was in der Weimarer Zeit schon selbstverständlich war, und das waren die Kompromisse über die Ziele der Revolution von 1918. Die „Gemeinschaftscharta der sozialen Rechte der Arbeitnehmer“ verzichtet auf fast alle sozialen Probleme, die heute brennend sind: die ungerechte Ungleichheit zwischen Eltern und Kinderlosen, die Probleme der Pflege, die Probleme derer, die ihrer Selbstbestimmung verlustig gehen, die Probleme des Wohnens, die Lage der Kleinselbstständigen, die Lage der Überschuldeten, die sozialen Nachteile aller Land-, Volks- oder Sprachfremden, am Ende alles, was gemeinhin als „neue Armut“ diskutiert wird, – um nur einiges zu nennen. Soziale Probleme nehmen in einem ständigen Prozeß von Herausforderung und Antwort, von Änderung der Verhältnisse und Änderung der Werturteile immer neue Gestalt an. Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes ist für diese Entwicklungen offen. Wer sie durch soziale Grundrechte ergänzen will, muß darauf achten, diese Offenheit nicht zu gefährden.

c) Das notwendige Konzert der Institutionen, Verfahren und Argumente

Wir sehen: die soziale Verantwortung des Staates kann nicht mit sozialen Grundrechten abgedient werden. Entscheidend ist das gesamte Gefüge der Institutionen, Verfahren und Normen, in deren Rahmen sich die Auseinandersetzung um das „Soziale“ und seine stets neue Konkretisierung vollzieht.

Das gilt für Europa. Immer wieder ist von der „Politischen Union“ die Rede. Aber welche Institutionen, Zuständigkeiten und Verfahren, welche Rechte und Pflichten – auch über soziale Programme hinaus – gut und geboten sind, damit diese Union auch eine soziale Union werden kann, wird, wenn ich nichts übersehen habe, nicht gefragt.

Und es gilt für das gemeinsame Deutschland. Ich glaube nicht, daß es etwas gibt, was wir von der Verfassung der DDR zu lernen hätten. Das heißt aber nicht, daß wir nichts zu verbessern hätten. Immer deutlicher war im Lauf der Jahrzehnte geworden, daß die Institutionen und Verfahren unseres demokratischen Rechtsstaats zu Einseitigkeit neigen. Sie bevorzugen die Teile vor dem Ganzen. Sie bevorzugen die soziale Mitte vor dem sozialen „Unten“. Sie bevorzugen die organisierten Interessen vor den nichtorganisierten. Sie bevorzugen das Aktuelle vor der Kontinuität und trotzdem auch den Besitzstand gegenüber dem Ausgleich. Über zwei Jahrhunderte haben der Rechtsstaat und die Demokratie sich durch die Entwicklung ihrer Institutionen immer wieder ergänzt und verbessert. Sie haben dabei viel für den Sozialstaat geleistet. Die Suche nach den Institutionen aber, die das „Soziale“ noch besser in den demokratischen und rechtsstaatlichen Prozeß einbringen können, ist bisher weithin eine Geschichte der Mißerfolge. Sie bleibt gleichwohl aufgegeben<sup>13</sup> – gerade dem Juristen, wenn er nicht selbst, wie so oft, dem Teil lieber als dem Ganzen dient. Es gibt eine eigene soziale Verantwortung des richtigen Rechts.

Der Juristentag hat das Thema schon einmal aufgegriffen. Als die Sozialrechtliche Abteilung des 55. Deutschen Juristentages 1984 in Hamburg über die „Fortentwicklung des Rechts der sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz“ berichtete, beschloß sie deshalb auch die beiden folgenden Empfehlungen:<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> S. Hans F. Zacher, *Das soziale Staatsziel*, Joef *Iseensee*/Paul *Kirchhof* (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts I* 1987, S. 1101 ff., insbes. S. 1106 f. m. w. Nachw.

<sup>14</sup> S. zu den folgenden Zitaten: *Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages Hamburg 1984*, Bd. II, *Sitzungsbericht N*, S. 220 (Nr. 17 a und b).

„Eine unabhängige sachverständige Stelle ist mit dem Auftrag einzurichten, die Gesamtheit der Sozialleistungssysteme differenziert und fortlaufend zu erfassen, ihre Wirkungen zu analysieren und eine Vorausschau ihrer Entwicklung zu erstellen. Dadurch sollen die Öffentlichkeit und die Politik umfassend und kontinuierlich über die Realität und Bedeutung der Sozialleistungssysteme je für sich, im Vergleich untereinander und in ihrer Gesamtheit unterrichtet und der Anwendung der einschlägigen Verfassungsgrundsätze ein verlässlicher Boden bereitet werden“.

„Der Gesetzgebungsprozeß muß entlastet, beruhigt und verbessert werden. Die Möglichkeiten der gesetzlichen Anordnung selbstregulierender Mechanismen müssen ausgeschöpft werden. Auf die Eignung der Gesetze zu dauernder Ordnung im Rahmen des Gesamtsystems ist größter Wert zu legen, während der aktuelle, punktuelle Eingriff in den Rechtsbestand eingedämmt werden muß. Diese Forderung gilt in besonderer Weise für Regelungen, die, wie das Recht der Alterssicherungssysteme, Erwartungen für lange Zeit begründen und rechtfertigen sollen“.

Diese Empfehlungen treffen zentrale Probleme des sozialen Verfassungsstaates. Sie sollten nicht vergessen werden. Die Glaubwürdigkeit des sozialen Verfassungsstaates wird im gemeinsamen Deutschland noch wichtiger sein als bisher.