

Hans F. Zacher

Abhandlungen zum Sozialrecht

Herausgegeben von
Bernd Baron von Maydell
und
Eberhard Eichenhofer



C. F. Müller Juristischer Verlag
Heidelberg

072227168

Universitäts-
Bibliothek
München

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Zacher, Hans F.:

Abhandlungen zum Sozialrecht / Hans F. Zacher. Hrsg. von
Bernd Baron von Maydell und Eberhard Eichenhofer. –
Heidelberg : Müller, Jur. Verl., 1993

ISBN 3-8114-3593-0

NE: Maydell, Bernd von [Hrsg.]; Zacher, Hans F.: [Sammlung]

© 1993 C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg
Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Werkdruckpapier
aus 100 % chlorfrei gebleichtem Zellstoff

ISBN 3-8114-3593-0

K93/3539

Inhaltsverzeichnis

<i>Einleitung</i>	VII
-------------------------	-----

I. Sozialstaat, Gesellschaft und Verfassung

Das soziale Staatsziel	3
Der Sozialstaat als Prozeß	73
Zur sozialen Programmatik der Bayerischen Verfassung	94
Soziale Gleichheit	129
Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft	166
Soziale Indikatoren als politisches und rechtliches Phänomen	209

II. Grundfragen des Sozialrechts

Was ist Sozialrecht?	249
Grundtypen des Sozialrechts	257
Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung	279
Sozialrecht und Gerechtigkeit	308

III. Internationales und vergleichendes Sozialrecht

Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung	329
Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich	376
Grundfragen des internationalen Sozialrechts	431
Traditional Solidarity and Modern Social Security – Harmony or Conflict?	455

IV. Einzelfragen

Die Frage nach der Entwicklung eines sozialen Entschädigungsrechts ..	473
Alterssicherung – Spiegel der gesellschaftlichen Entwicklung	498
Der Behinderte als Aufgabe der Rechtsordnung	533
Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung	555
Der Ärztestreik als Rechtsproblem	582

<i>Quellenverzeichnis</i>	617
<i>Verzeichnis sämtlicher Veröffentlichungen zum Sozialrecht</i>	619
<i>Stichwortverzeichnis</i>	635

Einleitung

I.

Am 22. Juni 1993 wird *Hans F. Zacher* sein 65. Lebensjahr vollenden. Dieser Tag ist nicht der Abschluß seiner beruflichen und wissenschaftlichen Tätigkeit. Denn vor ihm liegt die zweite Hälfte seiner Amtszeit als Präsident der Max-Planck-Gesellschaft. Ein solcher Tag lädt dennoch ein zum Innehalten und Bilanzziehen. Wir nehmen den Geburtstag daher zum Anlaß, Abhandlungen zum Sozialrecht aus der Feder von *Hans F. Zacher* in diesem Band herauszugeben.

Dieses Publikationsvorhaben ist vor allem in der Sache begründet. Wir glauben, daß die in über drei Jahrzehnten erschienenen Veröffentlichungen *Zachers* einem größeren Publikum wesentliche Einblicke und Einsichten in Grundfragen und Grundlagen des Sozialrechts vermitteln könnten, wenn sie in einem Buch zusammengefaßt, angemessen ausgewählt und systematisiert werden. Denn *Zachers* Abhandlungen zum Sozialrecht sind derzeit nur schwer zugänglich. Manche von ihnen sind in Büchern erschienen, die inzwischen längst vergriffen sind. Andere sind in Zeitschriften enthalten, zu denen nur wenige Zugang haben. Weitere Publikationen sind in Festschriften veröffentlicht und gereichen dort dem durch die Festschrift ausgezeichneten Jubilar zur Ehre, wogegen der Autor des Beitrages hinter dem Jubilar zurücktritt. Ein Aufsatz schließlich, der hier aufgenommen wurde, ist nur im Eigenverlag publiziert worden. So haben *Zachers* Arbeiten zwar einzelne Gruppen der Öffentlichkeit in den letzten Jahrzehnten erreicht und viele bewegt, zum Nachdenken angeregt und zu wichtigen Einsichten verholfen. Die Wirkungen von *Zachers* Arbeiten ließen sich jedoch noch steigern, wenn sie in einem Band zusammengefaßt würden. So entstand der Plan zu dieser Edition.

Sie soll zunächst dem Leser den Zugang ebnen zu dem Schaffen eines sprachgewaltigen Autors. Manche von *Zachers* Botschaften sind geradezu zum Aphorismus verdichtet: "Der Sozialstaat will aber nicht Gleichheit ohne Freiheit. Er will mehr Gleichheit in der Freiheit" (S. 63), Sozialpolitik sei "Korrektur wirtschaftlicher Verhältnisse mit wirtschaftlichen Mitteln" (S. 81), "Umverteilung ist ein gewillkürtes Instrument gewillkürter Zuteilung von Einkommen und Vermögen" (S. 282) – in solchen Sätzen werden Grundstrukturen des Sozialrechts auf das Wesentliche reduziert und auf den Begriff gebracht.

Festhaltenswert erscheinen uns die Texte auch wegen ihrer Metaphern und eigenwilligen, gleichzeitig aber höchst sinnfälligen Sprachschöpfungen (z.B. "Entfaltungshilfen" (S. 104) für Leistungen sozialer Förderung oder "Umverteilungsmittler" (S. 285) für Sozialleistungsträger). Mit welcher Leichtigkeit wird die Komplexität von Recht und Wirklichkeit erfaßt, wenn zu der Verfassungsbe-

stimmung, die Bundesrepublik Deutschland sei ein "sozialer Rechtsstaat", geschrieben wird: Die Feststellung wird "zum Auftrag, zum Ziel, zur Norm" (S. 3). Welch ein Hintersinn steckt in der Formulierung, Sozialpolitik sei die "Technik der partikularen Erfüllung von Teilerwartungen" (S. 79). Und welcher Reichtum von Assoziationen wird freigesetzt durch den Satz: Sozialpolitik sei ein "soziales, ökonomisches und politisches perpetuum mobile von größter Unrast" (S. 82).

Doch nicht allein diese darstellerischen oder ästhetischen Gründe rechtfertigen die vorliegende Edition. Es sind wesentlich inhaltliche Gründe. Obgleich das Grundgesetz in seinen "Staatsfundamentalnormen" (Artt. 20, 28) den Grundsatz der Sozialstaatlichkeit aufführt, ist deren Inhalt im Ungefähren geblieben: "Abstrakte Gewißheit – konkrete Ungewißheit", mit dieser Formulierung drückt es *Zacher* aus. Er hat sich dieser Thematik seit Beginn seiner wissenschaftlichen Laufbahn angenommen und ist ihr treu geblieben. Seine Befunde sind nicht nur wichtig als Frucht eines mehr als drei Jahrzehnte umfassenden Denkens und Bemühens. Sie sind auch wichtig als das Zeugnis des Angehörigen einer Generation, die gerade mündig geworden war, als das Grundgesetz verabschiedet wurde, und die das Grundgesetz seither wie keine Generation nach ihr verfassungspatriotisch begleitet.

Trotz einer immer üppigeren literarischen Produktivität auf dem Gebiet des Sozialrechts werden dessen Grundfragen nach Begriff, Systematik, Grundstrukturen und den sie leitenden Gerechtigkeitspostulaten nicht in der gebotenen Breite und Tiefe diskutiert. *Zacher* hat hierzu Bleibendes gesagt. Hinter diesen Erkenntnisstand sollten künftige Diskussionen nicht zurückfallen. Deshalb dokumentieren wir ihn.

Die wissenschaftlichen Bemühungen um das Vergleichende und Internationale Sozialrecht haben in den beiden letzten Jahrzehnten in Deutschland erfreulich zugenommen. Dazu wäre es freilich nicht gekommen, hätte nicht *Hans F. Zacher* Mitte der 70er Jahre die zwar ehrenvolle, doch vielfältige Entsagung fordernde Bürde auf sich genommen, eine Projektgruppe und später ein Max-Planck-Institut für Vergleichendes und Internationales Sozialrecht aufzubauen. Auch auf dem Gebiet des Vergleichenden und Internationalen Sozialrechts hat *Zacher* zu den elementaren Fragen Stellung genommen und Antworten formuliert, die vor dem Vergessen-Werden bewahrt werden sollten, zumal der Sozialrechtsvergleich in dem gegenwärtigen Transformationsprozeß der Staaten Mittel- und Osteuropas eine erhebliche praktische Relevanz erlangt.

Schließlich hat *Zacher* bei den unterschiedlichsten Gelegenheiten und aus verschiedenstem Anlaß zu wesentlichen Teilproblemen des Sozialrechts Stellung genommen, so zu den Grundfragen der einzelnen Zweige des Sozialrechts, dem sozialen Schutz vor einzelnen sozialen Risiken, dem Schutz einzelner Personengruppen oder der Stellung von Gruppen und Leistungserbringern im System der sozialen Sicherheit. Diese Erörterungen werden von den Einsichten in die Grundstrukturen des Sozialrechts geleitet. So wird an der praktischen Einzelfrage die Bedeutung der grundsätzlichen Wertungen des Sozialrechts erst eigentlich platisch.

II.

Bei der Auswahl der in diesem Band aufzunehmenden Arbeiten bemühten wir uns, Zeugnisse aus allen Schaffensperioden auszusuchen. Wir versprechen uns davon, daß dem Leser ein Einblick in die Entwicklung und Herausbildung von Denkfiguren vermittelt wird.

Keiner der Beiträge kann die Zeitumstände verleugnen, in der er entstanden ist. Sätze wie: die "Zurückhaltung" des Bundesverfassungsgerichts "kann den Verzicht auf eigene Konzeptionen nicht beliebig kompensieren" (S. 164), flossen dem damals gerade vierzigjährigen *Zacher* im legendären Jahr 1968 aus der Feder. Doch die aus solchen Formulierungen sprechende kecke Angriffslust wurde schon wenige Jahre später (1974) von einer tiefgehenden Skepsis verdrängt, wenn er den sozialen Indikatoren bescheinigt, sie seien eine "unleugbare Verbesserung der Weisen gesellschaftlicher Kommunikation und Wirkung, und gleichwohl gefährlich – voller Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit des Mißbrauchs und der Entartung" (S. 243). Dies alles bezeugt: *Zacher* führt kein dem Alltagsleben entrücktes Gelehrten-dasein, sondern seit jeher eine *vita activa*.

Weil uns die Dokumentation seiner Beiträge zum Sozialrecht für die weitere Entwicklung dieses Rechtsgebiets wesentlich erscheint, sahen wir von der Aufnahme seiner Arbeiten auf anderen Gebieten ab, namentlich Arbeiten auf den Gebieten des Verfassungsrechts von Bund und Ländern, dem kollektiven Arbeitsrecht, dem Wirtschafts- und Hochschulrecht. Auch seine Beiträge zu Grundfragen der Zeit und Fragen des kirchlichen Lebens werden nicht dokumentiert.

Entsprechend dem Schwerpunkt seines sozialrechtlichen Schaffens wählten wir vier Themenkreise aus, die wir jeweils durch vier bis sechs Abhandlungen dokumentieren wollen:

- Sozialstaat, Gesellschaft und Verfassung (I)
- Grundfragen des Sozialrechts (II)
- Internationales und Vergleichendes Sozialrecht (III)
- Einzelfragen (IV).

Bei der Auswahl suchten wir einen Kompromiß zu finden zwischen dem Anliegen, einerseits *Zachers* sozialrechtliche Beiträge in ihrer ganzen thematischen Spannweite zu dokumentieren und andererseits den Band hinreichend überschaubar zu halten. Zwischen diesen beiden einander gegenläufigen Anliegen einen Ausgleich zu finden, bereitete Mühe und machte einige schmerzliche Entscheidungen notwendig.

So hätten wir es gerne gesehen, wenn wir – *Zachers* zeitgeschichtlichen Neigungen folgend – den großen Aufsatz "40 Jahre Sozialstaat – Schwerpunkte der rechtlichen Ordnung" hätten aufnehmen können. Dies verbot sich leider aus Raumgründen. Wir hoffen jedoch, daß dieses Fehlen ausgeglichen wird durch die in einigen Beiträgen enthaltenen historischen Passagen. Ähnlich grundlegend erschien uns *Zachers* Referat, welches er 1968 auf dem 47. Deutschen Juristentag über die Verbesserung der sozialen Sicherung der nichterwerbstätigen Frau gehalten hat. Dieses Ziel ist nach wie vor noch nicht erreicht (vgl. auch *Zachers* Beitrag

“Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung”, S. 555 ff.). Aber die Unzulänglichkeiten des Jahres 1968 sind durch inzwischen eingetretene Reformen weithin überwunden. Auch seine grundlegenden Anregungen zur Kodifikation des deutschen Sozialrechts hätten in diesen Band gehört – wäre der Gesetzgeber nicht in seinem Kodifikationsvorhaben anderen Zielen gefolgt. Wir hätten uns schließlich auch gewünscht, noch weitere Arbeiten zur Rechtsvergleichung, zum Europarecht sowie zum Internationalen Sozialrecht aufzunehmen, etwa den bedeutsamen Beitrag über die “Ziele der Alterssicherung und die Formen ihrer Verwirklichung”. Auch dieses Vorhaben wurde letztlich verworfen, damit der Band noch überschaubar bleibt.

Wir hoffen indessen, daß die vorliegende Auswahl den einen oder anderen Leser dazu anregen möge, sich um weitere Beiträge von *Zacher* zu bemühen. Um ihm dabei die Suche zu erleichtern, drucken wir am Ende des Bandes ein vollständiges Verzeichnis sämtlicher sozialrechtlicher Schriften *Hans F. Zachers* ab.

III.

Die Auswahl der Beiträge, die in diesem Band aufgenommen worden sind, und deren Reihenfolge sollen erläutert werden.

Den ersten Themenkreis nennen wir “Sozialstaat, Gesellschaft und Verfassung”. Es soll damit zum Ausdruck gebracht werden, daß Rechtsstaat, Demokratie und Sozialstaatlichkeit “nur unter der Prämisse des Gegenüber von Staat und Gesellschaft verstanden werden” (S. 19) können und die Verfassung eine Synthese ermöglicht, “in der sich die soziale Befindlichkeit der Menschen als eine Gesamtleistung von Staat und Gesellschaft darstellt” (S. 20).

Diesem Themenkreis werden fünf Abhandlungen zugeordnet, die den geschilderten Zusammenhang verdeutlichen sollen. Am Anfang steht die Studie: “Das soziale Staatsziel”. In ihr finden sich umfassend, aber auf das Äußerste verdichtet die zentralen Aussagen über Auftrag und Inhalt von Sozialstaatlichkeit.

Die Zukunftsoffenheit aller Sozialstaatlichkeit, die in dieser Studie nur anklängt (“Die sozialen Herausforderungen führen zu sozialpolitischen Antworten. Jede sozialpolitische Antwort aber verändert die Welt der sozialen Herausforderungen” (S. 45)), wird in der im Anschluß daran abgedruckten Arbeit vertieft und ausgeführt. Der Aufsatz: “Der Sozialstaat als Prozeß” macht die notwendige Unvollkommenheit aller Sozialpolitik bewußt und erklärt so deren eigentümliche Dynamik.

Die sich daran anschließende Studie: “Die soziale Programmatik der Bayerischen Verfassung” nimmt sich der verfassungsrechtlichen Fragen an, die eine sozialpolitische Ziele proklamierende Vollverfassung aufwirft. Der Beitrag erscheint uns auch wichtig, weil in ihm bedeutsame Aussagen über die Grundpflichten enthalten sind.

Der folgende – von *Zacher* bescheiden “Bericht” genannte – Aufsatz illustriert die Bedeutung, die der verfassungsrechtlichen Verbürgung von Gleichheit für die

Entwicklung der Sozialpolitik zukommt. Zacher beanstandet darin gegenüber dem Bundesverfassungsgericht dessen "Minimalismus und Quietismus der Gleichheitskontrolle" (S. 143) und macht gleichzeitig plastisch deutlich, daß Gleichheit wesentlicher Antrieb sozialer Intervention ist. Würde diese Forderung nicht jüngst durch das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 7. Juli 1992 aufgegriffen, als es dem Gesetzgeber – gestützt auf Art. 3 Abs. 1 GG (!) – aufgab, die auf Kindererziehung beruhenden rentenrechtlichen Nachteile mehr als bisher auszugleichen?

In dem Beitrag: "Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft" sind wesentliche Aussagen über die Wirtschaftsverfassung des vom Grundgesetz geprägten sozialen Rechtsstaats enthalten. So veranschaulicht der Beitrag vor allem die Vielgestaltigkeit der sozialpolitischen Interventionen, klärt die ökonomischen Voraussetzungen des Sozialrechts und erläutert den "Mehrwert des Sozialrechts gegenüber der Sozialpolitik" (S. 180 f.).

Dieser Themenkreis wird durch das Referat: "Soziale Indikatoren als politisches und rechtliches Phänomen" abgeschlossen. In ihm geht es um die Frage, inwieweit eine gesamtgesellschaftliche Rahmenplanung, die politisches Handeln auf qualitative Ziele verpflichtet, unter dem Grundgesetz entwickelt werden kann.

Den zweiten Themenkreis haben wir "Grundfragen des Sozialrechts" genannt. Ein erster Beitrag handelt vom Begriff des Sozialrechts. Die Frage: "Was ist Sozialrecht?" drängt sich angesichts der vielfältigen Verwendungsweisen dieses Begriffes auf. Ferner kommt darin das Verhältnis von Sozialrecht und sozialer Sicherheit zur Sprache.

In der folgenden Abhandlung: "Grundtypen des Sozialrechts" führt *Zacher* die für das Verständnis von Aufgabe und Funktion von Sozialrecht elementar wichtige Unterscheidung zwischen "Externalisierung" und "Internalisierung" einer sozialpolitischen Problemlösung ein. Des weiteren enthält diese Abhandlung wichtige Aussagen zu einer Systematisierung der verschiedenen sozialrechtlichen Leistungszweige.

Der im Anschluß daran abgedruckte Aufsatz: "Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung" wurde nicht nur aufgenommen, weil in ihm versucht wird, aus den dem Sozial-"Recht vorausliegenden Sachstrukturen" (S. 279) allgemeine Aussagen über die durch jeden Sozialleistungszweig betriebene Umverteilung zu gewinnen und damit ein Beispiel für eine "Dogmatik mittlerer Kategorien" (S. 281) zu geben. Der Aufsatz veranschaulicht auch eindrucksvoll *Zachers* methodischen Zugriff auf die ihm gestellten Probleme.

Dieser Themenkomplex wird abgeschlossen durch den Beitrag: "Sozialrecht und Gerechtigkeit". In ihm zeigt *Zacher* auf, daß das Sozialrecht nicht einer oder gar "der Gerechtigkeit" verpflichtet ist, sondern in den verschiedenen Zweigen – mitunter sogar innerhalb eines Zweiges! – unterschiedliche Gerechtigkeitsideale verfolgt. "I'll teach you differences!" (Shakespeare, *King Lear*) – ist also auch in diesem Beitrag *Zachers* zentrale Botschaft.

Der dritte Themenkreis handelt vom Sozialrecht in seiner internationalen Dimension. Wie können die verschiedenen auf dieser Welt bestehenden Sozialrechte

miteinander verglichen werden? Hierauf gibt die Abhandlung "Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung" weit mehr als "provisorische, fragmentarische oder hypothetische" Antworten (S. 329). Weil Rechtsvergleichung dem "Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht" (S. 329) dient, nimmt sie bei einem Sachproblem ihren Ausgang. In dem Vergleich ist auch die ökonomische, sozialpolitische und historische "Ambiance" (S. 364 ff.) für Recht einzubeziehen.

Der Aufsatz: "Horizontaler und vertikaler Rechtsvergleich" behandelt die unterschiedlichen Ebenen sozialrechtsvergleichender Arbeit. Sie kann auf der Basis der Gleichordnung (horizontaler Vergleich) wie der Über- und Unterordnung (vertikaler Vergleich) betrieben werden. Um vertikalen Rechtsvergleich handelt es sich insbesondere, wenn eine internationale Organisation prüft, ob ihre Mitgliedstaaten die ihnen aufgegebenen Gesetzgebungsaufträge erfüllt haben.

In dem Vortrag "Grundfragen des internationalen Sozialrechts" analysiert *Zacher* die unterschiedlichen Rechtsformen der internationalen Beeinflussung von Sozialrecht. Zum einen können internationale Organisationen gestaltend auf die Sozialrechte ihrer Mitgliedstaaten Einfluß nehmen. Dies geschieht durch international standardisierendes Sozialrecht. Zum anderen kann ein Staat einseitig durch Bestimmung seines Platzes im Ensemble der Sozialrechte dieser Welt oder mehrere Staaten einvernehmlich miteinander ihre Sozialrechte wechselseitig koordinieren. In diesen Fällen handelt es sich um "Sozialkollisionsrecht" oder um international koordinierendes Sozialrecht.

Der Themenkreis des internationalen Rechts wird durch den einzigen englischsprachigen Beitrag dieser Sammlung abgeschlossen. In ihm wird namentlich das in den Entwicklungsländern schwierige und fragile Nebeneinander von traditioneller und "moderner" – d.h. sozialrechtlich organisierter – Solidarität behandelt. Für die Erörterung dieser Thematik wird die Unterscheidung von Internalisierung und Externalisierung abermals fruchtbar gemacht. *Zacher* schlägt eine Strategie des "social security pluralism" vor.

Der letzte Themenkreis wird – wenig aussagekräftig, aber der Zerklüftung des Sozialrechts entsprechend – "Einzelfragen" genannt. Darin werden ebenfalls Grundfragen des Sozialrechts erörtert. Die aufgeführten Abhandlungen unterscheiden sich von den vorhergehenden lediglich darin, daß sie nicht das Sozialrecht als Ganzes sondern sozialrechtlichen Teilproblemen – "Einzelfragen" – gewidmet sind.

Bei der Auswahl dieser Beiträge ließen wir uns von der Überlegung leiten, je eine Abhandlung exemplarisch für einen bestimmten Typus sozialrechtlicher Einzelfragen zu berücksichtigen. So ist die Studie: "Die Frage nach der Entwicklung eines sozialen Entschädigungsrechts" ausgesucht worden als ein Beispiel für die gedankliche Durchdringung eines Sozialleistungszweiges. Der Vortrag "Alterssicherung – Spiegel der gesellschaftlichen Entwicklung" behandelt beispielhaft Fragen des sozialen Schutzes für ein bestimmtes soziales Risiko. Die Studie "Der Behinderte als Aufgabe der Rechtsordnung" schildert beispielhaft die Rechtsstellung einer des besonderen sozialen Schutzes bedürftigen Personengruppe. Der Aufsatz "Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung" offenbart, daß die Familie

selbst Sicherheit gewährt und ihrerseits Empfängerin sozialer Sicherheit ist. Und der Aufsatz "Der Ärztestreik als Rechtsproblem" behandelt exemplarisch das Verhältnis zwischen Sozialleistungsträgern und Leistungserbringern.

Wir hoffen und wünschen uns, daß wir mit dieser Zusammenstellung von Abhandlungen zum Sozialrecht einen kleinen Beitrag leisten können, die wissenschaftlichen Anliegen *Hans F. Zachers* auf dem Gebiete des Sozialrechts zu fördern.

München/Osnabrück, im Januar 1993

Bernd Baron von Maydell
Eberhard Eichenhofer

I. Sozialstaat, Gesellschaft und Verfassung

Das soziale Staatsziel*

A. Vorbemerkung: Verfassungstext und soziales Staatsziel

“Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat” (Art. 20 Abs. 1 GG). Und “die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates ... entsprechen” (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG). Das enthält, was hier als “soziales Staatsziel” zu erörtern ist. Das Grundgesetz hat zugunsten dieser einen Aussage auf eine ausdifferenzierte soziale Programmatik verzichtet. Ein soziales Staatsziel, nicht ein Plural von sozialen Staatszielen findet Ausdruck.

Dieses soziale Staatsziel wird nicht als solches formuliert. Der Staat wird als ein sozialer benannt, beschrieben (Art. 20 Abs. 1 GG). Das Normative erschließt sich unmittelbar. Wo die Wirklichkeit des Gemeinwesens – genauer: ihre Politik, ihr Recht und alle faktischen Verhältnisse, die soziale Lage der in der Verantwortung des Gemeinwesens stehenden Menschen – der verfassungsrechtlichen Kennzeichnung des Gemeinwesens nicht entspricht, muß sie so verändert werden, daß sie mit dieser übereinstimmt. So wird die Feststellung zum Auftrag, zum Ziel, zur Norm. Deutlicher wird das Normative in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. Die Bestimmung unterstellt, daß es “Grundsätze des ... sozialen Rechtsstaats” gibt, an denen “die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern” gemessen werden kann.

Der Sozialstaat steht im Verbund mit dem Bundesstaat, der Republik, der Demokratie und dem Rechtsstaat. Das soziale Staatsziel ist eingebunden in den Kranz der Staatsfundamentalnormen – und mit ihnen zusammen unabänderlich (Art. 20 Abs. 1-3, 79 Abs. 3 GG). Und doch unterscheidet sich dieses soziale Staatsziel von den anderen Charakteristika des vom Grundgesetz verfaßten Gemeinwesens elementar. Erstens sprachlich: Anders als bei “Bundesstaat” (Art. 20 Abs. 1 GG) und “Rechtsstaat” (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) wird das Wort “Staat” mit dem Wort “sozial” nicht zum Substantiv verbunden. Der Sozialstaat ist entweder ein “sozialer Bundesstaat” (Art. 20 Abs. 1 GG) oder ein “sozialer Rechtsstaat” (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG). Zweitens in der Sache: Mit Republik, Demokratie, Bundesstaat und Rechtsstaat sind Organisations- und Verfahrensweisen gemeint, in denen Bedingungen richtiger Befindlichkeit der Gesellschaft und des Gemeinwesens gesehen werden; mit dem Sozialstaat aber ist die richtige Befindlichkeit der Gesellschaft selbst gemeint. Was “Demokratie”, “Bundesstaat” und “Rechts-

* Vom Abdruck der Marginalien wurde abgesehen. Verweisungen auf Beiträge in *Kirchhoff/Isensee* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts werden durch einen Pfeil (→) markiert.

staat" bedeuten, führt zudem das Grundgesetz selbst mehr oder weniger deutlich aus. Was mit "Sozialstaat" gemeint ist, läßt sein Text auf sich beruhen. Das Mißverhältnis zwischen der Fülle gesellschaftlicher Verhältnisse und Entwicklungen und dem einzigen Wort "sozial", das den Maßstab liefern soll, sie zu beurteilen, ist offensichtlich¹. Republik, Demokratie, Bundesstaat und Rechtsstaat ist aufgetragen, "soziale" Verhältnisse und Entwicklungen zu bewirken. Und weithin leisten sie das auch. Aber wo sie das nicht tun, wo sie der normativen Steuerung und Korrektur bedürfen, wird das Mißverhältnis zwischen Wort und Sache zum Problem.

B. Historisches und landesverfassungsrechtliches Umfeld

I. Vorläufer

Die Frage nach den Vorläufern² setzt Unterscheidungen voraus. Wollte man nach Verfassungsaussagen von sozialer Relevanz fragen, so wäre die Geschichte des Sozialstaates so alt wie die Geschichte der Grundrechte überhaupt. Schon in der Magna Charta Libertatum (1215) finden sich der Schutz des Warenlagers eines Kaufmanns und der Habe eines Bauern und die Absage an die Käuflichkeit von Recht und Gerechtigkeit. Freiheitsrechte und rechtsstaatliche Garantien sind immer auch von sozialer Relevanz. Näher an das Thema führt der Aufbruch des Verfassungsstaates heran, der sich Ende des 18. Jahrhunderts vollzieht. Die Declaration of Rights von Virginia vom 12. Juni 1776 formuliert das Recht eines jeden, "Glück und Sicherheit zu erlangen und zu erstreben", und verpflichtet die Regierung, das allgemeine Wohl zu bewirken und "den höchsten Grad von Glück und Sicherheit hervorzubringen"³. Im Verlauf der Französischen Revolution werden Verfassungsaussagen zum Recht auf Arbeit, zur Armenfürsorge, zum Bildungswesen usw. gefordert und vereinzelt auch erreicht⁴. Die Zukunft aber gehört zunächst den Freiheitsrechten. Das gilt vor allem für die deutschen Verfassungen⁵.

1 Vgl. Zacher, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen? (Bibl.), S. 207 ff.

2 Gemeint sind Vorläufer der Verfassungsaussage über den Sozialstaat, nicht des Sozialstaates selbst. Zur Geschichte des Sozialstaats s. zuletzt etwa Gerhard A. Ritter, Entstehung und Entwicklung des Sozialstaates in vergleichender Perspektive, in: HZ 243 (1986), S. 1-90 m.w.Nachw. – Zur Wortgeschichte s.u. S. 14 ff.

3 Zur Tradition der Staatsziele der Wohlfahrt, des Glückes und der Sicherheit in der Tradition der deutschen Staatslehre s. Hans Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, ²1980.

4 Etwa Peter Krause, Die Entwicklung der sozialen Grundrechte, in: Günter Birtsch (Hg.), Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, 1981, S. 402-431.

5 Die, soweit zu sehen, einzige Ausnahme bildet Titel II Art. 8 Abs. 2 des Grundgesetzes für die vereinigte landwirtschaftliche Verfassung des Herzogtums Sachsen-Meiningen vom 23.8.1929 (abgedr. bei Felix Stoerkl/Friedrich-Wilhelm v. Rauchhaupt, Handbuch der Verfassungen, ²1913, S. 415 ff.): "Unterthanen haben Anspruch auf Versorgung, wenn sie ihren Unterhalt nicht mehr zu erwerben vermögen, mit Vorbehalt der über die Verbindlichkeit der Blutsverwandten bestehenden oder noch zu erlassenden Gesetze, zunächst in ihrer Gemeinde und sodann von den allgemeinen Armengeldern nach den hierüber bestehenden Ordnungen."

Auch die Paulskirchenverfassung von 1849 nähert sich der sozialen Thematik nur unter dem Aspekt des Zugangs zur Bildung⁶. Die Präambel der Reichsverfassung von 1871 stellt das Reich ganz allgemein in den Dienst der "Pflege der Wohlfahrt des Deutschen Volkes".

Die Weimarer Reichsverfassung legt eine ebenso umfassende wie differenzierte soziale Programmatik nieder⁷. Eine Bestimmung erscheint besonders bemerkenswert: Art. 151 Abs. 1 S. 1: "Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen."

Mit "Gerechtigkeit" und einem "menschenwürdigen Dasein für alle" finden sich hier bereits allgemeine Aussagen, wie sie später für die Deutung des "Sozialstaats" wesentlich sein werden. Vom "Sozialstaat" selbst ist jedoch noch nicht die Rede.

II. Die Landesverfassungen vor dem Grundgesetz

Nach dem Zweiten Weltkrieg ist das Wort "Sozialstaat" den Verfassungsgebern mit einem Mal selbstverständlich. Baden nennt sich einen "demokratischen und sozialen Freistaat" (Art. 50); Württemberg-Baden einen "demokratischen und sozialen Volksstaat" (Art. 43), Rheinland-Pfalz einen "demokratischen und sozialen Gliedstaat Deutschlands" (Art. 74). Das damals noch an Frankreich gebundene Saarland nennt sich ein "demokratisch und sozial geordnetes Land". Bayern schließlich spricht vom "Rechts-, Kultur- und Sozialstaat" (Art. 3)⁸.

– Eine ganz andere, weiter ausgreifende Frage ist die, welchen Beitrag die deutschen Verfassungen des 19. Jahrhunderts dazu geleistet haben, alte Ungleichheiten (politische Ungleichheiten in Gestalt ungleichen Wahlrechts, ungleichen Zugangs zu den Ämtern; Ungleichheit vor dem Gesetz; rechtlich soziale Ungleichheit wie etwa Leibeigenschaft) abzubauen (freilich auch neue "kapitalistische" Ungleichheiten zuzulassen und so Ungleichheit nicht nur zu mindern, sondern auch zu wandeln) und der Legitimation staatlicher Herrschaft für das Volk einen neuen institutionellen und ideellen Rahmen zu geben.

- 6 Garantie öffentlicher Schulen (§ 155), Schulgeldfreiheit und Volksschulen (§ 157 Abs. 1), freier Unterricht für Unbemittelte an allen öffentlichen Unterrichtsanstalten (§ 157 Abs. 2).
- 7 Soziale Förderung der Familie, ausgleichende Fürsorge für kinderreiche Familien, Schutz und Fürsorge für Mütter (Art. 119), Gleichstellung der nichtehelichen Kinder (Art. 121), Schutz der Jugend gegen Ausbeutung (Art. 122), Gleichheit der öffentlichen Lasten (Art. 134), Bildung der Jugend (Art. 143 ff.), Verpflichtung des Eigentums auf das gemeine Beste (Art. 153), gerechte Verteilung des Bodens und gesunde, den Bedürfnissen entsprechende Wohnungen (Art. 155), Vergesellschaftung oder gemeinwirtschaftliche Organisation von Unternehmen oder Wirtschaftszweigen (Art. 156), Schutz der Arbeit (Art. 157), auch der geistigen Arbeit (Art. 158), Koalitionsfreiheit (Art. 159), Sozialversicherung (Art. 161), eine "zwischenstaatliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Arbeiter" (Art. 162), Recht auf Arbeit (Art. 163), Förderung des Mittelstandes (Art. 164) sowie betriebliche und überbetriebliche Mitbestimmung (Art. 165).
- 8 Bremen (Art. 65) greift auf die Formel von der "sozialen Gerechtigkeit" zurück. Allein Hessen versagt sich einer vergleichbaren allgemeinen Aussage.

Freilich vertrauen diese Verfassungen nicht allein auf das Sozialstaatsprinzip. Sie ergänzen es durch eine mehr oder weniger umfangreiche soziale Programmatik. Jedermann soll ein Mindestlebensstandard gewährleistet sein⁹, medizinische Hilfe und gesundheitliche Vorsorge¹⁰, Bildung¹¹ und Teilhabe am kulturellen Leben¹². Besonderer Schutz wird den Frauen¹³, unter ihnen vor allem den Müttern¹⁴, den Kindern und Jugendlichen¹⁵ und den Familien¹⁶ zugesagt. Das Recht auf Arbeit¹⁷ wird durch den Schutz der menschlichen Arbeitskraft¹⁸, durch das Recht auf gerechten Lohn¹⁹ und angemessene Arbeitsbedingungen²⁰ sowie das Recht auf kollektive Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer ergänzt²¹. Für die

-
- 9 Art. 57 Abs. 3 BremVerf; für Leistungen der Sozialversicherung: Art. 169 Abs. 1 BayVerf; Art. 33 HessVerf; Art. 56 Abs. 1 S. 1 Rheinl.-PfalzVerf.
- 10 Als Aufgabe der Sozialversicherung: Art. 35 Abs. 2 HessVerf; Art. 46 SaarVerf.
- 11 Allgemein: Art. 13 BadVerf; Art. 128 Abs. 1 BayVerf; Art. 27 Abs. 1 BremVerf; Art. 31 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 107 Abs. 1 WürttHohenzVerf. – Lehr- und Lemmittelfreiheit: Art. 27 Abs. 2 S. 4, 5 BadVerf; Art. 31 Abs. 3 BremVerf; Art. 59 Abs. 1 HessVerf; Art. 37 Abs. 1 S. 2 WürttBadVerf; Art. 108 Abs. 2 S. 2 WürttHohenzVerf. – Besuch von Schulen und Hochschulen nach Begabung und Eignung: Art. 128 Abs. 2, 132 BayVerf; Art. 27 Abs. 1 BremVerf; Art. 59 Abs. 1 und 2 HessVerf; Art. 31 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 27 Abs. 5 SaarVerf. – Erwachsenenbildung: Art. 31 BadVerf; Art. 139 BayVerf; Art. 37 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 32 SaarVerf; Art. 35 WürttBadVerf; Art. 42 WürttBadVerf; Art. 118 Abs. 1 WürttHohenzVerf.
- 12 Art. 41 Abs. 2 BadVerf; Art. 55 Abs. 1, 56 Abs. 1 S. 1 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 34 Abs. 3, 47 SaarVerf.
- 13 Art. 21 Abs. 2, 37 Abs. 5, 41 BadVerf; Art. 168 Abs. 1 BayVerf; Art. 22 Abs. 2, 53 Abs. 1 und 2, 54 BremVerf; Art. 30 Abs. 2, 33 HessVerf; Art. 55 Abs. 2, 56 Abs. 2 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 47 S. 3 u. 4 SaarVerf; Art. 16 Abs. 2 WürttBadVerf; Art. 90 Abs. 2 WürttHohenzVerf.
- 14 Art. 22, 41 Abs. 4 BadVerf; Art. 125 Abs. 1 S. 2 BayVerf; Art. 54 BremVerf; Art. 30 Abs. 2 HessVerf; Art. 24 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 23 SaarVerf.
- 15 Art. 23, 24, 41 Abs. 2 BadVerf; Art. 125 Abs. 1, 126 Abs. 3 BayVerf; Art. 52, 53, Abs. 1, 54 BremVerf; Art. 30 Abs. 1 und 3, 33 HessVerf; Art. 24, 25 Abs. 2 S. 1, 55 Abs. 2, 56 Abs. 2 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 25 Abs. 1, 47 S. 3 SaarVerf; Art. 17 Abs. 2, 19 Abs. 1, 20 Abs. 3 WürttBadVerf; Art. 90 Abs. 3, 104, 105 WürttHohenzVerf.
- 16 Art. 21 Abs. 1 BadVerf; Art. 124, 125, 169 Abs. 1 BayVerf; Art. 21 BremVerf; Art. 4, 30 Abs. 1 HessVerf; Art. 23 Abs. 1, 24, 55 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 22 Abs. 1, 47 S. 2 SaarVerf; Art. 16 Abs. 1, 3 WürttBadVerf; Art. 101, 103 WürttHohenzVerf.
- 17 Art. 37 Abs. 1 BadVerf; Art. 166 Abs. 2 BayVerf; Art. 8 Abs. 1 BremVerf; Art. 28 Abs. 2 HessVerf; Art. 53 Abs. 2 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 45 SaarVerf; Art. 90 Abs. 1 WürttHohenzVerf.
- 18 Art. 37 Abs. 4 BadVerf; Art. 167 BayVerf; Art. 49 Abs. 1 BremVerf; Art. 28 Abs. 1 HessVerf; Art. 53 Abs. 1 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 45 SaarVerf; Art. 91 Abs. 1 WürttHohenzVerf.
- 19 Art. 41 Abs. 1, 3 BadVerf; Art. 168 Abs. 1, 169 Abs. 1, 174 Abs. 1 BayVerf; Art. 55 Abs. 5 BremVerf; Art. 33 Abs. 1 HessVerf; Art. 56 Abs. 1 S. 1, 57 Abs. 3 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 48 Abs. 1 SaarVerf; Art. 96 Abs. 3 WürttHohenzVerf.
- 20 Art. 41 Abs. 2 BadVerf; Art. 167 BayVerf; Art. 52 BremVerf; Art. 30 Abs. 1 HessVerf; Art. 55 Abs. 1 Rheinl.-PfalzVerf. – Arbeitszeitbegrenzungen: Art. 173 BayVerf; Art. 55 Abs. 2 BremVerf; Art. 31 HessVerf; Art. 57 Abs. 1 S. 1 Rheinl.-PfalzVerf. – Urlaub: Art. 174 Abs. 1 BayVerf; Art. 56 Abs. 1 BremVerf; Art. 34 HessVerf; Art. 57 Abs. 4 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 48 Abs. 2 SaarVerf. – Freies Wochenende: Art. 174 Abs. 1 S. 2 BayVerf; Art. 31 S. 2 HessVerf; Art. 57 Abs. 1 S. 2 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 21 Abs. 1 WürttBadVerf; Art. 91 Abs. 2 WürttHohenzVerf.
- 21 Art. 170 Abs. 1 BayVerf; Art. 48 BremVerf; Art. 36 Abs. 1 HessVerf; Art. 66 Abs. 1 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 56 Abs. 1 SaarVerf. – Streikrecht: Art. 38 Abs. 1, 2 BadVerf; Art. 51 Abs. 3

“Wechselfälle des Lebens” – insbesondere auch für den Fall der Arbeitslosigkeit – hat eine Sozialversicherung vorzusorgen²². Daneben steht das Recht auf Fürsorge²³. Ein weiteres Anliegen sind Wohnungen²⁴. Eigentum²⁵ und Wirtschaft²⁶ werden sozial verpflichtet. Vergesellschaftung und Gemeinwirtschaft werden ermöglicht²⁷. Das geistige Eigentum wird besonders geschützt²⁸. Die Verteilung und Nutzung des Bodens²⁹ und die soziale Situation der Landwirtschaft³⁰ werden als staatliche Aufgaben genannt.

III. Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes

Der Herrenchiemseer Entwurf³¹ enthielt über die soziale Aufgabe des Staates nichts. Auch eine breite Mehrheit des Parlamentarischen Rates war sich darin

-
- BremVerf; Art. 66 Abs. 2 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 56 S. 2 SaarVerf; Art. 23 Abs. 1, 3 Württ-BadVerf; Art. 95, 97 WürttHohenzVerf. – Mitbestimmung in den Unternehmen: Art. 39 BadVerf; Art. 175 BayVerf; Art. 47 BremVerf; Art. 37 HessVerf; Art. 67 Abs. 2-4 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 58 Abs. 3 SaarVerf; Art. 22 Abs. 2, 23 Abs. 2 WürttBadVerf; Art. 96 Abs. 1 WürttHohenzVerf.
- 22 Art. 42 BadVerf; Art. 171 BayVerf; Art. 49 Abs. 3, 57 Abs. 1 BremVerf; Art. 28 Abs. 3, 35 Abs. 1 HessVerf; Art. 53 Abs. 3 u. 4 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 46 SaarVerf; Art. 24 Abs. 2 WürttBadVerf. – Im Zusammenhang mit der Familie taucht nun auch die Förderung der “sozialen Sicherheit” auf (Art. 24 Rheinl.-PfalzVerf).
- 23 Art. 14 BadVerf; Art. 168 Abs. 3 BayVerf; Art. 58 Abs. 1 BremVerf; Art. 24 Abs. 1 Württ-BadVerf; Art. 89 WürttHohenzVerf. – Förderung der Wohlfahrtspflege: Art. 26 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 25 Abs. 1 S. 3 SaarVerf.
- 24 Art. 49 Abs. 2 BadVerf; Art. 106 Abs. 1 BayVerf; Art. 14 Abs. 1 BremVerf. – Insb. für kinderreiche Familien: Art. 125 Abs. 3 BayVerf.
- 25 Art. 15 Abs. 3 BadVerf; Art. 158 BayVerf; Art. 13 BremVerf; Art. 45 Abs. 2 HessVerf; Art. 60 Abs. 2 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 51 Abs. 1 SaarVerf; Art. 8 Abs. 3 WürttBadVerf; Art. 15 Abs. 2 WürttHohenzVerf. – Insb. für das Kapital: Art. 157 BayVerf; Art. 62 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 53 SaarVerf.
- 26 Art. 151 ff. BayVerf; Art. 38, 39 BremVerf; Art. 27 HessVerf; Art. 51, 52 Abs. 2 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 43, 44 SaarVerf; Art. 25 Abs. 1 WürttBadVerf. – Schutz der Kleinbetriebe und des Mittelstands: Art. 39 S. 3, 46, 48 BadVerf; Art. 153 BayVerf; Art. 40 BremVerf; Art. 43, 44 HessVerf; Art. 51 Abs. 2, 65 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 54 SaarVerf; Art. 22 Abs. 2 S. 2, 27 WürttBadVerf; Art. 92 Abs. 1, 94, 96 Abs. 2 WürttHohenzVerf.
- 27 Art. 15 Abs. 4, 45 BadVerf; Art. 160 BayVerf; Art. 42 ff. BremVerf; Art. 39 ff. HessVerf; Art. 61 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 52 SaarVerf; Art. 28 WürttBadVerf; Art. 98 WürttHohenzVerf.
- 28 Art. 16 BadVerf; Art. 162 BayVerf; Art. 46 HessVerf; Art. 40 Abs. 2, 60 Abs. 3 S. 2 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 34 Abs. 1, 51 Abs. 2 S. 2 SaarVerf.
- 29 Art. 161 BayVerf; Art. 45 BremVerf; Art. 42 HessVerf; Art. 63, 64 Rheinl.-PfalzVerf.
- 30 Art. 47 BadVerf; Art. 163, 164, 165 BayVerf; Art. 42 HessVerf; Art. 63, 64 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 55 SaarVerf; Art. 26 WürttBadVerf; Art. 93 WürttHohenzVerf. – Die Förderung des Genossenschaftswesens: Art. 44 Abs. 3, 48 S. 2 BadVerf; Art. 40 Abs. 2 BremVerf; Art. 44 HessVerf; Art. 65 Abs. 3 Rheinl.-PfalzVerf; Art. 54 Abs. 2 SaarVerf; Art. 25 Abs. 3 WürttBadVerf; Art. 92 Abs. 3 WürttHohenzVerf gilt auch dem Gewerbe und den Verbrauchern (s.a. N 26).
- 31 Zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes s. JöR NF I (1951). Zu Art. 20 Abs. 1: S. 194 ff.; zu Art. 28 Abs. 1 S. 1: S. 244 ff.

einig, daß das Grundgesetz nicht versuchen könne und nicht versuchen dürfe, die Lebensordnung des Volkes festzuschreiben. Das verbiete sich aus der Situation des Augenblicks und aus der Vorläufigkeit des Grundgesetzes³².

Demgegenüber führte der Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rates schon am 14. Oktober 1948 den Entwurf einer Bestimmung ein, welche die wesentlichen Eigenschaften des Staates zum Ausdruck bringen sollte. Aus ihr wurde Artikel 20 GG. Dabei wechselte die Kombination mit der das Epitheton "sozial" zugeordnet wurde. Gegenüber ersten Vorschlägen, die von einem "sozialen Rechtsstaat" sprachen³³, einigte sich der Grundsatzausschuß in seiner Sitzung vom 14. Oktober 1948 auf den Vorschlag Carlos Schmidts, von "sozialer Republik" zu sprechen. Diese Formulierung überdauerte eine Reihe anderer Modifikationen des Absatzes und wurde vom Grundsatzausschuß in seiner Sitzung vom 10. November 1948 noch einmal bestätigt. Der Allgemeine Redaktionsausschuß empfahl jedoch am 16. November 1948 die Kombination "soziale Bundesrepublik". In der zweiten Lesung des Hauptausschusses vom 15. Dezember 1948 schlug dann Theodor Heuss die Fassung vor, die als Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz geworden ist. Der Hauptausschuß nahm den Vorschlag an. Und dabei blieb es. In keiner Phase der Erörterungen wurde der Sinn des Wortes "sozial" problematisiert.

Einen Homogenitätsartikel im Sinne des Art. 28 GG enthielt zwar schon der Herrenchiemseer Entwurf (Art. 29). Er konzentrierte sich jedoch auf demokratische und rechtsstaatliche Garantien. Am 14. Oktober 1948 – in derselben Sitzung, in der er sich auf den Vorläufer des Art. 20 Abs. 1 GG einigte –, beschloß der Grundsatzausschuß jedoch, dem Vorläufer des Art. 28 folgenden Absatz 2 Satz 1 einzufügen: Die Verfassungen der Länder "müssen den Grundsätzen demokratischer und sozialer Rechtsstaatlichkeit im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen". Der allgemeine Redaktionsausschuß vereinfachte in seiner Sitzung vom 16. November 1948 die gesamte Vorschrift. Daraus ging der Text des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG hervor. Er überstand alle späteren Versuche, anders zu formulieren. Auch die Beratungen zu Art. 28 GG ergeben nichts zum Sinn des Wortes "sozial" oder der Stellung, die es im Satzgefüge einnimmt.

IV. Die Landesverfassungen nach dem Grundgesetz

Die Landesverfassungen, die nach dem Grundgesetz erlassen wurden, bieten kein einheitliches Bild. Einige übernehmen die Sozialstaatsdeklaration³⁴. Berlin

32 Zu den Einzelheiten nochmals N 31, S. 43 f.

33 Abgeordnete von Mangoldt und Bergsträsser in der Sitzung des Grundsatzausschusses vom 14. Oktober 1948.

34 Art. 23 Abs. 1 Bad-WürttVerf; Art. 3 Abs. 1 HambVerf; Art. 1 Abs. 1 NiedersachsVerf; Art. 60 SaarVerf i.d.F. von 1956. Hierzu zu zählen ist auch die Verfassung des Saarlandes in der Fassung vom 20. Dezember 1956 (Art. 60): "Sozialer Rechtsstaat"; s. demgegenüber die Fassung vom 15. Dezember 1947 (oben S. 5). In der Einzelprogrammatisierung hat sich durch die Neufassung von 1956 nichts Wesentliches geändert (s.o. S. 6 f.).

verpflichtete sich in der Präambel auf den "sozialen Fortschritt", Nordrhein-Westfalen dem Ziel, "die Not der Gegenwart in gemeinschaftlicher Arbeit zu überwinden, dem inneren und äußeren Frieden zu dienen, Freiheit, Gerechtigkeit und Wohlstand für alle zu schaffen". Schleswig-Holstein verzichtet auf jegliche Variante.

Auch in der sozialen Programmatik bestehen Unterschiede. Hamburg und Niedersachsen verzichteten darauf. Baden-Württemberg, Berlin, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein verfahren selektiv. Im einzelnen finden sich Programme für Bildung³⁵, der Schutz der Frauen³⁶, das Recht auf Arbeit³⁷, auf Berufsausbildung³⁸ und auf Urlaub³⁹ sowie das Streikrecht⁴⁰ und das Mitbestimmungsrecht der Arbeiter⁴¹, Fürsorge und Wohlfahrtspflege⁴², Unterstützung bei Arbeitslosigkeit⁴³, der soziale Zweck der Wirtschaft⁴⁴, der Schutz der Kleinbetriebe und des Mittelstandes⁴⁵, die Überführung von Unternehmen in Gemeinwirtschaft⁴⁶ und die gerechte Verteilung des Bodens⁴⁷.

C. Internationales Umfeld

I. Internationales Recht

Im Internationalen Recht⁴⁸ sind zwei Dimensionen der sozialen Thematik zu unterscheiden. In der einen Dimension stellt die Völkergemeinschaft selbst sich die soziale Aufgabe, die im nationalen Rahmen als sozialstaatlich beschrieben

-
- 35 Art. 11 Abs. 1 Bad-WürttVerf; Art. 6 Abs. 1 S. 1 Nordrh-WestVerf. – Zur Lehr- und Lernmittelfreiheit: Art. 14 Abs. 2 und 3 Bad-WürttVerf; Art. 9 Abs. 2 Nordrh-WestVerf. – Zum Zugang zu den Schulen nach Maßgabe der Begabung und Eignung: Art. 11 Abs. 1-3 Bad-WürttVerf; Art. 10 Abs. 1 S. 2 Nordrh-WestVerf; Art. 6 Abs. 2 SchlHVerf. – Zur Erwachsenenbildung: Art. 22 Bad-WürttVerf; Art. 7 Abs. 2 SchlHVerf.
- 36 Art. 6 Abs. 2, 12 Abs. 2 BerlinVerf; Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 2 S. 2 Nordrh-WestVerf. Insb. der Mütter: Art. 5 Abs. 1 S. 3 Nordrh-WestVerf, der Kinder und Jugendlichen: Art. 13 Bad-WürttVerf; Art. 12 Abs. 2 BerlinVerf; Art. 6 Abs. 2, 24 Abs. 2 S. 3 Nordrh-WestVerf und der Familie: Art. 5 Abs. 1 Nordrh-WestVerf.
- 37 Art. 12 Abs. 1 S. 1 BerlinVerf; Art. 24 Abs. 1 S. 3 Nordrh-WestVerf.
- 38 Art. 6 Abs. 1 Nordrh-WestVerf.
- 39 Art. 24 Abs. 3 Nordrh-WestVerf.
- 40 Art. 18 Abs. 3 BerlinVerf.
- 41 Art. 17 BerlinVerf; Art. 26 Nordrh-WestVerf.
- 42 Art. 14 BerlinVerf.
- 43 Art. 12 Abs. 1 S. 3 BerlinVerf.
- 44 Art. 24 Nordrh-WestVerf.
- 45 Art. 28, 29 Abs. 2 Nordrh-WestVerf. Insb. auch Schutz der genossenschaftlichen Selbsthilfe (Art. 28 S. 2 Nordrh-WestVerf).
- 46 Art. 27 Nordrh-WestVerf.
- 47 Art. 29 Nordrh-WestVerf.
- 48 *Hans F. Zacher*, Internationales und Europäisches Sozialrecht. Eine Sammlung weltweiter und europäischer völkerrechtlicher und supranationaler Quellen und Dokumente, 1976; *ders.*, Grundfragen des Internationalen Sozialrechts, in: Mitteilungen der Landesversicherungsanstalt Oberfranken und Mittelfranken 1983, S. 481 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 431 ff.).

wird. Die Idee des Wohlfahrtsstaates greift so auf die internationale Ebene aus. In der zweiten Dimension wirkt das Internationale Recht auf die Staaten mit dem Ziel ein, daß diese sich als Sozialstaaten realisieren. Im Konkreten mischen sich die Phänomene freilich⁴⁹.

Die erste Dimension, die Aufnahme der sozialen Thematik durch die internationale Gemeinschaft, findet in der Charta der Vereinten Nationen (1945) Ausdruck⁵⁰. Art. 55 dieser Charta faßt zusammen⁵¹:

“Um jenen Zustand der Stabilität und Wohlfahrt herbeizuführen, der erforderlich ist, damit zwischen den Nationen friedliche und freundschaftliche, auf der Achtung der Völker beruhende Beziehungen herrschen, fördern die Vereinten Nationen

a) die Verbesserung des Lebensstandards, die Vollbeschäftigung und die Voraussetzungen für wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt und Aufstieg;

b) die Lösung internationaler Probleme wirtschaftlicher, sozialer, gesundheitlicher und verwandter Art sowie die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Kultur und der Erziehung;

c) die allgemeine Achtung und Verwirklichung der Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache und der Religion.”

Die zweite Dimension, das soziale Einwirken der internationalen Gemeinschaft auf die Staaten, findet Ausdruck vor allem in der Formulierung sozialer Rechte sowie in der Schaffung von Organisationen mit spezifisch sozialer Aufgabenstellung. Die Tradition, im Völkerrecht “soziale Rechte” zu formulieren, geht auf den Vertrag von Versailles (1919) zurück⁵². Art. 427 dieses Vertrages enthielt “in Anerkennung dessen, daß das körperliche, seelische und geistige Wohlergehen der Lohnarbeiter vom internationalen Standpunkt aus von höchster Bedeutung ist”, eine Reihe von sozialpolitischen “Grundsätzen”, die in der Sache als soziale Rechte der Arbeitnehmer bezeichnet werden dürfen. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinten Nationen (1948) nahm Rechte auf soziale Sicherheit (Art. 22), Arbeit, angemessenen und gleichen Lohn und Koalitionsfreiheit (Art. 23), Erholung und Freizeit (Art. 24), “eine Lebenshaltung, die Gesundheit und Wohlbefinden ... gewährleistet” (Art. 25 Nr. 1), Schutz der Mütter und Kinder (Art. 25 Nr. 2), Bildung (Art. 26), kulturelle Teilhabe (Art. 27) und “eine soziale und internationale Ordnung, in welcher die in der vorliegenden Erklärung angeführten Rechte und Freiheiten voll verwirklicht werden können” (Art. 28), auf: Mit dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche,

49 Umfassend dazu: *Peter A. Köhler*, Sozialpolitische und sozialrechtliche Aktivitäten der Vereinten Nationen, 1987.

50 Das europäische Gegenstück ist die Satzung des Europarates (1949). Auch sie ist dem “sozialen Fortschritt” verpflichtet (Präambel, Art. 1 a) und zielt auf ein “gemeinschaftliches Vorgehen auf ... sozialem ... Gebiet” (Art. 1 b).

51 S.a. die Präambel, Art. 1 und Art. 62.

52 Zur Vorgeschichte, insb. älteren Versuchen s. *Guy Perrin*, Die Ursprünge des Internationalen Rechts der Sozialen Sicherheit, 1983.

soziale und kulturelle Rechte (1966) suchen die Vereinten Nationen, diese Ziele weiter zu entwickeln und den Staaten verbindlich zu machen⁵³.

Die Europäische Sozialcharta (1961)⁵⁴ umschreibt Rechte auf Arbeit, gerechte, sichere und gesunde Arbeitsbedingungen, ein gerechtes Arbeitsentgelt, kollektive und organisierte Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Berufsberatung und berufliche Ausbildung, Schutz der Gesundheit, soziale Sicherheit, Fürsorge und soziale Dienste, Rehabilitation der Behinderten, Schutz der Arbeitnehmerinnen, Schutz der Mütter, der Kinder, der Jugendlichen und der Familien, Freizügigkeit der Erwerbstätigen und Schutz der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien. Durch eine Reihe von Übereinkommen und Empfehlungen⁵⁵ hat sich der Europarat bemüht, diese Ziele zu konkretisieren und die Staaten darauf zu verpflichten.

Unter den Internationalen Organisationen von sozialer Relevanz⁵⁶ ragt die Internationale Arbeitsorganisation heraus⁵⁷. 1919 gegründet, formulierte sie noch vor Ende des Zweiten Weltkrieges (1944) in Philadelphia soziale Ziele gerade auch für die Staaten (Abschnitt II):

“Die Erfahrung hat zur Genüge ... bestätigt, daß dauernder Friede nur auf der Grundlage sozialer Gerechtigkeit möglich ist. Die Konferenz erklärt daher:

a) alle Menschen ... haben das Recht, materiellen Wohlstand und geistige Entwicklung in Freiheit und Würde, in wirtschaftlicher Sicherheit und unter gleich günstigen Bedingungen zu erstreben;

b) die Verwirklichung der zur Erreichung dieses Ziels notwendigen Bedingungen muß der Hauptzweck staatlicher und internationaler Politik sein.”

Konkrete Wirkungen für die Bundesrepublik Deutschland ergeben sich vor allem aus den Übereinkommen und Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation⁵⁸.

II. Supranationale Einbindung

Auch die Europäischen Gemeinschaften (Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Europäische Atomgemeinschaft und Europäische Wirtschaftsgemein-

53 Der Pakt legt folgende Rechte nieder: auf Arbeit (Art. 6), gerechte und günstige Arbeitsbedingungen (Art. 7), Gewerkschaften und Streik (Art. 8), soziale Sicherheit (Art. 9), Schutz der Familie (Art. 19), “auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie” (Art. 11), Gesundheit (Art. 12), Bildung (Art. 13). Zur Pflicht der Staaten zur Verwirklichung dieser Rechte s. dort Art. 2.

54 Näher *Hans F. Zacher*, Europäische Sozialcharta, in: StL⁷, Sp. 460 ff. m.w.Nachw.

55 S. *Zacher*, Grundfragen (N 48), S. 486 (in diesem Band, S. 441).

56 Für die weltweiten Organisationen s. *Köhler* (N 49).

57 Statt anderer: *Winfried Haase*, Die Internationale Arbeitsorganisation. Stärken und Wirkungsweise, in: Michael Haupt/Brigitte Pfister-Gaspary (Hg.), Internationale Sozialpolitik, 1982, S. 113 ff.

58 Internationale Arbeitsorganisation. Übereinkommen und Empfehlungen 1919-1966, Genf, 1966. Später: International Labour Organization (ed.), International Labour Conventions and Recommendations 1919-1981, 1982. Die verpflichtende Wirkung von Übereinkommen hängt von der Annahme durch die Bundesrepublik Deutschland ab (Art. 59 GG).

schaft) stehen als "Sozialgemeinschaften" im Zeichen der beiden Dimensionen⁵⁹. Auf der einen Seite "supranationalisieren" sie das sozialstaatliche Ziel: dienen sie selbst dem "sozialen Fortschritt" und der stetigen "Verbesserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen"⁶⁰. Auf der anderen Seite wirken sie – teils rechtsförmig⁶¹, teils politisch – auf die Mitgliedstaaten ein. Die wichtigsten Ziele: die "stetige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen" und die "beschleunigte Hebung der Lebenshaltung"⁶², insbesondere die "Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte"⁶³. Die wichtigsten Themen⁶⁴: Beschäftigung⁶⁵, Arbeitsrecht und Arbeitsbedingungen⁶⁶, berufliche Ausbildung und Fortbildung, Soziale Sicherheit⁶⁷, Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten, Gesundheitsschutz⁶⁸, Koalitionsrecht und Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Die wichtigsten Instrumente: das Recht der Freizügigkeit – insbesondere der Arbeitnehmer – innerhalb des Gemeinsamen Marktes und eine entsprechende Gleichstellung im Hinblick auf die soziale Sicherheit⁶⁹, der "Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit"⁷⁰, der Auftrag des Europäischen Sozialfonds, "die Beschäftigungsmöglichkeiten der Arbeitskräfte im Gemeinsamen Markt zu verbessern und damit zur Hebung der Lebenshaltung beizutragen"⁷¹, die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in sozialen Fragen⁷² und der jährliche Bericht über die soziale Lage in der Gemeinschaft⁷³.

III. Ausländisches Verfassungsrecht

Die gegenwärtig im Ausland in Kraft befindlichen nationalen Verfassungen⁷⁴ reflektieren das soziale Staatsziel auf sehr unterschiedliche Weise. In West-

59 Bernd Schulte, Europäische Sozialpolitik, in: Sozialer Fortschritt, S. 1 ff.

60 Präambel EWGV.

61 Verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage ist Art. 24 Abs. 1 GG.

62 Präambel, Art. 2 EWGV.

63 Art. 117 Abs. 1 EWGV.

64 Art. 118 Abs. 1 EWGV.

65 S.a. Art. 56 EGKSV; Art. 123 ff. EWGV.

66 S.a. Art. 119, 120 EWGV.

67 S.a. Art. 51, 121 EWGV.

68 S.a. Art. 30 ff. EURATOMV.

69 Art. 68 f. EGKSV; Art. 48 ff. EWGV; VO 1408/71 EWG (sog. "Wanderarbeitnehmer-Vereinigung").

70 Art. 119 EWGV.

71 Art. 123 ff. EWGV.

72 Art. 118 EWGV.

73 Art. 122 EWGV.

74 Die nachfolgende Auswertung von insgesamt 152 Verfassungen verdanke ich H. Rechtsreferendar Ingo Winkelmann. – Ausgewertet sind auch zeitweilig durch Kriegsrecht suspendierte Verfassungen. Zum status quo der Gesetzestexte vgl. die Sammlung von *Albert Blaustein/Gisbert H. Flanz*, *Constitutions of the countries of the world*, New York, Lsg. 1971 ff. Im vorliegenden Übergang ist die Verfassung des nichtanerkannten Staates Türkisch-Zypern

europa⁷⁵ beinhalten die Verfassungen von Frankreich⁷⁶, Spanien⁷⁷ und der Türkei⁷⁸ Sozialstaatsklauseln im Sinne des Grundgesetzes, während Dänemark⁷⁹, Griechenland⁸⁰, Island⁸¹, Italien⁸², Malta⁸³, Monaco⁸⁴, die Niederlande⁸⁵ und Schweden⁸⁶ das soziale Staatsziel mehr oder minder differenziert umschreiben. Irland⁸⁷ und Portugal⁸⁸ verbinden die Selbstbenennung als Sozialstaat mit programmatischer Differenzierung⁸⁹. "Wohlfahrtsstaaten" wie etwa Großbritannien, Norwegen, Österreich und die Schweiz⁹⁰ bringen dagegen weder das soziale Staatsziel noch soziale Programme verfassungstextlich zum Ausdruck. Teils existieren dort keine geschriebenen Verfassungen⁹¹, teils ist es dem Zweck und dem Stil dieser Verfassungen fremd, soziale Programme aufzunehmen. Somit ist offensichtlich, daß zwischen dem verfassungstextlichen Niederschlag des sozialen Staatsziels und der sozialen Realität eines Landes keine eindeutige und verlässliche Beziehung besteht.

Das wird durch die Situation außerhalb Europas bekräftigt. Viele Staaten Afrikas bezeichnen sich selbst als "sozial": Elfenbeinküste⁹², Gabun⁹³, Mali⁹⁴, Marokko⁹⁵, Mauretanien⁹⁶, Niger⁹⁷, Ruanda⁹⁸, Senegal⁹⁹, Togo¹⁰⁰ und Zaire¹⁰¹. Dem

vom 13. Februar 1975, die in Präambel und Art. 38 Abs. 1 ihre soziale Ausrichtung manifestiert.

75 Die Länder Osteuropas verdrängen den Terminus "sozial" durch "sozialistisch".

76 Art. 2 Abs. 1 der Verfassung vom 28. September 1958.

77 Art. 1 Abs. 1 der Verfassung vom 29. Dezember 1978.

78 Art. 2 der Verfassung vom 9. November 1983.

79 Art. 75 der Verfassung vom 5. Juni 1953.

80 Art. 21 Abs. 2 und 3 der Verfassung vom 7. Juni 1975.

81 Art. 70 der Verfassung vom 17. Juni 1944.

82 Vgl. die allgemein-programmatisch konzipierten Art. 2-4 der Verfassung vom 27. Dezember 1947.

83 Art. 18 der Verfassung vom 21. September 1964.

84 Art. 26 der Verfassung vom 17. Dezember 1962.

85 Art. 20 der Verfassung i.d.F. vom 17. Februar 1983.

86 Chapter 1 Art. 1, Instrument of Government, i.d.F. vom 1. Januar 1975.

87 Art. 45 Abs. 2 und 4 der Verfassung vom 1. Juli 1937.

88 Art. 9a und 59 ff. (Katalog sozialer Grundrechte) der Verfassung vom 2. April 1973 (ergänzt durch das Lei Constitucional 1/1982 vom 30. September 1982).

89 Ähnlich auch Spanien (Art. 40 ff.) und die Türkei (Art. 61), wo zusätzliche Sozialausgaben neben die Selbstkennzeichnung als Sozialstaat treten (vgl. N 77/78).

90 Der Vollständigkeit halber seien hier auch Belgien, Liechtenstein, Luxemburg und Norwegen genannt.

91 Wie etwa in Großbritannien.

92 Art. 2 Abs. 1 der Verfassung vom 11. Januar 1963.

93 Art. 2 Abs. 1 der Verfassung vom 15. Mai 1975.

94 Art. 1 der Verfassung vom 1. März 1972.

95 Art. 1 des Verfassungsentwurfs vom 10. Juni 1978.

96 Art. 2 der Verfassung vom 8. November 1960 (seit dem 15. April 1974 suspendiert).

97 Art. 1 der Verfassung vom 2. Juni 1974.

98 Art. 1 der Verfassung vom 17. Dezember 1978.

99 Art. 1 Abs. 1 S. 1 der Verfassung vom 3. März 1963.

100 Art. 1 der Verfassung vom 30. Dezember 1979.

101 Art. 1 der Verfassung vom 15. Februar 1975.

Beispiel dieser Länder¹⁰² folgt in Lateinamerika Haiti¹⁰³, während arabische und asiatische¹⁰⁴ Staaten hinsichtlich eines solchen Anspruchs Zurückhaltung üben. Soziale "Rechte" und Programme freilich ergäben – gerade für Lateinamerika – wieder ein ganz anderes Bild. Die USA, Kanada, Australien und Neuseeland artikulieren weder ein soziales Staatsziel noch soziale Programme.

So bleiben zwei Feststellungen: Erstens: Der Zusammenhang zwischen einem verfassungsrechtlich manifesten sozialen Staatsziel und der sozialen Befindlichkeit des Gemeinwesens folgt offenbar sehr komplexen Regeln. Evidenz ist nicht gegeben¹⁰⁵. Zweitens: Im Gegensatz zur – auch textlichen – Selbstverständlichkeit des "Sozialen" im Recht der internationalen Staatengemeinschaft selbst ist die Benennung des sozialen Staatsziels in der Gesamtheit der nationalen Verfassungen immer noch minoritär.

D. Der Inhalt des Sozialstaatsprinzips

I. Erste Zugänge des Verständnisses

Als die Landesverfassungen und das Grundgesetz diesen Staat als "sozial" bezeichneten, konnten sie auf keine verfassungstextliche Tradition des Begriffes "Sozialstaat" zurückgreifen. In der Literatur war der Begriff schon im 19. Jahrhundert immer wieder verwendet worden¹⁰⁶. Lorenz von Stein¹⁰⁷ sprach bereits von der "sozialen Demokratie"¹⁰⁸ und von einem "socialen Staate"¹⁰⁹. 1894 verbindet

102 Sicherlich am Vorbild der verfassungsrechtlichen Sozialstaatsverpflichtung der ehemaligen Kolonialmacht Frankreich orientiert.

103 Art. 1 der Verfassung von Haiti vom 27. August 1983. Daneben erwähnt auch Honduras in seiner Verfassung vom 11. Januar 1983 die Sorge für die Wohlfahrt seiner Bürger (Art. 1); Kubas (sozialistische, vgl. N 75) Verfassung vom 24. Februar 1976 enthält einen umfangreichen Sozialkatalog (Art. 8).

104 Nur erwähnt sei hier die Verfassung von Afghanistan vom 1. Oktober 1964, welche die Verpflichtung auf eine "soziale Demokratie" enthielt. Die neuen "Grundprinzipien" des Revolutionsrates vom 21. April 1980 enthalten nun in Art. 2 nur noch eine vage Sozialstaatsandeutung.

105 Vgl. Zacher (N 1), S. 233.

106 Die bemerkenswerteste Zusammenstellung zur älteren Geschichte findet sich bei *Ion Contiades*, Verfassungsgesetzliche Staatsstrukturbestimmungen, 1967, S. 93 f. (Anm. 76). S. zum Umfeld auch die eingehenden Nachw. bei *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, ²1984, S. 881 ff.; sowie *Ritter* (N 2), S. 1 ff. (S. 8 ff., 40 ff.).

107 Zu Lorenz v. Stein vor allem *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Lorenz v. Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, in: FS für Otto Brunner, 1967, S. 248 ff.; *Ernst Rudolf Huber*, Lorenz v. Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats, in: Ernst Forsthoff (Hg.), Lorenz v. Stein. Gesellschaft – Staat – Recht, 1972, S. 495 ff.; s. ferner die Beiträge in: *Roman Schnur* (Hg.), Staat und Gesellschaft – Studien über Lorenz von Stein, 1978.

108 *Lorenz v. Stein*, Die Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. III: Das Königtum, die Republik und die Souveränität der französischen Gesellschaft seit der Februar-Revolution 1848, ²1855, hg. v. Gottfried Salomon, 1921, S. 207. Der "Sozialdemokratie" stellt er die Forderung nach einem "Königtum der gesellschaftlichen Reformen" (ebd. S. 208 f.) oder der "Sozialen Reform" (S. 40 f.) gegenüber.

Julius Ofner¹¹⁰ erstmals Demokratie, Rechtsstaat und Sozialstaat zu einem gedanklichen Gefüge: “*Die Demokratie verlangt grundsätzlich den Sozialstaat*, einen Organismus, der dem Rechtsstaat ähnelt, sich aber nicht wie dieser darauf beschränkt, das Mein und Dein zu erhalten ... sondern die gerechte, auf Gleichheit Aller fußende Verteilung von Vorteilen und Lasten in ihrer Gesamtheit zum Gegenstand seiner Fürsorge nimmt. Der Sozialstaat muß auf die Verteilung einen *maßgebenden* Einfluß üben”¹¹¹. In der Weimarer Zeit ist es vor allem Hermann Heller¹¹², der dieses Gefüge wieder aufgreift. “*Die soziale Idee* ist die folgerichtige Fortführung der politischen zur wirtschaftlichen Demokratie. Die erstere hat die politischen Stände beseitigt. Die letztere wendet sich gegen die wirtschaftlichen Klassen ... Sie will ... den reinen Rechtsstaat zum demokratisch-sozialen Wohlfahrtsstaat dadurch umwandeln, daß sie die ‘Anarchie der Produktion’ durch eine gerechte Ordnung des Wirtschaftslebens zu ersetzen strebt”¹¹³. Der Begriff des sozialen Rechtsstaats¹¹⁴ tritt auf; der Begriff des Sozialstaates wird wieder aufgegriffen¹¹⁵. Dann wird freilich auch der nationalsozialistische Staat als “sozialer Volksstaat”¹¹⁶ bezeichnet und schließlich als “Sozialstaat”¹¹⁷ beschworen. Doch

109 Lorenz v. Stein, *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, 1876, S. 215: “Der Staat nun, als Persönlichkeit der Gesamtinteressen, läßt zwar das Sonderinteresse des einzelnen wie der Klasse notwendig zu, weil es selbst die Verwirklichung der Selbstbestimmung des einzelnen im Gesamtverkehr enthält; aber als Vertreter jedes Interesses sind ihm alle wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zustände prinzipiell gleich; seine Aufgabe ist zuerst die, daß sie nicht durch das Recht ungleich werden; er negiert daher zuerst und vor allem den Übergang des Interesses in das Vorrecht; ... verhindert er ... das *Entstehen der Rechtsklassen* aus jenen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Klassenunterschieden. Um dies zu können, muß er absolut über jeder Klasse stehen, denn *alle* Unfreiheit tritt ein, sowie sich *irgendeine* Klasse der Staatsgewalt bemächtigt. Er muß ferner die absolute Gleichheit des Rechts gegenüber allen jenen Unterschieden für die einzelne selbst bestimmte Persönlichkeit durch seine Gewalt aufrechterhalten, und in diesem Sinne nennen wir ihn den *Rechtsstaat*. Er muß aber endlich mit seiner Macht den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Fortschritt *aller* seiner Angehörigen fördern, ...; und in diesem Sinne sprechen wir von dem *gesellschaftlichen* oder dem *socialen* Staate.” (Hervorhebungen im Original).

110 Studien Sozialer Jurisprudenz, 1894, S. 76.

111 Hervorhebungen im Original.

112 Hermann Heller, *Grundrechte und Grundpflichten*, in: ders., *Gesammelte Schriften*, 3 Bde., 1971, Bd. II, S. 281 ff. (291).

113 Hervorhebungen im Original.

114 S. Carl Brinkmann, *Besprechung von: Kurt Wolzendorf, Der Polizeigedanke des modernen Staates*, in: Schmollers *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1918, S. 388 ff. (390); Hermann Heller, *Rechtsstaat und Diktatur*, in: ders. (N 112), S. 450, 462.

115 Robert Piloty/Franz Schneider, *Grundriß des Verwaltungsrechts*, ⁴⁵1930, S. 2: “Die Abkehr von der reinen Rechtsstaatsidee zum *sozialen Rechtsstaat* (Sozialstaat), die in Deutschland bereits durch die Arbeitsschutzgesetzgebung eingeleitet war, vollzog sich dann vollends unter dem Drucke des verlorenen Weltkriegs ... Der Sozialstaat nähert sich so in gewissem Sinne wieder dem alten eudämonistischen Polizeistaate, wenn auch die Mittel zur Erreichung seines Zieles andere sein müssen.”

116 Edgar Tatarin-Tarnheyden, *Werdendes Staatsrecht*, 1934, S. 29 f.

117 Theodor Bühler, *Von der Utopie zum Sozialstaat*, 1942.

können diese Begriffe damit nicht identifiziert werden. Nach dem Zweiten Weltkrieg dokumentiert als erster wohl Werner Kägi mit seinem Aufsatz "Rechtsstaat – Sozialstaat – sozialer Rechtsstaat"¹¹⁸, daß diese Begriffe Allgemeingut geworden sind¹¹⁹.

Selbstverständlich, aber nicht eindeutig! Der Eindeutigkeit standen vor allem drei Umstände entgegen: die Mehrdeutigkeit des Wortes "Sozial"¹²⁰; die Unsicherheit über den Auftrag eines Staates, der nicht mehr ein Staat der Macht, sondern ein Staat für den Menschen sein sollte¹²¹; und die Verwerfung aller Perspektiven durch die Katastrophe des Zusammenbruchs und die Not der Nachkriegsjahre. Auf die Frage, was der "Sozialstaat" sei, kristallisierten sich zunächst vor allem drei Antworten heraus¹²²:

Die erste Antwort versteht "sozial" im allgemeinsten, wertfreien Sinn, der in etwa mit "gesellschaftlich" und "gesellschaftsbezogen" zu übersetzen ist. "Sozialstaat" in diesem Sinne meint: Der Staat hat eine Verantwortung für die Befindlichkeit der Gesellschaft. Ihre Autonomie ist nicht absolut. Das Pendel sollte nach dem totalitären Zugriff auf die Gesellschaft nicht zum liberalen "Nachtwächterstaat" zurückschwingen.

Eine andere Interpretation griff auf ein Verständnis des Wortes "sozial" zurück, das auf den Gemeinschaftsbezug und die Gemeinschaftsbindung des Menschen zielt¹²³. Der "Sozialstaat" in diesem Sinne meint: Verpflichtung des einzelnen gegenüber der Gemeinschaft und gegenüber anderen. Hinter diesem Verständnis steht die Sorge, das Pendel könne nach der totalitären Unterwerfung zur Bindungslosigkeit der einzelnen umschlagen.

Der Hauptstrom der Meinungen ging dagegen auf ein drittes Verständnis: auf einen "Sozialstaat", der den Schwächeren hilft, der die Teilhabe an den wirtschaftlichen Gütern nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit¹²⁴ und mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für jedermann¹²⁵ zu bewirken sucht. Diese Interpretation griff den alltäglichsten Sinn des Wortes "sozial" auf und stellte den Sozialstaat in den Zusammenhang der historisch-konkreten politi-

118 Werner Kägi, Rechtsstaat – Sozialstaat – sozialer Rechtsstaat, Die Schweiz – Ein nationales Jahrbuch, 1945, S. 129 ff.

119 Zur weiteren Begriffsgeschichte, wie sie auf das Grundgesetz zuführt, Harald Noack, Sozialstaatsklauseln und juristische Methode, S. 25 ff. – Zur verwandten Geschichte des Begriffs des Wohlfahrtsstaates s. Ritter (N 2), S. 4 ff. m.w.Nachw. – Zur Rezeption in den Programmen der politischen Parteien Schachtschneider, Das Sozialprinzip (Bibl.), S. 17 ff.

120 Adolf Geck, Über das Eindringen des Wortes sozial in die deutsche Sprache, 1963.

121 S. Art. 1 Abs. 1 des Herrenchiemseer Entwurfs: "Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen." – Aus der Literatur der Zeit vor allem Elvind Berggrav, Der Staat und der Mensch, 1946.

122 S. die Zusammenstellung bei Hans F. Zacher, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 676 ff. m. eingeh. Nachw.

123 Geläufiger in der negativen Version "asozial".

124 Eine extreme Deutung, die den Sozialstaat als Gerechtigkeitsstaat und zwar ohne "soziale" Materialisierung der Gerechtigkeit verstehen will, findet sich bei Christian-Friedrich Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, 1953, S. 24 ff.

125 Immer wieder wurde dabei an Art. 151 Abs. 1 S. 1 WRV erinnert (s. oben Rn. 4).

schen Sozialbewegung¹²⁶. Die Not der Stunde¹²⁷ drängte diesen Sinn ebenso auf, wie die Nachfrage nach einem Mindestmaß an sachlicher Aussage über die Richtung, in der die Gesellschaft zu entwickeln sei. Die Fragen, wie die Verantwortung des Staates für die Gesellschaft (im Sinne der ersten, allgemeinsten Interpretation des "Sozialstaats") wahrzunehmen und worin und mit welchem Ziel der einzelne (im Sinne der zweiten, auf die sozialen Pflichten zielenden Interpretation des Sozialstaats) zu binden sei, fanden eine substantielle Antwort. Das "dritte" Sozialstaatsverständnis hebt so das "erste" und "zweite" in sich auf.

II. Das historisch-politisch Soziale: Versuch einer Konkretisierung

1. Grundlagen

Was bedeutet "sozial" im historisch-konkreten politischen Sinn? Welche Hilfen bieten sich an, dies herauszufinden? Die Väter des Grundgesetzes haben nicht soziale Ideen reflektiert, sondern übernommen, was in das öffentliche Bewußtsein eingegangen und so auch ihnen selbstverständlich war. In das öffentliche Bewußtsein aber war vor allem eingegangen, was die Sozialpolitik¹²⁸ und der Aufbau einer sozialen Rechtsordnung¹²⁹ im Verlaufe der letzten zwei Jahrhunderte bewirkt haben. Insofern kann das Soziale zunächst aus dem abgelesen werden, was in der Geschichte der Sozialpolitik manifest geworden ist. Aber Sozialpolitik ist stets in der Entwicklung. Das Gewordene wird stets durch neue Forderungen und neue Probleme in Frage gestellt. Somit ist Ausgangspunkt das sozialpolitisch-geschichtlich Manifeste, indem und soweit es Grundlage weiterer Entwicklung sein kann¹³⁰.

Der andere Ausgangspunkt aller Interpretation ist das Umfeld des Grundgesetzes¹³¹. Das Sozialstaatsprinzip ist eingebunden in die Prinzipien der Republik, der Demokratie, des Rechtsstaats und des Bundesstaates. Soziale Ideen, die mit die-

126 *Günter Dürig*, *Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat*, in: JZ 1953, S. 193 ff. (196): "Selbstverständlich ist, daß sozial nicht gleich sozialistisch oder sonst im Sinne einer bestimmten Sozialtheorie zu lesen ist. Die Entscheidung des Grundgesetzes ist eine Entscheidung für das der gesamten Sozialbewegung Gemeinsame. Gemeinsam ist der Sozialbewegung, die als Gegenbewegung in die Neuzeit eintrat, nach wie vor nur ihre Frontstellung. Diese aber ist so eindeutig, daß vom Negativen her auch positiv der Mindestinhalt dessen, was der Begriff sozial bedeutet, bestimmbar ist." Zur Ideengeschichte s.a. *Günther Stratenwerth*, *Zum Prinzip des Sozialstaats*, in: FS für Kurt Eichenberger, 1982, S. 81 ff.

127 Auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurde mit diesem zeitbedingtem Thema eröffnet: der sozialstaatlichen Pflicht des Gesetzgebers, sich um die Herstellung erträglicher Lebensbedingungen für alle zu bemühen, die durch die Folgen des Hitler-Regimes in Not geraten sind (BVerfGE 1, 97 (105 f.)).

128 Zur Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland, s. etwa *Heinz Lampert*, *Sozialpolitik*, 1980, S. 35 ff.

129 Zur Geschichte des Sozialrechts in Deutschland s. etwa *Michael Stolleis*, *Quellen zur Geschichte des Sozialrechts*, 1976.

130 *Roman Herzog* in: *Maunz/Dürig*, *Komm. z. GG*, Art. 20, VIII, Rn. 22.

131 *Stern* (N 106), S. 890 f.

sen Aussagen des Grundgesetzes unvereinbar sind, können nicht über das Sozialstaatsprinzip zum Bestandteil des Grundgesetzes werden. Andere Ideen dagegen können durch Elemente des Grundgesetzes – etwa seine Grundrechte oder seine Zuständigkeitsordnung¹³² – entfaltet sein.

Anregungen und “Illustrationen” gibt auch der Niederschlag, den die Sozialpolitik im verfassungsrechtlichen Umfeld der Landesverfassungen und des Internationalen Rechts gefunden hat¹³³. Gleichwohl: das Grundgesetz selbst hat sich jeglicher Verfestigung im Sinne sozialer Programme und sozialer Grundrechte enthalten¹³⁴. Die Auslegung des Sozialstaatsprinzips hat das zu respektieren¹³⁵. Zwar hat der Sozialstaat die Meilensteine der sozialpolitischen Entwicklung, die in “sozialen Rechten” oder anderen sozialen Programmen, etwa des Landesverfassungsrechts oder des Internationalen Rechts, Ausdruck gefunden haben, besonders ernst zu nehmen. Aber sein Auftrag ist umfassender und offen für die Zukunft. Der Sozialstaat muß deshalb immer bereit sein, auch andere, insbesondere neue soziale Probleme wahrzunehmen und alte Festschreibungen von daher zu relativieren.

2. Die Dialektik der sozialen Aufgaben des Staates und der Trennung von Staat und Gesellschaft

Von dieser Grundlage her ergeben sich zwei zentrale Aussagen¹³⁶.

Die wichtigsten Ziele des “Sozialstaats” sind: Hilfe gegen Not und Armut¹³⁷ und ein menschenwürdiges Existenzminimum für jedermann¹³⁸; mehr Gleichheit¹³⁹

132 Zur materiellen Bedeutung von Kompetenznormen des Grundgesetzes s. *Stern* (N 106), S. 608.

133 Auf Einzelnachweise aus dem Landesverfassungsrecht und dem Internationalen Recht muß im folgenden grundsätzlich verzichtet werden. Zu den Landesverfassungen s. oben Rn. 6 und 10. Auch die Aussagen der Weimarer Reichsverfassung sind weiterhin bedeutsam. Zum Internationalen Recht s. oben Rn. 11 ff.

134 Zu sozialen Grundrechten s. die Dokumentation von *Karl Hernekamp*, Soziale Grundrechte, 1979. Zur rechtspolitischen Entwicklung sozialer Grundrechte unter dem Grundgesetz s. *Peter Badura*, Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: *Der Staat* 14 (1975), S. 17 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde/Jürgen Jekewitz/Thilo Ramm* (Hg.), Soziale Grundrechte, 1981; *Jörg Lücke*, Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmung und Gesetzgebungsaufträge, in: *AöR* 107 (1982), S. 15 ff.; *Hans-Jürgen Wipfelder*, Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte, in: *ZRP* 1986, S. 140 ff. → *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, Teilhaberechte, soziale Grundrechte.

135 S. a. *Stern* (N 106), S. 885.

136 Überblicke über das weite Spektrum der Auslegungen bei *Zacher* (N 122), S. 673 ff.; *Schreiber*, Das Sozialstaatsprinzip in der Praxis (Bibl.); *Noack* (N 119).

137 Zuerst BVerfGE 1, 97 (105).

138 BVerfGE 40, 121 (133); 44, 353 (375); 45, 187 (228 f.); BSGE 25, 170 (175). S. dazu materialreich und eingehend *Schlenker*, Soziales Rückschrittsverbot (Bibl.), S. 91 ff.

139 Zumeist artikuliert als Hilfe für den sozial Schwächeren, s. z.B. BVerfGE 26, 16 (37); differenzierter formuliert in BVerfGE 35, 202 (236). – Ein besonderer Problemfall: Die Gleichstellung des nasciturus mit dem geborenen Menschen: BVerfGE 45, 376 (387 f.).

durch den Abbau von Wohlstandsdifferenzen und die Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen¹⁴⁰; mehr Sicherheit gegenüber den "Wechselfällen des Lebens"¹⁴¹; und schließlich Hebung und Ausbreitung des Wohlstandes¹⁴². Diese Ziele¹⁴³ leiten sich aus dem "der gesamten Sozialbewegung Gemeinsamen"¹⁴⁴ her und erweisen sich als zukunfts offen. Sie sind im Rahmen des Grundgesetzes möglich und werden von ihm zum Teil auch ausdrücklich gebilligt.

Die wichtigste Prämisse des "Sozialen" aber ist: das Gegenüber von Staat und Gesellschaft bleibt aufrechterhalten¹⁴⁵; der Staat hat kein Monopol auf das "Soziale" und keinen Titel, die Gesellschaft aufzuheben, um ihren "sozialen" Charakter zu garantieren. In dieser Frage des Gegenüber von Staat und Gesellschaft herrschte in der Entwicklung der sozialen Bewegung Dissens. Das Grundgesetz hat sich jedoch für das Gegenüber von Staat und Gesellschaft entschieden¹⁴⁶. Der Rechtsstaat des Grundgesetzes – insbesondere in seiner grundrechtlichen Ausgestaltung – und die Demokratie des Grundgesetzes – insbesondere in ihrer parteien-demokratischen Gestalt – können nur unter der Prämisse des Gegenüber von Staat und Gesellschaft verstanden werden.

Elemente der sozialen Bewegung, die auf die Aufhebung des Gegensatzes von Staat und Gesellschaft zielen, können daher nicht in die Auslegung des Grundgesetzes eingehen. Rezipiert sind vielmehr nur jene Elemente, die dem Staat die Aufgabe zuweisen, die Gesellschaft "sozial" zu korrigieren und zu ergänzen, ohne die Eigenständigkeit der Gesellschaft und ihre Fähigkeit, das "Soziale" auch selbst zu bewirken, zu mindern¹⁴⁷.

140 Zur Pflicht des Sozialstaates, "für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen": BVerfGE 22, 180 (204). Vgl. ferner *Michael Kittner*, in: GG-AK I, Art. 20 Abs. 1-3 VI, Rn. 33 ff.

141 Zur sozialen Sicherung als typische Aufgabe des Sozialstaats s. etwa BVerfGE 21, 362 (375); Richterin *Rupp-von Brünneck* zu BVerfGE 36, 237 (247 ff., 250).

142 Zusammenfassend zu den vorgenannten Zielen des Sozialstaats auch BGHSt 6, 17 (18 f.). Zum Wirtschaftswachstum als Aufgabe des Sozialstaats *Stern* (N 106), S. 902 ff.; *Peter Badura*, Staatsrecht, 1986, Rn. D 38.

143 Weitgehend im Sinne dieses Katalogs der Ziele *Klaus Obermayer*, Der Sozialstaat als Herausforderung zur Menschlichkeit, in: RdA, 1979, S. 8 ff. Die Gesamtheit der Ziele faßte das Bundesverfassungsgericht zunächst auf dem Nenner "sozialer Gerechtigkeit" (BVerfGE 1, 97 (100); 5, 85 (198), später auf dem – nicht weniger aussageschwachen – Nenner der "gerechten Sozialordnung" (s. z.B. BVerfGE 59, 231 (263); 69, 272 (314) zusammen. – Zu Exemplifikationen, wie diese Ziele verfolgt werden, vgl. *Kittner* (N 140), Rn. 85 ff. Als Gesamtdarstellung von Voraussetzungen und Realisierung aus sozialwissenschaftlicher Sicht s. *Frank Pilz*, Das sozialstaatliche System der Bundesrepublik Deutschland, 1978.

144 S. noch einmal N 126.

145 *Herzog* (N 130), Rn. 52 ff.; zu den Grundproblemen s.a. *Hermann Jahrreiss*, Freiheit und Sozialstaat, 1957.

146 S. die Beiträge in *Ernst-Wolfgang Böckenförde* (Hg.), Staat und Gesellschaft, 1976. → *Rupp*, Handbuch des Staatsrechts Bd. I, § 28.

147 Das Konzept des subsidiären Sozialstaats entwickelte *Spieker*, Legitimitätsprobleme des Sozialstaats (Bibl.). Zum Konzept "der liberalen und sozialen Demokratie des Grundgesetzes" s. eindringlich *Werner Maihofer*, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, in: HdbVerfR, S. 173 ff. (194 ff.).

Diese Dialektik der sozialen Verantwortung des Staates auf der einen und der sozial konditionierten Autonomie der Gesellschaft auf der anderen Seite mündet in eine Synthese, in der sich die soziale Befindlichkeit der Menschen als eine Gesamtleistung von Staat und Gesellschaft darstellt. Von der Verfassungssprache her kommt dieser Dialektik der Name eines "freiheitlichen Sozialstaates" am nächsten. Diese Dialektik ist die entscheidendste Prämisse jeder interpretatorischen Entfaltung des Sozialstaatsprinzips.

3. Die Elemente der Sozialstaatlichkeit

a) Ein menschenwürdiges Existenzminimum für jedermann

aa) Der Auftrag des Sozialstaats

Die Verantwortung des Sozialstaats für das Existenznotwendige entspricht der ersten Stufe der Entwicklung des deutschen Sozialstaates¹⁴⁸. Von der Mitte des 18. Jahrhunderts an verpflichtete die Armengesetzgebung die Gemeinden mehr und mehr zu positiver Hilfe für ihre bedürftigen Bürger. Im Laufe des 19. Jahrhunderts wuchs die Verantwortung über die kommunale Ebene hinaus in die staatliche¹⁴⁹. Zentraler Ausdruck dieser Gewähr eines Existenzminimums durch das Gemeinwesen ist heute die Sozialhilfe¹⁵⁰. "Wer nicht in der Lage ist, aus eigenen Kräften seinen Lebensunterhalt zu bestreiten und auch von anderer Seite keine ausreichende Hilfe erhält, hat ein Recht auf persönliche und wirtschaftliche Hilfe, die seinem besonderen Bedarf entspricht, ihn zur Selbsthilfe befähigt, die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft ermöglicht und die Führung eines menschenwürdigen Lebens sichert" (§ 9 SGB-AT)¹⁵¹.

Das Grundgesetz erwähnt das Thema evident in der Gesetzgebungszuständigkeit für "die öffentliche Fürsorge" (Art. 74 Nr. 7 GG)¹⁵².

148 Zur Geschichte der Armenfürsorge s. etwa *Christoph Sachße/Florian Tennstedt*, *Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland – vom Spätmittelalter bis zum 1. Weltkrieg*, 1980; *Stratenwerth* (N 126), S. 87 ff.

149 Zur Erstreckung auf die Gemeinschaft der deutschen Staaten s. den Gothaer Vertrag von 1851 und die Eisenacher Übereinkunft von 1853. Die beiden Abkommen schufen eine Art gemeinsame Armen- und Fürsorgeverantwortung der Mitgliedstaaten des Deutschen Bundes für ihre "Unterthanen". Der Norddeutsche Bund entwickelte für seinen Bereich dieses Prinzip weiter durch das Unterstützungswohnsitzgesetz von 1870, das mit der Gründung des Deutschen Reiches auf das gesamte Kaiserreich (mit Ausnahme Bayerns) erstreckt wurde.

150 BVerwGE 23, 141 (153 ff.). *Karl-Jürgen Bieback/Günther Stahlmann*, Existenzminimum und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Festlegung der Regelsätze in der Sozialhilfe, in: *Sozialer Fortschritt* 1987, S. 1 ff. m. eingeh. Nachw. – Doch dienen auch andere Sozialleistungssysteme der Existenzsicherung i.S. des Sozialstaatsprinzips. Zur einschlägigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts s. *Rupert Scholz/Rainer Pitschas*, Sozialstaat und Gleichheit, in: *Sozialrechtsprechung, Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat*, 1979, S. 627 ff. (646 f.).

151 Vgl. auch §§ 1, 2, 11 BSHG.

152 Das Problem der "ausreichenden Lebensgrundlage" ist auch in Art. 11 Abs. 2 GG angesprochen.

bb) Die gesellschaftliche Realisation: Der Primat der Selbstverantwortung

Die Verantwortung des Gemeinwesens für die Sicherung der menschlichen Existenz ist jedoch sekundär. Der Sozialstaat basiert auf der Grundregel, daß jeder Erwachsene die Möglichkeit hat, aber auch darauf verwiesen ist, den Unterhalt für sich und seine Familie (den Ehegatten und die Kinder) zu verdienen. Dazu konstituiert die Verfassung den Menschen als frei. Die Verantwortung des Gemeinwesens greift erst ein, wenn und soweit jene Grundregel sich nicht verwirklicht und die Bedarfe des einzelnen auf diese Weise nicht befriedigt werden können.

Damit freilich steht die schwierige Dialektik von sozialstaatlicher Verantwortung und der Autonomie gesellschaftlicher Verhältnisse und Prozesse vor immer neuen Problemen. Einerseits ist von jener Grundregel her die Subsidiarität der Verantwortung des Gemeinwesens zu unterstreichen¹⁵³. Andererseits muß die soziale Sorge sich der Verwirklichung der Grundregel selbst zuwenden.

Die Verweisung auf Arbeit etwa setzt Arbeit voraus¹⁵⁴. Landesverfassungen und Internationales Recht artikulieren das als "Recht auf Arbeit"¹⁵⁵. Das Grundgesetz betont demgegenüber das Recht der freien Wahl des Berufs und des Arbeitsplatzes (Art. 12 Abs. 1 GG). Das sichert die Freiheit im gesellschaftlichen System der Arbeit¹⁵⁶. Das "Recht auf Arbeit" ist dennoch auch unter dem Grundgesetz notwendiges politisches Programm¹⁵⁷. Wie wichtig es ist, zeigt sich in der gegenwärtigen "Krise der Arbeitsgesellschaft"¹⁵⁸. Der Umbruch in der Organisation und Verteilung der Arbeit, der die Gegenwart prägt, stellt das ganze Gefüge von Herausforderungen und Antworten, das den Sozialstaat ausmacht, in Frage – bis

-
- 153 Statt aller anderen aus den allgemeineren Arbeiten zur Subsidiarität: *Josef Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, insb. S. 191 ff., 268 ff.; zu Subsidiarität und Sozialstaat s. *Spieker* (N 147), S. 222 ff.; zu neueren Entwicklungen s. *Rolf G. Heinze* (Hg.), Neue Subsidiarität – Leitidee für eine zukünftige Sozialpolitik, 1986.
- 154 Zum Kündigungsschutz als Ausdruck des Sozialstaatsprinzips BAGE 1, 128 (132 f.); zur sozialstaatlichen Ambivalenz des arbeitsrechtlichen Bestandschutzes jedoch BVerfGE 59, 231 (268 ff.).
- 155 S. o. S. 6 f., 8 f.
- 156 S. dazu *Hans Hege*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Sozialstaat, 1977; *Rainer Pitschas*, Berufsfreiheit und Berufslenkung, 1983, S. 121 ff.; *Hans-Peter Schneider* und *Helmut Lecheler*, Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, in: VVDStRL 43 (1985), S. 7 ff.
- 157 Vgl. § 1 S. 1 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft sowie § 1 des Arbeitsförderungsgesetzes. – Zur sozialstaatlichen Ableitung vgl. *Kittner* (N 140), Rn. 66. Zur Arbeitsvermittlung als sozialstaatliche Leistung s. BVerfGE 21, 245 (251).
- 158 *Joachim Matthes* (Hg.), Krise der Arbeitsgesellschaft? Verhandlungen des 21. Deutschen Soziologentages in Bamberg, 1983; *Claus Offe*, "Arbeitsgesellschaft" – Strukturprobleme und Zukunftsperspektiven, 1984; *Friedrich Ortman/Christoph Sachße* (Hg.), Arbeitsmarkt, Sozialpolitik, Sozialhilfe: Perspektiven "neuer" Sozialstaatlichkeit, 1985; *Dieter Grünh*, Der informelle Sektor als Sozialstaatsersatz?, in: *Albrecht Randelzhofer/Werner Süß* (Hg.), Konsens und Konflikt. 35 Jahre Grundgesetz, 1986, S. 139 ff.; *Klaus Schroeder*, Der Sozialstaat als Versorgungsstaat – Von der Wohlstandssicherung zur Massenarbeitslosigkeit, ebd., S. 172 ff.; *Ulrich Goll*, Arbeitslosigkeit und Lebenschancen, in: ZRP 1986, S. 198 ff.

hin zu der elementaren Voraussetzung, daß jeder durch Arbeit für sein Einkommen und also für die Deckung seiner Bedarfe zu sorgen hat¹⁵⁹.

Das zweite Basiselement der erwähnten Grundregel der Selbstverantwortung ist die Familie. Insbesondere die Lebensbedingungen von Kindern hängen von der Familie ab. Das Grundgesetz stellt auch hier die Autonomie in den Vordergrund (Art. 6 Abs. 1 GG)¹⁶⁰. Autonomie ist zwar eine notwendige, nicht immer aber hinreichende Bedingung dafür, daß die Familie leisten kann, was von ihr erwartet wird. Der Sozialstaat muß deshalb die Familien, die Kinder, die Eltern und unter ihnen vor allem die Mütter sozial schützen und fördern¹⁶¹.

Endlich kann die Regel der Selbstverantwortung auch dort, wo sie in einem – wie auch immer definierten – Normalfalle genügt, an Grenzen stoßen, wenn einzelne Bedarfe die Kräfte des einzelnen und seiner Familie überfordern. Deshalb trifft den Sozialstaat eine besondere Verantwortung für die “Erreichbarkeit” lebensnotwendiger Güter wie Ernährung¹⁶², Wohnung¹⁶³, Versorgung im Krankheitsfalle¹⁶⁴, Pflege¹⁶⁵ usw.¹⁶⁶.

Doch darf über alle Verantwortung des Sozialstaats nicht vergessen werden, daß das “Soziale” sich wesentlich auch durch die Gesellschaft und in der Gesellschaft zu vollziehen hat. Der Primat der Selbstverantwortung setzt die funktionierende Autonomie der gesellschaftlichen Verhältnisse und Prozesse voraus¹⁶⁷. Vier Di-

159 Zur Analyse s. ergänzend *Hans F. Zacher*, Sozialstaat und Recht. Grundlagen – Entwicklungen – Krise, in: VSSR Bd. 11 (1983), S. 119 ff. (131 f.).

160 Zur sozialstaatlichen Relevanz von Art. 6 GG etwa BVerfGE 24, 119 (144); *Peter Krause*, Ehe und Familie im sozialen Sicherungssystem, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 21 (1986), S. 270 ff. → Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, Schutz von Ehe und Familie; Elternrecht.

161 BSGE 45, 95 (105). S.a. die Beiträge zum Thema “Familienverantwortung im sozialen Rechtsstaat”, in: *Diether Posser/Rudolf Wassermann* (Hg.), Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung, 1981, S. 131 ff. Zur steuerrechtlichen Berücksichtigung der Familienlasten s. BVerfGE 6, 32 (77 f.); 13, 331 (347); insb. für Halbfamilien: BVerfGE 61, 319 (343); 68, 143 (152 ff.).

162 Art. 74 Nr. 17 GG: “Sicherung der Ernährung”.

163 Art. 13 (insb. Art. 3: “Behebung der Raumnot”), 74 Nr. 18 GG. Zum Instrumentarium etwa *Lampert* (N 128), S. 342 ff.

164 Art. 12 a Abs. 4, 74 Nr. 19, 19 a GG. Zur “Krankenversorgung” als sozialstaatlicher Aufgabe BVerfGE 44, 353 (375); 57, 70 (99); 67, 193 (220); s. auch Richter *Rottmann* zu BVerfGE 53, 366 (408 ff., 410). Zur Krankenversorgung als Leistung der Sozialversicherung BVerfGE 16, 286 (304). Vgl. ferner *Ottfried Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, insb. S. 247 ff.; *Götz Frank*, Sozialstaatsprinzip und Gesundheitssystem, 1983, S. 61 ff., 75 ff.

165 Zur Pflege als sozialstaatliche Aufgabe s. BVerfGE 40, 121 (133). Insb. für die Pflege psychisch Kranker BVerfGE 58, 208 (225 f.).

166 Zur Sozialarbeit als Leistung des Sozialstaats s. *Rainer Pitschas*, Formelles Sozialstaatsprinzip, materielle Grundrechtsverwirklichung und Organisation sozialer Dienstleistungen, in: VSSR Bd. 8 (1977), S. 141 ff.; *Johannes Münder*, Sozialstaat und soziale Arbeit, in: Neue Praxis 1985, S. 112 ff.; *Thomas Olk*, Der informelle Wohlfahrtsstaat, in: ders./Hans-Uwe Otto (Hg.), Der Wohlfahrtsstaat in der Wende. Umriss einer künftigen Sozialarbeit, 1985, S. 122 ff., m.w.Nachw.

167 S. *Walter Gerber* (Hg.), Stärkung der Selbstverantwortung – Aufgabe unserer Gesellschaft, 1984.

mensionen scheinen – über die Freiheit der Arbeit und die Autonomie der Familie hinaus – wesentlich, damit dies gewährleistet ist. Die erste: Die Möglichkeiten des einzelnen, einen Anteil an den existenzermöglichenden und -bestimmenden Gütern zu erwerben, zu haben, zu nutzen und darüber zu verfügen¹⁶⁸. Das Grundrecht des Eigentums (Art. 14 GG) spielt hier eine zentrale Rolle¹⁶⁹. Die zweite: Den gesellschaftlichen Kräften muß die Möglichkeit gegeben sein, die einzelnen hinreichend mit Gütern und Diensten zu versorgen. Die Affinität zwischen freiheitlicher Gesellschaft und marktwirtschaftlicher Ordnung¹⁷⁰ ist hierzu das entscheidende Stichwort. Die dritte: Den Menschen muß über die Familie hinaus die Möglichkeit eröffnet sein, sich zur Verschaffung von Gütern und Diensten kollektiv zusammenzuschließen¹⁷¹. Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG)¹⁷² und Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)¹⁷³ sind dafür zentral. Schließlich die vierte: Auch wo Fremdhilfe nötig ist, um die Existenz zu sichern, darf es kein Monopol des Staates geben. Gesellschaftlichen Kräften muß Raum zu altruistischer Hilfe gegeben sein. Die Freiheit, zu helfen, ist ein Element der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und die Freiheit des Zusammenschlusses (Art. 9 Abs. 1 GG) eine bedeutsame Weise, sie wirkungsvoll zu betätigen¹⁷⁴.

-
- 168 Entsprechende Bedeutung kommt natürlich auch dem Schutz des Einkommens zu. Gerade unter dem Aspekt der sozialstaatlichen Garantie des Existenzminimums bleibt freilich die Sicherung eines minimalen Einkommens und/oder Vermögens auch gegenüber Rechten Dritter (letztlich der Vollstreckung) und gegenüber öffentlichen Lasten (insb. der Steuerlast) vorrangig. S. dazu auch *Bieback/Stahlmann* (N 150), S. 7 ff.
- 169 Zum Eigentum als einer "Wertentscheidung des Grundgesetzes von besonderer Bedeutung für den sozialen Rechtsstaat" s. BVerfGE 14, 263 (277). Zum Erfordernis eines entsprechend wirkungsvollen Vollstreckungsschutzes BVerfGE 46, 325 (334 f.); 49, 220 (225 f.), insb. Richter *Böhmer*, S. 228 ff. (237 f.). Vgl. auch BVerfGE 42, 64 (77).
- 170 S. u. S. 40 ff.
- 171 Zur Praxis s. *Fritz Vilmar/Brigitte Runge*, Soziale Selbsthilfe – Privatisierung oder Vergesellschaftung des Sozialstaats? Soziale Selbsthilfegruppen in der Bundesrepublik, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*. B 44/1986, S. 3 ff. – Krit. zur Rechtslage der Selbsthilfe *Johannes Münder*, Selbsthilfe und (neue?) Subsidiarität – Politische Mode oder rechtlich geboten?, in: *Neue Praxis*, 1986, S. 417 ff. Vgl. ferner die in N 158 genannten Autoren.
- 172 Wie auch die sozial-historisch so bedeutsame Möglichkeit der Genossenschaften; vgl. dazu die Landesverfassungen o. S. 5 ff. (insb. N 28) u. S. 8 f. Zum Zwangszusammenschluß als zulässigem Instrument des Sozialstaats demgegenüber BVerwGE 23, 304 (306).
- 173 Die in Art. 9 Abs. 3 GG angelegte Koalitionsfreiheit ist auch Ausfluß des Sozialstaatsprinzips: BVerfGE 4, 96 (102). Dem entspricht die sozialstaatliche Bindung der Koalitionen: BAGE 20, 175 (225); zur sozialstaatlichen Ableitung vgl. auch *Karl-Heinz Gießen*, Die Gewerkschaften im Prozeß der Volks- und Staatswillensbildung, 1976, S. 194 ff.; zu Koalitionsfreiheit und Sozialstaatsprinzip eingehend *Rupert Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, insb. S. 180 ff.; zur sozialstaatlichen Dimension der Mitbestimmung *ders.*, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, 1974, S. 25 ff. Von einem "Recht auf Mitbestimmung" spricht *Kittner* (N 140), Rn. 67. – Zur Interessenwahrung im Arbeitsrecht s.a. die Rechtsprechung zur sozialstaatlichen Legitimation der Betriebsverfassung (BAGE 27, 33 (44); 29, 103 (104) und der Personalvertretung (BVerfGE 19, 303 (319); 28, 314 (323); 51, 43 (58)).
- 174 S. *Axel Freiherr von Campenhausen* (Hg.), *Kann der Staat für alles sorgen?*, 1976; *Roland Wegener*, *Staat und Verbände im Sachbereich Wohlfahrtspflege*, 1978, S. 146 ff.; *Spieker* (N 147), S. 288 ff.; *Otto Depenheuer*, *Staatliche Finanzierung und Planung im Kranken-*

b) Soziale Gleichheit

aa) Der Auftrag des Sozialstaats

Die Gleichheit aller, die Menschenantlitz tragen, ist der allgemeinste und tiefste Grund der sozialen Bewegung. Zugleich aber ist sie ein so umfassendes und weitreichendes Anliegen aller politischen Veränderungen, die sich zwischen dem 18. und dem 20. Jahrhundert vollzogen haben, daß die soziale Bewegung als ein Strom von mehreren angesehen werden kann, die in das Meer der Gleichheit der Menschen münden. Wesentliche Entwicklungen zur Gleichheit sind mit dem Übergang von der feudalistisch-monarchistischen Verfassung zur egalitären Demokratie verbunden: so vor allem die Abschaffung ständischer Vorrechte. Andere liegen in der Konsequenz des Rechtsstaats: so die Gleichheit aller vor dem Gesetz¹⁷⁵. Die Vorstellung von "sozialer Gleichheit"¹⁷⁶ verbindet sich primär mit gesellschaftlichen und ökonomischen Phänomenen. Auch sie werden freilich nicht mit gleicher Intensität mit dem "Sozialen" assoziiert. Die Abschaffung der Leibeigenschaft, die Ablösung der Grundlasten, die Aufhebung der Zünfte usw. erscheinen zu sehr als eine Liquidation von Gestrigkeiten, um das "soziale Bewußtsein" heute noch zu prägen. Demgegenüber erscheinen die Ungleichheiten von Kapital und Arbeit, von Unternehmern und Arbeitern als die klassische soziale Ungleichheit. Die In-Eins-Setzung von Arbeiterfrage und "sozialer Frage"¹⁷⁷ prägt die Forderung nach "sozialer Gleichheit" bis heute.

In der Tat konzentriert sich das Bewußtsein sozialer Ungleichheit im Laufe des 19. Jahrhunderts mehr und mehr auf zwei Phänomene, die sich überschneiden, aber nicht identisch sind: Armut und Arbeiterschaft¹⁷⁸. Unter dem Schock des Ersten Weltkrieges und aller seiner Folgen und unter den politischen und gesellschaftlichen Bedingungen der Weimarer Zeit treten jedoch rasch neue soziale Ungleichheiten hervor: Kleinbauern, Siedler, Pächter, Mieter, kinderreiche Familien, Mütter, Kinder und Jugendliche, Kriegsgeschädigte usw. werden als benachteiligte Gruppen wahrgenommen¹⁷⁹. Vollends nach dem Zweiten Weltkrieg¹⁸⁰ tritt

hauswesen, 1986, S. 195 ff. m.w.Nachw. Zur Freiheit des Sozialstaats, freie Träger zu beteiligen, BVerfGE 22, 180 (204); s.a. Richter *Rottmann* zu BVerfGE 53, 366 (408 ff., 410 f.). – Insb. zur Freiheit kirchlicher Diakonie (vgl. Art. 4, 140 GG, Art. 136 ff. WRV) *Axel Freiherr von Campenhausen/Hans-Jochen Erhardt*, Kirche – Staat- Diakonie, 1982; *Konrad Deufel*, Sozialstaat und christliche Diakonie, in: *Christlicher Glaube und moderne Gesellschaft*, Teilbd. 15, 1982, S. 121 ff.

175 *Zacher* (N 122), S. 890 ff. m. eingeh. Nachw. → *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, Die Gleichheit vor dem Gesetz.

176 → ebd. Bd. V, Soziale Gleichheit.

177 *Josef Schäfers*, Ordnungspolitische Aspekte im Wandel der sozialen Frage, in: FS für Hans Ulrich Scupin, 1983, S. 85 ff. (89 ff.); *Lampert* (N 128), S. 35 ff.; *Sachße/Tennstedt* (N 148), S. 179 ff.

178 Dazu nochmals *Lampert* (N 128), S. 37 f. u. 174.

179 *Lampert* (N 128), S. 166 ff. (177). Zum Beispiel der Kleingewerbetreibenden s. BVerfGE 37, 38 (53).

180 "Der Gesetzgeber hat ... durch die Gleichstellung der Vertriebenen und Flüchtlinge, heimatlosen Ausländer und politisch Verfolgten in hohem Maße das Sozialstaatsgebot verwirklicht": BVerfGE 43, 213 (227).

hervor, daß Besser-Schlechter-Relationen nicht nur zwischen Gruppen, sondern auch Lebenssituationen (z.B. Alter), Regionen (z.B. Grenzgebiete) und Sachbereichen (z.B. Gesundheit, Bildung)¹⁸¹ wahrgenommen werden können¹⁸². Die Konstellationen sozialer Ungleichheiten erweisen sich als beliebig vermehrbar¹⁸³. Eine Eigenart bleibt den "sozialen Ungleichheiten" von ihrem Ursprung in der Arbeiterfrage her freilich wesentlich: der ökonomische Bezug¹⁸⁴. Als "sozial" problematisch erscheinen Ungleichheiten vor allem dann, wenn sie in ökonomischen Ungleichheiten ihre Ursache und/oder ihre Wirkung haben¹⁸⁵.

Die Muster, nach denen das Gemeinwesen auf soziale Ungleichheiten reagiert – sie aufhebt oder mindert oder die aus ihnen erwachsenen Abhängigkeiten kontrolliert –, sind vielfältig¹⁸⁶; die soziale Veränderung privatrechtlicher Beziehungen (z.B. Ausbildung des Arbeitsrechts¹⁸⁷, des Mieter- und Pächterschutzrechts¹⁸⁸, des Verbraucherschutzrechts usw.)¹⁸⁹; die staatliche Intervention in gesellschaft-

181 Zur verfassungsrechtlichen Ableitung eines Rechts auf Bildung *Ulrich Karpen*, Das Recht auf Chancengleichheit, insbesondere in der Bildung, in: JA 1985, S. 562 ff. Zu den "vernachlässigten Bereichen" s. *Kurt Sontheimer*, Die Bundesrepublik aus der Perspektive linker Theorie, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 6/1976, S. 3 ff. (16).

182 BVerfGE 35, 202 (235 f.): "von der Gemeinschaft aus betrachtet verlangt das Sozialstaatsprinzip staatliche Vor- und Fürsorge für Gruppen der Gesellschaft, die aufgrund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind."

183 Zur neuerlichen Inanspruchnahme des Sozialstaatsprinzips etwa für ausländische Mitbürger s. BVerfGE 42, 148 (157 ff.); 60, 126 (132).

184 *Lampert* (N 128), S. 180, spricht – beides verbindend – von einer "Konzentration der Sozialpolitik auf die im Arbeits- und Wirtschaftsleben tätigen Personen."

185 So beschreibt etwa das *Bundessozialgericht* in BSGE 10, 97 (100) das Sozialstaatsprinzip als herkömmliches Schutzprinzip zugunsten der wirtschaftlich Schwächeren. – Den Pfad der Einengung auf ökonomische Probleme verläßt das *Bundesverfassungsgericht* im Bereich des Strafrechts und des Strafvollzugs, wo die Last der Strafe und ihre Folgen im Lichte des Sozialstaatsprinzips gewürdigt werden: BVerfGE 35 202 (235 f.); 41, 329 (331); 45, 187 (223, 228 f., 238 f.). S. weiter die Beispiele für die Einwirkung des Sozialstaatsprinzips auf Strafrecht und Strafvollzug bei *Stern* (N 106), S. 901 f. m.w.Nachw.; allgemeiner für "Verhütung und Ausgleich nichtmaterieller Disparitäten" *Kittner* (N 140), Rn. 36 m.w. Nachw. S. zum Problem auch unten Rn. 67 f.

186 *Eike von Hippel*, Der Schutz des Schwächeren, 1982.

187 *S. Erich Post*, Zur Verwendung des Sozialstaatsarguments im Arbeitsrecht, in: ZfA 1978, S. 421 ff.; *Ernst Benda*, Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts, in: RdA 1979, S. 1 ff. Zum Aspekt der Arbeitsverfassung s. nochmals oben N 173. – Zur analogen sozialstaatlichen Relevanz des Beamtenrechts, insb. zum Alimentationsprinzip als Ausdruck des Sozialstaatsprinzips BVerfGE 8, 1 (17); 17, 337 (355); BVerfGE 21, 329 (346); 37, 31 (37 ff.); 58, 68 (78 f.). Zur Zusammenschau des Alimentationsprinzips (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG), des Grundrechts der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) und des Sozialstaatsprinzips für die richtige Gestaltung der Beamtenbezüge für Beamte mit Familie BVerfGE 44, 241 (273 f.); 49, 260 (273). Zur Zulässigkeit sozialer Staffelung zugunsten der Schwächeren im Beamtenrecht BVerfGE 14, 30 (33 f.); zur Berücksichtigung der wirtschaftlichen Position im Beamtenrecht BVerfGE 46, 97 (112).

188 Zum Einfluß des Sozialstaatsprinzips auf das Mietrecht s. BVerfGE 37, 132 (143).

189 S. statt anderer die Beiträge von *Ulrich Spellenberg* u.a., in: Recht im sozialen Rechtsstaat, 1973; *Dietrich von Stebut*, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts, 1982.

liche Beziehungen (z.B. Arbeitsschutz, Heimaufsicht, Jugendfürsorge usw.)¹⁹⁰, die Gewährleistung eines allgemeinen Zugangs zu wesentlichen Gütern und Diensten (z.B. Preisbindung¹⁹¹, Kontrahierungszwang auf dem Gebiet der Energie- und Verkehrsversorgung); die Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen (z.B. auf den Gebieten der Daseinsvorsorge, der Bildung¹⁹² und der Krankenversorgung)¹⁹³; die Förderung gesellschaftlicher Angebote (insbesondere durch Subventionen)¹⁹⁴; die Kompensation sozialer Nachteile durch entsprechende Verpflichtungen Privater (z.B. zugunsten von Schwerbeschädigten)¹⁹⁵; die Kompensation sozialer Nachteile durch öffentliche Leistungen (Sozialleistungen)¹⁹⁶; die Kompensation sozialer Ungleichheiten durch die Gestaltung öffentlicher Abgaben (Steuern, Beiträge, Gebühren etc.)¹⁹⁷; die Minderung wirtschaftlicher Ungleichheit durch die Vergesellschaftung wirtschaftlicher Güter oder ihre Überführung in Gemeinwirtschaft; die Neuverteilung wirtschaftlicher Güter (z.B. Bodenreform)¹⁹⁸; der Ausgleich sozialer Nachteile in Verfahren (z.B. im Zugang zum Recht, in der Vertretung von Interessen)¹⁹⁹ usw.

190 Zur Jugendhilfe als Ausfluß des Sozialstaatsprinzips s. BVerfGE 22, 180 (204).

191 Zur sozialstaatlichen Legitimation einer Preisbindung s. BVerfGE 8, 274 (329).

192 Zur sozialstaatlichen Relevanz des öffentlichen Schulwesens s. BVerwGE 27, 360 (363). Zur sozialstaatlichen Relevanz des Hochschulzuganges s. BVerfGE 33, 303, insb. 331 ff.; 39, 258 (270 ff.); 43, 291 (313 ff.); 62, 117 (146 ff.). S. a. nochmals *Karpen* (N 181).

193 S. o. N 164.

194 Zur Wohnungsbauförderung für Bedürftige s. BVerfGE 21, 117 (130).

195 Für Schwerbeschädigte: BAGE 13, 228 (231 ff.).

196 S. Rn. 27 und unten Rn. 48. – Das Sozialstaatsprinzip verlangt nicht, ja rechtfertigt nicht einmal die beliebige Streuung sozialer Leistungen. So ist die Abstufung von Leistungen nach dem Grad der Bedürftigkeit (BVerfGE 9, 20 (35); 17, 1 (11); 59, 36 (51), 62 bzw. nach dem Maß der Schutzbedürftigkeit (BVerfGE 13, 248 (259); 23, 135 (145); 42, 172 (188)) wesentlich. Auch liegt es durchaus im Sinne des Sozialstaatsprinzips, Leistungen – etwa der sozialen Förderung – nur dort zu gewähren, wo die Inanspruchnahme sinnvoll ist (BVerfGE 9, 256 (258); 59, 231 (263)). – Zur besonderen Bedeutung sozialer Dienste vgl. oben N 166.

197 Das Sozialstaatsprinzip ist zunächst allgemeine Grundlage für eine sozial gestaltende Steuerpolitik: BFHE 105, 266 (270). Es verlangt, daß die Steuerlast auf die Belange der schwächeren Schichten der Bevölkerung Rücksicht nimmt: BVerfGE 13, 331 (346); 29, 402 (412). Allgemeiner ergibt sich aus Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip der Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit: BVerfGE 32, 333 (339); 61, 319 (343 f.); 68, 143 (152); s. dazu auch *Dieter Birk*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuermormen, 1983, insb. S. 161 ff. – Eine besondere Problematik erwächst aus dem Zusammenhang zwischen (zumeist nicht-steuerlichen) Abgaben und sozialen Leistungen, vgl. dazu *Paul Kirchhof*, Steuergerechtigkeit und sozialstaatliche Geldleistungen, in: JZ 1982, S. 305 ff.; *Bernd Wegmann*, Transferverfassungsrechtliche Probleme der Sozialversicherung, 1987.

198 Zur Problematik der sozialen Umschichtung und ihrer Formen s. *Zacher* (N 122), S. 963 ff., 969 ff. – Zur Problematik einer Gewinnumverteilung s. *Gerhard Picot*, Gewinnumverteilung und Verfassungsrecht, 1978. Zum vorigen auch N 255 und 300.

199 Zur Pflicht des Sozialstaats, die Situation der Bemittelten und Unbemittelten im Verfahren anzugleichen s. BVerfGE 9, 124 (131); 10, 264 (270 f.); 22, 83 (86 ff.); 35, 348 (355 f.); 51, 295 (302); 54, 251 (273); 56, 139 (143 f.); 63, 380 (394 f.); BGHZ 64, 308. – Zur historischen Entwicklung, zur verfassungsrechtlichen Ableitung und zur Reformbedürftigkeit s.

Das Grundgesetz reflektiert diese Problematik zentral im allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Obwohl auf Rechtsgleichheit zielend, kann der Gleichheitssatz soziale Ungleichheiten nicht übersehen²⁰⁰. Zugleich aber findet im allgemeinen Gleichheitssatz das Ermessen des Gemeinwesens Ausdruck, die sachlichen Gesichtspunkte aufzugreifen und auszuwählen, nach denen sich die Kompensation sozialer Ungleichheiten nach Grund, Art und Grenze bestimmt²⁰¹. Stärker gebunden ist das Recht dort, wo besondere Gleichheitssätze formuliert sind (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG). Doch kommt es angesichts des ökonomischen Bezugs sozialer Ungleichheit nur dort voll zum Tragen, wo die Kriterien besonderer Gleichheitssätze mit ungleichen ökonomischen Bedingungen oder Wirkungen in Zusammenhang stehen (wie dies etwa bei der Gleichheit der Geschlechter im Arbeitsleben angenommen wird)²⁰². Einzelne besondere Gleichheitssätze stellen sich freilich a priori als soziale Programme dar: So der Anspruch "jeder Mutter ... auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft" (Art. 6 Abs. 4 GG)²⁰³ und die Pflicht des Gesetzgebers, "unehelichen Kindern ... die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern" (Art. 6 Abs. 5 GG)²⁰⁴. Auch der gleiche Zugang zum öffentlichen Dienst (Art. 33 Abs. 2 und 3 GG) impliziert Schutz gegen soziale Ungleichheit²⁰⁵.

Feeke Meents, Das Armenrecht im sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes, Diss. Bonn 1975; vgl. zur Reform des Armenrechts auch *Götz von Aulock*, Rechtshilfe für untere soziale Schichten, 1977; ferner die Beiträge zum Thema "Verfahrensrechte in der sozialen Rechtsordnung", in: *Posser/Wassermann* (N 161), S. 229 ff. – Allg. zum Gesamtfeld dieser Problematik *Thomas Simon*, Verfahren und verfahrensäquivalente Rechtsformen im Sozialrecht, 1985.

- 200 *Hans F. Zacher*, Soziale Gleichheit – Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip, in: AöR 93 (1968), S. 341 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 129 ff.). *Wolfgang Riefner*, Der Gleichheitssatz im Sozialrecht und die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, in: SGB 1984, S. 147 ff. → Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, Soziale Gleichheit.
- 201 BVerfGE 12, 354 (367): "Auch das Sozialstaatsprinzip ermächtigt nicht zu beliebiger Sozialgestaltung, die das Gebot der Gleichheit auflösen würde." Entsprechend BFHE 86, 598 (602).
- 202 Zur Pflicht zur Gleichstellung von Mann und Frau in der sozialen Wirklichkeit BVerfGE 57, 335 (345 f.). S. a. die Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages zum Thema "Welche rechtlichen Maßnahmen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frauen mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten?": Gutachten von *Manfred Löwisch*, *Wolfgang Gitter* und *Annemarie Mennel*, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages (1974), Bd. I, Gutachten Teil D, 1974 – sowie die Beratungen mit dem Referat von *Franz-Jürgen Sacker*, ebd. Bd. II, Sitzungsbericht L; die Beiträge zum Thema "Gleichberechtigung der Frau im Arbeitsleben", in: *Posser/Wassermann* (N 161), S. 45 ff. → Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, Besondere Gleichheitsgarantien.
- 203 *Franz Gamillscheg*, Mutterschutz und Sozialstaat, in: FS für Erich Molitor, 1962, S. 57 ff. → Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, Elternrecht.
- 204 Zu Art. 6 Abs. 5 GG als Ausdruck des Sozialstaatsprinzips s. BVerfGE 26, 44 (60). → Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, Elternrecht.
- 205 BVerfGE 44, 211 (215).

Das Grundgesetz benennt evidente Problembereiche ferner im Rahmen der Zuständigkeitsordnung²⁰⁶, vereinzelt auch in weiteren Grundrechten²⁰⁷ und in der Finanzverfassung²⁰⁸.

bb) Die gesellschaftliche Realisation: Freiheit und Gleichheit

Das Ziel sozialer Gleichheit ist kein absolutes, kein "egalitäres"²⁰⁹. Das gilt von der Basis des historischen Verständnisses her: der gesamten Sozialbewegung gemeinsam ist ein relatives Mehr an Gleichheit, nicht aber absolute Gleichheit. Das gilt auch im Hinblick auf die Natur der Sache: auf die Unendlichkeit möglicher Besser-Schlechter-Relationen. Ihre Zahl kann durch kompensatorische Interventionen nicht erschöpft werden²¹⁰. Im Gegenteil: Da prinzipiell jede kompensatorische Intervention gezwungen ist, "unwesentliche" Ungleichheiten zugunsten der sie konstituierenden, sie leitenden, ihr "wesentlichen" Ungleichheit zu vernachlässigen, läßt sie unendlich viele Ungleichheiten übrig, die künftig doch als "wesentlich" gesehen und artikuliert werden können. Anders ausgedrückt: jede Intervention macht, indem sie eine Besser-Schlechter-Relation ausräumt, den Blick frei auf andere, potentiell neue Besser-Schlechter-Relationen, die ihrerseits nach Kompensation verlangen²¹¹.

-
- 206 Die Angelegenheiten der Flüchtlinge und Vertriebenen (Art. 74 Nr. 6 GG), das Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung, des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvermittlung (Art. 74 Nr. 12 GG), das Wohnungs-, Siedlungs- und Heimstättenwesen (Art. 74 Nr. 18 GG), die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung (Art. 74 Nr. 16 GG), die Überführung von Grund und Boden, Naturschätzen und Produktionsmitteln in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft (74 Nr. 15 GG), die Bodenverteilung (Art. 75 Nr. 4 GG), die regionale und sektorale Wirtschaftsförderung (Art. 91 a Abs. 1 Nr. 2 und 3, Art. 104 a Abs. 4 GG), die Steuern von Einkommen und Vermögen sowie die Erbschaftssteuer (Art. 106 Abs. 1 Nr. 5 und 6, Abs. 2 Nr. 1 und 2 Abs. 3 und Abs. 5 GG).
- 207 S. Art. 7 Abs. 4 S. 3 (Verbot sozialer Selektion in Privatschulen) und Abs. 6 (Verbot von Vorschulen) Art. 15 (Sozialisierung) GG.
- 208 Zu den in N 206 a.E. erwähnten Steuerarten kommt das Abstellen auf die "unterschiedliche Finanzkraft der Länder" (Art. 107 Abs. 2 S. 1 GG); die "Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse" im Bundesgebiet ist eine Kategorie sowohl der Gesetzgebungszuständigkeit (Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG) als auch der Finanzverfassung (Art. 106 Abs. 3 S. 4 Nr. 2 GG).
- 209 Herzog (N 130), Rn. 47, 48; Walter Leisner, Egalisierung – Ein Anliegen der Gerechtigkeit?, Bitburger Gespräche 1982, S. 81 ff.
- 210 Ergänzend s. Zacher (N 159), S. 127 ff.
- 211 Niklas Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, insb. S. 8: "Wenn man von einer Logik des Wohlfahrtsstaates sprechen kann, so ist diese durch ein kompensatorisches Prinzip zu bezeichnen." Der "Begriff der Kompensation" tendiert jedoch "zur Universalisierung, weil je nach Problemstellung alle Unterschiede kompensiert werden können und immer Unterschiede übrig bleiben oder Neudefizite auftreten, die ihrerseits nach Kompensation verlangen. Wenn alles kompensiert werden muß, dann auch das Kompensieren. Begriff und Prozeß der Kompensation werden reflexiv. Damit erreicht aber auch die Kompetenz zum Kompensieren gedanklich und materiell ihre Grenze und gerät vor das Problem der Inkompetenzkompensationskompetenz." Vgl. auch die Kritik von Bruno Molitor, Der Sozialstaat auf dem Prüfstand, 1984, S. 43 ff.

Doch ist Relativität dem Ziel der Gleichheit schon von den Freiheitsrechten her vorgegeben, welche die Gesellschaft konstituieren²¹². Der Versuch absoluter Egalisierung würde – so sehr er schon in sich zum Scheitern verurteilt wäre – zur totalitären Aufhebung der Gesellschaft führen. Demgegenüber ist eine Gesellschaft, die dem Staat gegenüber eigenständig bleibt, a priori eine ungleiche Gesellschaft; denn die Freiheiten, kraft derer Gesellschaft möglich ist, bedeuten, daß auch gleiche Möglichkeiten ungleiche Wirkungen hervorbringen. “Mehr Gleichheit” kann somit auch von dieser Vorgabe her nur darauf abzielen, Ungleichheit zu mindern; sie kann nicht bedeuten, Ungleichheit aufzuheben. Auf der anderen Seite kräftigt “mehr Gleichheit” aber auch die Gesellschaft: “Mehr Gleichheit” breitet die sozialen Voraussetzungen für die reale Erfüllung der Freiheit in der Gesellschaft aus²¹³. Haben Freiheitsrechte für sich ein “vertikales Konzept” von Freiheit, so fügt der soziale Auftrag des Gemeinwesens ihnen ein “horizontales Konzept” von Freiheit hinzu.

Dieses Spiel von Freiheit und Gleichheit wird durch die Freiheitsrechte nicht nur gefordert²¹⁴, sondern auch in sich konstituiert²¹⁵. Elterlich bestimmte Entwicklung (Art. 6 Abs. 1 bis 3 GG), Freiheit der Ausbildung (Art. 12 Abs. 1 GG)²¹⁶, Freiheit beruflicher und wirtschaftlicher Betätigung (Art. 2 Abs. 1, 12, 14 GG) und freie Gestaltung des Privatlebens (Art. 2 Abs. 1, 4, 6, 13, 14 GG), aber auch freie Einwirkung auf die öffentliche Meinung (Art. 5 GG)²¹⁷, freie kollektive Selbstdarstellung und Wahrnehmung von Interessen (Art. 8, 9 GG), ja selbst verfahrensrechtliche Gewährleistungen der Durchsetzung von Interessen und Rechten (Art. 17, 19, 101, 103 GG) sind sämtlich Chancen, Ungleichheit ebenso zu überwinden wie zu schaffen – Chancen, die auch untereinander gegenläufig wirken können. In besonderem Maße komplex ist diese Lage dort, wo kollektive Interessenwahrung (Art. 8, 9, insbesondere Art. 9 Abs. 3 GG) mit individuellen Interessen und Möglichkeiten in Konflikt gerät²¹⁸. Dies alles liegt der Aufgabe des

212 *Karl Doehring*, Sozialstaat, Rechtsstaat und freiheitlich-demokratische Grundordnung, in: Die politische Meinung 1978, Sonderheft, Seite 7 ff.; *ders.*, Alternativen des Sozialstaats, in: Detlef Merten/Rudolf Morsey (Hg.), 30 Jahre Grundgesetz, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 78, 1979, S. 125 ff.; s.a. *Heinz Laufer*, Freiheit und Gleichheit. Die Antinomie politischer Strukturprinzipien in einer sich wandelnden Gesellschaft, in: FS für Willy Geiger, 1974, S. 337 ff.; *Paul Kirchhof*, Freiheit im ausgleichenden Finanzstaat – Verdienst und Bedarf in einer verteilenden, mechanisierten, geldwirtschaftlich gesteuerten Erwerbswirtschaft, in: Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat. FG zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 157 ff. → Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, Gleichheit in Freiheitsrechten.

213 Zur Chancengleichheit s. *Herzog* (N 130), Rn. 37 ff., insb. Rn. 39 f.

214 S. speziell im Zusammenhang mit dem Sozialstaatsprinzip: BAGE 16, 95 (105).

215 *Wolfgang Martens/Peter Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S. 7 ff. Vgl. a. Rn. 98 f.

216 Zur sozialen Chancengleichheit durch Ausbildung s. noch einmal N 156 u. 192.

217 Dazu, daß das Sozialstaatsprinzip die Presse- und Rundfunkfreiheit nicht einschränkt, s. BVerfGE 52, 283 (298); 59, 231 (263).

218 Vgl. dazu *Gießen* (N 173), S. 169 ff., 199 ff. Zur Abwägung zwischen betriebsverfassungsrechtlichem “Tendenzschutz” und Sozialstaatsprinzip: BAGE 21, 130 (133); 22, 360 (369); 27, 301 (309); 29, 405.

Staates, institutionell (z.B. Art. 7²¹⁹, 15 GG) oder regulativ (z.B. Art. 3 GG) Gleichheit herzustellen, voraus. Der Vorgabe der Freiheit und der Notwendigkeit der Gesellschaft entspricht es, daß der Staat dem Prozeß, in dem sich Gleichheit durch den Gebrauch der Freiheit von selbst herstellt, nicht zuvorzukommen sucht²²⁰.

c) Soziale Sicherheit und soziale Entschädigung

aa) Der Auftrag des Sozialstaats

Unter den Ärgernissen sozialer Ungleichheit hat sich die Ungleichheit in der Bedrohung durch "Wechselfälle des Lebens", die mit dem Verlust des Einkommens oder des Unterhalts und/oder mit besonderen Aufwendungen (insbesondere medizinischer Behandlung) verbunden sind (Krankheit, Invalidität, Alter, Tod des Ernährers, Arbeitslosigkeit usw.), als ein eigenständiges Problem erwiesen²²¹. Auch die Entwicklung der sozialen Vorsorge gegen die "Wechselfälle des Lebens" kennzeichnet deshalb eine wesentliche Phase im Aufbau des Sozialstaats und etwas der historischen sozialen Bewegung Gemeinsames. Wenn auch Institutionen sozialer Vorsorge eine lange Geschichte haben²²², so geschieht der entscheidende Durchbruch zu ihrer Verallgemeinerung doch im 19. Jahrhundert. Der ältere Grundtyp ist die Beamtenversorgung²²³. Sie zeichnet sich durch die Einheit des Dienst-, Vorsorge- und Leistungsverhältnisses aus²²⁴. Dieser Grundtyp (arbeitsrechtlich gesprochen: die direkte Versorgungszusage durch den Arbeitgeber) kann in der Vielfalt des Arbeitslebens nicht zureichen. Deshalb wurde eine allgemeine Vorsorge erst in Gestalt der Sozialversicherung möglich, wie sie im Gefolge der Kaiserlichen Botschaft von 1881 entstand²²⁵. Sie trennte a priori zwischen dem Erwerbsverhältnis (Beschäftigungsverhältnis) und dem sozialen Vorsorge- und Leistungsverhältnis (Sozialversicherungsverhältnis) und ermöglichte so, das individuelle, privatrechtlich geregelte Erwerbsverhältnis mit der

219 Zu Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG: BVerwGE 27, 360 (364).

220 BVerfGE 59, 172 (213): Es ist nicht die Sache des Sozialstaats, "den Staatsbürger fürsorglich zu zwingen, zur Vermeidung von Enttäuschungen die Wahrnehmung von Chancen zu unterlassen, solange das damit verbundene Risiko nicht zu einer schwerwiegenden Selbstgefährdung führt oder zu Lasten anderer oder der Allgemeinheit geht." Zu den Grenzen des Gesetzgebers s.a. BVerfGE 18, 257 (267). Exemplarisch für den Bereich der Sozialversicherung etwa *Helmut Winterstein*, Sozialpolitik mit anderen Vorzeichen, 1969, insb. S. 165 ff.

221 *Eike von Hippel*, Grundfragen der Sozialen Sicherheit, 1979.

222 *Horst Peters*, Geschichte der sozialen Versicherung, ³1978.

223 S. *Peter Jakob*, Das Risiko der Witwenschaft in der Geschichte des deutschen Beamten-tums, 1971.

224 Vgl. *Hans F. Zacher*, Die Versorgung der Beamten, Richter und Soldaten, 1984.

225 S. *Hans F. Zacher* (Hg.), Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung. Schriftenreihe für internationales und vergleichendes Sozialrecht Bd. 3, 1978; *Peter A. Köhler/Hans F. Zacher* (Hg.), Ein Jahrhundert Sozialversicherung, ebd. Bd. 6, 1980 (dort insb. *Detlef Zöllner*, Landesbericht Deutschland, S. 45 ff.); *Peter A. Köhler/Hans F. Zacher* (Hg.), Beiträge zur Geschichte und aktuellen Situation der Sozialversicherung, ebd. Bd. 8, 1983.

allgemeinen, öffentlich-rechtlichen Regelung der Vorsorge- und Leistungsverhältnisse zu kombinieren. Vorsorgesysteme (dienst- wie sozialversicherungsrechtlicher Art) stellen nicht nur auf Vorsorgebedürftigkeit ab²²⁶. Sie setzen auch Vorsorgefähigkeit (Dienstleistungsfähigkeit, Beitragsfähigkeit) voraus. Sie sind darauf angelegt, den – in der Regel in der Vorsorgeleistung reflektierten – Lebensstandard der Gesicherten für den Fall zu sichern, daß sich das soziale Risiko verwirklicht. Soziale Vorsorge tendiert so auf mehr als das Existenzminimum. Sie erfüllt damit zwar auch den elementaren sozialstaatlichen Zweck, Not abzuwenden – hebt ihn in ihrem weiterreichenden Zweck auf. Sie erfüllt ihn jedoch nur für die, die “vorleisten” können oder für die vorgeleistet wird.

Neben der Ungleichheit in der Fähigkeit, für die “Wechselfälle des Lebens” vorzusorgen, trat in besonderer Weise die Ungleichheit hervor, die entsteht, wenn der einzelne durch das Gemeinwesen oder doch infolge von Bedingungen, für die das Gemeinwesen eine besondere Verantwortung trägt oder übernimmt, Schäden erleidet, die andere nicht erleiden. Der Schaden ist durch Entschädigung zu kompensieren. Klassischen, zunächst rechtsstaatlich motivierten Ausdruck fand dies in den §§ 74, 75 der Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794²²⁷. Dieser sogenannte Aufopferungsanspruch diente lange Zeit nur der Kompensation von Vermögensschäden aus administrativen Eingriffen²²⁸. Mit dem Ersten Weltkrieg wurde jedoch eine allgemeine Kriegsofopferversorgung unvermeidlich²²⁹. Sie war nun auch eine sozialpolitische Maßnahme. Nach dem Zweiten Weltkrieg breitete sich das Prinzip der sozialen Entschädigung²³⁰ auf immer weitere Bereiche der Kriegs- und Regimefolgen aus (z.B. auf Vermögensschäden infolge des Krieges, der Vertreibung und der Währungsreform)²³¹. Auf der ande-

226 Dazu, daß dies im Sozialstaat auch zulässig ist: BVerfGE 24, 220 (235); 29, 221 (236).

227 “§ 74. Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beyden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehn.

§ 75. Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besondern Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird zu entschädigen gehalten.”

228 S. Rolf Stödter, Die öffentlich-rechtliche Entschädigung, 1933.

229 Reichsversorgungsgesetz von 1920.

230 Bertram Schulin, Soziale Entschädigung als Teilsystem kollektiven Schadensausgleichs, 1981.

231 Zur allgemeinen Anerkennung, aber auch zu den Gestaltungsprinzipien des sozialen Entschädigungsrechts s. BVerfGE 27, 253 (283): “Die Wertordnung des Grundgesetzes, die den freien, sich in der Gemeinschaft entfaltenden Menschen in den Mittelpunkt der staatlichen Ordnung stellt, verlangt besonders im Hinblick auf das in Art. 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck gekommene Sozialstaatsprinzip, daß die staatliche Gemeinschaft in der Regel Lasten mitträgt, die aus einem von der Gesamtheit zu tragenden Schicksal, namentlich durch Eingriffe von außen, entstanden sind, und mehr oder weniger zufällig nur einige Bürger oder bestimmte Gruppen getroffen haben. Dies bedeutet ... die Pflicht zu einer Lastenverteilung, zu einem innerstaatlichen Ausgleich der Belastung nach Maßgabe einer gesetzlichen Regelung ... Wie ein solcher Ausgleich zu gestalten ist, hängt von den jeweiligen Umständen ab, besonders von Art und Umfang der Sonderbelastung und davon, in welchem Ausmaß eine Beteiligung der Gesamtheit durch die soziale Gerechtigkeit gefordert wird und im Gesamtinteresse vertretbar erscheint.” Übereinstimmend BVerfGE 41, 126 (153 f.); BSGE 54, 206 (212). Insb. zur Kriegsofopferversorgung BVerfGE 38, 187

ren Seite hatte man schon während der Weimarer Zeit erkannt, daß nicht nur Schäden nach sozialer Entschädigung verlangen, die, wie Kriegsschäden, mit politischen Katastrophen zusammenhängen, sondern auch andere Opfer, die im Interesse (auch) des Gemeinwesens erbracht werden oder sonstwie vom Gemeinwesen zu verantworten sind. So wurde der Lebensretter zu Lasten der öffentlichen Hand in den Schutz der Unfallversicherung einbezogen²³². Damit war der Gedanke des sozialen Entschädigungsrechts auch für die Friedensgesellschaft nutzbar gemacht²³³. Er breitete sich nun teils in den Bahnen der "unechten Unfallversicherung"²³⁴, teils nach dem Muster der Kriegsofopferversorgung (Impfschäden, Entschädigung der Opfer von Gewaltverbrechen)²³⁵ weiter aus²³⁶.

Dem Grundgesetz ist die soziale Vorsorge in Gestalt der Sozialversicherung²³⁷ selbstverständlich (Art. 74 Nr. 12; 87 Abs. 2; 120 Abs. 1 S. 4 GG)²³⁸. In Gestalt der Beamtenversorgung²³⁹ ist sie durch Art. 33 Abs. 4 und 5 GG (s.a. Art. 74 a GG) garantiert²⁴⁰. Desgleichen benennt es Tatbestände des sozialen Entschädigungs-

(198); zur Unterscheidung zwischen Kriegsofopfern und zivilen Schwerbehinderten s.a. BFHE 123, 66 (69). Zum Lastenausgleich BVerfGE 41, 126 (174 ff., insb. 176); BFHE 77, 258 (262). Zu den Besatzungsschäden BVerfGE 27, 253 (270 f., 283 ff.). Zur Reparationsentschädigung BVerfGE 41, 126 (174 ff., insb. 183 f.). – Zur Herleitung des allgemeinen Aufopferungsanspruchs aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats vgl. BGHZ 25, 238 (241); 31, 187 (190 f.).

232 S. Schulin (N 230), S. 91 f.

233 Hans F. Zacher, Die Frage nach der Entwicklung eines sozialen Entschädigungsrechts, in: DÖV 1972, S. 471 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 473 ff.).

234 Dazu Schulin (N 230), S. 87 ff.

235 S. Schulin (N 230), S. 100 ff. In diese Tendenz gehört auch die Entschädigung Wehrpflichtiger. – Das Sozialgesetzbuch (§ 5 SGB-AT) schränkt den Begriff des "sozialen Entschädigungsrechts" leider auf Gesundheitsschäden und auf die Entschädigung nach dem Muster des Kriegsofopferversicherungsrechts ("nach versorgungsrechtlichen Grundsätzen") ein. Doch kann das am weiteren sachlichen Zusammenhang nichts ändern.

236 Ein älterer Sonderbereich sind die Tumultschäden: Schulin (N 230), S. 83 ff.

237 Zur Sozialversicherung als "besonders prägnanter Ausdruck des Sozialstaatsprinzips": BVerfGE 28, 324 (348). Zur Sozialversicherung als eindeutiger Staatsauftrag BGHSt 6, 17 (18 f.). Zur Krankenversicherung als Ausdruck der sozialstaatlichen Verantwortung für die Krankenversorgung s. BVerfGE 67, 193 (209, 220) u. die Nachw. in N 164. Zur Rechtfertigung der Arbeitslosenversicherung BVerfGE 21, 245 (254), 362 (375); 51, 115 (125). Zum sozialstaatlichen Spielraum für eine Zwangsversicherung freier Berufe s. BVerfGE 10, 354 (369); 18, 257 (267). Zur sozialstaatsrechtlichen Ausgestaltung der Sozialversicherung insb. Richterin Rupp-von Brünneck zu BVerfGE 36, 237 (250 ff.).

238 S. dazu Harald Bogs, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, 1973; Wilhelm Wertenbruch, Sozialverfassung und Sozialverwaltung, 1974.

239 Zur Beamtenversorgung als Ausdruck des Sozialstaatsprinzips s. BVerfGE 17, 337 (355); 21, 329 (345 f.); insb. zur beamtenrechtlichen Beihilfe s. BVerfGE 58, 68 (78 ff.). Zum Alimentationsprinzip s.a. oben N 187. – Zur Rechtfertigung der Abgeordnetenversorgung aus dem Sozialstaatsprinzip BVerfGE 32, 157 (165).

240 Franz Ruland, Möglichkeiten und Grenzen einer Annäherung der Beamtenversorgung an die gesetzliche Rentenversicherung. Zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben der Versorgung der Beamten, in: Sachverständigenkommission Alterssicherungssysteme, Anlageband B (veröff. vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung), 1983, insb. S. 92 ff., 105 ff. – Zu Art. 33 Abs. 4 und 5 GG als Norm zur Steuerung der beamtenrechtlichen Entwicklung s. ferner Schlenker (N 138), S. 215 ff.

rechts (Kriegsschäden, Kriegsfolgeschäden und Schäden als Folge des nationalsozialistischen Regimes) teils explizit, teils implizit (Art. 74, Nr. 6, 9, 10; 119; 120; 120a GG)²⁴¹. Eine tiefere verfassungsrechtliche Bestätigung aber liegt im Rechtsstaatsprinzip (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG). Soziale Vorsorge ermöglicht abstrahierende, subjektiv berechtigende normative Zusage von Leistungen im Falle einer typischen Bedarfssituation. Zumindest dem Grunde nach – jedenfalls der Einkommensersatz (z.B. Renten) auch der Höhe nach – wird nach rechtlicher und tatsächlicher Maßgabe der Vorsorge, nicht nach einem konkret festgestellten Bedarf geleistet. “Soziale Sicherheit” ist so auch Rechtssicherheit²⁴² – ist Ausdruck der Verbindung von Rechts- und Sozialstaat. In neuerer Zeit wurde dies bis zur Einordnung sozialrechtlicher Anwartschaften²⁴³ in den Schutz des Grundrechts des Eigentums fortgeführt²⁴⁴. Demgegenüber ist der Opferausgleich vor allem Ausdruck der Gerechtigkeit. Soziale Entschädigung ist teils notwendige Konsequenz, teils jedenfalls Sinnentfaltung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG). Zugleich schreibt sie die Verfassungsgarantien fort, kraft derer der Staat für die Opfer eintreten muß, die er dem Bürger rechtmäßig (Art. 14 Abs. 3 GG) oder rechtswidrig (Art. 34 GG) auferlegt²⁴⁵.

Das Internationale Recht²⁴⁶ hat den Begriff der Sozialversicherung heute weitgehend hinter sich gelassen und orientiert sich zumeist am weiteren Begriffsrahmen der “Sozialen Sicherheit”²⁴⁷. Das bedeutet: Das Internationale Recht konzentriert sich auf den abstrakt zugesagten sozialen Schutz gegenüber typischen sozialen Risiken, während ihm die mit dem Begriff Sozialversicherung einhergehenden versicherungstechnischen Implikationen (Aufbau einer Anwartschaft in einem Versicherungsverhältnis; Finanzierung durch Beiträge; Selbstverwaltung) unwichtig sind²⁴⁸. Dem entspricht eine Priorität auch des deutschen Sozialstaats:

241 S. noch einmal N 230 ff.

242 Zum Verhältnis des Gedankens der Rechtssicherheit zur sozialen Sicherheit s. *Franz-Xaver Kaufmann*, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, ²1973, S. 75 ff.; ebenso *Walter Bogs*, Die rechtliche Ordnung – Rechtsprinzipien sozialer Sicherheit, in: *Hans Achinger/Helmut Meinhold/Ludwig Neundorfer/Wilfried Schreiber*, Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland. Bericht der sozialen Enquête-Kommission, o. J. (1966), S. 52 ff. (157 ff.).

243 Zur Herleitung des Bestandsschutzes allein aus dem Sozialstaatsprinzip s. Richter *in Rupp-von Brünneck* zu BVerfGE 32, 111 (129 ff., 139 ff.); Richter *in von Schlabrendorff* zu BVerfGE 37, 363 (S. 414 ff., 421 f.).

244 S. statt aller anderen die Beiträge in: Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen, Deutscher Sozialrechtsverband – 2. Sozialrechtslehretagung (Bielefeld 1982), Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Bd. XXIII, 1982, sowie die Dokumentation von *Rolf Stober* (Hg.), Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen, 1986. → Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, Eigentum.

245 Im Überschneidungsfeld zwischen Vorsorge und Entschädigung liegt die Unfallversicherung: s. etwa BVerfGE 45, 376 (387 f.).

246 S. o. Rn. 11 ff. Eingehend zur Entwicklung im Internationalen Recht auch *Hippel* (N 221).

247 Dazu *Felix Schmid*, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit. Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, 1981.

248 S. *Hans F. Zacher*, Sozialversicherung, soziale Sicherheit, in: Handwörterbuch der Versicherung, 1988, S. 795 ff.

wichtiger als die Technik der Vorsorge ist das Ziel, daß die sozialen Risiken überhaupt abgesichert sind. Dem entspricht traditionell die Alternative zwischen der Vorsorge durch Sozialversicherung und der Vorsorge durch die Beamtenversorgung (und analoge Formen der betrieblichen Alterssicherung). Dem entspricht aber auch die Entwicklung zur Absicherung sozialer Risiken durch steuerfinanzierte Hilfs- und Förderungssysteme²⁴⁹. Doch verdient der eigene Wert der Vorsorge durch Versicherung²⁵⁰ auch weiterhin verfassungsrechtlich Beachtung²⁵¹.

bb) Die innere Spannung: Gleichheit versus Ungleichheit

Die Sozialversicherung hat die Fähigkeit der Bürger, sich durch Vorsorge gegen die "Wechselfälle des Lebens" zu schützen, ausgebreitet. Schutz, der vordem nur denen möglich war, die entsprechendes Vermögen hatten oder bilden konnten, war nun breiten Bevölkerungskreisen zugänglich. Damit war aber auch ein innerer Konflikt des "Sozialen" angelegt: mehr Gleichheit in der Sicherheit bedeutet zugleich neue Ungleichheit.

1. Die Grenze zwischen Vorsorgefähigkeit und Nicht-Vorsorgefähigkeit wird durch die Institution der Sozialversicherung zwar wesentlich nach "unten" verlagert, bleibt jedoch erhalten und gewinnt durch die Bedeutung der Sozialversicherung neue Qualität. Der Zugang zur Erwerbsarbeit wird auch zum Zugang zu umfassendem sozialem Schutz²⁵². Wer nicht in das Erwerbsleben eintritt, gelangt nur durch die Hilfskonstruktionen in den Schutzbereich der Sozialversicherung – sei es durch die abgeleitete soziale Sicherung Unterhaltsabhängiger (Witwen, Witwer, Waisen)²⁵³, sei es durch die Fiktion der Beitragsfähigkeit²⁵⁴.

249 Z.B. durch Erziehungsgeld, Kindergeld, Unterhaltsvorschuß, Arbeitslosenhilfe, die "Hilfen in besonderen Lebenslagen" der Sozialhilfe. In einem weiteren Rahmen gehören hierher auch Leistungen wie Jugendwohlfahrt, Ausbildungsförderung, Arbeitsförderung, Berufsförderung und Wohngeld – Zur Terminologie s. *Hans F. Zacher*, Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, ³1985, S. 17 ff.

250 *Winfried Schmähl* (Hg.), Versicherungsprinzip und soziale Sicherung, 1985.

251 *S. H. Borgs* (N 238), insb. S. 619 ff.; *Friedrich E. Schnapp*, Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, in: FG für Georg-Christoph von Unruh, 1983, S. 881 ff. (887 ff.) m. eingeh. Nachw.

252 Die Krise der Arbeitsgesellschaft hat daher auch tiefgreifende Konsequenzen für die soziale Sicherung. S. dazu: Veränderungen in der Arbeitswelt und soziale Sicherung, Verhandlungen des Deutschen Sozialrechtsverbandes (Osnabrück 1985), Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Bd. XXVIII, 1986, sowie die Hinweise in N 158.

253 Zur Witwenrente als "Konkretisierung des Sozialstaatsgebots": BVerfGE 62, 323 (332). Zur sozialstaatlichen Funktion der Waisenrenten vgl. BVerfGE 43, 13 (19).

254 Das Risiko, sich nicht durch Vorsorge gegen die primären sozialen Risiken (Krankheit etc.) sichern zu können, stellte sich, je bedeutsamer Vorsorge wurde, immer mehr als ein besonderes "sekundäres soziales Risiko" dar. Die Sozialpolitik hat im Verlauf der letzten Jahrzehnte neue Formen entwickelt, dieses "sekundäre soziale Risiko" zu bewältigen: die Überbürdung der Last einkommensloser und deshalb beitragsloser Zeiten auf den Sicherungszweig, der gegen das primäre Risiko schützt (Beispiel: die Ersatz- und Ausfallzeiten der Rentenversicherung), die Überbürdung der Beitragslast während einkommensloser Zeiten auf den Sicherungszweig, der gegen den Einkommensausfall schützt (Rentenversiche-

2. Sozialversicherung versteht sich als Sicherung des erreichten Lebensstandards; vermittelt der Einkommensbezogenheit der Beiträge und der Beitragsbezogenheit der Leistungen überträgt sich das Einkommensniveau auf das Leistungsniveau und schreibt somit die Ungleichheit der Einkommen fort. Dies hat seine eigene Rechtfertigung: das Einkommen als Ausdruck der Arbeitsleistung; der Beitrag als Vorleistung und als Anteil an den Leistungen an andere; und die Erhaltung des individuellen Lebensstandards als das – historisch – spezifische Mehr der Sozialversicherung gegenüber einer am Existenzminimum orientierten Fürsorge. Aber es steht doch in einem Spannungsverhältnis zum sozialen Ziel von mehr Gleichheit²⁵⁵.

3. Ungleichheit ergibt sich auch aus der abstrahierenden Natur der Sozialversicherung. Soziale Vorsorge zielt darauf, im typischen Bedarfsfall das – nach Maßgabe der Vorsorge – typisch Richtige zu gewähren, auch auf die Gefahr hin, daß das konkret Richtige verfehlt (überschritten oder unterschritten) wird. Das macht sie "sicher". Aber es macht sie – im Verhältnis zu den Bedarfen – ungleich²⁵⁶.

4. Das Bedürfnis, Vorsorgebedürftigkeit und Vorsorgefähigkeit gruppenhaft (für Arbeitnehmer, Gruppen von Selbständigen usw.) zu typisieren, hat zu großen Unterschieden in den (belastenden und begünstigenden) Wirkungen sozialer Vorsorge geführt²⁵⁷.

rungsbeiträge als "Nebenleistungen" zu den mittelfristigen Einkommensersatzleistungen der Krankenversicherung, der Unfallversicherung und der Arbeitslosenversicherung) oder die Überbürdung der Beitragslast auf Einrichtungen, die nicht voll Erwerbsfähige betreuen (Beispiel: die Sozialversicherung Behinderter, die in Werkstätten für Behinderte oder Blindenwerkstätten beschäftigt werden). So sehr damit auch immer wieder Probleme mangelnder Vorsorgefähigkeit entschärft werden, so deutlich bleibt doch die Grenze im Grundsätzlichen.

255 Zur Umverteilung in den Systemen der sozialen Sicherung und ihren Grenzen s. etwa *Siegfried Schultz*, Makroökonomische Wirkungen der Sozialen Sicherung, 1969; *Ingolf Metze*, Soziale Sicherung und Einkommensverteilung, 1974; *Winfried Schmähl*, Alterssicherung und Einkommensverteilung – Theoretische und empirische Untersuchung zur Finanzierung, Leistungsgewährung und Verteilung zwischen Generationen, 1977; *Werner Neubauer*, Was ist das "Soziale" an "sozialen Leistungen"? in: FS für Helmut Meinhold, 1980, S. 95 ff.; *H. Werner Kammann*, Umverteilungswirkungen und zeitliche Entwicklung des Sozialtransfer-Systems, 1980; Das Transfersystem in der Bundesrepublik Deutschland. Bericht der Sachverständigenkommission zur Ermittlung des Einflusses staatlicher Transfereinkommen auf das verfügbare Einkommen der privaten Haushalte, 1981; *Hans Georg Ruppe* (Hg.), Sozialpolitik und Umverteilung. Eine kritische Analyse der ökonomischen und juristischen Probleme aus österreichischer Sicht, o. J. (1981); *Hermann Deleeck*, Der Matthäus-Effekt: Die ungleiche Verteilung der öffentlichen Sozialausgaben, in: Sozialer Fortschritt 1984, S. 173 ff.; *Richard Hauser/Bernhard Engel* (Hg.), Soziale Sicherung und Einkommensverteilung – Empirische Analysen für die Bundesrepublik Deutschland, 1984.

256 *Hans F. Zacher*, Gleiche Sicherung von Mann und Frau. Zur gesellschaftspolitischen Relevanz der Rentenversicherung, in: DRV 1977, S. 197 ff. (S. 214 ff.); *ders.*, Zur Anatomie des Sozialrechts, in: SGB 1982, S. 329 ff. (S. 333 f.).

257 Vgl. die Darstellung der Alterssicherungssysteme in: Sachverständigenkommission Alterssicherungssysteme (N 240); zur Problematik auch *Ursula Kölbl*, Gleichheitsanstrengungen und Gleichheitsillusionen in der sozialen Invaliditätssicherung, in: VSSR 8 (1980), S. 301 ff.

cc) Die gesellschaftliche Realisation: Sicherheit und Ausgleich als gesellschaftliche Leistung

Soziale Vorsorge wird in besonderem Maße von der Dialektik von Staat und Gesellschaft gefordert, geprägt – und in Widersprüche verwickelt²⁵⁸. Das zeigt sich stark im Verhältnis zur Familie²⁵⁹. Sie ist die primäre Institution, die dem Menschen Sicherheit zu bieten vermag. Zugleich ist sie selbst auf Sicherheit angewiesen²⁶⁰. Und beides ist voller Spannungen: etwa zwischen der Stärkung der Familie und der Emanzipation ihrer Mitglieder, zwischen der Rolle des Verdieners und der Rolle des haushaltsführenden Ehegatten²⁶¹. Endlich wächst das Mißverhältnis zwischen Vorsorgefähigkeit und Vorsorgebedürftigkeit einer Familie mit deren Größe²⁶². Ebenso zeigt es sich, indem die Gesellschaft auch sonst selbst – durch Versicherung²⁶³ und Vermögensbildung²⁶⁴ – Vorsorge “produzieren” kann. Das kann die Verantwortung des Staates für soziale Vorsorge entlasten²⁶⁵ – insbesondere auch für ungleiche soziale Vorsorge²⁶⁶. Aus dem Nebeneinander erwächst aber auch die Gefahr, daß soziale Chancen privatisiert, soziale Lasten dagegen “sozialisiert” werden²⁶⁷.

-
- 258 Umfassend dazu die Verhandlungen des Deutschen Sozialgerichtsverbandes (Münster 1971), Freiheit und Bindung im Recht der sozialen Sicherheit, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. IX, 1972. – Mit dem Gegenüber von Recht und Gesellschaft überschneidet sich die Dialektik von Individuum und Gemeinschaft. Zur Pflichtstellung des einzelnen gegenüber dem Sozialstaat s. BSGE 7, 8 (15 f.); 14, 59 (62); 55, 224 (231); *Hans Braun* u.a. (Mitverf.), Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft. Das Recht der sozialen Sicherheit und der Verantwortungswille des Bürgers, 1981; *Detlef Merten*, Risikoverhalten aus verfassungsrechtlicher, sozialrechtlicher und sozialpolitischer Sicht, in: *Öffentliches Gesundheitswesen* 45 (1983), S. 57 ff.
- 259 Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht, Verhandlungen des Deutschen Sozialrechtsverbandes, 3. Sozialrechtslehrentagung (Bamberg 1985), Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Bd. XXVII, 1985; *Franz Ruland*, Familiärer Unterhalt und Leistung in der sozialen Sicherheit, 1973; *Christoph Sachßel/Florian Tennstedt*, Familienpolitik durch Gesetzgebung: Die Juristische Regulierung der Familie, in: *Franz-Xaver Kaufmann* (Hg.), Staatliche Sozialpolitik und Familie, 1982, S. 87 ff., insb. S. 100 ff.
- 260 *Bernd v. Maydell*, Unterhalt und soziale Sicherheit. Zur Funktion des Unterhaltsrechts im Sozialstaat, in: *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit* 1986, S. 244 ff.
- 261 S. dazu *Wolfgang Zeitler*, Ehe und Familie, in: *HdbVerfR*, S. 555 ff. (597 ff.): “Die Familienfrau – oder: der Packesel des Sozialstaates” (S. 597).
- 262 *Krause* (N 160).
- 263 S. etwa *H. Bogs* (N 238), S. 475 ff.; *Walter Leisner*, Sozialversicherung und Privatversicherung, 1974; *Josef Iseensee*, Privatautonomie der Individualversicherung und soziale Selbstverwaltung, 1980.
- 264 Zur Realität s. *Meinhard Miegel*, Die verkannte Revolution (1). Einkommen und Vermögen der privaten Haushalte, 1983.
- 265 BVerfGE 29, 221 (236). – Zum vorigen auch *Ernst Benda*, Staatliche und private Vorsorge im Lichte des sozialen Rechtsstaates, in: *VW* 1976, S. 776 ff.
- 266 Ein Konzept könnte etwa sein, die staatliche Sicherung auf gleiche Standards (Grundsicherung) zu konzentrieren, die Sicherung ungleicher Standards dagegen der Gesellschaft zu überlassen. S. etwa *Meinhard Miegel/Stefanie Wahl*, Gesetzliche Grundsicherung. Private Vorsorge – der Weg aus der Rentenkrise, 1985.
- 267 Vgl. dazu noch einmal *Miegel* (N 264), insb. S. 80 ff. (131/132).

Ebenso ist daran zu erinnern, welche soziale Bedeutung dem privaten Recht des Schadensersatzes zukommt²⁶⁸. Dabei darf freilich nicht verkannt werden, daß sowohl die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Ersatzpflichtigen als auch andererseits die mögliche Bedrohung seiner Existenz²⁶⁹ dieser sozialen Funktion eigen-tümliche Grenzen stecken. Weitgehend ist es wiederum die Technik der Vorsorge – konkret die Pflicht zur (Haftpflicht-)Versicherung –, welche die soziale Wirklichkeit und Verträglichkeit garantiert²⁷⁰.

dd) Der Grundkonflikt: Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsgerechtigkeit oder Besitzstandsgerechtigkeit?

In all dem tritt eine ganz allgemeine Grundproblematik des “Sozialen” hervor. Soziale Gerechtigkeit fand und findet sich immer in dreierlei Gestalt: als Bedarfsgerechtigkeit, als Leistungsgerechtigkeit und als Besitzstandsgerechtigkeit²⁷¹. Der Sozialstaat kann sich nicht auf eine dieser “Gerechtigkeiten” reduzieren. Wenn er sich auf die Leistungs- oder Besitzstandsgerechtigkeit reduziert, bleibt er hinter dem “der sozialen Bewegung Gemeinsamen” zurück. Wenn er sich auf die Bedarfsgerechtigkeit reduziert, transzendiert er ins Totalitäre²⁷². Der Sozialstaat muß – bei aller Priorität elementarer Bedarfe – alle drei “sozialen Gerechtigkeiten” zum Ausgleich bringen. Das ist sein permanenter Auftrag²⁷³.

d) Hebung des allgemeinen Wohlstandes und Ausbreitung der Teilhabe daran

aa) Der Auftrag des Sozialstaats

Denkt man zu Ende, was der sozialen Bewegung gemeinsam ist, so geraten zwei Ziele in Sicht: die Mehrung des gesellschaftlichen Wohlstandes und die Teilhabe

268 So etwa *Gottfried Schiemann*, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, 1981, insb. S. 234 ff.; *Schulin* (N 230).

269 S. o. N 168, 169.

270 Zur sozialstaatlichen Legitimation und Steuerung der – singulären – Übernahme der Schadensersatzpflicht für die Contergan-Fälle durch eine Stiftung s. BVerfGE 42, 263 (281, 311 f.). – Zu weiter ausgreifenden Konzeptionen der Ablösung des privaten Schadensausgleichs durch öffentlichrechtliche Systeme – die im Lichte der Prämisse der Trennung von Staat und Gesellschaft verfassungsrechtlich nicht unbedenklich erscheinen – s. etwa *Eike v. Hippel*, Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen, 1968; *dens.*, Haftungsersetzung durch Volksunfallversicherung, in: ZRP 1976, S. 252 ff.

271 *Walter Kerber/Claus Westermann/Bernhard Spörlein*, Gerechtigkeit, in: Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft, Teilbd. 17, 1981, S. 5 ff. (44 ff.). Zur “Deutung der Sozialstaatsklausel als Garantie des sozialen Besitzstandes” s. *Isensee*, Der Sozialstaat in der Wirtschaftskrise (Bibl.), S. 365 ff. Zu “Sozialstaat und Leistungsprinzip” s. *Peter Konradi*, Die neue Gesellschaft, 1979, S. 550 ff.

272 Zur sozialstaatlichen Aporie zwischen der heteronomen Zumessung individueller Bedarfe und ihrer Befriedigung vom Gemeinwesen her, und der Unmöglichkeit der Deckung autonom bestimmter individueller Bedürfnisse durch das Gemeinwesen s. *Zacher* (N 159), S. 131 f.

273 S. dazu auch *Peter Brückner*, Freiheit – Gleichheit – Sicherheit. Von den Widersprüchen des Wohlstands, 1966.

möglichst vieler daran. Die Ausbreitung der Teilhabe liegt in der Konsequenz des Einschlusses aller in die elementaren Lebensmöglichkeiten, wie sie in der Verantwortung des Gemeinwesens gegenüber Not und Armut zum Ausdruck kommt, ebenso wie in dem Postulat von "mehr Gleichheit". Daß auch die Mehrung des Wohlstandes ein gesellschaftliches Ziel ist, mag nicht in gleicher Weise evident sein. Gleichwohl trifft es zu. Der gemeinsame Nenner der "sozialen Bewegung" war immer dort deutlich, wo es darum ging, die Lebensverhältnisse der "unteren Schichten" zu verbessern. Und er war immer dort undeutlich, wo es darum ging, die Lebensverhältnisse der "oberen Schichten" zu verschlechtern. "Gleichheit im Mangel" war und ist im Gesamt der sozialen Bewegung ein eher sektiererisches Ziel. "Gleichheit durch Wachstum"²⁷⁴ dagegen war, noch ehe man den Begriff kannte, und wurde immer mehr die Gleichheit, auf die hin sich der Konsens am ehesten einstellen konnte.

Mit diesem Doppelziel der Mehrung des gesellschaftlichen Wohlstandes und der Ausbreitung der Teilhabe daran verliert das "Soziale" freilich auch an Wahrnehmbarkeit. Sozialleistungssysteme der Hilfe und der Förderung, die Chancengleichheit vermitteln und soziale Verbesserungen ermöglichen sollen (Hilfs- und Förderungssysteme wie Kindergeld, Jugendhilfe, Ausbildungsförderung²⁷⁵, Berufsförderung, Wohngeld usw.²⁷⁶), dienen spezifisch dem Zweck, Teilhabe zu erweitern. Aber in vielen anderen Bereichen (etwa dem Bildungswesen, dem Gesundheitswesen oder der Raumordnung) vermengen sich soziale und andere Zwecke, obwohl die Relevanz für soziale Gleichheit und Entwicklung auf der Hand liegt. Eine Wirtschaftspolitik endlich, die der Prosperität verpflichtet ist, scheint dem sozialen Zweck vielfach sogar unmittelbar zuwider zu laufen, während ihr Ergebnis, die der Gesellschaft verfügbaren Güter, dem sozialen Zweck nicht nur dienlich, sondern unentbehrlich sind.

Das Grundgesetz reflektiert dieses letzte Doppelziel des Sozialstaats nicht zentral, aber vielfältig. Sozialleistungssysteme der Hilfe und Förderung sind im Zuständigkeitskatalog angedeutet (Art. 74 Nr. 7, 12, 13 GG), desgleichen Schwerpunkte struktureller Bedingungen der sozialen Gleichheit und Entwicklung (Art. 72 Abs. 2 Nr. 3; 74 Nr. 18, 19a; 75 Nr. 4; 91a Abs. 1 Nr. 1; 91b; 104a Abs. 4; 107 Abs. 2 GG). Die wirtschaftliche Verantwortung des Staates geht weit über die Möglichkeit der Sozialisierung (Art. 15; 74 Nr. 15 GG) und den Kontrollen des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht (Art. 74 Nr. 16 GG) hinaus. Das Grundgesetz benennt Beispiele der Wirtschaftsförderung (Art. 74 Nr. 17; 91a Abs. 1 Nr. 2 und 3 GG), endlich aber die allgemeinen Ziele des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 104a Abs. 4 S. 1; 109 Abs. 2; 115 Abs. 1 S. 3 GG) und des Wirtschaftswachstums (Art. 104a Abs. 4 S. 1 GG)²⁷⁷.

274 *Fred Hirsch, Social Limits to Growth, London 1977, S. 166 ff. (174), dt: Die sozialen Grenzen des Wachstums, 1980.*

275 *Zur sozialstaatlichen Relevanz s. BVerwGE 18, 352 (355 f.).*

276 *S. noch einmal N 163.*

Mittelbar aber nachdrücklich wird das Doppelziel der Mehrung der gesellschaftlichen Güter und der Ausbreitung der Teilhabe daran von den Freiheitsrechten des Grundgesetzes gefordert. Ihre soziale Erfüllung verlangt beides: die Ausbreitung der Realfaktoren des Grundrechtsnutzens auf möglichst viele *und* die Mehrung der gesellschaftlichen Möglichkeiten. Bleibt das Wachstum aus, so ist der Sozialstaat auf die Prioritäten des Kampfes gegen die Not und der Verteilung des Verbleibenden zurückgeworfen²⁷⁸. Das reibungsarme Nebeneinander der Mehrung der Freiheit und der Gleichheit durch Wachstum wird abgelöst durch die Widerstände der Freiheit gegen eine Verteilung durch Eingriff und Zwang und die darin liegenden Gefahren neuer Ungleichheit²⁷⁹.

- 277 S. noch einmal N 142. – Zur Rolle der Geldwertstabilität im sozialleistenden Staat s. schon *Paul Collmer*, *Der Sozialstaat*, in: FS für Hermann Kunst, 1967, S. 150 ff.; – Zur staatlichen Pflicht zur "Wachstumsvorsorge" s. *Peter Badura*, *Wachstumsvorsorge und Wirtschaftsfreiheit*, in: FS für Hans-Peter Ipsen, 1977, S. 367 ff.; *Gerd Nicolaysen*, *Wachstumsvorsorge*, ebd., S. 485 ff.
- 278 *Heinrich B. Steithofer* (Hg.), *Die Grenzen des Sozialstaats*, 1976; *Anton Rauscher*, *Krise des Sozialstaats*, 1977; *Tim Guldimann*, *Die Grenzen des Wohlfahrtsstaates*, 1976; *Molitor* (N 211); *Heinz Laufer*, *Der sozialisierte Mensch*, 1977 (dort insb. S. 88 ff.); *Walter Wellner*, *Grenzen des Sozialstaats*, 1977; *Willi Rebers*, *Grenzen des Wohlfahrtsstaates*, in: Bernhard Külpl/Hans-Dieter Haas (Hg.), *Soziale Probleme der modernen Industriegesellschaft*, Schriften des Vereins für Socialpolitik NF 92, 2. Halbbd. 1977, S. 935 ff.; *Johano Strasser*, *Grenzen des Sozialstaats?*, 1979; *Ernst Benda*, *Gedanken zum Sozialstaat*, in: RdA 1981, S. 137 ff. = ZIP 1981, S. 221 ff.; *Josef Huber*, *Der Sozialstaat an den Grenzen des Wachstums*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 1/1981, S. 131 ff.; *Thomas Ebert*, *Sozialpolitik als Krankheit? Anmerkungen zur Renaissance der neoklassischen Sozialstaatstheorie*, in: *Sozialer Fortschritt* 1982, S. 193 ff.; *Frieder Naschold*, *Sozialstaat und politische Formationen bei ökonomischer Stagnation*, in: *Matthes* (N 158), S. 491 ff.; *Eckardt Reidegeld*, *Sozialpolitik am Wendepunkt: Umriss der Anti-Wohlfahrtsstaats-Debatte*, in: *SozSich* 1983, S. 161 ff.; *Guy Kirsch/Hans F. Zacher*, *Der Wohlfahrtsstaat auf dem Prüfstand*, Ein Cappenberger Gespräch, 1983, S. 30 ff.; *Peter Kosloswki/Philipp Kreutzer/Reinhard Löw* (Hg.), *Chancen und Grenzen des Sozialstaates*, 1983; *Heinz A. Allekotte*, *Kritische Bilanz des Sozialstaates*, Beiträge zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, Heft 125, 1984; *Michael Opielka/Martin Schmollinger/Angelika Vohmann-Ritter* (Hg.), *Die Zukunft des Sozialstaats*, Bd. 1: "Sozialstaatskrise und Umbaupläne", 1984; *Olki Otto* (N 166); *Harry Rohwer-Kahlmann*, *Zeitschrift für Sozialreform seit 1955 – Ein persönlicher Rückblick –*, in: ZSR 1986, S. 1 ff.; *Spieker* (N 147). – Zur Krise der Arbeitsgesellschaft s. noch einmal N 158.
- 279 Zum Sachverhalt und dessen Würdigung s. etwa *Detlef Zöllner*, *Soziale Sicherung in der Rezession heute und vor 50 Jahren*, in: *Sozialer Fortschritt* 1983, S. 49 ff.; *Dieter Schöfer*, *Anpassung des Systems der sozialen Sicherung an Rezession und Unterbeschäftigung*, ebd., S. 122 ff.; *Hans F. Zacher*, *Der gebeutelte Sozialstaat in der wirtschaftlichen Krise*, in: *Sozialer Fortschritt* 1984, S. 1 ff.; *Karl-Jürgen Bieback*, *Das Sozialleistungssystem in der Krise*, in: ZSR 1985, S. 577 ff., 641 ff., 705 ff.; *Jens Alber*, *Der Wohlfahrtsstaat in der Wirtschaftskrise – eine Bilanz der Sozialpolitik in der Bundesrepublik seit den frühen 70er Jahren*, in: PVS 1986, S. 28 ff. Zur rechts- und sozialpolitischen Diskussion s. umfassend die Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages zum Thema "Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz" mit dem Gutachten v. *Meinhard Heinze* (Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages Hamburg 1984, Bd. 1, Gutachten, 1984, Teil E) und dem Referat v. *Michael Stolleis* (Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages Hamburg 1984, Sitzungsbericht N, 1984, S. 9 ff.). S. zu diesem Thema ergänzend die gleichnamigen Beiträge von *Wolfgang*

bb) Gesellschaftliche Realisation: Die soziale Marktwirtschaft

Obwohl das Grundgesetz sich über die "Wirtschaftsverfassung" verschweigt²⁸⁰, hat sich in der Verfassungspraxis unter dem Grundgesetz erwiesen, daß die – verfassungsrechtlich wie ökonomisch – optimale wirtschaftspolitische Strategie, das Doppelziel der Mehrung des Wohlstandes und der Ausbreitung der Teilhabe daran zu erreichen, die "Soziale Marktwirtschaft" ist²⁸¹.

Das Konzept der "Sozialen Marktwirtschaft"²⁸² ist durch folgende Elemente gekennzeichnet: (1) Produktion und Verteilung der Güter vollziehen sich soweit als möglich vermittels des Marktes durch private Wirtschaftssubjekte, die in Wettbewerb zueinander stehen. Für diesen Wettbewerb zu sorgen und marktbeherrschende Stellungen zu verhindern oder zu kontrollieren, ist eine wichtige staatliche Aufgabe. (2) Die Alternative zur Marktwirtschaft ist die Produktion und Verteilung von Gütern durch den demokratischen Rechtsstaat – einschließlich der ihm inkorporierten Verwaltungseinheiten (Gemeinden, Gemeindeverbände, Sozialversicherungsträger usw.) – selbst. Diese Alternative kommt insbesondere in Betracht (a) für Güter, welche die Marktwirtschaft vielleicht bereitstellen könnte, deren Angebot jedoch direkter demokratischer Legitimation und Kontrolle, rechtsstaatlicher Struktur und möglicherweise auch apriorischer Egalität zu bedürfen scheint (z.B. im Erziehungs- und Bildungswesen), (b) für Güter, welche die Marktwirtschaft nicht so verlässlich oder so allgemein bereitstellen würde, wie es das Gemeinwesen verlangt (etwa Verkehrsleistungen und andere Güter der Infrastruktur), und (c) Güter, welche die Marktwirtschaft denen, die sie brauchen, nicht zuteilt, weil sie weder Boden noch Kapital noch Arbeit in zureichendem Maße einbringen können (Sozialleistungen). (3) Soweit Produktion und Verteilung

Gitter in: NZA, 1984, S. 137 ff.; *Peter Krause* in: DÖV 1984, S. 740 ff.; *Bertram Schulin* in: NJW 1984, S. 1936 ff.; *Rolf Stober* in: DVBl, 1984, S. 857 ff. sowie *Wolfgang Riefner*, Das Sozialleistungssystem zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz, in: JZ 1984, S. 801 ff. Zur verfassungsrechtlichen Würdigung s. *Herzog* (N 130) Rn. 23, 28; *Scholz*, Sozialstaat zwischen Wachstums- und Rezessionsgesellschaft (Bibl.); *Isensee* (N 271), S. 365 ff.; *Detlef Merten*, Sozialstaatlichkeit. Neubestimmung bei knappen Ressourcen, in: Carl Böhret/Heinrich Siedentopf (Hg.), Verwaltung und Verwaltungspolitik, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 90, 1983, S. 97 ff.; *Detlef Merten/Klaus Frey*, Umverteilung ohne Wirtschaftswachstum? Verfassungsrechtliche Überlegungen zum Ernstfall des Sozialstaats, 1982, S. 45 u. 52 ff.

280 BVerfGE 4, 7 (17 f.); 50, 290 (338). Dazu, daß die soziale Marktwirtschaft in der Sache verfassungsgerecht und wohl verfassungsnotwendig ist, s. *Herzog* (N 130), Rn. 60 f.

281 S. *Christian Watrin*, Zur sozialen Dimension marktwirtschaftlicher Ordnungen, in: Erich Streißler/Christian Watrin (Hg.), Zur Theorie marktwirtschaftlicher Ordnungen, 1980, S. 476 ff.; *Hans F. Zacher*, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, in: FS für Georg Wannagat, 1981, S. 715 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 166 ff.); *ders.*, Soziale Marktwirtschaft – ihr Verhältnis zur Rechtsordnung und zum politischen System, in: Otmar Issing (Hg.), Zukunftsprobleme der sozialen Marktwirtschaft, 1981, S. 817 ff.; *Jörg Müller-Volbehr*, Das Soziale in der Marktwirtschaft, in: JZ 1982, S. 132 ff.; w. Nachw. jeweils bei den Zitierten.

282 S. zum folgenden: *Zacher*, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft (N 281), S. 718 ff. (in diesem Band, S. 168 ff.) u. s. Nachw.

marktwirtschaftlich organisiert sind, obliegt dem Staat eine vielfache Verantwortung, für die Wirksamkeit der Marktwirtschaft zu sorgen, insbesondere (a) in Richtung auf die Sicherheit der Versorgung, (b) in Richtung auf die Effizienz (Wachstum), auf außenwirtschaftliches Gleichgewicht und die Allgemeinheit der Teilhabe derer, die Arbeit einbringen können (Vollbeschäftigung), (c) zur Milderung von schädlichen Instabilitäten in der Zeit (Preisstabilität, Konjunkturpolitik) sowie zur Abschwächung von Friktionen, wie sie mit Strukturveränderungen (etwa technischen Entwicklungen) und Verlagerungen der internationalen Nachfrage verbunden sind und (d) zur Milderung von Spannungen im Raum (Regionalpolitik) und zwischen einzelnen Bereichen und Gruppen (sektorale Wirtschaftspolitik).

Wesentlich sind die Spielregeln des Ineinandergreifens: (1) Für die Abgrenzung des marktwirtschaftlichen vom administrativen Bereich gilt das Subsidiaritätsprinzip. (2) Administrative Wirtschaft muß sich so verhalten, daß sie die Marktwirtschaft nicht mehr als nötig schädigt. (3) Für die Steuerung und Korrektur der Marktwirtschaft durch Interventionen gilt das Prinzip der Marktkonformität. Es bedeutet, daß wirtschaftspolitische Maßnahmen Preismechanismus und Wettbewerb unangetastet lassen sollen, daß auch darüber hinaus die wirtschaftliche Entscheidung, die der einzelne Wirtschaftende für wirtschaftlich richtig hält, nicht durch die Entscheidung ersetzt werden soll, die eine politische Instanz oder eine Behörde für wirtschaftlich richtig hält. Wo aber Entscheidungen der einzelnen Wirtschaftenden verändert werden, soll dies durch Information, Überredung und Anreiz geschehen, nicht aber durch Zwang. Das Prinzip der Marktkonformität endet so im Primat der Globalsteuerung vor der Individualsteuerung. (4) Wo Interventionen nicht marktkonform gestaltet werden können, die Ergebnisse der Marktwirtschaft für sich aber unerträglich erscheinen, ist die administrative Lösung vorzuziehen.

Das "Soziale" der "Sozialen Marktwirtschaft" liegt danach zunächst in der Effizienz der Marktwirtschaft, d.h. in dem Wohlstand, den sie hervorbringt und den eine wachsende Wirtschaft immer breiteren Kreisen vermittelt²⁸³, sowie in der Gütermasse, die sie auch der Umverteilung verfügbar macht; in der Sorge für Wettbewerb und Vollbeschäftigung, die auf eine weite Streuung der Teilhabe am wirtschaftlichen Geschehen und an der Primärverteilung hinwirken; in der Minderung intertemporaler, struktureller, intersektoraler und interregionaler Spannungen; endlich in dem "Ja" zum administrativen Eintreten dort, wo der sozial notwendige Zustand durch eine marktkonform beeinflusste Marktwirtschaft nicht erreicht wird.

Dies vorausgesetzt, teilen sich Marktwirtschaft auf der einen, Sozialpolitik und Sozialrecht auf der anderen Seite in die Versorgung der Gesellschaft mit Gütern:

283 S. Carl Christian v. Weizsäcker, Effizienz und Gerechtigkeit, in: Manfred Neumann (Hg.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Schriften des Vereins für Socialpolitik NF 140 (1984), S. 123 ff.

(1) der Akzent der Marktwirtschaft liegt auf der Produktion der Güter. Marktwirtschaft und Sozialpolitik begegnen sich im Bereich der Verteilung: Marktwirtschaft leistet die primäre Verteilung, Sozialpolitik die Umverteilung. Marktwirtschaft zielt auf freie, Sozialpolitik primär auf gleiche Verteilung. (2) Marktwirtschaft zielt direkt auf Freiheit. Sie nimmt Freiheit auch in den Dienst, um eine hohe Produktion von Gütern zu erzielen. Sozialpolitik muß wollen, was in der Gesellschaft nicht "von selbst" geschieht. In der Marktwirtschaft ist die Freiheit des Schwächeren in Gefahr, konsumiert zu werden. Durch die Sozialpolitik wird die Freiheit des Stärkeren vom Gemeinwesen zugunsten der Freiheit des Schwächeren verkürzt. (3) Gleichheit ist ein von der Marktwirtschaft systemintern nur unvollkommen verfolgtes Ziel. Sozialpolitik will a priori auf "mehr Gleichheit" der Güterversorgung hinaus. (4) Wachstum ist die Funktion der Marktwirtschaft. Wachsender Wohlstand verändert das Gesicht der Sozialpolitik. Bei geringerem Wohlstand steht Sozialpolitik vor allem in der Abwehr von Not, in der Gewährleistung des Existenzminimums. Mit steigendem Wohlstand verlagert sich die Aufgabe der Sozialpolitik auf die Vermittlung von Wohlstandsteilhabe.

Insgesamt verfolgen Soziale Marktwirtschaft und Sozialpolitik ein Bündel gemeinsamer Ziele. Sie ergänzen sich in der Weise, daß sie diese Ziele mit unterschiedlicher Reihenfolge der Priorität verfolgen. Der Sozialen Marktwirtschaft entsprechen die folgenden Prioritäten: Wohlstand, Freiheit, Sicherheit, Gleichheit und Hilfe gegen Not. Der Sozialpolitik entspricht die Prioritätenfolge: Hilfe gegen Not, Gleichheit, Sicherheit, Freiheit und Wohlstand.

cc) Zwei Konzepte allgemeiner und gleicher Teilhabe: Sozialstaat und Daseinsvorsorge

Schon das soziale Ziel der Abwehr von Not legt die Frage nahe, wie sich Sozialstaat und Daseinsvorsorge²⁸⁴ zueinander verhalten²⁸⁵. Der sozialstaatliche Auftrag der Gleichheit²⁸⁶ wirft die Frage erneut auf. Die Aufgabe des Sozialstaats, für eine möglichst allgemeine Teilhabe an den Gütern der Gesellschaft zu sorgen, macht sie unüberhörbar. Die Nähe zwischen der Daseinsvorsorge und dem sozialen Auftrag des Gemeinwesens liegt auf der Hand. Gleichwohl ist es sinnvoll, zwischen der Daseinsvorsorge und dem sozialen Wirken des Gemeinwesens zu unterscheiden.

Daseinsvorsorge heißt primär, daß gewisse Dienste und Güter, die notwendig sind oder doch als notwendig bewertet werden, durch das Gemeinwesen oder unter gesteigerter Verantwortung und Kontrolle des Gemeinwesens bereitgehalten und dargereicht werden. Die Daseinsvorsorge gilt dabei grundsätzlich jedermann,

284 Zum Begriff der Daseinsvorsorge klassisch *Ernst Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938; *ders.*, Verwaltungsrecht, ¹⁰1973, S. 370. Zur Würdigung des Begriffs s. *Peter Badura*, Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, in: DÖV 1966, S. 624 ff. → Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit.

285 Dazu und zum folgenden *Zacher* (N 122), S. 37 ff., 820 ff.; s. dort a. S. 232 ff.

286 S. o. Rn. 32 ff. → Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, Soziale Gleichheit.

nicht nur dem, der sich die in Frage stehenden Dienste oder Güter, würde das Gemeinwesen sie nicht bereitstellen, "nicht leisten könnte". Daseinsvorsorge staffelt ihre "Preise" grundsätzlich nicht sozial. Weder ist sie für den "Reicheren" notwendig teurer, noch ist sie für den "Ärmeren" notwendig billiger oder gratis.

Der soziale Auftrag aber richtet sich nicht auf die Bereitstellung von Diensten oder Gütern "an sich", sondern darauf, daß nicht sozial Schwächere benachteiligt oder ausgeschlossen werden. "Sozial" ist Daseinsvorsorge, wenn und soweit sie durch die allgemeine Vorhaltung und Darreichung knapper Dienste und Güter die Bedeutung des sozialen Gefälles in der Gesellschaft für den Zugang zu diesen Diensten und Gütern entschärft. Allgemeine Bereitstellung von Diensten und Gütern hebt für sich die Ungleichheit der individuellen Leistungsfähigkeit aber noch nicht auf. Selbst wenn die Daseinsvorsorge auf "Preise" (Gebühren, Beiträge, privatrechtliche Entgelte usw.) verzichtet und zu "Nulltarifen" (eventuell auch "Billigtarifen") übergeht, verlagert die Daseinsvorsorge das Problem nur. "Nulltarife" und "Billigtarife" können zu einer Fehlsteuerung der Nachfrage führen. Jedenfalls kommen sie auch denen zugute, die "echte Preise" zahlen könnten. "Kostenlose" Übernachtung und der Verzicht auf "echte Preise" aber belasten die, welche die allgemeinen Haushaltsmittel aufbringen – ohne Relation zu ihrem Anteil an den Diensten und Gütern der Daseinsvorsorge.

Sozialpolitik auf der einen Seite und Daseinsvorsorge auf der anderen Seite sind somit zwei sich überschneidende Kreise. Das Ziel, Not zu vermeiden und Dienste und Güter möglichst vielen möglichst gleich zugänglich zu machen, ist gemeinsam. Sie gehen jedoch auseinander, indem die Priorität der Daseinsvorsorge in der Sicherheit und Allgemeinheit der Versorgung liegt, die Priorität der Sozialpolitik dagegen darin, Unterschiede im Zugang zu Diensten und Gütern auszugleichen, die in den sozialen Verhältnissen des Nachfragers begründet sind.

III. Abstrakte Gewißheit – konkrete Ungewißheit

1. Die Vision einer sozialen Normalität

Vom sozialen "Staatsziel" wird so die Antwort der Verfassung auf die Herausforderung einer unendlichen Zahl miteinander konkurrierender, personell oder situationell definierter Forderungen gegen ein soziales "Schlechter" und auf ein soziales "Besser" gegeben. Das Ensemble dieser Forderungen – sowohl ihre Selektion als auch die Priorität unter ihnen – wechselt von Gruppe zu Gruppe, letztlich von Subjekt zu Subjekt. Es wechselt je nach der Erfahrung und Artikulation eines drohenden sozialen "Schlechter" oder eines möglichen sozialen "Besser". Und Motive und Inhalte, insbesondere aber die Strategien zur Verwirklichung der im Ensemble enthaltenen Ziele hängen davon ab, ob die besorgte Verschlechterung oder die erhoffte Verbesserung dem Gemeinwesen oder den gesellschaftlichen Verhältnissen und Entwicklungen zugerechnet werden. Dabei kann sich der Komparativ auf individuell oder gruppenhaft erfahrene, besorgte oder erhoffte Schlechter-Besser- oder Besser-Schlechter-Relationen im Zeitver-

lauf der eigenen Entwicklung (intertemporaler Vergleich) ebenso beziehen wie auf vergangene, gegenwärtige oder zukünftige Schlechter-Besser- oder Besser-Schlechter-Relationen im Verhältnis zu anderen Personen oder Gruppen (interpersonaler/interkollektiver Vergleich).

So verwirrend dieses Spiel der Möglichkeiten insgesamt ist, so wird jedes Ensemble in sich doch nach einem gemeinsamen Prinzip geformt: der Grundannahme einer sozialen Normalität. Wo immer diese Normalität liegen mag: die sozialen Forderungen orientieren sich an ihr. (1) "Sozial" ist zunächst die Hilfe in der Subnormalität – sei es der Extremfall der Not (in dem das Existenzminimum fehlt), sei es die relative Subnormalität der Armut (der globale oder partielle, aber als wesentlich erfahrene Ausschluß von der gesellschaftlichen Normalität). "Sozial" sind demzufolge alle Leistungen des Gemeinwesens, die das Existenzminimum bereitstellen oder sonst gegen Armut intervenieren (soziale Hilfen). (2) "Sozial" ist sodann der Zugang zur Normalität – sei es unmittelbar durch Leistungen des Gemeinwesens (soziale Förderung), sei es mittelbar dadurch, daß gleiche Voraussetzungen eröffnet werden, sich politisch oder gesellschaftlich einen Zugang zur Normalität zu verschaffen (institutionelle und normative Chancengleichheit). (3) "Sozial" ist auch die Integration der Normalität dort, wo Wohlstandsdifferenzen und gesellschaftliche Macht- und Abhängigkeitsverhältnisse der Vorstellung einer Normalität (von mehr Gleichheit durch Minderung von Wohlstandsdifferenzen und Abbau und Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen) in der Gesellschaft zuwiderlaufen. (4) "Sozial" ist die Sorge für das Verbleiben in der Normalität – sei es durch Sicherung gegen die "Wechselfälle des Lebens" (Soziale Sicherheit: insbesondere soziale Vorsorge und entsprechende besondere Hilfs- und Förderungssysteme), sei es durch die Kompensation von Opfern, für die das Gemeinwesen eine besondere Verantwortung trifft oder doch übernimmt (soziale Entschädigung). (5) "Sozial" ist endlich die Hebung der Normalität und alles, was der Allgemeinheit der Teilhabe auch an einer steigenden Normalität dient.

Mit dem Postulat der allgemeinen Hebung der sozialen Normalität verliert sich das soziale Ziel im Unendlichen. Aber auch die Kategorie der individuell oder gruppenhaft vorausgesetzten Normalität ist "nach oben offen". Das hat viele Gründe. Erstens: das der historischen Sozialbewegung Gemeinsame ist in der Beurteilung von Veränderungen, die von einem sozialen "Unten" zu einem sozialen "Oben" führen, eindeutig, nicht in gleicher Weise aber in der Beurteilung von Veränderungen, die von einem sozialen "Oben" nach einem sozialen "Unten" führen. Zweitens: das soziale Ziel hebt die Dialektik von Staat und Gesellschaft nicht auf, setzt sie vielmehr voraus. Autonomie der Gesellschaft aber ist nicht ohne die Legitimität individuellen und gruppenhaften Vorteils denkbar. Drittens: der Vorteil kann sich als leistungsgerecht oder besitzstandsgerecht auch sozial legitimieren. Aus all dem erklärt sich so manche Schizophrenie sozialer Argumentation, die den jeweils eigenen Vorteil für gerechtfertigt hält und die Kompensation fremder Nachteile auf die Vorteile jeweils anderer verweist.

Die soziale Normalität hat danach eine klare, relative Orientierungsfunktion: gegen Subnormalität, für Zugang zu Normalität, Verbesserung in der Normalität,

Verbleib in der Normalität und Hebung der Normalität. Dem gegenüber steht die Vielfalt sowohl des Niveaus der jeweils individuell oder gruppenhaft angenommenen Normalität als auch die Vielfalt der Ensembles sozialer Wertungen, Erwartungen und Forderungen, die Individuen und Gruppen um diese Normalität anordnen. Doch begrenzt die Einheit der Idee der Normalität auch die Vielfalt konkreter "Normalitäten" und der auf sie hin orientierten Ensembles sozialer Wertungen, Erwartungen und Forderungen. Nicht nur die geschichtliche Entwicklung, mehr noch der Zwang öffentlicher Diskussion und politischen Wettbewerbs bewirken Annäherungen. So ergibt sich eine gewisse Bandbreite, innerhalb derer die konkreten "Normalitäten" angesiedelt sind. Und es gibt überindividuelle und auch über Gruppen hinausgehende Konsense über die Bewertung von Schlechter-Besser-Relationen und die Dringlichkeit ihrer Begrenzung oder Aufhebung, wie dies am deutlichsten durch die Beispielfelder der Arbeitsbeziehungen und des Arbeitsrechts manifestiert wird. Doch letztlich bleiben die Vielfalt der "Normalitäten" und die auf sie hin orientierten individuellen und gruppenhaften Ensembles sozialer Zielvorstellungen.

Mit dieser Beobachtung erschließt sich das Spannungsverhältnis zwischen der Selbstverständlichkeit und strukturellen Eindeutigkeit des "Sozialen" und der unendlichen Offenheit dessen, was in konkreten Beziehungen – von den Betroffenen wie von der Politik und der Rechtsordnung – als das "Soziale" angesehen werden kann. Die unterschiedlichen Werthorizonte, Interessen und Erfahrungen der betroffenen Individuen und Gruppen sind nur ein Komplex von Gründen dieser Offenheit. Sie ergibt sich ebenso aus sozialen Ideen – seien sie sozialpolitischer, wissenschaftlicher, ideologischer oder einfach humaner Herkunft –, welche den gesellschaftlichen Vorrat an sozialer Problemsicht und sozialen Problemlösungen bestimmen. Sie ergibt sich auch aus den unterschiedlichen Möglichkeiten und Interessen der Politik, durch die Selektion und Mischung sozialer Probleme, Problemlösungen, Bewertungen und Forderungen politische Herrschaft zu erlangen und zu erhalten.

Die Offenheit der Vielfalt der Normalitäten und der auf sie bezogenen Ensembles von Wertungen und Forderungen ergibt sich vor allem in der Zeitdimension. Die sozialen Verhältnisse ändern sich. Ihre Erfahrung ändert sich. Die Ideen, aus denen Problemsicht und Problemlösungen geboren werden, ändern sich. Und die politischen Konstellationen, die sie zu politischen Programmen bündeln, ändern sich ebenso. Vor allem die sozialpolitische Intervention verändert unablässig die Welt der sozialen Normalitäten und der auf sie bezogenen sozialen Forderungen. Die sozialen Herausforderungen führen zu sozialpolitischen Antworten. Jede sozialpolitische Antwort aber verändert die Welt der sozialen Herausforderungen²⁸⁷. Nach einer permanenten Erfahrung der Sozialpolitik läßt jede Lösung eines sozia-

287 Vgl. dazu *Nathan Glazer*, *Die Grenzen der Sozialpolitik*, abgedr. in: *Wolf-Dieter Narr/Claus Offe* (Hg.), *Wohlfahrtsstaat und Massenloyalität*, 1975, S. 335 ff., sowie die Einleitung der Herausgeber, ebd. S. 304 ff. S. ergänzend *Zacher*, *Sozialpolitik, Verfassung und Sozialrecht* (Bibl.), S. 123 ff. (125 ff.).

len Problems eine Vielzahl neuer Probleme sichtbar werden²⁸⁸. Soziale Ungerechtigkeiten, die nicht gesehen oder doch ertragen wurden, solange größere soziale Ungerechtigkeiten im Vordergrund standen, werden nicht mehr ertragen oder überhaupt erst wahrgenommen, nachdem eben diese größeren Probleme gelöst sind. Zudem: Soziale Intervention ersetzt weithin "natürliche" Verhältnisse und Abläufe durch "künstliche"; und diese bedürfen stetiger Stützung und Korrektur²⁸⁹. Das "Soziale" existiert daher in einem permanenten Prozeß²⁹⁰, Offenheit²⁹¹ und Prozeßhaftigkeit²⁹² sind ihm wesentlich²⁹³.

Letztlich hat dies auch einen anthropologischen Grund. Der Mensch ist eingespannt in eine unendliche komplexe Fülle von Gleichheits-, Schlechter-Besser- und Besser-Schlechter-Relationen, die ihm in unterschiedlichem Grade günstig, angemessen oder lästig sind. Dies wird immer bleiben, auch wenn er selbst, die Gesellschaft und das Gemeinwesen noch so sehr darauf hinwirken sollten, das Lästige zu mindern, das Angemessene zu sichern und das Günstige zu mehren. Die Lage kann immer nur vor dem Hintergrund der Hoffnung ertragen werden, das Schmerzliche zum Erträglichen und das Erträgliche zum Angenehmen hin zu verändern. Wäre ein für allemal definiert, was "sozial" ist, so wäre das nicht ein sozialer Himmel, sondern eine soziale Hölle.

2. Die ökonomische Mitte des "Sozialen"

Offen ist das "Soziale" auch wegen des Gefälles zwischen der Eindeutigkeit der sozialen Relevanz ökonomischer Verhältnisse und der Unsicherheit der Relevanz nichtökonomischer Befindlichkeit²⁹⁴. Die Konzentration des "Sozialen" auf das Ökonomische²⁹⁵ hat zunächst historische Gründe. Der elementaren Armut, die sich als die erste Herausforderung des modernen Wohlfahrtsstaates erwies, konnte weithin mit ökonomischen Mitteln abgeholfen werden. Und die Arbeiterfrage, die zweite große Herausforderung des modernen Wohlfahrtsstaates, war das Ergebnis

288 Zur rechtlichen Seite des Phänomens s. *Hans F. Zacher*, Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts, in: Friedrich Kübler (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1984, S. 11 ff. (49 ff., 59 ff.) m.w.Nachw.

289 *Manfred Rehbinder*, Wandlungen der Rechtsstruktur im Sozialstaat, in: Ernst E. Hirsch/Manfred Rehbinder, Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, 21971, S. 197 ff.; *Jürgen Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. II, 1981, S. 471 ff.; *Zacher* (N 288), S. 51 ff. m.w.Nachw.

290 *Hans F. Zacher*, Der Sozialstaat als Prozeß, in: ZgS 1978, S. 16 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 73 ff.).

291 S. BVerfGE 5, 85 (198); 59, 231 (263).

292 S. BVerfGE 5, 85 (198 f.).

293 Zur Sozialstaatsklausel als einem "zukunftsorientierten Rechtsbegriff" s. *Benda*, Der soziale Rechtsstaat (Bibl.), S. 477 ff. (522 ff.).

294 S. Rn. 33 a.E. – S. a. noch einmal N 166.

295 S. *Florian Tennstedt*, Zur Ökonomisierung und Verrechtlichung in der Sozialpolitik, in: Axel Murswieck, Staatliche Politik im Sozialsektor, 1976, S. 139 ff.; *Luhmann* (N 211), insb. S. 94 ff., 107 ff.; *Zacher*, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft (N 281), S. 715 ff. (759 ff.) (in diesem Band, S. 166 ff. (206 ff.)).

ökonomischer Bindungen. Die Konzentration des "Sozialen" auf das Ökonomische hat sodann sachliche Gründe. Ökonomische Verhältnisse sind der sozialen Intervention eher und effektiver zugänglich als persönliche Befindlichkeiten. Der Vorzug des Ökonomischen hat schließlich normative Gründe. Die ökonomische Intervention schont Freiheiten, die der Würde des Menschen näher sind als ökonomische Bedingungen. Das gilt insbesondere für die monetäre Intervention. Das Nehmen von Geld läßt in der Regel mehr Freiheit als das Nehmen konkreter Wirtschaftsgüter oder die Bindung personaler Freiheiten. Und das Geben von Geld schafft in der Regel mehr Freiheit als das Geben konkreter Wirtschaftsgüter oder das Angebot personaler Leistungen. Dies alles hat dazu geführt, daß die soziale Normalität primär – oft sogar ausschließlich – ökonomisch verstanden wird.

Doch war das Verhältnis zu den nichtökonomischen Elementen des individuellen und gesellschaftlichen Lebens stets unklar. Die Versorgung im Falle der Krankheit wurde von Anfang an als Gegenstand des "Sozialen" verstanden. Beeinflußt wurde dies durch die ökonomischen Bedingungen des Zugangs zu dieser Versorgung und die ökonomischen Wirkungen von Krankheit, Behandlung und Pflege. Aber im Kern bleiben Krankheit, Behandlung und Pflege doch immaterielle Phänomene. Ähnliches gilt für den Zugang zu Erziehung, Bildung und beruflicher Ausbildung. Ein besonders eindringliches Beispiel ist die Integration Behinderter; eindeutig als "soziales" Anliegen qualifiziert, greift sie über das Ökonomische weit hinaus. Auf der anderen Seite sind persönliche Schicksale, wie sie durch die Gegensätze von häßlich und schön, von unbegabt und begabt, von dumm und intelligent, von einsam und gesellig zum Ausdruck kommen, dem "Sozialen" immer fremd geblieben. Dazwischen liegen Felder, die nur schwach und gelegentlich in das "soziale" Bewußtsein rücken wie etwa die Bedingungen der Lebensumwelt²⁹⁶.

Die Interpretation des Sozialen steht hier vor einem Dilemma. Auf der einen Seite ist eine Begrenzung des "Sozialen" auf die ökonomischen Verhältnisse offensichtlich unzulänglich²⁹⁷. Auf der anderen Seite läuft die Vision einer sozialen Normalität auch im Nichtökonomischen Gefahr, in Konflikt mit der menschlichen Individualität, mit den sie schützenden Freiheiten, letztlich mit der Würde des Menschen zu geraten. Die "Veränderung des Menschen" gehört zu jenen Spuren der sozialen Bewegung, die nicht Gemeingut geworden sind. Das soziale Ziel kann hier nur darauf gehen, gleiche Bedingungen so zu schaffen, daß die Individualität und die sie schützenden Freiheiten unangetastet bleiben. Damit aber wird der Begriff des "Sozialen" erneut unscharf.

296 Zum Verhältnis des Sozialstaatsprinzips zum Umweltschutz s. *Stern* (N 106), S. 908 f. m. eingeh. Nachw.; *Joseph Huber*, Die Regenbogengesellschaft. Ökologie und Sozialpolitik, 1985; *Michael Opielka* (Hg.), Die öko-soziale Frage. Entwürfe zum Sozialstaat, 1985.

297 S. noch einmal *Tennstedt* (N 295), u. *Zacher*, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft (N 281), S. 715 ff. (in diesem Band, S. 166 ff.); s. a. N 185. Zur kulturstaatlichen Dimension des Sozialstaats *Werner Maihofer*, Kulturelle Aufgaben des modernen Staates, in: HdbVerfR, S. 953 ff. S. a. die Verbindung von "Kultur- und Sozialstaat" in Art. 3 BayVerf.

3. Methoden der Realisation

Schließlich impliziert selbst die Gewißheit über das Ziel noch nicht die Entscheidung darüber, auf welche Weise es erreicht werden soll. Zumeist bieten sich verschiedene Methoden an; und nicht selten verhalten diese sich komplementär, nicht einfach alternativ zueinander²⁹⁸.

So wäre etwa zu unterscheiden zwischen einem makrosozialen Ansatz, von dem her gesamtgesellschaftlich sozial günstige Bedingungen geschaffen werden – wie etwa eine wachsende, prosperierende Wirtschaft –, und einem mikrosozialen Ansatz, von dem her den individuellen Defiziten abgeholfen wird, die sich beim Vollzug der Grundregel ergeben, daß jeder Erwachsene selbst dafür verantwortlich ist, seine Bedürfnisse und die seiner Kleinfamilie durch seine Arbeit selbst zu decken²⁹⁹ –, wie sich das am deutlichsten in den vorsorgenden, entschädigenden, helfenden und fördernden Sozialleistungssystemen ausdrückt. Keine Methode macht die andere entbehrlich. Die makroökonomisch bewirkte Verteilung wird den mikrosozialen Bedürfnissen nicht immer gerecht und bedarf deshalb der Ergänzung durch die mikrosozial orientierte Umverteilung³⁰⁰. Wird jedoch die Alternativität zwischen makrosozialer und mikrosozialer Sicht aufgegeben und versucht, den makroökonomischen Verteilungsprozeß unmittelbar und umfassend so anzulegen, daß er auch das mikrosozial Richtige bewirkt und die mikrosoziale Einheit a priori in den makrosozialen Plan einzuordnen ist, so hebt das die Autonomie der wirtschaftlichen Prozesse ebenso auf wie die Autonomie der privaten Unterhaltseinheit und verweist beide auf die politische Entscheidung. Die Folgen für Prosperität und Freiheit sind bekannt. Makrosozialer und mikrosozialer Ansatz müssen also einander ergänzen. Aber selbst wenn sie das im Grundsatz tun, ist das gegenseitige Verhältnis zwischen makroökonomischer Verteilung und mikrosozial orientierter Umverteilung noch voller Gefahr der "Kontraproduktivität"³⁰¹.

298 Zur Theorie der sozialpolitischen Intervention s. insb. *Franz-Xaver Kaufmann*, Elemente einer soziologischen Theorie sozialpolitischer Intervention, in: ders. (Hg.), Staatliche Sozialpolitik und Familie, 1982, S. 49 ff.

299 S. o. S. 21 ff.

300 S. etwa *Helmar Bley*, Sozialrecht und Transferökonomie, in: SGB 1981, S. 457 ff., 519 ff.; *Adrienne Windhoff-Héritier*, Soziale Gleichheit durch Umverteilung, in: PVS 1982, S. 68 ff. *Ralf Zeppernick*, Transfer-Einkommen und Einkommensverteilung, 1986. Zur Realität s. etwa *Hans-Jürgen Krupp/Wolfgang Glatzer* (Hg.), Umverteilung im Sozialstaat, Empirische Einkommensanalysen für die Bundesrepublik, 1978. S. a. die Hinweise in N 255.

301 S. z.B. *Bernd Guggenberger*, Der Sozialstaat zwischen Angebot und Nachfrage, in: Der Sozialstaat. Die Krise seiner Ethik, Veröff. der Walter-Raymond-Stiftung Bd. 22, 1983, S. 211 ff. (212, 230); *Klaus Vogel*, Der Sozialstaat als Steuerstaat, in: Randelzhofer/Süß (N 158), S. 133 ff.; zum vorigen auch *Martin Pfaff* (Hg.), Effizienz und Effektivität der staatlichen Transferpolitik in der Wirtschaftskrise, 1983; s. ferner *Gert Brüggemeier*, "Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung" – "Mischverfassung des demokratischen Interventionskapitalismus" – "Verfassungstheorie des Sozialstaates". Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft? – Eine Problemskizze, in: Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, JbRSoz. Bd. 8, hg. v. Volkmar Oessner/Gerd Winter, 1982, S. 60 ff.

Bleiben wir beim makrosozialen Ansatz, so stehen wir wiederum vor der Alternative, mehr Prosperität und damit langfristig auch die größere soziale Wirkung von den Marktgesetzen zu erwarten³⁰² oder sozial gezielt, z.B. durch Beschäftigungsprogramme, in das wirtschaftliche Geschehen zu intervenieren³⁰³.

Wenden wir uns dem mikrosozialen Ansatz zu, so stehen wir vor der Alternative, die Probleme in den vorfindlichen Regelungsfeldern von Arbeit und Einkommen, Unterhaltsverband und Bedarfsdeckung zu lösen (internalisierende Lösungen) oder die Probleme aus den vorfindlichen Regelungsfeldern hinaus auf eine neue Ebene zu heben (externalisierende Lösungen), wie dies durch die Sozialleistungssysteme (Sozialversicherung, soziale Entschädigung, Hilfs- und Förderungssysteme) geschieht³⁰⁴. Beispielhaft sind etwa funktionale "Nachbarschaften", wie Arbeitsschutz und Unfallversicherung, Lohnfortzahlung und Krankengeld, und funktionale Alternativen, wie die zwischen bedarfsgerechten Einkommensergänzungen (Kindergeld, Wohngeld) und der Preisbindung notwendiger Bedarfsgüter³⁰⁵. Immer wieder ist offenkundig, daß es hier kein einfaches Entweder-Oder gibt, daß vielmehr die richtige Mischung gefragt ist.

"Quer" durch diese Phänomene läuft die Verschränkung und Alternativität des Instrumentariums der Steuer und des Instrumentariums der Sozialleistungen und der sie zum Teil finanzierenden Beiträge: die Doppelung des Nehmens durch Steuern und Beiträge; die relative funktionale Vertauschbarkeit von Steuerver Schonungen und Sozialleistung³⁰⁶, wie sie im Extrem nach der Idee einer negativen Einkommenssteuer³⁰⁷ deutlich wird; die steuerliche Lenkung sowohl des makrosozialen als auch des mikrosozialen Geschehens usw.

Bei all dem stehen sich nicht nur das Individuum und seine Familie auf der einen und der Staat auf der anderen Seite gegenüber. Vielmehr stehen dazwischen eine Menge von Kollektiven und Agenturen: im gesellschaftlichen Raum etwa die Gruppen, Genossenschaften, Betriebe, Unternehmen, Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Versicherungsvereine und -unternehmen, Wohltätigkeitsver-

302 S. noch einmal v. *Weizsäcker* (N 283).

303 Zum Verhältnis zwischen sozialer Marktwirtschaft und Interventionismus s. etwa Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Gutachten vom 15./16. 12.1978: Staatliche Interventionen in einer Marktwirtschaft, in: Der Wissenschaftliche Beirat ... Bd. 10, Gutachten vom Dezember 1978 bis Februar 1980, 1980, S. 895 ff.; Gutachten vom 18.2.1983: Konjunkturpolitik – neu betrachtet, in: Der Wissenschaftliche Beirat ... Bd. 11, Gutachten vom Januar 1981 bis Juni 1983, 1983, S. 1159 ff. – S. zum vorigen auch *René Frey*, Gerechtigkeit, soziale Grundrechte und Ökonomie, in: FS für Kurt Eichenberger, 1982, S. 225 ff.

304 S. *Zacher* (N 288), S. 11 ff.; → Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit.

305 Hinzu kommen auch noch Alternativen wie die zwischen familienstärkenden Sozialleistungen (alle Sozialleistungen, die dem Unterhaltsträger zufließen – Hauptbeispiel: Kindergeld) und emanzipatorischen Sozialleistungen (die einzelnen Familienmitgliedern zukommen, Hauptbeispiel: Ausbildungsförderung). Vgl. N 160 u. 259.

306 S. *Wolfgang Wiebe*, Die Harmonisierung von Sozialrecht und Steuerrecht als rechtspolitische Aufgabe, in: ZRP 1981, S. 25 ff.; z.B. *Zeppernick* (N 300), S. 104 ff.

307 S. *Ingold Metze*, Art. "Negative Einkommenssteuer", in: HdWW 9, S. 788 ff.; *Josef von Almsiek*, Die negative Einkommenssteuer, 1980.

bände; im staatlichen Raum die Gemeinden und Gemeindeverbände, daneben spezifische Körperschaften, Anstalten und Stiftungen. Auch insofern kann die Frage nur auf die richtige Selektion und Mischung, nicht auf irgendeine Ausschließlichkeit gerichtet sein.

Die verfassungsrechtliche Sozialstaatsproklamation als Norm materiellen Verfassungsrechts vermittelt freilich den Eindruck, Sozialstaatlichkeit sei normativ zu realisieren. Der Rechtsstaat fordert ja auch weithin, die soziale Intervention in die Form des Gesetzes zu kleiden³⁰⁸. Und es liegt auch in der Technik der parlamentarischen Demokratie, Sozialpolitik durch Gesetzgebung darzustellen³⁰⁹. Dies alles trifft auf den Boden eines relativ großen Rechtsgehorsams sowohl der Verwaltung als auch der Gesellschaft, kraft dessen die Realisierung normativer Sozialprogramme einen hohen Grad erreicht. Doch ist normative Sozialpolitik nur eine Seite der Medaille. Ihr muß der institutionelle Ansatz – der Ansatz der Organisationen und Verfahren, welche die Sozialpolitik (formulieren und) realisieren – gegenübergestellt werden³¹⁰.

Die Dialektik zwischen normativen und institutionellem Ansatz zeigt sich schon innerhalb des "Rechtsbetriebs". Am Anfang normativer Sozialpolitik stehen die Institution des Gesetzgebers und Verfahren der Gesetzgebung. Und beide bestimmen den Inhalt der Norm³¹¹. Normen werden nicht nur vom Gesetzgeber, sondern – insbesondere im Privatrecht (etwa im Arbeitsrecht) – auch vom Richter gesetzt; und die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, auch über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu entscheiden, gibt ihm einen Anteil gerade auch an der sozialpolitischen Funktion der Gesetzgebung³¹².

308 S. etwa *Scheuner*, Die Funktion des Gesetzes (Bibl.), S. 127 ff.; *Peter Häberle*, "Leistungsrecht" im sozialen Rechtsstaat, in: FS für Günther Küchenhoff, 1972, S. 453 ff.

309 S. exempl. *Leo Kessler*, Der Deutsche Bundestag, in: JöR NF 26 (1977), S. 39 ff. (105 ff.).

310 Zur Alternative von normativem und institutionellem Ansatz von Sozialpolitik und Sozialrecht vgl. *Zacher* (N 288), S. 36 f.

311 *Scheuner* (N 308), S. 127 ff.; *Dietrich Katzenstein*, Über die Sozialgesetzgebung unserer Zeit, in: Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat. FG zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 139 ff.; *Bernd v. Maydell*, Vom Stil der sozialpolitischen Gesetzgebung, in: FS zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 407 ff. – Allg. *Werner Maihofer* u.a., Theorie und Methoden der Gesetzgebung, Arbeiten zur Rechtsvergleichung Bd. 116, 1983.

312 Zum Vorstehenden s. *Kurt Jantzi/Ulrich Kübler/Herbert Langkeit*, Sozialrecht in der Wechselwirkung der drei Gewalten, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Bd. XIV, 1975, S. 123 ff.; *Christian Starck*, Gesetzgeber und Richter im Sozialstaat, in: DVBl. 1978, S. 937 ff. Darüber hinaus zur Rolle der Rechtsprechung insb. *Georg Wannagat*, Der Beitrag der Rechtsprechung zur Nachkriegsentwicklung des Sozialrechts, in: Sozialpolitik nach 1945, 1977, S. 459 ff.; *Dietrich Katzenstein*, Aktuelle verfassungsrechtliche Fragen des Sozialrechts und der Sozialpolitik, in: DRV 1983, S. 337 ff.; *Peter Krause*, Haushaltswirksame Entscheidungspraxis der Gerichte, in: Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, FG zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 209 ff.; *Wolfram Henckel*, Richter im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: JZ 1987, S. 209 ff. Insb. zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts *Helmar Bley*, Die Relevanz verfassungsgerichtlicher Grundentscheidungen im materiellen Sozialrecht. Dargestellt aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: SGB 1974, S. 321 ff.;

Die Dialektik zwischen normativem und institutionellem Ansatz ist jedoch elementarer zu sehen. Die soziale Intervention zielt auf Wirklichkeiten – auf die Steuerung von Wirklichkeiten, auf die Veränderung von Wirklichkeiten. Das setzt menschliches Handeln voraus. Jedenfalls, soweit es in der Verantwortung des Gemeinwesens liegt, heißt das: Handeln in Organisationen und Verfahren. Soziale Intervention kann daher nie auf das Normative beschränkt sein, sondern schließt institutionelle Prämissen ein. Und sie muß nicht im Normativen ansetzen, sie kann sich auch auf das Institutionelle richten. Rechtsstaat und Demokratie machen es notwendig, daß die Programme, die den Institutionen aufgetragen sind, mehr oder weniger normativ formuliert sind. Aber das Wie der Realisation des Programms hängt von den Menschen ab, die es vollziehen – von den Organisationen und Verfahren, in denen sie handeln³¹³. Gerade im Bereich von Dienst- und Sachleistungen³¹⁴ dominieren die organisatorischen und prozeduralen Bedingungen, während das normative Programm demgegenüber zurücktritt. Mit dem Stichwort vom “formellen Sozialstaatsprinzip”³¹⁵ kommt die Bedeutung des institutionellen Aspekts der sozialstaatlichen Realisation treffend zum Ausdruck.

IV. Ergebnisse

Somit steht einer grundsätzlichen Gewißheit, was das soziale Staatsziel prinzipiell meint, eine große Ungewißheit gegenüber, was es konkret anordnet. (1) Eindeutig ist es sowohl dem Inhalt als auch der Dringlichkeit nach zugunsten derer, die nicht imstande sind, sich das zur Existenz nötige Minimum aus eigener Kraft zu beschaffen. (2) Eindeutig in der Dringlichkeit, nicht in gleicher Weise aber mehr in der Sache, ist das soziale Staatsziel zugunsten derer, die in relativer Armut unter der gesellschaftlichen Normalität leben. Der Zugang zur Normalität ist offenkundige Notwendigkeit. Die Realisierung jedoch unterliegt weithin der Notwendigkeit, Schwerpunkte zu bilden. (3) Klar ist das Ziel, Ungleichheiten auch innerhalb der Bandbreite der Normalität zu mindern und die mit den Ungleichheiten

Dietrich Katzenstein, Das Sozialrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: VSSR 10 (1982), S. 167 ff.; *ders.*, Die sozialgerichtlichen Vorlagen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: DRV 1985, S. 1 ff.; *Wolfgang Riefner*, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: VSSR 2 (1974), S. 68 ff.; *ders.*, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: JbSozRGeg 1 (1979), S. 59 ff., 2 (1980), S. 21 ff., 3 (1981), S. 33 ff., 4 (1982), S. 35 ff., 5 (1983), S. 21 ff., 6 (1984), S. 37 ff., 7 (1985), S. 21 ff., 8 (1986), S. 37 ff.; *Rudi Wand*, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: VSSR 2 (1974), S. 52 ff. S. a. die Nachw. in N 440.

313 Exempl. für das Verfehlen sozialpolitischer Programme s. *Stephan Leibfried*, Armutspotential und Sozialhilfe in der Bundesrepublik, in: KJ 1976, S. 377 ff. Vgl. auch *Simons* (N 199), S. 27 ff.

314 *Helmut Klages/Detlef Merten* (Hg.), Sozialpolitik durch soziale Dienste, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 82, 1981.

315 *Pitschas* (N 166), S. 141 ff.

ten korrespondierenden Abhängigkeiten unter die Kontrolle des Rechts zu bringen. Aber das Gebot, dies zu tun, unterliegt vielfältiger Relativierung. (4) Der Aufstieg in der Normalität hat in einer Wohlstandsgesellschaft den wohl kräftigsten "Rückenwind" der Wünsche. Konkret aber hemmt ihn der Widerspruch allgegenwärtiger Konkurrenz. (5) Selbstverständlich erscheint der soziale Auftrag, den Abstieg in der Normalität zu verhindern, den erworbenen Lebensstandard gegenüber den "Wechselfällen des Lebens" zu sichern und Opfer, die in der Verantwortung des Gemeinwesens stehen, auszugleichen. Hintergründig aber wird diese Selbstverständlichkeit durch ihr Spannungsverhältnis zum Ziel von mehr Gleichheit in Frage gestellt. (6) Das Ziel endlich, den allgemeinen Wohlstand – die Normalität selbst – zu heben und die Teilhabe an ihm auf möglichst viele auszubreiten, verliert sich seiner Natur nach im Unendlichen.

Schließlich stehen alle "höheren" Ziele in einer permanenten Spannung zur Priorität der Abwehr von Not und Armut. So wahr es ist, daß der Sozialstaat sich am glücklichsten verwirklicht, wo es allen gut geht, so wahr ist auch, daß er dann am dringendsten herausgefordert ist, wo es Menschen schlecht geht³¹⁶.

Die Unsicherheit des sozialen Staatsziels wird dadurch gesteigert, daß es eine intensivere Beziehung zu ökonomischen Verhältnissen hat als zu nichtökonomischen³¹⁷. Unsicherheit erwächst sodann aus der Vielfalt der Wege, auf denen das soziale Staatsziel verwirklicht werden kann³¹⁸. Sie steht in Wechselbeziehung zu den Inhalten und vertieft die Ungewißheit über sie.

Die allgemeinste Ursache aller Unsicherheit über das soziale Staatsziel bleibt, daß die subjektive und gruppenhafte Vielfalt von Werten, Situationen und Interessen allen Konsensen über die "richtige" Normalität und über Inhalt und Rang der auf sie bezogenen Forderungen, auf Verbesserung oder Verschlechterung enge personelle, sachliche und zeitliche Grenzen setzt³¹⁹. Das Bild der Normalität wie das Ensemble der auf sie bezogenen Besser-oder-Schlechter-Erwartungen und -Forderungen wandelt sich mit den gesellschaftlichen Verhältnissen ebenso permanent wie mit der sozialpolitischen Reaktion des Gemeinwesens. Dies ist der allgemeinste Grund der "Krise des Sozialstaats", die gerade im letzten Jahrzehnt immer wieder empfunden wird³²⁰. Vertraute Probleme, Lösungen, Maßstäbe, Verhaltensweisen usw. verschwinden und neue Probleme, Lösungen, Maßstäbe, Verhaltensweisen usw. werden sichtbar. Und das Schwierigste daran ist: Der Sozialstaat stellt, je mehr er sich verwirklicht, die Voraussetzungen in Frage, von denen

316 S. zu dieser Priorität auch *Schlenker* (N 138), insb. S. 91 ff.

317 S. o. S. 46 ff.

318 S. o. S. 48 ff.

319 S. o. S. 43 ff.

320 S. die Beiträge in: *Sozialstaat. Die Krise seiner Ethik*, Veröff. der Walter-Raymond-Stiftung Bd. 22, 1983; *Robert Kopp* (Hg.), *Solidarität in der Welt der 80er Jahre: Leistungsgesellschaft und Sozialstaat*, 1984; *Jens Alber*, *Die Krise des Wohlfahrtsstaats*, in: *Annali di Sociologia / Soziologisches Jahrbuch*, 1985, S. 259. – S. auch noch einmal die Hinweise in N 158, N 270 u. N 279.

her er konkretisiert wurde³²¹. Der Versuch, dem den Minimalismus eines “Verbots des sozialen Rückschritts” entgegenzuhalten³²², scheitert an dieser Komplexität und dieser Dynamik des “Sozialen”.

E. Das soziale Staatsziel im Gefüge der Staatsfundamentalnormen

I. Das Sozialstaatsprinzip als Staatsfundamentalnorm

Das Grundgesetz rechnet die Sozialstaatlichkeit zu den Verfassungsaussagen, die es für unabänderlich erklärt (Art. 20 Abs. 1, 79 Abs. 3 GG). Das ist für die Interpretation doppelt bedeutsam. Zunächst verschärft es das Spannungsverhältnis zwischen grundsätzlicher Gewißheit und konkreter Ungewißheit des “Sozialen”. Alles nämlich, was unmittelbar und eindeutig Inhalt des Sozialstaatsprinzips ist, ist damit auch unabänderlich. Der subjektiven, sachlichen und zeitlichen Offenheit des “Sozialen” entspricht deshalb eine Reduzierung des Normgehalts auf das Wesentliche – wenn anders nicht eine unabänderliche Verfassungsnorm in unerträglichen Konflikt mit ihrer eigenen wesenhaften Entwicklungsoffenheit geraten soll³²³.

Sodann: die Aufnahme in die unabänderlichen Verfassungselemente stellt das soziale Staatsziel in die unmittelbare Nachbarschaft der organisatorischen Grundaussagen der Verfassung: des Bundesstaats, der Republik, der Demokratie und des Rechtsstaats (Art. 20, 79 Abs. 3 GG)³²⁴. Damit verbindet sich eine Reihe von Fragen. Was fügt diese Verbindung dem sozialen Staatsziel hinzu? Welche Bedingungen seiner Verwirklichung sind ihm dadurch vorgegeben³²⁵? Wie wirkt das “Soziale” auf die Verwirklichung der jeweils anderen Staatsfundamentalnorm ein³²⁶?

321 Umfassend *Luhmann* (N 211); *Molitor* (N 211); ferner *Zacher* (N 159); *ders.* (N 279); *ders.*, Entstehung, Wandel und Fehlentwicklung des Sozialstaates in der Bundesrepublik Deutschland, in: *BetrAV* 1985, S. 81; *Michael Stolleis*, Die Geschichtlichkeit des Sozialrechts, in: *SGb* 1984, S. 378 ff.

322 Materialreich, differenziert und ausgewogen dazu *Schlenker* (N 138). Aus dem sonstigen Schrifttum s. vor allem *Isensee* (N 271). Für eine “Garantie eines historisch überkommenen sozialen Standards” etwa *Kittner* (N 140), IV Rn. 29 u. Rn. 79.

323 *Herzog* (N 130), Rn. 6.

324 Zur Dogmatik dieser Kombination s. *Hans-Peter Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, ²1977, S. 183 ff. m.w.Nachw.; *Spieker* (N 147), S. 244 f. Zur Verbindung von Sozialstaat, Demokratie und Bundesstaat s.a. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Sozialer Bundesstaat und parlamentarische Demokratie, in: *FS für Friedrich Schäfer*, 1980, S. 182 ff.

325 *Walter Bogs*, Der soziale Rechtsstaat im deutschen Verfassungsstaat, in: *Sozialer Rechtsstaat – Weg oder Irrweg?*, 1963, S. 44 ff.; *Werner Weber*, Die verfassungsstaatlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, in: *Der Staat* 4 (1965), S. 409 ff.; *Doehring*, Sozialstaat, Rechtsstaat (N 212); *Detlef Merten*, Verfassungsstaat und Sozialstaat, in: *VSSR* 8 (1980), S. 101 ff. – S. a. *Hans Peter Ipsen*, Gebundene Sozialstaatlichkeit, in: *FS für Konrad Zweigert*, 1981, S. 747 ff.

326 Vgl. dazu *Stern* (N 106), S. 921 ff.

II. Der soziale Bundesstaat

Das Grundgesetz vertraut das "Soziale" nicht einem einheitsstaatlichen Gemeinwesen, sondern dem "sozialen Bundesstaat" an³²⁷. Das "Soziale" versteht sich von vornherein im bundesstaatlichen Wertgefüge und Organisationsrahmen³²⁸. Und das soziale Staatsziel vertieft den Wertgrund des Bundesstaates. Welchen Werten Bundesstaatlichkeit "an sich" schon dienen mag: das "Soziale" ist ihnen hinzugefügt. Dieser Bundesstaat als Ganzes – der Zentralstaat, die Gliedstaaten und die Gesamtheit von Zentralstaat und Gliedstaaten – ist "sozial". Der Text des Grundgesetzes unterstreicht das sinnfällig: die Bundesrepublik ist Sozialstaat (Art. 20 Abs. 1 GG); aber auch jedes Land hat Sozialstaat zu sein (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG).

Für das "Soziale" unterstreicht diese Verbindung die Bereitschaft zur Offenheit. Differenzierungen werden in Kauf genommen. Vor allem dem Primat der sachnäheren Einheit – Subsidiarität genannt – wird Raum gegeben (Art. 30 GG)³²⁹. Für das "Soziale" kann das Brechung und somit Schwächung von Konzepten bedeuten³³⁰. Aber es bedeutet auch Belebung. Bund und Länder können in der Konkretisierung des sozialen Staatsziels untereinander konkurrieren. Im besten Falle werden so die Kräfte des Gemeinwesens auf ein Optimum des "Sozialen" hin entfaltet.

Doch sind auch Spannungen nicht zu verkennen. "Mehr Gleichheit" steht im Widerspruch zur bundesstaatlichen Vielfalt. Setzt sich die Bundesstaatlichkeit selbst schon dem – gegenläufigen – Maßstab einheitlicher Lebensverhältnisse aus (Art. 72 Abs. 2 Nr. 3; 106 Abs. 3 S. 5 Nr. 2 GG), so erfährt dieser Maßstab durch das soziale Staatsziel und die ihm immanente Vision der Normalität die nachdrücklichste Unterstreichung. Zuständigkeitsgrenzen, die dem entgegenstehen, haben einen schweren Stand³³¹. Und die Länder konkurrieren nicht so sehr durch die eigenständige Nutzung der ihnen verbliebenen Gesetzgebungszuständigkeit³³², als durch ihr Bemühen – etwa durch das Initiativrecht des Bundesrates (Art. 76 GG) –, auf den Bund Einfluß zu nehmen³³³. Alles treibt so darauf zu, daß der Zentralstaat auch der zentrale Sozialstaat ist. Der "soziale Bundesstaat" droht so, sich selbst in Frage zu stellen³³⁴.

327 S. Zacher (N 122), S. 686 ff., 737 ff.

328 Isensee (N 153), S. 224 ff., insb. S. 232 ff.

329 Zur Subsidiarität s. a. N 153.

330 S. dazu Arnold Köttgen, Der soziale Bundesstaat, in: FG für Hans Muthesius, 1960, S. 19 ff., abgedr. auch in: Forsthoff (Hg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (Bibl.), S. 431 ff. Zur Parallelität zwischen der rechtsstaatlichen Brechung der Einheit von Staat und Gesellschaft und der bundesstaatlichen Brechung der Einheit des Sozialstaates Benda (N 293), S. 540 f.

331 Peter Krause, Sozialstaat und Sozialrecht, in: JuS 1986, S. 349 ff. (350 f.).

332 S. Krause (N 331), S. 351 ff.

333 Zum Einmünden der Entwicklung in den "Beteiligungs- und kooperativen Föderalismus" s. Böckenförde (N 324).

Dem ist freilich die Dialektik zwischen normativem und institutionellem Ansatz der Sozialpolitik entgegenzuhalten³³⁵. Hinsichtlich des institutionellen Elements sind die Länder in der Vorhand³³⁶. Noch deutlicher wird das auf der kommunalen Ebene, welche die bundesstaatliche Differenzierung landesinkorporiert nach unten fortsetzt (Art. 28 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 GG). Der soziale Auftrag der Gemeinden und Gemeindeverbände³³⁷ ist primär ein institutioneller und erst sekundär und marginal ein normativer³³⁸.

Doch ist auch dieser institutionelle Zugang nur ein relativer Trost. Wichtige soziale Funktionen sind auf die Einheiten öffentlichrechtlicher "sozialer Selbstverwaltung" (die Sozialversicherungsträger und die Bundesanstalt für Arbeit)³³⁹ ausgegrenzt, die sich der landesrechtlichen und politischen Integration auch dort weitgehend entziehen, wo sie der Aufsicht der Länder unterliegen (Art. 87 Abs. 2 GG)³⁴⁰.

III. Die soziale Republik

Ist "Republik" im herkömmlichen Sinne bloß als die Negation einer Erbmonarchie zu verstehen³⁴¹, so bedeutet die Verbindung von "sozial" und "Republik" nichts Substantielles³⁴². Anders ist es, wenn "Republik" ergiebiger interpre-

334 Wenn es mit *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1954, S. 371 ff., insb. S. 373 (vgl. dazu a. *Stern* (N 106), S. 750 f.), "zum Wesen des Bundes" gehört, "daß die Frage der Souveränität zwischen Bund und Gliedstaaten immer offen bleibt", so fragt sich, ob das auch für einen Zentralstaat noch zutrifft, dessen sozialer Effizienz in der Verfassungswirklichkeit fast jedes Opfer gebracht wird. Dieses Opfer wird von *Albert Bleckmann*, *Die Bindung der Länder an die Ziele der Bundespolitik*, in: *DÖV* 1986, S. 125 ff., zum Dogma überhöht.

335 S. o. S. 50 f.

336 Das gilt für alle gesetzesfreien Verwaltungen: für die Ausführung der Landesgesetze (Art. 30 GG), aber auch für die Ausführung der Bundesgesetze (Art. 83, 84 GG).

337 Zu den sozialen Aufgaben der Gemeinden und Gemeindeverbände s. die Beiträge zu Kap. 16 in: *HdbKWP* IV, S. 333 ff. sowie *Jürgen Grabbe*, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben*, 1979, S. 56 ff., 172 ff.; *Berthold Becher/Eckhart Pankoke* (Hg.), *Kommunale Sozialpolitik*, 1985; *Klaus Gretschmann*, *Kommunale Sozialpolitik und Finanzierungsdruck*, in: *Der Wohlfahrtsstaat in der Wende*, 1985, S. 88 ff.

338 S. a. *Zacher* (N 122), S. 225 ff.

339 Das größte Dunkelfeld der bundesstaatlichen Problematik der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit ist die Finanzverfassung. Das Grundgesetz widmet sich nur den Steuereinnahmen (Art. 105 ff. GG) und rudimentär dem sonstigen Verhältnis der Bundes- und Länderfinanzen (Art. 104 a, 106, 107, 109 ff. GG). Die Finanzen der sozialen Parafisci aber überläßt das Grundgesetz dem Bundesgesetzgeber (Art. 74 Nr. 12 GG). In Wahrheit jedoch ist die Bedeutung der Beitragseinnahmen der Sozialversicherungsträger der Bedeutung der Steuereinnahmen der Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeindeverbände, Gemeinden) immer näher gekommen.

340 *H. Bogs* (N 238), S. 259 ff. Zur bundesstaatlichen Rollenverteilung vgl. nochmals *Wertenbruch* (N 238), S. 36 ff.

341 S. dazu etwa *Josef Isensee*, *Republik – Sinnpotential eines Begriffs*, in: *JZ* 1981, S. 1 ff. (S. 1 f., 4 f.) m.w.Nachw.

342 S. *Zacher* (N 122), S. 315 ff., insb. 323 ff.

tiert wird: im Sinne der Teilhabe möglichst vieler nicht nur an der Herrschaft, sondern auch an den Lasten des Gemeinwesens, einem treuhänderischen pflichtorientierten Amtsverständnis und einer Identifikation des Bürgers mit dem Gemeinwesen³⁴³. Dann ist Republik Erfüllung und Überhöhung von Demokratie und Rechtsstaat³⁴⁴. Dieses Verständnis von Republik unterstreicht Wesentliches, was der "Sozialstaat" in der Sache meint: die Solidarität der Bürger mit den Bürgern – vermittelt durch das Gemeinwesen und zugleich gelebt in der Gesellschaft³⁴⁵. Aber es steht auch der Vereinnahmung des Sozialstaats durch den Utilitarismus des demokratischen Machtkampfes und den individuellen Nutzen entgegen³⁴⁶. Doch so einleuchtend, ja dringlich es ist, den "Formalien" der Demokratie und des Rechtsstaats diese Substanz eines republikanischen Ethos einzupflanzen, so offen sind die Wirkungsmöglichkeiten einer solchen Interpretation.

IV. Die soziale Demokratie

1. Die Harmonie von "sozial" und "Demokratie"

Die "soziale Demokratie"³⁴⁷ verbindet zwei vielfältig und elementar aufeinander bezogene Begriffe. Die tiefste gemeinsame Wurzel haben das "Soziale" und die "Demokratie" in der Legitimation der Herrschaft als "Herrschaft durch das Volk" und "Herrschaft für das Volk"³⁴⁸. Name und Sache von "sozial" und "Demokratie" umkreisen und substituieren sich seit dem aufgeklärten Absolutismus bis in die Gegenwart³⁴⁹. Das Bedürfnis der Monarchie, die Herrschaft gegenüber dem

343 S. *Isensee* (N 341); *Wilhelm Henke*, Zum Verfassungsprinzip der Republik, in: *JZ* 1981, S. 249 ff. → *Handbuch des Staatsrechts*, *Henke*, § 21 Rn. 8 f.; *Isensee*, § 13 Rn. 158 ff.

344 *Isensee* (N 341), S. 8: "Die republikanische Substanz des 18. Jahrhunderts ist zu einem guten Teil in die Begriffe Demokratie und Rechtsstaat übergegangen. Die beiden Wörter repräsentieren die Substanz differenzierter und deutlicher als das Wort Republik. Republik aber steht als Name für das Ganze ... In einer Hinsicht greift Republik über die verfassungsrechtlichen Kategorien Demokratie und Rechtsstaat hinaus. Diese erschöpfen sich nach richtigem Verständnis grundsätzlich im Staatsorganisatorischen; ... Republik dagegen bedeutet das ganze Gemeinwesen, in dem Staat und Gesellschaft aufgehen. Republik umschließt Institutionen und Ethos."

345 *Henke* (N 343), S. 251: "Eines der wichtigsten demokratischen Ziele, die Überwindung der sozialen Gegensätze, hat auch einen republikanischen Aspekt. ... Republik neutralisiert den sozialen Gegensatz, den repräsentative Demokratie und Sozialstaat übrig lassen, indem sie statt persönlicher Macht durch das Verfassungsrecht öffentliche Gewalt konstituiert, ordnet und zuteilt." → *Handbuch des Staatsrechts*, *Henke*, § 21 Rn. 37 ff.

346 S. u. S. 57 ff.

347 S. *Zacher* (N 122), S. 315 ff., 688 f., 741 ff.

348 → *Handbuch des Staatsrechts*, *Böckenförde*, § 22 Rn. 98 ff.

349 *Zacher* (N 1), S. 221 ff. m. eingeh. Nachw.

Volk zu rechtfertigen, führte zur frühen Blüte der Sozialpolitik³⁵⁰. Und “Volksdemokratien”, die darauf verzichten, sich “formal” als Herrschaft durch das Volk zu legitimieren, rechtfertigen sich “sozialistisch” als Herrschaft für das Volk³⁵¹. Auf der anderen Seite ist einer “formalen” Demokratie, sofern sie wirklich auf dem allgemeinen und gleichen Wahlrecht beruht, die Tendenz immanent, alle Bürger in die Teilhabe an den Gütern der Gesellschaft einzuschließen – ob sie sich als “sozial” benennt oder nicht. Das “Soziale” ist das Resultat politischer Bedingungen. Ein normatives soziales Staatsziel kann nicht mehr als deren Wirksamkeit bestätigen – allenfalls bekräftigen³⁵².

Das Grundgesetz nun verbindet beides: die “formale” Legitimation der Herrschaft aus dem allgemeinen und gleichen Wahlrecht und die “materielle” Legitimation der Herrschaft für das Volk aus dem sozialen Staatsziel. Die egalitäre Demokratie als wichtigste Prämisse und Garantie des “Sozialen”³⁵³ und das soziale Staatsziel als materielle Direktive sind einander zugeordnet. Letztlich stehen Demokratie und Sozialstaat gleichermaßen im Dienste der Würde, der Freiheit und der Gleichheit des Menschen. Darin liegt der tiefste Grund der Einheit der “sozialen Demokratie” und des “demokratischen Sozialstaats”³⁵⁴.

2. Spannungen zwischen “sozial” und “Demokratie”

Erst bei näherem Zusehen erschließen sich die Spannungen, die zwischen dem “Sozialen” und der “Demokratie” bestehen. Die ständige Konkretisierung, deren das “Soziale” bedürftig ist, ist dem demokratischen Prozeß, den das Grundgesetz vor allem durch das allgemeine und gleiche Wahlrecht, durch die Mittlerstellung der Parteien, durch die Macht der Verbände und durch die parlamentarische

350 S. zur Entwicklung des Wohlfahrtsstaats im 19. Jahrhundert *Jens Alber*, Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat, Analysen zur Entwicklung der Sozialversicherung in Westeuropa, 1982.

351 S. klassisch *Josef Stalin*, Fragen des Leninismus (übers. nach der 11. Aufl. 1939), 1947, S. 625 f., 633 f.

352 Zum – auch – politischen Charakter des Sozialstaatsprinzips *Gerhard Schnorr*, Sozialstaat – Ein Rechtsbegriff?, in: FS für Hans Schmitz, Bd. 2, 1967, S. 256 ff.; *Zacher* (N 1), S. 246 ff.; *Herzog* (N 130), Rn. 38. – S. zur Rhetorik der sozialstaatlichen Selbstbestimmung des Staates und ihre Wirkung auch Rn. 18 a.E.

353 *Zacher* (N 122), S. 315 ff.

354 Eine tiefdringende Analyse des Verhältnisses von Demokratie und Sozialstaat findet sich bei *Maihofer* (N 147). Ausgehend von der klassischen Trias von “Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit” entwickelt er das Konzept “der liberalen und sozialen Demokratie des Grundgesetzes” in folgendem Sinne: “Demokratie als Ordnung der Freiheit und das Prinzip einer liberalen Demokratie: größtmögliche und gleichberechtigte Freiheit und notwendige Sicherheit aller” (S. 205 ff.); – “Demokratie als Ordnung der Gleichheit in Freiheit und das Prinzip einer sozialen Demokratie: größtmögliche und gleichberechtigte Wohlfahrt des einzelnen bei notwendiger Gerechtigkeit für alle” (S. 212 ff.); – “Demokratie als Ordnung der Brüderlichkeit in Freiheit und das Problem einer humanen Demokratie: Mitmenschlichkeit des einzelnen, Menschlichkeit der Verhältnisse und Mitverantwortung der Gesellschaft?” (S. 224 ff.).

Repräsentation prägt, anvertraut³⁵⁵. Aber dieser demokratische Prozeß definiert und bewirkt das “Soziale” nicht nur. Er verfremdet es auch. Das allgemeine und gleiche Wahlrecht garantiert nicht, daß jedermanns Meinungen und Interessen auch real in gleicher Weise berücksichtigt würden. Und es kann nicht heißen, Meinungen nach ihrer Richtigkeit und Interessen nach ihrer Dringlichkeit zu berücksichtigen. Real setzen sich vielmehr Meinungen und Interessen durch, die von den Parteien in einer Weise aufgegriffen und gebündelt werden können, daß sie zum Programm von Parlaments- und Regierungsmehrheiten werden können³⁵⁶. Und der Grad der Mehrheitsfähigkeit einer Meinung oder eines Interesses steigt und fällt nicht mit dem Grad der sozialen Dringlichkeit dieser Meinung oder dieses Interesses. Nicht selten ist das Gegenteil der Fall. Der “Grenzähler” in der Mitte des Wählerspektrums weist die größte Koalitionsfähigkeit auf und hat die größte politische Durchsetzungsmacht³⁵⁷. Der “Marginalwähler” am Rande des Wählerspektrums dagegen hat im allgemeinen die geringste Durchsetzungsmacht. Mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit fallen nun die Mitte des Wählerspektrums und soziale Normalität ebenso zusammen wie der “untere” Rand des Wählerspektrums mit sozialer Subnormalität.

Hinter den eindeutigsten und drängendsten sozialen Aufgaben, der Abwehr von Not und der Hilfe bei Armut, steckt somit regelmäßig weniger politische Kraft, als hinter den Positionskämpfen in der Bandbreite der Normalität und hinter der Erwartung stets steigender Normalität³⁵⁸. Natürlich gibt es auch in der Mitte des Wählerspektrums Meinungen und Interessen, die sich in den Koalitionsprozessen nicht zur Geltung bringen können. Und ebenso gibt es am Rande des Wählerspektrums Interessen, die so offensichtlich drängend sind oder sich so alarmierend artikulieren lassen, daß auch der “Mittelwähler” sie befriedigt wissen will – daß sie in seine Verantwortung, in seine Interessen, vielleicht in seine Ängste eingehen. Aber das prinzipielle Ungleichgewicht zwischen sozialer Dringlichkeit und demokratischer Durchsetzungsmacht bleibt³⁵⁹.

Zudem: Demokratie ist Herrschaft auf Zeit. Demokratische Macht muß dem Wähler periodisch neu abgerungen werden. Dies geschieht, indem positive Erwar-

355 Dazu, daß der Sozialstaat unter dem Vorbehalt der demokratischen Ordnung und Entscheidung steht, s. BVerfGE 5, 85 (198 f.); 59, 231 (265).

356 S. *Elisabeth Liefmann-Keil*, *Ökonomische Theorie der Sozialpolitik*, 1961, S. 101 ff.; *Viola Gräfin von Bethusy-Huc*, *Das Sozialleistungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, 1976, S. 255 ff.; *Narr/Offe* (N 287), Einleitung der Herausgeber, S. 30 ff.; insb. zu entsprechenden Defiziten demokratischer Steuerung der Verwaltung s. *Walter Schmitt*, *Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung*, in: VVDStRL 33 (1975), S. 183 ff., 188 f., sowie *Richard Bartschperger*, *dass.*, ebd., S. 221 ff., 228.

357 Vgl. *Kurt H. Biedenkopf*, *Die neue Sicht der Dinge*, 1985, S. 185 f. Dies verkennt die sehr eingehende Analyse von *Eckhard Knappe*, *Einkommensumverteilung in der Demokratie*, 1980, der an der Vereinfachung “Arm gegen Reich” festhält.

358 S. *Hans Herbert v. Arnim*, *Gemeinwohl und Gruppeninteressen*, 1977, insb. S. 148 ff., 162 f.

359 Zur Analyse *Knappe* (N 357); exemplarisch *Hans F. Zacher*, *Faktoren und Bahnen der aktuellen sozialpolitischen Diskussion*, in: *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit*, 1972, S. 241 ff.

tungen ausgelöst – wahlwirksam: indem gruppenhaft wahrnehmbare Vorteile versprochen – werden. In das Bild der sozialen Normalität und der auf sie bezogenen Schlechter-Besser- und Besser-Schlechter-Relationen zurückgekehrt³⁶⁰ bedeutet dies, daß von Wahl zu Wahl neue Standards der Normalität postuliert und eine je andere Auswahl von Schlechter-Besser- und möglicherweise auch Besser-Schlechter-Relationen in den Vordergrund gestellt werden³⁶¹. Das kann Politik und “Soziales” auseinanderführen. Freilich liegt darin auch die Chance, daß Vernachlässigtes und Vergessenes wieder aufgegriffen wird³⁶². Jedenfalls: Auch im Zeitverlauf prägt der demokratische Prozeß dem “Sozialen” seine eigenen Gesetze auf.

Dabei kann eine demokratische, jedenfalls eine öffentliche Machtposition dazu ausgenützt werden, den politischen Titel des “Sozialen” vom “Sozialen” in der Sache zu lösen, und unter Berufung auf den politischen Titel des “Sozialen” Interessen außer Verhältnis zu ihrer wahren sozialen Dringlichkeit durchzusetzen. Die Durchsetzungskraft eines Interesses im vordemokratischen oder demokratischen Raum bewirkt so etwas wie die Verfügung auch über den politischen Titel “sozial”; und dieser verstärkt die politische Durchsetzungskraft³⁶³. Geschieht dies, so gerät das Verhältnis des sozialen Staatsziels zur Demokratie an einen in besonderem Maße kritischen Punkt. Woher kann der Rechtstitel des “Sozialen” die Kraft beziehen, sich gegen die politische Durchsetzungsmacht eines Interesses und gegen den politischen Titel des “Sozialen” zugleich durchzusetzen?

3. “Soziale Demokratie” – “Wirtschaftsdemokratie”

Daß die egalitäre Demokratie dem “Sozialen” nicht nur entgegenkommt, wurde längst gesehen. Vor allem entsprach es der historischen Erfahrung, daß der Mechanismus der Demokratie nicht genügt, soziale Gegensätze aufzuheben und soziale Ungleichheiten zu beseitigen³⁶⁴. Gerade die Persistenz gesellschaftlicher Ungleichheit und gesellschaftlicher Macht wurde als Grund des sozialen Versa-

360 S. o. S. 43 ff.

361 S. dazu nochmals *Glazer* (N 287), S. 338. – *Hans F. Zacher*, Sozialrecht im Wandel von Wirtschaft und Gesellschaft, in: VSSR Bd. 7 (1979), S. 154 ff.

362 Zu dieser grundlegenden demokratischen Hoffnung, s. v. *Arnim* (N 358), S. 148.

363 In den letzten Jahrzehnten war dies vor allem hinsichtlich der Arbeitnehmer der Fall. Sie verkörpern längst die Normalität dieser Gesellschaft und verfügen über die größte Wählermacht. Gleichwohl aber werden unter Anknüpfung an die alte Gleichung “Arbeiterfrage = soziale Frage” alle Arbeitnehmerinteressen als “soziale” Anliegen deklariert und wenn irgendmöglich in der Rechtsordnung geltend gemacht. S. dazu *Hans F. Zacher*, Staat und Gewerkschaften, 1977, S. 16 ff.; *dens.* (N 279), insb. S. 7 f. Zu diesem Dilemma der Sozialpolitik vgl. auch *Stephan Leibfried/Florian Tennstedt*, Armenpolitik und Arbeiterpolitik, in: dies. (Hg.), Politik der Armut und Spaltung des Sozialstaats, 1985, S. 64 ff. (82 ff.).

364 Klassisch *Arthur Rosenberg*, Demokratie und Sozialismus, 1938.

gens, jedenfalls der sozialen Unzulänglichkeit der Demokratie erfahren³⁶⁵, zumindest gesehen. Daraus erwuchsen die Konzepte der "sozialen Demokratie"³⁶⁶ und der "Wirtschaftsdemokratie"³⁶⁷. Sie liefen teils darauf hinaus, dem demokratischen Apparat bereits eine "soziale", auch in den gesellschaftlichen Strukturen "demokratisierte" Gesellschaft vorzugeben – oder anders gewendet: die Demokratie in die Gesellschaft hinein fortzuschreiben³⁶⁸ –, teils darauf, dem demokratischen System ein "Machtvoraus" der sozial Benachteiligten³⁶⁹ einzupflanzen³⁷⁰, teils darauf, beides miteinander zu verbinden.

Soweit diese Konzepte auf eine "demokratisierende" Strukturierung der Gesellschaft hinauslaufen, finden sie ihre Grenzen in den Grundrechten³⁷¹. Eine "demokratisierte" Gesellschaft ist leicht auch eine "verstaatlichte" Gesellschaft: Soweit diese Konzepte auf Verlagerungen im demokratischen System zielen, schreiben sie den Wert gruppenhafter Interessen fort. Und das gerät in Widerspruch nicht nur zur egalitären Demokratie, sondern auch zur Offenheit des "Sozialen" selbst³⁷² dann, wenn zunächst "soziale" Interessen privilegiert werden. Die egalitäre, parlamentarische Demokratie ist die Staatsform der kleinsten auf Dauer vernachlässigten Minderheit³⁷³. Dies auch im Hinblick auf ihren sozialen Auftrag zu sein, wird ihr durch die Privilegierung "sozialer" Gruppen nicht erleichtert, sondern erschwert.

-
- 365 *Abendroth*, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats (Bibl.), S. 279 ff., S. 289 ff.; vgl. etwa auch *Ernst Benda*, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat. Wirtschaftsmacht von Großunternehmen als gesellschaftspolitisches Problem, 1966, S. 118 ff., 332 ff. (340).
- 366 So etwa *Max Adler*, Politische und soziale Demokratie, 1926; *Heller* (N 112); *Wolfgang Abendroth* in: Herbert Sultan u. Wolfgang Abendroth, Bürokratischer Verwaltungsstaat und soziale Demokratie, 1955, S. 59 ff., 81 ff. (insb. 91 ff., 98 ff.), 103 ff., 111 ff. – Zur Darstellung s.a. *Schachtschneider* (N 119), S. 48 ff.
- 367 Zur Wirtschaftsdemokratie s. etwa *Georg Decker*, Zum Begriff der Wirtschaftsdemokratie, in: *Die Arbeit 1927*, S. 825 ff.; *Fritz Naphtali*, Wirtschaftsdemokratie, 1929; *Bruno Rauecker*, Wirtschaftsdemokratie, 1929; *Rudolph Kuda*, Das Konzept der Wirtschaftsdemokratie, in: *Heinz-Oskar Vetter* (Hg.), Vom Sozialistengesetz zur Mitbestimmung, 1975, S. 253 ff.
- 368 *S. Hartwich*, Sozialstaatspostulat (Bibl.), S. 344 ff.; *Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes (Bibl.), S. 35 ff.; zu neuerlichen Versuchen s.a. *Michael Krätke*, Dieser Sozialstaat ist der unsere nicht?, in: *Sozialistische Politik und Wirtschaft 1982*, S. 407 ff.; 1983, S. 59 ff. Für eine "Herstellung gesellschaftlicher Demokratie" *Kittner* (N 140), Rn. 37. Einen guten Überblick über den Meinungsstand gibt *Spieker* (N 147), S. 157 ff., der diese Positionen unter dem Stichwort von der "emanzipatorischen Sozialstaatskonzeption" behandelt.
- 369 Historisch vor allem der Arbeitnehmer und ihrer Organisationen, der Gewerkschaften. So etwa *Helmut Ridder*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat, 1960.
- 370 Die extreme Fortschreitung dieses Ansatzes sind die sozialistischen Staaten, welche die staatliche Macht auf die "Werkstätigen" und deren Macht auf die führende Kommunistische Partei übertragen. Wie "sozial" das Resultat ist, bedarf keines Kommentars.
- 371 S. o. Rn. 38 ff. – Zur Kritik an den referierten Ansätzen vgl. statt aller *Stern* (N 106), S. 888 ff. m.w.Nachw.
- 372 BVerfGE 5, 85 (198).
- 373 *Hans F. Zacher*, Freiheitliche Demokratie, 1968, S. 30.

4. Die Notwendigkeit von Institutionen "sozialer Demokratie"

Dennoch bleibt die Frage, was getan werden kann, um die Demokratie besser als bisher zu befähigen, ihren sozialen Auftrag sachgerecht zu erfüllen. Zwei Anliegen stehen im Vordergrund. Das eine ist dies, die sachwidrigen Gefälle in der Wahrnehmung und Artikulation sozialer Meinungen und Interessen abzubauen. Die umfassende, differenzierte und kohärente Ermittlung, Durchdringung und Darstellung des sozialen Gesamtfeldes und der Wirkungen sozialer Intervention müßte der Verabsolutierung partikularer Ensembles von Schlechter-Besser- und Besser-Schlechter-Relationen und der darin liegenden Privilegierung oder Diskriminierung von Interessen entgegenwirken. Besonders müßte dafür gesorgt werden, die sozialen Belange kritisch zu artikulieren, die sich im normalen demokratischen Prozeß offenbar nicht zulänglich zur Geltung bringen können. Das kann, sollen die Ungleichgewichte der "formalen" Demokratie ausgeglichen, zugleich aber die Ungleichgewichte einer ungleichen "sozialen Demokratie" vermieden werden, nur "neutral", d.h. technokratisch, geschehen³⁷⁴. Dabei kann es nur darum gehen, die Sachverhalte aufzubereiten und Maßstäbe ihrer Bewertung zu entwickeln, damit das Spektrum der Diskussion auszuweiten, die Grundlage der politischen Entscheidung zu verbessern und die politische Verantwortung zu steigern. Die Entscheidung selbst kann nur im demokratischen Prozeß erfolgen.

Das andere Anliegen ergibt sich aus dem Zeittakt der Demokratie. Die Periodizität der Wahl begrenzt den Zeithorizont der Sozialpolitik weitgehend auf das Ende der Wahlperiode. Vielfältige Anlässe politischen Werbens um die Macht – wie vor allem die Wahlen auf jeweils anderen Ebenen – aber "zerhacken" selbst diesen Zeitraum noch in immer kleinere Einheiten. Demokratische Sozialpolitik leidet so unter einem zu kurzen Zeithorizont³⁷⁵. Das führt zu einem Zuviel an immer neu formulierten Programmen und immer neu erweckten Erwartungen (und Befürchtungen) und zu einem Zuwenig an konsistenter, verlässlicher Realisation. Und es wird dort eindeutig sozial "kontraproduktiv", wo soziale Probleme, wie etwa die Alterssicherung, Lösungen erfordern, die über lange Zeit hin verlässlich sein sollen³⁷⁶. Auch hier ist zunächst an technokratische Abhilfen zu denken, die gerade nicht dem demokratischen Zeittakt ausgesetzt wären. Institutionen und Verfahren rationaler Ermittlung, Erfassung und Darstellung der sozialen Verhältnisse und Entwicklungen und der Wirkungen der sozialen Intervention, wie sie schon gegenüber der Einseitigkeit der "sozialen" Politik der Demokratie zu fordern sind, könnten als eine Art sozialen Gedächtnisses der Demokratie die Zeit-

374 S. Zacher (N 279), S. 8 ff., insb. S. 11; Ziff. 17 a der Beschlüsse der sozialrechtlichen Abteilung des 55. Deutschen Juristentags (1984), Sitzungsbericht N, 1984, S. 220.

375 Gesteigert durch die Überlagerung von Bundestags-, Landtags- und Kommunalwahlen. S. Luhmann (N 211), S. 10 ff.

376 Zur Zeit als eine wesentliche Dimension des Sozialrechts s. *Herbert Rische/Franz Joseph Terwey*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Gestaltung des Rechts der gesetzlichen Rentenversicherung, in: DRV 1983, S. 273 ff. (285 ff.) sowie die dortigen Nachw. (insb. S. 286).

dimension wiedergeben. Sodann müssen Systeme gefunden werden, die der Veränderung der relevanten Verhältnisse in sich, ohne ein Eingreifen der Politik, gerecht werden – wie das unübertrefflich der Markt bewirkt, wie das aber auch durch rechtliche Regelmechanismen (z.B. eine leistungsfähige Rentenformel) geleistet werden kann³⁷⁷. Schließlich aber müßte an eine Disziplinierung des Gesetzgebungsverfahrens selbst³⁷⁸ gedacht werden, die sich der ständigen Umsetzung immer neuer sozialpolitischer Gruppierungen im Recht entgegenzusetzen würde³⁷⁹.

Somit bedarf es institutioneller und prozeduraler Verbesserungen der Demokratie, um das soziale Staatsziel davor zu bewahren, im demokratischen Prozeß verfremdet zu werden. Zu denken wäre an den Aufbau umfassender und differenzierter Institutionen über die sozialen Verhältnisse und die Wirkungen der politischen, rechtlichen und administrativen Maßnahmen sowie an eine periodische Berichterstattung und Bewertung durch einen unabhängigen Sachverständigenrat zur Begutachtung der sozialen Entwicklung³⁸⁰. Die Sozialstaatsnorm kann institutionelle und prozedurale Vorkehrungen zu ihrer Verwirklichung nicht ersetzen. Sie wirkt im politischen Raum nur als Appell. Und sie kann nicht weiter und differenzierter wirken als die sozialen Verhältnisse ermittelt und bewußt und Maßstäbe zu ihrer Beurteilung entwickelt sind. Die rechtsnormative Wirksamkeit, die demgegenüber bleibt, hängt von der Zufälligkeit der Konstellationen ab, in denen es zu gerichtlichen Entscheidungen kommt. Und auch die Wirksamkeit und Richtigkeit richterlicher – auch verfassungsgerichtlicher – Entfaltung der sozialen Staatszielnorm hängt wieder von dem Maße ab, in dem die Richter eine umfassende, differenzierte und kohärente rationale Erfassung, Aufbereitung und Darstellung der sozialen Verhältnisse und Entwicklungen und der Wirkungen sozialer Intervention vorfinden. Die Demokratie, der die Verwirklichung des Sozialstaats aufgetragen ist, bedarf erst noch ihrer adäquaten, spezifischen, institutionellen und prozeduralen Ergänzung, nicht um die Demokratie auf irgendeine Weise zu mindern, nur um sie besser zu befähigen, “sozial” zu sein.

V. Der soziale Rechtsstaat

1. Die Symbiose von Sozialstaat und Rechtsstaat

Die Verbindung zwischen den Staatsfundamentalnormen des Sozialstaats und Rechtsstaats hat zu erbitterten Auseinandersetzungen geführt³⁸¹. Wird auf der

377 S. zum vorigen *Zacher* (N 279), S. 8 ff. (insb. S. 8 f.) m.w.Nachw. Zur Entlastung der Politik durch Regelmechanismen s.a. *Allekotte* (N 278), S. 33 ff.

378 Zum Befund noch einmal *Katzenstein* und v. *Maydell* (N 311).

379 Vorschläge bei *Zacher* (N 279), S. 11.

380 S. noch einmal N 356, N 374 und den dazugehörigen Text.

381 S. zur Darstellung der Kontroverse *Zacher* (N 122), S. 744 ff.; *Hartwich* (N 386), S. 283 ff., aus jüngerer Zeit etwa *Christoph Degenhart*, Rechtsstaat – Sozialstaat, Anmerkungen zum aktuellen Problemstand, in: FS für Hans Ulrich Scupin, 1983, S. 537 ff.; *Jörg Müller-*

einen Seite der Primat des Rechtsstaats behauptet³⁸², so wird auf der anderen Seite der Gleichrang, wenn nicht der Vorrang des sozialen Staatszieles postuliert³⁸³. Der Streit ist nur vor dem Hintergrund von Unterstellungen verständlich, die über den Sinngehalt der Verfassungsnormen hinausgehen. Wer das soziale Staatsziel nicht nur im Prinzipiellen für eindeutig hält, sondern auch im Konkreten, wird nicht akzeptieren wollen, Elemente des Rechtsstaates wie etwa die Grundrechte könnten sich dem, was da durch die Verfassung angeordnet ist, widersetzen. Ebenso aber kann sozialstaatlicher Eifer darauf zurückzuführen sein, daß der Rechtsstaat mit dem liberalen Staat des 19. Jahrhunderts identifiziert wird. Auf der anderen Seite ist das Beharren auf dem Primat des Rechtsstaats verständlich, wenn dem Sozialstaat zugetraut wird, was der Rechtsstaat nicht darf. Der Konflikt erreicht seine letzte Schärfe, wenn dem Rechtsstaat das Staatsverständnis des 19. Jahrhunderts unterstellt wird, dem eine soziale Verantwortung des Staates mehr oder minder fremd ist, oder wenn der Sozialstaat mit einem "sozialistischen" Staat identifiziert wird, in dem Staat und Gesellschaft in eins zusammenfallen.

Nimmt man diese Überladungen vom Sozialstaat wie vom Rechtsstaat ab, so reduziert sich die Kontroverse. Soziales Staatsziel und Rechtsstaatlichkeit haben im Grundgesetz gleichen Rang³⁸⁴. Der soziale Rechtsstaat ist ein Sozialstaat, der sich in den Verfahren, Formen und Grenzen des Rechtsstaates verwirklicht, und ein Rechtsstaat, der offen ist dafür, vom sozialen Zweck erfüllt und in Dienst genommen zu werden³⁸⁵. Doch die Verschwisterung geht tiefer. Ihr tiefster Grund liegt in der Würde des Menschen, der Sozialstaat und Rechtsstaat verpflichtet sind³⁸⁶. Von daher will der Sozialstaat Gleichheit. Wichtigstes Instrument zur Herstellung und Vergewisserung der Gleichheit ist das Recht. Der Sozialstaat will aber nicht Gleichheit ohne Freiheit. Er will mehr Gleichheit in der Freiheit – aber eben doch Freiheit. Er ist kein totalitärer Staat. Und Freiheit wird durch Recht

Volbehr, Der soziale Rechtsstaat im System des Grundgesetzes, in: JZ 1984, S. 6 ff. S.a. die beiden Sammelbände von *Forsthoff* (N 330) und *Otto Ernst Kempen* (Hg.), Sozialstaatsprinzip und Wirtschaftsordnung, 1976. – Auf andere elementare Weise kritisch gegen die Verbindung der beiden Begriffe *Krüger*, Rechtsstaat – Sozialstaat – Staat (Bibl.).

- 382 Protagonist war *Ernst Forsthoff*, s. z.B.: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: VVDStRL 12 (1954), S. 8 ff.
- 383 Protagonisten einer die Sozialstaatlichkeit maximierenden Interpretation sind *Wolfgang Abendroth*, Diskussionsbeitrag zu "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates", in: VVDStRL 12 (1954), S. 85 ff.; *ders.* (N 365); *Hartwich* (N 368), insb. S. 344 ff.; *Walter Auerbach*, Klärung um den sozialen Rechtsstaat, in: Alfred Christmann/Walter Hesselbach (Hg.), Sozialpolitik, 1974.
- 384 Der Gleichrang kommt voll allerdings nur in dem nicht zu den staatsfundamentalen Normen gehörenden Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG zum Ausdruck. Der unabänderliche Art. 20 GG (Art. 79 Abs. 3 GG) enthält nur wesentliche Elemente der Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 3 GG).
- 385 S. dazu statt vieler anderer *Zacher* (N 122), S. 744; *Herzog* (N 130), Rn. 29 ff.; *Benda* (N 293), S. 514 f.; *Stern* (N 106), S. 922 ff. → *Schmidt-Aßmann*, Handbuch des Staatsrechts, § 24 Rn. 20, 91 ff.
- 386 Eine eigentümliche Konsequenz: Wegen des Hintergrunds der persönlichen Würde können sich juristische Personen nicht in gleicher Weise auf das Prinzip des sozialen Rechtsstaats berufen wie natürliche Personen. S. BVerfGE 35, 348 (355 f.).

geschaffen und geschützt. Er will Sicherheit. Und auch darin trifft er sich mit dem Rechtsstaat, dem Rechtssicherheit wesentlich ist. Er will das "Soziale"; aber es läßt fast unendlichen Raum für die Auseinandersetzung über das konkret "Soziale". Und der Rechtsstaat hält die Verfahren vor, in denen diese Auseinandersetzung stattfindet. Die Demokratie gibt an, wer in dieser Auseinandersetzung entscheidet oder doch die Entscheidungen legitimiert. Der Rechtsstaat reguliert die Stufen und Formen der Entscheidung. Er gewährleistet Kontrollen und garantiert Verbindlichkeit. "Sozialer Rechtsstaat" bedeutet: das "Soziale" konkretisiert sich in dem Wege stufenweiser Auseinandersetzung, Klärung und Vergewisserung, die dem Rechtsstaat wesentlich ist³⁸⁷.

Auch ohne die spezifische Vorgabe des Rechtsstaats ist das "Soziale" auf das Recht als ein wesentliches Medium verwiesen³⁸⁸. Der Rechtsstaat steigert die Notwendigkeit des Mediums Recht und gibt ihm spezifische Strukturen. Das bereichert den Sozialstaat um die Werte des Rechtsstaats. Der Preis ist, daß das "Soziale" das Recht in seiner rechtstaatlichen Struktur ertragen muß. Rechtsstaatliche Prinzipien wie die Stufenabfolge von Verfassung, Gesetz, Verordnung und Satzung, die Bindung der individuellen Entscheidung an die Norm, die Entscheidungszuständigkeiten des Richters³⁸⁹, subjektive Berechtigung³⁹⁰, Rechtssicherheit³⁹¹, Vertrauensschutz³⁹² und Rechtsfriedensschutz³⁹³ des Sozialen³⁹⁴. Je-

387 Zur Notwendigkeit kritischer Sicherung und Entwicklung des rechtstaatlichen Instrumentariums im Hinblick auf Dynamik und Bedürfnisse des Sozialstaats s. etwa *Degenhart* (N 381); *Simon* (N 199), S. 65 ff.

388 Vgl. zur Diagnose *Wilhelm Henke*, Die Sozialisierung des Rechts, in: JZ 1980, S. 369 ff.; *Rüdiger Voigt* (Hg.), Verrechtlichung, 1980; *Friedrich Kübler* (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1984. S.a. N 311 sowie *Joachim Wege*, Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1977.

389 *Stark* (N 317), S. 937 ff.; s.a. nochmals N 312.

390 *Wiedenbrüg*, Der Einfluß des Sozialstaatsprinzips (Bibl.). Klassisch die Durchsetzung eines subjektiven Rechtes auf Fürsorge in der unmittelbaren Nachkriegszeit durch den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (VGHE 2, 14 ff.) und das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 1, 159). Zur Bedeutung des subjektiven Rechts im Sozialstaat s. *Zacher* (N 288), S. 62 ff.; *Simons* (N 199), S. 86 ff.

391 Zum Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit, sozialer Gerechtigkeit und der Auflösung durch den Gesetzgeber BVerwGE 18, 254 (266 f.).

392 Dabei kann der Sozialstaat die Abwägung zugunsten des Bestandsschutzes verstärken: "Vertrauen des Bürgers" darf, "um so weniger enttäuscht werden ..., wenn er dadurch gegenüber den Risiken des Lebens, die durch die Sozialversicherung gerade abgedeckt werden sollen, in eine wesentlich ungünstigere Lage gerät, die er aus eigener Kraft nicht mehr bewältigen kann" (BVerfGE 40, 65 (76)). Zur moderierenden Funktion des Vertrauensschutzprinzips bei den Auseinandersetzungen um den Abbau von Besitzständen vgl. *Schlenker* (N 138), S. 193 ff. Zum Vertrauensschutz im Sozialleistungsrecht s. etwa *Heinrich Scholler*, Rechtsstaat, Demokratie und bundesstaatliche Ordnung, in: Sozialrechtssprechung. Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat, FS zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts Bd. 2, 1979, S. 733 ff. (insb. 744 ff.).

393 Deshalb verstößt auch die Verjährung von Sozialleistungsansprüchen nicht gegen das Sozialstaatsprinzip: BVerfGE 19, 88 (92).

394 S. zum vorigen auch *Spieker* (N 147), S. 296 ff. Eine umfassende Exemplifikation der Relevanz des Rechtsstaats für den Sozialstaat findet sich bei *Zacher* (N 122), S. 396 ff.

denfalls rechtfertigt das "Soziale" für sich keine Ausnahme davon. So ist jede individuelle Entscheidung auch dann an das Gesetz gebunden, wenn diese im individuellen Fall zu einem "unsozialen" Ergebnis zu führen scheint³⁹⁵. Und erst recht gibt das soziale Staatsziel keinen Titel darauf, rechtswidrige Vorteile zu behalten³⁹⁶.

Auf der anderen Seite kann die Verfassung nicht darauf vertrauen, daß das Recht alles "Soziale" bewirkt. Das "Soziale" zielt auf Wirklichkeiten – auf den Bestand, vor allem auf die Veränderung von Wirklichkeiten. Das Recht existiert in der Welt des Sollens. Es vermag Wirklichkeiten, wenn überhaupt, so nur indirekt zu verändern. Das Nebeneinander von normativen und institutionellem Ansatz³⁹⁷ wird hier noch einmal bedeutsam. Am Ende hat die "Verrechtlichung" des "Sozialen"³⁹⁸ auch Bedenken gegen sich, ebenso wie seine "Sozialisierung" das Recht³⁹⁹ nicht nur erfüllt, sondern auch belastet⁴⁰⁰.

2. Grundrechte und Sozialstaat

Eine Schlüsselrolle im Verhältnis von Sozial- und Rechtsstaat spielen die Grundrechte⁴⁰¹ – genauer: die Grundrechte des Grundgesetzes, die als Freiheits-, Gleichheits-, Verfahrens- und Statusrechte angelegt sind, nicht als Leistungs- oder Teilhaberechte. Grundrechte, wie sie das Grundgesetz gewährleistet, sind gegen den Staat entstanden, und sie müssen auch im Sozialstaat zuerst und unbedingt als Abwehrrechte verstanden werden. Sie konstituieren die Dialektik von Staat und Gesellschaft. Sie gewährleisten wie nichts sonst, daß der Sozialstaat kein totalitä-

395 Das Sozialstaatsprinzip "darf nicht dahin ausgelegt werden, daß mit seiner Hilfe jede Einzelregelung modifiziert werden müßte, deren Anwendung sich im konkreten Fall nachteilig oder als Härte auswirken kann" (BVerfGE 67, 231 (239)). S. dazu auch BVerfGE 26, 44 (62); 34, 118 (136); 36, 73 (84); 66, 234 (274 f.); 69, 272 (315). BSGE 24, 278 (280); 45, 114 (118); 48, 33 (41 f.); 54, 166 (169); 55, 224 (231). – Damit im Zusammenhang steht auch, daß das Sozialstaatsprinzip Typisierungen zuläßt: BVerfGE 26, 16 (37); 36, 237 (245). Zu der Grenze sozialstaatlicher Typisierungen s. *Bertram Schulin*, Zum Problem der Typisierung im Recht der sozialen Sicherheit, in: Braun u.a. (N 258).

396 BVerfGE 7, 129 (152).

397 S. o. S. 50 f.

398 S. noch einmal *Zacher* (N 288) u. s. Nachw.

399 S. *Henke* (N 388).

400 *Hans F. Zacher*, Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Leontin-Jean Constantinesco, 1983, S. 943 ff. (974 ff.); *Hans F. Zacher*, Chancen und Grenzen des Sozialstaats – Rolle und Lage des Rechts, in: Koslowski/Kreuzer/Löw (N 278), S. 66 ff.; *Zacher* (N 159), S. 119 ff.

401 S. *Martens/Häberle* (N 215), S. 7 ff.; zur Verbindung des Sozialstaatsarguments mit einzelnen Grundrechten in der Rechtsprechung vgl. die ausführliche Untersuchung von *Schreiber* (N 136), S. 95 ff.; *Klaus Grimme*, Demokratie und Grundrechte, 1980; *Merten/Frey* (N 279), S. 58 ff.; *Kittner* (N 140), IV Rn. 56 ff.; *Spieker* (N 147), S. 250 ff.; *Bieback*, Sozialstaatsprinzip und Grundrechte (Bibl.); *Schlenker* (N 138), insb. S. 130 ff.; vgl. noch einmal N 134.

rer, kein "sozialistischer" ist⁴⁰², sondern ein freiheitlicher. So haben und behalten sie ihren Sinn auch gegenüber dem Anspruch des "Sozialen". Und jede auslegende Einschränkung⁴⁰³ eines Grundrechts um des "Sozialen" willen muß den Eigen-Sinn des Grundrechts respektieren⁴⁰⁴.

Angesichts der elementaren Bedeutung der Grundrechte ist auch jede Umdeutung der Grundrechte in Leistungsrechte⁴⁰⁵ gefährlich. Zwar liegt eine soziale Mehrung des Grundrechtsnutzens im Sinne des sozialen Staatszieles⁴⁰⁶ ebenso wie der Grundrechte⁴⁰⁷. Die Maximierung des Grundrechtsnutzens ist jedoch potentiell unendlich. Angesichts der Endlichkeit der zur Verfügung stehenden Mittel wird die soziale Erfüllung von Grundrechten daher von vornherein zur Zuteilung von Grundrechtsnutzen – zur Disposition über Grundrechtswirkungen⁴⁰⁸. Die soziale Erfüllung der Grundrechte macht sie so dem staatlichen Zugriff auf neue, vom Verfassungsgeber nicht bedachte Weise zugänglich. Aber nicht nur das Grundrecht wird gefährdet. Auch das "Soziale" erleidet Einbußen. Es kann von den Grundrechten her usurpiert werden⁴⁰⁹. Grundrechte sind kein sozialpolitisches Programm. Das "Soziale" muß seinen Eigen-Sinn aber auch gegenüber den Grundrechten und der Wertordnung, die sie indizieren, behalten.

-
- 402 BVerwGE 47, 365 (374). Dazu, daß das Sozialstaatsprinzip keine unmittelbare Grundrechtseinschränkung legitimiert, s. BVerfGE 59, 251 (263).
- 403 Zu den Grenzen mittelbarer Grundrechtseinschränkung über die Gesetzesauslegung BVerfGE 52, 283 (298 f.).
- 404 S. BVerfGE 65, 182 (193). Für eine Optimierung von Sozialstaatsprinzip und Grundrecht (Kunstfreiheit): BVerwGE 61, 55 (61). Für eine intensive interpretatorische Wirkung des Sozialstaatsprinzips: *Bieback* (N 401), S. 660 ff.
- 405 S. dazu allg. etwa *Albert Bleckmann*, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 150 ff. → Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte.
- 406 BVerwGE 52, 339 (345).
- 407 S. *Josef Isensee*, Wirtschaftsdemokratie – Wirtschaftsgrundrechte – Soziale Gewaltenteilung, in: *Der Staat* 17 (1978), S. 161 ff. (170); *Young Huh*, Rechtsstaatliche Grenzen der Sozialstaatlichkeit?, in: *Der Staat* 18 (1979), S. 183 ff. (191 ff.); *Kittner* (N 140) IV, Rn. 60 ff.
- 408 S. *Hans F. Zacher*, Freiheits- und Sozialrechte im modernen Verfassungsstaat, in: *Stanis-Edmund Szydzik*, Christliches Gesellschaftsdenken im Umbruch, 1977, S. 75 ff. (100 ff.).
- 409 Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur freien Wahl akademischer Ausbildungsstätten (N 192) ist ein gutes Beispiel dafür. Die Bundesverfassungsrichter haben ganz offensichtlich kraft eigener Biographie und wohl auch kraft der Biographien ihrer Kinder dem freien Zugang zu akademischen Ausbildungsstätten einen besonderen Rang beigelegt. Wie aber würde eine Fortsetzung dieser Rechtsprechung für die Lehrlingsausbildung aussehen? Was könnte aus Art. 2 Abs. 2 GG für das Gesundheitswesen, was aus Art. 13 GG für das Wohnungswesen hergeleitet werden? Was endlich würde aus der Sozialpolitik – ja überhaupt aus der Politik –, wenn das Bundesverfassungsgericht sich anschickte, Art. 2 Abs. 1 GG in entsprechende Ansprüche umzumünzen? Von der Fülle möglicher Probleme der sozialen Erfüllung von Grundrechten her stellt die Rechtsprechung zu Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG eine Privilegierung dar – man kann auch sagen: eine Sackgasse. Man wird aus ihr ebensowenig zurückkönnen, wie man diesen Weg weitergehen kann. *Herzog* (N 130), Rn. 51.

Endlich kann der Sozialstaat a priori keine Einbahnstraße der Mehrung des Grundrechtsnutzens sein. Der sozial gebende Staat braucht auch den sozial gebenden, gebundenen, verpflichteten Bürger⁴¹⁰.

Das schließt nicht aus, ja es führt geradezu darauf hin, daß das Verhältnis der verschiedenen Gattungen von Grundrechten zum "Sozialen" unterschiedlich ist⁴¹¹. Wo das Grundrecht das menschliche Leben schützt (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), entspricht das der Eindeutigkeit des "Sozialen" in der Gewährleistung des Existenzminimums⁴¹². Die Gleichheitssätze greifen das Gleichheitspostulat des "Sozialen" auf und geben ihm die Durchsetzungskraft subjektiver Rechte⁴¹³. Verfahrensrechte gewinnen gegenüber dem leistenden Staat einen neuen Sinn⁴¹⁴. In einem vieldimensionalen Verhältnis wechselseitiger Stützung und wechselseitigen Konflikten mit dem "Sozialen" sind und bleiben das Eigentum⁴¹⁵ und die Freiheitsrechte⁴¹⁶.

3. Sozialer Rechtsstaat – soziale Demokratie

Die Überlegungen zur "sozialen Demokratie" führten zu der Beobachtung, daß die Demokratie das "Soziale" ebenso erzwingt und entfaltet wie vermengt, verkürzt, verfremdet. Gleich der Rechtsstaat die demokratischen Ungleichgewichte

-
- 410 S. *Christian Starck*, Ist der kategorische Imperativ ein Prinzip des Sozialstaats?, in: ZRP 1981, S. 97 ff.; *Braun* u.a. (N 258); *Kittner* (N 140) IV, Rn. 74 ff.; s.a. N 258. – Zur Sozialbindung des Eigentums s.u. N 415.
- 411 Zur Exemplifikation s. *Zacher* (N 122), S. 842 ff.; *Schreiber* (N 136), S. 95 ff. – *Dietrich Wiegand*, Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte, in: DVBl. 1974, S. 657 ff.
- 412 S. *Zacher* (N 122), S. 1083 ff.; *Bieback* (N 401), S. 666 f.
- 413 S. *Bieback* (N 401), S. 667 ff. S. auch Rn. 35. → Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, Soziale Gleichheit.
- 414 *Helmut Goerlich*, Grundrechte als Verfassungsgarantien, 1981, S. 130 ff. Vgl. auch *Franz-Xaver Kaufmann* (Hg.), Bürgermaße Sozialpolitik, Planung, Organisation und Vermittlung sozialer Leistungen auf örtlicher Ebene, 1979. Zu den sozialstaatlichen Anforderungen an das Verfahren s. BVerfGE 42, 64 (77); 46, 325 (334 f.); 49, 220 (226). Zur Notwendigkeit kooperativer Verfahrensweisen s. BSGE 50, 16 (18). Vgl. auch noch einmal N 199 u. N 312.
- 415 Das Eigentum hat zum Sozialstaatsprinzip ein vielschichtiges Verhältnis, vgl. *Stern* (N 106), S. 926 f. m.w.Nachw. Auf der einen Seite ist es Grundlage der sozialen, ökonomischen Selbstbehauptungen, also auch Selbstverantwortung des Bürgers (s. N 187). Auf der anderen Seite ist es Chance eigener sozialer Sicherung des Bürgers (s. N 263, N 264) – so wie denn auch die h.M. die öffentliche soziale Sicherung als Eigentum garantiert (s. N 244). Zum Eigentum als einem Kriterium zur Steuerung der Sozialpolitik zwischen Bestandsschutz und notwendiger Anpassung eingehend *Schlenker* (N 138), S. 130 ff. Schließlich aber ist das Eigentum auch Potential sozialer Ungleichheit, Vorenthaltung und Übermacht, das der Kontrolle bedarf, wie sie ihren Ausdruck in der Sozialbindung des Eigentums findet (Art. 14 Abs. 2 GG); s.a. BVerfGE 20, 351 (361). Restriktiv zum Sozialstaatsargument *Walter Leisner*, Sozialbindung des Eigentums, 1972, S. 62 ff.
- 416 S. *Bieback* (N 401), S. 661 f. m. eingeh. Nachw. S. a. noch einmal S. 21 ff., 28 ff., 36 ff., 40 ff. Im Hinblick auf das komplexe Verhältnis der Spannung wie der Ergänzung, das zwischen Sozialstaatsprinzip und Freiheitsrechten besteht, betont das Bundesverfassungsgericht den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers immer wieder: etwa BVerfGE 47, 70 (88); 48, 227 (234). – S. zum vorigen auch noch einmal *Picot* (N 198).

des "Sozialen" aus? Die Vielzahl der Verfahren, die der Rechtsstaat bereitstellt, ihr Bemühen um weitreichende Auseinandersetzung und die Differenziertheit der Normen, an denen sich Argumentation und Entscheidung orientieren, bewirken, daß der Rechtsstaat wesentlich andere Sachverhalte, Wertungen, Meinungen und Interessen des "Sozialen" zutage fördert als die Demokratie sie aufgreift und artikuliert. Die Komplementarität ist unverkennbar. Gleichwohl hat der Rechtsstaat seine eigenen Weisen, das "Soziale" zu erzwingen, zu entfalten, zu vermengen, zu verkürzen, zu verfremden. Was wird von Grundrechten geschützt, was nicht? Was greift der Gesetzgeber auf, was nicht⁴¹⁷? Wo wirkt der rechtliche Schutz subjektiver Rechte, wo nicht? Wer etwa, der auf Pflege angewiesen ist, ist imstande, seine Rechte im Pflegeverhältnis einzuklagen⁴¹⁸? Wie kann die Normenkontrolle des Bundesverfassungsgerichtes intervenieren⁴¹⁹?

Die Einseitigkeit des demokratischen Prozesses wird durch die Einseitigkeiten der rechtsstaatlichen Auseinandersetzung und Entscheidung daher nur begrenzt kompensiert – und nicht ohne andere Einseitigkeiten hinzuzufügen. Ähnliches gilt für die demokratische Problematik der Zeitdimension. Das Herzstück rechtsstaatlicher Ordnung, das förmliche Gesetz, ist zwar nicht rechtlich, wohl aber tatsächlich der Dynamik demokratischer Sozialpolitik ausgeliefert. Gerade der Wert der Stetigkeit, der zum Wichtigsten zählt, was der Rechtsstaat der sozialen Demokratie hinzufügen kann, wird so nicht durchgesetzt. Wege, soziale Probleme in der Verfassung spezifisch und sinnvoll, insbesondere leistungsfähig und auf längere Sicht zu lösen⁴²⁰, wurden bisher nicht gefunden, jedenfalls nicht beschritten. Auch andere Wege, "soziales" Recht im Range unter der Verfassung für längere Sicht außer Streit zu stellen⁴²¹, wurden nicht entwickelt.

Regelungstechniken, die eine gewisse Distanz zur sozialen Wirklichkeit und ihrer politischen Bewertung wahren und das Recht auf diese Weise verstetigen

417 S. z.B. *Hans F. Zacher*, Materialien zum Sozialgesetzbuch, S. A 51 ff.

418 S. die Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages zu dem Thema "Empfiehl es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?" mit dem Gutachten von *Peter Krause* (Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages Bd. I, Gutachten, 1978) und den Referaten von *Josef Schmitz-Elsen* und *Otto-Ernst Krasney* (ebd. Bd. II, Sitzungsberichte (N)).

419 *Klaus-Albrecht Gerstenmaier*, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab im Normenkontrollverfahren. Justitiabilität und Justitiabilisierung der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, 1975, insb. S. 83 ff. Zur Bedeutung der Apellentscheidungen gerade im sozialen Bereich s. etwa die Beispiele bei *Klaus Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 167 ff., 181 ff.

420 S. o. S. 74 f.

421 Zu denken wäre etwa an Gesetze, die mit gesteigerten Mehrheiten verabschiedet werden und nur mit gesteigerten Mehrheiten geändert werden können oder an Gesetze, die der Volksabstimmung unterworfen werden. Bemerkenswert der Ansatz von *Badura*, ungeschriebene ("verschwiegene") Verfassungsartikel der sozialstaatlichen Demokratie zu entwickeln: Generationenvertrag, lohnbezogene dynamische Rente, Wirtschaftswachstum und Umverteilung. S. dazu *Peter Badura*, Eigentumsordnung, in: FS zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts Bd. 2 (N 392) ff.); *ders.*, Sozialstaatlichkeit und Sozialrecht, in: SGB 1980, S. 1 ff.

könnten⁴²², werden zu wenig genutzt oder werden – wie der Umgang des Gesetzgebers mit der Rentenformel beweist – zu wenig geschont, um eine hinreichende Versteigerung des Rechts⁴²³ zu leisten. So korrigiert der Rechtsstaat die “Zeitverkürzung” der sozialen Demokratie nur dort, wo individuelle Besitzstände zu schützen sind⁴²⁴. Art. 14 GG auf “erworbene” Sozialleistungen anzuwenden⁴²⁵, mag ein Versuch gewesen sein, in mehr Zukunft auszugreifen⁴²⁶. Aber der Preis, die grundsätzliche Bindung des Gesetzgebers durch eine maximale Dispositionsmacht im Konkreten⁴²⁷ mit den Erfordernissen der Wirklichkeit zu versöhnen, stellt den Erfolg in Frage.

VI. Ergebnisse

Die Verbindung mit Bundesstaat, Republik, Demokratie und Rechtsstaat verändert das soziale Staatsziel nicht in seinem Inhalt. Sie nennt Bedingungen, unter denen das soziale Staatsziel verwirklicht werden muß. Und diese Bedingungen sind Determinanten der inhaltlichen Konkretisierung des sozialen Staatsziels. Somit bestimmen Bundesstaat und Republik, vor allem aber Demokratie und Rechtsstaat die konkrete Gestalt des Sozialstaates. Sie bestimmen, mit welchem Inhalt das “Soziale” vom Gemeinwesen realisiert wird. Die Werte, welche die Verfassung mit Sozialstaat, Bundesstaat, Republik, Demokratie und Rechtsstaat verbindet, fügen sich so zu einem Ganzen: Zum “Ideal der sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaates”⁴²⁸.

Die Verbindung bewirkt jedoch nicht nur diesen “Mehrwert”. Sie liefert die Konkretisierung des sozialen Staatszieles auch Gesetzmäßigkeiten aus, die dem “Sozialen” fremd sind. Das mag für den “Sozialen Bundesstaat” bei eher “technischen Hemmnissen” bleiben. Im Verhältnis zum Rechtsstaat, und noch mehr im Verhältnis zur Demokratie hingegen, kommt es zu Fehlern von grundsätzlicher Natur und Bedeutung. Erstens: Das Mißverhältnis zwischen dem Ganzen des “Sozialen” und den ihm immanenten Gefällen der Deutlichkeit und Dringlichkeit auf der einen und den Eigentümlichkeiten des demokratischen Prozesses sowie der rechtsstaatlichen Strukturen und Verfahren auf der anderen Seite, die beide –

422 Winterstein (N 220); Zacher, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft (N 281), S. 742 ff. (in diesem Band, S. 191 ff.); ders. (N 279), S. 9 ff.; Philipp Herder-Dornreich/Helmut Klages/Hans Günther Schlotter (Hg.), Überwindung der Sozialstaatskrise. Ordnungspolitische Ansätze, 1984.

423 Bley (N 300); Zacher (N 279), S. 9 ff.

424 S. Schlenker (N 138), S. 193 ff.

425 S. N 244.

426 S. Peter Krause, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten. Die Tragweite des Eigentumsschutzes von öffentlich-rechtlichen Leistungsansprüchen am Beispiel der Rentenversicherung, 1982; Schlenker (N 138), S. 130 ff.; alle weiteren Nachweise dort und bei Stober (N 244).

427 S. zu den Einzelheiten Krause (N 426), insb. S. 143 ff., 169 ff., 186 ff.; Schlenker (N 138), S. 176 ff.

428 BVerfGE 5, 85 (198).

je auf unterschiedliche Weise – zu eingeschränkten Sichtweisen des “Sozialen” tendieren. Zweitens: Die Enge der Zeithorizonte des demokratischen Systems und die schmalen Grenzen, in denen der Rechtsstaat den Zeithorizont des Sozialstaates weiten kann.

In beidem wird ein bisher allgemein übersehener Fehler deutlich. Gemeinhin wird das Mißverhältnis zwischen dem sozialen Staatsziel und den Staatsfundamentalnormen des Bundesstaats, der Republik, der Demokratie und des Rechtsstaats darin gesehen, daß die “materielle” Staatsfundamentalnorm des Sozialstaates in dem einen Wort “sozial” besteht, während die “institutionellen” Staatsfundamentalnormen des Bundesstaats, der Republik, der Demokratie und des Rechtsstaates im Grundgesetz weitgehend ausdifferenziert sind. In Wahrheit hätte eine verfassungstextliche Ausdifferenzierung des “Sozialen” angesichts der Macht gesellschaftlicher Entwicklungen verhältnismäßig wenig bedeutet. Wichtiger wäre, dem Sozialstaat ein institutionelles Instrumentarium zu geben, das ihm ermöglicht, seine sachliche und zeitliche Ganzheit darzustellen und in Demokratie und Rechtsstaat einzubringen.

F. Die Geltungsweise des sozialen Staatsziels

Die Spannung zwischen dem hohen Rang, der prinzipiellen Gewißheit und der konkreten Ungewißheit des sozialen Staatszieles bestimmt auch seine Geltung⁴²⁹. Das soziale Prinzip ist ein Maßstab allen staatlichen Handelns⁴³⁰. Jede Entscheidung, jede Maßnahme, ja selbst jedes Unterlassen muß gegenüber dem sozialen Prinzip gerechtfertigt werden. Gewiß gibt es Gegenstände, denen das soziale Prinzip als Maßstab näher steht, und Gegenstände, denen es ferner liegt. Das kann den Argumentationshaushalt vereinfachen – von der Konzentration der Erwägungen auf das “Soziale” bis zu seiner Vernachlässigung. Aber potentiell ist es immer in Betracht zu ziehen. Potentiell ist es immer auch ein Argument, mit dessen Hilfe Handeln gerechtfertigt oder Handeln verlangt werden kann.

Kraft der Ungewißheit der konkreten Bedeutung aber ist das soziale Prinzip grundsätzlich keine Grundlage individueller Rechte⁴³¹, auch keine Legitimation staatlichen Handelns, die für sich allein stehen könnte⁴³². Mit welchen Argumenten sich das soziale Argument mischt, kommt auf den konkreten Zusammenhang an. Sind nur Rechtsnormen aufzusuchen, auszulegen und anzuwenden, so mischt

429 S. *Spieker* (N 147), S. 228 ff. S. a. noch einmal die Hinweise in N 352. Zum Umschlag von der Auslegungsproblematik über Geltungsschwäche zur politischen Durchsetzung s. *Martin Kutscha*, Vom zeitgemäßen Sozialstaatsverständnis, in: KJ 1987, S. 383 ff.

430 S. zum folgenden *Zacher* (N 122), S. 706 ff.

431 Seit BVerfGE 1, 97 (100, 105) st. Rspr.; BSGE 10, 97 (100); 27, 197 (199); BAGE 14, 282 (290). Einen differenzierenden Literaturbericht dazu s. bei *Wiedenbrüg* (N 390), S. 128 ff.

432 S. *Zacher* (N 122), S. 716 ff., 726 ff.

sich das soziale Prinzip mit den rechtlichen Argumenten der Interpretation⁴³³ und der Subsumtion. Ist Ermessen eingeräumt, so zählt es auch zu den Maximen, an denen sich die Ausübung des Ermessens zu orientieren hat⁴³⁴. Auch wo gesetzgeberischem und Regierungshandeln der weite Raum des politischen Ermessens eröffnet ist, gehört das soziale Prinzip zu den Rechtsmaximen, welche die Ausübung dieses Ermessens initiieren und limitieren⁴³⁵. Wie gesagt: Die Sache mag es jeweils rechtfertigen, sich auf die soziale Argumentation zu konzentrieren oder diese zu vernachlässigen. Potentiell aber ist das soziale Argument immer gleichermaßen möglich und nötig.

Das soziale Prinzip schafft keine Kompetenzen. Es setzt Kompetenzen voraus. Die vorgegebenen Hierarchien der Entscheidung sind so auch der Zuständigkeit für die Konkretisierung des "Sozialen" vorgegeben⁴³⁶. Kraft der im demokratischen Rechtsstaat zentralen Bedeutung des förmlichen Gesetzes stimmt so der gängige Satz, daß die Verwirklichung des Sozialstaates in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers ist⁴³⁷. Ebenso ergeben sich aus der Kompetenzstruktur des demokratischen Rechtsstaats unterschiedliche Grade der Unmittelbarkeit des staatlichen Handelns zum sozialen Prinzip. Hat der Gesetzgeber das "Soziale" konkretisiert, so ist der Rechtsanwender daran gebunden. Es ist nicht seine Sache, alternative Konkretisierungen gegen die, welche der Gesetzgeber gewählt hat, auszuspielen⁴³⁸. Er hat vielmehr die Konkretisierung des Gesetzgebers nachzuvollziehen. Auch dort, wo Spielräume der Interpretation oder des Ermessens bleiben, hat er diese zuerst in dem Sinne, in dem der Gesetzgeber das "Soziale" konkretisiert hat⁴³⁹, zu nutzen. In dem Maße, in dem die Steuerungskraft des Gesetzes nachläßt oder ausbleibt, hat freilich der Rechtsanwender selbst das "Soziale" zu konkretisieren⁴⁴⁰.

433 BVerfGE 6, 32 (41); BVerfGE 8, 98 (103); BFHE 74, 42 (46); BAGE 1, 128 (132 f.); 13, 228 (231, 233); 14, 282 (290). Zur Handhabung des Sozialstaatsprinzips als Auslegungsmaxime im Sozialrecht s. den differenzierenden Bericht von *Ursula Köbl*, Allgemeine Rechtstheorie. Aspekte der Gesetzesbindung, in: FS zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts Bd. 2 (N 392), S. 1005 ff. (1040 ff.). – Zum Schrifttum s. vor allem den eingehenden Bericht bei *Wiedenbrüg* (N 390), S. 31 ff.

434 S. *Schreiber* (N 136), S. 64 ff.; *Wiedenbrüg* (N 390), S. 54 ff.

435 S. *Stern* (N 106), S. 915 f. m.w.Nachw.

436 Das gilt auch für die Abgrenzung zwischen dem Vorbehalt des Gesetzes für belastende Gesetze und der möglichen Gesetzesfreiheit leistender Verwaltung: BVerfGE 8, 155 (166 f.); Einzelheiten bei *Zacher* (N 122), S. 726 ff.

437 BVerfGE 1, 97 (100); 43, 213 (226); 50, 57 (108); 53, 164 (184); 65, 182 (193); 69, 272 (314); 70, 278 (288). Zu den Grenzen dieses Satzes s. BFHE 92, 495 (511 f.). S. a. nochmals N 435.

438 Vgl. dazu *Starck* (N 312), S. 937 ff. Der Bürger hat keinen Anspruch auf die jeweils ihm sozial günstigste Regelung: BSGE 50, 179 (184); 53, 186 (193); 55, 115 (120). S. a. noch einmal N 395.

439 Zur "Gesetzeskorrektur" anhand des Sozialstaatsprinzips *Wiedenbrüg* (N 390), S. 174 ff.

440 Zum sozialstaatlichen Auftrag der Verwaltung s. noch einmal *Zacher* (N 122), S. 426 ff. u. passim; *Peter Badura*, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, 1966; *Schachtschneider* (N 119), S. 75 ff. – Zur richterlichen Handhabung des Sozialstaats-

Das soziale Prinzip ermächtigt und bindet somit jeden, der für das Gemeinwesen zu handeln hat, nach Maßgabe seiner Kompetenzen und der normativen Bindungen, die vorgegeben sind. Als immanentes Element der gesamten Rechtsordnung richtet sich das soziale Prinzip schließlich so auch an den Bürger⁴⁴¹. Ist ihm das soziale Prinzip günstig, so ist es ihm ein Argument der Auslegung und Ergänzung der Rechtsnormen, die er für sich in Anspruch nimmt⁴⁴². Ist es ihm ungünstig, so muß er damit rechnen, daß es der Auslegung und – je nach den Grenzen der Normfindung – der Ergänzung der Rechtsnormen dient, die gegen ihn angewandt werden⁴⁴³.

prinzips s. *Schreiber* (N 136). – Zum Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts s. *Julius Federer*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: JöR NF 3 (1954), S. 39 ff.; *Helmut Engler*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: JöR NF 15 (1966), S. 201 ff.; *Werner Weinhold*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Sozialstaatsprinzip, Diss. Marburg, 1977; *Dietrich Katzenstein*, Das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: ZSR 1985, S. 189 ff.; *Gerstenmaier* (N 419). – Zur Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Sozialstaatsprinzip s. *Walter Bogs*, Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: JöR NF 9 (1960), S. 169 f.; *ders.*, *dass.*, in: JöR NF 16 (1967), S. 131 ff. (152 ff.); *Hermann Heußner/Horst Steinmeyer*, Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Grundgesetz, in: JöR NF 30 (1981), S. 405 ff. (444 ff.); *Scholz/Pitschas* (N 150); *Ernst Benda*, Bundessozialgericht und Sozialstaatsklausel, in: NJW 1979, S. 1001 ff. – Zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Sozialstaatsprinzip s. vor allem *Benda* (N 187); ergänzend *Alfred Hueck*, Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Forsthoff (N 330), S. 411 ff.; *Gerhard Schnorr*, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Grundgesetz, in: JöR NF 9 (1960), S. 179 ff. (192 f.); *dens.*, *dass.*, in: JöR NF 16 (1967), S. 163 ff. (165); *Heinrich Reiter*, Der Sozialstaat und die Sozialgerichtsbarkeit, in: SGB 1986, S. 89 ff. – Zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Sozialstaatsprinzip s. *Hans-Joachim Becker*, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Grundgesetz, in: JöR NF 15 (1966), S. 263 ff. (282 ff.); *dens.*, *dass.*, in: JöR NF 28 (1979), S. 305 ff. (328 ff.). – Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Sozialstaatsprinzip s. *Willi Geiger*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Grundgesetz, in: JöR NF 11 (1962), S. 121 ff. (152 f.); *Hans-Joachim Faller*, *dass.*, in: JöR NF 34 (1985), S. 659 ff. (699). S. a. noch einmal N 312.

441 S. *Zacher* (N 122), S. 735 f.; *Schreiber* (N 136), S. 146 ff.; *Kittner* (N 140), IV, Rn. 59.

442 S. noch einmal *Wiedenbrüg* (N 390).

443 *Schreiber* (N 136), S. 161 ff.; s. a. N 258 u. N 410.

Der Sozialstaat als Prozeß*

I. Der Anlaß der Überlegungen

Als 1946/47 die deutschen Länder daran gingen, sich Verfassungen zu geben, griff eine Reihe von ihnen zu dem Wort "Sozialstaat", um Sinn und Auftrag des Staates zu umschreiben. Die meisten davon sagten zudem in einer mehr oder minder differenzierten Programmatik, wie dieser Sozialstaat wirken soll: durch Arbeitsrecht, soziale Sicherheit, Chancengleichheit in der Bildung, Sorge für Benachteiligte und dergleichen. Die Väter des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland übernahmen 1949 nur als allgemeine Epitheton "Sozialstaat". Auf eine substantivierende Programmatik verzichteten sie. Die Frage danach, was ein Sozialstaat konkret ist und wozu ihn die Verfassungsnorm exakt verpflichtet, ist seither unbeantwortet. Nicht daß es an einem Konsens im Allgemeinen fehlte. Daß Sozialstaat ein Staat ist, der den wirtschaftlichen und den wirtschaftlich bedingten Verhältnissen in der Gesellschaft wertend, sichernd und verändernd mit dem Ziel gegenübersteht, jedermann ein menschenwürdiges Dasein zu gewährleisten, Wohlstandsunterschiede zu verringern und Abhängigkeitsverhältnisse zu beseitigen oder zu kontrollieren, – das ist im großen und ganzen unstrittig. Aber wie soll das im einzelnen und in der Gesamtheit der Einzelheiten geschehen?

In den ersten Jahren nach dem Erlaß des Grundgesetzes war man weithin voller Hoffnung, daß es genauer Forschung gelingen würde, aus dem Wort "Sozialstaat" den vielfach erwarteten normativen Kosmos zu machen. Dann etablierten die politischen Kräfte eine sozialstaatliche Realität, die in ihren Vorzügen und ihren Unvollkommenheiten gezeichnet war vom Primat einer realen wirtschaftlichen Prosperität. Die Verfassungsnorm gab ihr einen Namen. Nicht war sie die gestaltgebende Ursache. Als in den sechziger Jahren die Kraft dieses ersten Aufschwungs auslief und jene angestauten Energien sich entfalteten, die Korrektur, Reform oder Revolution wollten, besann man sich von neuem des Sozialstaatsprinzips – sei es als eines Titels, um zu fordern, sei es als eines Damms, der die Flut reguliert. Und man beklagte die seit 1949 vertane Zeit, nichts Rechtes aus der Vokabel gemacht zu haben. Neue Druckerschwärze ergoß und ergießt sich seither über den Sozialstaat, ohne daß man in nun drei Jahrzehnten interpretatorischer Arbeit an Landesverfassungen und Grundgesetz der Gewißheit näher gekommen wäre.

* Text eines Vortrages, den der Verfasser am 3. Oktober 1977 in Innsbruck vor der Görres-Gesellschaft gehalten hat. Die Vortragsform wurde für den Druck beibehalten.

So scheint es an der Zeit, die Frage umzukehren, und auf die Erfahrung die Hypothese zu gründen, daß Sozialstaat eben etwas Offenes, Unbestimmtes, nach Gegenstand und Entwicklung Endloses ist, das sich der Entfaltung und Festlegung in einem normativen System vom beherrschenden Charakter und Anspruch einer Verfassung – und erst recht in einem einzigen Wort – entzieht.

Aus der Zahl der Gründe, die diese Hypothese stützen können, möchte ich hier *zwei nennen* und *einen näher erörtern*. Der Grund, den ich hier nun nennen möchte, ist eben der, der es rechtfertigt, auch hier in Österreich, wo die Verfassung gar nicht ausdrücklich vom Sozialstaat spricht, von ihm zu reden. Es ist der primär politische Charakter des Sozialstaats. Der Sozialstaat wird nicht allein, weil und wie eine Verfassungsnorm ihn will. Er wird weil und wie die politischen Kräfte das wollen und die politischen Möglichkeiten das erlauben. Diesen Kräften und Möglichkeiten *gegenüber* hat eine Verfassungsnorm nur marginale, argumentatorische Bedeutung. Und *für* sie hat sie benennende und integrierende Funktion. Die Realität der sozialstaatlichen Politik kann aber auch ohne diese Hilfen auskommen und sammelt sich selbst ohne die Artikulation im Verfassungstext unter dem Namen des Sozialstaats. Das ist gerade von einem Innsbrucker Gelehrten, von *Gerhard Schönorr*, in seinem Aufsatz “Sozialstaat – ein Rechtsbegriff?” in der Festschrift für Hans Schmitz [1968] dargestellt worden. Und es läßt sich am Beispiel des österreichischen Sozialstaates unschwer demonstrieren.

Der Grund, den ich im Folgenden näher erörtern möchte, ist der des Prozeßcharakters des Sozialstaats. Daß und wie der Sozialstaat ein Prozeß ist, ist primär eine Eigenart seiner politischen Realität. Aber es schlägt auf die sozialstaatliche Verfassungsnorm zurück, weil der Gegenstand einer Regelung immer auch diese mit determiniert. Das gilt in besonderer Weise dort, wo die Regelung in erster Linie ein Name ist und also in extremem Maße auf die benannte Sache verweist. Beim Sozialstaat des Grundgesetzes ist das offensichtlich so. So erscheint es sowohl für Österreich als auch für die Bundesrepublik Deutschland sinnvoll, über den Prozeßcharakter des Sozialstaats zu sprechen.

Ein Wort aber noch dazu, warum dieses Thema in den Rahmen der Görres-Gesellschaft gehört. Als eine Vereinigung katholischer Wissenschaftler steht die Görres-Gesellschaft – und stehen wohl gerade die Sozialwissenschaftler in ihr – der Herausforderung gegenüber, auf die Nachfrage nach einer katholischen Soziallehre zu antworten, die sich in diesen Jahren neu belebt. Die Nachfrage nach einer katholischen Soziallehre ist weithin gleich der Nachfrage nach einer katholischen Antwort auf die Frage nach dem “rechten” Sozialstaat. Und eben diese katholische Antwort auf die Frage nach dem “richtigen” Sozialstaat wird zu respektieren haben, daß der Sozialstaat nur in Spannung und Bewegung existiert.

II. Vorbemerkung zur Sache

1. Die These: Der Sozialstaat als Prozeß

Soweit der Sozialstaat *Not abwendet*, ist dies voll nur spürbar, wenn Not oder doch die Gefahr von Not real empfunden wird. So das sozialstaatliche System Not

langfristig vermeidet, so daß sie keine Bedrohung mehr darstellt, löst dies kaum mehr spürbare Befriedigung aus. Soweit der Sozialstaat auf *Wohlbefinden* zielt, wird auch dies nur in der Periodizität von Erwartung und Erfüllung voll wahrgenommen. Beständiges Glück hört auf, als solches empfunden zu werden. Soweit der Sozialstaat auf *Gleichheit* zielt, sind die Menschen und Situationen zu ungleich, ist die Bereitschaft zur Gleichheit zu gering, ist die Überzeugung von der Rechtmäßigkeit des eigenen Vorteils zu groß und ist die Geduld, den fremden Vorteil zu ertragen, zu gering, als daß Gleichheit für sich Befriedigung schaffen könnte. Negativ formuliert heißt das, daß Sozialpolitik jedenfalls in der gegenwärtigen Gesellschaft nicht statisch sein kann, ohne aufzuhören, das Gemeinwesen zu integrieren. Positiv gewendet heißt das: der Sozialstaat ist permanente Entwicklung – oder nüchterner: ist permanente Veränderung. Er ist seinem Wesen nach Prozeß.

Die *Eigenart* dieses Prozesses ergibt sich sowohl aus den allgemeinen Bedingungen demokratischer Innenpolitik als auch aus besonderen Bedingungen der Sozialpolitik. Ich will zunächst auf den allgemeinen Rahmen demokratischer Innenpolitik eingehen.

2. Zur Verbindung “demokratisch” und “sozial”

Demokratische Politik soll dabei freilich in einem sehr weiten Rahmen gesehen werden: als ein politisches System, das irgendwie die Zustimmung der Betroffenen sucht. Das gilt über die Demokratie im “westlichen” organisatorischen Sinn hinaus auch für autoritäre Systeme, soweit sie darauf achten müssen, von den Betroffenen bejaht oder wenigstens ohne Unruhe ertragen zu werden. Das bedeutet nicht Geringschätzung des Werts “unserer” organisatorischen Demokratie. Es soll lediglich den Blick frei halten für Zusammenhänge und Verwandtschaften, die über die Zäsur zwischen “formaler”, “organisatorischer” Demokratie und andere Staatsformen hinweg bestehen – kraft dieses Zieles einer Herrschaft für den Menschen oder doch wenigstens der politischen Notwendigkeit, daß Herrschaft angenommen oder zumindest hingenommen wird. Das ist von Interesse, um den Vorrat von Deutungen für das eigene System zu erweitern. Es ist in einer Zeit, in der Weltpolitik auch Sozialpolitik und Sozialpolitik auch Weltpolitik geworden ist, zudem notwendig, um die internationale Verständigung und Kooperation zu erleichtern. Vor allem aber gebietet es die Gemengelage von Sozialstaat und Demokratie.

“Sozial” und “demokratisch” heißen heute weltweit die wichtigsten Rechtfertigungen und Maßstäbe staatlicher Herrschaft. Staatliche Herrschaft, die sich – innerhalb oder außerhalb “formaldemokratischer” Strukturen und Prozesse – als Herrschaft für die Beherrschten rechtfertigen muß, kann sicher nicht auf soziale Deklamation und wahrscheinlich nicht auf soziales Selbstverständnis und letztlich auch nicht auf ein gewisses Maß an sozialen Inhalten verzichten. “Nichtdemokratie”, die nicht wenigstens soziale Legitimation für sich in Anspruch nimmt, ist selten geworden. Und egalitärer “formaler” Demokratie wohnt a priori eine Ten-

denz zum egalitär Sozialen inne. Herrschaft muß Herrschaft für den Menschen sein oder als solche ausgegeben werden – “formaldemokratisch” durch den Bürger selbst auf ihn selbst bezogen, “sozial” ihrem Inhalt nach für ihn bestimmt oder, wie in der “sozialen Demokratie” eines “westlichen” Verfassungsstaats, auf beiderlei Weise. Daß dabei die vordergründige Rede und der hintergründige Inhalt von “sozial” und “demokratisch” ausgedehnten, ja bizarren Variationen unterworfen sind, ändert nichts an der Bedeutung dieser Elemente für die Grundbefindlichkeit der staatlichen Herrschaft. Diese Grundbefindlichkeit läßt sich heute einspannen in ein Viereck je aus Wort *und* Sache von “sozial” *und* “demokratisch”. Dieses Viereck hat von Land zu Land und von Zeit zu Zeit, von Handelndem zu Handelndem, von Beobachtendem zu Beobachtendem und von Beschreibendem zu Beschreibendem unterschiedliche, ja unterschiedlichste Konstellationen. Aber trotzdem umschreibt es so etwas wie die “Grundfläche” aktueller Staatlichkeit.

III. Allgemeine Bedingungen demokratischer Innenpolitik

1. Aggregation und Phasierung als notwendige Voraussetzungen und Instrumente

Politik nun, die irgendwie Zustimmung der Betroffenen sucht – demokratische Politik also in diesem weitesten Sinn –, ist darauf angewiesen, vom “Publikum” *wahrgenommen* zu werden. Sie muß so Wirksamkeit und vor allem Gestalt suchen. Das nun geschieht durch *Zäsur und Formation in der intersubjektiven und in der zeitlichen Dimension* – intersubjektiv durch Aggregation, *intertemporal* durch Veränderung, und intersubjektiv *und* zeitlich durch Variation der Aggregation.

a) Zur Aggregation

Intersubjektiv hilft *Aggregation*, die Gesellschaft in Einteilungen und Beziehungen sichtbar und fühlbar zu machen – soziale Orte und Landschaften zu schaffen. Dem einzelnen hilft sie, sich an einem Platz in Identitäten, Nachbarschaften und Distanzen zu sehen. Als Gruppenbildung ist Aggregation auch Bedingung kollektiver Selbstbewußtheit und Artikulation, letztlich auch Bedingung von Organisation. Organisation und Artikulation ihrerseits sind Bedingungen und Medien des Konsenses zwischen Herrschenden und Betroffenen.

Aggregation ist zugleich aber ein Mittel der staatlichen Politik, sich den gesellschaftlichen Gruppen und Verbänden gegenüber als originär und unabhängig zu beweisen, indem sie als Adressaten ihrer Maßnahmen andere Gruppen anspricht, als die Gesellschaft sie aus sich selbst formiert und organisiert. Das geschieht etwa bei der Berücksichtigung genuin nicht oder schwer organisierbarer Interessen (wie Verbrauchergruppen oder Randgruppen), auf besonders komplizierte Weise bei politisch “Unmündigen” (wie Kinder und psychisch Behinderte). Es geschieht aber auch in Gestalt von Quer-Gruppen-Bildungen über vorfindliche Strukturen

hinweg, wie sie etwa im Subventions- und Steuerrecht vertraut ist (wo z.B. die Förderung des Wohnungsbaues analog Interessierte aus den verschiedensten sozialen Schichten an Hand eines gemeinsamen Interesses verbindet), vor allem aber durch institutionelle Leistungen, die (wie Bildungs-, medizinische Pflege-, Verkehrs- und ähnliche "service" Angebote) schichten-unspezifisch oder gar schichten-negatorisch angelegt sind, während sie mit Leistungsinteresse und Leistungsbetroffenheit Gemeinsamkeiten neu kreieren oder aktivieren. Mitunter ist diese Quer-Gruppen-Bildung ein Mittel des Staates, sich von der Umklammerung durch die Verbände zu befreien.

Vielfalt der Aggregationen aber ist schließlich ein Weg, um die Transparenz der Gesellschaft, die bei "eindimensionaler" Gruppenbildung möglich scheint, wieder "einzutrüben". Dies ist wichtig; denn nur in einer *Mehrheit* von Maßstäben der Gleichsetzung und der Verbindung von "Gleichen" und in der Spannung zwischen gegebenen, erwarteten, erhofften und befürchteten Maßstäben und Aggregationen kann der Mensch hic et nunc leben. Klarheit gesellschaftlicher Strukturen heißt: Selektion möglicher Strukturprinzipien – Hervorhebung der einen, Vernachlässigung der anderen – und also immer auch Vernachlässigung von Elementen, die für Menschen bedeutsam sind. Deshalb ist die Pluralität von Strukturprinzipien ein Zugeständnis an die vielfältige Natur des Menschen und ist ihr Wechsel in der Zeit ein Ausweg, wo Gleichzeitigkeit nicht möglich ist oder erscheint. Diese so labil und wohlätig "eingetrübte" Gliederung einer multipel aus sich und durch die staatliche Politik strukturierten Gesellschaft ist permanent das Medium umfassender Erwartung maximaler Vorteile und minimaler Nachteile möglichst vieler.

b) Zur Phasierung

Damit ist der Übergang zur *temporalen Dimension* bereits vollzogen. Die Labilität und "Trübe" gesellschaftlicher Strukturen verdankt ihre wohlätig empfundene Wirkung weitgehend dem Erlebnis oder der Erwartung von Veränderung: der Befreiung von Leid, oder wenigstens Beseitigung von Nachteilen, der Hoffnung darauf oder auch dem Ausbleiben des befürchteten Leides oder Nachteiliges. Und die Widersprüche, in denen sich die verschiedenen Erwartungen vor allem verschiedener Gruppen zueinander verhalten, können nur dadurch scheinbar aufgehoben und also entschärft werden, daß die einander widersprechenden Erwartungen – im Modell gedacht – "abwechselnd" erfüllt oder enttäuscht werden. In der Realität wird dies dadurch erleichtert, daß eine gewisse Befriedigung und Befriedung auch erreicht werden kann, indem Gruppen ihre Erwartungen abwechselnd wenigstens *teilweise* erfüllt sehen, oder auch indem Erwartungen sich im Zeitablauf erledigen, etwa indem sie neuen, nun wichtigeren Erwartungen (auch Befürchtungen) weichen, ehe sie enttäuscht worden sind.

Indem Glück und Leid – abgesehen wohl von extremer Not und entrückender "Seligkeit" – nur im Vergleich erfahren werden, ist Veränderung auch das einzig bleibende Mittel, um Vorteile spürbar werden zu lassen. Selbst Glück oder Leid, das aus intersubjektiver Ungleichheit – also etwa aus Wohlstand oder Armut,

Gesundheit oder Behinderung, Bildung oder Nichtbildung – erwächst und also statisch erfahrbar erscheint, verliert durch Selbstverständlichkeit oder Gewöhnung an Wirkung und wird durch die Möglichkeit der Veränderung anders spürbar oder sogar erst wieder wahrnehmbar. Dabei sind günstige Veränderung oder die Hoffnung darauf und lästige Veränderung und die Angst davor weitgehend vertauschbare Varianten.

Man kann also sagen, daß das intertemporale, historische Element auch das intersubjektive erst voll valorisiert. Politik “für das Volk” entspricht dem durch die Phasen von

- Wahrnehmung der *Chance*, Forderung und/oder Versprechung der günstigen Veränderung, Bewirken und Erfahrung der günstigen Veränderung oder auch Ausbleiben der günstigen Veränderung;

- oder Wahrnehmung der *Bedrohung*, Bekämpfung und/oder Versprechen der Verhinderung des Übels oder auch Androhung der Verwirklichung, Eintritt und Erfahrung der lästigen Veränderung oder auch Ausbleiben der lästigen Veränderung.

Politik als scheinbar oder wirklich gemachte Geschichte und politische Führung im Sinne einer Wechselbeziehung mit den Geführten und also “formale” und “materielle” Demokratie, sind somit notwendig in Phasen zu denken, in denen allein sich die erforderliche attraktive und integrative Dynamik entwickeln kann. “Gebündelt” vollzieht sich das in der Abfolge von Programm und Erfüllung (oder von Programm und ihrem Fehlgehen und eventuell von Erfüllungssurrogaten wie beispielsweise der Beschuldigung und der Bestrafung Verantwortlicher).

Dabei spielen die “formalen” Strukturen der Herrschaft eine merkwürdige – aber doch auch wieder über die “formalen” Gattungen der Herrschaft hinweg verbindende – Rolle, indem sie die Perioden der Politik begründen, unterstützen, überlagern oder unterlaufen. In den “westlichen” Demokratien prägen die Wahlperioden weitgehend die Phasen der Politik. In den kommunistischen Ländern dagegen schafft der Plan die notwendige Spannung zwischen Programm und Erfüllung (oder Fehlgehen). Eine dynamische Alternative zu dem bürokratisch-kommunistischen Plan sind wohl die Wellen der chinesischen “Kulturrevolution”.

Doch entsprechen auf schwer erklärbare Weise dem Periodisierungsbedürfnis der Politik auch “natürliche” soziale Phasen. So drängt sich etwa die These auf, daß Konjunkturphasen nicht unabhängig zu denken sind von den Phasen, aber auch vom Phasenbedürfnis der Politik. Nicht nur die Aufschwungsphasen kommen der Politik zuhulfe, auch die Abschwungsphasen. Abschwungsphasen schaffen eine Gefahr, die Möglichkeiten dynamischer Führung eröffnet – sei es, indem politische Befriedigung in der Differenz zwischen Befürchtetem und tatsächlichem Einbruch gesucht und erzielt (oder verfehlt) wird; sei es auch nur, indem die Angst vor der Gefahr neue Prioritäten erfordert und die Alternative eröffnet, von lästigen oder unerfüllbaren Programmen loszukommen oder wenigstens abzulenken.

Dabei zeigt sich, daß – analog zur Interferenz von intersubjektiven Aggregationen – auch die Interferenz von Phasen zu beobachten ist, und auch nützlich zu

sein scheint. Man stelle sich den politisch unerträglichen "Spannungsabfall" vor, wenn die Wahlperioden nicht durch intermittierende Entwicklungen – etwa parteipolitische Veränderungen, wirtschaftliche Einbrüche, Wandel außenpolitischer Konstellationen und dergleichen – überlagert würden.

c) Zusammenschau

"Volksbezogene" Politik vollzieht sich demnach, indem sie die *beiden Massen* "*Betroffene und Interessen*" und "*Zeit*" *gleichermaßen durch Aggregation von Gruppen* (von organisatorischer Integration oder Abgrenzung bis zu der bloß gemeinsamen Betroffenheit von Normen und Maximen der Gleich- oder Ungleichbehandlung), *und durch Veränderungen* (in Gestalt der Phasierung von Ankündigungen, Erwartungen, Maßnahmen und Erfüllung oder Fehlgehen) *strukturiert* und bewegt und indem sie dabei *verschiedene Prinzipien oder Systeme* der Aggregation und der Phasierung *einander überlagernd wirken* läßt.

2. Zur Situation in der Bundesrepublik

Die Situation in der Bundesrepublik Deutschland und wohl auch in Österreich entspricht dem etwa auf folgende Weise. Das Feld unserer Gesellschaft ist besetzt mit einer unendlichen Fülle einander widersprechender Erwartungen. Die Erfüllung aller dieser Erwartungen ist nicht möglich. Sie überschritte absolut das, was die Gemeinschaft leisten kann. Darüber hinaus hindern die Widersprüche zwischen den Erwartungen, sie gleichermaßen zu erfüllen. Das führt zu der Technik der partikulären Erfüllung von Teilerwartungen. Dabei wechseln die Aspekte der Teilhaftigkeit, die personalen und sachlichen Kriterien der Betroffenheit, ab.

Die Wirkungsweise dieser teilhaften Erfüllung ist komplex. Diejenigen, welche die erfüllte Erwartung gehegt haben, sind insoweit befriedigt. Hinsichtlich ihrer verbleibenden Erwartungen sind sie damit beschäftigt, ihre Prioritäten, Aussichten und Koalitionen neu zu definieren. Gruppen mit konkurrierenden, verwandten Erwartungen sind ebenso damit befaßt, ihre Prioritäten, Aussichten und Koalitionen neu zu bestimmen, darüber hinaus aber auch damit, die beobachtete Erfüllung der mit ihren Erwartungen konkurrierenden, ihnen verwandten Erwartungen in die Neubestimmung ihrer Strategien einzubeziehen. Potentiell wird bei allen übrigen Gruppen die Hoffnung darauf gesteigert, daß nun die Erfüllung ihrer Erwartungen näher rückt, weil die Erfüllung von Erwartungen überhaupt exemplarisch Realität geworden ist, und weil – sei es wie durch das Los, sei es kraft ausgleichender Gerechtigkeit – die nächste Erfüllung wahrscheinlich auf andere zukommt. Man kann also davon sprechen, daß die Erfüllung von Erwartungen immer drei Wirkungen erzeugt: (erstens) Befriedigung, (zweitens) Verwirrung und Neuorientierung sowie (drittens) Hoffnung.

Je mehr man dieses Modell auf die Realität zuführen wollte, desto mehr müßte es um die Vielfalt möglicher Verläufe angereichert werden: insbesondere um das Fehlgehen von Erwartungen, um das Versickern von Erwartungen und das Über-

holt-Werden alter Erwartungen durch neue oder, einfacher, durch den Wechsel von Prioritäten. Doch sind Erwartung und Erfüllung die primären, alles andere bedingenden Elemente.

Es drängt sich das *Bild eines Spiels* auf, in dem die Gruppen der Gesellschaft um einen großen runden Tisch sitzen: jede ihrer Karten vor sich geordnet. Die Zahl der Spieler ist groß, aber doch nicht ganz unüberschaubar. Die meisten haben eine Hand voller Karten, die ihnen Chancen des Einsatzes und der Koalition gibt. Die Gewinne sind ebenso begrenzt wie die Verluste. Keiner kann den Fonds gewinnen. Das meiste muß immer bleiben für die Hoffnung der anderen und deren Erfüllung. Je gleicher die Karten nach Qualität und Quantität verteilt, je breiter die Trümpfe gestreut sind, je vielfältiger die Karten gemischt und je besser "gestückelt" sie ausgespielt werden, desto harmonischer ist das Spiel und desto mehr vermag es doch zugleich die Spieler zu fesseln. Sticht eine der Karten, so freut das den Gewinner, gibt ihm und den anderen Anlaß zu neuen Hoffnungen und Einsätzen und verbraucht einige der Energien damit, die Ordnung der Karten und die Strategien des Spiels der neuen Situation anzupassen. Es ist gefährlich, dafür einzelne Beispielsbereiche zu nennen. Aber der Gedanke, wie trefflich sich dieses Spiel im öffentlichen Dienst im Verlauf der Veränderungen der Besoldungsgruppen und Vergütungsgruppen, der Strukturreformen, der Neuformierung von Stellenplänen und -schlüsseln, der organisatorischen Reformen, der Veränderung von Arbeitsbedingungen und Sozialleistungen usw. im stetigen Wechsel der Aspekte vollzieht, sei doch nicht unterdrückt. Ich kann es Ihrer Phantasie überlassen, weiter auszumalen, wie sich die Vorstellung von Aggregation und Phasierung in das Bild eines Kartenspieles übertragen läßt, und welche Einflüsse "spiel-fremde" Personalien, Beziehungen, Zustände und Ereignisse haben können. Wichtig ist, daß die Spannung und das Interesse am Spiel der Nahrung durch den fortdauernden Umlauf der Erfolge und Mißerfolge bedürfen. Andernfalls gibt es früher oder später eine Schlacht um den Fonds. Es bedarf auch der Spannung durch die Ungewißheit des Erfolges. Sonst gefährden Selbstverständlichkeit und Langeweile das Spiel.

Verlassen wir das Bild wieder. Das entscheidend Positive an diesem System ist, daß es eine – nach Streuung und Intensität – maximale Hoffnung begründet und beläßt, mit der jeweils eigenen Zielvorstellung berücksichtigt zu werden. Das schafft die Möglichkeit der Identifikation mit dem System und das gibt ihm die Kraft der Integration. Im Gegenteil dazu wirkt apriorische Unmöglichkeit sozialer Erwartungen ebenso wie die endgültige Enttäuschung von Hoffnung desinteressierend.

Der soziale Friede etwa in der Bundesrepublik Deutschland hängt in diesem Sinne mit einer relativ optimalen Streuung der politischen Erwartungen zusammen. Komplexe, unteilbare Erwartungsbündel geschlossener Gruppen tendieren nach Sache und Trägern zu "kleinen Größen". Und divergierende Erwartungen sind über jeweils sehr verschieden komponierte Gruppen hin breit gestreut, so daß die Fähigkeit und Bereitschaft zu wechselnden Koalitionen groß ist. So kann sich das "Umlaufverfahren" von Erwartung und Erfüllung ohne große Brüche vollzie-

hen. Und die Hoffnung, von dem System früher oder später begünstigt zu werden, ist breit verteilt.

Die Möglichkeit dieses sozialpolitischen "Umlaufverfahrens" wird dagegen aufgehoben, wenn Blockbildungen auftreten, die nur mehr die umfassende Befriedigung der Erwartungen der einen oder anderen Seite zulassen. Das ist die Gefahr einer typischen Klassengesellschaft ebenso wie der eines radikalen politischen Auseinandertretens "rechter" und "linker" Kräfte. Sorgen in bezug auf andere europäische Länder hängen heute damit zusammen. Doch wäre es vermessen anzunehmen, wir seien vor dieser Gefahr für immer sicher. Auf andere Weise wird das System paralytisiert, wenn eine übermäßige Homogenisierung der politischen Forderungen eintritt. Dann wird die Erfüllung politischer Forderungen zu einer Einbahnstraße. So war es interessant, wie sorglich etwa die sozialdemokratischen Regierungen Schwedens mit ihren Reformen umgingen. Diese wurden in langen Phasen des Entwurfs, der Diskussion, der Erprobung und der Verabschiedung gestreckt. In einer an Alternativen armen politischen Welt stellen sie einen knappen Vorrat an politischer Energie dar, mit dem höchst ökonomisch umgegangen werden muß, um die notwendige Spannung von Erwartung und Erfüllung zu erzeugen.

IV. Zu den besonderen Bedingungen demokratischer Sozialpolitik

In dem besonderen Bereich der Sozialpolitik finden wir diese Erscheinungen und Gesetzmäßigkeiten konkretisiert, intensiviert und verfeinert. Jedoch treten auch eigenständige Ursachen und Gestaltelemente des politischen Prozesses hinzu.

1. Sozialpolitik-externe Gründe

Da sind zunächst die sozialpolitik-externen Gründe zu nennen. Der wichtigste Faktor ist die stetige Veränderung des genuinen Mediums des Sozialstaates: der *Wirtschaft*. Daß die Entwicklung der Wirtschaft selbst durch Maßnahmen und Fernwirkungen der Sozialpolitik mitbestimmt ist, und daß Sozialpolitik nicht ohne wirtschaftliche Konsequenz denkbar ist, ist die eine Seite dieser Sache. Hier aber ist vor allem hervorzuheben, daß Sozialpolitik weitgehend eine Korrektur wirtschaftlicher Verhältnisse mit wirtschaftlichen Mitteln ist. Sie ist deshalb nicht nur – um Roman Herzog zu zitieren – "ressourcenabhängig", sondern in viel weiterem Sinne ökonomisch sensibel, provoziert und bedingt. In welchem Umfang aber sich die wirtschaftlichen Gegebenheiten permanent verändern, braucht hier nicht dargestellt zu werden. Angesichts der immer bewußteren staatlichen Verantwortung für die Wirtschaft und der Aktivität der staatlichen Wirtschaftspolitik geht es auch nicht etwa um die einfache Beziehung der "Sozialpolitik" zu ihrem "wirtschaftlichen Rahmen", sondern um eine Vierecksbeziehung von Interdependenzen zwischen "Sozialpolitik", "sozialen Verhältnissen", "wirtschaftlichen Verhältnissen"

und "Wirtschaftspolitik". Und sie stellt ein soziales, ökonomisches und politisches *perpetuum mobile* von größter Unrast dar.

Die vielen *anderen sozialpolitisch-externen Gründe* der Veränderung können hier nicht einmal aufgezählt werden. Die Bevölkerungsentwicklung gehört ebenso hierher wie die Fähigkeit und Möglichkeit zur Erziehung und beruflicher Bildung, die gesundheitlichen Verhältnisse und die Techniken und Einrichtungen für medizinische Behandlung und Pflege sowie die sozialen Attitüden in bezug hierauf. So haben in den letzten Jahren die Verschiebungen in der Altersstruktur der Bevölkerung, ihre abnehmende "Sterblichkeit" in allen Lebensabschnitten – auch um den Preis wachsender Zahlen und Zeiten von Behinderung und Pflege – und die Entwicklung und Ausbreitung neuerer und teurerer medizinischer Behandlungsmethoden das Gesicht der Sozialpolitik rasch und tiefgreifend verändert. Ähnlich wechselhaft waren und sind die Veränderungen in der Gestalt der Arbeit, in der Nachfrage nach Arbeitskraft und nach Arbeitsgelegenheit, in dem Angebot an Arbeit und in dessen Bestimmungsfaktoren, vor allem in den Systemen und Wirkungen von Erziehung und beruflicher Bildung. Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt werden je für sich immer spezieller und die Gefahren des Ungleichgewichts – konkreter: der Gleichzeitigkeit von Arbeitslosigkeit und offenen Stellen je anderer Ausrichtung – werden so immer größer. Das qualitative und quantitative Wie des Sich-Verfehlens von Angebot und Nachfrage an Arbeit verändert sich dabei zunehmend. Die Holprigkeit und katastrophenträchtige Unzulänglichkeit, mit der versucht wird, Bildungswesen und Arbeitsmarkt mittels Bildungs- und Berufsplanung zu koordinieren, ist ein Indiz dafür. Oder man denke, um ein letztes Beispiel zu nennen, wie der permanente Rückgang des Anteils der Selbständigen an der Bevölkerung und die sozialen Verschiebungen innerhalb der Gruppen der Selbständigen (etwa in den freien Berufen, in Handel und Gewerbe oder in der Landwirtschaft) und zwischen ihnen und auch den Arbeitnehmern die sozialpolitische Landschaft verändern.

2. Sozialpolitik-interne Gründe

Alle diese Beispiele zeigen aber auch schon, wie fragwürdig es ist, zwischen sozialpolitik-externen und sozialpolitik-internen Gründen des Veränderungsbedürfnisses der Sozialpolitik zu unterscheiden. Auch Gesetzmäßigkeiten, die sich als typisch sozialpolitik-*intern* benennen lassen, durchdringen und überlagern einander. Und ihre Reihung hier kann keinen sachlogischen Anspruch im Sinne von Abfolge oder Gleichrangigkeit erheben. Nur unter diesem Vorbehalt seien im folgenden einige Beobachtungen skizziert.

- a) Die Verfeinerung der Maßstäbe, die Unendlichkeit sozialen Unbehagens und die wachsende soziale Empfindlichkeit

Wo elementare soziale Sicherung fehlt, beherrscht die Spannung zwischen Not, Auskommen und Wohlstand den Blick. Wo elementare soziale Sicherung das

Auskommen allgemein gemacht hat, wächst möglicherweise die Spannung zwischen Auskommen und Wohlstand. Jedenfalls aber werden – je länger je mehr – die Unterschiede des Auskommens in sich wahrnehmbar und kritisch, während diese vordem durch die Angst vor der Not oder infolge des Neides auf den fernen Wohlstand weniger empfunden wurden. Unterschiede innerhalb der Rentenversicherung etwa waren sicher am Ende des vorigen Jahrhunderts ein anderes Problem als heute. Das “daß” und “ob” der Rentenversicherung war sehr viel wichtiger als das “wie”, dessen Diskussion heute das Feld beherrscht. Und die ungezählten Korrekturen an der Gestalt der Rentenversicherung – Ersatzzeiten, Ausfallzeiten, Zurechnungszeiten, Deckungszeiten, Nachentrichtungszeiten usw. – sind nicht allein mit den von der Rentenversicherung zu “verdauenden” Kriegs- und Nachkriegsverhältnissen und nicht allein mit der Öffnung der Rentenversicherung vor allem für die Selbständigen zu erklären; sie müssen auch mit der im Verlauf des Sozialstaates zunehmenden sozialpolitischen Mikroskopie erklärt werden.

Sozialpolitische Problemlösungen haben im “gesunden” Fall zwei Wirkungen. Die eine ist die befriedigende und befriedende Wirkung der Problemlösung. Die andere ist, daß die sozialen Probleme auf den nächsten Plätzen der Prioritätenliste nun die drängendsten sind (wobei der Kampf um diese Prioritätenliste ein Kriegstheater besonderer Art ist). Es zählt zu den eisernen Gesetzen der Sozialpolitik, daß jede Problemlösung die noch ungelösten Probleme zu den nun dringlicheren werden läßt. Im “kranken” Fall des Mißlingens oder doch Verfehlens hat die soziale Problemlösung von vorneherein keinen voll befriedigenden und also keinen befriedenden Effekt. Die Auseinandersetzung um ihre Korrektur konkurriert dann von vorneherein mit der Lösung der “nächsten” Probleme.

b) Die Wahrnehmung oder Entstehung jeweils neuer Vergleichszusammenhänge

Soziale Probleme sind äußerst selten in ein einfaches Schema einer einzigen Ungleichheit gespannt. In der Regel implizieren sie eine mehr oder minder große Vielfalt von Ungleichheiten und Gleichheiten. Und Problemlösungen selektieren in der Regel zwischen Gleichheiten, die aktualisiert, und Gleichheiten, die vernachlässigt werden, zwischen Ungleichheiten, die aufgehoben oder gemindert werden, und Ungleichheiten, die bleiben werden. Jede Steuerreform läßt das deutlich werden. Es können aber auch neue Ungleichheiten entstehen. Erst mit der Einführung der Sozialversicherung z.B. wurde es möglich, sich Ungleichbehandlungen durch sie und in ihr vorzustellen. Und jeder Schritt der sozialpolitischen Entwicklung bringt diese Gefahr neu mit sich. Z.B. hat die unternehmerische Mitbestimmung zwar die Ungleichheiten zwischen Arbeitnehmer und Anteilseignern in mitbestimmten Unternehmen in gewisser Hinsicht vermindert, zugleich aber neue Unterschiede zwischen den Arbeitnehmern und Anteilseignern jeweils in mitbestimmten und nicht mitbestimmten Unternehmen geschaffen und alte Unterschiede zwischen Beschäftigten und Arbeitslosen und zwischen Arbeitnehmern und Nichtarbeitnehmern verschärft.

Daß Sozialpolitik in diesem Sinne in variierenden Sinnzusammenhängen steht und wirkt, steht in engem Wechselbezug zu dem allgemein *politischen* Rahmen, der darauf angelegt ist, immer neue Aggregationen in immer neuen Phasierungen spürbar werden zu lassen. Unter den verfassungsrechtlichen Gegebenheiten der Bundesrepublik Deutschland erwächst aus der permanenten Variation der unendlichen Zahl betroffener Gleichheiten und Ungleichheiten jedoch auch eine spezifisch *juristische* Schwierigkeit, Versuchung und Tendenz. Die rechtlichen Kategorien, Argumente und Postulate eines materiell verstandenen und sozialstaatlich erfüllten und aktivierten Gleichheitssatzes und die Unendlichkeit des Hervortretens, der Verfeinerung und der Bündelung von Gleichheiten und Ungleichheiten begegnen einander in befruchtendem Austausch und bringen unablässig Stimulanzia weiterer Entwicklung hervor.

c) Die Typisierung der Problemlösungen und die dynamischen Potentiale des Atypischen

Sozialpolitik neigt dazu, zu typisieren. Das ist teils eine Folge des Bedürfnisses nach – politisch wahrnehmbarer und wirksamer – Aggregation; teils aber ist es der sozialrechtlichen Regelungstechnik inhärent.

Diese der Regelungstechnik inhärenten Gründe haben eine bestimmte Ausprägung im Rechtsstaat, der sozialpolitische Lösungen unter die Gewähr des Rechts stellen will und dafür möglichst klarer Tatbestände bedarf. Und diese Tatbestandlichkeit erweist sich gegenüber der Vielfalt des Lebens als typisierende Konzentration und Selektion. Soziale Sicherung hat darüber hinaus aber eine eigene, ihr innewohnende Tendenz zur Typisierung. Je mehr sie sich auf Typisches konzentriert, desto "sicherer" kann "soziale Sicherheit" sein. Je mehr sie – immer unter dem natürlichen Vorbehalt beschränkter Ressourcen – auch alles Atypische, Individuelle aufzunehmen sucht, desto "unsicherer" wird sie. Zwischen den Traditionen von Sozialversicherung und Rechtsstaatlichkeit besteht hier eine enge Verbindung. Man denke nur daran, mit welcher Stringenz das Sozialversicherungsrecht auf das Typische gerichtet ist und die Leistungen dem atypischen Bedürftigen, aber nicht Berechtigten, ebenso vorenthält wie es die Leistungen dem atypisch nicht Bedürftigen, aber gleichwohl Berechtigten gewährt. Aber dieser Stil ist nicht auf die Sozialversicherung beschränkt. Auch die "Veredelung" der Fürsorge zur Sozialhilfe etwa vollzog sich nicht zuletzt durch den Ausbau der Typisierung.

Typisierung geschieht vor allem durch die Formulierung typischer sozialer Notlagen, für die standardisierte Abhilfe vorgekehrt wird, und gegen die, wenn möglich, kollektiv und institutionell vorgesorgt wird – wie vor allem hinsichtlich der klassischen sozialen Risiken der Krankheit, der Invalidität, des Alters usw. Typisierung geschieht andererseits durch Gruppenbildung – historisch in singulärer Weise z.B. hinsichtlich der Arbeitnehmer. Und nicht selten, vor allem im Bereich vorsorgender sozialer Sicherung, verbinden sich beide Methoden der Typisierung: wie in der Versicherung der Arbeiter gegen die Risiken der Krank-

heit, der Invalidität, des Alters und des Arbeitsunfalls durch die deutsche und österreichische Sozialversicherungsgesetzgebung des späten 19. Jahrhunderts. Die Anerkennung eines "sozialen Risikos" als Gegenstand vorheriger Vorsorge und nachgängiger Kompensation ist ein Vorgang rechtlicher und sozialer Institutionalisierung, dessen Bedeutung nicht hoch genug veranschlagt werden kann. Sie setzt einen komplexen Prozeß in Gang. Sie impliziert eine Selektion zwischen Erwartungen – nämlich solchen Erwartungen, deren Enttäuschung durch öffentliche Leistung kompensiert wird, und solchen Erwartungen, mit deren Enttäuschung der einzelne und seine Familie sich selbst überlassen bleiben. Und sie verbindet die Möglichkeit der Enttäuschung mit dem Kalkül der Kompensation, die nie identisch sein kann mit dem Ausbleiben der Enttäuschung, und welche unzulänglich, adäquat oder letztlich selbst erwünschter Vorteil sein kann. Derzeit liegt etwa das Beispiel "Arbeitslosigkeit" auf der Hand. Arbeitslosenversicherung impliziert die Anerkennung des Gutes "Beschäftigung" für die Beschäftigten im Intervall zwischen zwei Beschäftigungen. Und Voraussetzungen, Zuschnitt und Einschätzungen der Kompensation sind von tiefgreifender Bedeutung nicht nur für die soziale Lage im Risikofalle, sondern schon für das Maß der Angst vor dem Risikofall, für die – möglicherweise auch mißbräuchliche – subjektive Bereitschaft zum Risikofall und für die allgemeine und individuelle Einschätzung des Gutes Beschäftigung selbst. Hier zeigt sich, wie vielfältig – vor- und nachwirkend, objektiv und subjektiv, für Betroffene, Dritte und Allgemeinheit – der Schutz gegen ein soziales Risiko dieses und sein soziales, ökonomisches und psychisches Umfeld verändert. Selbst das Phänomen Verbrechen wird für Verbrecher, Opfer und Dritte verändert, indem den Opfern eine öffentliche Entschädigung zugesagt wird.

Dies für einzelne soziale Risiken und Notlagen weiter zu verfolgen, ist hier nicht der Ort. Hier kann es nur darum gehen, die eminente Bedeutung sichtbar zu machen, die es für das ganze Sozial- und Rechtsleben hat, wenn gegen ein "soziales Risiko" vorsorgend und kompensierend vorgekehrt wird. Die sozial- und rechtspolitische Konstitution solcher "sozialen Risiken" und analoger typischer Notlagen ist der unvermeidliche Weg sozialer Sicherung, zumal sozialer Sicherung im Rechtsstaat. Diese typisierende Abhilfe aber verändert die Nöte selbst und schafft zusammen mit den sozialen Vorkehrungen gegen sie eine neue soziale Normalität.

Typisierung zeigt sich in der Sozialpolitik aber auch dort, wo nicht soziale und rechtliche Sicherheit angestrebt wird und die Techniken des Rechts zurücktreten. Das eindrucksvollste Beispiel ist ein so sehr auf personale Leistung angewiesener und auf personale Hilfe zielender und also rechtlicher Steuerung und Kontrolle schwer zugänglicher Bereich wie die Sozialarbeit. Sozialarbeit ist im historischen Verlauf zunächst immer unspezifische, konkrete, den Bedürfnissen folgende Abhilfe gegen private und gesellschaftliche Insuffizienzen. Gleichwohl tendiert sie dazu, sich zu typisieren (und entsprechend zu professionalisieren): in Richtung auf Kinder-, Jugend- oder auch Altenarbeit, auf Gefangenen-, Entlassenen- und Bewährungsarbeit, auf Heime, auf gewisse Randgruppen usw. Ein stets relativ

orientierungsarmer, ungesicherter "Schild" allgemeiner Sozialarbeit wird immer weiter vorangetrieben gegen die noch nicht typisierend begriffenen und regulierten Nöte in einer Gesellschaft, während sich im "Schacht" dahinter typisierte, speziellere Sozialarbeit ausbildet.

Typisierung ist also ein umfassend verbreitetes und doch auch wieder in sich vielfältiges Charakteristikum der Sozialpolitik. Typisierung bewirkt, daß die Problempotentiale des Atypischen verdrängt werden. Ihr Ausscheiden erscheint zunächst durch die Priorität des Typischen und Typisierten legitimiert. Über kurz oder lang wird diese Vernachlässigung jedoch in Frage gestellt: z.B. weil die Selektion nicht auf sachlicher Dringlichkeit, sondern auf der Machbarkeit der typisierenden Lösung beruhte, so daß die Ungleichbehandlung von Gleichem sichtbar wird oder doch behauptet werden kann; oder weil die – typisierende – Lösung des Problems wirklich die Energien frei machte, um sich dem Ungelösten zuzuwenden, zumal die ungelösten Probleme für die Politik wichtige Reserven an Klientel bereithalten; oder einfach weil die allgemeine "Sauberkeit" die bleibenden "Flecken" schmerzlicher hervortreten läßt.

Da aber durchgreifende Problemlösungen im bisher Atypischen neue Verallgemeinerungen und damit zumeist neue Typisierungen (nicht selten auch die Öffnung "alter" Typen für die Lösung weiterer Probleme) nötig machen, hält insgesamt der Prozeß der Typisierung und der Vernachlässigung von Atypischem oder doch von früher Typisiertem an.

Wie vielgestaltig dieses Phänomen ist, soll noch einmal ein Beispiel zeigen: die Rivalität zwischen Sozialversicherungsrente und Eigentum. Legt man zugrunde, daß agrarisches und kapitalistisches Eigentum dem 19. Jahrhundert als die typischen Medien "natürlicher" sozialer Sicherheit galten, so stellt die Rentenversicherung als kollektive soziale Vorsorge der Arbeiter einerseits den Versuch dar, Funktionen des Eigentums auszubreiten, andererseits aber auch den Versuch, soziale Sicherung so gut als möglich ähnlich dem Erwerb von Eigentum zu gestalten. Sozialversicherung sollte innerhalb des Mauerrings von "Besitzständen" liegen, Armut und Fürsorge außerhalb. Jahrzehnte versorgungs- und fürsorgerechtlicher Anreicherung und Verfremdung der Sozialversicherung, aber auch sozialer und rechtlicher Differenzierung und Verfestigung der Fürsorge haben diesen Mauerring aber weithin eingenebelt und vergessen lassen. Erst die Ausdehnung des Verfassungsschutzes des Eigentums unter dem Grundgesetz und die prosperierende Sozialpolitik der Bundesrepublik gaben neue Anstöße, den Mauerring des Eigentums eindeutig auch um die Rentenversicherung zu legen. Kaum daß diese Entwicklung einem gewissen Höhepunkt zutrieb, zeigte jedoch die aktuelle Krise der Rentenversicherung, wie labil, entwicklungs- und entscheidungsabhängig die Summe aller Renten und damit auch der individuellen Anteile daran ist, erwies und erweist sich erneut die Spannung zwischen den Besitzständen und der Summe der Bedarfe. Was in der Wachstums- und Wohlstandsphase selbstverständlich erschien, nämlich die Rente als Eigentum zu qualifizieren, wird in Frage gestellt. Die Knappheit der Mittel für alle wird zum Feind der "Eigentümer", auch wenn ihr Rechtstitel auf eine sozialpolitisch konstituierte

Leistung wie die Sozialversicherungsrente geht. Das Typische wird vom Atypischen angefochten.

Immer wieder also zeigt sich diese revolvierende Dynamik: Sozialpolitik geschieht durch Typisierung; die Typisierung führt zur Spannung zwischen dem Eingeschlossenen und dem Ausgeschlossenen; und die Spannung drängt zu neuen Typen, zur Umbildung der alten oder zu einer Verallgemeinerung, wenn nicht Auflösung der Typen, die wohl unverzüglich wieder das Bedürfnis neuer Typisierung auslöst. Im großen erkennen wir diese Phänomene wieder in der Dialektik zwischen der "alten sozialen Frage", der Arbeiterfrage, und der "neuen sozialen Frage" – genauer: der Fülle der immer "neuen sozialen Fragen" –, in der Dialektik zwischen der Hebung und Ausbreitung allgemeinen Wohlstandes und dem Wandel und der Neubildung von Randgruppen oder auch in dem in vielen "westlichen" Ländern zu beobachtenden neuen Aufkommen der "Armuts"-Frage gerade dann, wenn die Sozialpolitik gewisse Grade befriedigender Entwicklung erreicht zu haben scheint.

Damit stoßen wir auf ein verwandtes, gleichwohl nicht identisches Phänomen, das hier als tendenzieller "Zentrismus" aller Sozialpolitik bezeichnet werden soll. Gemeint ist damit folgendes. Aus vielerlei Gründen zielt Sozialpolitik darauf, durchschnittliche Lebensmuster zu ermöglichen und auszubreiten. "Westliche" Sozialpolitik zielt in diesem Sinne auf (klein-)bürgerliche Lebensmuster. (Und selbst der osteuropäische Kommunismus verfährt hinsichtlich der privaten Lebensumstände ähnlich). Selbst wenn der Impuls sozialer Schritte vom Elend und von der Peripherie der Gesellschaft kommt, liegt die Korrektur darin, zur Mitte hinzuführen. Der Mitte zuzugehören wird dann zum Besitzstand, zum Rechtsgut. Und die neue Peripherie, das neue Elend "unten" und "draußen", haben zunächst den Richtigkeitsanspruch eines Systems gegen sich, das mit der Absicht etabliert wurde, Peripherie "unten" und "draußen", zu absorbieren. Außer den Eigengesetzlichkeiten der Sozialpolitik hat dieses auch Gründe, die etwa mit dem Bedürfnis der Gesellschaften zusammenhängen, sich mittels der Außenseiter – genauer: mittels ihrer Extraposition – zu integrieren. Sozialpolitik "für das Volk" aber ist in ganz besonderer Weise auf diesen "Zentrismus" festgelegt. Nicht die Randgruppe, nicht der Außenseiter entscheiden über Hinnahme und Unterstützung von Regimes, sondern die Mehrheit, die Masse. In den "formalen" Demokratien folgt dieser "Zentrismus" der "Zentralfigur" des Grenzwählers. Gehört dieser, wie in der Bundesrepublik und wohl meistens, auch sozial der "Mitte" an, bekräftigt dies den natürlichen "Zentrismus" der Sozialpolitik.

Jedenfalls vollzieht sich Sozialpolitik auch in diesem Sinne in einer pulsierenden Bewegung. Erreicht die Spannung zwischen Wohlstand und Besitzstand einer sozialen "Mitte" und Bedürfnissen und Nöten von Unterschichten und Randgruppen ein gewisses Maß, so wird versucht, die "Mitte" zu erweitern. Randgruppen und Unterschichten werden absorbiert, einbezogen, im ungünstigsten Fall jedenfalls wahrgenommen und betreut. Die Korrektur setzt zunächst die Spannung herab, um gerade dadurch aber die neue Entwicklung kritischer Potentiale und Spannungen zu ermöglichen, wenn nicht zu begünstigen.

d) Die Unendlichkeit und Widersprüchlichkeit der Erwartungen und die Endlichkeit harmonischer Erfüllung

Sozialstaatliche Politik steht vor zwei elementaren Hindernissen. Erstens: Sachschau, Wertungen und Lösungsmodelle verschiedener Gruppen oder politischer Richtungen für identische oder einander berührende Probleme können einander ausschließen und schließen einander weithin aus. Zweitens: Die maximale Erfüllung aller Forderungen überschreite das Maß des Verteilbaren. Wir kennen diese Schwierigkeit schon als allgemeines Problem demokratischer Innenpolitik. Dem Sozialstaat aber stellen sich diese Hindernisse mit größter Härte entgegen. Erstens, weil er als ein Staat von Verteilung und Umverteilung in besonderer Weise an der Kette der Ressourcen liegt. Zweitens, weil Divergenzen über Muster der Sozialpolitik weithin Divergenzen potentiell auch über die Lebensmuster und Daseins- und Verhaltensspielräume eines jeden einzelnen sind. So steht der Sozialstaat auch mit besonderer Not vor der Alternative zwischen der endgültigen Privilegierung der Interessen und Leitbilder eines Teiles zu Lasten des anderen und der umlaufenden Berücksichtigung immer wieder verschiedener Gruppen. Es ist auch die Alternative zwischen endgültiger "Besitzinweisung" der einen und endgültiger Enttäuschung der anderen einerseits und der Fluktuation von Forderung, Erwartung, Erfüllung und Enttäuschung andererseits. Wohin die Entscheidung gehen muß, erscheint offensichtlich. Dort desintegrieren Erfüllung und Enttäuschung. Hier integrieren Erfüllung und Hoffnung eine "offene Gesellschaft". – Je stärker die Prinzipien der Aggregation der befriedigten, enttäuschten und neu erwartenden Gruppen variieren, desto weniger bilden und bekämpfen sich "Klassen". Und je weniger sich die Gesellschaft durch harte und dauernde Grenzen und Gegensätze – wie sie für "Klassen" typisch sind – gliedert, desto reibungsärmer und befriedender laufen Erfüllung, Enttäuschung und Hoffnung um.

Ein freiheitlicher Sozialstaat, der nicht etwa ein Staat der Arbeiterklasse oder ein Staat korrumpierender Verteidigung von Privilegien ist, muß sich also dem Bilde nähern, das oben als konsekutive Rundum-Befriedigung divergierender politischer Erwartungen skizziert wurde. Und die Qualität eines freiheitlichen Sozialstaates kann daran gemessen werden, wie klein die Minderheit ist, deren Erwartung auf Freiheit von Not, auf Milderung von Abhängigkeit und auf Angleichung des Wohlstandes endgültig enttäuscht ist.

e) Die anthropologische Unmöglichkeit eines statischen Sozialstaates

Alle diese Überlegungen münden schließlich in der Erkenntnis, daß es dem Menschen nicht gegeben ist, in einem endgültigen irdischen Zustand seine Erfüllung zu finden. Dazu bleibt nicht nur zu viel Leid in jeder – auch der besten – menschlichen Gesellschaft. Dazu bleibt nicht nur zu viel Last, Gleichsetzung und Ungleichsetzung zu anderen zu ertragen. Dazu ist der Mensch zu sehr gegen das Endgültige angelegt – sicher gegen die Endgültigkeit komplex unvollkommener Lagen, aber selbst gegen das endgültige Gute, das mit seiner Endgültigkeit an Wert und Wahrnehmbarkeit verliert.

Wäre der Sozialstaat das fertige und unveränderliche “Haus am Ende des Weges”, in das die Gesellschaft geführt werden soll, um dort immer zu bleiben, so wäre er ein Gefängnis – allenfalls ein goldener Käfig. Wer wollte schon je entscheiden, daß das “große Ziel” erreicht ist? Wann ist vorstellbar, daß alle oder doch fast alle sagen: das ist der Platz, den wir gesucht haben! Aber unterstellt, das Volk würde einmal einmütig das “große Ziel”, das “Haus am Ende des Weges” erkennen, was wäre die Folge? Nichts anderes ist vorstellbar, als daß, darin angekommen, die Gesellschaft endlich doch anfinge, Befreiung und Ausbruch zu wünschen – sicher nicht alle, aber doch viele genug. Der Sozialstaat muß Weg und Fata Morgana bleiben. Kein Sozialstaat kann die Lage aller so gestalten, daß nicht viele Veränderung wünschen würden. Und jeder Sozialstaat, der sich als endgültig betrachtet, muß zum Unterdrücker des Wunsches nach Veränderung werden.

In diesem Sinne ist *Sozialstaat nicht nur*, wie etwa *Peter Badura* gesagt hat, die *stetige Aufgabe der Annäherung* an das Ziel von weniger Not und mehr Gleichheit. In diesem Sinne ist Sozialstaat *nicht nur* “*Fortschritt*” im Sinne von Verbesserung. In diesem Sinne ist Sozialstaat letztlich sogar *Offenheit um der Zukunft willen, Prozeß um der Veränderbarkeit willen*. Sozialpolitik kann sich nicht erfüllen, nur verwandeln – so auch der Sozialstaat.

V. Die normativen Möglichkeiten des Sozialstaatsprinzips

Auch die Verfassung, die ein Sozialstaatsprinzip etabliert, kann deshalb nichts anderes wollen, als einen Prozeß in Gang zu setzen und in Gang zu halten. Verfassungsrechtlich ist das freilich nicht nur eine Konsequenz des Gegenstandes, des Zieles und der geschichtlichen Möglichkeit des Sozialstaatsprinzips. Es hängt auch mit den Grundrechten, insbesondere den Freiheiten, aber auch mit den Gleichheitssätzen, mit der Offenheit des demokratischen Prozesses und mit der relativen, auf fairen Austrag bedachten Sicherheit des Rechtsstaats zusammen. Rechtsstaat und Demokratie sind das konstitutionelle Medium des sozialstaatlichen Prozesses. Und der Sozialstaat als Prozeß muß sich in diesem Medium der permanenten, komplexen Spannung und Entscheidung von Individuen und Kollektiven sehen.

Gleichwohl unterliegt der Rede vom Sozialstaat nur allzuoft die Vorstellung, es gäbe eine Ordnungsbild des Sozialstaates, das zu realisieren und von seiner Realisierung an möglichst zu erhalten sei. Gleichwohl vermuteten viele im Sozialstaatsprinzip ein “Haus am Ende des Weges”, eine Endzeithoffnung, eine Endzeitberechtigung und eine Endzeitverpflichtung. Das kann aber weder von der Sache noch von der Norm her der Sinn des Grundgesetzes und seines Sozialstaatsprinzips gewesen sein.

VI. Der Prozeßcharakter des Sozialstaates und die christliche Soziallehre

Was nun bedeutet der Prozeßcharakter des Sozialstaates für die katholische Soziallehre? Daß dies das Thema zumindest eines weiteren Vortrages wäre, ist

offensichtlich. Auf einige Andeutungen soll – abschließend – aber doch nicht verzichtet werden.

1. Konstante und Variable in der katholischen Soziallehre

Zunächst einmal ist ein Grund mehr, sich mit den vielfältigen Schwierigkeiten auseinanderzusetzen, welche die katholische Soziallehre damit hat, Konstanten und Variable, abstraktes Prinzip und konkrete Lösung um Sein und Sollen auseinanderzuhalten. *Anton Burghardt* etwa hat einige dieser Schwierigkeiten in seinem Beitrag über “Katholische Soziallehre, Anmerkungen⁶² zu ihren Konstanten und Variablen” in der Festschrift zum 85. Geburtstag von Johannes Meßner [1976] beschrieben. Diese Schwierigkeiten erscheinen nunmehr um eine vermehrt. Der Wandel der Verhältnisse ist nicht nur etwas, was von der katholischen Soziallehre wahrgenommen und hingenommen werden muß. Der Wandel der Verhältnisse ist auch nicht nur das notwendige Stück Veränderung vom gegebenen Zustand zum Ziel hin. Der Wandel der Verhältnisse muß als ein immanentes Gesetz der Sozialpolitik vorausgesetzt, entfaltet und integriert werden. Sozialpolitik wirkt im Wandel und durch Wandel. Das gilt als Seins-Interpretation ebenso wie als Sollens-Norm.

Katholische Soziallehre wird gemeinhin als etwas verstanden, was hierarchisch absteigt von festen, spezifischen christlichen oder naturrechtlich gewissen Normen des höchsten Ranges zu deren Anwendung auf die konkreten Verhältnisse. Wenn nun der Wandel ein positives sozialpolitisches Prinzip ist, weil Vollkommenheit nicht Sache dieser Welt ist und weil die Abfolge unvollkommener Lösungen die Lasten der Unvollkommenheit erträglicher macht als das Beharren auf einer, kann das nicht ohne Folgen sein für die Deduktion vom “Ewigen” zum “Irdischen”. Sie wird, indem sie sich in dynamischen Medien vollziehen und auf Dynamik zielen muß, schwieriger und weniger sicher, die oft ersehnte systematische Ganzheit im Konkreten aus einem Grunde mehr unmöglich. Das historische und sachlich *Partikulare der Situation* tritt in den Vordergrund.

2. “Demokratisierung” der katholischen Soziallehre

In diesem Zusammenhang ist auch die Notwendigkeit zu sehen, die katholische Soziallehre in der Sache zu demokratisieren – auf die Herrschaft “für das Volk” als einer tatsächlichen Regel einzurichten. Von ihren Anfängen her geht die katholische Soziallehre davon aus, daß – erstens – Politik von den Herrschenden ohne Zustimmung der Beherrschten verfügt werden kann und daß – zweitens – Sozialpolitik ein möglicher, kein selbstverständlicher und ein zu oft vernachlässigter Inhalt der Herrschaft ist. Gerade dahin sind mittlerweile wesentliche Veränderungen eingetreten. Herrschaft bedarf weitgehend zumindest der Hinnahme der Beherrschten und diese Hinnahme ist weitgehend eine Funktion der Sozialpolitik – bis hin zu jener Durchdringung von Sozialstaat und Demokratie, die fast schon Austauschbarkeit ist. Sozialpolitik muß unter diesen Bedingungen die Kraft ha-

ben, das Gemeinwesen zu integrieren. Es genügt nicht, eine "richtige" Sozialpolitik zu kennen; es ist notwendig, die Sozialpolitik zu kennen und anzubieten, welche hinreichend den Konsens der Beherrschten finden kann. Um Mißverständnisse zu vermeiden, sei hinzugefügt, daß weder das Regieren noch die sachkundige und sittliche Beratung der Herrschenden und Beherrschten dadurch zu einer Funktion der Meinungsumfrage wird. Vielmehr setzt diese soziale Integration Aussage und Mut der Einsichtigen ebenso voraus wie das Wagnis der Führung durch die Vorgabe des Zieles.

3. Die aktuelle Nachfrage nach der katholischen Soziallehre und deren Veränderung

Die derzeit so oft beobachtete steigende Nachfrage weniger nach "einer katholischen Soziallehre" als nach konkreten Aussagen, ja Entscheidungen derselben, erwächst nur allzu häufig aus der oben skizzierten Unklarheit darüber, ob und mit welcher Autorität katholische Soziallehre Unveränderliches oder Veränderliches, Abstraktes oder Konkretes aussagt, ob sie Sollen vom Sein herleitet oder Sein vom Sollen her kritisiert, ob sie Sozialpolitik dekretiert oder die soziale Verantwortung des Menschen für den Menschen aufzeigt. Diese katholische Soziallehre erscheint vielen – Politikern, Interessenten und Interessierten und sich verantwortlich Fühlenden – ganz pragmatisch als ein Reservoir von Ideen und Energien, teils um künftige Entwicklungen der Sozialpolitik zu tragen, teils auch um sie zu hemmen oder sie zu verhindern. Ihre Hoffnung geht auf geschlossene, konkrete und verbindliche Handlungsanweisung. Das ist zwar kaum das, was katholische Soziallehre im Sinne kirchenamtlicher Äußerungen und qualifizierter Wissenschaft wirklich meint und sagt. Aber es entspricht einer verbreiteten historischen Erfahrung katholischer Soziallehre. *Walter Kerber* (Katholische Soziallehre, in: "Demokratische Gesellschaft, Konsens und Konflikt" Geschichte und Staat 194/195, 1975, S. 575) umschreibt diese Erfahrung als "das Mißverständnis ... die kirchenamtliche Gesellschaftslehre sei ein Totalmodell der Gesellschaft, aus dem sich für alle wirklich bedeutsamen Fragen eindeutig Antworten ableiten ließen". Dieses Mißverständnis läßt es Politikern und allen sonst engagierten verlockend erscheinen, mit dem Ruf nach der katholischen Soziallehre mit einem Schlag sowohl die Artikulationskraft der theologischen und paratheologischen Literatur, als auch die Autorität von Papst, Bischöfen und Synoden, als auch – darin besonders unrealistisch – den Gehorsam des Kirchenvolkes für sich aktivieren zu können.

Katholische Soziallehre, die sich in dieser Weise in Anspruch nehmen läßt, läuft Gefahr, zwischen zwei unvereinbaren Prinzipien zu zerbrechen. Das eine Prinzip ist das, nach dem sie in Anspruch genommen wird und von dem ihre Vertreter schlimmstenfalls auch selbst ausgehen, und das *Herman Josef Wallraff* (Katholische Soziallehre – Leitideen der Entwicklung? 1965, S. 23) so formuliert, daß die katholische Soziallehre "von Außenstehenden den philosophisch-generellen, den von aller Geschichte unabhängigen Leitbildern gezählt wird. Der Mensch bleibt

Mensch. So steht es im wesentlichen ein für alle Male fest, was human und sozial ist und was nicht". Das andere, damit unvereinbare Prinzip ist eben das Gesetz des Sozialstaats, sich verändern zu müssen. Je konkreter und verbindlicher zugleich katholische Soziallehre als eine solche – katholisch-kirchliche – sein will, desto mehr wird sie in der Mühle der sozialstaatlichen Prozesse zermahlen.

4. Die aktuelle Verantwortung der Christen im Sozialstaat

Das heißt nun aber nicht, daß sich der Christ aus dem sozialstaatlichen Prozeß zurückziehen könnte und dürfte. Die Unvermeidbarkeit, ja Wünschbarkeit der permanenten sozialpolitischen Veränderung sagt nicht, daß dieser Prozeß von sich aus alles Notwendige, Richtige und Gute bewirkt und daß er nichts Schutzbedürftiges gefährdet oder zertritt, daß die Veränderung wirklich eine Veränderung zum Besseren ist.

Hier aus dem Anruf, der Kraft und der Wegweisung des Evangeliums heraus mitzuwirken, ist die Verantwortung des Christen. Aber darin ist er zuerst als einzelner gefordert. Es ist die unbestreitbare Aufgabe der Kirche, ihm das zu sagen. Das Problem aber ist, inwieweit die Institutionen der Kirche den einzelnen darin vertreten oder anweisen können. Das ist ein altes Thema, das hier nicht aufgegriffen werden kann. Nur die Konsequenz aus dem Verständnis des Sozialstaates als eines permanenten Prozesses sei aufgezeigt.

In dem Maße, in dem der Sozialstaat als Entwicklung verstanden werden muß, nimmt nicht nur die Möglichkeit ab, eine gleichermaßen bleibende, umfassende, konkrete und verbindliche Lehre zu formulieren, wie der Sozialstaat aussehen soll. Vielmehr nimmt zugleich die Notwendigkeit zu, aus Geist und Kraft des Evangeliums in der Fülle der konkreten Ereignisse zu handeln, in denen sich dieser sozialstaatliche Prozeß vollzieht. Und hierin ist der einzelne, sind seine Kompetenz, seine Erfahrung, sein Erlebnis der Situation, seine Präsenz im Geschehen, seine Möglichkeiten des Handelns und sein persönlicher Einsatz unvertretbar.

Das Salz, das diese Erde braucht, werden die Christen auch im sozialstaatlichen Prozeß sein, wenn sie der Welt Brüder und Propheten sind, wenn sie als Brüder die Liebe tun und als Propheten die Wahrheit sagen. Es gibt kein wichtigeres Ziel einer katholischen Soziallehre, als dem Christen diesen Auftrag zu zeigen. Und es gibt keinen wirkungsvolleren Weg, das Evangelium im sozialstaatlichen Prozeß gegenwärtig zu machen. Um es noch kürzer zu sagen: Die Kirche schuldet dem Sozialstaat Menschen, nicht eine Sozialpolitik.

Summary *The Welfare State as a Process*

The Basic Law of the Federal Republic of Germany of 1949 lays down that the State is to be a "social State". By "social State" we have to understand a State that, at the same time, evaluates, protects, and changes the economic situation and the

circumstances determined by economy, as well as the economic relations between the different groups of the society with the aim to guarantee everyone an existence compatible with decent living conditions, to diminish differences of well-being, and to abolish or control relations of dependence. However, even this definition does not help to make the “social State clause” less ambiguous and vague. Why is this so?

Even if the aims set to the social State were clearly defined and seemed to be attainable, they could only be achieved by a permanent process of change. Only by permanent change social policy will be made noticeable. In addition, it is impossible to ever reach a complete agreement on the exact definition as well as on the way of achieving the said aims. The remaining discrepancies can only be compensated intertemporally, i.e. by way of accepting different opinions in the course of time. Moreover, these aims can never be achieved completely. It is necessary, in order to make this incompleteness bearable, to constantly transfer the disadvantage of incompleteness on different groups of the society. Thus, the social State cannot be conceived and defined in a static way, but can only be achieved by a permanent process of change.

Therefore, the catholic social doctrine as well is unable to furnish a definite programme for social policy.

Zur sozialen Programmatik der Bayerischen Verfassung*

I. Historische und aktuelle Bedeutung

Die Verfassungen der Länder der Bundesrepublik Deutschland¹ lassen sich grob in drei Typen einteilen: in die reinen Organisationsstatute (Hamburg, Niedersachsen, Schleswig-Holstein), in die "Vollverfassungen", die nicht nur die Organisation des Landesstaatswesens aufbauen, sondern darüber hinaus dem Gemeinwesen auch sachliche Grundlage der politischen Entwicklung und Integration sein wollen (Bayern, Bremen, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland)², und eine dritte Gruppe von Verfassungen, die im wesentlichen Organisationsstatute sind, in begrenztem Maße aber auch Grundrechte und Sachprogramme enthalten (Baden-Württemberg, Berlin, Nordrhein-Westfalen). Die "Vollverfassungen" gehören sämtlich der "ersten Generation" von Nachkriegsverfassungen an, die vor dem Grundgesetz – und also auch ehe ein neues deutsches Staatswesen Gestalt gewinnen konnte –, ja selbst vor der Errichtung leistungsfähiger bi- und trizonaler Organisationen erlassen wurden. Die Verfassungsgeber in den Ländern handelten, indem sie "Vollverfassungen" konzipierten, auf den Verdacht hin, daß den Ländern – abgesehen von Außenpolitik und Verteidigung – alle Aufgaben eines Staates verbleiben würden, könnten oder sollten³. Die Verfassungen sollten dieser Möglichkeit annähernder Allzuständigkeit sachordnend Rechnung tragen.

* In dieser Abhandlung werden u.a. folgende *Abkürzungen* verwendet: *Leisner* = Leisner, Die bayerischen Grundrechte, 1968; *Meder* = Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1971; *BV IV* = Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 1963 ff., Teil IV "Die Entwicklung des Verfassungsrechts seit 1946"; *BV V* = ebd. Teil V. "Kommentar"; *Sozialstaat* = Zacher, Bayern als Sozialstaat, BayVBl. n.F. 8. Jhg. (1962) S. 257 ff. *Verfassungsentwicklung* = Zacher, Verfassungsentwicklung in Bayern 1946-1964, JböR n.F. Bd. 15 (1966) S. 321 ff.

Artikel ohne nähere Bezeichnung sind solche der *Verfassung des Freistaates Bayern* von 1946 [diese in der Regel abgekürzt mit "BV"]. *Entscheidungszitate ohne nähere Quellenangabe* beziehen sich auf Entscheidungen des *Bayerischen Verfassungsgerichtshofes* [dieser in der Regel abgekürzt mit "VerfGH"] nach Maßgabe ihres Abdruckes in der *Sammlung von Entscheidungen* des Bayerischen Verwaltunggerichtshofes mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, des Bayerischen Dienststrafhofes/Dienstgerichtshofes für Richter und des Bayerischen Gerichtshofes für Kompetenzkonflikte – Teil II: Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes –.

1 *Fußlein*, Deutsche Verfassungen, 3. Aufl. 1961 ff.

2 In Erinnerung zu rufen sind in diesem Zusammenhang auch die Verfassungen der früheren Länder Württemberg-Baden, Württemberg-Hohenzollern und (Süd-)Baden.

3 Mit besonderem Nachdruck betont in Art. 178, 180, 181.

Die wirtschafts- und sozialpolitische Sachprogrammatik dieser "Vollverfassungen" blieb jedoch weitgehend Papier. Der Gründe sind viele. Da sind zunächst die immanenten Schwächen. Man war zu wenig darauf bedacht, auf welche Weise das Formuliert als Recht gelten könnte⁴. Die konventionellen Sanktionstechniken zur Durchsetzung von Verfassungsrecht sind schon generell kaum geeignet, soziale Verfassungsprogramme zu realisieren, und schon gar nicht dazu, den Mangel an Geltungssorge des Verfassungsgebers zu kompensieren⁵. Um spezifische Sanktionstechniken⁶ hat man sich nicht bemüht. Soweit die wirtschafts- und sozialpolitische Programmatik der Länderverfassungen auf mehr als das äußerste Existenzminimum zielte, fand sie ferner in der extremen Begrenztheit der Ressourcen der ersten Nachkriegsjahre eine feindliche Ambiance. Und als die Not wich, waren ihr die Kompetenzen schon vorangegangen⁷. Nicht die Länder, sondern das Vereinigte Wirtschaftsgebiet und sodann vor allem der Bund sind die politischen Entscheidungseinheiten, denen das "Wirtschaftswunder" zuzurechnen ist. In der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes und in Wirtschaftsrecht und -politik des Bundes hat sich mittlerweile mancherlei Wandel vollzogen⁸. Aber diese Entwicklungen haben den Ländern als staatlichen Individuen nichts an wirtschafts- und sozialpolitischen Entfaltungsmöglichkeiten und rechtlichen Ordnungsfunktionen zurückgebracht oder gar hinzugefügt. Vielmehr ist – über die Wanderung der Kompetenzen in der Richtung Länder-Bund hinaus – mehr und mehr die Überlagerung der Wirtschafts- und Sozialpolitik des Bundes und der Länder durch internationale Instrumente und supranationale Entscheidungseinheiten spürbar⁹.

-
- 4 Dazu z.B. *Nawiasky* (*Nawiasky-Leusser*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1948, S. 70 = *Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl., 1963 ff., Teil III S. 54): "..., daß ... die Proklamierung allgemeiner Grundsätze einen verhältnismäßig breiten Raum einnimmt, demgegenüber unmittelbar verbindliche Rechtsätze zurücktreten. Man kann auch so sagen: Der Volkswirtschaftler und Sozialpolitiker hat in erster Linie die Feder geführt, der Jurist hat sich mit einer verhältnismäßig bescheidenen Rolle begnügen müssen." Wie rechtspsychologisch naheliegt, korrespondierte damit aber auch die Blässe und Unausgereiftheit der so "zu Papier gebrachten" wirtschafts- und sozialpolitischen Vorstellungen. Siehe dazu *Schreyer*, Bayern – ein Industriestaat, 1969, S. 73 ff.
- 5 Siehe z.B. *Meder* RdNr. 1 vor Art. 151: "Dem entspricht es, daß der VerfGH auf sie nicht näher einzugehen pflegt, so häufig sich auch Antragsteller und Beschwerdeführer, verlockt durch den Wortreichtum dieser Bestimmungen [scil. des Vierten Hauptteiles der Bayerischen Verfassung], auf sie berufen." Siehe im übrigen zu Geltungsanspruch und -möglichkeiten der einschlägigen Vorschriften der BV *Zacher* in BV V RdNr. 2 ff. vor Art. 151, insbesondere RdNr. 9 f., m.w.Nachw.
- 6 Etwa Bestandsaufnahmen durch unabhängige Sachverständigen-Kommissionen, wie sie z.B. die Europäische Sozialcharta zur Kontrolle der dort vorgesehenen sozialen Standards in den Mitgliedstaaten exemplarisch vorsieht.
- 7 Siehe zur Entwicklung der Kompetenzen über den Ländern und außerhalb der Länder allgemein *Zacher* in BV IV RdNr. 5 ff.; speziell für den Bereich der Wirtschafts- und Sozialpolitik *dens.* in BV V vor Art. 151, insbesondere RdNr. 10 ff.
- 8 Siehe dazu neuestens "Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft", herausgegeben und eingeleitet von *Scheuner*, Dokumentationen zum öffentlichen Recht, herausgegeben von *Lerche*, Band 2, 1971.
- 9 Siehe dazu *Zacher* in BV IV RdNr. 88 ff., 91 ff.; *dens.* in BV V vor Art. 151 RdNr. 19 ff.

Wie sehr die wirtschafts- und sozialpolitische Programmatik der "Vollverfassungen" deutscher Länder durch alle diese Entwicklungen an Interesse verloren hat, läßt sich jedenfalls für die BV nicht zuletzt daran ablesen, daß sich nicht einmal die Kritik¹⁰ ihrer Problematik annimmt. Auch praktisch-politische Vorschläge, wie sie seitens der Staatsregierung, der politischen Parteien und so weiter gelegentlich zur mehr oder weniger umfassenden Reform der Verfassung erörtert werden, bezogen und beziehen sich, soweit irgend zu sehen, nicht auf das wirtschafts- und sozialpolitische Programm der Verfassung. Nicht minder zurückhaltend ist seine interpretatorische Entfaltung¹¹.

Dieses Maß an Vernachlässigung ist nicht gerechtfertigt. Das Ringen um die wirtschafts- und sozialpolitische Konzeption der frühen Länderverfassungen ist ein wichtiges Stück allgemein-politischer Geschichte und Verfassungsgeschichte der Nachkriegszeit¹²; und es wird als solches um so wichtiger, als eine Generation von Historikern, die jenes "dunkle Zeitalter" nicht mehr selbst bewußt erlebt hat, sich anschickt, die volle Wirklichkeit auf ideologische Schmalspuren – dem Zeitgeist gemäß nicht ungerne marxistischer Provenienz – zu stellen¹³. Die Vernachlässigung der wirtschafts- und sozialpolitischen Programme der Landesverfassungen verbietet sich auch wegen der Sinneinheit dieser Verfassungen. Ihre Interpretation kann nicht ursprünglich wesentliche Teile ignorieren, ohne die gesteigerte Gefahr unrichtigen Verständnisses zu laufen. Das gälte selbst dann, wenn Bundes- und Europarecht die wirtschafts- und sozialpolitische Programmatik der Landesverfassungen schlechthin "amputiert" hätte. Aber gerade das ist nicht der Fall. Und darin liegt ein weiterer Grund für die Notwendigkeit, sich mit der sozialen Substanz des Landesverfassungsrechts zu befassen. Bundes- oder sonstiges höherrangiges Recht hebt nicht Landesverfassungsrecht, das – wie im einzelnen das immer gemeint sein mag – als wirtschafts- und/oder sozialpolitisch definiert werden kann, allgemein oder gar vollständig auf. Das Netz der Überlagerungen ist vielmehr reich differenziert; und ebenso sind es die Spielräume, die es der Landesverfassung und ihrem Vollzug durch Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung des Landes beläßt¹⁴. Die Aufgabe, die verbleibenden Wirkungsmöglichkeiten des Landesverfassungsrechts zu ermitteln, ist schwieriger geworden. Und daß sie sehr oft zum Ergebnis rechtlicher oder politischer Unmöglichkeit der

10 Siehe *Zacher* in BV IV RdNr. 99 ff. m.w.Nachw. (insbesondere S. 62 Anm. 3); *Kalkbrenner*, 25 Jahre bayerische Verfassung von 1946, BayVBl. n.F. 17. Jhg. (1971), S. 445 ff.; *dens.*, Bewährung und Reformbedürftigkeit unserer Verfassung, BayVBl. n.F. 18. Jhg. (1972), S. 5 ff.

11 Siehe *Meder* RdNr. 1 vor Art. 151.

12 Siehe z.B. *Arndt*, Das Problem der Wirtschaftsdemokratie, SJZ 1. Jhg. (1946) S. 137 ff.; *Schüle*, Verfassung und Wirtschaft, o.J. (1948). Speziell zur wirtschaftsgeschichtlichen Seite siehe *Scheyer* a.a.O. (Anm. 4).

13 Exemplarisch etwa *Mey*, Marktwirtschaft und Demokratie, Betrachtungen zur Grundlegung der Bundesrepublik, Vierteljahreshfte für Zeitgeschichte, 19. Jhg. (1971), S. 160 ff.

14 Zur gebotenen differenzierten Betrachtungsweise siehe insbesondere *Sozialstaat* S. 261 ff.; *Zacher* in BV IV RdNr. 21 ff.; *dens.* in BV V vor Art. 151 insbesondere RdNr. 10 ff., RdNr. 19 ff. sowie im einzelnen zu Art. 151 ff. (in der Regel in den letzten Abschnitten der Erläuterungen).

Realisation oder auf andere Weise zur praktischen Bedeutungslosigkeit einer Norm des Landesverfassungsrechts führt, mag die Lust an ihr nehmen. Aber daß sie besteht, kann nicht ernstlich in Frage gestellt werden. Hierbei wäre übrigens eine allein statische Betrachtungsweise verfehlt. Bedenkt man, welche Wandlungen die "Wirtschaftsverfassung" des Grundgesetzes etwa in den letzten Jahren erfahren hat¹⁵, so zeigt sich, wie vorschnell etwa die definitive Anpassung des Landesverfassungsrechts an einseitige neoliberale Dogmen gewesen wäre und welche Chancen in der Persistenz des Landesverfassungsrechts über Phasen der Nichtaktualität hinweg liegen können¹⁶. Bemerkenswert ist auch die Überhöhung so manchen sozialen Programms der Landesverfassungen durch die Europäische Sozialcharta und verwandte internationale Dokumente¹⁷. Auch insofern stellen sich immer neue Fragen der Geltung und Aktualität des Landesverfassungsrechts. Endlich aber ist die Befassung mit der wirtschafts- und sozialpolitischen Programmatik der Landesverfassungen eine Notwendigkeit der Verfassungsreform. Inwieweit etwa soll sich das Landesverfassungsrecht von "Verheißungen" befreien, die das Land in eigener Zuständigkeit nicht mehr wird einlösen können und deshalb die Glaubwürdigkeit und den Integrationswert der Landesverfassung gefährden? Wo dagegen erscheint es möglich und geboten, neue Probleme aufzunehmen, die in die Kompetenz der Länder fallen¹⁸? Eine Landesverfassungs-Reform, die diesen Namen verdient, muß sich gerade den Sachprogrammen – sicher mindernd, möglicherweise aber doch auch mehrend – widmen.

II. Die Wirtschafts- und Sozialordnung der BV: ein Überblick¹⁹

1. Evidentes und Verdecktes, Direktes und Indirektes

Wer nach der Wirtschafts- und Sozialordnung der BV fragt, dessen Blick wird zuerst durch den Vierten Hauptteil "Wirtschaft und Arbeit" gefangen. Gleichwohl

15 Am Text des Grundgesetzes etwa ablesbar aus Art. 91 a und b, Art. 104 a, Art. 109 GG. Siehe ferner insbesondere Gesetz über die Bildung eines Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung vom 14. August 1963; Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967. – Siehe auch nochmals Anm. 8.

16 Siehe zum Vergleich der normativen wirtschaftspolitischen Ziele der BV und der zentralen Vorschriften des Bundeswirtschaftsrechts *Zacher* in BV V vor Art. 151 RdNr. 14 ff.

17 Siehe dazu *Zacher*, Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland (Beiheft 9 der Zweimonatsschrift Politische Studien), 1968, S. 11 ff.

18 Siehe *Zacher* in BV IV RdNr. 104 f.

19 Siehe zum folgenden insbesondere *Sozialstaat*; *Zacher* in BV V vor Art. 151 RdNr. 2 ff.; je m.w.Nachw. Ergänzend sei auf die einschlägigen Erläuterungen von *Meder* aufmerksam gemacht. Besonders bedeutsam für das frühe, noch nicht vom Grundgesetz und vom Bundesrecht bestimmte Verständnis der BV – das insofern besonderes Interesse verdient, als es die wirtschafts- und sozialpolitischen Elemente nicht in dem Maße verdrängte wie die spätere Interpretation der Verfassung – sind: *Nawiasky-Leusser*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1. Aufl. 1948; *Hoegner*, Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts, 1949; *Mang*

ist dieser Vierte Hauptteil nur ein Schwerpunkt der Wirtschafts- und Sozialordnung und darf nicht etwa als die "Wirtschaftsverfassung" oder "Sozialverfassung" der BV absolut gesetzt werden.

Der *Erste Hauptteil* der BV organisiert den bayerischen Staat und proklamiert seine elementaren Wesenszüge. Er stellt die *Grundsätze* auf, denen die ganze Verfassung verpflichtet ist. Hervorzuheben ist das Sozialstaatsprinzip (Art. 3). Aber auch die Grundprinzipien der Demokratie (Art. 2 ff.), des Rechtsstaats und des Kulturstaats (Art. 3) determinieren je auf ihre Weise Inhalt, Verständnis und Verwirklichung der Wirtschafts- und Sozialordnung der BV. Bemerkenswert auch die Artikulation des Dienstes am Gemeinwohl (Art. 3 Satz 2)! Er wird hier dem Staat auferlegt, kehrt aber als Pflicht sowohl des Staates als auch des einzelnen und gesellschaftlicher Mächte in der Verfassung vielfältig wieder²⁰.

Die weiteren Abschnitte des Ersten Hauptteils geben dem Staat die *Organisation*, mittels deren er die Verantwortung für Wirtschaft und Arbeit zu erfüllen hat, die ihm jene Prinzipien ebenso wie der Vierte Hauptteil aufladen. Diese organisatorische Gestalt des Staates bedingt wiederum die Wirklichkeit, die dieser Staat den wirtschafts- und sozialpolitischen Vorschriften und Programmen verschaffen kann und wird. Näherem Zusehen erschließt sich gerade im Organisationsrecht mehr soziale Problematik, als es den ersten Anschein hat. Die Anordnung des allgemeinen und gleichen Wahlrechts (Art. 14) drückt ihren sozialen Bezug zwar nicht verbal aus. Die gesellschafts- und sozialpolitische Bedeutung kann jedoch nicht hoch genug veranschlagt werden. Analoges gilt für das Nebeneinander von mittelbarer und unmittelbarer Demokratie (zu dieser insbesondere Art. 2, Abs. 2, 4, 5 Abs. 1, 18 Abs. 3, 40, 71 ff., 94). Andere organisatorische Regelungen legen ihre soziale Bedeutung von vornherein offen: so etwa die Vorschriften über die Zusammensetzung des Senats (Art. 34 ff.), über gewisse Kompetenzen der Gemeinden (Art. 83)²¹ oder das auf regionale Wirtschaftspolitik hinauslaufende Gebot, das wirtschaftliche Eigenleben der Gemeindeverbände vor Verödung zu schützen (Art. 10 Abs. 4). Nicht minder symptomatisch für den Zusammenhang zwischen Organisationsrecht und Sozialordnung sind die zahlreichen Sonderregelungen über spezifische Organisationsformen (Art. 154, 155, 160, 164, 176)

(Herausgeber), Verwaltungsrecht in Bayern, Band I 1951, Band II 1952 [eine viel zu rasch vergessene Fundgrube bayerischer Verwaltungs- und Verfassungsrechtsgeschichte und -gegenwart]. Eine recht fragmentarisch gemischte Reaktion sowohl auf die ersten Jahre der Verwirklichung der BV als auch auf den Einbruch von Grundgesetz und Bundesrecht in diese Entwicklung bietet: *Nawiasky-Lechner*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Ergänzungsband, 1953. Zum gegenwärtigen Rechtsstand siehe schließlich auch *Mang-Maunz-Mayer-Obermayer*, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern. 3. Aufl. 1968, insbesondere *Mayer*, Bayerisches Verfassungsrecht (ebenda S. 25 ff.).

20 Siehe S. 96 ff. und S. 100 ff.

21 Eine andere Frage, die hier nicht vertieft werden kann, in einer Zeit permanenter Kommunalreform gleichwohl höchst aktuell ist, ist die nach dem wirtschafts- und sozialpolitischen Gehalt der verbal unspezifischen Normen des Kommunalverfassungsrechts (Art. 9 bis 12, 83). Zu der – diese Fragestellung berührenden – Auseinandersetzung um die gemeindliche "Daseinsvorsorge" siehe statt vieler anderer: 10, 113.

und Modifikationen der Rechtsetzung (Art. 164 Abs. 2, 169, 177 Abs. 2) und der Rechtsprechung (Art. 177 Abs. 1), die der Vierte Hauptteil bringt²².

Nicht weniger wichtig für die Wirtschafts- und Sozialordnung ist der *Zweite Hauptteil* der BV. Er regelt die Stellung des Individuums durch die Gewährung von *Grundrechten* und die Formulierung von Grundpflichten²³. Er macht den Zentralwert aller Wirtschafts- und Sozialpolitik namhaft: die Menschenwürde (Art. 100). Er konstituiert mit Gleichheit und Freiheit wesentliche Grundlagen der Wirtschafts- und Sozialordnung der BV. Aber er nimmt auch das Thema des Dienstes am Gemeinwohl (Art. 3 Satz 2) auf und projiziert es – über die Bindungen der Freiheit und die Konkretisierungen der Gleichheit hinaus – vermittels der *Grundpflichten* (zentral: Art. 117; s.a. Art. 121 bis 123) auf die Stellung des einzelnen²⁴. Ausnahmsweise finden sich im Zweiten Hauptteil auch schon Elemente sachordnender Entfaltung (z.B. Art. 118 Abs. 3 bis 5 und Art. 119) und sozialer Erfüllung (z.B. Art. 106 Abs. 1 und 2) der Grundrechte, aber auch der Grundpflichten (insbesondere Art. 123)²⁵.

Die Sachordnung des Vierten Hauptteils andererseits besteht – ähnlich der des Dritten Hauptteils – weitgehend darin, Freiheiten zusätzlich zu präzisieren und zu binden. Gleichheit durch Sorge um die gerechte Zuteilung der wirtschaftlichen Güter zu materialisieren und dadurch die Freiheit sozial zu erfüllen. Der Vierte Hauptteil ergänzt den Zweiten Hauptteil vor allem hinsichtlich der Ordnung des Eigentums (Art. 103)²⁶: Enteignung (Art. 159), Sozialisierung, Gemeineigentum (Art. 160) und Unternehmensverfassung (Art. 175) sind geregelt. Spezielle Bindungen des Eigentums sind angebracht (Art. 151 ff.). Das Eigentum an Boden (Art. 161) und das landwirtschaftliche Eigentum (Art. 163 ff.) sind besonderen Ordnungen unterstellt. Die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 101)²⁷ ist vor allem durch die Vertragsfreiheit (Art. 151 Abs. 2 Satz 1), die Freiheit selbständiger

22 Siehe ergänzend zu den Vorschriften über den Senat und die besonderen Organisationsformen der Wirtschaft Art. 179. Siehe dazu *Zacher*, Arbeitskammern im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1971, S. 51 ff. m.w.Nachw. Einen anderen "Durchblick" durch diese Bestimmungen siehe bei *Steger*, Widerspricht eine allgemeine Landwirtschaftsabgabe zugunsten des Bayerischen Bauernverbandes dem Art. 179 der Bayerischen Verfassung? Diss. München 1954.

23 Als grundlegende Arbeit zu den bayerischen Grundrechten sei in Erinnerung gebracht: *Kratzer*, Art. 142 des Grundgesetzes und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung, in: *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit*, Festschrift für Wilhelm Laforet, 1952, S. 107 ff. Siehe nunmehr statt aller anderen *Leisner*.

24 Siehe *Zacher* in BV V zu Art. 117, 121 bis 123.

25 Als zentrales *abgabenrechtliches Programm* wird Art. 123 vor allem ergänzt durch Art. 161 Abs. 2 und Art. 168 Abs. 2.

26 Eine erste Reflexion der "Eigentumsverfassung" der BV stellt dar: *Berger*, Die Entwicklung der Eigentumsverfassung vom Liberalismus bis zur bayerischen Verfassung von 1946, Diss. München 1947. Siehe dazu ferner unten S. 104.

27 Siehe dazu und zum Folgenden aus der "Frühzeit" noch weitgehend isolierter bayerischer Verfassungsinterpretation: *Kaiser*, Die Entwicklung der Freiheitsrechte in den bayerischen Verfassungen seit 1808, Diss. München 1948; *Przemek*, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in den bayerischen Verfassungen von 1818, 1919 und 1946, Diss. Erlangen 1951.

wirtschaftlicher Betätigung (Art. 151 Abs. 2 Satz 2) und die Freiheit der Arbeit (Art. 166 Abs. 2 und 3) ergänzt. Der Freizügigkeit (Art. 190)²⁸ ist die Bauernfreiheit hinzugefügt (Art. 163 Abs. 1). Und der Vereinsfreiheit (Art. 114) ist die Koalitionsfreiheit (Art. 170)²⁹ zur Seite gestellt. Diese Vereinigungsfreiheiten³⁰ bilden auch die Grundlage für jene sehr eigentümliche "korporativistische" Konzeption der BV, welche die Verbände durch die Konstruktion des Senats (Art. 34 ff.)³¹ und den Entwurf spezifischer Organisationsformen (Art. 154, 155, 160, 164, 176) auf besondere Weise in öffentliche Verantwortung zu nehmen bereit ist, sie aber durch Art. 179 von spezifisch staatlicher Macht und von zwangsmitgliedschaftlicher Erstreckung fernhält³². Sie erlangen einen weiteren spezifischen Akzent durch die Sympathie, welche die BV dem Genossenschaftswesen entgegenbringt (Art. 153 Satz 2, 155 Satz 1, 164 Abs. 1; s.a. Art. 160 Abs. 1). Vereinigung zur Konzentration wirtschaftlicher Macht aber wird abgelehnt (Art. 156). Garantie des Eigentums (Art. 103) und Freiheit der Kunst und der Wissenschaft (Art. 108) treffen sich im Schutz des geistigen Eigentums (Art. 162). Der Gleichheitssatz (Art. 118)³³ ist durch Art. 168 vor allem in Richtung auf die Lohngleichheit der Geschlechter konkretisiert³⁴. Darüber hinaus präjudizieren nach Maßgabe ihrer Bestimmtheit alle im Vierten Hauptteil enthaltenen Sachordnungen das Urteil über Gleichheit und Ungleichheit, das in Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 118 Abs. 1) zu fällen ist. Der Schutz vor Ausbeutung (Art. 151 Abs. 2 Satz 4, 156 Satz 2, 167 Abs. 1 und 2) und das Lebensstandardprogramm für die Landwirtschaft (Art. 164 Abs. 1) substantiieren die Gewährleistung der Menschenwürde (Art. 100), in deren Dienst alles Wirtschaften zu stehen hat (Art. 151 Abs. 1). Der Schutz vor Gesundheitsschädigung und Betriebsgefahren (Art. 167) zielt auf die Sicherung körperlicher Integrität,

28 Siehe dazu auch *Wenz*, Die Entwicklung der Gewerbefreiheit in Bayern, Diss. München 1951.

29 Ergänzt vor allem durch die Garantie der "Gesamtvereinbarungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden über das Arbeitsverhältnis" (Art. 169 Abs. 2).

30 Vor allem für den karitativen Bereich sozial bedeutsam ergänzt durch die Garantien zugunsten religiöser und weltanschaulicher Gemeinschaften (Art. 142 ff.).

31 Siehe *Zacher*, Struktur und Stellung des Bayerischen Senats, BayVBl. n.F. 3. Jhg. (1957), S. 369 ff., 4. Jhg. (1958), S. 10 ff.

32 Siehe Anm. 22.

33 Dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 118 Abs. 1) unmittelbar benachbart ist – außer der Gleichheit von Mann und Frau (siehe Anm. 35) – die Negation sozialständischer Strukturen (Art. 118 Abs. 3 und 4). Neue – wohl 1946 nicht vorhergesehene – thematische Aktualität hat Art. 119 erlangt: das Verbot des Rassen- und Völkerhasses könnte heute auch in der Gastarbeiterfrage von Interesse sein. – Zu einem historisch-sozialen Aspekt des Gleichheitssatzes siehe *Sedlak*, Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Flüchtlingsrecht in Bayern, Diss. Heidelberg 1950.

34 Siehe dazu auch die Gleichheit der Geschlechter hinsichtlich der staatsbürgerlichen Rechte (Art. 118 Abs. 2) und in der Ehe (Art. 124 Abs. 2). Diese lenkt den Blick auch auf die Konzentration sozialer Gleichheitsprobleme im Dritten Hauptteil: z.B. zugunsten der Familien (Art. 125 f.), insbesondere der kinderreichen Familien (Art. 125 Abs. 3), der Mütter (Art. 125 Abs. 1 Satz 1), der unehelichen Kinder (Art. 126 Abs. 2), in Richtung auf gleiche Bildungschancen (Art. 128 ff.) usw.

welche die BV freilich im Gegensatz zum Grundgesetz (Art. 2 Abs. 2 GG) nicht ausdrücklich ausspricht³⁵. Der zusätzlichen Gewähr von Freiheit stehen dabei immer wieder zusätzliche Bindungen gegenüber, die das Wirtschafts- und Arbeitsleben auf das Gemeinwohl hin zu orientieren haben³⁶.

Der *Dritte Hauptteil* wendet sich den familiären und kirchlichen Gemeinschaften zu, ferner den öffentlichen Erziehungs-, Bildungs- und Wissenschaftsaufgaben sowie dem Anteil des einzelnen an ihrer Erfüllung und an den Bildungs-, Kunst- und Naturgütern. Die BV tritt gerade in diesem Hauptteil wesentlich aus dem Stil elementarer Grundrechtsgewährung, der noch den vorangegangenen Hauptteil kennzeichnet, heraus, um zur Sachordnung überzugehen. Das Verhältnis des Vierten zum Dritten Hauptteil ist deshalb besonders kompliziert. Zum Teil entbehren die hier und dort entfaltenen Sachordnungen der unmittelbaren Berührung. Jedoch bestehen zahlreiche Interdependenzen zwischen den jeweils spezifischen Garantien, Ausweitungen, sozialen Erfüllungen und Bindungen der Freiheit und den Materialisierungen der Gleichheit. Aber auch darüber hinaus setzen die Sachordnungen wechselseitig ausstrahlende Daten. Die Vorschriften des ersten Abschnittes über *“Ehe und Familie”* enthalten nicht nur ein ideelles, sondern mit Nachdruck auch ein materielles soziales Programm der Förderung der Familie, der Mütter und Kinder und der Jugend (Art. 124 bis 126)³⁷. Die eminente soziale Bedeutung des zweiten Abschnittes *“Bildung und Schule”* mag heute einer breiteren Öffentlichkeit bewußt sein als zur Zeit der Verfassungsgebung. Der Verfassungsgeber trug ihr schon 1946 Rechnung. Er gewährleistete nicht nur die Unentgeltlichkeit des Unterrichts an Pflichtschulen (Art. 129), sondern ein umfassendes Recht auf Ausbildung bis hin zum Besuch von Hochschulen nach Maßgabe von Begabung und Leistung, Neigung und innerer Berufung (Art. 128, 132). Sozialstaat und Kulturstaat treffen sich in der Anordnung der *“Unterstützung schöpferischer Künstler, Gelehrter und Schriftsteller”* (Art. 140 Abs. 2). Die Normen über Natur und Landschaftsschutz (Art. 141 Abs. 2 und 3) und den Genuß der Naturschönheiten durch jedermann (Art. 141 Abs. 3) mußten sich zwei Jahrzehnte lang von einer *“aufgeklärten”* gemeindeutschen Öffentlichkeit belächeln lassen, bis sich herausstellte, daß Bayern in seiner historischen Tendenz zur *“Ungleichzeitigkeit”*³⁸ die Notwendigkeit des – heute nicht selten zur Hysterie geratenden – Umweltschutzes und auch dessen soziale Dimension schon im Jahre 1946 durch einen Verfassungsartikel anerkannt hat³⁹. Endlich ist selbst der 3. Abschnitt *“Re-*

35 Siehe zur Ausfüllung dieser Lücke durch Art. 100, 101, 102 BV: *Meder* Art. 100, RdNr. 5.

36 Siehe dazu S. 103 ff.

37 Siehe Anm. 34.

38 So *Carl Amery* in einem Rundfunkvortrag zur Kennzeichnung des Verhältnisses der politischen und soziokulturellen Entwicklung in Bayern und im übrigen Deutschland.

39 Zu der reizvollen, reichhaltigen, differenzierten, aber auch sehr schwierigen Vorschrift des Art. 141 kann hier nicht im einzelnen Stellung genommen werden. Siehe dazu Verfassungsentwicklung, S. 400 f.; *Leisner* S. 86 ff.; *Meder* zu Art. 141; w. Nachw. siehe dort (ergänzend ist hinzuweisen auf ObLGSt 18, 126 [127 f.]; 19, 87 [92 f.]; ObLG Beschluß vom 28. September 1971 BayVBl. n.F. Jhg. [1971], S. 478 f.; VGH 24, 1 [7 f.]).

ligion und Religionsgemeinschaften” mit Normen von explizit sozialem Bezug durchsetzt; so etwa gewissen Garantien für kirchliche Wohltätigkeitseinrichtungen (Art. 146), dem Schutz der Sonntage und staatlich anerkannten Feiertage “als Tage der seelischen Erhebung und der Arbeitsruhe” (Art. 147) und wohl auch der Sorge, “daß jeder Verstorbene schicklich beerdigt werden kann” (Art. 149).

2. Insbesondere die Wirtschafts- und Sozialordnung des Vierten Hauptteils⁴⁰

Stellt so die BV – immer unter dem Vorbehalt des Bundesrechts und des Rechts der Europäischen Gemeinschaften – *als Ganzes die* Wirtschafts- und Sozialverfassung Bayerns dar, so konzentrieren sich die wirtschafts- und sozialpolitischen Details dennoch im Vierten Hauptteil. Er ist gekennzeichnet von der *Ablehnung unkontrollierter*, sich selbstzweckhaft steigernder (Art. 157 Abs. 1), klassisch-liberaler individueller *Wirtschaftsfreiheit*⁴¹. Gemeinwohlbindung (Art. 3 Satz 2, 117) und Sozialstaatsprinzip (Art. 3 Satz 1) werden mit Nachdruck aufgenommen und schier endlos variiert. Mißbrauch (Art. 158 Satz 2, 161), unsittlicher und gemeinschädlicher Gebrauch der Freiheit (Art. 151 Abs. 2 Satz 4) und Schädigung anderer (Art. 151 Abs. 2 Satz 3 und 4, Art. 156 Satz 2, 167 Abs. 1 und 2) werden abgelehnt. Wirtschaftliches Handeln (Art. 151 ff.), Arbeit (Art. 166) und wirtschaftliche Güter – nicht zuletzt Eigentum (Art. 158 bis 163) und Arbeitskraft (Art. 166 bis 168) – sind auf ein “menschwürdiges Dasein” (Art. 151 Abs. 1), auf den “Nächsten” (Art. 151 Abs. 2 Satz 3), auf “alle” (Art. 151 Abs. 1), auf “alle Volksschichten” (Art. 151 Abs. 1) auf “alle Bewohner” (Art. 155, 157 Abs. 2), auf die “Bevölkerung” (Art. 152), vor allem auf die “breiten Massen der Bevölkerung” (Art. 156 Satz 2), auf die “Allgemeinheit” (Art. 160 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1, 161 Abs. 2, 166 Abs. 3), auf die “Gesamtheit” (Art. 158 Satz 1, 160 Abs. 2 Satz 1, 163 Abs. 2), auf das “Gesamtinteresse” (Art. 169 Abs. 2), auf das “Gesamtwohl” (Art. 163 Abs. 5), auf das “Gemeinwohl” (Art. 151 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 3) verpflichtet. Andererseits *negiert* die BV auch die totale *Übernahme der Wirtschaft durch den Staat*. Die Ablehnung einer zentralen Verwaltungswirtschaft im Sinne umfassender zwingender Steuerung der Wirtschaftssubjekte ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte⁴². Die Verneinung einer staatskapitalistischen “nationalisierenden” Alternative ist vor allem aus Art. 160 (s. auch Art. 151 Abs. 2, 153 ff., 163 Abs. 5) zu entnehmen. Entsprechendes gilt von einer sozialisierenden Lösung. So will die Verfassung eine Synthese zwischen Gemeinwirtschaft und Privatwirtschaft – eine *staatlich geordnete und überwachte Wirtschaft* (Art. 152)⁴³.

40 Siehe dazu nochmals Anm. 19; insbesondere siehe *Nawiasky-Leusser* a.a.O., S. 70 ff., 231 ff.; *Hoegner* a.a.O., S. 179 ff.; *Zacher* in BV V vor Art. 151 und zu Art. 151 bis 162; *Meder* zu Art. 151 bis 177.

41 Siehe dazu insbesondere auch die Entstehungsgeschichte: *Zacher* a.a.O., RdNr. 1 vor Art. 151 und die dortigen Hinweise; s.a. *Schreyer* a.a.O. (Anm. 4), S. 23 ff., 45 ff., 73 ff.

42 Siehe *Zacher* a.a.O., RdNr. 1 und RdNr. 3.

43 Nachw. siehe bei *Zacher* a.a.O., RdNr. 3.

Wirtschafts- und Sozialpolitik haben zunächst für das Existenzminimum, sodann für den den Umständen entsprechenden bestmöglichen Lebensstandard der Bevölkerung zu sorgen. Die Verfassung formuliert das als "Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle" (Art. 151 Abs. 1), "Deckung des notwendigen Lebensbedarfs der Bevölkerung" (Art. 152), "eine auskömmliche Existenz" (Art. 166 Abs. 2), "ein menschenwürdiges Auskommen" (Art. 164 Abs. 1), "möglichst gleichmäßige Befriedigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse aller Bewohner" (Art. 155; s.a. Art. 157 Abs. 2), "eine den jeweiligen kulturellen Verhältnissen entsprechende Mindestlebenshaltung für sich und seine Familie" (Art. 169 Abs. 1) und die "allmähliche Erhöhung der Lebenshaltung aller Volksschichten" (Art. 151 Abs. 1). In diesem Sinne hat der Staat die Wirtschaft zu ordnen und zu überwachen (s. z.B. Art. 152, 161), die Volkswirtschaft zu entfalten (Art. 157 Abs. 1) und Benachteiligte und Bedrängte zu schützen (Art. 153, 156 Satz 2, 162, 164, 165, 167 ff.).

Als die "*privaten Grundfunktionen*", die der staatlichen Ordnung gegenüber treten, heben sich die Arbeit (Art. 166 ff.), das Wirtschaften (Art. 151 ff.) – teils mehr im Sinne persönlichen wirtschaftlichen Tuns (z.B. Art. 151, 153, 164), teils mehr im Sinne des Haltens und Nutzens von Vermögen (Art. 158 ff.) und zwar im jeweils engeren Sinne ebenso von Kapital (Art. 157) wie von Grund und Boden (Art. 161, 163; s.a. Art. 160) und von unternehmerischen Einheiten (Art. 160, 163) – und der Konsum (s. z.B. Art. 152) heraus –, ohne daß diese Funktion klar voneinander getrennt werden könnte.

Arbeit und Arbeitskraft – die primären Themen des 4. Abschnittes "*die Arbeit*" – sind zentrale Werte des einzelnen und der Gemeinschaft (Art. 166 bis 168). Arbeit ist zugleich Recht und Pflicht (Art. 166 Abs. 2 und 3). Die Arbeitskraft ist gegen Ausbeutung, Betriebsgefahren und sonstige gesundheitliche Schädigungen zu schützen (Art. 167)⁴⁴. Der Arbeitskraft kommt das umfassende und differenzierte Recht auf Erholung zugute (Art. 174)⁴⁵. Der Staat trägt Verantwortung für die Löhne (Art. 168 Abs. 1, 169), obwohl die Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch die Koalitionen gewährleistet ist (Art. 170; s.a. 169 Abs. 2). Die BV garantiert die betriebliche Mitbestimmung ebenso wie die überbetriebliche (Art. 175, 176)⁴⁶. Der besonderen Verantwortung des Staates für die Ordnung des Arbeitsrechts entsprechen seine Pflicht zu dessen Kodifikation (Art. 172), zur Unterhaltung einer besonderen Arbeitsgerichtsbarkeit (Art. 177 Abs. 1) und seine Kompetenz zur Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtvereinbarungen und Schiedssprüchen (Art. 169 Abs. 2, Art. 177 Abs. 2). Wer aber arbeitsunfähig ist,

44 Insbesondere zum Schutz der Jugend gegen Ausbeutung siehe Art. 126 Abs. 3.

45 Siehe Näheres unten S. 117. Siehe auch nochmals Art. 141 Abs. 3.

46 Zur Garantie der *betrieblichen Mitbestimmung* (Art. 175) siehe *Rupprecht*, Das Mitbestimmungsrecht der Betriebsräte in der Bayerischen Verfassung, Diss. Erlangen 1949; *Meissinger*, Begriffserklärung zum Mitbestimmungsrecht, *Recht der Arbeit* 3. Jhg. (1950) S. 41 ff.; *Hueck*, Probleme des Mitbestimmungsrechts, 1953, S. 5 ff. – Zur überbetrieblichen Mitbestimmung (Art. 176) siehe nochmals oben S. 99, 100 f., sowie *Zacher*, Arbeitskammern im demokratischen und sozialen Rechtsstaat.

wem keine Arbeit vermittelt werden kann oder wer sonst von Wechselfällen des Lebens bedroht ist, hat Anspruch auf soziale Sicherung (Art. 168 Abs. 3, 171)^{46a}. Die BV sieht den Problembereich der *sozialen Sicherung* freilich nicht systematisch⁴⁷. Geht man von der herkömmlichen Einteilung in *Fürsorge* (Sozialhilfe), *Sozialversicherung* und *Versorgung* aus, so findet man die Fürsorge in Art. 168 Abs. 3 und die Sozialversicherung in Art. 171, die Versorgung dagegen nirgends prinzipiell angesprochen. Die beamtenrechtliche Versorgung wird wohl von der Garantie des Berufsbeamtentums umschlossen (Art. 95 Abs. 1), die Versorgung von Kriegs- und Regimeopfern ist nur hinsichtlich der durch die nationalsozialistische Gewaltherrschaft wegen ihrer religiösen oder politischen Haltung oder wegen ihrer Rasse Geschädigten geregelt (Art. 183). Macht man sich mit den neueren Kategorien der *Vorsorge-, Entschädigungs- und Ausgleichssysteme* auf die Suche, so findet man das klassische Vorsorgesystem der Sozialversicherung in Art. 171 garantiert, das Vorsorgesystem der beamtenrechtlichen Versorgung in Art. 95 Abs. 1 allenfalls impliziert, unter den Entschädigungssystemen nur die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts artikuliert (Art. 183)^{47a} und an Ausgleichssystem die allgemeine Fürsorge (Art. 168 Abs. 3), daneben den Familienlastenausgleich (Art. 125, 126), Mutterschutz (Art. 125 Abs. 1 Satz 2)^{47b} und Jugendwohlfahrt (Art. 125 Abs. 1, 126) sowie die Unterstützung von Künstlern, Gelehrten und Schriftstellern (Art. 140 Abs. 2), endlich die Befriedigung gewisser besonders schwer zu befriedigender Bedürfnisse wie Wohnung (Art. 106, 125 Abs. 3), sowie schulische und berufliche Bildung (Art. 128, 129, 132, 133, 138, 139, 153 Satz 3, 164 Abs. 1). Stellt man endlich die *soziale Sicherheit im defensiven Sinne* (Hilfe gegen Not, Hilfe gegen Verfall des Lebensstandards und Ausgleich erlittener Schäden) der sozialen Förderung (den *sozialen Entfaltungshilfen*) gegenüber, so bilden Fürsorge (Art. 168 Abs. 3), Sozialversicherung (Art. 171), Beamtenversorgung (Art. 95 Abs. 1), und Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts (Art. 183) den Kern verfassungsrechtlich positiv aufgegriffener sozialer Sicherung (im erwähnten engeren Sinn). Auch die Hilfe

46a Siehe zur frühen Interpretation des Art. 171 auch *Dersch*, Die Sozialversicherung, in: *Bettermann-Nipperdey-Scheuner*, Die Grundrechte, Bd. III, 1. Halbbd. 1958, S. 501 ff. (517).

47 Siehe zum System sozialer Sicherung und insofern auch zum folgenden *Zacher*, Diskussionsbeitrag zu "Rechtsformen sozialer Sicherung und allgemeines Verwaltungsrecht" VVDStRL Heft 28 (1969) S. 233 ff.; Das System der sozialen Sicherheit in der Bundesrepublik Deutschland, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 14. Jhg. (1970), S. 293 ff.; Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, DÖV 23. Jhg. (1970), S. 3 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 279 ff.); insbesondere S. 6 (in diesem Band, S. 286) Anm. 41; Das Vorhaben einer Kodifikation des Sozialrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 15. Jhg. (1971), S. 209 ff.

47a Siehe dazu *Zacher* in BV V und *Meder* je zu Art. 183. W. Nachw. siehe dort.

47b Der heute immer wieder diskutierte Gedanke einer *Mutterschaftsversicherung* wurde auch in den Verfassungsverhandlungen erwogen (siehe die Abgeordneten Hoegner und Hundhammer, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses der Bayerischen Verfassunggebenden Landesversammlung Band I S. 240), jedoch – ohne Ablehnung der Sache – für den Verfassungstext wieder fallengelassen, wobei offen blieb, ob die Institution eher auf Art. 125 Abs. 3 oder eher auf Art. 171 zu beziehen wäre.

zur Befriedigung der Wohnbedürfnisse (Art. 106, 125 Abs. 3) gehört primär hierher. Die Aussagen über den Schutz und die Förderung der Familien, Mütter, Kinder und Jugendlichen (Art. 124 ff.) weisen dagegen in beide Richtungen, während die Hilfen zur Ausbildung (Art. 128 ff., 164 Abs. 1) typische Entfaltungshilfen sind. Soziale Förderung im weiteren Sinne kann schließlich auch der Schutz des arbeitenden Menschen (Art. 166 ff.), die besondere Sorge für die kulturelle Schaffenden (Art. 160 Abs. 2, 162), die sektorale Hilfe für die Landwirtschaft (Art. 164), die strukturelle Hilfe für Klein- und Mittelbetriebe und für den Zugang zur selbständigen wirtschaftlichen Existenz (Art. 153)⁴⁸ und die regionale Wirtschaftshilfe (Art. 10 Abs. 4) sein^{49,50}.

Der 4. Abschnitt ist nicht ausschließlich, wohl aber im Schwerpunkt dem abhängig Arbeitenden gewidmet. Der 1. Abschnitt „*Die Wirtschaftsordnung*“ gilt dem selbständig Wirtschaftenden. Die BV bejaht ihn (Art. 151 Abs. 2 Satz 2). Den Aufstieg „aus nichtselbständiger Arbeit zu selbständigen Existenzen“ wertet sie als besondere soziale Chance (Art. 153 Satz 3). Der selbständige Wirtschaftende steht unter ihrem gesteigerten Schutz, solange er der Zone der „Kleinbetriebe und Mittelstandsbetriebe“ angehört (Art. 153, 155 Satz 1, 156 Satz 2)⁵¹. Dagegen verurteilt die BV die Konzentration und Übersteigerung wirtschaftlicher Macht (Art. 156, 157 Abs. 1).

Die besondere Verfassungsordnung der *Landwirtschaft* (Art. 163 ff.) sieht auch im Bauern vor allem den Selbständigen, dem der Boden gehört (Art. 163, 165). Jedoch findet sich darüber hinaus die „landwirtschaftliche Bevölkerung“ zu einer

48 Siehe *Schreiber*, Der Mittelstand in der bayerischen Verfassung, Diss. München 1949.

49 Als Instrument sowohl sektoraler als auch regionaler Wirtschaftsförderung, aber auch als Instrument bedarfsbezogener Hilfe kommen – jedenfalls nach der Absicht des Verfassungsverfassers – „Bedarfsdeckungsgebiete“ im Sinne des Art. 155 in Betracht (siehe dazu *Zacher* in BV V Art. 155 RdNr. 5; *dens.* Arbeitskammern im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, S. 65 ff.).

50 Bemerkenswert ist nicht nur, daß sich die Verfassung keinerlei Mühe gibt, die Probleme sozialer Sicherung – oder gar den weiteren Problembereich sozialer Sicherung, Hilfe und Förderung – in einem systematischen Zusammenhang zu sehen. Vielmehr muß auffallen, welche „weiße Flecken“ die Landkarte sozialer Sicherung, welche die BV zeichnet, aufweist. So fehlt nicht nur im Verfassungstext, sondern auch in den Verfassungsberatungen das Stichwort der Kriegsschäden – der Kriegspersonenschäden ebenso wie der Kriegssachschäden – und der Vertreibungsschäden, ja aller Kriegs- und Regimeschäden jenseits der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts. Zwar wurde bei den Verfassungsverhandlungen an die Flüchtlinge (Vertriebenen) gedacht – so zum Beispiel hinsichtlich ihrer staatsbürgerlichen Stellung (siehe Verhandlungen der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung, Stenographische Berichte, Band IV S. 86 f., 90, 98, 206 f., 209, 211 bis 220) und hinsichtlich ihrer Ansiedlung (ebenda S. 131, 139 f., 155). U.a. wurden die „Bedarfsdeckungsgebiete“ im Sinne des Art. 155 als ein Instrument auch der Hilfe für die Vertriebenen konzipiert (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung Band III S. 573, 633; Verhandlungen der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung Band IV S. 227). Aber die Verfassung spricht die kriegs- und regimeschädigten Personengruppen – abgesehen von Art. 183 – nicht als solche an.

51 Siehe Anm. 48.

Einheit zusammengefaßt, deren Lebensstandard die Verfassung steigern will (Art. 164). Dieser 3. Abschnitt über "Die Landwirtschaft" enthält auffallend vielerlei: ein reich differenziertes Stück Eigentumsverfassung für land- und forstwirtschaftlichen Grund und Boden (Art. 163), die auch nicht durch Überschuldung korumpiert werden soll (Art. 165), ein Programm für einen menschenwürdigen Lebensstandard der landwirtschaftlichen Bevölkerung (Art. 164 Abs. 1) und Wege, dieses durch angemessene Preise und Löhne zu sichern (Art. 164 Abs. 2).

Am aufdringlichsten zeigt sich die systematische Nachlässigkeit des Verfassungsgebers im 2. Abschnitt "*Das Eigentum*". Weder enthält er *die* Eigentumsverfassung der BV, noch enthält er das wirtschafts- und sozialpolitisch Spezifische davon⁵². Jedenfalls Gemeinwohlbindung des Eigentums (Art. 158) und Enteignungsrecht (Art. 159) sind weit darüber hinaus bedeutsam. Das Programm des öffentlichen Eigentums an bedeutsamen Wirtschaftsgütern und Unternehmertypen (Art. 160 Abs. 1) und die Sozialisierungsklausel (Art. 160 Abs. 2) ergänzen dagegen die im 1. Abschnitt entwickelte Konzeption der staatlich überwachten Wirtschaft, deren privatwirtschaftliches Element um so mehr staatlichem Zugriff unterliegt, je mehr es die machtarme Zone mittelständischer Wirtschaft "nach oben" verläßt. Ähnlich vertieft die Kontrolle des Bodeneigentums (Art. 161 – s.a. nochmals Art. 163 Abs. 1) die Negation übermäßiger Wirtschaftsmacht. Sie ist aber auch im Zusammenhang mit dem Auftrag des Staates zu sehen, den Zugang zu den wirtschaftlichen Gütern möglichst vielen möglichst gleichmäßig offenzuhalten. Die Abschöpfung von Wertsteigerungen (Art. 161 Abs. 2) analog zur Besteuerung "arbeitslosen Einkommens" (Art. 168 Abs. 2) gehört in den Rahmen sozial- und wirtschaftspolitisch verfassungsgerechter Steuergestaltung (Art. 123). Der Schutz geistigen Eigentums (Art. 162) endlich hat sicher in der Wirtschafts- und Sozialordnung seinen legitimen Platz, weist aber doch auch – wie etwa auch Art. 140 – in die Dimension des Kulturstaates.

III. Die Wirtschafts- und Sozialordnung der BV im Spiegel der Rechtsprechung, insbesondere der Rechtsprechung des VerfGH

Dem Anlaß dieses Beitrages entspricht es, insbesondere der Frage nachzugehen, welche Deutung und Bedeutung der VerfGH der Wirtschafts- und Sozialordnung der BV gegeben hat. Der Bericht darüber bezieht die Rechtsprechung anderer Gerichte – vor allem des Bayerischen Obersten Landesgerichts [ObLG] und des Bayerischen Verwaltungsgerechtshofs [VGH] – ein, soweit diese sich unmittelbar auf die Vorschriften der BV und nicht etwa auf parallele Vorschriften des Grundgesetzes bezieht. Auf diese Weise soll versucht werden, die Resonanz der "Wirtschafts- und Sozialverfassung" der BV in der rechtsprechenden Gewalt zusammenfassend zu skizzieren. Auf eine kritische Würdigung und Auseinander-

52 Siehe dazu unten S. 111 ff.; siehe ferner *Zacher* in BV V vor Art. 158 und zu Art. 158 bis 162.

setzung muß dabei grundsätzlich ebenso verzichtet werden wie auf den Vergleich mit der Auslegung, welche die einschlägigen Normen des Grundgesetzes in der Rechtsprechung – vor allem des Bundesverfassungsgerichts – gefunden haben⁵³.

1. Das Sozialstaatsprinzip⁵⁴

Die Interpretation des Sozialstaatsprinzips (Art. 3) steht dadurch vor einer wesentlich anderen Situation als die Auslegung des Sozialstaatsprinzips des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG), daß der Sozialstaat "bayerischen Rechts" in einer Fülle von Einzelregelungen der BV Gestalt gewinnt, während das Grundgesetz eine detaillierte soziale Programmatik kaum kennt. Diesen Einzelregelungen gegenüber ist das Sozialstaatsprinzip *lex generalis* (12, 21 [35 f.]; 13, 141 [145]; 21, 164 [169]). Aber das Sozialstaatsprinzip ist nicht nur Generalnenner für die einschlägigen Einzelregelungen der BV; und sein Sinn kann "nicht ausschließlich aus den positiven sozialen Regelungen der Verfassung" erschlossen werden (4, 51 [59]). Er müsse vielmehr auch "aus der allgemeinen Rechtslehre und aus der Idee der Gerechtigkeit erschlossen werden" (ebd.). Während in diesem Zusammenspiel von allgemeinem Sozialstaatsprinzip und sozialstaatlichen Detailregelungen diesen auch die Gewährung subjektiver Rechte vorbehalten ist (z.B. 13, 141 [145]), ist das Sozialstaatsprinzip als ein Satz ausschließlich objektiven Rechts doch verbindlich (12, 21 [35]; 13, 109 [115, 124], 141 [145]; 17, 74 [84]; ObLGSt 6, 232 [236]). Es "verpflichtet den Gesetzgeber, soziale Aktivitäten zu entfalten und auch zu verhüten, daß einzelne Gruppen oder Schichten wirtschaftlich unterdrückt oder schwer benachteiligt werden. Wie es aber bei der Fülle der sozialen Aufgaben, der Begrenztheit der öffentlichen Mittel und der Schwierigkeit, widerstreitende Interessen auszugleichen, nicht anders sein kann, kommt dem Ermessen des Gesetzgebers ein weiter Spielraum zu" (12, 21 [35]; 13, 109 [124]; 17, 74 [84]; 21, 131 [143], 164 [169]; 22, 57 [61]; 23, 92 [98]; s.a. 15, 59 [66]; ObLGSt 3, 124 [128]). Nichts weniger verpflichtet das Sozialstaatsprinzip "den Staat, ... gerade auch bei der Gesetzgebung soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen" (24, 1 [27]). Es "soll andererseits nicht zu einem 'sozialpolitischen Perfektionismus' führen, der die in der Verfassung verbürgten Freiheitsrechte außer acht lassen und die private Initiative lahmlegen würde" (13, 109 [124]; 15, 59 [65]). Die Subsidiarität der Staatshilfe gegenüber der Selbsthilfe ist im Sozialstaat nicht aufgehoben (VGH 14, 1 [5]).

Gegenüber den Grundrechten könnte das Sozialstaatsprinzip sich auf folgende Weise nachhaltig durchsetzen. Die Grundrechte der BV können eingeschränkt werden, soweit die "öffentliche Wohlfahrt" dieses zwingend erfordert (Art. 98 Satz 2). Dabei ist der Begriff der "öffentlichen Wohlfahrt ... durch ihren Zweck

53 Der *Verfasser* darf insofern auf *seine* folgenden Arbeiten hinweisen: *Soziale Gleichheit*, AöR, Band 93 (1968) S. 341 ff.; *Das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bay VBl. n.F. 15. Jhg. (1969), S. 113 ff.

54 Siehe ergänzend vor allem *Sozialstaat*; *Schweiger* in BV V Art. 3 RdNr. 16 ff.

bestimmt, der in erster Linie die Beseitigung sozialer Mißstände und die Herstellung gesunder sozialer Zustände bezieht (Art. 3: Bayern als Sozialstaat)” (2, 1 [7]). In der Verfassungswirklichkeit spielt der Gesetzesvorbehalt des Art. 98 Satz 2, da er in der Grundrechtsordnung des Grundgesetzes keine Entsprechung findet, jedoch nur eine geringe Rolle⁵⁵. Jedoch dient das Sozialstaatsprinzip dem VerfGH mitunter zur – verfassungsdogmatisch nicht einwandfrei als notwendig ausgewiesenen⁵⁶ – Motivation von Freiheitsbeschränkungen: “Aus gewichtigen sozialen Rücksichten muß sich in einem Rechts- und Sozialstaat der Bürger gewisse Freiheitsbeschränkungen gefallen lassen” (4, 219 [243]; 5, 287 [293]; 8, 1 [8]; s. auch ObLGSt 3, 124 [128]).

Was die konkrete Anwendung des Sozialstaatsprinzips anlangt, ist zweierlei hervorzuheben. Erstens gibt die Rechtsprechung dem Sozialstaatsprinzip keine aggressive, insbesondere keine die öffentlichen Leistungen ausweitende Tendenz. Als Maßstab, anhand dessen Maßnahmen und Regelungen überprüft werden, führt das Sozialstaatsprinzip – soweit zu sehen – nirgends zur Feststellung eines Verfassungsverstoßes. Nicht selten wird es von vornherein mit der Tendenz in die Argumentation eingeführt, angegriffene Maßnahmen und Regelungen zu rechtfertigen⁵⁷. Zweitens ist festzuhalten, daß sich die Rechtsprechung zum Sozialstaatsprinzip vorwiegend auf Sachfragen bezieht, deren soziale Problematik auch durch speziellere Regelungen der BV angesprochen wird: auf die soziale Sicherung der freien Berufe (4, 219 [243]; 5, 287 [293]; 13, 109 [124]; 15, 59 [66] – s. Art. 171), auf die öffentliche Fürsorge (VGH 2, 14 [19 f.]; 14, 1 [5] – s. Art. 168 Abs. 3), auf die Besserstellung unehelicher Kinder (13, 109 [124] – s. Art. 126 Abs. 2), auf Schulwesen und Bildungsförderung (12, 21 [35 f.]; 21, 164 [169]; 22, 57 [60 f.]; 24, 1 [22, 26 f.] – s. Art. 128, 129, 132), auf das Wohnungswesen (2, 1 [7 f.]; 17, 74 [84]; 23, 92 [98] – s. Art. 106, 125 Abs. 3), auf das Recht auf Arbeit und die Erhaltung von Arbeitsplätzen (13, 141 [145]; ObLGSt 3, 124 [128] – s. Art. 166) sowie auf die Kontrolle wirtschaftlicher Tätigkeit durch Preisbindung (ObLGSt 3, 124 [128] – siehe 151). Jedoch gilt das nicht ausschließlich. So wird die Sonde der Sozialstaatlichkeit auch gelegt an Probleme der Hausratsverteilung (2, 1 [7]), der Pflicht zur Röntgenreihenuntersuchung (8, 1 [8]), der Hilfe für Kriegsbeschädigte (17, 74 [84]), des Lärmschutzes (21, 131 [143]) und des nichtschulischen Ausbildungswesens (ObLGZ 15, 94 [99]).

2. Zum Vierten Hauptteil der BV

Die Aufgabe, das Sozialstaatsprinzip in der Wirtschafts- und Sozialordnung zu entfalten, liegt vor allem beim Vierten Hauptteil der BV. Die Grundrechtsordnung

55 Siehe dazu vor allem *Leisner* insbesondere S. 88 ff., 100 ff., 107 ff.; *Verfassungsentwicklung* insbesondere S. 386, 390 f., 397 f.; *Zacher* in BV V RdNr. 9 vor Art. 151, Art. 159 RdNr. 5; *Meder* Art. 98 RdNr. 2.

56 Siehe auch *Leisner* S. 39.

57 Siehe den vorigen Absatz.

(der Zweite Hauptteil) und die Vorschriften des Vierten Hauptteils über “Wirtschaft und Arbeit” wären denn auch die entscheidenden normativen Basen für die Konzeption einer “Wirtschafts- und Sozialverfassung” der BV. In der Rechtsprechung finden sich gleichwohl nirgends Ansätze einer prinzipiellen, auf eine Zusammenschau der verschiedenen Vorschriften hinzielenden Betrachtungsweise⁵⁸. Die Rechtsprechung befaßt sich vielmehr – in der Regel offenbar auf Anrufung durch Beschwerdeführer und sonstige Verfahrensbeteiligte, nicht selten mit sichtlichem Widerstreben – fast ausschließlich jeweils isoliert mit einzelnen Vorschriften.

a) Zum 1. Abschnitt: “Die Wirtschaftsordnung”⁵⁹

Unter den Vorschriften dieses Abschnittes war es zumeist der differenzierte, wengleich sichtlich geltungsschwache Art. 151, mit dem sich der VerfGH auseinanderzusetzen hatte. Vor allem beschäftigte ihn das Problem der Geltung. In Absatz 1 des Art. 151 – er proklamiert das Gemeinwohl, das menschenwürdige Dasein und die Erhöhung des Lebensstandards zu *Zielen für die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit* – sieht der VerfGH einen Grundsatz, kein Grundrecht (4, 150 [164]). Auch in Abs. 2 des Art. 151, der die *Vertragsfreiheit* (Satz 1) und die *Freiheit selbständiger wirtschaftlicher Betätigung* (Satz 2) grundsätzlich garantiert, zugleich aber die wirtschaftliche Betätigung zur Rücksichtnahme auf den Nächsten und die Forderungen des Gemeinwohls verpflichtet (Satz 3 und 4), sieht der VerfGH kein Grundrecht (2, 127 [141]). Im übrigen schwankt sein Urteil. Einmal meint er, Art. 151 Abs. 2 möge “teilweise unmittelbar verbindliches Recht setzen” (4, 150 [164]). Später stellt er fest, Art. 151 Abs. 2 BV enthalte “keinen unmittelbar verbindlichen Rechtssatz” (11, 23 [35]; 13, 10 [19]), sondern sei nur Programmsatz (22, 138 [143]). Dies stellt er vor allem immer wieder zur Proklamation der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung in Abs. 2 Satz 4 fest (4, 30 [38], 63 [77]; 8, 80 [89]; 11, 110 [120]). In der jüngeren Rechtsprechung pflegt der VerfGH – wie auch zu anderen Bestimmungen gerade des Vierten Hauptteils – zu formulieren, die Verfassungsbestimmung enthalten keinen unmittelbar verbindlichen Rechtssatz, dessen Verletzung im Popularklageverfahren zu prüfen wäre (18, 16 [24]; 20, 15 [21]; 21, 59 [66]; siehe auch 22, 1 [11]). An anderer Stelle sieht er die Schwäche der Bestimmung materiell: Satz 2 gewähre “Freiheit nur grundsätzlich, läßt also ergänzende gesetzliche Regelungen aus wichtigem Grunde zu” (4, 219 [245]). Eher zur Positivität tendiert die Rechtsprechung zur Vertragsfreiheit (Art. 151 Abs. 2 Satz 1). Zwar verweist der VerfGH darauf, daß schon der Text der Vorschrift die Vertragsfreiheit nur “nach Maßgabe der Gesetze” gewährleiste (4, 219 [245]; 22, 34 [39]). Aber er räumt ein, daß damit über Grundrechtscharakter und subjektive Berechtigung nichts unbedingt Negatives ausgesagt ist; denn ein glei-

58 Siehe auch *Leisner* S. 99 f.

59 Siehe zur Rechtsprechung zu diesem Abschnitt insbesondere *Zacher* in BV V zu Art. 151 bis 157. Siehe ferner *Leisner* S. 75 f.; *Meder* zu Art. 151 bis 157.

cher Vorbehalt der Gesetze gilt auch für die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 101) (11, 110 [120]). Der Gesetzesvorbehalt sei auch "nicht unbegrenzt. Auch die unter Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechte dürfen in ihrem Wesensgehalt nicht angetastet werden" (ebd.). Der VerfGH stößt damit zu der von ihm sonst kaum je wahrgenommenen Aufgabe durch, die Vorschriften des Vierten Hauptteils mit den Grundrechten der BV zu einem einheitlichen System zu vereinigen und damit auch aus ihrem – unnötigen, ja ungerechtfertigten – Leerlauf zu reißen⁶⁰. Die globale Feststellung, Art. 151 enthalte nur Programmsätze, ob der Gesetzgeber sie erfüllt habe, habe der Verfassungsgerichtshof im Popularklageverfahren nicht zu prüfen (21, 205 [211]), geht jedenfalls sowohl an der inhaltlichen Differenzierung des Art. 151 als auch an der Notwendigkeit, die "Freiheiten" des Art. 151 mit den elementaren Freiheitsgarantien der Verfassung systematisch zu verbinden, vorbei.

Nicht nur in ihren Aussagen zur Geltung des Art. 151, sondern auch in ihrer materiellen Interpretation ist die Rechtsprechung nach Kräften bemüht, die Tragweite dieser Vorschriften zu begrenzen. Schon aus dem Standort des Art. 151 ergibt sich, daß sich seine Gewährleistungen nur auf die wirtschaftliche Betätigung beziehen können (4, 150 [164, 177]; 13, 10 [19]). Aber wo sieht der VerfGH die Grenzen? Das ärztliche Standesrecht z.B. ordne "nicht eine wirtschaftliche Betätigung der Ärzte, sondern deren Berufsausübung" (4, 150 [164]). Auch das tierärztliche Standesrecht lasse "sich nicht unter den Begriff des Wirtschaftsrechts bringen; die Tätigkeit des Tierarztes ist keine wirtschaftliche Tätigkeit, insbesondere kein Gewerbe, sondern die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe" (13, 10 [19]). Hierin zeigt sich eine eigentümliche Einstellung des VerfGH gegenüber der sozialen Position gewisser freier Berufe, die auch in anderen Zusammenhängen – insbesondere zu Art. 179 – immer wieder offenbar wird⁶¹. Zutreffend entfaltet hat der VGH Art. 151 gegenüber einem vorkonstitutionellen Beschwerderecht, das der Fernhaltung eines einem Wirtschaftenden unerwünschten Wettbewerbs diene: "Wenn nach Art. 109 und 151 BV alle Bewohner Bayerns das Recht haben, jeden Erwerbszweig zu betreiben, und die Freiheit der selbständigen Betätigung des einzelnen in der Wirtschaft grundsätzlich anerkannt wird, dann kann gegen dieses Recht nicht durch Geltendmachung rein wirtschaftlicher Gegeninteressen angegangen werden" (VGH 4, 138 [140]).

Auch zu Art. 153, der dem Schutz und der *Förderung* der Klein- und Mittelstandsbetriebe dient⁶², pflegt der VerfGH die Feststellung, die Vorschrift enthalte nur Programmsätze (23, 10 [16]), durch den – in seiner Tragweite unklaren – Zusatz zu erläutern, die Erfüllung der Verfassungsprogramme könne nicht im Wege der Popularklage nachgeprüft werden (20, 171 [182]; 21, 1 [10], 76 [82 f.]).

60 Siehe dazu *Zacher*, in BV V RdNr. 8 f. vor Art. 151, Art. 151 RdNr. 4; w. Nachw. siehe dort.

61 Siehe dazu auch S. 117 f., 124 ff.

62 Siehe dazu auch *Schreiber*, a.a.O. (Anm. 48); *Leisner*, Haushaltsplan und Staatszielbestimmungen der Bayerischen Verfassung, BayVBl. n.F. 14. Jhg. (1968), S. 257 ff. (insbesondere 258, 260).

205 [211]). Sachlich begrenzt die Rechtsprechung Art. 153 auf “den Schutz der Kleinbetriebe und Mittelstandsbetriebe in ihrer Selbständigkeit insbesondere gegenüber den Großunternehmen der Privatwirtschaft” (10, 113 [124]; 18, 16 [26 f.]). Dagegen besage Art. 153 nichts über das Verhältnis der Klein- und Mittelbetriebe “zu den von den Gemeinden auf Grund ihres Selbstverwaltungsrechts betriebenen Versorgungseinrichtungen” (10, 113 [124]). Art. 153 verbiete auch nicht die Errichtung von staatlichen Regiebetrieben (VGH 5, 224 [229]). Jedoch hält es der VerfGH für möglich, Steuergesetze an Art. 153 zu messen, welche die Inhaber von kleineren und mittleren Betrieben zwingen, “ihre Existenz aufzugeben” (243, 10 [16])⁶³. Zum *Konzentrationsverbot* des Art. 156 stellt der VerfGH fest, die Vorschrift sei zunächst unmittelbar geltendes Recht gewesen, mittlerweile “aber durch Bundesrecht überholt” (21, 1 [11]).

b) Zum 2. Abschnitt: “Das Eigentum”⁶⁴

Die Überschrift vor Art. 158 ist irreführend. Die *Eigentumsordnung der BV* ist weit über die Verfassung verstreut. Im Mittelpunkt steht die Garantie des Eigentums in Art. 103 Abs. 1. Ihr stellt die Verfassung die Bindung an das Gemeinwohl (Art. 103 Abs. 2) und an die Gesamtheit (Art. 158 Satz 1) gegenüber (22, 34 [38]). Diese beiden allgemeinen Bindungsklauseln ergänzt die BV durch besondere Bindungsklauseln (Art. 141 Abs. 3, 157, 161, 163 Abs. 2 und 4) und ähnliche Bestimmungen und Programme für “Eigentumsordnung und Eigentumsgebrauch” (Art. 103 Abs. 2; siehe Art. 141 Abs. 1 und 2, 151, 152, 155, 156, 175). Die Gebundenheit des Eigentums findet ihren äußersten Ausdruck in der Möglichkeit der Entziehung konkreten Eigentums. Die BV spricht in Art. 123, 159, 160 Abs. 2, 161 Abs. 2 und 163 Abs. 5 auch diese Möglichkeit an, ohne jedoch den Kreis potentieller Eigentumsentziehungsfälle abschließend zu bewerten und zu ordnen. Andererseits wirft die BV aber auch zusätzliche Garantien des Eigentums aus: teils in Verbindung mit der Ausgestaltung der Eigentumsentziehungsfälle (Art. 159, 160 Abs. 2, 163 Abs. 5), teils darüber hinaus (Art. 146, 162 und 163 Abs. 1 und 3). Sie werden ergänzt durch die Vorschriften zur positiven Förderung gewissen Eigentums (z.B. Art. 153, 164, 165).

Der Versuch, über die Rechtsprechung zu *allen* diesen Vorschriften im Rahmen dieser Arbeit zu berichten, wäre verfehlt. Er würde zur extremen Ungleichgewich-

63 Ein offenkundiges Versehen ist dem VerfGH mit folgender Aussage unterlaufen: “Art. 153 handelt nur von Betrieben, nicht von Angestellten, die einen solchen Betrieb später selbständig eröffnen möchten”(5, 287 [294]). Art. 153 Satz 3 spricht ausdrücklich vom “Aufstieg tüchtiger Kräfte aus nichtselbständiger Arbeit zu selbständigen Existenzen”.

64 Siehe ergänzend vor allem *Leisner* insbesondere S. 76 ff.; *Meder* zu Art. 103, 141, 158 ff.; weitere Nachweise siehe dort. Der *Verfasser* darf vor allem auf *seine* folgende Arbeiten Bezug nehmen: Verfassungsentwicklung, S. 396 ff.; BV V vor Art. 158 und zu Art. 158 bis 162. Siehe ferner oben S. 104.

tigkeit des Berichts führen; denn vor allem um Art. 103 und Art. 159 rankt sich ein großer Teil der Rechtsprechung zur BV überhaupt⁶⁵.

Ferner müßte der Bericht notwendigerweise in die Dimension der Grundrechtsdogmatik hineinführen⁶⁶, die hier nicht aufgegriffen werden kann. Vor allem aber würde der Bericht mit einer Fülle "technischer" Einzelheiten belastet, die für die spezifische Problematik der "Wirtschafts- und Sozialverfassung" entweder irrelevant sind oder deren wirtschafts- und sozialpolitische Relevanz nur mittels einer Aufbereitung dargestellt werden könnte, die in der gebotenen Extensität hier nicht möglich ist.

Allgemein ist festzuhalten, daß in der Rechtsprechung *prinzipielle Ansätze*, die Einzelregelungen der BV über das Eigentum zu einer Gesamtheit zu fügen, ihnen eine geschlossene materielle, insbesondere wirtschafts- und sozialpolitisch relevante Deutung zu geben und sie so letztlich in ein wirtschafts- und sozialverfassungsrechtliches Sinngefüge hineinzuführen und einzuordnen, fehlen. Abgesehen davon, daß wesentliche Fragen insofern durch das Bundesrecht vorweggenommen sind, mag gerade die Fülle der Einzelregelungen eine pragmatische Zurückhaltung gegenüber der Versuchung des Grundsätzlichen nahegelegt haben. Sentenzen wie diejenige, Art. 103 Abs. 1 schütze das Eigentum gegen sozialstaatswidrige Eingriffe (12, 165 [167]), haben jedenfalls Ausnahmecharakter.

Die in der Verfassung doppelt formulierte *allgemeine Sozialbindung* des Eigentums (Art. 103 Abs. 2, 158) wird zwar betont. "Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs sind dem Grundrecht des Eigentums" die Bindungen nach Maßgabe der Art. 103 Abs. 2 und Art. 158 "von vorneherein zugehörig ... Eine verfassungswidrige Eigentumsbeschränkung kann demnach nicht vorliegen, wenn der Normgeber lediglich in Ausübung seiner Befugnis, die Eigentumsordnung im Dienst des Gemeinwohls festzulegen, den Inhalt des Eigentums nur allgemeinverbindlich abgrenzt und dabei das Recht in seinem Wesensgehalt nicht antastet" (22, 138 [145])⁶⁷. Die Bindung des Eigentums und die korrespondierende Obliegenheit des Gesetzgebers, "die Eigentumsordnung im Dienst des Gemeinwohls festzulegen", werden aber auf keine spezifischen Zwecke begrenzt oder auch nur – im Sinne von Schwerpunkten, Prioritäten oder dergleichen – hin orientiert. Mit anderen Worten: "sozial" im Sinne von "Sozialbindung" ist allgemein als "gesellschaftlich" und "gesellschaftszugewandt", vielleicht als "in die Gesellschaft eingebunden" zu verstehen, nicht aber im Sinne jener wertenden historisch-politischen Einengung, wie sie dem Begriff des "Sozialstaates" zugrunde liegt. Damit schließt die "Sozialbindung" des Eigentums freilich die mit dem Sozialstaatsprinzip und den speziellen Ausprägungen, die es in der BV gefunden hat, erfaßten gesellschaftlichen Interessen und Wertungen ein, nicht aus.

65 Siehe nochmals Verfassungsentwicklung, S. 396 ff.; Zacher zu Art. 159; Meder zu Art. 103, 158 ff.

66 Siehe dazu insbesondere Leisner.

67 Ältere Rechtsprechung siehe dort sowie in Verfassungsentwicklung, S. 397 f.; Meder Art. 103 RdNr. 4.

Diese Offenheit der Eigentumsordnung gegenüber der Vielfalt der gesellschaftlichen Interessen und Wertungen und die Negation eines Vorranges "sozialer" Belange in einem engeren Sinn zeigt sich auch in spezielleren Fragen verfassungsrechtlicher Eigentumsdogmatik. So hat etwa in den Kranz der Typen zulässiger Eigentumsentziehung⁶⁸ die zum Grundgesetz gelegentlich erwogene "soziale Umschichtung" keine Aufnahme gefunden⁶⁹. Auch die Bodenreform z.B. wurde als Enteignung qualifiziert (4, 212 [218]; siehe auch ObLGZ 16, 161 [insbesondere 170 ff., 176]). Auch die Grenze zwischen Eigentumsbindung und Enteignung wurde nicht nach – im engeren Sinne – "sozialen" Kriterien gezogen⁷⁰. Entsprechendes gilt etwa für das "Wohl der Allgemeinheit" als Voraussetzung und die "angemessene Entschädigung" als Bestandteil zulässiger Enteignung⁷¹. Eine interessante Ausnahme stellt eine Entscheidung aus dem Jahre 1949 zur sogenannten "Hausratsverordnung" dar (2, 1). Sie postuliert für den konkreten Fall der Hausratsteilung im Anschluß an Scheidungen unter den damaligen Lebensverhältnissen, "daß die formale Rechtslage der sozialen Notwendigkeit weicht" (S. 8) und "der Begriff der 'Angemessenheit' der Entschädigung dabei einer aus sozialen Rücksichten gebotenen Abwandlung unterliegt" (S. 9). Dabei wird jedoch entscheidend auf die "besonderen Pflichten" abgestellt, "die die Auflösung der sozialen Einheit der Familie mit sich bringt" (S. 9), sowie darauf, daß es sich bei dem Hausrat von Ehegatten "um sozial in besonderem Grade gebundenes Eigentum handelt" (S. 8). Die Entscheidung beruht ferner auf zwei fragwürdigen juristischen Prämissen: darauf, daß Art. 159 auch für Eigentumsentziehungen im Rahmen des Privatrechts gilt⁷²; sowie darauf, daß gegenüber den spezifischen Verfassungsgarantien des Eigentums auf Art. 98 Satz 2, insbesondere auf den Vorbehalt zugunsten der "öffentlichen Wohlfahrt" zurückgegriffen werden kann – also auf einem mittlerweile auch vom VerfGH mit Recht aufgegebenen Standpunkt⁷³. Jedoch hat die Entscheidung mit dem Postulat sozialstaatsgerechter Differenzierung im Kern Richtiges getroffen⁷⁴.

Besondere Aufmerksamkeit verdient angesichts einer aktuellen politischen Tendenz, Eigentum möglichst direkt unter Berufung auf Interessen einer mehr oder weniger großen Allgemeinheit in Anspruch zu nehmen, Art. 158 Satz 2: "Offenbarer Mißbrauch des Eigentums- oder Besitzrechts genießt keinen Rechtsschutz." Das ist wenig problematisch, soweit der Rechtsschutz einem Eigentumsgebrauch versagt wird, den die Rechtsordnung in sonst zulässiger Weise – etwa

68 Siehe *Zacher* in BV V Art. 159 RdNr. 4 ff.

69 A.a.O. RdNr. 14.

70 Siehe z.B. *Meder* Art. 103 RdNr. 5 ff.; *Zacher* in BV V Art. 159 RdNr. 19 ff., insbesondere 20 ff.

71 Siehe dazu *Zacher* in BV V Art. 159 RdNr. 30 ff., 34 ff.; *Meder* Art. 159 RdNr. 4, 7 ff.

72 Siehe dazu *Zacher* in BV V Art. 159 RdNr. 13.

73 Siehe dazu *Verfassungsentwicklung*, S. 386, 397 ff.; *Meder* Art. 98 RdNr. 2, Art. 103 RdNr. 4, Art. 159 RdNr. 3; je m.w.Nachw.

74 Siehe *Zacher* in BV V Art. 159 RdNr. 37 m.w.Nachw.

durch Normen des Strafrechts (20, 62 [70 ff.]) – unterbindet⁷⁵. Soll aber Art. 158 Satz 2 darüber hinaus auch eine Ausnahme von dem sonst für die Eigentumsordnung geltenden Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes (VGH 4, 5 [8])⁷⁶ zulassen⁷⁷? Das wäre selbst dann bedenklich, wenn “offenbarer Mißbrauch” nur bei grober Verletzung des Interesses der Allgemeinheit angenommen werden darf und nicht etwa auch dann, wenn Fragen der Zweckmäßigkeit des Eigentumsgebrauchs verschieden beantwortet werden können (BGHZ 14, 294 [299 f.]). Dem kann nur der Gesetzgeber durch eine Eigentumsordnung Rechnung tragen, die den “offenbaren Mißbrauch” des Eigentums spezifiziert und ihm mit adäquaten Maßnahmen entgegentritt (zu zurückhaltend gegenüber einer *Pflicht* des Gesetzgebers, die Eigentumsordnung zu perfektionieren: 18, 43 [48 f.]).

Die Vorschrift des *Art. 160* – über *Gemeineigentum* und *Sozialisierung* – “stellt lediglich Grundsätze für die künftige Gestaltung der Eigentumsverhältnisse an wichtigeren Bodenschätzen und bestimmten anderen Vermögenswerten auf ...; sie besagt auch nur, daß ‘in der Regel’ das Eigentum an solchen Werten Körperschaften oder Genossenschaften des öffentlichen Rechts zustehen soll, läßt also Ausnahmen durchaus zu und verbietet insbesondere dem Staat nicht, im Einzelfall Werte dieser Art, die sich bereits in seiner Hand befinden, wieder zu veräußern” (7, 86 [94]). “Ein Zwang, einmal erworbene Vermögenswerte dauernd zu behalten, kann ... aus Art. 160 BV nicht hergeleitet werden” (ebenda).

Art. 161 – über *Bodenverteilung* und Abschöpfung von *Wertzuwachs* – enthält nur Programmsätze (Entscheidung des VerfGH vom 20. Juni 1966 Vf. 28 – VI – 66)⁷⁸. Das gilt insbesondere auch für Art. 161 Abs. 2, wonach “unverdiente” Steigerungen des Bodenwerts der Allgemeinheit nutzbar zu machen sind (ObLGZ 17, 148 [169]). Jedoch macht die Vorschrift etwa auf die Notwendigkeit aufmerksam, bei der Bemessung von Enteignungsentschädigungen entsprechende Wertsteigerungen zu berücksichtigen (9, 158 [165]).

c) Zum 3. Abschnitt: “Die Landwirtschaft”⁷⁹

Die “agrarverfassungsrechtlichen” Regelungen der Art. 163 ff. wurden von der Entwicklung im einzelnen auf recht verschiedene Weise “mitgenommen”. Die

75 Eine bemerkenswerte Variante bietet ObLGSt 13, 63 [66 f.]. Gegen die Anordnung eines Dimensperrbezirks wird Eigentumsschutz in Anspruch genommen. Während der VerfGH (20, 62 [69 bis 72]) in diesem Fall ganz auf die Strafbarkeit der Unterhaltung von Bordellen und bordellartigen Betrieben abstellt, von ihr auf den offenbaren Mißbrauch i.S. des Art. 158 Satz 2 schließt und von daher endlich den Rechtsschutz versagt, geht das ObLG anders vor. Es sieht in der Gewerbsunzucht einen Verstoß gegen das Sittengesetz (so auch VerfGH a.a.O. S. 70) und versagt den wirtschaftlichen Interessen daran deshalb des Schutz als “privates Vermögensrecht”, also auch als Eigentum sowohl i.S. des Art. 14 GG als auch i.S. des Art. 103 BV. Diese Argumentation ist in ihrer Direktheit nicht weniger bedenklich als die unmittelbare Inanspruchnahme des Art. 158 Satz 2.

76 Siehe *Zacher* in BV V Art. 158 RdNr. 2 m.w.Nachw.

77 Siehe *Zacher* a.a.O. RdNr. 4.

78 Zitiert nach *Meder* Art. 161 RdNr. 1.

79 Siehe ergänzend *Meder* zu Art. 163 bis 165.

Förderungsprogramme (insbesondere Art. 164, 165) erscheinen aktueller denn je. Die Regel "Bauernland in Bauernhand" (Art. 163 Abs. 4) ist zum Anachronismus geworden. Die Gewährleistung der Freizügigkeit des Bauern (Art. 163 Abs. 1 Satz 2) und des bäuerlichen Eigentums (Art. 163 Abs. 3 und 5) haben zumindest an Aktualität eingebüßt. Und die besonderen Bindungen land- und forstwirtschaftlichen Eigentums (Art. 163 Abs. 2 und 4) hinterlassen einen zwiespältigen Eindruck. Dementsprechend fordert auch die Rechtsprechung zu Art. 163 ff. gesteigertes historisches Verständnis ab.

Art. 163 ist teils als Modifikation, teils als Bekräftigung der allgemeinen *Eigentumsordnung* für land- und forstwirtschaftliches Eigentum zu verstehen (9, 1 [8 ff.]; 11, 110 [119 ff., 123]). Daß Grund und Boden frei sind (Abs. 1 Satz 1) soll besagen, daß an sich jedermann Zugang zu Grund und Boden freistehe (9, 1 [8]). Absatz 2 soll die allgemeine Sozialbindung des Eigentums für land- und forstwirtschaftliches Grundeigentum bekräftigen (9, 1 [8 f.]). Die Vorschrift dient so dazu, die Gemeinnützigkeit der Flurbereinigung und damit ihre Zulässigkeit als Enteignung zu bekräftigen (5, 225 [232]). Absatz 3 bestätigt die allgemeine Eigentums-garantie für das bäuerliche Eigentum, ohne ihm zusätzlichen Schutz zu gewähren (9, 1 [8]; 22, 34 [39]), der merkwürdigerweise gerade gegenüber jagdrechtlichen Vorschriften gerne in Anspruch genommen würde (22, 34 [35]; ObLGSt 3, 111 [112]). Dagegen legt der Wortlaut des Absatzes 5 nahe, die allgemeinen Voraussetzungen für die Enteignung (Art. 159) für land- und forstwirtschaftlichen Grund als modifiziert anzusehen⁸⁰. Sie stellt außer Streit, daß die Enteignung für landwirtschaftliche Siedlung zulässig ist (4, 212 [218]). Im übrigen freilich können "dringende Zwecke des Gesamtwohls" dem Gegenstand nach alle Zwecke sein, die auch sonst Enteignungen rechtfertigen (VGH 13, 97 [103]). Absatz 4 will den Grundsatz "Bauernland in Bauernhand" etablieren und absichern (9, 1 [9]; ObLGZ 6, 23 [35]). Die Kontrolle im einzelnen zu gestalten, ist Sache des Gesetzgebers. Das gilt sowohl hinsichtlich weiterer materieller Hemmnisse (9, 1 [9 f.]) als auch hinsichtlich des Genehmigungsverfahrens (11, 110 [119]). Der heutigen agrarwirtschaftlichen Diskussion liegt besonders die Forderung fern, den Schutz des Art. 163 Abs. 4 jedenfalls dem zum landwirtschaftlichen Klein- und Mittelbesitz gehörigen Grund und Boden zu sichern (so aber noch OLG München, Beschluß vom 8. Juli 1953 BayJMBI. 1953 S. 11 ff.).

Art. 165 – gegen die *Überschuldung* landwirtschaftlicher Betriebe – ist nur Programmsatz (16, 128 [136]).

d) Zum 4. Abschnitt: "Die Arbeit"⁸¹

Dieser Abschnitt dient dem Schutz des arbeitenden Menschen. Er wird "nur auf die ehrliche Arbeit" bezogen; "mag sich dieses Beiwort auch nur in einer ... einzelnen Vorschrift dieses Abschnittes – Art. 168 Abs. 1 – finden ... Bordellwirte

80 A.A. *Meder* Art. 163 RdNr. 5 m.w.Nachw.

81 Siehe ergänzend *Leisner* S. 72 f.; *Meder* zu Art. 166 bis 177.

und Dirnen verrichten nach allgemeiner Meinung – die schon in den Rechtsordnungen des Mittelalters hervorgetreten ist ..., aber auch heute noch herrscht – keine ehrliche Arbeit” (20, 62 [72])⁸².

“Art. 166 Abs. 1 nennt die *Arbeit* die ‘Quelle des Volkswohlstands’ und stellt sie unter den besonderen Schutz des Staates. Er enthält ein Bekenntnis zu ihrer grundlegenden Bedeutung für das Wirtschaftsleben”, hat “aber nur die Bedeutung eines Programmsatzes. Er begründet für den einzelnen keine subjektiven Rechte” (13, 141). Gleiches gilt auch für das Recht, sich durch Arbeit eine auskömmliche Existenz zu schaffen (Art. 166 Abs. 2: 4, 78 [89 f.]; 13, 141 [144 f.]; 16, 32 [45]; 20, 62 [72]; 21, 211 [216]; 22, 1 [11]). Dementsprechend sieht die Rechtsprechung in der Vorschrift auch kein Grundrecht (2, 127 [141 f.]; 5, 161 [166]; Bayerisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 17. Februar 1954 – AP § 611 BGB – Beschäftigungspflicht Nr. 1 [Blatt 1 Rückseite]). Einmal freilich läßt der VerfGH dies dahingestellt, weil sich die fragliche Einschränkung – eine Altersgrenze für Hebammen –, wenn Art. 166 Abs. 2 ein Grundrecht wäre, auch durch Art. 98 Satz 2 rechtfertigen ließe (3, 90 [94]). “Welche Arbeit gewählt werden kann und in welcher Art sie auszuüben ist, kann durch einfaches Gesetz oder durch Rechtsverordnung bestimmt werden” (5, 148 [158]). Die sich anbietende Möglichkeit grundrechtlichen Schutzes vermittelt Art. 101 und der Materialisierung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Normen nach Art. 166 bleibt aber auch hier ungenutzt. Objektiv ergibt sich wie Art. 166 Abs. 2, “daß der Staat geeignete wirtschafts- und sozialpolitische Maßnahmen ... treffen soll, damit nach Möglichkeit jedermann durch Arbeit eine auskömmliche Existenz findet” (13, 141 [144]). Auch wirtschaftslenkende Vorschriften können durch Art. 166 Abs. 2 (relevant?) motiviert werden (ObLGSt 3, 124 [128]).

Art. 166 Abs. 3 – über Recht und Pflicht zu freier, aber individuell adäquater *Berufswahl* – wurde zunächst als verfassungsmäßiges Recht anerkannt (1, 16 [17]). Alsbald wird aber der Grundrechtscharakter negiert (2, 127 [141]); später noch einmal dahingestellt in: 4, 150 [161]). Die Vorschrift habe “den Charakter eines Programmsatzes, nicht den eines verbindlichen Rechtssatzes” (4, 30 [38]; 13, 10 [19], 141 [146]; 16, 32 [45]; 21, 59 [66], 211 [216]; 22, 1 [11]; VerfGH Beschluß vom 4. Januar 1968 BayVB1 n.F. 14. Jhg. [1968] S. 202). Die Vorschrift gelte nur nach Maßgabe der Gesetze (4, 79 [90]; 8, 80 [89]; 16, 32 [45]; 21, 59 [66]). Insbesondere gelte das Recht auf Berufswahl nicht uneingeschränkt, sondern nur nach näherer Bestimmung der Gesetze (5, 161 [166]). Zur Reichweite des Art. 166 Abs. 3 ist die Rechtsprechung widersprüchlich. Einmal nimmt sie an, die Vorschrift schütze nur die freie Berufswahl, nicht auch die Freiheit der Berufsausübung (5, 148 [158]). Ein anderes Mal stellt sie fest, auch als Grundrecht würde die Vorschrift “nicht ohne weiteres eine gesetzliche Regelung der Berufsausübung ausschließen” (4, 150 [161]). Ob auch die Wahl des Arbeitsortes geschützt ist, bleibt dahingestellt (13, 10 [19]). Daß für bestimmte Berufe die Ablegung von

82 Siehe auch Anm. 75.

Prüfungen gefordert wird, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten ist, um die ordnungsgemäße Ausübung der Berufstätigkeit zu gewährleisten, ist zulässig (21, 59 [66 f.]). Auf den Zugang zu öffentlichen Ämtern, der in Art. 116 und 94 Abs. 2 Satz 1 speziell geregelt ist, findet Art. 166 Abs. 3 ohnedies keine Anwendung (12, 91 [111]). Auf keinen Fall ergibt sich ein subjektives Recht des einzelnen "auf staatliche Leistungen ..., besonders nicht auf die Beschaffung einer von ihm gewünschten Arbeit oder gar eines von ihm angestrebten Arbeitsplatzes" (13, 141 [146]; VerFGH Beschluß vom 4. Januar 1968 a.a.O.).

In den Vorschriften über den *Schutz der Arbeitskraft* (Art. 167) werden nur Programmsätze gesehen (21, 1 [10]; 22, 1 [11]). Art. 168 Abs. 1 Satz 1 erkennt jeder ehrlichen Arbeit den gleichen sittlichen Wert und Anspruch auf angemessenes Entgelt zu. Auch diese Vorschrift wertet der VerFGH als Programmsatz (12, 91 [112]; 14, 4 [17]; 18, 1 [7]), aus dem sich subjektive Rechte nicht herleiten lassen (15, 49 [53]). Und auch als Programm gilt sie – angesichts der speziellen Vorschriften in Art. 94 ff. – nicht für Beamte (14, 4 [17]; siehe auch ObLGZ 9, 102 [114]). Entsprechendes gilt für den Grundsatz des gleichen Lohns für Männer und Frauen (Art. 168 Abs. 1 Satz 2). Auch er ergibt nicht unmittelbar subjektive Rechte (4, 79 [90]) und gilt nicht für Beamte (13, 89 [93]). Jedenfalls ist die beamtenrechtliche Beihilfe kein "Lohn" im Sinne der Vorschrift (11, 203 [212]). Keine "Arbeit" im Sinne des Art. 168 wird in der Indienstrafnahme von Unternehmern bei der Abführung von Steuern gesehen (VGH 16, 25 [31]).

Wie im Text der Verfassung, so fehlen auch in der Rechtsprechung Versuche, Probleme und Regelungen sozialer Sicherung im systematischen Zusammenhang zu sehen⁸³. Die Rechtsprechung befaßt sich jeweils mit den einzelnen einschlägigen Regelungen. So wird etwa das Sozialstaatsprinzip ohne Rückgriff auf die Gesamtheit der Vorschriften über soziale Sicherung, soziale Entschädigung oder dergleichen zum Verfassungsgebot der Kriegsoferversorgung (17, 74 [84]) konkretisiert.

Lediglich für die Anerkennung eines subjektiven Rechts auf öffentliche Fürsorge wird die Zusammenschau des Rechts- und Sozialstaatsprinzips mit Art. 125 und Art. 168 Abs. 3 nutzbar gemacht (VGH 2, 11 [19 f.])⁸⁴.

Die Auslegung des *Rechts auf Fürsorge* (Art. 168 Abs. 3) ist beherrscht von dem Standort der Vorschrift: im Abschnitt über "Die Arbeit" und nach zwei Absätzen über den Wert der Arbeit. Daraus wird nicht nur geschlossen, daß die Vorschrift niemanden begünstigt, der arbeitsfähig ist und eine ihm vermittelte Arbeit ohne Grund ablehnt (VGH 14, 1 [5]). Daraus wird auch eine gegenständliche Beschränkung abgeleitet. Art. 168 Abs. 3 meine Arbeitslosenfürsorge und -unterstützung (VGH 2, 1 [19]), ja gewähre sogar ein Recht auf Arbeitslosenunterstützung (5, 273 [277]). Dagegen sei es zweifelhaft, inwieweit die Vorschrift sich auch auf die allgemeine Fürsorge (VGH a.a.O.) oder auf die Unterhaltshilfe nach dem Sofort-

83 Siehe nochmals oben S. 101 ff.

84 15, 49 [57] bringt außerdem Art. 168 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 3 zueinander in Beziehung.

hilfegesetz erstrecke (5, 273 [277]). Für die Beamtenversorgung freilich wird unabhängig davon angenommen, sie habe mit dem "Recht auf Fürsorge ... nichts zu tun" (ObLGZ 9, 102 [114]). Jedenfalls enthalte Art. 168 Abs. 3 kein "eigenständiges, von den einzelnen Fürsorgegesetzen losgelöstes Recht auf Fürsorge ...; wie das Recht auf Fürsorge ausgestaltet ist, bemißt sich vielmehr nur nach den einschlägigen, die Fürsorgeleistungen regelnden Gesetzen" (5, 273 [277]; 15, 49 [58]). Damit ist denn auch eher der Charakter eines Programmsatzes vereinbar, aus dem sich subjektive Rechte nicht ableiten lassen (15, 49 [53, 58]).

Der "Anspruch auf Sicherung gegen die Wechselfälle des Lebens durch eine ausreichende Sozialversicherung" (Art. 171) ist als "verfassungsmäßige Gewährleistung der Sozialversicherung im Sinne einer sogenannten institutionellen Garantie zu werten ..., d.h. als verfassungsmäßige Garantie, daß eine Sozialversicherung nach näherer Bestimmung der Gesetze überhaupt besteht" (7, 1 [3]). Dagegen begründet die Vorschrift nicht unmittelbar subjektive öffentliche Rechte der einzelnen (7, 1 [3]; 13, 109 [123]; 15, 49 [53], 59 [67]). Die Verfassung hat nur einen Grundsatz aufgestellt, dessen Ausgestaltung dem Gesetzgeber überlassen ist (7, 1 [3]; 13, 109 [123]; 15, 59 [67]). Dem VerfGH diene die Vorschrift zunächst vor allem dazu, die mit dem zwangsweisen Einbezug in berufsständische Versorgungseinrichtungen verbundenen Freiheitsbeschränkungen und Gleichbehandlungsprobleme zu rechtfertigen (so für die Ärzteversorgung: 4, 219 [242 f., 245]; 16, 117 [124 f.]; für die Apothekerversorgung: 5, 287 [293]). Als sich dann aber Antragsteller auf Art. 171 berufen, um eine nach ihrer Ansicht bessere soziale Ausgestaltung der Ärzteversorgung zu erzielen, zieht der VerfGH in Zweifel, ob die Vorschrift überhaupt für die Angehörigen freier Berufe gilt (13, 109 [112 f.]; 15, 59 [66 f.]). Hier wird – parallel zur Auslegung des Art. 168 Abs. 3 – für Art. 171 bedeutsam, daß sich Art. 171 in dem Abschnitt über "Die Arbeit" findet. Doch rechtfertigt das die Einengung nicht. In anderer Weise beschneidet der VerfGH die Aussage des Art. 171 durch folgenden merkwürdigen Satz: "Der Begriff einer 'Sozialversicherung' für Ärzte würde – unterstellt, daß Art. 171 BV sie fordern sollte – nicht zwingend voraussetzen, daß sie auch ein Altersruhegeld im engeren Sinn erhalten" (15, 59 [66 f.]). Plausibel erscheint, daß der VerfGH es ablehnt, aus Art. 171 die Notwendigkeit abzuleiten, uneheliche Kinder männlicher Versicherter mit deren ehelichen Kindern gleichzustellen (13, 109 [123 f.]). Indem der VerfGH die angegriffene Regelung aber auch gegenüber Art. 126 Abs. 2, und zwar mit dem Argument verteidigt, die Ärzteversorgung gewähre den Hinterbliebenen "im voraus erbrachte Leistungen der Ärzte für ihre nächsten Angehörigen", nicht dagegen "öffentliche Jugendpflege- oder öffentliche Jugendfürsorgemaßnahmen" (ebd. S. 118), wird deutlich, welche Gefahr für die Richtigkeit der Ergebnisse in der isolierten Interpretation der Verfassungsnormen über soziale Sicherung und Förderung durch den VerfGH liegt⁸⁵.

85 In weiteren Entscheidungen zur Ausgestaltung berufsständischer Versorgungseinrichtungen greift der VerfGH ausschließlich auf andere Verfassungsnormen, nicht dagegen auf Art. 171 zurück: 6, 107 [112]; 12, 14 [19 f.].

Die Verfassungsvorschriften über die *Mindestlöhne* (Art. 169 Abs. 1) und über *Gesamtvereinbarungen* zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden (Art. 169 Abs. 2) gelten nicht für Beamte (zu Abs. 1: 12, 91 [112]; zu Abs. 2: 8, 11 [20]). Das entspricht ebenso den Implikationen des “Berufsbeamtentums” (Art. 95 Abs. 1 Satz 2) wie der einseitigen Regelung der Beamtenverhältnisse und insbesondere der Alimentation der Beamten durch Gesetz (ebd. Satz 1). Die Frage, ob Tarifverträge der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle unterliegen⁸⁶, hat der VerfGH verneint, ohne sich mit Art. 169 Abs. 1 auseinanderzusetzen (24, 72). In einer “abweichenden Ansicht” (24, 85 [88 f.]) wird dagegen aus Art. 169 Abs. 2 geschlossen, Tarifverträge hätten eine öffentliche Legitimation, die über die bürgerlich-rechtliche Vereinsautonomie hinausgehe.

Die *Koalitionsfreiheit* (Art. 170)⁸⁷ ist ein Grundrecht und gilt als solches – in Übereinstimmung mit Art. 9 Abs. 3 GG – fort (4, 30 [38 f.]; 18, 51 [55, 58]). Mehr Aufmerksamkeit denn als Garantie der positiven Vereinigungsfreiheit hat Art. 170 jedoch als Gewährleistung der negativen Koalitionsfreiheit (4, 30 [39]) gefunden. Die negative Koalitionsfreiheit wurde zu einem beliebten Argument, den zwangsweisen Einbezug in öffentlich-rechtliche Organisationen abzuwehren. Der VerfGH (4, 30) hat demgegenüber für die Zwangsmitgliedschaft bei Rechtsanwaltskammern wie folgt argumentiert: ihre Aufgaben seien weder sozialer noch wirtschaftlicher noch kultureller Art; sie seien deshalb auch keine Körperschaften im Sinne des Art. 34 und des Art. 179 (S. 38). Demzufolge – offenbar weil Art. 170 “die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ... gewährleistet” – seien sie auch keine Vereinigungen im Sinne des Art. 170 (S. 39). Für die ärztlichen Standesorganisationen geht der VerfGH (4, 150; bestätigt in 15, 92 [103]) davon aus, daß die Ärzte selbst bereits keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübten (S. 162). Demzufolge hätten auch die Standesorganisationen keine wirtschaftliche Aufgabe (S. 162 f.). Die Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen sei nicht Selbstzweck der Standesorganisationen; diese seien deshalb keine Organisation im Sinne des Art. 170 (S. 163). Ebenso handle es sich bei der kassenärztlichen Vereinigung nicht um eine Vereinigung zur Wahrung und Förderung der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen (ebd. S. 176). Die Zwangsmitgliedschaft bei der Bayerischen Ärzteversorgung sei schon deshalb nicht durch die negative Koalitionsfreiheit ausgeschlossen, weil die Ärzteversorgung keine Personenvereinigung, sondern eine Anstalt sei (4, 219 [246]; entsprechend zur Apothekerversorgung: 5, 287 [294]). Diese Rechtsprechung ist nur unter der Voraussetzung verständlich, daß die negative Vereinigungsfreiheit nur für Art. 170, nicht auch für die allgemeine Vereinigungsfreiheit (Art. 114) vorausgesetzt wird (4, 30 [39]). Darüber hinaus ist die aufgezeigte

⁸⁶ Siehe dazu auch *Zacher* in BV IV RdNr. 44 f.

⁸⁷ Siehe dazu ergänzend *Leisner* S. 75; *Zacher*, Arbeitskammern im sozialen und demokratischen Rechtsstaat, S. 72 ff.; *Meder* zu Art. 170; w. Nachw. siehe dort.

Rechtsprechung ein weiteres Beispiel für die eigentümliche Einstellung des VerfGH gegenüber den freien Berufen⁸⁸.

Für die Verwirklichung des programmatisch verkündeten *“Rechts auf Erholung”* (Art. 174 Abs. 1 Satz 1)⁸⁹ sieht die BV drei – nebeneinander zu beschreitende – Wege vor: Erstens das freie Wochenende (Art. 174 Abs. 1 Satz 2), insbesondere den Schutz des Sonntags (Art. 147); zweitens den Schutz der Arbeitsruhe an Feiertagen (Art. 147), insbesondere auch am 1. Mai (Art. 174 Abs. 2), unter Vergütung des Lohnausfalls (Art. 174 Abs. 1 Satz 4); drittens den Jahresurlaub unter Fortbezug des Arbeitsentgelts (Art. 174 Abs. 1 Satz 2)⁹⁰. Unter diesen Vorschriften gilt allein (noch) Art. 174 Abs. 2 unmittelbar und aktuell (6, 78 [98]). Die Anordnung der Vergütung des Lohnausfalles bei Feiertagen (Art. 174 Abs. 1 Satz 4) ist als aktuelles Recht mittlerweile durch Bundesrecht überholt (BVerfG 2, 232 [235 f.]; VerfGH 6, 78 [98 ff.]; siehe auch 21, 67 [75]). Art. 147 hat sich als bedeutsam erwiesen, um die Legitimität religiöser Feiertage gegenüber anderen Verfassungsnormen darzutun (21, 67 [72 f., 75])⁹¹. Welche Feiertage im einzelnen bestimmt werden, ist jedoch sowohl nach Art. 147 als auch nach Art. 174 Abs. 1 Satz 4 Sache des einfachen Rechts (6, 78 [98]).

Die Garantie der *betrieblichen Mitbestimmung* (Art. 175) wurde als aktuell geltendes Grundrecht anerkannt (12, 37 [41 f.]; 13, 153 [159]; 22, 43 [46]), das auch unter dem Grundgesetz fortgilt (12, 37 [42]). Gewährleistet sind *“die Grundzüge des Mitbestimmungsrechts der Arbeitnehmer”* (12, 37 [41]; 13, 153 [159]). Art. 175 Satz 1 unterscheidet zwischen dem Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer in den sie berührenden Angelegenheiten, das bei allen wirtschaftlichen Unternehmungen zu verwirklichen ist, und einem unmittelbaren Einfluß auf die Leitung und die Verwaltung der Betriebe in Unternehmungen von erheblicher Bedeutung. Zur ersten Alternative meint der VerfGH, sie bedeute *“zumindest eine Garantie des Inhalts, daß in wirtschaftlichen Unternehmungen die die Arbeitnehmer berührenden Angelegenheiten nicht ohne deren Mitwirkung geregelt werden dürfen”* (ebd.). *“Mitbestimmungsrecht”* ist in einem sehr allgemeinen, nicht dagegen in dem engeren technischen Sinn zu verstehen, der in der *“Mitbestimmung”* ein stärkeres Recht gegenüber der bloßen *“Mitwirkung”*, *“Einflußnahme”* oder dergleichen sieht (13, 153 [168]). Hier wie sonst hat der Gesetzgeber Spielraum, die Einzelheiten zu gestalten (13, 153 passim). So steht es in seinem Ermessen, die Wahldauer der Betriebsräte zu bestimmen und ausnahmsweise auch zu verlängern (12, 37 [43]). *“Der Verfassungsvorschrift ist allerdings zu entnehmen, daß die Betriebsräte nach dem Willen der sie ‘bildenden’ Arbeitnehmer zusammengesetzt werden müssen und daß diesen nicht eine Vertretung aufgezwungen werden darf,*

88 Siehe dazu auch S. 111, 127 ff.

89 Siehe dazu *Herschel*, Das Arbeitsrecht, in: *Bettermann-Nipperdey-Scheuner*, Die Grundrechte, Band III 1. Halbband, 1958, S. 325 ff. (351).

90 *Rühl*, Der Jahresurlaub des Arbeitnehmers als Grundrecht und seine Ausgestaltung durch das Bayerische Urlaubsgesetz, Diss. München 1950.

91 Weitere Nachweise siehe dort bei *Meder* zu Art. 147.

die dem Willen der Mehrheit nicht oder nicht mehr entspricht" (ebd.). Besonders betont wird das Ermessen des Gesetzgebers hinsichtlich der Gestaltung (der Zusammensetzung, der Organisation, des Verfahrens usw.) der Betriebsräte schon in Art. 175 Satz 2 (13, 143 [163 f.]). Auch die Ausgestaltung des Mitwirkungsrechts der Betriebsräte bei Entlassungen (Art. 175 Satz 3) ist dem gesetzgeberischen Ermessen überlassen (5, 85 [99]). "Wirtschaftliche Unternehmen" im Sinne des Art. 175 Satz 1 können "auch solche der öffentlichen Hand" sein (12, 37 [43]). Jedoch erfaßt Art. 175 nur privatrechtlich Bedienstete ("Arbeiter und Angestellte") und betrifft "die Beamten überhaupt nicht. Er ordnet weder an, daß Beamte in das Betriebsräterecht einzubeziehen seien, noch untersagt er es" (10, 31 [42]; 12, 37 [42]; 13, 153 [162]). Welche Vertretung ihrer Interessen den Beamten einzuräumen ist, muß aus Art. 95 entnommen werden (10, 31 [42 f.]). Aus dem demokratischen Prinzip des Art. 2 kann "ein Recht der Arbeitnehmer, Betriebsvertretungen zu bilden, überhaupt nicht abgeleitet werden" (13, 153 [165]). Art. 2 "befaßt sich mit der Ausübung der Staatsgewalt und der Wahl der wichtigsten Organe der Demokratie, die hierbei als Beauftragte des Volkes tätig werden. Hierher können die Personalvertretungen der öffentlichen Bediensteten nicht gerechnet werden" (13, 153 [169]). Nicht Art. 2 "gibt den Arbeitnehmer die Befugnis, Betriebsvertretungen zu bilden, verfassungsrechtliche Grundlage ist vielmehr allein ... Art. 175 BV" (12, 37 [44]). Dementsprechend sind auch Betriebsräte keine "Organe der staatlichen Verwaltung, sondern bloße Interessenvertretungen gewisser Bevölkerungskreise, denen zwar große politische und wirtschaftliche Bedeutung zukommt, die jedoch weder im eigenen noch im übertragenen Wirkungskreis Funktionen ausüben, die der Staatsverwaltung als solcher zugerechnet werden könnten" (2, 98 [101 f.]). Weder Betriebsräte noch Wahlausschüsse im Verfahren der Betriebsratswahl sind daher Behörden im Sinne des Art. 120 (ebd.; siehe aber das bemerkenswerte Sondervotum ebd. S. 102 f.).

Eine merkwürdige Verbindung wird zwischen Art. 175 Satz 3 (Mitwirkung der Betriebsräte bei Einstellung und Entlassung) und Art. 177 Abs. 1 (Garantie der Arbeitsgerichtsbarkeit) gesehen. Einerseits rechtfertigt Art. 175 Satz 3, den Kündigungsschutz je nach dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Betriebsrates verschieden zu gestalten (5, 85 [98 ff., insbesondere 99]). Andererseits darf dem Betriebsrat im Hinblick auf Art. 177 Abs. 1 keine "gerichtsähnliche" Kompetenz gegeben werden (ebd. S. 101). Die Zulässigkeit des Rechtsweges darf nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß der Betriebsrat die Rechtsgrundlagen eines geltendgemachten arbeitsrechtlichen Anspruches verneint (ebd. S. 102). Deshalb war er verfassungswidrig, daß das bayerische Betriebsrätegesetz die Anrufung des Arbeitsgerichts durch den Arbeitnehmer dann ausschloß, wenn der Betriebsrat den Einspruch des Arbeitnehmers gegen die Entlassung ablehnend verbeschieden hat (ebd. S. 103).

3. Zu einigen Vorschriften in anderen Hauptteilen

a) Zu Vorschriften materiellen Rechts

Welche eminente Bedeutung für Konzeption, Verständnis und Verwirklichung der "Wirtschafts- und Sozialverfassung" den Grundrechten – insbesondere also den Vorschriften des Zweiten Hauptteils – zukommt, ist offensichtlich. Gleichwohl ist es hier nicht möglich, diesen meist nur in konkreten Problemzusammenhängen zu erschließenden Fragen nachzugehen⁹². Vielmehr seien einige Vorschriften hervorgehoben, die ähnlich wie die Verfassungsbestimmungen des Vierten Hauptteiles direkt Probleme von konkreter wirtschafts- und sozialpolitischer Relevanz anvisieren.

Das gilt etwa für Art. 106, wo dem Freiheitsrecht der Wohnung (Abs. 3) ein soziales Recht auf *angemessene Wohnung* (Abs. 1) und das Postulat der Förderung des Wohnungsbaus durch Staat und Gemeinden (Abs. 2) vorangestellt sind. Art. 106 Abs. 1 und 2 begründet jedoch kein subjektives Recht auf Verschaffung von Wohnraum, Förderung des Wohnungsbaus oder ähnliches (15, 49 [52 ff., insbesondere 56]). Die wesentliche Aussage ist die in Art. 106 Abs. 2 formulierte objektive Förderungspflicht (ebd. S. 56). Sie verdichtet oder lockert sich je nach der Lage auf dem Wohnungsmarkt (ebd. S. 56 f.). In mehreren Entscheidungen befaßt sich übrigens der VerfGH mit der sozialen Problematik des Wohnungswesens, ohne auf Art. 106 einzugehen (2, 1 [7], 74 [84]; 23, 92 [98]).

Ein recht eigentümliches Kapitel der Sozialstaatslehre schreiben die *Grundpflichten* (Art. 117, 121 bis 123)⁹³. Sie erinnern an die Schizophrenie der gegenwärtigen Gesellschaft, die überquillt von Forderungen nach sozialen Leistungen und Veränderungen aller Art, deren Urheber aber die daraus hervorgehenden Lasten nur in den seltensten Fällen voll auf sich beziehen. Die Grundpflichten sind ein Versuch, dem Bürger vorzustellen, daß das Gemeinwesen die an es gerichteten Erwartungen nur erfüllen kann, wenn die Bürger sich in Pflicht nehmen lassen. Aber mit ihnen spiegelt die Verfassung in gewisser Weise selbst jene Schizophrenie der von ihr verfaßten Gesellschaft wider. Während die Sicherungen der Freiheit und der gleichheitsrechtliche Schutz gegen Benachteiligung als harte verfassungsrechtliche Münze ausgeworfen werden können und werden, sind die Grundpflichten Deklamation und Appell, allenfalls Programm und Interpretationshilfe. Auch die Rechtsprechung zu den Grundpflichten der BV⁹⁴ hat aus ihnen mitnichten mehr gemacht. Zudem ist ihr nicht nur jede Neigung fremd, den

92 Der Verfasser darf hierzu auf *seine* folgenden Arbeiten Bezug nehmen: Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 63 ff. (= Scheuner [Herausgeber], Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, 1971, S. 548 ff.), insbesondere Abschnitt IV 2 und 3; Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland (siehe Anm. 17); Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung (siehe Anm. 47), insbesondere S. 8 ff. (in diesem Band, S. 291); insbesondere zur Grundrechtsordnung der BV: Sozialstaat; BV V vor Art. 151 RdNr. 2 ff.; insbesondere RdNr. 7, 11.

93 Siehe dazu S. 96 f. und Anm. 24; siehe ergänzend Meder zu Art. 117, 121, 122, 123.

94 Siehe Anm. 24 und 93.

Grundpflichten eine im engeren Sinne "soziale" Tendenz zu geben⁹⁵. Sondern sie ist auch dort, wo die Ausführlichkeit einer Grundpflicht zu positiv-rechtlichen Konsequenzen nötigt, bemüht, diese einzuschränken. Ein Beispiel für die erstgenannte Tendenz ist die alternierende Rechtfertigung von Grundrechtsschranken entweder aus Art. 117 oder aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 3)⁹⁶. Beispielhaft für die zweitgenannte Tendenz ist die Auslegung der unübersehbar – auch – im engeren Sinne "sozialen" Grundpflicht, zu den öffentlichen Lasten beizutragen (Art. 123). Die Rechtsprechung hat ihren Anwendungsbereich unter Rückgriff auf jedes nur denkbare Argument minimalisiert⁹⁷.

Die Vorschriften der BV über "*Ehe und Familie*" (Art. 124 ff.) reichen nach Ansicht und Tragweite weit über das hinaus, was man als "Wirtschafts- und Sozialverfassung" ansprechen könnte. Trotz der großen Bedeutung der familien- und jugendpolitischen Konzeption der Verfassung für die Sozialpolitik muß deshalb grundsätzlich darauf verzichtet werden, über die Rechtsprechung zu diesen Verfassungsbestimmungen zu berichten⁹⁸. Nur einige Akzente der Rechtsprechung seien ihrer besonderen sozialen Bedeutung wegen referiert.

So wurde für Art. 124 Abs. 1 anerkannt, der besondere Schutz der Ehen und Familien durch den Staat schließe "zwar auch dessen Aufgabe, sie durch geeignete Maßnahmen zu fördern, mit ein...; es trifft ferner zu, daß nach der wertentscheidenden Grundsatznorm des Art. 124 Abs. 1 BV ..., die auch eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 118 Abs. 1 BV enthält ..., im Bereich staatlicher Förderungsmaßnahmen Verheiratete nicht allein deshalb, weil sie verheiratet sind, weniger erhalten dürfen als Ledige. Das besagt aber nicht, daß sie immer und in jedem Zusammenhang mehr oder mindestens gleich viel erhalten müßten als diese. Es bedarf indessen einleuchtender Sachgründe, die erkennen lassen, daß eine für Ehegatten verhältnismäßig ungünstige Regelung den Gerechtigkeitseinstellungen der Gemeinschaft nicht widerstreitet und deshalb nicht als Diskriminierung der Ehe angesehen werden kann" (23, 126 [133]). Art. 125 wird in allen Teilen nur als Programmsatz gewertet: Abs. 1 Satz 1 über den Wert gesunder Kinder für das Volk (23, 23 [30]), Abs. 1 Satz 2 über den Mutterschutz (9, 27 [39 f.]; 23, 23 [30]), Abs. 2 über die soziale Förderung der Familie durch Staat und Gemeinden (23, 126 [133]; Art. 125 Abs. 2 "bestimmt weder, in welchem Ausmaß Förderungsmaßnahmen erbracht werden sollen, noch untersagt er Differenzierungen, die aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sind"), und Abs. 3 über die Wohnungsfürsorge für kinderreiche Familien (15, 49 [58]). Das *Elternrecht* (Art. 126 Abs. 1) hat in der sozialpolitischen Diskussion dadurch eine einsei-

95 Siehe dazu oben S. 96 f.

96 Siehe dazu *Sozialstaat*, S. 258 mit Anm. 6; *Verfassungsentwicklung* S. 390. Eine eingehendere Untersuchung hätte auch noch die Berufung auf speziellere soziale Verbürgungen wie Art. 171 (siehe oben S. 102, 115 ff.) oder auch auf die "öffentliche Wohlfahrt" im Sinne des Art. 98 Satz 2 (siehe oben S. 105 f.) ins Bild rücken.

97 Siehe *Verfassungsentwicklung* S. 402; *Zacher* in BV V Art. 123 RdNr. 3 bis 7; *Meder* Art. 123 RdNr. 1 bis 5; nachzutragen ist: 23, 47 (50 f.).

98 Siehe dazu *Meder* zu Art. 124 ff.; siehe auch *Verfassungsentwicklung* S. 389, 395 f.

tige Funktion bekommen, daß es als Abwehrrecht verstanden wurde (15, 49 [58]; 16, 10 [41]). So kann es zwar der heute nicht selten (offen oder verdeckt) mit Mitteln der Sozialpolitik betriebenen Desintegration der Familie entgegenwirken (s. auch Art. 126 Abs. 3 Satz 2). Aber eine aggressive soziale Tendenz entfaltet es nicht. So geht es nicht auf staatliche Fürsorgeleistungen (15, 41 [59]) und auch nicht auf die Errichtung bestimmter Schulen, auf Schulgeld- und Lernmittelfreiheit und auf die Expansion der Begabtenförderung (12, 21 [35]; 21, 164 [168]). Den "gleichen Anspruch" der *unehelichen* und der ehelichen *Kinder* auf Förderung (Art. 126 Abs. 2) hat die Rechtsprechung als bloßes Programm interpretiert, das nicht auf volle Rechtsgleichheit, insbesondere nicht im Erzeuger-Kind-Verhältnis zielt (9, 27 [39 f.]; 13, 99 [99 f., 109, 117]; 16, 10 [14 f.]). Die Vorschrift beziehe sich auf staatliche und gemeindliche Maßnahmen der Jugendförderung im Sinne von Art. 125, 126 (13, 99 [100 f.], 109 [117]; 16, 10 [14 f.]). Schon die Leistungen berufsständischer Versorgungseinrichtungen würden von ihr nicht betroffen (13, 109 [118 ff.]).

So wie in Art. 3 Satz 1 Sozialstaatsprinzip und Kulturstaatsprinzip einander ergänzen und überschneiden, konstituieren auch die Vorschriften über "*Bildung und Schule* (Art. 128 ff.) die "Sozialverfassung" der BV mit, ohne daß sie ausschließlich in deren Rahmen gesehen werden dürften. Auch über die Rechtsprechung zu diesen Vorschriften⁹⁹ soll daher nur an Hand einiger sozialpolitisch evident bedeutsamer Beispielsfälle berichtet werden. Zusammen mit Art. 129 Abs. 2 und Art. 132 ist vor allem Art. 128 (Abs. 1: *Anspruch auf Ausbildung*; Abs. 2: *Begabtenförderung*) darum bemüht, für den Bereich des Schulwesens das Sozialstaatsprinzip zu realisieren (22, 57 [61]). "Vor allem ein Bildungsmonopol oder eine Privilegierung gesellschaftlich gehobener oder begüterter Schichten oder bestimmter politischer Gruppen" würde "dem Grundgedanken des Art. 128 BV strikt" widersprechen (24, 1 [27]). Niemand darf "wegen seines Standes, seiner Herkunft, seiner finanziellen und wirtschaftlichen Verhältnisse vom Zugang zu den staatlichen Bildungseinrichtungen ausgeschlossen werden" (ebd.; siehe auch 17, 30 [39, 41 f.]). Der "Anspruch darauf, einen seinen erkennbaren Fähigkeiten und seiner inneren Berufung entsprechende Ausbildung zu erhalten" (Art. 128 Abs. 1) geht zwar nicht soweit, daß der Staat so viele und so vielartige Ausbildungsstätten errichten muß, daß jedermann die ihm entsprechende Ausbildung zu erhalten vermag (17, 30 [38]; 21, 59 [66]; 24, 1 [25]). Die vorhandenen Ausbildungsstätten müssen aber nach den Kriterien des Art. 128 Abs. 1 zugänglich sein (17, 30 [39]; 21, 59 [66]). Sind Ausbildungsstätten überfüllt, so sind diese Kriterien zwar nicht alleiniger, aber zulässiger Maßstab (17, 30 [41 f.]; 24, 1 [26]). Andere Kriterien können hinzukommen, müssen jedoch sachgerecht sein (ebd.). Mit besonderer Intensität trägt das Prinzip der Begabtenförderung dem Sozialstaatsprinzip Rechnung (21, 164 [169]; 22, 57 [61]; VGH 22, 72 [74]). Die Vorschrift "bestimmt nicht, in welchem Ausmaß die Begabtenhilfe zu gewähren

99 Siehe Meder zu Art. 128 ff.; siehe auch *Verfassungsentwicklung* S. 402 f.; *Leisner* S. 69 f.

ist. Sie schließt ... Differenzierungen nach den einzelnen Schularten nicht aus, wenn sie auf sachlichen Erwägungen beruhen" (21, 164 [169]). So kann etwa zwischen dem Besuch von Privatschulen und öffentlichen Schulen unterschieden werden (ebd.). "Die Hilfe der Allgemeinheit will ... nicht jedes Opfer und jede Entbehrung abnehmen, sondern diese nur mindern und erleichtern. Die Begabtenförderung verteilt keine Geschenke und befreit nicht die Eltern von ihrer Fürsorgepflicht ... Die für den Zweck der Begabtenförderung bereitgestellten Mittel der Allgemeinheit rechtfertigen die Erfüllung besonderer Voraussetzungen" (VGH a.a.O.). Die Notwendigkeit, Schulgeldfreiheit über Art. 129 Abs. 2 hinaus zu gewähren, ergibt sich aus Art. 128 Abs. 2 nicht; allenfalls kann durch Erlaß oder Gewährung aus öffentlichen Mitteln geholfen werden (5, 243 [261]). Insgesamt muß das Recht der Gebühren für den Besuch von Schulen nicht nur Art. 128 Abs. 2 und Art. 129 Abs. 2 Rechnung tragen, sondern auch dem Sozialstaatsprinzip und dem Gleichheitssatz (5, 243 [261 f.]; 12, 21 [33]). Weder in Absatz 1 noch in Absatz 2 gewährt Artikel 128 übrigens subjektive Rechte, geschweige denn Grundrechte; als Programm (24, 1 [26]; "Verfassungsauftrag") wird der Vorschrift von der Rechtsprechung jedoch ein relativ hoher Grad von Verbindlichkeit auch gegenüber dem Gesetz zuerkannt (s. zuletzt etwa 17, 30 [38 f.], 46 [58]; 20, 36 [45], 159 [163]; 21, 59 [66], 164 [169]; 23, 181 [185]; 24, 1 [25 ff.]; VGH 22, 72 [74]). Artikel 128 wird ergänzt durch den Grundsatz der *Unentgeltlichkeit des Unterrichts an Pflichtschulen* (Art. 129 Abs. 2). Damit meint die Verfassung weder einen allgemeinen Grundsatz der Schulgeldfreiheit (5, 243 [260 f., 265]; 12, 21 [33]) noch einen allgemeinen Grundsatz der Lernmittelfreiheit (22, 57 [61]). Der Staat, insbesondere der Gesetzgeber, ist jedoch frei, über den Minimalstandard des Art. 129 Abs. 2 hinauszugehen. Und – wie schon vermerkt – Art. 128 Abs. 2 kann ihn zu weiteren Leistungen verpflichten. Art. 132 greift mit dem Grundsatz, daß "für" die Aufnahme eines Kindes in eine bestimmte Schule ... seine Anlagen, seine Neigung, seine Leistung und seine innere Berufung maßgebend sind, "nicht aber die wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung der Eltern" noch einmal – evident sozialstaatsgemäße (12, 21 [35 f.]; 21, 164 [169]; 22, 57 [61]; siehe auch 24, 1 [27]) – Grundsätze auf, die auch schon in Artikel 128 formuliert oder doch angedeutet sind (zum Verhältnis zu Art. 128 Abs. 2, 129 Abs. 2 s. 5, 243 [261]). Die Vorschrift begründet kein Recht auf Aufnahme in eine bestimmte Schule (21, 164 [168]), auch nicht in eine Privatschule (12, 21 [33]), ist jedoch bei der Gewährung von Ausbildungs- und Erziehungsbeihilfen für den Besuch privater Schulen zu berücksichtigen (12, 21 [34]; siehe auch 21, 164 [168]). Art. 133 verpflichtet Staat und Gemeinden, die für die Bildung der Jugend notwendigen öffentlichen Anstalten zu errichten. Die Vorschrift zielt ausschließlich auf die sachlich notwendigen Vorkehrungen. Sie meint weder die den Besuch der Anstalt ermöglichende soziale Förderung (12, 21 [34]) noch eine subjektive Komponente derart, daß Lehranstalten überall nach den Wünschen der Erziehungsberechtigten eingerichtet werden müßten (ebd.). "Vielmehr kann es ... dem Staat nur obliegen, im Zusammenwirken mit den Gemeinden die höheren Schulen sinnvoll aufgliedert über das Land zu verteilen" (ebd.).

b) Zu organisatorischen Normen

Einen eigentümlichen Komplex organisatorischer Normen bilden die Art. 34, 35, 36, 154, 155 und 164¹⁰⁰. Die Klammer, die sich um alle diese Vorschriften schließt, ist Art. 179. Er besagt, daß die “sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Körperschaften, Selbstverwaltungsorgane der Wirtschaft und Organisationen der Erzeuger, Verteiler und Verbraucher”, die in den Senat wählen (Art. 34 bis 36), die Selbstverwaltungsorgane der Wirtschaft nach Art. 154 bilden, “Bedarfsdeckungsgebiete” im Sinne des Art. 155 tragen und ernährungswirtschaftliche Marktordnungen vereinbaren (Art. 164), nicht auf Zwangsmitgliedschaft beruhen, keine öffentlichen Behörden sein und keine staatlichen Machtbefugnisse ausüben dürfen. Art. 179 wurde nie im Hinblick auf die Art. 154, 155 oder 164, mehrfach aber im Hinblick auf die Wahlen zum Senat und auf die Zwangsmitgliedschaft bei Körperschaften des öffentlichen Rechts aktuell¹⁰¹.

Dabei hat der VerfGH sich nicht damit begnügt, den Gesetzgeber vor die Alternative zu stellen, den fraglichen Organisationen die Wahlfähigkeit zum Senat oder die durch Art. 179 interdizierten Eigenschaften vorzuenthalten¹⁰². Vielmehr glaubte er, den Tatbestand der “sozialen, wirtschaftlichen oder kulturellen Körperschaft” unmittelbar auf den Tatbestand anwenden zu sollen, der sich aus der rechtlichen und sozialen Realität jener Organisationen ergibt (4, 30 [38]; 9, 86 [94]). Um nun die “Senatsfähigkeit” oder auch die Zwangsmitgliedschaft für eine Reihe von Organisationen zu “retten”, sah der VerfGH sich zu Abgrenzungen veranlaßt, denen nicht unbeschränkt zugestimmt werden kann. Um so aufschlußreicher erscheinen sie für das Sozialbild des VerfGH. Zunächst stellte er für die Rechtsanwaltskammern fest, ihre Aufgaben seien “weder sozialer noch wirtschaftlicher, noch kultureller Art” (4, 30 [38]). Ausführlicher ist er dann zu den Ärztekammern und ärztlichen Bezirksvereinen geworden. “Die ärztliche Tätigkeit ist keine wirtschaftliche Tätigkeit. ... die Berufsordnung hat die ärztlichen Pflichten lediglich unter dem Gesichtspunkt zu regeln, daß die Ärzte ihre Berufsaufgabe erfüllen, nämlich der Gesundheit des einzelnen und des gesamten Volkes zu dienen, und sich dabei durch ihr Verhalten in und außer dem Beruf der Achtung, die der Beruf erfordert, würdig zu erweisen.” Soweit die Ärztekammern die Aufgabe haben, die “beruflichen Belange der Ärzte” zu wahren, “ist dadurch die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der Ärzteschaft als Selbstzweck ausgeschlossen. Mögen die Aufgaben der ärztlichen Berufsvertretungen zum Teil auch den wirtschaftlichen Belangen der Ärzteschaft förderlich sein, so ist doch der Zweck ... nicht auf eine solche Förderung gerichtet. Hierin liegt aber der entscheidende Gesichtspunkt bei Beantwortung der Frage, ob die ärztlichen Bezirks-

100 Siehe oben S. 96, 98, die Hinweise in Anm. 22 sowie *Zacher* in BV V zu Art. 154, 155, 164, 179; *Meder* zu den vorgenannten Art. sowie zu Art. 179.

101 Siehe dazu nochmals *Zacher* in BV V Art. 179 RdNr. 4 ff.; *dens.*, Arbeitskammern im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, S. 51 ff.

102 Zutreffend dazu auch *Meder* Art. 179 RdNr. 1.

vereine oder die Landesärztekammern eine wirtschaftliche Tätigkeit zu erfüllen haben. Auch die Schaffung von Wohlfahrtseinrichtungen für Ärzte und deren Angehörige ... ist keine eigentlich wirtschaftliche Tätigkeit, sondern dient der Wahrung der beruflichen Belange der Ärzte". Sie "sind deshalb keine Organisationen im Sinne des Art. 170 BV. ... die ärztlichen Bezirksvereine, bei denen allein die Zwangsmitgliedschaft besteht, sind keine 'Selbstverwaltungsorgane der Wirtschaft' (Art. 154 BV), keine 'Körperschaften des öffentlichen Rechts auf genossenschaftlicher Grundlage' im Sinne des Art. 155 BV und keine 'Organisationen der Verteiler, Erzeuger und Verbraucher' (Art. 164 BV). Sie sind auch keine 'sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen oder gemeindlichen Körperschaften des Landes' im Sinne des Art. 34 (36) BV. Dem steht schon ihr örtlich beschränkter Wirkungskreis entgegen. ... überdies verfolgen sie ebensowenig wie die Landesärztekammer soziale, wirtschaftliche oder kulturelle Zwecke. ... die Sorge für die Gesundheit des einzelnen und des gesamten Volkes ist Selbstzweck; seine Verwirklichung durch die Berufstätigkeit der Ärzte und ärztlichen Berufsvertretungen ist zwar sozial, wirtschaftlich und kulturell bedeutsam, nicht aber unmittelbar auf ein soziales, wirtschaftliches oder kulturelles Ziel gerichtet" (4, 150 [162 bis 164]). Und nach entsprechender Anknüpfung an die genannten Normen der BV heißt es zur kassenärztlichen Vereinigung, sie sei "Trägerin der Beziehungen der Kassenärzte zu den Trägern der Krankenversicherung. Sie hat die ärztliche Versorgung in der Krankenversicherung sicherzustellen. Damit ist ihr Zweck auf die gesundheitliche Betreuung der Versicherten ausgerichtet. Die Verwirklichung dieses Zweckes hat zwar mehrfach soziale, wirtschaftliche und kulturelle Auswirkungen, macht aber die Körperschaft selbst nicht zu einer sozialen, wirtschaftlichen oder kulturellen im Sinne des Art. 179 BV" (ebd. S. 176). Später wird noch einmal für die Landesärztekammer mit ähnlichen Argumenten eingehend begründet, daß sie weder sozialen, noch wirtschaftlichen, noch kulturellen Zwecken wesentlich dient (9, 86 [94 bis 96]).

Bemerkenswert ist endlich die Rechtsprechung dazu, welche Organisationen als "Gewerkschaften" und als "Wohltätigkeitsorganisationen" (Art. 35 Nr. 4 und Nr. 8) aktiv wahlfähig zum Senat sein sollen (Art. 34, 36). Zum Begriff der *Gewerkschaften* führt der VerfGH aus, diese sollten "die Repräsentation für alle Arbeitnehmer, daß heißt für alle im abhängigen Arbeitsverhältnis Stehenden, darstellen. Durch ihre Aufnahme als Wahlkörperschaften sollten alle Personen eine Berücksichtigung finden, denen die gleiche soziale Stellung – Verdienst des Lebensunterhalts durch Hingabe der Arbeitskraft in abhängiger Tätigkeit – gemeinsam ist" (8, 11 [22]; 13, 182 [189]). Auf die Tariffähigkeit und Streikwilligkeit komme es dabei nicht an. "Denn die Verfassung wollte ... im Senat das gesamte Volk in seinen natürlichen Gliederungen vertreten sein lassen und stellte keineswegs darauf ab, ob einer bestimmten Organisation eine besondere wirtschaftliche Machtposition zukommt und sie – eher als ein anderer Teil der gleichen Gruppe – ihren Willen im Arbeitskampf durchzusetzen in der Lage ist" (8, 11 [23]). Nicht anzukommen habe es auch "darauf, welche Tätigkeit die vertretenen Arbeitnehmer ausüben, ob sie eine schwierige geistige Leistung, die besondere

Kenntnisse voraussetzt und besonders wertvolle Erfahrungen vermittelt, zu erbringen oder nur eine einfache Handarbeit zu verrichten haben" (13, 182 [189]). Zum Begriff der "*Wahlorganisation*" gehöre, "daß auf freiwilliger Grundlage Kräfte und Mittel zusammengeschlossen sind, die aus einer bestimmten geistigen Grundhaltung heraus selbstlose, uneigennütige Nächstenliebe zum Wohl der Allgemeinheit üben wollen. Ihren Nährboden finden diese Bestrebungen regelmäßig in einer gemeinsamen Weltanschauung, auf religiöser oder humanitärer Grundlage. Dagegen läßt sich eine Abgrenzung nach dem Tätigkeitsbereich schwieriger finden; ... Es ist aber jedenfalls mit dem Wesen der Wohlfahrtspflege nicht vereinbar, daß eine Organisation ihre Hilfstätigkeit auf ihre eigenen Mitglieder beschränkt, denn das stände mit dem erwähnten Erfordernis der Selbstlosigkeit als Beweggrund des Tuns nicht im Einklang. Ein solcher Zusammenschluß wäre ein Interessenverband, eine Selbsthilfeeinrichtung, könnte aber nicht der freien Wohlfahrtspflege zugerechnet werden" (8, 69 [72]).

IV. Schlußbemerkungen

Dieser Bericht hat eine Frage bewußt vernachlässigt: die Frage nach der Fortgeltung der einschlägigen Verfassungsnormen unter dem Grundgesetz, unter dem sonstigen Bundesrecht und unter dem Europarecht¹⁰³. Er hat damit in Kauf genommen, Rechtsgegenwart und Rechtsgeschichte ineinander zu sehen. Konzeption und Deutung der BV sollten in sich dargestellt werden. Und das ist nicht möglich unter Verzicht auf ihren ursprünglichen integralen Normbestand – ja um so weniger, je mehr Überlagerungen ihn wirklich oder scheinbar gerodet haben. Gehört die – heute so gerne vernachlässigte – historische Dimension ohnedies zu jedem rechten Rechts- und Normverständnis, so geht es bei der "Vergegenwärtigung" des ursprünglichen Normbestandes der BV noch um mehr; um das mögliche Fortwirken der in ihrer aktuellen Geltung überlagerten Landesverfassungsvorschriften als Bestandteile ausschließlich der Grundordnung des Landesrechts¹⁰⁴ und um die Notwendigkeit, auch die von "außen" und "oben" her aufgehobenen, überlagerten oder auch in andere Rechtsschichten übernommenen – und nicht etwa durch interne, autonome Entwicklungen des bayerischen Verfassungsrechts derogierten – Elemente der BV im Blick zu behalten, wo die Sinneinheit der Landesverfassung ermittelt und – auch auf fortgeltende Einzelregelungen hin – entfaltet werden muß.

103 Siehe nochmals Anm. 14.

104 Siehe gerade auch dazu nochmals die Hinweise in Anm. 14.

Soziale Gleichheit

Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip¹

Im Verlaufe der weit ausholenden apologetischen Darstellung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes² entfaltete das KPD-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) das "Ideal der sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaates" (5, 85 [197 f.])³. Diese Grundordnung nehme die bestehenden, historisch gewordenen gesellschaftlichen Verhältnisse zunächst als gegeben hin. Sie sanktioniere sie weder schlechthin noch lehne sie sie grundsätzlich und im ganzen ab; sie gehe vielmehr davon aus, daß sie verbesserungsfähig und -bedürftig seien. Damit sei eine nie endende, sich immer wieder in neuen Formen und unter neuen Aspekten stellende Aufgabe gegeben. Das leitende Prinzip sei der Fortschritt zu "sozialer Gerechtigkeit". Was jeweils praktisch zu geschehen habe, werde aber in ständiger Auseinandersetzung aller an der Gestaltung des sozialen Lebens beteiligten Menschen und Gruppen ermittelt. Die Tendenz dieser Ordnung ziele auf "Ausgleich und Schonung der Interessen aller", auf eine "annähernd gleichmäßige Förderung des Wohles aller Bürger und annähernd gleichmäßige Verteilung der Lasten". Als die wichtigste Direktive auf diesem Weg des Ausgleiches tritt das Sozialstaatsprinzip hervor (S. 198, 206, 379). Gleichheit und soziale Gerechtigkeit als die immanenten Maximen dieser "sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaates" aber müssen zu der Frage führen, was ihr verfassungstextlicher Niederschlag in der Sozialstaatsproklamation (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1, Satz 1 GG), im allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und in den besonderen Gleichheitssätzen (insbes. Art. 3 Abs. 2 und 3,

1 Bericht über die in den Bänden 1 bis 21 der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts. Alle Entscheidungen, die im folgenden ohne besondere Angabe zitiert werden (z.B. "5, 85"), sind dieser Sammlung entnommen. – An dem Bericht haben meine Mitarbeiter *W. Adam, D. Freischmidt, Dr. P. Krause, F. Ruland* und *G. Schetting* durch Kritik, Hinweise und Korrektur mitgewirkt. Herrn *Freischmidt* verdanke ich darüber hinaus wertvolle Hilfe bei der Sichtung des Entscheidungsgutes.

2 S. Art. 21 Abs. 2 GG.

3 Zur Zitierweise s. Anm. 1.

6 Abs. 5, 33 Abs. 1 bis 3 GG) als Impuls und Steuer der sozialen Entwicklung zu leisten vermag⁴.

Das Problem, dem hier an Hand der Rechtsprechung des BVerfG nachgegangen wird, ist also nicht die Gestalt, welche die Verfassung als Ganzes – also einschließlich etwa der Kompetenznormen, der Freiheitsrechte usw. – der Summe der Ordnungen und Maßnahmen sozialen Ausgleichs und sozialer Hilfe gibt⁵. Insbesondere will dieser Bericht sich nicht mit den Widerständen auseinandersetzen, welche die Verfassung der sozialen Annäherung und vor allem der Aufschüttung sozialer Schluchten entgegensetzt (und entgegensetzen muß). Er fragt auch nicht nach den – ambivalenten – Chancen sozialer Entwicklung, die in den Freiheitsrechten stecken. Er fragt nach den direkten Antrieben sozialer Intervention des Staates, die von der Verfassung ausgehen, und nach den Widerständen, die sie sozialer Desintegration entgegensetzen vermag. Und er konzentriert sich dabei auf Gleichheitssätze und Sozialstaatsprinzip.

Als das zentrale Medium des “Sozialen” wird dabei das Ökonomische angesehen⁶. Das bedarf keiner Rechtfertigung, wohl aber der Ergänzung. Soziale Hilfe ist nicht immer schlicht vermögenswerte Leistung, so wie soziale Bedürftigkeit und Schwäche nicht immer als ökonomische Insuffizienz bezifferbar ist. Man denke an den Bereich medizinischer, pädagogischer oder administrativer Dienste⁷. Man denke aber mehr noch an soziale Friktionen und Distanzen, die ökonomischen Strukturen letztlich fremd gegenüberstehen – an jene Außenseiter der Gesellschaft, denen weder mit Freiheit⁸ noch mit Geld, sondern nur mit Achtung, ja

4 Der Bericht steht insofern in einem Verhältnis der Spezialität zu dem Bericht von *Lerche*, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 90 (1965), S. 341 ff. und er hat, was das Sozialstaatsprinzip anlangt, den gleichen Gegenstand wie der Aufsatz von *Werner Weber*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat, 4 (1965) S. 409 ff., insbes. S. 419 ff.

5 So wie das für einen Teilbereich *Walter Bogs* unternommen hat: Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, Verhandlungen des 43. DJT, Bd. II/G (1960), S. 5 ff. – Speziell zur Rechtsprechung des BVerfG mehr oder weniger genau und umfassend in diesem Sinne: *Echterhölter*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Wirtschafts- und Sozialrecht, BB 1962, S. 265 ff.; *ders.*, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht, BB 1965, S. 1365 ff.; *ders.*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Arbeitsrecht, Bundesarbeitsblatt 1966, S. 548 ff., 588 ff.; *Maunz*, Die allgemeinen Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes und die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Sozialversicherung, in: Die Sozialversicherung der Gegenwart, herausgegeben von Th. Maunz und H. Schraft, Bd. 1 und 2 (1963), S. 7 ff.; *ders.*, Bundesverfassungsgericht und Sozialversicherung, in: Die Sozialversicherung der Gegenwart, Bd. 6 (1967), S. 31 ff.

6 Insofern überschneidet sich der Gegenstand dieses Berichts mit demjenigen des Berichts von *Badura*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 92 (1967), S. 382 ff.

7 S. zu den administrativen Diensten z.B. die Rechtsprechung zum Arbeitsvermittlungsmonopol: 21, 245, 261, 271; s. zu den medizinischen Diensten die Kassenarzt-Entscheidungen 11, 30; 12, 144.

8 Mit der Freiheit, Außenseiter zu sein – oder gar mit Toleranz.

Prestige zu helfen wäre. Hier gibt es keine "Umverteilung". Und staatliche Intervention stößt auf – im Vergleich zur ökonomischen Zuteilung – ganz neue tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten, die schon deshalb kaum durchdacht sind, weil solche Einflußnahme kaum je unternommen wurde⁹. Auf diese Notwendigkeit und Problematik nichtökonomischer, ja anti-ökonomischer sozialer Hilfen einzugehen, hatte das BVerfG – soweit zu sehen – keinen Anlaß¹⁰. Um so dringlicher erscheint es darauf hinzuweisen, daß das Ökonomische das wichtigste und dem Staat am leichtesten zugängliche, keineswegs aber das einzige Feld sozialer Spannung ist¹¹.

I. Zur Auslegung und Durchsetzung des allgemeinen Gleichheitssatzes

1. Primäre Aspekte

Die gängigen Formeln des BVerfG zur Deutung und Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) sind bekannt¹². Sie variieren sämtlich die beiden Ur-Sätze über den Gleichheitssatz im Südweststaat-Urteil: Der Gleichheitssatz verbietet "daß wesentlich Gleiches ungleich, nicht dagegen, daß wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum,

9 Ein wichtiges – so aber verfassungsrechtlich noch kaum gesehenes – Problem bilden die *Behinderten*. Der Staat hilft hier, indem er medizinische und auch schulische Hilfen stellt. Er hilft vielleicht auch, indem er den Einkommensabstand zum "Normalen" zu mildern versucht. Aber das alles kompensiert – solange die medizinischen Hilfen die Behinderung nicht beseitigen können – nicht den ungeheuren Aufwand an Energie, den ein Behinderter einsetzen muß, um überhaupt "existieren" zu können, um das Leid zu ertragen und zu überwinden, um mit der Zurückhaltung oder Ablehnung der Gesellschaft fertig zu werden, deren Selbsterhaltungstrieb sie aus mannigfachen Gründen gegen das Kranke, Anomale, Leistungsschwache, Hilflose einnimmt. Diese Ungleichheit der Lebensleistung ist in aller Regel weder ökonomisch bedingt noch ökonomischem Ausgleich zugänglich.

10 Abgesehen vielleicht von dem recht unglücklichen Beispiel zwangsweiser Unterbringung Gefährdeter nach § 73 BSHG in der hier nicht mehr zu referierenden Entscheidung 22, 180.

11 Bemerkenswert 21, 329 (352): Die Sorge der verheirateten Beamtin um die wirtschaftliche Sicherung der Familie sei "in einer vom Erfolgsstreben beeinflussten Gesellschaftsordnung" nicht gering zu werten.

12 Zusammenstellung s. etwa bei *Engler*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten, in: Das Bundesverfassungsgericht, 1963, S. 87 ff. (101 ff.); *dems.*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundgesetz in den Jahren 1959 bis 1965, JöR 15 (1966), S. 137 ff. (150 ff.), mit Hinw. auf die älteren Rechtsprechungsberichte im Jahrbuch des öffentlichen Rechts (S. 150 Anm. 13 und 14); *Leibholz-Rinck*, Grundgesetz, 1966, Art. 3 Randn. 1 ff. – S.a. *Fuß*, Gleichheitssatz und Richtermacht, JZ 1959, S. 329 ff.; *ders.*, Gleichheitssatz und richterliche Normenkontrolle, JZ 1962, S. 565 ff., 595 ff., 737 ff.; *Rinck*, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Gleichheitssatz in der Bundesrepublik, der Schweiz, Österreich, Italien, den USA und Indien, JöR 10 (1961), S. 823 ff.

wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß" (1, 14 [52]). Aber der ganzen Flut von Modifikationen ist es versagt geblieben, die Anwendung des Gleichheitssatzes auch nur annähernd berechenbar werden zu lassen. Der "vernünftige Grund" entzog sich der Rationalisierung. Die Lektüre der Entscheidungen erweckt mitunter den Eindruck, das Wörtchen "kurzum" sei das gehaltvollste jener ursprünglichen Definition gewesen. Das ist nicht schlechthin ein Vorwurf. Die wesentlich andere Lösung hätte nur sein können, auf die Aktualisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes grundsätzlich zu verzichten¹³. Das schien schon wegen Art. 1 Abs. 3 GG kaum vertretbar zu sein. In der Sache aber hätte es bedeutet, daß der mehrheitsdemokratische parlamentarische Gesetzgeber jenseits der bestimmteren Verfassungsnormen das letzte Wort über die "Gerechtigkeit" der gesetzesrechtlichen Ordnung behalten hätte. Dieses äußerste Vertrauen brachte und bringt ihm die Rechtsgemeinschaft jedoch nicht entgegen. Das beweisen nicht zuletzt der Beifall und die Gefolgschaft, die das BVerfG¹⁴, indem es sich namens des Gleichheitssatzes der Gerechtigkeitskontrolle annahm (ausdrücklich wohl erstmals 1, 264 [276]; seit 3, 58 [135 f.] st. Rspr.), gefunden hat und findet.

Indem sich die Interpretation des Gleichheitssatzes aber jenem staatsstrukturellen rechtspolitischen Vorbehalt gegen den Gesetzgeber gefügt hat, sind Gleichheitssatz und Verfassungsgericht gleichermaßen in eine Aporie geraten. Die Masse der gleichen und ungleichen Elemente in den zu regelnden, geregelten und vergleichbaren Sachverhalten wahrzunehmen, zueinander in Beziehung zu setzen und daraufhin zu werten, ob und wie Gleichheiten und Ungleichheiten anerkannt, übergangen, berücksichtigt oder gar geschaffen werden sollen, ist eine Aufgabe, die sich nunmehr dem Verfassungsgericht ebenso stellte wie dem Gesetzgeber. Die vom BVerfG für die Anwendung des Gleichheitssatzes postulierte "stete Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken" (z.B. 3, 58 [135]) ist kein Privileg der nachträglichen Gleichheitskontrolle, sondern – gerade auch nach der Ansicht des BVerfG – "die allgemeine Weisung" des Gleichheitssatzes "für den Gesetzgeber". Und die materielle Leistungsschwäche jenes "Gerechtigkeitsgedankens" trifft die verfassungsgerichtliche Anwendung nicht weniger als die Bemühungen des Gesetzgebers. Daß die Beteiligung des BVerfG an seiner Aufgabe dem parlamentarisch-demokratischen Gesetzgeber eine gewisse Argumentationslast aufbürdete, ist zwar eine der wohltätigen Wirkungen, die von der verfassungsgerichtlichen Gleichheitskontrolle ausgehen und erwartet worden sein mochten. Aber es besagt nichts über die sachliche Eigenart der verfassungsgerichtlichen Aufgabe.

13 Gemeint ist die richterlich durchgesetzte Aktualisierung. Zu dieser Alternative des Verzichts als einer der letzten *Mallmann*, Urteilsanmerkung, DRZ 1950, S. 411 f. (der freilich ein Willkürverbot postuliert, wie es dann auch praktisch geworden ist); s. ferner *Ipsen*, Gleichheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 111 ff., insbes. S. 150 ff.

14 Vor ihm schon der Bayerische Verfassungsgerichtshof; s. zu dessen fast durchwegs übereinstimmender Judikatur zum Gleichheitssatz *Zacher*, Verfassungsentwicklung in Bayern 1946 bis 1964, JöR 15 (1966), S. 321 ff. (387 f.).

2. Die prozessuale Situation¹⁵

Um so klarer schien – neben der evidenten subjektiv-strukturellen Differenz zwischen Gesetzgebung und verfassungsgerichtlicher Gleichheitskontrolle – deren prozessuale Eigenart hervorzutreten. Das Verfassungsgericht hat nicht – wie etwa eine zweite Kammer – die Möglichkeit, innerhalb des legislativen Prozesses Sach- und Wertaspekte beizutragen, die noch vor dessen Abschluß in das Gesamtbild der Tatbestandsaufnahme und Wertung eingefügt werden können. Das verfassungsgerichtliche Verfahren beteiligt zwar die gesetzgebenden Organe an der Vorbereitung normkontrollierender Entscheidungen. Aber es ist final auf eben diese Entscheidung hin gerichtet und kein Surrogat eines infralegislativen Gesprächs. Und an dieser Entscheidung selbst schien zunächst nur wichtig, daß sie eine Norm kassieren kann. Schon das Unterbleiben der Nichtigkeits-Feststellung war nicht auf gleiche Relevanz angelegt. Diese einseitige formale Konzeption bloßer Nichtigkeits-Feststellung hätte dem Gericht eine primitive, aber robuste Deckung sein können. Doch hat das Gericht gerade diese prozessuale Deckung mehr und mehr verlassen¹⁶. Die folgenden Entwicklungen scheinen dafür kennzeichnend.

a) Von der Feststellung der Nichtigkeit zu Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen

Die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle deutscher Provenienz¹⁷ ist als Abwehr gegen unzulässige Beschränkungen der Freiheit und allenfalls ungleiche Belastungen konzipiert. Das bloße Außer-Anwendung-Lassen verfassungswidriger Normen im Rahmen der unter der Weimarer Verfassung von den Gerichten usurpierten Normenkontroll-Kompetenz, das Art. 100 Abs. 1 GG im Sinne des verfassungsgerichtlichen Verwerfungsmonopols modifiziert hat, kann nichts anderes bewirken. Dem Kampf um Teilhabe – negativ gewendet: gegen Vorenthaltungen – dient dieses primitive und sonst auch sehr wirksame Instrument nur indirekt, indem es die als unvollkommen kritisierte Teilhabe beseitigt. Das geht jedoch daran vorbei, daß zwischen mißbilligter Benachteiligung und mißbilligter Bevorzugung zu unterscheiden ist¹⁸. Die mißbilligte Bevorzugung wird durch Nichtigerklärung der bevorzugenden Norm korrekt ausgeräumt. Die Vorenthaltung dagegen, die Nicht-Teilhabe, wird nur durch den Druck bekämpft, daß die schon gewährte Teilhabe allenfalls unter der gebotenen weiteren Erstreckung wiederhergestellt werden kann. Das ist jedenfalls dann äußerst unzulänglich, wenn die gegebene Teilhabe durch Verfassungsprogramme geboten¹⁹ oder

¹⁵ S. zur prozessualen Situation vor allem *Lerche*, a.a.O. (s. Anm. 4).

¹⁶ S. dazu vor allem *Christoph Böckenförde*, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966.

¹⁷ Zum Vergleich s. z.B. *Christoph Böckenförde*, a.a.O. (s. Anm. 16), S: 36 ff.

¹⁸ S. dazu 17, 1 (23 f.) und unten S. 135 und II 2.

¹⁹ S. dazu nochmals *Lerche*, a.a.O. (s. Anm. 4), insbes. S. 350 ff.

funktionell notwendig ist (etwa bei Dienstbezügen). Es ist aber ganz allgemein fragwürdig, wenn die schon gewährte Teilhabe nicht an sich zu mißbilligen ist und allein um der Erstreckung willen (nur) unterbrochen werden soll. Schon der allgemeine Gleichheitssatz fordert hier andere – direkte – Möglichkeiten der Durchsetzung²⁰.

Das BVerfG negierte diese Probleme zunächst, indem es einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf Handeln des Gesetzgebers leugnete (1, 97 [100]) und dementsprechend eine Verfassungsbeschwerde gegen das Unterlassen des Gesetzgebers nicht zuließ (2, 287 [291])²¹. Nicht einmal ein Anspruch auf Ergänzung einer bestehenden Regelung sollte möglich sein (1, 97 [101]). In der Tat konnte das Gericht, wenn es seine Zuständigkeit ausschließlich nach der Entscheidungsmöglichkeit, die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze festzustellen, bemaß, nicht darüber hinauskommen, Verfassungsbeschwerden nur gegen bestehende Gesetze zuzulassen (ebd.). Allerdings war schon diese frühe Stellungnahme des BVerfG mit dem Vorbehalt verbunden, der Gesetzgeber sei durch das Sozialstaatsprinzip zu sozialer Aktivität verpflichtet. “Wenn der Gesetzgeber diese Pflicht willkürlich, d.h. ohne sachlichen Grund versäumte, könnte möglicherweise dem einzelnen hieraus ein mit der Verfassungsbeschwerde verfolgbarer Anspruch erwachsen” (1, 97 [105]). Aber zu welcher Entscheidung diese Verfassungsbeschwerde führen sollte, war noch nicht angedeutet²². Die entscheidende Wende trat ein, als das Gericht sich zur Entscheidungsmöglichkeit der bloßen Feststellung der Grundrechtsverletzung durch das Unterlassen des Gesetzgebers – der Sache nach: durch ein Vorenthalten – entschloß (6, 257 [265 f.]; 8, 1 [20], 28 [35])²³. Nunmehr kann sich – nach der Praxis des BVerfG – die Verfassungsbeschwerde auch gegen das Unterlassen des Gesetzgebers wenden (6, 257 [265 f.]; 8, 1 [20], 28 [35]). Sie kann auch die Feststellung begehren, daß ein Gesetz zu spät erlassen wurde (so für den Fall einer verspäteten Rentenerhöhung: 13, 248 [260]; entgegen 2, 287 [291]). Ferner kann das Gericht angerufen werden, um festzustellen, ob eine bestehende gesetzliche Regelung noch oder nicht mehr den Mindestanforderungen der Verfassung entspricht (8, 1 [19]). Die Verfassungsbeschwerde kann sich also gegen das Unterlassen einer Gesetzesänderung wenden (ebd.). Der Sache nach kommt insbesondere die verfassungswidrige Nichtberücksichtigung von Personengruppen in Betracht (8, 28 [35]). Aber ganz allgemein kann die Ver-

20 S. a. *Christoph Böckenförde*, a.a.O. (s. Anm. 16), S. 83 ff. – Dagegen *Lerche*, a.a.O. (s. Anm. 4), S. 357 ff.

21 Hierzu und zum folgenden vor allem *Rudolf Schneider*, Rechtsschutz gegen Unterlassen des Gesetzgebers, AöR 89 (1964), S. 24 ff. Als Zusammenstellung des Materials später noch bemerkenswert: *Stahler*, Verfassungsrechtliche Nachprüfung gesetzgeberischen Unterlassens, jur. Diss. München 1966.

22 Immerhin wäre nach der Formulierung des Gerichts auch die unmittelbare Zubilligung einer bestimmten Sozialleistung denkbar gewesen.

23 Das BVerfG maß dieser Feststellung zunächst nur “moralische” Wirkung bei (6, 257 [265 f.]). Später sprach das Gericht aus, die Feststellung verpflichte “den Gesetzgeber verfassungsrechtlich zu entsprechendem Handeln” (8, 1 [20]).

fassungsbeschwerde rügen, eine Regelung sei der Verfassung zuwider nicht auf "gleichgelagerte Verhältnisse" ausgedehnt worden (9, 338 [342]). Das BVerfG hält sich dabei für fähig, den genauen Zeitpunkt, von dem an ein gesetzgeberisches Unterlassen verfassungswidrig war, festzustellen (13, 248 [260 f.]; 15, 46 [75 f.]) oder den Personenkreis zu bestimmen, der in die Regelung einbezogen werden müßte (15, 46 [75 f.]).

Der erste Hinweis auf mögliche Kritik gesetzgeberischen Unterlassens mit Hilfe der Verfassungsbeschwerde (1, 97 [105]) stand im Zeichen des Sozialstaatsprinzips. Der Durchbruch zur neueren Judikatur wurde später durch speziellere Verfassungsprogramme erzwungen: insbesondere durch Art. 131 GG (6, 257 [264 ff.]) und Art. 33 Abs. 5 GG (8, 1 [9 f., 20], 28 [35]). Allgemeiner sagt das BVerfG, daß "ein Unterlassen des Gesetzgebers Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein" könne, "wenn der Beschwerdeführer sich auf einen ausdrücklichen Auftrag des Grundgesetzes berufen kann, der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im wesentlichen umgrenzt hat" (11, 255 [261]; 12, 139 [142])²⁴. Diese Feststellung trifft einerseits das Problem der Beschwerdebefugnis, andererseits aber das Problem der Abgrenzung der Feststellung verfassungswidrigen Unterlassens von der Nichtigerklärung vorhandener Rechtsvorschriften. Zur Beschwerdebefugnis ist bemerkenswert, daß nach Ansicht des BVerfG die Feststellung gesetzgeberischen Unterlassens dem erfolgreichen Beschwerdeführer "ohne ein erneutes – allerdings durch die Verfassung gebotenes – Handeln des Gesetzgebers" noch keinen entsprechenden konkreten Anspruch vermittelt (8, 28 [35]). Bedeutet das – rückgewendet – auch, daß der Beschwerdeführer nicht dartun muß, daß der Gesetzgeber nicht anders entscheiden kann, als ihn in einem gewissen Mindestmaß zu begünstigen?²⁵ Die Trennung zwischen dem Verfassungsanspruch auf Tätigwerden des Gesetzgebers und dem Anspruch auf konkrete Begünstigung – als zwischen einem formellen und einem materiellen Recht – würde den verfassungsprozessualen Schutz von Teilhaberwartungen stark erweitern. Zugleich aber würde sie den Kreis der bloßen Unterlassungs-Feststellungen des BVerfG gegenüber dem Gesetzgeber vergrößern und somit alle damit verbundenen Gefahren des fordernden, in die Zukunft wirkenden und somit im besonderen belastenden Irrtums und des gesetzgeberischen Ungehorsams erhöhen.

Das Problem der Grenzziehung zwischen der Nichtigerklärung und der Verfassungswidrigkeits-Feststellung²⁶ ist in der bisherigen Judikatur des BVerfG noch nicht geklärt. Das dürfte damit zusammenhängen, daß das BVerfG die grundsätzliche Bedeutung dieses Entscheidungsinstrumentes für die Abwehr von Vorenthaltungen unter Erhaltung vorhandener Teilhaberechte nirgends betont. Der Rückgriff auf Verfassungsprogramme kann freilich so interpretiert werden, daß das BVerfG die Kritik der Vorenthaltung nicht mit dem – vorübergehenden –

24 Kritisch dazu *Lerche*, a.a.O. (s. Anm. 4), S. 350.

25 S. zum Meinungsstand *Stahler*, a.a.O. (s. Anm. 21), S. 52 ff.

26 S. dazu vor allem *Christoph Böckenförde*, a.a.O. (s. Anm. 16).

Abbau der schon eingeräumten Teilhabe erkaufen will, wenn die Teilhabe einem Verfassungsprogramm entspricht. In diesem Falle wäre es nur eine Frage des Akzents, ob der Schutz der schon gewährten Teilhabe oder die Notwendigkeit betont wird, jedenfalls die Vorenthaltung zu beenden (so mit bemerkenswerter Selbstverständlichkeit 18, 288 [301]). Im Grunde vereinfachen Verfassungsprogramme aber nur das allgemeinere Problem, ohne es verdecken zu können. Dieses allgemeinere Problem ist: Wie ist der gegebene, gleichheitswidrig unvollständige Normbestand im Verhältnis zur Notwendigkeit, Gleichheit herzustellen, zu bewerten? Über das Problem wird noch mehr nachgedacht werden müssen²⁷. Ja, ohne seine materielle Lösung bleibt die Praxis der Verfassungswidrigkeits-Feststellung im Dickicht des Zufalls, der Manipulationen²⁸, jedenfalls der Formalien stecken²⁹.

Interessant ist, daß das BVerfG die Problematik neuerdings in "belastende" Normsysteme hineinträgt³⁰. In 21, 12 (39 f.)³¹ stellt es fest: "Die besonders große Bedeutung, die das Umsatzsteuergesetz für die Einnahmen des Bundes, aber auch für die Selbstkosten der Unternehmer und die allgemeine Preisgestaltung hat, läßt es jedenfalls z.Z. nicht zu, das ganze Gesetz nur deshalb für nichtig zu erklären, weil besondere ... Gruppen gegenüber anderen ... ungleich behandelt sind; dies wäre vielleicht in einfach liegenden Fällen möglich, würde hier aber zu dem unerträglichen Ergebnis führen, daß dem Gesetz in dem unverhältnismäßig viel größeren Bereich die Geltung versagt würde, der von der hier zu entscheidenden Frage überhaupt nicht berührt ist ... Ebenso wenig geht es aber an, das Gesetz nur in dem beschränkten Umfange, in dem die hier erörterte ungleiche Belastung Bedeutung hat, für nichtig zu erklären. Eine solche Begrenzung der Nichtigkeit wäre nur theoretisch möglich. Praktisch läßt sich bei dem umfassenden Steuergegenstand eine Formulierung, die den nichtigen Teil von dem gültigen justitiabel abgrenzen würde, nicht finden". Mehr und mehr zeigt sich also, daß die Vorstellung, Gleichheit durch Vernichtung ungleicher Regelungen herzustellen, zu einfach war.

27 S. dazu auch *Lerche*, a.a.O. (s. Anm. 4), S. 342 f. m.w.Nachw.

28 S. a. *Lerche*, a.a.O. (s. Anm. 4), S. 343.

29 Hingewiesen sei ergänzend darauf, daß das BVerfG in einem Fall sogar von einer dreifachen Entscheidungsmöglichkeit ausgeht (14, 308 [311 f.]): "Das BVerfG kann, wenn der Gesetzgeber unter Verletzung des Art. 3 bestimmte Gruppen begünstigt, entweder die begünstigende Vorschrift für nichtig erklären [1. Möglichkeit] oder feststellen, daß die Nichtberücksichtigung einzelner Gruppen verfassungswidrig ist [2. Möglichkeit]. Es darf jedoch die Begünstigung nicht auf die ausgeschlossenen Gruppen erstrecken [positiv: Erstreckung = 3. Möglichkeit], wenn nicht mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber bei Beachtung des Art. 3 GG eine solche Regelung getroffen hätte."

30 S. zu dieser Entwicklung *Christoph Böckenförde*, a.a.O. (s. Anm. 16), S. 127 ff. Sie zeigte sich vor der nachzitierten Umsatzsteuer-Entscheidung vor allem bei der Überleitung von Besatzungsrecht: 12, 281; 15, 337; 18, 353; s.a. 9, 63.

31 S. dazu *Christoph Böckenförde*, Verfassungsinterpretation oder fiskalische Rücksichten, DÖV 1967, S. 157 ff.

b) Normenkontrolle und Gesetzgebung

Von zentraler Bedeutung jedenfalls ist, daß das Verfassungsgericht sich mit dieser Art Verfassungswidrigkeits-Feststellung – wenn auch in einem untechnischen Sinn – initiativ in den Prozeß der Gesetzgebung einschaltet. Diese Haltung wird in der ausdrücklichen Feststellung verfassungswidrigen gesetzgeberischen Unterlassens ebenso deutlich wie dort, wo das BVerfG in den Gründen seiner Entscheidung dem Gesetzgeber die Chance einräumt, eine Ungleichheit binnen “angemessener” oder “absehbarer Zeit” durch eine gleichheitsgerechte Neuregelung zu ersetzen (15, 337 [352]; 21, 12 [40 ff.]; 16, 130 [142]: “noch während der laufenden Legislaturperiode”)³².

Wie sehr diese Entwicklungen den Rahmen hergebrachter Normenkontrolle sprengen, zeigt vor allem die Auseinandersetzung des BVerfG mit der Entscheidungssituation von Nicht-Verfassungsgerichten, welche die Parteien des bei ihnen anhängigen Verfahrens nicht mit einem Appell an den Gesetzgeber befriedigen können³³. Ist “nur noch eine Regelung denkbar, die dem Gleichheitssatz Rechnung trägt”, so hält das BVerfG die Gerichte für verpflichtet, diese anzuwenden (2, 336 [340 f.]; 15, 121 [125 f.]). Wie aber ist zu verfahren, wenn solche Eindeutigkeit der Rechtslage mangelt? Die Vorlage eines Sozialgerichts zum Fremdrentengesetz (14, 308 [311 f.]) machte das Problem deutlich, ohne es zu klären. Im Falle der Vorlage eines Sozialgerichts zur Altershilfe für Landwirte (15, 121 [125]) konnte das formelle Problem durch materielle Erwägungen überspielt werden. Neue Wege dagegen beschritt 15, 46 (47 f., 75 f.). Auf Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts stellt das BVerfG fest, das Bundesarbeitsgericht habe nach der bestehenden Gesetzeslage richtig entschieden. Diese verstoße aber gegen die Verfassung³⁴. Der Gesetzgeber müsse sie ändern. Damit diese Änderung im Ausgangsverfahren berücksichtigt werden könne, hebt das BVerfG das Urteil des Bundesarbeitsgerichts auf. Dann folgt der wohl bedeutsamste Satz: “Das Bundesarbeitsgericht wird allerdings seine neue Entscheidung erst treffen können, wenn die Bundesregierung ihre verfassungsrechtliche Pflicht erfüllt und ... die Grundlage für die Versorgung des Beschwerdeführers geschaffen hat” (76 f.). Die Umstellung von der ausschließlichen Nichtigkeits-Kontrolle zur Verfassungswidrigkeits-Feststellung hat hier einen neuen Typ der Verfahrensaussetzung zur Folge gehabt. Die neue Verbindung, in die damit richterliche Normenkontrolle und Gesetzgebung getreten sind, bedarf keiner Betonung.

32 S. ferner *Christoph Böckenförde*, a.a.O. (s. Anm. 16), S. 77 ff., 127 ff.

33 S. dazu vor allem *Schumann*, Die Problematik der Urteils-Verfassungsbeschwerde bei gesetzgeberischem Unterlassen, AöR 88 (1963), S. 331 ff.

34 Die oben zitierte ältere Praxis, wonach das Gericht bei eindeutiger Rechtslage die Norm mit der durch den Gleichheitssatz gebotenen Änderung anzuwenden hat, hielt das BVerfG wegen der besonderen “gesetzestechnischen Gestaltung” für unanwendbar (15, 46 [75 f.]).

Schließlich haben die Urteilsgründe, die von jeher dazu angetan waren, ein Medium der Information des Gesetzgebers durch das BVerfG abzugeben, durch die Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung³⁵ besonderes Gewicht erlangt. Einen neuen Stil der Auseinandersetzung zwischen BVerfG und Gesetzgeber manifestiert endlich auch die mit dem "Spiegel-Urteil" (20, 162 [178]) einsetzende Praxis, die Mehrheitsverhältnisse innerhalb des Verfassungsgerichts in den Urteilsgründen anzugeben. Der Gesetzgeber wird dadurch vorgewarnt, in welchem Maße er mit Gegengründen zu rechnen hat, die im konkreten Streitfall gerade noch nicht zum Tragen gekommen sind.

3. Gleichheitssatz und Gesetzgeber – Der Minimalismus des BVerfG

Das BVerfG hat also entgegen der ursprünglichen eher formalen, negativen Natur der Normenkontrolle das Gespräch mit dem Gesetzgeber über die Sach- und Wertgerechtigkeit seiner Problemstellungen und -lösungen auf breiter Front aufgenommen. So stellt sich die Frage, in welchen Fällen das BVerfG den Gesetzgeber unter Berufung auf den Gleichheitssatz korrigieren kann, mit um so größerer Dringlichkeit. Das BVerfG beantwortet sie mit der großen Zahl jener Entscheidungen, in denen es sich weigert, Gesetze zu überprüfen, ob der Gesetzgeber im einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste, angemessenste oder gerechteste Lösung gefunden hat (z.B. 9, 201 [206]; 14, 221 [238 f.]; 17, 319 [330]; 18, 315 [325]; je m.w.Nachw.). Das BVerfG könne nur prüfen, ob die äußersten Grenzen des vom Willkürverbot des Gleichheitssatzes eingegrenzten Bereiches überschritten sind (seit 3, 58 [135 f.] st. Rspr.). Mitunter meint das Gericht sogar, die "Unsachlichkeit der getroffenen Regelung muß evident sein" (12, 326 [333]; 18, 121 [124]). "Welche Elemente der zu ordnenden Lebensverhältnisse maßgebend dafür sind, sie im Recht als gleich oder ungleich zu behandeln, entscheidet grundsätzlich der Gesetzgeber" (3, 225 [240]; 6, 273 [280]; st. Rspr.). Zwar spricht das BVerfG gelegentlich davon, der Gesetzgeber dürfe "Gesetzlichkeiten, die in der Sache selbst liegen, und die fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft nicht mißachten" (9, 338 [349]). Tatsächlich jedoch verzichtet das Gericht fast durchwegs darauf, die Verbindung von Sache und Wert selbst herzustellen und zu entfalten. Der Gleichheitssatz wird dadurch zur kleinen Münze. Da sich seine verfassungsgerichtliche Anwendung dem – isoliert gesehenen – gesetzgeberischen Ansatz anschließt³⁶, kann die Gleichheitskontrolle letztlich nur darauf hinauslaufen, Versehen und Unzuträglichkeiten in der Durchführung des Ansatzes zu korrigieren.

35 Eine Zusammenstellung von Entscheidungen, die unter Anwendung des Art. 3 GG verfassungskonform auslegen, s. bei *Harald Bogs*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966, S. 152 f. Ein bemerkenswert hoher Anteil dieser Fälle ist von sozialem Interesse.

36 *Salzwedel*, Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: Festschrift für Hermann Jahrreiss, 1964, S. 339 ff. [342] dogmatisiert das als Akzessorität des Gleichheitssatzes. Zustimmend *Lerche*, a.a.O. (s. Anm. 4), S. 358.

a) Gleichheitskontrolle und Sachstrukturen

Das BVerfG führt zwar Vokabeln wie "Natur der Sache" (seit 1, 14 [52])³⁷, "sachlich gerechtfertigt", "sachgemäß", "sachgerecht", "sachfremd", "zureichende sachliche Gründe" und dergleichen³⁸ gerne in der Feder. In der Tat scheint es auch eine der zentralen Legitimationsgrundlagen richterlicher Gleichheitskontrolle zu sein, daß die Richter des BVerfG vermittels ihrer speziellen Qualifikation, in der Ruhe nachträglicher Entscheidung, unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien, der Erfahrungen, die mit dem Gesetz gemacht wurden, der literarischen, richterlichen und behördlichen Auseinandersetzung mit dem Gesetz und der Ergebnisse des verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens besser als der Gesetzgeber imstande sind, Sachstrukturen zu durchdenken³⁹. Wer jedoch hofft, durch die Lektüre der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zur Gleichheitskontrolle Aufschlüsse über die Sachstrukturen, die zur Beurteilung standen, zu erhalten, wird im Regelfall enttäuscht. Nur sehr selten (z.B. in 9, 291 [294 ff.] und 17, 1 [30 f.]) ist der ernsthafte Versuch gemacht, die Sachstrukturen originär mit Ordnungsmöglichkeiten zu konfrontieren. Und in 17, 210 (216) meint das BVerfG: "Solange die Regelung sich auf eine der Lebenserfahrung nicht geradezu widersprechende Würdigung der jeweiligen Lebensverhältnisse stützt, ... kann sie von der Verfassung her nicht beanstandet werden". Demgegenüber ist zwar richtig, daß, was sachlich vertretbar oder sachfremd und deshalb willkürlich ist, sich nicht abstrakt und allgemein feststellen lasse, sondern "stets nur in bezug auf die Eigenart des konkreten Sachverhalts, der geregelt werden soll" (17, 122 [130]). Aber die Sachstruktur muß auch wirklich konkret aufgesucht werden.

Verzichtet so das BVerfG auf die Tiefendimension der Sache selbst, so breitet sich seine Argumentation um so mehr in der Fläche der rechtlichen Regelung aus. Wohl das erste Mal trat diese Technik in 1, 208 [248] zutage: "Ein Gesetzgeber, der sich für dieses System [der Verhältniswahl] entscheidet, und sei es auch nur zusätzlich zur Mehrheitswahl, akzeptiert damit diese Gerechtigkeitsforderung und stellt sein Gesetz unter dieses Maß". Seitdem kehrt die Forderung nach innerer Konsequenz der Regelungen, nach Systemgerechtigkeit und Systemharmonie immer wieder (z.B. 17, 122 [132 ff.]). "Ein Verstoß gegen Art. 3" könne "dann gegeben sein, wenn es sich insoweit um eine neuartige⁴⁰, aus System, Sinn und

37 Rinck, Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, JZ 1963, S. 521 ff.; Schmidt, Natur der Sache und Gleichheitssatz, JZ 1967, S. 402 ff.

38 Die Belegstellen sind Legion. Eine – unvollständige – Zusammenstellung findet sich bei Leibholz-Rinck, a.a.O. (s. Anm. 12), Randn. 2.

39 Zur Berücksichtigung weiterer Entwicklungen im verfassungsgerichtlichen Verfahren s. unten IV 3 unter dem Gesichtspunkt des Problems der legislativen Prognose.

40 Nicht überall freilich zerrinnt die Sachstruktur dem BVerfG so in den Händen, wie in 13, 356 (364 ff.), wo das Gericht offenbar aus Sorge, die Übersicht zu verlieren, selbst der Feststellung "eine am Gedanken der Gerechtigkeit orientierte Betrachtung führe zu dem Schluß, daß [beide Beamtengruppen] gleich besoldet werden müßten", die Konsequenz versagt, die ungleiche Besoldung verletze den Gleichheitssatz (S. 366). In der Tat ist das anstehende Sachproblem der Rationalisierung derzeit kaum zugänglich (Mieth, Ein Beitrag zur Theorie

Zweck des bisherigen⁴¹ Gesetzes herausfallende abweichende Regelung handeln würde” (7, 129 [153]; 12, 264 [273]). Klarheit, Einheit und “innere Autorität” der Rechtsordnung treten als Schutzgüter des Art. 3 Abs. 1 GG auf (13, 331 [340]). Mitunter wird dem Gesetzgeber sogar abverlangt, er müsse seine “das Gesetz rechtfertigende *Motivation*”⁴² folgerichtig durchführen (19, 101 [116]). Systemgerechtigkeit dient aber auch der Rechtfertigung von Vorschriften (16, 332 [341]; 21, 54 [64 ff.]): “Solange nicht feststeht, daß eine Bestimmung auch von ihrem eigenen System her nicht mehr sinnvoll ist, kann sie nicht durch ein Gericht mit Hilfe des Gleichheitssatzes im Hinblick auf andere Bestimmungen eliminiert werden, die anderen rechtlichen Ordnungsbereichen angehören und in anderen systematischen und sozial-geschichtlichen Zusammenhängen stehen” (11, 283 [293]). Mit welchem System-Begriff das BVerfG dabei arbeitet, bleibt durchwegs unklar (als Beispiel: 17, 210 [221 ff.]). Ohne es auszusprechen, scheint das Gericht davon auszugehen, daß die Rechtsordnung in Teilsysteme zerfällt, die untereinander und gegenüber dem Gleichheitssatz mehr oder minder autonom sind⁴³. Von daher stellt es auch die Frage nach dem Herausfallen einer Vorschrift aus “ihrem” System falsch. Die Frage könnte nur sein, ob ein System denkbar ist, das *auch* die zu prüfende Vorschrift noch mit einbezieht. Aber indem das BVerfG “System” und “Grundregel” (der bisherigen Ordnung) für vertauschbare Elemente hält⁴⁴, verzichtet es auf den Versuch, für ein erweitertes “System” in einer höheren Stufe einen gemeinsamen Nenner – eine allgemeinere “Grundregel” – zu suchen.

Bei genauerem Zusehen erweist sich so auch das Postulat der Systemgerechtigkeit – so wie es das BVerfG erhebt – als unbehelflich⁴⁵. Gelegentlich verleugnet es das Gericht denn auch (9, 3 [10]; 12, 341 [349]). Jedenfalls stehe es dem Gesetzgeber “grundsätzlich frei, durch Sonderbestimmungen von den einen Rechtskreis bestimmenden Grundregeln, die er selbst gesetzt hat, abzuweichen. Die Abweichung wird erst dann verfassungsrechtlich relevant, wenn sie eine Wertentscheidung der Verfassung verletzt und dadurch eine Differenzierung herbeiführt, die von der Verfassung mißbilligt wird” (12, 151 [164]; s.a. 15, 328 [332]). Das läuft, soweit nicht speziellere Verfassungsnormen eingreifen, darauf hinaus, daß Systemabweichungen nach Art. 3 Abs. 1 GG zulässig sind, soweit ein sachlicher Grund dafür vorliegt (4, 219 [243 f.]; 9, 20 [28], 201 [207]; 13, 31 [38]). Gelegentlich meint das BVerfG sogar, die Abweichung des Gesetzgebers “von den einen

der Lohnstruktur, 1967, S. 153 ff.). Aber es wäre für das BVerfG vielleicht doch einfacher, für die Adressaten sicher nützlicher gewesen, die Hintergründe zu nennen.

41 Beide Wendungen lassen nicht nur den positivistisch-legalistischen Zug des Systemdenkens des BVerfG erkennen. Sie deuten auch auf das konservativ-quietistische Element in seiner Rechtsprechung hin, auf das noch zurückzukommen sein wird.

42 Hervorhebung nicht im Original.

43 Kritisch zum Problem der Systembildung zuletzt etwa *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 97 ff.

44 S. die nachfolgend zitierten Entscheidungen.

45 Einen hier nicht weiter zu verfolgenden Beispielsbereich stellen die Entscheidungen zum Verhältnis zwischen Privatrecht und Steuerrecht dar: 13, 290 (308), 331 (340); 18, 224 (233 ff.). – S. zur Systemgerechtigkeit im Steuerrecht ferner 9, 237 (243 ff.).

Rechtskreis bestimmenden Grundregeln, die er selbst gesetzt hat", könne auch "ein Indiz für Willkür" nur sein, "wenn damit das System des Gesetzes ohne zureichende sachliche Gründe verlassen wird" (18, 315 [334]). Die Formel, die Gründe der Abweichung müßten dem Grad der Abweichung entsprechen (18, 366 [372 f.]; 20, 374 [377]), gibt dem Argument der Systemgerechtigkeit nach alledem kaum neues Gewicht.

Dem System-Argument des BVerfG entspricht im vorrechtlichen Feld die Berufung auf "Lebensbereiche": Die Gebote der Sachgesetzlichkeit und der Gerechtigkeit "sprechen besonders deutlich, wenn die zu ordnenden Lebensverhältnisse gerade darum viel Gemeinsames haben, weil sie zu ein und demselben 'Lebensbereich' gehören, d.h. zu einem Komplex des sozialen Lebens, der zusammengehört und sich – vielfach auch schon im bisherigen Recht – von anderen als Einheit abhebt" (9, 338 [349]). Obwohl diese Definition – abgesehen vom Hinweis auf das "bisherige Recht" – das zu Erklärende durch das zu Erklärende erklärt, hält das Gericht sie für leistungsfähig genug, fortzufahren: "Deshalb ist hier verhältnismäßig leicht zu beurteilen, was der Gleichheitssatz vom Gesetzgeber fordert. Anders und schwieriger", meint das BVerfG, "liegt es, wenn gefragt wird, ob eine Regelung, die für einen bestimmten Lebensbereich getroffen worden ist, aufgrund des Gleichheitssatzes in einen anderen übernommen werden müsse. Hier ist dem Gesetzgeber grundsätzlich größere Bewegungsfreiheit zuzugestehen; die Frage der Gleichheit muß großzügiger, von einem höheren und umfassenderen Blickpunkt aus beurteilt werden" (ebd.).

b) Gleichheitskontrolle und Wertaspekte

Kaum mehr Eigenständigkeit als hinsichtlich der Ermittlung der Sachstrukturen hat die Gleichheitskontrolle des BVerfG gegenüber dem Gesetzgeber hinsichtlich der Wertmaßstäbe gewonnen. Das gilt insbesondere für den oft berufenen "Gerechtigkeitsgedanken" und das "Gerechtigkeitsempfinden". Dem kritischen Auftrag der Gleichheitskontrolle entsprechend betrachtet es sich zu recht als der Anwalt der "fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft", die der Gesetzgeber "nicht mißachten" darf (9, 338 [349]; 13, 225 [228]; s.a. 4, 219 [246]). Wie diese Maximen ermittelt werden, ist jedoch nicht dargetan⁴⁶. Im Südweststaat-Urteil stellt das BVerfG (1, 14 [53]) fest: "... und die Überzeugung von der Unhaltbarkeit der gegenwärtigen Landesgrenzen im Südwestraum ist viel stärker und einmütiger als hinsichtlich der Ländergrenzen im übrigen Deutschland. Es liegt also in der Sache eine Ungleichheit vor, der in Anwendung des Gleichheitssatzes durch eine verschiedene rechtliche Behandlung ... Rechnung getragen werden durfte". Das Gericht sagt jedoch nichts dar-

46 Zur Zulässigkeit einer Sperrklausel von 5 v.H. entnimmt das BVerfG vergleichsweise ausführlich die "Wertungen, die im Rechtsbewußtsein der konkreten Rechtsgemeinschaft lebendig sind", der Literatur, den Verfassungen der Länder, den deutschen und anderen europäischen Wahlgesetzen (1, 208 [249 ff.]; s.a. 6, 84 [94 f.]).

über, wessen Überzeugung es ermittelt und zugrunde gelegt hat. Für die Anwendung jener Gerechtigkeitsvorstellungen jedenfalls rückt die Vokabel des “Empfindens” (4, 219 [246]) und des “Sich-Aufdrängens” (9, 338 [350]) in den Vordergrund⁴⁷. Dabei ist zu vermerken, daß das BVerfG eine Regelung, die “als dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden widersprechend empfunden” wird, dennoch “als mit dem Gleichheitssatz noch vereinbar” hält, wenn “gewichtige Gründe” für sie vorliegen (4, 219 [246]). Gewichtige Gründe gegen empfundenen Empfinden!

Festeren Boden bekam das Gericht nur dort unter die Füße, wo es die Argumentation aus dem allgemeinen Gleichheitssatz durch die Anwendung besonderer Verfassungsnormen ergänzen oder ersetzen konnte⁴⁸. Die allgemeinste Formulierung dafür findet sich wohl in 3, 225 (240). Danach findet das Ermessen des Gesetzgebers “eine Grenze – und damit Art. 3 Abs. 1 GG seinen aktuellen Gehalt – im Willkürverbot und den Konkretisierungen des Gleichheitssatzes durch die Verfassung selbst, wie sie neben Art. 3 Abs. 2 und 3 z.B. auch in Art. 6 Abs. 5, Art. 9 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 gegeben sind” (s. ferner zu Art. 3 Abs. 2 und 3 GG: 10, 59 [73]; 17, 99 [105]; zu Art. 6 Abs. 5 GG: 8, 210 [217]; 17, 148 [153]; zu Art. 21 und Art. 3 Abs. 3 GG unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit der politischen Parteien: 6, 273 [280]; zu den Art. 9 Abs. 2, 18, 21 Abs. 2 GG unter dem Gesichtspunkt der freien politischen Betätigung: 13, 46 [49]; zu Art. 33 Abs. 5 GG: 6, 132 [218]). Diese Konkretisierung wird für Art. 3 Abs. 2 und 3 GG (6, 55 [71, 82]; 9, 237 [248]; 12, 151 [163]), Art. 6 Abs. 5 GG (17, 280 [286], Art. 33 Abs. 5 GG (8, 1 [22]), vor allem aber für Art. 6 Abs. 1 GG (6, 55 [71, 82]; 9, 237 [243, 248 f.]; 12, 151 [163]; 14, 34 [42]; 16, 203 [208]; 17, 1 [38], 210 [217, 224]; 18, 97 [105 ff., 112]) zum Vorrang der spezielleren Norm vor dem Gleichheitssatz gesteigert. 13, 290 (296) versucht allerdings zu differenzieren: “Der Gedanke des Vorrangs der Spezialnorm wird immer zutreffen, wenn die spezielle Norm nur als Ausformung der allgemeinen Norm erscheint, so daß in jener notwendig diese mit betroffen ist; anders liegt es, wenn der Sinngehalt der ‘besonderen’ Norm zunächst von der ‘allgemeinen’ Norm unabhängig ist, also jede eine spezifische Bedeutung hat, so daß eine Verletzung der ‘speziellen’ Norm ohne gleichzeitige Verletzung der ‘allgemeinen’ denkbar ist. Welche Norm als primär verletzt anzusehen ist, wird bei solcher Lage davon abhängen, welche von beiden nach ihrem spezifischen Sinngehalt die stärkere sachliche Beziehung zu dem zu prüfenden Sachverhalt hat und sich deshalb als der adäquate Maßstab erweist. So liegt es bei dem Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG”. Dieser zutreffende Ansatz

47 Parallel zum Vordringen der Kriterien des “Empfindens” und des “Sich-Aufdrängens” wurde aus dem “einleuchtenden Grund” (1, 14 [52]) ein “überzeugender” (20, 374 [377]; s.a. 12, 354 [368]), wobei dem BVerfG nicht entgangen sein dürfte, welches voluntative Element darin liegt, sich überzeugen zu lassen.

48 Das entspricht etwa der Prognose *Ipsens* (a.a.O. [s. Anm. 13], S. 154 ff. u. passim). Darin, daß die spezielleren Verfassungssätze bessere Positionen bieten als der allgemeine Gleichheitssatz, ist auch *Lerche* (a.a.O. [s. Anm. 4], S. 362) zuzustimmen.

wurde in der weiteren Rechtsprechung jedoch nicht spürbar beachtet. Wieder andere Wege der Bezugnahme ging das BVerfG dagegen, indem es etwa Art. 131 GG (6, 246 [256]) oder Art. 120 GG (14, 221 [239]) als grundgesetzliche Vorentscheidung für die Anwendung des Gleichheitssatzes hinnahm. An anderer Stelle begnügte es sich mit der kumulativen Inanspruchnahme etwa des Art. 103 GG (9, 124 [130]) oder des Art. 21 GG (7, 99 [107]) neben Art. 3 Abs. 1 GG. In jedem Fall aber wird die Hilfe deutlich, welche die Anwendung des Gleichheitssatzes aus der Existenz spezieller Grundgesetznormen bezieht.

c) Minimalismus und Quietismus der Gleichheitskontrolle

Nach alledem erscheint es nicht als Zufall, sondern als eine aufschlußreiche Fehlleistung, daß das BVerfG gelegentlich die Anordnungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Fälle "evidenter" Unsachlichkeit zu beschränken suchte⁴⁹. Der Versuch spezifisch verfassungsgerichtlicher Aufdeckung und Entfaltung der Sachstrukturen und Wertungsmaximen wurde zugunsten des Minimalismus der sich vom "Gerechtigkeitsempfinden" her "aufdrängenden" kleinräumigen Binnenkritik vordergründig-positivistischer Systemeinheiten zurückgestellt.

Dieser Minimalismus heißt zugleich Quietismus⁵⁰: "Die Aufgabe, reformierend einzugreifen, muß dem Gesetzgeber überlassen bleiben" (11, 283 [293]; s.a. 11, 310 [325 f.]). Zwar geht das Gericht von der Notwendigkeit sozialer Evolution aus (5, 85 [197 f.]). Und nach dem Gleichheitssatz dürfe "sich der Gesetzgeber grundsätzlich nicht damit begnügen, vorgefundene tatsächliche Unterschiede ohne weiteres hinzunehmen; sind sie mit den Erfordernissen der Gerechtigkeit unvereinbar, so muß er sie beseitigen" (3, 58 [158]). Aber diese Feststellung wird abgeschwächt: "Der Gesetzgeber braucht zwar nicht faktisch vorhandene, unterschiedliche Möglichkeiten der Einflußnahme auf diesen Prozeß (der politischen Willensbildung) auszugleichen. Wenn er aber gesetzliche Bestimmungen erläßt, die dem einzelnen besondere Möglichkeiten für eine solche Einflußnahme eröffnen, so darf dadurch nicht eine Differenzierung eintreten, die zu einer Privilegierung finanziell leistungsfähiger Bürger führt" (8, 51 [68]). Und schließlich läßt sich mit der Formel, der Gleichheitssatz gebiete dem Gesetzgeber "nicht, eine Regelung zu treffen, die verhindert, daß ungleiche Sachverhalte, der bestehenden Ungleichheit entsprechend, zu verschiedenen Rechtsfolgen führen" (9, 237 [244]), notfalls jedes Änderungsbedürfnis beschwichtigen. Das gilt dann auch für rechtsbedingte Ungleichheit: "Art. 3 GG ist nicht verletzt", wenn eine Verordnung "die Ungleichheit beider Gruppen nicht neu begründet, sondern nur eine schon bestehende

49 S. o. S. 138.

50 Zur Dynamik der Gleichheit s. *Hesse*, *Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht*, AöR 77 (1951/52), S. 167 ff. (insbes. S. 171 f., 204 ff.). – Zum Gegensatz zwischen einer statischen und einer dynamischen Konzeption des Gleichheitssatzes s. *Herzog*, Art. "Gleichheitssatz", in: *Evangelisches Staatslexikon*, 1967, Sp. 696 ff. (697).

Rechtslage klarge stellt" hat. Sie hat dann "nicht Gleiches verschieden behandelt, sondern nur die Folgen bestehender Ungleichheit anerkannt" (4, 193 [203]; s.a. 3, 58 [145]). "Eine Verfassungsgerichtsbarkeit, die sich vor allem auf eine durch die Tradition bestimmte Natur der Sache stützt, konserviert Besitzstände, statt der Verfassung eigenen Wert und Wirklichkeit zu verleihen."⁵¹ Das zeigt sich im schlichten "Seit-jeher"-Argument (4, 7 [19]; 9, 3 [9])⁵². Daß der Gesetzgeber das Recht hat, Besitzstände zu wahren (14, 105 [119]), erscheint danach selbstverständlich. Immerhin läßt das Gericht Raum für Bewegung. Traditionelle Regelungen dürften aus sachlich vertretbaren Gründen aufgehoben werden (16, 6 [24 f.]); Tradition ersetze "überzeugende Gründe" nicht (20, 374 [377]).

Das KPD-Urteil (5, 85 [198]) läßt es nicht als ausgeschlossen erscheinen, daß das Gericht geglaubt hat, in der egalitär-demokratischen Struktur der Gesetzgebung läge so sehr eine hinreichende Gewähr des Glücks der größten Zahl, daß die Korrekturfunktion des BVerfG sich auf den materiell-gleichheitlichen Impuls nicht zu erstrecken brauche. Der Gedanke kehrt in der übrigen Rechtsprechung des BVerfG nicht wieder. Es wäre jedenfalls falsch. Die egalitäre Demokratie ist ein System der politischen Gleichheit vieler, nicht aber aller. Sie ist allenfalls das System der kleinsten auf Dauer vernachlässigten Minderheit⁵³. Diese zu schützen, ist die klassische Aufgabe der Grundrechte in der Demokratie. Und sie ruht im Felde sozialer Teilhabe in besonderem Maße auf den Gleichheitssatz⁵⁴. Diese Funktion erscheint um so dringlicher, als der Parteien- und Verbände-Betrieb der modernen Massendemokratie den Abstand zwischen Mehrheiten und Minderheiten, machtvoll organisierten Interessen und nicht organisierten oder nicht organisierbaren Interessen vergrößert. Gleichheit aber ist – jenseits der gleichen Teilhabe an der Herrschaft garantiert – immer die Korrektur eines Gerechtigkeitsdefizits des Herrschaftssystems. Und der Gleichheitssatz erfüllt seine Aufgabe um so mehr, als er an die dem spezifischen Herrschaftssystem eigentümliche Gefährdung der Gerechtigkeit herangeführt wird. Es müßte – so betrachtet – die zentrale Aufgabe der Dogmatik des Art. 3 Abs. 1 GG und seiner verfassungsgerichtlichen Entfaltung⁵⁵ sein, das "Gerechtigkeitsgefälle" der modernen parlamentarischen

51 Schmidt, a.a.O. (s. Anm. 37), S. 403.

52 S. a. das Argument: "aus der vorhergehenden Epoche ... wirkt der Gedanke nach ..." (1, 208 [252]).

53 S. dazu und zum Folgenden z.B. Carl Schmitt, Legalität und Legitimität, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 263 ff. (286 ff., 295 f.); Friedrich, Demokratie als Herrschafts- und Lebensform, 1959, S. 58 ff.

54 Zur sozialen Funktion des Gleichheitssatzes vor allem Hesse, a.a.O. (s. Anm. 50), insbes. S. 178 ff., 216 ff.

55 Zur Situation des Gruppenlosen im Rechtsschutz s. Werner, Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz, Bd. 2, 1966, S. 153 ff. (160): "Den Kampf ums Recht als Gruppenloser aufzunehmen, bedeutet Ausnahme." Das BVerfG neigt jedoch dazu, den Gruppenlosen eher zu vernachlässigen als besonders in Schutz zu nehmen. Darauf wird im weiteren Verlauf des Berichts noch gelegentlich hinzuweisen sein.

Massendemokratie der Parteien und Verbände⁵⁶ zu sondieren und daraus die "konkrete Wahrheit" des Gleichheitssatzes zu entwickeln.

Gewiß muß dem Gericht dabei Vorsicht und Zurückhaltung empfohlen werden. Aktivität bedeutet erhöhtes Risiko des Irrtums. Und Irrtum schadet der Autorität des höchsten Gerichts mehr als irgend einem anderen Verfassungsorgan. Man wird andererseits auch außerhalb der Gleichheitsdogmatik dazu übergehen müssen, verfassungsrechtlichen Folgerungen und Postulaten mehr Situationsgebundenheit und weniger Ewigkeitscharakter zuzurechnen⁵⁷. Aber auch abgesehen von dem Problem, in welchem Maße konkrete Forderungen im Namen des Gleichheitssatzes zulässig, möglich und wünschenswert sind, ist zu bedauern, daß der Minimalismus des BVerfG Gleichheit als Verfassungsnorm letztlich als Peripherie ohne Mitte erscheinen läßt. Daß es schon zu Funktionsausfällen führt, wenn das BVerfG es allein dem Gesetzgeber überläßt, die Mitte zu denken⁵⁸, um sich selbst auf den Schutz der Peripherie zurückzuziehen, wurde versucht anzudeuten. Es kann aber nicht ausbleiben, daß die Preisgabe der Mitte durch die verfassungsgerichtliche Grundrechtsdogmatik Rückwirkungen auf das gesetzgeberrische Leitbild hat.

II. Sozialstaatsprinzip und soziale Gleichheit

1. Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip

In seinem Gleichheits-Aufsatz im Handbuch der Grundrechte schrieb *Ipsen*⁵⁹: "Wenn Sozialstaatlichkeit ... auf gerechte Güter- und Chancenverteilung durch den Staat zielt und ihm Identifizierung mit partikulären Interessen der Gesellschaft verwehrt, kann ihr Gebot zur Inhaltserfüllung des Gleichheitssatzes vornehmlich

56 S. z.B. zur Sozialpolitik als "Gruppenstrategie" *Liefmann-Keil*, Ökonomische Theorie der Sozialpolitik, 1961, S. 101 ff.; s. dazu auch *Herder-Dorneich*, Zur Theorie der sozialen Steuerung, 1965; v. *Bethusy-Huc*, Das Sozialleistungssystem der Bundesrepublik Deutschland, 1965, S. 157 f. und passim; w. Nachw. s. dort. – Zur Theorie der Staatsausgaben in der Demokratie s. z.B. *Liefmann-Keil*, Die Entwicklung der Theorie der Bewilligung öffentlicher Einnahmen und Ausgaben, Finanzarchiv N.F. 19 (1958/59), S. 218 ff. m.w.Hinw.; neuerdings etwa "Beiträge zur Theorie der öffentlichen Ausgaben", herausgegeben von Timm und Haller, 1967. Eine bemerkenswerte Spezialstudie zum angesprochenen Problem s. bei *Hansmeyer*, Finanzielle Staatshilfen für die Landwirtschaft, 1963, S. 60 ff., insbes. S. 76 ff. – Allgemeiner zum Problem – von recht verschiedenen Standpunkten her – z.B. *Downs*, An Economic Theory of Democracy, 1957; *Flechtheim*, Das Dilemma der Demokratie, ARSP XLIX (1963), S. 213 ff., insbes. S. 219, 225 ff. S.a. v. *Ferber*, Die Institutionalisierung der Klassegegensätze in der demokratisch-sozialen Grundordnung, Bundesarbeitsblatt 1963, S. 13 ff.

57 *Zacher*, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 63 ff., insbes. S. 81 ff., 89 ff.

58 S. zu dieser Funktionsdifferenz – wohl positiv – *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 166.

59 A.a.O. (s. Anm. 13), S. 173 ff.

im ökonomischen Bereich beitragen ... Es kann zweifelhaft sein, daß hier der entscheidende Ansatzpunkt für eine neue Phase der Radikalität des Gleichheitssatzes liegen mag." Es ist hier weder möglich, noch notwendig darzustellen, in welchem Maße diese "neue Phase der Radikalität des Gleichheitssatzes" in der Bundesrepublik Wirklichkeit geworden und inwieweit der Bedarf an Egalisierung durch Prosperität eingeholt wurde. Das BVerfG jedenfalls hat an der materiellen ökonomischen Erfüllung des Gleichheitssatzes und deren rechtlicher Sicherung keinen führenden, vielleicht nicht einmal einen nennenswerten Anteil genommen⁶⁰.

Es ist müßig zu fragen, ob die juristische Verflachung des Gleichheitssatzes in der Hand des BVerfG die primäre Ursache dafür war, daß die Problematik materieller ökonomischer Erfüllung des Gleichheitssatzes so wenig gesehen wurde, oder umgekehrt die Scheu vor der sozialpolitischen Stellungnahme mit dazu beigetragen hat, den Gleichheitssatz in den Binnenräumen von "Systemen" und "Lebensbereichen" zu domestizieren. Und es ist ebenso unwichtig, ob ein kräftigeres Bemühen um das Sozialstaatsprinzip eher zu einer sozialen Erfüllung des Gleichheitssatzes⁶¹ oder ein materielles Verständnis des Gleichheitssatzes eher zur verfassungsrechtlichen Aktualisierung des Sozialstaatsprinzips geführt hätte⁶². Sicher ist jedenfalls, daß das BVerfG weder im Gleichheitssatz das zentrale grundrechtliche Medium des Sozialstaatsprinzips noch im Sozialstaatsprinzip den vielleicht wichtigsten Ansatz materieller Integration der Gleichheit gesehen hat. Zwar greift es Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip gelegentlich gemeinsam auf (z.B. 9, 124 [131 ff.]; 10, 264 [270 f.]). Auch spricht es von der allgemeinen "Hinwendung zu einer egalitär-sozialstaatlichen Denkweise" (8, 155 [167]). Aber das gewinnt keine allgemeine Bedeutung. Mitunter stellt das BVerfG beide Prinzipien einander sogar mit überraschender Fremdheit gegenüber: "Auch das Sozialstaatsprinzip ermächtigt nicht zu beliebiger Sozialgestaltung, die das Gebot der Gleichheit auflösen würde" (12, 354 [367])⁶³. Es hat schließlich aber auch dem

60 Der Vollständigkeit halber muß eingeräumt werden, daß diese Haltung des BVerfG vielleicht sogar der Auffassung *Ipsens* entsprochen hat. Er schreibt (S. 176): "... wirkt der GIS in der Tat als ein Gebot der Sozialgestaltung in diesem Sinne auch als 'Bindung' des Gesetzgebers. Aber die *Verfassung*, die diesen GIS enthält, bindet den Gesetzgeber, *nicht* der prüfende *Richter*" (Sperrung im Original). Doch dürfte auch *Ipsen* kaum daran gedacht haben, daß der Verfassungsrichter den Auftrag verharmlösen oder gar verschweigen darf.

61 S. dazu z.B. *E.R. Huber*, Rechtsstaat und Sozialstaat, o.J., S. 18 f.

62 *Ermacora* (Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, 1963, insbes. S. 62) entnimmt dem Gleichheitssatz einen "status socialis". Das ist deshalb von besonderem Interesse, weil die österreichische Verfassung eine Sozialstaatsbestimmung nicht kennt. S. dazu nun *Fröhler*, Die verfassungsrechtliche Grundlegung des sozialen Rechtsstaats in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Österreich, 1967, S. 35 ff.

63 Bemerkenswert auch 14, 42 (51): Die Vorschriften "finden auf sozial Schwache gleichermaßen Anwendung wie auf sozial Starke, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß ... die sozial Schwachen überwiegen. Die Gültigkeit der Bestimmung kann also nicht davon abhängen, ob der Gesetzgeber das Sozialstaatsprinzip verletzt hat, sondern ob die getroffene Regelung dem Gleichheitssatz widerspricht."

Sozialstaatsprinzip nicht die Geltung verschafft, die es erlaubt hätte, den Gleichheitssatz auf seinem formalen Platz zu belassen⁶⁴.

2. Der Inhalt des Sozialstaatsprinzips⁶⁵

a) In den wenigen Fällen, in denen sich das BVerfG grundsätzlich zum Sozialstaatsprinzip äußert, tritt der Zusammenhang zwischen "sozial" und "gleich" allerdings zutage. "Das Sozialstaatsprinzip", heißt es im KPD-Urteil (5, 85 [206]), "soll schädliche Auswirkungen schrankenloser Freiheit verhindern und die Gleichheit fortschreitend bis zu dem vernünftigerweise zu fordernden Maß verwirklichen". Und an anderer Stelle (S. 198): "Wenn als ein leitendes Prinzip aller staatlichen Maßnahmen der Fortschritt zu 'sozialer Gerechtigkeit' aufgestellt wird", so habe diese Forderung "im Grundgesetz mit einer starken Betonung des 'Sozialstaates' noch einen besonderen Akzent erhalten". Sie wirke "in Richtung auf Ausgleich und Schonung der Interessen aller", strebe "annähernd gleichmäßige Förderung des Wohles aller Bürger und annähernd gleichmäßige Verteilung der Lasten" an. In diese Richtung geht auch der Rückgriff auf Art. 151 der Weimarer Verfassung, der nach 11, 105 (113) schon die "Entwicklung zum sozialen Rechtsstaat" gefordert hat⁶⁶. Wenn das BVerfG fortführt, dieser soziale Rechtsstaat strebe "den Ausgleich der durch die *moderne*⁶⁷ gesellschaftliche Entwicklung entstehenden Belastungen" an, so zeigt sich jedoch, daß das Gericht der umfassenden sozialen Funktion des Staates nicht ohne historisches Vorurteil gegenübersteht. Dieses "Gute-alte-Zeit"-Denken ist noch deutlicher, wo gesagt wird, der soziale Rechtsstaat übernehme "die früheren Fürsorgepflichten der Großfamilie"

64 In diese Richtung verweist besonders *Salzwedel*, a.a.O. (s. Anm. 36), S. 343 f.; s.a. *Lerche*, a.a.O. (s. Anm. 4), insbes. S. 357 Anm. 52. – Bemerkenswert ist, daß *Fuß* (JZ 1959, S. 334) die "Ungerechtigkeit der Differenzierung zwischen Arm und Reich aber erst bei Bestehen eines speziellen Benachteiligungsverbot von Minderbemittelten" offensichtlich ersieht (s. aber seinen Hinweis auf das Sozialstaatsprinzip, S. 337).

65 Zum Sozialstaatsprinzip s. statt aller anderen zuletzt *Werner Weber*, a.a.O. (s. Anm. 4); *Winkelvoß*, Die Verwirklichung des sozialen Rechtsstaats, DRiZ 1966, S. 332 ff.; *Rohwer-Kahlmann*, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes in der richterlichen Praxis, Zeitschrift für Sozialreform 1967, S. 449 ff. Weitere Literatur insbes. bei *Werner Weber*, a.a.O. (s. Anm. 4), S. 419. – Der Verfasser darf hier seine Definition des Sozialstaats wiedergeben, von der er auch in diesem Text ausgeht (Bayern als Sozialstaat, BayVBl. 1962, S. 257 ff. [257]; Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, S. 120 f.): "Der Sozialstaat steht den gesellschaftlichen, insbes. den für die persönliche Bedürfnisbefriedigung wesentlichen ökonomischen Verhältnissen im Sinne der gemeinen Zielvorstellung der modernen Sozialbewegung kritisch und verantwortlich gegenüber und sucht sie zu korrigieren, indem er unangemessene Wohlstandsdifferenzen ausgleicht und verhindert, damit zusammenhängende Abhängigkeitsverhältnisse abbaut oder mildert sowie eine gerechte Teilhabe aller an den Gütern der Gemeinschaft und ein menschenwürdiges Dasein für alle und somit im besonderen für die schwächeren Schichten sichert."

66 Absatz 1 Satz 1 lautet: "Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen."

67 Hervorhebung nicht im Original.

(6, 55 [77]). Die Fürsorge der Großfamilie hat einer nur allzu großen Zahl von Menschen niemals jene 'soziale Sicherheit' geben können, die der Mensch sich heute über seinen Staat vermittelt⁶⁸.

b) Unter den einzelnen Ausprägungen des Sozialstaatsprinzips steht – zumindest quantitativ – das System der sozialen Sicherheit (Sozialversicherung, Versorgung, Fürsorge) im Vordergrund (das freilich vom BVerfG nicht als solches ins Auge gefaßt oder gar zum Gegenstand notwendiger Sozialstaats-Verwirklichung gemacht wird). Die zeitlich erste Entscheidung betrifft die sozialstaatliche Pflicht des Gesetzgebers, sich "um die Herstellung erträglicher Lebensbedingungen für alle zu bemühen, die durch die Folgen des Hitler-Regimes in Not geraten sind" (1, 97 [105]). Später treten die dauernden Einrichtungen sozialer Sicherung in den Vordergrund. "Die Arbeiterrentenversicherung dient einer typischen Aufgabe des Sozialstaats, nämlich der zu den Fundamenten unserer sozialen Ordnung gehörenden Daseinsvorsorge in den Fällen der Erwerbs- und Berufs-Unfähigkeit des Versicherten oder des Todes des Ernährers der Familie" (21, 362 [375, 378]). Aber auch Gesetze, die die öffentlichrechtliche Alterssicherung auf Selbständige ausdehnen, "die im Wandel der Verhältnisse und Anschauungen nun ebenfalls in gewissem Sinn und Umfang 'sozial schutzbedürftig' geworden sind" – wie Ärzte, Handwerker oder Landwirte –, werden jedenfalls prinzipiell dem Sozialstaatsprinzip zugeordnet (10, 354 [368 f.]; allgemeiner 11, 105 [113]). Dabei entspreche es "sozialen Denken ..., daß auch diese Berufsangehörigen durch ihre Beiträge die Versorgung der wirtschaftlich schwächeren Berufsgenossen sicherstellen helfen" (ebd.; s.a. 11, 105 [114, 117]). Daß die nicht berufstätige Hausfrau und Mutter keinen selbständigen Schutz der Rentenversicherung genieße, sei "nach sozialstaatlichem Maßstab erträglich, weil sie in den hier betroffenen Schichten durch die unbedingte Witwenrente an der sozialen Sicherung teil hat, die ihr Ehemann genießt" (17, 1 [25]). In der sozialen Krankenversicherung habe der Gesetzgeber nach dem Sozialstaatsprinzip "zwischen zwei Erfordernissen abzuwägen. Auf der einen Seite soll er den Sozialversicherten eine möglichst gute ärztliche Versorgung verschaffen; auf der anderen Seite dürfen die Beiträge nicht übermäßig hoch werden. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Patient, der die Wohltaten der sozialen Krankenversicherung genießt, auch sachgemäße Beschränkungen in Kauf nehmen muß" (16, 286 [304]). Zur sozialen Krankenversicherung von Ehegatten-Arbeitnehmern führt das BVerfG aus (18, 257 [267]): "Dem Sozialstaatsprinzip würde es zwar eher entsprechen, daß diejenigen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Schwäche zur eigenen Lebensvorsorge nicht fähig sind und die deshalb einer Sicherung gegen die Wechselfälle des Lebens bedürfen, in die Zwangsversicherung einbezogen werden. Eine solche Vorsorge des Staates würde jedoch die Freiheit der persönlichen Entfaltung des einzelnen einschränken." Die Ent-

68 S. dazu schon *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Sämtliche Werke, Jubiläumsausgabe Bd. 7, 3. Aufl., 1952, §§ 238 ff., S. 314 ff. – In welche Richtung dieses Denken des BVerfG geht, wird wohl nicht zu Unrecht mit der Wendung verdeutlicht, mildtätige Spenden würden meist "aus Liberalität" gegeben (8, 51 [66]).

scheidung des Gesetzgebers "zugunsten der Freiheit ... ist jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn eine andere Lösung durch das Sozialstaatsprinzip nicht unbedingt geboten ist; das ist hier nicht der Fall, da den Interessen und der sozialen Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer-Ehegatten durch die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung Rechnung getragen ist." Mehrfach tritt auch der Familienlastenausgleich als sozialstaatliches Element hervor (6, 55 [80]; 11, 105 [113]). Schließlich rechtfertigt das Sozialstaatsprinzip auch das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (21, 245 [251])⁶⁹.

Auch für das öffentliche Dienstrecht wurde das Sozialstaatsprinzip in Anspruch genommen. Im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip könne davon ausgegangen werden, "daß eine Behörde als Arbeitgeber ihre Interessen nicht mit der gleichen Schärfe verfolgen würde, wie es im privaten Arbeitsverhältnis vorkommt" (3, 377 [381]), insbesondere, daß sie die Schutzbestimmungen für Schwerbeschädigte besonders beachte (ebd.). Für den Bereich des Beamten- und Beamtenbesoldungsrechts stelle die Garantie der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) eine spezielle Konkretisierung der Sozialstaatsklausel dar; diese Grundsätze des Berufsbeamtentums sicherten, daß die Besoldung und Versorgung der Beamten den Mindestanforderungen genügten, die sich aus dem Sozialstaatsprinzip der Verfassung ergäben (8, 1 [16 f.]; 17, 337 [355]; s.a. die elegantere Formulierung in 21, 329 [346]); andererseits wird die Notwendigkeit eines gesicherten Berufsbeamtentums für die rechts- und sozialstaatliche Demokratie betont (7, 155 [162 f.]; 8, 1 [16]). Im Gesetz zu Art. 131 GG habe sich der soziale Rechtsstaat bewährt (3, 58 [134]). Für das Personalvertretungsrecht nimmt das BVerfG an, die Tradition gewerkschaftlicher Betätigung in den Personalvertretungen sei durch das Sozialstaatsprinzip in die Verfassung aufgenommen: "Das Sozialstaatsprinzip war in den entsprechenden Vorschriften (des früheren Betriebsräterechts) bereits konkret ausgeformt. Die Koalitionsfreiheit würde ihres historisch gewordenen Sinns beraubt, wenn nicht die Betätigung der Koalitionen bei der Personalvertretung durch Art. 9 Abs. 3 geschützt wäre" (19, 303 [319])⁷⁰. Das Traditions-Argument (s.o. I 3 c) findet sich hier als prinzipiell gefährliches Instrument sowohl zur Anreicherung als auch zur Versteinigung des Sozialstaatsprinzips. Schon vorher hatte das BVerfG in ähnlicher Manier die Garantie der Tarifmacht der Koalitionen der Zusammenschau von Art. 9 Abs. 3 GG mit dem Sozialstaatsprinzip entnommen (4, 96 [102])⁷¹. Allgemein habe der Sozialstaat

69 Die weitere Judikatur zum Arbeitsvermittlungsmonopol (21, 261, 271) nimmt dagegen nicht wieder auf das Sozialstaatsprinzip Bezug.

70 Dagegen befaßt sich 17, 319 (333 ff.) mit der Beteiligung der Gewerkschaften an den Personalvertretungen der Bereitschaftspolizei ohne Auseinandersetzung mit dem Sozialstaatsprinzip.

71 Dagegen wird das Tarifrecht im übrigen nicht vom Sozialstaatsprinzip her entfaltet (18, 18 [25 ff.]; 20, 312 [317 ff.]).

den Menschen vor Ausbeutung, d.h. vor "Ausnutzung der Arbeitskraft zu unwürdigen Bedingungen und unzureichendem Lohn" zu schützen (5, 85 [206]).

Mit großer Entschlossenheit tritt das BVerfG für die Notwendigkeit ein, Bemittelte und Unbemittelte hinsichtlich des gerichtlichen Rechtsschutzes gleichzustellen (1, 109 [110 f.]; 9, 124 [129 ff., insbes. S. 131]; 10, 264 [270]). Man spürt, wie die Sicherheit des Gerichts zunimmt, wenn es sich, wie hier, auf vertrautem juristischem Felde befindet⁷².

Nachdem das BVerfG im Urteil über die VW-Aktien (12, 354 [369]) sowohl einer breiteren Streuung des Eigentums im ganzen Volk als auch der Stärkung der inneren Verbundenheit der Arbeitnehmer mit dem Werk und des Gedankens der "Partnerschaft" besonderen Wert beimaß und zur Rechtfertigung der Handwerksordnung (13, 97 [112]) anführte, daß "im Bereich des Mittelstandes⁷³ ständig neue Unternehmen" entstehen, "bei denen die Produktionsfaktoren Kapital und Arbeit ausgewogen in einer Hand vereint sind und der Inhaber seine persönlichen Fähigkeiten voll zur Geltung bringen kann", kommt es schließlich zu der Feststellung, "die Verbindung von Arbeitseinsatz und Kapitalbeteiligung zu erschweren, sei "unvereinbar mit der Wirtschaftspolitik des sozialen Rechtsstaates im Verständnis der Gegenwart, die gerade auf eine Förderung dieser Kombination ... hinausläuft" (13, 331 [346]). "Sache des Gesetzgebers [aber] ist es, wie weit er eine besondere soziale Schutzwürdigkeit des Aktionärs allgemein anerkennen will; das gilt auch für die Kleinaktionäre, die keine sozial klar abgrenzbare Gruppe bilden"⁷⁴ (14, 263 [286]). Dagegen nimmt das BVerfG Familiengesellschaften gegen steuerliche Belastungen nicht nur unter Berufung auf Art. 6 GG, sondern auch wegen des "Gebots sozialer Steuerpolitik (Art. 20 GG)" in Schutz (13, 331 [347]).

Schließlich wird auch die Förderung des Wohnungsbaues als möglicher Gegenstand sozialstaatlicher Aktivität genannt (21, 117 [130])⁷⁵.

c) Besondere Erwähnung verdienen diejenigen Fälle, in denen das BVerfG das Sozialstaatsprinzip zur Disziplinierung des Systems staatlicher Leistungen heranzieht. Sie stehen im Gegensatz zu den zahlreichen Bekundungen der Großzügigkeit rechtsstaatlicher Maximen gegenüber der leistenden Verwaltung⁷⁶, die den Eindruck erwecken, das BVerfG wolle die Schleusen der Verfassung weit offenhalten, um die sozialen Leistungen passieren zu lassen. Angesichts des Sozialstaatsprinzips aber vermeint das Gericht mit auffallender Intensität, sowohl der Überanstrengung dieses zentralen Titels gegen den leistenden Staat entgegenzutreten als auch auf die Notwendigkeit hinweisen zu müssen, Leistungen auf das sozialstaatlich Erforderliche zu beschränken. So betont es, es widerspreche "dem

72 Unter ausschließlicher Anwendung des Gleichheitssatzes begründet es den Anspruch auf Armenrecht im Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO (2, 336 [340 f.]).

73 S. zum Schutz des Mittelstandes ferner 16, 147 (185). Ohne Berührung mit dem Sozialstaatsprinzip: 17, 232 (243); 21, 160 (169).

74 Dieses Argument im Feldmühle-Urteil ist einer jener Fälle, in denen das BVerfG der Gruppenfreundlichkeit des Gesetzgebers nicht entgegentritt, sondern sie teilt (s.o. I 3 c).

75 Zum Eigenheim im Sozialbild des BVerfG s.a. 17, 210 (219).

76 S. u. IV.

Gedanken des sozialen Rechtsstaates, daß Mittel der Allgemeinheit, die zur Hilfe für deren bedürftige Mitglieder bestimmt sind, mangels genügender Kontrolle auch in Fällen in Anspruch genommen werden können, in denen wirkliche Bedürftigkeit nicht vorliegt" (9, 20 [35]; 17, 1 [11])⁷⁷. "Bei der Erhöhung staatlicher Leistungen" könne das Sozialstaatsprinzip "eine Differenzierung nach dem Grade der sozialen Schutzbedürftigkeit der Empfänger rechtfertigen" (13, 248 [259]). Aus dem Sozialstaatsprinzip ergebe sich ferner "die Pflicht, einen Verlust, dessen Ersatz die Gemeinschaft zu tragen hat, selbst zu mildern, soweit das zumutbar ist" (17, 38 [56]). Schließlich müsse im sozialen Rechtsstaat "der Gedanke lebendig bleiben ..., daß eine formale Rechtsstellung, die dem einzelnen sachlich nicht gerechtfertigte Ansprüche auf Leistungen aus öffentlichen Mitteln gewährt, nicht zum Nachteil der anderen und des Ganzen durch die Rechtsordnung geschützt und aufrechterhalten werden darf" (7, 129 [152]).

3. Das Sozialstaatsprinzip in der Verfassungsordnung

a) Mit Recht betont das BVerfG, das Sozialstaatsprinzip sei "ein der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip (5, 85 [198]). Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates könne daher "nur der Gesetzgeber tun", der verfassungsrechtlich zu sozialer Aktivität verpflichtet sei (1, 97 [105])⁷⁸. Ob und wo es außerhalb des Gesetzgebungsverfahrens konkretisierbare Minima dieser sozialstaatlichen Pflicht gibt, und wie deren Sanktionen aussehen, spricht das BVerfG nicht aus. Am weitesten geht es in 1, 97 (105): "Wenn der Gesetzgeber diese [sozialstaatliche] Pflicht willkürlich, d.h. ohne sachlichen Grund versäumte, könnte möglicherweise dem einzelnen hieraus ein mit der Verfassungsbeschwerde verfolgbarer Anspruch erwachsen." Auch spricht es – wenngleich selten – in einzelnen konkreten Zusammenhängen von sozialstaatlichen Pflichten (s.o. 2 b). In keinem Fall aber setzt es dem Gesetzgeber eine abweichende eigene Sozialstaatskonzeption entgegen. Fast immer dient die Berufung auf das Sozialstaatsprinzip dazu, dem Gesetzgeber legitimierend zu Hilfe zu kommen. Liberalem Denken verhaftet, sieht das BVerfG vor allem die "unaufhebbare und grundsätzliche Spannungslage zwischen dem Schutz der Freiheit des einzelnen und den Anforderungen einer sozialistischen Ordnung", in der "dem Gesetzgeber ein weiterer Raum für freie Gestaltung verbleibt" (10, 354 [371]; 18, 257 [267, 273]).

Da dem Gesetzgeber unterstellt werden darf, daß er seinem sozialstaatlichen Auftrag gerecht werden will⁷⁹, kann das Sozialstaatsprinzip "von entscheidender

⁷⁷ In 17, 1 (23 f.) jedoch modifiziert, s.a. IV 2.

⁷⁸ S.a. ebd., S. 100: "Ein Recht zu schaffen, das den Idealen der sozialen Gerechtigkeit, der Freiheit, Gleichheit und Billigkeit entspricht, ist eine ewige Aufgabe des Gesetzgebers." 5, 85 (379): "Das Prinzip des Sozialstaats, d.h. das Prinzip der sozialen Verpflichtung."

⁷⁹ *Zacher*, Bayern als Sozialstaat, BayVBl. 1962, S. 257 ff. (258 f., 261).

Bedeutung" für die Auslegung von Gesetzen sein (1, 97 [105])⁸⁰. In diesem Sinne kann das Sozialstaatsprinzip Bedeutung auch für die Gesetzesanwendenden Behörden erlangen (3, 377 [381]; s.a. 9, 124 [131 ff.]). Dabei sei – meint das BVerfG – die öffentliche Verwaltung auch als privatrechtlicher Arbeitgeber in besonderem Maße an das Sozialstaatsprinzip gebunden (3, 377 [381]). Nach dem Zusammenhang dieser Aussage wäre es aber voreilig, diese Entscheidung für eine "Fiskalgehung" des Sozialstaatsprinzips in Anspruch zu nehmen. Auch auf die Sozialstaatsbindung sogenannter gesetzessfreier Verwaltung ist das BVerfG nicht eingegangen. Solange sich das Gericht nicht daran beteiligt, die Legalisierung und Publizierung dieses Bereichs voranzutreiben (zu Sozialstaatsprinzip und Gesetzesvorbehalt s. 8, 155 [167])⁸¹, wird der Prozeßstoff aus diesem Bereich auch weiterhin so selten bleiben, wie der Rechtsschutz ineffektiv.

b) Als Staatsfundamentalnorm (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1, 79 Abs. 3 GG) ist das Sozialstaatsprinzip auch bei der Auslegung des Grundgesetzes selbst zu berücksichtigen (1, 97 [105]). Auch in dieser Richtung hat das BVerfG das Sozialstaatsprinzip nicht sonderlich fruchtbar gemacht. Teils hält sich die Bezugnahme auf das Sozialstaatsprinzip im Rahmen bloß erklärender Zusammenschau (insbes. 5, 85 [197, 206]). Teils dient die Berufung auf das Sozialstaatsprinzip dazu, gesetzgeberische Dispositionen für verfassungsmäßig zu erklären, die – etwa gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG – nicht *notwendig* besonderer verfassungsrechtlicher Grundlagen bedürften (z.B. 10, 354 [369 ff.]). Selten dagegen kommt dem sozialstaatlichen Argument wesentliche Bedeutung zu.

Den Gedanken des sozialen Bundesstaats (Art. 20 Abs. 1 GG)⁸² greift das BVerfG nicht, den Gedanken der sozialen Demokratie⁸³ (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG) nicht über das KPD-Urteil hinaus auf (5, 85 [198]). Die Formel vom sozialen Rechtsstaat⁸⁴ (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) gebraucht das BVerfG dagegen gern. Jedoch ist es mit sozialstaatlichen Modifikationen des überkommenen Rechtsstaatsbildes^{84a} zurückhaltend (8, 155 [167]). Die Begrenztheit sozialer Leistungen (s.o. 2 c) wird gerne sozial- und rechtsstaatlich gerechtfertigt (7, 129 [152]; 9, 20 [35]; in eher abwägendem Sinn 14, 288 [304 f.]). Auf die rechtsstaatliche Sicherung sozialer Leistungen ist das BVerfG dagegen bedacht, wenn

80 Zur verfassungskonformen Auslegung freilich hat das BVerfG das Sozialstaatsprinzip nie herangezogen. S. *Harald Bogs*, a.a.O. (s. Anm. 35), S. 159.

81 S. dazu den Bericht von *Köttgen*, Das Bundesverfassungsgericht und die Organisation der öffentlichen Verwaltung, AöR 90 (1965), S. 205 ff., insbes. S. 206 ff. – Ergänzend ist vor allem auf die gefährliche Verhamlosung der Nichtverkündung von Haushaltsplänen in 20, 56 (93) hinzuweisen.

82 S. dazu statt aller anderen *Köttgen*, Der soziale Bundesstaat, in: *Neue Wege der Fürsorge*, Festschrift für Hans Muthesius, 1960, S. 19 ff.

83 S. z.B. *Abendroth*, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: *Sultan-Abendroth*, Bürokratischer Verwaltungsstaat und soziale Demokratie, 1955, S. 81 ff.

84 S. dazu grundlegend *Forsthoff* und *Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDSiRL 12 (1954), S. 8 ff., S. 37 ff. Zuletzt etwa *Fröhler*, a.a.O. (s. Anm. 62).

84a S. zur Ergänzung des rechtsstaatlichen Elements durch das sozialstaatliche 5, 85 (379).

es sagt: "Bei aller grundsätzlichen Freiheit des Gesetzgebers, darüber zu entscheiden, ob bestimmte soziale Leistungen gewährt werden sollen, ist er doch in ihrer Ausgestaltung ebenso wie bei Eingriffen an das Grundgesetz ... gebunden. Das ist im sozialen Rechtsstaat angesichts der außerordentlichen Bedeutung der darreichenden Verwaltung für die Existenz des einzelnen selbstverständlich" (17, 1 [23]). Ein konstruktiver Beitrag zur Anpassung des rechtsstaatlichen Instrumentariums an die sozialstaatlichen Funktionen findet sich in der Judikatur des BVerfG jedoch nicht⁸⁵.

Insbesondere die Dogmatik der Freiheitsrechte ist von der liberalen Vorstellung des Gegenübers von Freiheit einerseits und staatlicher Sozialgestaltung andererseits beherrscht (10, 354 [371]; 18, 257 [267, 273]; s.a. 5, 85 [206]; 6, 32 [41]). Der Impuls, den das Sozialstaatsprinzip in Richtung auf die ökonomisch-soziale Erfüllung der Freiheitsrechte⁸⁶ geben kann, ist in der Judikatur des BVerfG nicht hervorgetreten. Im Rahmen des Eigentumsgrundrechts wird das Sozialstaatsprinzip zur Erklärung der Junktimklausel (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG) herangezogen (4, 219 [235]). Auch die Gemeinwohlklausel (Art. 14 Abs. 2 GG) wird auf das Sozialstaatsprinzip zurückgeführt (4, 387 [389]; 20, 351 [361]), ohne daß dies im konkreten Zusammenhang (Rechtsschutz in Baulandsachen; Tötung tollwutverdächtiger Hunde!) sinnvoll, ja auch nur zulässig zu sein scheint⁸⁷. Für die Ausgestaltung des Eigentums im Aktienrecht wird zwar auf das Sozialstaatsprinzip Bezug genommen, jedoch der Freiheit des Gesetzgebers (Art. 14 Abs. 1 GG) der Vorzug gegeben (14, 263 [285 f.]). Auch eine grundrechtlich nicht genau lokalisierte Vertragsfreiheit wird dem Sozialstaatsprinzip unterstellt (8, 274 [329]; 21, 87 [91]). Auf den holprig historisierendem Zusammenhang, den 19, 303 (319) zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und dem Sozialstaatsprinzip herstellt, wurde schon hingewiesen.

Nach 21, 245 (251 ff.) gehört die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und des Mangels an Arbeitskräften "zu der dem Staat obliegenden, ihm durch das Gebot der Sozialstaatlichkeit vom Grundgesetz auch besonders aufgegebenen Daseinsvorsorge". Entsprechend der üblichen Argumentation zu Art. 12 GG wird daraus gefolgert, der optimal organisierte Arbeitsmarkt sei ein wichtiges Gemeinschaftsgut, das nur durch das Arbeitsvermittlungsmonopol vor schweren Gefahren geschützt werden könne, so daß dieses gegenüber Art. 12 GG gerechtfertigt sei. Noch deutlicher in den Problemkreis spezifisch *staatlicher* Aufgabenstellung gerät das BVerfG in 21, 362 (374 f.): Weil die Arbeiterrentenversicherung "einer typischen Aufgabe des Sozialstaates" diene, betreffe "die Versagung oder Entziehung

85 S. zu den Problemen *Zacher*, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25 (1967), S: 308 ff. (354 ff.) m.w.Nachw.

86 *Zacher*, a.a.O. (s. Anm. 85), S. 363 ff. m.w.Nachw.

87 Hierin zeigt sich vielmehr die allgemein häufige, bedenkliche Tendenz, das Sozialstaatsprinzip im Sinne einer allgemeinen Gemeinschafts- und Gemeinwohlbindung mißzuverstehen. Damit wird der *spezifische* Sinn entkräftet und gefährdet. – Im Gegensatz zu den vorgenannten Entscheidungen wird Art. 14 Abs. 2 GG gerade für ein "soziales Mietrecht" ohne Erwähnung des Sozialstaatsprinzips in Anspruch genommen (18, 121 [131 f.]).

einer Rechtsposition“, die eine Landesversicherungsanstalt “in ihrer Eigenschaft als Träger der Rentenversicherung für sich in Anspruch” nehme, diese als Träger “vom Staat übertragener Aufgaben und vom Staat verliehener Befugnisse”; sie genieße deshalb nicht den Schutz der Grundrechte und der Verfassungsbeschwerde. Diese Argumentation unmittelbarer Zurechnung sozial notwendiger Funktionen zu den Staatsaufgaben unter Negation der Zurechnungsmöglichkeit zum “Privaten” ist zu einfach⁸⁸.

4. Die Unstetigkeit der Anwendung des Sozialstaatsprinzips

Beruft das BVerfG sich nicht auf das Sozialstaatsprinzip, so sagt das nicht, daß das BVerfG soziale Belange nicht berücksichtigt⁸⁹. In welchen Fällen sich das BVerfG des Sozialstaatsprinzips erinnert oder nicht, unterliegt einem undurchdringlichen Gesetz des Zufalls⁹⁰, das sicher nicht ohne Zusammenhang damit ist, daß zwischen die allgemeine Deutung des KPD-Urteils⁹¹ und die konkreten Bezugnahmen auf das Sozialstaatsprinzip – außer in 11, 105 (113) – nirgends allgemeinere Auslassungen über das Sozialstaatsprinzip getreten sind, ja, daß jene grundsätzlichen Bemerkungen für die konkrete Anwendung des Sozialstaatsprinzips nicht einmal fruchtbar gemacht wurden. Diese Inkonsequenz und Un-

88 So konnte sich auch der Gedanke der “Daseinsvorsorge” auf Dauer nicht als Kriterium der Abgrenzung zwischen Staat und privater Sphäre halten. – Zu Recht sagt deshalb das BVerfG in seinem Urteil zum Bundessozialhilfegesetz und zum Jugendwohlfahrtsgesetz, das im 22. Bd. der Entscheidungssammlung enthalten ist und deshalb in diesen Bericht nicht mehr allgemein einbezogen ist: Aus dem Sozialstaatsprinzip folge “nur, daß der Staat die Pflicht hat, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen; dieses Ziel wird er in erster Linie im Wege der Gesetzgebung zu erreichen suchen. Keineswegs folgt aus dem Sozialstaatsprinzip, daß der Gesetzgeber für die Verwirklichung dieses Ziels nur behördliche Maßnahmen vorsehen darf. Art. 20 Abs. 1 GG bestimmt nur das ‘Was’, das Ziel, die gerechte Sozialordnung; er läßt aber für das ‘Wie’, d.h. für die Erreichung des Ziels, alle Wege offen. Deshalb steht es dem Gesetzgeber frei, zur Erreichung des Ziels auch die Mithilfe privater Wohlfahrtsorganisationen vorzusehen” (22, 180 [204]). Jedoch schießt auch diese Entscheidung über das Ziel hinaus, indem sie pauschal feststellt: “Im übrigen bleibt sowohl nach der im Jugendwohlfahrtsgesetz wie nach der im Bundessozialhilfegesetz getroffenen Regelung nur der Träger der öffentlichen Jugendhilfe oder Sozialhilfe dem Hilfsbedürftigen gegenüber verpflichtet” (ebd.). Damit läßt sich die sozialstaatliche Schwäche der zu prüfenden Gesetze nicht zudecken (s. *Zacher*, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, insbes. S. 120 ff., 124 ff.).

89 Hinweise – vor allem zur Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 3, 12 und 14 GG – s. insbes. in den Anmerkungen zu 2 b und 3 b. S.a. III u. IV.

90 Jedenfalls ist die Auswahl der Gegenstände, auf die das BVerfG das Sozialstaatsprinzip bezieht, bei weitem nicht allein mit der begrenzten Zahl von Angelegenheiten zu erklären, mit denen das BVerfG befaßt wird. – A.A. als der Text *Werner Weber*, a.a.O. (s. Anm. 4), S. 429 f.: “Da es wirklich keine Gelegenheit versäumt hat, das Sozialstaatsprinzip in Betracht zu ziehen, ist seine während 14 Jahren in vielen Entscheidungen entwickelte Rechtsprechung zugleich repräsentativ für den Kreis der möglichen verfassungsrechtlichen Anwendungsfälle des Sozialstaatsprinzips überhaupt.” S. dagegen auch *Winkelvoß*, a.a.O. (s. Anm. 65), insbes. S. 336.

91 S. o. Einleitung (vor I) und II 2 a.

stetigkeit der Rechtsprechung des BVerfG zum Sozialstaatsprinzip ist zu bedauern. Das Gericht nimmt sich dadurch die Möglichkeit, sich immer wieder mit dem Sozialstaatsprinzip auseinanderzusetzen und so nach und nach mit aller Vorsicht zu einem Minimum an Konkretisierung zu gelangen. Es nimmt auch die Gelegenheit nicht wahr, die übrigen Faktoren der Rechtserzeugung und -anwendung auf die Notwendigkeit hinzuweisen, sich dem Sozialstaatsprinzip zu stellen.

III. Gleichheitssätze und soziale Gleichheit

1. Der allgemeine Gleichheitssatz

Vor allem aber in den zahlreichen Fällen, in denen das BVerfG soziale Situationen und Ordnungen unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitssatzes zu würdigen hatte⁹², kam es in der Regel ohne Berufung auf das Sozialstaatsprinzip aus – freilich ohne daß die soziale Erfüllung des Gleichheitssatzes sie entbehrlich machte. Tragende Prinzipien der sozialen Gestaltung des Rechts sind im Verlaufe dieser Kasuistik nicht entstanden. Das Wesentliche ist: Das BVerfG bezieht den Gleichheitssatz zwar auf den ökonomisch-sozialen Bereich, es gibt dem Gleichheitssatz aber keinen sozial-ökonomischen Elan. Ob “wahre Gleichheit vor dem Gesetz erst gegeben ist, wenn sozial berücksichtigenswerte Ungleichheiten aufgespiürt und abgefangen worden sind”⁹³, findet sich nicht einmal immer erwogen, geschweige denn bejaht. Das Pendel der Gleichheits-Praxis schwingt vom Postulat des Ausgleichs (s. insbes. 2, 336 [340 f.]; 3, 58 [158]) über das Verlangen “arm” und “reich” nach “Armut” und “Reichtum” verschieden zu behandeln, bis zum Genügen daran, daß “Arme” vom Recht nicht schon deshalb (noch) schlechter gestellt werden, weil sie arm sind⁹⁴. Den Denkmöglichkeiten ökonomisch-sozialer Gleichheit⁹⁵ wird nicht tiefer dringend nachgefragt. Und der entscheidend wichtige Versuch der Wertung, wann Gleichheit von “arm” und “reich” durch rechtliche Gleichbehandlung, wann dagegen durch Ungleichbehandlung herzustellen ist, bleibt aus. Selbst der Gedanke, den Gleichheitssatz “nicht mehr nur dem Gesetzgeber, sondern auch der Verwaltung gegenüber als *Gebot gleicher Zuteilung*” zu verstehen⁹⁶, findet sich erst spät, vereinzelt und unter

92 Auf die Fülle des Materials kann hier nicht über das in diesem Bericht an anderer Stelle Genannte hinaus eingegangen werden.

93 v. Altrock, Der Standort der Sozialversicherung im Rechtsgefüge, in: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Walter Bogs, 1959, S. 15 ff. (34); s. z.B. auch Abendroth, a.a.O. (s. Anm. 83), S. 88, 90 f., 98.

94 S. nochmals das Material oben I 3 c und II 1.

95 Zum Grundsätzlichen z.B. Liefmann-Keil, Ökonomische Theorie der Sozialpolitik (Anm. 56), S. 13 ff., 87 ff. u. passim m.w.Hinw. Aus der Fülle des Schrifttums ergänzend etwa Müller-Groeling, Maximierung des sozialen Gesamtnutzens und Einkommensgleichheit, 1965; Bössmann, Zur neueren Diskussion über soziale Wohlfahrtsfunktionen, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 121 Bd. (1965), S. 222 ff.

96 Hesse, a.a.O. (s. Anm. 50), S. 220 f. – Hervorhebung im Original.

dem Vorbehalt der Leistungsschwäche (17, 210 [216]). Das BVerfG ist zwar gerne bereit, soziale Maßnahmen jeder Art zu respektieren, ja zu verteidigen. Es fehlt aber auch nicht an Rechtfertigung dort, wo soziale Ungleichheiten zur Kritik herausfordern könnten.

Hingewiesen sei hier nur auf das Verhältnis des Gleichheitssatzes zum rechtsstaatlichen Schutz von Vorzugspositionen. Sie können der sozialen Gleichheit ebenso widerstreiten, wie sie Ausdruck besonderen sozialen Schutzes zu sein vermögen. Das BVerfG überläßt die Entscheidung in diesem Widerstreit dem Gesetzgeber (15, 313 [319]⁹⁷ m. w. Nachw.). Führe die Aufrechterhaltung bereits getroffener günstiger Einzelmaßnahmen zu einer Bevorzugung, so müsse diese Ungleichheit "in Kauf genommen werden, weil der Herbeiführung der radikalen Gleichheit insoweit das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes im Wege steht" (15, 167 [204 f.]). Das darf jedoch grundsätzlich nur im Sinne einer Rechtfertigung der Ungleichbehandlung (4, 193 [205]), nicht dagegen eines Zwangs zur Ungleichbehandlung verstanden werden. Nur für den Fall, daß "ein Gesetz eine Gruppe ganz gleichartiger, auch ihrer Zahl nach im wesentlichen bereits feststehender Tatbestände für einen relativ kurzen Zeitraum regelt", sieht das BVerfG den Gesetzgeber "grundsätzlich daran gehindert, durch ein neues Gesetz für einen kleinen Rest der von dem bisherigen Gesetz erfaßten Tatbestände abweichende Bestimmungen zu treffen" (4, 219 [Leitsatz 4, S. 245 f.]). Aber es hat diese Ausnahme – die es auf den Gleichheitssatz, nicht auf das Rechtsstaatsprinzip stützt! – sehr eng praktiziert (11, 64 [71 f.]; 15, 167 [202 f.]). In anderem Zusammenhang wägt das Gericht das Allgemeininteresse an einer Änderung (rückwirkender Ausschluß der Selbstversicherung in der Rentenversicherung) unmittelbar gegenüber dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutz und dem sozialen Schutzbedürfnis ab (14, 288 [304 f.]), während es vom Gleichheitssatz her nur prüft, ob der Stichtag der Rückwirkung zutreffend gewählt ist (S. 305).

2. Besondere Gleichheitssätze

Anders als auf der Basis des allgemeinen Gleichheitssatzes hat sich das BVerfG nicht gescheut, unter Heranziehung besonderer Gleichheitssätze des Grundgesetzes sozial aktiv zu werden⁹⁸.

a) Die wohl schlechthin bedeutsamste soziale Leistung des BVerfG liegt im Umkreis der Gleichheit von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG), der Gleichstellung des unehelichen Kindes (Art. 6 Abs. 5 GG) und der Garantie von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG), die das BVerfG als eine Art besonderen Gleichheitssatzes gehandhabt hat (s. die Hinweise oben I 3 b). Unter dem hier interessierenden ökonomisch-sozialen Aspekt erscheinen vor allem zwei Entwicklungen bedeutsam. Die eine setzt mit dem Ehegattenbesteuerungs-Urteil ein

97 Der Fall betrifft die Vorenthaltung einer Steuerbegünstigung in rechtskräftig erledigten Fällen. Im Rahmen des Gleichheitssatzes beruft der Staat sich selbst hier auf Rechtssicherheit.

98 S.a. o. I 3 b.

(6, 55), das nicht nur eine Reform der finanziellen Belastung der Ehen im Einkommensteuerrecht (9, 237; s.a. 14, 34) einleitete, sondern auch zur entsprechenden Kritik am Lastenausgleichsrecht (12, 151), am Grunderwerbsteuerrecht (16, 203) und am Kirchensteuerrecht (19, 268) führte. Sie wurde wesentlich ergänzt durch die Untersagung der generellen Zusammenveranlagung von Eltern und Kindern (18, 97). An die Reform des Leistungsrechts gegenüber der Familie, die zweite der besagten Entwicklungen, ging das Gericht zunächst zur zögernd (s. 11, 50). Mit den Urteilen zur Witwen- und Waisenrente in der Rentenversicherung (17, 1) und der Kriegsoferversorgung (17, 38, 62, 86) hat das BVerfG dann aber die Verantwortung für eine ebenso mutige wie notwendige Reform des Rechts der sozialen Sicherheit übernommen. Diese Entscheidungen gehen davon aus, daß "Art. 3 Abs. 2 GG gebietet, die Arbeit der Frau als Mutter, Hausfrau und Mit-helfende mit ihrem tatsächlichen Wert als Unterhaltsleistung zu berücksichtigen" (17, 1). Das führt dazu, daß die Frau die gleiche Möglichkeit zur sozialen Sicherung ihrer Kinder haben muß wie der Mann. Dagegen lassen diese Entscheidungen zu, daß die Witwenrente weiterhin von dem überwiegenden Bestreiten des Lebensunterhalts durch die Frau abhängig gemacht wird. Diese Regelung halte sich im Rahmen zulässiger Typisierung (17, 17 ff., 53 ff.). Dagegen sei es unzulässig, diese Unterhaltsleistung der Frau lediglich in ihrem Arbeitsverdienst zu sehen (17, 52, 86). Diese Rechtsprechung hat eine bedeutsame Fortentwicklung erfahren, indem in 21, 329 angenommen wird, daß die Beamtin hinsichtlich der Versorgung ihrer nächsten Familienangehörigen dem Beamten voll gleichzustellen ist. Das bedeutet insbesondere, daß der Witwer der Beamtin die gleiche Versorgung erhalten muß wie die Witwe des Beamten (S. 350 ff.). Ob dieser Unterschied zum Sozialversicherungs- und Kriegsoferversorgungsrecht (17, 1, 38, 62) aufrechterhalten werden kann, muß bezweifelt werden (s. dazu 21, 329 [352 f.]⁹⁹).

Soziale Bedeutung kommt auch der Durchsetzung der Gleichberechtigung im Höferecht zu (15, 337). Dagegen kann die familienrechtliche Rechtsprechung des BVerfG (10, 59; 17, 99, 168; 19, 177) die sozialen Verhältnisse nur indirekt beeinflussen.

Weniger wirksam war – notwendigerweise – die Rechtsprechung zur Lage des unehelichen Kindes (Art. 6 Abs. 5 GG). Doch ist – von der Vaterschaftsfeststellung (8, 210) über das Unterhaltsrecht (17, 280; s.a. 11, 277) bis zur Ausweitung der Kriegsoferversorgung für uneheliche Kinder (17, 148) – das Bestreben des BVerfG, das uneheliche Kind zu schützen, eindeutig.

b) Die übrigen besonderen Gleichheitssätze waren ihrem Wesen nach weniger geeignet, aktuell und unmittelbar soziale Wirkungen auszulösen. Einen besonderen Rang nimmt das allgemeine und gleiche Wahlrecht ein (Art. 28 Abs. 1 Satz 2, Art. 38 Abs. 1 GG). Die eminente soziale Bedeutung dieser egalitären Basis der Demokratie gibt der korrekten Handhabung des allgemeinen und gleichen Wahlrechts in der Rechtsprechung des BVerfG mittelbar auch größtes soziales Ge-

⁹⁹ Zum öffentlichen Dienstrecht ist überdies noch auf die Rechtsprechung zur Wiedereinstellung einer verheirateten Beamtin aufmerksam zu machen (19, 76).

wicht. Jedoch hatte das Gericht keinen Anlaß, unmittelbare soziale Gefährdungen des allgemeinen und gleichen Wahlrechts abzuwenden¹⁰⁰.

Dagegen hatte das BVerfG Gelegenheit, sich unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit der politischen Parteien (Art. 3 Abs. 1 und 3, 21 GG) mit der Gefahr plutokratischer Verzerrung der politischen Willensbildung auseinanderzusetzen (8, 51). Das Gericht, das der "politischen Spende ... in der Regel politisch oder ökonomisch finalen Charakter" zuerkennt (S. 66), weigerte sich gerade hier, sich mit der gleichheitlichen Binnenstruktur der gesetzlichen Ordnung zu begnügen: "Der Gesetzgeber braucht zwar nicht faktisch vorhandene, unterschiedliche Möglichkeiten der Einflußnahme auf diesen Prozeß [der politischen Willensbildung] auszugleichen. Wenn er aber gesetzliche Bestimmungen erläßt, die dem einzelnen besondere Möglichkeiten für eine solche Einflußnahme eröffnen, so darf dadurch nicht eine Differenzierung eintreten, die zu einer Privilegierung finanziell leistungsfähiger Bürger führt" (S. 68; s. dazu auch 14, 121 [134]). Von dieser Basis her kritisierte das BVerfG sodann die einkommensteuerliche Begünstigung von Spenden an politische Parteien.

Das verfassungsmäßige Recht aus Art. 33 Abs. 2 und 3 GG wurde in seinem weiteren sozialen Bezug sichtbar, indem das BVerfG (7, 377 [398]) in ihm eine Kompensation der freien Berufswahl (Art. 12 GG) in Richtung auf den Zugang aller zu allen öffentlichen Ämtern sah¹⁰¹.

Das Verbot, nach der "Herkunft" zu differenzieren (Art. 3 Abs. 3 GG), wurde dahin interpretiert, daß "Herkunft ... die von den Vorfahren hergeleitete soziale Verwurzelung, nicht die in den eigenen Lebensumständen begründete Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht" meint (9, 124 [129]; s.a. 5, 17 [22]). Mit diesem Sinngehalt entbehrte und entbehrt es der sozialen Aktualität. Auch das Verbot, nach der "Heimat" zu differenzieren (Art. 3 Abs. 3 GG), war sozial weder angefochten noch bedeutsam (s. z.B. 2, 266 [286]; 19, 119 [126]), obwohl zunächst in Anbetracht der großen Zahl von Heimatvertriebenen, Flüchtlingen usw. damit gerechnet werden durfte¹⁰². Ähnliches gilt von dem Verbot, nach der "Abstammung" zu differenzieren (Art. 3 Abs. 3 GG)^{103,104}.

100 Nicht auszuschließen ist, daß das Problem der Briefwahl mittelbar soziale Relevanz hat (s. dazu z.B. 12, 139).

101 S. dazu auch den Bericht von *Rupp*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 92 (1967), S: 213 ff. (239 ff.).

102 Das BVerfG definierte "Heimat" als "örtliche Beziehung zur Umwelt" (9, 124 [128]).

103 Das BVerfG sieht in der "Abstammung" vornehmlich "die natürliche biologische Beziehung eines Menschen zu seinen Vorfahren" (9, 124 [128]).

104 Hier sei darauf aufmerksam gemacht, daß *die gesamte Verfassung der sozialen Ordnung das Gepräge gibt* (s.o. Anm. 5). Die Determinanten kommen sowohl aus der Kompetenzordnung als auch aus den Freiheitsrechten und institutionellen Garantien. Hinter Art. 9, 12, 14 und 15 GG etwa stehen Möglichkeiten sozialer Leitbilder. Es ist nicht möglich, die sozialen Entfaltungsmöglichkeiten dieser Grundrechte hier auch nur anzudeuten. Hingewiesen sei lediglich auf die soziale Aktivierung des Art. 33 Abs. 5 GG durch das BVerfG (von 8,1 und 28 bis 17, 337 [355]; 21, 329 [343 f.]). Erwähnt sei noch, daß das BVerfG den sozial egalitären Anfechtungen des bundesstaatlichen Systems nicht über die durch das Grundge-

IV. Einige Probleme gleichheitlicher Sozialordnung

1. Die Verfassungsbindung der "darreichenden Verwaltung"

Entsprechend seiner liberal-rechtsstaatlichen Haltung geht das BVerfG stets von einer Differenzierung zwischen der eingreifenden, belastenden Staatstätigkeit einerseits und der Leistungsverwaltung – oder wie das BVerfG sie gerne nennt: der darreichenden Verwaltung – aus. Zwar sieht das Gericht auch den Wechselbezug von Belastung und Vergünstigung (17, 1 [23]; s.a. 12, 151 [167]). Es erstreckt ihn aber nicht über engste Ordnungszusammenhänge hinaus. Für die darreichende Verwaltung – die es trotz Zwangsversicherung und Beitragspflicht etwa auch in der Sozialversicherung sieht, nicht dagegen z.B. in der beamtenrechtlichen Hinterbliebenenversorgung (21, 329 [352 f.])! – nimmt das BVerfG ganz allgemein größere Gestaltungsfreiheit an als für die Eingriffsverwaltung (6, 55 [76 f.]; 11, 50 [60], 245 [253]; 12, 151 [166]; 17, 210 [216]). Auf bewährtem rechtsstaatlichen Boden sieht sich das BVerfG nur im "Bereich der Eingriffe in Freiheit und Eigentum" (8, 155 [167]). Die "Hinwendung zu einer egalitär-sozialstaatlichen Denkweise und damit eine wesentliche Veränderung der Auffassungen über die Stellung des einzelnen zu der im Staat verkörperten Gesamtheit" könne zwar die Anwendung des überkommenen rechtsstaatlichen Instrumentariums auf die Leistungsverwaltung notwendig werden lassen (ebd.). Aber konkrete Konsequenzen hat das Gericht daraus nicht gezogen (für den Gesetzesvorbehalt: ebd.). Insbesondere hat es – wenn man von der Ergänzung seines eigenen Normenkontrollverfahrens um die Teilhabesichernde Verfassungswidrigkeits-Feststellung^{104a} absieht – nicht den Schluß gezogen, die rechtsstaatliche Ordnungstechnik müsse auf die daseinsvorsorgende umverteilende, sozial ausgleichende und sichernde Staatstätigkeit hin fortentwickelt werden. Die These der größeren Gestaltungsfreiheit, die dem Gesetzgeber im Bereich der darreichenden Verwaltung "in weitestem Maße" zustehen soll (11, 50 [60]), vermeidet zwar den Fehler der bloßen Erstreckung der für die Eingriffsverwaltung entwickelten rechtsstaatlichen Prinzipien, kann jedoch als Adaption nicht genügen¹⁰⁵.

Der Zurückhaltung des BVerfG, den Sozialstaat in den – in seiner Eigenart höchst intensiv fortentwickelten – Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts positiv einzuarbeiten, entspricht sein Beitrag zur gleichheitsdogmatischen Bewältigung der zuteilenden Funktionen des Staates des 20. Jahrhunderts. In 17, 210 (216) stellt das BVerfG die Freiheit des leistenden Staates zwar unter den Vorbehalt, daß auch er "an die Verfassung, insbesondere an den Gleichheitssatz, gebunden" bleibe; das bedeute, daß er seine Leistungen nicht nach unsachlichen Gesichtspunkten

setz – insbesondere Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG – gegebenen Möglichkeiten hinaus nachgegeben hat. Es hat sich stets geweigert, vom Gleichheitssatz einen Zwang zur Angleichung der Landesrechte untereinander oder an das Bundesrecht ausgehen zu lassen (3, 58 [158]; 10, 354 [371]; 12, 139 [143], 319 [324]; 16, 6 [24]; 17, 319 [331]; s.a. 15, 167 [202]).

^{104a} S. o. I 2 a.

¹⁰⁵ S. dazu nochmals *Zacher*, a.a.O. (s. Anm. 85), S. 354 ff. m.w.Nachw.

verteilen dürfe. "Sachbezogene Gesichtspunkte aber stehen ihm in weitestem Umfang zu Gebote." Allerdings will diese Entscheidung nach dem Grad der Dringlichkeit einer Leistung unterscheiden. Jene größere Gestaltungsfreiheit des leistenden Staates müsse "besonders dann gelten, wenn der Staat nicht deshalb Leistungen gewährt, um einer dringenden sozialen Notlage zu steuern oder eine – mindestens moralische – Verpflichtung der Gemeinschaft zu erfüllen (wie etwa beim Lastenausgleich), sondern aus freier Entschließung durch finanzielle Zuwendungen ('Subventionen') ein bestimmtes Verhalten der Bürger fördert, das ihm aus wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitischen Gründen erwünscht ist". Dagegen stellt das BVerfG in 17, 1 (23) der "grundsätzlichen Freiheit des Gesetzgebers, darüber zu entscheiden, ob bestimmte soziale Leistungen gewährt werden sollen", das Postulat gegenüber, der Gesetzgeber sei jedenfalls bei der Ausgestaltung dieser Leistungen "ebenso wie bei Eingriffen an das Grundgesetz, besonders an den allgemeinen Gleichheitssatz und seine Konkretisierungen gebunden"¹⁰⁶. Die Bemühungen um Freiheit und Gleichheit in der Teilhabe müssen jedoch beides im Auge behalten: die materielle, sozialstaatliche, gleichheitliche oder sonstwie gegebene Dringlichkeit öffentlichen Ausgleichs und öffentlicher Hilfe und die angemessene – d.h. nicht einheitliche – formelle, im weitesten Sinne verfahrenstechnische Durchbildung des Rechts staatlicher Leistungen.

2. Typisierung

Zu den besonderen Problemen, die sich bei der Verwirklichung sozialer Gleichheit immer wieder stellen, zählt die richtige objektive und subjektive Ausgrenzung von Tatbeständen, die angesichts der Vielfalt sozialer Zustände vor allem als Frage nach den Grenzen zulässiger Typisierung auftritt. Das BVerfG nimmt "gewisse Härten für einzelne"¹⁰⁷ in Kauf ..., da ein Gesetz, das seiner Natur nach typisieren muß, nicht alle Einzelfälle berücksichtigen kann und fast immer mit anderen Interessen in Konflikt gerät; es genügt, wenn es eine für möglichst viele Tatbestände angemessene Regelung schafft" (13, 230 [236]). Steuerrechtliche Vorschriften z.B. müßten, "um praktikabel zu sein, die Sachverhalte, an die sich dieselben steuerrechtlichen Folgen knüpfen, typisieren und damit in weitem Umfang die Besonderheiten nicht nur des einzelnen Falles, sondern auch ganzer Gruppen vernachlässigen ... Die wirtschaftlich ungleiche Wirkung einer Regelung" dürfte jedoch "ein gewisses Maß nicht übersteigen. Die steuerlichen Vorteile der Typisierung müssen im rechten Verhältnis zu der mit der Typisierung notwendig verbundenen Ungleichheit der steuerlichen Belastung stehen. Nur

106 Wenn das BVerfG fortfährt, das sei "im sozialen Rechtsstaat angesichts der außerordentlichen Bedeutung der darreichenden Verwaltung für die Existenz des einzelnen selbstverständlich", so hat es zwar in der Sache recht, muß sich aber vorwerfen lassen, diese Selbstverständlichkeit nicht intensiv genug ins Auge zu fassen.

107 Die Rechtsprechung zur Typisierung zeigt durchwegs den Zug zur Betonung der Gruppe (s.o. I 3 c).

dann ist diese Ungleichheit von den Betroffenen hinzunehmen. Nur geringfügige oder nur in besonderen Fällen auftretende Ungleichheiten sind freilich unbeachtlich" (21, 12 [27]; s.a. 13, 331 [341]). Stimme das "gesetzgeberische Leitbild", so dürften "atypische Fälle" unberücksichtigt bleiben (17, 210 [221]). Gesetze, die "nur in bestimmten Fällen die unbeabsichtigte Nebenfolge" hätten, sich als Beschwer auszuwirken, müßten hingenommen werden (6, 55 [77]). Von diesen Thesen her hat das BVerfG gelegentlich die vom Gesetzgeber in Anspruch genommene Typik bestritten (19, 101 [116]: im Vergleich zwischen Zweigstellenbetrieben und anderen Großbetrieben im Hinblick auf die Zweigstellensteuer). Zum Recht der Arbeitslosenversicherung kritisierte das BVerfG, das soziale Schutzbedürfnis der bei ihren Eltern beschäftigten Arbeitnehmer sei – im Vergleich zum sozialen Schutzbedürfnis der übrigen Arbeitnehmer – nicht "so untypisch", daß es vom Gesetzgeber völlig vernachlässigt werden dürfte (18, 366 [378]). Aber in den Thesen ebenso wie in ihrer gesetzeskritischen Anwendung wird eine Konzentration auf das quantitative Abgrenzungsmoment deutlich, die nicht befriedigen kann^{107a}. Statistische Ergebnisse (s. insbes. 17, 210 [221]) können Indiz-Charakter haben. Aber die Ausnahmefälle bedürfen der wertenden Würdigung¹⁰⁸.

Die Praxis des BVerfG, zwischen darreichender und eingreifender Verwaltung zu unterscheiden, fand im Rahmen der Lehre von der Typisierung eine neue Variante. "Bei der Typisierung jedoch besteht ein Unterschied in der Gestaltungsfreiheit, je nachdem ob es sich um eine 'Bevorzugung' oder um eine 'Benachteiligung' handelt." Es sei "bei einer an der Gerechtigkeit im allgemeinen und an den Wertentscheidungen des Grundgesetzes im besonderen orientierten Betrachtung leichter erträglich, wenn gelegentlich einer Typisierung auch Personen in den Genuß von Vorteilen kommen, die ihnen nach dem strengen Zweck des Gesetzes nicht gebührten, als wenn Personen davon ausgeschlossen werden, denen die Vorteile nach dem Zweck des Gesetzes zukämen. Benachteiligung wird auch bei Typisierung nur in Einzelfällen hinzunehmen sein; hingegen kann hier in Kauf genommen werden, daß durch das Sieb der Typisierung ein mäßiger Prozentsatz solcher Personen gleitet, die bei individuellem Maßstab den Vorteil nach der Idee des Gesetzes nicht bekommen würden" (17, 1 [23 f.], 210 [221])¹⁰⁹; zur strengen Bindung benachteiligender Typisierung s.a. 19, 101 [116]). Diese Rechtsprechung ist so etwas wie die Adaption des "in-dubio-pro-libertate"-Satzes für den Zweckzusammenhang der darreichenden Verwaltung. Die Anwendung dieser Regel bereitet im einzelnen freilich große Schwierigkeiten. "Es gibt gewiß viele Fälle, in denen eine 'Benachteiligung' nur als Spiegelbild einer 'Bevorzugung' zu sehen ist und umgekehrt; in solchen Fällen wäre eine Unterscheidung nur ein Spiel mit

107a Sie steht in einem hier nicht weiter zu entfaltenden Zusammenhang mit dem "System"- und "Lebensbereich"-Denken des BVerfG, der zu zusätzlichem Bedenken Anlaß gibt.

108 Da das BVerfG dem alttestamentarischen Beleg auch sonst Bedeutung beimißt (6, 389 [390]), sei es hierzu auf 1. Mose 18 hingewiesen, wo der Herr Abraham verspricht, Sodom zu retten, auch wenn sich nur zehn Gerechte in der Stadt befinden.

109 S. aber dagegen 9, 20 (35) und 17, 1 (11).

Worten. Das Nebeneinander beider Begriffe wird jedoch sinnvoll, wenn man sie auf den Normalfall bezieht, d.h. auf den Fall, der nach Sinn und Zweck des Gesetzes in der Regel erfaßt werden soll und erfaßt wird" (17, 1 [23 f.]). Aber das BVerfG macht es sich nicht leichter, indem es die Unterscheidung zwischen benachteiligender und bevorzugender Typisierung wieder mit der Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung in Verbindung bringt: "Gewiß kann die Unterscheidung zwischen Bevorzugung und Benachteiligung auch in der Eingriffsverwaltung ihren Sinn haben, z.B. wenn sie mit Privilegierungen einhergeht ...; die eigentliche Domäne zulässiger 'Bevorzugung' kraft Typisierung aber ist die darreichende Verwaltung" (ebd.; noch deutlicher 17, 38 [57]: "Die verfassungsrechtlichen Grenzen zulässiger Typisierung sind auch nicht überschritten; das ergibt sich ... aus der besonderen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei staatlichen Darreichungen").

Die Kasuistik zur Typisierung von "Darreichungen" ist noch unübersichtlich. In 11, 50 (60) häuft das BVerfG die Argumente: "Die Beschwer der Ehegatten in bestimmten Fällen ist ... die Nebenfolge einer grundsätzlich die Ehe begünstigenden Gesamtregelung; die ... Bestimmungen können um so weniger nur wegen solcher Nebenfolge als unvereinbar mit Art. 6 Abs. 1 GG angesehen werden, als die Hausratsentschädigung ... in den Bereich der darreichenden Verwaltung gehört, die notwendig der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in weitestem Maße unterliegt." In 17, 337 (354) rechtfertigt das BVerfG die Anrechnung eines Rententeils auf die Versorgungsbezüge des Beamten nach § 115 BBG: "Die Vorschrift ... erscheint noch vertretbar, weil man die Fälle, in denen der Beamte regelwidrig statt eines Vorteils einen Nachteil von der Regel hat, für relativ selten halten darf und dem Gesetzgeber die Freiheit einräumen muß, um der Praktikabilität der Regel willen eine Norm zu schaffen, die generell die von ihr Betroffenen gleichbehandelt, mag auch ihre Anwendung im Einzelfall ausnahmsweise einmal zu einer Benachteiligung der Betroffenen führen." In 12, 151 hält das BVerfG zunächst für wesentlich, daß die Benachteiligten keine rechtlich erfaßbare Gruppe bilden, vielmehr "erst die Durchrechnung des Einzelfalles ergibt, ob sich die Bestimmung günstig oder ungünstig auswirkt" (S. 166)¹¹⁰. Im Anschluß daran fährt es fort: "Eine solche [offenbar bei der Durchrechnung des Einzelfalles zutage tretende] Benachteiligung eines – kleineren – Teils der von der Kriegsschadensberücksichtigung betroffenen Ehepaare kann daher bei dem besonderen Charakter der Vermögensabgabe als Nebenfolge der überwiegend die Ehe begünstigenden oder neutralen Regelung hingenommen werden, zumal der entstehende Nachteil häufig durch eine Erhöhung der Hauptentschädigung ausgeglichen wird" (ebd.). "Die Frage nach einer 'Saldierung' von Vorteilen und Nachteilen kann [aber] nur innerhalb der ... materiell betroffenen Gruppe ... gestellt werden, denn nur unter-

110 Was das BVerfG mit diesem Argument besagen will, ist unklar. Darf es dem vordergründigen positivistischen "System"-Denken des BVerfG zugeschrieben werden oder seiner Gruppenfreundlichkeit oder beidem?

halb dieser Gruppe ist es möglich, Vorteile und Nachteile der Regelung festzustellen und zu würdigen. Es dürfen nicht Personengruppen in den Kreis der Betrachtung einbezogen werden, die von der zu prüfenden Norm nicht betroffen sind" (S. 167 f.).

3. Das Problem der legislativen Diagnose und Prognose

Die schon erwähnte Nachsicht des BVerfG mit "unbeabsichtigten Nebenfolgen" eines Gesetzes (6, 55 [77]) lenkt den Blick auf ein weiteres spezielles Problem der Verfassungskontrolle sozial gestaltender Ordnungen und Maßnahmen. Der Gesetzgeber steht gerade bei sozial gestaltenden Maßnahmen häufig schwer durchschaubaren Verhältnissen und schwer vorhersehbaren Entwicklungen gegenüber; insbesondere die Auswirkungen seiner Regelung entziehen sich häufiger verlässlicher Vorhersage. Das BVerfG kommt dem durch ein großzügiges Fehlerkalkül entgegen. Ist die tatsächliche Situation, auf die der Gesetzgeber abstellen muß, "schwer bestimmbar", so gibt das dem Gesetzgeber "einen beträchtlichen Spielraum" (14, 288 [304]). Je nachdem, ob der Gesetzgeber "den gesamten Bereich der zu regelnden Lebensverhältnisse entsprechend deutlich vor Augen" hat, präzisiert sich seine Bindung unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes (15, 313 [323]). Zur Sonderbesteuerung des Werkfernverkehrs z.B. geht das BVerfG (16, 147 [181-186]) davon aus, daß der Zweck des Gesetzes, einen erheblichen Teil von Beförderungsleistungen vom Werkfernverkehr auf die Eisenbahn zu verlagern, im wesentlichen ausgeblieben ist. Es eröffnet seine Erwägungen mit den Sätzen: "Daß das vom Gesetzgeber angewandte Mittel von vornherein objektiv untauglich gewesen sei, läßt sich aus dem späteren mangelhaften Erfolg nicht mit Sicherheit schließen. Der Gesetzgeber selbst hat es für tauglich angesehen" (S. 181). Und es schließt sie, indem es sagt: Da die "Entscheidung des Gesetzgebers auf einem schwer übersehbaren Gebiete und nur versuchsweise getroffen ist und die verkehrspolitischen Auswirkungen noch nicht voll übersehbar waren und sind, muß die Ungleichheit noch hingenommen werden" (S. 186). Diese Problematik der Diagnose und Prognose (s.a. schon das VW-Aktien-Urteil 12, 354 [366]) trat noch einmal im Urteil über die Milchmarktordnung (18, 315) zutage: "Erweisen sich die ursprünglich angenommenen wirtschaftlichen Daten als unrichtig, dann müssen die gesetzlichen Vorschriften u.U. rasch geändert werden, ohne daß immer gewährleistet wäre, daß die neue Regelung sofort das Richtige trifft. Dem Gesetzgeber kann nicht schon Willkür vorgeworfen werden, wenn seine Prognose durch die Entwicklung nachträglich widerlegt wird. Ein gewisses zeitliches 'Nachhinken' der Gesetzgebung muß dabei in Kauf genommen werden, da Veränderungen der wirtschaftlichen Lage sich nicht sofort in Rechtsvorschriften niederschlagen können" (S. 332).

Das Zugeständnis eines weiten Fehlerkalküls ist nicht zu beanstanden. Gleichwohl steht es in einem Spannungsverhältnis zu der Aufgabe des BVerfG, die Verfassungsverstöße des Gesetzgebers zu korrigieren. Und es ist kennzeichnend für den grundsätzlichen Verzicht des BVerfG, aus der Ebene des Juristischen

in die Tiefendimension der Sachfragen einzutreten¹¹¹, daß es nicht so sehr über die Richtigkeit des Gesetzes als über die Vorwerfbarkeit gesetzgeberischen Handelns urteilt¹¹². Demgegenüber darf das Bemühen um objektive Irrtumstoleranzen der legislativen Diagnose und Prognose nicht aufhören. Die Duldsamkeit des BVerfG gegenüber dem irrenden Gesetzgeber muß schließlich aber auch in Zusammenhang mit der Tendenz gesehen werden, Normbestände zu erhalten, um sie der Korrektur durch den – dazu verpflichteten – Gesetzgeber anzuvertrauen¹¹³. Das BVerfG müßte daher die mehrfach angedeutete Pflicht des Gesetzgebers zur Korrektur seines Irrtums (18, 315 [332]; s. z.B. auch 17, 337 [355]) mit den prozessualen Mitteln aktivieren, die es sich für den Fall geschaffen hat, daß Gesetzesänderungen verfassungswidrig unterlassen wurden¹¹⁴.

V. Schlußbemerkungen

Zusammenfassend erscheint dem Berichterstatter folgendes wichtig. Das BVerfG sieht in seiner Rechtsprechung Gleichheit durchwegs auch als materielle, wirtschaftlich-soziale Gleichheit. Es hat mit erstaunlicher Intensität auch das entscheidungstechnische Instrumentarium geschaffen, neben der Negation ungleicher Belastung auch Gleichheit im Sinne gleichheitlich erstreckter Teilhabe gegenüber dem Gesetzgeber durchsetzen zu können. Der Sache nach aber realisiert das BVerfG materielle, ökonomisch-soziale Gleichheit grundsätzlich nur im positivistisch-legalistisch abgegrenzten kleinen Raum des "Systems" und des "Lebensbereichs". Und selbst hier bleibt die eigenständige Entwicklung der Sachstrukturen und Wertungen schwach.

Diese Zurückhaltung ist im Hinblick auf die Gewaltenteilung und das Problem der demokratischen Legitimation zu begrüßen. Jedoch kann Zurückhaltung den Verzicht auf eigene Konzeption nicht beliebig kompensieren¹¹⁵, ohne daß Funktion und Sache, zu deren Lasten die Zurückhaltung geht, problematisch werden. So scheint sich nach gut eineinhalb Jahrzehnten intensiver Judikatur des BVerfG zum Gleichheitssatz die Frage neu zu stellen, ob es nicht ehrlicher wäre, den großen Anspruch umfassend normierter Gleichheit und verfassungsgerichtlich darzustellender Gerechtigkeit preiszugeben. Die Alternative könnte – soweit die übrigen Verfassungssätze den Dienst des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht übernehmen – die zugegebene Beschränkung auf das bloße Willkürverbot sein, auf das

111 S. o. 13 a.

112 S. zu diesem Problem *Stauder*, Gleichheitssatz, Normenkontrolle und subjektive Motive des historischen Gesetzgebers, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 123 (1967), S. 147 ff.

113 S. o. 12 a.

114 S. o. 12 a.

115 Fast möchte man dem BVerfG die Worte *Ernst Blochs* zurufen: "Nur sanft sein heißt noch nicht gut sein." (*Widerstand und Friede*, in: *Ernst Bloch*, *Drei Ansprachen* anlässlich der Verleihung des Friedenspreises des deutschen Buchhandels, 1967, S. 47 ff. [48]).

die verfassungsgerichtliche Anwendung des Gleichheitssatzes derzeit hinausläuft. Doch hält es der Berichterstatter nicht für ausgeschlossen, den anderen Weg zu gehen und dem Gleichheitssatz vorsichtig, beweglich und unter aller Schonung der demokratischen Strukturen positiven Sinn zu geben – und so auch zu einer grundsätzlichen Betrachtung des Gleichheitssatzes als einer Garantie sozialer Gleichheit auszugreifen.

Dieser Versuch erscheint auch deshalb notwendig, weil mit der Preisgabe eines allgemeinen, aktuellen Gleichheitssatzes die wirksamste Möglichkeit dahinfällt, dem Sozialstaatsprinzip Leben zu geben. Das BVerfG hat es an einer grundsätzlichen Bemühung um Inhalt und Geltungsweise dieses Prinzips fehlen lassen. Das kann nicht ohne Zusammenhang mit der extremen Partikularisierung der sozialen Gleichheit gesehen werden. Doch wie auch immer Gleichheit verstanden werden mag – Aktualität des Gleichheitssatzes ist das entscheidende Minimum an subjektiv verfügbarer Sanktion des Sozialstaatsprinzips.

Das BVerfG war seit seiner Errichtung mit größtem Eifer das Verfassungsgericht eines freiheitlichen Rechtsstaates. Es war mit Liebe das Verfassungsgericht einer durch Parteien geprägten parlamentarischen Demokratie. Es war mit Treue das Verfassungsgericht eines Bundesstaates. Als Verfassungsgericht eines Sozialstaates hat es den Gesetzgebern, den Regierungen, den Verwaltungen und den Gerichten in der Bundesrepublik nichts in den Weg gelegt, Gesetzgeber, Regierungen, Verwaltungen und Gerichte eines Sozialstaates zu sein.

Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft

I. Einleitung: Von was ist die Rede?

Wer von "sozialer Marktwirtschaft" und "Sozialrecht" redet, redet an Hand zweier recht unklarer und vieldeutiger Begriffe von zwei sehr unterschiedlichen Phänomenen. Deshalb ist zunächst von "Sozialrecht" und "sozialer Marktwirtschaft" je für sich zu sprechen. Sodann ist von dem zu reden, was sie zusammen bedeuten, und von den Schwierigkeiten ihrer Begegnung, um mit dem Blick auf Sorgen, die daneben bleiben, zu schließen.

1. Soziale Marktwirtschaft

a) Was ist Marktwirtschaft?

In diesem Sinne will ich zuerst auf die soziale Marktwirtschaft¹ eingehen. Sie ist zunächst einmal Marktwirtschaft². Marktwirtschaft beruht auf einer Reihe von Freiheiten und gibt ihnen Raum: Berufs-, insbesondere Gewerbefreiheit, Vertragsfreiheit, Konsumfreiheit und freie Wahl des Arbeitsplatzes. Die freien Konsum-, Spar- und Investitionsentscheidungen der Wirtschaftssubjekte setzen Privateigentum voraus und verwirklichen es – auch Privateigentum an den Produktionsmitteln. Die wichtigsten Mechanismen, in denen sich Marktwirtschaft vollzieht, sind der Wettbewerb³, die Vermittlung von Angebot und Nachfrage über die Preise, die Zuteilung von Gewinn und das Risiko des Verlustes.⁴

Marktwirtschaft ist nicht Letztes – weder ein letztes Ziel noch etwas, was sich aus sich selbst rechtfertigt. Spätestens wenn sich eine Gesellschaft im Staat verfaßt, ist Marktwirtschaft – bewußt oder nicht – ein Element in einem Konzept von

1 S. dazu aus neuester Zeit etwa *Reinhard Blum*, Artikel "Marktwirtschaft, Soziale" in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd. 5, 1980, S. 153 ff.; s. dort auch die weitere zentrale Literatur.

2 S. dazu aus neuester Zeit etwa *Gernot Gutmann*, Artikel "Marktwirtschaft", ebenda, S. 140 ff.; s. dort auch die weitere zentrale Literatur.

3 S. dazu "Staatliche Interventionen in einer Marktwirtschaft", Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 15./16. Dezember 1978, BMWI, Studien-Reihe 24, S. 10 ff.

4 "Kompetenzen und Haftung gehören zusammen; wer etwas tut, darf darauf rechnen, daß der Erfolg ihm zufällt, zumindest teilweise, und für einen Mißerfolg hat er gerade zu stehen, in zumutbaren Grenzen." (Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1975/76 Tz 275). S. zur Entsprechung von Risiken und Anreizen ferner: "Staatliche Interventionen ...", a.a.O. (Anm. 3), S. 12 ff.

Gesellschaft und Staat.⁵ Dieser Staat dient einer Reihe von Zwecken und Werten der in ihm verfaßten Gesellschaft. Soweit zu diesen Zwecken und Werten aber Wohlstand⁶ und Freiheit⁷ gehören, gibt es für ihn kein besseres Mittel, als sich auf Marktwirtschaft einzulassen und also die ihr wesentlichen rechtlichen und institutionellen Bedingungen zu schaffen. Denn in der Verbindung von wirtschaftlicher Effizienz⁸ und Freiheit⁹ besteht der einzigartige Vorzug der Marktwirtschaft als ökonomisches System.

Marktwirtschaft ist somit Gegenstand von Politik und Recht.¹⁰ Staatliche Wirtschaftspolitik in diesem auf die soziale Marktwirtschaft bezogenen Sinn hat drei spezifische¹¹ Dimensionen.

5 "Anträge und Gesetzesentwürfe zur Beschränkung des Wettbewerbs in gewissen Gewerben und Berufen", Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 14. November 1954, Sammelband der Gutachten von 1948 bis 1972, S. 247 ff. (S. 251): "Die möglichst vollständige Konkurrenz auf den Märkten ist jedoch nach ständiger Auffassung des Beirats kein um seiner selbst willen geltendes Ideal, sondern nur ein Mittel zu zweckmäßiger Ordnung der Wirtschaft, das übrigens auf höherer Stufe der Wirtschaftsentwicklung als ordnungspolitischer Kunstgriff nur von der Politik eingeführt und überdies ohne politische Maßnahmen nicht funktionsfähig erhalten werden kann. Als Mittel der Gestaltung des Gesellschaftslebens unterliegt der Wettbewerb notwendig der Wertung von den Maßstäben aus, die für das Gesellschaftsleben schlechthin gelten."

6 S. zum gesellschaftlichen "Wert" des Wohlstandes z.B. *Wolfgang Michalski*, Wachstum, Wohlstand, Lebensqualität, in: *Wirtschaft und Gesellschaft, Ordnung ohne Dogma*, Festschrift für Heinz-Dietrich Ortlieb, 1975, S. 349 ff.; *Gert Nicolaysen*, Wohlstandsvorsorge, in: *Hamburg, Deutschland, Europa*, Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 485 ff. – S. zum Aufstieg des Wohlstandsziels in den Programmen der politischen Parteien ferner *Dirk Geitner* und *Peter Pulte*, *Soziale Marktwirtschaft*, 1974, S. 115 ff.

7 Zu "Freiheit und Wohlfahrt" als Ergebnis der Sozialreform des Kapitalismus s. *Eduard Heimann*, *Soziale Theorie der Wirtschaft-Systeme*, 1963, S. 146 ff., insbes. S. 151. Zu "Maximierung der Wohlfahrt" und Freiheit als Elementen des Zielrahmens des vom Grundgesetz verfaßten Gemeinwesens s. auch *Lothar Bockels*, *Bodo Scharf*, *Hans Peter Widmaier*, *Machtverteilung im Sozialstaat*, 1976, S. 26 ff., 34 ff.

8 Zur Effizienz der Marktwirtschaft etwa "Staatliche Interventionen ...", a.a.O. (Anm. 3), S. 5 ff.

9 Ebenda, S. 10: "Kern einer marktwirtschaftlichen Ordnung ist die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung, begrenzt und gesteuert durch den Wettbewerb und die Rechtsordnung." – S. dazu auch die Verbindung von Wirtschaftsfreiheit (Art. 19) und Wirtschaftspolitik (Art. 31-34) im Entwurf einer "Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft" (Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Verfassungsentwurf, 1977; zur Erläuterung s. auch den "Bericht" dieser Expertenkommission, 1977, S. 48, 71 ff.).

10 "Staatliche Interventionen ...", a.a.O. (Anm. 3), S. 8 ff.

11 Im Gegensatz zu den nicht für die soziale Marktwirtschaft spezifischen Dimensionen der Wirtschaftspolitik bzw. des Wirtschaftsrechts, die auf Abwehr und Kontrolle der vom Wirtschaftsleben ausgehenden Gefahren (z.B. Arbeitsschutz) und auf Gestaltung der Rahmenbedingungen des Wirtschaftens (z.B. Raum- und Bauplanung) zielen. – S. dazu *Hans F. Zacher*, Bericht über das in der Bundesrepublik Deutschland geltende Wirtschaftsrecht, Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Reihe Wettbewerb – Rechtsangleichung – Heft 20, 1973, insbes. Kap. V Abschn. 6 (S. 134 ff.), Abschn. 7 (S. 147 ff.), Abschn. 8 (S. 149 ff.), Kap. VI (S. 157 ff.); *Ernst Steindorff*, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1977, § 8 (S. 96 ff.), § 9 (S. 111 ff.). Trotz aller Relevanz auch für die soziale Marktwirtschaft gehört zu den für die soziale Marktwirtschaft nicht spezifischen Dimensionen auch das Unternehmensrecht; s. *Steindorff*, a.a.O. § 4 (S. 34 ff.) und § 7 (S. 89 ff.).

– Erstens die ordnungspolitische Dimension:¹² die Herstellung der Rechtsregeln und Institutionen, die der Marktwirtschaft die ihr gemäße Ordnung geben, von der Gewährleistung der notwendigen Freiheiten bis hin zum Wettbewerbsrecht;

– zweitens die interventionistische Dimension:¹³ die Steuerung und Korrektur marktwirtschaftlicher Prozesse: ihrer Voraussetzungen, ihres Verlaufs und ihrer Ergebnisse;

– drittens die administrative Dimension:¹⁴ die Produktion und Verteilung von Gütern, welche die Marktwirtschaft nicht leistet. Ein wichtiger, jedoch keineswegs erschöpfender topos ist hier Forsthoffs “Daseinsvorsorge”.¹⁵ Sie reicht von den Leistungen öffentlicher Verkehrsunternehmen bis hin zum Krankenhauswesen.

Ob staatliche Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftspolitik marktwirtschaftsgerecht sind, hat sich in allen drei Dimensionen jeweils auf eigene Art zu erweisen.

b) Was ist “soziale Marktwirtschaft”?

Soziale Marktwirtschaft ist ein Modell für diese Gestaltung. Aber welches? *Christian Watrin* sagt darüber: Der Begriff soziale Marktwirtschaft dient dazu, “die Wirtschaftspolitik zu bezeichnen, die ... Ludwig Erhard um 1948 eingeleitet hat”, und dazu, “die programmatischen Ideen zu umschreiben ..., von denen sich Erhards Politik ableitete”.¹⁶ Was waren diese Ideen?¹⁷ Sie lassen sich am kürzesten durch ihre Polemik bestimmen. Nach der Not der Nachkriegszeit war es der Glaube an die Effizienz der Marktwirtschaft.¹⁸ Nach der Unfreiheit der nationalsozialistischen Herrschaft¹⁹ war es das Verlangen nach den Möglichkeiten der Freiheit.²⁰ Nach dem Verfall des Wettbewerbs, wie er die Entwicklung der Marktwirtschaft seit dem 19. Jahrhundert begleitete, war es die Überzeugung der

12 S. *Zacher*, a.a.O. (Anm. 11) Kap. V Abschn. 5 (S. 124 ff.); *Steindorff*, a.a.O. (Anm. 11) § 5 (S. 60 ff.) und § 6 (S. 83 ff.).

13 S. dazu *Zacher*, a.a.O. (Anm. 11) Kap. I (S. 33 ff.), Kap. II (S. 39 ff.) und Kap. III (S. 67 ff.); *Steindorff*, a.a.O. (Anm. 11), § 10 (S. 115 ff.) und § 11 (S. 133 ff.).

14 Gemeint ist hier nicht nur der Bereich der öffentlichen Unternehmen – s. dazu *Zacher*, a.a.O. (Anm. 11), Kap. II Abschn. 5 (S. 56 ff.); *Steindorff*, a.a.O. (Anm. 11), § 7 (S. 89 ff.) –, sondern alle Leistungsverwaltung im weitesten Sinne, s. dazu etwa *Hans J. Wolff, Otto Bachof, Verwaltungsverwaltung* III, 4. Aufl. 1978, Zweiter Abschnitt (S. 179 ff.). – S. zu beidem *Dieter Duwendag* (Hrsg.), *Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft*, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 59, 1976.

15 S. dazu zuletzt *Ernst Forsthoff*, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1973, S. 368 ff.

16 *Christian Watrin*, *The Principles of the Social Market Economy – its Origins and Early History*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 135 (1979) S. 405 ff. (Zitat – S. 405 – aus dem Englischen übersetzt).

17 Umfassend hierzu *Reinhard Blum*, *Soziale Marktwirtschaft*, 1969.

18 S. insbes. *Ludwig Erhard*, *Deutsche Wirtschaftspolitik*, 1962, z.B. S. 33 ff., 37 ff.

19 Und nicht nur dieser s. *Friedrich A. Hayek*, *Der Weg zur Knechtschaft*, 2. Aufl. 1971.

20 S. dazu z.B. *Christine Blumenberg-Lampe*, *Das wirtschaftspolitische Programm der “Freiburger-Kreise”*, *Entwurf einer freiheitlich-sozialen Nachkriegswirtschaft*, 1973.

ORDO-Liberalen, daß Marktwirtschaft ihren Dienst nur leiste, wenn eisern für Wettbewerb gesorgt würde.²¹ Aber es war auch das klare Bekenntnis, daß das Gemeinwesen einer sozial gerechten Ordnung dient – ein Sozialstaat ist, und daß es deshalb die Marktwirtschaft nur als eine “soziale” konstituieren darf und kann.²² Trotz mancher differenzierender Theoreme – etwa *Nipperdeys*²³ – blieb das Detail offen für die konkrete Politik.

Da das Bundesverfassungsgericht es ablehnte, dem Grundgesetz die “soziale Marktwirtschaft” zu unterstellen²⁴, blieb dem Begriff auch eine verfassungsrechtliche Präzisierung vorenthalten oder – wenn man will – erspart²⁵. In den sechziger Jahren wurde die Verantwortung des Staates für Wirtschaftswachstum, Preisstabilität, Beschäftigungsstand, außenwirtschaftliches Gleichgewicht²⁶ und

21 S. dazu vor allem *Franz Böhm* schon in “Kartelle und Koalitionsfreiheit” (1933); Übersichten über das weitere einschlägige Schaffen *Franz Böhm*s s. bei *Ernst-Joachim Mestmäcker*, *Franz Böhm* – Reden und Schriften, 1960, und *Hans F. Zacher*, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, 1965, S. 63 ff. (insbes. Anm. 1) – S. desgl. *Walter Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, herausgegeben von *Edith Eucken* und *Karl Paul Hensel*, 1952 (3. Aufl. 1960), insbes. das IV. Kapitel des Zweiten Buches “Erfahrung und Kritik” über “Die Wirtschaftspolitik des Laissez-faire” (3. Aufl. S. 26 ff.).

22 S. etwa bei *Eucken* a.a.O. (Anm. 21), die immer wiederkehrenden Kapitel zur “sozialen Frage” (3. Aufl. S. 11 ff., 43 ff., 122 ff., 185 ff.) und das Kap. “Sozialpolitik” im Rahmen des Konzepts der neu zu gestaltenden Wettbewerbsordnung (3. Aufl. S. 312 ff.); *Alfred Müller-Armack*, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, 1966, insbes. die darin neu abgedruckte Abhandlung “Die Wirtschaftsordnung sozial gesehen” aus dem Jahre 1948, des weiteren insbes. S. 129 ff., 226 ff. – S. ferner etwa “Struktur- und konjunkturpolitische Fragen der Einkommensverteilung”, Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsministerium vom 23./24. September 1950. Sammelband der Gutachten, S. 87 ff. (S. 87): “Zu einer sozialen Marktwirtschaft gehört eine befriedigende Einkommens- und Vermögensverteilung. Alle wirtschaftspolitischen Maßnahmen müssen diesem Erfordernis Rechnung tragen.”

23 *S. Hans Carl Nipperdey*, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, Deutsche Rechts-Zeitschrift 5. Jahrg. (1950) S. 193 ff. = Recht Staat Wirtschaft Bd. 3 (1951) S. 223 ff.; *ders.*, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 10, 1954 = Wirtschaft und Wettbewerb, 4. Jahrg. (1954), S. 211 ff.; *ders.*, Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, Kartellrundschau, Heft 2, 1960 = “Wirtschaftsordnung und Menschenbild” Geburtstagsgabe für Alexander Rüstow, 1960, S. 39 ff.; *ders.*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3. Aufl. 1965.

24 BVerfG 4 S. 7 (17 f.); s. dazu neuerdings BVerfGE 50, 290 (338).

25 S. zum “Streit um die Wirtschaftsverfassung” die Hinweise bei *Zacher*, Wirtschaftsverfassung, a.a.O. (Anm. 21), S. 70 f.

26 § 2 des Gesetzes über die Bildung eines Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung vom 14. August 1963 (BGBl. I S. 685; zur gegenwärtigen Fassung s. Anhang I des Jahresgutachtens 1979/80 des Sachverständigenrates); § 1 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967 (BGBl. I S. 582, geändert durch das Finanzanpassungsgesetz vom 30. August 1971, BGBl. I S. 1426, und das Zuständigkeitsanpassungsgesetz vom 18. März 1975, BGBl. I S. 705). Zum Ziel des hohen Beschäftigungsstandes s. auch § 1 des Arbeitsförderungsgesetzes vom 25. Juni 1969 (BGBl. I S. 582). Zum außenwirtschaftlichen Gleichgewicht s. ferner die §§ 5, 8, 22 ff. des Außenwirtschaftsgesetzes vom 28. April 1961 (BGBl. I S. 481). Das Ziel des Wirtschaftswachstums hat auch in das Grundgesetz Aufnahme gefunden (Art. 104 a Abs. 4, eingefügt durch das 21. Änderungsgesetz vom 12. Mai 1979, BGBl. I S. 359).

dergleichen Ziele mehr²⁷ durch Verfassungs- und einfache Gesetze unterstrichen. Zugleich aber wurde der "Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung" in der Gesetzgebung festgeschrieben²⁸, im Grundgesetz dagegen weiterhin offengehalten.²⁹

aa) Marktwirtschaftlicher, administrativer und interventionistischer Sektor

An dem, was einer "sozialen Marktwirtschaft" wesentlich ist, erscheint für den Zusammenhang hier folgendes wichtig.

1. Produktion und Verteilung der Güter vollziehen sich so weit als möglich vermittelt des *Marktes* durch *private Wirtschaftssubjekte*, die in *Wettbewerb* zueinander stehen. Für diesen Wettbewerb zu sorgen und marktbeherrschende Stellungen zu verhindern oder zu kontrollieren, ist eine wichtige staatliche Aufgabe. Den sozialen Charakter der Marktwirtschaft hat der Staat ferner darzustellen, indem er die ihr immanenten Abhängigkeiten – insbesondere im Arbeitsleben, im Wohnungswesen u.ä. – kontrolliert.

2. Die *Alternative zur Marktwirtschaft ist die Produktion und Verteilung* von Gütern durch den *demokratischen Rechtsstaat* – einschließlich der ihm inkorporierten Verwaltungseinheiten (Gemeinden, Gemeindeverbände, Sozialversicherungsträger, öffentliche Banken usw.) – selbst.³⁰ Diese Alternative kommt insbesondere in Betracht

a) für Güter, welche die Marktwirtschaft zwar vielleicht bereitstellen könnte, deren Angebot *jedoch* direkter demokratischer Legitimation und Kontrolle, rechtsstaatlicher Struktur und möglicherweise auch apriorischer Egalität zu bedürfen scheint (wie im Erziehungs- und Bildungswesen),

b) für Güter, welche die Marktwirtschaft nicht so verlässlich und so allgemein bereitstellen würde, wie es das Gemeinwohl verlangt (wie gewisse Verkehrsleistungen und andere Güter der Infrastruktur) und

27 Zu nennen ist hier vor allem das "gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht": s. § 1 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft: Art. 104 a Abs. 4 Satz 1, 109 Abs. 4 und 115 GG (i.d.F. des 15. Änderungsgesetzes vom 8. Juni 1967, (BGBl. I S. 581, bzw. des 20. Änderungsgesetzes vom 12. Mai 1969, BGBl. I S. 357, bzw. des 21. Änderungsgesetzes vom 12. Mai 1969, BGBl. I, S. 359). Zu nennen ist ferner die angemessene "Bildung und die Verteilung von Einkommen und Vermögen", auf die sich das Gutachten des Sachverständigenrates zu erstrecken hat (§ 2 des Gesetzes über die Bildung eines Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung). Zum Zielrahmen s. ferner *Zacher*, Bericht Wirtschaftsrecht, a.a.O. (Anm. 11), S. 23 ff.

28 § 2 des Gesetzes über die Bildung eines Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, § 1 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft. S. auch schon das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juni 1957 (neugefaßt am 3. Januar 1966, BGBl. I S. 37).

29 Zu der dadurch entstandenen "Wirtschaftsverfassung" s. zuletzt etwa *Peter Badura*, Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts, Juristische Schulung, 16. Jahrg. (1976). S. 205 ff.; *Peter J. Tettinger*, Neuer Streit um die "Wirtschaftsverfassung"? Betriebsberater 32. Jahrg. (1977), S. 1617 ff.

30 Es darf noch einmal betont werden, daß es nicht nur um wirtschaftliche Unternehmen des Staates und der ihm inkorporierten Verwaltungseinheiten (oder entsprechenden privat- oder öffentlich-rechtlicher Ausgründungen) geht, sondern auch um "echte" staatliche Leistungsverwaltung.

c) für Güter, welche die Marktwirtschaft denen, die sie brauchen, nicht zuteilt, weil sie weder Boden noch Kapital noch Arbeit in zureichendem Maße einbringen können. Das ist der Bereich der Sozialleistungen.

3. Soweit Produktion und Verteilung *marktwirtschaftlich* organisiert sind, obliegt dem Staat eine vielfache *Verantwortung für die Wirksamkeit der Marktwirtschaft durch Interventionen* zu sorgen³¹, insbesondere

a) in Richtung auf die Sicherheit der Versorgung³²,

b) in Richtung auf die Effizienz (Wachstum)³³, auf außenwirtschaftliches Gleichgewicht und die Allgemeinheit der Teilhabe derer, die Arbeit einbringen können (Vollbeschäftigung)³⁴,

c) zur Milderung von schädlichen Instabilitäten in der Zeit (Preisstabilität, Konjunkturpolitik)³⁵ sowie zur Abschwächung von Friktionen, wie sie mit Strukturveränderungen – etwa technischen Entwicklungen und Verlagerungen der internationalen Nachfrage – verbunden sind³⁶ und,

d) zur Milderung von Spannungen im Raum (Regionalpolitik)³⁷ und zwischen den einzelnen Bereichen und Gruppen (sektorale Wirtschaftspolitik).

Der eigentlichen Marktwirtschaft ist somit ein weitreichender und nicht klar abgrenzbarer³⁸ Sektor administrativer Wirtschaft benachbart. Sie ist außerdem einer umfassenden wirtschaftspolitischen Intervention ausgesetzt³⁹.

31 Einschließlich der "Strukturpolitik" genannten Sorge für die optimalen Bedingungen für die Entwicklung der Wirtschaft. Demgegenüber sieht *Hans Tietmeyer* (Die Aufgabenteilung zwischen Staat und Privatsektor in der Sozialen Marktwirtschaft, in: *Duwendag*, Der Staatssektor ..., a.a.O. (Anm. 14), S. 21 ff.) in der Strukturpolitik eine eigenständige Funktion der Wirtschaftspolitik in der sozialen Marktwirtschaft neben der Ordnungspolitik (S. 30 f.), der globalen Steuerung (S. 31 f.) und der "sozialen Sicherung und Ergänzung" (S. 35). – Zur Strukturpolitik s. etwa das Jahresgutachten 1975/76 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (Tz 291 ff.); "Staatliche Interventionen ...", a.a.O. (Anm. 3), S. 37 ff.

32 S. dazu "Staatliche Interventionen ...", a.a.O. (Anm. 3), S. 48 ff. Zu den einschlägigen Gesetzen s. *Zacher*, Bericht Wirtschaftsrecht, a.a.O. (Anm. 11), S. 111 ff.

33 S. dazu *Peter Badura*, Wachstumsvorsorge und Wirtschaftsfreiheit, in: Hamburg, Deutschland, Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 367 ff. Zur Fortschreibung der Wachstumsvorsorge und zur Wohlstandsvorsorge s. *Nicolaysen*, a.a.O. (Anm. 6).

34 S. Anm. 26.

35 S. Anm. 26.

36 S. z.B. "Rationalisierungsinvestitionen", Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 10. Juni 1977, BMWI Studien-Reihe 18.

37 S. dazu Art. 72 Abs. 2 Nr. 3, 104 a Abs. 4 Satz 1, 107 Abs. 2 GG; §§ 1, 2 des Raumordnungsgesetzes vom 8. April 1965 (BGBl. I S. 306, geändert durch Gesetz vom 10. August 1976, BGBl. I S. 2127, und vom 20. Dezember 1976, BGBl. I S. 3573). – S. auch "Möglichkeiten und Grenzen regionaler Wirtschaftspolitik", Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 6., 7. und 23. Januar 1953, Sammelband der Gutachten, S. 269 ff.

38 S. dazu *Tietmeyer*, a.a.O. (Anm. 31), insbes. S. 26 f., 36; *Arno Solter*, Marktwirtschaft – Verwaltungswirtschaft, in: Grenzen der Staatstätigkeit in der Marktwirtschaft, FIW-Schriftenreihe, Heft 93, 1980, S. 13 ff.

39 "Kapitalmangel und Arbeitslosigkeit in der sozialen Marktwirtschaft", Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 26. Februar 1950, Sam-

bb) Die Regeln des Ineinandergreifens der verschiedenen Sektoren

Daraus erhellt, daß es wesentlich auf die *Spielregeln des Ineinandergreifens* ankommt.⁴⁰ Als solche seien hier vier hervorgehoben:

1. Für die *Abgrenzung des marktwirtschaftlichen vom administrativen Bereich* gilt ein vages Subsidiaritätsprinzip:⁴¹ Staatswirtschaft soll nicht tun, was Privatwirtschaft tun kann.⁴² Dort, wo privatwirtschaftliche Interessen durch stringente rechtliche Ausschlüsse zurückgedrängt werden sollten, wird dieses Subsidiaritätsprinzip durch das Erfordernis der Berufsfreiheit realisiert, daß "objektive Zulassungsbeschränkungen" durch "überragend wichtige Gemeinschaftsgüter" gerechtfertigt werden müssen.⁴³

2. Noch schwieriger ist zu fassen, wie administrative Wirtschaft, in ihrem jeweiligen Bestand, sich so verhalten muß, daß sie die Marktwirtschaft nicht in dem ihr verbleibenden Bereich schädigt (Postulat der *Marktwirtschafts-Verträglichkeit*).⁴⁴

melband der Gutachten, S. 65 ff. (S. 65): "Der Wissenschaftliche Beirat hat von Anfang an eine Wirtschaftspolitik empfohlen, die sich ebenso sehr von einer zentralen Planwirtschaft wie von einer Politik des laissez-faire unterscheidet. Er hat sich für eine rechts- und wirtschaftspolitisch geordnete Konkurrenzwirtschaft eingesetzt, deren Ablauf vom Staat zu überwachen und gegebenenfalls aktiv zu unterstützen ist."

40 S. *Tietmeyer*, a.a.O. (Anm. 31), S. 26 ff.

41 Ebenda.

42 Sehr zurückhaltend *Rupert Scholz*, Grenzen staatlicher Aktivität unter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung, in: *Duwendag*, Der Staatssektor ..., a.a.O. (Anm. 14), S. 115 ff. – S. zum Thema auch *Solter*, a.a.O. (Anm. 38). Die Frage nach dem ob und dem Inhalt eines solchen Subsidiaritätsprinzips wird ebenso breit wie diffus diskutiert. Während lange Zeit nur die Frage des gegebenen Bestandes an wirtschaftlicher Staatstätigkeit und seiner Ausdehnung diskutiert wurde (s. dazu gerafft und mit eingehenden weiteren Hinweisen *Peter Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: *Ingo v. Münch* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 1979, S. 241 ff., 307 ff.; aus neuerer Zeit ferner *Fritz Ossenhühl*, Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, 1980, insbes. S. 99 ff.; *Bernd v. Maydell* und *Rupert Scholz*, Grenzen der Eigenwirtschaft gesetzlicher Krankenversicherungsträger, 1980, insbes. S. 104 ff.) ist in jüngster Zeit das Problem in den Vordergrund getreten, inwieweit die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates durch "Privatisierung" vermindert werden soll, kann und darf (s. zuletzt etwa unter eingehender Wiedergabe des Schrifttums *Helmut Lecheler*, Privatisierung – ein Weg zur Neuordnung der Staatsleistungen? Zeitschrift für Beamtenrecht, 28. Jahrg. (1980), S. 69 ff.) Zu beiden Aspekten s. "Staatliche Interventionen ..., a.a.O. (Anm. 3): "Die Grenzziehung zwischen staatlicher Leistungserstellung und Produktion über den Markt ist äußerst schwierig. Grundsätzlich sollten Güter und Dienstleistungen, die marktwirtschaftlich bereitgestellt werden können, auch im privaten Sektor produziert werden. Ausnahmen von diesem Gesetz sollten nur aus stichhaltigen Gründen zugelassen werden. Solche Gründe lassen sich beispielsweise für große Teile des Erziehungs- und Bildungswesens, der kommunalen Dienste und des regionalen Verkehrswesens anführen. Jedoch sollte immer wieder überprüft werden, ob die Argumente für staatliche Leistungsdarbietungen in neuen Situationen noch gültig sind."

43 S. dazu BVerfGE 21, 245 ff.

44 S. *Solter*, a.a.O. (Anm. 38); ferner "Kosten und Preise öffentlicher Unternehmen", Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 14./15. November 1975, in: Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Gutachten, 8. Bd. 1977, S. 745 ff. – Ein besonderer Aspekt, jedoch nur einer unter vielen Gesichtspunkten

3. Für die *Steuerung und Korrektur der Marktwirtschaft* durch Interventionen gilt das ebenso bekannte wie unklare Prinzip der *Marktkonformität*.⁴⁵ Es bedeutet, daß wirtschaftspolitische Maßnahmen Preismechanismus und Wettbewerb unangetastet lassen sollen, daß auch darüber hinaus – etwa bei der Entscheidung über Investitionen – die wirtschaftliche Entscheidung, die der einzelne Wirtschaftende für wirtschaftlich richtig hält, nicht durch eine Entscheidung ersetzt werden soll, die eine Behörde für wirtschaftlich richtig hält.⁴⁶ Wo aber die Entscheidungen der einzelnen Wirtschaftenden verändert werden sollen, soll dies durch Information, Überredung⁴⁷ und Anreiz geschehen, nicht aber durch Zwang. Das Prinzip der Marktkonformität mündet so im *Primat der Globalsteuerung* vor der Individualsteuerung.⁴⁸

4. Wo Interventionen nicht marktkonform gestaltet werden können, die Ergebnisse der Marktwirtschaft für sich aber unerträglich erscheinen, ist die *administrative Lösung vorzuziehen*.

Das bedeutet für den sozialen Bereich insbesondere, daß die Einkommen und die Kosten der Bedarfsdeckung nicht durch marktkonforme Steuerungstechniken – z.B. Preisbindungen für Grundnahrungsmittel, Wohnungen etc. – aneinander

punkten ist der, daß die öffentliche Hand dort, wo sie wirtschaftlich tätig wird und zu Dritten in ein Wettbewerbsverhältnis tritt, dem Wettbewerbsrecht unterworfen ist (s. z.B. die Hinweise bei *Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, a.a.O. (Anm. 42), S. 309 mit dortiger Anm. 280).

45 Aus der wirtschaftswissenschaftlich-wirtschaftspolitischen Diskussion s. "Wirtschaftspolitische Möglichkeiten zur Begrenzung der direkten lenkenden Eingriffe". Vorläufige Stellungnahme des wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 25. Februar 1951, Sammelband der Gutachten, S. 115 ff.: "Lenkungsmaßnahmen" Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 9./10. Juni 1951, ebenda S. 125 ff. *Alfred Müller-Armack*, Artikel "Soziale Marktwirtschaft", Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Bd. IX 1956, S. 390 ff. (391): "So erstrebt die neue Wirtschaftspolitik sozialen Fortschritt über marktkonforme Maßnahmen. Sie versteht darunter Maßnahmen, die den sozialen Zweck sichern, ohne störend in die Marktapparatur einzugreifen. ... Marktinkonform ist eine Zinsfixierung, die bestimmten Kreditnehmern billiges Kapital sichern soll, marktkonform ist eine Zinssubventionierung, die den allgemeinen Kapitalmarkt zinsfrei läßt. Markintkonform ist ein Mietstop, der den Gesamtwohnungsmarkt ohne Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit der Mieter erfaßt, marktkonform ist ein System von Mietbeihilfen für bedürftige Schichten." – Zu einer juristischen Definition des analogen Begriffs "marktgerecht" s. *Gerd Rinck*, Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 1977, RdNrn. 404 ff. Unter dem Aspekt der verfassungsrechtlichen Relevanz (die er verneint) befaßt sich mit dem Begriff "marktkonform" auch *Reiner Schmidt*, Wirtschaftsrecht und Verfassung, 1971, S. 66 ff. Weitere Nachweise s. bei *Rinck* und *Schmidt* je a.a.O.

46 "Staatliche Interventionen ...", a.a.O. (Anm. 3), S. 5.

47 S. hierzu allerdings einschränkend "Grundfragen der Stabilitätspolitik", Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 9./10. März 1973, in: Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Gutachten, 8. Bd. 1977, S. 619 ff. (S. 659 f.).

48 S. dazu etwa Material und Erwägungen bei *Matthias Schmidt-Preuss*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen staatlicher Lohn- und Preisdirigismen, 1977, S. 41 f., 79 ff., 131 ff., 183 ff. – S. auch *Egon Tuchfeldt*, Soziale Marktwirtschaft und Globalsteuerung, in: Egon Tuchfeldt (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft im Wandel, 1973, S. 159 ff.

herangeführt werden dürfen, sondern nur durch Transferzahlungen.⁴⁹ Selbst die Preise von Verwaltungsleistungen, die nicht direkt sozialen Zwecken dienen (Verkehrstarife usw.), sind so zu bilden, wie es ihrem Zweck und den wirtschaftlichen Gegebenheiten entspricht. Fremde soziale Zwecke werden nämlich besser durch Transferleistungen verfolgt, die den Nachfrager in die Lage versetzen, den sachgerechten Preis zu zahlen.⁵⁰ Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft hat diesem Grundsatz den Namen "Trennung der Aufgabenbereiche" gegeben:⁵¹ dem Preismechanismus ist die marktwirtschaftliche Allokationsaufgabe zugewiesen; der Verteilungspolitik dient die Umverteilung, die ebenso in individuellen Sozialleistungen wie in Angeboten institutioneller Förderung und Hilfe oder in Infrastruktur bestehen kann.

c) Wo liegt das "Soziale"?

Das "Soziale" in der sozialen Marktwirtschaft⁵² hat demnach sehr *verschiedene Orte*:

– Es liegt zunächst in der Effizienz der Marktwirtschaft⁵³, d.h. in dem Wohlstand, den sie produziert⁵⁴, und den eine wachsende Wirtschaft immer breiteren Kreisen vermittelt⁵⁵, und der Gütermasse, die sie auch der Umverteilung verfügbar macht.⁵⁶

49 S. Müller-Armack, "Wirtschaftsordnung ...", a.a.O. (Anm. 22), S. 131 ff., 197.

50 "Kosten und Preise öffentlicher Unternehmen", a.a.O. (Anm. 44), S. 745 ff., S. 757 ff.

51 "Die Fragen einer neuen Wirtschaftsordnung", Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 19./20. November 1976, in: Der wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Gutachten, 9. Bd., 1978, S. 777 ff. (789 f., 803 ff.); "Staatliche Interventionen ...", a.a.O. (Anm. 3), S. 16 ff.; schon früher "Agrarpolitik in der sozialen Marktwirtschaft", Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 29./30. Oktober 1949, Sammelband der Gutachten, S. 51 ff.

52 S. dazu Müller-Armack, Wirtschaftsordnung ..., a.a.O. (Anm. 22), S. 129 ff., 195 ff.; Wolfgang Stützel, Sicherung der sozialen Marktwirtschaft durch eine konsequente Ordnungspolitik, in: Fundamentalkorrektur statt Symptomtherapie. Von der Zukunft der sozialen Marktwirtschaft, Ludwig-Erhard-Stiftung, Symposium II, 1978, S. 19 ff. (S. 37): "Trotz dreißig Jahren Marktwirtschaft ist der Standort des Sozialen in ihr immer noch zu wenig präzise definiert." S. Stützel auch zum folgenden. Nunmehr eingehend auch Christian Watrin, Zur sozialen Dimension marktwirtschaftlicher Ordnungen, in: Erich Streissler und Christian Watrin (Hrsg.), Zur Theorie marktwirtschaftlicher Ordnungen, 1980, S. 476 ff.

53 S. dazu Ludwig Häberlein, Wirtschaftswachstum, Zeitschrift für Sozialhilfe, 1979, S. 234 ff.

54 Müller-Armack, "Wirtschaftsordnung ...", a.a.O. (Anm. 22), S. 131: "Als sozialpolitischen Gewinn müssen wir von vorneherein die größere wirtschaftliche Ergiebigkeit der Marktwirtschaft buchen."

55 S. Fred Hirsch, Social Limits to Growth. London, 1977, S. 166 ff. m.w.Nachw.

56 Müller-Armack, Artikel "Soziale Marktwirtschaft", a.a.O. (Anm. 45), S. 391: "Der marktwirtschaftliche Einkommensprozeß bietet der Sozialpolitik ein tragfähiges Fundament für eine staatliche Einkommensumleitung, die in Form von Fürsorgeleistungen, Renten- und Lastenausgleichszahlungen, Wohnungsbauzuschüssen, Subventionen usw. die Einkommensverteilung korrigiert. Es wäre eine Verkennung des sozialen Gehaltes der sozialen Marktwirtschaft, wenn man diesen Umverteilungsprozeß bei der sozialen Beurteilung des

- Es liegt in der Sorge für Wettbewerb⁵⁷ und Vollbeschäftigung, die auf eine weite Streuung der Teilhabe am wirtschaftlichen Geschehen und an der Primärverteilung hinwirken.
- Es liegt in der möglichst marktkonformen Minderung intertemporaler, struktureller, intersektoraler oder interregionaler Spannungen.⁵⁸
- Und es liegt endlich in dem “Ja” zum administrativen Eintreten dort, wo der sozial notwendige Zustand durch eine marktkonform beeinflusste Marktwirtschaft nicht erreicht wird.⁵⁹

2. Sozialrecht

Damit ist es an der Zeit, zu dem zweiten Phänomen überzugehen, von dem hier die Rede sein soll, zum “Sozialrecht”.

a) Soziale Marktwirtschaft und Sozialrecht – Unterschiede der Ebenen

Bezeichnet “soziale Marktwirtschaft” ein gesellschaftliches und politisches System, in dem einzelne und das Gemeinwesen wirtschaftliche oder doch wirtschaftsbezogene Werte und Zwecke verwirklichen, so erhebt der Name “Sozialrecht” den Anspruch, einen Bereich des Rechts zu benennen. Auch in der sozialen Marktwirtschaft spielt Recht eine entscheidende Rolle: es eröffnet und begrenzt die Spielräume privaten und staatlichen Handelns und ordnet Güter und Subjekte einander zu.⁶⁰ Ohne die Technik verlässlichen, durchsetzbaren Rechts ist soziale Marktwirtschaft nicht denkbar. Aber zunächst einmal ist soziale Marktwirtschaft Sein, nicht Sollen, Sachverhalt und Geschehen, nicht Norm.⁶¹ Und so erscheint es schwierig, “Sozialrecht” in einer Parallele zur sozialen Marktwirtschaft zu sehen.

Marktprozesses durch den er getragen wird, außer acht ließe.” Exemplarisch s. auch “Dekung des zusätzlichen künftigen Finanzbedarfs”, Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 5. November 1950, Sammelband der Gutachten, S. 97 ff.

- 57 *Helmut Meinhold*, Ökonomische Grundfragen der sozialen Sicherung, in: *Alfred Christmann* u.a. (Hrsg.), *Sozialpolitik – Ziele und Wege*, 1974, S. 41 ff. (Zitat S. 41): “... funktioniert nur zielgemäß, wenn das Gewinnstreben durch Wettbewerb in eine gerechtere Einkommensverteilung einmündet”. *Tietmeyer*, a.a.O. (Anm. 31), S. 25, kommt von einem anderen Ende her zum gleichen Ergebnis: “Das Adjektiv ‘sozial’ ist dabei vorrangig im Sinne einer Sicherung individueller Freiheit und Kontrolle wirtschaftlicher Macht durch den Wettbewerb zu verstehen; ‘sozial’ bedeutet erst in zweiter Linie auch ex-ante oder ex-post-Korrektur nicht erwünschter Ergebnisse des marktwirtschaftlichen Prozesses durch besondere Maßnahmen.”
- 58 S. z.B. *Müller-Armack*, “Wirtschaftsordnung ...”, a.a.O. (Anm. 22), S. 133, 198; *Meinhold*, a.a.O. (Anm. 57), S. 51 ff.
- 59 *Müller-Armack*, “Wirtschaftsordnung ...”, a.a.O. (Anm. 22), S. 133, 197, nennt ausdrücklich die soziale Sicherung als Beispiel. Zur sozialen Sicherung im Prinzip übereinstimmend, doch mit der Aufforderung der kritischen Überprüfung der Grenzen: “Staatliche Interventionen ...”, a.a.O. (Anm. 3), S. 10.
- 60 Grundlegend dazu *Wolfgang Stützel*, *Preis, Wert und Macht*, 1972, insbes. S. 133 ff., 320 ff.
- 61 Umfassend hierzu *Ernst-Joachim Mestmäcker*, *Recht und ökonomisches Gesetz*, 1978, insbes. I (S. 9 ff.), IV (S. 295 ff.) und VI (S. 637 ff.).

Doch schwächt genaueres Zusehen, was mit "Sozialrecht" gemeint ist⁶², diese Schwierigkeit ab.

b) Der Begriff "Sozialrecht" in der Entwicklung

Die Vokabel "sozial" hat – vereinfachend skizziert – drei Grundbedeutungen:⁶³ (1) sozial = gesellschaftlich, gesellschaftsbezogen; (2) sozial = gesellschaftszugewandt (negativ: asozial); (3) sozial = auf einen bestimmten Zustand der Gesellschaft zielend (vor allem im Sinne der Negation von Not und der Annäherung an Gleichheit). Wir können heute insofern von einem sozialpolitischen Wortverständnis sprechen.

Im 17./18. Jahrhundert trat der Begriff Sozialrecht auf, als die Selbstverständlichkeit der Rechtfertigung des Rechts aus sich und seiner Geschichte oder aus der Autorität des Fürsten verloren ging und so die Gesellschaft als Grund und Ziel von Recht hervortrat. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts sahen *Hermann Roesler* und *Otto von Gierke* die rechtliche Bewältigung der vermehrten Begegnung von Menschen in Gesellschaften und Genossenschaften, Betrieben und Unternehmen in den überkommenen Kategorien des Rechts nicht zulänglich aufgehoben und griffen auf den Terminus "Sozialrecht" zurück. Hier deutete sich der Übergang zu einem sozialpolitischen Sozialrechtsverständnis an. Vor allem in den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts wurde dann davon, daß die Arbeiterfrage als "die soziale Frage" galt, darauf geschlossen, daß auch das die soziale Lage der Arbeiter betreffende Recht – Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht – als "Sozialrecht" zu benennen sei (ein Begriffsverständnis, das heute noch ungebrochen im *droit social* des romanischen Rechtskreises fortlebt). Zur gleichen Zeit vermählte sich bei *Gustav Radbruch* der Sozialrechtsbegriff erstmals vorwiegend mit dem "sozial"-Begriff der Eingebundenheit des Individuums.⁶⁴

c) Aktuelle Bedeutung

In der Bundesrepublik ist von Sozialrecht mehr und mehr in einem allgemeinen sozialpolitischen Sinn die Rede. Dabei wirkt zusammen, daß die Arbeiterfrage aufhörte, "die soziale Frage" zu sein, und daß der Begriff der sozialen Sicherheit Sozialleistungssysteme weit über das Sozialversicherungsrecht hinaus zusammenführte.

Heute können wir sagen, daß Sozialrecht das *Recht* ist, das *von seiner sozialpolitischen Aufgabe wesentlich bestimmt* wird. Nun ist im sozialen Rechtsstaat der soziale Zweck im Recht allgegenwärtig. Wenn Sozialrecht ein *Teil* des Rechts sein

62 S. zum folgenden *Hans F. Zacher*, Was ist Sozialrecht? in: Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Horst Schieckel, 1978, S. 371 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 249 ff.); *Helmar Bley*, Sozialrecht, 3. Aufl. 1980, S. 22 ff.; *Felix Schmid*, Sozialrecht und soziale Sicherheit, 1981.

63 S. *Hans F. Zacher*, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 18 ff.

64 Hinweise zum Vorigen s. bei *Zacher* und *Schmid* je a.a.O. (Anm. 62).

soll, so muß es sich also vom sonstigen Recht durch den Grad der Dichte seines sozialpolitischen Zwecks unterscheiden. Dieser für die Abgrenzung maßgebliche Grad der Dichte des sozialen Zwecks im Recht entzieht sich einer operationalen Definition. Somit werden Sozialrechtsbegriffe immer pragmatisch – nach subjektiven Standpunkten und konkreten Zweckzusammenhängen – gebildet. Lehrprogramme, Zuständigkeitsbereiche, auch Autobiographisches spielen beispielsweise dabei eine Rolle.⁶⁵ Heute herrscht die Gleichsetzung “Sozialrecht = der Inhalt des Sozialgesetzbuches” vor.⁶⁶ Man spricht insofern auch von einem “*formellen Sozialrechtsbegriff*”; denn nicht irgendeine sachliche Kategorie, sondern die Aufnahme in die Kodifikation entscheidet.

In der Sache ist dieser “formelle Sozialrechtsbegriff” irreführend, weil er wichtige Vorsorgesysteme wie die Beamten-, Richter- und Soldatenversorgung, weite Teile der Kriegs- und Regimefolgenrechts wie Lastenausgleich, Vertriebenenrecht und Wiedergutmachung, fast alle Sicherung gegen Vermögensschäden und -belastungen und alles Landesrecht ausklammert.⁶⁷ Doch trifft der an das Sozialgesetzbuch anknüpfende formelle Sozialrechtsbegriff im Kern das Richtige; denn das Sozialgesetzbuch konzentriert sich auf *Sozialleistungen*, die das Gemeinwesen im Rahmen sozialer Sicherung, Förderung und Hilfe an einzelne erbringt – sei es wegen ihrer konkreten Bedürfnisse und Bedürftigkeit (wie z.B. in der Sozial- und Jugendhilfe), sei es wegen typisierter Bedürfnisse und Bedürftigkeit (wie grundsätzlich bei allen Geldleistungen der Sozialversicherung).⁶⁸ In der Tat tritt bei Regelungen, die solche Sozialleistungen anordnen, der soziale Zweck im Recht in besonderer Weise isoliert hervor. Auch wenn z.B. Steuerverschonungen soziale Zwecke haben – und deshalb auch oft als negative Sozialleistungen bezeichnet werden – wird das Steuerrecht doch als Ganzes von seinem Zweck bestimmt, die Bürger nach ihrer Leistungsfähigkeit zur Aufbringung des allgemeinen Finanzbedarfs des Gemeinwesens heranzuziehen. Auch wenn das Arbeitsrecht von dem Zweck durchdrungen ist, den Arbeitnehmer als den Schwächeren zu schützen, so bleibt es doch das Recht des Austausches zwischen Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt und der paritätischen Begegnung der kollektiven Macht der Arbeitnehmer mit der Macht der Arbeitgeber. Auch wenn das Wohnungsrecht oder das Recht des Verkehrs mit Verbrauchsgütern durch Normen sozialen Schutzes (z.B. Mieterschutz und Verbraucherschutz) ergänzt sind, bleiben diese Rechtsbereiche

65 S. zum Vorigen etwa *Hans F. Zacher*, Einleitung, in: *Hans F. Zacher* (Hrsg.), *Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs*, 1977, S. 7 ff. (10 ff.); *ders.*, *Grundfragen theoretischer und praktischer sozialrechtlicher Arbeit*, Vierteljahresschrift für Sozialrecht Bd. IV (1976) S. 1 ff. (6 ff.); *ders.*, *Was ist Sozialrecht?* a.a.O. (Anm. 62), S. 372 ff. (in diesem Band, S. 250 ff.).

66 S. etwa *Georg Wannagat*, *Die Bedeutung des Allgemeinen Teils des Sozialgesetzbuches für die Entwicklung des Sozialrechts*, *Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis*, Festschrift für Horst Schieckel, 1978, S. 347 ff. (S. 348-353); w. Nachw. etwa bei *Bley*, a.a.O. (Anm. 62), S. 22.

67 S. zur “Verlustliste” des Sozialgesetzbuches *Hans F. Zacher*, *Was kann und soll das Sozialgesetzbuch leisten?* *Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung*, 31. Jahrg. (1977), S. 145 ff. (146 ff.); *ders.*, *Materialien zum Sozialgesetzbuch*, S. A 72 ff.

68 Ebenda.

doch von der allgemeinen Aufgabe des Schuldrechts beherrscht, Interaktionsprogramme zu ermöglichen und zu gewährleisten und die mit ihnen verbundenen Risiken zu limitieren.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß unter Sozialrecht heute sozialpolitisch geprägtes Recht zu verstehen ist. Den Kernbereich dessen, was danach als Sozialrecht abgrenzbar ist, bildet das Sozialleistungsrecht, wie es vom Bundesgesetzgeber exemplarisch im Sozialgesetzbuch zusammengefaßt wird.

d) Sozialrecht und Sozialpolitik

An diese Feststellungen sind nun einige Erläuterungen zu knüpfen, die für das Verhältnis von Sozialrecht und sozialer Marktwirtschaft bedeutsam sind.

aa) Was ist Sozialpolitik?

Sozialrecht ruht auf einem Sachbegriff, nämlich dem der Sozialpolitik. Was Sozialrecht in der Sache bedeutet, ergibt sich also zunächst daraus, was Sozialpolitik⁶⁹ bedeutet.⁷⁰ Wir können und dürfen diese Frage hier und jetzt nicht unabhängig von der sozialstaatlichen Grundnorm unserer Verfassung beantworten. Danach hat Sozialpolitik zu zielen:⁷¹

1. im Sinne der *Sicherung eines menschenwürdigen Daseins für alle*: auf Gewähr des Existenzminimums für jedermann, Negation materieller Not und elementare personale Dienste (Erziehung, Betreuung, Pflege);

2. im Sinne von mehr *Gleichheit*: auf den Ausgleich von Wohlstandsunterschieden sowie auf die Aufhebung, Minderung und Kontrolle von Abhängigkeiten;

3. im engeren Sinne von *sozialer Sicherheit*: auf Schutz gegen schicksalhafte wesentliche Verschlechterungen der ökonomischen Lebensbedingungen.

Diese Dimension tritt auf besonders eigentümliche Weise im Schutz des individuell erworbenen Lebensstandards hervor. Die Einkommensersatzleistungen der Vorsorgesysteme (z.B. Krankengeld, Invaliden- und Altersrenten, Beamtenpensionen) dienen diesem Zweck. Dieses letztere Ziel, gegen Einbrüche der sozialen Biographie zu schützen, ist einer entwickelten Sozialpolitik besonders wichtig.

69 S. zuletzt etwa *Heinz Lampert*, Sozialpolitik, 1980. S. vorher "Zur Definition der Sozialpolitik" z.B. *Karin Müller-Heim*, in: Sozialer Fortschritt, 1977, S. 177 ff.

70 Zum Verhältnis von Sozialpolitik und Sozialrecht s. *Hans F. Zacher*, Das Sozialrecht im Wandel von Wirtschaft und Gesellschaft, Vierteljahresschrift für Sozialrecht Bd. VII (1979), S. 145 ff. (147 ff); *Bley*, a.a.O. (Anm. 62), S. 31 ff.

71 S. zum Sozialstaatsprinzip aus neuester Zeit etwa *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, § 21 (S. 682 ff.) insbes. S. 693 ff.; *Klaus Obermayer*, Der Sozialstaat als Herausforderung zur Menschlichkeit, Recht der Arbeit, 33. Jahrg. (1979), S. 8 ff. – Zum nachfolgenden Text s. ferner *Hans F. Zacher*, Art. "Sozialstaatsprinzip", Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd. 7, 1977, S. 152 ff. (insbes. S. 154 f.); *ders.*, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen? in: Hamburg, Deutschland, Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 207 ff. (insbes. S. 237 ff.).

Zugleich ist es besonders problematisch; denn es steht – um so mehr, je höher der geschützte Lebensstandard ist – in einem potentiellen Widerspruch zu den Zielen der Gleichheit und – in ökonomischen Spannungslagen – auch der Existenzsicherung.⁷² Die soziale Sicherung des jeweils besseren Lebensstandards durch Pensionen, Renten usw. teilt – obwohl sie als Abwehr der Not von Alten und Invaliden, Witwen und Waisen entstanden ist und ihr heute noch dient – die sozialpolitische Problematik allen “Reichtums”, aller “Privilegien”.⁷³ Die Tragweite dieser inneren Spannung moderner Sozialpolitik ist weder für das Verhältnis von Sozialrecht und Sozialpolitik noch für das Verhältnis von Sozialrecht und Marktwirtschaft zu überschätzen. Ich scheue nicht das Bild, daß sie wie Tretminen auf dem Weg moderner Sozialpolitik liegt.

bb) Sozialrecht als Stilmerkmal der Sozialpolitik

Sozialpolitik ohne Sozialrecht ist a priori möglich.⁷⁴ Im Ausland spricht man dann von sozialen *Programmen* und sozialen *Diensten*. Auch bei uns geschieht eine Menge von *Sozialpolitik iuxta legem*. Alles was durch Aufklärung und Beratung, durch institutionelle Hilfe und Förderung und durch Subventionen bewirkt wird, kann auf einem rechtlichen Minimum beruhen, das durch die topoi Zuständigkeit, Organisationsgewalt, Haushalt und Grundrechte umschrieben werden kann. Die Masse des Sozialrechts ist jedoch gesetzlich geregelt. Das Sozialgesetzbuch erhebt den Vorbehalt des Gesetzes auch für Sozialleistungen zum Programm⁷⁵ – freilich ohne damit etwas anderes zu bewirken, als daß damit weitere soziale Programme aus dem Rahmen des Sozialgesetzbuches verwiesen werden.

Sozialrecht ist somit ein Stilmerkmal unserer Sozialpolitik.⁷⁶ Es fällt uns leicht, es im sozialen Rechtsstaat für ein notwendiges Stilmerkmal zu halten.⁷⁷ Aber was bedeutet es in der Sache? Das kann hier nur in einigen Richtungen angedeutet werden.

1. Zunächst ist davor zu warnen, die soziale *Leistungsfähigkeit des Rechts* zu überschätzen. Die Fähigkeiten des Rechts, darauf hinzuwirken, daß die Sachgüter (Geld-, Sach- und Dienstleistungen) verfügbar sind, sind begrenzt. Der Gegensatz zwischen Sein und Sollen ist allemal dort größer, wo Handlungen bewirkt werden

72 S. dazu *Hans F. Zacher*, Sicherung von Mann und Frau. Zur Gesellschaftlichen Relevanz der Rentenversicherung, Deutsche Rentenversicherung 1977, S. 197 ff. (S. 213 ff.).

73 S. dazu *Hans F. Zacher*, Grundfragen, a.a.O. (Anm. 65), S. 35 f. und die dortigen Hinweise.

74 S. zur Problematik *Rosalind Brooke*, Law, Justice and Social Policy, 1979, S. 99 ff., 117 ff.

75 S. dazu und zum Vorigen *Wilhelm Wertenbruch*, Gedanken zum Vorbehalt des Gesetzes (§ 31 SGB-AT), in: Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Horst Schieckel, 1978, S. 357 ff.

76 S. *Hans F. Zacher*, Sozialpolitik und Verfassung, a.a.O. (Anm. 63) S. LVIII ff.; S. auch *Bley*, a.a.O. (Anm. 62), S. 31: “Das Sozialrecht ist seit langem eines der wichtigsten Instrumente staatlicher Sozialpolitik, so daß man es als ‘zur Norm verfestigte’ staatliche Sozialpolitik bezeichnen kann.”

77 S. dazu *Georg Wannagat*, Das Sozialrecht im sozialen Rechtsstaat, in: Sozialrecht und Sozialpolitik, Festschrift für Kurt Jantz, 1968, S. 55 ff.

sollen, als dort, wo Handlungen unterbunden werden sollen. Und wo auch Handlungen außerstande sind, Güter zu produzieren, endet die Macht des Rechts vollends.⁷⁸ Kein Rentengesetz kann die Mittel schaffen, die notwendig sind, die Renten zu zahlen, wenn die Wirtschaft sie nicht erbringt.

2. Sodann möchte ich vom *“Mehrwert” des Sozialrechts gegenüber der Sozialpolitik* sprechen.

a) Das Recht kann in die Sozialpolitik *Werte* einbringen, die Sozialpolitik für sich nicht darstellen kann.⁷⁹ Das gilt zunächst im Sinne der Zuordnung von Sozialleistungen zu Leistungsadressaten – allgemeiner: im Sinne der Entwicklung von individuellen Rechtspositionen. Jene soziale Macht, die dem einzelnen erlaubt, die ihm zugesagten Verhältnisse zu erzwingen, die *“subjektives Recht”* heißt, ist nur im *Sozialrecht*, nicht in bloß sozialpolitischen Programmen denkbar. Soziale Sicherheit kommt deshalb ohne Sozialrecht nicht aus. Dies gilt umso mehr, je mehr soziale Sicherheit dazu neigt, gehobene soziale Positionen (auch einen erheblich überdurchschnittlichen Lebensstandard) durch Sozialleistungen zu konservieren und fortzuschreiben. Je größer die sozialpolitische Binnenspannung zwischen sozialer Daseinssicherung und sozialer Gleichheit auf der einen und sozialer Sicherheit auf der anderen Seite ist, desto mehr bedarf sie der Verstrebung des Rechts, um nicht in sich zusammenzufallen.

b) Damit wird sichtbar, wie sehr der Mehrwert des Sozialrechts gegenüber der Sozialpolitik darin liegt, daß Recht auch *Konfliktsordnung* ist, die auf die Gegensätze von Wertungen und Interessen Bedacht nimmt und die Austragung von Auseinandersetzungen ermöglicht. Gewisse soziale Konflikte, z.B. zwischen persönlichen Werten und Interessen einerseits und Sozialpolitik andererseits – etwa zwischen körperlicher Integrität und sozialpolitischer Last, ärztliche Eingriffe zu dulden, zwischen der Familie und einer sie desintegrierenden Leistungsgestaltung oder zwischen Briefgeheimnis und Pflegeverhältnis – bedürfen des Rechts, um überhaupt respektiert und sodann gelöst zu werden. Daß Recht Konfliktsordnung ist, heißt aber auch, daß Meinungsverschiedenheiten darüber, was eine sozialpolitische Regelung bedeutet, in einem geregelten Verfahren ausgetragen werden können. Soziale Programme, denen dieses Medium des Rechts fehlt, sind in der Hand dessen, der sie vollzieht. Uns, die wir an einen Gesetzgebungs- und Rechtswegestaat gewöhnt sind, fehlt fast schon die Vorstellung dieser Alternative. Der Blick auf das Ausland macht sie jedoch leicht gegenwärtig.⁸⁰

78 S. z.B. Zacher, *Das Sozialrecht im Wandel*, a.a.O. (Anm. 70), S. 147 ff.; *ders.*, *Rechtswissenschaft und Sozialrecht, Die Sozialgerichtsbarkeit*, 26. Jahrg. (1979), S. 206 ff. (208 f.).

79 S. Zacher, *Grundfragen*, a.a.O. (Anm. 65), insbesondere S. 33 ff.

80 Dazu eine persönliche Erfahrung, die schwer literarisch belegt werden kann, da die Literatur gleichsam nur das Negativtest zur Behauptung liefert. Die skandinavischen Länder haben in den letzten Jahrzehnten weitreichende neue Sozialgesetze hervorgebracht. Die juristische Durchdringung dieser Gesetze ist überaus spärlich. Das hat nur zum Teil Gründe, die mit den Gründen des Nachhinkens der Sozialrechtskultur gegenüber der Kultur anderer Rechtsgebiete in der Bundesrepublik Deutschland übereinstimmen. Der wesentliche Grund scheint mir nach Gesprächen mit zahlreichen kompetenten Persönlichkeiten in skandinavischen

c) Der Mehrwert des Sozialrechts gegenüber der Sozialpolitik zeigt sich ferner ganz besonders in der *Zeitdimension*: das Recht ist eine wichtige Hilfe bei der Unterscheidung zwischen sozialen Erwartungen, auf deren Einlösung vertraut werden kann, und sozialen Erwartungen, auf die nicht vertraut werden kann. Natürlich scheitert möglicherweise auch das Recht an der Entwicklung der Realitäten. Kein Rentengesetz kann, wenn die Wirtschaft sie nicht erbringt, die Mittel schaffen, die notwendig sind, um die Renten zu zahlen. Aber Recht ist jedenfalls das denkbar wirkungsvollste Medium gewollter sozialer Stabilität. Sozialrecht erlaubt dem einzelnen, das, was Sozialpolitik in Aussicht stellt, in seine individuellen Pläne einzubeziehen. Hier zeigt sich, zwar nicht absolut, wohl aber maximal, wie nahe soziale Sicherheit und Rechtssicherheit miteinander verwandt sind. Freilich kann und muß der Konflikt zwischen sozialer Sicherheit auf der einen und Abwehr von Not sowie Bemühung um Gleichheit auf der anderen Seite auch immer wieder die Gestalt des Urkonfliktes zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit annehmen.⁸¹

3. Schließlich möchte ich auf die *institutionelle Differenzierung der Sozialpolitik durch das Sozialrecht* hinweisen. "Reine" Sozialpolitik kann von den maßgeblichen politischen Kräften definiert und durch eine mehr oder weniger mit ihnen identische oder von ihnen beherrschte Administration vollzogen werden. Sozialrecht dagegen bedeutet, wenn es sich selbst ernst nimmt, daß alternative Apparaturen wie Gerichte an Definition und Vollzug beteiligt werden.⁸² Wir kennen die Tragweite von Entscheidungen des Bundessozialgerichts⁸³, des Bundesverwal-

Ländern zu sein, daß die Sozialgesetze dort in erster Linie als Leistungsprogramme verstanden wurden. Man wollte, daß diese Programme realisiert werden. Das erschien als die entscheidende gesellschaftliche und staatliche Leistung. Die Frage von Meinungsverschiedenheiten zwischen Betroffenen und Leistungsträgern, zwischen verschiedenen Leistungsträgern untereinander oder zwischen Leistungsträgern und höher gestellten Behörden erschien von der großen Intention des Leistungsprogramms her unwichtig, sie hatte einen eher negativen Akzent. Während in der Bundesrepublik – überspitzt ausgedrückt – gerade die Reformgesetze der Fünfziger und Sechziger Jahre das Ziel hatten, dem Bürger nicht nur Leistungen zukommen zu lassen, sondern auch Rechte auf solche Leistungen, um die er streiten kann, konzentrierte man sich in Skandinavien ganz darauf, dem Bürger bloße Leistungen zu verschaffen. Erst sehr allmählich – und in den einzelnen Ländern sehr unterschiedlich – setzen nun Differenzierungsprozesse ein.

81 S. noch einmal *Zacher*, Gleiche Sicherung von Mann und Frau (Anm. 72), S. 213 ff.

82 S. *Kurt Jantz, Ulrich Kübler und Herbert Langkeit*, Sozialrecht in der Wechselwirkung der drei Gewalten, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XIV, 1975, S. 123 ff.

83 S. dazu "Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung", Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. X, 1973; *Langkeit*, a.a.O. (Anm. 82), S. 123 ff.; "Sozialrechtsprechung – Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat", Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts zum materiellen Recht seines Zuständigkeitsbereiches (Bd. I S. 149 ff.); *Martin Pfaff und Markus Schneider*, Die wirtschaftlichen Auswirkungen der Judikatur im Bereich der Kranken- und Rentenversicherung, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. VII (1980), S. 17 ff.; *Georg Wannagat*, Die Bedeutung der Rechtsprechung für die Entwicklung der Rentenversicherung, in: Alterssicherung als Aufgabe für Wissenschaft und Politik, Festschrift für Helmut Meinhold, 1980, S. 325 ff.

tungsgerichts⁸⁴ und des Bundesverfassungsgerichts über Fragen des Sozialrechts. Man denke etwa an das Verlangen des Bundesverfassungsgerichts⁸⁵, die Gleichheit von Männern und Frauen in der Rentenversicherung herzustellen⁸⁶, oder an die ältere Entscheidung des Bundessozialgerichts⁸⁷, die die Einbeziehung des Zahnersatzes in die Krankenversicherung erzwang – und über Millionen disponierte. Die in der Gesetzgebung manifeste zentrale politische Autorität muß sich hier mit höchsten Gerichten in die Definition dessen, wie Sozialpolitik aussehen soll, teilen. Und Gleiches geschieht zwischen den Gerichten und der Verwaltung hinsichtlich des Vollzugs.

Dabei sind bedenkliche *Einseitigkeiten* nicht zu vermeiden. Die zentralen politischen Instanzen haben zwischen dem, was Sozialpolitik nehmen, und dem, was sie geben kann, abzuwägen. Die Gerichte haben im Regelfall zu entscheiden, was dem einzelnen an Leistungen zukommen soll. Sie können so, einseitig angestoßen, versucht sein, die Decke der Umverteilung über die eine Seite des Tisches zu ziehen, so daß das Geschirr herunterfällt und die andere Seite bloß liegt. Diese Gefahr erscheint umso deutlicher, wenn die Gerichte sich anschicken, Grundrechte, die auf Freiheiten gehen, in Teilhaberechte umzudeuten⁸⁸, wie wir das vom Schluß von der Privatschulfreiheit und Privatschulsubventionen und von der Freiheit der Wahl des Studienplatzes auf den Zugang zu den Universitäten her kennen. Noch spezifischer zeigt sie sich, wenn die Rentenanwartschaft zum Eigentum erklärt wird und so ein Eigentumsrecht, das auf das ausscheidbare Eigene geht, auf einen Anteil am Volkseinkommen bezogen wird – eines Volkseinkommens, das für alle Staatsaufgaben, jedenfalls auch für alle Sozialpolitik reichen muß.⁸⁹

e) Insbesondere Sozialpolitik, Sozialrecht und Freiheit

Von hier aus erscheint es notwendig, noch ein Wort über das Verhältnis von Sozialpolitik und Freiheit und damit auch über das Verhältnis von Sozialrecht und

84 S. etwa *Hans Rösger*, Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Sozialhilfesachen, Kleinere Schriften des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Heft 50, 1973; *Bernd v. Maydell*, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 405 ff.

85 S. dazu *Walter Rudi Wand* und *Wolfgang Riefner*, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. II (1974), S. 52 ff., 68 ff.; *Ernst Benda*, Die verfassungsrechtliche Relevanz des Sozialrechts, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XIV, 1975, S. 33 ff.

86 BVerfGE 39, 169. – S. dazu auch BVerfGE 48, 346.

87 BSG 25, 116; 35, 105. – S. dazu auch *Langkeit*, a.a.O. (Anm. 82), S. 158 ff.

88 S. auch *Peter Badura*, Sozialstaatlichkeit und Sozialrecht, Die Sozialgerichtsbarkeit, 27. Jahrg. (1980), S. 1 ff. (S. 4) m.w.Hinw. – Allgemein zur Dogmatik der Teilhaberechte: *Jürgen Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 241 ff.; *Albert Bleckmann*, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 161 ff. m.w.N.

89 S. dazu *Peter Badura*, Sozialstaatlichkeit und Sozialrecht, a.a.O. (Anm. 88), S. 4 f.; *ders.*, Eigentumsordnung, in: "Sozialrechtsprechung", a.a.O. (Anm. 83), S. 673 ff. (insb. S. 686, 693 f.) m.w.N. – S. nun aber BVerfGE 53, 257 (289 ff.).

Freiheit zu sagen.⁹⁰ Sozialpolitik zielt, indem sie auf Existenzsicherung und Gleichheit zielt, auf die Ausbreitung von Freiheit. Indem sie Einkommen, Ausbildungschancen, Berufschancen usw. zuteilt, vermittelt sie dem Empfänger Real-faktoren seiner Freiheit.⁹¹ Auch soziale Sicherheit, die einen erworbenen Lebensstandard sichert, zielt auf mehr Freiheit. Sie konserviert den größeren Nutzen, der aus dem Gebrauch von Freiheit durch Erwerb gezogen werden konnte, und sie erhält durch die Sicherung eines höheren Einkommens die darin liegenden Real-faktoren von mehr Freiheit. Insgesamt aber ist in einer Gesellschaft die Summe der Real-faktoren von Freiheit immer begrenzt. Die Zuteilung von Gütern, die als Real-faktoren von Freiheit wirken, muß daher die Freiheitschance, die sie auf der einen Seite gibt, auf einer anderen Seite nehmen.⁹² Das gilt innerhalb der Sozial-politik – also zwischen privilegierender sozialer Sicherung, minimaler Existenz-garantie und egalisierendem Ausgleich. Es gilt über sie hinaus – zwischen denen, denen gegeben, und denen, denen genommen wird –. Sozialpolitik hat also ein ambivalentes Verhältnis zur Freiheit: indem sie ebenso Freiheit gibt wie nimmt. Ihr Grundanliegen ist die Ausbreitung der Freiheit. Man könnte auch sagen: Sozialpolitik hat ein horizontales Konzept von Freiheit.⁹³

Diese Ambivalenz und innere Spannung eignet jedoch nicht nur dem Makro-kosmos der Sozialpolitik; sie kann auch dem Mikrokosmos der einzelnen Sozial-leistung eignen: indem Leistungen, die fast immer irgendwelche Freiheit vermit-teln, durch die Bedingungen, unter denen sie gewährt, und durch die Art und Weise, in denen sie erbracht werden, Freiheit aufheben oder begrenzen.⁹⁴ Alle Leistungen der Erziehung, Behandlung, Betreuung und Pflege stellen deutliche Beispiele dafür dar.⁹⁵

90 S. dazu auch *Herbert Ehrenberg* und *Anke Fuchs*, *Sozialstaat und Freiheit*, 1980, S. 19 ff.

91 Zur sozialen Erfüllung von Freiheitsrechten durch Sozialpolitik und Sozialrecht – die von dem Umbau von Freiheitsrechten in Teilhaberechte zu unterscheiden ist – s. *Hans F. Zacher*, *Wirtschaftsverfassung ...*, a.a.O. (Anm. 21), S. 98 ff.; *ders.*, *Verwaltung durch Subventionen*, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 25, 1967, S. 308 ff. (363 ff.); *ders.*, *Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, 1968, S. 34 ff. (jeweils m.w.N.).

92 S. zu dieser Problematik *Hans F. Zacher*, *Verwaltung durch Subventionen*, a.a.O. (Anm. 91), S. 343 f.; *ders.*, *Zur Rechtsdogmatik der sozialen Umverteilung*, *Die öffentliche Verwaltung*, 23. Jahrg. (1970), S. 3 ff. (S. 10) (abgedruckt in diesem Band, S. 279 ff. (S. 295 f.)); *ders.*, *Freiheits- und Sozialrechte im modernen Verfassungsstaat*, in: *Stanis-Edmund Szydzik*, *Christliches Gesellschaftsdenken im Umbruch*, 1977, S. 75 ff., insbes. S. 100 ff. – Umfassend s. zum Vorigen die Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zum Thema "Grundrechte im Leistungsstaat" mit den Referaten von *Wolfgang Martens* und *Peter Häberle*, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 30, 1972, S. 7 ff. – S. dazu auch *Peter Badura*, *Sozialstaatlichkeit und Sozialrecht*, a.a.O. (Anm. 88), S. 3 f.

93 S. differenzierend weiterführend *Hans Maier*, *Sozialer Rechtsstaat – ein Widerspruch? in: Res publica*, *Studien zum Verfassungswesen*, *Festschrift für Dolf Sternberger*, 1977, S. 219 ff.

94 S. die Hinweise in Anm. 92.

95 S. *Zacher*, *Grundfragen*, a.a.O. (Anm. 65), S. 35; *ders.*, *Freiheits- und Sozialrechte*, a.a.O. (Anm. 92), S. 103 f. – S. ferner die Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages zu dem Thema "Empfiehl es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln" mit dem Gutachten von *Peter Krause* (Bd. I, Gutachten, 1978, E), den Referaten von *Otto*

Solche innere Spannung von Freiheit, Zuteilung von Freiheit, Verkürzung von Freiheit und Verbrauch von Freiheit kann wieder nur mit Hilfe des Rechts entwickelt und ausgehalten werden, so daß Sozialrecht zum notwendigen Element einer auf Freiheit zielenden Sozialpolitik wird.

II. Soziale Marktwirtschaft, Sozialpolitik und Sozialrecht: Gemeinsamkeit und Funktionsteilung

1. Das Gefüge und die Verteilung der Akzente

Suchen wir nun nach dem Sinn- und Funktionsgefüge von sozialer Marktwirtschaft, Sozialpolitik⁹⁶ und Sozialrecht.⁹⁷ Zusammen haben sie es also mit der *Versorgung der Gesellschaft mit Gütern* zu tun.⁹⁸

Krasney und *Josef Schmidtz-Eisen* (Bd. II, Sitzungsberichte, S. N 5 ff.) und dem Schlußbericht des Vorsitzenden (ebenda, S. O 14 ff.); *Gerhard Igl*, Rechtserhaltung, Rechtsgestaltung und Rechtsdurchsetzung in sozialen Pflege- und Betreuungsverhältnissen, Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung, 32. Jahrg. (1978), S. 181 ff.; *ders.*, Rechtliche Gestaltung sozialer Pflege- und Betreuungsverhältnisse, Vierteljahresschrift für Sozialrechte, Bd. VI (1978), S. 201 ff.; alle weiteren Hinweise bei den Vorzitierten.

96 Zum Thema Wirtschaft (Wirtschaftspolitik) und Sozialpolitik grundlegend *Elisabeth Liefmann-Keil*, Ökonomische Theorie der Sozialpolitik, 1961; *Bernhard Külp* und *Wilfried Schreiber*, Soziale Sicherheit, 1971, S. 46 ff., 161 ff., 449 ff. Zum Verhältnis zwischen sozialer Sicherung und wirtschaftlichen Verhältnissen s. "Die wirtschaftlichen Auswirkungen der sozialen Sicherheit", Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Studienreihe Sozialpolitik, Heft 21, 1970; *Walter Hess*, Ökonomische Aspekte der sozialen Sicherheit, 1975; *Helmut Meinhold*, Wirtschaftspolitische Probleme der sozialen Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland – Sozialenquète – o.J., S. 140 ff.; *ders.*, Ökonomische Grundfragen der sozialen Sicherheit, a.a.O. (Anm. 57). Einen guten Überblick über die ältere einschlägige Literatur gibt *Ernst Kaiser*, Soziale Sicherheit und Volkswirtschaften (maschinenschriftlich vervielfältigt), Internationale Vereinigung für soziale Sicherheit, 5. Internationale Konferenz der Versicherungsmathematiker und Statistiker der sozialen Sicherheit, 1971, ISSA/CAS/V. – Zum Thema "Sozialpolitik in der Marktwirtschaft" s. auch *Christian Watrin*, Ordnungspolitische Aspekte des Sozialstaates, in: *Bernhard Külp* und *Heinz-Dieter Haas* (Hrsg.), Soziale Probleme der Modernen Industriegesellschaft, 1977, S. 963 ff.; *Otto Graf Lambsdorff*, Gesamtverband der Versicherungswirtschaft, Jahrestagung 1979, S. 6 ff. – Zum Verhältnis der sozialen Marktwirtschaft zum Thema der "neuen sozialen Frage" s. *Manfred Groser*, Die neue soziale Frage, Aus Politik und Zeitgeschichte, Heft B 10/78, S. 3 ff.

97 *S. Müller-Armack*, Wirtschaftsordnung ..., a.a.O. (Anm. 22), S. 197: "Auch die Schaffung eines sozialen Rechts ist geradezu eine Voraussetzung für das Funktionieren der Marktwirtschaft. In einer so gesicherten Marktwirtschaft gibt es zahlreiche Wege, um ohne Störung des Marktapparates soziale Aufgaben zu erfüllen." Einen bemerkenswerten Bogen von der Ordnung der sozialen Marktwirtschaft zum Sozialrecht schlägt *Peter Badura*, Eigentumsordnung, a.a.O. (Anm. 89), S. 693; übereinstimmend auch *ders.*, Sozialstaatlichkeit und Sozialrecht, a.a.O. (Anm. 88), S. 5: "Die staatsgestaltenden Grundpfeiler des Sozialrechts verbergen sich hinter dem vieldeutigen Sozialstaatsatz und einigen an sich auf andere Freiheiten gemünzten Grundrechten. Die verschwiegenen Verfassungsartikel des Sozialrechts sehen wie Schlagworte aus – aber so haben zunächst auch die Programme und Forderungen des alten Verfassungsstaates ausgesehen. Zu den Verfassungsartikeln des wohlfahrtsstaatlichen Sozialrechts gehören der Generationenvertrag, die lohnbezogene dynamische Rente, das

– Dabei liegt der Akzent der Marktwirtschaft auf der *Produktion* der Güter. *Marktwirtschaft und Sozialpolitik* begegnen sich im Bereich der *Verteilung*.⁹⁹ Marktwirtschaft zielt primär auf freie Verteilung.¹⁰⁰ Sozialpolitik zielt primär auf gleiche Verteilung. Die durch den Preis vermittelte marktwirtschaftliche Verteilung und die durch Zuteilung vermittelte sozialpolitische Verteilung stehen sich modellhaft als Primär- und Sekundärverteilung, als Verteilung und Umverteilung gegenüber.¹⁰¹

– Soziale Marktwirtschaft zielt direkt auf *Freiheit*. Sie nimmt gleichsam Freiheit in Dienst, um eine hohe Produktion von Gütern zu erzielen. Soziale *Marktwirtschaft setzt gesellschaftliche Prozesse frei*, die sich “von selbst” vollziehen. Sozialpolitik zielt auf die Ausbreitung von Freiheit, *Sozialpolitik muß letztlich wollen, was in der Gesellschaft nicht “von selbst” geschieht*. Sie ist deshalb zumindest politisches Programm, im rechtsstaatlich differenzierten Gemeinwesen grundsätzlich *Sozialrecht*.

In der Marktwirtschaft ist die *Freiheit des Schwächeren* in Gefahr, konsumiert zu werden. In der Sozialpolitik wird die Freiheit der Stärkeren vom Gemeinwesen zugunsten der Freiheit des Schwächeren verkürzt.¹⁰² In beiden Bereichen ist Recht notwendig, um Freiheit zu gewähren, zu sichern und zu begrenzen.

-
- Wirtschaftswachstum und die Umverteilung.” – S. zum Zusammenhang zwischen Wirtschaftspolitik, Sozialpolitik und Sozialrecht auch *Bley*, a.a.O. (Anm. 62), S. 34 ff. m.w.Hinw.
- 98 Womit nicht gesagt sein soll, daß die Sozialpolitik es nur mit der Versorgung mit Gütern zu tun hat (s. dazu unten IV.). Aber die Güterversorgung ist der Bereich, in dem sie sich mit Wirtschaft und Wirtschaftspolitik trifft.
- 99 S. dazu *Meinhold*, *Ökonomische Grundfragen*, a.a.O. (Anm. 57), insbes. S. 54 ff. Zum Verteilungsziel s. auch Anm. 27. Zum Verhältnis des Verteilungszieles zu den allgemeinen Zielen wirtschaftspolitischer Intervention s. auch *Rainer Feuerbach*, *Bernhard Gahlen*, *Heinz-Dieter Harder*, *Gerd-Jan Krol*, *Wolfgang Storch*, *Wirtschaftspolitische Ziele und gesellschaftliche Gruppen in der marktwirtschaftlichen Ordnung der BRD*, Aus Politik und Zeitgeschichte, Heft B 28/73 (1973); “Grundfragen der Stabilitätspolitik”, a.a.O. (Anm. 47), S. 619 ff. (636 f.).
- 100 S. dazu etwa *Otto Schlecht*, *Grenzen der Einkommenspolitik in der Marktwirtschaft*, in: *Beiträge zu einer Theorie der Sozialpolitik*, Festschrift für Elisabeth Liefmann-Keil, 1973, S. 159 ff.; *Bruno Molitor*, *Verteilungspolitik in der Marktwirtschaft*, in: *Wirtschaft und Gesellschaft, Ordnung ohne Dogma*, Festschrift für Heinz-Dietrich Ortlieb, 1975, S. 209 ff.
- 101 Zur Unterscheidung zwischen Verteilung und Umverteilung s. grundlegend *Liefmann-Keil*, a.a.O. (Anm. 96), S. 119 ff. Zur älteren und grundlegenden Literatur hinsichtlich Verteilung und Umverteilung s. *Külp-Schreiber*, a.a.O. (Anm. 96), S. 110 ff., 199 ff., 450 f.; aktuell s. hierzu *Ehrenberg-Fuchs*, a.a.O. (Anm. 90), S. 135 ff., insbes. 147 ff. – Zur Effektivität von Sozialpolitik, sozialer Sicherung und Umverteilung s. etwa *Ingolf Metzke*, *Soziale Sicherung und Einkommensverteilung*, 1974; *Hans-Jürgen Krupp* und *Wolfgang Glatzer* (Hrsg.), *Umverteilung im Sozialstaat*, 1979; *Markus Schneider*, *Einkommenssicherung und Umverteilung durch das System der sozialen Sicherung*, Dissertation Augsburg 1979. Zu der spezifischen Friktion von Versicherungsprinzip und Umverteilung s. aus jüngerer Zeit vor allem *Helmut Meinhold*, *Fiskalpolitik durch sozialpolitische Parafisci*, 1976. Unter juristischen Aspekten zur Trennung von Verteilung und Umverteilung etwa *Christian Heinze*, *Autonome und heteronome Verteilung*, 1970; *Zacher*, *Zur Rechtsdogmatik der sozialen Umverteilung*, a.a.O. (Anm. 92); *Josef Isensee*, *Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge*, 1973.
- 102 Zur sozialen Gefährdung der Freiheit: *Walter Leisner*, *Demokratie – Selbstzerstörung einer Staatsform*, 1979, S. 145 ff.

– Gleichheit ist ein von der sozialen Marktwirtschaft systemintern nur unvollkommen verfolgtes Ziel: nämlich durch die Sorge für Wettbewerb und durch die Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen etwa im Monopolrecht, im Arbeitsleben oder in der Wohnungswirtschaft. Am spektakulärsten, effektivsten verwirklicht die Marktwirtschaft Gleichheit freilich als die “dynamische Gleichheit” des sich ausbreitenden Wohlstandes, der die Privilegien von gestern zu den Selbstverständlichkeiten von morgen macht – die Unterschiede freilich nie an sich aufhebend, nur in ihrem Inhalt verändernd und entschärfend.¹⁰³ Sozialpolitik aber will a priori auf Allgemeinheit und Gleichheit der Güterversorgung hinaus. Sie stößt dabei jedoch auf die aller Gleichheitsbemühung immanenten Schwierigkeiten, das wesentlich Gleiche und wesentlich Ungleiche zu definieren. Zu nennen sind hier vor allem die Gegensätze zwischen der Gleichheit der Leistung und der Gleichheit der Bedürfnisse, sowie der Gleichheit der Chancen und der Gleichheit der Zuteilung. Hier liegt das Potential der Binnenspannung der Sozialpolitik zwischen der Gewährleistung des Existenzminimums und der Herstellung von mehr Gleichheit einerseits und der sozialen Sicherung auch “überhöhter” sozialer Besitzstände andererseits. Hier liegt ferner das elementare Konfliktpotential zwischen Marktwirtschaft und Sozialpolitik; denn die Chance der Ungleichheit ist die wichtigste Energiequelle der marktwirtschaftlichen Prozesse, während Sozialpolitik dieser Ungleichheit immer wieder entgegenwirken soll.¹⁰⁴

– Dabei verändert *wachsender Wohlstand* das Gesicht der Sozialpolitik. Bei geringerem Wohlstand besteht Sozialpolitik vor allem in der Abwehr von Not, in der Gewährleistung des Existenzminimums. Mit steigendem Wohlstand wandelt sich die Aufgabe der Sozialpolitik zur Vermittlung von Wohlstandsteilhabe. Z.B. können wir aus unserer eigenen Verfassungsentwicklung ablesen, daß die Umdeutung von Freiheitsrechten in Teilhaberechte¹⁰⁵ nicht ein Phänomen der Notzeiten – etwa der späten vierziger Jahre; damals hat man das Recht auf das Existenzminimum juristisch “erfunden”¹⁰⁶ –, sondern der vollkommenen Gewöhnung an einen selbstverständlichen Wohlstand in der Mitte der sechziger Jahre war. “Wohlstand für alle” ist die dementsprechende Wahlparole. Zugleich wird mit steigendem Wohlstand die Beengung von Freiheit, die im Nehmen der Umverteilung liegt, weniger spürbar. Die verbleibenden Realfaktoren der Freiheit belassen Freiheit genug. Erst wenn sich die Belastung der Einkommen der kritischen Zone nähert, in der mehr Lohn oder Gewinn in weniger Netto-Einkommen umschlägt, entsteht das Gefühl, daß die elementare marktwirtschaftliche Freiheit, nämlich die Freiheit zu verdienen, bedroht ist. Bis zu dieser Grenze aber ist der sozialpolitische Spielraum des Nehmens relativ groß. Die Erwerbstätigen stehen der Belastung der Einkommen weitgehend gelassen gegenüber, weil sie auf einen

103 S. dazu oben Anm. 55.

104 S. zum vorstehenden Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1975/76 Tz 280 ff.

105 S. oben Anm. 88 und 91.

106 BayVGh 2, 14 (19 f.).

um so größeren Anteil an der sozialpolitischen Zuteilung hoffen. Im Extrem verlagert sich der Kriegsschauplatz des Verteilungskampfes von der strapaziösen Konkurrenz um das marktwirtschaftliche Einkommen auf die politische, zumeist von Gruppen ausgetragene und also für den einzelnen weniger anstrengende Auseinandersetzung um den "Umverteilungsgewinn".¹⁰⁷ Dabei wird es – wegen der wachsenden Differenziertheit der einbezogenen Lebensverhältnisse und der entsprechenden Sozialleistungen – immer schwieriger, das Ziel der Gleichheit wahrzunehmen und ihm treu zu bleiben. Die zunehmende Teilnahme der Verfassungsgerichtsbarkeit am Verteilungskampf um die Sozialleistungen ist ein eindrucksvolles Indiz dafür.

Soziale Sicherheit produzieren Marktwirtschaft und Sozialrecht auf je eigene Weise.¹⁰⁸ Soziale Marktwirtschaft kann Sicherheit in engen Grenzen gewähren, indem Rechtsverhältnisse wie das Arbeits- und Mietverhältnis zum Schutz der Schwächeren so verändert werden, daß die Schwelle, jemanden etwa durch eine Kündigung in Not oder doch Schwierigkeiten zu bringen, hoch liegt. Aber die Grenzen dieser Möglichkeit sind eng. Werden sie überschritten, so werden diese Rechtsverhältnisse verformt und überanstrengt; und der durch sie ermöglichte Austausch von Arbeitsleistung, Sachen und Geld wird früher oder später aus der Marktwirtschaft herausgenommen.¹⁰⁹

Weiter reicht die Möglichkeit der Marktwirtschaft, soziale Sicherheit durch Sparen, Anlage in Sachwerten und Privatversicherung zu gewähren. Ihr steht die Art gegenüber, in der das Gemeinwesen Sicherheit gewährt: durch die Bildung und Garantie von Solidargemeinschaften, wie wir sie aus der Sozialversicherung kennen, oder durch eigenes Eintreten. Beide Methoden tragen ihre jeweils eigenen Grenzen in sich. Marktwirtschaftliche Sicherheit ist anfällig für die gesamte Palette von Gefahren, denen privates Vermögen ausgesetzt ist: von der physischen Zerstörung bis hin zur Geldentwertung. Aber auch die soziale Sicherung durch das Gemeinwesen ist Gefahren ausgesetzt – nur eben den typischen politisch-gesamtwirtschaftlichen: vom Verfall der Wirtschaft bis hin zum Einsturz politischer Institutionen und gesellschaftlicher Wertordnungen. Man sollte sehr viel mehr von der Analogie dieser Gefahren sprechen als von dem Gegensatz "Gefahr hier – Sicherheit dort", wie es gemeinhin geschieht.

107 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1975/76 Tz 360: "Der Kampf um die Anteile am Sozialprodukt wird in der Marktwirtschaft auf drei Schauplätzen geführt: auf Gütermärkten, in Einkommensverhandlungen kollektiver und individueller Art und bei der Festlegung von Staatseinnahmen und Staatsausgaben. Auf jedem dieser Schauplätze vollzieht sich der Verteilungskampf in zwei Dimensionen: im gegeneinander der tauschenden, verhandelnden, fordernden und Widerstand leistenden Parteien einerseits, im Nebeneinander verschieden erfolgreicher Individuen, Organisationen oder Gruppen andererseits. Beide Dimensionen sind wichtig, wenn es zu einer Verteilung kommen soll, die zur Funktionsweise der Marktwirtschaft paßt."

108 S. dazu Näheres noch unten III, insbes. 2.

109 Zu diesen Grenzen *Stützel*, a.a.O. (Anm. 52).

2. Der Kern des Verbundsystems

a) Der politisch-programmatische Kern

Diese Schwierigkeiten ändern jedoch nichts an den Elementarsätzen, die der Verbindung von sozialer Marktwirtschaft und Sozialrecht zugrunde liegen:

1. Der "*Feind Nr. 1*" heißt *Not*. Das entspricht nicht zuletzt der Entstehung des Begriffs der sozialen Marktwirtschaft.¹¹⁰ Soziale Marktwirtschaft produziert *Wohlstand*. Das ermöglicht die Überwindung von *Not* teils durch Primärverteilung, teils durch Umverteilung.

2. Wohlstand verwandelt die Aufgabe der Sozialpolitik weitgehend in die Vermittlung von Wohlstandsteilhabe. Und das heißt: innerhalb einer breiten Zone individueller und gruppenspezifischer Wohlstandsunterschiede erscheinen Korrekturen in Richtung auf mehr Gleichheit weitgehend auch als die Vermittlung von insgesamt mehr Freiheit.

3. Freiheit hat dennoch einen gewissen *Vorrang* vor Gleichheit. Die andere Seite dieser Freiheit heißt *Selbstverantwortung*.¹¹¹ Der Mensch bleibt primär ein Wesen, das in Freiheit für sich selbst sorgt. Zur Sicherung des Existenzminimums oder annähernd gleichheitlicher Wohlstandsteilhabe wird interveniert und zugeteilt. Aber auch dabei bleibt Freiheit eine Sorge des Sozialrechts.

4. Aber der Kampf gegen die *Not* – im Sinne der *Sicherung des Existenzminimums für alle* – bleibt die unaufgebbare Basis des Verbundsystems. Und gerade hierin bewährt sich der Verbund: Die Marktwirtschaft produziert die Güter so effektiv wie kein System sonst. Und Sozialpolitik und Sozialrecht bringen sie auch an die, denen sie im marktwirtschaftlichen Eintausch nicht zukommen.

b) Die Gemeinsamkeit des Rechts

Liegt dies dem Betrachter des Verbundes von sozialer Marktwirtschaft und Sozialpolitik offen vor Augen, so erschließt sich eine andere Gemeinsamkeit ungleich schwerer: die Wesentlichkeit von Recht für Markt, Wirtschaft und Sozialpolitik. Wie *Franz Böhm* immer wieder betont hat, ist Marktwirtschaft ein Phänomen einer "Zivilrechtsgesellschaft".¹¹² Vielfältige Differenzierungen von Eigentum und die Vertragsfreiheit sowie die Modelle, sie überschaubar zu machen, sind notwendig, um Marktwirtschaft als auf Dauer angelegtes System zu ermöglichen. Die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs erfordert desgleichen die Regulative des Rechts – auch des öffentlichen Rechts. Der intervenierende Staat ersticke dennoch die so konstituierte Privatwirtschaft, wenn er nicht durch die

¹¹⁰ Dazu eindrucksvoll "Maßnahmen der Verbrauchsregelung der Bewirtschaftung und der Preispolitik nach der Währungsreform", Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates der Verwaltung für Wirtschaft (des späteren Wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium für Wirtschaft) vom 1. April 1948, Sammelband der Gutachten, S. 1 ff. (insbes. S. 1 f.).

¹¹¹ S. dazu – im Konkreten freilich überholt – *Ludwig Erhard*, Selbstverantwortliche Vorsorge für die sozialen Lebensrisiken, a.a.O. (Anm. 18), S. 302 ff.

¹¹² S. die Nachweise bei *Zacher*, Wirtschaftsverfassung, a.a.O. (Anm. 21), S. 107 ff.

Regeln des Rechts gebunden werden könnte und würde. Daß es so schwierig ist, der wirtschaftenden Administration selbst adäquate Regulative zu verschreiben¹¹³, bleibt Ärgernis genug.

Für eine Gesellschaft, die in solchem Maße gewöhnt ist, Güter im Rahmen des Rechts zu haben, zu nutzen, zu produzieren und zu verteilen, wäre es unerträglich, nicht auch den anderen Weg, Güter bereitzustellen und zu verteilen, die Sozialpolitik, im Rahmen des Rechts zu gehen, dort nicht wieder auf die Rechtsmacht des Individuums, eigene Interessen zu verfolgen, zu treffen, dort nicht wieder zu sehen, wie Recht Verhalten berechenbar macht, dort nicht wieder vom Recht Erwartungen eröffnet zu bekommen und als geschützt zu erfahren. Da unsere Sozialpolitik, wo sie mit dem einzelnen umgeht, fast immer Sozialrecht ist, bleibt das Recht als Faktor des sozialen Klimas erhalten, auch wenn der Bürger vom Raum der Marktwirtschaft in den Raum der Sozialpolitik wechselt. An dieser Stelle freilich setzt die Kritik am "Anspruchsdenken" derer ein, denen unser Sozialrecht Leistungen zuteilt. Sie hat gewiß manche Berechtigung. Gleichwohl möchte ich hier fragen, ob es sich eine Gesellschaft, die in solchem Maße umverteilt wie unsere, und in der wir alle nicht nur zu Umverteilungsgebern, sondern – vom Kindergeld bis zur Rente und Pension, von der Beihilfe bis zum Lastenausgleich – zu Umverteilungsnehmern geworden sind, leisten kann, die Sicherheit von Ansprüchen nur denen zu gewähren, die etwas haben, und nicht auch denen, denen gegeben wird, weil sie etwas nicht haben. Die Einheit des Mediums Recht über Sozialpolitik und Marktwirtschaft hin ist eine Notwendigkeit, die auch um der sozialen Marktwirtschaft willen besteht, Recht für die Wirtschaft bei gleichzeitiger Rechtlosigkeit in der Sozialpolitik müßte das Recht auch der Wirtschaft krank machen.¹¹⁴

Natürlich hat das Recht hier und dort – in Marktwirtschaft und Sozialpolitik – konkret eine jeweils andere Funktion. In der Marktwirtschaft eröffnet es primär Spielräume; in der Sozialpolitik teilt es zu. In der Marktwirtschaft gibt es Prozesse frei; in der Sozialpolitik bewirkt es sie. Und doch ist es beide Male das Recht, das die sozialen Realitäten steuert. Ja selbst die – oft ärgerliche, oft auch wohltuen-

113 S. oben Anm. 31-51 und den Text hierzu. S. zum Vorstehenden auch *Peter Badura*, Marktwirtschaftliche Freiheit im Verwaltungsstaat, in: Grenzen der Staatstätigkeit in einer Marktwirtschaft, *FIW* Schriftenreihe, Heft 93, S. 77 ff. – Nicht zu vergessen ist die Schwierigkeit, das Ermessen von Regierung und Verwaltung durch unmittelbar Rechtsfolgen auslösende Tatbestände ("Regelmechanismen") zu ersetzen. S. dazu "Regelmechanismen und regelgebundenes Verhalten in der Wirtschaftspolitik", Gutachten des (damals so genannten) Wirtschaftswissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Finanzen vom 10./11. Dezember 1971, Sammelband der Gutachten, S. 597 ff.

114 S. das Zitat von *Müller-Armack* in Anm. 97. S. ferner die Betrachtungsweise des Sachverständigenrates für die Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (Anm. 107) hinsichtlich der verschiedenen Schauplätze des Verteilungskampfes. Jede Differenz im Medium Recht müßte die Distanz zwischen diesen Schauplätzen vergrößern – bis hin zu einer potentiellen Unvereinbarkeit. – S. zum Vorstehenden aber auch *Wilhelm Henke*, Die Sozialisierung des Rechts, *Juristenzeitung*, 35. Jahrg. (1980), S. 369 ff. Der Verfasser stimmt den Sorgen *Henkes* weitgehend nachdrücklich zu.

de – Erfahrung, daß die Macht des Rechts, Wirklichkeiten zu verändern, a priori begrenzt ist, verbindet die soziale Marktwirtschaft mit einer Sozialpolitik durch Sozialrecht.

c) Der Zielrahmen des Verbundsystems

Diese Überlegungen verdeutlichen, daß sich aus der Symbiose von sozialer Marktwirtschaft, Sozialpolitik und Sozialrecht und aus dem Erfolg dieser Symbiose ein gesellschaftspolitischer Zielrahmen entwickelt hat, in dem sie die im Staat verfaßte Gesellschaft versteht und verwirklicht. Er besteht aus altem Traditionsgut des bürgerlichen Rechtsstaats: *Freiheit, Gleichheit* und *Sicherheit* – freilich im Sozialstaat verändert in Richtung auf auch sozial erfüllte, aber doch auch originäre, “echte” Freiheit, auf auch ökonomische Gleichheit und vor allem auf Sicherheit nicht nur vor dem Staat, sondern durch den Staat, also auf soziale Sicherheit. Das harte Minimum des Sozialstaates, die *Hilfe* für alle, die in Not sind, stellt einen vierten Zielpunkt dar. Finden wir diese vier Punkte in der Verfassung artikuliert – in den Freiheitsrechten der Verfassung, in den Gleichheitsrechten der Verfassung, im Zentralsatz von der Menschenwürde, im Recht auf Leben und in den Zusagen des Schutzes für die Familie¹¹⁵, vor allem also im Sozialstaatsprinzip –, so gilt das nicht für einen fünften Punkt, der sich für Alltag und Politik dieser Gesellschaft als immer wichtiger erwies: den *Wohlstand*. Er ist gleichsam der große Aufsteiger unter den “Grundwerten” dieser Gesellschaft – beliebt und doch nicht in das Stammbuch der Verfassung aufgenommen¹¹⁶, etwas verschwiegen also, wie jeder rechte Parvenu, aber darum nicht weniger wirklich. Diese fünf Punkte sind es, die unsere Gesellschaft so gerne gleichzeitig anzielt, und in deren Verfolgung sich soziale Marktwirtschaft, Sozialpolitik und Sozialrecht so trefflich ergänzen. Das folgende Schaubild möge darstellen, wie die beiden Systeme ineinandergreifen, um die fünf gesellschaftlichen Ziele zu verwirklichen – wobei letztlich keines für eines der Ziele nichts bedeutet, sicher die Marktwirtschaft für den Wohlstand, Sozialrecht und Sozialpolitik aber für die Hilfe die größte Bedeutung haben.

Soziale Marktwirtschaft

Wohlstand
Freiheit
Sicherheit
Gleichheit
Hilfe

Sozialpolitik
Sozialrecht

115 Zu weiteren einschlägigen Verfassungsnormen, auch aus den Landesverfassungen, s. *Hans F. Zacher, Sozialpolitik und Menschenrechte ...*, a.a.O. (Anm. 91), S. 10 ff.

116 S. dazu noch einmal Anm. 6. – Der Zusammenhang zwischen der verfassungs- und gesetzesrechtlichen Betonung des Wirtschaftswachstums und dem Wohlstand als Gemeinschaftsgut sei damit nicht verkannt. S. dazu Anm. 26.

Man ist versucht, ein sechstes Ziel zu nennen, das mit all dem erreicht wird: den *sozialen Frieden*. Er aber ist die Frucht des Ganzen und nicht ein Ziel für sich.

III. Die Begegnung von sozialer Marktwirtschaft, Sozialpolitik und Sozialrecht

1. Ausschließlichkeit oder Vereinbarkeit?

Soziale Marktwirtschaft und Sozialpolitik sind also zwei einander ergänzende und durchdringende Systeme einer Gesellschaft, die als Gemeinwesen zugleich die Ziele Wohlstand, Freiheit, Sicherheit, Gleichheit und Hilfe für die Notleidenden verfolgt.

Nicht selten wird demgegenüber angenommen, Marktwirtschaft und Wohlfahrtsstaat schlossen einander aus. Von "links" wird immer wieder behauptet, die Marktwirtschaft sei der Grund aller sozialen Übel. Man dürfe Ungleichheit oder die Gefahr von Not nicht erst entstehen lassen, um sie dann durch Sozialpolitik auszuräumen. Man müsse Produktion und Verteilung "aus einem Guß" egalitär und freiheitlich zugleich gestalten. Das meint man, wenn man von "links" nach den Grenzen des bürgerlichen Wohlfahrtsstaates fragt.¹¹⁷ Von konservativer bürgerlicher Seite wird dagegen unterschätzt, in welchem Maße die Marktwirtschaft die Sozialpolitik braucht, damit die Gesellschaft mit den Unsicherheiten und Ungleichheiten zurecht kommt, die der Marktwirtschaft für sich typisch zu eigen sind. Dagegen wird immer wieder prophezeit, alsbald habe die Sozialpolitik ein Maß erreicht, das Freiheit, Marktwirtschaft und Gesellschaft zerstöre. Das ist die bürgerliche Frage nach den Grenzen des Sozialstaats¹¹⁸ – manchmal auch abgekürzt zur Formel "Freiheit oder Sozialismus". Man rechnet gleichsam mit einer imaginären Grenze, an der Sozialstaatlichkeit und Marktwirtschaft unvereinbar werden, an der es zu so etwas wie einer "System-Explosion" kommt und diejenigen recht bekommen werden, denen die Sozialpolitik schon immer zu viel war.

In Wahrheit ist nicht zu leugnen, daß die Begegnung von sozialer Marktwirtschaft, Sozialpolitik und Sozialrecht ein Balanceakt ist. Er ist so schwierig, wie es immer ist, Freiheit und Gleichheit miteinander zu versöhnen. Das ist, wie die

117 S. Wolfgang Müller und Christel Neusüss, Die Sozialstaatsillusion und der Widerspruch von Lohnarbeit und Kapital, in: Probleme des Klassenkampfes, Sonderheft 1, 1971; Tim Guldiman, Die Grenzen des Wohlfahrtsstaates, 1976, S. weiteres Material und einen differenzierten Bericht hierüber bei Johano Strasser, Grenzen des Sozialstaats?, 1979, S. 57.

118 S. Heinrich B. Streithofen (Hrsg.), Die Grenzen des Sozialstaates, 1976; Heinz Laufer, Der sozialisierte Mensch, 1977 (insbes. S. 88 ff.); Walter Wellner, Grenzen des Sozialstaates, 1977. Weiteres Material und einen differenzierten Bericht hierüber s. bei Strasser, a.a.O. (Anm. 117), S. 37 ff. Zur Antikritik an der bürgerlichen Kritik des Sozialstaates s. auch Ehrenberg-Fuchs, a.a.O. (Anm. 90), S. 123 ff. (mit S. 414). – S. zum Vorstehenden ferner vor allem Bruno Molitor, Sozialpolitik auf dem Prüfstand, 1976, S. 11 f.; Willi Rebers, Grenzen des Wohlfahrtsstaates, in: K. Külp und H.D. Haas (Hrsg.), Soziale Probleme der modernen Industriegesellschaft, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N.F. Bd. 92, 1977, S. 935 ff.; Heinz Lampert, Sozialpolitik (Anm. 69), S. 489 ff. m.w.N.

Erfahrung lehrt, nirgends so billig zu haben, wie die "Linken" – soweit sie auf Freiheit Wert legen – dies haben wollen. Und es ist so lohnend, wie es immer ist, wenn es je – und stets nur annähernd – gelingt. Zu wissen, daß auch für die Schwächeren der Gesellschaft durch mehr als nur durch Almosen gesorgt ist, muß einer humanen Gesellschaft einen hohen Preis wert sein.

2. Marktwirtschaftliche oder "öffentliche" Lösungen sozialpolitischer Probleme?

Von hier aus müßte nun detailliert über das Verhältnis von sozialer Marktwirtschaft, Sozialpolitik und Sozialrecht¹¹⁹ nachgedacht werden. So etwa darüber, inwieweit die private Wirtschaft selbst Gleichheit, Hilfe und soziale Sicherheit bewirken kann und bewirkt oder vom Recht sinnvoll dazu angehalten werden kann. Es geht um die Alternative der Unsicherheit des individuellen Vermögens im Fluß der wirtschaftlichen Entwicklung und der Unsicherheit der gesamtwirtschaftlich-politischen Entwicklung.¹²⁰ Aber auch betriebliche Sozialpolitik¹²¹, kollektive Selbsthilfe in Gewerkschaften und Genossenschaften¹²² sowie freie Wohltätigkeit¹²³ sind Stichworte, die hierher gehören. In der Tat besteht eine Wechselbeziehung zwischen der sozialen Verantwortung und den sozialen Kräften der Gesellschaft einerseits und dem Aufgreifen der Verantwortung und der Inanspruchnahme der Kräfte durch den Staat andererseits. Der Verzicht auf staatliche Intervention weckt gesellschaftliche Kräfte, Not zu bekämpfen; und je weniger Mittel durch Umverteilung abgezogen werden, um so mehr bleiben ihnen Quellen, zu helfen. In der Tat auch gehört es in das Reich der Legenden, daß Unternehmer nur ihren ökonomisch-numerischen Gewinn maximieren. Sie folgen auch humanen Neigungen, entfalten ihr Prestige und wirken auf den sozialen Frieden hin. Das 19. Jahrhundert und noch die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts sind voll von Beispielen gesellschaftsimmanenter Sozialpolitik. Zugleich aber erwies sich all das als unzulänglich – quantitativ wie qualitativ.

119 S. dazu die Hinweise oben Anm. 96, 97.

120 S. dazu oben II 1 a.E.

121 S. dazu jüngst etwa *Herbert Hax*, Artikel "Sozialpolitik II: betriebliche", Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd. 7, 1980, S. 76 ff.

122 Der Verfall der Genossenschafts-Idee – der, was die Arbeitnehmer anbelangt, zugleich mit dem Rückgang kollektiver Selbsthilfe im Rahmen der Gewerkschaften einhergeht – ist ein vieldeutiges Phänomen. Der Rückgang an gesellschaftsimmanenter Solidarität scheint ebenso eine Rolle zu spielen wie der Umstand, daß die Mängel, die in der bestehenden Gesellschaft auftreten, entweder so "wohlstandstypisch" oder so elementar sind, daß sie einer genossenschaftlichen Abhilfe nicht zugänglich sind. Der allgemeinste Grund dürfte in der Neigung liegen, kollektive (zumindest kollektivierte) Defizite so gut als möglich zu externalisieren.

123 S. aus der jüngeren Zeit etwa *Axel v. Campenhausen* (Hrsg.), *Kann der Staat für alles sorgen?* 1976; *Roland Wegener*, *Staat und Verbände im Sachbereich Wohlfahrtspflege*, 1978; *Heinrich-Hermann Ulrich* u.a. (Hrsg.), *Diakonie in den Spannungsfeldern der Gegenwart*, Festschrift für Theodor Schober, 2. Aufl. 1979.

Der einzige Bereich, in dem die Marktwirtschaft nachhaltig mit der staatlichen Sozialpolitik konkurrieren kann, ist die Sicherung des erlangten Lebensstandards.¹²⁴ Sparen, Vermögensbildung und Privatversicherung bezeichnen eine der Dimensionen, in deren hier gedacht werden kann; das Arbeitsverhältnis ist eine andere. In beiden Dimensionen kann es – das muß betont werden – nur darum gehen, daß diejenigen für sich vorsorgen, die etwas in die Vorsorge einbringen können: Arbeitskraft, Lohn, anderes Einkommen, Vermögen. Alle anderen können sich auf keine Art privatwirtschaftlicher Sicherung selbst aus dem Sumpf des wirtschaftlich-sozialen Unvermögens ziehen wie weiland Münchhausen.

a) Soziale Sicherung und Arbeitsverhältnis

Sprechen wir zunächst vom Arbeitsverhältnis. Soziale Sicherung greift ein, wenn das Arbeitseinkommen fehlt oder im Hinblick auf Bedarfe und/oder Unterhaltslast unzureichend ist. Hängt das Arbeitseinkommen direkt von der Arbeitsleistung ab, so verweisen die Risikofälle der Krankheit, der Mutterschaft und der Invalidität auf Hilfe von außen – im Falle der Krankheit etwa auf das Krankengeld und die Bereitstellung der notwendigen ärztlichen und sonstigen Behandlungs- und Pflegeleistungen etwa durch die Krankenversicherung.¹²⁵ In dem Maße, in dem man jedoch Leistung und Gegenleistung entkoppelt, lassen sich fast alle diese Risikofälle in das Arbeitsverhältnis hineinführen. Im vorindustriellen Gesinde-recht waren sie denn zumeist – wenn auch weithin minimal und prekaristisch – so abgedeckt. Auch in der späteren Entwicklung gab es in vielfältigen Wechsel von Gegenstand und Reichweite immer wieder die Hereinnahme von Risiken in das Arbeitsverhältnis – so etwa die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, die betriebliche Altersrente, die Steigerung des Kündigungsschutzes als Mittel gegen Arbeitslosigkeit, die Haftungs-minderung bei gefahrgeneigter Tätigkeit zur Schonung der Arbeitnehmereinkommen, betriebliche Kindergärten, betriebliche Wohnungshilfen und betriebliche Aus- und Fortbildung.

Es ist jedoch offensichtlich – ohne daß es hier näher erläutert werden müßte und könnte –, daß der Auflösung des Synallagma zwischen Arbeitsleistung und Gegenleistung insgesamt engste Grenzen gesetzt sind¹²⁶ – wobei zwar die Größe des arbeitgebenden Unternehmens eine erhebliche Rolle spielt, aber auch größte Unternehmen, solange sie privatwirtschaftlich organisiert sind, weder alle notwendi-

124 S. ergänzend zum folgenden *Hans F. Zacher*, Individuelle und soziale Sicherung gegen Notfälle des Lebens in der sozialen Marktwirtschaft, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, 1973, S. 135 ff.; *ders.*, Soziale Sicherung in der sozialen Marktwirtschaft, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. I (1973), S. 97 ff.

125 Eine umfassende (primär freilich auf das österreichische Recht bezogene) Analyse und alles (annähernd erschöpfend auch das deutsche) Schrifttum zum Thema s. bei *Martin Binder*, Das Zusammenspiel arbeits- und sozialrechtlicher Leistungsansprüche, 1980.

126 S. dazu z.B. *Gerhard Picot*, Das soziale Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers – Verantwortlichkeit des Arbeitgebers oder des sozialen Steuerstaates, Recht der Arbeit, 32. Jahrg. (1979), S. 16 ff.

ge Belastung tragen¹²⁷, noch alle notwendige Sicherheit bieten können. Auf seiten des Arbeitnehmers sprechen übrigens nicht nur die größere Sicherheit, sondern auch die Unabhängigkeit vom Arbeitgeber für eine Externalisierung – wenn man will: Sozialisierung – der Absicherung dieser Risiken. In dem Maße, in dem besondere Bedarfe den Betrieb belasten, bildet der Umstand, diese Bedarfe zu haben, auch ein Hindernis beim Zugang zum Arbeitsplatz. Wenn Kinderreichtum den Betrieb etwas kostet, stellt der Betrieb die Kinderreichen zuletzt ein. Auf der linken Seite unserer Gesellschaft gibt es immer wieder eine Sehnsucht, den Arbeitgeber mit der direkten Abdeckung der sozialen Risiken seiner Arbeitnehmer zu belasten. Dem kann nicht nachhaltig genug entgegengehalten werden, daß die Herausnahme der sozialen Sicherheit aus dem Arbeitsverhältnis niemandem so sehr dient wie dem Arbeitnehmer selbst.

Letztlich ist zu der Alternative, sozialpolitische Probleme im Arbeitsverhältnis zu “internalisieren” oder sie auf die weiteren Solidargemeinschaften des Staates, der Sozialversicherungsträger oder der Kommunen hin zu “externalisieren”, aber noch zu sehen, daß “internalisierende” Lösungen schwerwiegende verteilungspolitische Konsequenzen haben. Die Forderung nach “Internalisierung” geht nicht selten von einer Klassenkampf-Illusion aus, die annimmt, was den Arbeitnehmern gegeben würde, würde den Arbeitgebern (Unternehmern, Anteilseignern) – und nur ihnen – genommen. In Wahrheit aber werden die Mehrkosten des Faktors Arbeit weitergewälzt, ja müssen sie weitergewälzt werden. Man muß also fragen: wen treffen sie endlich? Das sind in der Regel die Verbraucher schlechthin oder Gruppen von Verbrauchern. “Internalisierende” sozialpolitische Lösungen haben daher weitgehend eine Wirkung, die einer indirekten Besteuerung ähnlich ist. Jede in das Arbeitsverhältnis hinein “internalisierende” sozialpolitische Lösung muß also gerade den so Belasteten gegenüber gerechtfertigt werden können.

b) Soziale Sicherung, Sparen, Vermögensbildung und Privatversicherung

Der zweite Bereich, in dem Marktwirtschaft und Sozialrecht in der Gewährung sozialer Sicherheit konkurrieren, ist die Vorsorge durch Sparen, Vermögensbildung¹²⁸ und Privatversicherung.¹²⁹ Die Gründe, warum öffentliche soziale Si-

127 Ein Problem, das sich allerdings auch bei Externalisierung der Kosten stellen kann: s. *Paul Weilenmann*, Die Belastung der Unternehmung durch die Kosten der sozialen Sicherheit, Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 112. Jahrg. (1976), S. 351 ff.; *M. Kamber*, Strukturelle Wirkung der Belastung durch die soziale Sicherung in den Wirtschaftsbranchen, ebenda S. 354. – S. dazu auch das Jahresgutachten 1969/70 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Tz 190.

128 S. dazu aus jüngerer Zeit etwa *Hermann Adam*, Probleme der Vermögensbildung aus der Sicht der Gewerkschaften, aus Politik und Zeitgeschichte Heft B 36/77, 1977, S. B 36 ff.; *Hans-Günther Guski*, Probleme der Vermögensbildung aus der Sicht der Arbeitgeber, ebenda, S. 17 ff.; *Karl-Peter Frauenkron* und *Siegfried Gerl*, Die Vermögensbildung der Arbeitnehmer in der Gesetzgebung des Deutschen Bundestages, ebenda S. 36 ff.; s. auch *Hermann Adam*, Realisierungschancen vermögenspolitischer Konzeptionen, in: Stabilität im Wandel, Festschrift für Bruno Gleitze, 1978, S. 367 ff. S. ergänzend auch *Bruno Molitor*,

cherung auf diese Weise vielleicht entlastet, nicht aber erübrigt werden kann, sind vor allem die folgenden:

(1) Diese privatrechtlichen Formen der sozialen Sicherung können nur die eigene *Leistungsfähigkeit* des zu Sichernden *fortschreiben*. Das gilt auch für das Verhältnis zwischen Leistungsfähigkeit und Bedarfen. Wer sich schon krank gegen Krankheit versichern will, muß – wenn er überhaupt versichert wird – eine höhere Prämie bezahlen können. Soziale Umverteilung im Sinne einer interpersonellen Umverteilung von “reicher” zu “ärmer” ist der Vorsorge durch Sparen und Privatversicherung fremd. Diese Instrumente sollten deshalb eingesetzt werden, wo ein überdurchschnittlicher Lebensstandard gesichert werden soll – etwa kombiniert mit einer öffentlicher Grundsicherung. Je mehr aber eine angemessene Sicherung nur durch Umverteilung erreicht werden kann, desto weniger können Sparen und Privatversicherung befriedigen.

(2) Soweit – etwa im Wege der Vermögensbildung – interpersonelle Umverteilung von “reicher” zu “ärmer” beabsichtigt ist und bewirkt wird, ist nicht gewährleistet, daß der so bewirkte relative “Reichtum” der Umverteilungs-Empfänger diese hinreichend gegen die Wechselfälle des Lebens schützt. Jedermann “auf Verdacht” so “reich” zu machen, daß er allen auftretenden Bedürfnissen an Einkommensersatz und Dienst- und Sachleistungen gewachsen ist, scheitert an den *Grenzen des gesellschaftlichen Reichtums*.

(3) Langfristige Sicherung für breite Bevölkerungskreise (wie vor allem für die Fälle des Alters und des Todes) scheitert am sogenannten “*Mackenrothschen Gesetz*”, wonach Volkseinkommen nicht über eine gewisse Größenordnung und Zeit hinaus thesauriert werden kann.¹³⁰ Das Entsparte hat von einer gewissen Größenordnung des Sparens und des Entsparens an nicht den Wert, der mit dem Sparen angestrebt wurde.

Eine Erscheinungsform des Mackenrothschen Gesetzes ist die Entwertung von Guthaben und Anwartschaften durch Inflation. Ihr kann private Vorsorge um so mehr entgehen, als sie sich der Anlage in *produktiven Werten* bedient. Der größten Chance entspricht dann aber auch das größere Risiko.

Mit dieser Alternative zwischen dem “Mackenrothschen Gesetz” und dem Risiko des produktiven Sparens wird letztlich freilich auch eine *Grenze öffentlicher sozialer Sicherung* sichtbar. Vom “Mackenrothschen Gesetz” her ist sie dahin zu

Artikel “Vermögen II: Vermögenspolitik”, Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd. 8, 1980, S. 383 ff. Älteres aber grundlegendes Material zur Eigentumspolitik in der Sozialpolitik s. bei *Bernhard Külp* und *Wilfried Schreiber*, a.a.O. (Anm. 96), S. 385 ff., 452 ff.

129 S. dazu *Walter Leisner*, Sozialversicherung und Privatversicherung, 1974; *Robert Schwebler*, Sicherheit zwischen Sozial- und Individualversicherung, 1977; *Josef Isensee*, Privatautonomie der Individualversicherung und soziale Selbstverwaltung, 1980; *Horst Baumann*, Abgrenzung von Sozialversicherung und Privatversicherung in der sozialen Marktwirtschaft, in: *De iustitia et iure*, Festgabe für Ulrich von Lübtow, 1980, S. 667 ff. S. auch Anm. 124.

130 *Gerhard Mackenroth*, Die Reform der Sozialpolitik durch einen deutschen Sozialplan, 1952 (zitiert nach *Boettcher*, Sozialplan und Sozialreform, 1957, S. 43 ff.) S. 45.

definieren, daß Sozialleistungen – auch wenn sie vor dem Leistungsfall durch Beiträge angespart wurden – im Leistungsfall immer aus dem Volkseinkommen geschöpft werden müssen. Daß öffentliche soziale Sicherung auf dieses Volkseinkommen greifen kann, ist ihr Vorzug. Dieses Volkseinkommen stellt aber auch ihre Grenze dar. Von der Last des Risikos her läßt sich diese Grenze wie folgt verstehen. Der privaten Anlage entspricht das privatwirtschaftliche Risiko. Der Einbezug in ein öffentliches System sozialer Sicherung entspricht das gesamtwirtschaftlich-politische Risiko. Der elementaren Regel, daß die Entwicklung wirtschaftlicher Werte in der Zeit unvorhersehbaren, unkalkulierbaren Veränderungen ausgesetzt ist, kann soziale Sicherung nicht entinnen.¹³¹ Dies darf vor allem derjenige nicht vergessen, der die verfassungsrechtliche Vorstellung des Eigentums auf die Anwartschaft auf öffentliche soziale Sicherung übertragen möchte.¹³²

Was die Gesellschaft insgesamt an Sicherheit bieten kann, ist eine Größe, die durch die Techniken, wie dem einzelnen Sicherheit verschafft wird, und durch die Verteilung dieser individuellen Sicherheit nicht unmittelbar verändert werden kann. Die Kehrseite dieser Größe möglicher Sicherheit ist die gesellschaftliche Last der Unsicherheit. Optimale Techniken, wie in diesem Rahmen dem einzelnen Sicherheit verschafft wird und Unsicherheit belassen bleibt, und eine optimale Verteilung der gesamtgesellschaftlichen Sicherheit/Unsicherheit auf die einzelnen kann den sozio-ökonomischen Zustand der Gesellschaft so günstig beeinflussen, daß sich die gesamtgesellschaftliche Möglichkeit von Sicherheit vermehrt und die gesamtgesellschaftliche Last von Unsicherheit entsprechend vermindert. Unmittelbar aber bleibt den Techniken und der Verteilung individueller sozialer Sicherheit ein gesellschaftlicher Rahmen möglicher sozialer Sicherheit vorgegeben.

3. Die Alternative von Markteinkommen und Sozialeinkommen

Ein anderes Feld der Beziehungen zwischen Marktwirtschaft und Sozialpolitik ist das der *Alternativität von Erwerbseinkommen und Sozialeinkommen*. Der "Herd" solcher Alternativität liegt dort, wo soziale Sicherung dazu dient, einzutreten und zu kompensieren, wenn die Arbeitskraft ausfällt oder mangels Arbeitsplatz nicht

131 S. dazu schon "Instrumente der Konjunkturpolitik und ihrer rechtlichen Institutionalisierung", Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats bei Bundesministerium für Wirtschaft vom 3. Juni/8. Juli 1956, Sammelband der Gutachten, S. 291 ff. (S. 316): "Wenn eine wie auch immer geartete 'Dynamisierung' der Sozialrenten in Aussicht genommen wird, so kann im Sinne dieses Gutachtens dabei selbstverständlich kein Mechanismus zum Schutz der Sozialrentner gegen die Auswirkung eines Kaufkraftschwundes der Währung mit anderen Worten ein Inflationsschutz-Mechanismus, bezweckt sein. Auf Schutz von Inflation haben alle Mitglieder der Gesellschaft Anspruch, nicht allein jene, die nicht mehr oder noch nicht am 'Markte' aktiv beteiligt sind oder niemals an ihm beteiligt sein können." – S. zum Vorstehenden insbes. auch *Helmut Meinhold*, *Ökonomische Probleme der sozialen Sicherheit*, Kieler Vorträge, Neue Folge 86, 1978.

132 S. dazu oben Anm. 89.

eingesetzt werden kann und deshalb das Arbeitseinkommen fehlt. Dagegen sind Sozialleistungen, die einem unzureichenden Verdienereinkommen hinzugefügt werden, um gewisse besondere, gesteigerte Bedarfe (z.B. Erziehung, Ausbildung, Pflege usw.) zu decken, grundsätzlich keine Alternative zum Erwerbseinkommen. Weder die Alternative "Krankenbehandlung statt Arbeitslohn" noch die Alternative "Wohngeld statt Arbeitslohn" stellt sich. Auch Sozialleistungen, die in einen zerbrochenen und überlasteten Unterhaltsverband hinein geleistet werden (z.B.: Unterhaltsvorschuß, Waisengeld), sind grundsätzlich keine Alternative zum Erwerbseinkommen. Freilich gibt es in beiden Richtungen Ausnahmen. So umschließt die Befriedigung des Bedarfes "Ausbildung" bei Erwachsenen weitgehend auch Einkommensleistungen. Ebenso ist die Rente an eine Witwe oder einen Witwer im noch arbeitsfähigen Alter im Prinzip dazu bestimmt, den Wechsel vom Haushalt auf den Arbeitsplatz zu erübrigen.

Soweit die *Alternativität* von Erwerbseinkommen und Sozialeinkommen aber reicht, stehen Wirtschaftsleben und Sozialrecht in intensivem Wechselbezug zueinander. Das Sozialrecht muß aus den typischen Verhältnissen des Erwerbslebens ableiten, wann es gerechtfertigt ist, vom Erwerbseinkommen oder der Verweisung auf ein Erwerbseinkommen auf ein Sozialeinkommen überzuwechseln.¹³³ Die Tatbestände der Berufs- und Erwerbsunfähigkeit und der Arbeitslosigkeit sind die nächstliegenden Beispiele dafür.¹³⁴ Auf der anderen Seite bestimmen die Tatbestände, auf Grund derer Sozialeinkommen bewilligt werden, sowie Höhe und Stabilität der Sozialeinkommen, das Potential derer mit, die erwerbstätig sein sollen. Auch Schwellen wie "Rehabilitation vor Rente" spielen hier eine Rolle.

Es ist eine hohe Kunst marktwirtschaftsgerechter Sozialpolitik, Voraussetzungen und Höhe der Sozialeinkommen so zu bestimmen, daß sie den Zweck, den erworbenen Lebensstandard oder doch das Existenzminimum bei Verlust der Erwerbsgrundlage zu gewährleisten, erfüllen, daß sie aber trotzdem das Zentralprinzip einer Marktwirtschaft, nämlich daß jeder, der dazu imstande ist, sein Einkommen selbst verdient, nicht außer Kraft setzt.¹³⁵ In vielen Ländern haben Arbeitsbedingungen, Arbeitsunlust und Sozialeinkommen – oft auch schon recht niedrige Sozialeinkommen – der Gesellschaft eine poverty trap, eine "Armutsfalle", gegraben, aus der sie sich nicht mehr befreien kann. Die Kunst, die Grenze zwischen Erwerbseinkommen und Sozialeinkommen richtig anzulegen, wird noch schwieriger, wenn rückläufige Beschäftigung nach einer Entlastung des Arbeitsmarktes verlangt. Wir kennen das z.B. im Druck auf die Tatbestände der

133 S. dazu die interessanten Bemerkungen bei *Stephan Leibfried* und *Florian Tennstedt*, Sozialpolitik und soziale Ungleichheit, Zeitschrift für Sozialreform, 26. Jahrg. (1980), S. 1 ff. (9 ff.).

134 Zur flexiblen Altersgrenze s. etwa *Axel D. Neu* und *Gert Elstermann*, Flexible Altersgrenze und Erwerbstätigkeit, Beiträge zu einer Theorie der Sozialpolitik, Festschrift für Elisabeth Liefmann-Keil, 1973, S. 273 ff.

135 S. "Staatliche Interventionen ...", a.a.O. (Anm. 3), S. 14. Einige Aspekte der Praxis und ihrer Bewertung s. bei *Ehrenberg-Fuchs*, a.a.O. (Anm. 90), S. 127 ff.

Erwerbs- und Berufsunfähigkeit und in der Ausweitung der Berufsförderung in Zeiten der Unterbeschäftigung.¹³⁶

Neben dem offenen, auf – wenigstens mittlere – Dauer angelegten Wechsel von Arbeits- zum Sozialeinkommen, ist auch an den verdeckten, vorübergehenden Wechsel zu denken, wie er im Phänomen des “Krankfeierns” zum Ausdruck kommen kann. Daß hier die Grenze zwischen dem notwendigen Schutz und der Zersetzung des Leistungswillens nicht weniger schwer zu finden ist, liegt auf der Hand.¹³⁷

Eine große Bedeutung kommt für alle diese Fragen einer materiellen, organisatorischen und verfahrenstechnischen Gestaltung und einer korrekten Handhabung des *Sozialrechts* zu, die *Mißbräuchen entgegenwirkt*. Wo Mißbrauch möglich ist, zerstört dies den Leistungswillen nicht weniger wie wenn schon Absicht und Wortlaut des Gesetzes die Grenzen verfehlen. Es spricht für die realistische Gestaltung der deutschen Sozialgesetze und ihren sauberen Vollzug, daß der Mißbrauch von Sozialleistungen hierzulande ein sekundäres Thema bleiben konnte, während er im Ausland Bände füllt.¹³⁸

Vielfach erscheint als Mißbrauch aber, was in Wahrheit ein Wandel der sozialen Erfahrungen und Normen ist, in deren Kontext Sozialleistungssysteme gestaltet, angewandt und in Anspruch genommen werden. Das Sozialrecht der Gegenwart ist immer noch unter der selbstverständlichen Prämisse gestaltet, daß Sozialleistungen “Aushilfen” in Lebenslagen und Lebensentwicklungen sind, die den einzelnen zwangsläufig überkommen. Daß der einzelne auf die Sozialleistung hin plant und handelt, war lange Zeit die Ausnahme (natürlich für Pensionen und Altersrenten). Mittlerweile hat sich nicht nur das Sozialleistungssystem darin geändert (vom bevölkerungspolitischen Anreiz der Kinderleistungen bis zum Angebot von Chancengleichheit in der Ausbildungs- und Berufsförderung). Viel-

136 S. zum Vorstehenden noch einmal “Auswirkungen von Inflation, Konjunktur und Unterbeschäftigung auf das System der sozialen Sicherheit”, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XVI o.J. (1978).

137 S. dazu z.B. *Christian v. Ferber*, Zur Gültigkeit von Aussagen über Verhaltensweisen der Sozialversicherten, Die Ortskrankenkasse, 1968, S. 324 ff.; *Christian v. Ferber* und *K. Kohlhausen*, Der “Blaue Montag” im Krankenstand – Ist der Blue Monday Index ein Maßstab der “Arbeitsmoral”?, Arbeitsmedizin Sozialmedizin Arbeitshygiene, 5. Jahrg. (1970), S. 25 ff.; *Christian v. Ferber*, *Lieselotte v. Ferber*, *K. Kohlhausen* und *H. Silomon*, Die Aussagefähigkeit der kassenärztlichen Begründungen der Arbeitsunfähigkeit für die Analyse von Krankenständen, ebenda, 7. Jahrg. (1972), S. 1 ff.; *B. Teriet*, Fehlzeiten – auch ein Problem der Arbeitsstrukturen und sonstiger Zeitordnungen der Gesellschaft?, Arbeit und Leistung, XXVIII. Jahrg. (1974), S. 228 ff. – Zur internationalen Diskussion s. die (maschinenschriftlich vervielfältigten) Unterlagen des Expert Group Meeting on “Work Absence and Social Security” der Internationalen Vereinigung für soziale Sicherheit (ISSA/RDS/EB/ABS/2/A-M), 1980, darunter auch *Guntram Bauer*, “Work Absence The Position in the Federal Republic of Germany” (ISSA/RDS/EB/ABS/2/B).

138 S. z.B. Report of the Committee on Abuse of Social Security Benefits, HMSO, London 1973. – Zur Situation in der Bundesrepublik Deutschland s. etwa *Heinz Lampert*, Das System der sozialen Sicherung und die Vollbeschäftigung, in: *G. Bombach* u.a. (Hrsg.), Neue Entwicklungen in der Beschäftigungstheorie und -politik, 1979, m.w.N.

mehr haben die Menschen eben die Berechenbarkeit der Sozialleistungen und die Verfügbarkeit gewisser Prämissen erfahren. Und sie denken und handeln entsprechend. Eine durch Rechtsnorm tatbestandlich-abstrakt zugesagte Sozialleistung geht in die "Kalkulationen" der Bürger ein. Warum sollte er sie vermeiden? Ja warum sollte er selbst lästige Prämissen vermeiden, wenn ihm die Last geringer erscheint als der Vorteil der Leistung? Und mehr und mehr wachsen in unser Sozialrecht Menschen hinein, denen dieses Kalkulieren mit Leistungen und Tatbeständen und dieses Abwägen zwischen Vorteilen der Leistung und Nachteilen machbarer oder vermeidbarer Tatbestandselemente a priori selbstverständlich ist. Das ist nicht nur die nächste Generation. Das ist auch der Ausländer, der unvermittelt mit dem "Wunderland" des Sozialleistungssystems konfrontiert wird – das ihm viel deutlicher vor Augen tritt als die schwindenden "Urängste", die dem System einst vorgegeben waren.

Hier steht die Sozial-Rechts-Politik vor einem wichtigen Lernprozeß. Das Recht kann gesellschaftliche Normen, deren Selbstverständlichkeit verloren gegangen ist, nur voraussetzen, wenn es sie explizit und relevant macht. Das Sozialrecht muß lernen, seine Tatbestände so zu gestalten, daß das System vor Selbstüberforderung geschützt wird. Der Sozialstaat muß gerade hierin beweisen, daß er lernfähig ist. Das darf nicht mit dem Vorwurf "sozialer Demontage" verhindert werden. Es darf freilich auch kein Vorwand für "soziale Demontage" sein.

4. Globalwirtschaftliche Konkurrenzen

a) Allgemeines

Die viel drängendere Frage¹³⁹ als die nach dem Nebeneinander von Erwerbseinkommen und Sozialeinkommen gilt gemeinhin dem erträglichen Nebeneinander von – vereinfacht gesagt – Verteilung und Umverteilung.¹⁴⁰ Es ist die Frage nach der erträglichen Staatsquote¹⁴¹, die Frage nach dem erträglichen Anteil der

139 Eine andere, nicht minder drängende Frage, muß hier beiseite bleiben: die Frage nach den Auswirkungen der Bevölkerungsentwicklung auf die Rentenversicherung. S. dazu *Helmut Meinhold*, *Ökonomische Probleme der sozialen Sicherheit*, a.a.O. (Anm. 131); "Konsequenzen des Geburtenrückgangs für ausgewählte Politikbereiche", Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit, Bd. 58, 1978, S. 97 ff.; "Wirtschaftspolitische Implikationen eines Bevölkerungsrückgangs", Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 9. Februar 1980, BMWI Studienreihe Heft 28, S. 46 ff., 61 ff.

140 S. *Martin Pfaff* (Hrsg.), *Grenzen der Umverteilung*, 1978. S. zur Umverteilung, auch die Hinweise in Anm. 101. – Zum Ausmaß der Umverteilung s. z.B. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1975/76, Tz 341-343.

141 Zur Staatsquote s. etwa Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1970/71 Tz 249 ff., Jahresgutachten 1971/72 Tz 327, Jahresgutachten 1975/76 Tz 333 ff. Zur "Tendenz zur Überbeanspruchung des Sozialprodukts" s. "Grundfragen der Stabilitätspolitik", a.a.O. (Anm. 47), S. 619 ff. (632). Zur Bedrohung der Marktwirtschaft durch eine Überdehnung der Staatsquote s. "Staatliche

Sozialausgaben am Sozialprodukt¹⁴², auch die Frage nach der Grenze der Abgabenlast, die auf dem Einkommen ruht.¹⁴³ Diese Frage stellt sich nicht nur für das Verhältnis zur Sozialpolitik, sondern für allen Staatsaufwand. Auch ist daran zu erinnern, daß Umverteilung – durch Abgaben und Transfers – grundsätzlich marktkonform ist, wenn nicht die Einzelgestaltung in Wettbewerb oder Preismechanismus eingreift. Gerade deshalb aber scheint die eigentliche Frage zu lauten: wann hat die Zunahme der sozialen Umverteilung ein derartiges Ausmaß erreicht, daß sie trotz vordergründiger Marktkonformität nicht mehr mit der Marktwirtschaft vereinbar ist? Wenn ich recht sehe, gibt es keine Formel, an Hand deren die Inkompatibilitätsgrenze ermittelt werden könnte. Ich selbst bin der Meinung, daß es eine globale Grenze in der Tat weder gibt noch geben kann.¹⁴⁴ Die Gefährdung der Marktwirtschaft liegt im Detail.

Hier ist zunächst zu unterscheiden zwischen den drei Elementen der Umverteilung; dem Nehmen – freilich nicht nur dem “echten” Nehmen durch Abgaben, sondern auch dem “unechten” Nehmen durch Schuldenmachen –, dem Speichern (oder doch Bereitstellen) und dem Geben.¹⁴⁵ Doch darf dies über die Interdepen-

Interventionen ...”, a.a.O. (Anm. 3), S. 14 f. – S. dazu auch *Tietmeyer*, a.a.O. (Anm. 31), S. 26 ff., S. 29): “Ein anhaltendes Vordringen des Staatssektors ... wird ... das Ordnungssystem der sozialen Marktwirtschaft verändern, ... wenn wir das freiheitliche Ordnungssystem und seine ökonomische Leistungsfähigkeit auf Dauer nicht gefährden wollen, dann kann die einfache Fortsetzung der Expansion des Staatsanteils jedenfalls keine dauerhafte Lösung der zugegebenermaßen eher zunehmenden als geringer werdenden öffentlichen Aufgaben sein.” – S. zur Situation auch *Karl-Heinz Raabe*, Projektionen eines “Korridors für den Staatssektor”, in: *Duwendag* (Hrsg.), *Der Staatssektor usw.*, a.a.O. (Anm. 14), S. 37 ff.

142 S. dazu jüngst *Winfried Fuest*, Umfang und Problematik der öffentlichen Einkommens- und Vermögenstransfers, Beiträge zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, Institut der Deutschen Wirtschaft, Heft 79, 1980.

143 S. dazu aus den letzten Jahren etwa Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1977/78, Tz 131-142, Jahresgutachten 1978/79 Tz 206-223, Jahresgutachten 1979/80 Tz 168-172.

144 S. dazu z.B. *Silvio Borner* und *Till Bandi*, Die soziale Sicherung in ökonomischer Sicht: Versuch einer Standortbestimmung, Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 112. Jahrg. (1976), S. 299 ff. (S. 308): “Die Frage nach Grenzen der Sozialen Sicherung mündet in einen unfruchtbaren Diskussions-Irrgarten. Die Grenzen der Sozialen Sicherung ergeben sich aus den gesamtwirtschaftlichen Zusammenhängen (vgl. Abb. 2) und sind somit u.a. von langdauernden Lernprozessen und Veränderungen der Normen und Wertvorstellungen abhängig. Der ‘Grenzübertritt’ wird daher, wenn überhaupt, nur mit sehr großer Verzögerung sichtbar. Deshalb muß die Suche nach den Grenzen des Sozialstaates bzw. der Sozialen Sicherung ersetzt werden durch eine Suche nach der optimalen Gestaltung der Sozialen Sicherung im Hinblick auf deren Aufgabe im modernen Wohlfahrtsstaat.” – S. auch Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1970/71 Tz 256: “Im übrigen kann die Überlagerung des marktwirtschaftlichen Bereichs durch einen öffentlichen Bereich wohl auch nicht beliebig weit getrieben werden. Doch wissen wir wenig darüber, wo die Grenzen hierfür liegen.” S. schließlich *Tietmeyer*, a.a.O. (Anm. 31), S. 28: “Richtig ist es, daß es eine absolute und starre quantitative Grenze für den öffentlichen Anteil nicht gibt und wohl auch nicht geben kann.”

145 S. zu dieser Trias *Hans F. Zacher*, Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, a.a.O. (Anm. 92) (abgedruckt in diesem Band, S. 279 ff.); *Paul Kirchhof*, Rechtsmaßstäbe finanzstaat-

denzen nicht hinwegtäuschen. Vornehmlich in der Dynamik konjunktureller¹⁴⁶ oder struktureller Entwicklungen treten übergreifende Zusammenhänge hervor.

b) Das sozialstaatliche Nehmen und die Wirtschaftspolitik

Die Frage nach dem Verhältnis des sozialstaatlichen Nehens¹⁴⁷ zu Marktwirtschaft¹⁴⁸ und Wirtschaftspolitik ist in sich sehr differenziert: Sozialbeiträge oder sonstige Abgaben,¹⁴⁹ progressive, proportionale oder durch Beitragsbemessungsgrenzen degressive Abgaben, direkte oder indirekte Abgaben? Das sind einige Alternativen. Für das Verhältnis der Sozialpolitik zur Marktwirtschaft stellen sich insofern kaum speziellere Fragen als sie für das Steuerrecht allgemein gelten:¹⁵⁰ etwa nach der Instrumentalität für Umverteilung oder wirtschaftliche Anreize,

lichen Handelns – Das Besteuern, Horten und Zuteilen von Finanzvermögen, Juristenzeitung, 34. Jahrg. (1979), S. 153 ff. Eine Querverbindung ergibt sich, wo Steuerverschönungen indirekte Sozialleistungen sind; s. dazu z.B. *Reiner Hagemann*, Zur Abstimmung von Steuer- und Sozialpolitik, Sozialer Fortschritt, 1977, S. 76 ff.

- 146 S. z.B. *Albert Delpêrêe*, Die Auswirkungen der wirtschaftlichen Rezession auf die Sozialpolitik, Internationale Review für soziale Sicherheit, 1975, S. 235 ff.; *L. Fabius*, Wirtschaft und Soziale Sicherheit in einer Inflation-Rezessions-Periode, Internationale Review für soziale Sicherheit, 1976, S. 235 ff.; *Bernhard Külp*, Inflation, Konjunktur und soziale Sicherheit, in: Auswirkungen von Inflation, Konjunktur und Unterbeschäftigung auf das System der sozialen Sicherheit, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Bd. XVI, o.J. (1978), S. 21 ff.; *Norbert Klotten*, Sozialversicherungssystem und Stabilisierungspolitik, ebenda, S. 32 ff.; *Helmut Meinhold*, Unterbeschäftigung und soziale Sicherheit, ebenda, S. 67 ff., sowie vorbereitete Diskussionsbeiträge von *Erich Standfest* (S. 46 ff.), *Burghard Freudenfeld* (S. 51 ff.) und *Rudolf Kolb* (S. 60 ff.); *Helmut Schlesinger*, Rentenversicherung und gesamtwirtschaftliche Entwicklung, in: Alterssicherung als Aufgabe für Wissenschaft und Politik, Festschrift für Helmut Meinhold, 1980, S. 172 ff.
- 147 S. dazu International Social Security Association, Methods of Financing Social Security – The Economic and Social Effects, International Social Security Association, Studies and Research, No. 15, Genf 1979.
- 148 Zur ökonomischen Problematik s. etwa Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1971/72, Tz 336, Jahresgutachten 1975/76, Tz 353, Jahresgutachten 1977/78, Tz 427 ff.; Jahresgutachten, 1978/79, Tz 201 ff.; Jahresgutachten, 1979/80, Tz 237. Speziell zum Verhältnis von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen s. Jahresgutachten 1978/79 Tz 206 ff. – Zur Konjunkturrempfindlichkeit der Sozialversicherungsbeiträge s. "Instrumente der Konjunkturpolitik und ihrer rechtlichen Institutionalisierung", a.a.O. (Anm. 131), S. 303 f., 311 ff.
- 149 S. dazu – unter jeweils sehr spezifischen Gesichtspunkten – etwa *Hans-Jürgen Krupp*, Verteilungswirkungen der Steuerfinanzierung des sozialen Alterssicherungssystems, in: Beiträge zu einer Theorie der Sozialpolitik, Festschrift für Elisabeth Liefmann-Keil, 1973, S. 253 ff.; *Josef Isensee*, Der Sozialversicherungs-Beitrag des Arbeitgebers in der Finanzordnung des Grundgesetzes – zur Verfassungsmäßigkeit eines "Maschinenbeitrags", Die Rentenversicherung 1980, S. 145 ff.; *Hans F. Zacher* (Hrsg.), Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung, 1981.
- 150 S. dazu etwa *Rupprecht Dittmar*, Eine neues "Magisches Dreieck"? Sozialer Fortschritt 1973, S. 79 ff., 1975, S. 107 ff.; *Alfred Radner*, Finanzpolitische Aspekte der Sozialversicherungsbeiträge, Soziale Sicherheit (Wien) 1976, S. 135 ff.: "Auswirkungen von Preissteigerungen auf Steuern und Sozialversicherungsbeiträge in der Europäischen Gemeinschaft", Kommission der Europäischen Gemeinschaft, Studien, Reihe Wirtschaft und Finanzen, Heft 12, 1976.

nach dem Einfluß auf Kaufkraft und Verbrauch und – empfindlicher – nach der Zerstörung der Leistungstrebens und der Investitionsneigung.

c) Das sozialstaatliche Speichern und Bereitstellen und die Wirtschaftspolitik

Die Frage nach dem Verhältnis des sozialstaatlichen Bereitstellens oder Speicherns zum wirtschaftlichen Geschehen ist dann in besonderer Weise kritisch zu stellen, wenn Sozialeinnahmen in besonderen Fonds für Sozialausgaben bereitgestellt werden, wie das vor allem bei der Rentenversicherung¹⁵¹ und auch bei der Bundesanstalt für Arbeit der Fall ist. Die Kapitalmacht von Sozialversicherungsfonds kann ein geld- und kreditpolitisches Potential von größter Bedeutung darstellen¹⁵², aber auch zu investiven Interventionen in das wirtschaftliche Geschehen führen. Gerade in Entwicklungsländern ist es eine häufige Erfahrung, daß Beiträge zunächst einmal erhoben, die Renten erst für die Zukunft versprochen und die Mittel vorerst verwendet werden, um Politik zu machen.

d) Das sozialstaatliche Geben und die Wirtschaftspolitik

Die Frage nach dem Verhältnis des sozialstaatlichen Gebens zur Wirtschaft wurde in einem Punkt bereits gestellt: nämlich für die Alternativität von Erwerbseinkommen und Sozialeinkommen. Aber weit darüber hinaus stellen sich vielschichtige Fragen, insbesondere nach der Interdependenz zwischen der Entwicklung von Geldwert, Preisen, Lohnniveau und Massenkaufkraft auf der einen und Sozialleistungen auf der anderen Seite – konkreter z.B. nach Inflation und Rentenformel¹⁵³, nach zyklischer oder antizyklischer Sozialpolitik.¹⁵⁴ Entsprechend kommt

151 Zur Lage s. etwa Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung Jahresgutachten 1977/78, Tz 167 ff. Zu einem spezifischen Aspekt s. etwa auch *Hellmut D. Scholl*, Prognose der Kapitalmarkt-Zinsen als Grundlage für die Vermögensverwaltung, *Der Betriebsberater*, 1978, S. 1785 ff.

152 S. etwa Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten, 1968/69, Tz 140 f.; Jahresgutachten 1969/70, Tz 179-181; Jahresgutachten 1972/73, Tz 269 f. S. auch "Instrumente der Konjunkturpolitik und ihre rechtliche Institutionalisierung", a.a.O. (Anm. 13), S. 302, 311 ff.; "Stabilitätspolitische Problematik der gesetzlichen Rentenversicherung", Gutachten des wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 29./30. Oktober 1972, Gutachten 8. Bd., 1977, S. 661 ff. – S. auch *Karl Häuser*, Die Sozialrenten und der Kapitalmarkt, *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, 31. Jahrg. (1978), Heft 22.

153 S. *Kurt Jantz*, Die Rentendynamik als Vorbild für das übrige Sozialrecht, in: *Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis*, Festschrift für Rohwer-Kahlmann. – *Zeitschrift für Sozialreform*, 19. Jahrg., Heft 9/10, 1973, S. 539 ff.

154 Zum antizyklischen Einsatz von Sozialleistungen s. "Instrumente der Konjunkturpolitik und ihrer rechtlichen Institutionalisierung", a.a.O. (Anm. 131), S. 306, 311 ff. Zur antistabilisierenden Wirkung von Sozialleistung s. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Problematik der gesetzlichen Rentenversicherung", a.a.O. (Anm. 152); s. dazu *Winfried Schmähl*, Stabilitätspolitische Aspekte der gesetzlichen Rentenversicherung, *Vierteljahresschrift für soziale Sicherheit*, Bd. II (1974), S. 346 ff. m. eingehenden Nachw. – S. zum Vorigen allgemein: *Kurt Jantz*, Zur wirtschaftlichen Funk-

dem sozialen Geben eine wichtige Funktion in der sektoralen Wirtschaftspolitik zu. Bergbau und Landwirtschaft werden in großem Ausmaß dadurch gestützt, daß Sozialleistungen, die dort ausgereicht werden, ganz oder teilweise nicht aus Beiträgen, sondern aus dem Bundeshaushalt fließen.¹⁵⁵ Das Beispiel der Landwirtschaft¹⁵⁶ steht auch für den Einsatz der Sozialpolitik im Dienst des strukturellen Wandels: die Altershilfe für Landwirte wurde so gestaltet, daß sie den notwendigen Strukturwandel der Landwirtschaft erleichterte. Die Wirksamkeit der Bundesanstalt für Arbeit endlich dient zentral der Beschäftigungspolitik. Im Ausland findet sich darüber hinaus auch der Einsatz der Sozialleistungssysteme für die Regionalpolitik. So werden in der sowjetischen Sozialversicherung Arbeitszeiten im Norden oder in Sibirien höher bewertet als Arbeitszeiten in "normalen" Landesteilen.¹⁵⁷

5. Sozialleistungen und Veränderung der Märkte

Ist Sozialpolitik in diesen Fällen grundsätzlich ein Vehikel marktkonformer Wirtschaftspolitik, so verändert sie nicht selten dort Märkte, wo nicht Geldleistungen, sondern Dienst- und Sachleistungen ausgereicht werden. Das wichtigste Beispiel ist der Bereich der Gesundheitsleistungen. Vermutlich sind die Märkte der ärztlichen und der Pflegeleistungen auch ohne staatliche Leistungsgarantie keine vollkommenen Märkte.¹⁵⁸ Die Spaltung der Nachfrage auf den Versicherten als den Leistungsnehmer und den Versicherungsträger als den leistungsgarantierenden und -zahlenden Nachfrager, das Oligopol der Kassen für ihren Anteil an der Nachfrage und die Einschränkung des Angebots auf "Vertragspartner" der Kassen haben jedoch eine Marktform *sui generis* geschaffen, die vielen schon als eine Entartungsform erscheint.¹⁵⁹

tion sozialer Leistungen, in: *Der Mensch im Sozioökonomischen Prozeß*, Festschrift für Wilfried Schreiber, 1969, S. 253 ff.

155 S. Zacher, *Wirtschaftsrecht*, a.a.O. (Anm. 11), S. 85 f.; aus neuerer Zeit s. hierzu ergänzend Dieter Schewe u.a., *Übersicht über die soziale Sicherung*, 10. Aufl., 1977, S. 107 ff., 140 ff., 204 ff., 228 ff.

156 S. dazu auch die Agrarberichte der Bundesregierung – zuletzt etwa Agrarbericht 1978, Deutscher Bundestag, Drucks. 8/1500, Tz 214 ff., Agrarbericht 1979, Deutscher Bundestag, Drucks. 8/2530, Tz 219 ff.

157 S. z.B. "Sowjetische Arbeitswelt", 1974, S. 346 ff.; Klaus von Beyme, *Ökonomie und Politik im Sozialismus*, 1975, S. 103 ff.

158 Zu dem beherrschenden Prinzip, daß die Nachfrage dem Angebot folgt s. z.B. Wolfgang Gitter, in: *Sicherung und Fortentwicklung der sozialen Marktwirtschaft – Ordnungspolitische Aufgaben*, 1979, Diskussionsbeitrag, S. 212 ff.

159 S. zu den Grundproblemen Philipp-Herder-Dorneich, *Sozialökonomischer Grundriß der gesetzlichen Krankenversicherung*, 1966. Zu den aktuellen Problemen etwa Werner Mahr, *Korrekturen im System der sozialen Krankenversicherung*, in: Heinz Müller, *Fortentwicklung der sozialen Sicherheit*, 1978, S. 85 ff. (insbes. S. 102 ff., 111 ff.). S. auch Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, *Jahresgutachten 1975/76* Tz 355; Elisabeth Liefmann-Keil, *Der Arzneimittelmarkt im Rahmen der Weiterentwicklung der gesetzlichen Krankenversicherung*, 1973; E.H. Buchholz, *Wettbewerbsprobleme auf dem Markt für Arzneimittel und staatliche Gesundheitspolitik – Wettbewerbsprobleme auf der Nachfrageseite*, Sonderdruck aus "Die pharmazeutische Industrie" 1979.

Damit ist auf den engen Zusammenhang zwischen Sozialpolitik und unvollkommenen Märkten aufmerksam gemacht.¹⁶⁰ Dazu ist zu bemerken, daß auch der ORDO-Liberalismus schon Märkte kannte, für die sein Modell nicht voll zutreffen konnte. Arbeitsmarkt und Landwirtschaft schienen sich von vornherein der vollen Dezentralisierung der Entscheidungen über Wettbewerb und Preis zu entziehen.¹⁶¹ Auch die Verkehrsmärkte gehören hierher. Desgleichen bereitet der Wohnungsmarkt mit seinem langfristig fixierten Angebot und der vielen Determinanten unterliegenden Nachfrage stets Schwierigkeiten.¹⁶² Wir sehen, daß gerade hier die Systeme sozialer Sicherung und Förderung intensiv einwirken:

– Für den *Arbeitsmarkt* sind zu nennen: die zentrale beschäftigungspolitische Funktion der Bundesanstalt für Arbeit, die umfassende Absicherung der typischen sozialen Risiken gerade der Arbeitnehmer (einschließlich der erwähnten Alternativität von Arbeits- und Sozialeinkommen) sowie die Dualität der Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch Tarif- und Individualarbeitsverträge auf der einen Seite und durch Gesetzgeber und Sozialversicherungsträger auf der anderen Seite, die den Nettolohn ebenso bestimmen wie lohnergänzende Sozialleistungen.

– Für die *Landwirtschaft* ist deren intensive Förderung durch die Zuschüsse zu allen Zweigen landwirtschaftlicher sozialer Sicherung zu nennen.

– Für den *Wohnungsmarkt* finden wir sowohl die Objektförderung des Wohnbaurechts als auch die Subjektförderung des Wohngeldrechts.

Die Rede von der sozialen Marktwirtschaft vernachlässigt zu oft, wie eng der Spielraum reiner Wettbewerbswirtschaft bereits geworden ist. Es spricht für den engen Zusammenhang zwischen sozialer Marktwirtschaft und Sozialrecht, daß dieses den Besonderheiten der Märkte nachgeht. Die Frage der Marktwirtschaftsverträglichkeit der damit gefundenen Regelungen ist so aber erst gestellt.

6. Der administrative Sektor

Nur am Rande ist noch einmal die – thematisch mit den unvollkommenen Märkten zum Teil eng zusammenhängende – Frage zu erwähnen, wie Umfang, Gestalt und Verhalten unmittelbar oder mittelbar staatlicher Verwaltungen, die soziale Dienst- oder Sachleistungen erbringen, in die soziale Marktwirtschaft eingefügt werden können. Ich denke an den Bereich der Krankenhäuser in der

160 S. dazu *Philipp Herder-Dorneich*, Nicht-Markt-Ökonomie als Theorie der Sozialpolitik, in: *Stabilität im Wandel*, Festschrift für Bruno Gleitze, 1978, S. 589 ff.

161 S. zum Arbeitsmarkt, Wohnungsmarkt und Agrarmarkt: *Blumenberg-Lampe*, a.a.O. (Anm. 20), S. 102 ff. Zu einschlägigen Stellen aus dem Schaffen *Franz Böhms* s. *Zacher*, *Wirtschaftsverfassung*, a.a.O. (Anm. 21), S. 93 f.

162 S. z.B. *Hans Karl Schneider* und *Rolf Kornemann*, *Soziale Wohnungsmarktwirtschaft*, 1977. S. auch "Stellung des Wohnungswesens in der sozialen Marktwirtschaft", Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft vom 6./7. Mai 1950, *Sammelband der Gutachten*, S. 73 ff.; "Entwicklung der Wohnungsmieten und die geplanten Maßnahmen zur Begrenzung des Mietanstiegs", Gutachten desselben Beirats vom 11./12. Dezember 1970, ebenda, S. 583 ff.; "Staatliche Interventionen ...", a.a.O. (Anm. 3), S. 18 f.

Hand von Kommunen, Sozialversicherungsträgern und des Staates (insbesondere seiner Universitäten). Ich denke an den immer wiederkehrenden Versuch der Krankenversicherungsträger, Lieferungen und Leistungen selbst zu erbringen, statt sie erbringen zu lassen.¹⁶³ Dort wo solche Aktivitäten den Wettbewerb verdrängen, wird man sie der Kontrolle objektiver Zugangsvoraussetzungen nach Art. 12 GG unterwerfen können.¹⁶⁴ Aber wie ist ihre Zulässigkeit zu beurteilen, wenn sie sich am Wettbewerb beteiligen?^{164a} Vor allem aber: Gibt es Regeln für ein marktwirtschaftsgerechtes Verhalten solcher Anstalten und Unternehmen der öffentlichen Hand?¹⁶⁵

7. Durchgehende Kategorien: Leistung und Risiko

Endlich wäre davon zu reden, wie marktwirtschaftliche Grundhaltungen, wie Leistungs- und Risikobereitschaft,¹⁶⁶ geschont werden können.¹⁶⁷ Dabei würde sich zeigen, daß es nicht erst der Sozialpolitik bedurfte, um den Glauben daran zu erschüttern, daß der Ertrag der Leistung entspricht. Das besorgte vorher schon sehr wohl die Marktwirtschaft selbst.¹⁶⁸ Die Sehnsucht nach einer Alternative zu dem, was man vieldeutig "*Leistungsprinzip*" nennt, ist nicht zuletzt eine Frucht des Ärgernisses, welches das marktwirtschaftliche Mißverhältnis von Leistung und Erfolg – noch mehr zugespitzt: von Leistung und Wohlstand – immer wieder bereitet. Daß eine menschenwürdige Gesellschaft ohne ein Korrektiv zur Zuteilung nach Leistung nicht auskommt, ist wohl im Ernst auch nicht streitig. Unter Christen ist wohl das Gleichnis von den Arbeitern im Weinberg ein nicht zu überbietendes Argument dafür. Doch führt all das nicht daran vorbei, daß eine Gesellschaft nicht leben oder gar prosperieren kann, wenn in ihr nicht an den Sinn von Leistung geglaubt wird, daß die marktwirtschaftliche Verbindung von Einsatz und Einkommen ein gutes Mittel ist, diesen Sinn sinnfälliger zu machen, und daß endlich Sozialeinkommen ihn in Frage stellen, ja verdunkeln können.

Was die Sorge um die Risikobereitschaft anlangt, würde genaueres Zusehen vor allem zeigen, daß die *Bereitschaft, Risiken persönlich zu tragen* – und um die Entschärfung dieser Last und Gefahr geht es dem Sozialrecht –, auch in der Marktwirtschaft nur noch in der immer schwächer werdenden Schicht der kleinen und mittleren Unternehmen präsent ist. Gerade sie aber sind gegenwärtig in

163 S. dazu *Hans F. Zacher* (unter Mitarbeit von *Marion Friedrich-Marczyk*), *Krankenkassen oder nationaler Gesundheitsdienst?*, 1980; *Bernd von Maydell* und *Rupert Scholz*, *Grenzen der Eigenwirtschaft gesetzlicher Krankenversicherungsträger*, 1980, insbes. S. 68 ff.

164 S. Anm. 43.

164a S. Anm. 42.

165 S. Anm. 44.

166 Zu dem Zusammenhang s. *Mestmäcker*, "Risiko als Leistung", in: *Mestmäcker*, a.a.O. (Anm. 6), S. 703 f.

167 S. etwa "Leistungsbereitschaft – soziale Sicherheit – politische Verantwortung", Veröffentlichungen der Walter-Raymond-Stiftung, Bd. 8, 1967.

168 S. dazu auch *Ehrenberg-Fuchs*, a.a.O. (Anm. 90), S. 127 ff.

besonderer Weise belastet:¹⁶⁹ die ökonomischen Schwierigkeiten treffen sie besonders hart, während die Sozialpolitik sie nicht – jedenfalls nicht genug – stützt. Doch zurück zum allgemeinen Problem des Risikos. Nicht daß die Menschen gegen allgemeine Lebensrisiken (wie Krankheit, Invalidität usw.) gesichert sind, gefährdet die Marktwirtschaft. Im Gegenteil: es könnte sie für die spezifisch ökonomischen Risiken freier machen. Wenn dagegen spezifisch wirtschaftliche Risiken (z.B. durch Subventionen) sozial abgefangen werden, so ist das ein Schaden für das marktwirtschaftliche System.¹⁷⁰ Aber es ist auch ein Schaden für dieses System, wenn die soziale Sicherung gegen allgemeine Lebensrisiken ungleich ist, wenn sie den Arbeitnehmer versorgt, den Selbständigen aber nicht. Und es ist ein Schaden am System, wenn dem Arbeitnehmer die “kapitalistischen” Risiken weiter fremd bleiben.¹⁷¹ Die wirtschaftlichen Risiken müssen je spezifisch, die allgemeinen Lebensrisiken aber möglichst gleich abgefangen werden.¹⁷²

IV. Die Sorge um nichtökonomische Probleme

Endlich aber sei dem Blick noch eine andere Richtung gegeben. Soziale *Marktwirtschaft und Sozialrecht* treffen sich im *Ökonomischen*.¹⁷³ Marktwirtschaft ist a priori ein ökonomisches Phänomen. Sozialpolitik und somit Sozialrecht konzentrieren sich auf die Kompensation ökonomischer Defizite und die Zuteilung ökonomischer Güter.¹⁷⁴ Der erfolgreiche Verbund beider Systeme begleitet die Bundesrepublik seit den ersten beiden Wahlperioden. Daß diese Gesellschaft in hohem Maße auf ökonomische Werte fixiert ist, ist die Kehrseite dieses Erfolges: die “Machtergreifung des praktischen Materialismus unter der CDU in der Adenauerzeit”, wie es ein durchaus nicht linker Kollege einmal genannt hat. Ich kann hier keine Alternative anbieten. Gleichwohl meine ich oft, daß wir ein wenig

169 “Staatliche Interventionen ...”, a.a.O. (Anm. 3), S. 15 f.

170 S. zu diesem Dilemma *Mestmäcker*, a.a.O. (Anm. 61), S. 695: “Es ist die Aufgabe der Wirtschaftspolitik in der sozialen Marktwirtschaft, das Investitionsrisiko der Unternehmen zu erhalten, ohne den Arbeitnehmern unzumutbare soziale Belastungen aufzuerlegen. Das Investitionsrisiko der Unternehmen ist jedoch wesensgemäß unvereinbar mit einer Garantie individueller Arbeitsplätze. Deshalb kommt den Regeln, nach denen Investitions- und Arbeitsplatzrisiken verteilt und getragen werden, ausschlaggebende Bedeutung für die Zukunft der Marktwirtschaft zu.”

171 Hinsichtlich einer angemessenen Vermögenspolitik s. z.B. den Vorschlag des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1975/76, Tz 370 ff. der eine “Gewinnbeteiligung in begrenzter Haftung” vorsieht.

172 S. dazu auch Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1975/76, Tz 275; “Staatliche Interventionen ...”, a.a.O. (Anm. 3), S. 8 f.

173 S. dazu schon kritisch *Zacher*, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, a.a.O. (Anm. 71), S. 261 ff.

174 S. dazu etwa *Florian Tennstedt*, Zur Ökonomisierung und Verrechtlichung in der Sozialpolitik, in: *Axel Murswiek* (Hrsg.), Staatliche Politik im Sozialsektor, 1976, S. 139 ff.

jenen gleichen, die die Welt gewonnen, aber an ihrer Seele Schaden gelitten haben.¹⁷⁵

Soziale Marktwirtschaft beschafft – vereinfacht gesagt –, was man kaufen kann. Sozialrecht disponiert am wirksamsten über Geld und Geldeswert. Sozialpolitik bringt die meisten Stimmen, wenn sie sich in Geldleistungen ausdrücken läßt. Das hat zu einer *monetären Schlagseite unserer Sozialpolitik* geführt.¹⁷⁶ Wo es um Dienste geht, die dem Menschen zu leisten sind, da wird die Marktwirtschaft teuer, das Sozialrecht schwach und die Sozialpolitik flau. Schon Ende der sechziger Jahre konstatierte die Sozialpolitikerin *Liefmann-Keil* einen Pflegenotstand. Wir haben ihn heute noch. Wir haben – um anderes zu nennen – immer noch mehr als fünfzig strafentlassene Probanden auf einen Bewährungshelfer.¹⁷⁷ Selbst die christlich-demokratische-soziale Opposition aber bekämpft die Reform des Jugendwohlfahrtsrecht mit dem Argument, ihr Vollzug erfordere zu viele Sozialarbeiter.¹⁷⁸ Als ob wir für die, die es schwer haben mit ihrem Schicksal und ihrer Gesellschaft, etwas Wichtigeres tun könnten, als ihnen Menschen zu schicken. Seit Jahrtausenden schon verordnen wir ihnen Normen, Zwänge und Strafen. Seit Jahrhunderten entwickeln wir für sie Obrigkeiten, Ämter und Bürokratien. Wie nie zuvor schickt ihnen der Sozialstaat der Gegenwart Geld. Und doch haben sie das eine so sehr nötig: Menschen, die ihnen helfen.

Ein anderer Punkt: Soziale Sicherheit und soziale Marktwirtschaft teilen sich in die *Unfähigkeit, mit nichtökonomischen Ungleichheiten, Nöten und Verteilungsproblemen* fertig zu werden. Das gilt für die *individuellen Ungleichheiten* wie Talent und Untalent, Schönheit und Häßlichkeit, Kontakt und Einsamkeit, Selbstbewußtsein und Angst, Normalität und Anomalität. Und es gilt immer deutlicher für *kollektive Verteilungsprobleme*. Die dramatischen Auseinandersetzungen um die Standorte von Atomkraftwerken, das Aufkommen der “Grünen”, die Verteidigung individueller Besitzstände mit Argumenten des Umweltschutzes, die Rundumverhinderung öffentlicher Vorhaben nach dem Floriansprinzip – das sind alles Indizien dafür, daß das praktische Remedium der ökonomischen Gesellschaft,

175 Das Problem hat die soziale Marktwirtschaft freilich schon von ihren Anfängen an begleitet. S. dazu *Müller-Armack*, *Wirtschaftsordnung ...*, a.a.O. (Anm. 22), S. 199; “Die Probleme des Überflusses, mit denen die Marktwirtschaft in der Vergangenheit oft zu ringen hatte, wollen wir gelassen an uns herankommen lassen. Wir verfügen über Mittel, ihrer Herr zu werden. ... die Erfahrung von Goethes Zauberlehrling ... sollte uns nicht hindern, den Wiederaufbau *der* Ordnung anzuvertrauen, auf deren Boden allein die Ideale der Freiheit und die der sozialen Gerechtigkeit zu vereinigen sind.” (Das Zitat stammt aus einem Text aus dem Jahre 1948). Aus der Gegenwart verharmlosend zu dem Problem *Herman J. Burghaus*, *Die soziale Marktwirtschaft – Ein gesellschaftspolitisches Programm*, in: *Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat*, 1974, S. 75 ff. (S. 95).

176 S. dazu z.B. *Hans F. Zacher*, *Faktoren und Bahnen der aktuellen sozialpolitischen Diskussion*, *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit*, 3. Jahrg. (1972), S. 241 ff.

177 *Nach Stat. Bundesamt*, *Fachserie 10 (Rechtspflege)*, Reihe 5 (Bewährungshilfe), 1978, S. 5, waren im Bundesdurchschnitt jedem Bewährungshelfer 56,5 Probanden zugeordnet. Eine spätere Statistik stand mir nicht zur Verfügung.

178 S. dazu *Abgeordneter Kroll-Schlüter*, 8. Deutscher Bundestag, *Sten. Ber.*, S. 17660 C.

Lasten zuzuteilen und doch Gleichheit zu erhalten, die wirtschaftliche Entschädigung, im mehr und mehr virulenten Verteilungskampf um nichtökonomische Güter – insbesondere um raumgebundene Lebensqualität – nicht mehr verschlägt.¹⁷⁹ Unsere Gesellschaft, die mit den ökonomischen Verteilungsproblemen so einzigartig zurecht gekommen ist, ist ratlos, wie sie mit den nichtökonomischen Verteilungsproblemen fertig werden soll.

Ein letztes Defizit sei noch erwähnt. Soziale Marktwirtschaft und Sozialrecht sind *außerstande*, zu bewirken, was nur der Mensch selbst und frei dem Menschen tun kann: daß die "Rechtschaffenen" auch die annehmen, die die Norm des Rechts nicht schaffen; daß die in der Mitte auch diejenigen einschließen, die an den Rand geworfen sind; daß die, die Gemeinschaft haben, diejenigen teilhaben lassen, die allein sind; daß diejenigen, die immer mehr Freizeit haben, etwas davon denen geben, die einen Menschen brauchen, der Zeit für sie hat. Diese *Zuwendung des Menschen zum Menschen* läßt sich nicht kaufen und nicht reglementieren. Und darum fehlt sie unserer Gesellschaft so sehr. Wenn ich so aber mit *Josef Isensee*¹⁸⁰ sage: "Der Mensch lebt nicht vom umverteilten Brot allein", so will ich nicht dahin verstanden werden, als sollte, könnte oder dürfte man machbare Sozialpolitik zurücknehmen. Ich meine vielmehr: unsere Gesellschaft sollte das Menschliche nicht lassen, weil sie das Ökonomische tut.

179 S. *Fred Hirsch*, *Social Limits to Growth*, a.a.O. (Anm. 55).

180 *Josef Isensee* in der mündlichen Fassung seines Referats über "Die Rolle des Beitrags bei der rechtlichen Einordnung und Gewährleistung der sozialen Sicherung", in: *Hans F. Zacher* (Hrsg.), *Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung*, 1981, S. 461 ff.

Soziale Indikatoren als politisches und rechtliches Phänomen¹

I. Politische Initiativen

Im Sozialbericht 1971 des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung hieß es²:

“Vorausschauende Sozialpolitik wird ihr Instrumentarium erweitern und verfeinern. ... Zu diesen Instrumenten gehören in Zukunft auch Indikatoren, die einen sozialen Zustand beschreiben oder Veränderungen aufgrund sozialpolitischer Regelungen widerspiegeln. Bei richtiger Konstruktion können solche Sozialindikatoren frühzeitigen Aufschluß über bestimmte soziale Entwicklungen und die Notwendigkeit gesellschaftsgestaltender Maßnahmen geben. Außerdem lassen sie die Wirksamkeit solcher Maßnahmen erkennen. Die Entwicklung derartiger Sozialindikatoren steht jedoch erst am Anfang; die Bundesregierung beteiligt sich an dieser Entwicklung.”

Im Sozialbericht 1973 kommt der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung auf das Problem zurück:

204. Im Bereich von Sozialplanung und Sozialpolitik reichen jedoch Daten über quantitativ feststellbare Tatbestände noch nicht aus, um Zustand oder Veränderung wichtiger Problembereiche der Gesellschaft beurteilen zu können.

Die Sozialpolitik benötigt weitere Informationen über Zustand und Entwicklung der Gesellschaft, die die herkömmliche Statistik nicht oder nur unvollständig liefern kann.

205. Diese Informationslücke soll durch die Entwicklung gesellschaftlicher Indikatoren geschlossen werden. Aufgabe solcher Kennziffern ist es, all das zu messen, was von den vorhandenen wirtschaftlichen Indikatoren nicht oder nur unvollständig berücksichtigt werden kann. Die gesellschaftlichen Indikatoren sollen somit auch die nichtwirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft ermitteln und umfassend über Stand und Entwicklung der Gesellschaft sowie über die Wechselwirkungen der vielfältigen und miteinander verwobenen Tätigkeits- und Lebensbereiche informieren. Die Auswahl solcher gesellschaftlicher Indikatoren hat normativen Charakter, d.h. Auswahl und Gewichtung der Indikatoren müssen vorweg entschieden und klargestellt werden.

1 Die Abhandlung ist die ergänzte Fassung eines Vortrages, den der Verfasser unter dem Titel “Soziale Indikatoren” am 3. Oktober 1973 im Rahmen eines Richterseminars der Sozialgerichtsbarkeit des Landes Rheinland-Pfalz gehalten hat. Der Verfasser darf ferner auf seine Ausführungen über “Die Messung sozialen Glücks – zur Problematik der sozialen Indikatoren” in: “Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis” Festschrift für Harry Rohwer-Kahlmann (= Zeitschrift für Sozialreform 19. Jhrg. [1973] Heft 9/10 S. 585 ff.) Bezug nehmen, die ihrerseits dem erwähnten Vortrag vorausgegangen waren.

2 Rn. 191/192 (= S. 46).

206. Die Entwicklung gesellschaftlicher Indikatoren dient somit folgenden unterschiedlichen Zwecken:

- Ergänzung der bestehenden wirtschaftlichen Indikatoren,
- Klarstellung gesellschaftlicher Wertvorstellungen,
- Vorausschau gesellschaftlicher Entwicklungen,
- Entwicklung politischer Ziele und Grundlagen für Entscheidungen.

207. Die für die Erarbeitung gesellschaftlicher Kennziffern erforderlichen Daten liegen zum Teil im Bereich von Einstellungen, Verhalten und Erwartungen der Menschen. Daher sind umfangreiche Meinungsumfragen erforderlich. Ein erster Schritt hierzu ist die vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung in Auftrag gegebene Meinungsumfrage zur Entwicklung von Indikatoren über Arbeitszufriedenheit.

208. Da ein umfassendes System von Indikatoren den Aufgaben- und Zuständigkeitsbereich eines einzelnen Ressorts überschreitet und auch Wissen, Erfahrungen und Quellen aller betroffenen Ministerien zusammengeführt werden sollen, wurde Ende 1971 ein Arbeitskreis "Soziale Indikatoren" als Gruppe der Planungsbeauftragten der Ministerien gegründet. Er befaßt sich u.a. mit der Arbeit der OECD auf dem Gebiet der gesellschaftlichen Indikatoren und erarbeitet zur Zeit eine Übersicht über gesellschaftliche Daten, die vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung veröffentlicht wird.

Diese Ausarbeitung liegt mittlerweile vor^{2a}.

In ihren "Leitlinien für ein sozialpolitisches Aktionsprogramm" vom 19. April 1973 kündigt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften die "Fortentwicklung und Ausweitung des gegenwärtigen Systems der Sozialindikatoren" an³.

Das ausführliche Aktionsprogramm von Oktober 1973^{3a} enthält darüber Folgendes:

Ziel: Lieferung umfassender und vergleichbarer Daten über vergangene und gegenwärtige Entwicklungen der sozialen Lage in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft als Mittel zur Erleichterung und Förderung einer fortschreitenden Angleichung der sozialen Bedingungen in der Gemeinschaft und als unerläßliche Grundlage für Gemeinschaftsbeschlüsse zu den gemeinsamen Zielen im sozialen Bereich.

Gegenwärtige Lage: Eine erste Reihe "objektiver" Indikatoren wurde im Anhang des Berichtes über die Entwicklung der sozialen Lage in der Gemeinschaft im Jahre 1972 veröffentlicht. Diese Indikatoren waren ihrem Umfang nach beschränkt und basierten hauptsächlich auf vorhandenen Bevölkerungs- und Sozialstatistiken. Auf Gemeinschaftsebene gibt es keine systematischen Angaben zu den mehr subjektiven Aspekten des "Wohlbefindens" oder der "Lebensqualität" der gesamten Bevölkerung.

2a Gesellschaftliche Daten 1973 in der Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Koordination: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, 1973.

3 Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 4/73, ff. 34 (6) S. 12. Die Ankündigung der "Fortentwicklung" baut auf "Indikatoren der sozialen Sicherheit" Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 1971. S.a. die Kommission der Europäischen Gemeinschaften in: "Bericht über die Entwicklung der sozialen Lage in der Gemeinschaft im Jahre 1972" (vom Februar 1973) S. 233.

3a S. "Die Messung sozialen Glücks" (Anm. 1) S. 596 f.

Mittel und Wege: Die Kommission wird demnächst eine aus Vertretern der Sozialpartner wie auch der Regierungen zusammengesetzte Arbeitsgruppe einsetzen, die prüfen soll, wie das bestehende System der Sozialindikatoren verbessert und erweitert werden kann durch:

- a) Hinzufügung weiterer "objektiver" Daten aus bestehenden Statistiken,
- b) Entwicklung "qualitativer" Indikatoren (in denen Faktoren wie humanere Gestaltung des Arbeitsplatzes, Förderung kultureller Werte, Freizeitgestaltung, Umwelt usw. zum Ausdruck kommen) durch spezielle Erhebungen und die Koordinierung nationaler Erhebungen.

Die Kommission wird vor Ende 1974 den Entwurf eines Programms für die Durchführung und Finanzierung von Erhebungen und Statistiken zwecks Einführung eines Systems "qualitativer" Indikatoren vorlegen.

Das verbesserte System der Sozialindikatoren wird von der Kommission und vor allem dem Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaft ausgearbeitet werden.

Die Konferenz der europäischen Wohlfahrtsminister postuliert den Ausbau sozialer Indikatoren-Systeme³. Die OECD hat beachtliche Initiativen entwickelt, um die Erfahrungen ihrer Mitgliedstaaten in ihren Bemühungen um soziale Indikatoren⁴ zusammenzuführen und zu gemeinsamen, leistungsfähigen Systemen zu gelangen⁵. Weltweit⁶ wird der Ruf nach sozialen Indikatoren, vor allem im Hin-

4 Solche Erfahrungen haben – im einzelnen auf recht unterschiedliche Weise und mit recht unterschiedlichem Erfolg – alle Mitgliedstaaten der OECD gesammelt. Es ist hier nicht der Ort, über den Stand und die Ergebnisse in den einzelnen Ländern zu berichten. Jedoch kann vielleicht gesagt werden, daß den offenbar intensivsten Einsatz die USA, Kanada, das Vereinigte Königreich und Schweden zu verzeichnen haben. Die Ansätze sind unterschiedlich. Teils wird die Entwicklung und Ermittlung sozialer Indikatoren mehr als eine Fortentwicklung und Verbesserung der herkömmlichen Statistik verstanden, die dann verschiedenen politischen Zwecken zugute kommen kann (so wohl vor allem USA und Vereinigtes Königreich). Teils wiederum ergibt sich die Nachfrage nach sozialen Indikatoren aus der Absicht, politisch zu planen, und dem Bedürfnis, dafür geeignete Grundlagen zu haben (so insbesondere Frankreich). Teils endlich geht der Impuls wohl primär von dem Bedürfnis aus, "über sich Bescheid zu wissen", während die Planung eine mögliche, nicht notwendige Folge ist (so wohl Schweden). Auch die beteiligten Faktoren und ihre Aufgaben sind recht unterschiedlich. In Betracht kommt etwa der konkrete politische Auftrag an wissenschaftliche Institutionen, gewisse Bereiche zu erforschen (so vor allem Frankreich, auch Norwegen). Demgegenüber wird in anderen Ländern der Wissenschaft der eher "zweckfreie" Auftrag erteilt, die Möglichkeit sozialer Indikatoren zu erforschen (so Deutschland). Weitgehend aber sind es Regierungsstellen (Ministerien, statistische Büros usw.), die – häufig kooperativ unter Beteiligung mehrerer Träger – sich um soziale Indikatoren bemühen (so vor allem Kanada, USA, Vereinigtes Königreich und Schweden). Was die Zwecke anlangt, so kann der Ausgangspunkt vor allem bei dem Bedürfnis nach wirtschaftlicher Planung liegen (Finnland, Japan). Zumeist aber ist der Impuls mehr generell gesellschaftspolitischer (wohlfahrtspolitischer), in einem engeren oder weiteren Sinn sozialpolitischer Natur. Schließlich bestehen Unterschiede in der Aufbereitung und Veröffentlichung des Materials. Teils wird das Material speziellen Zwecken zugeführt oder auch nur regierungsamtlich-intern "gehandelt". Teils wird es umfassend veröffentlicht. Die bekannteste Publikation dieser Art sind die "Social Trends" des britischen Central Statistical Office (Nr. 1 1970, Nr. 2 1971, Nr. 3 1972).

5 Als wichtigstes bisheriges Ergebnis s. List of Social Concerns – Common to most OECD Countries, The OECD Social Indicator Development Programme, 1, 1973.

6 Dem Vernehmen nach sind auch die Vereinten Nationen in Richtung auf soziale Indikatoren aktiv.

blick auf die Probleme der "Dritten Welt", immer lauter⁷. Alles in allem zeigt sich, daß mit "sozialen Indikatoren" gerechnet werden muß: zunächst als einer Frage, als einem Problem; sodann – und das wird wohl das gefährlichste Stadium sein – als der unbewährten Behauptung aussagefähiger Daten und Normen; endlich vielleicht als wirklich leistungsfähigen Hilfen gesellschaftlicher Beobachtung und politischer Entscheidung.

II. Allgemeines zu Begriff und Problematik

1. Was sind "soziale Indikatoren"?

Der Begriff ist neu wie – zumindest in ihrer jetzt gewonnenen wissenschaftlichen und institutionellen Dimension – auch die Sache. Selbst deutsche Fachlexika der sechziger Jahre weisen ihn noch nicht aus⁸. Und wer in allgemeineren Wörterbüchern sucht, wird zwar unter dem Stichwort "Indikator" fündig, aber doch nur in so spezifischem naturwissenschaftlichem und technischem Sinn wie dem, daß Lackmus durch Rotfärbenden Säuren "indiziert". Weiter hilft schon, daß der Begriff aus dem Angelsächsischen stammt und dort ein indicator schon seit jeher etwas ist, was etwas anzeigt⁹. Das entspricht auch dem komplexen lateinischen Ursprung, der zudem mit dem möglichen Sinn des Wortes indicare als "den Wert einer Sache bestimmen"¹⁰, einen spezifischen Akzent angibt, der gerade für die 'social indicators' von Interesse ist.

7 S. zu der Unzulänglichkeit der vorhandenen Messungsmethoden für die Probleme der Entwicklungsländer etwa *Jonathan Levin*, Zur Messung der Staatstätigkeit, Finanzierung und Entwicklung, 9. Jhg. (1972) Heft 3 S. 14 ff.; *V.C. Nwaneri*, Kriterien zur Einkommensverteilung für die Analyse von Entwicklungsprojekten, a.a.O. 10. Jhg. (1973) Heft 1 S. 12 ff. – S. darüber hinaus auch zu dem Gedanken soziale Indikatoren auch zur Rationalisierung und Stabilisierung der Politik in den Entwicklungsländern zu nutzen, z.B. *Irving S. Friedman*, Dilemma der Entwicklungsländer: Das Schwert des Damokles, Finanzierung und Entwicklung 10. Jhg. (1973) Heft 1 S. 12 ff., 37 (S. 15): "Ich bin immer mehr zu der Überzeugung gelangt, daß zur Änderung ungünstiger und zur Stärkung günstiger Trends folgende Ziele anzustreben sind: 1. Erreichung eines nationalen Wertsystems, das die wichtigsten sozialen und ökonomischen Ziele der Gemeinschaft aufzeigt. Es soll z.B. den Politikern helfen, die Meinung ihrer Wähler über Probleme wie Industrialisierung, Konsum kontra erhöhte Spar- und Investitionstätigkeit, Modernisierung der Landwirtschaft, Einkommensverteilung sowie nationales Selbstvertrauen kontra Auslandshilfe zu erfahren. Um akzeptiert zu werden, sollte die Wertskala leicht verständlich und in der Kultur des jeweiligen Landes fest begründet sein." S. dazu neuerdings auch *George J. Novak*, Prioritäten beim Aufbau von Statistiken, ebd. Heft 3 S. 9 ff.

8 So z.B. Handwörterbuch der Sozialwissenschaften 1956-1968 (insbesondere auch den Registerband, 1968).

9 *The Concise Oxford Dictionary*, 4th Edition (o.J.) S. 607: 'Person, thing, that points out'.

10 Im einzelnen zu den verschiedenen Ableitungen und Bedeutungen z.B. *Friedrich Adolph Heinichen*, Lateinisch-deutsches Schulwörterbuch, 4. Aufl. 1881, S. 419.

“Soziale Indikatoren” sollen also soziale Sachverhalte (im weitesten Sinne) anzeigen. Sie sollen soziale Tatbestände und Wertungen in Maßgrößen ausdrücken und so die Vergleichszusammenhänge faßbar machen¹¹. Das Besondere daran läßt sich vorerst am besten in einem mehrfachen “nicht nur” sagen. Soziale Indikatoren sollen anders als herkömmliche Statistiken nicht nur a priori Zählbares ausdrücken. Sie wollen Wohlstand nicht nur in ökonomischen Größen ausdrücken. Sie sollen vor allem die Fesseln der herkömmlichen Rechnungen des Sozialprodukts sprengen. Sie sollen nicht nur über Aufwendungen (vulgo: inputs), sondern über Wünsche und Bedarfe und ihre wirkliche Befriedigung (vulgo: outputs) berichten. Sie sollen – und das versteht sich nun schon von selbst – vor allem nicht nur in monetären Größen rechnen und auch Übersetzungen natürlicher Größen in Geldwertgrößen möglichst vermeiden. Positiv ausgedrückt bedeutet das nach dem 1969 vorgelegten, mittlerweile schon klassischen Bericht einer US-Arbeitsgruppe mit dem Titel “Toward a Social Report”¹²: Ein sozialer Indikator kann als eine Statistik von direktem normativem Interesse definiert werden, die eine konzise, umfassende und ausgewogene Beurteilung wichtiger gesellschaftlicher Lebensbedingungen erlaubt. Ein sozialer Indikator ist in jedem Fall ein direktes Maß für Wohlfahrt, das so zu interpretieren ist, daß sich die Verhältnisse dann verbessert haben oder die Leute sich jedenfalls dann besser fühlen, wenn sich eine Größe in der “richtigen” Richtung verändert, während andere Umstände gleich bleiben. In diesem Sinne sind Zahlen über Ärzte oder Polizisten keine sozialen Indikatoren, während Angaben unmittelbar über Gesundheit oder Verbrechenshäufigkeiten solche sein können.

2. Zur Entwicklung und Ermittlung sozialer Indikatoren

Besser als Versuche abstrakter Definition kann das, was mit sozialen Indikatoren gemeint ist, vielleicht eine exemplarische Information über die bisherigen Arbeiten an und mit sozialen Indikatoren verdeutlichen. Deutsche Erfahrungen oder gar Institutionen liegen freilich kaum vor¹³. Die führenden Länder in den

11 S. hierzu und zum Folgenden vor allem *Wolfgang Zapf*, Soziale Indikatoren, in: “Soziologie” – René König zum 65. Geburtstag, 1972, S. 261 ff.; *dens.*, Zur Messung der Lebensqualität, Zeitschrift für Soziologie, 1. Jhg. (1972) S. 353 ff. – beide Abhandlungen mit eingehender Bibliographie; s.a. *dens.*, Lebensqualität und soziale Indikatoren, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 3. Jhg. (1972) S. 267 ff. Weitere Nachweise s. grundsätzlich dort. Ergänzend s.a. *Reinhardt Bartholomäi*, Soziale Indikatoren, Die neue Gesellschaft 19. Jhg. (1972) S. 943 ff.

12 *Toward a Social Report*, U.S. Department of Health, Education and Welfare, 1969. Der folgende Text bis zum Ende des Absatzes ist eine freie Übersetzung von S. 97 ebd.

13 S. noch einmal Anm. 2, 2a und 11. Auch die in Anm. 2a zitierte Veröffentlichung stellt erst einen Anfang dar. Der Übergang von der herkömmlichen Statistik zu “sozialen Indikatoren” ist für die einzelnen Branchen und Ressorts noch recht unterschiedlich gelungen, so daß die Arbeit insgesamt einen unausgeglichenen Eindruck vermittelt.

Bemühungen um soziale Indikatoren sind wohl die Vereinigten Staaten, Kanada, Großbritannien, Frankreich und jüngst auch Schweden¹⁴. Aber überall scheinen noch die Bemühungen weit vor den Erfolgen und Anwendungs-Erfahrungen zu rangieren. Und selbst eine so offene und umfassende Berichterstattung wie die britischen "Social Trends"¹⁵ informiert weit besser über die Möglichkeiten der Aufbereitung von Material als über die Operationalität seiner Aussagen.

Das erste Wagnis, die erste Gefahr, die erste Schwierigkeit liegt schon in der Entscheidung, auf welche Sachverhalte hin denn die soziale Welt befragt werden soll. Hier muß der Absprung von den herkömmlichen Statistiken, von den volkswirtschaftlichen Rechnungen und dergleichen gefunden werden. Aber es ist offensichtlich, daß diesen Kategorien schon Hypothesen über die Sachstrukturen zugrunde liegen, die aufgehehlt werden sollen, und daß die Ermittlung und Handhabung der so ermittelten sozialen Indikatoren zwar Korrekturen ermöglichen oder nahe legen kann, daß es aber – vom Gesetz der Trägheit bis zum ideologischen Hintergrund jener Hypothesen, von technischen Hemmnissen und Vorzügen bis zu politischem Mißbrauch – genug Gründe gibt, die solche Revisionen erschweren. Die "sozialen Betreffe" auf die sich soziale Indikatoren beziehen, sind so tendenziell Einbahnstraßen, wenn nicht Sackgassen.

Wie aber kann man sich nun ein System "sozialer Betreffe" denken? In "Toward a Social Report"¹⁶ ist folgendes grobes Rastersystem zugrunde gelegt: Gesundheit und Krankheit; soziale Beweglichkeit; physische Umwelt; Einkommen und Armut; öffentliche Ordnung und Sicherheit; Ausbildung, Wissenschaft und Kunst; Teilhabe und Entfremdung. Die Liste der "Fundamental Social Concerns" der OECD¹⁷ enthält nunmehr folgende Überschriften: Gesundheit; individuelle Entwicklung durch Ausbildung; Beschäftigung und Qualität des Arbeitslebens; Zeit und Freizeit; Verfügung über Güter und Dienste; physische Umwelt; persönliche Sicherheit und Rechtspflege; soziale Entfaltungsmöglichkeiten und Partizipation¹⁸. Um ein Beispiel zu geben wie diese Überschriften konkretisiert werden, sei

14 S. nochmals Anm. 4. – Einen originellen Fall stellt Japan dar. Nach den dem Verfasser vorliegenden Informationen hat Japan zwei größere Arbeitsgruppen eingesetzt, die sich mit sozialen Indikatoren befassen und insbesondere dem Nationalen Wirtschaftsrat und dem Rat für die Lebensweise der Nation berichten sollten. Beide Arbeitsgruppen haben ihre einleitenden Arbeiten abgeschlossen, ohne zu einem vorläufigen positiven Ergebnis zu kommen. Die zuständigen japanischen Stellen warten nunmehr auf den Fortgang der Arbeiten im Rahmen der OECD.

15 S. nochmals Anm. 4 a.E.

16 S. Anm. 12.

17 S. Anm. 5.

18 A.a.O. S. 14 ff. Die Übersetzung ist im gebotenen Maße frei. Zum Vergleich die Überschriften in der Anm. 2a zitierten Schrift über "Gesellschaftliche Daten 1973": Bevölkerung; Gesundheit; Bildung; Wissenschaft, Forschung und Entwicklung; Erwerbstätigkeit; Einkommen; Verbrauch und materieller Lebensstandard; Physische Umwelt; Soziale Umwelt; Beteiligung; Rechtspflege; Öffentliche Finanzen. Die Überschriften sind jedoch im Verhältnis zu dem, was sie überschreiben, von recht unterschiedlicher Signifikanz. Der Leser möge sich selbst vergewissern!

hier der Bereich von "Sicherheit und Rechtspflege" herausgegriffen. Der Abschnitt¹⁹ weist folgende Gliederungen auf:

- Gewaltverbrechen und Beunruhigung der individuellen Existenz
 - betreffend Personen
 - betreffend Vermögen
 - betreffend die Wahrnehmung von Gefahren für Sicherheit und Schutz
- Fairness und Menschlichkeit der Rechtspflege
 - im Bereich des Strafrechts
 - im Bereich des Privatrechts
 - in der Verwaltungspraxis
- Das Vertrauen in die Rechtspflege^{19a}.

Solche Kataloge können nicht entwickelt werden, ohne daß ihnen ein generelles Ziel vorgegeben ist. So kann nach minimalen oder maximalen sozialen Bedingungen gefahndet werden: etwa nach irgendeinem Standard von individuellem oder gesellschaftlichem Existenzminimum, oder nach den Grenzen des Wirtschaftswachstums. Zusätzliche Schwierigkeiten bereitet es offenkundig, optimale Konstellationen zu erfragen: etwa eine ausgeglichene Befindlichkeit oder Entwicklung der Gesellschaft. Die Summe der Interdependenzen läßt dabei leicht alle potentiellen Elemente in einem perpetuum mobile von Prämissen und Konsequenzen unfaßbar werden²⁰.

In besonderem Maße ermutigende Probleme stellen sich, wenn und weil die "sozialen Betreffe" nicht nur als Möglichkeiten gesehen werden, um soziale Gegebenheiten mehr oder minder isoliert zu erfassen und zu bewerten, sondern auch um ihre Bewertung vergleichbarer zu machen. Diese *Gewichtung* heißt letztlich Quantifizierung der Qualität²¹. Und auch hier liegen nicht nur die Schwierigkeiten, sondern auch die Gefahren auf der Hand. Ein erschöpfendes System fester Relationen der jeweils erfaßten Werte und Größen zueinander – etwa von Ruhe/Lärm bis zu Präsenz/Abwesenheit kirchlicher Einrichtungen, vom Klima bis zu Verkehrsverbindungen aller Art, von der Qualität des Trinkwassers bis zum Rundfunk- und Fernsehempfang zum Zwecke der Ermittlung der Qualität eines Ortes (Ortsteiles) als Wohnplatz für Kinder, Alte, Berufstätige, Nichtberufstätige

19 A.a.O. S. 17, 25 f.

19a Zum Vergleich die Untergliederung der in Anm. 2a zitierten Schrift über "Gesellschaftliche Daten 1973" zu dem Kapitel "Rechtspflege" (a.a.O. S. 259 ff.): Straftaten und Straffällige; Strafmündige und strafunmündige Täter, zurechnungsfähige und vermindert zurechnungsfähige Abgeurteilte, abgeurteilte Vollrauschtäter; Verurteilte nach Hauptdeliktgruppen; Verurteilte nach Hauptdeliktgruppen und Altersgruppen." "Rechtspflege" ist danach nur Strafrechtspflege und auch da nur Anklage und Urteil!

20 Gerade zum Vorigen sei nochmals mit Nachdruck auf Anm. 11 verwiesen. S. ergänzend auch Anm. 4.

21 Einen guten Einblick in solche Probleme gibt etwa *H.H. Koelle*, Ansätze für ein praktikables, zielorientiertes Modell der gegenwärtigen Gesellschaft, Analysen und Prognosen, Heft 22, September 1972, S. 22 ff., Heft 23, September 1972, S. 23 ff.

usw.²² – ist letztlich irreal und inhuman. Es täuscht möglicherweise Aufzählbarkeit des Relevanten und Quantifizierbarkeit der Relationen nur vor, um ein Maximum an vordergründiger Rationalität und Operationalität zu erzwingen. Vor allem aber liegt technologischer Selbstzweck ebenso nahe wie unaufgedeckte (politische, ideologische, ökonomische, soziale) Wertung.

Um soziale Indikatoren so zu entwickeln, daß aus ihnen politische Konsequenzen möglichst unmittelbar abgelesen werden können, ist aber nicht nur Quantifizierung der Qualität durch Gewichtung notwendig, sondern auch der *Einbezug von Maßnahmen* zur Bewahrung oder Veränderung der Verhältnisse und der Verwirklichung der ermittelten Bewertungen, sowie wiederum die Bewertung der Maßnahmen – insbesondere der Auswahl unter mehreren möglichen – und ihres Erfolges²³.

Dabei ergeben sich unterschiedliche Aufgaben, Ziele, Möglichkeiten und Mittel, aber auch Gefahren je nach der Ebene, für die soziale Indikatoren entwickelt und ermittelt werden sollen: vom Einzelnen über soziale Gruppen, Kommunen und ähnliche Selbstverwaltungseinheiten, bis zum Staat und zu supranationalen und internationalen Dimensionen.

Schließlich aber erwachsen heillose Probleme der Kompetenz und des Verfahrens: von wem und in Auseinandersetzung mit wem sollen soziale Indikatoren kategorial – man könnte sagen: als Fragen – entwickelt, real – im Sinne von Antworten – ermittelt und – als Maßstäbe interpretiert werden²⁴? Dabei ergibt sich wiederum eine verwirrende Kombinatorik. Diese erwächst zunächst schon aus der Vielzahl der skizzierten Ebenen, aus denen heraus soziale Indikatoren formuliert und ermittelt und für die sie relevant sein können. Dabei ist neben der sachlichen, räumlichen und personellen Abgrenzung von Räumen der Ermittlung, Beurteilung und Gestaltung auch die notwendige zeitliche Fixierung – punktueller oder periodischer Natur zu bedenken. Ferner ist daran zu denken, daß Funktionen und Rollen von Fragenden, Befragten und Interpreten verschieden differenziert und subjektiv und verfahrenstechnisch aufgeteilt werden können. Schließlich aber versteht sich, daß soziale Indikatoren nicht allein im Wechselspiel zwischen Volk und allgemeinen politischen Behörden der Gemeinwesen entwickelt und ausgewertet werden können. Vielmehr stellen sich etwa Fragen wie die: inwieweit spezifische Institutionen (etwa mit annähernder Unabhängigkeit nach dem Muster

22 S. dazu z.B. *Rainer Mackensen und Wolfgang Eckert*, Zur Messung der Attraktivität, von Großstädten, Analysen und Prognosen, Heft 11, September 1970, S. 10 ff.; *Mackensen*, Attraktivität der Großstadt – ein Sozialindikator, Analysen und Prognosen, Heft 16, Juli 1971, S. 17 ff.; *Peter Ibler und Georg-Dietrich Jansen*, Die Bewertung städtischer Entwicklungsalternativen mit Hilfe sozialer Indikatoren, 1972.

23 S. dazu noch einmal Anm. 21 und Anm. 22.

24 S. zu der sachlich in gewisser Hinsicht parallelen, aber weitaus spezielleren Diskussion um wirtschaftspolitische Regelmechanismen das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium für Wirtschaft über "Regelmechanismen und regelgebundenes Verhalten in der Wirtschaftspolitik", in: Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Sammelband der Gutachten 1948 bis 1972, 1973, S. 597 ff.

Statistischer Ämter) eingerichtet werden sollen, inwieweit Experten (Experten-
gruppen, wissenschaftliche Institute) oder besondere sachverständige Behörden
(z.B. nach dem Vorbild des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamt-
wirtschaftlichen Entwicklung) zu beteiligen sind, inwieweit gesellschaftliche
(verbandliche oder unternehmerische) Faktoren mit der Entwicklung sozialer
Indikatoren betraut oder darin beschränkt werden sollen, schließlich auch, inwie-
weit die Allgemeinheit (nach den Gepflogenheiten der Demoskopie und weitge-
hend auch der Statistik) durch ausgewählte Gruppen repräsentiert werden kann
oder soll.

3. Das Interesse an "sozialen Indikatoren"

Soziale Indikatoren sind zunächst also vor allem Idee. Die Quantifizierung des
Qualitativen und die Vergleichung des Ungleichen hat viel von der Quadratur des
Kreises an sich. Aber auch diese kennt Formeln von beträchtlichem Annäherungs-
grad. Und dem gesellschaftlichen und politischen Interesse an sozialen Indika-
toren wäre auch mit Annäherungswerten oft schon viel geholfen. Dieses Interesse
hat rasch eine sozialwissenschaftliche, vor allem aber auch die eingangs erwähnte
politische Konjunktur der sozialen Indikatoren aufkommen lassen. Es ist von
vielen Zugängen her zu verstehen.

Da ist zunächst ganz allgemein das Bedürfnis nach Rationalisierung der sozia-
len und politischen Diskussionen und Entscheidungen. Man könnte – etwa im
Sinne von *Arnold J. Toynbee's*²⁵ Theorie der mittleren optimalen Herausforderung
als Grundlage der Kultur – davon sprechen, daß die gegenwärtige Spannungslage
zwischen Mangel und Überfluß, zwischen Beharrung und Wandel der Strukturen,
Techniken und Wertungen, zwischen Konflikt und Friedensbedürfnis auf den
verschiedensten nationalen und internationalen Ebenen menschlicher Gesell-
schaft ein Bedürfnis nach Kommunikation und Planung hat entstehen lassen, das
nicht ohne gesteigerte Rationalität des Verständnisses der sozialen Phänomene
denkbar ist. Dabei haben neuere Methoden und Techniken wie Informatik, Öko-
nometrie, Entscheidungstheorie und Konfliktforschung die Rationalität sozialer
Begegnung – wenn auch mitunter nur scheinbar – gesteigert; sie können aber nur
unter der Prämisse besserer systematischer Aufbereitung und möglichst quantita-
tiver Erfassung der sozialen Verhältnisse und ihrer Relationen voll genutzt wer-
den.

Besonders deutlich wird das alles in bezug auf die *Planung* als Instrument
gestufter Entscheidung und Koordination in und zwischen verfaßten Gesellschaf-
ten, insbesondere im Staat und seinen Gliedern²⁶. Ihren in mannigfacher

25 S. z.B. die deutsche Kurzfassung: *Arnold J. Toynbee*, *Der Gang der Weltgeschichte, Aufstieg und Verfall der Kulturen*, 2. Aufl. 1950 (übersetzt von *Jürgen von Kempster*).

26 S. statt aller anderen: *Joseph H. Kaiser* (Hrsg.), *Planung I-VI, 1965-1972; "Regierungspro-
gramme und Regierungspläne"* Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 51, 1972.

Hinsicht "harten Kern" bildet die Finanzplanung. Und doch liegt es nur zu nahe, zur Entwicklungs- und Aufgabenteilung auszugreifen²⁷. Sie aber läßt möglichst umfassende Systeme vergleichbarer operationaler Größen für soziales Sein und Sollen dringend wünschen. Nicht zufällig wurde deshalb der vergleichsweise überschaubare Bereich kommunaler Entwicklungsplanung zu einem der hoffnungsvollsten Experimentierfelder der Arbeit mit sozialen Indikatoren²⁸.

Vielleicht läßt sich auch sagen, daß in einer Zeit raschen Wandels der Techniken und Werturteile nicht nur die Notwendigkeit empfunden wird, die richtige Reaktion auf jeweils Neues durch die systematische Aufbereitung potentieller Bezugsrahmen zu erleichtern, sondern die Innovation durch die Aufschließung möglicher Entwicklungszusammenhänge, Rückstandsfelder und ganz generell bisher ungehener Sachstrukturen fördernd zu steuern²⁹.

Einen wesentlichen Impuls aber bezieht die Entwicklung der sozialen Indikatoren aus Rede und Denkvorstellung von der "*Qualität des Lebens*"³⁰. Sie ist Kritik an der ökonomischen Orientierung gesellschaftlicher Wertungen und Aktivitäten, so aber zunächst weitgehend nur eine Leerformel für die Werte, welche die ökonomischen ersetzen oder ergänzen könnten. Und darin steckt eine – verhängnisvolle – Verwandtschaft mit den sozialen Indikatoren. Auch diese geben weitge-

27 S. z.B. aus jüngerer Zeit: *Rainer Wahl*, Notwendigkeit und Grenzen langfristiger Aufgabenplanung als Instrumente der Regierungsplanung, *Die Verwaltung* Bd. 6 (1973) S. 1 ff.

28 S. noch einmal Anm. 22. Vor allem in Österreich, Italien und Schweden ging die Initiative für die Bemühungen um soziale Indikatoren sehr stark von dem Bedürfnis aus, regionale Entwicklungen zu vergleichen. S. für Deutschland nunmehr den Abschnitt "Raum und Stadt" in "Gesellschaftliche Daten 1973" (Anm. 2a) S. 174 ff.

29 S. dazu z.B. auch Einsetzung und Aufgabenkreis der "Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel" (vgl. Jahreswirtschaftsbericht 1971, Deutscher Bundestag, Drucksache VI/1760 Rn. 100; Sozialbericht 1971 Rn. 41/42).

30 S. *Zapf* a.a.O. Anm. 11. – S. z.B. auch *Koelle*, Ein Zielfindungsexperiment über die Qualität des Lebens, Analysen und Prognosen, November 1972, S. 15 ff. Gleichsam regierungsmäßig wird dieser Zusammenhang nachdrücklich hergestellt durch *Erhard Eppler*, Alternativen für eine humane Gesellschaft, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung 1973, S. 889 ff. Nach *Eppler* geht die Ausfüllung des Begriffs "Lebensqualität ... in vier Phasen vor sich. 1. Die negative Definition. 2. Die positive politische Formel. 3. Die Quantifizierung durch Kennziffern. 4. Die Wertung und Gewichtung der Kennziffern." (A.a.O. S. 890. Hervorhebungen nicht im Original). Einige Ausführungen dieses Verfassers, die für das Verständnis sozialer Indikatoren und der politischen Nachfrage nach ihnen aufschlußreich sind, seien wörtlich wiedergegeben (a.a.O. S. 890 f.): "Mich interessieren weniger die sogenannten Input- als die Output-Kennziffern. Mich interessiert weniger die Zahl der Ärzte pro 1000 Einwohner als der Gesundheitszustand der Menschen. Mich interessiert erst recht nicht die Zahl der Rechtsanwälte pro 1000 Einwohner, sondern die Frage, welcher Anteil der Bürger glaubt, man könne in diesem Staat sein Recht finden. Ich habe auch meine Zweifel, ob die sogenannten objektiven Kennziffern, die man durch die Statistik gewinnt, ausreichen. Ist die Zahl der Telephone pro tausend Einwohner wirklich das Maß der Kommunikation in einer Gesellschaft? Mich würde interessieren, welcher Teil unserer alten Menschen sich überflüssig oder gar ausgestoßen vorkommt, welcher Teil unserer Kinder nur mit Widerwillen zur Schule geht und bei wievielen sich dieser Widerwille bis zur Neurose steigert. Und vor allem muß der Politiker wissen, was dem einzelnen seine Arbeit bedeutet, warum sie ihm Last, Langeweile, Ekel oder Freude bereitet."

hend nur ein Ziel vor, von dem man erwartet, daß es um so mehr Substanz bekäme, je intensiver man es verfolge – zumindest: je länger man darüber rede. Die ökonomische Orientierung der Gesellschaft hatte ihren Grund nicht zuletzt in der Schwierigkeit, eine säkularisierte, kosmopolitische, mobile, insbesondere schichtendurchlässige Gesellschaft auf andere als die eben abgeschüttelten, überkommenen Wertkonsense zu einigen. "Lebensqualität" postuliert nun neue Konsense über Welt und Mensch, ohne sie produzieren zu können³¹. Und auch in dieser Verlegenheit erscheinen soziale Indikatoren als ein Weg, um das Defizit der Konsense zu überwinden oder zu verschleiern³². Jedenfalls können sie nennen, worauf Konsense sich beziehen und worüber sie sich bilden oder doch beziehen oder bilden können. Das gilt auch und gerade für den wohl wirklich, sicher aber der Mode nach wichtigsten Problembereich: den ökologischen³³.

Eng mit der Rede von der "Qualität des Lebens" hängt der gesellschaftspolitische Aufbruch der Zeit zusammen, der den Staat auf vielfältige Weise in Lebensbereiche und -bedingungen des einzelnen und der gesellschaftlichen Gruppen, Schichten und Organisationen hineinholen will, die nicht die Einfachheit ökonomischer Motive, Daten, Abläufe und Wertungen an sich haben³⁴. "Gesellschaftspolitik" ist ein Name für eine unbegrenzte Vielzahl von Problemen und Konflikten, Gegebenheiten und Möglichkeiten, Konsensen, Dissensen und Entscheidungen³⁵. Und auch dieses Dickicht schreitet danach, durch soziale Indikatoren – soviel auch immer – gelichtet zu werden³⁶. Extrem pointiert wird die Entwicklung dadurch, daß sich die westlichen Gesellschaften in einer Art negativen Konsens mehr und mehr auf die Fragwürdigkeit, wenn nicht den Unwert wirtschaftlichen Wachstums einstellen³⁷ – ja mehr noch: sich auch jenseits des Ökonomischen des

31 S. zum Problem etwa *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Qualität des Lebens – Aufgabe und Verantwortung des Staates? Die neue Gesellschaft, 20. Jhg. (1973), S. 261 ff.; *Hans Achinger*, Prolegomena zu einer Theorie der Lebensqualität, in: "Beiträge zu einer Theorie der Sozialpolitik" Festschrift für Elisabeth Liefmann-Keil, 1973, S. 295 ff.

32 Zu dieser Belastung der politischen Willensbildung durch die Frage nach der Lebensqualität s.a. *Eppler* a.a.O. S. 891 f.

33 S. *Raymond A. Bauer*, Soziale Indikatoren, in: *Stanford Andersen* (Hrsg.), Die Zukunft der menschlichen Gesellschaft mit besserer Sozialstatistik, 1971, S. 217 ff. mit Diskussion über das Thema (S. 231 ff.). S. dazu auch "Gesetz über Umweltstatistiken" in: Bulletin des Presse- und Informationsamts der Bundesregierung 1973 S. 466 f.

34 S. zu den Problemen etwa *Klaus Lompe*, Gesellschaftspolitik und Planung, 1971.

35 S.a. *Bernhard Külp*, Zur Zielproblematik in der Lehre von der Gesellschaftspolitik, in: *Der Mensch im sozio-ökonomischen Prozeß*, Festschrift für Wilfried Schreiber, 1969, S. 87 ff.; *Horst Sanmann* (Hrsg.), Leitbilder und Zielsysteme der Sozialpolitik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik n.F. Bd. 72 1973.

36 S. z.B. *Koelle*, Ansätze für ein praktikables, zielorientiertes Modell der gegenwärtigen Gesellschaft, Analysen und Prognosen, September 1972, Heft 22, S. 22 ff., Heft 23, S. 23 ff.; *F.J. Stundenbach*, Sozialindikatoren und Gesellschaftsplanung, in: "Soziologie", René König zum 65. Geburtstag, 1973, S. 291 ff. S.a. noch einmal *Eppler* a.a.O. (Anm. 30).

37 S. z.B. *J. Heinz Müller*, Wirtschaftswachstum im Spannungsfeld von Theorie und Ideologie, in: "Beiträge zu einer Theorie einer Sozialpolitik" Festschrift für Elisabeth Liefmann-Keil, 1973, S. 311 ff. Die Problematik spiegelt sich auch in den Schwierigkeiten, vor der Auslegung und Anwendung der Zielangabe "stetigen und angemessenen Wirtschaftswachstums"

Maßstabes der Leistung entäußern³⁸. Damit werden gewiß notwendige Revisionen vollzogen. Zugleich aber setzen sich die westlichen Gesellschaften einer Summe von Problemen der Orientierung, der Leistungsmotivation und der sozialen Entscheidung aus, von der noch nicht gesagt werden kann, ob es gelingen wird, sie so zeitig und befriedigend zu meistern, daß nicht robustere politische Systeme, die nicht durch Zweifel an den einfachen Maximen von Wachstum und Leistung zugleich humanisiert und geschwächt wurden und werden, eine Lösung erübrigen.

Einen wesentlich anderen Zugang zur Nachfrage nach sozialen Indikatoren eröffnen die Stichworte "Emanzipation" und "Partizipation"³⁹. Ein auf Selbstbestimmung drängender Mensch begnügt sich nicht mehr mit den herkömmlichen Methoden repräsentativer und unmittelbarer Demokratie. Er bewertet die Chance, die politischen Entscheidungen permanent und umfassend beeinflussen zu können, maximal – ungeachtet der Gefahr, daß der umfassende und stetige Einfluß aller auf die Angelegenheiten aller primär Heteronomie, nicht dagegen Autonomie bedeutet⁴⁰. Sowohl die – exemplarisch als "Bürgerinitiativen" bekannten – freien partizipatorischen Prozesse⁴¹ als auch der eklektische, partikular wirkungsvolle und hilfreiche, aber auch unheimliche und insgesamt jedenfalls unzulängliche Zugriff der Demoskopie⁴² sind allzu unausgewogen und unsystematisch, um partizipatorische Einflüsse der Allgemeinheit oder jeweils Betroffener und Interessierter ebenso zu gewährleisten wie zu regulieren und mit den notwendigen Institutionen und Verfahren repräsentativer Demokratie zu harmonisieren. Vor allem auch enthalten alle diese Methoden demokratischer Einflußnahme und Entscheidung keine Vorkehrung gegen die Ungefragtheit des Unartikulierten und so letztlich gegen die Entscheidung durch Unterlassen. Insofern trifft die Idee sozialer Indi-

in § 1 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft stehen. S. dazu z.B. "Grundfragen der Stabilitätspolitik" Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft, BMWI Studienreihe Heft 2, 1973, insbes. S. 2 f., 29 f.

38 S. *Helmut Schoeck*, *Ist Leistung unanständig?* 4. Aufl. 1972; *Peter Graf Kielmannsegg*, *Demokratienorm und Leistungsprinzip*, *Civitas* Bd. XXI (1972) S. 9 ff.; *Winfried Schlawke*, *Die industrielle Leistungsgesellschaft und ihre Kritiker*, *Zeitschrift für Politik* 20. Jhg. (1973) S. 179 ff.

39 S. zum Phänomen etwa *Klaus Landfried*, "Emanzipation" durch "Partizipation", *Betrachtungen über Motivation, Erwartungshorizont und Prämissen eines Axioms*, *Civitas* Bd. XI (1972) S. 30 ff. Insbes. zu den Problemen der Partizipation s. statt älteren Materials die Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer über "Partizipation an Verwaltungsentscheidungen" (VVDStRL Heft 31 [9173] S. 147 ff.) mit den Referaten von *Robert Walter* (S. 147 ff.) und von *Walter Schmitt Glaeser* (S. 179 ff.).

40 S. dazu z.B. *Hans F. Zacher*, *Die Pluralität der Gesellschaft als rechtspolitische Aufgabe*, *Der Staat* Bd. 9 (1970) S. 161 ff., insbes. S. 173 ff.

41 Speziell zur Querverbindung "Lebensqualität – Umweltschutz – Partizipation": *Michael Zöller*, *Demokratisierung, Kommunikation und Kontrolle*, in: *Burkhard Wellmann* (Hrsg.), *Die Umweltrevolte*, 1972.

42 S. zu den hier anzusprechenden Problemen der Demoskopie statt aller andern: *Ernst Benda* und *Karl Kreuzer*, *Demoskopie und Recht*, *Juristenzeitung* 27. Jhg. (1972) S. 496 ff. (als Festvortrag *Ernst Bendas* zum 25jährigen Jubiläum des Instituts für Demoskopie Allensbach auch selbständig veröffentlicht [1972]). Weitere Nachweise s. dort.

katoren ein Defizit, das – bei vielen Unterschieden im einzelnen – allen überkommenen und aktuell postulierten Formen demokratischer Willensbildung gemeinsam zu sein scheint: als ein System, das kraft seiner Eigengesetzlichkeit das Netz der “eigentlich” zu stellenden Fragen permanent so dicht und so weit als möglich zieht und erhält und damit den Einfluß derer, denen dadurch Antworten (erst) ermöglicht werden, permanent maximiert. Endlich könnte man von sozialen Indikatoren auch eine Korrektur der Ungleichgewichte erwarten, welche die “veröffentlichte Meinung” der Massenmedien in die Bildung der öffentlichen Meinung einbringt.

Freilich handelt es sich bei alledem kaum um etwas, was schon den Namen Hoffnung verdient. Nicht nur ist die Möglichkeit eines ebenso umfassenden wie differenzierten Systems sozialer Indikatoren noch nicht erwiesen oder gar Realität. Vielmehr steht zu besorgen, daß die Konsumenten der “veröffentlichten Meinung” die sozialen Indikatoren ebensowenig “annehmen”, wie etwa die Verbraucher die Hilfe objektiver Tests gegen Werbung, Emotion und – sonstwie gewonnenes – eigenes Urteil eingetauscht haben. Und ebensowenig werden die Interessen und Gefühle, die sich in freien partizipatorischen Aktionen auswirken, ein gleiches Genügen an der Belehrung durch soziale Indikatoren und an der Einflußnahme auf sie finden. Gleichwohl zeigen die Bezugfelder des Interesses an sozialen Indikatoren, daß die moderne Gesellschaft hier vor eine Aufgabe gestellt ist, die anzugehen sie nicht vermeiden kann und darf.

III. Soziale Indikatoren, Sozialpolitik und Sozialrecht

1. Sozialpolitischer und sozialrechtlicher Bedarf an sozialen Indikatoren

Die Gründe, die trotz aller Unklarheiten und Schwierigkeiten die Nachfrage nach sozialen Indikatoren verständlich erscheinen lassen, gelten für den Bereich der Sozialpolitik – und damit auch des Sozialrechts, das als ein Teil des Rechts sich durch nichts definieren läßt als durch die Intensität seines sozialen Zweckes, als ein Medium also der Sozialpolitik – in ganz besonderem Maße⁴³. Kaum irgendwo im Bereich bewußter Gemeinwesen-Gestaltung ist der Zusammenhang zwischen konkreten Problemfeldern und Maßnahmen auf der einen Seite und systematischer Erfassung und Durchdringung größerer Zusammenhänge so notleidend wie in der Sozialpolitik. Kaum irgendwo sonst ist der Vorrang partikularer Interessen und ihrer konkreten Berücksichtigung so groß und sind Korrektive im Sinne umfassender Prinzipien, Systeme und Theorien so schwach. Kaum irgendwo fehlt es so an durchgreifender *Rationalisierung*. Auch die gegenständliche kompetente Wissenschaft – Sozial- und Rechtswissenschaft – fügt sich weithin

43 S. noch einmal Anm. 2 ff. und den Text hierzu.

dem Primat des historisch Konkreten, Partikularen, Eklektischen und Exemplarischen⁴⁴. Zugleich fördert die Ausgrenzung jeweils konkreter Vergleichszusammenhänge den Irrtum, die im engeren Problemfeld beobachteten "ungesättigten" Vergleiche könnten durch Berücksichtigung der je benachteiligten partikularen Interessen "gesättigt" und damit könnte die soziale Situation befriedet werden, während jeder Blick auf größere Zusammenhänge die notwendige Unendlichkeit der Vergleiche und damit auch der "ungesättigten" Vergleiche, somit die Notwendigkeit wertender Auswahl und also auch des Rückgriffs auf ausholende Maximen der Wertung ergibt⁴⁵.

Aber auch die Verbindungslinie zwischen "*Lebensqualität*" und sozialen Indikatoren macht den besonderen Zusammenhang zur Sozialpolitik deutlich⁴⁶. "*Lebensqualität*" ist im modernen Gemeinwesen ohne das Instrumentarium der Sozialpolitik – insbesondere ohne soziale Sicherung – undenkbar. Aber gerade die Diskussion um "*Lebensqualität*" zeigt auch, daß diese sich nicht mit einer rein ökonomisch verstandenen Politik der sozialen Sicherung und des sozialen Ausgleichs darstellen läßt, geschweige denn mit bloß monetärer Umverteilung⁴⁷. Vielmehr spornt der topos der "*Lebensqualität*", dazu an, auch überkommene Fixpunkte der sozialen Sicherung und des sozialen Ausgleichs in neuen Bezugsrahmen vergleichbarer, kompatibel, veränderbar oder verzichtbar zu sehen. So könnte etwa ein neues Denken über die sozialen Bedingungen von Gesundheit und Krankheit⁴⁸ auch scheinbare Axiome der sozialen Sicherung gegen Krankheit in Frage stellen. Bildung als Chance hoher Lebensqualität gibt nicht nur der Bildungspolitik, sondern gerade auch den ausbildungs- und berufsbildungspolitischen Elementen sozialer Leistungssysteme neue Bezugspunkte und Aufgaben⁴⁹.

44 S. zuletzt zu diesen Fragen für den Bereich der Sozialpolitik *Gerhard Kleinheinz*, Probleme wissenschaftlicher Beschäftigung mit der Sozialpolitik, 1970; weitere Nachw. s. dort. Speziell zum Sozialrecht s. Anm. 45.

45 Das Vorstehende hat der *Verfasser* in verschiedenen Zusammenhängen vor allem in folgenden Abhandlungen anzuvisieren versucht: Bestimmungsgründe der Sozialpolitik, *Die neue Ordnung* 26. Jhg. (1973) S. 81 ff.; Faktoren und Bahnen der aktuellen sozialpolitischen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland, *Die Versicherungsrundschau* (Wien) 27. Jhg. (1972) S. 254 ff.; Faktoren und Bahnen der aktuellen sozialpolitischen Diskussion, *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit*, 3. Jhg. (1972) S. 241 ff. Insbes. zur Situation des Sozialrechts s. demnächst den *Verfasser* unter dem Thema "Zum Sozialgesetzbuch – Zustand und Problematik der Kodifikation des Sozialrechts" im "Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit" mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

46 S. dazu auch *Georg Wannagat*, Soziale Sicherheit, Wirtschaftspolitik, Lebensqualität, *Die Sozialgerichtsbarkeit*, 19. Jhg. (1972) S. 421 ff.

47 S. nochmals die Hinweise in Anm. 45.

48 S. z.B. *Christian v. Ferber*, Gesundheit und Gesellschaft. Haben wir eine Gesundheitspolitik? 1971; *dens.*, Gibt es ein sozialstaatliches Recht auf Gesundheit? *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit* 2. Jhg. (1971) S. 104 ff. S. aber auch *Edgar Helm*, Das Verhalten des Menschen in der Krankheit, *Neue Zürcher Zeitung*, Fernausgabe Nr. 171 vom 26. Juni 1973, S. 35 f.

49 Primär quantitativ der Bericht der Bundesregierung nach § 239 des Arbeitsförderungs-gesetzes (Arbeitsförderungsbericht) (Deutscher Bundestag, Drucksache 7/403).

Man denke an Zusammenhänge zwischen Wohnungswesen, Beschäftigung, Löhnen, Renten und Integration von Großfamilien, zwischen Wohnung, Arbeitsplatz und Verkehrsbedingungen oder an so umfassende Zusammenhänge wie zwischen Arbeitsbedingungen, privaten Lebensbedingungen und Beschäftigung (vom Arbeitsplatz bis zur Freizeit, vom Anteil des Arbeitslebens an der sozialen Biographie bis zu Chancen und Friktionen der Mobilität). Die exemplarischen Konstellationen von Interdependenzen, Vergleichbarkeiten und Vertauschbarkeiten ließen sich beliebig vermehren. In eher konventioneller Terminologie läßt sich der durch das modische Stichwort von der "Lebensqualität" erschlossene Zugang zur sozialpolitischen Problematik der sozialen Indikatoren auch durch den Hinweis auf den Zusammenhang zwischen sozialen Indikatoren, Gesellschaftspolitik und Sozialpolitik⁵⁰ öffnen.

Auch die Stichworte von "Emanzipation" und "Partizipation" haben im Zusammenhang mit sozialer Sicherung, sozialem Ausgleich und vor allem auch sozialer Arbeit (sozialen Diensten) usw. ihren besonderen Sinn⁵¹. Und was von ihnen her schon allgemein zur Bemühung um soziale Indikatoren anreizt, tut dies mit besonderem Nachdruck für die Sozialpolitik.

Vielleicht mit der größten Deutlichkeit aber zeigt sich die sozialpolitische Tragweite sozialer Indikatoren an ihrem Sinn, die Orientierung herkömmlicher Statistiken am a priori Quantitativen und den Input-Charakter herkömmlicher Planung und Berichterstattung zu überwinden. Die deutsche Sozialpolitik hat aus einer Reihe von Gründen eine ökonomische, in Sonderheit eine monetäre Schlagseite. Und diese Einseitigkeit – die ihre eigenen, vor allem freiheitlichen Werte hat, aber eben übertreibt und andere Werte vernachlässigt – wird unheilvoll verstärkt durch den monetären und sonstwie quantitativen Charakter sozialer Planung⁵²,

50 Hans Achinger, Sozialpolitik als Gesellschaftspolitik, 2. Aufl. 1971; s. aber auch Elisabeth Liefmann-Keil, Zur Aktivität der Interessenverbände – Gesellschaftspolitik als Sozialpolitik, in: "Sozialwissenschaftliche Untersuchungen" Festschrift für Gerhard Albrecht, 1969 S. 27 ff. S.a. nochmals "Leitbilder und Zielsysteme der Sozialpolitik" (Anm. 35).

51 Zu den juristischen Aspekten s. neuerdings Schmitt Glaeser a.a.O. (Anm. 39), insbes. S. 249 ff. m.w.Nachw. – In der Sozialarbeit ist "Emanzipation" seit langem ein zentraler Zweck und wurde "Partizipation" in den letzten Jahren mehr noch als früher zu einem Leitprinzip des Vorgehens. (Beides ist so selbstverständlich, daß es müßig wäre, Belege dafür anzudienen.) Die Gefahr ist jedoch die, daß "Emanzipation" und "Partizipation" in der Sozialarbeit selbstzweckhaft überzeichnet werden. In – heute leider nicht mehr seltenen – Extremfällen begnügt sich der "moderne" Sozialarbeiter damit, darauf zu weisen, daß die einzige Hilfe für die Klientel in der Emanzipation liegt, daß die Hemmnisse für die Emanzipation in den gesellschaftlichen Machtverhältnissen liegen und die vorläufige Hilfe, die er der Klientel bieten kann, somit darin liegt, die Klientel zur (revolutionären) Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse zu ermuntern, welche zunächst noch die Emanzipation behindern. Das ist hier nicht als bloße Kultur- und Gesellschaftskritik anzumerken. Vielmehr geht es hier um Zusammenhänge zwischen Sozialpolitik, Gesellschaftspolitik, Lebensqualität, Emanzipation, Partizipation und sozialen Indikatoren.

52 S. etwa die – für sich nützliche – aber doch extrem quantitativ orientierte Ausarbeitung: "Sozialbudget – Sozialplanung" Gutachten eines Arbeitskreises der Gesellschaft für sozialen Fortschritt, 1971.

Rechnungslegung⁵³ und sonstiger Information. Auch sozialpolitischer Einsatz und sozialpolitischer Erfolg werden eben in dem Aufwand an Geld und Geldeswert, durch die Kopffahlen des eingesetzten Personals und durch die Zählung Betroffener (sozial Gesicherter, sozialer Klientel usw.) zum Ausdruck gebracht. Die unheilvolle Konkurrenz politischer und bürokratischer Führungseinheiten um den "größten Etat" als Ausweis des größten politischen Erfolges kann gerade in der Sozialpolitik leicht zur Groteske werden. Beispiele für das Gemeinte bieten etwa das Mißverhältnis zwischen dem Aufwand für soziale Sicherheit und seinem Erfolg im Sinne der Frage "Wie sicher fühlt sich der Bürger?"⁵⁴ oder auch die Unzulänglichkeit der Information, welche die herkömmlichen Arbeitslosenziffern über individuelle, nationale und internationale Angebots- und Nachfragesituation in bezug auf Beschäftigung wirklich geben⁵⁵.

Zusammenfassend und ergänzend sei das zitiert, was eine Kommission (deren Vorsitzender der Verfasser war) der XVI. Internationalen Konferenz des International Council of Social Welfare 1972 beschlossen hat⁵⁶:

53 Projekt und Bericht zugleich sind die "Sozialberichte" des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung (zuletzt: "Sozialbericht 1973"), die der Nennung der Sachprobleme stets so gut als möglich die unmittelbar quantitativen – Köpfe und Aufwendungen zählenden – Informationen anschließen. Vollends Aufwands-orientiert ist das Sozialbudget (s. die Sozialberichte). – Die Berichte der Europäischen Kommission über die Entwicklung der sozialen Lage in der Europäischen Gemeinschaft (zuletzt: Bericht über die Entwicklung der sozialen Lage in der Gemeinschaft im Jahre 1972, Anlage zum "Sechsten Gesamt-Bericht über die Tätigkeit der Gemeinschaften" nach Art. 122 des Vertrages von Rom, Februar 1973) sind eher beschreibender Natur, aber primär rechts- und maßnahmeorientiert, ergänzt ebenfalls durch Zahlen über unmittelbar quantitative Daten. S. aber auch Anm. 3.

54 S. dazu den *Verfasser* in der Festschrift für Rohwer-Kahlmann (Anm. 1) Anm. 43 und 44 und den Text hierzu.

55 S. dazu den *Verfasser* ebenda Anm. 45 und den Text hierzu. Mit besonderem Nachdruck wurde der Verfasser auf die Probleme durch einen Vertrag aufmerksam, den ein Gast aus den Vereinigten Staaten über Beschäftigungs- und Inflationspolitik der Vereinigten Staaten gehalten hat. Der Vortrag entwickelte sehr bemerkenswerte Thesen darüber, wie gefährlich eine Anti-Inflationspolitik in die Irre gehen kann, die sich (auch) als Beschäftigungspolitik versteht, dabei aber auf unzulänglich oder falsch differenzierenden Beschäftigungszahlen aufbaut. Er regte etwa an, viel mehr nach verschiedenen Strukturen der Arbeitslosigkeit (etwa gerne "genommenen" Pausen zwischen mehreren Arbeitsplätzen im Gegensatz zur nicht befriedigten Nachfrage nach Dauerarbeit) und nach den spezifischen Gründen der Arbeitslosigkeit (rassisches handicap, Bildungsprobleme, regionale Unterschiede, spezifisches Mißverhältnis zwischen Nachfrage und Angebot bestimmter Arbeitsmöglichkeiten usw.) zu fragen. Angesichts der sehr verschiedenen Arten und Gründe der Arbeitslosigkeit in den Vereinigten Staaten führten globale Arbeitslosenziffern sowohl die Beschäftigungspolitik als auch die Wirtschaftspolitik in die Irre. Sehr ähnliche Überlegungen in einem unmittelbar sozialpolitischen Zusammenhang stellen jüngst *Anita B. Pfaff* und *Martin Pfaff* über "Einkommenssicherung für die Armen der Vereinigten Staaten von Amerika" an (in: "Beiträge zu einer Theorie der Sozialpolitik", Festschrift für Elisabeth Liefmann-Keil, 1973, S. 131 ff.). Ansatz, Methoden und Ergebnisse dieser Autoren sind geradezu ein Plädoyer für die Notwendigkeit sozialer Indikatoren.

56 Developing Social Policy of Rapid Change – The Role of Social Welfare –, Proceedings of the XVth International Conference on Social Welfare, The Hague – Netherlands, August 13-19, 1972, o.J. (1973) S. 242 ff. S. zu diesem Beschluß den Verfasser in der Festschrift für Rohwer-Kahlmann (Anm. 1), S. 598 ff.

Die Meßbarkeit der Sozialpolitik wird "Vorteile bringen für

– die Behauptung der Sozialpolitik in der Konkurrenz mit anderen Politiken, insbesondere solchen, die sich – wie die Wirtschaftspolitik – in quantitativen Größen und Prozessen darstellen können,

– den Abbau der Einseitigkeit innerhalb der Sozialpolitik, der sich daraus ergibt, daß sich Sozialpolitik quantitativ bisher nur hinsichtlich des finanziellen Aufwandes, nicht aber des sonstigen Aufwandes, ihres Erfolges und also auch des Verhältnisses zwischen Aufwand und Bedarf oder Aufwand und Erfolg darstellen kann.

– die Koordination zwischen den verschiedenen Trägern der Sozialpolitik und ihres Vollzugs, so zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten, Staat und Kommunen, Gebietskörperschaften und anderen öffentlichen Organisationen, endlich aber auch staatlichen und nichtstaatlichen Organisationen."

Dabei ist die Erwartung, daß soziale Indikatoren auch tatsächlich entwickelt und ermittelt werden können, umso eher gerechtfertigt, als die Konzentration auf einen Schwerpunktbereich – wie etwa die "soziale Sicherheit" – manche Schwierigkeit, welche die Entwicklung eines umfassenden Systems sozialer Indikatoren bereitet, erspart. Andererseits aber sollte gerade der Vorteil des Einbaues der spezielleren Fragen in die allgemeineren gesellschaftspolitischen Zusammenhänge – in die systematische Ausfüllung der Leerformel von der "Lebensqualität" usw. – nicht vorschnell preisgegeben werden.

Vor allem aber soll auch nicht übersehen werden, daß sich manche Problematik sozialer Indikatoren im sozialpolitischen Bereich mit besonderer Schärfe zeigen wird. So mag die umfassende Übersicht über das System der Bedürfnisse und ihrer Befriedigung, die den objektiven Betrachter von der wesensmäßigen Unendlichkeit schrittweiser Verbesserung und deshalb der Notwendigkeit ihrer gewillkürten Endlichkeit überzeugen sollte, auf die Träger partikularer Interessen erst recht stimulierend wirken, indem sie Bedürfnisse weckt, Chancen zur Artikulation konkreter "ungesättigter" Vergleiche eröffnet und alles in allem der für das Gesamt der Sozialpolitik so gefährlichen Konkurrenz der "kleinen" Interessen neue Energien schenkt. Zu denken ist auch daran, daß die Sozialpolitik ein Feld konzentrierten Wirkens verbandlicher Macht und Organisation von Interessen sowie der Ausgrenzung von Gemeinwesensfunktionen auf Selbstverwaltungsträger ist. Das ergibt für die Frage nach den Subjekten der Entwicklung, Ermittlung, Interpretation und Sanktion sozialer Indikatoren zusätzliche Alternativen und Konflikte⁵⁷. Man kann wohl voraussagen, daß der heute zwischen verschiedensten Gruppen offen oder verdeckt sich vollziehende Verteilungskampf in der Auseinandersetzung um die sozialen Indikatoren ein neues und wichtiges Feld – man könnte auch sagen: einen neuen "Nebenkriegsschauplatz" – finden würde. Gleichwohl darf nicht übersehen werden, in welchem Maße soziale Indikatoren – und schon das Bemühen um ihre Entwicklung – neue Möglichkeiten für rationale Diskussion, für Koordination und Kooperation und endlich für Verantwortung und Kontrolle bieten könnten.

57 S. noch einmal Anm. 45.

Abschließend sei zu den vorstehend skizzierten Problemen noch einmal die erwähnte Kommission des International Council on Social Welfare zitiert⁵⁸:

I. Die Messung des Erfolges einer Sozialpolitik hat einen prognostischen, einen diagnostischen und einen retrospektiven Wirkungskreis. Der erste ist für die Planung, der zweite für die Steuerung und den Vollzug, der dritte für die Kontrolle und die Auswertung der Erfahrungen mit den Programmen einer Sozialpolitik und ihrer Verwirklichung bedeutsam. Unter diesen Gesichtspunkten ist die weitere Entwicklung sozialer Indikatoren wichtig, um eine rationale Diskussion und Entscheidung sozialpolitischer Probleme zu ermöglichen, Sozialpolitik für alle Beteiligten und Betroffenen verständlich zu machen und sie vor allem sowohl demokratischen Kontrollen zu unterwerfen, als auch vor schädlichen Auswirkungen des Wettbewerbs um die politische Macht zu schützen.

II. ...

III. 1. Die Entwicklung sozialer Indikatoren darf von vornherein nur als ein Mittel verstanden werden, um die demokratisch legitimen Entscheidungen und Kontrollen über Inhalt und Grenzen der Sozialpolitik zu erleichtern und zu verbessern, nicht dagegen sie vorwegzunehmen oder zu ersetzen. Ebenso dürfen sie die individuelle und kollektive Autonomie nicht schmälern. Sie sollten vielmehr eine Hilfe zu ihrer bewußteren Nutzung sein.

2. Auch wenn diese Grundsätze anerkannt sind, bleibt die Gefahr, daß die Entwicklung sozialer Indikatoren Sozialpolitik und -arbeit, aber auch individuelle und kollektive Verhaltensweisen von Voraussetzungen und möglichen Wirkungen von Entscheidungen sind schon aus Bereichen geläufig, in denen es unmittelbar um quantitative Größe geht. Sie vergrößern sich, wenn die quantitative Darstellung mehr oder weniger erst dadurch möglich wird, daß für qualitative Erscheinungen quantitative Ausdrucksweisen gewillkürt werden. Das aber ist bei sozialen Indikatoren unumgänglich. Dazu kommt, daß nicht nur das System der Fragestellung weitgehend von den Vorstellungen und Absichten dessen abhängt, der es entwickelt, sondern daß auch die Antworten auf sozialpolitischem Feld weitestgehend von subjektiven Erfahrungen, Zielvorstellungen und Wertungen abhängen, ja daß in gewissem Umfang gerade diese erfragt werden müssen.

Dem muß Rechnung getragen werden, indem die Entwicklung sozialer Indikatoren nicht einem Träger – auch nicht etwa "neutralen" Trägern wie den statistischen Ämtern – allein überlassen werden darf. Vielmehr sollten von vornherein mehrere Systeme von sozialen Indikatoren durch mehrere Typen von Trägern entwickelt werden und einander kontrollieren, so etwa eines unter der politischen Verantwortung der Regierung, eines von einer unabhängigen Behörde und wenigstens eines von nichtstaatlicher Seite.

Ferner sollte versucht werden, den Werten, die aus subjektiven Meinungen ermittelt werden, zum Ausgleich objektive Normen entgegenzustellen, die etwa von Sachverständigen entwickelt werden könnten.

3. Alle diese Schwierigkeiten sollten aber nicht davon abhalten, rasch und umfassend die Entwicklung sozialer Indikatoren voranzutreiben. Je eher Erfahrungen gesammelt werden, desto eher können Möglichkeiten und Grenzen der Messung des Erfolgs einer Sozialpolitik festgestellt werden.

58 S. noch einmal Anm. 56.

2. Einige konkretere Probleme

Der zitierte Beschluß der zuständigen Kommission des XVI. ICSW-Kongresses nimmt auch zu einigen konkreten Problembereichen Stellung. Es sei daher noch einmal exzerpiert⁵⁹:

1. Zu einzelnen Sachbereichen ist zu bemerken.

Soziale Indikatoren über *Gesundheit und Krankheit* sollten für den Komplex des körperlichen, seelischen und sozialen Wohlbefindens entwickelt werden, nicht etwa im engeren Sinne von "Gesundheit = Abwesenheit von Krankheit". Sieht man jenes Wohlbefinden determiniert durch (a) den Anteil an allgemeinen Gütern, (b) die Beeinträchtigung durch medizinisch behandelungsfähige Leiden und (c) sonstige individuelle Verhältnisse, so besteht die Notwendigkeit, soziale Indikatoren zu entwickeln, vor allem für den letzten Bereich. In ihm zeigen sich aber auch alle Schwierigkeiten, die mit der Entwicklung sozialer Indikatoren verbunden sein können: die Hereinnahme subjektiver Wertungen im vielfältigsten Sinn, den Kontrast zwischen allgemeinen Normen und subjektiven Freiheiten und die Spannung zwischen der Summe aller Wünsche und der Freiheit aber auch Notwendigkeit, daß der einzelne die Prioritäten unter mehreren Bedürfnissen setzt, die nicht alle gleichermaßen befriedigt werden können. Hier ist es insbesondere notwendig, daß soziale Indikatoren die Kombinatorik der teilweisen Befriedigung einer Summe nicht gleichermaßen erfüllbarer Wünsche zum Ausdruck bringen.

2. *Die Arbeitswelt* sollte durch soziale Indikatoren über die Befriedigung und die Belastung durch Bedingungen und Ergebnisse der Erwerbstätigkeit erschlossen werden, ergänzend aber auch durch die Aufnahme der funktionellen, zeitlichen und räumlichen Beziehungen zwischen Arbeitsplatz und privater Existenz. Auch hier muß wieder für eine Dialektik zwischen der Darstellung subjektiver Vorstellungen und objektiver Normen gesorgt werden.

Soziale Mobilität – umfassend im beruflichen, schichtenbezogenen und örtlichen Sinn verstanden – ist als Chance sozialer Verbesserung zu sehen, aber auch als Last sozialer Anpassung und als Drohung sozialen Abstieges. Der Versuch der Messung hat sich sowohl den generellen Bedingungen sozialer Mobilität (insbes. der Infrastruktur) und den Maßnahmen der Wirtschaftspolitik als auch ihren individuellen Prämissen (Ausbildung, Wohnung, Familie und Lebensalter) zuzuwenden.

3. Das *physische Environment* muß durch soziale Indikatoren primär in seiner sozialpolitischen Relevanz deutlich gemacht werden, so etwa hinsichtlich des Zugangs zu einer "guten Umwelt" oder auch einzelnen nichtinstitutionellen Gemeinschaftsgütern (Luft, Wasser, Ruhe usw.) sowie zu Erholungsmöglichkeiten je nach Einkommen und Vermögen oder je für Arbeitsplatz und Privatleben oder je für gewisse Gruppen (Kinder, Familien, Behinderte, soziale Randgruppen).

4. *Einkommen und Armut* sollten vor allem mit dem Ziel der Gewährleistung von Mindesteinkommen (getrennt für erwerbstätige und nicht erwerbstätige Personengruppen) zum Gegenstand der Messung gemacht werden. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem allgemeinen Lebensunterhalt, den besonderen Umständen, die dessen Steigerung notwendig machen (z.B. Familiengröße), und schließlich den Bedarfen, die nur im Rahmen spezifischer Dienst-, Sach- oder Geldleistungen befriedigt werden können (z.B. Krankheit, Ausbildung). Bei all dem sollten auch regionale und sektorale Differenzen faßbar und so der politischen Entscheidung unterworfen wer-

59 S. noch einmal Anm. 56.

den. Zu messen wäre ferner, welche Sicherheit die Einrichtungen der sozialen Sicherung nicht nur nach dem Gesetz, sondern nach Maßgabe der konkreten Schwierigkeiten der Ermittlung und Erlangung durch den Bedürftigen wirklich bedeuten.

5. *Öffentliche Sicherheit und Ordnung* bedingen soziales Wohlbefinden und soziale Gefahren nicht nur nach dem Grad der Kontrolle über die Kriminalität. Sozial von allgemeiner Bedeutung sind die Risiken, die von dem öffentlichen Verkehr, von Nahrungs- und Genußmitteln (bis hin zur Droge) oder auch von der Arbeitsstätte ausgehen. Sie sollten in ihrer sozialen Relevanz und hinsichtlich der Möglichkeiten, Voraussetzungen und Folgen einer Verbesserung gerade auch für sozial besonders Benachteiligte oder Gefährdete (Kinder, Kranke, ältere Menschen, Behinderte der verschiedensten Art, ausländische Arbeitnehmer, sonstige soziale Randgruppen) erfaßt werden.

6. *Lernen, Ausbildung, Wissenschaft und Kunst* sind kraft des Interesses an der Bildungsökonomie schon weitgehend durch soziale Indikatoren erschlossen, die freilich nicht zuletzt die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit zeigen. Zu ergänzen wäre ihr System vor allem hinsichtlich der sozialen, insbes. beruflichen Integration der Behinderten und sozialen Randgruppen durch Bildung (Ausbildung), ferner aber auch hinsichtlich der nichtberuflichen Erfüllung des Menschen durch die Beschäftigung mit Gegenständen der Bildung, der Wissenschaft und der Kunst.

7. *Partizipation und Entfremdung* sollten vor allem in Hinblick darauf gemessen werden, welche Chance der Befriedigung und welche Kompensation sozialer Belastungen Partizipation bieten kann, welche Gefahren der Enttäuschung ihren Wert mindern und welche Vor- und Nachteile sie von einem allgemeineren Interesse her hat. In Betracht zu ziehen ist dabei vor allem die Partizipation im Betrieb, in überbetrieblichen Sozialbereichen, in Institutionen sozialer Sicherung, bei der Planung und mehr noch bei der Verwaltung sozialer Einrichtungen (z.B. von Altersheimen) und bei der lokalen und regionalen Planung der Infrastruktur.

IV. Zur rechtlichen Problematik sozialer Indikatoren

1. Die juristische Aufgabe

Noch sind soziale Indikatoren in erster Linie eine Zielvorstellung, der keine Wirklichkeit entspricht. Aber die Arbeiten schreiten voran. Wenn auch nicht zu erwarten ist, daß es alsbald zu einem umfassenden System kommt, so muß doch mit erfolgreichen Entwicklungen wenigstens in enger begrenzten Bereichen gerechnet werden. Und es ist wohl möglich, daß partikuläre Systeme praktisch wirkungsvoller sind als umfassendere. Insofern erscheint es notwendig, die juristische Diskussion über die rechtlichen Implikationen des Phänomens rechtzeitig zu eröffnen. Dabei geht es nicht nur darum, daß das Recht seine neue Aufgabe rechtzeitig wahrnimmt, sondern daß auch die politischen und technischen Entwicklungen in bezug auf soziale Indikatoren von den positiven Gegebenheiten, technischen Notwendigkeiten und Wertungen des Rechts her mit gesteuert werden. Für die sozialen Indikatoren gilt das um so mehr, als sie viel weniger als etwa die Institutionen und Verfahrensweisen der Informatik technologisch determiniert sind und viel mehr als diese ihre Gestalt aus sozialen, insbesondere politischen Vorentscheidungen beziehen werden.

Nun ist es sicher schwierig, die juristische Diskussion um die sozialen Indikatoren allein aus den absehbaren Konzeptionen und Entwicklungen dieses Phänomens selbst heraus einzuleiten und zu führen. So wie die Erörterungen über soziale Indikatoren als Realität selbst noch jung und offen sind, so fehlt es auch an einem Vorrat an Überlegungen zu ihrer Rechtsproblematik noch völlig⁶⁰. Und die Phantasie ist überfordert, wenn sie die möglichen rechtlichen Implikationen und Konflikte, die sich aus der Entwicklung und Anwendung sozialer Indikatoren ergeben, katalogisieren soll. Darum ist es notwendig, sich nach vergleichbaren Problemen umzusehen, um aus der Rechtserfahrung mit ihnen für die sozialen Indikatoren zu lernen. Solche Vergleichsmöglichkeiten bieten etwa an:

– Die *Statistik*, als deren Erneuerung und Wandel sich soziale Indikatoren ja weitgehend darstellen. Diese Quelle ist nun freilich für die juristische Erörterung weitgehend unergiebig; denn – merkwürdig genug – die prinzipielle rechtliche und politische Verantwortung der Statistik ist bisher kaum streitig geworden⁶¹. Dieser rechtspolitische – und dogmatische “Dornröschenschlaf” der Statistik – der rechtssoziologischer Untersuchung wert wäre – wird vielleicht ohnedies ein Ende haben. So wird der in unserer Rechtsordnung zu beobachtende Ausbau des Schutzes der Individualsphäre auch bisher unaufgedeckte Konflikte mit vielleicht bisher ungeschützten individuellen Rechtswerten zum Austrag bringen⁶². Die Diskussion um den Datenschutz hat hier die Sinne bereits geschärft. Und die Überlegungen über soziale Indikatoren sind vielleicht ein Impuls mehr, die Befruchtung der juristischen Erörterungen um Statistik und soziale Indikatoren zur wechselseitigen werden zu lassen. Nicht minder deutlich tritt diese Möglichkeit hervor, wo Statistiken unmittelbar wirtschafts- und sozialpolitische Relevanz erlangen. Sollte sich etwa die Tendenz verstärken, Inflationsprobleme durch den Rekurs auf den Lebenshaltungsindex zu lösen – wie sich das in der Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* zur betrieblichen Altersvorsorge abzeichnet⁶³ – so würde dieser Lebenshaltungsindex seine technologische Unschuld verlieren und zur sozial- und wirtschaftspolitischen Größe (zum “sozialen Indikator”?) werden. Zusätzliche politische Einflußnahmen auf seine Ermittlung könnten nicht ausbleiben.

60 Der Verfasser konnte bei seinen Recherchen über die ausländischen Entwicklungen (s. noch einmal Anm. 4 und Anm. 11, insbesondere auch die in Anm. 11 in Bezug genommenen Bibliographien) keine spezifisch juristischen Hilfen finden. Die institutionellen Entwicklungen im Ausland sind freilich interessant und haben die nachfolgenden Überlegungen hie und da befruchtet.

61 Zum Recht der Statistik s. z.B. *Franz Hermann Kappes*, Die Rechtsgrundsätze für statistische Erhebungen in den Mitgliederstaaten der Europäischen Gemeinschaften, *Wirtschaft und Statistik* 1970, S. 186 ff.

62 S. dazu z.B. *Hans Hammerbacher*, Zur Frage des Datenschutzes am Beispiel der Geheimhaltung von Einzelangaben für Bundesstatistiken, *Deutsches Verwaltungsblatt* 87. Jhg. (1972) S. 410 ff.; *Günter Jacobs*, Die Unwirksamkeit der Anonymisierung von Individualdaten – dargestellt am Beispiel der Amtlichen Studentenstatistik (mit Anmerkung von *Schäfer*), *Öffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung* 3. Jhg. (1973) S. 258 ff.

63 *Bundesarbeitsgericht*, Urteil vom 30. März 1973, *NJW* 26, Jhg (1973) S. 1296 ff.

– Die Verfahrensweisen, die einen Austausch von Meinung und Willen zwischen Volk (Öffentlichkeit, Interessierten) und Politikern und Magistraten jenseits von Wahlen, Referenden und förmlichen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren ermöglichen sollen: also *Demoskopie*⁶⁴, aber auch alles das, was unter dem Namen der *Partizipation* Neuerungen über das herkömmliche Instrumentarium der rechtsstaatlichen Demokratie hinaus meint⁶⁵.

– Die (sonstigen) Verfahrensweisen der *Planung*, Koordination und Kontrolle in der rechtsstaatlichen Demokratie⁶⁶, deren Fortentwicklung die sozialen Indikatoren dienen sollen.

– Endlich die *Informatik*-Systeme⁶⁷, deren Hilfe nicht nur für die Ermittlung und Bereitstellung sozialer Indikatoren unerlässlich ist, die vielmehr auch sonst zahlreiche Konflikte mit individuellen Rechten, aber auch im Spannungsfeld öffentlicher Organisation hervorgebracht haben, die zu Analogien im Bereich der sozialen Indikatoren Anlaß geben können.

Diese Vergleichszusammenhänge können hier mitnichten erschöpfend ausgebeutet werden. Gleichwohl erscheint es notwendig, auf diese möglichen Quellen möglicher Lehren hinzuweisen.

64 S. nochmals Anm. 42 und deren weitere Nachweise. Unter diesen vor allem: *Joachim Neef*, Demokratie und Demoskopie, Juristenzeitung 26. Jhg. (1971) S. 16 ff.; *Karl Loewenstein*, Vorschläge zur Kontrolle der politischen Meinungsforschung, ebd. S. 529 ff.; *Edgar Trautgott*, Die Herrschaft der Meinung. Über die Wechselwirkungen von demoskopischen Daten und politischen Entscheidungsprozessen, 1970.

65 S. nochmals Anm. 39-41. S. ferner z.B. *Ralph Zoll* und *Norbert Blüm*, Formen und Möglichkeiten der aktiven Partizipation in der Demokratie, Vorträge gehalten anlässlich der hessischen Hochschulwochen Bd. 72, 1972, S. 43 ff.

66 S. nochmals Anm. 26 und 27 sowie *Carl Böhrer*, Entscheidungshilfen für die Regierung, 1970. – Zugleich zum Thema Partizipation: *Horst Harnischfeger*, Planung in der sozialstaatlichen Demokratie, 1969.

67 S. z.B. *Jochen Schneider* (Hrsg.), Datenschutz – Datensicherung, 1971; *Adalbert Podlech*, Datenschutz im Bereich der öffentlichen Verwaltung, Entwürfe eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 75 GG) zur Einführung einer Rahmenkompetenz für Datenschutz und eines Bundesdatenschutz-Rahmengesetzes, 1973; *Hartmut Griebe*, Ein Modell zur Datensicherung, öffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung, 3. Jhg. (1973) S. 159 ff. Umfangreiche Informationen s. auch bei *Klaus Tiedemann* und *Christoph Sasse*, Delinquenzprophylaxe, Kreditsicherung und Datenschutz in der Wirtschaft, 1973. – Zu Querverbindungen zwischen Informatik und Sozialpolitik s. z.B. *Friedrich Pappai*, Moderne Datenerfassung und Datenverarbeitung im Dienst der Sozialpolitik, Bundesarbeitsblatt 1972, S. 566 ff.; *Herbert Zschau*, Sozialdatenbank – ein Instrument der Planung, ebenda, S. 592 ff. Zur Sozialdatenbank s. nunmehr auch "Sozialbericht 1973" (s.o. nach Anm. 2) Rn. 201 ff. – Zu Querverbindungen zwischen Informatik und Sozialrecht s. ferner etwa: "Grundkonzeption für die Errichtung einer sozialrechtlichen Datenbank beim Bundessozialgericht", erarbeitet von einer Projektgruppe beim Bundessozialgericht Kassel, 1972. Es liegt auf der Hand, daß diese Querverbindungen auf unerlässliche technologische Prämissen des Ausbaues eines hinreichend leistungsfähigen Systems sozialer Indikatoren auf dem Felde der Sozialpolitik und des Sozialrechts aufmerksam machen.

2. Der Einbau sozialer Indikatoren in die Rechtsordnung

a) Soziale Indikatoren in der rechtsstaatlichen Demokratie

In dem hier gegebenen Rahmen und beim gegenwärtigen Stand der Entwicklung sozialer Indikatoren ist es kaum möglich, deren adäquaten Einbau in die Verfassungsorganisation gültig zu durchdenken. Allzuvielen Grade möglicher Konkretheit, Aussagekraft und Bindungsabsicht, eine Vielzahl möglicher Verfahren der Gewinnung und kaum weniger Konzeptionen der Subjektbasis – vom Analogon zu allgemeinen und gleichen Abstimmungen bis zur Repräsentativbefragung, von der Expertise bis zur regierungspolitischen Aussage – wären zu berücksichtigen. Sicher ist, daß ein Bündel von Kompetenzproblemen aufbricht – und dies um so mehr, je konkreter, “vollziehbarer” die “Indikationen” sind, und je dichter ihre demokratische Legitimation ist oder sein soll. Wer soll über die elementaren Ziele, wer über die Bereiche, wer über die konkreteren Fragestellungen disponieren – und auf welche Weise?

Geht man etwa von der Hypothese aus, soziale Indikatoren könnten – wie jetzt demoskopische Umfragen – von dem “angeordnet werden”, der die Haushaltsmittel hat, sie “in Auftrag zu geben”, so ist klar, daß eine Schwelle zu respektieren wäre, über welche die Aussagekraft der sozialen Indikatoren nicht hinausgehen dürfte, oder jenseits derer die Konkurrenz zwischen dem Mechanismus der repräsentativen Demokratie und der Erhebung eines Meinungsbildes mit “privatwirtschaftlichen” Mitteln demokratisch unerträglich würde. So wird man an das Prinzip der amtlichen Statistik erinnert, daß über die Erhebung von Statistiken grundsätzlich nur der Gesetzgeber verfügt⁶⁸.

In beiden Bezugsfällen ist aber gleich: die konkrete Fragestellung, Durchführung usw. obliegt nicht (voll) dem, der anordnet – sondern das eine Mal dem Statistischen Amt, das andere Mal einem demoskopischen Unternehmen. Sachlogisch vorgegeben besteht also a priori die Notwendigkeit wechselseitiger Ergänzung von grundsätzlicher politischer Verfügungsmacht einerseits und Konkretisierung und Durchführung andererseits. Also muß entschieden werden, wem die politische Disposition zustehen soll (Parlament, Regierung usw.) und wem Konkretisierung und Durchführung obliegen sollen (schlicht einem Regierungs- und Verwaltungsressort, einer mehr oder minder unabhängigen Sonderbehörde oder Anstalt und/oder privaten Unternehmen und/oder wissenschaftlichen Institutionen). Ein neuer Schritt technokratischer Selbstentfremdung – oder wenn man will: Bereicherung und Kultivierung – der Demokratie⁶⁹ erscheint unvermeidlich.

68 § 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Statistik für Bundeszwecke vom 3. September 1953 (BGBl. III Nr. 29-1) (StatG).

69 S. zu den Problemen z.B. *Hans K. Schneider* (Hrsg.), *Grundsatzprobleme wirtschaftspolitischer Beratung. Das Beispiel der Stabilitätspolitik*, Schriftenreihe des Vereins für Socialpolitik n.F. Bd. 49, 1968; *Winfried Brohm*, *Sachverständige und Politik*, in: *Festschrift für Ernst Forsthoft*, 1972, S. 37 ff.; *Fritz Neumark*, *Wissenschaft und Politik*, in: *Macht und ökonomisches Gesetz. Erster Halbband*, Schriften des Vereins für Socialpolitik n.F. Bd. 74/

Dabei wäre zusätzlich über organisatorische (Beiräte) und verfahrenstechnische (Projekt- und Durchführungsstufen, Publikationsvorschriften) Komplikationen und Kontrollen nachzudenken⁷⁰. Inwieweit konnte oder sollte die politische Disposition auf negative Anordnungen – worüber, wann von wem soziale Indikatoren *nicht* ermittelt werden dürfen – beschränkt oder erstreckt werden? In welchem Maße könnte der parlamentarischen Minderheit – analog ihrem Recht, Untersuchungsausschüsse oder Enquête-Ausschüsse zu verlangen – bestimmender Einfluß auf soziale Indikatoren gegeben werden? Könnte schließlich das Instrumentarium der unmittelbaren Demokratie – etwa im Sinne von Volksbegehren, Volksbefragung und Volksabstimmung – hier neue, zeitgemäße Gestaltungen, Anwendungen und Wirkungen finden?

Sodann ist für die Konflikte Sorge zu tragen, die sich an den *Zuständigkeitsgrenzen* zwischen Bund und Ländern und zwischen Staat und Selbstverwaltungsträgern sowie zwischen diesen untereinander auftun. War das *Bundesverfassungsgericht* gegenüber einer konsultativen unmittelbaren Demokratie – im sog. Atombewaffnungsstreit relativ streng auf die Einhaltung der bundesstaatlichen Zuständigkeitsordnung bedacht⁷¹, so ist weder die Praxis der Statistischen Ämter noch das demoskopische Auftragswesen spürbar von der Sorge um Zuständigkeitsschranken geprägt. Auch insofern ist jedoch anzunehmen, daß mit zunehmender Aussagekraft und Legitimation soziale Indikatoren eine Schwelle überschreiten, jenseits derer es notwendig ist, Kompetenzschranken einzuhalten⁷², oder durch organisatorische und verfahrenstechnische Vorkehrungen zu entschärfen⁷³.

I, 1973, S. 25 ff.; je m. eingeh. w. Nachw. In einem spezielleren, jedoch eng zu dem Thema des Textes gehörigen Sinn s. dazu auch *Harald Mattfeldt*, Zum Problem der wissenschaftlichen Politikberatung am Beispiel des Gesamtindikators des Sachverständigenrats, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 129. Band (1973) S. 634 ff.

70 Gerade bei diesen Fragen ist man immer an die Probleme richtiger organisatorischer Lokalisation und verfahrensrechtlicher Gestaltung der verschiedenen Formen öffentlicher Planung erinnert. S. nochmals Anm. 26, 27, 66 sowie *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Planung zwischen Regierung und Parlament, Der Staat 11. Band (1972) S. 429 ff.

71 *BVerfGE* 8, 104, 122.

72 Dabei stellt sich wieder die Frage, ob Kompetenzschranken aus den vorgefundenen Kategorien der Kompetenzabgrenzung abgeleitet werden können (im bundesstaatlichen System etwa aus der Kompetenzabgrenzung für Gesetzgebung oder Verwaltung?) oder originär aufgestellt werden müssen. Das Beispiel der Planung läßt eher vermuten, daß die herkömmlichen Sachkompetenzen zwar den Ausgangspunkt bilden müssen, die Abgrenzung der Zuständigkeiten für die Gewinnung sozialer Indikatoren aber damit nicht voll übereinstimmen kann. Überschneidungen sind unvermeidlich.

73 Soziale Indikatoren als "Gemeinschaftsaufgabe", als Analogon zur integrativen Planung mehrerer Aufgabenträger oder wenigstens zur Koordination und Kooperation mehrerer Beteiligter und betroffener Aufgabenträger bei Planungen? S. zur Problematik allgemein zuletzt etwa: Die Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer über "Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat" (*VVDStRL* Heft 31, 1973, S. 13 ff.) mit den Referaten von *Jochen Abr. Frowein* (S. 13 ff.) und *Ingo von Münch* (S. 51 ff.). – Zunächst bemerkenswert ist, daß soziale Indikatoren für die Wahrnehmung von Gemeinschaftsaufgaben in Betracht kommen und Voraussetzung sein können. Darauf läßt etwa die Formulierung des Art. 91 a GG schließen, wonach Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern dann vorliegen, "wenn

Verwandte Probleme stellen sich im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft: jeweils anders etwa in bezug auf politische Parteien, Interessenverbände und sonstige gesellschaftliche Organisationen, Medien der öffentlichen Meinung und private Agenturen (als potentielle Träger der Entwicklung und Ermittlung sozialer Indikatoren).

In all diesen Zusammenhängen zeigt sich auch immer wieder, daß Ordnungsprobleme nicht nur im Sinne der Frage bestehen: wer darf wann welche sozialen Indikatoren entwickeln, ermitteln, in Auftrag geben usw.? Vielmehr bestehen sie auch in bezug auf die Teilhabe an dem Material, das jeweils andere Träger produziert haben, auf die Vorenthaltung von Material, das in Richtung auf soziale Indikatoren gewonnen worden ist, auf die Unterbindung eingeleiteter Entwicklungs- und Ermittlungsprozesse und auf die gänzliche oder – objektiv und subjektiv – selektive Unterdrückung der Ergebnisse. Von der Demoskopie her sind vor allem die Probleme des Zugangs zu den Ergebnissen (oder: der Teilhabe an den Ergebnissen) und ihrer Verheimlichung bekannt. Für die sozialen Indikatoren, jedenfalls von einem gewissen Grad der Entwicklung an, sind diese institutionell wohl auch im Sinne der Frage zu sehen, inwieweit die Öffentlichkeit gewisser Verfahrensstufen, Entscheidungen und Ergebnisse allgemein vorgesehen werden muß.

Schon mit Hinweis auf die Gesetzreform der Anordnung sozialer Indikatoren, aber noch mehr nun mit dem Aspekt der Publizität von Verfahrensstadien und Ergebnissen trat auch die spezifische Problematik der Verfahrensweisen der rechtsstaatlichen Demokratie⁷⁴ in den Kreis der Erwägungen. Zahlreiche neue Fragen treten auf: von der rechtsstaatlichen Gewährleistung der Anhörung Betroffener (wann ist wer von sozialen Indikatoren so betroffen, daß er in welchem Stadium ihrer Anordnung oder Ermittlung angehört werden soll?) über Garantien öffentlicher Kommunikation von Entscheidenden (und Betroffenen) und verlässliche Bekanntgabe von sozialen Indikatoren an alle, die sie angehen, bis hin zu der Frage möglicher "Vorwirkung" sozialer Indikatoren durch Zerstörung etwa des Vertrauensschutzes zugunsten von Gesetzen, die ihnen dann "rückwirkend" Rechnung tragen.

b) Insbesondere die Gefährdung der Demokratie

Von der Entwicklung und Verwendung des Instrumentariums der sozialen Indikatoren drohen also neue Ungleichgewichte im Spiel der gewaltenteiligen, repräsentativ gestuften Demokratie sowie die Desintegration bewährter institutioneller und prozessualer Garantien, wenn diese nicht rechtzeitig in Richtung auf die

diese Aufgaben für die Gesamtheit bedeutsam sind und die Mitwirkung des Bundes zur Verbesserung der Lebensverhältnisse erforderlich ist". (Die erste Ahnung des Grundgesetzes von "Lebensqualität"?).

⁷⁴ S. zu den damit angesprochenen Problemen z.B. *Hans F. Zacher*, *Freiheitliche Demokratie, Geschichte und Staat*, Bd. 139/140, 1969, S. 68 ff.

neuen Risiken, welche die sozialen Indikatoren für die zu schützenden Verfassungswerte bedeuten, fortentwickelt und ergänzt werden. Doch erweisen sich alle die bisher angeschnittenen Probleme als vergleichsweise technisch und vordergründig, wenn man ihnen die elementare Bedrohung des Systems der repräsentativen Demokratie gegenüberstellt, die aus den sozialen Indikatoren, könnte ihre Idee voll oder doch weitgehend realisiert werden, erwachsen würde.

Repräsentative Demokratie ist die Zuordnung einer sachlich, personell, räumlich und zeitlich definierten Summe von Entscheidungsmöglichkeiten zu politischen Entscheidungsträgern vermittels ihres Mandats auf Zeit, ihrer Entscheidungsbefugnis und ihrer Verantwortung. Personen und (durch Normen im Sinne von Kompetenzbereichen und Handlungsmöglichkeiten sowie durch die tatsächlichen Gegebenheiten von Beteiligten, Räumen, Objekten, Mitteln und Zeitrelationen definierte) Situationen ergeben jeweils konkrete Entscheidungs- und Verantwortungsbedingungen. Daß in weiten Randzonen durch räumliche, zeitliche, personelle und sachliche "spill-overs"⁷⁵ Unklarheiten und Entlastungen möglich sind, kompliziert das Problem. Es ändert aber auch nichts an dem entscheidenden Faktum, daß nie die Summe aller möglichen Entscheidungen erwartet, getroffen und verantwortet wird. Vielmehr werden Entscheidungen – auch im Sinne von Prioritäten, Alternativen usw. – immer nur situationsbedingt als notwendig erkannt, getroffen oder unterlassen und als Handlung oder Unterlassung verantwortet. Nur in diesem Sinne konkreter, situationsbedingter auswählender personal zurechnender Integration kann das Gemeinwesen seiner Entscheidungslast gerecht werden.

Soziale Indikatoren nun würden – je nach dem Grad der Verwirklichung ihrer Idee – diese komplexen, begrenzten und doch interdependenten und kohärenten Prozesse vor allem unter folgenden Gesichtspunkten verändern: durch die – unberechtigte – Annahme vollständiger Aufzählbarkeit möglicher und notwendiger Entscheidungen und ihrer Interdependenzen; durch die Verfremdung der Artikulation von Entscheidungsmöglichkeiten und Notwendigkeiten von einem poli-

75 S. dazu z.B. *Liefmann-Keil*, Spill-over Effekte und Praxis des finanzpolitischen Interventionismus, in: "Theorie und Praxis des finanzpolitischen Interventionismus", Festschrift für Fritz Neumark, 1970, S. 583 ff.; *dies.*, Sozialpolitische Entscheidungen, Wahl- und Legislaturperioden, in: "Aspekte der Friedensforschung und Entscheidungsprobleme in der Sozialpolitik" herausgegeben von *Horst Sanmann*, 1971, S. 61 ff. – Steht bei der vorzitierten Autorin auch die Problematik der Periodisierung der komplexen Beziehung Person-Situation-Entscheidung-Verantwortung im Vordergrund, so ist für ein gegliedertes Staatswesen das "Überschwappen" von Handlungsmöglichkeiten und Verantwortlichkeiten gerade auch im Hinblick auf die sachlichen und räumlichen Kompetenzen von Bedeutung. Wieviel Politik wird nicht allein mit dem echten und verbalen Verschieben (Zuschieben) von Verantwortlichkeiten zwischen Bund und Ländern, Staat und Gemeinden usw. und mit dem Hinweis auf jeweils fremdgesetzte Daten gemacht? Wer setzt wem welche Bedingungen mit welchem notwendigen und welchem gewillkürten Effekt? Wer nutzt welche fremdgesetzlichen Bedingungen wozu? Soziale Indikatoren könnten ein geradezu "ideales" Spielfeld sein, die Grenzpositionen als solche zu entfalten, Forderungen und Erwartungen in andere Zuständigkeitsbereiche "hinüberzuschießen", partikuläre Forderungen (quasi-)plebiszitär zu bekräftigen usw.

tischen, interessenbestimmten oder emotionalen Vorgang zu einem wirklich oder scheinbar technischen, logischen Vorgang; und durch die Permanenz der Einflußnahme Nichtentscheidender und auch Nichtverantwortlicher (und Nichtbetroffener) auf die Entscheidungen. Daraus können Belastungen für das Funktionieren der repräsentativen Demokratie erwachsen, die durch die Hilfe, welche die sozialen Indikatoren für Entscheidungsinitiativen, Argumentationen, Entscheidungen und Kontrollen gewähren können, auch nicht mehr annähernd ausgeglichen werden.

Das Nebeneinander von repräsentativer und herkömmlicher unmittelbarer Demokratie (diese im Sinne punktueller unmittelbarer Entscheidung von Einzelproblemen durch das ganze Volk anstelle der repräsentativen Organe) kann damit – nämlich mit der permanenten teils rückwärtsorientierten, teils gleichzeitigen, teils vorwärtsorientierten Begleitung der politischen Arbeit der repräsentativen Organe durch die Entwicklung und Beeinflussung von Katalogen von Problemen und Lösungen – nicht sinnvoll verglichen werden. Unmittelbare Demokratie dieser Art ist mehr oder weniger immer punktuell und exzeptionell, steht *neben* der magistratischen, repräsentativen Demokratie, ergänzt diese und setzt sich mit ihr auseinander. Aber für das Funktionieren des Gemeinwesens ist diese unverzichtbar. Eher gibt vielleicht die heute mitunter anzutreffende Häufung von Bürgerinitiativen im kommunalen Bereich einen Vorgeschmack auf den Gestaltwandel, ja Gestaltswund des repräsentativ-demokratischen Prozesses, der von sozialen Indikatoren ausgelöst werden kann, wenn sie als Instrumente einer permanenten partizipatorischen Demokratie praktiziert werden. Andere Elemente dieser Erosion der repräsentativen Demokratie zeigen sich dort, wo ein hybrider Gebrauch der Demoskopie die auch und gerade in der Demokratie notwendige Führungsfunktion zu erübrigen scheint und die Dialektik zwischen Führung und Geführten aufhebt.

c) Die Rechtsstellung des einzelnen

aa) Noch einmal Demokratie – status activus und soziale Indikatoren

Weithin stoßen schon die zunächst allgemeinen, “objektiven” Fragen der rechtsstaatlich-demokratischen Gestaltung der Erhebung sozialer Indikatoren auf die Rechtssphäre des einzelnen. Man braucht nur einmal die allgemeinen Wahlrechtsgrundsätze, die im Falle unmittelbarer Referendumsdemokratie auch deren Modalitäten zu bestimmen haben, durchzumustern, um auf die Problematik zu stoßen. Dabei ist vorausgesetzt, daß überhaupt daran gedacht ist, soziale Indikatoren im “Volkswillen” zu verankern – unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Wirkungen einmal dahingestellt.

Wie etwa soll die “Allgemeinheit” der Partizipation gewährleistet werden? Bedeutet sie Verzicht auf repräsentative Erhebungen, oder gibt es Modalitäten der Auswahl, die repräsentative Methoden und “Allgemeinheit” des Stimmrechts versöhnen? Welches Maß an Förmlichkeit ist notwendig, um die “Allgemeinheit” zu gewährleisten? Ist es sinnvoll und unerläßlich, die Erhebung sozialer Indika-

toren auf Aktivbürger zu beschränken? Oder sollten nicht gerade auch andere (Ausländer, Schüler, Strafgefangene usw.) einbezogen werden? Wenn aber: mit welcher Wirkung? Offensichtlich ergeben sich auch Parallelen zwischen der Bildung von Selbstverwaltungskörpern, der Erstreckung und Struktur partizipatorischer Organe und Prozesse (im überkommenen Sinn von "politischer Selbstverwaltung") und der Auswahl derer, die an der Gewinnung sozialer Indikatoren mitwirken sollen. Andererseits zeigt sich auch wieder, daß die Kompetenzprobleme nicht – jedenfalls nicht immer – mit der gleichen Schärfe in bezug auf die Subjektbasis sozialer Indikatoren wie in bezug auf rechtliche Institutionen der Selbstverwaltung im rechtlichen oder politischen Sinn gestellt und beantwortet werden können⁷⁶.

Noch schwieriger stellen sich die Probleme der "*Gleichheit*" der Teilhabe an der Willensbildung dar. Welche Gestaltung der Ermittlung sozialer Indikatoren entfaltet, welche behindert sie? Wo stecken die Analogien zur Problematik der "Wahlkreisgeometrie" (des Mehrheitswahlrechts) und der Sperrklauseln (des Verhältniswahlrechts)? Muß oder – wann und wie – soll der Minderheit Gelegenheit gegeben sein, ihre Mindermeinung zur Geltung zu bringen? (So wie eben im Verhältniswahlrecht auch die Minderheit eine "gleiche" Chance hat, repräsentiert zu sein.) Oder sollen soziale Indikatoren wie Gesetzesabstimmungen im Parlament oder in der Referendumsdemokratie nur Ausdruck der Mehrheitsmeinung sein – auch einer Meinung 51 : 49?

bb) Grenzfelder von status activus, passivus und negativus

Was verlangt der Gedanke der "*Gemeinheit*"? Hier zeigt sich noch viel deutlicher, als schon unter dem Aspekt prinzipieller "Gleichheit" von Mehrheits- und Minderheitsmeinung, daß die Erhebung sozialer Indikatoren nicht schlechthin mit Willensakten gleichgesetzt werden kann – weder mit Wahl-, noch mit Abstimmungshandlungen. Inwieweit sollen stattdessen Tatsachen (wie bei statistischen Erhebungen oder auch im Sinne von "Daten") oder Urteile, Meinungen (wie eben bei der Demoskopie – nicht so sehr als subjektive Entscheidungen, sondern als etwas Vorgefundenes, schon Gegebenes, nur zu Erfragendes und allenfalls bei dieser Gelegenheit über Bewußtwerdung und Erklärung konkret Gewillkürtes und Verfügbares) ermittelt werden? Kann diese Ermittlung so geheim sein wie eine Wahlhandlung? Man denke an die weitgehende Notwendigkeit des "Interviewers" und des "Volkszählers", um wieder die analogen Figuren aus Statistik und Demoskopie heranzuziehen. Man denke auch an die Gefahr, daß individuelle Angaben und Verhältnisse bei der – noch so abstrakt gemeinten – Bekanntgabe der Ergebnisse durchschlagen⁷⁷. Man denke auch an die "Gefährlichkeit" (und Gefährdetheit) des schriftlichen Materials, an die Notwendigkeit seiner sicheren Aufbewahrung.

76 S. nochmals Anm. 72, 73 und den Text hierzu.

77 S. dazu § 12 StatG. S.a. Anm. 62.

Im Hintergrund aber tut sich der Konflikt mit der Persönlichkeitssphäre – ja nach Umständen und Verständnis: der Privat- und Intimsphäre – auf. „*Freiheit*“ der Wahl schließt hierzulande die Freiheit der Wahlenthaltung ein. Wer davon Gebrauch macht, läßt die anderen entscheiden. Demoskopie kann überhaupt nur auf „*Freiwillige*“ zählen. Und ihre Ergebnisse müssen berücksichtigen oder jedenfalls danach bewertet werden, daß zwischen Aussagebereitschaft und Aussageinhalt ein tendenzieller Zusammenhang bestehen kann. Die Statistik kann nicht immer darauf verzichten, die Auskunftspflicht der Befragten in Anspruch zu nehmen⁷⁸. Wie ist in bezug auf soziale Indikatoren zu verfahren: kann generell oder je konkret dem Entscheidungselement (und also auch der „*Abstimmungs-freiheit*“) oder dem Ermittlungselement (und also der „*Auskunftspflicht*“) der Vorzug gegeben werden? Wenn aber Letzteres: welche objektiven Schranken müssen dann gezogen werden? Worüber darf man nicht oder nur volens befragt werden? Und wenn solche Schranken zu beachten sind: macht das etwas aus für die Wirkungen des Ergebnisses?

Alle diese Fragen stellen sich im sozialpolitischen und -rechtlichen Raum mit ganz besonderer Schärfe. Die Notwendigkeit differenzierter Aussage läßt Unterschiede der Intelligenz und der Schulung rasch zu Buche schlagen. Die Briefwahl-Problematik der Heiminsassen wächst ins Ungemessene, wenn an die Stelle des Kreuzleins auf dem Wahlschein die Antworten auf einen Katalog von Fragen treten. Und die Intimsphäre ist in so sozial wichtigen Bereichen wie Krankheit, Erziehung usw. nur allzu häufig berührt.

Endlich ist die Frage nach adäquaten Formen des Rechtsschutzes zu stellen. Wahl- und Abstimmungsrecht im herkömmlichen demokratischen Sinn kennt grundsätzlich keine Auseinandersetzung über den Inhalt der Entscheidungshandlung. Vor der Entscheidungshandlung liegen die Auseinandersetzungen über die Zulässigkeit von Vorschlägen, über die Zulassung zur Entscheidungshandlung. Hintennach kann darüber gestritten werden, ob der Entscheidungsprozeß ordnungsgemäß vor sich gegangen ist und ob Fehler die Rechtmäßigkeit der Gesamtentscheidung beeinträchtigen können. Bei der Erhebung sozialer Indikatoren dagegen kann eher auch der konkrete „*Ermittlungsvorgang*“ zum Gegenstand von Auseinandersetzungen werden. Neue Probleme für Geheimheit und Öffentlichkeit von Erhebungs- und Rechtsschutzverfahren erwachsen daraus ebenso wie für den Zusammenhang zwischen der Rechtmäßigkeit des konkreten Erhebungsvorgangs und dem Gesamtergebnis.

cc) Soziale Indikatoren und status passivus und negativus

Die bisherigen Überlegungen haben die Rolle des Bürgers in bezug auf die Gewinnung sozialer Indikatoren am Modell des demokratischen Wählers orientiert. Aber auch ohne – und vielleicht gerade ohne – seine aktive Beteiligung kann die Entwicklung sozialer Indikatoren auf seine Rechts- und Interessensphäre

78 S. dazu §§ 10, 11 StatG.

zukommen. So können etwa soziale Indikatoren einen Angriff auf bestimmtes Eigentum vorbereiten, Ausbildungs- und Berufschancen steuern usw. Oder man denke an soziale Indikatoren über Stellung und Beliebtheit bestimmter Bevölkerungsgruppen (Unternehmer, Ausländer usw.) und den Konflikt mit dem Gleichheitssatz oder gar mit elementaren Rechten (wie dem Recht auf Leben unheilbar Kranker im Falle sozialer Indikatoren zum Euthanasieproblem). Wann müssen und können hier welche Abwehrmechanismen gegen Beeinträchtigungen einsetzen?

d) Soziale Indikatoren und die elementaren Werte der Rechtsgemeinschaft

Damit kommen die Überlegungen endlich aber zu der Frage: worauf dürfen sich soziale Indikatoren überhaupt beziehen? Was kann und darf gefragt und gewollt, festgestellt und bewertet werden? Die Frage kann nicht einfach wie bei Rechtsnormen⁷⁹ dahin beantwortet werden, daß soziale Indikatoren eben jeweils mit den Gesetzen oder – wenn die Erhebung durch Gesetz angeordnet ist – mit den dem Gesetz übergeordneten Normen (Grundgesetz über dem Bundesrecht, Bundesrecht über dem Landesrecht usw.) in Einklang stehen müssen. Als rechtspolitische Größen müssen soziale Indikatoren auch Veränderungen des Rechts in Betracht ziehen, ja gerade deren Bewertung bezwecken können. Und als Tatsachenfeststellungen müssen sie auch imstande sein, die Nichtübereinstimmung von Recht und Wirklichkeit – auch in Gestalt der Negation positiven Rechts durch einen mehr oder minder großen Teil der Rechtsgemeinschaft – zum Ausdruck zu bringen⁸⁰.

Die Gefahren, die damit verbunden sind, sind jedoch groß. Wie etwa, wenn ein beträchtlicher Teil der Rechtsgemeinschaft gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung (im Sinne der Art. 18, 21 Abs. 2 GG) Stellung nähme? Oder was leicht vorstellbar wäre: was soll geschehen, wenn eine verbreitete unitaristische Tendenz die "Unabänderlichkeit" des Bundesstaates (i.S. des Art. 20 Abs. 1 GG), der Gliederung des Bundes in Länder und der Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung (Art. 79 Abs. 3 GG) in Frage stellt? Könnten nicht soziale Indikatoren trotz Art. 1 und 2 GG auf Zulassung der Euthanasie antragen? Schwer zu bewältigende Konflikte können sich auch auf außenpolitischem Gebiet ergeben, wenn durch soziale Indikatoren die Wiedervereinigung (s. die Präambel des

79 Hier zeigt sich wieder ähnliches wie schon unter dem Gesichtspunkt der Kompetenzabgrenzung (und wie sich sonst vor allem im Zusammenhang mit der Planung ergibt). S. oben Anm. 72, 73, 76 und den Text hierzu.

80 Einschlägige Probleme stellt die Ermittlung von kriminalpolitischen Dunkelziffern. Die Auseinandersetzung um die Reform des § 218 StGB hat wohl wie nichts vorher gezeigt, in welchem Maße Dunkelziffern zur Erosion einer Strafnorm führen können. Daß an anderer Stelle – z.B. bei der Diskussion um Probleme des Umweltschutzes oder der Wirtschaftskriminalität – der Hinweis auf Dunkelziffern eher zu verstärkter Aktivität der Strafverfolgungsbehörden führt, ist ein zusätzlicher Hinweis darauf, wie zwiespältige oder unterschiedliche Entwicklungen dann auch soziale Indikatoren auslösen können.

Grundgesetzes), der internationale Friede (s. Art. 26 GG), die supranationalen oder internationalen Verpflichtungen der Bundesrepublik (s. Art. 24, 25, 59 GG), gewisse Bündnisse usw. abgelehnt würden.

Daß soziale Indikatoren – möglicherweise – unverbindlich sind, ist keine Abhilfe gegenüber diesen Problemen. Im Gegenteil. Gerade darin liegt eine zentrale Gefahr. Wenn und soweit sie unverbindlich sind, ist es zunächst schwer, ihnen mehr entgegenzutreten als einer "Meinung" (Art. 5 GG). Aber einmal "erfragt", sind soziale Indikatoren doch nicht mehr aus der Welt zu schaffen. Und Tendenzen anzugeben und anzulegen, ist ja das Minimum ihres Sinnes.

3. Soziale Indikatoren und Rechtsanwendung

Abschließend noch einige Überlegungen zum Verhältnis der sozialen Indikatoren zur Rechtsanwendung. Der Einfluß sozialer Indikatoren auf die Rechtsanwendung könnte nicht ausbleiben. Der Rechtsanwender könnte aus ihnen erfahren, wie die Rechtsnormen, die bisherige Anwendung der Rechtsnormen, Lücken einer Regelung oder ihrer Handhabung bewertet werden. Er wäre zur Ermittlung der Erwartungen, die aus der Rechtsgemeinschaft auf sein rechtsanwendendes Handeln gerichtet sind⁸¹, nicht mehr auf seine mehr oder weniger exakten und bewußten Vorurteile, persönlichen und konkreten Ermittlungen, auf die Literatur, auf die veröffentlichte Meinung usw. angewiesen. Daraus ergäbe sich aber auch schon, daß soziale Indikatoren maßgeblichen Einfluß auf die Rechtswirklichkeit hätten, je nach den Umständen gesetzlichen Regelungen weitgehend nahe kommen könnten.

Wie sich dieser Einfluß sozialer Indikatoren auf die Rechtsanwendung im einzelnen vollziehen könnte – in Sonderheit: wie sich diese Wege der Einflußnahme für das Sozialrecht darstellen –, kann hier nicht auseinandergesetzt werden. Sicher ist, daß sich etwa Unterschiede ergäben zwischen der konkreten Rechtsanwendung durch den Verwaltungsfunktionär und der zentralen Steuerung der Rechtsanwendung (etwa durch Ministerien, im Sozialbereich aber auch durch die Absprachen der Verbände der Sozialversicherungsträger, der freien Wohlfahrtsorganisationen usw.) – schon deshalb, weil soziale Indikatoren der zentral steuernden Stelle in mehrfacher Hinsicht anders verfügbar sein werden als dem konkreten Rechtsanwender, aber auch deshalb, weil zwischen generell ermittelten Indikatoren und genereller Steuerung eine andere Beziehung besteht als zwischen jener und der konkreten Fallentscheidung –, zwischen der Rechtsanwendung im staatlichen und im Selbstverwaltungsbereich und vor allem zwischen der administrativen und der richterlichen Rechtsanwendung.

Dabei würde der weitestgehende und ehrlichste – vor allem auch methodisch bewußteste – Gebrauch sicher dort gemacht, wo der Rechtsanwender die Entscheidungen des Gesetzes generell oder konkret zu ergänzen, nachzuholen, den

81 S. dazu etwa *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 2 Bde. 1972, Bd. 1 S. 27 ff.

Entwicklungen anzupassen hat: im Bereich richterlicher Rechtsfortbildung⁸², insbesondere auch richterlicher Lückenfindung und -füllung⁸³ bei der primären oder sekundär kontrollierenden oder nachholenden Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen⁸⁴, wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln⁸⁵ und Ermessensnormen⁸⁶, vor allem aber bei der Konkretisierung verfassungsrechtlicher Maßstäbe bis hin zu Sozialstaatsprinzip und Gleichheitssatz. Gerade die Realisierung der "sozialen Gleichheit" (Art. 3, 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG)⁸⁷ durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung würde durch die Existenz sozialer Indikatoren über die gesellschaftlichen Vorstellungen von sozialer Gerechtigkeit vor interessante Aufgaben und wohl auch ernste Krisen gestellt⁸⁸. Trifft es nämlich zu, daß Verfassungen das "bessere Ich" einer Nation sind – oder doch sein sollten –⁸⁹, so kann dieses "bessere Ich" dem aktuellen "Volkswillen", der sich in sozialen Indikatoren ausdrückt, ebensowenig ausgeliefert werden wie etwa demoskopischen Ergebnissen⁹⁰ oder selbst dem förmlichen demokratischen Gesetz, das im Einklang mit der Verfassung zu halten ja gerade die Aufgabe der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle ist. Zeigt sich aber immer mehr, wie stark der Wind aktueller politischer Strömungen – zumal wenn er in der Richtung der Regierungspolitik weht – an den Mauern der Verfassungsgerichtsbarkeit rütteln kann⁹¹, so muß besorgt werden, daß auch soziale Indikatoren den Spielraum der Verfassungsentfaltung durch Normenkontrolle vermindern können.

82 S. dazu für den sozialrechtlichen Bereich das umfassende Material in: "Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung" Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Band X, 1973.

83 S. ergänzend zum Vorigen insbes. *Fritz Hauelsen*, Zum Schließen von Gesetzeslücken durch den Richter, in: "Sozialrecht und Sozialpolitik", Festschrift für Kurt Jantz, 1968, S. 193 ff.

84 S. für das Sozialrecht etwa *Franz Schwankhart*, Der unbestimmte Rechtsbegriff im Gegensatz zum Ermessen, Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung, 1971, S. 33 ff.

85 S.a. *Wilhelm Weber*, Generalklauseln im Recht und soziale Gerechtigkeit, in: "Der Mensch im sozio-ökonomischen Prozeß", Festschrift für Wilfried Schreiber, 1969, S. 39 ff.

86 S.a. *Walter Bogs*, Von der Freiheit durch das Gesetz. Bemerkungen über Ansprüche und Ermessensleistungen im Sozialrecht, Die Sozialgerichtsbarkeit 18. Jhg. (1970) S. 1 ff.

87 S. dazu und zum Folgenden – freilich noch ohne Berücksichtigung des Phänomens sozialer Indikatoren – *Hans F. Zacher*, Soziale Gleichheit, Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 93 (1968) S. 341 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 129 ff.).

88 Zum methodischen und praktischen Problem s. auch *Klaus-Jürgen Philippi*, Tatsachenfeststellung des Bundesverfassungsgerichts, Annales Universitatis Saraviensis Bd. 64, 1971.

89 *Herbert Krüger*, Art. "Verfassung", Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. XI, 1961, S. 72 ff. (74): "Jede Verfassung ist der Versuch eines Volkes, sein besseres Ich gegen sich selbst darzustellen und durchzusetzen."

90 In etwa berührt sich das auch wieder mit dem Problem, daß Demoskopie, soziale Indikatoren usw. nicht zur Paralyse der Dialektik zwischen demokratischer Führung und demokratischer Basis-Entscheidung und -Legitimation führen darf. S. dazu auch den *Verfasser*, Freiheitliche Demokratie (Anm. 74), S. 16 ff. (insbes. S. 18). Zur sozialen Korrektur der Politik von der Verfassung her s. ferner den *Verfasser*, Soziale Gleichheit (Anm. 87). (abgedruckt in diesem Band, S. 129 ff.).

91 Die Auseinandersetzung sowohl um den Grundvertrag als auch um das Hochschul-Urteil des *Bundesverfassungsgerichts* haben höchst bedenkliche Beispiele für diese Entwicklung gebracht.

Jenseits aller bewußten Einbeziehung sozialer Indikatoren in die Ermittlungs- und Argumentationsbasis der Rechtsfindung ist aber auch deren unreflektierter Einfluß auf die Haltung des Rechtsanwenders zu bedenken – auch und gerade da, wo dieser glaubt, keinen Spielraum zu haben, um die im Wege sozialer Indikatoren ermittelten Tatsachen und Wertungen zu berücksichtigen⁹².

Gerade die vorstehend aufgeworfenen Probleme zeigen wieder, welche Bedeutung der Frage zukommt, wer über die Entwicklung und Ermittlung sozialer Indikatoren disponiert. Diese Frage erhält hier von vornherein einen besonderen Akzent; denn der Richter wird kaum imstande sein, die Entwicklung und Ermittlung sozialer Indikatoren zu steuern. Soziale Indikatoren sind generellen Charakters. Sache des Richters ist die konkrete Streitentscheidung. Und auch der normenkontrollierende und insofern generell entscheidende Verfassungsrichter übt eine spezifische, negative Funktion⁹³ aus. Die Kompetenz, soziale Indikatoren auf den Weg zu bringen, liegt, soweit nicht Sonderbehörden dafür geschaffen werden, in der Nähe von Gesetzgebung und Regierung. Soziale Indikatoren könnten, ja würden die Rollenverteilung zwischen Gesetzgebung und/oder Regierung einerseits und richterlicher Rechtsanwendung andererseits somit bedeutsam verändern. Soweit soziale Indikatoren auf die demokratisch verlässliche Erfragung des „Volkswillens abzielen, kann man darin eine „Demokratisierung“ der richterlichen Funktion, jedenfalls einen demokratischen Wert sehen, auf dem der Richter die Erwartungen der Rechtsgemeinschaft erfahren kann. Aber der plebiszitäre Vorsprung der Autorität, die diese „Volksbefragung“ initiieren kann, ist nicht zu verkennen. Und daß die Rechtsgemeinschaft – nicht nur in der Auseinandersetzung zwischen Richter, Gesetzgeber und administrativem Rechtsanwender, sondern gerade auch in der Auseinandersetzung zwischen dem Richter und dem Rechtsbewußtsein der Rechtsgemeinschaft – des kritischen und frei atmenden Richters bedarf, der aus seiner Rechtserfahrung heraus den politischen und gesellschaftlichen Anforderungen auch korrigierend entgegentritt, ist nicht weniger wahr⁹⁴. Diese Funktion aber wird durch soziale Indikatoren – offen oder verdeckt, bewußt oder unbewußt – vielleicht beschnitten. Während also auf der einen Seite soziale Indikatoren eine großartige Hilfe gerade auch für die richterliche Rechtsanwendung zu sein versprechen, können sie auf der anderen Seite den Beitrag, den der Richter für die ausgewogene Entwicklung des Rechts leisten kann und muß, verdrängen und verkümmern lassen.

92 S. z.B. *Josef Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970; s.a. *Martin Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967, insbes. S. 157 ff., 177 ff.

93 S. dazu insbes. zum engeren sozialrechtlichen Zusammenhang noch einmal *Hans F. Zacher*, *Soziale Gleichheit* (Anm. 87). (abgedruckt in diesem Band, S. 129 ff.).

94 Das gilt nicht – ja keineswegs – nur für den Verfassungsrichter, sondern gerade auch für den „Einzelfallrichter“, mag er nun imstande sein, ein über den Einzelfall hinaus wirkendes Präjudiz zu schaffen oder nicht. S. zur Notwendigkeit des aktiven Zusammenwirkens aller juristischer Rollen für eine gesunde Rechtsentwicklung gerade im Sozialrecht noch einmal *Hans F. Zacher*, *Sozialgerichtsbarkeit und Sozialrecht*, *Zeitschrift für Sozialreform* 10. Jhg. (1965), S. 137 ff. = *Die Sozialgerichtsbarkeit* 12. Jhg. (1965) S. 69 ff.

Die Zusammenhänge mögen abschließend an einem Beispiel erläutert werden. Man denke etwa an die Funktionsverteilung in der Auseinandersetzung um die richtige generelle Interpretation und richtige konkrete Handhabung eines so intensiv in ökonomischen und sozialen Tatbeständen und Wertungen verstrickten Begriffes wie dem der Berufsunfähigkeit i.S. des § 1246 RVO. Welche Rolle spielen dabei jetzt der Versicherungsträger und sein Verband, die Sozialgerichtsbarkeit als langfristig interpretierende Institution und der konkret entscheidende Richter, der Anspruchsteller und diejenigen, die seine Interessen generell repräsentieren oder konkret im Prozeß vertreten, und schließlich das Schrifttum? Wie aber würde sich dieses Zusammenspiel verändern, würden sich die Wirkungsmöglichkeiten verlagern, wenn Elemente dieses Tatbestandes wie etwa die Gleichwertigkeit von Kenntnissen und Fähigkeiten, die Zumutbarkeit einer neuen Tätigkeit usw. der generalisierenden Aufhellung durch soziale Indikatoren unterstellt würden? Würden diese von seiten des Parlaments oder der Regierung initiiert, so ergäbe sich daraus eine Verlängerung des legislativen und gubernativen Einflusses weit über das bisherige Maß hinaus. Soweit unabhängige Behörden (im Sinne Statistischer Ämter) die sozialen Indikatoren entwickelten, kämen vollkommen neue Einflußfaktoren ins Spiel der Interpretation und Normanwendung. Wenn es etwa Sache der Bundesanstalt für Arbeit wäre, die arbeitsmarktlichen Seiten und Bedingungen der Berufsunfähigkeit durch soziale Indikatoren aufzuklären, so träte damit ein neuer Selbstverwaltungskörper in die Auseinandersetzung ein. Für den Renten-Interessenten ergäben die sozialen Indikatoren vielleicht a priori mehr Transparenz. Zugleich aber würde sein unmittelbarer Zugang zum Richter "gefiltert". Soziale Indikatoren zu seinen Gunsten könnte er als einzelner überhaupt nicht produzieren oder provozieren. Nur soweit seine Interessen von einem hinreichend leistungsfähigen Verband (etwa Gewerkschaften) vertreten würden, hätte er einen Zugang zum Instrumentarium – mit allen Vor- und Nachteilen verbandlicher Mediatisierung. Die Verbände ihrerseits aber gewännen ein neues Instrument der Intervention im Rechtsanwendungssystem. Die Richter endlich könnten sich vermutlich viel eigene Ermittlung und Mutmaßung ersparen. Ebenso aber wäre ihnen der Umgriff eigener Ermittlung und eigener Interpretation von Normen und Sachverhalten – rechtlich oder rechtspsychisch, generell oder konkret – wesentlich beschnitten⁹⁵.

95 S. zum Vorstehenden die eigentümlich anti-richterlichen und demoskopisch hoffnungsvollen Ausführungen von *Wolfgang Birke*, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, 1968. Er postuliert (S. 41 ff., insbesondere S. 45 ff.) die Durchschnittswertung als Maßstab zur Handhabung und Ausfüllung von Rechtsbegriffen. S. 51 ff. beschäftigt er sich mit den Schwierigkeiten, die Durchschnittswertung festzustellen. Dabei steht die Möglichkeit demoskopischer Befragungen im Vordergrund. Gegen Ende dieses Abschnitts (S. 56 f.) schreibt er: "Mit der starken Hervorhebung der Repräsentativbefragungen soll diese Methode nicht als die einzig mögliche Methode zur Ermittlung der Durchschnittswertung hingestellt werden. Es ist anzunehmen, daß die Soziologie noch überzeugendere objektive Erkenntnismittel findet, sobald sich die Juristen in stärkerem Maße ihrer sachverständigen Hilfe bedienen. Angesichts des großen Aufschwunges, den die empirische Soziologie in den

Alles in allem sind soziale Indikatoren Exempel des gesellschaftlichen Fortschritts: unvermeidliche Idee, nachdem sie einmal gedacht ist; unleugbare Verbesserung der Weisen gesellschaftlicher Kommunikation und Willensbildung; und gleichwohl gefährlich – voller Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit des Mißbrauchs und der Entartung.

Zusammenfassung

I. Zahlreiche politische Initiativen im nationalen, supranationalen und internationalen Rahmen zielen auf die Entwicklung sozialer Indikatoren.

II. 1. Soziale Indikatoren sind eine Entwicklung der herkömmlichen Statistik über die Zählung a priori quantitativer Größen hinaus in Richtung auf die umfassende Ermittlung gesellschaftlicher Lebensbedingungen. Politisch sollen sie vor allem außer den Aufwendungen für eine Politik auch deren Bewertung und Erfolg messen und weitere Entscheidungen unmittelbar oder mittelbar steuern.

2. Systeme sozialer Indikatoren setzen die Vorgabe ihres generellen Zieles (z.B. Ermittlung des konventionellen Existenzminimums oder der optimalen Befindlichkeit einer Gesellschaft voraus. Sie unterscheiden sich nach ihrem Maßnahmebezug und der Ebene, für die sie gelten sollen (z.B. kommunal). Sie werfen schwierige verschiedene Fragen der Kompetenz und des Verfahrens auf. Elementar sind dabei die verschiedenen Rollen der jeweiligen politischen (internationalen, staatlichen, kommunalen, usw.), verbandlichen und sachverständigen (technischen, wissenschaftlichen; institutionellen, persönlichen) Träger, der individuellen Faktoren der Ermittlung (z.B. "Interviewer"), der Betroffenen und der Befragten.

3. Das aktuelle Interesse an sozialen Indikatoren entspringt vor allem den Bedürfnissen nach Rationalisierung von Diskussion und Entscheidung, Planung und Steuerung des Wandels, nach "Qualität des Lebens" und Gesellschaftspolitik, nach Emanzipation und Partizipation.

III. Das Interesse an sozialen Indikatoren konzentriert sich politisch und sachlich auf die Sozialpolitik, rechtlich also auf das Sozialrecht.

letzten Jahren genommen hat, darf man damit rechnen, daß sie vor die Notwendigkeit stellt, dem Richter bald ähnlich exakte Ergebnisse liefern wird, wie es der Medizin bei der Feststellung des Blutalkoholgehalts oder bei der Vaterschaftsbestimmung gelungen ist. Die aus dem Gedanken der Rechtssicherheit hergeleiteten Bedenken gegen die Heranziehung der Durchschnittswertung verlieren damit an Gewicht." Abschließend (S. 59) heißt es dann: "Die Durchschnittswertung ist nach alledem ein angemessener, objektiv feststellbarer, ohne selbständige richterliche Wertung anwendbarer Maßstab, der zugleich der Forderung Rechnung trägt, daß alle Staatsgewalt vom Volke auszugehen hat. Er verhindert wenigstens in den Fällen, in denen gesellschaftliche Auffassungen bestehen, daß der Richter der Versuchung zur Rechtsschöpfung erliegt, wenn gesetzliche Wertungen fehlen." – S. zur Problematik ferner in dem Zusammenhang des (zunehmend auch sozialpolitisch interpretierten Themas des Verbraucherschutzes) auch *Gerhard Schricker*, Unlauterer Wettbewerb und Schutz des Verbrauchers, *Estudios Juridicos en Homenaje a Joaquin Garrigues*, 1971 S. 276 ff. (293 ff.) m.w.Nach.

IV. 1. Vorsorgliche rechtliche Erörterung ist notwendig, wegen des noch experimentellen Charakters aber schwierig. Hilfe gibt der Blick auf analoge Erscheinungen wie Statistik, Demoskopie, Partizipation, Planung und Informatik-Systeme.

2. (a) Rechts- und Verfassungsprobleme ergeben sich im Hinblick auf die demokratische und rechtsstaatliche Relevanz der Kompetenz zur politischen und zur technokratischen Verfügung über soziale Indikatoren und auf die Konkurrenz zwischen den herkömmlichen Verfahrensweisen der rechtsstaatlichen Demokratie und den Eigenarten der Entwicklung sozialer Indikatoren.

(b) Der Anschein, die in Wahrheit unfaßbare Summe der von den Magistraten repräsentativer Demokratie zu treffenden und zu verantwortenden Entscheidungen, in Reihen aufzählbarer, rationaler Entscheidungen zerfallen zu können, stellt eine Gefahr für den Bestand der repräsentativen Demokratie dar.

(c) Probleme ergeben sich auch aus der Notwendigkeit, die Grundgedanken etwa der Allgemeinheit und der Gleichheit der Wahl, die verfassungsrechtliche Sicherung der Privat- und Intimsphäre und sonstige rechtlich anerkannte Individual- und Gruppeninteressen gegen die Gefahren zu schützen, die ihnen aus sozialen Indikatoren erwachsen können.

(d) Grundwerte der Verfassung sind wie andere Rechtswerte durch soziale Indikatoren insofern eigentümlich bedroht, als ihr Meinungscharakter und Wirklichkeitsbezug schlichte Vorrangregeln, wie sie zwischen Rechtsnormen verschiedenen Ranges bestehen, ausschließt, soziale Indikatoren (in bezug z.B. auf Minderheiten, Euthanasie oder Außenpolitik) gleichwohl den Geltungsanspruch von Rechts- und Verfassungswerten zersetzen können.

3. Soziale Indikatoren können die Rechtsanwendung wesentlich beeinflussen. Vor allem bei der Ausübung von Ermessen und bei der Handhabung unbestimmter Rechtsbegriffe, insbesondere bei der Anwendung wertausfüllungsbedürftiger Generalklauseln oder realitätsoffener Begriffe (z.B. Berufsunfähigkeit), können sie große Bedeutung erlangen. Auch bei der Anwendung (scheinbar) direkt versteh- und anwendbaren Rechts werden sie die "Vorurteile" von Rechtsanwendern und Entscheidungsbetroffenen mitbestimmen. In jedem Falle werden die individuellen Möglichkeiten der Rechtsanwendung verhindert und wird die Rechtsanwendung den Einflüssen derer ausgesetzt, die soziale Indikatoren anordnen, entwickeln und ermitteln.

Summary

I. The development of social indicators (soziale Indikatoren) is intended by political initiatives at the national, supranational, and international level.

II. 1. Social indicators represent a further development of traditional statistics beyond the compilation of a priori quantitative values toward a comprehensive ascertainment of social conditions of life. In addition to the determination of expenses for a certain policy, they are intended to measure its evaluation and success and to govern further decisions directly or indirectly.

2. Systems of social indicators presuppose the predetermination of their general aim (e.g. ascertaining the conventional minimum requirements for living or the optimum conditions of a society). They are to be distinguished in their reference to the measures to be taken and the level for which they are intended to be applied (e.g. the municipal level). Such systems involve difficult issues of competence and procedure. Fundamental in this regard are the different roles of the responsible political (international, national, municipal, etc.) units, social corporations and (technological, scientific, institutional, personnel) experts, of the individual factors of the ascertainment (e.g. "interviewer"), and of the persons who are affected or interviewed.

3. The acute interest in social indicators primarily results from the needs of rationalizing discussion and decision, of planning and control of change, from the needs of "quality of life" and social policy, of emancipation and participation.

III. The interest in social indicators politically and substantively is concentrated on social policy, i.e. from the legal point of view on social legislation.

IV. 1. Provident legal discussion is necessary, but difficult because of the still experimental character. Helpful is a look at analogous phenomena such as statistics, demoscopic inquiries, participation, planning, and information systems.

2. (a) Legal and constitutional problems result in respect of the democratic relevance and constitutional legitimacy of the authority politically and technocratically to make dispositions regarding social indicators, and in respect of the conflict between the traditional approaches of constitutional democracy and the peculiarities of the development of social indicator.

(b) A danger to the existence of representative democracy lies in the impression that the – in truth inconceivable – sum of decisions to be made and accounted for by the magistrates of the representative democracy may actually be divided into series of rational decisions capable of being enumerated.

(c) Problems also result from the necessity to protect such basic ideas as general and equal elections, the constitutional guarantee of privacy, and other legally recognized interests of individuals and groups against the dangers which may grow out of social indicators.

(d) Basic constitutional principles like other legal values are specifically threatened by social indicators to the extent that simple rules of precedence, as they exist between statutory provisions of different classes, are excluded since social indicators have opinion character and are related to the reality, but may nevertheless (e.g. in relation to minorities, euthanasia, or foreign policy) undermine the authority of legal and constitutional values.

3. Social indicator may have essential influence upon the application of the law. Primarily, they may attain great importance in the exercise of discretion and in the application of general legal concepts, in particular in the application of general clauses that require value-oriented judgments or of concepts open the reality (e.g. occupational disability). Also in the application of (seemingly) directly conceivable and applicable law they will substantially influence the 'prejudices' of those who apply the law and of those who are affected by decisions. In any case, the

individual latitude in applying the law will decrease and the application of the law will be subjected to the influences of those who order, develop, and ascertain social indicators.

II. Grundfragen des Sozialrechts

Was ist Sozialrecht?*

1. Die Frage nach dem Begriff

Das Bedürfnis, von "Sozialrecht" zu reden, ist alt¹. Im Sozialstaat der Gegenwart hat die Nachfrage nach dem Terminus "Sozialrecht" jedoch einen neuen, für Staat, Gesellschaft und Recht zentralen Sinn. Sozialpolitik ist seine vielleicht wichtigste politische Dimension. Das Recht ist schon unter den allgemeinen Bedingungen moderner staatlicher Steuerungstechnik das zentrale Medium der Realisierung von Sozialpolitik. Und es ist dies erst recht im Rechtsstaat. Somit drängt sich die Frage auf, wo im Recht der spezifische Ort des Sozialstaats ist; und so liegt es nahe, danach als nach dem "Sozialrecht" zu fragen. Zwar gibt es klassische Teilbereiche, die das Epitheton "sozial" tragen: wie Sozialversicherung, Sozialhilfe und dgl. Aber niemand kann daran vorbeisehen, daß Name und Sache auseinanderfallen, daß also auch andere Rechtsbereiche in besonderer Weise sozialpolitische Zwecke verwirklichen und sichern. Niemand kann mehr übersehen, daß diese Teilbereiche, die "sozial" heißen oder sind, interdependent sind. Und endlich kann niemand übersehen, daß evident "soziale" Instrumente mit scheinbar nicht "sozialen" vertauschbar sind (wie etwa Sozialleistungen und Steuerverschonungen). Somit sucht man auch von den Teilbereichen her nach einem Ganzen. Und für dieses liegt der Name "Sozialrecht" nahe².

* Für wertvolle Hilfe bei der Zusammenstellung des Materials und bei den Korrekturen habe ich Herm lic. iur. *Felix Schmid* zu danken.

- 1 Das Wort Sozialrecht läßt sich zumindest bis ins 17. Jh. bis zu *Hugo Grotius* zurückverfolgen, ist aber im Laufe der Zeit in recht unterschiedlichen Bedeutungen verwendet worden: *Georges Gurvitch*, *L'idée du Droit Social, Notion et système du Droit Social, Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, 1932, Réimpression Scientia Verlag, 1972; *L.H. Adolph Geck*, *Zur Sozialreform des Rechts*, 1957; *ders.*, Artikel "Sozialrecht", in: *Katholisches Soziallexikon*, Schriftleitung *Alfred Klose*, Innsbruck 1964.
- 2 Siehe zu dieser aktuellen Sozialrechtsdiskussion etwa: *Wilhelm Wertenbruch*, Begriff und Bedeutung des Sozialrechts, ZSR 1968, S. 385 ff.; *Karlheinz Rode*, Was ist Sozialrecht? – Versuch einer begrifflichen und systematischen Orientierung, ZSR 1969, S. 641 ff. und 724 ff.; *Hans Hermann Emmelius*, Artikel "Sozialrecht", in *Staatslexikon* 11. Bd., 3. Eg. Bd., hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 1970, S. 256 ff.; *Gerhard M.J. Veldkamp*, Zum Begriff des Sozialrechts, in: *Festschrift für Günther Küchenhoff*, hrsg. von Hans Halblitzel und Michael Wollenschläger, 1972, S. 401 ff.; *J.J. Van der Ven*, Die Überwindung der traditionellen Zweiteilung von öffentlichem Recht und privatem Recht, besonders an Hand des Arbeitsrechts, *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, 1965, S. 681 ff.; *ders.*, Eins – zwei – drei? Bürgerliches, öffentliches, soziales Recht, in: *Festschrift für Rudolf Reinhardt*, hrsg. von Klemens Pleyer, Dietrich Schulz, Erich Schwinge, 1972, S. 167 ff.; *Helmar Bley*, Das Recht der Sozialleistungsverwaltung als Teil des Systems öffentlich-rechtlicher Kompensationsleistungen, *Die Sozial-*

Genauerem Zusehen erschließt sich aber, daß der Begriff des "Sozialrechts" auf sehr unterschiedlichen Ebenen gebildet und gebraucht wird³. Es scheint, daß vier Ebenen der Bildung eines Sozialrechtsbegriffs unterschieden werden müssen.

II. Die vier Ebenen des Sozialrechtsbegriffs

1. Der pragmatische Sozialrechtsbegriff

Der pragmatische Sozialrechtsbegriff addiert je nach Gesichtskreis, Gewohnheit und Bedürfnis gewisse Rechtsbereiche, die im positiven Recht je für sich wahrnehmbar ausgesondert sind und nach Namen oder Sache als "sozial" erkennbar sind. In diesem Sinne ist im deutschen Sprachgebrauch "Sozialrecht" sicher Sozialversicherungsrecht und Sozialhilferecht, meist auch Kriegsopferversorgung, Arbeitsförderung, Wohngeld, Familienlastenausgleich usw. Derzeit breitet sich in der Bundesrepublik Deutschland in diesem Sinne das Postulat aus: "Sozialrecht" ist, was vom Sozialgesetzbuch erfaßt wird⁴. Das wären Ausbildungsförderung, Arbeitsförderung, Sozialversicherung, soziale Entschädigung, Familienlastenausgleich, Wohngeld, Jugendwohlfahrt und Sozialhilfe. In Analogie zum Sprachgebrauch "bürgerliches Gesetzbuch = bürgerliches Recht" und "Strafgesetzbuch = Strafrecht" scheint diese Begriffsbildung auch dem Üblichen zu entsprechen.

Die meisten Antworten auf die Frage "Was ist Sozialrecht?" bewegen sich in dieser Ebene. Mit anderen Worten: sie addieren ein Rechtsgebiet mehr oder weniger. Dabei gibt es kein absolutes "richtig" oder "falsch". "Richtig" oder "falsch" kann ein solcher Sozialrechtsbegriff immer nur im Hinblick auf den besonderen Zweck sein, dem die Gruppierung von Rechtsbereichen unter dem Namen "Sozialrecht" dienen soll. Solche Zwecke können etwa im Bereich der literarischen Darstellung, der Lehrplangestaltung, der Abgrenzung von Zuständigkeiten und der Formulierung von Aufgaben liegen⁵. Dabei sind fast immer

gerichtsbarkeit 1973, S. 479 ff.; Ulrich Mückenberger, Thesen zur Funktion und Entwicklung des Sozialrechts, Kritische Justiz 1976, S. 341 ff.

3 Siehe dazu Hans F. Zacher, Grundfragen theoretischer und praktischer sozialrechtlicher Arbeit, VSSR 1976, S. 1 ff.

4 In diesem Sinne: Georg Wannagat, Das Sozialgesetzbuch, Recht der Arbeit 1973, S. 209 ff.; ders., Rechtsprechung und soziale Sicherheit, in: Sozialpolitik, Ziele und Wege, Festschrift für Walter Arendt, hrsg. von Alfred Kistmann u.a., 1974, S. 365 ff.; Wilhelm Wertenbruch, a.a.O., S. 344; Helmar Bley, Sozialrecht, 1975, S. 21; Bertram Schulin, Sozialversicherungsrecht, 1976, S. 4; auch schon Harry Rohwer-Kahlmann, in: Die Bereiche des Sozialrechts aus der Sicht eines künftigen Sozialgesetzbuches, ZSR 1971, S. 393 ff. Dabei scheint anerkannt, daß sich Sozialrecht nicht im SGB erschöpfen muß.

5 Diese Fragestellung schon bei Walter Kaskel, Begriff und Gegenstand des Sozialrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach, DJZ 1918, S. 541 ff. (aber mit einem weiteren Sozialrechtsbegriff, einschließlich Arbeitsrecht); Karlheinz Rode, a.a.O., S. 643 f., spricht auch das "Selbstverständnis des Sozialrechtlers" an.

neben rationalen Argumenten auch subjektive gewillkürte Entscheidungen möglich, nicht selten gar unvermeidlich⁶. Wird dies verdeckt und das Mögliche zum rational Notwendigen erklärt, erwächst die Gefahr von Mißverständnissen und Scheingefechten. Gleiches gilt dort, wo ein pragmatisch gebildeter Sozialrechtsbegriff auf mehr Zweckzusammenhänge erstreckt wird, als ihn rechtfertigen und als mit ihm vereinbar sind. Dies alles ändert nichts an der Legitimität, ja konkreten Notwendigkeit des pragmatischen Sozialrechtsbegriffs.

2. Der sozialpolitische Sozialrechtsbegriff

Der prinzipielle, sozialpolitische Sozialrechtsbegriff versucht die ratio der pragmatischen Sozialrechtsbegriffe zu isolieren. Die sachliche Gemeinsamkeit, die Rechtsgebiete aufweisen, die als "Sozialrecht" zusammengefaßt werden, ist die gesteigerte Intensität ihres sozialpolitischen Gehalts. "Sozialrecht im sozialpolitischen Sinn" ist demnach alles Recht, das von einer sozialpolitischen Aufgabe wesentlich bestimmt ist. Dabei kann "sozialpolitisch" in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Verständnis von "sozialstaatlich" verstanden werden⁷: als Verwirklichung von Gleichheit und Freiheit in den unmittelbar oder mittelbar ökonomischen Lebensbedingungen durch Sicherung eines menschenwürdigen Daseins für alle, durch Abbau von Wohlstandsunterschieden sowie durch Aufhebung oder Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen⁸.

Die Abstraktheit dieses "sozialpolitischen Sozialrechtsbegriffs" verleiht ihm innere Geschlossenheit und Notwendigkeit, macht ihn aber untauglich, Grenzfälle der Zuordnung zu entscheiden⁹. Die sozialpolitische Prägung des Rechts ist in einem Sozialstaat, ja wohl in jedem modernen egalitären Gemeinwesen, wenn es sich auch nicht als Sozialstaat erklärt, allgegenwärtig. Der Grad der Dichte sozialpolitischer Prägung, an dem die Grenze zwischen "Sozialrecht" und "Nicht-Sozialrecht" verläuft, entzieht sich operationaler Definition. Seine Feststellung ist etwa auch abhängig von der quantitativen und qualitativen Relation zwischen sozialpolitisch determinierten Einzelregelungen und dem Rechtsgebiet, in das eingeordnet sie gesehen werden. Das schließt nicht aus, daß einzelne Rechtsgebiete – wie etwa das Sozialversicherungs- oder das Sozialhilferecht – eindeutig "Sozialrecht im sozialpolitischen Sinne" sind.

6 Vgl. *Karlheinz Rode*, a.a.O., S. 646 f.: "Jede wissenschaftliche Begriffsbildung ist mehr oder weniger ein deszisivier Prozeß. Man entscheidet sich zu Zwecken der wissenschaftlichen Verständigung, um ... nicht aneinander vorbeizureden."

7 Zur Interdependenz Sozialstaat – Sozialpolitik: *Walter Auerbach*, Klärung um den sozialen Rechtsstaat, in: *Sozialpolitik, Wege und Ziele*, Festschrift für Walter Arendt, hrsg. von *Alfred Christmann* u.a., 1974, S. 271 ff.

8 Siehe dazu *Hans F. Zacher*, Artikel "Sozialstaat", in: *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften*, 5./6. Lieferung, 1977, S. 152 ff.

9 Hierzu gehört es wohl, daß *Karlheinz Rode*, a.a.O., S. 394 ff., fordert, Sozialrecht deshalb nicht definitiv abzugrenzen, sondern als Typus zu verstehen; so ebenfalls *Wilhelm Wertbruch*, in: von Münch, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1976, 4. Aufl., S. 345.

Pragmatischer Sozialrechtsbegriff und sozialpolitischer Sozialrechtsbegriff stehen also in einem Verhältnis der Komplementarität. Der pragmatische Sozialrechtsbegriff leistet unter je konkreten Zwecksetzungen die definitive Hervorhebung von Rechtsgebieten als "Sozialrecht", ohne dabei durch ein von der konkreten Zwecksetzung unabhängiges Sinnprinzip auch hinsichtlich jeder Einzelzuweisung umfassend gesteuert zu sein. Der sozialpolitische Sozialrechtsbegriff weist ein Sinnprinzip solcher Abgrenzung aus, ohne die Einzelzuweisung steuern zu können. Das Prinzip des sozialpolitischen Sozialrechtsbegriffs ist den pragmatischen Sozialrechtsbegriffen immanent, ohne sie erschöpfend erklären zu können. Die von pragmatischen Sozialrechtsbegriffen erfaßten Rechtsbereiche haben das sozialpolitische Prinzip gemeinsam – jedoch ist es ihnen nicht (notwendig) ausschließlich eigen.

Das wohl eindrucksvollste praktische Beispiel für mögliche Unterschiede zwischen dem pragmatischen und dem sozialpolitischen Sozialrechtsbegriff ist das Arbeitsrecht. Im sozialpolitischen Sinn ist Arbeitsrecht sicher "Sozialrecht"¹⁰. Bei der Bildung pragmatischer Sozialrechtsbegriffe dagegen findet sich das Arbeitsrecht häufig vom "Sozialrecht" ausgeklammert und ihm gegenübergestellt¹¹. Selbst die Formel "Arbeits- und Sozialrecht" bestätigt nur diese Trennung. In der Tat gibt es vom betroffenen Personenkreis, von den Ordnungsaufgaben und Techniken, von der Grobeinteilung in öffentliches und privates Recht her usw. zahlreiche Gründe, in pragmatische Sozialrechtsbegriffe das Arbeitsrecht nicht einzubeziehen. Die Anwendung des sozialpolitischen Sozialrechtsbegriffs dagegen kommt am "Sozialrechts"-Charakter des Arbeitsrechts nicht vorbei.

3. Der positive Sozialrechtsbegriff

Der Versuch einer mehr sachhaltigen Aussage darüber, was Sozialrecht ist, führt zum positiven Sozialrechtsbegriff. Vom sozialpolitischen Sozialrechtsbegriff her entspringt er der Frage: Wie sieht Recht aus, das vom sozialpolitischen Zweck geprägt ist? Vom pragmatischen Sozialrechtsbegriff her unterliegt er der empirischen Kontrolle durch die Frage: Welches Recht wird als "Sozialrecht" bezeichnet? Als "positiv" wird dieser Begriff hier benannt, weil er auf eine Aussage über den positiven Stand der Rechtsentwicklung zielt: Inwieweit kann Recht seinem Gegenstand nach von seinem sozialpolitischen Zweck geprägt sein, inwieweit ist es von seinem sozialpolitischen Zweck tatsächlich geprägt, und

10 Zu Beginn der 20er Jahre war diese Zusammenschau der Bereiche Arbeits- und Sozialrecht üblich: *Walter Kaskel*, a.a.O., S. 541; *ders.*, *Arbeitsrecht*, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Bd. XXXI, 1925, S. 2 ff.; *Hugo Sinzheimer*, *Grundzüge des Arbeitsrecht*, 1927, S. 5 f.; *Alfred Hueck, H.C. Nipperdey*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 2. unver. Aufl., 1928, S. 4; der französische Terminus "droit social" umfaßt auch das Arbeitsrecht: *Jacques Fournier, Nicole Questiaux*, *Traité du social*, Paris 1976, S. 170 f.; *La notion du Droit Social*, Journée du 9. mai 1963, Centre interuniversitaire Belge du droit social, Louvain, 1963.

11 *Karlheinz Rode*, a.a.O., S. 644 f., will die Ausklammerung des Arbeitsrechts nicht gelten lassen und spricht sogar von einem noch weiteren "Sozialprivatrecht".

inwieweit ist dieser Zusammenhang zwischen Rechtsinhalt, Rechtsgestaltung und Sozialzweck bewußt?

Dieser Problembereich ist bis jetzt nicht ausgelotet. Deshalb kann ein positiver Sozialrechtsbegriff auch nur als Arbeitshypothese vorgelegt werden: "Sozialrecht" ist die umfassende Ordnung der Erwartungen¹², die in der Gesellschaft hinsichtlich der wirtschaftlichen und dienstleistenden Sicherung und der annähernd egalitären Entfaltung der physischen und ökonomischen Existenz der einzelnen durch das Gemeinwesen bestehen, und der Erfüllung dieser Erwartungen. Eine weitere Auseinandersetzung mit diesem Begriff könnte vor allem genauere Sachstrukturen (z.B. Negation aktueller Not und Schutz gegen Wohlstandseinbrüche, Darstellung von Chancen und Entfaltungshilfen, weitgehend egalitäre Umverteilungsprozesse und institutionelle Gewährungen, Aufhebung und Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen usw.) aufgreifen und negative Ausschlüsse (Abwehr von Gefährdungen durch Politik der inneren und äußeren Sicherheit usw.) klären.

4. Der verstehende Sozialrechtsbegriff

Setzt man nun aber historisch vergleichend mit der Frage an, wofür das Wort "Sozialrecht" nicht nur hier und jetzt, sondern seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts in verschiedenen Zeiten und Ländern gebraucht wird, so kommt man zu einem verstehenden Sozialrechtsbegriff. Der Schritt vom pragmatischen, sozialpolitischen und positiven Sozialrechtsbegriff zum verstehenden Sozialrechtsbegriff ist freilich wesentlich größer als die Schritte vom pragmatischen zum sozialpolitischen und zum positiven Sozialrechtsbegriff. Der verstehende Sozialrechtsbegriff ist gleichsam eine Möglichkeit – eine Kategorie, Sozialrechtsbegriffe verschiedenen Inhalts aufzunehmen.

Sozialrecht in diesem Sinne ist ein polemischer Begriff, der auf eine – vermeintlich oder wirklich – bewältigte, neu aufgetretene Herausforderung an das Recht reagiert und Prinzipien oder Sachbereiche des Rechts benennt, die der Bewältigung dieser Herausforderung dienen. Dieser verstehende Sozialrechtsbegriff vermag etwa die Brücke zu schlagen von dem Sprachgebrauch *Otto von Gierkes*¹³ und die *Hermann Roeslers*¹⁴ (die im 19. Jahrhundert auf die Notwendigkeit, die vermehrte Begegnung von Menschen in Gesellschaften und Genossenschaften, Betrieben und Unternehmen rechtlich zu erfassen und einzuordnen, mit dem Postulat eines "Sozialrechts" reagierten) über die "sozialrechtliche Schule" der National-

12 Zum Erwartungsbezug des Rechts siehe etwa *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie Bd. 1, 1972, S. 31 ff.

13 Vgl. etwa: *Otto von Gierke*, Deutsches Privatrecht, I. Bd., 1895, S. 26 f.; *ders.*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889.

14 *Hermann Roesler*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, Das soziale Verwaltungsrecht, 1872; *ders.*, Über die Grundlehren der von Adam Smith begründeten Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., 1871, S. 255-280.

ökonomie¹⁵, über den Sprachgebrauch bei *Nußbaum*¹⁶, *Sinzheimer*¹⁷ und *Radbruch*¹⁸ bis herauf zur Gegenwart¹⁹, wo das Bedürfnis, die Gesamtheit der Sozialleistungen als "Sozialrecht" darzustellen, zur Kodifikation im Sozialgesetzbuch führt²⁰. "Sozialrecht" im pragmatischen, sozialpolitischen oder auch positiven Sinn ist für den verstehenden Sozialrechtsbegriff nur (zentrales) Beispiel – nicht mehr.

Was die Erfahrung bei der Sammlung pragmatischer Sozialrechtsbegriffe schon anzeigt, vertieft der Blick auf die Erfahrungen, auf denen der verstehende Sozialrechtsbegriff beruht; es dürfte schwer sein, im Recht ein vergleichbares Phänomen eines Wandernamens wie den des Sozialrechts zu finden²¹. Wann und wo dieser Begriff einsetzt, läßt viele Rückschlüsse zu auf Abhängigkeiten zwischen der Rechtsentwicklung, den sozialen Veränderungen, den eigentümlichen Weisen einer Gesellschaft, eines politischen Systems und einer Rechtsordnung, solche Veränderungen wahrzunehmen und auf sie zu reagieren, den tatsächlichen Reaktionen und ihrer Bewußtheit.

III. Zur Abgrenzung: der Begriff der sozialen Sicherheit

Eine Erläuterung dessen, was mit den skizzierten Sozialrechtsbegriffen gemeint ist, kann ein Blick auf den Begriff und die Sache der sozialen Sicherheit geben²². Soziale Sicherheit ist zunächst Schutz gegen elementare Not und (in Grenzen darüber hinaus) gegen Wohlstandseinbrüche. Im ausländischen Sprachgebrauch meint "soziale Sicherheit" vielleicht sogar nur Schutz gegen den Verlust des Einkommens und monetären Ersatz des Einkommens²³. Dem deutschen Sprachgebrauch ist das nicht wesentlich. Die Technik der sozialen Sicherung hat sich

15 *Albert Hesse*, Artikel "Sozialrechtliche Schule", in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 1956, Bd. 9, S. 576 ff.

16 *Arthur Nußbaum*, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 1920, S. 65 ff.

17 *Hugo Sinzheimer*, Der Kampf um das neue Arbeitsrecht, Die Arbeit 1924, S. 65 ff.; *ders.*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927, S. 388.

18 *Gustav Radbruch*, Vom individualistischen zum sozialen Recht, in: Der Mensch im Recht, Ausgewählte Vorträge und Aufsätze, 1957, S. 35 ff.

19 Siehe dazu *Hans F. Zacher*, Einige rechtstheoretische Aspekte der Entwicklung des deutschen Sozialrechts, in: *Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX.*, Homenaje a Enrique Sajagues-Laso, Madrid 1969, S. 947 ff.

20 Siehe hierzu noch einmal die Hinweise in Anm. 4.

21 Siehe noch einmal die Hinweise in Anm. 1 und *L.H. Adolph Geck*, Über das Eindringen des Wortes sozial in die deutsche Sprache, 1963.

22 Allgemein zum Begriff der sozialen Sicherheit: *Gerhard Weisser*, Artikel "Soziale Sicherheit", in: Handbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9, 1956, S. 396 ff.; *Hans Achinger*, Artikel "Soziale Sicherheit", in: Herder Staatslexikon, Bd. 7, 6. Aufl. 1962, S. 262 ff.; *Helmut Friedrichs*, Soziale Sicherheit als Rechtsbegriff, JZ 1967, 278 ff.; *Walter Bogs*, in: Sozialenquôte, Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland, 1966, S. 52 ff.

23 Zum internationalen Begriffsgebrauch: *Gerhard Weiser*, a.a.O., S. 396 f.; *Jean-Jaques Dupeyroux*, Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale, Droit social 1960, S. 288 ff.; *Eugeniusz Modlinski*, La sécurité sociale, une idée ou une institution juridique? Droit social 1969, S. 188 ff.; *Franz-Xaver Kaufmann*, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, 2. Aufl., 1973, S. 91 ff.

weitgehend an typischen Notsituationen orientiert: Krankheit, Mutterschaft, Arbeitsunfall, Berufskrankheit, Invalidität, Alter, Verlust des Ernährers, Arbeitslosigkeit. Und daher vermittelt der Risikobegriff der sozialen Sicherheit elementare Gemeinsamkeiten mit der Sozialversicherung. Indem andere Systeme sozialer Vorsorge, sozialer Entschädigung und sozialen Ausgleichs aber gleichen Zwecken dienen, gehören auch sie zur sozialen Sicherung. Problematisch sind dagegen andere Grenzen: der Umschlag von der negativen Gefahrenabwehr zur positiven Entfaltungshilfe; die Sicherung sozial wichtiger Lebensumstände gegenüber anderen Privaten (z.B. der Arbeitsplatz durch Arbeitsrecht, der Wohnung durch das Wohnungsrecht, oder allgemeiner der Unversehrtheit der Lebensverhältnisse durch das Schadenersatzrecht); und die Chance individueller oder kollektiver Vorsorge außerhalb öffentlicher Systeme (z.B. der Vermögensbildung oder Privatversicherung)²⁴. Diese Fragen können und sollen hier nicht weiter vertieft werden.

Die Hinweise genügen vielmehr, um zunächst auf eine Analogie zur sozialrechtlichen Begriffsbildung aufmerksam zu machen²⁵. Auch für den Begriff der sozialen Sicherheit ist es möglich, einen *pragmatischen* Begriff zu bilden. Er könnte etwa Sozialversicherungsrecht (vielleicht auch Beamtenversorgung), Kriegsopferversorgung und anderes soziales Entschädigungsrecht, allgemeine Ausgleichssysteme (Sozialhilfe) und besondere Ausgleichssysteme – jedenfalls wenn sie “negativ” schützender Natur sind (Familienlastenausgleich, Wohngeld) und nicht primär “positiv” entfaltenden Charakter haben (wie Ausbildungsförderung und Berufsförderung) – umfassen. Es erscheint sinnvoll und es geschieht auch, unter dem Namen der “sozialen Sicherung” Rechtsgebiete zusammenzufassen, die wesentlich dazu bestimmt sind, gegen Not und Wohlstandseinbrüche durch öffentliche Leistung zu schützen.

Daneben wäre es aber auch möglich, analog zum sozialpolitischen Sozialrechtsbegriff einen *prinzipiellen* Begriff der “sozialen Sicherheit” (des “Rechts der sozialen Sicherheit”) zu entwickeln. Er müßte generell definieren, was das Spezifische von “sozialer Sicherheit” ist. Seine Fähigkeit, konkrete Abgrenzungen zu steuern, wäre – analog zum sozialpolitischen Sozialrechtsbegriff – gering, wo die Prägung eines Rechtsgebietes durch den Zweck “sozialer Sicherung” an Intensität verliert.

24 Vgl. dazu: *Hans F. Zacher*, Das Vorhaben eines Sozialgesetzbuches, *Der Kompaß* 1971, S. 29 ff.; *ders.*, Das Vorhaben der Kodifikation des Sozialrechts in der Bundesrepublik Deutschland, *Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung* 1971, S. 209 ff.; *ders.*, Das Vorhaben eines Sozialgesetzbuches, in: *Maunz-Schraft*, Die Sozialordnung der Gegenwart, 1971, S. 43 ff.; *ders.*, Materialien zum Sozialgesetzbuch, 1973 ff., S. A 24.

25 Soziale Sicherheit wird nicht selten inhaltlich weitgehend identisch mit Sozialrecht verstanden: *Georg Wannagat*, Rechtsprechung und soziale Sicherheit, in: *Sozialpolitik, Ziele und Wege*, Festschrift für Walter Arendt, hrsg. v. Alfred Christmann u.a., 1974, S. 365 ff., mit Verweis auf BSGE 6, 218 und BVerfGE 11, 105; *Wilhelm Wertenbruch*, Sozialverfassung – Sozialverwaltung, 1974, S. 26; *Rupert Scholz*, Das Sozialrecht im neuen Ausbildungs- und Prüfungsrecht, *ZSR* 1971, S. 641. Tendenziell scheint der sozialen Sicherheit ein kleinerer Umfang zugesprochen zu werden als dem Sozialrecht: *Helmar Bley*, *Sozialrecht*, 1975, S. 20; *Bertram Schulin*, *Sozialversicherungsrecht*, 1976, S. 2.

Schließlich könnte von hierher auch ein *positiver* Begriff der “sozialen Sicherheit” gedacht werden²⁶. Ein historisch verstehender Begriff der “sozialen Sicherheit” dagegen wäre doch noch nicht – jedenfalls nicht mit der Tragweite des historisch verstehenden Sozialrechtsbegriffs – möglich.

Was über den Begriff der “sozialen Sicherheit” angedeutet werden konnte, genügt ferner, um das inhaltliche Verhältnis zum Sozialrechtsbegriff grob zu umreißen. Auf der prinzipiellen Ebene des sozialpolitischen Sozialrechtsbegriffs muß vermutet werden, daß ein analoger Begriff des “Rechts der sozialen Sicherheit” enger wäre. Die sozialstaatliche Aufgabe der Sozialpolitik ist weiter, als soziale Sicherheit sein kann. Sozialpolitik kann und muß mehr tun als soziale Sicherheit herstellen. Das legt auch für die pragmatische Begriffsbildung nahe, das “Recht der sozialen Sicherheit” immer enger zu fassen als das “Sozialrecht”. Schon sprachlich wäre es verwirrend, den spezielleren Namen für das weitere Phänomen zu verwenden. Gleichwohl entspricht es der Eigenart der pragmatischen Begriffsbildung, daß im Einzelfall unter bestimmten Zwecksetzungen und von bestimmten Standpunkten her ein Begriff des “Rechts der sozialen Sicherheit” weiter sein kann als ein “Sozialrechts”-Begriff.

IV. *Schlußbemerkung*

Der Sozial- und Rechtsstaat kommt ohne den Begriff des Sozialrechts nicht mehr aus. Dieser aber ist durch die Allgemeinheit seiner Bestandteile “sozial” und “Recht”, durch den weitgreifenden Wandel, den der Begriff im Verlauf der letzten Jahrhunderte, vor allem aber seit der Mitte des 19. Jahrhunderts, erlebt hat, aber auch durch die Vielfalt der Bedeutungen, mit denen “Sozialrecht” auch heute verbunden ist, im äußersten Maße mehrdeutig. Diese Mehrdeutigkeit läßt sich nicht durch Anordnung, auch nicht durch wissenschaftliche Wunschvorstellungen ausräumen. Sie läßt sich auch nicht durch wissenschaftliche Argumente überwinden, mit denen sich der eine oder andere Begriffsinhalt als optimal – und in Steigerung dessen als allein “richtig” – erweisen ließe. Somit ist es wichtiger, die Vielfalt der Begriffsinhalte zu sehen und zu verstehen. Darauf hinzuwirken ist der Zweck dieser Zeilen.

26 Siehe z.B. Art. 22 der Allgemeinen Erklärungen der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinten Nationen; Art. 9 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; Übereinkommen 102 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Mindestnormen der sozialen Sicherheit; Art. 12 der Europäischen Sozialcharta; Vorläufiges Europäisches Abkommen über die Systeme der sozialen Sicherheit für den Fall des Alters, der Invalidität und zugunsten der Hinterbliebenen; Vorläufiges Europäisches Abkommen über soziale Sicherheit unter Ausschluß der Systeme für den Fall des Alters, der Invalidität und zugunsten der Hinterbliebenen; Verordnung 1408/71/EWG des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern; Verordnung 574/72/EWG des Rates über die Durchführung der Verordnung 1408/71/EWG zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern. Siehe zu diesen und weiteren Quellen *Hans F. Zacher, Internationales und Europäisches Sozialrecht, 1976.*

Grundtypen des Sozialrechts

Die Verworrenheit des Sozialrechts ist ein bekanntes, oft beklagtes Phänomen. Der Gesetzgeber – stets angetrieben vom Wettbewerb um die Wählerstimmen und herausgefordert durch wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandel – steigert sie immer sorgloser¹. Bürger und Rechtsanwender stehen vor immer neuen Schwierigkeiten, das Recht wahrzunehmen². Und eine Verfassungsrechtsprechung, die das Sozialrecht an der Elle der Systemgerechtigkeit messen will³, findet keinen verlässlichen Halt. Aus diesem Grunde ist wissenschaftliche Systemsuche⁴ eine dringende Aufgabe im Dienst des Sozialstaats und des Sozialrechts⁵. Die folgenden Bemerkungen sind der Versuch, die Ergebnisse, die der Verfasser im Zusammenhang mit sozialrechtsvergleichender Arbeit im Lauf der letzten Jahre gewonnen hat, in die deutsche Diskussion einzubringen.

I. Der Ausgangspunkt des "Sozialen" A

Doch vorweg einige klärende Überlegungen zum Sozialrecht selbst. *Sozialrecht ist Recht, das durch seinen sozialen Zweck geprägt ist*. Um mehr über Sozialrecht sagen zu können⁶, müssen wir daher klären, was "sozial" ist⁷. Nun gibt es einen allgemeinen Sinn von "sozial". Danach ist "sozial" das gleiche wie "gesellschaftlich" (vielleicht auch "zwischenmenschlich" und "das Zusammenleben der Menschen im Gemeinwesen betreffend"). In diesem Sinne ist alles Recht "sozial". Wir

-
- 1 S. z.B. *Dietrich Katzenstein*, Über die Sozialgesetzgebung unserer Zeit, in: Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat. Festgabe zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 139 ff.
 - 2 S. etwa *Hans F. Zacher*, Chancen und Grenzen des Sozialstaats. Rolle und Lage des Rechts, in: Peter Koslowski/Philipp Kreuzer/Reinhard Löw (Hrsg.), Chancen und Grenzen des Sozialstaats, 1983, S. 66 ff.; *ders.*, Sozialstaat und Recht, Grundlagen – Entwicklungen – Krise, VSSR Bd. 11 (1983), S. 119 ff.
 - 3 S. z.B. *Dietrich Katzenstein*, Das Sozialrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, VSSR Bd. 10 (1982), S. 167 ff. (178 ff.).
 - 4 *Hans F. Zacher*, Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Leontin-Jean Constantinesco, 1983, S. 943 ff.
 - 5 Einen Überblick über die Systemversuche zum deutschen Sozialrecht s. bei *Helmar Bley*, Sozialrecht, 5. Aufl. 1986, S. 27 ff.
 - 6 *S. Felix Schmid*, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit. Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, 1981; statt aller späteren s. *Bley*, a.a.O. (Anm. 5), S. 22 ff.
 - 7 S. dazu *Adolf Geck*, Über das Eindringen des Wortes sozial in die deutsche Sprache, 1963.

können so kein spezifisches "Sozialrecht" definieren. Wir können "sozial" auch den einzelnen nennen, der sich den Mitmenschen, den Gemeinschaften und Gruppen, in denen er lebt, endlich Allgemeinheit und dem Gemeinwesen verpflichtet sieht. Aber auch diese Bindung des einzelnen gegenüber anderen und dem Gemeinwesen ist eine ganz allgemeine Funktion des Rechts. Um Spezifisches hervorheben zu können, müssen wir also fragen, wie gesellschaftliche Beziehungen und wie Gemeinwesen beschaffen sind oder beschaffen sein sollen, die "sozial" genannt werden dürfen. *"Sozialrecht" läßt sich nur von einem politischen "Sozial"-Begriff her definieren.*

Für den politischen Inhalt des Begriffes "sozial" haben das 19. und das 20. Jahrhundert eine Fülle von Entwürfen geliefert. Die Geschichte dieser Ideen geht vermutlich so weit zurück wie die Geschichte der menschlichen Ideen über die zwischenmenschlichen Beziehungen und über menschliche Gemeinwesen. Aber der Zusammenhang mit dem Wort "sozial" entstammt dem 19. Jahrhundert⁸. Das blieb nicht ohne Wirkung auf die Selektion der Probleme, die seither mit dem Wort "sozial" in besonderer Weise in Verbindung gebracht werden. Wir können zwei Anfänge "sozialen" Denkens in Europa hervorheben. Der eine kann mit der "Armutfrage" benannt werden⁹. Die Neuzeit hat vom Mittelalter die harte Alternative zwischen Einschluß und Ausschluß übernommen. Wer Erwerb oder Besitz hatte oder kraft Familie, Dienstverhältnis, religiöser Gemeinschaft oder dergleichen in einer Erwerbs- und/oder Besitzgemeinschaft eingeschlossen war, hatte Lebensmöglichkeiten; der andere war ausgeschlossen, arm, auf Almosen, Betteln oder Kriminalität verwiesen. Aus einer Reihe von Gründen wurde diese Alternative von Einschluß und Ausschluß im Verlauf der Neuzeit immer unerträglicher. Und ebenso wurden Politik und Staat im Lauf des 18. und 19. Jahrhunderts dazu fähig, sie zu überwinden. Die Armengesetzgebung wandte sich von der Repression zur Hilfe¹⁰. Der andere Anfang "sozialer" Politik kann mit der "Arbeiterfrage" benannt werden¹¹. Arbeiter des 18. und 19. Jahrhunderts – und oft natürlich auch noch des 20. Jahrhunderts – lebten an der Grenzscheide zwischen Einschluß und Ausschluß. Sie hatten zwar Erwerb. Aber der Erwerb war weithin ungesichert und unzulänglich; und die Bedingungen des Erwerbs waren oft schädlich gegen die Arbeiter selbst gerichtet. Die "soziale Frage" stellte sich hier also als die Frage nach der Stellung einer spezifischen Gruppe in der Gesellschaft, als "Klassen"-Frage.

Die "Arbeiterfrage" war damit aber nur der Vorläufer einer Fülle von Fragen, die innerhalb der Gesellschaft aufgeworfen werden konnten, wenn erst einmal das Gesetz des Einschlusses aller, die im Staat leben, akzeptiert war¹². Ungleichheiten

8 S. Gerhard A. Ritter, Entstehung und Entwicklung des Sozialstaates in vergleichender Perspektive, Historische Zeitschrift Bd. 243 (1986), S. 1 ff.

9 S. Wolfram Fischer, Armut in der Geschichte, 1982.

10 Christian Sachßel/Florian Tennstedt, Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland, 1980.

11 S. Heinz Lampert, Sozialpolitik, 1980, S. 37 ff.

12 S. etwa Niklas Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, insbes. S. 25 ff.

ließen sich nicht nur in bezug auf immer weitere Gruppen (Kleinbauern, Kriegsoffer, Mieter, Mütter usw.) wahrnehmen und artikulieren, sondern auch in bezug auf Regionen, auf Sektoren des wirtschaftlichen (z.B. Textilindustrie) oder sonstigen gesellschaftlichen Lebens (z.B. Gesundheitswesen, Bildung), vor allem aber einfach auf individuelle Situationen (krank, alt, behindert usw.)¹³. Die Geschichte der "sozialen Frage"¹⁴ wurde so zu einer Geschichte einer unendlichen *Proliferation von Besser-Schlechter-Relationen*. Und "sozial" wurde zum Titel ihrer politischen und rechtlichen Negation. Je mehr so aber die "soziale Frage" über die "Armenfrage" und die "Arbeiterfrage" hinaus ausbreitete und ausdifferenzierte, desto mehr verlor das "Soziale" an Eindeutigkeit und Selbstverständlichkeit, desto mehr wurde es *in sich widersprüchlich und der politischen Definition und Entscheidung ebenso zugänglich wie bedürftig*¹⁵.

Sucht man eine *Summe* der wichtigsten Ziele des "Sozialen" zu ziehen, so ergeben sich folgende Forderungen¹⁶:

- *menschenwürdiges Existenzminimum für alle;*
- *Abbau von Ungleichheit;*
- *Sicherheit gegen die Wechselfälle des Lebens;*
- *Mehrung der Lebensgüter für alle und allgemeine Teilhabe daran.*

Ungewiß und des gesellschaftlichen Konsenses, der politischen Willensbildung und letztlich der rechtsförmigen Entscheidung bedürftig sind die *Prioritäten zwischen diesen Zielen sowie das Maß und die Art und Weise ihrer Verwirklichung*. Das hindert jedoch nicht, *Sozialrecht als das Recht zu verstehen, das diesen Zielen dient*. Im Gegenteil: Sozialrecht ist das wichtigste Instrument, um über die Prioritäten ebenso wie über Maß, Art und Weise der Verwirklichung zu unterscheiden.

II. Der mikrokosmische Ansatz des Sozialrechts

1. Die Problemfelder sozialer Leistung und Gefährdung

Sozialrecht hat sich von der *Grundannahme* her entwickelt, daß *jeder Erwachsene die Möglichkeit haben soll und auch darauf verwiesen ist, den Lebensunterhalt für sich und seine Familie* (den Ehegatten und die Kinder) *durch* (abhängige oder selbständige) *Arbeit zu verdienen*¹⁷. Diese Grundannahme ist nicht mehr als eine

13 S. statt anderer *Lampert*, a.a.O. (Anm. 11), S. 166 ff.

14 S. statt anderer: *Manfred Groser/Wolfgang W. Veiders*, Die neue Soziale Frage, 1979.

15 S. etwa *Hans F. Zacher*, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, in: Hamburg, Deutschland, Europa. Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, 1977, S. 207 ff.

16 S. dazu etwa *Hans F. Zacher*, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 18 ff., 676 ff. (insbes. S. 698 f.).

17 S. dazu und zum folgenden *Hans F. Zacher*, Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts, in: Friedrich Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1984, S. 11 ff. (23 ff.) und seine Nachw.

Regel: also etwas, was die Möglichkeit und Wirklichkeit von Abweichungen und Ausnahmen einschließt. Die Elemente dieser Regel,

- daß Arbeitskraft Einkommen erbringt und
- daß das Einkommen ausreicht, um die Bedarfe des Verdieners und seines Unterhaltsverbandes zu decken,

lassen drei zentrale Wirkungs- und Problemfelder erkennbar werden:

1. *Arbeit und Einkommen*: die gesellschaftliche Organisation von Arbeit und der Vermittlung von Einkommen durch Arbeit.

Hier ist freilich auch das Element des *Vermögens* zu erwähnen, welches das Bild nicht unerheblich kompliziert. Aktives Vermögen kann Einkommen ergänzen und ersetzen (und also Arbeit erübrigen) und insbesondere die Folgen eines Ausfalles an Arbeitskraft und Einkommen entschärfen. Passives Vermögen – deutlicher: Schulden – dagegen kann aktives Vermögen und Einkommen mindern und so Bedarfsbefriedigung und Unterhalt gefährden.

2. *Bedarfsdeckung*: die gesellschaftliche Organisation privatwirtschaftlicher und administrativer Bereitstellung von Gütern zur Deckung der Bedarfe.

3. *der Unterhaltsverband*: in dem nicht nur Einkommen als Unterhalt weitergereicht wird, in dem Bedarfe vielmehr auch durch tätigen Unterhalt – wie etwa Erziehung, Pflege usw. – befriedigt werden.

Im Vollzug der Grundregel – daß Arbeit Einkommen erbringt und dieses der Befriedigung der Bedarfe auch im Unterhaltsverband dient – kommt es aber zu *Gefährdungen* (z.B. bei gefahrgeneigter Arbeit, bei Nichterfüllung familiärer Pflichten, bei medizinischer Behandlung). Und die Verwirklichung der Regel stößt auf Grenzen. Hier zeigen sich *soziale Defizite* (von der Arbeitslosigkeit, der Invalidität, dem Tod des Ernährers bis zu der “Unbezahlbarkeit” der Kosten der Krankenbehandlung etc.). Gefährdungen und Defizite sind Herausforderung und Gegenstand sozialer Intervention. Und *soziales Recht zielt darauf, daß die Regel wirksam bleibt, daß den Gefährdungen entgegengewirkt wird und Defizite ausgeglichen werden.*

Soziale Probleme lassen sich dabei in allen drei genannten Feldern ausmachen. Aber sie lassen sich nur selten darauf beschränken. Die *Masse der sozialen Probleme erwächst aus der Interdependenz der Felder*, bekommt zumindest das spezifische Gewicht von dieser Interdependenz. (Beispiel 1: verminderte Arbeitskraft und also vermindertes Einkommen bedeuten: Minderung der Fähigkeit, Bedarfe zu befriedigen und Unterhalt zu leisten. Beispiel 2: Der Tod eines Verdieners schneidet die durch ihn vermittelte Verbindung zwischen dem Feld Arbeitskraft/Einkommen und dem Feld des Unterhaltsverbandes ab. Die Folgen für die Fähigkeit des Unterhaltsverbandes, seine Bedarfe zu befriedigen, sind evident.)

Es kann nun aber ohnehin nicht immer genügen, die Probleme in den Feldern zu lösen, in denen sie entstehen. Fehlt zum Beispiel einem Behinderten die Arbeitskraft auf Dauer, so bleibt dem modernen Staat letztlich keine andere Lösung, als ihm das Arbeitseinkommen durch eine Sozialleistung aus allgemeinen Steuermitteln zu ersetzen. Zu den Problemlösungen, die in den “natürlichen” Problemfeldern gesucht und gefunden werden, treten so die Lösungen, die aus dem Zusam-

menhang dieser “natürlichen” Problemfelder heraustreten – dorthin, wo es primär um den Ausgleich von sozialen Defiziten, um Sozialleistungen geht. Neben die *internalisierenden* treten so die *externalisierenden Problemlösungen*: “*internalisierend*”, wenn *gegebene Lebensordnungen* wie die Organisation der Arbeit, das Wohnungswesen oder das Bildungswesen *zweckhaft sozial gestaltet* (korrigiert, verändert) werden; “*externalisierend*”, wenn die *soziale Korrektur aus diesem Zusammenhang gelöst und auf eine nur spezifische Ebene hier übertragen wird*. (Beispiel 1: Arbeitsschutz und Haftung des Arbeitgebers für Betriebsunfälle bilden eine arbeitsrechtliche, internalisierende Lösung für das Problem “Gefahr der Arbeit”. Die Unfallversicherung ist ein externalisierender Lösungszugang zu dem gleichen Problem. Beispiel 2: Die Ausweitung der Unterhaltspflichten auf die Großfamilie ist der Versuch einer internalisierenden Abhilfe gegen Insuffizienzen im Unterhaltsverband. Kindergeld, Altersrenten, Hinterbliebenenversorgung usw. sind externalisierende Lösungen.)

Die sozialen Defizite und ihre Korrektur bilden so eine in zwei Dimensionen flottierende Masse: hinsichtlich der Zuordnung zu den Problemfeldern ebenso wie hinsichtlich der Entscheidung zwischen einer internalisierenden und einer externalisierenden Problemlösung. *Soziale Gefährdungen* haben ihren *festen Ort*; *im originären Wirkungs- und Problemfeld* des Arbeitslebens, des Unterhaltsverbandes, der Bedarfsbefriedigung. *Für Defizite aber* (wie den Ausfall der Arbeitskraft, des Einkommens oder des Unterhalts oder erhöhte Bedarfe wie im Falle der Krankheit) *besteht weithin eine Auswahl zwischen mehreren Ansätzen der Kompensation*: zwischen den *verschiedenen vorfindlichen Problemfeldern* (Arbeit/Einkommen, Bedarfsdeckung, Unterhaltsverband) einerseits wie *zwischen Internalisierung und Externalisierung andererseits*.

2. Internalisierende versus externalisierende Lösungen im Recht

Den elementaren Sachstrukturen von Arbeit und Einkommen, Bedarfsdeckung und Unterhaltsverband und der Alternative zwischen den internalisierenden und den externalisierenden Lösungen der darin und dazwischen auftretenden sozialen Probleme entsprechen zwei große Rechtszusammenhänge:

– auf der einen Seite das Recht (1) der Arbeit, des Erwerbs und des Vermögens, (2) der Produktion und Verteilung der Bedarfsgüter und (3) der Unterhaltsverbände. Das ist das *Recht der internalisierenden Lösungen*.

– auf der anderen Seite das Recht der Sozialleistungen. Das *Recht der externalisierenden Lösungen*.

Im *Bereich der internalisierenden Lösungen geht der soziale Zweck des Rechts in einen größeren Zusammenhang ein*. Arbeitsrecht z.B. kann so “sozial” gestaltet werden wie immer: es hat nicht nur einen “sozialen” Zweck. Es bleibt auch das Recht des Austausches zwischen Arbeit und Entgelt, das Recht der Einordnung von Arbeit in einen Betriebsablauf usw.

Wo aber Funktionsausfälle, die in den Grundeinheiten Arbeit/Einkommen, Bedarfsdeckung und Unterhalt auftreten, sowie Mißverhältnisse zwischen Bedarfen,

Einkommen und Unterhalt nur in der Weise zulänglich kompensiert und korrigiert werden können, daß *Einkommen und Unterhalt vom Gemeinwesen ersetzt oder ergänzt* werden, oder daß *Bedarfe durch öffentliche Leistungen unmittelbar nach sozialen Kriterien befriedigt* werden, wird eine *Schwelle von sehr grundsätzlicher Bedeutung* überschritten. Die Problemlösung wird *auf allgemeine* (Staat, Gemeinden usw.) *oder spezifische* (z.B. Sozialversicherungsträger) *Sozialverbände hin externalisiert*. Sie übernehmen den Ausgleich der Defizite. Dies ist der Raum der *Sozialleistungssysteme* und somit des *Sozialleistungsrechts* (wie etwa des Rechts der Sozialhilfe, des Sozialversicherungsrecht usw.). *Dem durch die Regelung von Sozialleistungen entstehenden Sozialrecht ist der soziale Zweck primär*. Auch wenn sich andere Zwecke (z.B. bevölkerungspolitische Zwecke) mit dem im engeren Sinne sozialen Zweck verbinden, bleibt der soziale Zweck konstitutiv.

III. Die makrokosmischen Bedingungen des Sozialrechts

Für die *Zuordnung der Problemlösungen entweder (internalisierend) zu vorgegebenen Rechtsfeldern oder (externalisierend) zu spezifischen Sozialleistungssystemen* (oder auch: für eine Kombination von internalisierenden und externalisierenden Lösungen) gibt es eine *Fülle von Gründen*, deren Systematisierung hier nicht in Angriff genommen werden kann. *Eine Vorgabe aber ist von zentraler Bedeutung: der Gegensatz zwischen politisch-sozialen Systemen, die auf dem Gegensatz von Staat und Gesellschaft und auf der Autonomie gesellschaftlicher Einheiten und Prozesse aufbauen* (nennen wir sie vereinfachend "marktwirtschaftliche Systeme") und *politisch-sozialen Systemen, die auf der Einheit von Staat und Gesellschaft und der umfassenden politischen Steuerung der wirtschaftlich-sozialen Einheiten und Prozesse beruhen* (nennen wir sie vereinfachend "staatswirtschaftliche Systeme")¹⁸. In *staatswirtschaftlichen Systemen* liegt die *Schwelle der Externalisierung hoch*. In *marktwirtschaftlichen Systemen* liegt die *Schwelle der Externalisierung niedrig*.

Marktwirtschaftliche Systeme müssen der eigenen Funktion der Institutionen und Prozesse der Produktion und Verteilung der Güter Raum geben¹⁹. Den Unternehmen Soziallasten aufzubürden, die (wie z.B. die Anstellung von Arbeitskräften, für die sie keine Verwendung haben; *Familienlöhne* statt *Pro-Kopf-Löhne*; Pensionslasten für frühere Mitarbeiter usw.) nicht sachlich und zeitlich als Kosten des "Faktors Arbeit" für die Produktion, von der das Unternehmen lebt, verstanden und gerechtfertigt werden können, hebt die Gesetze auf, nach denen sich in der Marktwirtschaft der gesellschaftliche Nutzen von Unternehmen (das ist: die Produktion und Verteilung durch die jeweils kostengünstigsten Unternehmen) be-

18 S. zu diesem Konzept der Sozialpolitik etwa *Günter Mantz* und *Gunnar Winkler*, Sozialpolitik, 1985, insbes. S. 10 ff.

19 S. dazu und zum folgenden *Hans F. Zacher*, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, in: Im Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Georg Wannagat zum 65. Geburtstag, 1981, S. 715 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 166 ff.).

stimmt. Bedarfsgüter (Grundnahrungsmittel, Wohnungen) durch Preisbindungen leichter zugänglich zu machen, hebt das Gesetz von Angebot und Nachfrage auf, führt zu Ungleichgewichten der Nachfrage wie des Angebots und nicht selten dazu, daß gerade die Güter, deren Preise wegen ihrer sozialen Bedeutung gebunden werden, nicht oder nur unzulänglich angeboten werden. Darum erscheint es in marktwirtschaftlichen Systemen konsequent, Defizite der Arbeitskraft (Arbeitslosigkeit, Invalidität, Alter usw.) ebenso wie individuelle Defizite der Fähigkeit, sozial notwendige Güter (wie etwa Grundnahrungsmittel, Wohnungen) zu bezahlen, externalisierend über Sozialleistungssysteme zu kompensieren (in der ersten Beispielsgruppe etwa: Arbeitslosengeld, Invalidenrenten, Altersrenten; in der zweiten Beispielsgruppe etwa: Sozialhilfe, Kindergeld). Man kann hier auch von einer *Arbeitsteilung zwischen Verteilung und Umverteilung* sprechen²⁰.

Staatwirtschaftliche Systeme dagegen können in hohem Maße internalisieren. Werden den Betrieben Mittel zentral nach Plan zugewiesen, so können den Betrieben auch Mittel für soziale Kosten zugewiesen werden, denen der notwendige Zusammenhang mit der aktuellen Produktion fehlt. Werden Bedarfe administrativ oder doch staatswirtschaftlich befriedigt, so kann, indem keine oder entsprechend niedrige "Preise" verlangt werden, die individuelle Fähigkeit, die "Preise" zu zahlen, vernachlässigt werden. Die Frage der Externalisierung reduziert sich zu einem Problem der optimalen Organisation, Planung und Finanzierung. Von daher ist es verständlich, daß in staatswirtschaftlichen Systemen dem Gegensatz zwischen kurz- und mittelfristigen Einkommensproblemen (Hauptbeispiel Krankheit) und langfristigen Einkommensproblemen (Hauptbeispiel dauernde Invalidität und Alter) eine grundsätzliche Bedeutung zukommt²¹. Während kurz- und mittelfristiger Probleme bleibt der Betroffene im Betrieb eingegliedert. Nur für langfristige Einkommensersatzleistungen ist die externalisierende Lösung selbstverständlich. Es ist rationeller, die dafür notwendigen Mittel gesondert – und nicht über die Betriebe – bereitzustellen und zu verteilen. Und wenn sich die Versorgung mit Bedarfsgütern nicht nach dem Gesetz von Angebot und Nachfrage, sondern nach dem Plan richtet, kann sie durch eine Preisbindung nicht beeinträchtigt werden – allenfalls durch den Plan oder seine mangelnde Erfüllung. Wir können von einer Vorwegnahme der Umverteilung durch die Verteilung, von der *Einheit von Verteilung und Umverteilung* sprechen²².

Es ist hier nicht der Ort, die beiden Systeme wertend gegeneinander abzuwägen. Ebenso kann hier nicht mehr darüber gesagt werden, in welcher Vielfalt die beiden Grundpositionen sich in der politischen Wirklichkeit mischen. Vielleicht geht es

20 Grundlegend etwa *Elisabeth Liefmann-Keil*, *Ökonomische Theorie der Sozialpolitik*, 1961, insbes. S. 119 ff.

21 Zum Sozialversicherungs- und Versorgungsrecht in der DDR, der Sowjetunion, der Tschechoslowakei, Bulgarien, Rumänien und Ungarn s. etwa die Beiträge im Jahrbuch für Ostrecht, Bd. XXIII (1982), 1./2. Halbbd., S. 9 ff., 83 ff., 153 ff., 245 ff., 287 ff.

22 S. Verhandlungen des XIX. Parteitags der Sozialistischen Einheitspartei Deutschlands, Bd. 2 (1976), S. 221 ff.; s. auch *Ulrich Lohmann*, *Die Konzeption der Sozialpolitik im neugefaßten Parteiprogramm der KPdSU*, *Sozialer Fortschritt* 35. Jg. (1986), S. 157 ff.

nur darum, festzuhalten, daß das *politisch-ökonomisch-soziale Makrosystem* die *wichtigste Vorgabe für die Grenze zwischen internalisierenden und externalisierenden Lösungen* ist.

Ein Bereich der Bedarfsdeckung ist auch in marktwirtschaftlichen Ländern weitgehend in das allgemeine, administrative System integriert: das *institutionelle Angebot von Erziehung und Bildung*. Soziale Defizite können insofern nur noch hinsichtlich der individuellen Kosten der Teilhabe (Lebensunterhalt während des Schulbesuchs, des Studiums usw.) entstehen. Eine ähnliche Situation findet sich dort, wo *Gesundheitsdienste* administrativ und unentgeltlich vorgehalten werden. Ein nationaler Gesundheitsdienst nach britischem Muster beschränkt das soziale Defizit Krankheit auf das individuelle Problem des Einkommens und des Unterhalts.

IV. Sozialrecht im engeren Sinn ("Sozialrecht") versus Sozialrecht im weiteren Sinn ("soziales Recht")

Die *soziale Aufgabe des Rechts* ist *allgegenwärtig*. Je nach der Struktur der Rechtsordnung, den sozialen Verhältnissen sowie den sozialen Maßstäben der Gesellschaft und der Politik kann mehr oder minder jeder Rechtsbereich soziale Herausforderungen hervorbringen und soziale Antworten geben. In diesem Sinne ist potentiell alles Recht sozial. Und in der Tat widersetzt sich so das Recht im staatswirtschaftlichen System, das sich umfassend als soziale Steuerung begreift, einer Ausgliederung spezifisch "sozialen Rechts" – einer Ausgliederung von "Sozialrecht"²³.

Doch sind – und jedenfalls im marktwirtschaftlichen System ist dies selbstverständlich – *Teile des Rechts durch ihre direktere und intensivere soziale Bedeutung* in besonderer Weise bestimmt. Das klassische Beispiel ist das Arbeitsrecht. Und es liegt nahe, die Rechtsgebiete, in denen der *soziale Zweck mit besonderer Dichte hervortritt*, als "Sozialrecht" zu bezeichnen. Doch ist die besondere Dichte des sozialen Zwecks ein sehr unsicheres, subjektiven Wahrnehmungen und Wertungen überlassenes Kriterium. So ist ein Begriff des Sozialrechts, der nach der Dichte des sozialen Zwecks abgrenzt, stets ein in hohem Maße offener Begriff.

Nur in den Sozialleistungssystemen tritt der soziale Zweck isoliert, jedenfalls konstitutiv hervor. Und hier kann unangefochten von "Sozialrecht" gesprochen werden. Die Konsequenz ist, das *Sozialleistungsrecht als das eigentliche "Sozialrecht"*, das Sozialrecht im engeren Sinne anzusehen. Demgegenüber kann *sonst vom sozialen Zweck geprägtes Recht* nur als *Sozialrecht im weiteren Sinne*, besser: als

23 Im einzelnen ist die begriffliche und dogmatische Entwicklung in den einzelnen Ländern Osteuropas sehr unterschiedlich. Der von der Sowjetunion vorgegebene Ausgangspunkt war, daß das Sozialversicherungsrecht ein Bestandteil des Arbeitsrechts ist. Andere Sozialleistungssysteme wurden dogmatisch nicht wahrgenommen. Mittlerweile ist die dogmatische Zusammenschau von Sozialleistungssystemen als "Sozialrecht" in Polen, der Tschechoslowakei und Ungarn selbstverständlich, in den übrigen Ländern auf dem Vormarsch.

“*soziales Recht*” angesehen werden. Die folgenden Überlegungen werden sich auf das “Sozialrecht” (= Sozialleistungsrecht = Recht der Kompensation sozialer Defizite durch externalisierende Lösungen) konzentrieren.

Die Alternative zwischen internalisierenden und externalisierenden Lösungen verweist auch schon auf die analoge Funktion, die Sozialrecht (im Sinne von Sozialleistungsrecht) und sonstiges soziales Recht (im Sinne von sonstigem sozial geprägtem Recht) haben können. In marktwirtschaftlich orientierten Ländern ist ein Beispiel dafür aber die Parallelität der Alterssicherung durch öffentliches Sozialleistungsrecht und durch sonstige (arbeitsrechtliche, versicherungsrechtliche, steuerrechtliche) Vorkehrungen der Alterssicherung (Betriebsrenten, Lebensversicherung, Vermögensbildung). Die Trennung zwischen Sozialrecht (= Sozialleistungsrecht) und sonstigem sozialen Recht (= sozial geprägtem Recht) darf kein Hindernis sein, diese funktionalen Analogien wahrzunehmen.

V. Das perpetuum mobile der Bestimmungselemente des Sozialrechts

Weder soziale Defizite noch das Ob und Wie ihrer Kompensation haben etwas Apriorisches, “Natürliches”. Sie bedürfen der politischen Wahrnehmung, Bewertung, Definition und Kompensation. Die politische Entscheidung wiederum ist eine Konsequenz der Wertvorstellungen, der Arbeits-, Wirtschafts- und Lebensverhältnisse, der Interessenkonstellationen und Machtverhältnisse einer Gesellschaft und des rechtlich-politischen Systems, in dem sie zur Geltung kommen. Vor allem aber hängt die politische Entscheidung von dem Vorrat an Problemlösungen ab, der in diesen politischen Prozeß eingehen kann. Soziale Probleme und Problemlösungen bedingen einander. Weithin haben Problemlösungen konstitutive Bedeutung für die Probleme – für ihre Wahrnehmung, für ihre Bewertung, für die Definition.

Diese Erkenntnis gibt der Frage nach den Bestimmungselementen von Sozialrecht den Charakter eines perpetuum mobile. Was ist “Armut”, solange es keine Armenfürsorge gibt? Was ist “Krankheit” mit oder ohne entwickeltes medizinisches System, mit oder ohne Krankenversicherung, mit oder ohne nationalen Gesundheitsdienst, mit oder ohne Arbeitsteilung und geregelte Arbeitszeit, mit oder ohne Lohnfortzahlung oder Krankengeld? Was ist “Alter”, was ist “Behinderung” ohne all jene Regelungen, Institutionen und Maßnahmen, die diese sozialen Probleme aufgreifen? Irgendwo ergibt sich eine Herausforderung. Diese provoziert eine Antwort. Ob und wie eine Herausforderung wahrgenommen und eine Antwort gegeben wird, verändert ebenso die Landschaft der Herausforderungen wie die Landschaft der möglichen Antworten, die künftig darauf gegeben werden können. Eine umfassende Analyse des Sozialrechts müßte deshalb versuchen, die möglichen Konstellationen von Situationen und ihrer Bewertung, aus denen sich soziale Defizite herleiten ließen, und die möglichen Maßstäbe und Techniken über

Kompensation miteinander zu kombinieren. Die wissenschaftliche Diskussion²⁴ ist weit davon entfernt, dies hier und jetzt zu ermöglichen.

Deshalb erscheint es gleichermaßen erlaubt und sinnvoll, sich auf die Binnenstrukturen der Problemlösungen, auf die Eigengesetzlichkeiten des Sozialrechts, zu konzentrieren. Doch muß in Erinnerung bleiben, daß dies nur ein Zugang zu einem hochkomplexen Phänomen ist, dessen Strukturen mitnichten so "selbstverständlich", so "festgefügt" sind, wie sie scheinen, wenn einmal gewisse Lösungen etabliert sind.

VI. Strukturelemente des Sozialrechts

1. Ziele des "Sozialen" und elementare Alternativen, sie zu verfolgen

Die Ziele des "Sozialen"²⁵ – Existenzminimum, Gleichheit, Sicherheit und Wohlstandsteilhabe – erscheinen dem ersten Blick harmonisch. Dem zweiten Blick aber stellen sie sich als mehrdeutig und widersprüchlich dar. Was meint Gleichheit? Gleichheit der Bedürfnisse oder Gleichheit der Leistung? Meint Sicherheit auch Sicherung des ungleichen Lebensstandards? Wenn nicht: ist sie dann Sicherheit? Wie kann der Wohlstand der Gesellschaft gemehrt werden ohne den Anreiz des individuellen Ertrags für den, der dazu beiträgt? Das Sozialrecht steht vor der Alternative, entweder die Widersprüche des "Sozialen" einzuebnen und die Offenheit des "Sozialen" aufzuheben, oder aber die verschiedenen Dimensionen zu entfalten. In der Tat haben Staaten mit staatswirtschaftlichen Systemen versucht, durch einen hohen Grad an Internalisierung den externalisierenden Lösungen – und somit dem, was wir hier "Sozialrecht" nennen, – nur einen engen Kreis von Aufgaben der Sicherung zu überlassen.

Marktwirtschaftliche Systeme konnten das a priori nicht. Für sie konnte nur in Frage stehen, ob sie alle Dimensionen des "Sozialen" gleichermaßen verfolgen, jedenfalls wie sie die verfolgten Ziele miteinander verbinden können.

Diese Entscheidungen nun stehen in einem natürlichen Zusammenhang mit elementaren Alternativen sozialrechtlicher Gestaltung²⁶:

– Sollen soziale Leistungen an eine Vorgeschichte anknüpfen (die über gewisse Minimalia der nationalen Solidarität wie Staatsbürgerschaft und/oder Aufenthaltsdauer hinausgehen) oder nur an eine Situation?

– Sollen soziale Leistungen nach Maßgabe fest umschriebener rechtlicher Tatbestände und/oder in rechtlich geregelter Höhe (abstrakt/typisiert) oder sollen sie nach Maßgabe individuell zu ermittelnder und zu bewertender Umstände, insbesondere der Bedürftigkeit (konkret/bedarfsorientiert), erbracht werden?

24 S. *Theodor Tomandl*, Auf den Spuren der Evolution des Sozialrechts, VSSR Bd. 10 (1982), S. 213 ff.

25 S. o. I.

26 S. ergänzend zum folgenden etwa *Hans F. Zacher*, Zur Anatomie des Sozialrechts, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, Bd. 27 (1983), zu S. 228 ff. (S. 243 ff.).

Diese Alternativen haben eine gewisse Affinität zu den verschiedenen Zielen des "Sozialen". Sie konstituieren zugleich gewisse Grundtypen des Sozialrechts, denen so ebenfalls eine Affinität zu den Zielen des "Sozialen" zukommt.

2. Situation oder Vorgeschichte?

Sozialrecht kann auf zweifache Weise auf die Geschichte einer sozialen Lage abstellen: auf eine Vorgeschichte der Vorsorge oder eine Vorgeschichte der Verantwortung.

Eine *Vorgeschichte der Vorsorge* ist typisch für die Sozialversicherung. Durch Beitragszahlungen wird die Anwartschaft auf eine Leistung aufgebaut. Im Risikofall wird die Leistung realisiert.

Eine *Vorgeschichte der Verantwortung* finden wir dort, wo das Gemeinwesen Schäden kompensiert, für die es eine Verantwortung trifft und/oder für die es die Verantwortung wenigstens durch eine klärende normative Entscheidung übernimmt. Der klassische Fall sind Entschädigungen für Kriegsoffer. Die letzten Jahrzehnte haben vor allem Entschädigungen für die Opfer eines politischen Systems oder die Opfer von Gewaltverbrechen hinzugefügt.

Fehlt eine Vorgeschichte der Vorsorge oder der Verantwortung, so kann das Sozialrecht nur an die soziale *Situation* (etwa der Armut, des Kinderreichtums usw.) anknüpfen. Allgemeine Fürsorge (Sozialhilfe) ist ebenso ein Beispiel wie etwa Familienleistungen (die nicht auf Versicherung beruhen).

3. Abstrakt-typisierend oder konkret-bedarfsorientiert

Die Alternative zwischen abstrakten und konkreter Leistungsbestimmung hat *immanente Grenzen*. Eine *abstrakte Leistungsbestimmung* hinsichtlich des Leistungsgrundes (z.B. Tatbestand der Invalidität) ist immer möglich. Eine abstrakte Leistungsbestimmung hinsichtlich des Inhalts und der Höhe der Leistung dagegen ist nicht immer möglich.

Einkommensersatzleistungen (z.B. Renten) sind grundsätzlich abstrakt zu bestimmen. Andere Geldleistungen (z.B. einmalige Beihilfen) können konkret (bedarfsorientiert) zu bestimmen sein. Dienst- und Sachleistungen (z.B. Behandlung, Pflege) sind ihrer Natur nach konkret. Die *konkrete Leistungsbestimmung* kennt solche "natürliche" Grenzen nicht.

Ungeachtet dieser Einschränkung kommt der Alternative wesentliche Bedeutung zu²⁷. Rechtlich ermöglicht die abstrakte Leistungsbestimmung Voraussehbarkeit, vermeidet sie Abhängigkeit, begrenzt sie das ermittelnde Eindringen in die Sphäre der Betroffenen, ermöglicht sie subjektive Rechtsansprüche und gerichtlichen Rechtsschutz. Konkrete Leistungsbestimmung wirkt in der jeweils gegenteiligen Weise.

²⁷ S. Hans F. Zacher, Verrechtlichung usw. (Anm. 17), S. 64 f.

Sozial betrachtet gewähren abstrakte Systeme das typisch Richtige auf die Gefahr hin, das konkret Richtige – nach oben oder unten – zu verfehlen. Konkrete Systeme ermöglichen das konkret Richtige, schließen aber gerade jene verlässlichen Erwartungen aus, welche die abstrakte Leistungsbestimmung vermittelt. Auch sozial wird die Bedürfnisprüfung mit ihren umfassenden Eindringen in die individuellen Verhältnisse weithin als ein hoher Preis angesehen.

4. Typen des Sozialrechts

Aus diesen Elementen haben sich Typen des Sozialrechts (im Sinne der externalisierenden Lösungen) ergeben, die sich durch jeweils spezifische Möglichkeiten und Grenzen auszeichnen.

a) Vorsorgesysteme

Vorsorgesysteme sind auf objektive Tatbestände hin angelegt, an die – jedenfalls dem Grunde nach – abstrakt Leistungen geknüpft werden. Ist die Vorsorge zunächst auf diesen Leistungstatbestand (z.B. Krankheit, Invalidität, Alter, Tod unter Zurücklassung Unterhaltsabhängiger) hin final orientiert, so ist die Leistung, ist der Leistungstatbestand erfüllt, kausal definiert. Es wird geleistet, weil und wie vorgesorgt ist. Vorsorgesysteme sind deshalb auch in besonderer Weise geeignet, unterschiedliche Lebensstandards zu sichern. Vorsorge beschränkt sich auf die, die – in gewissen Toleranzen: gleichartig – vorsorgefähig und vorsorgebedürftig sind. Sie ist deshalb tendenziell gruppenbezogen (selektionistisch). Je nach dem Wertsystem einer Gesellschaft kann sie auch als Ausdruck besonderer Gruppensolidarität gelten. Bezieht sich die Vorsorge auf Arbeitnehmer und sind die Arbeitgeber an der Vorsorge beteiligt, so kann sie auch als Ausdruck der Solidarität von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gewertet werden. Sie setzt Vorsorgeleistungen – im Regelfall: Beiträge (des Geschützten selbst oder eines Garanten: des Arbeitgebers, des Ernährers) – voraus. Vorsorgesysteme können deshalb finanziell autonom aufgebaut werden. Beitragsgetragene Vorsorge wird gemeinhin als *Sozialversicherung* bezeichnet²⁸.

Die Geschichte der Vorsorge und die Geschichte der sozialen Sicherung gegen bestimmte "soziale Risiken" hängen untrennbar miteinander zusammen. Soziale Sicherung gegen bestimmte "soziale Risiken" ist jedoch nicht allein durch den Vorsorge-Typus der Sozialversicherung möglich. Sozialversicherung ist externalisierende, öffentlichrechtliche Vorsorge gegen soziale Risiken. Sie wird dadurch bewirkt, daß in einem Vorsorgeverhältnis Anwartschaften aufgebaut werden, aus denen, wenn sich das Risiko verwirklicht, das Leistungsverhältnis hervorgeht.

²⁸ Im deutschen Sozialrecht entsprechen dem vor allem die Kranken-, die Renten- und die Arbeitslosenversicherung. Zur Unfallversicherung s.u. b).

Von diesem Grundtypus der sozialen Sicherung weichen *parallele Institutionen der sozialen Sicherung gegen bestimmte "soziale Risiken"* auf unterschiedliche Weise ab.

(1) Externalisierende, öffentlichrechtliche Vorsorge (Sozialversicherung) hat externalisierende *privatrechtliche Parallelen*: Privatversicherung²⁹, betriebliche Alterssicherung durch Pensionskassen und Direktversicherung. Diese privatrechtlichen Parallelen können alternativ oder kumulativ zur sozialrechtlichen Vorsorge verwendet werden. Das ist besonders typisch für "Mehr-Säulen-Modelle" der sozialen Sicherung.

(2) Die externalisierende Vorsorge vom Typ der Sozialversicherung kennt *internalisierende Parallelen*. Sie können (a) *öffentlichrechtlicher Natur* sein wie die dienstrechtlichen Vorsorgesysteme im Rahmen der öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse von Beamten, Richtern und Soldaten³⁰. Und sie können (b) *privatrechtlicher (arbeitsrechtlicher) Natur* sein wie die betriebliche Alterssicherung durch die Direktzusage des Arbeitgebers³¹. Beide Fälle haben gemeinsam, daß das Dienstverhältnis/Arbeitsverhältnis auch das Vorsorgeverhältnis und das Leistungsverhältnis umfaßt. Anders als bei der Sozialversicherung wird das Vorsorgeverhältnis nicht gesondert ausgewiesen.

(3) Eine ganz *andere Alternative* liegt darin, daß auf Vorsorge überhaupt verzichtet wird. Die soziale Sicherung knüpft dann allein an die Verwirklichung eines sozialen Risikos an, ohne auf eine Vorgeschichte abzustellen. An die Stelle der geschichtsbezogenen sozialen Sicherung tritt eine *situationsbezogene soziale Sicherung*. Auf diese Parallele ist daher unten³² gesondert zurückzukommen.

Die primäre *soziale Leistung der Vorsorge ist Sicherheit*. Ihr Verhältnis zum Problem des *Existenzminimums* ist differenziert. Wer unter dem Existenzminimum lebt oder allenfalls das Existenzminimum hat, findet in der Regel keinen Zugang zur Vorsorge. Ihm fehlt die Vorsorgefähigkeit. Der Vorsorgefähige aber kann durch die Vorsorge davor geschützt sein, unter das Existenzminimum zu fallen. Der *Gleichheit* dient Vorsorge, indem sie Vorsorgeschwachen zur Vorsorge verhilft. Darüber hinaus aber ist ihr Verhältnis zur Gleichheit mehrdeutig. Sowohl die Sicherung ungleicher Lebensstandards durch entsprechend ungleiche Leistungen als auch die Sicherung ungleicher Lebensstandards durch gleiche Leistungen kann je nach der Betrachtungsweise als gleichheitsgerecht oder gleichheitswidrig angesehen werden. *Wohlstandsteilhabe* kann durch Vorsorge grundsätzlich bewahrt, nicht aber gesteigert werden.

29 Walter Leisner, Sozialversicherung und Privatversicherung, Berlin 1974. Josef Isensee, Privatautonomie der Individualversicherung und soziale Selbstverwaltung, Köln 1980. Horst Baumann, Abgrenzung von Sozialversicherung und Privatversicherung in der sozialen Marktwirtschaft, De iustitia et iure, in: Festgabe für Ulrich von Lübtow, hrsg. v. Manfred Harder, Georg Thielmann, Berlin 1980, S. 667 ff.

30 Im deutschen Recht: Die Versorgung der Beamten, Richter und Berufssoldaten.

31 Die betriebliche Altersversicherung in Gestalt der Unterstützungskasse liegt im Übergangsfeld zwischen internalisierender und externalisierender Lösung.

32 S.u. c) aa).

b) Entschädigungssysteme

Entschädigungssysteme (wie etwa für Kriegs-, Regime- oder Verbrechensoffer)³³ bauen auf Tatbeständen auf, die dadurch gekennzeichnet sind, daß einzelne aus Ursachen, für die das Gemeinwesen verantwortlich ist oder doch die Verantwortung von Rechts wegen übernimmt, geschädigt wurden. An diese Tatbestände knüpfen sie – zumindest dem Grunde nach – abstrakt Leistungen (Entschädigungen). Sie sind kausal orientiert. Entschädigt wird nach Maßgabe des Schadens und der Verantwortung, die dafür übernommen wurde. Entschädigungssysteme sind grundsätzlich Ausdruck nationaler Solidarität. Dem entspricht ihre Finanzierung aus allgemeinen Haushaltsmittel (Steuermitteln). Ihrem Wesen nach sind sie nicht auf Gruppen beschränkt (nicht selektionistisch), sondern schützen sie alle Staatsbürger (Einwohner, Schutzbefohlenen), an denen sich die Geschichte der Verantwortung realisiert, sind sie also universalistisch. Da die Anerkennung und Abgrenzung der Verantwortung des Gemeinwesens und die Bestimmung der Entschädigungsleistungen sowie die Bemessung der angemessenen Leistungen jeweils der politischen, normativen Entscheidung bedarf, haftet ihnen jedoch die Versuchung an, zu privilegieren oder zu diskriminieren – anders ausgedrückt: eine Tendenz zum Selektionismus.

Entschädigungssysteme haben *privatrechtliche Parallelen* in Gestalt privatrechtlicher Haftung³⁴. Sie können *sozialrechtlich* überhöht werden. Das klassische Beispiel ist die *Unfallversicherung* – eine Kreuzung von Vorsorge- und Entschädigungssystem: die Verantwortung des Arbeitgebers für Betriebsunfälle wird in der umfassenden Vorsorge für Betriebsunfälle aufgehoben³⁵. Spätere Tendenzen greifen weiter aus und lassen weitere Unfallrisiken (und entsprechende Haftungsfälle privaten Rechts) in ein Vorsorge- und/oder Entschädigungssystem münden³⁶.

Entschädigungssysteme können dem Ziel der *Sicherheit* zugeordnet werden: jedenfalls für die, die sich in einer entsprechenden spezifischen Gefahr befinden. Sie können aber auch der *Gleichheit* zugeordnet werden: indem sie ein besonderes – ungleiches – Opfer einzelner für die Allgemeinheit ausgleichen. Im übrigen ist das Verhältnis der Entschädigungssysteme zur Gleichheit ähnlich mehrdeutig wie das der Vorsorgesysteme zur Gleichheit: je nach dem Maß, in dem sie unterschiedliche Schäden im Lebensstandard gleich oder ungleich kompensieren. Dem Ziel des *Existenzminimums* dienen Entschädigungssysteme in dem Maße, in dem sie die

33 In der Bundesrepublik Deutschland gehören hierher die Kriegsofferversorgung, die Versorgung von Wehrdienstgeschädigten, die Kompensation von Impfschäden, die Entschädigung von Verbrechenopfern, der Lastenausgleich und die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts.

34 S. *Bertram Schulin*, Soziale Entschädigung als Teilsystem kollektiven Schadenausgleichs, 1981.

35 S. §§ 636 ff. RVO.

36 S. dazu etwa *Eike von Hippel*, Schadenausgleich bei Verkehrsunfällen, 1968; *Dieter Schäfer*, Soziale Schäden, soziale Kosten und soziale Sicherung, 1972; *John G. Fleming/Jan Hellner/Eike von Hippel* (Hrsg.), Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz, 1980.

Betroffenen davor schützen, unter das Existenzminimum zu fallen. *Wohlstandsteilhabe* können Entschädigungssysteme schützen, indem sie erreichte Wohlstandsanteile erhalten. Eine Mehrung von Wohlstandsanteilen ist nur bei privilegiertender Überkompensation denkbar.

c) Situationsbezogene Systeme

Situationsbezogene Systeme bilden a priori keine vergleichbar geschlossenen Modelle wie die Vorsorge- und Entschädigungssysteme. Gemeinsam ist ihnen ein universalistischer Charakter (wie er teils mit "Wohnsitzprinzip", teils mit "Staatsbürgerversorgung" artikuliert wird)³⁷. Gemeinsam ist ihnen ebenfalls die Steuerfinanzierung (genauer: Finanzierung aus allgemeinen Haushaltsmitteln). Im übrigen lassen sie sich in folgende Gruppen zusammenfassen:

aa) Vorsorge-analoge Systeme

Vorsorgesysteme schützen gegenüber typischen "Wechselfällen des Lebens" ("soziale Risiken"). Vorsorge ist jedoch nicht die einzige Möglichkeit, sich gegen "soziale Risiken" zu schützen. Vielmehr läßt sich der Schutz auch in der Weise realisieren, daß an die Verwirklichung eines "sozialen Risikos" – zumindest dem Grunde nach – abstrakt Leistungen geknüpft werden, die aus Steuern finanziert werden (demogrants)³⁸. Da demogrants nicht an unterschiedliche Vorsorgeleistungen anknüpfen, sondern Ausdruck allgemeiner sozialer Solidarität sind, können sie nicht nach Maßgabe des erreichten Einkommens oder Lebensstandards gewährt werden. Vielmehr werden sie nach generellen Sätzen gewährt, die an typischen (minimalen, durchschnittlichen) Bedarfen orientiert sind.

Demogrants stehen im Dienst der *Sicherheit*. Lebensverhältnisse, die über dem geschützten Niveau liegen, können sie nicht schützen. Daher finden sie sich weitgehend in Verbindung mit differenzierenden Vorsorgesystemen (oder analogen privatrechtlichen Sicherungen), welche die Sicherung höherer Lebensstandards übernehmen. Demogrants haben ein eindeutiges Verhältnis zur *Gleichheit*. Die Gleichheit der Leistung ist ihnen wesentlich, nicht die Korrespondenz mit dem zu sichernden Lebensstandard. Zumeist haben sie die Tendenz, auch das *Existenzminimum* zu sichern, oft freilich nur in Verbindung mit Vorsorge- oder auch besonderen Hilfssystemen. *Wohlstandsteilhabe* ist gemeinhin nicht ein Ziel, das mit demogrants verfolgt wird.

37 S. zur Typologie auch *Bernd Schulte*, Zu den Strukturen des Sozialrechts ausländischer Staaten: Sozialrecht in den EG-Ländern, Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, 58. Jg. (1978), S. 203 ff.

38 S. dazu etwa *Albrecht Bossert* und *Hans Joachim Merk*, Die Systeme sozialer Sicherung in den OECD-Ländern, VSSR Bd. 9 (1981), S. 149 ff.; *Winfried Schmähl*, Konzeptionen sozialer Sicherung: Versicherungs- und Steuer-Transfer-System, VSSR Bd. 10 (1982), S. 213 ff. – Dem deutschen Recht und der deutschen Sozialpolitik ist der Typus des vorsorge-analogen Sicherungssystems (demogrants) bisher fremd. Gewisse Vorstellungen zur Grundsicherung zielen jedoch in diese Richtung.

bb) Hilfssysteme

Allgemeine Hilfssysteme sind dazu bestimmt, dringend notwendige Bedarfe zu decken, die anderweitig nicht gedeckt sind. Das zentrale Beispiel ist die *Fürsorge (Sozialhilfe)*. Allgemeine Hilfssysteme sind vor allem der Gewährleistung des *Existenzminimums* verpflichtet. Sie sind deshalb auch konkret-bedarfsorientiert. Das Risiko aller abstrakten Systeme, daß das Existenzminimum verfehlt wird, kann ein allgemeines Hilfssystem nicht eingehen. Nur in diesem ganz unspezifischen, indirekten Sinne ist Hilfe auch der *Sicherheit*, der *Gleichheit* und der *Wohlstandsteilhabe* verpflichtet.

*Besondere Hilfssysteme*³⁹, die – wie etwa Nahrungsmittel- oder Beherbergungsprogramme – dagegen nur Teilaspekte des Existenznotwendigen betreffen, können auch an typische Tatbestände anknüpfen und Leistungen typisierend erbringen.

cc) Förderungssysteme

Förderungsprogramme dienen dazu, die soziale Position von einzelnen, Familien oder Gruppen zu verbessern (z.B. Ausbildungsförderung, berufliche Förderung, Förderungsprogramme für Handwerker, Kleinbauern oder Fischer usw.)⁴⁰.

Programme der *Hilfe* und der *Förderung* sind Phänomene, die ineinander übergehen können. Leistungen an Familien⁴¹, Leistungen an Jugendliche⁴², Leistungen zur Deckung des Wohnbedarfes⁴³ etwa können sowohl der Sicherung des Existenzminimums als auch der Hebung der Lebensbedingungen und Chancen dienen. Die Gestaltung von Hilfs- und Förderungsprogrammen ist vielfachen Abwägungen offen, die zu einer abstrakt-typisierenden Konzeption führen können (so vor allem für laufende Einkommensersatzleistungen – etwa während einer Maßnahme der Umschulung – oder laufende Einkommensersatzleistungen – wie etwa Kindergeld) oder auch zu einer konkret-bedarfsorientierten Konzeption (so vor allem für Dienste und Sachleistungen – also etwa die Umschulungsmaßnahme selbst oder institutionelle Hilfen für Familien).

Förderungsleistungen dienen primär der *Gleichheit*: der Beseitigung oder Minderung von Nachteilen, insbesondere auch der Vermittlung von Chancengleichheit. Der Gewährleistung des *Existenzminimums* dienen sie in dem Maße, in dem sie auch Hilfsprogramme sind. Dem Gedanken der *Wohlstandsteilhabe* dienen sie um so deutlicher, je klarer der Förderungscharakter hervortritt. *Sicherheit* ist kein unmittelbares Ziel.

39 Im deutschen Recht: Arbeitslosenhilfe, Schlechtwettergeld, Kurzarbeitergeld; Unterhaltsvorschuß.

40 Im deutschen Recht: Ausbildungsförderung, Arbeitsförderung, Berufsförderung.

41 Im deutschen Recht: Erziehungsgeld; Kindergeld.

42 Im deutschen Recht: Jugendhilfe.

43 Im deutschen Recht: Wohngeld.

5. Zwei Vorbehalte

a) Möglichkeiten der Mischung

Was im Vorigen herausgestellt werden sollte, sind Grundtypen. Nicht behauptet werden sollte, daß diese Typen überall rein hervortreten. Der Sozialpolitik stehen Möglichkeiten der Mischung offen. So können risikoorientierte Systeme (etwa der Alterssicherung) aus Beiträgen *und* Steuermitteln gespeist werden und so Charakterzüge der reinen Vorsorge mit Charakterzügen des situationsbezogenen Risikoschutzes verbinden. Die Frage, wie die Mischung der Grundtypen rechtlich und sozial zu bewerten sind, kann hier nicht aufgegriffen werden.

b) Die Alternative der Negativ-Steuer

In gewissem Umfang können an die Stelle von Geldleistungen Steuerersparnisse treten. Auch läßt sich an eine Kombination in der Weise denken, daß über einer gewissen Einkommenslinie Steuern zu zahlen sind, während unterhalb einer gewissen Einkommenslinie Sozialleistungen erbracht werden (negative Einkommensteuer). Auch dies kann hier nicht weiter verfolgt werden. Auch müssen die Vor- und Nachteile der Verbindung von Sozialleistungen mit dem Steuersystem unerörtert bleiben.

VII. Die Pluralität der sozialrechtlichen Leistungen

Kein Grundtyp des Sozialrechts ist jedoch für sich allein imstande, eine hinreichende sozialrechtliche Ordnung darzustellen, vielmehr zeigt sich weltweit die Tendenz, die Grundtypen miteinander zu verbinden.

(1) Fast überall finden wir *Vorsorge- und situationsbezogene Systeme* nebeneinander. Zwar haben in vielen Ländern die (vorsorge-analogen, steuerfinanzierten, unversalistischen) situationsbezogenen Systeme sozialer Sicherung an Bedeutung gewonnen und ist die klassische (beitragsfinanzierte, selektionistische) Vorsorge durch Sozialversicherung zurückgetreten. Da situationsbezogene soziale Sicherung jedoch individuelle Sicherung der Wohlstandsteilhabe vernachlässigen muß, hat dies, soweit nicht die Sozialversicherung eine komplementäre Funktion übernommen oder behalten hat, zu einer wachsenden Bedeutung analoger Institutionen des Privatrechts (betriebliche Systeme, Privatversicherung) geführt. Aus diesem Nebeneinander ergibt sich auch ein Nebeneinander von universalistischen und selektionistischem Ansatz, von Steuerfinanzierung und Beitragsfinanzierung.

Ein anderer Aspekt der Pluralität ergibt sich aus einem Nebeneinander von Systemen, die der allgemeinen Einkommenssicherung, und Systemen, die der Deckung besonderer Bedürfnisse dienen. Je nach der Rolle der Vorsorgesysteme ist dies ein Nebeneinander von Vorsorge- und Hilfs- und Förderungssystemen und/oder von vorsorge-analogen mit Hilfs- und Förderungssystemen.

(2) *Entschädigungssysteme* sind nicht immer in gleichem Maße als “sozial” bewußt wie *Vorsorge-* und rein *situationsbezogene Systeme*. Oft gelten sie als einfach politisch, patriotisch usw. Gleichwohl sind sie verbreitet.

(3) Fast überall finden wir auch das Nebeneinander von *abstrakt-typisierenden und konkret-bedarfsorientierten Systemen* – wie immer diese Rollen auch auf *Vorsorge-, Entschädigungs- und situationsbezogene Systeme* verteilt sein mögen.

Zwar wird man nicht sagen können, daß so stets alle der Grundtypen des Sozialrechts anzutreffen sind. Noch weniger läßt sich Allgemeines darüber aussagen, in welcher Weise diese Grundtypen einander ergänzen. Doch ist eine *Pluralität von Grundtypen* bei genauem Zusehen ein *Grundgesetz allen Sozialrechts*. Für das Verstehen des Sozialrechts, für seine richtige Gestaltung, aber auch für seine verfassungsrechtliche Beurteilung kommt viel darauf an, dem Konzert dieser Pluralität Harmonie abzugewinnen.

VIII. Erklärung der Pluralität der Grundtypen des Sozialrechts

1. Historische Gründe

Die Pluralität der Grundtypen hat zunächst historische Gründe. Dabei ist das Spiel von Herausforderungen und Antworten (s.o. V) zu verweisen. Einmal aufgenommene Herausforderungen, erst recht einmal gegebene Antworten haben prägende Bedeutung und großes Beharrungsvermögen⁴⁴. So überlagern sich Lösungen zumeist in der Weise, daß die späteren die älteren fortführen oder ergänzen, nicht aber einfach aufheben.

2. Finanzielle Gründe

Eng verwandt sind die finanziellen Gründe. Je differenzierter die Programme, desto leichter läßt sich ihre Finanzierung politisch arrangieren. Je umfassender ein- und dasselbe Programm wäre, desto schwieriger wäre es, die Finanzierungsmasse aufzubringen. Hinzu kommt die “Wohltat der Intransparenz”. Stützte ein Sozialleistungssystem ein umfassendes und geschlossenes Leistungsprogramm auf ein entsprechend geschlossenes Finanzierungssystem, so erschiene den Betroffenen ausrechenbar, in welcher Weise sie Vorteile oder Nachteile erfahren. Die politischen Auseinandersetzungen und Widerstände würden damit verschärft. Eine Vielfalt von Systemen mindert diese Konflikte.

Für beitragsfinanzierte *Vorsorge (Sozialversicherung)* kommt der Vorzug ihrer – potentiellen – finanziellen Autonomie hinzu. Sie fördert den Einsatz von *Vorsorgesystemen*. Sie macht zugleich aber andere Systeme notwendig, da *Vorsorge* nur einen begrenzten Kreis sozialer Probleme lösen kann.

44 S. noch einmal *Tomandl*, a.a.O. (Anm. 24).

3. Gründe aus dem Wesen des Sozialen

Mehr oder weniger herrscht in allen Gesellschaften Dissens darüber, was mit den sozialen Grundzielen von Existenzminimum, Gleichheit, Sicherheit und Wohlstandsteilhabe gemeint ist. Der *Pluralismus der sozialrechtlichen Grundtypen erlaubt es, diese Ziele nebeneinander zu verfolgen, in gewissem Umfang auch ihre Mehrdeutigkeit zu erhalten und doch insgesamt einen hohen Grad an sozialer Wirkung zu erreichen*. Anders ausgedrückt: der Pluralismus der sozialrechtlichen Grundtypen ist eine Entsprechung zur – bewußten oder nicht bewußten, erklärten oder verdeckten, überall aber gegebenen – Offenheit des “Sozialen”.

Welcher Grad an sozialer Wirkung dabei wirklich erreicht wird, ist eine Frage der jeweils verwendeten Typen, ihrer konkreten Gestaltung und des Verbundes, zu dem sie gefügt werden. Die Pluralität der Typen kann auch sozialpolitischer Unfähigkeit oder sozialpolitischem Unwillen Raum geben. Der entscheidende Grund für den Pluralismus der Typen ist in der Tat die Offenheit des “Sozialen” – d.h. die Mehrdeutigkeit der sozialen Ziele und die Unsicherheit ihres Verhältnisses zueinander. Die bessere soziale Wirkung kann Ziel und Erfolg des Pluralismus der Typen sein, muß das aber nicht.

Gerade in diesem Zusammenhang bestehen große *Unterschiede hinsichtlich der politischen und gesellschaftlichen Systeme*. Die Vielfalt der sozialrechtlichen Grundtypen hängt so wie die Mehrdeutigkeit und Offenheit des “Sozialen” mit dem klassischen Spannungsverhältnis von *Freiheit und Gleichheit* zusammen. Je höher in einem politischen und gesellschaftlichen System der Wert der individuellen *Freiheit* steht, desto größer ist die Diversifikation sozialer Befindlichkeiten, desto weniger soziale Funktionen werden in die Wirkungsfelder von Arbeit/Einkommen, Unterhaltsverband und Bedarfsdeckung internalisiert. Desto bedeutsamer und zugleich in sich vielfältiger ist der Auftrag des Sozialrechts, die Gefälle der sozialen Befindlichkeiten auf ein mit dem Postulat der Gleichheiten vereinbares Maß hin zu reduzieren. Und desto vielfältiger sind die Konstellationen, denen das Sozialrecht dabei Rechnung tragen muß. Diese komplexe Aufgabe, einerseits die Unterschiede der sozialen Befindlichkeit unter die Kontrolle sozialer Gleichheit zu bringen, andererseits aber doch die der Freiheit Raum gebende und aus der Freiheit erwachsende Vielfalt der gesellschaftlichen Verhältnisse nicht aufzuheben, sondern ihr zu entsprechen, kann das Sozialrecht nur mit Hilfe der Pluralität sozialer Problemlösungen Rechnung tragen.

Ein politisches und gesellschaftliches System, dem primär an *Gleichheit* gelegen ist, bejaht damit nicht nur den Primat der Gleichheit. Es bejaht damit zugleich auch, daß das, was Gleichheit ist, vom Gemeinwesen – vom Staat, vom Recht – her bestimmt wird. Denn auf die Frage, was gleich und ungleich ist, gibt es viele Antworten. Und der Primat der Gleichheit kann nicht hergestellt werden, ohne diese Vielfalt von “Gleichheiten” zu begrenzen. Dem entspricht die weitgehend zentrale, planende Steuerung der mit Arbeit/Einkommen, Unterhaltsverband und Bedarfsdeckung umschriebenen Prozesse. Dem entspricht die weitgehende Internalisierung sozialer Problemlösungen in diese Prozesse. Dem entspricht endlich,

daß dem Sozialrecht (den externalisierenden Lösungen) nicht nur geringere Bedeutung zukommt, sondern daß ihm auch eine geringere Vielfalt von Lebensverhältnissen vorgegeben ist. Somit sind auch die Möglichkeit und die Notwendigkeit, die Vielfalt sozialrechtlicher Grundtypen auszuschöpfen, geringer. Gleichwohl ist ein Mindestmaß an Pluralität der Problemlösungen auch hier geboten und – wenngleich mitunter schwer wahrnehmbar – gegeben.

Das Maß der Nachfrage nach der Pluralität sozialrechtlicher Grundtypen hängt freilich auch von einer Reihe weiterer Bedingungen ab: vom Stand der gesellschaftlichen Entwicklung, vom Grad der Industrialisierung und Urbanisierung, von der politischen Entscheidungsfähigkeit und von der bürokratischen Realisierungskraft eines Gemeinwesens, nicht zuletzt vom Grad wirtschaftlicher Not oder wirtschaftlicher Prosperität. Damit ist vor allem die besondere Problematik der *Entwicklungsländer* angesprochen und ihr Gegensatz zu den sogenannten Industrienationen. Das kann hier jedoch nur erwähnt werden.

4. Sozialrecht und Gerechtigkeit

Letztlich ist aber die Vielfalt der Grundtypen des Sozialrechts Ausfluß der Idee der Gerechtigkeit. Gerechtigkeit war und ist nie einziges Prinzip. Gerechtigkeit war und ist immer in mehreren Dimensionen zu denken. Halten wir uns zunächst an die klassische Trias von *iustitia distributiva* (austeilende Gerechtigkeit), *iustitia commutativa* (ausgleichende Gerechtigkeit) und *iustitia legalis* (Gesetzesgerechtigkeit). *Situationsbezogene Systeme* geben in erster Linie der *iustitia distributiva* Raum.

Entschädigungssysteme entsprechen der *iustitia commutativa*. *Vorsorgesysteme* stehen dazwischen: indem sie den Zugang zu sozialer Sicherheit ausweiten ("austeilen") und die Leistung an die Vorleistung binden (Leistung und Gegenleistung "ausgleichen"). Ihre "austeilende" Funktion kann sich jedoch vertiefen und ihre "ausgleichende" Funktion schwächen, indem sie in sich die Stärkeren benachteiligen und die Schwächeren begünstigen – mit anderen Worten: indem sie in sich umverteilen. Nicht zuletzt aber sind Vorsorgesysteme von der *iustitia legalis* her zu begreifen. Vor allem Vorsorgesysteme eröffnen den Zugang dazu, Sozialleistungsansprüche als ein erworbenes Recht zu verstehen und zu garantieren.

Der Gegensatz zwischen der *iustitia legalis* auf der einen Seite und den materialen Gerechtigkeiten der *iustitia distributiva* und der *iustitia commutativa* auf der anderen findet allgemeiner eine Entsprechung in dem Spannungsverhältnis zwischen den *abstrakt-typisierenden* und den *konkret-bedarfsorientierten* Systemen. Mögen diese auf das im Einzelfall Gerechte zielen, so nehmen die abstrakt typisierenden Systeme – obwohl sie in der Sache Ziele materialer Gerechtigkeit verfolgen – als Konsequenz ihrer abstrahierenden Technik in Kauf, daß diese verfehlt wird. Ihre Option ist, die Wirkung der materialen Gerechtigkeit durch den Wert und die Kraft der *iustitia legalis* zu mehren. Der soziale Wert der Sicherheit trifft sich hier mit dem Maßstab der *iustitia legalis*.

Gehen wir einen Schritt weiter, so stoßen wir auf das alte Spannungsverhältnis zwischen *Rechtssicherheit* und *Gerechtigkeit*. Der soziale Rang des Wertes "Si-

cherheit", wie er in der allgemein anerkannten Formel von der "sozialen Sicherheit" zum Ausdruck kommt, findet seine rechtliche Entsprechung im Wert der Rechtssicherheit. So wie Rechtssicherheit und materiale Gerechtigkeit heute als komplementäre Elemente der Gerechtigkeit verstanden werden, so steht das Ziel der sozialen Sicherheit komplementär neben den anderen sozialen Zielen. Und so kann auch auf eine Pluralität sozialrechtlicher Grundtypen, die sich darin ergänzen, das volle Maß sozialer Gerechtigkeit herzustellen, nicht verzichtet werden.

Bedenken wir noch einen anderen Ansatz. Soziale Gerechtigkeit wird seit jeher in drei Formen gefordert und zugestanden: als *Bedürfnisgerechtigkeit*, als *Leistungsgerechtigkeit* und als *Besitzstandsgerechtigkeit*⁴⁵. Modernes "soziales" Denken (s. I) setzte sicher mit erneuter Betonung der Bedürfnisgerechtigkeit ein. Jedoch mehrten sich rasch die Gründe, auch die Leistungsgerechtigkeit aufzunehmen. Besitzstandsgerechtigkeit erschien zunächst nur als ein Widerstand gegen das "Soziale". Im Laufe der Zeit aber wurde auch sie in die soziale Gerechtigkeit einbezogen. "Sicherheit" ist nicht ganz ohne Besitzstandsgerechtigkeit zu denken. Und Freiheit, soll sie vom Sozialen nicht vollends aufgehoben, sondern mit aufgenommen werden, verlangt ebenfalls ein Mindestmaß an Respekt vor den "Besitzständen", die Freiheit ermöglichen und aus ihrem Gebrauch hervorgehen. Auch diese Freiheit von "Gerechtigkeiten" führt auf die Vielfalt der sozialrechtlichen Grundtypen hin.

Bedürfnisgerechtigkeit ist primär Sache der *situationsbezogenen Systeme*. Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit finden in ihnen keine zulängliche Aufnahme. Ihr Wirkungsraum sind die *Vorsorge-* und die *Entschädigungssysteme*, die freilich doch auch wieder im Dienst der Bedürfnisgerechtigkeit stehen.

Setzen wir das Problem schließlich dem Experiment aus, das zuletzt *J. Rawls* durchgeführt hat: welche Ordnung würden Menschen als gerecht betrachten, die in keiner Weise wissen, wie sie von dieser Ordnung betroffen sein könnten⁴⁶. Es ist nicht möglich, hier *Rawls* Theorie, *welche Ordnungen unter diesem "Schleier des Nichtwissens" für gerecht gehalten* würden, differenziert auszubreiten. Es muß genügen zu sagen, daß diese Ordnung ebenso Freiheit eröffnen wie Gleichheit sichern muß und daß dies nur durch ein gestaffeltes System von Grundsätzen und Regeln der Abwägung zwischen ihnen geschehen kann. Es muß ferner genügen, zu vermerken, daß in der Begegnung von Freiheit und Gleichheit der Chancengleichheit und der Leistung besondere Bedeutung zukommt, zugleich aber der Sorge für die am meisten Benachteiligten. Würde man *Rawls* Regeln auf die Gestaltung des Sozialrechts anwenden, so würden sie dazu führen, den Spielraum autonomer gesellschaftlicher Prozesse – im Sinne dessen, was hier als "markt-

45 *Walter Kerber/Claus Westermann/Bernhard Spörlein*, Gerechtigkeit, in: Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft, Teilband 17, 1981, S. 5 ff. (44 ff.).

46 *John Rawls*, Justice as Fairness, 1972, S. 11 f., 136 ff. ("Eine Theorie der Gerechtigkeit" in der deutschen Übersetzung v. H. Vetter, Suhrkamp 1979); krit. dazu etwa *H.L.A. Hart*, "Freiheit und ihre Priorität bei Rawls", in: Otfried Höffe (Hrsg.), Über John Rawls Theorie der Gerechtigkeit, 1977, S. 131 ff. (132 f., 161).

wirtschaftliches System” bezeichnet wird, – weit zu halten, ihnen aber auch ein wirksames Gegengewicht “externalisierender Lösungen” gegenüberzustellen. Und dieses hätte eine Vielzahl von Zwecken zur Geltung und auch zum Ausgleich zu bringen, wie sie keiner der skizzierten Grundtypen allein verwirklichen könnte, wie sie vielmehr nur in einem Konzert von Typen realisiert werden könnten. Nicht daß behauptet werden sollte, von *Rawls* her sei unmittelbar gefordert, was hier als theoretische Bestandsaufnahme möglicher Typen des Sozialrechts dargelegt wurde. Nur dies sei behauptet: daß eine Vielfalt von Prinzipien verwirklicht werden müßte, die nur durch eine Vielfalt institutioneller Typen realisiert werden könnte.

Wenden wir uns von der hohen Warte *Rawls* ab und den Niederungen des positiven Sozialrechts der meisten Länder zu, so finden wir fast überall die Klage über seine Komplexität. Wie oben mit der “*Wohltat der Intransparenz*” schon angedeutet, wirkt diese Komplexität selbst wie der “Schleier des Nichtwissens”, hinter den *Rawls* den Entscheidenden stellt. Die Betrachtungsweise kehrt sich jedoch um. Das Sozialrecht ist nicht imstande, die Erwartungen an sozialer Gerechtigkeit zu erfüllen, welche die Betroffenen damit verbinden – und die es bei den Betroffenen erweckt. Dazu sind die Situationen der Betroffenen und die Maßstäbe ihrer Bewertung zu unterschiedlich. Dieser Widerspruch zwischen dem hohen Wert, den der Anspruch auf soziale Gerechtigkeit für die Betroffenen hat, und den Wirkungen, die das Sozialrecht wirklich erzielt, kann nur ausgehalten werden, weil er sich infolge der Komplexität des Sozialrechts der vollen Wahrnehmung entzieht – weil der Betroffene durch den “Schleier der Intransparenz” gehindert ist, ihn ganz zu sehen. Die Vielfalt der Typen ist eine der Bedingungen dieser Komplexität. Sie ist somit auch ein Instrument, daß die Befriedigung, die in der Annäherung an die soziale Gerechtigkeit liegt, stärker als die Enttäuschung darüber, daß soziale Gerechtigkeit in Wahrheit nicht erreicht wird.

Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung¹

I. Sozialrechtliche Systembildung?

Die Verfassungsmaximen der Sozialstaatlichkeit und der Rechtsstaatlichkeit erteilen Staat und Recht einen umfassenden und dringenden sozial- und rechtspolitischen Auftrag.² Muß der Sozialstaat für ein menschenwürdiges Dasein aller sorgen und sich um Milderung und Abbau der Wohlstandsdifferenzen und ökonomisch bedingten Abhängigkeiten bemühen,³ so ist er als sozialer Rechtsstaat darauf verwiesen, dies mit Mitteln des Rechts und in den Grenzen des Rechts zu tun.⁴ Um diesen Auftrag richtig erfüllen zu können, müssen Rechtsetzer und Rechtsanwender die Sachstrukturen⁵ kennen, die dem Recht vorausliegen und die das Recht wertend aufgreift oder verdrängt. Zugleich müssen sie die Normstrukturen kennen, mit denen die Sachverhalte überzogen sind und die jeweils verändert, fortentwickelt oder realisiert werden sollen.⁶ Anders gesagt: Der komplexe und kontinuierliche Prozeß sozial gezielter Rechtsetzung und Rechtsanwendung in bezug auf die konstanten, sich verändernden, durch das Recht geprägten und durch das Recht erzeugten Sachverhalte bedarf systematischer Ordnung und Dogmatik.⁷ Gerade dieses Medium der Verwirklichung des sozialen Rechtsstaats erscheint jedoch immer noch unzulänglich.

-
- 1 Text eines Vortrages, den der Verfasser am 2. Dezember 1969 vor den Richtern des Bundessozialgerichts gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten. Überschriften und Anmerkungen wurden für den Druck eingefügt. – Für wertvolle Mitarbeit habe ich Herrn Gerichtsreferendar *Ulrich Knüppel* zu danken.
 - 2 S. zuletzt etwa *Badura*, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968, S. 446 ff. m. eingeh. Nachw.; *Forsthoff*, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968.
 - 3 S. zu dieser Definition *Zacher*, Bayern als Sozialstaat, BayVBl. 1962, S. 257 ff. (257 f.).
 - 4 S. z.B. *Zacher*, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, S. 120 ff. u. d. dort. Nachw.
 - 5 S. z.B. *Zacher*, Sozialgerichtsbarkeit und Sozialrecht, ZSR 1965, S. 137 ff. (143 f., 154); *Wertenbruch*, Begriff und Bedeutung des Sozialrechts, ZSR 1968, S. 385 ff. (398). – Zur allgemeinen Grundlegung des Postulats: *Luhmann*, Zweckbegriff und Systemrationalität, 1968.
 - 6 S. zu den damit angesprochenen vielfältigen Problemen zuletzt etwa *Ecker*, Das Recht wird in und mit der Auslegung, JZ 1969, S. 477 ff.; *Kübler*, Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, S. 645 ff.; je m. eingeh. Nachw.
 - 7 *Wertenbruch*, Sozialrecht und allgemeines Verwaltungsrecht, DÖV 1969, S. 593 ff. (593). Dazu bedarf es keiner Entscheidung zwischen einer "systematischen" und einer "topischen" oder "problematischen" Methode. Ausschließlich punktueller, konkreter Dezisionismus geht ebenso am Wesen des Rechts vorbei wie einseitige, abstrakte, lineare Systembildung. S. z.B. *Zippelius*, Problemjurisprudenz und Topik, NJW 1967, S. 2229 ff. (insbes. S. 2230).

Unter den vielen Gründen, die das hat, möchte ich folgendes hervorheben. Die soziale Aufgabe des Rechts ist universal. Dem widerspricht der Versuch, Sozialrecht gegenständlich abzugrenzen und von anderem Recht zu scheiden.⁸ Die gegenständliche Abgrenzung etwa des Gemeinderechts oder des Erbrechts folgt einem a priori partikularen Prinzip. Das gleiche gilt für sozial wichtige Rechtsbereiche wie die Sozialversicherung oder die Sozialhilfe.⁹ Aber der Begriff des Sozialrechts steht vor der Alternative, die Allgemeinheit des sozialen Prinzips zu verdunkeln oder gar zu verleugnen, oder das Recht nur ideal, nicht real zu teilen. Freilich kann "Sozialrecht" in Schwerpunkten real sichtbar gemacht werden.¹⁰ Und es erscheint zulässig, solche Schwerpunkte unter dem Namen "Sozialrecht" als einem Kürzel zusammenzufassen – etwa im akademischen Unterricht oder in der Organisation der Forschung.¹¹ Der Versuch aber, Sozialrecht schlechthin real abzusondern, entspricht einer historischen Situation, in der Sozialpolitik noch ausnahmsweise Korrektur der sozialen Verhältnisse war. Dagegen haben die immer neuen Schwierigkeiten und Notwendigkeiten einer bewußten und langfristigen Sozialpolitik und die Verfeinerung des sozialen Gerechtigkeitsgefühls die Allgegenwart der sozialen Problematik ebenso geoffenbart wie die unerschöpfliche Vielfalt ihrer Erscheinungsformen.¹²

Das bestimmt auch die Eigenart sozialrechtlicher Systembildung. Die Summe der Konflikte und ihrer wirklichen, vermeintlichen oder potentiellen Lösungen läßt sich schwerlich erfassen. Und die Prinzipien ihrer Ordnung können kaum sowohl die Scylla unanschaulicher Verästelung als auch die Charybdis bis zur Nutzlosigkeit sachferner Abstraktionen vermeiden. Ein System ist allenfalls als ein offenes denkbar, wesentlich vorläufig und sich im Unbekannten verlierend.

Dem entspricht, daß es auch der korrespondierenden Sachwissenschaft, der Sozialpolitik, nicht ganz gelingen will, die Vielfalt der Sachverhalte, Interessen, Zwecke und Wertungen durchgreifend zu rationalisieren und zu systematisieren.¹³ Das beschränkt sich nicht auf das Feld wissenschaftlicher Theorie. Auch eine unmittelbar politischem Nutzen zugewandte Arbeit wie das vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung vorgelegte Sozialbudget z.B. muß tastend und exemplarisch verfahren.¹⁴

8 Zu den Schwierigkeiten s. *Wertenbruch* (Anm. 5) S. 386 ff.

9 S. z.B. *Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, 1965, S. 1 ff., 9 ff., 31 ff.

10 S. etwa *Wertenbruch* (Anm. 5); *dens.* (Anm. 7) S. 594 ff. m. eingeh. Nachw.

11 S. z.B. *Zacher*, Die Lehre des Sozialrechts an den Universitäten in der Bundesrepublik Deutschland, 1968 (s. insbes. S. 1).

12 S. *Zacher* (Anm. 5) S. 149 ff.; *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, 1969, S. 65 ff. m.w.Nachw.; s.a. *Zacher*, Die Sozialversicherung als Teil des öffentlichen Rechts, in: Sozialrecht und Sozialpolitik, Festschrift für Kurt Jantz, 1968, S. 29 ff. (29 f.) m.w.Nachw.

13 S. zu diesen Schwierigkeiten *Achinger*, Sozialpolitik und Wissenschaft, 1963, S. 1 ff., 41 ff., 86 f., 102 und passim; v. *Bethusy-Huc*, Das Sozialleistungssystem in der Bundesrepublik Deutschland, 1965, S. 245 ff.

14 S. Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, Sozialbudget 1968 der Bundesrepublik Deutschland, 1969, Nm. 211 bis 232.

Ich betone diese Probleme hier aus drei Gründen. Erstens, weil ihre Beobachtung zur Erklärung des Umstandes beiträgt, daß sozialrechtliche Jurisprudenz sich so sehr – und für viele befremdlich – am Detail festsetzt. Die Widersprüche der Interessen und Wertungen lassen sich allzuoft nur in eng begrenzten Lösungen aufheben. Nur relativ selten können die Problemlösungen der Anwendung großer Prinzipien überlassen werden. Vielmehr erscheinen auf die Sachverhalte Komplexe divergierender Maximen anwendbar, die nur durch Entscheidung harmonisiert werden können. Und die so notwendige spezielle Entscheidung stellt sich dann als Kasuistik dar.¹⁵ Zweitens hängt mit der realen Unausscheidbarkeit des Sozialrechts zusammen, daß Dogmatik, die vom Spezifischen konkreter Schwerpunkte sozialen Rechts zum Allgemeineren aufsteigt,¹⁶ alsbald in unspezifische Kategorien des Verwaltungsrechts,¹⁷ des Privatrechts und letztlich des Verfassungsrechts¹⁸ gelangt. Erst in zentralen Normen wie dem Sozialstaatsprinzip, dessen Allgemeinheit Positivität schon fast ausschließt,¹⁹ tritt das Soziale wieder spezifisch hervor. Das bedeutet, daß es einer Dogmatik, die das Recht unter dem Aspekt seiner sozialen Aufgabe zu sichten und darzustellen sucht, vor allem an mittleren Kategorien fehlt, welche Ordnung und Verständnis der Einzelheiten erleichtern könnten.

Drittens soll gerade deshalb das Vorstellungsbild sozialer Umverteilung exemplarisch danach befragt werden, ob es Anregungen und Hilfen geben kann, sozialrechtliche Zusammenhänge zu sehen und zu ordnen. Und eben dabei werden sich alle Schwierigkeiten sozial orientierter Rechtsdogmatik wiederfinden.

-
- 15 Damit hängt auch zusammen, daß das Recht der sozialen Umverteilung so ungern mit Generalklauseln arbeitet. Die Entscheidungsproblematik ist zu komplex, als daß mit ihrer vollständigen Würdigung im Einzelfall gerechnet werden könnte. Divergenzen wären sehr wahrscheinlich. Und ein unsicheres Auseinanderlaufen der Fallentscheidungen wäre für das Kalkulationsbedürfnis der öffentlichen Hand wie der einzelnen unerträglich. Die Generalklauseln feindliche Kasuistik des Steuerrechts trifft sich im Verband der sozialen Umverteilung deshalb mit der Generalklauseln feindlichen Kasuistik des (nehmenden und gebenden) Sozialversicherungsrechts. Freilich drängen auch die Bedürfnisse von Massenverwaltungen in die Richtung legislativer Kasuistik; und der weitgehend monetäre Charakter sozialer Umverteilung erleichtert sie. S. zum weiteren Problembereich auch *Weber*, Die Generalklauseln im Recht und die soziale Gerechtigkeit, in: *Der Mensch im sozio-ökonomischen Prozeß*, Festschrift für Wilfrid Schreiber, 1969, S. 39 ff. S. zum Vorigen auch *Gitter*, Zweckwidrige Vielfalt und Widersprüche im Recht der Sozialversicherung, 1969, insbes. S. 45 ff.
- 16 S. den Überblick über die vielfältigen Bemühungen bei *Wertenbruch* (Anm. 7).
- 17 S. zu den Problemen der Adaption *Badura*, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966; *dens.* (Anm. 2) je m.w.Nachw. – S. neuerdings die Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Bern (Oktober 1969) über das Thema "Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht" (Referate von *Henke* und *Rüfner*; s. den Bericht in *DÖV* 1969 S. 706 ff. [707 f., 711 ff.]).
- 18 S. dazu z.B. *Bogs*, Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. II/G 1960, S. 4 ff.; *dens.*, Sozialenquete Nrn. 108 ff.; *Wannagat* (Anm. 9) S. 221 ff.; *Zacher*, Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland, 1968; je m.w.Nachw.
- 19 S. z.B. *Zacher*, Das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BayVBl. 1969 S. 113 ff. m.w.Nachw.

II. Die soziale Umverteilung

Soziale Umverteilung ist zunächst eine Sachkategorie²⁰, erst in zweiter Linie eine Kategorie juristischen Verstehens und Erklärens. Möglicherweise ist sie auch ein normativer Rechtsbegriff – doch dies allenfalls mit evident schwacher Aussagekraft.²¹ Darum ist es notwendig, zuerst einiges zur Sachkategorie sozialer Umverteilung zu bemerken.

1. Umverteilung

“In einer arbeitsteiligen Volkswirtschaft entsteht das Sozialprodukt aus dem Zusammenwirken ihrer Mitglieder, ohne daß dem einzelnen aus natürlichen und selbstverständlichen Gründen ein bestimmter Anteil daran zustehen würde. Vielmehr entscheidet über ihn erst ein komplizierter Prozeß der Lohn-, Zins- und Güterpreisbildung.”²² Dieser Prozeß ist, was wir Verteilung nennen. Umverteilung hat mit ihm das Ziel gemeinsam, Maß und Nutzen individuell verfügbarer Einkommen und Vermögen zu bestimmen. Insofern sind Verteilung und Umverteilung komplementäre Elemente eines einheitlichen Systems. Dieses setzt voraus, daß die individuelle Versorgung mit Leistungen und Gütern nicht nur als Ergebnis der Verteilung hingenommen, sondern kraft sozialer Entscheidung gewollt wird. *Umverteilung* ist ein *gewillkürtes* Instrument *gewillkürter* Zumessung von Einkommen und Vermögen. Sie *kontrastiert* kritisch zu einer *Verteilung*, die dieses Ziel nicht oder nicht mit gleicher Unmittelbarkeit verwirklicht²³. Umverteilung entfaltet sich typisch daher als Korrelat freier Verkehrswirtschaft, während perfekte sozialistische Zuteilung der Einkommen nach dem Bedürfnis den Gegensatz von Verteilung und Umverteilung in Frage stellt. Auch in der freien Verkehrswirtschaft ist Verteilung freilich nicht gleichsam naturgesetzliche Addition individueller Möglichkeiten und Entscheidungen. Der Staat setzt eine Fülle von Daten, die Verteilungsmasse und Verteilungsstrom determinieren.²⁴ Aber der Gegensatz zwischen dieser meist indirekten und nie erschöpfenden Steuerung der Verteilung und der positiven Anordnung, Gewährleistung und Organisation der

20 S. dazu *Liefmann-Keil*, *Ökonomische Theorie der Sozialpolitik*, 1961, S. 119 ff. m. eingeh. Nachw.; *Bogs-Achinger-Meinhold-Neundörfer-Schreiber*, *Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland* (Sozialenquôte), o.J., Nm. 141 f., 391, 432 ff., 455, 458 f., 524, 528, 554, 579 ff., 730. – Zur Realität der Umverteilung in der Bundesrepublik s. ferner eingehend *Schmidt-Schwarz-Thiebach*, *Sozialhaushalt und Wirtschaftskreislauf in der Bundesrepublik Deutschland 1950 bis 1960*, 1965; *dies.*, *Die Umverteilung des Volkseinkommens in der Bundesrepublik Deutschland 1950 und 1960*, 1965.

21 S. u. IV 1.

22 *Krelle*, *Verteilungstheorie*, 1962, S. 1.

23 Auf folgenden sehr problematischen Umstand muß hingewiesen werden. Verteilung ergibt Einkommen. Umverteilung ist der Sache nach auch durch Zugriff auf die Vermögen möglich. Insofern ist die fast allgemeine Ausdrucksweise, von einer Umverteilung der Einkommen zu sprechen, zu eng, um den ganzen Spielraum der Umverteilung zu erfassen.

24 S. z.B. *Krelle* (Anm. 22) S. 231 ff.

Umverteilung ist nicht nur rechtstechnisch, sondern auch für die Verantwortung des Staates und die Lage des einzelnen und der Gesellschaft von grundsätzlicher Natur.

Die Übergänge sind freilich fließend.²⁵ Vor allem kann der Staat schon gewisse Verteilungsprozesse so regulieren, daß seine positive Sachverantwortung der des umverteilenden Staates gleichkommt. Beispiele solcher Verteilungskorrektur geben etwa die Festsetzung von Preisen und Löhnen.²⁶ Von dieser Verteilungskorrektur unterscheidet sich *Umverteilung* durch die *Technik* vor allem durch *Polarität von Nehmen und Geben* und die *Leistungs- und Speicherfunktion öffentlicher Haushalte*.

Andererseits ist die Eindeutigkeit der Umverteilung vordergründig. Ihre Wirkung ist durch den Verteilungsprozeß bedingt. Die Beispiele dafür sind zahlreich. Umverteilend gemeinte Steuerlasten werden abgewälzt.²⁷ Sozialleistungen steigern als Kaufkraft Preise und Gewinne.²⁸ Verbrauchssteuern lassen die Lebenskosten wachsen und bringen zugleich Mittel auf, um Leistungen zuzuteilen.²⁹ Die mittelbaren Effekte der Umverteilung sind so unüberschaubar. Umverteilung ist – pointiert gesagt – die “Ausnahme” von der “Regel” der Verteilung, aus der sie nimmt und in die sie einspeist und die sich beider Einsätze auf ihre Weise bemächtigt. Umverteilung setzt damit aber auch Daten der Verteilung.³⁰

2. Soziale Umverteilung

Umverteilung wird hier als *soziale* Umverteilung erörtert, d.h. als eine Umverteilung, die menschenwürdige Existenz sichern und Wohlstandsdifferenzen sowie ökonomisch bedingte Abhängigkeiten mildern und abbauen soll.³¹ Soziale Umverteilung heißt nicht einfach: den Reichen nehmen und den Armen geben. Je weiter Umverteilung ausgreift und je länger sie dauert, desto mehr muß sie neben der vertikalen die horizontale Dimension der Wohlstandsschichtung einbeziehen. Beim gegenwärtigen Stand sozialpolitischer Entwicklung sind die sozialen Bedarfe, die mittels Umverteilung befriedigt werden, zu breit gestreut, als daß vor-

25 Beispiele zum Folgenden bei *Roth*, Gefahrenvorsorge im sozialen Rechtsstaat, 1968.

26 Auf die besondere Problematik der Bewirtschaftung kann nicht hingewiesen werden.

27 S. *Haller*, Finanzpolitik, Grundlagen und Hauptprobleme, 4. Aufl. 1968, S. 118 ff. m.w. Nachw. (S. 127); zuletzt etwa *Föhl*, Die Überwältzbarkeit gewinnbezogener Belastungen, in: Der Mensch im sozio-ökonomischen Prozeß, Festschrift für Wilfrid Schreiber, 1969, S. 133 ff.

28 S. neuesten etwa *Jantz*, Zur wirtschaftlichen Funktion sozialer Leistungen, in: Der Mensch im sozio-ökonomischen Prozeß usw. S. 253 ff.

29 Zum Ausmaß der Belastung der einzelnen Haushaltsgruppen s. *Schmidt-Schwarz-Thiebach*, Die Umverteilung usw. (Anm. 20) S. 114 ff.; zu den Wirkungen der indirekten Steuern bei wachsender Familiengröße s. z.B. *Egner-Mieth*, Zur ökonomischen Problematik kinderreicher Familien, in: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Walter Bogs, 1959, S. 71 ff. (78).

30 S. *Liefmann-Keil* (Anm. 20) insbes. S. 4, 119 ff.

31 S. Anm. 3 und den Text hierzu.

handener "Reichtum" anders als unter Gefährdung seiner Produktions- und Wachstumsfunktion ausreichen würde, um diese Bedarfe zu decken. Andererseits ist auch Wohlstand breit gestreut,³² aber doch so anfällig, daß Umverteilung mehr und mehr unter der Forderung steht, individuelle Wohlstandseinbrüche zu mildern. Darüber darf freilich die vertikale Dimension der Umverteilung nicht vergessen werden. Sie äußert sich z.B. in der Kontrolle der typisch marktwirtschaftlichen Akkumulation der Vermögen bei den Vermögenden, die wir als Politik der Eigentumsstreuung kennen.³³ Insgesamt ist die soziale Umverteilung heute ein System, das bei den meisten nimmt und gibt und bei den wenigstens nur nimmt oder nur gibt.³⁴

Dem entspricht, daß Maßnahmen der sozialen Umverteilung nur selten ausschließlich und unmittelbar durch den Zweck geprägt sind, Überfluß zu nehmen und Not zu beheben. Vermögenssteuer einerseits und Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Sozialhilfegesetz andererseits etwa mögen solch schlichte Institutionen der Umverteilung sein. Ansonsten ist soziale Umverteilung durch die Bindung an spezielle Zwecke und Situationen charakterisiert, die ihren sozialen Charakter konkret ausmachen: so an die Risiken in der Sozialversicherung,³⁵ oder wenigstens an das Sparen bei der Eigentumsbildung. Ist soziale Umverteilung in diesen Fällen noch primär, so wird sie sekundär, wo Institutionen allgemeineren Zwecks sozial modifiziert sind, so die Einkommensteuer durch ihre Progression und eine Reihe sozialer Erleichterungen oder das Prozeßrecht durch das Armenrecht. Das Ergebnis ist, daß Maßnahmen und Einrichtungen der sozialen Umverteilung auf äußerst vielfältige Weise in konkrete Lebensbeziehungen und Ordnungen eingefügt sind, die teils durch speziellere, teils auch durch allgemeinere Zwecke als den sozialer Umverteilung geprägt sind. Endlich verläuft soziale Umverteilung auch ganz im Unspezifischen, wo etwa Mittel ohne soziale Motivation und Modifikation für den allgemeinen Haushalt aufgebracht werden, um dann doch auch soziale Bedürfnisse zu befriedigen.

Aber auch sonst ist die Grenze sozialer Umverteilung unscharf. Wirtschaftsförderung etwa zielt auf eine Mehrung der Produktion und somit der Verteilungsmasse oder auf deren wirtschaftlich nützlichere Verteilung. Auch wenn sie dabei mittelbar als soziale Umverteilung verstanden wird, ist der unmittelbare Erfolg oft nicht sozial, der mittelbare soziale Erfolg oft nicht gesichert. Aber die soziale Chance kann der entscheidende Antrieb der Förderung sein. Die Kategorie des Sozialen versagt auch hier den Dienst, Rechtsbereiche klar und real zu scheiden.

32 S. a. *Liefmann-Keil* (Anm. 20) S. 405 f.

33 S. z.B. *Molitor*, Vermögensverteilung als wirtschaftspolitisches Problem, 1965; *Föhl-Hennies*, Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand, 1966.

34 S. a. *Boettcher*, Strukturwandel der Gesellschaft und Reform der Sozialpolitik, in: Sozialpolitik und Sozialreform, 1957, S. 154 ff.

35 Zur Umverteilung in der Sozialversicherung s. *Schewe*, Über den sozialen Ausgleich in der Rentenversicherung, in: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Walter Bogs, 1959, S. 233 ff.; *dens.*, Die Umverteilung durch die soziale Rentenversicherung, in: Sozialenquete und Sozialrecht, Festschrift für Walter Bogs, 1967, S. 147 ff.

III. Konstruktionselemente des Rechts sozialer Umverteilung

1. Elementare Bauteile

Versucht man nun, den Konstruktionen des Rechts der sozialen Umverteilung nachzugehen, so zeigen sich vor allem folgende Bauteile. Aus *funktioneller* Sicht fällt der Blick zunächst auf das Nehmen und Geben sowie auf Organisation und Vollzug dieses Nehmens und Gebens. An *Subjekten* entsprechen diesen Funktionen die Nehmensbetroffenen und die Gebensbetroffenen sowie die Organisationseinheiten, die nehmen und geben – die Träger der Umverteilung. (Dabei ist zum Sprachgebrauch folgendes zu bemerken. Was aus der Sicht des Trägers der Umverteilung Geben ist, ist aus der Sicht des Bürgers Nehmen und umgekehrt. Da die Eigenart der Umverteilung wesentlich durch die Figur des umverteilenden Trägers konstituiert wird, gibt die Terminologie hier und im folgenden seiner Sicht den Vorzug.)

Ergänzend zu Betroffenen und Trägern ist es notwendig, schon jetzt das systematische Hilfsziel des *Umverteilungsmittlers* ins Auge zu fassen.³⁶ Er ist Teilnehmer der Umverteilung, ohne materiell ihr Zielort zu sein. Damit sind freilich sehr vielfältige Erscheinungen angesprochen, die teils mehr in den Bereich der Umverteilungsträger,³⁷ teils mehr in den Bereich der Gebens- oder Nehmensbetroffenen gehören – so z.B. die Kommune im Rahmen regionalen Finanzausgleichs oder der Unternehmer, der eine Wirtschaftssubvention empfängt oder nutzt, die der Verbesserung von Arbeitsbedingungen gewidmet ist³⁸, oder die Hausbank, die den Förderungskredit ausreicht und für den Eingang von Zins und Tilgung sorgt.³⁹ Das bedarf noch systematischer Erschließung und ist zunächst nicht mehr als ein Merkposten dafür, daß die Rollen auf der Träger- und auf der Betroffenenseite differenziert und komplex sind.

Andere Bauelemente liefern die *Inhalte* der Umverteilung. Beispielhaft seien die Alternative zwischen monetärer Hilfe und unmittelbarer Zuteilung von Sach- und Dienstleistungen oder die Alternative zwischen schlichter Hilfe und Hilfe zur Selbsthilfe genannt, die ein Mindestmaß an Mitwirkung des Betroffenen voraussetzt.⁴⁰

36 Ich knüpfe hier an den Erscheinungsbereich der vermittelten Subventionen an, den ich in "Verwaltung durch Subventionen" (VVDStRL Heft 25, [1967], S. 308 ff. [370 ff.]) zu erörtern versuchte – insbesondere an den selbständigen Vermittler (S. 373 ff.) und an den weiterreichenden Subventionsempfänger (S. 379 f.), während das, was ich dort den "instrumentalen Vermittler" nannte (S. 370 ff.), hier zunächst in Kontaktfeld von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Figuren von Umverteilungsträgern zu sehen wäre (s.a. u. VI, insbes. 4 und 5).

37 S. insbes. die spezifischen Prozesse und Rollen der Interkommunikation zwischen Umverteilungsträgern (s.u. 3 a)

38 S. Zacher (Anm. 36) S. 379 f. m.w.Nachw.

39 S. Zacher (Anm. 36) S. 374 ff. m.w.Nachw.

40 S. dazu noch u. V 1 b, bb.

2. Systeme der Umverteilung

Diese Elemente sind einander in Systemen der Umverteilung zugeordnet. Typen solcher Systeme lassen sich auf sehr verschiedene Weise bilden.

a) In der Sache etwa kann *individualbezogen* zwischen *interpersonaler* und *intertemporaler* Umverteilung,⁴¹ wie sie vor allem die Einrichtungen sozialer Sicherung bieten, und *gruppenbezogen* zwischen *sektoraler* und *regionaler* Umverteilung unterschieden werden,⁴² wie sie etwa der Wirtschaftsförderung und den föderativen und kommunalen Systemen des Finanzausgleichs eigentümlich ist.

b) Eine andere Unterscheidung ist danach möglich, ob *Sachzusammenhang und Ordnung des Nehmens* und *Sachzusammenhang und Ordnung des Gebens* voneinander getrennt oder miteinander verbunden sind.⁴³ Ich möchte hier von einseitigen und zweiseitigen Umverteilungssystemen sprechen.

Unter den *zweiseitigen Systemen* seien zunächst die genannt, in denen ein umfassender Austausch innerhalb einer Gemeinschaft stattfindet. Paradigmatisch sind die Vorsorgesysteme der Sozialversicherung – vor allem Krankenversicherung⁴⁴ und Rentenversicherung.⁴⁵ Eine merkwürdige Variante bildet das Vorsorgesystem

41 Hieraus wären dann weiter die *Sachsysteme sozialer Sicherung* zu entwickeln. Herkömmlich wird zwischen Sozialversicherung, Versorgung und Fürsorge unterschieden (s. z.B. *Weisser*, Art. "Soziale Sicherheit" HDSW Bd. 9 1956, S. 396 ff.; *Wannagat* (Anm. 9) S. 31 ff.; *Bogs*, Sozialenquôte, Nm. 131 ff.). Mehr und mehr komme ich jedoch zu der Überzeugung, daß diese Dreiteilung das Gesamtsystem sozialer Sicherung nicht hinreichend aufschließt. Ich schlage deshalb vor, zusätzlich *Vorsorgesysteme* (gekennzeichnet durch Möglichkeit und typische Wirklichkeit des leistenden Einbezugs des gesicherten Personenkreises – Hauptbeispiele: Rentenversicherung und Krankenversicherung), *Entschädigungssysteme* (gekennzeichnet durch die typische Unmöglichkeit spezifisch vorsorgenden Einbezugs der zu sichernden Personen sowie durch die gesteigerte Verantwortlichkeit der Allgemeinheit für deren Sicherung – Hauptbeispiele im Bereich der Kriegs- und Regimefolgen, insbes. Kriegsopferversorgung und Lastenausgleich) und *Ausgleichssysteme* (gekennzeichnet durch die Abwesenheit von Vorsorge und gesteigerter Verantwortung des Staates, somit veranlaßt durch die unmittelbare Verpflichtung der Allgemeinheit aus dem Gedanken sozialer Gerechtigkeit – Hauptbeispiele: Sozialhilfe, Mietbeihilfen, Kindergeld) zu unterscheiden. (Die Unfallversicherung ist bei dieser Dreiteilung eine eigentümliche Sonderform: kollektives Vorsorgesystem der "entschädigungspflichtigen" Unternehmer, für die eigentlich sozial gesicherten Personen eher ein Entschädigungssystem. Die Beamtenversorgung ist ein Vorsorgesystem, bei dem der Anteil der Gesicherten freilich verdeckt dienstleistend oder durch Lohnverzicht eingebracht wird.) Diese zweite Dreiteilung gibt eine zusätzliche Hilfe, den Platz der konkreten Teilsysteme sozialer Sicherung im Gesamtprozeß sozialer Umverteilung zu verstehen (s. zur Relevanz der Einteilung in anderem Zusammenhang: *Zacher*, Empfiehlt es sich, die gesetzlichen Vorschriften über die soziale Sicherung der nichtberufstätigen Frau während und nach der Ehe, insbes. im Falle der Scheidung, zu ändern? Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages, Sitzungsbericht O, 1968, S: 7 ff.).

42 S. zur interpersonalen, intertemporalen und regionalen Umverteilung z.B. *Liefmann-Keil* (Anm. 20) S. 19 ff.

43 S. a. *Meinhold*, Sozialenquôte, Nr. 307. – Hier ist auch der Ort, um – jedenfalls typisch – zwischen Steuern, Beiträgen und Gebühren als Formen monetären Aufkommens (Nehmens) zu unterscheiden. S. *Bogs*, ebd. Nm. 240 ff.

44 S. *Schreiber*, Sozialenquôte, Nm. 578 ff., 607, 669, 694.

45 S. nochmals Anm. 35.

der Beamtenversorgung. Vielleicht könnte man von einem unvollständig zweiseitigen oder einem offen zweiseitigen System sprechen. Der Beamte steht ebenso wie der Kranken- und Rentenversicherte grundsätzlich sowohl auf der leistenden als auch auf der empfangenden Seite. Er setzt seine Dienstleistung bei entsprechend kalkuliertem Entgelt ein, um Versorgung zu erhalten. Die Mittel, um diese Versorgung zu gewähren, werden jedoch – wie auch die Besoldung – über den allgemeinen Staatshaushalt aufgebracht. Auf die Möglichkeiten eines anderen Typs zweiseitiger Umverteilungssysteme weist der Lastenausgleich hin, der einen spezifischen Umverteilungsstrom von den Leistungspflichten zu den Empfängern bewirkt.⁴⁶ Die Einbezogenen stehen entweder auf der Leistungs- oder auf der Empfängerseite und nur ausnahmsweise und untypisch auf beiden Seiten. Unter gesteigerter Möglichkeit der Fluktuation finden wir Ähnliches bei wirtschaftlichen Ausgleichskassen.⁴⁷

Einseitige Gebenssysteme exemplifizieren vor allem die Sozialleistungen, die nicht mit Nehmenssystemen zu zweiseitigen Umverteilungssystemen verbunden sind, so die Sozialhilfe und andere Ausgleichssysteme, wie heute das Kindergeld. Hierher gehört auch die Kriegsopferversorgung. Daneben beobachten wir zahlreiche Förderungsprogramme vom Honnefer Modell bis zur Förderung der Eigentumbildung. Endlich ist auf die *verdeckten Gebenssysteme* aufmerksam zu machen. So sind Bildungseinrichtungen, die unentgeltlich oder gegen – im Vergleich zu den Kosten – minimale Entgelte angeboten werden, eminent wichtige und ergiebige darreichende Träger der Umverteilung. Systeme dieser Art verbergen sich weitgehend in Verwaltungsveranstaltungen, die jedermann angeboten werden. Ihr sozialer Charakter ist konkret zu ermitteln.⁴⁸ Informationsstellen für die Landwirtschaft können ihn ebenso haben wie der Straßenbau in wirtschaftlich gefährdeten Gebieten.⁴⁹

Einseitige Nehmenssysteme finden wir klassisch in den Steuern. Sie bringen die Mittel auf, um aus den allgemeinen Haushalten sozial umverteilende Ausgaben zu bestreiten. Darüber hinaus stellen sie eigenständig Umverteilung dar, indem sie Einkommen und Vermögen differenziert belasten.

Die Techniken einseitigen Gebens und Nehmens sind im übrigen in Grenzen funktional *vertauschbar*. Steuerverschonungen⁵⁰ können steuerpflichtigen Betroffenen gegenüber den gleichen Dienst tun wie Sozialleistungen. Und die soziale Staffelung von Tarifen für die Benutzung von Verwaltungseinrichtungen kann ebenso als Verschonung von einer öffentlichen Abgabe wie als sozial motivierte

46 Damit soll nicht gesagt sein, daß alles, was gegeben wird, von den spezifisch Verpflichteten genommen wird. S. dazu z.B. das Sozialbudget (Anm. 14) Nrn. 198 f.

47 S. Götz, Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ausgleichsabgaben, AöR Bd. 85 (1960) S. 200 ff., insbes. S. 203 ff., 215 ff.

48 Daher entziehen sich diese "Sozialinvestitionen" auch einem allgemeinen Ausweis (s. z.B. Sozialbudget [Anm 14] Nr. 228 ff., insbes. 231).

49 S. zum Vorigen auch Zacher (Anm. 36) S. 321 f. m.w.Nachw.

50 S. Zacher, ebd. S. 317 (mit Anm. 36) und passim.

billige oder unentgeltliche Darreichung der Verwaltungsveranstaltung begriffen werden.

c) Andere Typen von Umverteilungssystemen lassen sich schließlich nach dem spezifischen *Charakter der Organisation* bilden. Hier bieten sich viele Varianten an.⁵¹ Die Extreme liegen bei der unspezifischen Organisation und Durchführung der Umverteilung durch Staat und Kommunen auf der einen Seite und der spezifischen mitgliedschaftlichen Organisation der Umverteilungsbetroffenen in besonderen Trägern, wie das heute für die meisten Sozialversicherungsträger kennzeichnend ist, auf der anderen Seite. Dazwischen liegt etwa die Möglichkeit spezifischer Organisation im Rahmen unspezifischer Träger wie etwa die Versorgungsverwaltung – eine Möglichkeit, die sich, wie beim Lastenausgleich, bis zum abgesonderten Haushalt steigern kann. Eine andere Modalität ist die anstaltlicher Sonderung der Organisation, wie etwa bei der Bundesanstalt für Arbeit.

3. Exkurse

a) Die Interkommunikation der Umverteilungseinheiten

Verschiedene Systeme gleicher Träger kommunizieren über deren Haushalte. Aber auch zwischen verschiedenen Trägern fließen Umverteilungsströme. Selbst spezifische Träger zweiseitiger Systeme sind heute kaum mehr völlig autark und geschlossen. Vielmehr sind spezifische und unspezifische Träger durch das vielfältige Netz des Finanzausgleichs,⁵² der Zuschüsse,⁵³ der Umlagen, der Verrechnungen,⁵⁴ der Kredithilfen⁵⁵ und dergleichen miteinander verknüpft. Wir stoßen hier auf eine im Laufe der Zeit immer wichtiger gewordene sekundäre Funktion der Umverteilung: die Interkommunikation der Umverteilungseinheiten. Sie weist nicht nur eine Fülle eigenständiger Ordnungsprobleme auf. Sie demonstriert auch die Tendenz sozialer Umverteilung, sich auszudehnen und zu verallgemeinern. Man ist an das *Popitzsche* Gesetz von der Anziehungskraft des größten Etats⁵⁶ erinnert, das sich hier auf Umwegen realisiert.

Neben die finanzielle Interkommunikation tritt auch die funktionelle Kooperation durch die teilweise Übernahme einzelner Umverteilungsfunktionen durch andere Träger – wie etwa die Erhebung von Beiträgen oder die Durchführung von Heilmaßnahmen.

51 S. den Überblick über die Organisationsformen des "Sozialverwaltungsrechts" bei *Wertebbruch*, Sozialverwaltungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, hrsg. von v. Münch, 1969, S. 289 ff. (305 ff.).

52 S. dazu *Nipperdey-Scheuner*, Zur verfassungsrechtlichen Problematik von Finanzausgleich und Gemeinlast in der Sozialversicherung, 1969; *Gitter* (Anm. 15) S. 41 ff. S. insbes. die Neuregelung des Finanzausgleichs in der Rentenversicherung nach § 1383 a RVO.

53 S. dazu das Sozialbudget (Anm. 14) S. 96.

54 S. ebd. S. 103.

55 § 1383 c RVO.

56 *Popitz*, Der Finanzausgleich, in: Handbuch der Finanzwissenschaft, hrsg. von Gerloff und Meisel, Bd. 2 1927, S. 338 ff. (348).

b) Solidargemeinschaften?

Diese Beobachtung intensiver Verflochtenheit der Träger gibt mir Anlaß zu erklären, warum ich bisher das Wort "Solidargemeinschaft" vermieden habe. Es ist all den Deutungen zugänglich, die eben den Umverteilungssystemen und -trägern gegeben wurden. Man ist versucht, zunächst in den Gebens- und Nehmensbetroffenen zweiseitiger und spezifisch mitgliedschaftlich organisierter Umverteilungssysteme die typische Solidargemeinschaft zu erblicken.⁵⁷ Aber dann läßt sich doch nicht leugnen, daß auch der gar nicht mitgliedschaftlich erfaßte, fluktuierende Kreis der Nehmens- und Gebensbetroffenen einer Ausgleichskasse eine Solidargemeinschaft bildet. Und wer etwa ist die Solidargemeinschaft der Sozialhilfe? Der Kreis, der die Sozialhilfe vollzieht? Land und Bund, die mit dem Kreis kraft Steuerverbund und Finanzausgleich ihre Mittel teilen? Und von hier geht der Blick zurück zu den zweiseitigen, mitgliedschaftlichen Solidargemeinschaften der Sozialversicherung. Wie werden sie durch Bundeszuschüsse, durch Finanzausgleich und Gemeinlastverfahren, durch Verrechnungen und Gewährträgerschaft ausgeweitet? Man wird sagen dürfen: soviel materielle Umverteilungssysteme, soviel Umverteilungsträger und soviel Interkommunikation von Trägern wir haben, soviel Solidargemeinschaften haben wir auch.

c) Die Abgrenzung der Umverteilungseinheiten

Die Existenz verschiedener Systeme und Einheiten der Umverteilung indiziert im übrigen die Notwendigkeit personeller, territorialer und sachlicher Abgrenzung und Harmonisierung. Das bedeutet einen großen kollisionsrechtlichen Normbedarf⁵⁸ – von der Klärung persönlichen Einbezugs bis zur Entscheidung über Absorption oder Kumulation von Lasten oder Leistungen; konkreter ausgedrückt: von den Regelungen über Wanderversicherte bis zur Anrechnung von Renten und zur einkommenssteuerlichen Neutralität von Sozialleistungen. Nicht weniger als in der Interkommunikation durch Umverteilungsströme liegt hierin die Integration der Teilsysteme zu einem Gesamtsystem.

d) Internationale Umverteilung

Verläßt freilich Umverteilung den nationalen – oder äußerstenfalls den staatsähnlichen supranationalen – Rahmen, so erwachsen wesentlich andere Probleme.⁵⁹ Weder ist die Völkerrechtsgemeinschaft der Staaten als Ordnungssubjekt

57 S. z.B. *Wannagat* (Anm. 9) S. 173.

58 Zu den vielfältigen Möglichkeiten des Zusammentreffens von Ansprüchen allein auf laufende Geldleistungen s. Sozialenquete, Anlagenband, Faltblatt. Einige Probleme s.a. bei *Gitter* (Anm. 15) S. 51 ff. – Zum territorialen Kollisionsrecht s. etwa v. *Maydell*, Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialversicherungsrecht, 1967; "Das Sozialrecht im geteilten Deutschland", Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Band IV, 1968.

59 S. zum Folgenden z.B. *Liefmann-Keil* (Anm. 20) S. 356 ff.; *Zacher* (Anm. 18) S. 25 ff. und *passim*. Zu den kollisionsrechtlichen Problemen s. Anm. 58.

der Umverteilung noch ist die Menschheit als Solidargemeinschaft der Umverteilung mit dem Staat vergleichbar. Die nationalen Systeme dominieren daher. Und es geht darum, sie abzugrenzen und die Wanderung zwischen ihnen zu ermöglichen. Gelegentlich geht es auch darum, partikular gemeinsame oder wenigstens einheitliche Systeme und Einrichtungen zu schaffen. Entwicklungshilfe dagegen, die international darüber hinaus geleistet wird, erscheint isoliert einseitig und deshalb umverteilungsfremd. Leistungen dieser Art können als Umverteilung nur aus der Existenz einer allgemeinen Umverteilungsgemeinschaft der Menschen und Völker erklärt werden. Diese aber ist allenfalls Idee. Das ist ein sach- und rechtsimmanenter Grund dafür, warum Ordnung und Wirkung der Entwicklungshilfe so oft nicht befriedigen. Doch nun zurück in den nationalen Raum.

4. Externe Elemente der Umverteilungsordnung

Wir haben von den Funktionen, Subjekten, Inhalten und Systemen der Umverteilung gesprochen. Dabei wurde der Kosmos der Umverteilung gleichsam isoliert. Umverteilung ist aber determiniert durch ein Feld von Gegebenheiten, von denen sie abhängt und die sie beeinflusst. Als wohl wichtigste Beispiele seien die Relation zwischen Verteilungsmasse, Verteilung und Umverteilung und die Konkurrenz zwischen Verteilung, Verteilungskorrektur und Umverteilung erwähnt.⁶⁰ Umverteilung ist ferner determiniert durch die rechtsstaatlichen, demokratischen, sozialstaatlichen und organisatorischen Verordnungen der Verfassung.⁶¹ Das alles gibt zunächst den gezeigten Elementen der Umverteilung Gestalt und Gewicht und definiert die Möglichkeiten ihrer konkreten Ordnung und Behandlung. Als Beispiel kann der freiheitliche Schutz der individuellen Sphäre der Betroffenen durch die Grundrechte ebenso dienen wie die Aktualität des Nehmens, Speicherns und Gebens jeweils als Instrumentarium der Wachstums- und Konjunkturpolitik. Diese exogenen Determinanten erinnern aber auch an ein transzendentes Element der Umverteilung: die vorausliegende Entscheidung des Ob, Wer, Was, Wem und Wie der Umverteilung.⁶² Die Ebenen der Entscheidung

60 S. z.B. *Meinhold*, Sozialenquôte, Nrn. 408 ff., 417 ff.; *Liefmann-Keil*, Gegenwart und Zukunft der sozialen Altersvorsorge, 1967, S. 20 ff.; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, erstmals eingehend in: Jahresgutachten 1966/67 "Expansion und Stabilität" Nrn. 101, 112, 114 ff., 222, 251, 297, 314 ff., s. entsprechend die Jahresgutachten 1967/68, 1968/69 und 1969/70; zur neuesten Entwicklung s. z.B. *Fink*, Volkswirtschaftliche Aspekte des Dritten Rentenversicherungs-Änderungsgesetzes, BArb-Bl. 1969 S. 462 ff.

61 S. Anm. 18.

62 Damit ist ein höchst wichtiger Bereich angesprochen, der hier vernachlässigt werden muß: der Zusammenhang zwischen dem Wesen, insbes. der *Struktur des Entscheidungsobjekts und dem Inhalt der Entscheidung*, ein Zusammenhang, der gerade im Feld der Umverteilung höchste Aktualität erreicht. Man vergleiche etwa die verschiedenen Entscheidungsträger der allgemeinen Demokratie – staatlichen, regionalen oder lokalen Charakters! –, die paritätisch strukturierten Entscheidungsträger in den Sozialversicherungsträgern, die Entscheidungsverbände und -partnerschaften im Krankenkassenwesen (insbes. den spezifischen Einbau

und der Umverteilung können auseinandertreten, so daß die Ebene der Entscheidung über der Umverteilung liegt. Die genuine Ebene der Entscheidung ist die staatliche.

IV. Rechtsgrundsätze der Umverteilung

Ich möchte im Folgenden zwei Wege andeuten, die Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung aus diesen Elementen heraus zu entwickeln. Sie sind – meine ich – keine Alternative. Sie müssen kumulativ genutzt werden. Der eine Weg ist, aus dem Makrokosmos der Umverteilung und der Umverteilungssysteme typische Mikrokosmen hervorzuheben, an Hand deren die Ordnungsaufgabe des Rechts der Umverteilung verdeutlicht und rationalisiert werden kann.⁶³ Zunächst aber will ich den anderen Weg andeuten, nämlich die Sachgesetzlichkeiten der Umverteilung mit der verfassungsrechtlichen Vorordnung der Umverteilung in Beziehung zu setzen, um daraus Rechtsgrundsätze der Umverteilung zu gewinnen.⁶⁴ Ich will und kann hier freilich keinen Katalog solcher Rechtsgrundsätze proklamieren. Allenfalls ist es möglich, einige Themen zu nennen.⁶⁵

1. Garantie und Zulässigkeit der Umverteilung

Verteilung und Verteilungskorrektur reichen nicht aus, um eine angemessene und gerechte Versorgung der Individuen mit materiellen Gütern zu bewirken. Umverteilung ergänzt sie deshalb. Eben diese angemessene und gerechte Zuteilung von Gütern aber ist ein Postulat des Sozialstaats und sozial und materiell verstandener Gleichheit. Es liegt nahe, von einer institutionellen Garantie der sozialen Umverteilung im Sozialstaat zu sprechen.⁶⁶ Wieviel damit gewonnen ist,

der Kassenärzte) und die Entscheidungsstrukturen in den Verbänden und in den Betrieben, die verschiedenen Kompetenzen der Entscheidungseinheiten und die verschiedene – gebende und/oder nehmende – Betroffenheit der Entscheidenden und derjenigen, denen sie verantwortlich sind, durch die Entscheidungen. Daß dieses Dreieck (Struktur des Entscheidungsträgers, Kompetenz des Entscheidungsträgers, Betroffenheit des Entscheidenden) Inhalte der sozialen Umverteilung determiniert, ist offensichtlich. Exemplarisch dazu *Herder-Dorneich*, Sozialökonomischer Grundriß der gesetzlichen Krankenversicherung, 1966, passim; s.a. *Liefmann-Keil* (Anm. 20) S. 101 ff. u. passim; *Zacher* (Anm. 18) S. 30 ff., 42 ff.

63 Das wäre zu ergänzen durch das Herausarbeiten typischer Rollen: des einseitig Leistenden oder Empfangenden, des im approximativen Tausch oder in einer spezifischen Verbandseinheit Leistenden oder Empfangenden usw.

64 S. Anm. 18. S.a. *Friauf*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, 1966, m.w.Nach.

65 So muß etwa der engere spezifische Problembereich der sozialen Grundrechte im Folgenden außer Betracht bleiben. S. dazu zuletzt etwa *Zacher* (Anm. 18) S. 11 ff., 29 ff. u. passim; *Kuhn*, Sozialrechte und Freiheitsrechte, Civitas Bd. 7 (1968) S. 52 ff.; *Schambeck*, Grundrechte und Sozialordnung, 1969.

66 Rechtsprechung und Schrifttum zum Sozialstaatsprinzip formulieren das – soweit ich sehen kann – nicht direkt so. Die Masse der sozialstaatlichen Postulate läuft jedoch auf nichts anderes hinaus. S. f.v. a. *Bogs*, Sozialenquôte Nm. 123 f. W. Hinw. s. bei den in Anm. 2, 3, 18, 19 und 65 genannten.

ist freilich fraglich; denn Umverteilung ist zunächst und zu ungenau Aktion und Methode, um eine effektiv garantierbare Institution zu sein. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Umverteilung jedenfalls steht außer Frage. Die Verfassung steuert sie, negiert sie aber nicht.

2. Umverteilung und Eigentum

Im besonderen gilt das für das Grundrecht des Eigentums.⁶⁷ Umverteilung ist eine Methode der Zuordnung von materiellen Gütern oder der Zuteilung immaterieller Güter, die sonst unter Aufwand materieller Güter erworben werden müßten. Das Grundrecht des Eigentums ist das Recht des Menschen, einen Anteil an der Sachgüterwelt zu erwerben, zu haben, zu gebrauchen, zu verbrauchen und über ihn zu verfügen. Die unmittelbare Entsprechung ist offensichtlich, zugleich aber auch die entscheidende Differenz. Das Grundrecht des Eigentums sagt nichts über den Anteil des einzelnen am Allgemeinen.

Umverteilung trifft auf das Grundrecht des Eigentums zunächst beim Nehmen. Das Eigentum widersetzt sich dem gezielten Zugriff auf das schon Erworbene, konkret einem einzelnen Zugeordnete.⁶⁸ Die Behauptung eines ungeschriebenen Verfassungstatbestandes der "sozialen Umschichtung",⁶⁹ der ausgleichslose Entziehung von Eigentum unmittelbar zum Zwecke der Umverteilung zuließe, hat denn auch keine Anerkennung gefunden. Der Widerstand des Eigentums läßt jedoch in dem Maße nach, in dem nicht auf die konkret innegehaltenen Güter, vor allem nicht auf unvertretbare Güter, gegriffen wird. Vermögen, das vertauschbar ist, das sich in Bewegung befindet oder gar erst erwartet wird, schützt es nur schwach. Das Einfallstor des Gemeinwesens in den Besitzstand ist daher die Auferlegung von Geldleistungspflichten – zumal auf Anteile vom Einkommen als dem erst Zufließenden –, die nicht nur ein maximal tauschbares Gut zum Gegenstand haben, sondern auch a priori gleichheitsgerecht gestaltet werden können.⁷⁰ Der monetäre Charakter sozialer Umverteilung hat hier einen seiner wichtigsten Gründe. Auch die Auferlegung von Geldleistungspflichten hat freilich ihre Grenzen, die gemeinhin mit dem Verbot "konfiskatorischer" Steuern angedeutet werden.⁷¹

Auf der Seite der Empfänger bedeutet Umverteilung, die nicht unmittelbar auf immaterielle Güter wie Heilung und Ausbildung zielt, soziale Erfüllung des Eigen-

67 S. zum Folgenden a. *Zacher*, Freiheitliche Demokratie, 1969, S. 140 ff.

68 S. Art. 14 Abs. 3, Art. 15 GG.

69 S. dazu z.B. *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 1954, S. 48 f.; v. *Mangoldt-Klein*, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957 ff., Art. 14 Anm. VI 8; *Wolff*, Verwaltungsrecht I, 7. Aufl. 1968, S. 435.

70 Zu diesen Problemen des Systems der Eigentumsentziehung *Zacher* in: *Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 159 m.w.Nachw.

71 S. *Flume*, Steuerwesen und Rechtsordnung, in: *Rechtsprobleme in Staat und Kirche*, Festschrift für Rudolf Smend, 1952, S. 59 ff., 61 f.; *Friauf* (Anm. 64) S. 41 ff. u. s. Nachw. (insbes. Anm. 124).

tumsgrundrechts – freilich gerade keinen Anspruch darauf.⁷² Damit geraten Eigentum und Umverteilung erneut in ein kritisches Verhältnis zueinander. Einerseits bedeutet Zuteilung aus dem Allgemeinen die Anerkennung des Ungenügens des Eigentums. Andererseits aber ist das, was anstelle des Eigentums aus dem Allgemeinen zugeteilt werden soll, kein Eigentum, auch als Forderung noch kein Eigentum. Das provozierte die Versuche, Sozialleistungsansprüche zu Eigentum zu erklären. Man hat sie als Eigentum anerkannt, soweit sie durch Opfer an Arbeitskraft, Kapital oder auch Gesundheit wie Eigentum erworben sind.⁷³ Sie sollen also Eigentum sein, soweit sie nicht nur Umverteilung, sondern auch Erfüllung von vorausliegenden Rechtstiteln sind. Nun sind diese Rechtstitel meist unbestimmt und die Leistungen werden ebenso meist *auch* als Umverteilung gewährt oder durch Umverteilung ergänzt. Von daher wird der Eigentumscharakter des ganzen Leistungsanspruchs angekränkt. Die zunächst oft zu pauschale Behauptung des Eigentumscharakters der meisten Ansprüche aus dem System der sozialen Sicherung ist denn im Laufe der Zeit auch einer mehr oder mehr differenzierenden und vorsichtigen Betrachtungsweise gewichen, wie sie etwa in der Rechtsfigur des „Stammrechts“ zum Ausdruck kommt.⁷⁴ Umverteilung steht als ökonomisches Phänomen immer unter dem Gesetz der begrenzten Ressourcen. Und auch für Sozialleistungsansprüche, deren Erwartung sich darauf stützt, daß der Anspruchsteller zur Zeit seiner Leistungsfähigkeit selbst Beiträge in den damaligen Umverteilungsprozeß eingespeist hat, gilt die *Mackenrothsche* These, „daß aller Sozialaufwand immer aus dem Volkseinkommen der laufenden Periode gedeckt werden muß“.⁷⁵ Die volle Gleichstellung von sozialen Ansprüchen mit privatem Eigentum muß deshalb in einem realistischen Verhältnis dazu stehen, was der Einnahmen- und Ausgabenseite der Haushalte der betroffenen Solidargemeinschaften an Fixierung zugemutet werden kann.

3. Berechenbarkeit, Stetigkeit und Elastizität sozialer Umverteilung

Damit ist die allgemeine Spannung zwischen der Berechenbarkeit und Stetigkeit der sozialen Umverteilung⁷⁶ und ihrer Elastizität angesprochen. Die Umver-

72 Zur Problematik der sozialen Erfüllung von Freiheitsrechten durch Zuteilung und Umverteilung s. *Zacher*, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 63 ff. (98 ff.); *ders.* (Anm. 36) S. 363 ff.; *ders.* (Anm. 18) S. 34 ff.; je m.w.Nachw.

73 Grundlegend *Dürig*, Der Staat und die vermögenswerten öffentlichrechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibald Apelt, 1958, S. 13 ff.

74 S. dazu zuletzt etwa *Bogs*, Zum Bestandsschutz sozialer Berechtigungen gegen Enteignung, ZSR 1968 S. 515 ff.; *ders.*, Zum Bestandsschutz öffentlichrechtlicher Positionen im Sozialversicherungsrecht, in: Wirtschaft und Recht der Versicherung, Festschrift für Paul Braess, 1969, S. 11 ff.

75 *Mackenroth*, Die Reform der Sozialpolitik durch einen deutschen Sozialplan, in: Böttcher: Sozialpolitik und Sozialreform, 1957, S. 43 ff. (45).

76 S. *Wannagat*, Sozialer Besitzstand – ähnlich dem bürgerlichrechtlichen – im sozialen Rechtsstaat, Soziale Sicherheit 1966 S. 129 ff.; *Ludwig*, Besitzstandsgarantie und Rentenanpassung, Die Sozialgerichtsbarkeit 1966 S. 497 ff.; *Meinhold*, Sozialenquôte, Nrn. 409 f.

teilungsempfänger haben ein Interesse daran, daß ihnen soviel als möglich zuteil wird; und das Sozialstaatsprinzip stützt dieses Interesse. Sie haben aber auch ein Interesse daran, daß ihnen so verläßlich als möglich gegeben wird; denn nur so werden sie durch Zuteilung nicht abhängig und unsicher,⁷⁷ nur so werden sie dem Eigentümer angenähert. Und hinter diesem Interesse stehen Rechtsstaatsprinzip und Sozialstaatsprinzip, ja letztlich die Grundrechte, deren sozialer Erfüllung die Zuteilung dient.⁷⁸ Die Nehmensbetroffenen haben ein Interesse daran, daß ihre Last vorhersehbar ist. Das ist ein Interesse, das der Rechtsstaat auf vielfältige Weise anerkannt hat und schützen muß. Die Nehmensbetroffenen haben aber auch ein Interesse daran, nicht mehr als notwendig zu leisten. Dahinter steht zumindest das rechtsstaatliche Verbot des Übermaßes.⁷⁹

Damit erweist sich die Anpassung der Lasten und Leistungen an Leistungsfähigkeit und Bedarfe als ein elementares Problem sozialer Umverteilung, dessen Lösung von größter Bedeutung für Effektivität und Verfassungskonformität der Umverteilung ist. Im einzelnen gälte es nun, die möglichen Lösungen dieses Problems zu sichten: so etwa die Änderung der Belastungs- oder Leistungsnormen periodisch oder pro futuro je für unbestimmte Zeit;⁸⁰ oder die Unterscheidung zwischen fixen, weil elementar lebensgestaltenden Basisleistungen und potentiell labilen zusätzlichen Leistungen,⁸¹ die zusätzlich Erleichterung gewähren oder die, wie etwa Subventionen, zusätzlich Entfaltung ermöglichen; oder die Ausnutzung lang- oder mittelfristiger Ausgleichsmöglichkeiten mittels der Haushalte, über welche die Umverteilung fließt;⁸² oder endlich die Stabilisierung von Lasten und Leistungen durch die ausgleichende Interkommunikation von Umverteilungsprozessen durch Finanzausgleiche, Zuschüsse und dergleichen.⁸³ Dabei ist darauf zu achten, daß gerade hier auch die Notwendigkeit, wirtschaftliches Wachstum, Verteilung und Umverteilung zu koordinieren, Berücksichtigung fordert.⁸⁴

Von hier aus sollte sich der Blick auf die weitere Landschaft des allgemeinen formellen Ordnungsinstrumentariums der Umverteilung richten: auf die Notwendigkeit des förmlichen Gesetzes zur Sicherung des einzelnen⁸⁵ und auf die Grenzen seiner Anwendbarkeit auf sich wandelnde Gegebenheiten; auf die Möglichkeit, Publizität und Gleichheit durch begrenzte Pläne auf einer mittleren Ebene der

77 S. Zacher (Anm. 4) S. 120 ff. (insbes. S. 121 f.); dens. (Anm. 36) S. 354 ff.; je m.w.Nachw.

78 S. Anm. 72.

79 S. zum Vorigen Friauf (Anm. 64) S. 32 ff. u. seine Nachw.; Bogs, Sozialenquôte, Nrn. 107 ff.

80 Zur Leistungsanpassung s. vor allem die Rentenanpassung (s. Sozialenquôte Nrn. 191 ff., 544 ff.). Zur Aufkommensanpassung s. z.B. das Umlageverfahren in der Unfallversicherung (§§ 724, 740 ff. RVO).

81 S. dazu auch die Unterscheidung in Anspruchsleistungen und Ermessensleistungen (dazu Bogs, Sozialenquôte, Nrn. 220 ff.).

82 S. aber Anm. 75.

83 S. Anm. 52.

84 S. Anm. 28, 60. S.a. Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, 1964, S. 67, 107, 211.

85 Zuletzt etwa Bogs, Von der Freiheit durch das Gesetz, in: Sozialpolitik und persönliche Existenz, Festschrift für Hans Achinger, 1969, S. 55 ff.

Konkretisierung zu realisieren,⁸⁶ auf die Möglichkeit der Satzung u.a.m. Ich kann gerade diese Problematik hier nur andeuten.

4. Publizität der Umverteilung

Hervorheben möchte ich nur noch die Polarität zwischen den rechtsstaatlichen Postulaten der Publizität⁸⁷ und der Exklusivität der persönlichen Sphäre – das Wort Intimsphäre wäre hier zu speziell. Die Umverteilung als eine objektiver Prozeß muß der öffentlichen Wahrnehmung, Verantwortung und Diskussion zugänglich sein. Der einzelne muß auch feststellen können, welche Lasten ihm angesonnen werden und welche Leistungen er erwarten kann. Soweit das Postulat der Publizität! Der einzelne hat aber auch ein Interesse daran, daß nicht gegen seinen Willen bekannt wird, was er bekommt und was er zu leisten hat; zumal daraus Rückschlüsse auf weitere persönliche Verhältnisse möglich sind. Soweit das Persönlichkeitsrecht! Wie schwierig die Grenzziehung sein kann, beweist z.B. die immer wiederkehrende Forderung, Subventionsempfänger in öffentlichen Listen bekanntzugeben. Hier ist abzuwägen, inwieweit der Schutz der persönlichen Sphäre vernachlässigt werden muß, um z.B. die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Zuteilung – im Vergleich zu Dritten, denen die Leistung vorenthalten wurde – zu ermöglichen.

5. Umverteilung und Freiheitsrechte

Umverteilung ist ein ökonomisches Phänomen.⁸⁸ Nur materielle Werte lassen sich umverteilen, immaterielle Güter nur hinsichtlich ihrer materiellen Voraussetzungen, Implikationen und Emanationen. Körperliche Integrität läßt sich nicht umverteilen. Freiheit läßt sich neu abgrenzen. Dieselbe Freiheit läßt sich aber nicht einem nehmen und einem andern geben. Dennoch verlagert Umverteilung nicht nur ökonomische Potenzen. Sie verlagert auch Möglichkeiten des Schutzes und der Wiederherstellung der Gesundheit, ökonomische Prämissen der Freiheitsentfaltung und Surrogate der körperlichen Integrität und anderer höchstpersönlicher Güter. Daraus erwächst ein sehr schwieriges, indirektes und ambivalentes Verhältnis der sozialen Umverteilung zur Freiheit. (Erlauben Sie, daß ich der Kürze halber immer nur Freiheit sage, wenn ich zugleich etwas meine, was sich vielleicht als Persönlichkeitsrecht davon sondern ließe.) Umverteilung verkürzt zunächst bei dem Nehmensbetroffenen Möglichkeiten der Freiheit, während sie bei dem Gebensbetroffenen den Grundrechtsnutzen mehrt.⁸⁹ Nun ist Umverteilung weithin nur möglich und gerechtfertigt, um einen bestimmten Mangel zu

86 S. Zacher (Anm. 36) S. 354 ff. m.w.Nachw.

87 Ebd.

88 Nicht dagegen ist soziale Hilfe ein schlechthin ökonomisches Phänomen. S. dazu vor allem v. Ferber, Sozialpolitik in der Wohlstandsgesellschaft, 1967.

89 S. Anm. 72.

beheben und eine bestimmte Chance zu geben: etwa um Heilung oder berufliche Ausbildung zu ermöglichen oder um mittels einer Subvention mietbegünstigte Wohnungen zu schaffen usw. Damit gerät Umverteilung aber auch auf der Seite der Gebensbetroffenen in Konflikt mit der Freiheit.⁹⁰

Die subjektiven Freiheitsrechte der Verfassung sind gegenüber dem indirekten, oft sehr komplexen Angriff sozialer Umverteilung weitgehend wehrlos; ebenso aber postulieren sie ihre materielle Erfüllung durch soziale Umverteilung nur schwach. Freiheit muß daher durch adäquate Institutionen der Umverteilung realisiert werden. Die Grenzziehung zwischen monetären Hilfen und realen Hilfen gehört hierher ebenso wie der Konflikt zwischen der Zweckbestimmung einer Leistung und der Freiheit des Betroffenen, der etwa in der Zumutung von Arbeit, Ortswechsel, Ausbildung oder Heilbehandlung zum Ausdruck kommt. Zu erwähnen ist auch die Gefahr des Rückschlages der Umverteilung: daß Möglichkeiten der Freiheit, die dem Umverteilungsempfänger zugeteilt werden, dem verlorengelassen, von dem genommen wird.

6. Umverteilung und Gleichheit

Gleichheit endlich fordert zwar Umverteilung, steuert sie aber nur schwach.⁹¹ Gleichheit je des Nehmens und des Gebens in sich – einschließlich der Ausparung aus dem Nehmen und der Vorenthaltung des Gebens – kann effektiv postuliert werden. Gleichheit und Ungleichheit sind hier sehr oft feststellbar, wie auch sonst die Effektivität des Gleichheitssatzes in dem Maße wächst, in dem der Bezugsrahmen kleiner wird, in dem er realisiert werden soll.^{91a} Dagegen existiert Gleichheit der Nehmensbetroffenen mit den Gebensbetroffenen – genauer: die Ungleichbehandlung der Nehmensbetroffenen und der Gebensbetroffenen nach Maßgabe ihrer Ungleichheit – fast nur als Idee. Vor allem dort, wo Umverteilung über unspezifische Haushalte verläuft oder über die Interkommunikation verschiedener Umverteilungsprozesse, ist es nicht möglich, die Grenzen der Ungleichheit der Tatbestände entsprechenden Ungleichheit der Folgerungen festzustellen.⁹² Nur kleine, spezifische Umverteilungsprozesse erlauben die Wahrnehmung von Gleichheit und Ungleichheit auch in dieser Dimension.

Die Ausbildung partikularer Umverteilungssysteme freilich stellt vor das gleichheitliche Problem ihrer Rechtfertigung gegenüber der Möglichkeit universaler Umverteilung, gegenüber anderen partikularen Systemen und gegenüber den

90 S. z.B. *Zacher* (Anm. 36) S. 343 f. u. d. dort. Nachw.

91 S. zum Folgenden z.B. *Wannagat* (Anm. 9) S. 231 ff.; *Zacher*, Soziale Gleichheit, AöR Bd. 93 (1968) S. 341 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 129 ff.); w. Nachw. s. dort.

91a Gleichheit des Gebens und Nehmens sind komplex verknüpft bei der Frage der Abgrenzung kollektiver Umverteilungsprozesse. S. exemplarisch *Bogs*, Verfassungsrechtliche Fragen zur Aufhebung der Jahresarbeitsverdienstgrenze in der Rentenversicherung der Angestellten, DVBl. 1969 S. 335 ff.

92 S. a. *Nipperdey-Scheuner* (Anm. 52) S. 29 ff.

nicht umverteilend kontrollierten sozialen Räumen. Aber auch hier gibt der Gleichheitssatz kaum mehr als ein Willkürverbot her, so daß der positiven politischen Entscheidung ein großer Spielraum bleibt. Hier besteht freilich ein Zusammenhang zwischen dem Stand wissenschaftlicher Durchdringung und der Effektivität des Gleichheitssatzes. Je weniger Bestand und Wirkung der Umverteilungssysteme und -prozesse aufgeklärt sind, desto weniger ist ein Urteil über die Sachgerechtigkeit der getroffenen politischen Entscheidung möglich.⁹³

Wesentlich neue Aspekte treten auf, wenn partikulare Umverteilungssysteme autonom gestellt und einer Selbstverwaltung überlassen werden. Diese Selbstverwaltung muß durch Bereich und Struktur gegenüber der allgemeinen Demokratie, gegenüber der universalen sozialstaatlichen Solidargemeinschaft und gegenüber den Betroffenen gerechtfertigt sein.⁹⁴ Doch muß ich den Versuch, Problembe- reiche zu registrieren, die die Ausbildung von Rechtsgrundsätzen der Umverteilung provozieren könnten, hier abbrechen.

V. Ordnungseinheiten der Umverteilung

Nicht minder wichtig erscheint mir der Versuch, der Möglichkeit nachzugehen, typische Ordnungseinheiten des Rechts der Umverteilung zu entwickeln. Er könnte die Systematik innerhalb der verschiedenen Umverteilungsbereiche ebenso erleichtern wie den Vergleich zwischen ihnen.

1. Das Umverteilungsverhältnis

a) Allgemeines

Dabei bietet es sich an, dort anzusetzen, wo Umverteilung – nehmend oder gebend – auf die Individualsphäre auftrifft, und für diese Situation primäre Umverteilungsverhältnisse zu behaupten.⁹⁵ Sie können *materiell* isolierte Nehmensverhältnisse, isolierte Gebensverhältnisse und komplexe Gebens- und Nehmensverhältnisse sein. Da Umverteilung über öffentliche Träger verläuft und diese nicht handeln können, ohne daß verfahrensrechtliche Normen das Handeln natürlicher Personen ihnen zurechnen, haben Umverteilungsverhältnisse immer auch einen *verfahrensrechtlichen Aspekt*. Hier haben auch wichtige rechtsstaatliche Sicherun-

93 Andererseits wäre es der Bankrott der Umverteilung, wenn alles Nehmen mit einem bestimmten Geben verknüpft wäre. Die allgemeinen Haushalte hindern zwar grundsätzlich, daß die durch sie vermittelten Einnahmen und Ausgaben konkret auf ihre gleichheitliche Korrespondenz überprüft werden. Man kann aber auch sagen: nur so ist ein jeweils in sich gleichheitsgerechtes Geben und Nehmen noch möglich.

94 S. dazu auch *Gitter* (Anm. 15) S. 22 ff.

95 S. dazu etwa *Zacher* (Anm. 36) S. 325 ff., insbes. S. 332 ff., u. d. dort. Nachw. (s. insbes. Anm. 116); s.a. *Henke* (Anm. 17) Leitsätze II.

gen der Betroffenen ihren Ort.⁹⁶ Wo Umverteilung über spezifische Organisationen verläuft – vor allem wo Umverteilungsbetroffene in Umverteilungsträgern mitgliedschaftlich organisiert sind –, tritt ferner ein *organisatorischer Statut* hinzu.⁹⁷ So umschließt etwa die Stellung des Sozialversicherten eine beachtliche Summe von Rechtsbeziehungen.^{97a}

Nun ist gerade von daher erstaunlich, wie wenig die Dogmatik des Sozialversicherungsverhältnisses⁹⁸ als einer Einheit gepflegt wird. Anscheinend ist es möglich, die einzelnen Rechtsbeziehungen ohne Schaden für die Richtigkeit der Rechtsanwendung isoliert zu handhaben. In der Tat weist das auf eine Eigentümlichkeit der Umverteilungsverhältnisse hin. Ihr inneres Gefüge ist lose. Komplexe Interdependenz ist ihnen grundsätzlich fremd. Auch zweiseitige Systeme bilden Synallagmata nur mehr schwach aus. Das Interesse je für sich an dem Aufkommen – am Nehmen also – und an der Bedarfsdeckung – am Geben also – dominiert. Und der Wechselbezug zwischen Geben und Nehmen wird aus dem individuellen Verhältnis grundsätzlich herausgehalten.⁹⁹ Trotz des Gebens und Nehmens ist Umverteilung gerade kein Tausch. Dieser Interessenstruktur entspricht auch, daß die Begründung von Umverteilungsverhältnissen grundsätzlich nicht von Willenserklärungen der Betroffenen abhängt. Wo der Steuerungsmechanismus des Tausches nicht voll wirksam ist, kann sich das Recht nicht auf die individuelle Wahrung der Interessen verlassen.¹⁰⁰ Die Tendenz zur maximalen Teilbarkeit¹⁰¹ der Rechtsbeziehungen gilt übrigens in besonderem Maße für das Verhältnis der materiellen Rechtsverhältnisse zum organisatorischen Status. Dieser kann und muß deshalb im Folgenden vernachlässigt werden.

b) Der Komplikationsgrad der materiellen Umverteilungsverhältnisse

aa) Schlichte Umverteilungsverhältnisse

Der Grundtyp des Umverteilungsverhältnisses ist das schlichte Nehmens- oder Gebensverhältnis, das seinen Zweck unmittelbar durch die einfache Verwirkli-

96 S. *Wertenbruch* (Anm. 7) S. 598 ff. m. eingeh. Nachw.; s.a. *Rüfner* (Anm. 17) Leitsätze C und D. S.a. Anm. 79. Jedoch wird weitgehend die formelle Seite zu Unrecht im Vordergrund gesehen (zumeist: statt des Rechtsverhältnisses der Verwaltungsakt, der es begründet, verändert oder beendet).

97 S. z.B. *Jäger*, Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl. 1969, S. 85 ff.

97a S. zu den vorgenannten Themen auch *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967; *Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969.

98 S. statt aller anderen *Richter*, Sozialversicherungsrecht, 1931, S. 5, 10, 137 f.; *Wannagat* (Anm. 9) S. 299 ff.

99 Gleichwohl ist typisch, daß Entscheidungen über eine Voraussetzung und Wirkung im Rahmen des Rechtsverhältnisses auf mehrere Beteiligte ausstrahlen (Versicherungsträger, Versicherte, Arbeitgeber, Familienangehörige). S. zu dieser Problematik allgemeiner auch *Badura* (Anm. 2) S. 452.

100 S. dazu auch *Herder-Dorneich* (Anm. 62) S. 189 ff.

101 S.a. die Ablösbarkeit des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses vom arbeitsrechtlichen (dazu *Wannagat* [Anm. 9] S. 308 ff.).

chung einer Rechtsfolge auf Grund eines Tatbestandes erreicht. Auf der Nehmensseite ist beispielhaft die Steuerpflicht, Leistungsfähigkeit und Mittelbedarf bestimmen Tatbestand und Rechtsfolge. Und ihr Zweck ist mit der Aufbringung der Steuer erfüllt. Auf der Gebenseite entsprechen dem die allgemeinen Einkommenshilfen, die auf Grund zurückliegender Tatbestände gewährt werden – Versorgungsleistungen etwa. Auch ihr Zweck ist – jedenfalls präsumtiv – mit der Gewährung der Leistung erreicht, ohne daß es weiterer Sicherung bedürfte.¹⁰² Der Unterschied zwischen kausalen und finalen Leistungen¹⁰³ mag den Tatbestand differenzieren und die Höhe der Leistung prägen. Eine Komplikation des Ordnungsgefüges bewirkt das Kausalitätsprinzip nicht unmittelbar und notwendig.

bb) Komplizierte Gebensverhältnisse

Solche Komplikationen¹⁰⁴ ergeben sich – soweit ich sehen kann – für Umverteilungsverhältnisse vor allem auf der Gebenseite. Auf der Nehmensseite finden wir sie etwa, wenn diese in zweiseitigen Umverteilungssystemen mit der Gebenseite verklammert ist, oder wenn sie durch Verschonungen¹⁰⁵ Gebenselemente aufnimmt.^{105a}

Gebensverhältnisse können dadurch kompliziert sein, daß eine *Einkommenshilfe nur vorläufig* gegeben ist. Das kann durch Darlehen geschehen. Das kann auch durch Auferlegung von Rückzahlungspflichten geschehen, wie das Sozialhilferecht sie kennt. Jedenfalls steht dem Geben ein irgendwie bedingtes Zurückgeben gegenüber und erfordert eine zweite Ordnungsschicht.

Gebensverhältnisse können weiter dadurch kompliziert sein, daß der Betroffene nur in einem bestimmten konkreten *Zweck und Gegenstand* gefördert werden soll. Die Erscheinungsformen sind außerordentlich vielfältig. Sie reichen von der realen Gewährung des Lebensunterhalts etwa in Heimen über die Leistung bestimmter Gegenstände wie Prothesen bis zur Hilfe zur Heilung oder zur Ausbildung. Die Komplikation ergibt sich teils daraus, daß die Leistung von Diensten und Sachen andere Risiken des Leistenden und des Empfängers mit sich bringt als die Leistung von Geld (die für die allgemeinen Einkommenshilfen typisch ist). Sie kann sich aber auch daraus ergeben, daß diese Art von Hilfe die Mitwirkung der Betroffenen erfordert. Hier müssen Vorkehrungen getroffen sein, daß diese Mitwirkung stattfindet, und Sanktionen dagegen, daß der Betroffene den Zweck der Hilfe vereitelt, indem er seine Mitwirkung einstellt. Alle Heilungs- und Ausbildungsförderung

102 S. Zacher (Anm. 36) S. 321 m.w.Nachw.

103 S. Watermann, Die Ordnungsfunktionen von Kausalität und Finalität im Recht, 1968.

104 Der Text muß eine wichtige Dimension der Komplikation vernachlässigen: das Dauerverhältnis. S. dazu Rißner (Anm. 17) Leitsatz C III.

105 S. Anm. 50 u. c.

105a Daneben ist für das Nehmensverhältnis vor allem die Komplikation durch die Art der Leistung (s. den übernächsten Absatz) denkbar.

bis hin zur medizinischen und beruflichen Rehabilitation ist in dieser Weise kompliziert.¹⁰⁶

Hier liegt schon die typische Ordnungsstruktur der *Subvention* vor.¹⁰⁷ Subventionen sind Zuwendungen der öffentlichen Hand an Private zu einem öffentlichen Zweck, der weder ausschließlich in der unmittelbaren Gewährung oder Mehrung des Einkommens der Subventionsempfänger noch im Entgelt für eine Leistung bestehen darf. Die Subvention setzt dem öffentlichen Interesse objektiv kongruente oder teilgleiche private Interessen voraus, deren Verwirklichung sie ermöglichen, unterstützen oder wenigstens einleiten soll. Die Verwirklichung des öffentlichen Interesses kann mit der Erfüllung des privaten Interesses zusammenfallen, aber auch nur davon abhängig sein. Die Sorge für die Verwirklichung des öffentlichen Interesses ist das zentrale Anliegen richtig verstandenen Subventionsrechts. Die konkreten Bedingungen sind außerordentlich vielfältig. Subventionen können durch Leistung ebenso gewährt werden wie durch Verschonung von Abgaben. Und Leistungssubventionen können z.B. – etwa als Zuschüsse – in spezifischen Subventionsverhältnissen oder – etwa als zinsgünstige Darlehen – in modifizierten Austauschverhältnissen oder schließlich durch die Teilnahme der öffentlichen Hand an Vereinigungen und Gesellschaften geleistet werden. In allen Fällen aber sind Sicherungen der Verwirklichung und Sanktionen der Zweckverfehlung notwendig, die zu einer Komplikation der Ordnung führen.

Damit ist schon ein weiterer Typ eines Umverteilungsverhältnisses ins Auge gefaßt: das *Austauschverhältnis* oder sonstwie entgeltliche Leistungsverhältnis *mit umverteilender Verfremdung*. Das wichtigste Beispiel ist wohl der öffentliche Dienst, dessen Entgelte teils als annähernd synallagmatischer Lohn, im übrigen aber als weitgehend bedarfsorientierte soziale Sicherung geleistet werden. Ein höchst merkwürdiges Beispiel gibt auch die Stellung der Kassenärzte.¹⁰⁸ Hierher gehört ferner die soziale Staffelung von Gebühren, Entgelten usw. bis hin zu den Enteignungsentschädigungen. Beim Austauschverhältnis mit umverteilender Verfremdung umfaßt – wie beim Beamtenverhältnis – ein einheitliches Ordnungssystem Verteilung und Umverteilung, oder das Ordnungssystem des "eigentlichen" Geschäfts – des Austauschgeschäfts – ist beherrschend und dem sozialen Zweck exzeptionell angepaßt. Mitunter tritt hier eine verfahrenstechnische Sonderung ein wie beim Armenrechtsverfahren oder bei Gebührenerlaßverfahren.

106 S. z.B. zur Krankenversicherung *Brackmann*, Handbuch der Sozialversicherung, Bd. II S. 404, 404a (22. Nachtrag/1962) und Bd. III S. 888a (23. Nachtrag/1962). Legislativ stärker ausgeprägt in der Rentenversicherung s. §§ 1243 Abs. 1-3 RVO, §§ 20 Abs. 1-3 AVG, §§ 42 Abs. 1-3 RKnG. S. zur Unfallversicherung § 624 Abs. 1 RVO, zur Arbeitslosenförderung s. §§ 44 Abs. 1 u. Abs. 6, 47 Abs. 1, 119 Abs. 1 u. Abs. 3, 134 Abs. 2, 120 AFG; zur Sozialhilfe s. §§ 4, 5, 67 Abs. 4 BSHG.

107 S. zum Folgenden *Zacher* (Anm. 36) S. 316 ff., 325 ff. S. zu den Problemen der Subvention außer den gegebenen Nachweisen immer auch *Ipsen*, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Heft 25 (1967) S. 257 ff.

108 S. *Herder-Dorneich* (Anm. 62) S. 282 ff.

cc) Kollektive Verhältnisse

Schließlich ist die gemeinschaftliche Deckung von Risiken unter Verfolgung oder Inkaufnahme von Umverteilungseffekten zu nennen. Das wichtigste Beispiel bieten die Vorsorgesysteme der Sozialversicherung: Krankenversicherung, Rentenversicherung, cum grano salis auch die Unfallversicherung.¹⁰⁹ Der Ordnungsbedarf nimmt hier schon durch die Zahl und die sehr verschiedenen Rollen der einbezogenen Personen stark zu.¹¹⁰ Wir haben hier auch Nehmensverhältnisse und Gebensverhältnisse, die inhaltlich aufeinander abgestimmt sind. Wir beobachten aber gerade hier eine maximale Teilbarkeit der Rechtsbeziehungen, die sich etwa in der Unabhängigkeit der Gebenspflicht von der Entrichtung von Beiträgen in den meisten Sozialversicherungsverhältnissen ausdrückt. Nun handelt es sich hier um kooperative Verhältnisse, die auch im bürgerlichen Recht – etwa im Gesellschaftsrecht – nicht mit der Elle von Synallagma und Zug-um-Zug-Erfüllung gemessen werden können. Aber die Isolierung ist hier, um Umverteilung zu bewirken (oder weil der Interessenmechanismus des Tauschs ohnedies durch die Umverteilung aufgehoben oder zurückgedrängt ist), weiter getrieben, als es für die kollektive Wahrnehmung privater Interessen üblich oder auch nur erträglich wäre. (Zu vermerken ist übrigens, daß die einzelnen Gebensverhältnisse innerhalb kollektiver Umverteilungsverhältnisse für sich die vorgenannten Komplikationen aufweisen können, auch wenn sie im Verband gemeinsamer Risikodeckung stehen.)

c) Unechte Umverteilungsverhältnisse

Am Rande sei auch auf die Umverteilungsprozesse aufmerksam gemacht, die sich auf der Nehmensseite durch ungleiches Nehmen und auf der Gebensseite durch ungleiches Geben vollziehen. Beispiele sind die Einkommensteuerprogression und Steuerpräferenzen auf der einen, die Abnahme von Förderungen (etwa Ausbildungs- oder Wohnungsbauhilfen) mit wachsendem Einkommen auf der anderen Seite. Hier ist die Umverteilungsproblematik von der jeweiligen Nehmens- oder Gebensordnung mitzubewältigen.

109 S. Anm. 35. S. ferner *Meinhold*, Sozialenquôte, Nm. 432 ff., 455, 458 f. u. passim; *Schreiber* ebd. Nm. 579 ff. u. passim. Ich gehe hier freilich davon aus, daß Umverteilung immer schon dann gegeben ist, wenn die jeweils konkret Leistungsfähigen belastet und die jeweils konkret Bedürftigen begünstigt werden.

110 S. Anm. 63. – Die "originellste" Rolle in diesem Bereich ist wohl die des Arbeitgebers in der Sozialversicherung, von dem – jedenfalls vordergründig – genommen wird, ohne daß er soziale Sicherung bezieht, der als in Dienst genommener Privater (s. *Ipsen*, Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in: *Um Recht und Gerechtigkeit*, Festschrift für Erich Kaufmann, 1950, S. 141 ff.) an der Einhebung der Beiträge (der Arbeitnehmer) mitwirkt und in der Selbstverwaltung über eine organisatorische Potenz verfügt, die seine Interessen bei weitem übersteigt. Zu seinem Einbezug in das Versicherungsverhältnis des Arbeitnehmers s. z.B. *Wannagat* (Anm. 9) S. 194, 299 ff., 308 ff.

d) Unspezifische Umverteilungsverhältnisse

Daß Umverteilung auch in unspezifischen Verhältnissen – etwa in der allgemein unentgeltlichen oder “verbilligten” Benutzung von Bildungseinrichtungen – verlaufen kann, wurde bereits vermerkt. Unspezifisch auslaufende Umverteilung dieser Art kann – jedenfalls gebend – auch ganz ohne konkrete Rechtsverhältnisse auskommen, so etwa bei Verbesserungen der Infrastruktur, deren Nutzen man durch Gemeingebrauch und sonst auf vielfältige Weise ziehen kann.¹¹¹ In allen diesen Fällen wird die Umverteilungsproblematik von der Entscheidung absorbiert, ob diese verdeckte Umverteilung sein darf und soll. Der Stellung des Trägers, der so umverteilt, ohne Umverteilungsverhältnisse hervorzubringen, müßte unter dem Aspekt des “Umverteilungsmittlers” weiter nachgegangen werden.

2. Das Organisationsrecht

a) Allgemeines

Das Gegenbild zum individuellen Umverteilungsverhältnis gibt die Organisation des Umverteilungsträgers und der Entscheidungseinheit, welche die Umverteilung anordnet. Dabei müßte es der Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung zunächst vor allem darum gehen, welche Adaptionen der allgemeinen Staatsorganisationen und -funktionen und der Strukturen mittelbarer Staatsverwaltung von den Körperschaften, Anstalten und Stiftungen bis hin zu den Beliehenen die Aufgabe der Umverteilung bewirkt und erfordert. Ich nenne hier nur das Problem der Legitimation von Selbstverwaltungsstrukturen gegenüber den größeren Solidargemeinschaften und gegenüber den Betroffenen. Um konkret zu werden: Woraus rechtfertigt sich die paritätische Beteiligung der nur auf der Nehmenseite des Systems beteiligten Arbeitgeber an der Selbstverwaltung der Sozialversicherungsträger¹¹² sowie der Ausschluß zahlreicher ausschließlich Gebensbetroffener von eben dieser Selbstverwaltung?¹¹³ Andere Probleme stellt der Einbau von Kollektivverträgen und damit die Einschaltung des Entscheidungssystems der Verhandlungsmacht in das Kassenarztrecht.¹¹⁴ Zu bedenken wäre etwa auch das spezifische Amtsrecht dieser Organisationen, das jedenfalls bei mitgliedschaftlicher Struktur mit dem Status des Umverteilungsbetroffenen verflochten sein kann.

b) Die Leitungs- und Speicherungsfunktion der Träger

Darüber hinaus aber wäre vor allem funktionell zu fragen, was die Leitungs- und Speicherfunktion der Träger bedeutet und wie sie geordnet ist. Sie wurde früher

111 S. Zacher (Anm. 36) S. 321 f.

112 S. den Erklärungsversuch bei Herder-Dorneich (Anm. 62) S. 230.

113 S. Schulz-Lücke, Handbuch der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, 1968, S. 60 f.

114 S. a. Anm. 62.

etwa in zweiseitigen Umverteilungssystemen vor allem als Sparfunktion zugunsten der Umverteilungsbetroffenen verstanden. Sie hat heute neue und andere Bedeutung gewonnen. Innerhalb der Umverteilung steht sie unter dem Eindruck der *Mackenrothschen* These von der kontemporären Deckung des Sozialbedarfs.¹¹⁵ Im ökonomischen und sozialen Gesamtsystem steht sie vor allem im Dienst der Wachstums- und Konjunkturpolitik.¹¹⁶ Der Hinweis auf § 30 des Stabilitätsgesetzes muß hier genügen. Die Leitungs- und Speicherungsfunktion der Umverteilungsträger steht heute auch im Zeichen der Periodisierung und Planung der wirtschaftlichen und sozialen Prozesse.¹¹⁷ Wie schon unter den Aspekten der Berechenbarkeit und der Publizität hervorgehoben wurde,¹¹⁸ bietet sich diese Seite der Umverteilung für den Zugriff des öffentlichen Interesses eher an als das individuelle Umverteilungsverhältnis. Wir stehen gerade hier am Anfang einer neuen Entwicklung des Umverteilungsrechts – im Subventionsrecht ebenso wie im Recht der sozialen Sicherheit.¹¹⁹

c) Begegnung und Interkommunikation der Träger

Ferner wäre es wichtig, die Beziehungen der Träger zueinander, insbesondere im Rahmen der umverteilenden Interkommunikation zu klären. Wir haben hier Rechtsverhältnisse allein aus öffentlicher Funktion, nicht aus privatem Interesse. Das schafft besondere Verhältnisse, weil z.B. die Schutzschicht der Grundrechte zwischen den beteiligten Trägern fehlt.¹²⁰ Gerade deshalb ist es aber notwendig, diese Rechtsbeziehungen eigenständig und funktionsgerecht zu entwickeln. Ich darf dieses Bedürfnis durch den Hinweis auf die gerade im Recht sozialer Sicherheit vielfältige Erscheinung auftragsweiser Übernahme fremder Aufgaben erläutern.¹²¹

3. Der Umverteilungsmittler

Schließlich wären Sonderkonstellationen zu sichten, die oben mit dem Stichwort "Umverteilungsmittler" angedeutet wurden. Es geht jedoch über die Möglichkeiten dieses Referats, dies hier weiter auszuführen.¹²²

115 S. zum Übergang *Bogs*, Grundfragen des Rechts der sozialen Sicherheit und seiner Reform, 1955, S. 55 m.w.Nachw.; s.a. Anm. 75.

116 S. nochmals Anm. 28, 60.

117 Dazu allgemein *Friauf* und *Wagner*, Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft, VVDStRL Heft 27 (1969) S. 1 ff., 47 ff.

118 S. o. IV 3 und 4.

119 Dazu vor allem *Friauf*, Die Sozialversicherung im System der Finanzverfassung, 1969 (maschinenschriftlich, hektographiert) m. eingeh. Nachw.

120 S. *Zacher* (Anm. 36) S. 322 f. m.w.Nachw.

121 S. z.B. *Tervooren*, Die Auftragsangelegenheiten der gesetzlichen Krankenkassen, in: Sozialrecht und Sozialpolitik, Festschrift für Kurt Jantz, 1968, S. 137 ff.

122 S. nochmals oben Anm. 36 bis 39 und den Text hierzu.

VI. Einige Grenzfälle: Verteilung und Umverteilung im privaten Raum

Recht der Umverteilung ist primär öffentliches Recht.¹²³

Die Ungleichheit der beteiligten Interessen und die Allgemeinheit der Wertungen und Anliegen fordern die zwingende und verlässliche Regelung und Gewährleistung der Umverteilungsprozesse, die nur öffentliche Träger kraft öffentlich-rechtlicher Ordnungen darstellen können. Einstreuungen privaten Rechts wie bei gewissen verfremdet synallagmatischen Gebensverhältnissen oder bei Kreditverhältnissen von Umverteilungsträgern ändern nichts an diesem Prinzip.¹²⁴

Dennoch wäre es falsch anzunehmen, Umverteilung ereigne sich nur unter dem Zwang öffentlichen Rechts. Der Mensch ist auch als Privater nicht nur auf direkten Tausch eingestellt. Auch als Privater gibt und nimmt er Leistungen, die kein unmittelbares Äquivalent haben. Daß er sie nimmt, ist ohnedies keine Frage. Daß er sie gibt, kann viele Gründe haben: z.B. die Erwartung mittelbarer Kompensation etwa im Rahmen der Werbung, Gründe sozialer Geltung – des Prestiges –, das Interesse an gedeihlichen gesellschaftlichen Verhältnissen, Gründe freier gesellschaftlicher, gemeinschaftlicher und partnerschaftlicher Verantwortung und Gründe des Altruismus. So kennt auch das private Recht – mehr oder weniger – Umverteilungsprozesse, Umverteilungsbeteiligte und Umverteilungsverhältnisse. Und es wäre reizvoll und nützlich, ihrer Eigenart im Vergleich zur öffentlich-rechtlichen Umverteilung nachzugehen.¹²⁵ Ich kann auch hierzu nur Stichworte geben.

1. Der Betrieb

Der Betrieb etwa ist zunächst Verteilungseinheit. "Die Beteiligung an einem Gruppenprodukt", sagt *Gerhard Weisser*¹²⁶, "durch die jedem Angehörigen einer Gruppe ein Anteil zugesprochen wird, kann entgegen der ... weithin herrschenden Meinung ... keine eigentliche Umverteilung (Redistribution) sein; vielmehr handelt es sich ... um Typen originärer Disposition über Gesellschaftsprodukte." Dennoch beobachten wir in Betrieben mitunter eine umverteilende Verfremdung der Entgelte und Zuwendungen, die nicht mehr allein aus der Verteilung des Gruppenprodukts erklärt werden kann. Der Übergang ist freilich rechtlich nicht ohne weiteres faßbar. Jedenfalls bei betrieblichen Einrichtungen sozialer Sicherung – betrieblichen Pensionskassen usw. – kann der Umverteilungscharakter in den Vordergrund treten, ohne daß freilich der Boden des betrieblichen Kooperations- und Verteilungsverhältnisses ganz verlassen werden könnte. Ein äußerstes Maß wird erreicht, wo betriebliche Sozialeinrichtungen wie Betriebskrankenkassen in das öffentliche System sozialer Sicherung eingebaut sind und in Paral-

123 S. dazu *Zacher* (Anm. 12).

124 S. *Zacher* (Anm. 36) S. 350 ff. und *passim* (insbes. S. 325, 332 ff.) m.w.Nachw.

125 Und damit auch den Möglichkeiten und Grenzen, privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Medien der Umverteilung auszutauschen.

126 Art. "Vermögen und Vermögenspolitik" HDSW Bd. 11, 1961, S. 163 ff. (167).

lele zu alternativen öffentlichrechtlichen Umverteilungseinrichtungen stehen. Bei Arbeitgeberanteilen und Lohnfortzahlungsausgleich¹²⁷ greift ohnedies vollends öffentliches Recht ein, um Umverteilung sicherzustellen. Unternehmen können im übrigen auch Umverteilungsmittler sein – z.B. als Empfänger von Subventionen, die auch den Arbeitnehmern zugute kommen.

2. Tarifgemeinschaften

Ähnliches wie für Betriebe gilt für die Tarifgemeinschaften. Auch sie steuern zunächst die Verteilung. Aber in tariflichen betrieblichen und überbetrieblichen Sozialeinrichtungen kann Umverteilung relativ selbständig hervortreten.

3. Ehe und Familie

Eine Fülle interessanter Bezüge birgt der Bereich von Ehe und Familie.¹²⁸

Die Ehe ist zunächst eine Leistungsgemeinschaft und damit eine Verteilungseinheit. Die Leistungs- und Verteilungsverhältnisse entziehen sich dabei jeder verlässlichen Verallgemeinerung. Je mehr ein Partner nur Unterhalt nimmt und der andere Partner nur Unterhalt gibt, desto mehr wird aber die Ehe zu einer Art Umverteilungsverhältnis. Ferner kann ein Ehepartner Umverteilungsmittler für den anderen Ehepartner werden, wenn etwa seine Verdienerrolle die soziale Sicherung für den anderen mit einbringt.¹²⁹

Die Familie – also die Eltern-Kind-Gemeinschaft – ist heute in der Regel wohl nicht mehr Leistungsgemeinschaft und Verteilungseinheit. Aber sie ist, indem in ihr Unterhalt geleistet wird, eine Art Umverteilungsgemeinschaft.¹³⁰ Und die Eltern sind häufig Umverteilungsmittler für die Sozialleistungen, die sie der Kinder wegen bekommen. Eine solche komplexe private Umverteilungseinheit bildet die Familie heute freilich in der Regel nur mehr, solange heranwachsende Kinder da sind. Diese umverteilungstechnische Integrität der Familie trägt einer Fülle von Bedingungen Rechnung, die von den anthropologischen und gesellschaftlichen Gegebenheiten der Kinder aufrückt bis zur Verfassungsgarantie des Elternrechts. Dagegen ist der Umverteilungsprozeß "nach oben" – von erwachsenen Kindern zu ihren Eltern – sozialisiert.¹³¹ Die private Umverteilung unter zwei Generationen

127 S. *Fischwasser*, Der Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen nach dem Lohnfortzahlungsgesetz, BArbBl. 1969, S. 540 ff.

128 S. zum Folgenden allgemein "Ehe und Familie im Sozialversicherungs- und Versorgungsrecht", Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Bd. II 1967.

129 Z.B. die Familienhilfe der Krankenversicherung (§ 205 RVO); kritisch dazu *Zacher* (Anm. 41) S. 10, 15, 17, m.w.Nachw.

130 Vgl. hierzu *Neundörfer*, Familie und Wohnung, in: "Die Fürsorge in der gewandelten Welt von heute", Gesamtbericht über den 61. Deutschen Fürsorgetag 1959, 1960, S. 115 ff. (123): "Verteilungsfiler".

131 Er vollzieht sich nicht mehr im familiären, unterhaltsrechtlichen Rahmen, sondern über die einzelnen Alterssicherungssysteme als gesamtgesellschaftliche Umverteilung zwischen den Marktaktiven und den aus dem Arbeitsprozeß Ausgeschiedenen.

von Erwachsenen ist die sehr individuelle Ausnahme.¹³² Dabei ist bemerkenswert, daß es für die Entlastung der Mitglieder der jeweils jüngeren Generation von der Umverteilungslast zugunsten der jeweils älteren Generation allein auf die soziale Biographie der Eltern, nicht auf die soziale Sicherung der Kinder ankommt. Das ergibt weitgehende Ungleichheiten zwischen der Nehmensbelastung der mittleren Generation und ihrer Gebensentlastung im Verhältnis zur älteren Generation, die aber wohl nur in einer allgemeinen Volksversicherung beseitigt werden könnten.

4. Vereine, Gesellschaften, Versicherungen

Beispiele für private Umverteilungsträger und -gemeinschaften geben ferner Vereine und Gesellschaften, die sich mehr oder weniger der Umverteilung unter ihren Mitgliedern widmen. Gerade hier finden die verschiedenen Motivationen privater Umverteilung einen breiten Spielraum.

Auch private Versicherung tragen z.B. durch Familientarife zur Umverteilung unter den Versicherten bei. Doch können sie sich von dem spezifischen Tauschcharakter erwarteter wechselseitiger Risikodeckung nur begrenzt entfernen – am weitesten dort, wo sie, wie die Ersatzkassen, exzeptionelle Alternativen zu sonst obligatorischen Einrichtungen sozialer Sicherung sind.¹³³

5. Wohltätigkeitsorganisationen

Schließlich sei auf die Wohltätigkeitsverbände als einen besonderen Typ extrovertierter Umverteilungsträger und auch Umverteilungsmittel¹³⁴ aufmerksam gemacht.¹³⁵ In ihrem Umkreis finden wir spezifische Gegensätze zwischen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Umverteilung deutlich ausgeprägt. Man denke an Schenkung und Zweckzuwendung als typische Nehmensverhältnisse und die prekaristischen Leistungsverhältnisse des Adressaten der Wohltätigkeit auf der anderen Seite, der von der Arbeiterwohlfahrt Pflege, von der Inneren Mission einen Mittagstisch und von der Caritas eine Fahrt ins Grüne bezieht.¹³⁶

132 S. hierzu etwa die Angaben bei *Blume*, Möglichkeiten und Grenzen der Altenhilfe, 1968, S. 40.

133 S. dazu z.B. *Bogs*, Sozialenquôte, Nrn. 131 ff., 139 ff. S.a. die Hinweise bei *Zacher* (Anm. 4) S. 40 f., 51 f., 124 ff.; *ders.* (Anm. 36) S. 336; je m.w.Nachw.

134 In Betracht zu ziehen ist auch die Aufgabenteilung zwischen öffentlicher und privater Wohlfahrtspflege bis zur Übertragung von Aufgaben nach § 10 BSHG, §§ 7 ff., 18 JWG. S. dazu *Zacher* (Anm. 4) S. 26 ff.

135 In Frage kommen vor allem auch *Stiftungen*. – Sonderprobleme ergeben sich hinsichtlich der *Religionsgemeinschaften* wegen der öffentlichrechtlichen Stellung der *Kirchen* und der öffentlichrechtlichen Natur der *Kirchensteuer*.

136 S. z.B. *Klein*, Die Zusammenarbeit in der Sozialhilfe und Jugendhilfe aus verwaltungsrechtlicher Sicht, Jugendwohl 1963 S. 62 ff.; *Zacher* (Anm. 4) S. 40 f., 51 f., 124 ff. Zu den Stiftungsverhältnissen s. die Hinweise bei *Zacher* (Anm. 36) S. 336. S. allgemein zum Vorigen *Klein*, Das Recht des sozialcaritativen Arbeitsbereichs, 1959 (insbes. S. 16 ff., 36 ff., 58 f.).

VII. Schlußbemerkungen

Ich habe nicht die Erwartung, daß sich ein Kodex sozialer Umverteilung schreiben ließe. Aber ich glaube doch, daß sich unter dem Aspekt der sozialen Umverteilung Zusammenhänge auffinden lassen, die es erleichtern, die heute meist allzu isolierten, allzu punktuellen Institutionen sozialen Rechts in hier und dort hilfreiche Beziehung zueinander zu setzen. Umverteilung ist heute ein Wesenselement unseres sozialen Schicksals. Und das Recht ist ein zentrales Instrument, unser soziales Schicksal zu meistern. Schon deshalb müssen wir ein Äußerstes tun, Umverteilung in den Griff juristischen Verstehens zu nehmen.

Sozialrecht und Gerechtigkeit

I. Herausforderung und Absicht

Werner Maihofer hat dem Sozialrecht wesentliche Züge vorgegeben. Er stellt es in den Dienst der *Menschenwürde* (Art. 1 GG).¹ Sie könne nicht nur "vermittels eines *Verhaltens* von Einzelnen, von Gruppen in der Gesellschaft, wie von den Inhabern der staatlichen Gewalten in Bezug auf diejenigen materiellen oder immateriellen Güter" beeinträchtigt werden, "deren Bestand zu den unverzichtbaren Erhaltungs- und Entfaltungs-Bedingungen menschenwürdigen Daseins gehören, sondern ebenso auch durch *Verhältnisse*, die dem Menschen diese Mindestvoraussetzungen menschenwürdiger Existenz vorenthalten, wie in Fällen 'materieller Not', aber ebenso auch jener immateriellen Not, in die Menschen verschuldet oder unverschuldet durch berufliches Unglück, familiäre Schicksale, körperliche Erkrankung oder seelische Verrückungen geraten können."² Das fordere "Solidarität zwischen Menschen" und, wo diese nicht geleistet wird oder überfordert ist, "stellvertretende, durch den Staat geleistete aktive Solidarität."³ Diese müsse, um wiederum der Menschenwürde gerecht zu werden, darauf gerichtet sein, "die Bedingungen der Möglichkeit menschenwürdigen Daseins in Personalität und Solidarität, wo immer möglich, zurückzugewinnen", die "dem Empfänger sozialer Leistungen" gestatten, als ein Subjekt zu existieren."⁴

Sodann sieht Werner Maihofer das Sozialrecht im Dienst der *Gleichheit*.⁵ "So bleibend wichtig ... die Errungenschaften sind, welche heute die Gleichheit der Bürger im Staat verbürgen, so unzureichend bleibt ein solcher auf das Verhältnis zum Staat beschränkter Gedanke der Gleichheit in zweifacher Hinsicht: In Hinsicht auf das Verhältnis von Gleichheit und Wohlfahrt und damit zugleich von Gleichheit und Gesellschaft. So wie der Gedanke der Freiheit in Wirklichkeit nicht gedacht werden kann ohne den der Sicherheit, so auch der Gedanke der Gleichheit nicht ohne den der Wohlfahrt. Dabei ist Wohlfahrt verstanden als die aus der

1 Werner Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, S. 39 ff., 56 ff.

2 A.a.O., S. 40. Hervorhebung im Original.

3 A.a.O., S. 41.

4 Ebd.

5 Werner Maihofer, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 1983, S. 169 ff. (S. 213 ff.).

Betätigung der Freiheit des Einen wie des Andern hervorgehende *Befriedigung der Bedürfnisse und Entfaltung der Fähigkeiten des Menschen*, der materiellen wie der immateriellen, der geistigen.“⁶

Schließlich gründet *Werner Maihofer* auf die Menschenwürde auch das Verfassungsgebot der *Brüderlichkeit*,⁷ die “soziale Solidarität”, die mit ‘gegenseitiger Rücksichtnahme’, aber auch mit ‘wechselseitiger Unterstützung’ ... zu tun hat.”⁸ “Brüderlichkeit in Freiheit” verlangt “den solidarischen Ausgleich von individuellen Benachteiligungen ..., die bestimmte Einzelne oder auch Gruppen auf Grund körperlicher Behinderungen, geistiger Minderbegabungen, seelischer Störungen oder dauerhafter Schädigungen erleiden. In diesen Forderungen, die den Kernbereich einer über die Gesellschaftspolitik hinausgehenden Sozialpolitik ausmachen, kommt eben die Mitverantwortlichkeit der Gesellschaft für grundsätzlich Benachteiligte zu ihrem reinsten Ausdruck, die nach unserem heutigen Verständnis überall da jedenfalls gefordert ist, wo diese Benachteiligung durch engere ‘Solidargemeinschaften’, wie die Familie, nicht mehr ausgeglichen werden kann.”⁹

Damit postuliert *Werner Maihofer* auch *soziale Gerechtigkeit*. “Freiheitliche Demokratie” sei als “Ordnung der Gleichheit in Freiheit” eine “Ordnung größtmöglicher und gleichberechtigter Wohlfahrt des Einzelnen, bei notwendiger Gerechtigkeit für Alle.”¹⁰ Aber auch Brüderlichkeit erfordere in Gestalt der Solidarität mit den Benachteiligten “soziale Gerechtigkeit”.¹¹ Über die Leistungsgerechtigkeit hinaus fordere sie Bedarfsgerechtigkeit.¹²

Der Sozialrechtler gerät solchen Gedanken gegenüber in einen eigentümlichen Zwiespalt der Empfindungen: auf der einen Seite Zustimmung, Vertrautheit, ja Selbstverständlichkeit; auf der anderen Seite Distanz, Unbehagen, der Verdacht der Vergeblichkeit. Natürlich ist Gerechtigkeit Motiv, Sinn und Ziel sozialrechtlicher Arbeit. Natürlich ist die Menschenwürde Grund und Grenze allen Sozialrechts. Selbst dem Gesetzgeber ist es selbstverständlich, das “menschenswürdige Dasein” als umfassenden Zweck des Sozialrechts zu nennen.¹³ Wo ferner sollte der Satz, “daß das Wesen der Gerechtigkeit die Gleichheit ist,”¹⁴ mehr Konsens finden als im Sozialen.¹⁵ Und Brüderlichkeit? Wir müssen *Maihofer* dankbar sein,

6 A.a.O., S. 213 f. Hervorhebungen im Original.

7 A.a.O., S. 224 ff.

8 A.a.O., S. 226.

9 A.a.O., S. 233. Weitere Einzelheiten s. S. 233 f.

10 A.a.O., S. 216. S. auch *Maihofer*, Rechtsstaat (Anm. 1), S. 149 f. (Anm. 121); *ders.*, Ideologie und Naturrecht, in: *Werner Maihofer* (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1969, S. 121 ff. (142 f.): “Utopie” eines Rechtsstaates der größten und gleichen Freiheit und Sicherheit und ... eines Sozialstaates der größten und gleichen Wohlfahrt und “Gerechtigkeit”.

11 A.a.O., S. 233.

12 A.a.O., S. 234.

13 § 1 Abs. 1 Satz 2 SGB-AT. Siehe auch § 1 Abs. 2 Satz 1 BSHG.

14 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1131 a; s.a. *Maihofer*, Prinzipien freiheitlicher Demokratie (Anm. 5) S. 215.

15 S. *Maihofer* ebd.

daß er dieses Wort in die Verfassungssprache zurückgeholt hat.¹⁶ Gerade für den Sozialstaat und das Sozialrecht. Recht und Staat können das Soziale nicht bewirken, wenn sie nicht von menschlicher Solidarität getragen und durchdrungen sind, wenn das Öffentliche und Rechtliche nicht durch menschliche Gemeinschaft, menschliche Zuwendung ergänzt werden.¹⁷ Zudem: das soziale Recht von heute ist – auch – aus der Brüderlichkeit von gestern geboren und das soziale Recht von morgen wird – auch – aus der Brüderlichkeit von heute geboren werden.¹⁸

Doch steht all dem tiefe Irritation gegenüber. Niemals kann Sozialrecht alles tun, was *Brüderlichkeit* erfordert.¹⁹ Und wieviel Sozialrecht ist wirklich die Frucht von Brüderlichkeit und nicht vielmehr Durchsetzung von Interessen – Aufnahme von Interessen durch die politischen Kräfte im Kampf um die Macht.²⁰ Sodann: Was fordert soziale *Gleichheit* wirklich?²¹ Selbst wenn wir “Gleichheit nach den Bedürfnissen” sagen: Welche Bedürfnisse sind welchen Bedürfnissen wie gleichzustellen? Selbst wenn wir “Gleichheit der Leistung” sagen: Welche Leistung ist welcher Leistung wie gleichzusetzen? Welche Opfer bringt die Gleichheit der Freiheit? Welche Opfer bringt die Gleichheit der Sicherheit, muß sie der Sicherheit bringen?²² Aber selbst alle diese Fragen sind, so einleuchtend sie sind, fast noch Rhetorik. Wie hoffnungslos wird die Frage nach der Gleichheit im Konkreten, wenn Rente mit Rente, wenn Kindergeld mit Kindergeld verglichen wird – wenn der Nachbar sich mit dem Nachbarn, die Mutter sich mit der Mutter, der Alte sich mit dem Alten vergleicht. Und *Menschenwürde*: was kann sie beitragen, um Sozialrecht zu gestalten – um Sozialrecht, wie es ist, zu verstehen und zu

16 Freilich vielleicht zur Unzeit. Im Zeitalter sensiblen Gleichberechtigungsgedankens müßte vielleicht von “Brüderlichkeit/Schwesterlichkeit” gesprochen werden. Hätte das noch die schlichte Kraft des Wortes “Brüderlichkeit”?

17 S. auch *Maihofer*, a.a.O., S. 234.

18 “Die Gerechtigkeit von heute ist die soziale Liebe von gestern; die Liebe von heute ist die Gerechtigkeit von morgen”. *P. Gilier*, Justice et charité, in: Comptes rendus: Semaine sociale de France, 1928, S. 132. Zitiert nach *Joseph Höffner*, Soziale Gerechtigkeit und soziale Liebe, 1935, S. 101 f. Ganz in diesem Sinne auch *J.J.M. van der Ven*, Recht, Gerechtigkeit und Liebe, in: J.J.M. van der Ven, Jus humanum. Das Menschliche und das Rechtliche, 1981, S. 373 ff., insbes. S. 383. – S. etwa auch *Georg Wannagat*, Sozialethische Aspekte des Sozialrechts, in: “Ein Richter, ein Bürger, ein Christ.” Festschrift für Helmut Simon, 1987, S. 773 ff.

19 S. *Wannagat*, a.a.O., S. 781 ff. m.w.Nachw.

20 S. etwa *Hans F. Zacher*, Faktoren und Bahnen der aktuellen sozialpolitischen Diskussion, in: Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 1972, S. 241 ff.; *dems.*, Sozialrecht im Wandel von Wirtschaft und Gesellschaft, VSSR Bd. 7 (1977), S. 154 ff. Weitere Nachweise s. bei *dems.*, Das soziale Staatsziel, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. I 1987, S. 1045 ff., S. 1097 f. (abgedruckt in diesem Band, S. 3 ff., S. 58).

21 S. *Hans F. Zacher*, Soziale Gleichheit – Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip, AÖR Bd. 93 (1968), S. 341 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 129 ff.); *Wolfgang Riefner*, Der Gleichheitssatz im Sozialrecht und die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, Sozialgerichtsbarkeit 31. Jg. (1984), S. 147 ff. S.a. *Paul Kirchhof*, Steuergleichheit, Steuer und Wirtschaft, 1984, S. 297 ff.

22 Zu weiteren Einzelheiten s. *Zacher*, Das soziale Staatsziel (Anm. 20), S. 1065 ff., 1083 ff. (in diesem Band, S. 24 ff., 43 ff.) m.w.Nachw.

bewerten? Schon das Minimum menschenwürdiger Existenz – wie es in erster Linie das Anliegen der Sozialhilfe sein sollte – ist, um das Mindeste zu sagen, nicht unangefochten.²³ Und auch der Satz, daß um der Menschenwürde willen niemand zum Objekt sozialer Intervention werden soll,²⁴ gerät rasch ins Relative. Alle Zuteilung, alle Zuwendung trägt an den einzelnen Allgemeines heran, drängt dem Einen Anderes auf. So ist es schließlich kein Wunder, daß gerade auch die von *Bernd Rüthers* jüngst so freimütig aufgeworfene Frage “Warum wir nicht genau wissen, was Gerechtigkeit ist”²⁵ aus dem Herzen auch des Sozialrechtlers gesprochen ist.

Mit der “Gerechtigkeits-Resignation” des Sozialrechtlers korrespondiert, daß die “gelernten” Gerechtigkeitstheoretiker, die Rechtsphilosophen, das Sozialrecht kaum wahrnehmen. Allmählich mag sich das bessern. Vor allem *John Rawls* war es, der den Fragen der Verteilung und Umverteilung gerechtigkeitstheoretische Aufmerksamkeit verschafft hat.²⁶ Aber noch immer herrscht fundamentale Fremdheit.²⁷ Die folgenden Zeilen haben die Absicht, dazu beizutragen, diese Fremdheit zu überwinden. Die These ist: Die Komplexität des Sozialrechts und die Komplexität der Gerechtigkeit entsprechen einander.

II. Strukturen des Sozialrechts

1. Zwei Vorgaben: Die Ziele des “Sozialen” und der Begriff des Sozialrechts

Zwei Voraussetzungen des folgenden können hier nur genannt, nicht auch begründet werden. Erstens: “*Sozial*” wird im gleichen Sinn verstanden, wie in der Sozialstaatsklausel der Verfassung (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG). Das bedeutet, daß im “Sozialen” vier Ziele einander ergänzen: Die Garantie eines Existenzminimums, die Herstellung von mehr Gleichheit, die Gewährleistung von mehr Sicherheit, schließlich die Hebung des Wohlstandes und die Ausbreitung der Teilhabe daran.²⁸

23 *Stephan Leibfried/Gerd Wenzel*, Armut und Sozialhilferecht 1986, S. 80 f. *Karl-Jürgen Biebak/Günter Stahlmann*, Existenzminimum und Grundgesetz – Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Festlegung der Regelsätze in der Sozialhilfe, Sozialer Fortschritt, 36. Jg. (1987), S. 1 ff., insbes. S. 3.

24 S. etwa *Hans F. Zacher*, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 1095 ff., insbes. S. 1096 ff., 1103 ff.

25 Festschrift für Wolfgang Zeidler Bd. 1, 1987, S. 19 ff.

26 *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, insbes. S. 291 ff.

27 So habe ich etwa mit großem Interesse das Beiheft Nr. 24 des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie (1985) mit dem Titel “Soziale Gerechtigkeit und individuelle Verantwortlichkeit im Wohlfahrtsstaat” zur Hand genommen. Aber der Wohlfahrtsstaat ist dort schon wieder auf einen von vier Abschnitten zusammengeschrumpft (den Dritten Abschnitt: Recht und Rechtsstaat in wohlfahrtsstaatlicher Perspektive, S. 175 ff.). Und auch die dort abgedruckte Beiträge bleiben in beträchtlicher Distanz zu den konkreten Sorgen des Sozialrechts.

28 S. *Hans F. Zacher*, Das soziale Staatsziel (Anm. 20), S. 1060 ff. (in diesem Band, S. 18 ff.).

Zweitens: Dieser soziale Zweck ist im Recht allgegenwärtig. *Recht* kann ihm auf drei Weisen dienen: (1) allein durch seine funktionale Richtigkeit (wie gemeinhin im gerichtlichen Verfahrensrecht, im Wirtschaftsrecht etc.); (2) durch spezifische soziale gerichtete Regeln und Institutionen in einem weiter greifenden funktionalen Verbund (wie z.B. im Arbeitsrecht); (3) durch die gesonderte Regelung spezifisch sozialer Leistungen, Institutionen usw. (wie im Sozialversicherungsrecht, Sozialhilferecht etc.). Die beiden gezielt sozialen Bereiche – das sozial veränderte vorfindliche Recht (2) und das spezifisch soziale Recht (3) – können als Sozialrecht im weiteren Sinn zusammengefaßt werden. Das spezifisch soziale Recht (3), das Sozialleistungsrecht also, kann als *Sozialrecht im engeren Sinn* bezeichnet werden.²⁹ Dies ist hier mit „*Sozialrecht*“ gemeint.

2. Die Mehrdeutigkeit und Widersprüchlichkeit des „Sozialen“ und die elementaren Strukturelemente von Sozialrecht

Betrachtet man die Ziele des „Sozialen“ genauer, so stellen sie sich als mehrdeutig und widersprüchlich dar. Was meint Gleichheit? Das wurde eben schon gefragt. Was meint Sicherheit? Nur Sicherung des Notwendigen oder auch Sicherung des ungleichen Lebensstandards, des Besitzstandes? Wie kann der Wohlstand der Gesellschaft gemehrt werden ohne den Anreiz des individuellen Ertrags für den, der dazu beiträgt? Wie verhält sich die Garantie des Existenzminimums zu den Zielen der Sicherheit und der Wohlstandsteilhabe? Das sind nur einige der vielen Fragen, die zu stellen wären.³⁰ Indem der Sozialstaat seine Verwirklichung im Sozialleistungsrecht (Sozialrecht im engeren Sinne) in besonderer Weise sucht, überträgt er auf das Sozialrecht in besonderer Weise auch seine inneren Spannungen und Widersprüche.

Das Sozialrecht steht vor der Alternative, entweder die Mehrdeutigkeiten und Widersprüche des „Sozialen“ einzuebnen und die Offenheit des „Sozialen“ aufzuheben oder aber die verschiedenen Dimensionen zu entfalten. Nicht nur in kommunistischen Ländern, nicht nur – notgedrungen – in Entwicklungsländern, auch in westlichen Ländern finden sich denn auch Tendenzen zur Reduktion der Vielfalt. Völlig aufgehoben aber ist sie kaum je. Die Bundesrepublik Deutschland jedenfalls gehört zu den Ländern, in denen die (teils bewußte, teils unbewußte) Entschlossenheit, das Spektrum sozialstaatlicher Ziele möglichst offen zu halten, die größte ist. Wie auch immer: das Sozialrecht steht in den meisten Ländern vor der Frage, auf welche Weise es die verschiedenen Dimensionen des „Sozialen“ miteinander verbinden kann.

29 S. dazu und zum Vorigen *Hans F. Zacher, Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts*, in: Friedrich Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, 1985, S. 14 ff., insbes. S. 26 ff.

30 S. noch einmal Anm. 28.

a) Die elementaren Bauteile

Dem entsprechen elementare Typen sozialrechtlicher Gestaltung:³¹ Sie haben ihre tiefsten Wurzeln in folgenden Alternativen.

– Sollen soziale Leistungen an eine *Vorgeschichte* anknüpfen (die über gewisse Minimalia der nationalen Solidarität wie Staatsbürgerschaft und/oder Aufenthaltsdauer hinausgehen) oder nur an eine *Situation*?

– Sollen soziale Leistungen nach Maßgabe fest umschriebener rechtlicher Tatbestände und/oder in rechtlich geregelter Höhe (*abstrakt*/typisiert) oder sollen sie nach Maßgabe individuell zu ermittelnder und zu bewertender Umstände insbesondere der Bedürftigkeit (*konkret*/bedarfsorientiert) erbracht werden?

Auf die *Vorgeschichte* einer sozialen Lage kann Sozialrecht auf zweifache Weise abstellen: auf eine Vorgeschichte der Vorsorge oder eine Vorgeschichte der Verantwortung. Eine *Vorgeschichte der Vorsorge* ist typisch für die Sozialversicherung. Durch Beitragszahlungen wird die Anwartschaft auf eine Leistung aufgebaut. Im Risikofall wird die Leistung realisiert. Eine *Vorgeschichte der Verantwortung* finden wir dort, wo das Gemeinwesen Schäden kompensiert, für die es eine Verantwortung trifft und/oder für die es die Verantwortung wenigstens durch eine klärende normative Entscheidung übernimmt. Der klassische Fall sind Entschädigungen für Kriegsoffer. Die letzten Jahrzehnte haben vor allem Entschädigungen für die Opfer eines politischen Systems oder die Opfer von Gewaltverbrechen hinzugefügt.

Fehlt eine Vorgeschichte der Vorsorge oder der Verantwortung, so kann das Sozialrecht nur an die soziale *Situation* (etwa die Sozialhilfe an Armut, das Kindergeld an die Unterhaltlast, das Wohngeld an den Wohnbedarf und -aufwand usw.) anknüpfen.

Abstrakte Leistungsbestimmung steigert die Voraussehbarkeit der Leistung, vermeidet Abhängigkeit, begrenzt das ermittelnde Eindringen der Verwaltung in die Sphäre des Betroffenen, ermöglicht subjektive Rechtsansprüche und läßt gerichtlichen Rechtsschutz wirksam werden. *Konkrete* Leistungsbestimmung wirkt in der jeweils gegenteiligen Weise. *Sozial* betrachtet gewähren *abstrakte* Systeme das typisch Richtige auf die Gefahr hin, das konkret Richtige – nach oben oder unten – zu verfehlen. *Konkrete* Systeme ermöglichen das konkret Richtige, schließen aber gerade jene verlässlichen Erwartungen aus, welche die abstrakte Leistungsbestimmung vermittelt.

b) Die Typen des Sozialrechts

Aus diesen Elementen haben sich Typen des Sozialrechts ergeben, die sich durch jeweils spezifische Möglichkeiten und Grenzen auszeichnen.

³¹ S. dazu und zum folgenden genauer Hans F. Zacher, Grundtypen des Sozialrechts, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, 1987, S. 571 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 257 ff.).

aa) Vorsorgesysteme

Vorsorgesysteme sind auf objektive Tatbestände hin angelegt, an die – jedenfalls dem Grunde nach – abstrakt Leistungen geknüpft werden. Ist die Vorsorge zunächst auf diesen Leistungstatbestand (z.B. Krankheit, Invalidität, Alter, Tod unter Zurücklassung Unterhaltsabhängiger) hin final orientiert, so ist die Leistung, sobald der Leistungstatbestand erfüllt ist, kausal definiert.³² Es wird geleistet, weil und wie vorgesorgt ist. Vorsorgesysteme sind deshalb auch in besonderer Weise geeignet, unterschiedliche Lebensstandards zu sichern. Vorsorge beschränkt sich auf die, die – in gewissen Toleranzen: gleichartig – vorsorgefähig und vorsorgebedürftig sind. Sie ist deshalb tendenziell gruppenbezogen (selektionistisch). Je nach dem Wertesystem einer Gesellschaft kann sie auch als Ausdruck besonderer Gruppensolidarität gelten. Bezieht sich die Vorsorge auf Arbeitnehmer und sind die Arbeitgeber an der Vorsorge beteiligt, so kann sie auch als Ausdruck der Solidarität von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gewertet werden. Sie setzt Vorsorgeleistungen – im Regelfall: Beiträge (des Geschützten selbst oder eines Garanten: des Arbeitgebers, des Ernährers) – voraus. Vorsorgesysteme können deshalb finanziell autonom aufgebaut werden. Beitragsgetragene Vorsorge wird gemeinhin als *Sozialversicherung* bezeichnet.³³ Daneben kennen einige Länder *dienstrechtliche Vorsorgesysteme* für Beamte, Soldaten usw.³⁴, in denen die Vorleistung in dem von ihnen geleisteten Dienst liegt, die Leistung entsprechend vom Dienstherrn getragen wird.³⁵

Die primäre *soziale Leistung der Vorsorge* ist *Sicherheit*. Ihr Verhältnis zum Problem des *Existenzminimums* ist differenziert. Wer unter dem Existenzminimum lebt oder allenfalls das Existenzminimum hat, findet in der Regel keinen Zugang zur Vorsorge. Ihm fehlt die Vorsorgefähigkeit. Der Vorsorgefähige aber kann durch die Vorsorge davor geschützt sein, unter das Existenzminimum zu fallen. Der *Gleichheit* dient Vorsorge, indem sie Vorsorgeschwachen zur Vorsorge verhilft. Darüber hinaus aber ist ihr Verhältnis zur Gleichheit mehrdeutig. Sowohl die Sicherung ungleicher Lebensstandards durch entsprechend ungleiche Leistungen als auch die Sicherung ungleicher Lebensstandards durch gleiche Leistungen kann je nach der Betrachtungsweise als gleichheitsgerecht oder gleichheitswidrig ange-

32 Das gilt jedenfalls in der Regel für Geldleistungen (z.B. Krankengeld, Rente). Für Dienst- und Sachleistungen (z.B. Krankenbehandlung) ist es nur die halbe Wahrheit. Sie sind dem Grunde nach kausal, dem Inhalt nach in sich wieder final bestimmend. S. dazu auch *Hans F. Zacher*, Diskussionsbeitrag, in: Hans F. Zacher (Hrsg.), *Die Rolle des Beitrages in der sozialen Sicherung*, 1980, S. 369 f.

33 In der Bundesrepublik Deutschland: Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. Zur Unfallversicherung s.u. bb.

34 In der Bundesrepublik Deutschland: Beamtenversorgung, Richterversorgung, Soldatenversorgung, Minister- und Abgeordnetenversorgung.

35 Sozialrechtliche Vorsorge kennt *privatrechtliche Parallelen* (Privatversicherung, betriebliche Alterssicherung). Sie können alternativ oder kumulativ zur sozialrechtlichen Vorsorge verwendet werden.

sehen werden. *Wohlstandsteilhabe* kann durch *Vorsorge* grundsätzlich bewahrt, nicht aber gesteigert werden.

bb) Entschädigungssysteme

Entschädigungssysteme (wie etwa für Kriegs-, Regime- oder Verbrechensoffer)³⁶ bauen auf Tatbeständen auf, die dadurch gekennzeichnet sind, daß einzelne aus Ursachen, für die das Gemeinwesen verantwortlich ist oder doch die Verantwortung von Rechts wegen übernimmt, geschädigt wurden. An diese Tatbestände knüpfen die Entschädigungssysteme – zumindest dem Grunde nach – abstrakte Leistungen (Entschädigungen). Sie sind kausal orientiert.³⁷ Entschädigt wird nach Maßgabe des Schadens und der Verantwortung, die dafür übernommen wurde. Entschädigungssysteme sind grundsätzlich Ausdruck nationaler Solidarität. Dem entspricht ihre Finanzierung aus allgemeinen Haushaltsmitteln (Steuermitteln). Ihrem Wesen nach sind sie nicht auf Gruppen beschränkt (nicht selektionistisch), sondern schützen alle Staatsbürger (Einwohner, Schutzbefohlenen), an denen sich eine entsprechende Geschichte der Verantwortung realisiert (sind insofern also universalistisch). Da die Anerkennung und Abgrenzung der Verantwortung des Gemeinwesens und die Bestimmung der Entschädigungsleistungen sowie die Bemessung der angemessenen Leistungen jeweils der politischen, normativen Entscheidung bedarf, haftet ihnen jedoch die Versuchung an, zu privilegieren oder zu diskriminieren.

Ein Entschädigungssystem besonderer Art ist die Unfallversicherung. Sie ist eine "Kreuzung" von *Vorsorge*- und Entschädigungssystem. Die Verantwortung des Arbeitgebers für die Betriebsunfälle wird in der umfassenden *Vorsorge* für Betriebsunfälle aufgehoben.³⁸

Entschädigungssysteme können dem Ziel der *Sicherheit* zugeordnet werden: jedenfalls für die, die sich in einer entsprechenden typischen Gefahr befinden. Sie

36 In der Bundesrepublik Deutschland: die Kriegsofferversorgung, die Versorgung von Wehrdienstgeschädigten, die Kompensation von Impfschäden, die Entschädigung von Verbrechensoffern; der Lastenausgleich; die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts.

37 Auch hier gilt wieder die Unterscheidung zwischen Geldleistungen einerseits und Dienst- und Sachleistungen andererseits (s. Anm. 32). Freilich kann der Zweck des Schadensausgleichs auch den Geldleistungen verstärkt finale Elemente aufdrängen (s. z.B. Kriegsofferversorgung). Doch bleibt auch hier die kausale Definition primär.

38 Das gilt in der Bundesrepublik Deutschland nur für die "echte" Unfallversicherung. Die "unechte" Unfallversicherung für Lebensretter, Katastrophenhelfer etc. ist ein echtes Entschädigungssystem. – Schon in der "echten" Unfallversicherung deutet sich die Möglichkeit an, daß Entschädigungssysteme privatrechtliche Parallelen haben: privatrechtliche Haftung und privatrechtliche Haftpflichtversicherung. – Auf der anderen Seite: im Ausland greifen Tendenzen zu sozialrechtlicher Verlagerung weiter aus und lassen weitere Unfallrisiken (und entsprechende Haftungsfälle privaten Rechts) in ein *Vorsorge*- und/oder Entschädigungssystem münden (Neuseeland, Saskatschewan). S. dazu etwa *Eike v. Hippel*, Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen, 1968; *Dieter Schäfer*, Soziale Schäden, soziale Kosten und soziale Sicherung, 1972; *John G. Fleming/Jan Hellner/Eike v. Hippel* (Hrsg.), Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz, 1980.

können aber auch der *Gleichheit* zugeordnet werden: indem sie ein besonders – ungleiches – Opfer einzelner für die Allgemeinheit ausgleichen. Im übrigen ist das Verhältnis der Entschädigungssysteme zur Gleichheit ähnlich mehrdeutig wie das der Vorsorgesysteme zur Gleichheit: je nach dem Maß, in dem sie unterschiedliche Schäden im Lebensstandard gleich oder ungleich kompensieren. Dem Ziel des *Existenzminimums* dienen Entschädigungssysteme in dem Maße, in dem sie die Betroffenen davor schützen, unter das Existenzminimum zu fallen. *Wohlstandsteilhabe* können Entschädigungssysteme schützen, indem sie erreichte Wohlstandsanteile erhalten. Eine Mehrung von Wohlstandsanteilen ist nur bei privilegiertender Überkompensation denkbar.

cc) Situationsbezogene Systeme

Situationsbezogene Systeme bilden a priori keine vergleichbar geschlossenen Modelle wie die Vorsorge- und Entschädigungssysteme. Gemeinsam ist ihnen ein universalistischer Charakter (wie er teils mit “Wohnsitzprinzip”, teils mit “Staatsbürgerversorgung” artikuliert wird). Gemeinsam ist ihnen ebenfalls die Steuerfinanzierung (genauer: Finanzierung aus allgemeinen Haushaltsmitteln). Im übrigen lassen sie sich in folgende Gruppen zusammenfassen:

(1) Vorsorge-analoge Systeme

Vorsorgesysteme schützen gegenüber typischen “Wechselfällen des Lebens” (“soziale Risiken”). Vorsorge ist jedoch nicht die einzige Möglichkeit, gegen “soziale Risiken” zu schützen. Vielmehr läßt sich der Schutz auch in der Weise realisieren, daß an die Verwirklichung eines “sozialen Risikos” – zumindest dem Grunde nach – abstrakt Leistungen geknüpft werden, die aus Steuern finanziert werden (demogrants).³⁹ Da demogrants nicht an unterschiedliche Vorsorgeleistungen anknüpfen, sondern Ausdruck allgemeiner sozialer Solidarität sind, können sie nicht nach Maßgabe des erreichten Einkommens oder Lebensstandards gewährt werden. Vielmehr werden sie nach generellen Sätzen gewährt, die an typischen (minimalen, durchschnittlichen) Bedarfen orientiert sind.

Demogrants stehen im Dienst der *Sicherheit*. Lebensverhältnisse jedoch, die über dem allgemein geschützten “typischen” Niveau liegen, können sie nicht schützen. Daher finden sie sich weitgehend in Verbindung mit differenzierenden Vorsorgesystemen (oder analogen privatrechtlichen Sicherungen wie Privatversicherung oder betriebliche Alterssicherung), welche die Sicherung höherer Lebensstandards übernehmen. Demogrants haben ein eindeutiges Verhältnis zur *Gleichheit*. Die Gleichheit des typischen Bedarfe – eine Gleichheit “nach Köpfen” also – ist ihnen wesentlich, nicht die Korrespondenz mit dem zu sichernden

³⁹ Dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland sind sie grundsätzlich fremd. Bei der Diskussion um eine allgemeine (Alters-)Grundrente geht es jedoch zum Teil um die Einführung eines demogrant.

Lebensstandard. Zumeist haben sie die Tendenz, auch das *Existenzminimum* zu sichern, oft freilich nur in Verbindung mit *Vorsorge-* oder auch besonderen *Hilfssystemen*. Auch *Wohlstandsteilhabe* ist nur in dieser Relativität ein Ziel, das mit demogrants verfolgt wird.

(2) Hilfssysteme

Allgemeine Hilfssysteme sind dazu bestimmt, dringend notwendige Bedarfe zu decken, die anderweitig nicht gedeckt sind. Das zentrale Beispiel ist die *Fürsorge (Sozialhilfe)*. Allgemeine Hilfssysteme sind vor allem der Gewährleistung des *Existenzminimums* verpflichtet. Sie sind deshalb auch konkret-bedarfsorientiert. Das Risiko aller abstrakten Systeme, daß das Existenzminimum verfehlt wird, kann ein allgemeines Hilfssystem nicht eingehen. Nur in diesem ganz unspezifischen Sinne der Gewährleistung jedenfalls des Notwendigen ist Hilfe auch der *Sicherheit*, der *Gleichheit* und der *Wohlstandsteilhabe* verpflichtet.

*Besondere Hilfssysteme*⁴⁰, die – wie etwa Nahrungsmittel- oder Beherbergungsprogramme – dagegen nur Teilaspekte des Existenznotwendigen betreffen, können auch an typische Tatbestände anknüpfen und Leistungen typisierend formulieren und erbringen.

(3) Förderungssysteme

Förderungsprogramme dienen dazu, die soziale Position von einzelnen, Familien oder Gruppen zu verbessern (z.B. Ausbildungsförderung, berufliche Förderung, Förderungsprogramme für Handwerker, Kleinbauern oder Fischer usw.).⁴¹

Programme der *Hilfe* und der *Förderung* sind Phänomene, die *ineinander übergehen können*. Leistungen an Familien⁴², Leistungen an Jugendliche⁴³, Leistungen zur Deckung des Wohnbedarfs⁴⁴ etwa können sowohl der Sicherung des Existenzminimums als auch der Hebung der Lebensbedingungen und Chancen dienen. Die Gestaltung von Hilfs- und Förderungsprogrammen ist vielfachen Abwägungen offen, die zu einer abstrakt-typisierenden Konzeption führen können (so vor allem für laufende Einkommensersatzleistungen – etwa während einer Maßnahme der Umschulung – oder laufende Einkommensergänzungsleistungen – wie etwa Kindergeld) oder auch zu einer konkret-bedarfsorientierten Konzeption (so vor allem für Dienst- und Sachleistungen – also etwa die Umschulungsmaßnahme selbst oder institutionelle Hilfen für Familien).

Förderungsleistungen dienen primär der *Gleichheit*: der Beseitigung oder Minderung von Nachteilen, insbesondere auch der Vermittlung von Chancengleich-

40 In der Bundesrepublik Deutschland: Arbeitslosenhilfe, Schlechtwettergeld, Kurzarbeitergeld, Unterhaltsvorschuß.

41 In der Bundesrepublik Deutschland: Ausbildungsförderung, Arbeitsförderung, Berufsförderung.

42 In der Bundesrepublik Deutschland: Erziehungsgeld, Kindergeld.

43 In der Bundesrepublik Deutschland: Jugendhilfe.

44 In der Bundesrepublik Deutschland: Wohngeld.

heit. Der Gewährleistung des *Existenzminimums* dienen sie in dem Maße, in dem sie auch Hilfsprogramme sind. Dem Gedanken der *Wohlstandsteilhabe* dienen sie umso deutlicher, je klarer der Förderungscharakter hervortritt. *Sicherheit* ist kein unmittelbares Ziel.

3. Die Pluralität der sozialrechtlichen Lösungen

Kein Grundtyp des Sozialrechts⁴⁵ ist für sich allein imstande, eine hinreichend differenzierte sozialrechtliche Ordnung darzustellen, vielmehr zeigt sich weltweit die Tendenz, die Grundtypen miteinander zu verbinden.⁴⁶

Fast überall finden wir *Vorsorge- und situationsbezogene Systeme* nebeneinander. Zwar haben in vielen Ländern die (vorsorgeanalogen, steuerfinanzierten, universalistischen) situationsbezogenen Systeme sozialer Sicherung an Bedeutung gewonnen und ist die klassische (beitragsfinanzierte, selektionistische) Vorsorge durch Sozialversicherung zurückgetreten. Da situationsbezogene soziale Sicherung jedoch die individuelle Sicherung der Wohlstandsteilhabe vernachlässigen muß, hat dies, soweit nicht die Sozialversicherung eine komplementäre Funktion übernommen oder behalten hat, zu einer wachsenden Bedeutung analoger Institutionen des Privatrechts (betriebliche Systeme, Privatversicherung) geführt. Aus diesem Nebeneinander ergibt sich auch ein Nebeneinander von universalistischem und selektionistischem Ansatz, von Steuerfinanzierung und Beitragsfinanzierung.

Ein anderer Aspekt der Pluralität ergibt sich aus einem Nebeneinander von Systemen, die der allgemeinen Einkommenssicherung, und Systemen, die der Deckung besonderer Bedarfe dienen. Je nach der Rolle der Vorsorgesysteme ist dies ein Nebeneinander von Vorsorge- und Hilfs- und Förderungssystemen und/oder von vorsorgeanalogen und Hilfs- und Förderungssystemen.

Entschädigungssysteme sind – sieht man von dem besonderen Fall der Unfallversicherung ab – nicht immer in gleichem Maße als “sozial” bewußt wie Vorsorge und rein situationsbezogene Systeme. Oft gelten sie einfach als politisch, patriotisch usw. Gleichwohl sind sie verbreitet.

Fast überall finden wird auch das Nebeneinander von *abstrakt-typisierenden und konkret-bedarfsorientierten Systemen* – wie immer diese Rollen auch auf Vorsorge-, Entschädigungs- und situationsbezogene Systeme verteilt sein mögen.

45 Damit soll nicht behauptet werden, daß diese Typen überall rein hervortreten. Der Sozialpolitik stehen Möglichkeiten der Mischung offen. So können risikoorientierte Systeme (etwa der Alterssicherung) aus Beiträgen und Steuermitteln gespeist werden und so Charakterzüge der reinen Vorsorge mit Charakterzügen des situationsbezogenen Risikoschutzes verbinden. Die Frage, wie die Mischung der Grundtypen rechtlich – insbesondere auch verfassungsrechtlich – und sozial zu bewerten ist, kann hier nicht aufgegriffen werden.

46 In gewissem Umfang können anstelle von Geldleistungen auch Steuerver Schonungen treten. Auch läßt sich an eine Kombination in der Weise denken, daß über einer gewissen Einkommenslinie Steuern zu zahlen sind, während unterhalb einer gewissen Einkommenslinie Sozialleistungen erbracht werden (*negative Einkommensteuer*).

Zwar wird man nicht sagen können, daß so stets alle der Grundtypen des Sozialrechts anzutreffen sind.⁴⁷ Noch weniger läßt sich Allgemeines darüber aussagen, in welcher Weise diese Grundtypen einander ergänzen. Doch ist eine *Pluralität von Grundtypen* bei genauem Zusehen ein *Grundgesetz allen Sozialrechts*.

III. Korrespondierende Aspekte der Gerechtigkeit

Nun ist auch Gerechtigkeit niemals nur *eine* Gerechtigkeit gewesen. Gerechtigkeit hat, seit über sie nachgedacht wird, "mehrerlei Gestalt".⁴⁸ Die dabei hervortretenden Dimensionen der Gerechtigkeit entsprechen auf eigentümliche Weise den Zielen und den Strukturelementen des Sozialrechts. Wir können die Hypothese wagen, daß das Sozialrecht sich der Gerechtigkeit gerade dadurch nähert, daß es so vielfältig ist, wie die Gerechtigkeit selbst.⁴⁹

1. Die elementare Trias der Gerechtigkeit

Das hier ist weder der Ort noch liegt es in der Kompetenz des Verfassers, die Fülle der Gerechtigkeitstheorien auszubreiten. Es kann nur darum gehen zu exemplifizieren. Halten wir uns zunächst an die klassische Trias von *iustitia distributiva* (austeilende Gerechtigkeit), *iustitia commutativa* (ausgleichende Gerechtigkeit) und *iustitia legalis* (Gesetzesgerechtigkeit).⁵⁰ *Situationsbezogene Systeme* geben in erster Linie der *iustitia distributiva* Raum. Sie decken Bedarfe, teilen das Notwendige oder sonstwie Angemessene zu. Sie gleichen Schäden (Opfer) durch Entschädigung aus. *Vorsorgesysteme* stehen dazwischen: indem sie den Zugang zu sozialer Sicherheit ausweiten ("austeilen") und die Leistung an die Vorleistung binden (Leistung und Gegenleistung "ausgleichen"). Ihre "austeilen-

47 Extrem ausgeschöpft ist das Spektrum in der Bundesrepublik Deutschland. Hier fehlen freilich – wie schon angemerkt – die vorsorge-analogen situationsbezogenen Systeme (demogrants).

48 S. etwa *Karl Engisch*, Auf der Suche nach Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie, 1971, insbes. S. 147 ff.; *Arthur Kaufmann*, Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen, 1984; *Ralf Deiring*, Recht und Gerechtigkeit, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Einführung in das Recht, 1985, S. 95 ff.

49 S. auch *J.J.M. van der Ven*, Rechtswege zur sozialen Sicherheit, in: J.J.M. van der Ven, *Ius humanum* (Anm. 18), S. 148 ff.; *dens.*, Grundgedanken zum Sozialrecht und seiner Entwicklung, ebda., S. 269 ff.

50 S. dazu etwa *Alexander Hollerbach*, Artikel "Gerechtigkeit II Gerechtigkeit und Recht", Staatslexikon 7. Aufl. Bd. 2 1986, Sp. 898 ff. (899 f.). – Ganz besonders möchte ich aber auch auf *Arthur Kaufmann*, Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay, in: Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, S. 445 ff. hinweisen. Der dort vorgetragene Gedanke, der Streit um die "gerechte Strafe" müsse im Lichte dieser Trias der drei elementaren "Gerechtigkeiten" gesehen werden, hat in mir die Assoziation, daß gerade auch die Vielfalt und Widersprüchlichkeit des Sozialrechts auf ähnliche Weise zu erklären sei, geweckt.

de" Funktion kann sich jedoch vertiefen und ihre "ausgleichende" Funktion schwächen, indem sie in sich die Stärkeren benachteiligen und die Schwächeren begünstigen – mit anderen Worten: indem sie in sich umverteilen. Nicht zuletzt aber sind Vorsorgesysteme von der *iustitia legalis* her zu begreifen, also von der Entsprechung zwischen Gesetzlichkeit und Gerechtigkeit her.⁵¹ Vor allem Vorsorgesysteme eröffnen den Zugang dazu, Sozialleistungsansprüche als ein erworbenes Recht zu verstehen und zu garantieren.

2. Gerechtigkeit – Rechtssicherheit – Billigkeit

Der Gegensatz zwischen der *iustitia legalis* auf der einen Seite und der materiellen Gerechtigkeit der *iustitia distributiva* und der *iustitia commutativa* auf der anderen findet allgemeiner eine Entsprechung in dem Spannungsverhältnis zwischen den *abstrakt-typisierenden* und den *konkret-bedarfsorientierten* Systemen. Mögen diese auf das im Einzelfall Gerechte zielen, so nehmen die abstrakt typisierenden Systeme – obwohl sie in der Sache Ziele materialer Gerechtigkeit verfolgen – als Konsequenz ihrer abstrahierenden Technik in Kauf, daß diese verfehlt wird. Ihre Option ist, die Wirkung der materialen Gerechtigkeit durch den Wert und die Kraft der *iustitia legalis* zu mehren. Der soziale Wert der Sicherheit trifft sich hier mit dem Maßstab der *iustitia legalis*.

Gehen wir einen Schritt weiter, so stoßen wir auf das alte Spannungsverhältnis zwischen *Rechtssicherheit* und *Gerechtigkeit*.⁵² Der soziale Rang des Wertes "Sicherheit", wie er in der allgemein anerkannten Formel von der "sozialen Sicherheit" zum Ausdruck kommt,⁵³ findet seine rechtliche Entsprechung im Wert der Rechtssicherheit.⁵⁴ So wie Rechtssicherheit und materiale Gerechtigkeit heute als komplementäre Elemente der Gerechtigkeit verstanden werden,⁵⁵ so steht das Ziel der sozialen Sicherheit komplementär neben den anderen sozialen Zielen.⁵⁶ Und so kann auch auf eine Pluralität sozialrechtlicher Grundtypen, die sich darin ergänzen, das volle Maß der Gerechtigkeit dadurch herzustellen, daß sie auf unterschiedliche Weise teils mehr die materiale Gerechtigkeit, teils mehr die Rechtssicherheit betonen, nicht verzichtet werden. Vor allem die Spannung und Komplementarität zwischen den abstrahierenden Vorsorgesystemen und Quasi-

51 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1129b: "... so ist offenbar alles Gesetzliche in einem bestimmten Sinne gerecht und Recht."

52 S. *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, hrsgg. von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, 8. Aufl. 1973, S. 164 ff. und passim.

53 S. dazu und auch zum Folgenden *Franz Xaver Kaufmann*, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften, 2. umgearb. Aufl., 1973.

54 Zur sozialrechtlichen Tragweite der Rechtssicherheit s. etwa *Hans F. Zacher*, Sozialpolitik und Verfassung (Anm. 24), S. 637 ff.

55 S. z.B. *Hollerbach*, a.a.O. (Anm. 50) Sp. 901 f.

56 S. etwa *Elisabeth Liefmann-Keil*, Ökonomische Theorie der Sozialpolitik, 1961, S. 6 ff., insbes. S. 56 ff., 86 ff. S.a. noch einm. Anm. 28.

Vorsorgesystemen (democrats) einerseits und den konkretisierenden Hilfs- und Förderungssystemen andererseits findet darin Erklärung und Rechtfertigung. Ähnliches läßt sich schließlich vom verwandten Gegensatz von *Recht und Billigkeit* – von *Gerechtigkeit und Billigkeit*⁵⁷ – her erschließen.

In diesem Zusammenhang drängt sich eine Zwischenbemerkung auf. Sie betrifft eine Annahme, die bisher nicht explizit gemacht wurde: daß Sozialrecht der Pluralität sozialer Ziele ebenso wie der Vielfalt von Gerechtigkeit nur durch eine Pluralität von Systemen, von Grundtypen, gerecht werden kann. Warum sollten nicht all diese Ziele des Sozialen, nicht alle "Gestalten" von Gerechtigkeit in ein- und demselben System aufgehoben werden können? Die Antwort ist: Die Wirksamkeit eines jeden Zieltes würde zu sehr an Wahrnehmbarkeit verlieren; eine jede "Gestalt" von Gerechtigkeit würde jede andere "Gestalt" von Gerechtigkeit zu sehr verdrängen und unkenntlich machen. Nur durch eine gewisse Geschlossenheit der Systeme der Grundtypen, und durch deren strukturelle Entsprechung zu gewissen sozialen Zielen und gewissen "Gestalten" von Gerechtigkeit bleiben soziale Ziele und "Gerechtigkeiten" als Maßstäbe wirksam. Nur durch diese Geschlossenheit der Grundtypen und ihre strukturelle Entsprechung zu sozialen Zielen und "Gerechtigkeiten" können die Erwartungen, die sich mit diesen sozialen Zielen und diesen "Gerechtigkeiten" verbinden, – freilich immer nur annähernd – erfüllt werden. Die Erklärung läßt sich auch noch anders wenden. Hätte ein- und dasselbe System alle sozialen Ziele und alle "Gestalten" von Gerechtigkeit zugleich zu realisieren, so müßten sowohl die gesetzgeberische Gestaltung als auch der administrative Vollzug an den Widersprüchen zwischen diesen Zielen und diesen "Gerechtigkeiten" scheitern. Nur die Trennung der Systeme, der Grundtypen, erlaubt, daß in ein- und demselben Rechtssystem, in ein- und derselben Gesellschaft, die Vielzahl sozialer Ziele und die Vielgestalt von Gerechtigkeit zugleich verfolgt wird, ohne daß sie sich permanent wechselseitig lähmen und diskreditieren. Sprechen wir ruhig von einer wohlthätigen Schizophrenie durch die Trennung der Systeme. All dies betrifft natürlich nicht nur das Verhältnis von materialer Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, von Recht und Billigkeit. Gleichwohl war es angebracht, diese Bemerkung gerade hier einzufügen; denn in diesem Zusammenhang ist das Problem in besonderer Weise evident. Vorsorge etwa unter den Vorbehalt konkret-bedarfsorientierter Leistung zu stellen, zersetzt die Vorsorge. HärteklauseIn, BilligkeitsklauseIn usw. haben deshalb in Vorsorge- und Entschädigungssystemen entweder keinen oder nur einen begrenzten Platz. Konkret-bedarfsorientierte soziale Dienste und Geldleistungen müssen, soll das Notwendige gewährleistet sein, gesondert neben ihnen stehen.

3. Soziale Gerechtigkeit

Aber nehmen wir den Gedanken der elementaren Trias von *iustitia commutativa*, *iustitia distributiva* und *iustitia legalis* noch einmal auf. So rasch sich eine

57 S. Alexander Hollerbach, Artikel "Billigkeit", Staatslexikon 7. Aufl. Bd. 1 1985, Sp. 809 ff.

Entsprechung zwischen diesen "Gerechtigkeiten" und den Grundtypen des Sozialrechts zeigte, so offen liegt doch auch die Unsicherheit zutage, die diese Prinzipien für die konkrete Gestaltung des Sozialrechts lassen. Nicht nur ihr Verhältnis zueinander wirft Fragen auf. Auch in sich sind sie ungewiß. So liegt es nahe, der Gerechtigkeit Genaueres abzugewinnen. Damit kommt die "soziale Gerechtigkeit"⁵⁸ in den Blick. Wie immer, wo das Attribut "sozial" ins Spiel gebracht wird, wird damit auch ein neues Spektrum der Mehrdeutigkeit etabliert.⁵⁹ Wie immer wird "sozial" dabei auch im allgemeinen Sinn von zwischenmenschlich, gesellschaftsbezogen und gemeinwesenbezogen verstanden.⁶⁰ Wie immer so besteht aber auch hier die Möglichkeit, "sozial" im historisch-konkreten, politischen Sinn der "sozialen Frage" und der "sozialen Bewegung" zu verstehen – mit anderen Worten: im Sinne auch des Sozialstaats und des Sozialrechts.⁶¹ Das bedeutet als erstes wohl, Bedarfsgerechtigkeit zu fordern.⁶² Doch ist diese nicht nur um der Freiheit, sondern auch um ihrer selbst willen⁶³ nicht ohne Leistungsgerechtigkeit zu denken.⁶⁴ Und um der Gleichheit willen setzt Leistungsgerechtigkeit Chancengerechtigkeit voraus – ist Bedarfsgerechtigkeit als Chancengerechtigkeit zu fordern.⁶⁵ Endlich aber ist eine gerechte Ordnung, ist jede rechtliche Ordnung, ist Leistungsgerechtigkeit nicht ohne Besitzstandsgerechtigkeit denkbar.⁶⁶ Selbst Bedarfsgerechtigkeit kann rechtsstaatlich nicht realisiert werden, ohne daß das Zugeteilte, ohne daß die Zusage der Zuteilung als Besitzstand

58 Zum paradigmatischen Verständnis von "sozialer Gerechtigkeit" (im wesentlichen als Verbindung von Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip) in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts s. *Gerhard Robbers*, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip, 1980, S. 140 f. Zum folgenden jüngst auch *Hans Peter Bull*, Der Sozialstaat als Rechtsstaat, Zeitschrift für Sozialreform, 34. Jg. (1988), S. 12 ff. (20 ff.).

59 Einen vorzüglichen Überblick siehe bei *Joseph Höffner*, Die soziale Gerechtigkeit und die überlieferte abendländische Gerechtigkeitslehre, in: Festschrift der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen zu Ehren des Herrn Ministerpräsidenten Karl Arnold, 1955, S. 35 ff.

60 S. zur Interpretation des Wortes "sozial" *Zacher*, Sozialpolitik und Verfassung (Anm. 24), S. 18 ff.

61 S. oben Anm. 28 u. 29 und den Text hierzu. – Zur "Gerechtigkeit als rechter sozialer Ordnung" s. *Walter Kerber*, *Claus Westermann*, *Bernhard Spörlein*, Gerechtigkeit, in: Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft, Teilbd. 17, 2. Aufl. 1981, S. 44 ff.

62 *Kerber* u.a., a.a.O. (Anm. 61), S. 48 ff.

63 S. dazu – wenn auch zum Teil mit anderen Begriffen arbeitend – *Carl Christian von Weizsäcker*, Was leistet die Property-Rights-Theorie für aktuelle wirtschaftspolitische Fragen?, in: Manfred Neumann (Hrsg.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F. Bd. 140, 1984, S. 123 ff.

64 S. *Kerber* u.a. (Anm. 61), S. 46 ff. – Zu dem Verbund von Bedarfs- und Leistungsgerechtigkeit s. auch *Liefmann-Keil* a.a.O. (Anm. 56) S. 16 ff., 86 ff.; *Wojciech Sadurski*, Giving Desert Its Due. Social Justice and Legal Theory, 1985.

65 S. *Kerber* u.a. (Anm. 61), S. 48 ff.

66 Zur Besitzstandsgerechtigkeit als Element sozialer Gerechtigkeit s. *Kerber* u.a. (Anm. 61), S. 44 ff.

geschützt wird.⁶⁷ In dem Ziel sozialer Sicherung, die erreichten Lebensverhältnisse, den Lebensstandard, zu schützen, findet Besitzstandsgerechtigkeit auch sozial selbstverständliche Anerkennung. Somit läßt sich "soziale Gerechtigkeit" als das Bündel von Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsgerechtigkeit, Chancengerechtigkeit und Besitzstandsgerechtigkeit definieren⁶⁸ – "Gerechtigkeiten", die sich ebenso wieder ergänzen wie sie zueinander in Spannung, ja Widerspruch stehen können.⁶⁹

Auch diese "Gerechtigkeiten" haben ihre spezifischen Beziehungen der Verwandtschaft und Fremdheit zu den Grundtypen des Sozialrechts. Bedarfsgerechtigkeit ist der Auftrag vor allem der *situationsbezogenen Systeme*. Dabei ist die Chancengerechtigkeit vor allem die Sache der Förderungssysteme.⁷⁰ *Vorsorge-systeme* dienen – indem sie Leistungen nach Maßgabe der Vorsorge zusagen und bemessen – der Leistungsgerechtigkeit. Indem sie subjektive Rechte vermitteln, ebenso aber, indem sie den individuellen Lebensstandard sichern, dienen sie der Besitzstandsgerechtigkeit. Auf andere Weise realisieren auch *Entschädigungs-systeme* Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit: Leistungsgerechtigkeit, wenn man das ausgeglichene Opfer als eine Leistung ansieht; Besitzstandsgerechtigkeit, indem man den Schaden als die Verletzung eines Besitzstandes ansieht.

Differenziert man diese Zuordnungen konkretisierend aus, so zeigen sich freilich beträchtliche Spielräume. Wie werden die Bedarfe bemessen? Wird nach "Köpfen" zugeteilt? Nach Lebenssituationen? Nach der Differenz zwischen der eigenen Leistungsfähigkeit und den Bedürfnissen? Welche Leistungen werden von der Vorsorge honoriert? Nur Beiträge? Oder auch gesellschaftlich nützliche Leistungen, die sich nicht in Beiträgen niederschlagen (wie etwa Militärdienstzeiten, Zeiten der Kindererziehung usw.)? Welchen "Besitzstand" an Lebensverhältnissen schützt die Vorsorge, rekonstruiert die Entschädigung: den letzten, den lebensdurchschnittlichen, den besten je erlebten, einen hypothetisch künftigen? Versucht man, diese Fragen zu verallgemeinern, so fällt es nicht schwer, sie auf den Nenner der sechs "Gerechtigkeiten" zu bringen, mit denen *Chaim Perelmann* die Idee, "alle möglichen Sinngehalte der Gerechtigkeit aufzählen zu wollen", ad absurdum führt:⁷¹ 1. Jedem das Gleiche. 2. Jedem gemäß seinen Verdiensten. 3. Jedem gemäß seinen Werken. 4. Jedem gemäß seinen Bedürfnissen. 5. Jedem gemäß seinem Rang. 6. Jedem gemäß dem ihm durch Gesetz

67 So die Anerkennung sozialrechtlicher Anwartschaften als Eigentum. Zuletzt dazu etwa *Fritz Ossenbühl*, Der Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – eine Zwischenbilanz – in: Festschrift für Wolfgang Zeidler Bd. 1, 1987, S. 625 ff.; *Bull* a.a.O. (Anm. 58).

68 Zur Dreiheit von rights, deserts and needs s. auch *David Miller*, *Social Justice*, 1986. – Eine interessante Ergänzung hierzu aus psychologischer Sicht s. bei *Thomas Schwinger*, Gerechte Güter-Verteilungen: Entscheidungen zwischen drei Prinzipien, in: Gerold Mikula (Hrsg.), *Gerechtigkeit und soziale Interaktion*, 1980, S. 107 ff.

69 *Kerber* u.a. (Anm. 61).

70 Einschließlich der Hilfs- und Förderungssysteme.

71 *Chaim Perelmann*, Über die Gerechtigkeit, 1967, S. 16 ff. (Zitat S. 16).

Zugeweihten. Und erneut ließe sich dartun, wie sich die Schwerpunkte dieser "Gerechtigkeiten" auf die Grundtypen des Sozialrechts verteilen.

4. Gerechtigkeit als Verfahren der Abwägung

Aber auch wenn wir denen folgen, die so früher oder später die Suche nach unmittelbaren Sachgehalten der Gerechtigkeit aufgeben und in Gerechtigkeit ein System von Abwägungen erblicken, die auf eine gerechte Ordnung hinführen,⁷² finden wir den Zusammenhang zwischen der Pluralität der Grundtypen des Sozialrechts und dem Postulat der Gerechtigkeit wieder.

Das gilt vor allem für das Experiment *J. Rawls*⁷³: Welche Ordnung würden Menschen als gerecht betrachten, die in keiner Weise wissen, wie sie von dieser Ordnung betroffen sein könnten? Es ist nicht möglich, hier *Rawls* Theorie, welche Ordnungen unter diesem "Schleier des Nichtwissens" für gerecht gehalten würden, differenziert auszubreiten. Es muß genügen zu sagen, daß diese Ordnung ebenso Freiheit eröffnen wie Gleichheit sichern muß und daß dies nur durch ein gestaffeltes System von Grundsätzen und Regeln der Abwägung zwischen ihnen geschehen kann. Es muß ferner genügen, zu vermerken, daß in der Begegnung von Freiheit und Gleichheit der Chancengleichheit und der Leistung besondere Bedeutung zukommt, zugleich aber der Sorge für die am meisten Benachteiligten.⁷⁴ Würde man *Rawls* Regeln auf die Gestaltung des Sozialrechts anwenden, so würden sie zunächst dazu führen, den Spielraum autonomer gesellschaftlicher Prozesse weit zu halten. Ihnen gegenüber hätte das Sozialrecht eine Vielfalt von Zwecken zur Geltung und auch zum Ausgleich zu bringen, wie sie keiner der skizzierten Grundtypen allein verwirklichen könnte, wie sie vielmehr nur in einem Konzert von Typen realisiert werden können. Nicht daß behauptet werden sollte, von *Rawls* her sei unmittelbar gefordert, was hier als theoretische Bestandsaufnahme möglicher Typen des Sozialrechts dargelegt wurde. Nur dies sei behauptet: daß eine Vielzahl von Prinzipien verwirklicht werden müßte, die nur durch eine Vielfalt institutioneller Typen realisiert werden könnte. Wer könnte sich, wenn er unter dem "Schleier des Nichtwissens", ohne seine künftige Betroffenheit zu kennen, ein einziges in sich geschlossenes System des Sozialrechts ausdenken, von dem er nicht schon bei naheliegenden Alternativen eines hypothetischen Lebensganges befürchten müßte, benachteiligt zu werden, ausgeschlossen zu sein, ohne Hilfe zu bleiben? Eine Mischung von Systemen vermindert die Gefahr, vollends auf die Verliererstraße des sozialrechtlichen Glückspiels zu geraten. Mit anderen Worten: der "Schleier der Unwissenheit", der den Entscheidenden zur Zeit seiner Entscheidung umgibt, wird zum Inhalt der Entscheidung selbst. Das System wird in einer Weise kompliziert, daß die Vorteile und Nachteile auf Dauer undurchschaubar bleiben, während die Chance, im Spiel zu bleiben, maximiert wird.

72 S. etwa *Ilmar Tammelo*, Theorie der Gerechtigkeit, 1977, insbes. S. 80 ff.

73 S. Anm. 26.

74 S. vor allem die Zusammenfassung der Gerechtigkeitsgrundsätze a.a.O. (Anm. 26), S. 336 f.

5. Politische Gerechtigkeit

Den Weg zurück zur institutionellen Realität geht *Otfried Höffe* mit seinem Postulat der "politischen Gerechtigkeit".⁷⁵ Er "betrachtet den Staat als eine Wirklichkeitsbedingung der Gerechtigkeit und zeigt, daß ohne gewisse sozialstaatliche Elemente die Grundfreiheiten keine angemessene geschichtliche Realität finden," daß "der Sozialstaat eine Strategie politischer Gerechtigkeit"⁷⁶ ist. Nach der "demokratiefunktionalen Legitimation" des Sozialstaats "trägt das Gemeinwesen eine Mitverantwortung für jene wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und politischen Rahmenbedingungen, ohne die man die Mitwirkungsrechte überhaupt nicht oder nur zum geringen Teil und sehr erschwert realisieren kann. Entsprechend ist eine rechtsstaatsfunktionale Legitimation denkbar, in der gewisse Staatsaufgaben als Rahmenbedingungen für den Rechtsstaat ausgewiesen werden. ... Nicht schon in der konstitutionellen Demokratie, sondern erst im demokratischen und sozialen Verfassungsstaat vollendet sich die Positivierung der Gerechtigkeit."⁷⁷ "Die konkrete Gerechtigkeit bleibt" jedoch "ein Gegenstand politischer Auseinandersetzungen."⁷⁸ Damit münden die Überlegungen zur Gerechtigkeit in dem oft analysierten Zusammenhang zwischen den institutionellen Rahmenbedingungen des Sozialrechts einerseits und seiner Differenziertheit, seiner Widersprüchlichkeit, seiner Undurchschaubarkeit andererseits.⁷⁹ Natürlich ist da ein Übermaß an Differenzierung, an permanenter Veränderung, an Undurchschaubarkeit. Auf der anderen Seite ist offenbar auch ein notwendiges Mindestmaß an Differenzierung von der Sache her angelegt und geboten.

IV. Schlußbemerkungen

So erweist sich ein eigentümlicher Zusammenhang zwischen der Pluralität sozialrechtlicher Systeme und dem, was dem Menschen an Vorstellung von Gerechtigkeit erreichbar ist. Das menschliche Denken und Fühlen über Gerechtigkeit

75 *Otfried Höffe*, *Politische Gerechtigkeit, Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, 1987.

76 A.a.O., S. 469 f.

77 A.a.O., S. 471 f.

78 A.a.O., S. 473.

79 S. *Zacher* a.a.O. (Anm. 20); s. ferner *dens.*, *Der Sozialstaat als Prozeß*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 134 (1978), S. 1 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 73 ff.); *Der Wohlfahrtsstaat auf dem Prüfstand. Was kann Politik noch leisten?* in: *Der Wohlfahrtsstaat auf dem Prüfstand. Ein Cappenberger Gespräch*, 1983, S. 30 ff.; *Sozialstaat und Recht. Grundlagen – Entwicklungen – Krise*, *Vierteljahresschrift für Sozialrecht* Bd. 11 (1983), S. 119 ff.; *Chancen und Grenzen des Sozialstaats. Rolle und Lage des Rechts*, in: *Peter Koslowski, Philipp Kreuzer, Heinrich Loew (Hrsg.), Chancen und Grenzen des Sozialstaats. Staatstheorie – politische Ökonomie – Politik*, S. 66 ff.; *Der gebeutelte Sozialstaat in der wirtschaftlichen Krise, Sozialer Fortschritt*, 33. Jahrgang (1984), S. 1 ff.

“an sich” und der Ungewißheit über das, was Gerechtigkeit ist.⁸⁰ Alle Gerechtigkeitstheorie ist von dieser Spannung gekennzeichnet. Alles positive Recht muß damit leben, daß es die Ungewißheit, wie gerechtes Recht sein könnte, durch die Gewißheit, wie Recht ist, ersetzt – ohne den Zweifel aufheben zu können, ob dieses Recht auch gerecht ist. Je mehr Recht für die soziale Befindlichkeit des Menschen bedeutet, desto schwerer wiegt dieser Zweifel. Sozialrecht bedeutet für die soziale Befindlichkeit des Menschen viel. Deshalb ist es gezwungen, diesem Zweifel entgegenzuwirken. Die Differenzierung der Systeme ist das Mittel, dies zu tun. Dieses Mittel wird seinen Zweck in dem Maße erreichen, in dem es den Gerechtigkeitsvorstellungen, die in der Gesellschaft existieren, entgegenkommt. Mit anderen Worten: Differenzierung ist kein Selbstzweck. Differenzierung muß sinnvoll Gerechtigkeit suchen.

80 S. *Schwinger*, a.a.O. (Anm. 69), S. 109 f.: “Daher besteht Gerechtigkeit letztlich immer nur in den Augen einer Person (...), und eine Übereinstimmung zweier oder mehrerer Personen in der Wahrnehmung von Gerechtigkeit ist eher unwahrscheinlich (...).”

III. Internationales und vergleichendes Sozialrecht

Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung

Vorbemerkung

Sozialrechtsvergleichung wurde bisher zwar schon praktiziert, aber kaum grundlegend, insbesondere methodisch reflektiert. Die folgenden Erwägungen sind ein erster Versuch, die sich stellenden Probleme zu skizzieren. Im Hinblick auf die Aufgabenstellung der Projektgruppe haben sie auf kurze und mittlere Sicht die Bedeutung, die Kooperation der konkreten Arbeiten in der Projektgruppe allgemein-theoretisch zu ergänzen. Sie sollen insbesondere die Durchführung der konkreten Arbeiten erleichtern, verbessern und koordinieren. Zugleich sind sie der Bewährung durch den Erweis der Tauglichkeit im Rahmen der konkreten Arbeiten ausgesetzt. Das kann zu ihrer Entwicklung führen, möglicherweise aber auch ganz oder teilweise zu ihrer Falsifikation. Jedenfalls sollen die konkreten Arbeiten der Projektgruppe von vornherein in Auseinandersetzung mit möglichen Vorstellungen einer allgemeinen Theorie der Sozialrechtsvergleichung erfolgen, so wie die Möglichkeit der Entwicklung einer solchen allgemeinen Theorie in der Auseinandersetzung mit konkreten Aufgabenstellungen erfolgen soll.

Jedoch kann, um Mißverständnisse zu vermeiden, der *hypothetische, provisorische und vor allem auch fragmentarische*, weitgehend nur programmatische Charakter aller dieser Überlegungen nicht genügend betont werden.

A. Allgemeine Ausgangspunkte

I. Zum Rechtsvergleich

1. Allgemeine Zwecke des Rechtsvergleichs

Rechtsvergleich dient dem besseren *Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht*¹. Das Aufsuchen vergleichbarer Probleme und Problemlösungen in verschiedenen Rechtsordnungen läßt im Sinne einer "Differentialdiagnose" sowohl die Eigenart der jeweiligen Lösung als auch insgesamt die Strukturen des Problems und der Regelung schärfer und reicher hervortreten.

1 Siehe auch zu Anm. 28 und 39.

Das ergibt einen größeren Vorrat an vorrechtlichen und rechtlichen Erwägungen zur Zielsetzung, Gestaltung und Bewertung des jeweils *eigenen Rechts*. Der entsprechende Dienst kann im Austausch auch dem *fremden Recht* geleistet werden. In diesem Zusammenhang versteht sich der Rechtsvergleicher oft als "Importeur" oder – seltener – als "Exporteur" der "besseren" Lösung. Jedoch ist die Gefahr, daß dabei das Werturteil "besser" ein Vorurteil sein kann, groß.

Die Hilfe, die Rechtsvergleichung für das bessere Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht leisten kann, kann sich *rechtspolitisch* (gesetzgeberisch), aber auch *rechtsdogmatisch* (insbesondere in Bezug auf die Systembildung) sowie *rechtsanwendend* und *exegetisch* (vor allem weil Konkretisierung von Recht immer auch Rechtspolitik sein kann) auswirken.

Vielleicht ist es nützlich, den hier vertretenen Standpunkt noch in folgender Richtung zu verdeutlichen. In einzelnen Disziplinen der Rechtsvergleichung finden sich der rechtspolitische Zweck der Rechtsvergleichung (die Hilfe für den Gesetzgeber, der auf der Suche nach der besten, adäquatesten oder auch nur politisch "verkäuflichsten" Lösung ist) oder auch der rechtsanwendende Bezug der Rechtsvergleichung (z.B. die Hilfe für den Richter, der seine Entscheidung unter Berücksichtigung ausländischer Erfahrungen und Problemlösungen trifft) mitunter isoliert hervorgehoben. Dazu werden andere Zwecke genannt, wie die Findung und Gestaltung von Völkerrecht oder die internationale Rechtsvereinheitlichung. Diese "Nützlichkeiten" der Rechtsvergleichung sollen hier nicht in Abrede gestellt werden. Jedoch muß klargestellt werden, daß sie den ersten und allgemeinsten Zweck der Rechtsvergleichung, das bessere Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht – oder anders ausgedrückt – das reichere und differenziertere Wissen über Probleme und Lösungen, voraussetzen. Die Frage, ob es die aufgezeigten "Nützlichkeiten" der Rechtsvergleichung sind, welche die Verfolgung jenes ersten und allgemeinen Zwecks der Rechtsvergleichung rechtfertigen, oder ob dieser seine Rechtfertigung unabhängig von jenen finalen "Nützlichkeiten" in sich trägt, mag hier offen bleiben. (Der Verfasser glaubt letzteres.) Wesentlich aber ist, daß die besagten "Nützlichkeiten" der Rechtsvergleichung die in sie gesetzten Erwartungen nicht erfüllen können, wenn sie nicht unter Vermittlung allgemeiner Verbesserung, Anreicherung und Differenzierung, der Problem- und Lösungserfahrung verfolgt werden. Das bessere Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht "an sich" ist der allein verlässliche Rahmen, in dem sich dann der rechtsvergleichende Teilvorgang der Hereinnahme verschiedener nationaler Meinungen und Problemlösungen in generelle oder konkrete nationale oder internationale Rechtsgewinnungsvorgänge vollziehen kann. Wo dieser "Filter" fehlt, wo also nationale Lösungen isoliert wahrgenommen und bewertet werden, droht die Gefahr von Kurzschlüssen. Andererseits freilich sind die praktischen "Nützlichkeiten" der Rechtsvergleichung nicht nur eine Rechtfertigung und Bewährung allgemeiner rechtsvergleichender Arbeit, sondern auch eine Stimulanz für sie und schließlich eine Erfolgskontrolle.

Im übrigen hängt das Verhältnis zwischen dem ersten und allgemeinen Zweck der Rechtsvergleichung – dem besseren Erfassen, Verstehen und Bewerten von

Recht – und der konkreten, “importierendem” Nachfrage nach jeweils anderen nationalen Lösungen auch vom technischen und theoretischen Stand einer Rechtsordnung ab. Eine wenig entwickelte und auch theoretisch wenig kritisch relativierte Rechtsordnung, die sich akuten Regelungsbedürfnissen gegenüber sieht, muß u.U. ihren Innovationsbedarf mit “Rechtsimporten” befriedigen, ohne die Entwicklung allgemeiner, selbstzweckhafter Rechtsvergleichung abwarten zu können. Darin liegt ebenso eine Erklärung für den Wandel in der Rechtfertigung der Rechtsvergleichung, der sich im Lauf der Zeit in den entwickelten Ländern vollzogen hat, wie auch ein Hinweis auf die besondere Bedeutung, die Rechtsvergleichung derzeit für Entwicklungsländer haben kann. Gleichwohl wird damit das, was über das Verhältnis des allgemeinen Zwecks der Rechtsvergleichung zu ihren “Nützlichkeiten” gesagt wurde, nicht falsch. Zielt Rechtsvergleichung auf reichere und differenziertere Problem- und Lösungskennntnis, so ist damit aber auch die *Dialektik zwischen* vorrechtlicher und rechtlicher Problemfindung, -formulierung und -lösung angesprochen². Soziale Probleme (etwa im politischen Feld, in der öffentlichen Meinung usw. artikuliert) tendieren auf rechtliche Lösungen, weil das Recht zu den hervorragenden Instrumenten, soziale Probleme zu lösen, gehört. Desgleichen können aus rechtlichen Regelungen soziale Probleme abgelesen werden. Das Recht konstituiert aber auch dort soziale Probleme, wo sie ohne einschlägige rechtliche Gestaltung nicht oder wesentlich anders bestünden; und es erinnert an Probleme, deren rechtlicher Reflex die soziale Provokation überdauert hat. Daraus ergibt sich, daß Rechtsvergleichung auch einen *Ertrag für die sozialwissenschaftliche Erörterung von Problemen* erbringen kann. Auf die Notwendigkeit vorrechtlicher Problemformulierung durch Sozialwissenschaften (oder quasi-sozialwissenschaftliche Hypothesen) eventuell auch mit Hilfe anderer Sachwissenschaften wird demgegenüber später noch zurückzukommen sein³.

2. Zusätzliche Bezugsebenen: Rechtsbegegnung, internationales und supranationales Recht – horizontaler und vertikaler Rechtsvergleich⁴

a) Rechtsvergleichung leistet einen Beitrag zur Konfliktlösung bei der *Begegnung* (im Konflikt) *nationaler Rechte* (insbesondere im Bereich der *Kollisionsnormen* jeweils nationaler Provenienz wie z.B. der Normen des Internationalen Privatrechts oder “Internationalen” Sozialversicherungsrechts). Anwendung von Kollisionsrecht ist in gewisser Hinsicht immer Rechtsvergleichung. Und Entwicklung und Anwendung von Kollisionsnormen muß mehr oder minder Erträge für die Rechtsvergleichung abwerfen.

Ähnliches gilt für das *Fremdenrecht*. Die Tragweite von – neu zu setzendem oder konkret anzuwendendem – fremden Recht (z.B. Aufenthaltsrecht oder Auslieferungsrecht) kann weitgehend nur durch Rechtsvergleichung ermittelt werden.

2 Siehe auch zu Anm. 14, 15 und 17.

3 Siehe auch zu Anm. 18 und 28.

4 Siehe auch zu Anm. 6, 12, 16, 33, 36, 38.

b) Auch *internationale Standardisierung* von Recht setzt Rechtsvergleichung voraus, andernfalls geht sie das Risiko der Unverträglichkeit mit den betroffenen nationalen Rechten ein. Insbesondere ist die Kontrolle der Einhaltung internationaler Rechtsstandards mit dem Problem verbunden, daß ein gleichartiger Regelungsanschein einer unterschiedlichen Regelungswirklichkeit entspricht, während ein unterschiedlicher Regelungsanschein einer gleichartigen Regelungswirklichkeit entsprechen kann. Dies ist nur ein Beispiel dafür, daß die Anwendung internationaler Rechtsnormen, die sich auf Inhalte nationalen Rechts beziehen (z.B. im Urheberrecht und im gewerblichen Rechtsschutz), Rechtsvergleichung voraussetzt und Erträge für die Rechtsvergleichung abwerfen kann.

c) In besonderer Weise gilt das zu a) und b) Gesagte, wenn *internationale Standardisierung* und *Begegnung nationaler Rechtsordnungen* sich verbinden. Das ist etwa der Fall, wenn kollisions- oder fremdenrechtliche Normen international vereinbart werden. Dabei ist es für die Reichweite der Rechtsvergleichung naturgemäß von Bedeutung, ob es sich um bilaterale oder multilaterale Instrumente handelt.

d) In eng verwandter, gleichwohl aber besonders differenzierter Weise tritt diese Problematik in der *Konkurrenz* und im *Konflikt* von *nationalem* und *supranationalem Recht* zutage. Besonders zu erwähnen ist dabei der Bereich der *supranationalen Harmonisierung*, dessen Ähnlichkeiten zur internationalen Standardisierung nationalen Rechts ebenso groß erscheinen wie die Unterschiede hierzu.

e) Auf sehr vereinfachende (und deshalb gefährliche Weise) kann die zu b), c) und d) skizzierte Problematik so ausgedrückt werden, daß *horizontale Rechtsvergleichung* (zwischen nationalen Rechtsordnungen) und *vertikale Rechtsvergleichung* (zwischen internationalem/supranationalem Recht und nationalem Recht) einander ergänzen.

Für weitere Untersuchungen vorzumerken ist, daß das Gegensatzpaar von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung überlagert wird von einem anderen Gegensatzpaar, das grob hier so umschrieben werden soll: "Regelungsrecht" versus "Programmrecht". Gemeint ist mit "Regelungsrecht" alles Recht, das Lebensverhältnisse unmittelbar regelt, mit "Programmrecht" dagegen Recht, das seinerseits "Regelungsrecht" steuert (anregt, begrenzt). Im nationalen Recht findet sich dieses Spannungsverhältnis häufig zwischen Verfassungsrecht (als "Programmrecht") und einfachem Gesetzesrecht (als "Regelungsrecht"). Im nationalen Recht der Bundesrepublik Deutschland kommt "Programmrecht" vor allem auch im Bundesrahmenrecht vor. Supranationales Recht kennt typisches "Programmrecht" in den Richtlinien und Empfehlungen. Internationale Konventionen – wie etwa die Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarates – sind weitgehend "Programmrecht". "Programmrecht" und "Regelungsrecht" miteinander zu vergleichen, ist etwas anderes als "Regelungsrecht" mit "Regelungsrecht" zu vergleichen. Insofern besteht die Möglichkeit, daß durch dieses Vergleichs- und Gegensatzpaar der Gegensatz zwischen horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung relativiert wird.

Die Eigentümlichkeiten des *supranationalen* Rechts bedürfen im übrigen besonderer Erörterung und Berücksichtigung. Darauf kann hier nur hingewiesen werden.

3. Rechtsvergleich und Auslandsrechtskunde

Schon in diesem Zusammenhang stellt sich vielleicht auch die Frage nach dem Verhältnis zwischen Auslandsrechtskunde und Rechtsvergleich. Auslandsrechtskunde ist janusköpfig. Einerseits ist sie Auslandskunde. Für den Rechtsvergleich andererseits ist sie Voraussetzung oder Ergebnis. Im Regelfall des Rechtsvergleichs, der einzelne Institute, Normen, Regelungskomplexe usw. vergleicht, ist Auslandsrechtskunde eine Hilfe zum Auffinden und Verstehen des zu vergleichenden ausländischen Rechts (Auslandsrechtskunde als Voraussetzung des Rechtsvergleichs). Je weiter Rechtsvergleich zum Gesamtvergleich ausgreift, desto mehr nähern Auslandsrechtskunde und Rechtsvergleich sich einander (Auslandsrechtskunde als Ziel und endliches Ergebnis des Rechtsvergleichs).

Methodisch ist Auslandsrechtskunde vermutlich in einem – mitunter nicht wahrgenommenen oder wahrnehmbaren – Mindestmaß immer auch Rechtsvergleich. Auslandskunde heißt ja, die ausländischen Verhältnisse von einem anderen als dem dem erschlossenen Land eigenen nationalen Standort her faßbar und verständlich werden zu lassen. Auslandsrechtskunde heißt daher auch, Zugänge zum ausländischen Recht so zu erschließen, daß es von außen her erfaßt und verstanden werden kann. In dem Maße, in dem sich Auslandsrechtskunde an Adressaten eines gemeinsamen nationalen Standortes wendet, bedeutet das schließlich, ihnen den Zugang zum ausländischen Recht vom eigenen Recht her zu ermöglichen. Als Beispiel möge dienen, daß eine Vorlesung “Einführung in das französische Recht” für deutsche Studenten zweckgerecht anders gehalten werden müßte, als etwa für sowjetrussische Studenten. Jedenfalls wird hier die Verwandtschaft zum Rechtsvergleich sichtbar, die im Kern aber schon in jedem Versuch liegt, eine Rechtsordnung nicht nur in sich, sondern “nach außen” darzustellen und zu erklären.

Eine besondere Verbindung zwischen Auslandsrechtskunde und Rechtsvergleich bildet der Makrovergleich: Die Grobordnung ausländischer Rechte durch *Zuordnung zu Rechtsfamilien* (nach Geschichte, Stilelementen oder dgl.)⁵. Sie hilft der Auslandsrechtskunde durch Vororientierung (wie etwa der Auslandskunde sonst durch Grobeinteilungen in tropische und subtropische Länder, in industrielle und vorindustrielle Länder oder dgl. geholfen wird). Und sie hilft dem Mikrovergleich durch die Verweisung auf mögliche Sinnzusammenhänge, Analogien mit schon erschlossenen Rechten usw. Somit tritt neben den Austausch “Auslandsrechtskunde – konkreter Rechtsvergleich” der multiple Austausch “Auslandsrechtskunde – Grobordnung von Auslandsrechten – konkreter Rechtsvergleich”.

5 Siehe auch zu Anm. 9, 30 und 31.

Im einzelnen ist hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Auslandsrechtskunde, Rechtsvergleich und Anwendung ausländischen Rechts manches unklar. Verweist z.B. eine Norm des deutschen Internationalen Privatrechts auf britisches Recht, so mag von dem einen oder anderen Verständnis her der Vorgang des Aussuchens und Anwendens britischen Rechts ganz oder teilweise als Auslandsrechtskunde oder Rechtsvergleichung oder als keines von beiden, nämlich schlicht als Anwendung ausländischen Rechts qualifiziert werden. Das kann und braucht hier nicht vertieft zu werden. Der unbestrittene Bereich der Auslandsrechtskunde ist die Information über ausländisches Recht. Darauf beruhen die vorstehenden Überlegungen.

II. Generelle Eigenarten des Sozialrechtsvergleichs

1. Sozialrecht, Gleichheit und Freiheit: internationale und supranationale Angleichung

a) Zu den wichtigsten Impulsen des Sozialrechtsvergleichs (bisher weitgehend in einem vorwissenschaftlichen und sozialpolitischen Sinn) zählt der elementare *Gleichheits- und Gerechtigkeitsbezug* des Sozialrechts. Zielt Sozialrecht darauf, Ungleichheiten abzubauen, so gilt das sowohl als national-interne Tendenz als auch für die internationalen Ungleichheiten. Der Gleichheits- und Gerechtigkeitsbezug des Sozialrechts drängt so etwa dazu, daß "bessere" ausländische Regelungen zu einem sozialrechtspolitischen Argument im Inland werden. Andererseits besteht ein Bedürfnis, die jeweils als "besser" ("fortschrittlicher") geltenden Sozialrechtsordnungen auf die jeweils "schlechteren" Länder auszubreiten. Der Sozialrechtsvergleich ist deshalb auch in besonderer Weise in Versuchung und Verdacht des "Imports" und des "Exports".

Das Sozialrecht ist wegen seiner internationalen Gleichheitstendenz in *besonderem Maße* ein klassisches Feld *multilateraler internationaler Konventionen* (insbesondere die Tradition der ILO; auch die starke soziale Aktivität des Europarates; immer vielfältiger auch die Vereinten Nationen).

Auch im *supranationalen* Rahmen ist ohne ein *Mindestmaß sozialer Gleichheit* nicht auszukommen. Jedoch ist es hier besonders schwierig, zwischen einer Angleichung mit dem unmittelbaren Ziel sozialer Gleichheit, einer Justierung der ökonomischen Bedingungen und einer Standardisierung im Interesse der Freizügigkeit zu unterscheiden.

b) Sozialrecht bestimmt die *Befindlichkeit* des Menschen in *seiner nationalen Rechts- und Sozialgemeinschaft* – häufig mehr als etwa Privatrecht und Strafrecht, zumindest aber ebenbürtig mit diesen. Die Herstellung einheitlicher Lebensräume (Europa, Europäische Gemeinschaften, Bundesstaaten usw.) ist ohne die Angleichung der sozialrechtlichen Bedingungen des Lebens nicht mehr denkbar. Und die Entwicklung des europäischen Wirtschaftsraumes hat gezeigt, daß die Vereinheitlichung von Wirtschaftsräumen die Harmonisierung des Sozialrechts unter "Zugzwang" setzen kann.

Insbesondere *Möglichkeit, Wirkung und Bewertung* des dauernden oder vorübergehenden *Wechsels* der nationalen Lebensgemeinschaft (auch schon i.S. der territorialen Grenzüberschreitung, des Wechsels des Aufenthaltsortes oder des Wohnsitzes usw.) hängen weitgehend davon ab, wie offen die nationalen Sozialrechtsordnungen für den Wechsel sind oder welche Hemmnisse sie diesem Wechsel entgegensetzen. So wird etwa die Realität des Grundrechts der Freizügigkeit von seiner sozialrechtlichen Ambiance wesentlich bestimmt. Und der Abbau sozialrechtlicher Hemmnisse für den Fall der Grenzüberschreitung, der temporären Wanderung oder der dauernden Ein- oder Auswanderung wird zu einem Prüfstein der Integration zwischen- und überstaatlicher Einheiten.

Hierin steckt etwa der Hauptzweck der *harmonisierenden, standardisierenden und sonstwie vereinheitlichenden und angleichenden Aktivitäten* der Europäischen Gemeinschaften auf dem Gebiet des Sozialrechts. Hierin ist auch ein wesentlicher Zweck der sozialrechtlichen Aktivitäten des Europarats – in Richtung auf eine soziale Einheit Europa – zu sehen.

c) Alles in allem sind so auf dem Gebiet des Sozialrechtsvergleichs die *Bezugsebenen des* (bi- und multilateralen) *internationalen und des supranationalen Rechts von besonderer Bedeutung*. Zugleich ist zu sehen, daß das *Nebeneinander* von "horizontalem" und "vertikalem" Rechtsvergleich für den Sozialrechtsvergleich in besonderem Maße typisch ist⁶.

2. Die Relevanz der sozialen Schichtungen

Indem Sozialrecht auf soziale Gleichheit zielt, muß es soziale Ungleichheiten aufgreifen. Um eine praktikable Rechtsordnung zu ergeben, muß es dabei weitgehend typisierend verfahren. Somit hat Sozialrecht sozialen Schichtungen zu entsprechen. Es ist insofern nach dem Grad der Adäquanz von Regelungen und Sozialstruktur zu bewerten. Und es verfestigt, ja konstituiert möglicherweise selbst soziale Schichtungen.

Neben diesen *bewußten und gezielten Zusammenhängen* gibt es auch die *unbewußten und nicht gezielten Zusammenhänge* zwischen sozialrechtlichen Strukturen und Sozialstrukturen. Sie können die Effektivität des Sozialrechts eingrenzen. Das gilt etwa für Zusammenhänge zwischen Sozialrecht und Information, Sozialrecht und Bildung, Sozialrecht und Beschäftigungsverhältnissen. So kann etwa ein auf Arbeitnehmer und Industriegesellschaft zugeschnittenes Sozialrecht Landwirte, oder ein auf die individualistische (maximal in Kleinfamilien gruppierte) Gesellschaft zugeschnittenes Sozialrecht Menschen in Großgemeinschaften (insbesondere Großfamilien) nicht gleichermaßen erreichen.

Erfassen, Verstehen und Bewerten von Sozialrecht hängt deshalb in relativ hohem Maß von den *korrespondierenden und umgebenden Sozialstrukturen* ab. Deshalb ist auch das, was meist zu einfach mit "Entwicklungsunterschieden" bezeichnet

6 Siehe auch zu Anm. 4, 12, 16, 33, 36 und 38.

wird, von besonderer und befruchtender sowie belastender Bedeutung für den Sozialrechtsvergleich.

So zielt etwa die "Sprachenfrage als soziale Frage" dahin, inwieweit Sprachdifferenzen sozialer Berücksichtigung bedürfen, inwieweit das Sozialrecht diesen Notwendigkeiten entspricht, und inwieweit es defizitär ist, indem es Sprachdifferenzen vernachlässigt oder gar ihre negativen Wirkungen vertieft.

3. Die stetige Bewegung des Sozialrechts

Sozialrecht ist in den modernen Staaten – weit über den Prozeßcharakter jeden Rechts hinaus – tendenziell *stets sich änderndes Recht*. Das kommt vom Nachholbedarf der Gleichheit in der (Rechts-)Geschichte. Es kommt von der stetigen Veränderung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse. Es kommt vor allem von der Relativität der Ungleichheit und damit der Unmöglichkeit endgültig befriedigender Gleichheit, die zu immer neuen Korrekturen führt. Es kommt von der potentiellen Unendlichkeit sozialer Forderungen, die immer wieder zu neuen notwendigerweise nur "vorläufigen" Maßnahmen weiterer Erfüllung treibt. Es kommt auch davon, daß in den meisten nationalen Gesellschaften divergierende sozialpolitische Forderungen einander ausschließen, wodurch eine Politik intendiert ist, die Illusion allseitiger Erfüllung durch je partikuläre Entsprechungen aufrecht zu erhalten. Und es kommt von der Idee der Herrschaft in einer Weltgesellschaft, die (verbal oder in der Sache) nur als Herrschaft (durch und/oder) für das Volk gerechtfertigt werden kann. Die Rechtfertigung für das Volk geschieht durch möglichst spürbare, möglichst wahrnehmbare und subjektiv bewertbare (insbesondere gruppenbezogene), wiederum also tendenziell partikuläre sozialpolitische Schritte.

Dieses dynamische Wesen des Sozialrechts schließt nicht aus, daß ihm eine "konservative" Grundströmung entgegenwirkt. Sie hat vor allem zwei Gründe. Der eine ist schlicht die Richtigkeit (Adäquanz) von Lösungen. Gewisse sozialpolitische Lösungen können unter den gegebenen Verhältnissen nicht verändert werden, ohne schlechter zu funktionieren oder sich schlechter auszuwirken. Oder in der Gegenrichtung ausgedrückt: gewisse sozialpolitische Lösungen können entweder schlechthin oder unter den gegebenen Verhältnissen nicht weiter verbessert werden. Der andere Grund der "konservativen" Grundströmung ist das Beharrungsvermögen von Besitzständen. Solche Besitzstände ergeben sich z.B. aus subjektiven Erwartungen (z.B. Rentenanwartschaft), nicht minder hartnäckig, aus dem Bestand von Organisationen und Institutionen (wie typisch in der Organisationsstruktur der deutschen Sozialversicherung). Letztlich determinieren die Kräfte der Beharrung aber nur die möglichen Bereiche und Richtungen von Veränderungen, nicht dagegen hemmen sie die Veränderungen an sich.

Daß diese *permanente Bewegung der nationalen Sozial(rechts)ordnungen Rechtsvergleichung besonders schwierig* werden läßt, ist evident. Darauf wird unten – im Hinblick auf den Gedanken des *Tendenzvergleichs* – zurückzukommen sein⁷.

7 Siehe auch zu Anm. 8, 27, 34, 37.

Diese permanente Bewegung läßt Rechtsvergleich *aber auch besonders notwendig* erscheinen. Je differenzierter Sozialrechtsentwicklungen und -strukturen erkannt werden, desto besser ist das gesamte "Arsenal" möglicher Maßnahmen und Änderungen zu erfassen, desto leichter fällt es schließlich, einzelne Maßnahmen zu relativieren und einzuordnen. Verbesserte Problemerkennntnis aus dem Rechtsvergleich kann so zu einer – oft unentbehrlichen – Hilfe für die nationale (insbesondere für eine systematische) Theoriebildung werden, die durch ein Übermaß an Änderungen im nationalen Raum außerordentlich erschwert ist.

4. Sozialrecht als junges Recht

Das Sozialrecht, wie es heute existiert, hängt eng mit dem Entstehen einer modernen, industriellen, von der Polarität zwischen Individuum und Kleinfamilie einerseits und Masse und Staat andererseits geprägten Gesellschaft zusammen. Weitgehend überschreitet es die jeweiligen nationalen Rechtstraditionen. Andererseits ist Sozialrecht doch in die nationale Rechtsgeschichte eingebunden: z.B. durch den Bestand an Rechtsinstitutionen, auf die bei der Gestaltung des Sozialrechts zurückgegriffen wurde oder die das Sozialrecht umgeben. Wichtig ist nicht zuletzt der Unterschied in der Rechtstradition zwischen Gesetzesrecht und Richterrecht. Das nimmt der allgemeinen Rechtsgeschichte die Kraft unmittelbarer Bildung von *Sozialrechtsfamilien* (wie sie für die Privatrechtsvergleichung weitgehend anerkannt ist), ohne die Vernachlässigung der allgemeinen oder der Sozialrechtsgeschichte zu gestatten.

Der "lange Atem" der allgemeinen Rechtsgeschichte spielt – anders als etwa in der Privatrechtsgeschichte – eine eher mittelbare (deshalb nicht unwesentliche) Rolle. Dagegen ist die jüngere Rechtsgeschichte auf dem Gebiet des Sozialrechts in aller Regel lebhafter als die etwa im Privat- oder Strafrecht. Mitunter erscheint im Sozialrecht die Entwicklungsdimension als solche leichter wahrnehmbar zu sein als die statische, was im Rechtsvergleich sich in der Neigung zum *Entwicklungsvergleich (Tendenzvergleich)* zeigt⁸.

Schließlich aber hat sich gezeigt, daß das *Altern* von Sozialrechtsordnungen in sich eigene Entwicklungsgesetzlichkeiten (z.B. hinsichtlich der von Systemen sozialer Sicherung erfaßten Personenkreise) zur Geltung bringt.

5. Das Theoric-, insbesondere Systemdefizit des Sozialrechts

Das dogmatische Defizit des Sozialrechts ist weit verbreitet. Es hat verschiedene schon genannte Gründe: insbesondere die "Jugend" des Sozialrechts und seine ständige Bewegtheit. Dazu kommt etwa seine starke politische Aktualität (die sich der Rationalisierung zugunsten der situationsbedingten Artikulierung widersetzt). Diese Zusammenhänge äußern sich auch in der *Analogie zwischen dem System-*

8 Siehe auch zu Anm. 7, 27, 34, 37.

defizit der Wissenschaft von der Sozialpolitik, dem Systemdefizit des Sozialrechts sowie in der Parallelität zwischen der Wissenschaftsfeindlichkeit der Sozialpolitik und der Systemschwäche der Wissenschaft von der Sozialpolitik.

Das dogmatische Defizit des Sozialrechts ist in bezug auf den Rechtsvergleich ambivalent. Einerseits *erschwert* es den *Sozialrechtsvergleich*. Andererseits aber *macht es den Zuwachs an Erfahrung* möglicher Problem- und Lösungsstrukturen und Entwicklungen, den Rechtsvergleich einbringen kann, *besonders wichtig*. Diese Ambivalenz gilt für alle drei Zweckelemente des Rechtsvergleichs: Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht.

6. Der Rechtsquellenprung

Die Quellenproblematik beim Rechtsvergleich ist, jedenfalls in dem von deutschen Rechtsvergleichern bisher ausgefüllten Rahmen, weitgehend *bereichsspezifisch*.

Im *Privatrecht* sind die Verhältnisse scheinbar auf die Alternative reduziert: Gesetzesrecht und Richterrecht. Die normative Ausfüllung autonomer Räume (durch Gesellschaftsverträge, Organisationsstatuten, Vertragsmuster usw.) wird dort vielfach als Bereich der "Rechtstatsachen" angesehen, obwohl sich hier zumindest Bewertungsänderungen abzeichnen.

Die *Strafrechtsvergleichung* kann – jedenfalls hinsichtlich der Straftatbestände – vom Primat des Gesetzesrechts ausgehen.

Im *öffentlichen Recht* hat es der Verfassungsvergleich mit "Verfassungen" sehr verschiedener Art zu tun. Im übrigen Vergleich des öffentlichen Rechts, d.h. vor allem im Vergleich des Verwaltungsrechts, stellt sich die Frage, ob dem "materiellen" Vergleich unter Hintanstellung der Natur der Rechtsquellen (Gesetzesrecht, Satzungsrecht, Verordnungsrecht, Verwaltungsvorschriften, Richterrecht und Rechtsgewohnheiten) oder dem "formellen" Vergleich (z.B. nur von Gesetzesrecht) der Vorzug gegeben werden solle. Dem entspricht entfernt etwa die Polarität zwischen maximaler sachlicher Richtigkeit und maximaler formaler Verlässlichkeit.

Die Situation im *Sozialrecht* ist zunächst der verwaltungsrechtlichen verwandt – wobei von vornherein eine besondere Vielfalt an autonomem Recht, an Anstaltsordnungen, von Förderungsrichtlinien, von Regulativen der Mittelvergabe und Bewirtschaftung, von Berufsordnungen, von Ausbildungsrichtlinien und von Instrumenten inneradministrativer Steuerung usw. auffällt. Sie wird aber zusätzlich dadurch kompliziert, daß weitgehend Privatrecht eintritt: Statute von Wohltätigkeitsorganisationen, allgemeine Aufnahme- und Benutzungsbedingungen von Heimen, Krankenhäusern usw., Versicherungsbedingungen, Statute von Gewerkschaften und Berufsverbänden usw. Die Quellensubstanz des Sozialrechts ist also wohl differenzierter und komplexer als in jedem anderen Rechtsgebiet. Und Zäsuren zwischen "Recht" und "Rechtstatsachen" sind sachlich kaum überzeugend. Werden sie dennoch vorgenommen, so kann zudem eine umfassende Ermittlung von Problemlösungen nicht darauf verzichten, "Rechtstatsachen" wie inner-

administrative Vorschriften oder interne Normen sozial aktiver Organisationen einzubeziehen.

Diese Schwierigkeit ist zu trennen von der anderen und noch zu erörternden, sozialrechtliche Probleme vorrechtlich zu formulieren. Jedoch ist nicht zu verkennen, daß – zusätzlich – diese zweimalige unvermeidliche Polarität von “Recht” und “Nicht-Recht” im Sozialrechtsvergleich zu eigentümlichen Schwierigkeiten führen kann.

7. Die Ermittlung von “Rechtsfamilien”⁹

Privatrechtsvergleichung bedient sich – insbesondere im Makrovergleich – des Hilfsmittels der “Familienbildung”. Sie erleichtert einerseits den Rechtsvergleich, insbesondere das Verstehen von Recht, weil Erfahrungen eines Rechts in verwandten Rechten nutzbar gemacht werden können. Zugleich ist die Familienbildung selbst wieder ein Ergebnis des Rechtsvergleichs. Man könnte – wie schon bemerkt – von einem dialektischen Verhältnis zwischen der generellen Gruppenzuordnung von Rechtsordnungen und der konkreteren rechtsvergleichenden Arbeit sprechen.

Im folgenden sei nur von der spezielleren Problematik sozialrechtlicher “Familienbildung” und “Stilmerkmale” gesprochen. Die Frage, in welchem Maße die “Familien- oder Stilmerkmale” einer Gesamtrechtsordnung auf das Sozialrecht durchschlagen, kann dabei nur durch konkrete Beispiele (z.B. Sozialrecht in Common-Law-Ländern) angesprochen werden. Übrigens ist nicht nur denkbar, daß die “Familien- und Stilmerkmale” einer Gesamtrechtsordnung das Sozialrecht prägen. Möglich ist auch, daß gerade die Entwicklung des Sozialrechts Eigenarten einer Gesamtrechtsordnung verändert. Daß Sozialrecht weitgehend nur vom Gesetzgeber durch geschriebenes Recht geregelt werden kann, kann z.B. gerade das Verhältnis von Richterrecht und Gesetzesrecht in einem Land verändern.

Rechtsvergleichende Familienbildung knüpft zumeist an Traditionen oder an “Stilelemente” an. Unter beiden Aspekten ist nun Familienbildung im Sozialrecht besonders erschwert. Was die *Tradition* anlangt, schlägt wieder die “Jugend” des Sozialrechts zu Buche; während andererseits gerade die *Ambiance* der weiteren Rechtsordnung, deren Teil das Sozialrecht ist, durch ihre Tradition das Sozialrecht mitprägt. Immerhin erscheint es nicht ausgeschlossen, gerade innerhalb des modernen Sozialrechts “Familien” von nationalen Sozialrechten zu unterscheiden, die durch *gemeinsame historische Vorbilder* ausgezeichnet sind. So gibt es sicher so etwas wie “Bismarck-Länder” und “Beveridge-Länder”. Doch ist darüber – über Schlagworte oder doch allzu Vereinfachendes hinaus – offenbar nichts Gültiges erforscht.

Über *Stilelemente* der Sozialrechtsordnungen findet sich ebenfalls kein Konsens, nicht einmal eine hinreichend umfassende Diskussionserfahrung. Das ist eine Folge der “Jugend” des Sozialrechtsvergleichs selbst. Es hängt aber auch

⁹ Siehe auch zu Anm. 5, 30 und 31.

wieder mit dem dogmatischen Defizit des Sozialrechts und dem Systemdefizit der Wissenschaft von der Sozialpolitik zusammen.

Als *Hypothesen solcher Stilelemente* seien – höchst vorläufig – hier skizziert:

– der Rahmen der *sozialökonomischen Entwicklung*: z.B. Sozialrecht unter vorindustriellen, industriellen oder postindustriellen Bedingungen; Sozialrecht für eine nicht urbanisierte, urbanisierte oder teilweise urbanisierte Bevölkerung;

– der *sozialpolitische* (vielfacher Differenzierung bedürftige) Rahmen¹⁰: z.B. subsidiäre (primäre) Sozialpolitik (im Sinne von Hilfe gegen Not) und institutionelle (sekundäre) Sozialpolitik (im Sinne von permanenten Vorkehrungen und deren eigengesetzlicher Entwicklung in Richtung auf Egalität, Chancengleichheit, Sicherstellung von sozialen Standards und Sicherstellung der Befriedigung von Bedarfen, Sicherung des Lebensstandards und Wahrung sonstiger Besitzstände versus Bekämpfung von Not oder Herstellung von Gerechtigkeit); einheitliches oder gegliedertes System sozialer Sicherheit; auf Allgemeinheit oder besondere Gruppen zielendes Sozialrecht; Primat der monetären oder der Sach- und Dienstleistungen; Primat der Einkommensleistungen oder der Befriedigung von Sonderbedarfen (medizinische Versorgung, Wohnung, Ausbildung usw.);

– der Rahmen der *Rechtsordnung*¹¹: z.B. Sozialrecht im Gesetzesrecht oder im Richterrecht (common law); Grad der Verrechtlichung der Sozialpolitik durch Vorschriften und/oder gerichtlichen Schutz; subjektive Berechtigung versus “objektive” Ordnung (“objektive” Anordnung und Erbringung von Leistungen);

– der *international- und der supranationalrechtliche Rahmen*¹²: z.B. im Sinne einer Familie der EG-Länder, der Europarats-Länder oder der ILO-Länder;

– der Rahmen der *Rechtswerte*¹¹: Priorität von Individuum und Freiheit oder Priorität von Kollektiv und “Gemeinwesen”; Effektivität (Aktualität, Elastizität, Verfügbarkeit) versus Rechtssicherheit; Anerkennung von Rechtsgütern wie individuelle Autonomie, Privatheit, Familie, Vereinigungsfreiheit, gesellschaftliche soziale Aktivität (kollektive Selbsthilfe, altruistische Fremdhilfe) usw.; Entwicklung spezifischer Sozialrechtsgüter wie individuell erreichter Lebensstandard oder soziale Sicherheit;

– die Aufgabenverteilung zwischen *Staat und Gesellschaft* (“Gesellschaft” weitgehend verstanden i.S. von Organisationen wie Wohltätigkeitsverbänden, Gewerkschaften usw.); z.B. Basissicherung beim Staat, Zusatzsicherung bei der Gesellschaft; Vorsorge und Gesundheitsdienst beim Staat, Sozialarbeit bei der Gesellschaft; Ordnung beim Staat, (Initiative und) Realisierung bei der Gesellschaft;

– die Akzentuierung von *Norm, Leistung und Institution*¹¹: z.B. norm(tatbestands- und rechtsfolge-, insbesondere anspruchs-)orientiertes (und also sowohl einer gesellschaftlichen Nachfrage nach normativer Rechtszusage entsprechendes, aber auch Rechtsgehorsam voraussetzendes oder doch erforderndes) Sozial-

10 Siehe auch zu Anm. 25 und 29.

11 Siehe auch zu Anm. 26 und 32.

12 Siehe auch zu Anm. 4, 6, 16, 33, 36 und 38.

recht versus leistungsorientiertes (Leistungen ermöglichendes, auf Leistungserbringung vertrauendes) oder an leistungserbringenden Institutionen (Organisationen) orientiertes – “aktionistisches” – Sozialrecht.

Ergänzend kommen weitere der unten skizzierten *Zugänge zur Problemformulierung und Verstehens- und Bewertungskategorien* als Stilelemente in Betracht.

Schließlich wird für eine “Familienbildung” auf eine *Kombinatorik verwandter* oder doch *verträglicher Stilelemente* zu achten sein.

Insgesamt wird gerade der Frage nach leistungsfähigen Stilelementen und “Sozialrechtsfamilien” große Bedeutung zukommen.

8. Die nicht-juristische Artikulation der sozialrechtlichen Probleme

Schließlich zählt zu den Besonderheiten des Sozialrechtsvergleichs, daß die Sachprobleme des Sozialrechts mehr als in anderen Rechtsbereichen im nicht-juristischen Schrifttum artikuliert sind.

Sozialrecht ist dank seiner Bedeutung und seiner Bewegtheit mehr als viele andere Rechtsgebiete “politisches” Recht. Bestehendes und künftiges Recht wird in hohem Maße politisch (sozialpolitisch, sozialrechtspolitisch) diskutiert. Die juristischen Implikationen der Probleme und die juristischen Techniken seiner Lösung spielen dabei im einzelnen eine sehr unterschiedliche Rolle – bis zur völligen Vernachlässigung. Das ist ein wesentlicher Unterschied vor allem zum Privatrechtsvergleich, der lange Zeit von politischem, auch rechtspolitischem Denken wenig wußte und auch wenig wissen mußte. Der Strafrechtsvergleich ist zwar gerade in der letzten Zeit verstärkt in eine kriminalpolitische Ambiance geraten. Jedoch ist, soweit die spezifischen Garantien der Legalität und der Rechtssicherheit im Strafrecht Anerkennung dienen, doch die Polarität zwischen Rechtspolitik und positivem Strafrecht konstitutiv für die Probleme geblieben. Selbst im Verfassungsvergleich liegen die Probleme um Nuancen anders als im Sozialrecht. Zwar ist Verfassungsrecht genuin politisches Recht. Aber gerade der Kontrast zwischen normativen Verfassungen und “tatsächlichen” Verfassungen nötigt dazu, Recht und Politik auf eigentümliche Weise zu trennen. Sozialpolitik (Sozialrechtspolitik) sieht sich einer – der Situation im Strafrechtsvergleich oder im Verfassungsvergleich ähnlichen – Polarität von “Recht” und “Politik” nicht ausgesetzt. Die Situation wird nun aber weiter gekennzeichnet dadurch, daß das Sozialrecht selbst systematisch-dogmatisch defizitär ist, so daß sich Auskünfte und Zwecke, Maximen, Wertvorstellungen, aber auch Problemdiagnosen selbst und gerade in bezug auf rechtliche Regelungen häufig im (*wissenschaftlichen und nicht-wissenschaftlichen*) *sozialpolitischen Schrifttum* finden.

Diese Eigenart der Artikulation der Probleme und Prinzipien findet sich dort intensiviert, wo sich Sozialpolitik primär über Leistungen und Institutionen realisiert. Was in einem norm- und anspruchsorientierten Sozialrechtssystem mehr oder minder doch in der sozialrechtlichen Literatur gesucht werden kann, muß in einem leistungs- und institutionsorientierten System primär in der Beschreibung der persönlichen Funktionen (z.B. Sozialarbeiter) oder der Institutionen (z.B.

Gesundheitsdienst, social administration), *die die Leistungen erbringen, oder in Handlungsanweisungen für diese Funktionen und Institutionen* oder auch in Beiträgen zur Bewertung und Reform solcher Funktionen und Institutionen gesucht werden¹³.

B. Die Vergleichsbildung

I. Die Notwendigkeit konkreter Problemformulierung¹⁴

Rechtsvergleiche geschieht gemeinhin unter – ausgewiesener oder nicht ausgewiesener, bewußter oder nicht bewußter – Formulierung eines vom positiven Recht der verglichenen Rechtsordnungen ablösbaren, sachlich begrenzten Problems (formuliert auch als: Ordnungsbedürfnis, Rechtsnachfrage, Funktion, Konflikt usw.).

Daß Rechtsvergleich eines von der nationalen, positiven Rechtsordnung ablösbaren, aber auch aus der jeweiligen Gesamtrechtsordnung als Teil ausscheidbaren Problems als Bezugspunkt bedarf, sei hier als Annahme zugrunde gelegt. Zu ihrer Erläuterung diene zunächst, daß diese Hypothese jedenfalls durch zwei Gegenvorstellungen nicht falsifiziert wird: nämlich durch die Alternative eines Gesamtrechtsvergleichs und durch die Alternative eines nominalistischen Vergleichs. Sodann wird sich diese Annahme durch die Erwägungen zur sozialrechts-spezifischen Verwirklichung des Konzepts zu bewähren haben.

1. Die Alternative des Gesamtrechtsvergleichs

Ein Gesamtrechtsvergleich würde zunächst voraussetzen, daß das Vorverständnis über die Summe dessen, was Recht ist, gleich oder vergleichbar gemacht ist. Aber selbst dann ist noch nicht gewährleistet, daß die Rechtsinhalte miteinander verglichen werden können. Dazu bedarf es gleicher oder den Vergleich ermöglichender Strukturen. Daß die – auch ohne von außen her problematisierende Nachfrage – wahrnehmbaren Rechtsstrukturen solchermaßen gleich sind, daß es einer problemorientierten aufgliedernden Fragestellung an das Recht nicht mehr bedarf, um strukturelle Vergleichselemente zu ermitteln, würde eine Übereinstimmung der verglichenen Rechte voraussetzen, die in der Regel den Rechtsvergleich

13 Zur Terminologie hinsichtlich der verschiedenen in Betracht kommenden sozialen Rollen sei folgendes bemerkt. "Passivrollen" der sozial Bedürftigen und Betreuten und entsprechend Berechtigten wurden als "Positionen" ("Subjektpositionen") bezeichnet (s. zu Anm. 20). "Aktivrollen" z.B. von Sozialarbeitern werden als "Funktionen" bezeichnet (s. zu Anm. 21). Für spezifisch und unmittelbar sozial verpflichtete Private (z.B. Arbeitgeber, Vermieter, Unterhaltsverpflichtete) wurde ein besonderer Begriff nicht eingeführt. Aber für den Bezug von Subjekten zum Sozialrecht insgesamt wurde der Sammelbegriff der (subjektiven) *Betroffenheit* gewählt (s. zu Anm. 22).

14 Siehe auch zu Anm. 2, 15 und 17.

uninteressant, wenn nicht gegenstandslos machen würde. Ein Gesamtrechtsvergleich ist daher in gewissem Sinne immer nur (auch) als eine Summe von Teilrechtsvergleichen denkbar: als eine Annäherung an einen Gesamtrechtsvergleich durch die dialektische Annäherung einer Summe prinzipieller Vergleiche an eine Summe von konkreten Rechtsvergleichen.

Speziell für den Sozialrechtsvergleich ist die Alternative des Gesamtrechtsvergleichs ohnedies unbehelflich. Daß mehrere miteinander verglichene Gesamtrechtsordnungen übereinstimmende Teile als "Sozialrecht" erkennbar und abgrenzbar erscheinen ließen, widerspricht schon jedem Anschein. Bezeichnung und Verständnis von "Sozialrecht" sind extrem problemorientiert und historisch konkret. Der Vollständigkeit halber sei hierzu angemerkt, daß deshalb auch die Idee eines "Gesamt-Sozialrechts"-Vergleichs die konkrete Problemformulierung nicht vermeiden oder ersparen kann, daß sie vielmehr gerade auf die Notwendigkeit der konkreten Problemformulierung des Sozialrechts hinführt.

2. Die nominalistische Alternative

Die nominalistische Alternative des Rechtsvergleichs würde darin bestehen, daß *gleich (gleichartige) benannte Maßnahmen, Regelungen, Rechtsinstitute usw. untereinander verglichen* werden. Dabei kann tatsächliches Geschehen (Ist) oder können Rechtsnormen (Soll) miteinander verglichen werden. Der Vergleich kann sich z.B. bei Leistungen auf die Regelung des Grundes beschränken oder auch die Höhe einbeziehen oder sich gar auf die Höhe beschränken. Bei Einbezug der Höhe kann wieder zwischen einem extremen Nominalismus (in absoluten Beträgen) und relativen Angaben (Währungsrelationen, Bedarfsrelationen, Beitrags-Leistungs-Relationen usw.) unterschieden werden.

Je vordergründiger ein solcher nominalistischer Vergleich ist, desto weniger stellt er *Begriffsprobleme*. Im Extremfall darf er keine Begriffsprobleme stellen, um nicht durch die Sachunterschiede "hinter" gleichem Namen irritiert zu werden. Wo jedoch vom nominalistischen Prinzip abgewichen wird, stellt sich die Begriffsfrage. Die kategoriale Zusammenfassung gleichartiger Phänomene aus Bereichen mit unterschiedlichen Systemen und Begriffen setzt eigenständige Definitionen und letztlich Systembildung voraus.

Schon diese Überlegungen zeigen, daß ein nominalistischer Rechtsvergleich nicht nur keine Gewähr bieten kann, daß sachlich kongruente Regelungen verglichen werden, sondern daß sogar eine *große Wahrscheinlichkeit* besteht, daß *sachlich Inkongruentes* verglichen wird.

Gleichwohl ist es gerade für den Sozialrechtsvergleich notwendig, den nominalistischen Zugang zum Rechtsvergleich sowohl in die Erwägungen als auch in die Praxis einzubeziehen.

– Zunächst einmal ist der nominalistische Rechtsvergleich ein verbreitetes Phänomen des Sozialpolitik- und Sozialrechtsvergleichs (z.B. der Vergleich zwischen Renten in mehreren Ländern, der Vergleich des "Kindergeldes" in mehreren Ländern usw.).

– Angesichts des Anfangsstadiums des Sozialrechtsvergleichs ist der nominalistische Zugang weitgehend aber auch ein wichtiger Schlüssel, um auf vergleichbare Regelungen vergleichbarer Probleme in mehreren Sozialrechtsordnungen zu stoßen. Wichtig ist in diesem Falle nur, den nominalistischen Ansatz von vorneherein für die sachliche Korrektur offen zu halten (z.B. bei der Aufschließung fremden Rechts unter dem Stichwort “Sozialarbeiter” von vorneherein auf die komplementären Berufe, Funktionen und Institutionen zu achten).

– Ausgehend von der Hypothese, daß Begriffe wie “Sozialrecht”, Recht der “sozialen Sicherheit”, “Sozialversicherung”, “Sozialhilfe”, “soziale Entschädigung” usw. Antworten des Rechts auf im 19. oder 20. Jahrhundert erwachsene oder wesentlich neu beantwortete sozialpolitische Herausforderungen benennen, kann der nominalistische Zugang auch Aufschlüsse über Bestand und Struktur des Sozialrechts und über sein Verhältnis zur jeweiligen Gesamtrechtsordnung geben.

II. Sachproblem und rechtliche Regelung¹⁵

1. Allgemein

Die Ablösung eines Regelungsproblems als Bezugspunkt des Rechtsvergleichs von der jeweiligen positiven Rechtsordnung stellt vor vielfältige, schwierige Fragen des Verhältnisses einer vorrechtlichen Problemformulierung zur positiven rechtlichen Regelung.

Damit ein Sozialproblem Bezugspunkt eines Rechtsvergleichs sein kann, ist (1) *zumindest* notwendig, daß es einer *rechtlichen Lösung* zugänglich ist. Die Rechtsorientierung eines Sozialproblems kann (2) *darüber hinaus* in einer gewissen *Ordnungsnachfrage* (einem Ordnungsbedürfnis) bestehen, mit anderen Worten: Das Sozialproblem kann eine Tendenz zur rechtlichen Lösung aufweisen. Ist (3) *eine rechtliche Ordnung* gegeben, so wird die Frage nach der Ordnungsmöglichkeit irrelevant. Für den Rechtsvergleich ist zumindest ein Indiz für eine Ordnungsnachfrage gegeben.

In der Gegenrichtung, nämlich von einer rechtlichen Regelung her gefragt, *indiziert eine rechtliche Regelung* im allgemeinen *eine Ordnungsnachfrage*. *Jedenfalls* kann eine *rechtliche Regelung* – wenn sie nicht obsolet ist – ein *Sozialproblem* (“sozial” hier im weiteren Sinne von “gesellschaftlich”) *konstituieren*. Selbst der Fall, daß ein soziales Problem gar nicht bestünde, wenn es nicht durch eine unnötige, etwa historisch überkommene rechtliche Regelung bedingt wäre, muß in Betracht gezogen werden. Insgesamt läßt sich damit folgende *Skala* denken: Sozialproblem – Sozialproblem mit Rechtsnachfrage – rechtliche Regelung (als Problemlösung und/oder Problemkonstitution). Der Rechtsvergleich beschränkt sich auf die letzten beiden Elemente. Das Sozialproblem für sich kann allenfalls

¹⁵ Siehe auch zu Anm. 2, 14 und 17.

eine mittelbare Hilfsfunktion beim Aufsuchen von Rechtsnachfrage und Rechtsregelung haben.

In diesem Sinne gibt es grundsätzlich folgende gedanklichen und praktischen Zugänge zum Rechtsvergleich:

– Der Weg kann *vom Sozialproblem* über seine Rechtsnachfrage zur rechtlichen Regelung führen. Und er kann *von der rechtlichen Regelung zum Sozialproblem* führen.

– Im Rechtsvergleich kann dabei *von einem "einheitlichen" vorrechtlichen Sozialproblem* mit Regelungsnachfrage her bei den verschiedenen verglichenen Rechten *nach der rechtlichen Lösung* gefragt werden. Es kann aber auch *von der rechtlichen Regelung auf das Sozialproblem geschlossen* und seiner Lösung im anderen Recht (in den anderen verglichenen Rechten) nachgefragt werden. (Dieser Weg ist wohl dann eine Sackgasse, wenn eine rechtliche Regelung durch kein Sozialproblem provoziert ist, sondern wenn nur sie ihrerseits ein Sozialproblem konstituiert).

Jedoch vollzieht sich in der Wirklichkeit dieser Prozeß nicht allein in eine Richtung. Wie mancher andere juristische Denkprozeß auch vollzieht er sich im "Hin- und Herschauen". Das gilt sowohl für die beiden Seiten "Recht" und "Sozialproblem" als auch für die verschiedenen Rechtsordnungen. Ob es sich dabei empfiehlt, einen ersten Schwerpunkt in *einem* nationalen Bereich zu setzen, oder von den gemeinsamen Erfahrungen in *mehreren* nationalen Bereichen heranzugehen, hängt ebenso von Objekt, Subjekt und Situation der Forschungsarbeit ab, wie die Antwort auf die andere Frage, ob ein "erster Einstieg" im positiven Recht oder in den sozialen Problemen gesucht werden soll. Wie immer die Anfänge genommen werden und die Arbeitsschritte eingeteilt werden: Anfängliche Schwerpunkte sind ebenso notwendig wie das allmähliche, die Problemsicht differenzierende und anreichernde Aufsteigen zu einer vorrechtlichen Problemformulierung, von der her die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der nationalen Regelungen und die spezifischen nationalen Aspekte des Sachproblems erfaßt und verstanden und möglicherweise auch bewertet werden können. Dieses Endziel – einer umfassenden, maximal differenzierten Formulierung des Problems und einer daran orientierten vergleichenden und vergleichbaren Darstellung der positiven rechtlichen Lösungen – muß freilich auch jeden engeren rechtlichen oder vorrechtlichen Ansatz von vornherein mit determinieren.

2. Unter Beteiligung höherrangigen Rechts¹⁶

Die Fähigkeit des Rechts, Sozialprobleme zu konstituieren, erhält für den Rechtsvergleich dort eine neue Qualität, wo *übergeordnetes Recht* gemeinsamen *Sachproblemen* für mehrere Rechtsordnungen *gemeinsamen normativen Ausdruck* gibt.

¹⁶ Siehe auch zu Anm. 4, 6, 12, 33, 36 und 38.

Wie schon eben angedeutet, spaltet sich der Denkvorgang dort, wo übergeordnete Rechtsquellen übereinstimmende Problemlösungen in verschiedenen Rechtsordnungen fordern. Einerseits entsteht die Möglichkeit, das nationale Recht an dem internationalen (supranationalen) Recht zu messen (vertikaler Vergleich). Die Parallelität dieses Vorgangs für mehrere zu vergleichende Rechte beinhaltet für sich ein Mindestmaß an Rechtsvergleich auch zwischen ihnen (also an horizontalem Vergleich).

Andererseits besteht nach wie vor die Möglichkeit des Rechtsvergleichs "unmittelbar" zwischen den nationalen Rechten (horizontaler Vergleich). Dann kann jedoch nicht außer Betracht bleiben, daß das gemeinsame Sachproblem vor geprägt ist durch die Regelung des übernationalen Rechts. Daß angesichts der großen Bedeutung übernationalen Rechts im Sozialrecht dies zumindest quantitativ ein spezifisch sozialrechtsvergleichendes Problem ist, wurde schon betont.

III. Zur Findung und Formulierung des vorrechtlichen Problems: das Heraustreten aus dem Juristischen¹⁷

1. Allgemeines zur Aufgabe

Bei aller Bedeutung der rechtlichen Lösung für Bestand und Formulierung eines sozialen Problems darf nicht verkannt werden, daß eine reine "rechtsinterne" Problemkonstellation nicht den Regelfall international vergleichbarer Rechtsprobleme bildet. Das gilt insbesondere für das Sozialrecht als eine Antwort des Rechts auf sozialpolitische Herausforderungen. Somit besteht prinzipiell die Notwendigkeit, die vorrechtliche (wenn auch nicht auf eine rechtliche Lösung zielende) Problematik zu finden und zu formulieren. Das heißt: Es ist zu versuchen, – in einem logisch untechnischen Sinn – den "Schluß" von den rechtlichen Lösungen auf die Sachproblematik zu ziehen oder – je nach den Umständen – auch statt dieses "Schlusses" die Sachproblematik vorrechtlich zu finden und zu formulieren.

Daß dabei "Recht" und "Sache" einander nicht isoliert gegenübergestellt werden können, und daß "Recht" und "Sache" in einem Prozeß des Hin- und Herschauens aufeinander zugeführt werden müssen, wurde schon bemerkt. Jedoch ist es notwendig, noch etwas mehr über die besonderen Probleme zu sagen, die mit diesem – je nach dem Standort – Ausgriff auf die "Sache" oder mit dieser "Hereinnahme" der Sache verbunden sind. Daß dies nicht vollständig geschehen kann, ist offensichtlich.

Eine beträchtliche begriffliche Schwierigkeit besteht schon darin, das, was dabei zu geschehen hat, zu benennen. Mit der soziologischen Manier, "Probleme" in "Konflikte" umzubenennen, ist wenig genützt. In der Sache geht es etwa darum,

- soziale (individualmenschliche und gesellschaftliche) Situationen,
- die Wertungen, die diese Situationen konstituieren,

¹⁷ Siehe auch zu Anm. 2, 14 und 15.

- die Sachgesetzmäßigkeiten, die diesen Situationen vorausliegen, ihnen immanent sind, ihre Entwicklung ebenso determinieren wie ihre Steuerbarkeit,
- die ihnen entsprechenden subjektiven Betroffenheiten und die involvierten und weitgehend auch konstitutiven Interessen aufzunehmen,
- ebenso aber die menschlichen, institutionellen, technischen, ökonomischen Potentiale, Prämissen und Wirkungen der Problemlösungen zu erfassen.

Letztlich ist jedes *Sozialproblem hinsichtlich seiner Verflochtenheit* und seiner *Variabilität unendlich*. Mit anderen Worten: Die *Problemformulierung verlangt* bei aller Gewissenhaftigkeit der Rationalisierung und bei allem Vorbehalt der Offenheit für auch noch wichtiges gewillkürtes – wenn auch bedachtes und legitimiertes – *Außer-Betracht-Lassen*; und sie ist unvermeidlich auch durch unbewußtes Nicht-für-relevant-Halten bestimmt.

2. Eine Alternative: sachstruktureller und politisch-institutioneller Ansatz

Gerade wegen der potentiellen Unendlichkeit der aufzusuchenden und zu formulierenden Sozialprobleme muß darüber nachgedacht werden, ob sich der Zugriff auf die Vielfalt sozialer Gegebenheiten, Wertungen, Maßnahmen usw. *typisieren* läßt. In diesem Sinne seien hier zwei Ansätze zur Diskussion gestellt:

- der sachstrukturelle Ansatz, der aus dem Erfahrungsgut sozialpolitischer Problematik von den sozialen Situationen und Zwecken her fragt, z.B. mit der Frage: Was geschieht für Arbeitnehmer (Personengruppen) im Falle der Krankheit (Risiko), um ihnen die nötige Behandlung (Bedarf + Leistungstyp) zu sichern? Von wem wird was vorgekehrt und geleistet (Organisationsfrage)?

- der positive *Wollen und Werten aufsuchende* (politisch-institutionelle) Ansatz, der primär von Entscheidungen des Gemeinwesens und/oder maßgeblichen oder doch nicht zu übersehenden Meinungen in der Gesellschaft auf Probleme und Lösungsnotwendigkeiten schließt. Dieser Ansatz trägt vor allem der Erkenntnis Rechnung, daß es im Sozialrecht wie anderswo die "Natur der Sache" allein aus der "Sache" und den "Wertungen", die an sie herangetragen werden, gleichermaßen konstituiert wird. Einen ersten Zugang zur Problemformulierung von den "Wertungen" her zu nehmen, erscheint deshalb nicht weniger legitim, als die "Sachstrukturen" aufzusuchen.

Auch hier geht es jedoch wieder nur um den Akzent des Anfangs. Letztlich sind "Sache" und "soziales Bewußtsein" aufeinander zugeordnet. Und die Problemformulierung muß beides aufnehmen.

3. Zur disziplinierten Kompetenz¹⁸

In jedem Falle können *Sozialwissenschaften und andere einschlägige Sachwissenschaften* hilfreich sein, um das vorrechtliche Problem zu formulieren. Letz-

¹⁸ Siehe auch zu Anm. 3 und 28.

teres wird aber eher für den sachstrukturellen Ansatz von Bedeutung sein, als für den bewußtseinsorientierten. Freilich können gerade auch beim bewußtseinsorientierten Ansatz nichtjuristische Wissenschaften eine wertvolle Hilfe sein: einerseits, indem sie das gesellschaftliche Bewußtsein ermitteln (Demoskopie, Ermittlung sozialer Indikatoren); andererseits, indem sie das gesellschaftliche Bewußtsein widerspiegeln (wie das vor allem in der Sozialpolitik, in der Politikwissenschaft usw. der Fall sein kann). Die Heranziehung von Sozial- und anderen Sachwissenschaften (allgemeine Soziologie, spezielle Soziologien, Politikwissenschaft, Finanzwissenschaft, Ökonomie, Medizin, Psychologie usw.), insbesondere die Heranziehung der Wissenschaft von der Sozialpolitik, gehört zu den entscheidenden Fragen des Sozialrechtsvergleichs. Die einschlägigen Sachwissenschaften helfen zunächst, die Probleme zu sehen. Für eine genauere Aufnahme der Sachproblematik (Situationen, Sachgesetzlichkeiten, Techniken und Potentiale der Problemlösung usw.) ist ihre Hilfe unerläßlich.

Jedoch kann eine völlige Rationalisierung der Findung und Formulierung der Sachprobleme auch von den kompetenten Sachwissenschaften nicht erwartet werden. Die wichtigsten Gründe dafür sind folgende:

- Die potentielle Unendlichkeit der Verstrickung und Variabilität sozialer Sachprobleme stellt sich auch für die Sachwissenschaften.

- Grundsätzlich sind für die Aufnahme und Darstellung eines Sozialproblems mehrere Sachwissenschaften notwendig, deren interdisziplinäre Kooperation ihrerseits Rationalitätsverluste bedingen kann. Das gilt auch für die Wissenschaft von der Sozialpolitik, die zwar zur allgemeinsten sozialwissenschaftlichen Formulierung sozialer Probleme berufen ist, die ihrerseits aber zur Problemaufnahme weitgehend auf speziellere Sachwissenschaften angewiesen ist.

- Für den Rechtsvergleich entzieht sich vor allem die Begegnung von Recht und sozialer Problematik (i.S. der Rechtsgerichtetheit – der Ordnungsnachfrage der sozialen Problematik und ihrer Befriedigung –, aber auch im Sinne der Problemkonstitution durch das Recht) der Letztkompetenz nichtjuristischer Sachwissenschaften.

So sieht sich der Rechtsvergleicher letztlich bei aller intensiven Nachfrage nach sachwissenschaftlichen Vorgaben, Hilfen und Anleitungen und bei aller juristisch-methodischer Redlichkeit in der Begegnung von Rechts- und Sachwissenschaft sowie in der Begegnung von rechtlicher und sozialer Problematik auf sein “iudicium” verwiesen.

IV. Einzelne Ansätze

1. Vorbemerkung

Für den Sozialrechtsvergleich wird es vor allem wichtig sein, typische Möglichkeiten solcher Problemformulierung zu ermitteln. Dabei muß von vornherein in Rechnung gestellt werden, daß die Typisierung eine dienende Funktion hat. Sie kann Hilfen geben, um anhand gegebener Erfahrungen die Problemfindung und

-formulierung zu erleichtern. Sie darf jedoch nicht dazu führen, daß die Typen der Problemkonstitution Selbstzweck werden. Vielmehr muß die Typisierung stets offen sein für die Korrektur durch neue, bessere Wahrnehmung der Zusammenhänge und für neue Entwicklungen.

Andererseits kann von der Entwicklung der Typen der sozialrechtlichen Problemkonstitution ein Beitrag zur Entwicklung einer "Allgemeinen Sozialrechtslehre" erwartet werden.

Jedoch ist all das, was hierzu im folgenden gesagt werden kann, *in besonderem Maße vorläufig und hypothetisch*. Weitgehend können nur Denkmöglichkeiten und Arbeitsvorhaben skizziert werden.

Beim gegenwärtigen Stand der Überlegungen könnten die zunächst für möglich gehaltenen und zur Diskussion zu stellenden Ansätze gruppiert werden wie folgt:

– *konkrete* Ansätze (typische soziale Lagen, soziale Institutionen und Funktionen, Gruppen, Maßnahmen und Leistungen) und *generelle* Ansätze (allgemeine Ziele, sozialpolitische und juristische Prinzipien und Wertungen);

– *primäre* Ansätze (typische soziale Lagen, Institutionen und Funktionen, aber auch soziale Ziele und Werte) und *sekundäre* Ansätze (betroffene Gruppen, Maßnahmen und Leistungen). Maßnahmen und Leistungen sind offenkundig sekundär, indem sie entweder eine Reaktion auf eine typische soziale Lage darstellen oder aus dem Auftrag einer Institution hervorgehen. Betroffene Gruppen sind insofern ein sekundärer Ansatz, als sie sozialpolitisch nur relevant sein können, wenn ihnen eine typische soziale Lage gemeinsam ist. Im Regelfall hat die typische soziale Lage allgemeinere Natur, während gruppenspezifische Elemente das "Ob" und "Wie" der sozialpolitischen Reaktion bestimmen.

Im Folgenden wird der Unterscheidung zwischen primären und sekundären Ansätzen – jedenfalls gliederungstechnisch – der Vorrang gegeben.

2. Typische soziale Lagen

a) Die "objektiven" typischen sozialen Lagen

Typische soziale Lagen (z.B. Krankheit, Arbeitslosigkeit) sind vermutlich die leistungsfähigste Kategorie der Problembildung. Das gilt jedenfalls vom deutschen Standort aus wegen der tatbestandlich-normativen Orientierung des deutschen Sozialrechts. Auf lange Sicht wird vermutlich aber diese Kategorie auch den leistungsfähigsten Ansatz für die Gestaltung des Sozialrechts überhaupt, für seine internationale Ordnung und für den Rechtsvergleich darstellen.

aa) Zur Struktur "typischer sozialer Lagen"

Den folgenden Überlegungen ist eine historische Bemerkung vorzuschicken – nicht weil hier einseitig historische Spuren verfolgt werden sollen, sondern weil ein Blick auf die Geschichte möglicherweise das Verständnis der zu entwickelnden Probleme erleichtert. Als in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Sozialversicherung entwickelt wurde, wurde der atypischen Armut, die der öffent-

lichen Fürsorge und der öffentlichen Wohltätigkeit anvertraut blieb, das typisierbare Sozialproblem gegenübergestellt. Der Gedanke kollektiver sozialer Sicherung verwies auf die Techniken des Versicherungsrechts und somit auf die Prämisse des versicherbaren Risikos. Der Einstieg der Politik sozialer Sicherung über die Risiken Krankheit, Arbeitsunfall, Invalidität, Alter und Tod unter Zurücklassung Unterhaltsberechtigter ist bekannt. Später fügte die Sozialpolitik nicht nur neue "Risiken" hinzu, die den klassischen Vorstellungen eines versicherungstechnischen Risikobegriffs nicht mehr entsprachen (Beispiel dafür insbesondere Arbeitslosigkeit und Kinderreichtum). Man überwand auf vielfache Weise das anfängliche Prinzip, nur gegen den Einbruch der sozialen Biographie zu sichern, der vordem Gegenstand kollektiver Vorsorge sein konnte. Man überschritt diese Linie sowohl in Richtung auf den a-priorischen Nachteil (z.B. das angeborene Leiden) als auch in Richtung auf die Unmöglichkeit kollektiver Vorsorge im Stile der Versicherung (z.B. gegen den Kriegsfall). Eine weitere Phase setzte ein, indem man sich über die Abwehr von Not hinaus zunächst der Vorkehrung gegen Not (z.B. Vorsorge gegen Krankheiten) und schließlich der positiven Förderung (der Entfaltungshilfe) zuwandte. Dies sind auch die Entwicklungen, die eine Konvergenz nicht nur der Sozialversicherung mit den sozialen Entschädigungssystemen (vor allem der Kriegsopferversorgung) ermöglichten, sondern auch die typisierende Differenzierung der Ausgleichssysteme (Fürsorge). Weitgehend ist dies auch der Rahmen, in dem sich Sozialversicherung zur sozialen Sicherung weitete. Geblieben ist die tatbestandliche Typisierung als Voraussetzung rechtlicher Absicherung der Maßnahmen sozialen Schutzes und sozialer Förderung.

Das Folgende stellt, soweit zu sehen, einen ersten Versuch dar, den Befund, den diese Entwicklung hervorgebracht hat, zu rubrizieren. Für ihn muß daher in besonderem Maße um Nachsicht gebeten werden.

aaa) Das soziale Risiko

Der Kernbereich typischer sozialer Lagen, die eine rechtliche Regelung gefunden haben oder auf eine solche hin doch gedacht werden können, bilden die "sozialen Risiken". Sie stellen eine institutionelle Bündelung von sozialer Provokation und politisch-rechtlicher Antwort dar. Rechtstechnisch ergeben sie Tatbestände, an die Rechtsfolgen sozialen Charakters geknüpft werden können. Insofern besteht eine Affinität zwischen diesem Ansatz und dem Stilmerkmal der Normintensität (Tatbestands- und Rechtsfolgeintensität) von Sozialrecht.

Dabei ist von folgender Struktur auszugehen. Ein soziales Risiko geht von einer positiven sozialen *Erwartung* (z.B. der Erwerbsfähigkeit) aus, die durch ein *Ereignis* (z.B. Krankheit, Invalidität) *enttäuscht* wird. Die soziale Absicherung eines Risikos bedeutet die Zusage und Verwirklichung der *Kompensation* dieses Nachteils. Bedeutsam ist nun, daß keine Sozialrechtsordnung alle Erwartungen und alle schädlichen Ereignisse in dieser Weise aufgreift und kompensiert. Vielmehr vollzieht sich hier ein kritischer Prozeß der Selektion. Die Wichtigkeit von Erwartungen und die Schädlichkeit von Ereignissen, aber auch deren Versicherbarkeit

(Vorsorgefähigkeit) oder die Gemeinverantwortung für sie (als Legitimation sozialer Entschädigung) bedingt die Kompensation. Die rechtliche Bewertung von Erwartungen und Ereignissen, insbesondere die Zusage der Kompensation, begründet oder intensiviert auch ihrerseits wieder Erwartungen.

Aus dieser selektiven, schließlich konzentrierenden Dialektik von sozialen Erscheinungen, sozialer Anerkennung und Hilfe und rechtlicher Ordnung haben sich z.B. die *klassischen Risiken* der Krankheit, der Mutterschaft, des Unfalls, der Invalidität, des Alters¹⁹, des Todes unter Zurücklassung Unterhaltsberechtigter und der Arbeitslosigkeit herausgebildet. Sie sind keine absolute "Naturnotwendigkeit", und sicher ist das auch nicht ihr Katalog als solcher. Das zeigt sich aus der Aufnahme *neuer Risiken* wie z.B. des Konkursausfalles oder "sekundärer Risiken" wie der Vorsorgefähigkeit Behinderter ("sekundär", weil sie ihren Sinn von der Existenz "primärer" Systeme beziehen). Es zeigt sich auch darin, daß klassische Risiken wieder *wegfallen* oder *neu gruppiert* werden können (z.B. das Aufgehen des Arbeitsunfalls in die soziale Sicherung gegen Krankheit und Invalidität; die geschlossene Regelung des Risikos des Straßenverkehrsunfalls).

bbb) Die typischen sozialen Notlagen

Sind soziale Risiken zunächst Einbrüche in der sozialen Biographie, so drängt gleichheitliche Sozialpolitik danach, die Fälle gleich zu behandeln, die von vornherein unter einer *analogen sozialen Not* leiden. Das einfachste Beispiel ist die Gleichstellung von Geburt an Behinderter mit Behinderten, die durch Unfall, Kriegsereignis oder dergleichen geschädigt wurden. Von dieser Ausweitung an ist zu überlegen, von "*typischen sozialen Notlagen*" zu sprechen. Jedenfalls darf der Begriff "Risiken" von dieser Grenze an nicht mehr ohne weiteres als etwas gebraucht werden, wogegen Vorsorge (im Kern: Versicherung) möglich ist.

ccc) Die Situation sozialer Förderung

Gehen "soziales Risiko" und "typische soziale Notlage" im eben erwähnten Sinn noch davon aus, daß die soziale Lage, der entgegengetreten werden soll, eine Normabweichung "nach unten" entweder im individuellen Leben (intertemporal) oder im sozialen Vergleich (interpersonal) ist, so geht entwickelte Sozialpolitik mehr und mehr dazu über, die Ziele zu steigern. Sozialpolitik wird zur Vermittlung zwischen der gegebenen individuellen oder generellen sozialen Situation und "höheren" Zielen, welche die Gesellschaft oder das Gemeinwesen steckt oder doch akzeptiert. Beispiele dieser Art finden sich vor allem im Bereich der Bildungs-, Ausbildungs- und Berufsförderung. Der soziale Tatbestand besteht darin,

19 Die spezifische Komplikation des "Risikos" des Alters als einer typisierten Invalidität mit der Unsicherheit des Erlebens und der Wahrscheinlichkeit negativer Einkommensentwicklung im Falle des Erlebens, der normativen Gewolltheit der Kompensation von Arbeitseinkommen durch Sozialeinkommen usw. kann hier wie im folgenden nicht genauer analysiert und berücksichtigt werden.

daß das soziale Ziel individuell noch nicht erreicht ist und erreichbar erscheint. Die *Situation* ist *Anlaß* zur Förderung (*Entfaltungshilfe*).

ddd) Zusammenfassung

Somit ist es vielleicht möglich, zwischen folgenden "typischen sozialen Lagen" zu unterscheiden:

- "soziales Risiko im engeren Sinne"
- "soziale Notlage" ("soziales Risiko im weiteren Sinne")
- oder "Situation sozialer Förderung".

Gemeinsam ist allen diesen Stufen typischer sozialer Situationen, daß hier *Lebenstatbestände typisierend selektiert und normiert und mit ebenso typisierten sozial kompensierenden oder fördernden Maßnahmen* (Rechtsfolgen) *verbunden* werden. Durch diesen Verbund von typischem Tatbestand und typischen Maßnahmen wird ebenso sozialen Wertungen, Erwartungen und Verhaltensweisen entsprochen, wie soziale Wertungen, Erwartungen und Verhaltensweisen beeinflusst, gesteuert, möglicherweise konstituiert werden.

bb) Zum Systembezug "typischer sozialer Lagen"

Zwischen diesen Stufen "typischer sozialer Lagen" und der Frage der *Vorsorgefähigkeit* besteht eine gewisse Parallelität. *Vorsorgefähigkeit* ist im Kern *Versicherbarkeit*. Das bedeutet *Zufälligkeit* und *Schätzbarkeit* eines Bedarfes; *Beteiligung* der zu Sichernden an der *Aufbringung* der Mittel zur *Deckung* dieses Bedarfes; *gesonderte Verwaltung* dieser Mittel. Nach deutschem Muster heißt das etwa: *Beiträge* und *Selbstverwaltung* durch *Körperschaften* oder *Anstalten*. Begriff und Sache der "Vorsorge" haben sich in allen diesen Merkmalen als *elastisch* erwiesen: hinsichtlich der *Zufälligkeit*, der *Schätzbarkeit*, des *Beitrages* (der *kollektiven Mittelaufbringung*), der *Vermögenssonderung* (Eintreten des *Staatshaushalts*). Ohne daß hier alle Einzelheiten geklärt und dargestellt werden können, kann "Vorsorge" als ein *Gefüge konzentrischer Kreise* gedacht werden, deren *innerster "Versicherung"* umfaßt, während der *nächstfolgende* das umschließt, was in der *Vorstellungswelt* des deutschen *Sozialrechts* *Sozialversicherung* und *dienstrechtliche Versorgung* der *Beamten*, *Richter* und *Soldaten* heißt, während der *äußere* das umfassen könnte, was zwar "*soziale Sicherheit*" im Sinne der *einschlägigen Konventionen* der *ILO* und des *Europarats* ist, ohne *Versicherung*, *Sozialversicherung* oder *dienstrechtliche Versorgung* zu sein. Als das *wesentliche* der *Vorsorge* erweist sich dabei, daß sie *gegen sozial negative Ereignisse* und deren *Folgen* dergestalt *schützt*, daß die *unsichere Erwartung* des *Ausbleibens* *negativer Entwicklungen* durch die *Erwartung* der *Kompensation* *negativer Entwicklungen* *komplementiert* wird. Und der *äußere Rahmen* ist dort *erreicht*, wo *gegen negative Gegebenheiten* in *gleicher Weise* *vorgekehrt* wird wie *gegen negative Ereignisse* und *Entwicklungen*. In diesem "*weiteren Sinne*" von "*Vorsorge*" sind nicht nur "*soziale Risiken im engeren Sinne*", sondern analog auch "*soziale Notlagen*" "*vorsorgefähig*". Dagegen *scheidet* die *Kategorie* der *Vorsor-*

ge im Bereich der sozialen Förderung (der Entfaltungshilfen) primär aus. Jedoch können – wie etwa bei der Rehabilitation – Entfaltungshilfen wieder zum Zwecke der Kompensation nachteiliger Entwicklungen angeboten werden.

Eine elementare Entsprechung zur Struktur des sozialen Risikos findet sich auch in den kausal definierten Systemen sozialer Sicherung (wie z.B. der Unfallversicherung). Die kausale Zurechnung der Verantwortung für das Ereignis wird zum Gestaltprinzip des Systems. Besonders intensiv ist die Entsprechung in Systemen *sozialer Entschädigung* (wie vor allem der Kriegsopferversorgung). Kausale Zurechnung des Ereignisses und der Kompensationspflicht an das Gemeinwesen konstituieren diese Systeme.

Dagegen wird das Element des “Risikos im engeren Sinne” für Systeme *sozialen Ausgleichs* und *sozialer Förderung* (die sich weder als kollektive Vorsorge, noch als soziale Entschädigung aus Verantwortung des Gemeinwesens für ein schädliches Ereignis darstellen) unwichtig; ja, Ausgleichs- und Förderungssysteme negieren sogar die historische Rückrechnung des sozialen Bedarfes, wie sie die Anknüpfung an das soziale Risiko impliziert. Sie knüpfen an die “soziale Notlage” und an die “Situation sozialer Förderung” an. Systeme sozialen Ausgleichs und sozialer Förderung konkurrieren aber insofern auch mit Systemen sozialer Vorsorge und sozialer Entschädigung. Wenn sie soziale Bedarfe, wie sie in den Denkkategorien des sozialen Risikos aus der durch das schädliche Ereignis enttäuschenden Erwartung erwachsen, unmittelbar und ohne eine solche historische Rückfrage anerkennen und ausgleichen, “überholen” sie final die “kausalen” Systeme sozialer Entschädigung und die “kausal-finalen” Systeme sozialer Vorsorge. Systeme sozialen Ausgleichs und sozialer Förderung gehen dabei aber weitgehend ähnlich typisierend vor wie Systeme der Vorsorge und der sozialen Entschädigung. Sie greifen typische soziale Lagen auf und knüpfen an sie die Rechtsfolge der Befriedigung des entsprechenden sozialen Bedarfes (z.B. Familienleistungen, Wohnungsleistungen, Ausbildungsleistungen usw.). Nicht selten entsprechen dabei die “typischen sozialen Situationen” denen der klassischen sozialen Risiken (so z.B. im Bereich der medizinischen Versorgung, der Altershilfe usw.). Die Frage, wann und inwieweit in solchen Fällen “soziales Risiko” oder “soziale Notlage” den Anknüpfungspunkt geben und eine echte Lösung der sozialen Vorsorge oder des sozialen Ausgleichs gewählt ist, muß hier offen bleiben. Es geht hier nur darum, die Möglichkeiten der Differenzierung des Ansatzes der “typischen sozialen Situation” anzudeuten.

cc) Die Relativität und “Typik” der sozialen Lagen

Mit dem eben Gesagten verbindet sich eine weitere sozialrechtstheoretische Einsicht. Wie alles Recht ist auch das Sozialrecht gezwungen zu *typisieren* und *Komplexe von Tatbeständen und Rechtsfolgen* zu bilden. Die Tendenz hierzu ist besonders stark in tatbestandlich-normativen Sozialrechtssystemen (weil hier nicht untersucht werden kann, ob die generelle Neigung zu tatbestandlich-normativer Orientierung oder die typisierende Sozialrechtsentwicklung primär sein kön-

nen oder sind). Das typisierende Ausprägen von Komplexen von Tatbeständen und Rechtsfolgen entspricht zudem Wesensgesetzen der Sozialpolitik: z.B. daß soziale Maßnahmen und Ordnungen gruppenbezogen spürbar sein sollen. Daraus erwächst aber die Spannung zu dem Meer der atypischen Fälle sozialen Ungnügens und Bedarfes. Das Nebeneinander von primären, aber typisierenden Systemen (Sozialversicherung) und subsidiären Auffangsystemen (Sozialhilfe) oder sozialen Diensten beweist dies ebenso wie die Dialektik zwischen "institutioneller Sozialpolitik" und dem periodisch neu auftretenden Bewußtsein ihres Ungnügens gegenüber der "Armut" schlechthin, die in ihrer Atypik und Amorphität ihrerseits dem Rechtsvergleich vermutlich nicht als soziale Lage zugrunde gelegt werden kann. Von daher werden zunächst zwei Probleme sichtbar:

– Der Ansatz der *typischen sozialen Lagen* kann Sozialrecht *nicht* erschöpfend erschließen. Wegen seiner eigentümlichen Begrenztheit ist es wichtig, daneben den *institutionell-funktionellen* Ansatz und den *prinzipiellen* Ansatz komplementär und korrigierend bereitzuhalten. Wie das Gemeinwesen soziale Not bewältigt, die von den rechtlich ausgeprägten typischen sozialen Lagen nicht erfaßt wird, kann vom institutionell-funktionellen Ansatz her durch die Frage nach dem (fremd- oder selbstbestimmten) Aufgabenkreis sozialer Institutionen und Organisationen oder auch individueller Sozialfunktionen erfahren werden. Vom prinzipiellen Ansatz her wäre das umfassendste Korrektiv die Frage nach der Erfüllung des Sozialauftrags des Rechts (des Sozialstaatsprinzips). Jedoch ist diese Frage ihrerseits zu allgemein und die mögliche Antwort deshalb nicht verläßlich genug. Ist von irgendeinem universalen sozialrechtlichen Standpunkt her also der Ansatz der typischen sozialen Lage immer fragmentarisch, so muß andererseits aber festgehalten werden, daß gerade seine Begrenztheit den Ansatz der *typischen sozialen Lagen für den Rechtsvergleich besonders nützlich* macht.

– Wie sich das Sozialrecht auf die konkurrierenden Ziele adäquater und effektiver Typisierung und umfassender, lückenloser sozialer Wirksamkeit einläßt und einrichtet, kann ein *Stilmerkmal* des Sozialrechts sein. Denkbar ist sowohl die Spannung zwischen typisierenden und komplementär-generalklauselhaften Elementen ein- und derselben normativen Sozialrechtsordnung als auch – und praktisch bedeutsamer – die Spannung zwischen tatbestandlich-normativer Typisierung und aktionistischer institutioneller Ergänzung.

dd) Tatbestände – Folgen – Institutionen und Techniken

Eine weitere Erläuterung ist hinsichtlich des Verhältnisses von Tatbeständen und Folgen sowie der dazwischen vermittelnden "Systeme" geboten. Die wechselseitige *Bedingtheit von Tatbeständen und Folgen ist komplex*. Vermittelt durch die verfolgten Wertungen und Zwecke beeinflussen ebenso die Tatbestände die Folgen wie die Folgen die Tatbestände. Soziale Lagen führen zur Frage nach der gebotenen und möglichen Hilfe und soziale Hilfen führen zur Verbindung von sozialen Lagen, denen sie gemäß sind. Eigenart und Entwicklung der Sozialpolitik führen nun aber dazu, daß Notlagen und Maßnahmen einander nicht rein "normativ" entsprechen, d.h. nicht so, als ob die Norm an den Tatbestand der sozialen

Lage unvermittelt die gewünschte Maßnahme knüpfen könnte. Vielmehr ist die *Technik der Realisation* der Rechtsfolgen *sowohl sachlich als auch historisch von großer Bedeutung*: z.B. ob man gegen Krankheit mittels eines beitragsgespeisten, finanziell verselbständigten Systems kollektiver Vorsorge vorgeht, welches die Behandlungs- und Pflegekostenlast (durch unmittelbare Sach- und Dienstleistung oder durch Geldleistung) ebenso abdeckt wie das Risiko des (kurz- und mittelfristigen) Einkommensverlustes; oder ob man das Behandlungs- und Pflegekostenrisiko Gesundheitsdienst und Krankenhauswesen überträgt und gegen das Risiko des (kurz- und mittelfristigen) Einkommensverlustes die allgemeinen Vorsorgeeinrichtungen gegen die (langfristige) Invalidität mit sorgen läßt, es dem Arbeitgeber auflädt oder es ungesichert läßt. Solche Entscheidungen beeinflussen die Definition der Personenkreise, die sachliche Fassung der Tatbestände, die Finanzierung, die Art, die Höhe und die Kombinatorik der Leistungen sowie institutionelle und verfahrenstechnische Gestaltungen. Dabei spricht die Erfahrung dafür, daß gleichartige Notlagen und gleichartige Leistungen in ein- und demselben nationalen System mehr oder weniger zahlreichen und erklärlichen Subsystemen der Realisation anvertraut sind.

Speziell von dem Anliegen des Sozialrechts und des Sozialrechtsvergleichs her kommt diesen Institutionen und Techniken der Realisation sogar gesteigerte Bedeutung zu, weil sie die rechtlichen Zusammenhänge bedingen oder doch mitbedingen. Somit ist von folgenden *Arbeitsregeln* auszugehen:

– Die *typischen sozialen Lagen* sind in ihrem *Wechselbezug zu den Maßnahmen zu ihrer Bewältigung* zu sehen. Diese können zunächst als Indikatoren für typische soziale Lagen dienen; aber sie können auch die positive Definition der sozialen Lage mitbedingen und so zu ihrer Erklärung beitragen. Vor allem aber sind sie das elementare Gegenstück zur sozialen Lage: soziale Lage – Abhilfe – relatives soziales Optimum. Wegen dieses Verhältnisses kann es komplementär und korrigierend notwendig sein, den *Problemansatz der Maßnahme oder der Leistung* zu wählen.

– *Soziale Notlage und soziale Hilfe* sind interdependent *von den Institutionen und Techniken der Realisation* der Hilfen *geprägt*. Damit ergibt sich ein Problem der austauschbaren Priorität: wird der Gesamtzusammenhang von Tatbestand, von der Folge oder von der Realisation determiniert? Die Frage kann in einem historisch-politischen Sinn unaufklärbar sein. Sie kann in einem forschungspraktischen Sinn für jeden der drei Zugänge zu entscheiden sein. Und darum ist es auch notwendig, neben der Frage nach der sozialen Situation auch die Frage nach den *Leistungen* und den *Institutionen und Funktionen als Ansatz der Problemformulierung* verfügbar zu haben. Aber im Sinne sachlogischer Abfolge wird doch das Hintereinander von Tatbestand, Folge und Realisation primär.

Im Sinne des Vorstehenden wäre aber auch noch genauer zu prüfen, inwieweit von den Folgen, sowie von den Institutionen und Techniken der Realisation her schon Unterscheidungen auch der typischen sozialen Situation möglich sind.

– Ohnedies ist von der sozialen Situation her zu fragen, welche Möglichkeiten der sozialen Besserung bestehen. Diese Frage von der Situation her und die Frage

nach den (sozialrechtlich) vorgesehenen und also die Situation prägenden Maßnahmen sind zwei Seiten ein- und derselben Medaille. In diesem Sinn kann z.B. von einkommensbezogenen, spezifisch bedarfsbezogenen und (Einkommensausfall und Spezialbedarfe umfassenden) komplexen sozialen Lagen gesprochen werden.

– Andere Differenzierungen können von den Teilsystemen ausgehen, nach denen Maßnahmen bemessen und bewirkt werden. Solchen Differenzierungen muß die Wesensbestimmung der Teilsysteme vorausgehen. Ausgehend von der Dreiteilung in Vorsorge-, Entschädigungs- und Ausgleichssysteme kann davon ausgegangen werden, daß allgemeine Ausgleichs- und Förderungssysteme prinzipiell alle sozialen Lagen aufgreifen können. Kausal definierte Systeme (Kriegsopferversorgung, Regimefolgensysteme, Unfallsicherung usw.) selektieren auch die soziale Situation primär nicht nach ihrem "Inhalt" und nicht nach den möglichen Konsequenzen der Abhilfe, sondern eben nach kausalen Aspekten. Am engsten sind die Grenzen "vorsorgefähiger" sozialer Lagen. Sie werden um so enger, je strenger die Begriffsdefinition der "Vorsorge" die Garantie der Kompensation negativer Entwicklungen an die "Versicherbarkeit" (typischer, zufälliger und schätzbarer Bedarf, kollektives Aufkommen durch die Bedrohten, Sonderung des Fonds) des Risikos knüpft.

ee) Die komplex-institutionelle Eigenart typischer sozialer Lagen, insbesondere "klassischer" sozialer Risiken

Typisierung und institutionelle Bündelung von Tatbeständen und Rechtsfolgen sowie von Institutionen und Techniken der Realisation führen zu einer sowohl sozialpolitisch und -psychisch als auch rechtspolitisch und -dogmatisch wirkenden Konzentration. Man kann – wie schon angedeutet – von einem noch näher zu untersuchenden dialektischen Prozeß von sozialer und rechtlicher Bewertung, Erwartung und Gewährleistung ausgehen. Diese Konzentration tritt etwa hervor in den "klassischen" Risiken der Krankheit, der Mutterschaft, des Arbeitsunfalles, der Invalidität, des Alters, des Todes unter Hinterlassung Unterhaltsberechtigter, und der Arbeitslosigkeit.

Der hohe Grad an Positivität und damit auch an nationaler Individualität – konstituiert durch rechtsnormative Typisierung, Formulierung der Tatbestände, Anordnung der Folgen und Gestaltung und Verwirklichung der Institutionen und Techniken in ihrer letztlich nicht auslotbaren wechselseitigen Bedingtheit – zwingt aber gerade hierbei zu besonderer Sorgfalt bei der Formulierung des vorrechtlichen Problems als eines Bezugsobjekts für den Vergleich verschiedener Rechtsordnungen. Die Schwierigkeit, das Wesentliche, Verallgemeinerbare bei der "Reduktion" der Phänomene auf das vorrechtliche Sachproblem vom Unwesentlichen, Individuellen (nicht Wiederholbaren) zu trennen, ist ebenso groß wie die Gefahr, bei der Anfrage an das je andere Sozialrecht, das dort Unwesentliche, Individuelle (nicht Wiederholbare) zu verkennen. Um auf schon oben Gesagtes zurückzukommen: es besteht die Gefahr, einen nominalistischen Ansatz für einen sachproblematischen zu halten.

Darum kann es auch zweckmäßig sein, eine soziale Lage zum Ausgangspunkt zu machen die zwar der Wert- und Ordnungswelt der Sozialrechtsordnungen nicht fremd ist, die gleichwohl aber nicht durch jenen sozialrechtlichen Konzentrations- und Institutionalierungsprozeß absorbiert sind, dem die "klassischen" Risiken unterliegen. In diesem Sinne verläuft etwa das Thema der "langfristigen Gebrechlichkeit" vor und zwischen den "klassischen" Risiken. Und mehr noch ist das Thema der "Sprachenfrage als soziale Frage" den bisher ausgemünzten Soziallagen vorgelagert.

b) Die Subjektivierung typischer sozialer Lagen – soziale Gruppen als Ansatz

Im Einzelfall kann dem objektiv-tatbestandlichen Ansatz (Krankheit, Arbeitslosigkeit usw.) ein subjektiv-personaler Ansatz (Behinderter, Kriegsoffer, Mutter usw.) vorzuziehen sein. Vor allem im Hinblick auf die vorrechtliche Problemformulierung kann die Alternative zwischen der Artikulation von Situationen und der Artikulation von subjekttypischen Positionen zu erwägen sein²⁰. In der sozialpolitischen (sozialrechtlichen) Entwicklung haben Regelungen aber vielfach nicht an die soziale Situation und unmittelbar an die situationsbestimmte Rolle angeknüpft. Vielmehr haben gewisse *Gruppen* als solche sozialpolitische (sozialrechtliche) Berücksichtigung gefunden. Der "Arbeitnehmer" wurde sogar zu der Leitlinie der Entwicklung sozialer Sicherung. Umgekehrt erweisen sich mitunter bestimmte Gruppen als solche als sozial vernachlässigt und also – zumindest objektiv – als Nachfrager nach Sozialpolitik und Sozialrecht. In diesen Fällen muß auch der Rechtsvergleich diese Gruppen als solche in Betracht ziehen.

Dabei wird sich in der Regel erweisen, daß sich die Gruppe in einer besonderen sozialen Situation befindet. So sind eben die Probleme der sozialen Sicherung von Landwirten, Selbständigen, Künstlern und Autoren und dgl. nicht identisch mit den Problemen der sozialen Sicherung von Arbeitnehmern. Im äußersten Fall kann eine spezifische soziale Situation einer Gruppe auch durch ihre historisch-politisch bedingte Privilegierung oder Vernachlässigung entstanden sein.

Im Regelfall wird deshalb sowohl bei Rollen als auch bei Gruppen der subjektive Zugang eine Art technischer Erleichterung darstellen. Letztlich wird aber fast immer eine rollen- oder gruppenspezifische soziale Situation ermittelt werden können oder müssen. Genauer: es werden in der Regel analog zu den sonst bekannten "typischen sozialen Lagen" entsprechende soziale Situationen zu ermitteln sein.

c) Maßnahmen, insbesondere Leistungen

Soziale Maßnahmen, insbesondere soziale Leistungen, stellen – sozialpolitisch betrachtet – Antworten auf soziale Herausforderungen (soziale Situationen) dar

²⁰ Siehe Anm. 13.

und ebenso – sozialrechtlich betrachtet – Rechtsfolgen in Anknüpfung an sozialrechtliche Tatbestände. Jedoch kann es ausnahmsweise notwendig sein, den Vergleich zunächst bei den Leistungen anzusetzen. Das ist etwa dann der Fall, wenn die sozialen Situationen, auf welche mit den Leistungen reagiert wird, im besonderen Maße diffus sind, während die Leistungen (sozialpolitisch und/oder sozialrechtlich) eine eher geschlossene Ausprägung gefunden haben. In Frage kommt auch, daß die Normierung der sozialen Situation in besonderer Weise von der entsprechenden Leistung determiniert ist. Letztlich kann der Ansatz von den Leistungen her auch eine Korrektur der Blickverengung bewirken, die mit der Typik sozialer Situationen verbunden ist.

Sowohl in dem einen wie in dem anderen Zusammenhang kann etwa unterschieden werden zwischen:

- Geldleistungen, Sachleistungen, Dienstleistungen (auch evtl. Geldleistungen, die in Richtung auf Sach- und Dienstleistungen zweckgebunden sind)
- Einzelleistungen und entsprechende Fortsetzungsleistungen (z.B. Renten)
- spezielle Leistungen (z.B. Wohngeld) und komplexe Leistungen (z.B. gegen Sprach- oder Bildungsnachteile, gegen soziale Eingliederungshemmungen, Rehabilitation)
- unmittelbare Leistungen und institutionelle Leistungen (durch Bereitstellung von Krankenhäusern, Pflegestätten, Ausbildungsstätten)
- öffentliche Leistungen und Leistungen Privater (Arbeitgeber, Familie usw.)
- wohl besonders bedeutsam nach Zweck- und Sachzusammenhängen (zwischen medizinischen, pflegerischen, pädagogischen, ausbildenden, betreuenden usw. Leistungen).

3. Institutionen und Funktionen²¹

Das elementare Gegenstück zu den sozialen Situationen – als primärer Kategorie der Problemformulierung – sind die aktiven sozialen Institutionen und Funktionen. Dieser Ansatz ist freilich in besonderem Maße vielfältig und wenig vorgebildet.

a) Zum Gegenstand des Ansatzes

Die Erscheinungen, die für diesen Ansatz in Betracht kommen können, können hier zunächst nur durch einige Unterscheidungen angedeutet werden:

- *Organisationen* (z.B. Gesundheitsdienste) und individuelle *Funktionen* (z.B. Sozialarbeiter);
- *staatliche* und quasi-staatliche (kommunale usw.) und *gesellschaftliche* Organisationen und Funktionäre; u.U. auch öffentliche und private Funktionen und Träger;

²¹ Siehe Anm. 13.

– allgemeinzuständige Organisationen (Kommunen), mehrfachzuständige Organisationen (z.B. Gewerkschaften), spezielle Organisationen (z.B. Sozialversicherungsträger, Wohltätigkeitsverbände); systemtypische Organisationen (z.B. Sozialversicherungsträger), systemunspezifische, aber notwendige Träger (z.B. Kommunen) und ergänzende Organisationen (z.B. freie Wohlfahrtsverbände neben einem umfassenden öffentlichen Apparat) usw.

Dazu kommt das Problem sonstiger Betroffenheiten²² im Zusammenhang mit Schutz-, Ausgleichs- und Verantwortlichkeitsregelungen, die durch *Inpflichtnahme gesellschaftlicher (privater) Elemente* entstehen: z.B. im Familienrecht, im Arbeitsrecht (zu Lasten des Unternehmens, des Betriebs usw.), im Verbraucherschutzrecht, im Mietrecht. Dabei entstehen vielfach *Übergangerscheinungen* zu den vorher skizzierten Phänomenen, so wenn der Betrieb (das Unternehmen) Träger von sozialen Sicherungsfunktionen ist, oder wenn Private sich in sozialen Funktionen (Nachbarschaftshilfe, Genossenschaften) begegnen.

b) Zur Bedeutung des Ansatzes

Der Ansatz der Institutionen und aktiven Rollen kann alternativ oder kumulativ (komplementär) zu dem Ansatz der typischen sozialen Situationen gewählt werden.

Der alternative Ansatz kann seinen Grund in positiven Gegebenheiten haben. Wie schon vermerkt, besteht ein elementarer *Situationsunterschied* zwischen einer Sozialpolitik und einem Sozialrecht, die das primäre Anliegen der Positivierung und Regulierung sozialer Situationen sehen, und einer Sozialpolitik und einem Sozialrecht, die das primäre Anliegen in der Existenz und Wirksamkeit (Schaffung, Freisetzung, Disziplinierung, Förderung usw.) sozialer Agenturen sehen. In diesem Fall muß erprobt werden, ob es eher möglich ist, einen gemeinsamen Nenner von dem Vergleich dieser Agenturen, ihrer Aufgaben und Wirkungsweisen her zu finden, um von da her zu den bewältigten sozialen Situationen voranzuschreiten, oder ob es besser ist, gleichwohl auch "hinter" diesen Agenturen nach deren Aufgaben und damit nach den von ihnen getroffenen sozialen Situationen zu fragen.

Der Ansatz der Institutionen und Funktionen kann aber auch auf folgende Weise komplementär zum Ansatz der typischen sozialen Situationen gesehen werden. Soziale Institutionen können imstande sein, *nicht normierten, nicht "anerkannten"* und also typisierten sozialen *Situationen nachzugehen* und abzuhelpen. Ein ausschließlich oder doch primär tatbestandlich-normativ orientiertes System stellt mehr oder minder die normative typisierende "Anerkennung" einer sozialen Situation vor deren Bewältigung. In entwickelten sozialrechtlichen Systemen kommt *sozialen Agenturen* (wie z.B. Wohltätigkeitsverbänden) insofern zumindest eine *Komplementär- und Innovationsfunktion* zu. Ihr nachzugehen kann selbst bei prin-

²² Siehe Anm. 13.

zipiell tatbestandlich-normativem Ansatz in typischen sozialen Situationen einen "Mehrwert" an Erkenntnis erbringen. Die Probleme und Konflikte, die spezifisch von den Institutionen und Funktionen her sichtbar werden, können möglicherweise vom Ansatz der sozialen Situation allein her nicht voll gesehen werden.

c) Exkurs: System-Ansatz²³?

Schon im Zusammenhang mit dem Ansatz der sozialen Situation und mit seiner sekundären Ausprägung, dem Ansatz der sozialen Leistung und Maßnahme, lag immer wieder die Frage nahe, inwieweit komplexe sozialrechtliche Systeme als solche – wie z.B. die Sozialversicherung – zum Ansatz vorrechtlicher Problemformulierungen gemacht werden können. Vor allem die nicht zu übersehende Bedeutung, die den Techniken und Institutionen der realisierenden Verbindung von typischer sozialer Situation und abhelfender sozialer Leistung zukommt, drängt dazu, die komplexe Verbindung von Techniken, Institutionen und Potentialen als Zugang zu wählen, von dem her aus die abgedeckten sozialen Situationen und die erbrachten sozialen Leistungen erschlossen und einbezogen werden können. Hier, wo die Institutionen und Funktionen zum primären Ansatzpunkt gemacht werden, fragt sich erneut, inwieweit nicht funktionale Systeme als solche zum Gegenstand des Rechtsvergleichs gemacht werden können.

Wenn diese Frage gestellt wird, so setzt sie nicht voraus, daß eine klare Scheidung zwischen diesem Systemansatz und dem "institutionellen und funktionellen Ansatz" überhaupt möglich ist. Ebenso wenig setzt sie voraus, daß eine klare Trennung zwischen dem "Systemansatz" und dem "Ansatz der typischen sozialen Situation" (der ja die Maßnahmen und Leistungen der Abhilfe einschließt), durchführbar ist. Vielmehr geht es um den Akzent. Während sowohl der Ansatz der "typischen sozialen Situation" als auch der Ansatz der "sozialen Institution und Funktion" versuchen, den Zugang zur Problemformulierung über ein relativ einfaches, in sich geschlossenes Objekt zu nehmen und dafür den Preis einer gewissen (anfänglichen) Einseitigkeit zahlen, zielt der Systemansatz auf einen von vornherein hochgradig komplexen Gegenstand. Der Systemansatz muß – geht man einmal von den bisher zugrunde gelegten "Versatzstücken" aus – soziale Situation, Maßnahme und Leistung der Abhilfe, Institutionen und Funktionen sowie Techniken und Potentiale von vornherein gleichermaßen einbeziehen, gleichermaßen ernstnehmen und gleichermaßen für bestimmend halten. Damit wird der Gegenstand der Erörterung von vornherein in hohem Maße individualisiert. Ein auf dieser Grundlage versuchter Vergleich setzt ein hohes Maß an Ähnlichkeit der zu vergleichenden Erscheinungen im jeweils anderen Recht voraus. Um schließlich Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausarbeiten zu können, wird es sekundär dann doch notwendig sein, die "Versatzstücke" zu isolieren.

23 Siehe Anm. 35.

Damit kann hier kein endgültiges Wort über die Tauglichkeit eines “Systemansatzes” gesprochen werden. Er muß hier als Problem genannt aber auch offen gelassen werden²⁴.

4. Prinzipien und Werte

a) Beispiele

Ein wesentlich anderer Zugang zur Problemfindung und -formulierung ist von Prinzipien und Werten her denkbar. Dabei kann es sich handeln um:

– *primär sozialpolitische Grundsätze*²⁵: Existenzminimum, Abwesenheit von Not, Gleichheit, Sicherheit, Emanzipation, Selbstverwirklichung, Entfaltung, Erwerbschance, Leistungspflicht und Leistungschance, Chance sich etwas zu “erwerben”, individuelle und kollektive Vorsorge, Versicherungsprinzip, Subsidiarität, Solidarität, soziale Planung usw.

– *primär rechtliche Werte und Prinzipien*²⁶: subjektive Berechtigung, individuelle Autonomie (Freiheit), körperliche Integrität, Privatheit, Eigentum und Recht auf Anteile am Allgemeinen, Selbst- und Fremdverantwortung (negativ: Verschulden), Verursachung als Kriterium der Zurechnung von Risiken, Rechtssicherheit, Vertrauensschutz, gerichtlicher Rechtsschutz, Selbstverwaltung usw.

b) Möglichkeiten der Durchführung

Der Grad, in dem dieser Ansatz zu einen *sachhaltigen* Rechtsvergleich führen kann, ist offenbar unterschiedlich. Zunächst ist offensichtlich, daß sich die Alternative “Nominalismus” oder “materieller Zugang” gerade auch hier stellt. Indem solche Prinzipien definiert werden müssen, schließen sie also mit einer gewissen Notwendigkeit Sachprobleme in die Erörterung ein. Indem schließlich solche Prinzipien in ihrer Wirksamkeit untersucht werden, wird der Zusammenhang zwischen “Prinzip und Wirklichkeit” noch deutlicher. Schließlich kann vom Prinzip her direkt nach der Verwirklichung gefragt werden und das Prinzip als eine Leitlinie angenommen werden, um die konkreten Sozialrechtssysteme zu durchleuchten.

Allerdings wird spätestens hier die Notwendigkeit entstehen, ein Mindestmaß an Problemaufnahme von der Bewältigung der sozialen Situationen und/oder von den Institutionen und Funktionen vorausgehen zu lassen. Hier liegt der Übergang zur *sekundär, ergänzenden Verwendung* dieses Ansatzes. Ausgehend von grundsätzlichen Einsichten in die verglichenen Sozialrechtsordnungen kann die Verfol-

24 Nur angemerkt werden kann hier die Alternative zwischen dem Vergleich von *Makrosystemen* und *Mikrosystemen*. Der Text zielt im wesentlichen auf den Vergleich von Makrosystemen. Mikrosysteme (z.B. das Sozialversicherungsverhältnis) erscheinen eher anderen Ansätzen zuordbar.

25 Siehe auch Anm. 10 und 29.

26 Siehe auch zu Anm. 11 und 32.

gung eines Prinzips (wie z.B. das der Verursachung oder des Verschuldens) hinsichtlich seiner Ausgestaltung und seiner Relevanz zu einem vertieften Verständnis der Systemzusammenhänge und der involvierten Werte führen.

Im einzelnen ist eine generelle Antwort für die Möglichkeiten des prinzipiellen Ansatzes kaum möglich. Es gibt *primäre* Prinzipien (z.B. das des Zieles des Existenzminimums, der Abwesenheit von Not, der Gleichheit usw.) und *sekundäre* eher "technische" Prinzipien (z.B. Vertrauensschutz, gerichtlicher Rechtsschutz, Selbstverwaltung). *Primäre* Prinzipien können Maßstäbe abgeben, um die generellen Ziele einer Sozialpolitik und eines Sozialrechts damit zu vergleichen, in welcher Weise typische soziale Lagen normiert und reguliert sind und/oder in welcher Weise soziale Institutionen die sozialen Probleme angehen und meistern. Sie geben gewissermaßen die Möglichkeit des Verstehens und der Bewertung des Besonderen vom Allgemeinen her – man könnte auch sagen: einer Betrachtung der positiven Gegebenheiten von einem außerhalb liegenden Standort aus. *Primäre* Prinzipien haben zugleich aber den Nachteil zu großer Allgemeinheit und Abstraktion. Ihre Interpretation führt deshalb schließlich doch wieder an die positiven Gegebenheiten heran, oder sie impliziert Alternativen zu diesen Gegebenheiten (die möglicherweise subjektiv vom Interpreten gewillkürt sind). *Sekundäre* Prinzipien dagegen setzen Gestaltelemente voraus (z.B. ein gegliedertes System sozialer Sicherung: etwa kausal-final, kausal und final definierte Systeme, oder kollektive Vorsorgesysteme versus staatliche Ausgleichs- und Förderungssysteme usw.). Sie sind von diesen Vorgaben abhängig. Sie sind aber von vornherein präziser. Und sie erlauben ein besseres Verstehen und Bewerten der größeren Systemzusammenhänge und der Regelungen, die ihnen vorgegeben und denen sie immanent sind.

c) Der Tendenzvergleich²⁷

Eine besonders schwierige Frage, die hier zunächst offen bleiben muß, ist die nach dem Wesen und Möglichkeiten des Tendenzvergleichs. Er nimmt in der Praxis des Sozialrechtsvergleichs einen besonders breiten Raum ein. Was dabei im einzelnen geschieht, ist jedoch sehr unterschiedlich. Zum Teil werden Entwicklungen einzelner Elemente (soziale Lagen, Leistungen, Institutionen usw.) historisch oder/und prognostisch registriert. In diesem Fall handelt es sich darum, daß der Vergleich anhand sozialer Lagen, sozialer Leistungen, sozialer Institutionen und Funktionen usw. um eine dynamische (historische/prognostische) Dimension bereichert und möglicherweise auf sie konzentriert wird. Zum Teil wird die Veränderung leitender Prinzipien registriert. Dann geschieht Analoges hinsichtlich des Vergleichs nach Maßgabe des prinzipiellen Ansatzes. Zum Teil wiederum handelt es sich darum, daß leitende Prinzipien vorangestellt werden, auf die sich typische soziale Situationen, Maßnahmen, Leistungen, Institutionen und Funktio-

²⁷ Siehe auch zu Anm. 7, 8, 34 und 37.

nen zubewegen. In diesem Falle ist der Tendenzvergleich eine spezifische Ausprägung des "prinzipiellen Ansatzes" in dem hier spezifisch gemeinten Sinn. Denkbar ist schließlich auch noch, daß die Entwicklung als eine besondere Kategorie des Verstehens der verglichenen Rechtsbestände herangezogen wird.

Dies alles bedarf noch besonderer Untersuchung. Die Untersuchung ist dringlich. Das ergibt sich aus der Häufigkeit von Tendenzvergleichen im Sozialrecht. Die Notwendigkeit von Tendenzvergleichen ergibt sich auch aus der Tendenz des Sozialrechts zu rascher Veränderung. Jedoch kann diese Dringlichkeit nichts daran ändern, daß der Versuch einer differenzierenden Darstellung und Beurteilung in diesem Rahmen vorschnell wäre. Nur am Rande sei bemerkt, daß als ein Vorzug des Tendenzvergleichs häufig der dadurch mögliche Verzicht auf das – im Sozialrecht so lästige – Detail genannt wird. Daß damit der Sozialrechtsvergleich aber auch eine wichtige immanente Kontrolle verliert, ist offensichtlich.

*V. Kategorien des Verstehens und des Bewertens*²⁸

1. Vorbemerkung

Wenn eingangs als Ziel des Rechtsvergleichs das bessere Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht angegeben wurde, so gilt auch für die Problemformulierung und für den Lösungsvergleich, daß nicht nur Tatbestände und Regelungen aufgenommen werden können, sondern von vornherein Kategorien des Verstehens und des Bewertens mit erschlossen werden müssen. Dabei sind im Prinzip zwei Wege denkbar. Man kann versuchen, von einem einmal formulierten positiven (sach- und rechtsproblematischen) Ansatzpunkt aus die Zusammenhänge des Verstehens und des Bewertens aufzusuchen. Der Versuch, diese Zusammenhänge zu erschöpfen, wäre freilich eitel. Die Verstrickung der Phänomene in mögliche Bezugssysteme ist potentiell unendlich. Hier sind je konkrete Kriterien der Wichtigkeit und Ergiebigkeit, möglicherweise auch der "Machbarkeit" zu entwickeln, zu handhaben und nach Möglichkeit offen zu legen. Der andere der beiden Wege ist, zu versuchen, anhand von Leitlinien möglichen Verstehens oder Bewertens her – selektiv – die Probleme vorzuordnen und die Phänomene spezifisch zu befragen.

Im einzelnen handelt es sich dabei um schwierige Fragen der Interpretation des Verstehens sozialer, insbesondere rechtlicher Phänomene. Die sozialrechtsvergleichende Arbeit sollte sich insofern so wenig als möglich mit methodentheoretischen Untersuchungen und Entscheidungen (und damit evtl. auch Einseitigkeiten und Fehlhaltungen) belasten. Vielmehr wird es geboten sein, pragmatisch zu verfahren, dabei aber die Zusammenhänge des Verstehens und Bewertens bewußt – und evtl. bewußt auswählend – zu verfolgen.

²⁸ Siehe auch zu Anm. 1, 3, 18 und 39.

2. Einzelne Bereiche

Im folgenden können nur einzelne Merkposten notiert werden.

a) Der sozialpolitische Bezugsrahmen²⁹

Sozialrecht muß primär von seinen sozialpolitischen Voraussetzungen und Zielsetzungen her verstanden und bewertet werden. Gerade diese Kategorien sind so spezifisch, daß sie hier nicht ausgebreitet werden können. Vielmehr kann hier nur auf das verwiesen werden, was schon oben unter dem Aspekt der *Stilmerkmale*³⁰ und des *prinzipiellen Ansatzes* zu möglichen sozialpolitischen Kategorien des Verstehens und der Bewertung gesagt wurde.

b) Juristische Ambiance

Die Rechtsordnung, der das Sozialrecht angehört, kann wichtige Kriterien sowohl für das Verstehen als auch für die Bewertung des Sozialrechts abgeben.

Das gilt zunächst für das nationale, supranationale und internationale *positive Recht* in seiner Gesamtheit und potentiell für alle seine Einzelregelungen.

Wie schon unter den *Stilmerkmalen*³¹ des Sozialrechts hervorgehoben, spielt der *allgemeine Charakter* der Gesamtrechtsordnung eine bestimmende Rolle auch für das Sozialrecht: die Einbettung in ein common law-System, ein Gesetzesrechtssystem, ein verfassungsstaatliches System; die Gewährleistung subjektiver Rechte evtl. durch gerichtlichen Rechtsschutz usw.

Andererseits spielen zentrale juristische *Prinzipien*³² (wie teils oben schon unter dem Gesichtspunkt der Stilmerkmale, teils soeben unter dem Gesichtspunkt zentraler Prinzipien als Problemansatz erwähnt) eine Rolle als Kriterien der Deutung und der Bewertung sozialrechtlicher Systeme.

Hinzu kommt aber die Inanspruchnahme des Rechts zwischen *geschriebenem, judiziertem, literarisch bekundetem Recht* und *„lebendem Recht“*, der Vergleich zwischen *allgemeiner Rechtskultur* und *Subkultur* unter Bedingungen der Abhängigkeit, der Armut usw., die unterschiedliche *Reichweite des Rechts*, Zäsuren des Rechtsgehorsams und der Erzwingbarkeit von Recht usw. Diese Hinweise gehen zunächst vom nationalen Recht aus.

Ein anderer Rahmen des Verstehens und Bewertens wird betreten, wenn Normen des *supranationalen* und *internationalen* Rechts infrage stehen³³. Die Ambiance weitet sich aus auf die erfaßten und betroffenen nationalen Rechtsordnungen. Die Funktion des Rechts ist durch das Gegenüber von nationalem und internationalem bzw. supranationalem Recht bestimmt. Und Zustandekommen

29 Siehe auch zu Anm. 10 und 25.

30 Siehe auch zu Anm. 5, 9 und 31.

31 Siehe auch zu Anm. 5, 9 und 30.

32 Siehe auch zu Anm. 11 und 26.

33 Siehe auch zu Anm. 4, 6, 12, 16, 36 und 38.

und Verwirklichung des internationalen/supranationalen Rechts sind von den besonderen Bedingungen internationaler Übereinkommen, internationaler Organisationen und supranationaler Gemeinschaften her zu beurteilen.

c) Allgemeine politische Ambiance

Sowohl zum Verständnis als auch zur Bewertung von Sozialrecht kann sein Standort in totalitären oder freiheitlichen und pluralistischen, autoritären oder demokratischen, etatistischen oder gesellschaftsorientierten, kollektivistischen oder individualorientierten politischen Systemen beitragen.

d) Die demographische und gesellschaftliche Ambiance

Analoges gilt für die endlose Vielfalt gesellschaftlicher Gegebenheiten und Strukturen: Bevölkerungszahlen, Bevölkerungsdichte, Bevölkerungsstrukturen (Alter, Erwerbstätigkeit usw.), Bevölkerungsverteilung; der Grad der Verstädterung und Industrialisierung; Zuschnitt und Bedeutung der Familie, des Betriebs und des Unternehmens (für den Arbeitnehmer), der örtlichen Lebensgemeinschaften (Dörfer, Straßen usw.), Kasten, Klassen und sonstige Schichtungen, religiöse, ideologische, sprachliche Gruppierungen, regionale Unterschiede usw.

e) Die sozio-kulturelle Ambiance

Die im Zusammenhang der gesellschaftlichen Ambiance schon anvisierten zivilisatorischen, kulturellen, religiösen und ideologischen Elemente einer Gesellschaft können als eigenständige Kategorien des Verstehens und des Bewertens herangezogen und ausgebaut werden. Daß sie in besonderer Weise mit nahezu allen anderen Kategorien verflochten sind, ist offensichtlich.

f) Die informatorische Ambiance

Ein spezieller Bereich ist die informatorische Ambiance des Sozialrechts: wie wird es für wen wahrnehmbar? Sozialrecht lebt gewiß anders in einer alphabetischen oder eine analphabetischen Gesellschaft, in einer Gesellschaft mit entwickeltem Mediensystem oder ohne ein solches. Sozialrecht erreicht vor allem auch innerhalb ein- und derselben Gesellschaft die Alphabeten und sonst Informierten besser als die Analphabeten und sonstwie Nicht-Informierten. Hierin steckt ein elementares Problem. Sozialrecht muß in der Bevölkerung "nach unten" dringen. "Unten" sind die schlechter Informierten. Sozialrecht ist aber – wie jedes Recht –, um gelten zu können, auf Informationen angewiesen.

g) Ökonomische Bedingungen und Wertungen

Von größter Vielfalt sind die ökonomischen Zusammenhänge. Weitgehend unaufgeklärt ist schon das *Verhältnis zwischen der ökonomischen Natur der Sozialprobleme und der Möglichkeit nichtökonomischer Sozialprobleme*

und nichtökonomischer Lösungen. Probleme des sozialen Ausschlusses z.B. sind dem Grunde nach weitgehend nichtökonomischer Natur, und hinsichtlich ihrer Lösung jedenfalls öfter als gemeinhin angenommen wird. Auch Bildungsprobleme werden pervertiert, wenn sie primär als Probleme ökonomischer Chancengleichheit gesehen werden. Ökonomische Lösungen sind prinzipiell leichter verfügbar als nichtökonomische. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß Sozialpolitik primär mit ökonomischen Wertungen und Mitteln arbeitet. Vor allem ist die ökonomische Wirksamkeit der Sozialpolitik bedeutsam.

Soweit nun ökonomische Zusammenhänge für die Sozialpolitik und das Sozialrecht bedeutsam sind, ergeben sich in größter Vielzahl *ökonomische Prämissen und Konsequenzen von Sozialpolitik und Sozialrecht*: Verteilungs- und Umverteilungswirkung der sozialpolitischen Systeme, Möglichkeiten der Umverteilung im Verhältnis zum Sozialprodukt, Sozialpolitik als wirtschaftspolitische Intervention (z.B. antizyklische Wirkung, wirtschaftliche Tragweite der Disposition über soziale Fonds; Relation zwischen Währungsstabilität und Währungsverfall auf der einen Seite und sozialer Sicherung auf der anderen; ökonomische Möglichkeiten "sozialer Sicherung" außerhalb der öffentlichen Systeme durch Sparen, Vermögensbildung, Privatversicherung; scheinbar überholt, aber für die Entwicklungsländer aktuell, etwa die Zäsur zwischen Natural- und Geldwirtschaft als Gestaltelement sozialer Sicherung und Umverteilung – um nur einiges zu nennen).

h) Finanzwissenschaftliche Studien

Ohne daß sie von den vorigen (und auch von den nachstehend skizzierten) Zusammenhängen gesondert werden könnten, seien hier auch noch weitere finanzwirtschaftliche Zusammenhänge genannt. So steht etwa die Beteiligung der gesicherten (zu sichernden) Personen an der Aufbringung der Mittel der Vorsorgesysteme sowohl in dem Zeichen der Begründung von Interessen und des Erwerbs von Anteilen als auch unter dem Zeichen der Differenzierung der finanzwirtschaftlichen Zurechnungs- und Entscheidungsprozesse. Auf der anderen Seite bedeutet die Aufbringung der Mittel für die soziale Sicherheit allein über den Staatshaushalt (mit oder ohne besondere allgemeine Abgabe) zwar größere Flexibilität, aber auch eine konzentrierte Belastung der zentralen haushaltstechnischen Entscheidungsprozesse.

Zahlreiche Probleme stehen im Zusammenhang mit der haushaltsrechtlichen, finanz-, wirtschafts- und geldpolitischen Koordination von Staatshaushalten und sozialen Parafisci.

i) Sozialrecht und Arbeitswelt

Von größter Tragweite und Differenziertheit sind die Zusammenhänge zwischen Sozialrecht (Sozialpolitik) und Arbeitswelt (im weitesten Sinne, nicht nur dem der abhängigen Arbeit). Auch sie können freilich nicht klar von den übrigen Bezugsfeldern geschieden werden.

Die zentrale Bedeutung, die der Ausdehnung des industriellen Sektors, der Arbeitnehmerquote und der Frauenarbeitsquote für die Entwicklung der Systeme sozialer Sicherung zukommt, ist bekannt.

Weniger bewußt, weil selbstverständlich, ist die Rolle, die der Bejahung des Prinzips des Einkommens durch eigene Leistung und der Selbstverwirklichung durch eigene Leistung zukommt. Es steuert – im Sinne von Regel und Ausnahme oder im Sinne der Definition des Ersatzes durch das Ersetzte – weitgehend auch Regelungen für die Gruppen, denen, wie etwa Schwerbehinderten, die Verwirklichung des Prinzips a priori nicht angesonnen werden kann. Wird dieses Prinzip nicht mehr bejaht, so verlieren die gängigen Regulative der Risiken des Einkommensverlustes und die Sicherungen gegen die manipulierte Inanspruchnahme von Sozialleistungen weitgehend den Sinn und Wirksamkeit. Auf der anderen Seite ist die Selbstverwirklichung durch Leistung Sinnprinzip der Rehabilitation. Kaum geringere Bedeutung hat die Differenzierung und Entfaltung des Leistungsprinzips durch den Lohnanreiz. Zahlreiche sozialrechtliche Regelungen verlieren ihren Sinn, ja werden pervertiert, wenn die Möglichkeit von Einkommenszuwachs und die Angst vor Einkommensminderung keinen Leistungsanreiz mehr darstellen.

Das Prinzip der Selbsterhaltung durch Arbeit vorausgesetzt, wird die Möglichkeit der Arbeit zu einem sozialen Gut. Von da her bezieht nicht nur die Sicherung gegen die Arbeitslosigkeit ihre Bedeutung. Vielmehr kann im Falle der Knappheit dieses Gutes die Ausgestaltung der sozialen Sicherung zu einem Instrument der Beschäftigungspolitik werden (z.B. indem sie den Rückzug aus dem Arbeitsleben begünstigt). Andererseits schafft ein realisiertes "Recht auf Arbeit" weitgehend andere Bedingungen für die Techniken der sozialen Sicherung als ein System, in dem das Risiko der "Arbeitslosigkeit" (in einem weiteren untechnischen Sinn) höher ist.

Wo, wie und in welchem Verband gearbeitet werden kann, ist eine wichtige Bedingung der Ausgestaltung sozialer Sicherheit. Arbeit im agrarischen oder vorindustriell-städtischen Großfamilien- und Gesindeverband schafft andere soziale Gefährdungen und Kompensationen als individualistische, industrielle Arbeitswelt. Die Art der Diversifikation von Arbeitsgelegenheit und die Streuung der verschiedenen Arten ist – neben der objektiven Begrenztheit der Mittel und neben der Vermischtheit von Natural- und Geldwirtschaft – eine der wesentlichen Schwierigkeiten der Sozialpolitik in den Entwicklungsländern.

Soziale Sicherung ist weithin orientiert an der Lohn-Zeit-Relation des industriellen Arbeitslebens. Damit entstehen Probleme, Einkommen dort zu sichern, wo etwa eine ausgeprägte Lohn-Leistung-Relation besteht: z.B. bei individuell arbeitenden Selbständigen (Autoren usw.), oder wo eine schwer auflösbare Verbindung von "Unternehmerrente" und individueller Leistung gegeben ist (wie möglicherweise bei Landwirten, bei freiberuflich Tätigen usw.).

k) Technische Ambiance

Schließlich sind auch noch die Umstände zu nennen, unter denen Sozialrecht sich technisch zu verwirklichen hat. In Betracht zu ziehen sind Fragen der Größen-

ordnung und der notwendigen personellen und technischen Apparate. Nicht unwesentliche Rückwirkungen sind z.B. auf das Sozialrecht vom Einsatz elektronischer Datenverarbeitung ausgegangen.

1) Natürliche Umwelt

Einen besonderen Stellenwert für das Verstehen und Bewerten von Recht hat seit jeher das Klima. Nicht nur der Zusammenhang mit den wirtschaftlichen und arbeitstechnischen Gegebenheiten ist offensichtlich. Offenbar steuern klimatische Bedingungen auch soziokulturelle Entwicklungen. Auch bestehen Wechselbeziehungen zwischen der technischen Ambiance und den klimatischen Verhältnissen.

Jedoch ist es notwendig, diesen Gesichtspunkt auszuweiten und die gesamte natürliche Umwelt als bedingenden Faktor auch für die soziale und rechtliche Entwicklung in Betracht zu ziehen.

3. Die historische Dimension des Verstehens

Eine *ganz andere Dimension* des Verstehens eröffnet die historische Sicht auf die Phänomene. Dabei ist wiederum sowohl an die engere Sozialrechtsgeschichte (Sozialpolitikgeschichte) als auch an den weiteren Zusammenhang etwa der Rechtsgeschichte oder der Wirtschafts- und Sozialgeschichte oder eben der allgemeinen Geschichte zu denken. Dabei hat nicht nur das Sozialrecht selbst diese sich weitenden Bezugskreise seiner eigenen Geschichte, der Rechtsgeschichte, der Sozialgeschichte und der allgemeinen Geschichte. Auch jede einzelne Kategorie des Verstehens kann selbst historisch gesehen und in ihr nähere historische Zusammenhänge gestellt werden. Das macht die historische Dimension ebenso umfassend bedeutsam, wie es die Herauslösung einzelner historischer Aspekte gefährlich erscheinen läßt.

Einmal mehr ist hier an das offene Problem des Tendenzvergleichs zu erinnern³⁴. Im Vorstellungsbereich des Tendenzvergleichs scheint die Möglichkeit sich abzuzeichnen, daß die Geschichte statt zum Medium der Erklärung der Phänomene zum Gegenstand ihres Vergleichs wird. Sowohl diese Polarität (Medium oder Objekt) selbst als auch die eigentümlichen Schwierigkeiten der Herausarbeitung einer zur Tendenz komprimierten Geschichte können hier nur als Problem genannt werden.

4. Ergänzende Bemerkungen

Erfassen, Verstehen und Bewerten des Rechts bedingt sich wechselseitig. Das heißt, daß der Prozeß der Ermittlung und Auswertung *nicht nach Kategorien des Erfassens, Verstehens und Bewertens getrennt* werden kann. Das wiederum schließt nicht aus, *schwerpunktartig* die Darstellung des Rechts, die erschlossenen Zusam-

³⁴ Siehe auch zu Anm. 7, 8, 27 und 37.

menhänge, aus denen es zu verstehen ist, und die Kategorien, die seiner Bewertung zugrunde liegen, auszuweisen.

Wichtig ist jedoch, daß die *Gleichheit des Gegenstandes* gewahrt bleibt. So wie Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht ein interdependenter Prozeß ist, so muß beim Rechtsvergleich auch die vorrechtliche Findung und Formulierung des Problems gleichermaßen allgemein sein. So darf etwa nicht der "Stoff" des Erfassens aus verschiedenen nationalen Rechten genommen werden, während die Werthorizonte nur einer der beteiligten Rechtsordnungen entnommen werden. Vielmehr ist es notwendig, in einem Prozeß des Hin- und Herschauens sowohl den positiven Rechtsstoff als auch die Elemente des Verstehens als auch die Kategorien der Bewertung – als mögliche Kategorien der Bewertung – allen beteiligten Rechtsordnungen zu entnehmen.

Dabei ist von vornherein in Rechnung zu stellen, daß möglicherweise den verschiedenen nationalen Regelungen auch und gerade verschiedene Maximen der Bewertung entsprechen. Das bedeutet auch, daß die Problemformulierung offen und flexibel genug sein muß, um eine solchermaßen gestaffelte Vielfalt aufzunehmen.

Eine wieder andere Frage ist, ob *nach* diesem Prozeß gewissen Kategorien der Bewertung der subjektive (wenn auch begründbare) Vorzug des Beobachters gegeben wird, so daß er schließlich diese Kategorie der Bewertung an die verglichenen Rechtsordnungen anlegt.

C. Zur Durchführung des Rechtsvergleichs

I. Die Auswahl des Gegenstandes

1. Die sachliche Abgrenzung

Zur sachlichen Abgrenzung eines möglichen Sozialrechtsvergleichs ist zunächst auf das unter B. Aufgeführte zu verweisen. Möglich ist jeder Gegenstand, für den sich eine vorrechtliche Problemformulierung finden läßt.

Dabei können die erwähnten Ansätze (typische soziale Lage, auch als subjekt-typische Position oder typische soziale Gruppenlage, soziale Maßnahmen, insbesondere Leistungen; soziale Institutionen und Funktionen; sozialpolitische und rechtliche Prinzipien) möglicherweise variiert werden:

– Im Sinne exemplarischer Problemverengung: etwa durch die Annahme exemplarischer Sozialrechtsfälle (z.B. Tod eines Familienvaters mit vier Kindern in gewisser beruflicher Stellung bei gewissem Alter usw.). Dabei ist jedoch zu beachten, daß die Selektion von tatsächlichen Umständen bei der Konstitution eines Rechtsfalles immer auch rechtsabhängig ist. Die exemplarische Auswahl von Rechtsfällen macht also ein weiteres Ausgreifen im Sinne der umschriebenen allgemeineren Ansätze (vor allem im Sinne der typischen sozialen Lage) nicht schlechthin entbehrlich.

– Die Ausweitung zu (vor allem territorial) umfassenden Vergleichen von typischen sozialen Situationen, von für sie vorgesehenen Maßnahmen (Leistungen) und evtl. auch von insofern wirksamen Institutionen und Funktionen. Jedoch ist damit die Alternative zwischen aufwendiger Differenzierung oder extremer Verdünnung der Aussage (möglicherweise auch in Richtung auf den nominalistischen Zugang) verbunden. In der Regel erwachsen daraus – meist tabellarische – Grobvergleiche, die ihrerseits dem Rechtsvergleich als Hilfsmittel dienen können, ohne selbst Rechtsvergleich darzustellen.

– Eine “mittlere Lösung” scheint der Versuch darzustellen, vergleichbare Teilsysteme (etwa zur sozialen Sicherung im Krankheitsfall, zur Sicherung gegen Arbeitslosigkeit und dgl.) herauszugreifen. Eine besondere Spannung besteht in diesem Fall zwischen der komplexen Verbindung gleicher und ungleicher Elemente und dem übermäßigen Anschein der Gleichartigkeit, der von einem solchen Vergleich vorausgesetzt oder erzeugt wird. Hier ist dem Ausweis über Gleiches und Ungleiches größte Aufmerksamkeit zu widmen. Auf diese besondere Problematik wurde oben bereits aufmerksam gemacht³⁵.

2. Die einbezogenen Rechtsordnungen³⁶

Für das Ausgreifen des Rechtsvergleichs ist zunächst wieder auf die Unterscheidung zwischen dem horizontalen und dem vertikalen Rechtsvergleich zurückzukommen.

Im rein *horizontalen* Rechtsvergleich können zwei oder mehr nationale (oder auch internationale) Rechtsordnungen miteinander verglichen werden. Dabei ergeben sich Besonderheiten, wenn diese nationalen Rechtsordnungen gemeinsamen Rechtsfamilien angehören oder die Rechtsordnungen – insbesondere die Sozialrechtsordnungen – sonstwie durch gemeinsame Stilmerkmale, durch soziale, ökonomische, politische oder ähnliche Gemeinsamkeiten verbunden sind. Ebenso ergeben sich – in der Gegenrichtung – Besonderheiten, wo wesentliche Unterschiede bestehen. Alles in allem vollzieht sich etwa der Rechtsvergleich zwischen zwei Ländern, die den Europäischen Gemeinschaften angehören, unter wesentlich anderen Bedingungen als der Rechtsvergleich zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem Entwicklungsland, oder auch der Rechtsvergleich zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem kommunistischen Staat.

Der *vertikale* Rechtsvergleich steht im Vergleich einer oder mehrerer nationaler Rechtsordnungen mit dem (gemeinsam) übergeordneten internationalen und supranationalen Recht. Jedoch kann dieser vertikale Rechtsvergleich immer auch ein besonderes Sinnprinzip für den Vergleich der nationalen Rechtsordnungen untereinander sein. Es handelt sich dann um eine *Verbindung von horizontalem und vertikalem Rechtsvergleich*.

35 Siehe auch zu Anm. 23.

36 Siehe auch zu Anm. 4, 6, 12, 16, 33 und 38.

3. Die Zeitdimension

a) Vorbemerkung – Rechtsgeschichte als Rechtsvergleich

Angesichts der Bewegtheit des Sozialrechts, aber auch angesichts der Entwicklungsabhängigkeit des Sozialrechts kommt der Zeitdimension, in der der Rechtsvergleich angelegt wird, eine große Bedeutung zu. Dazu ist vorweg zu sagen, daß Rechtsgeschichte in sich immer auch ein Fall des Rechtsvergleichs ist: Vergleich des Rechts in verschiedenen Epochen.

Jedoch ist von der Rechtsgeschichte (Sozialrechtsgeschichte) innerhalb ein- und derselben Rechtsordnung hier abzusehen. Davon ausgehend lassen sich folgende Möglichkeiten unterscheiden:

b) Vergleich von Rechtsbeständen

Der Zeitansatz mehrerer untereinander zu vergleichender mehr oder minder statisch gedachter Rechtsbestände kann wie folgt variieren:

– er kann auf der Grundlage schlichter Gleichzeitigkeit vorgenommen werden (z.B. Bestandsaufnahme über Systeme sozialer Sicherheit in den Europäischen Gemeinschaften oder auf der ganzen Welt). Dieser Ansatz ist vielfach unentbehrlich oder doch allein möglich, aber wegen der Unterschiede und des raschen Wechsels besonders problematisch.

– *Der Vergleich entsprechender Stadien* nach Maßgabe der allgemeinen sozialen Entwicklung, der sozialrechtlichen Entwicklung usw. Hier besteht die entscheidende Schwierigkeit in der sachgerechten Ermittlung. Dieser Vergleich stellt deshalb ein außerordentliches Wagnis dar. So berechtigt es ist, ihn als Möglichkeit zu denken, so begrenzt sind die Möglichkeiten überzeugender Realisation.

c) Der Vergleich von Entwicklungen³⁷

Der Entwicklungsvergleich ist zunächst auf die Vergangenheit gerichtet (*historischer Vergleich*). Dabei ist es wieder denkbar, schlicht *gleichzeitige* Epochen zum Vergleich heranzuziehen oder *entsprechende* Stadien. Und hier mag es sogar eher – als beim statischen Vergleich – naheliegen, den letzteren Weg zu gehen.

Wie schon mehrfach erwähnt, erscheint es denkbar und wird es weitgehend praktiziert, die beobachteten geschichtlichen Entwicklungen zu *Entwicklungstendenzen* zu komprimieren. Von da her wird der Versuch eines Tendenzvergleichs unternommen, Bestandsermittlung und Tendenzbeobachtung scheinen schließlich auch die Voraussage künftiger Entwicklungen zu ermöglichen (*Prognose*). Die geschichtliche Betrachtung schlägt um in Futurologie. Diese Verbindung ist für die Tendenzvergleiche weithin typisch: aus der Geschichte heraus auf die "Startrampe" der Gegenwart und dann extrapolierend vorstoßen in die Zu-

³⁷ Siehe auch zu Anm. 7, 8, 27, 34.

kunft! Daß angesichts der elementaren Bedeutung des Sozialrechts für den Menschen und der Veränderungssträchtigkeit des Sozialrechts gerade die Prognose von besonderem Interesse wäre, ist offensichtlich. Auf die Vergleichsdimension überführt zeigt sich die Möglichkeit einer *vergleichenden Prognose*. Sie könnte etwa für die Strategie in der Harmonisierung bedeutsam sein. Nicht weniger aber könnte sie der nationalen Sozialpolitik helfen, das Kalkül des internationalen Vergleichs zu meistern.

Abgesehen von der vergleichenden Geschichte des Sozialrechts im zuerst erwähnten Sinne erscheinen diese Verfahren aber auch in besonderem Maße problematisch und ungesichert. Schon der Tendenzvergleich ist nach Gegenstand und Methode noch zu ungeklärt, als daß er hier weiter erörtert werden könnte. Vor allem ist die Einschätzung von Entwicklungslinien und -determinanten als wesentlich oder unwesentlich sehr arbiträr. Noch mehr gilt dies für die Prognose. Für sie kommt die Schwierigkeit hinzu, daß es sich wohl nur selten um spezifisch *sozialrechtliche* Prognosen handeln kann. Diese Bedenken schließen nicht aus, daß auf diesem Felde weiter experimentiert wird. Und sie wollen nichts dagegen sagen, daß über diese Fragen weiter nachzudenken ist.

II. Gegenstände, Quellen und Verfahren der Ermittlungen

1. Zum Gegenstand

Hinsichtlich des Gegenstandes ist zu unterscheiden zwischen der Ermittlung des *Rechts* und der Ermittlung der tatsächlichen Verhältnisse (die rechtlich strukturiert sein können), einschließlich der Sachgesetzmäßigkeiten, die diese bestimmen. Die Ermittlung tatsächlicher Verhältnisse entzieht sich einer spezifischen Methode.

Hinsichtlich der Ermittlung des *Rechts* ist zu unterscheiden zwischen der Ermittlung des "geschriebenen Rechts" im engeren Sinne als Gesetzesrecht, dem "geschriebenen Recht" im weiteren Sinne als Summe von Gesetzesrecht, Judikatur und Schrifttum, und den Rechtstatsachen, der Wirklichkeit des Rechts. Der in der Rechtsvergleichung übliche Begriff des "living law" ist nicht eindeutig. Offenbar wird er teils in dem Sinne des "geschriebenen Rechts" im weiteren Sinne verstanden, teils aber auch im Sinne der Konfrontation des "geschriebenen Rechts" im weiteren Sinne mit den Rechtstatsachen. Jedenfalls für das Sozialrecht scheint das Ausgreifen in die Rechtstatsachen notwendig zu sein.

2. Zum Vorgehen

Jedoch ist ganz offensichtlich, daß dieses Ausgreifen mit extremen Gefahren der Unvollständigkeit und der Unrichtigkeit belastet ist. Insofern wird das "*geschriebene Recht*" im weiteren Sinne stets die *Grundlage* der Arbeit bleiben müssen. Das Ausgreifen in die *Rechtstatsachen* bedarf besonderer Absicherung und

Offenlegung. Ungesicherte Informationen sollten nicht außer Betracht gelassen, aber als solche bezeichnet werden.

Für die Ermittlung des "living law" in dem bezeichneten zurückhaltenden Sinne kommen im einzelnen in Betracht:

- Abkommen, Gesetze, Entscheidungen und/oder
- Literatur (welche? nur juristische; auch nicht-juristische wissenschaftliche Literatur; oder auch Presse u.ä.) und/oder
- Befragung (wessen? – mit wie gestalteten Fragen?) und/oder
- persönliche Beobachtungen und Erfahrungen.

Auch insofern ist weder die Beschränkung der Arbeit auf Gesetzestexte, Literatur und dgl. zweckmäßig, noch die unreflektierte Übernahme der Ergebnisse von Interviews, von allgemeinen Befragungen und eigenen Erfahrungen. Geboten ist vielmehr, neben den Texten auch weitere Informationen auszuwerten. Und dabei ist aber doch die gesteigerte Gefahr der Teilhaftigkeit und Unrichtigkeit stets mit zu bedenken. Wichtig ist vor allem auch der entsprechende Ausweis bei der Auswertung und Darstellung der Ergebnisse.

III. Darstellung – Ergebnisse

1. Allgemeine Aspekte

Im sozialrechtlichen Schrifttum sind bisher zwei Typen rechtsvergleichender Darstellung weit verbreitet:

- die nicht-koordinierte Addition von je systeminternen Berichten über nationale Rechtsordnungen und
- die Auftragung nationaler Angaben auf meist wenig aussagekräftige, zu allgemeine vergleichende Rubriken.

Beide Methoden sind letztlich nicht hinreichend ergiebig.

Anzustreben ist eine von der Sachproblematik her determinierte, gegliederte Darstellung. Dabei ist eine offene Frage, ob es zweckmäßig ist,

- die sachproblematische Systembildung oder
 - die nationalen Rechtsordnungen
- als Gliederungsmaximen dominieren zu lassen.

2. Gliederungsvarianten

Keines der beiden Prinzipien kann vermutlich rein durchgehalten werden. Wollte man einen Versuch *primär nach nationalen Systemen* darstellen, so müßte die Umschreibung und Auffächerung des vorrechtlichen Problems und dessen Ordnungsfrage vorher dargestellt werden. Damit ergäbe sich in etwa eine *Dreiteilung*: nach einer differenzierten *Problemdarstellung* die Wiedergabe der Problemlösungen *nationalen Rechts* und schließlich wohl eine zusammenfassende Würdigung dieser nationalrechtlichen Ergebnisse. Wollte man die *gemeinsamen Sachkate-*

gorien dominieren lassen, so müßte eher die Einführung in die wesentlichen Zusammenhänge der *nationalen Rechtsordnungen vorausgehen*. Und ein abschließender Teil müßte wohl wiederum die inmitten stehende *gemeinsame Systemdarstellung* in einer *Reflexion der nationalrechtlichen Zusammenhänge* verorten. Mit anderen Worten ausgedrückt, geht es um folgendes. Immer das Element (Sachproblem oder nationale Rechtsordnung), das die Darstellung eröffnet, kann zunächst nur vorläufig und vorsichtig erschließend behandelt werden. Sonst müßte zuviel vom anderen Element im ungeeigneten Zusammenhang vorweggenommen werden. Das aber läßt das Bedürfnis offen, nach Erörterung des anderen Elements die Ansätze des "Erörterungselements" fortzuführen.

So weit in eine Untersuchung außer nationalen Rechten auch *internationales (supranationales) Recht*³⁸ einbezogen ist, stellt sich die Frage, ob das internationale (supranationale) Recht parallel zu den nationalen Rechtsordnungen behandelt werden soll oder eher als ein gemeinsames Element. In diesem Falle wäre etwa folgende Abfolge denkbar: Problemformulierung – internationales Recht (supranationales Recht) – nationale Rechte – Zusammenführung. Oder auch: internationales Recht (supranationales Recht) als Provokation – gemeinsames Sachproblem der nationalen Rechte (unter Vorgabe der internationalen/supranationalen Provokation) – nationale Rechtsordnungen – Zusammenführung. In wieder anderer Betrachtungsweise könnte auch so verfahren werden: gemeinsames Sachproblem – nationale Rechtsordnungen – internationale/supranationale Steuerung – Zusammenführung.

3. Zielbedingte Besonderheiten³⁹

Die bisherigen Überlegungen gehen davon aus, daß die Elemente des Erfassens, des Verstehens und des Bewertens in ihrer Verflochtenheit belassen werden sollen. Nun kann es aber das besondere Ziel einer Arbeit sein, etwa eine besondere Kategorie des Verstehens (z.B. die Umverteilungswirkung eines Regelungskomplexes oder seine Abhängigkeit von gewissen Bedingungen der Arbeitswelt) in besonderer Weise zu verfolgen. Ebenso kann es möglich sein, daß nicht nur die Maximen der Bewertung, die in den nationalen Rechten angetroffen werden, aufgenommen werden, sondern daß – aus dem angetroffenen Vorrat heraus oder unabhängig davon – gemeinsame einheitliche Maximen der Bewertung angelegt werden sollen.

Schließlich ist eine weit verbreitete Vorstellung, daß der Rechtsvergleich die Ermittlung einer "bestmöglichen Lösung" erlaube. Dabei kann es sich um eine der angetroffenen nationalen (internationalen/supranationalen) Lösungen handeln, oder auch um die Zusammenfügung von Elementen verschiedener nationaler Lösungen, oder auch um die Fortentwicklung der angetroffenen nationalen Lösungen.

38 Siehe auch zu Anm. 4, 6, 12, 16, 33, 36.

39 Siehe auch zu Anm. 1 und 28.

In jedem dieser Fälle ist zunächst einmal die Klarstellung der Besonderheit (z.B. der "Einseitigkeit" des Verstehens oder der Anwendung von Bewertungsmaximen über ihre positivrechtliche Immanenz hinaus oder der Ermittlung einer Ideallösung) notwendig. Dabei wird die selektive Betonung einzelner Kategorien des Verstehens wohl weniger Probleme der Redlichkeit aufwerfen als die Unterscheidung zwischen vorgefundenen und auf ihren eigenen Geltungsbereich projizierten Bewertungsmaßstäben und darüber hinaus mit einem allgemeineren Anspruch entwickelten Bewertungsmaßstäben. Die Entwicklung einer "Ideallösung" ihrerseits ist wohl weitgehend eine Funktion der Entwicklung solcher allgemeineren Bewertungsmaßstäbe. Denkbar ist freilich auch der Fall, daß etwa nationale Bewertungsmaßstäbe in Widerspruch oder doch Spannung zu den "eigenen" nationalen Lösungen stehen, während fremde Lösungen ihnen eher gemäß erscheinen. Jedoch handelt es sich dabei vermutlich im Regelfall um die Kollision von Prinzipien des jeweiligen nationalen Rechts. Sie muß aufgenommen werden, und ihre Auflösung in einer anderen Richtung als der des geltenden Rechts muß ausgewiesen werden.

Welche Konsequenzen sich aus solchen Komplikationen und Ausweitungen für die Gliederung ergeben, entzieht sich einer allgemeinen Programmatik. Generell wichtig ist nur, daß die Gliederung Raum für die gebotenen Unterscheidungen und Klarstellungen schafft.

Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich

I. Projektgruppe und Thema

1. Was ist "internationales und vergleichendes Sozialrecht"?

Die Projektgruppe für internationales und vergleichendes Sozialrecht¹ hat einen Namen und somit einen Auftrag, welcher der Auslegung bedürftig ist.

Schon der Inhalt des Begriffes "Sozialrecht" ist ungesichert. Und die Assoziationen, die er auslöst, sind recht unterschiedlich². Man kann hier aber davon ausgehen, daß Sozialrecht alles Recht ist, das von einer sozialpolitischen Aufgabe wesentlich bestimmt ist – diese sozialpolitische Aufgabe wieder definiert als Sicherung eines menschenwürdigen Daseins für alle, durch Abbau von Wohlstandsunterschieden sowie Aufhebung oder Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen. Aber was das unter den jeweiligen nationalen, historischen, rechtlichen, gesellschaftlichen und politischen Bedingungen konkret bedeuten kann, und was der jeweilige Sprachgebrauch mit "Sozialrecht" verbindet, bleibt auch und gerade von diesem sozialpolitischen Begriffsansatz her reicher Variation zugänglich. Gerade im internationalen Zusammenhang ist diese Offenheit ebenso notwendig wie beschwerlich.

Was nun bedeutet "Internationales und Vergleichendes Sozialrecht"? Bleiben wir zunächst beim "Vergleichenden". Die Wortfügung vom "vergleichenden Recht" macht vielleicht den genauen Leser stutzen: Recht "vergleicht" nicht. Gemeint ist die *Rechtsvergleichung* und zwar, um einen noch zu erklärenden Terminus hier vorwegzunehmen, die "horizontale" Rechtsvergleichung³, d.h. der Vergleich zwischen mehreren Rechtsordnungen gleicher Ebene – typischerweise zwischen mehreren nationalen Rechtsordnungen, insbesondere zwischen deren einzelnen Instituten, Regelungen, Prinzipien und dergleichen. "Sozialrechtsvergleich" versucht also prinzipiell, das Sozialrecht verschiedener Staaten zu verglei-

1 S. dazu etwa "Projektgruppe für internationales und vergleichendes Sozialrecht", Max-Planck-Gesellschaft, Jahrbuch 1976, S. 633 f., Jahrbuch 1977, S. 682 ff.; Hans F. Zacher, Einleitung in: Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Bd. 1, 1977, – im folgenden: "Methodische Probleme" – S. 7 ff.

2 S. dazu Hans F. Zacher, Einleitung (Anm. 1), S. 11 ff. m.w. Nachw.; s. dazu denselben auch: Grundfragen theoretischer und praktischer sozialrechtlicher Arbeit, Vierteljahresschrift für Sozialrecht – im folgenden VSSR – Bd. IV (1976) S. 1 ff. (6 ff.); Was ist Sozialrecht? in: Festschrift für Horst Schieckel, 1977, S. 371 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 249 ff.).

3 S. unten S. 383 ff., insbesondere S. 390 ff.

chen⁴. Und er "heißt" hier "vergleichendes Sozialrecht", weil jede andere Verbindung mit dem "internationalen Sozialrecht" von beträchtlicher Umständlichkeit wäre.

Die Wortfügung vom "*internationalen Sozialrecht*" dagegen ist doppelsinnig: "international" dem Gegenstand nach (als das Sozialrecht für Tatbestände mit Auslandsberührung) oder "international" der Quelle und den Adressaten nach (als Sozial-Völkerrecht)⁵.

Die Verbindung eines Teilrechtsgebietes wie des Privatrechts, des Verwaltungsrechts usw. mit dem Adjektiv "international" zu einem "Internationalen Privatrecht", einem "Internationalen Verwaltungsrecht" usw. wird im deutschen Sprachraum üblicherweise dahingehend verstanden, daß der so gebildete Begriff das *Konfliktsrecht* (*Kollisionsrecht*) umfaßt, das die Begegnung verschiedener nationaler Rechte bei der Regelung von Sachverhalten, die Bezüge zu verschiedenen nationalen Rechten aufweisen, ordnet⁶. In diesem konfliktrechtlichen Sinn ist der Begriff des "Internationalen Sozialrechts" auch längst vertraut, wenngleich die Tendenz, als "internationales Recht" nicht nur die Bestimmung des zuständigen nationalen Rechts, sondern allgemeiner alles Recht, das sich auf ausländische Tatbestände oder Beteiligte bezieht (Recht mit Auslandsberührung), zu bezeichnen, sehr viel größer ist⁷ als etwa im Privatrecht⁸.

Dagegen ist der andere Sinn von "internationalem Recht" – der des *Rechts, das die Beziehung zwischen Staaten regelt*, im deutschen Sprachgebrauch nur wenig gegenwärtig. International law, droit international, diritto internazionale oder derecho internacional⁹ heißt im Deutschen eher "Völkerrecht". Dennoch darf nicht ausgeschlossen werden, "internationales Recht" auch im Sinne von "Völkerrecht" zu verstehen. Nicht nur Kombinationen (wie "Internationales Seerecht"

4 Dazu, was das bedeuten kann, im Ansatz *Hans F. Zacher*, Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung, in: *Methodische Probleme*, S. 21 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 329 ff.).

5 S. zu dieser Unterscheidung *Klaus Vogel*, Internationales und interlokales Sozialverwaltungsrecht – systematische Grundlagen, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Band IV, 1968, S. 46 ff. Zu noch weitergehenden Unterscheidungen s. *dens.*, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsnorm, 1965, S. 153 ff.

6 *S. Paul Heinrich Neuhaus*, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1976, S. 1 ff.; *Klaus Vogel*, Der räumliche Anwendungsbereich usw., insbes. S. 170 ff.

7 S. zu Meinungsstand und Gründen statt aller anderen *Bernd v. Maydell*, Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialversicherungsrecht, 1967, insbes. S. 14 ff.; *dens.*, Die dogmatischen Grundlagen des inter- und supranationalen Sozialrechts, VSSR Bd. I (1973) S. 347 ff.; s.a. *dens.*, Sozialrechtsvergleichung und internationales Sozialrecht, in: *Methodische Probleme*, S. 97 ff. (S. 98 ff.). – Weiterführende Aspekte s. bei *Walter Selb*, Internationales Sozialversicherungsrecht, VSSR Bd. IV (1976) S. 293 ff.

8 *S. Neuhaus* (Anm. 6), S. 1: "Internationales Privatrecht in einem weiten, ungenauen Sinne ist alles Recht, das private Verhältnisse mit einem internationalen Element, mit einer 'Außenbeziehung' betrifft." S. zum verwandten internationalen Arbeitsrecht die Begriffsbestimmung bei *Franz Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, 1959, S. 1 ff.

9 Jeweils auch mit dem Adjektiv "public" usw. denkbar und möglicherweise vertrauter und klarer.

oder "Internationales Luftrecht")¹⁰, und Eindeutschungen (wie etwa "Internationaler Gerichtshof") gebieten das, sondern auch Sinnzusammenhänge mit "internationalen Organisationen", die solche des Völkerrechts sind¹¹, und endlich mit den Begriffen der internationalen Beziehungen und der internationalen Politik, deren rechtliche Entsprechung das Völkerrecht ist. So darf von einem "*Internationalen Sozialrecht*" auch und gerade dort gesprochen werden, wo völkerrechtliche Mittel (Rechtsinstrumente und Organisationen) eingesetzt werden, um internationale Sozialpolitik zu betreiben – sei es durch Einwirkung auf die nationale Sozialpolitik und gerade auf das nationale Sozialrecht¹², sei es im Sinne der Verbesserung der sozialen Relationen der Staaten zueinander, wie es das primäre Ziel des Kampfes um die sogenannte "neue Weltwirtschaftsordnung" ist¹³. Schließlich stecken auch im "internationalen Sozialrecht" im Sinne des Sozialrechts für Tatbestände mit Auslandsberührung völkerrechtliche Elemente. Einerseits liegen ihm – wie allem Konfliktrecht – völkerrechtliche Vorgaben voraus¹⁴. Andererseits, und nachhaltiger noch, wird es durch völkerrechtliche Verträge (Sozialversicherungsabkommen, Fürsorgeabkommen usw.) gesetzt.

Damit aber tritt ein Gedanke zutage, der es auch ungeachtet aller Unsicherheiten der Bedeutung der Worte "Internationales Sozialrecht" gebietet, das "Sozial-Völkerrecht" in die Arbeit der Projektgruppe einzubeziehen. Selbst wenn nämlich "Internationales Sozialrecht" allein im engeren Sinne von Recht mit Auslandsbezug oder im engsten, konfliktrechtlichen Sinn zu verstehen wäre, wäre Völkerrecht eine unerläßliche Implikation sowohl seiner Erforschung als auch der Sozialrechtsvergleichung. Sowohl durch völkerrechtssetzende Instrumente (insbesondere multi- und bilaterale Verträge) als auch durch die politischen, legislativen und administrativen Aktivitäten der internationalen Organisationen wirkt das Völkerrecht mittelbar und unmittelbar auf das nationale Sozialrecht und auf die (konfliktrechtliche) Begegnung der nationalen Sozialrechte ein, ja ersetzt es mitunter rein nationales Sozialrecht, vor allem rein nationales Konfliktrecht, durch zwischenstaatliche, unmittelbar anwendbare (self-executing) Verträge oder Vertragsbestimmungen. Sozialrecht kann in übernationaler – transnationaler und internationaler – Dimension nicht erfaßt, verstanden oder bewertet werden, ohne das Völkerrecht einzubeziehen.

Sind somit die Ebenen des nationalen Sozialrechts und des Völker-Sozialrechts in dem Auftrag der Projektgruppe enthalten, so bleibt die Frage nach dem *supra-*

10 Die meist schlecht durch eine Kombination mit Völkerrecht ersetzt werden können (wie "Luft-Völkerrecht" oder "Völker-Luftrecht"?).

11 S. *Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Das Recht der internationalen Organisationen einschließlich der supranationalen Gemeinschaften, 2. Aufl. 1972, S. 3 ff.

12 So das Verständnis bei *Hans F. Zacher*, Internationales und Europäisches Sozialrecht, 1976, insbes. XXXV f. – Zum verwandten Arbeitsrecht s. in diesem Sinne vor allem *Gerhard Schnorr*, Das Arbeitsrecht als Gegenstand internationaler Rechtssetzung, 1960.

13 In diesem Sinne spricht vom "Internationalen Sozialrecht" *Christian Tomuschat*, in: Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten, ZaÖRV 36 (1976) S. 444 ff. (459).

14 S. zusammenfassend m.w. Nachw. *Alfred Verdross* und *Bruno Simma*, Universelles Völkerrecht, 1976, S. 571 ff.

*nationalen Sozialrecht*¹⁵. In seiner Qualität sicher eigenständig, ist supranationales Recht für den Bereich der Europäischen Gemeinschaften weitgehend in die Funktion teils des nationalen Rechts, teils von Völkerrecht eingetreten. Wie dieses kann es sich an Staaten wenden, wie jenes kann es sich an den Bürger und seine Zusammenschlüsse, an Gerichte und Vollzugsorgane unmittelbar wenden. Weder Sozialrechtsvergleichung noch Arbeit auf dem Gebiet des internationalen Sozialrechts sind deshalb heute auf dem Boden der Bundesrepublik Deutschland oder eines anderen Mitgliedslandes der Europäischen Gemeinschaften noch möglich, ohne auch das Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaften einzubeziehen.

2. Zum Anlaß des speziellen Themas des Colloquiums

Bezieht sich der Auftrag der Projektgruppe auf den Vergleich der nationalen Sozialrechtsordnungen, auf das supranationale Sozialrecht und auf das Sozial-Völkerrecht, so stand es außerhalb ihrer Möglichkeiten, sich allen diesen Bereichen von vornherein mit gleicher Intensität zu widmen. Die Projektgruppe räumte deshalb der *Sozialrechtsvergleichung Priorität* ein¹⁶. Dabei stieß sie freilich rasch auf die Notwendigkeit, aber auch auf die Nützlichkeit, die *supranationale* und die *völkerrechtliche Ebene* – nicht nur wie ohnehin geboten, für sich, sondern gerade auch bei der Rechtsvergleichung – *mit in Betracht* zu ziehen¹⁷.

Dafür sind vor allem *zwei Gründe* entscheidend. Der *eine* Grund ist, daß gemeinsame oder unterschiedliche *Vorgaben, welche die nationalen Rechte vom internationalen und supranationalen Recht her bestimmen*, den Vergleich der nationalen Rechte inhaltlich oder methodisch definieren. Sie bedingen Nähe und Distanz, Ähnlichkeit und Unähnlichkeit der zu vergleichenden nationalen Rechtsordnungen. Diese Vorgaben sind daher für den Rechtsvergleich von evidentem inhaltlichen, bei näherem Zusehen auch von nachhaltigem methodischen Interesse. Sie

15 S. dazu *Hans Peter Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, insbes. S. 931; *Jacques Jean Ribas*, *Marie-José Jonczy*, *Jean-Claude Séché*, *Droit social européen*, 1973; *Gérard Lyon-Caen*, *Droit social international et européen*, 4. ed., 1976, insbes. S. 133 ff.; s. dazu auch: Die europäische Rechtsprechung nach zwanzig Jahren Gemeinschaftsleben", IV. Internationaler Kongreß für Europarecht vom 24. – 26. Mai 1973 in Luxemburg, veranstaltet von der *Fédération internationale pour le droit européen (F.I.D.E.)*, Kölner Schriften zum Europarecht Bd. 24, 1976, dort: Kommission III. "Der Beitrag der Rechtsprechung zur Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft und zu den sozialen Fragen" (S. 871 ff.) mit dem Generalbericht von *Thomas Oppermann* (S. 871 ff.), dem Gemeinschaftsbericht von *Italo Telchini* (S. 917 ff.), dem belgischen Bericht von *Etienne Cerexhe* (S. 941 ff.), dem deutschen Bericht von *Achim André* (S. 981 ff.), dem französischen Bericht von *Gérard Lyon-Caen* (S. 1015 ff.), dem italienischen Bericht von *Giuseppe Renato* (S. 1033 ff.), dem niederländischen Bericht von *J.J. Tromm* (S. 1069 ff.) und der Zusammenfassung der Arbeitsergebnisse von *Thomas Oppermann* (S. 1105 ff.).

16 S. Anm. 1. Zur auslandsrechtkundlichen Vorbereitung weiterer Rechtsvergleiche s. ferner *Gerhard Igl*, *Bernd Schulte* und *Thomas Simons*, Einführung in das Recht der sozialen Sicherheit von Frankreich, Großbritannien und Italien, VSSR Beiheft 1, 1977.

17 S. Methodische Probleme, S. 24 f., 28, 40, 62 f., 69 (in diesem Band, S. 331 f., 335, 345, 364 f., 370), 78.

bilden "Stilmerkmale" der verglichenen nationalen Rechtsordnungen und können zur Entwicklung von Rechtsfamilien führen¹⁸.

Der zweite Grund ist, daß sich *Verwandtschaften zwischen dem "horizontalen" Rechtsvergleich* (dem Vergleich also insbesondere zwischen verschiedenen nationalen Rechten) und dem *"vertikalen" Rechtsvergleich* (dem Vergleich also zwischen Völkerrecht und nationalem Recht, Bundesrecht und Landesrecht, Verfassungsrecht und Gesetzesrecht usw.) zeigten¹⁹, ja daß es im Geflecht von Geltungsgründen und -ansprüchen, sachlichen und örtlichen Geltungsbereichen, rechtssetzenden und rechtsanwendenden Autoritäten mitunter schwer schien, zwischen "horizontaler" und "vertikaler" Vergleichung zu unterscheiden²⁰. Aus all dem erwuchs das Bedürfnis, dem internationalrechtlichen und supranationalrechtlichen Bezugsrahmen der Sozialrechtsvergleichung eine eingehende Erörterung zu widmen.

3. Insbesondere zur spezifischen Verflechtung von internationalem (supranationalem) und nationalem Sozialrecht

Im Hintergrund steht freilich die Eigenart und die außerordentliche Dichte, mit der internationales und nationales Sozialrecht ineinandergreifen. Woraus ergeben sie sich? Sozialpolitik ist heute fast überall der größte Schatz der nationalen Politik. Fast jeder Staat will irgendwie Sozialstaat sein. Sozialrecht als zentrales Medium der Sozialpolitik zeichnet sich deshalb durch einen hohen Grad an nationaler Autonomie und Individualität aus. Auf der anderen Seite drängt vieles zu

18 S. dazu *Hans F. Zacher*, Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung, in: *Methodische Probleme*, S. 34 (in diesem Band, S. 340). Für das supranationale Recht ist das offensichtlich. Für das internationale Recht hat die stärkste Wirkung wohl die Arbeit der Internationalen Arbeitsorganisation zu verzeichnen (s. exemplarisch *A. Mallet*, *Diversification or Standardification: Two Trends in Latin American Social Security*, *International Labour Review* 101 (1970) S. 81 ff.). Doch stößt die Projektgruppe auch in anderen Zusammenhängen immer wieder auf den intensiven Einfluß der IAO auf die nationalen Rechte und also auch auf deren Gemeinsamkeiten. S. dazu auch *Johannes Schregle*, *Internationale Sozialrechtsvergleichung in der normenschaffenden Tätigkeit der Internationalen Arbeitsorganisation*, in: *Hans F. Zacher*, *Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts*, 1978, 133 ff. Doch kann darauf vertraut werden, daß auch der sozialpolitischen Aktivität des Europarates mehr und mehr "stilbildende" Kraft für Sozialpolitik und -recht der Mitgliedstaaten zukommt.

19 Der Verfasser glaubt, die ersten nachhaltigen Anregungen hierzu von *J.J.M. van der Ven* im Rahmen der Korrespondenz zur Vorbereitung des Colloquiums 1976 der Projektgruppe (s. *Methodische Probleme*) und des Referats van der Vens im Rahmen dieses Colloquiums (Das rechtsvergleichende Forum der IAO, in: *Methodische Probleme*, S. 171 ff.) bekommen zu haben und möchte nicht nur diese Urheberchaft bekennen, sondern auch seinen Dank dafür abstaten.

20 S. dazu *Hans F. Zacher*, Vorfragen usw. (Anm. 4), insbes. S. 24 ff., 27 f., 34, 40 f., 62 f., 69, 73 (in diesem Band, S. 331 ff., 334 f., 340, 345 f., 364 f., 370, 373 f.); *J.J.M. van der Ven*, *Das rechtsvergleichende Forum der IAO*, ebenda S. 171 ff. sowie den Diskussionsbericht hierzu (S. 188 ff.); *Kurt Jantz*, *Was ergeben die Erfahrungen bei der supranationalen Harmonisierung von Sozialrecht für einen Sozialrechtsvergleich?*, ebenda S. 195 ff., sowie den Diskussionsbericht hierzu (S. 215 ff.).

einer internationalen Vereinheitlichung des Sozialrechts: das Interesse am Abbau sozialer Hemmnisse gegen den Wechsel des Wohn- und Arbeitsortes über nationale Grenzen hinweg; das Interesse an der internationalen Angleichung der sozialen Daten des wirtschaftlichen Wettbewerbs; die Gleichheitsidee, die a priori zu den wichtigsten Impulsen einer Sozialpolitik gehört, und die nicht ohne Inkonzsequenz an nationalen Grenzen enden kann; endlich die allgemeine Verantwortung des Menschen für den Menschen, die ihm den Kampf gegen Not und für eine menschenwürdige Existenz über die nationalen Schranken hinaus aufdrängt, und die in einer "immer kleiner werdenden" Welt immer bewußter geworden ist. Staatengemeinschaften endlich wie die Europäischen Gemeinschaften können darüber hinaus die ihnen aufgebene funktionale und institutionelle Konkurrenz mit den Mitgliedstaaten nicht bestehen, wenn sie sich nicht in die "sozial-staatliche" Bewährung mit ihnen teilen.

Wie aber läßt sich dieser für die Sozialpolitik heute kennzeichnende hohe Grad an nationaler Autonomie und Individualität mit dem nicht minder hohen Grad an internationalem Streben nach Angleichung und wechselseitiger Öffnung vereinbaren? Die Antwort ist ein Ineinandergreifen der Regelungen, das dem nationalen Recht seinen definitiven und umfassenden Charakter läßt, gleichwohl aber dem Unterschied und vor allem der Verslossenheit nach außen Grenzen steckt. Das geschieht vor allem in *zwei Richtungen*. Die eine ist die der *kollisionsrechtlichen Regelungen*, die vor allem dem Abbau sozialpolitischer Wanderungshemmnisse dienen. Sie finden sich z.B. in den internationalen Sozialversicherungsabkommen und in den europarechtlichen Verordnungen über die soziale Sicherung der Wanderarbeitnehmer. Das nationale Sozialrecht in sich bleibt hier prinzipiell unbeeinflußt. Nur der Sachbereich der Fälle mit Auslands- und Ausländerberührung wird einem internationalen oder supranationalen Regime unterstellt.

Der andere Weg ist der der *Standardisierung des nationalen Rechts*. Um hier die Autonomie des nationalen Sozialrechts zu schonen, muß sich das internationale Sozialrecht auf Prinzipielles und Programmatisches beschränken – wie das für die Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarates typisch ist. Das supranationale Recht versucht darüber hinaus den Weg der Angleichung, der inhaltlich wohl mehr Gleichheit will, aber ebenso größere nationale Resistenzen zu überwinden und mehr nationale Gefährdung des Erreichten zu gewärtigen hat.

Nicht also das Völkerrecht, das sich an das Verhalten des Staates wendet, und abgesehen vom Kollisionsrecht auch nicht das "internationale Einheitsrecht", das auf möglichst unmittelbare Gleichheit der Regelungen zielt²¹, bestimmen die Eigenart des internationalen und supranationalen Sozialrechts. Das bloß auf das äußere Staatsverhalten gerichtete Völkerrecht würde das nationale Sozialrecht zu wenig erreichen. Das "Einheitsrecht" würde die nationale Autonomie und Indivi-

21 S. Jan Kropholler, Internationales Einheitsrecht, 1975 – im folgenden: Kropholler – S. 1 ff.; Neuhaus (Anm. 6), S. 8 ff.

dualität zu sehr beeinträchtigen. Vielmehr sind es vor allem die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts und die Setzung internationaler Standards, die den Charakter des internationalen und europäischen Sozialrechts in der Sache bestimmen. Gerade aus dieser Eigenheit ergibt sich aber die Dichte des Neben- und Ineinander von internationalem und supranationalem Recht einerseits und von nationalem Recht andererseits. Weder überläßt das internationale und supranationale Recht dem nationalen Recht das Feld, noch gibt sich das nationale Sozialrecht zugunsten des internationalen und supranationalen Rechts auf. Dieses sucht jenes zu beeinflussen. Und so findet sich weithin ein- und dieselbe Materie in beiden Ebenen geregelt.

4. Zum Folgenden

Dieses spezifische Miteinander von internationalem bzw. supranationalem und von nationalem Sozialrecht also sollte in dem in diesem Band (*Hans F. Zacher*, Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts, 1978, d. Hrsg.) wiedergegebenen Colloquium auf dem Nenner der Begegnungen von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung gesehen und diskutiert werden. Dabei ergab sich die Fruchtbarkeit des Ansatzes gerade für den Sozialrechtsvergleich. Ebenso aber zeigten schon die Diskussionen und Korrespondenzen, die der Vorbereitung des Colloquiums dienten, als auch das Colloquium selbst, daß dieser Ansatz noch intensiver weiterer Klärung bedarf.

Nach dem ihnen vorgegebenen Forschungsstand, aber auch im Hinblick auf die exemplarische Natur der meisten Themen konnten weder die Referate noch die Diskussionen die durchgehenden Linien einer solchen Klärung, wie sie sich bei der Vorbereitung und noch mehr im Verlaufe des Colloquiums abzeichneten oder zumindest andeuteten, zusammenhängend darstellen. Deshalb ist es das Bemühen dieser Einleitung, diese Linien festzuhalten (s. vor allem unten II.). So möge einerseits der Rahmen, in dem die Referate und Diskussionen zu sehen sind, deutlicher werden. Andererseits aber soll so der weiteren systematischen Vertiefung und Nutzung dieses Ansatzes der Weg bereitet werden.

Die Diskussionen stießen immer wieder auch darauf, wie stark horizontaler Rechtsvergleich sich mit seinen Zusammenhängen und Zwecken auch hinsichtlich seiner Gegenstände und Methoden wandelt²². War die Vermutung zunächst vor allem die, daß die Beziehung horizontalen Rechtsvergleichs zu Recht "höheren" Ranges – und also die Begegnung mit vertikalem Rechtsvergleich dem horizontalen Rechtsvergleich spezifische Züge gibt –, so zeigte sich gerade während des Colloquiums, wie sehr sich auch innerhalb dieses Rahmens noch die Konstellationen zu ändern vermögen. Auch darüber mehr Notizen festzuhalten, als es ihrem konkreten Auftrag nach die Diskussionsberichte tun können, ist der Zweck dieser Einleitung (s. insbes. unten III.).

22 S. dazu vor allem *Léontin-Jean Constantinesco*, Rechtsvergleichung Bd. I, 1971, und Bd. II, 1972 (im folgenden *Constantinesco I* bzw. *Constantinesco II*), Bd. II S. 58 – 68 und S. 331 ff. (= Dritter Teil), insbes. S. 371 ff.

Endlich sollen einige speziellere Überlegungen zum internationalen und supranationalen Sozialrecht und seinem Verhältnis zu den nationalen Sozialrechten und ihrer Vergleichung (s. unten IV.) die Brücke zum eigentlichen Colloquiumsbericht schlagen. Daß es bei allem nur darum gehen kann, den bisherigen Stand dieser Überlegungen festzuhalten, kann nicht nachdrücklich genug betont werden. Die Ansätze scheinen der weiteren Verfolgung wert zu sein; nicht weniger scheinen sie ihrer zu bedürfen.

II. Horizontaler und vertikaler Rechtsvergleich

1. Der weitere Sinn von "Rechtsvergleich"

Wenn hier von horizontalem und vertikalem Rechtsvergleich die Rede ist, so ist offensichtlich, daß der Rahmen des Spezifischen, das Rechtsvergleichung im Zusammenhang mit dem Vergleich zwischen verschiedenen nationalen Rechten meint, überschritten wird. *Vergleichung* wird hier in einem *allgemeineren Sinn* verstanden²³ als das Aneinander-Heranzuführen von vermutlich Vergleichbarem, als die Feststellung der Gleichheiten und Ungleichheiten, Ähnlichkeiten und Unähnlichkeiten und schließlich – je nach dem Sinnzusammenhang – als die Ermittlung der Relevanz von Gleichheit und Ungleichheit, Ähnlichkeit und Unähnlichkeit. Und *Rechtsvergleichung* wird dabei überall dort für möglich gehalten, wo rechtliche Regelungen in diesem Sinn aneinander herangeführt werden – nicht nur, wo ein hinreichend gleiches Problem je in mehreren in sich geschlossenen Rechtsordnungen "parallel" vom Recht aufgegriffen und zu lösen versucht wird, sondern auch dort, wo ein gemeinsames Problem von Normen oder Normgruppen verschiedener, einander zugeordneter Schichtung (wie etwa zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht) angegangen wird. Entscheidend ist, daß Rechtsnormen vergleichend aneinander herangeführt werden²⁴. Entscheidend ist, daß es ein gemeinsames Problem gibt, dem sie zugeordnet sind, an Hand dessen sie vergleichbar sind²⁵. Daß Problem und rechtliche Regelung sich anders zueinander verhalten, wenn etwa eine Norm (z.B. nationalen Rechts) ein Problem direkt und abschließend zu regeln hat, während eine andere Norm (z.B. des supranationalen Rechts) nur die Grundlinie für die Lösung des Programms vorgibt, als wenn zwei

23 *Constantinesco* II, S. 30 f.

24 Siehe in einem weiteren Zusammenhang Rechtsbildung und Rechtsanwendung als ein "Zueinander-in-Entsprechung-Bringen" von Normen und Sachverhalten *Arthur Kaufmann*, Analogie und "Natur der Sache", in: *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie im Wandel, 1973, S. 272 ff.

25 Siehe *Constantinesco* II, S. 100 ff. Siehe auch *Konrad Zweigert* und *Heinz Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Bde. (Bd. I 1971, Bd. II 1969) I S. 42 f. – Siehe zu einer entsprechenden Ausweitung des Begriffs der Rechtsvergleichung auch *Hans Michael von Heinz*, Entsprechungen und Abwandlungen des privaten Unfall- und Haftpflichtversicherungsrechts in der gesetzlichen Unfallversicherung nach der Reichsversicherungsordnung, 1973, S. 163 f. m.w. Nachw.

Regelungen (z.B. beide des nationalen Rechts) das hier wie dort auftretende Problem angehen, und daß von diesen Unterschieden auch das Geschäft der vorrechtlichen Problemformulierung²⁶ geprägt wird, steht außer Frage²⁷. Manchen wird erschrecken, daß in diesem Sinn auch Phänomene wie die Normenkontrolle, die primär als Subsumtion begriffen werden, als Rechtsvergleichung verstanden werden. Doch sei dazu betont, daß die jeweilige spezifische Eigenart dieser "vertikalen" Beziehungsvorgänge nicht in Zweifel gezogen werden soll. Hier geht es primär darum, sie auch in diesem anderen Zusammenhang zu sehen und zu verstehen. Wie das auf die Interpretation des einzelnen Phänomens zurückwirkt, kann und braucht hier nicht weiterverfolgt zu werden.

2. Zum spezifischen sozialrechtlichen Anlaß, "Rechtsvergleich" mehrdimensional zu denken

Vielleicht ist es nützlich, ein Beispiel dafür zu geben, wie der Gedanke eines solchen *weiteren* Rechtsvergleichs in multiplen Zusammenhängen zustande kommen kann und warum er sich gerade für das Sozialrecht aufdrängt. Das Sozialrecht kennt – wie oben schon bemerkt²⁸ – viele internationale Konventionen, die Standards nationalen Sozialrechts festsetzen und sie durch Kontrollverfahren sanktionieren²⁹. Die wichtigsten Beispiele sind die Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation und die Konventionen des Europarates³⁰. Auf Grund von Berichten prüfen Experten und schließlich politische Gremien, ob die Standards vom nationalen Recht auch eingehalten werden. Diese Anwendung internationalen Rechts auf die nationalen Rechtsordnungen erinnert an die Anwendung höher-rangigen Rechts auf niederrangiges Recht, wie sie auch innerhalb der nationalen Rechtsordnungen bekannt ist: Verfassungsrecht auf Gesetzesrecht, Bundesrecht auf Landesrecht usw. Rechte verschiedener Ebenen werden aneinander herangeführt, Übereinstimmung und Nichtübereinstimmung werden geprüft, und die Relevanz von Nichtübereinstimmungen steht zur Entscheidung. Schon bei der Vorbereitung solcher Konventionen wird aber ein ähnlicher Denkvorgang notwendig sein. Dabei ist ein Verhältnis zu den nationalen Rechten herzustellen, die ja entweder garantiert oder verändert werden sollen. Die nationalen Rechte sind also zu dem Projekt des nationalen Rechts, das die Konvention darstellt, in Beziehung zu setzen – mit ihm zu vergleichen.

Dabei bleibt die Rechtsvergleichung in der herkömmlichen Dimension des Vergleichs nationaler Rechte erhalten. Sie gewinnt jedoch neue Aufgaben und Bezugspunkte. Bei der Vorbereitung der Konventionen ist diese Rechtsverglei-

26 S. dazu *Hans F. Zacher*, Vorfragen (Anm. 4), S. 41 ff. (in diesem Band, S. 346 ff.).

27 S. dazu unten S. 388 f., 392 f., 394 f., 399 f.

28 S. oben S. 381.

29 Siehe die Texte bei *Zacher*, Internationales und Europäisches Sozialrecht (Anm. 12).

30 S. dazu noch einmal *van der Ven* (Anm. 20) und *Johannes Schregle* (Anm. 18) und *Siegfried Nagel* in: *Zacher* (Anm. 18, Sozialrechtsvergleich), S. 161 ff.

chung notwendig, um die Relation des Projekts zu der Gesamtheit der potentiell zu betreffenden Rechtsordnungen, zu ihren Gemeinsamkeiten und Eigenarten, zu ihren Wesentlichkeiten und Unwesentlichkeiten herzustellen³¹. Dies wiederholt sich bei der Anwendung der Konventionen (die mehr oder weniger ja immer ein neues Stück konkreter Vertragsschöpfung ist)³². Dazu kommt für die Anwendung aber auch der Aspekt der Gleichheit der Handhabung gegenüber mehreren betroffenen Staaten. Er gibt der Rechtsvergleichung einen spezifischen Sinn und Auftrag. Ist Rechtsanwendung ein Denken in Konsequenzen, so erfordert die Anwendung internationaler Konventionen nicht zuletzt, daß bei der Anwendung einer Konvention auf ein Land bedacht wird, was die Konsequenzen für andere Länder sein werden³³. Schließlich aber bleibt die "reine" Rechtsvergleichung in diesen Gesamtvorgang auch insofern einbezogen, als die Einmischung des internationalen Rechts in das nationale ein Faktor der Gemeinsamkeit für die betroffenen nationalen Rechte ist, bei deren Vergleich untereinander also ebensowenig vergessen werden darf wie bei ihrem Vergleich mit nicht einbezogenen Rechtsordnungen.

Von hierher bietet sich das Denken in einem *Dreieck* an, dessen *Grundlinie* die Dimension der betroffenen *nationalen Rechte und ihrer Vergleichung* symbolisiert, während der *Scheitelpunkt* für die gemeinsame *internationale Konvention* und die *Verbindungslinien* zwischen ihm und der Grundlinie für den "*Vergleich*" *zwischen nationalem und internationalem Recht* stehen. Und weiter bietet es sich an, letztere Dimension als die "vertikale", erstere als die "horizontale" zu bezeichnen. Verläßt man freilich den Rahmen des Beispiels, so zeigen sich auch die Grenzen der Leistungsfähigkeit dieser Bildvorstellung und also auch ihre Bedenklichkeiten.

3. Zum "vertikalen" Rechtsvergleich

a) Zur Maßgeblichkeit höheren Rechts

Vertikal meint ein Oben und Unten, hier also eine Hierarchie. Vertikal meint so in bezug auf zwei oder mehrere gleichzeitig³⁴ bestehende Rechtsordnungen (Rechtsnormen) zugunsten der "oberen" eine Maßgeblichkeit, einen Geltungs-

31 *Constantinesco* II, S. 380 ff. Siehe zur Rechtsvergleichung im Dienst internationaler Gesetzgebung auch *Hans G. Ficker*, *Zur internationalen Gesetzgebung*, in: *Vom deutschen zum europäischen Recht*, Festschrift für Hans Dölle, Bd. II, 1963, S. 35 ff.

32 Siehe *Constantinesco* II, S. 388 ff. – Zur Exemplifikation siehe noch einmal die in Anm. 30 Zitierten und die Diskussionsberichte zu deren Referaten.

33 S. zum Vorigen die eindringlichen Beispiele bei *Hermann Mosler*, *Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten*, *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, 1971, S. 381 ff.

34 Maßgeblich ist im Verhältnis verschiedener Rechtsnormen zueinander auch in der zeitlichen Dimension denkbar: *lex posterior derogat legi priori*. (Hier zeigt sich einmal mehr, daß Rechtsgeschichte Rechtsvergleich in der zeitlichen Dimension ist). In der bisherigen Literatur wird eigentümlicherweise der Terminus "*vertikale Rechtsvergleichung*", soweit ersichtlich, speziell in dieser *historischen Dimension* verwendet. Siehe dazu *Constantinesco* II, S. 51 f.; *Zweigert/Kötz* (Anm. 25), S. 21. Diese Hierarchie kraft zeitlicher Folge muß hier aber außer Betracht bleiben. – Zur Zeitdimension im Sozialrechtsvergleich s.a. *Methodische Probleme* S. 30 f., 60 f., 70 ff. (in diesem Band, S. 337, 362 f., 371 ff.).

anspruch, eine Verbindlichkeit oder eine Vorwegnahme. Wir finden eine solche Relation etwa zwischen

- Gesetzesrecht/Verordnungs- und Satzungsrecht
- Verfassungsrecht/Gesetzesrecht
- Bundesrecht/Landesrecht
- Supranationalem Recht/Mitgliedstaatenrecht
- Völkerrecht/nationalem Recht.

Lassen wir zunächst einmal – absichtsvoll: um die Voreingenommenheit gegenüber den übergreifenden Kategorien gering zu halten – die wichtige Zäsur beiseite, die zwischen innerstaatlichem und überstaatlichem Recht liegt³⁵, so bleiben doch vor allem drei Unterscheidungen zu bedenken, die der Masse vertikaler Rechtsnorm-Beziehungen Gestalt geben und auch ihr Verhältnis zur horizontalen Rechtsvergleichung bestimmen: gleicher oder unterschiedlicher Geltungsbereich (1), Funktionsgleichheit oder Funktionsteilung (2) und Weise und Intensität der Maßgeblichkeit (3).

(1) Zunächst zur Alternative: *gleicher oder unterschiedlicher Geltungsbereich*.

– Vertikaler Rechtsvergleich kann Rechtsebenen vor sich haben, die sich *nur durch* Geltungsweise und Geltungsrichtung (meist artikuliert als “Rang”) *unterscheiden* (Beispiel: Verfassungsrecht/Gesetzesrecht im Einheitsstaat). Die vertikale Dimension ist hier isoliert. Die horizontale Dimension fehlt.

– Vertikaler Rechtsvergleich kann Rechtsebenen vor sich haben, die sich *durch* den (meist) *territorial oder personal partikularen* oder den jeweils *umfassenderen Geltungsbereich unterscheiden* (Beispiel: Bundesrecht/Landesrecht). Die Möglichkeit der Begegnung vertikaler und horizontaler Rechtsvergleichung zeigt sich hier an.

(2) Sodann zur Unterscheidung: *Funktionsgleichheit oder Funktionsteilung*.

– Vertikaler Rechtsvergleich kann *Rechtsebenen* vor sich haben, die *einander* in der Regelung eines Gegenstandes *ausschließen*. Was in der einen Ebene geregelt ist, kann dann in der anderen nicht auch – sicher nicht abweichend, allenfalls also durch reine Rezeption der Regelung der anderen Ebene – geregelt sein (Beispiel: “Bundesrecht bricht Landesrecht”). Vertikaler Rechtsvergleich bedeutet in diesem Fall in der Regel, darüber zu befinden, ob zwei einander ausschließende Regelungen vorliegen, von denen die nachrangige dann ungültig wäre oder sonstwie weichen müßte. Diese Verkümmerng der vertikalen Rechtsvergleiche läßt den Fall auch für die Begegnung von horizontalen und vertikalem Rechtsvergleich als einen Grenzfall erkennen.

– Sehr viel häufiger bedeutet vertikale Rechtsbeziehung aber, daß von mehreren *Rechtsebenen* eine die unmittelbare Regelung eines Gegenstandes (etwa der sozialen Sicherheit) übernimmt, eine andere aber bestimmte Inhalte programmatisch vorgibt (z.B. multilaterale Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation oder des Europarates oder auch bilaterale Sozialversicherungs-

35 S. u. S. 392 ff.

abkommen) oder auch verbietet (z.B. Diskriminierungsverbote des nationalen Verfassungsrechts, der Grundrechtskonventionen des Europarates oder der Vereinten Nationen oder auch des supranationalen europäischen Rechts). Die höhere Ebene hat dann einen *vorordnenden* Charakter (besonders typisch etwa EG-Richtlinien). Dieses Zusammenwirken kann aber auch darin bestehen, daß das höhere Recht einen direkt geltenden *Rahmen* steckt, der von dem niedrigeren Recht zu einer insgesamt funktionsfähigen Regelung ergänzt wird, so daß dem höheren Recht vorordnender und ordnender Charakter zugleich zukommt (Hauptbeispiel: Rahmenrecht des Bundes, das selbst unmittelbar gilt und nicht nur für den Landesgesetzgeber). Für alle diese Fälle ist eine – im einzelnen sehr unterschiedlich strukturierte – *Arbeitsteilung der verschiedenen Rechtsebenen* zu beobachten, auf die noch zurückzukommen ist³⁶. Sie bezieht sich auf die Bewältigung des gemeinsamen Problems, das die Möglichkeit und Notwendigkeit dann auch des Rechtsvergleichs konstituiert.

(3) Die Vielfalt der *Rechtstechniken der Maßgeblichkeit* der höheren Norm für die niedrigeren Normen ist wohl unerschöpflich.

– Die Vereinbarkeit mit dem höheren Recht kann für das niedrigere positive (Ermächtigung) oder negative *Geltungsbedingung* (mit der Sanktion der Nichtigkeit oder der Vernichtbarkeit, Anfechtbarkeit usw.) oder (obligatorische) *Verpflichtung* sein, die mit allgemeinen oder spezifisch gestalteten Sanktionsmechanismen des Völkerrechts, des supranationalen Rechts oder des staatlichen Rechts mittels gerichtlicher Rechtsbehelfe oder einseitig (z.B. staats- und verwaltungsrechtlich etwa im Wege der Aufsicht oder vertrags- oder allgemein völkerrechtlich etwa im Wege der Vergeltung) durchgesetzt wird, ohne daß die Verletzung schon die Geltung beeinträchtigte. Möglich ist auch, daß mehr oder minder nur eine prozessuale Rechenschaftspflicht oder die Feststellung der Pflichtverletzung und deren “moralische” Wirkung vorgesehen ist (wie etwa im Kontrollverfahren zur Europäischen Sozialcharta). Alle diese Zusammenhänge implizieren vertikalen Rechtsvergleich.

– Nicht auszuschließen ist, daß das “*höhere Recht*” nur *deklaratorische* Bedeutung hat (wie etwa Verfassung in autoritären oder auch radikal mehrheitsdemokratischen Staaten, denen die juristisch wirksame Selbstbindung an ein Verfassungsrecht hinderlich ist, die aber gleichwohl Leitlinien für Politik und Recht deklarieren wollen; ähnlich auch die Funktion internationaler Proklamationen, wie zuletzt spektakulär etwa das Abkommen von Helsinki). Doch kann sein, daß das Aneinander-Heranführen von solchen Texten und Rechtsnormen dem Rechtsvergleich vollends unähnlich ist.

Vielfältig sind sodann die Möglichkeiten in Hinsicht darauf, wer die Nichtübereinstimmung *geltend machen* kann (z.B. nur Vertragspartner oder jedermann) und wer über sie *zu entscheiden* hat (z.B. die besonderen Kontrollorgane der Internationalen Arbeitsorganisation zur Durchsetzung ihrer Konventionen und

36 S. u. S. 388 f. und S. 393 ff.

des Europarates zur Durchsetzung der Europäischen Sozialcharta; oder das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 des Grundgesetzes). Dies zu systematisieren, ist hier nicht der Ort. Es geht nur darum, die Vielfalt der Zusammenhänge zu demonstrieren, in denen "vertikaler" Rechtsvergleich geboten sein kann.

b) Die Gemeinsamkeiten des Gegenstandes

Alle diese Fälle setzen ein Mindestmaß an Gemeinsamkeit des Gegenstandes von "höherem" und "niedrigerem" Recht voraus. Vielfältig aber ist die Weise, auf die sie sich in die Bewältigung dieses gemeinsamen Gegenstandes teilen. Die Unterscheidung zwischen der "toten Alternative" der Ausschließlichkeit und der "vitalen Alternative" der Funktionsteilung wurde schon genannt. Und die vielfältigen Möglichkeiten eben dieser Funktionsteilung wurden schon angedeutet. Zu betonen ist aber noch eine Unterscheidung, die hier mit den Vokabeln von "*Idealteilung*" und "*Realteilung des gemeinsamen Gegenstandes*" artikuliert werden soll.

Vorordnung durch Programme, Prinzipien usw. kann als "*Idealteilung*" betrachtet werden. Das "höhere" Recht regelt grundsätzlich und distanziert, das "niedrigere" detailliert und definitiv, aber doch nach "oben" gebunden. Ihr Terrain aber ist dasselbe. Der letzte Satz freilich ist der Erläuterung bedürftig. Er gilt uneingeschränkt, wo etwa Programm und definitive Regelung beide "Feldcharakter" haben und sich darin decken: etwa internationale und nationale Regelungen über Krankenversicherung. Das gemeinsame Terrain hat dagegen im Verhältnis zu den Regelungsbereichen der beiden vertikal zueinander stehenden Instrumente Ausschmittscharakter, wenn etwa eine internationale Regelung über Wanderarbeitnehmer auf den Status eines Wanderarbeitnehmers im nationalen Krankenversicherungsrecht anzuwenden ist. Das gemeinsame Terrain ist der Überschneidungsbereich der Krankenversicherung für Wanderarbeitnehmer. Und das gemeinsame Terrain schrumpft auf ein Minimum, wenn sehr prinzipielle internationale Garantien, wie etwa Menschenrechte, auf nationales Sachrecht anzuwenden sind. Der gemeinsame Gegenstand einer internationalen Garantie der körperlichen Unversehrtheit und des nationalen Krankenversicherungsrechts ist dann etwa die Sicherung der körperlichen Unversehrtheit im Krankenversicherungsrecht.

"*Realteilung*" dagegen kann so aussehen, daß *beide* Rechtsschichten gleichermaßen detailliert und definitiv regeln und zwar getrennte Gegenstände, die aber so ineinander verklammert sind, daß sie zusammen einen einheitlichen Gegenstand bilden. Dann ist es zumeist auch der Zweck des Systems, daß die Befugnis des "höheren" Rechts, gewisse Gegenstände zu regeln, auf die Befugnis des "niedrigeren" Rechts, den "Rest" zu regeln, steuernd ausstrahlt. Dieses Phänomen hier hervorzuheben, besteht deshalb Anlaß; weil nicht selten "höheres" internationales oder supranationales Sozialrecht darauf reduziert ist, die Begegnung der "niedrigeren" nationalen Sozialrechte zu kontrollieren und die Durchlässigkeit der nationalen Systeme zu gewährleisten. Das geschieht vor allem durch Kollisionsrecht.

In dem Maße, in dem das "höhere" Recht damit dem "niedrigeren" nationalen Sozialrecht rechtlich Verbindliches oder auch faktisch Zwingendes für die Gestaltung des nationalen Rechts vorgibt und vorgeben darf und soll, induziert das einen gemeinsamen Gegenstand beider Rechtsschichten.

c) "Vertikalität" im weiteren Sinne

Gemeinsamkeit des Gegenstandes *und* Maßgeblichkeit des "höheren" Rechts für das nachgeordnete in bezug auf den gemeinsamen Gegenstand konstituieren das Wesentliche der vertikalen Dimension. Vertikalität ist nun auch in einem allgemeineren Sinn denkbar. Das Vorstellungsbild vertikaler Anordnung von Rechtsebenen ist auch dann berechtigt, wenn eine Rechtsebene für die andere *überhaupt* – in bezug auf gewisse Gegenstände oder jedenfalls das Rechtssubjekt der anderen Ebene – maßgeblich sein kann (in diesem Sinne kann etwa Völkerrecht, das den Staat bindet, der die Gesetze erläßt, als das dem staatlichen Recht gegenüber genuin höhere Recht angesehen werden). Allgemeine hierarchische Vorstellungsbilder von einem Stufenaufbau von Rechtsebenen³⁷ entsprechen meist einer solchen Vertikalität.

Dies zu sehen, ist nicht nur von Interesse, weil Rechtsvergleich in dieser Relation nicht weniger stattfindet als in der engeren "Vertikalität" (so etwa wenn nationales Wasserrecht dazu dient, internationales zwischenstaatliches Wasserrecht zu bilden oder zu ergänzen³⁸, wenn nationale Dienst- und Sozialsicherungsrechte die Muster für das Dienst- und Sozialsicherungsrecht internationaler Organisationen abgeben, oder wenn im Bundesstaat – ganz selbstverständlich – die Regelungsvorräte des Landesrechts auf das Bundesrecht abwandern oder umgekehrt). Dies zu sehen, ist vor allem auch aufschlußreich, weil es erlaubt, die Eigenart des im engeren Sinne "vertikalen" Rechtsvergleiches zu erkennen. Im engeren "vertikalen" Rechtsvergleich stehen die Maßgeblichkeit des "höheren" Rechts für das "niedrigere" Recht, die Funktionsteilung der beiden Rechtsschichten untereinander und die Gemeinsamkeit des Gegenstandes zueinander in einem bedingenden Zusammenhang. Im weiteren "vertikalen Rechtsvergleich" fehlt es mangels Maßgeblichkeit des "höheren" Rechts für das "niedrigere" Recht an einer entsprechenden Funktionsteilung und also auch an der Gemeinsamkeit

37 S. dazu etwa *Hans Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 1948, S. 30 ff., insbes. S. 43 ff. s. für den Einbezug des Völkerrechts ergänzend *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 228 ff., 324 f.; *Verdross/Simma* (Anm. 14), S. 66 ff.; s. ferner auch *Harold Valladão*, International and Internal Law, The Primacy of the Higher Juridical Order, in: Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound, Indianapolis, New York, 1962, S. 58 ff. – Zum Zusammenhang solcher Stufen-Vorstellungen mit dem Kollisionsrecht s. *Vogel*, Der räumliche Anwendungsbereich usw. (Anm. 5), S. 241 ff. (mit eingehendem weiteren Material zu den "Stufenlehren" selbst). Zu der Relevanz für die Rechtsvergleichung s. *Constantinesco II*, S. 122 ff., 203 ff. Für das europäische Recht s.a. *Edgar Reiners*, Die Normenhierarchie in der Europäischen Gemeinschaft, Jahrbuch des öffentlichen Rechts n.F. Bd. 23 (1974) S. 1 ff.

38 Siehe dazu etwa *Friedrich J. Berber*, Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts, 1955.

des Gegenstandes. Die beiden Rechtsschichten können verglichen werden kraft der Gleichheit des vorrechtlichen Problems³⁹, das aber hier nicht auch einen gemeinsamen Regelungsgegenstand abgibt. Sie können also verglichen werden wie sonst "Rechte" gleichen Ranges horizontal miteinander verglichen werden⁴⁰. Damit tritt aber gerade auch eine wesentliche Differenz des engeren "vertikalen" Rechtsvergleiches zum herkömmlichen "horizontalen" Rechtsvergleich hervor: die Überschreitung der Schwelle von der Gemeinsamkeit eines vorrechtlichen Problems, die aller Rechtsvergleich voraussetzt, zu der Gemeinsamkeit eines Regelungsgegenstandes.

4. Zum "horizontalen" Rechtsvergleich

Horizontaler Rechtsvergleich also bezieht sich auf mehrere Rechte (generell) gleichartiger oder doch (speziell) analoger Funktion, die sich in keinem Verhältnis vorgegebener Maßgeblichkeit des einen Rechts für das andere befinden, z.B.

- das "normale" staatliche, die Lebensverhältnisse regelnde Recht (Gesetzesrecht, Verordnungsrecht, Richterrecht usw.) verschiedener Länder⁴¹
- völkerrechtliche Verträge verschiedener Partner
- Völkerrecht verschiedener internationaler Organisationen⁴² und
- a priori komplizierter: supranationales Recht und funktionsgleiches Recht von Nichtmitgliedstaaten.

Diese Beispiele gehen davon aus, daß der Unterschied zwischen den zu vergleichenden "Rechten" vor allem dadurch konstituiert wird, daß die Vergleichsobjekte in jeweils verschiedenen Rechtsordnungen angesiedelt – d.h. verschiedenen Rechtsordnungssubjekten (Staaten, autonomen Rechtssetzungsträgern, Vertragspartnern usw.) zuzurechnen – sind.

Im Blick auf den im engeren Sinne vertikalen Rechtsvergleich sind hier zwei Klärungen anzubringen. Die eine betrifft *den Makrovergleich*. Horizontaler Rechtsvergleich wird bekanntlich als Mikrovergleich oder als Makrovergleich für möglich gehalten⁴³.

39 Siehe oben Anm. 25 und 26.

40 Siehe außerdem unmittelbar folgend unten 4.

41 Im nationalen Rahmen auch:

- Landesrecht verschiedener Gliedstaaten

- statutarisches Recht (Satzungsrecht) verschiedener Körperschaften oder Anstalten.

Möglicherweise kann ein solcher Vergleich auch wieder den nationalen Rahmen verlassen (z.B. Vergleich deutschen und österreichischen Landesrechts, schweizerischen kantonalen Rechts usw. oder Vergleich deutschen und schweizerischen kommunalen Satzungsrechts). Dieser gerade auch im Sozialrecht interessante Bereich (kommunales Recht vor allem im Fürsorgebereich, Statuten von Sozialversicherungsträgern) muß im folgenden vernachlässigt werden, um den Gedankengang nicht durch Komplikationen und die Gefahr irreführender Assoziationen zu erschweren.

42 Insbesondere z.B. bei unterschiedlichem regionalem Zuschnitt (z.B. UN- oder IAO-Recht einerseits/Europarecht andererseits) oder bei funktionaler Differenz (etwa zwischen WHO und IAO).

43 S. etwa *Max Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1974, S. 31 ff.

Vertikaler Rechtsvergleich dagegen ist als Makrovergleich wohl undenkbar. Das ergibt sich aus der Alternative zwischen dem Verhältnis von Ausschließlichkeit und dem Verhältnis von arbeitsteiligem Zusammenwirken, in dem vertikal einander zugeordnete Regelungen zueinander stehen können. Keines von beidem verträgt sich mit der Parallelität, in der "makro" miteinander verglichene Rechtsordnungen nebeneinander existieren müssen.

Die andere Klärung betrifft eben den *Mikrovergleich*. Er vollzieht sich gemeinhin, indem die Lösungen des gleichen Problems in verschiedenen Rechtsordnungen miteinander verglichen werden. Der Offenheit, mit der Vokabel und Denkvorstellung des "Vergleichs" herangezogen wurden, um vom "vertikalen Rechtsvergleich" zu reden, entspricht es nun aber, auch für den horizontalen Vergleich die Kategorien Problem – Rechtsordnung – Lösung weiter zu "zerlegen"⁴⁴.

Um den Rahmen eines Rechtsvergleichs abzugeben, müssen Rechtsordnungen nicht den Grad an Eigenständigkeit und Vollständigkeit haben, der nationale Rechtsordnungen auszeichnet. Das notwendige Minimum ist, daß das die "Rechtsordnung" tragende Subjekt (oder: die die "Rechtsordnung" tragenden Subjekte) oder die Gegenstände oder beides sich unterscheiden. Für den Mikrovergleich unerlässlich ist nur, daß innerhalb dieser "Rechtsordnungen" ein engeres Element ausgemacht werden kann, das eine Lösung für ein den mehreren "Rechtsordnungen" gemeinsames Problem darstellt. Um einige extreme Beispiele zu geben: (1) Zwei zwischen verschiedenen Vertragsparteien (Verschiedenheit der Subjekte!) geschlossene Mietverträge können verschiedene "Rechtsordnungen" darstellen, die daraufhin verglichen werden können, in welcher Weise sie das Problem der Haftung für Mitbenutzer der Mietsache gelöst haben; (2) selbst zwei zwischen den gleichen Vertragsparteien geschlossene Verträge über das Urheberrecht an zwei verschiedenen Büchern (Verschiedenheit des Gegenstandes!) können daraufhin verglichen werden, in welcher Weise sie die Beendigung des Vertrags geregelt haben⁴⁵. Für die Überlegungen hier ist dies vor allem wichtig, um etwa auch den Vergleich von völkerrechtlichen Verträgen (z.B. Sozialversicherungsabkommen) untereinander, den Vergleich verschiedener Instrumente internationaler Organisationen⁴⁶, den Vergleich von partikularen Gesetzen, Statuten

44 S. allgemein hierzu *Constantinesco* II, Erster Teil, II. Kapitel (S. 277 ff.).

45 S. noch einmal von *Heinz* (Anm. 25).

46 Siehe demgegenüber *Hans Kutscher*, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, aus der Sicht eines Richters, in: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Begegnung von Justiz und Hochschule, 27. bis 28. September 1967, 1976, I – 24: "Man hat von rechtsvergleichender Auslegung gelegentlich auch dann gesprochen, wenn zur Interpretation der Bestimmungen eines Vertrages die Vorschriften der anderen Verträge herangezogen worden sind. Dies ist nicht berechtigt. Das Gemeinschaftsrecht ist, obwohl es auf mehreren Verträgen beruht – die jedoch einheitliche Organe vorsehen –, als Einheit, als Recht der Europäischen Gemeinschaft zu verstehen. Der Grundsatz der Einheit des Gemeinschaftsrechts, das die Abwesenheit von Widersprüchen innerhalb dieser Einheit fordert, gebietet eine harmonisierende Auslegung der drei Verträge". *Kutschers* These impliziert die

usw. innerhalb eines nationalen Rechts oder dergleichen Vergleiche einbeziehen zu können. Im Lichte vorordnenden, höheren Rechts und somit in der Dreiecksbeziehung von vertikalem und horizontalem Rechtsvergleich, aber auch wegen der praktischen Unschärfe der Grenzen zwischen engerem und weiterem vertikalem Vergleich sowie zwischen weiterem vertikalem und horizontalem Vergleich ist die Offenheit gerade auch für solche Vergleichszusammenhänge von Bedeutung.

5. Dimensionen von Nähe und Distanz als analoge Probleme des horizontalen und des vertikalen Rechtsvergleichs

Diese Kriterien von Nähe und Entfernung der Vergleichsgegenstände, die Rechtsvergleichung immer in Rechnung zu stellen hat⁴⁷, sind nicht eindeutig jeweils horizontalen oder vertikalen Vergleichszusammenhängen zugeordnet. Vielmehr zeichnen sich gerade hier konkrete Gemeinsamkeiten zwischen vertikalen und horizontalen Rechtsvergleichungen ab. Sie können das Begegnungsfeld von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung im konkreten Zusammenhang in besonderer Weise herausheben. Das will heißen: die Einheit, die sie zwischen den implizierten Vorgängen horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung stiften, kann wirksamer sein als die Gemeinsamkeit, die sie mit jeweils "artgleichen" Vorgängen horizontaler oder vertikaler Rechtsvergleichung verbindet.

So gibt vor allem die Zugehörigkeit zu einer *gemeinsamen staatlichen Rechtsordnung* dem Vergleich Bundesrecht/Landesrecht, dem Vergleich der Landesrechte untereinander und schließlich dem Dreieck, in das beide Vergleiche gefügt werden können, eine gemeinsame Qualität; so wie das *Verlassen einer gemeinsamen staatlichen Rechtsordnung* sowohl dem Vergleich Völkerrecht/nationales Recht als auch dem Vergleich mehrerer nationaler Rechte eine andere – gerade durch diese Distanz geprägte international oder transnational zu nennende – gemeinsame Qualität gibt. Auch der *Gegenstand* liefert Kriterien von Nähe und Distanz. So sind etwa völkerrechtliche Verträge und innerstaatliche Gesetze, die sich auf das Sozialversicherungsrecht beziehen, durch diese Gemeinsamkeit des Gegenstandes präsumptiv weiterreichend und intensiver vergleichbar als völkerrechtliche Verträge über Sozialversicherung mit völkerrechtlichen Verträgen über Besteuerung oder sozialversicherungsrechtliche Gesetze mit Steuergesetzen. Besonders nahe liegt das Beispiel der Verwandtschaft von völkerrechtlichen Verträgen über Kollisionsrecht mit sachlich entsprechendem nationalem Kollisionsrecht. Andere

Möglichkeit eines Vergleichs zwischen mehreren Verträgen unter den gleichen Subjekten. Nur sieht ihn *Kutscher* "vertikal" überlagert durch das Verbot von Widersprüchen. Das erscheint zu allgemein. Neben notwendiger Übereinstimmung sind auch zulässige Unterschiede zwischen den Verträgen denkbar, ja wohl auch notwendig. Und auch insofern kann Vergleich zulässig und für die Auslegung nützlich sein.

47 Siehe dazu etwa den Abschnitt "Die Vergleichbarkeit der zu vergleichenden Elemente" in: *Constantinesco* II, S. 68 ff.

Kategorien von Nähe und Distanz der zu vergleichenden Rechtsordnungen oder Regelungen können Eigenarten des Geltungsbereiches sein: Gemeinsamkeit der betroffenen Personenkreise, regionale Gemeinsamkeiten (auch im Völkerrecht z.B. die Gemeinsamkeiten der Weltregionen, insbesondere der europäischen), oder institutionelle Parallelen (etwa zwischen Sozialversicherungsträgern oder Gerichtsbarkeiten). Endlich ist das Meer der Gemeinsamkeiten, Ähnlichkeiten, Verwandtschaften oder Unterschiede in der rechtlichen, gesellschaftlichen, politischen, ökonomischen oder technischen *Ambiance*⁴⁸, wie sie für den Rechtsvergleich zum Teil auch als Stilmerkmale des Rechts begriffen werden⁴⁹, zu nennen – die freilich mit Gegenstand und Geltungsbereich eng zusammenhängen. Auch und gerade diese Stilelemente haben ihren Sinn nicht nur für den horizontalen Rechtsvergleich, für den sie zunächst konzipiert wurden, sondern auch für den vertikalen Rechtsvergleich.

Gleichheit und Ungleichheit, Ähnlichkeit und Unähnlichkeit der Vergleichsgegenstände sind in der Regel das Produkt vieler Faktoren. Unter ihnen kommt im einzelnen Vergleichszusammenhang aber möglicherweise einem oder mehreren dominierende Bedeutung zu. Das gilt in horizontaler wie in vertikaler Richtung für Gleichheit, Ungleichheit, Ähnlichkeit oder Unähnlichkeit des *Gegenstandes* und für die Zugehörigkeit *entweder* zu der umfassenden, dichten, differenzierten, wirkmächtigen und geschlossenen *Ganzheit* – desselben *oder* eines je anderen – *staatlichen Rechts* *oder* zu der sporadischen, in Dichte und Differenzierung unausgeglichene, wirkschwachen und ergänzungsbedürftigen Sphäre des Völkerrechts. Jedenfalls aber gibt es typische Schwellen, an denen eine Reihe von Gemeinsamkeiten durch Verschiedenheiten ausgetauscht werden – oder umgekehrt: Verschiedenheiten durch Gemeinsamkeiten.

6. Spezifische Elemente der vertikalen Dimension

Die Skizze diente bisher dazu, die vertikale Rechtsvergleichung neben der vertrauten horizontalen Rechtsvergleichung zu identifizieren und die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu umreißen. Nun erscheint es geboten, die Eigenart der vertikalen Rechtsvergleichung – im Rahmen des hier und jetzt Möglichen – noch etwas zu verdeutlichen.

a) Maßgeblichkeit und funktionale Verklammerung als spezifische Vorgabe vertikaler Rechtsvergleichung

Oben wurde gesagt, daß sich die – im engeren, eigentlichen Sinn – vertikale Dimension durch die Maßgeblichkeit eines Rechts für das andere auszeichnet – eine Maßgeblichkeit, deren Abwesenheit andererseits die horizontale Dimension

48 S. *Constantinesco* II, S. 106 ff., insbes. S. 109 ff.; s. speziell zum Sozialrechtsvergleich auch *Zacher*, Vorfagen usw. (Anm. 4), S. 33 ff. (in diesem Band, S. 339 ff.).

49 *Zweigert/Kötz* (Anm. 25), Bd. I.

konstituiert. Hat diese Maßgeblichkeit den Charakter der Ausschließlichkeit⁵⁰, so führt Rechtsvergleich nur zur Feststellung, welche von mehreren Regelungen gelten kann oder darf. "Normale" Rechtsvergleichung aber richtet sich auf den Vergleich nebeneinander existierender, nicht einander verdrängender Rechte. Nur der Vergleich vertikal in Funktionsteilung zusammenwirkender Rechte⁵¹ ist also im engeren Sinne analog zum üblichen horizontalen Rechtsvergleich.

aa) Insbesondere zur funktionalen Verklammerung

Diese Funktionsteilung zweier "Rechte" bei Maßgeblichkeit des einen "Rechts" für das andere "Recht" kann im Zusammenhang dieser Überlegungen am zweckmäßigsten typisiert werden wie folgt. Die "obere" Regelung kann sein:

– *unmittelbar verbindliche Sachregelung*: wie die Regelung (z.B. kollisionsrechtlicher Fragen) durch unmittelbar anwendbare völkerrechtliche Verträge, die im Zusammenhang nationalen Rechts wirken, diesem aber vorgehen und es binden; oder wie bundesrechtliche Regelungen, die vom Landesrecht auch dann zu respektieren sind, wenn sie sich erst zusammen mit Landesrecht zu einer "vollen" Regelung fügen (sei es, daß Bundesrecht – wie z.B. in der Sozialhilfe – im Sinne von Bundesrecht als Regel und Landesrecht als Ausnahme – Einzelfragen für ergänzendes Landesrecht ausspart; sei es, daß Bundesrecht einen Rahmen steckt, der mit ergänzendem Landesrecht zusammen eine funktionsfähige Regelung bildet; sei es, daß Bundesrecht und Landesrecht einander berührender Gegenstände ineinandergreifen; wobei diese Beispiele im Verhältnis von europäischem Vorordnungsrecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten analog gebildet werden können);

– *prinzipielle Regelung*, die sich primär an "untere" Rechtssetzungssubjekte wendet und deshalb nie in gleicher Weise definitiv sein kann wie eine Sachregelung: wie der Erlaß supranationaler Richtlinien, an welche die nationalen Rechte gebunden sind; der Erlaß von Bundesrahmenrecht, das seinen Gegenstand nicht unmittelbar, sondern nur durch Vorgaben an den Landesgesetzgeber regelt⁵²; oder auch wie – auf wesentlich andere Weise – die Geltung von Grundrechten gegenüber dem differenzierten Gesetzesrecht;

– *programmatische Regelung*, die stärker als die prinzipielle Regelung den Vorbehalt der Verwirklichung und ihre Eigengesetzlichkeit in sich trägt: wie die Festsetzung sozialrechtlicher Standards durch ILO-Übereinkommen oder Europaratskonventionen; oder wie Zusagen in völkerrechtlichen Verträgen, die durch

50 S. o. S. 386.

51 S. o. S. 386 f.

52 Ein Beispiel sind die in Kanada üblichen Sozialgesetze auf Gebieten, auf denen dem Bund die Gesetzgebungsfähigkeit fehlt. Der Bund erläßt in diesen Fällen ein Gesetz über die Regelung, die er bezuschußt – der Kompetenz nach also ein Finanzgesetz, der Sache nach aber überwiegend ein Sozialgesetz. Die bundesrechtlichen Modelle sind dabei ziemlich detailliert, wenn nicht erschöpfend. Und den Provinzen bleibt, wenn sie nicht den Bundeszuschuß einbüßen wollen, mehr oder minder nur die Übernahme.

nationales Recht erfüllt werden müssen; oder auch wie programmatische Verfassungsaufträge im Verhältnis zum Gesetzesrecht;

– *Ermächtigung*, die sich durch die Stringenz der Geltungsbedingung der Ermächtigung für derivatives Recht und die potentielle Minimalität der Sachaussage auszeichnet: wie weithin die Ermächtigung des Gesetzesrechts zu autonomem Satzungsrecht⁵³.

Dabei sind Übergänge und Kombinationen zwischen diesen Typen denkbar und verbreitet⁵⁴.

Diesem Verhältnis entspricht es, daß die vertikal zu vergleichenden Regelungen nie in gleicher Weise ähnlich sind wie etwa Regelungen gleicher Ebene (gleicher Maßgeblichkeit) des gleichen Gegenstandes (z.B. in verschiedenen nationalen Rechten)⁵⁵. Haben die im herkömmlichen Sinn horizontal zu vergleichenden Regelungen den typischen Unterschied eines gleichartigen, aber konkret anderen Gegenstandes in einer anderen (rechtlichen, eventuell auch gesellschaftlichen, politischen usw.) Umwelt, so haben die vertikal zu vergleichenden Regelungen eine typischen funktionalen Unterschied.

Dieser kann der oben angenommenen Typik folgend sein:

– partikulare Vorgabe des maßgeblichen Rechts und komplementäre Anfügung des untergeordneten Rechts im Falle der *unmittelbar verbindlichen Sachregelung*;

– prinzipielle und primär begrenzende Vorgabe des maßgeblichen Rechts und sachregelnde Differenzierung und Vollständigkeit des untergeordneten Rechts im Fall der *prinzipiellen Sachregelung*;

– prinzipielle, aber verpflichtende und steuernde Vorgabe des maßgeblichen Rechts und sachregelnde Differenzierung und Vollständigkeit des erfüllenden untergeordneten Rechts im Fall der *programmatischen Sachregelung*;

– prinzipielle Vorgabe des maßgeblichen Rechts in einer Ermächtigung, durch deren Einhaltung der Auftrag des unmittelbar sachregelnden untergeordneten Rechts begrenzt ist.

bb) Zu den Sanktionen der Maßgeblichkeit

Die Fülle der Gewährleistungen der Übereinstimmung von maßgeblichem und untergeordnetem Recht kann hier ebenso wie die Fülle der *Sanktionen*, die *mit der*

53 Es versteht sich, daß diese Erscheinung sich *innerhalb* der staatlichen Rechtsordnung und ihrer Normenhierarchie findet; denn nur hier ist die lineare Ableitung des "unteren" Rechts von den Ermächtigungen des "oberen" Rechts denkbar.

54 Nicht einheitlich einzuordnen in diese Kategorie ist das, was *Jan Kropholler* als "Internationales Einheitsrecht" beschreibt. Wesentlich ist diesem Einheitsrecht zwar die unmittelbare Sachregelung. Und somit stimmt es weitgehend mit dem überein, was hier mit der ersten Kategorie gemeint ist. Aber da für *Kropholler* die Einheitlichkeit Vorrang hat, genügt ihm auch Übereinstimmung ohne Verbindlichkeit (Beispiel: Paralleles nationales Recht s. insbes. S. 105 ff.). Andererseits sind auch prinzipielle und programmatische Vorgaben nicht vollends ausgeschlossen (s. z.B. S. 291 f.). Jedoch hat gerade wegen dieser Offenheit *Kropholler* viele der hier interessierenden Probleme erörtert oder doch namhaft gemacht.

55 S. a. nochmals oben S. 383 f., 385 ff.

Nichtübereinstimmung von maßgeblichem und untergeordnetem Recht *verbunden* sind, nicht einmal typisierend skizziert werden⁵⁶. Im Verhältnis von Völkerrecht zu nationalem Recht, von supranationalem zu mitgliedstaatlichem Recht, von Bundesrecht zu Landesrecht, von Verfassungsrecht zu einfachem Recht, von staatlichem Recht zu autonomem Recht, stellen sie sich im Grundsätzlichen ebenso wie in den gegenständlichen und funktionalen, nationalen, regionalen und historischen Besonderheiten überaus vielfältig dar. Gleichwohl sind gerade diese Mechanismen und ihre Unterschiede für den Sinnzusammenhang vertikaler Rechtsvergleichung nicht fortzudenken. Vertikale Rechtsvergleichung⁵⁷ hat Gleichheit und Ähnlichkeit immer unter der Voraussetzung dieser funktionalen Differenz zu verstehen. Ungleichheit und Unähnlichkeit aber haben darüber hinaus von der Prämisse der Maßgeblichkeit her immer eine spezifische Relevanz: der Ungültigkeit der nachgeordneten Norm, der Änderungspflicht des verantwortlichen Rechtssetzungsträgers; der Sanktionsbefugnisse derer, die für die Wahrung des maßgeblichen Rechts verantwortlich oder auf die Einhaltung des Rechts berechtigt sind, usw. Diese Relevanz fehlt dem Ausgang horizontaler Rechtsvergleichung.

Diese Relevanz ist rechtstechnisch aber nicht darstellbar ohne prozessuale und organisatorische Ausformung und subjektive Zuordnung der Kompetenz, über sie zu befinden. Vertikale Rechtsvergleichung ist, wenn sowohl das "obere" als auch das "untere" Recht schon bestehen und nicht erst geschaffen werden sollen, im einzelnen auf die verschiedenste Weise direkt eingebunden in Rechtsanwendung. Horizontale Rechtsvergleichung dagegen ist in Rechtsanwendung nur mittelbar einbezogen⁵⁸. Vertikale Rechtsvergleichung ist so nicht nur methodisch in anderer Weise zugleich gebunden und gefordert. Zwangsläufig sind vielmehr auch die Unterschiede in den Zwecken und Zusammenhängen solcher Verfahren (richterliche, administrative oder politische Verfahren; hauptsächliche oder inzidente Entscheidungen; Verfahren im individuellen oder im öffentlichen Interesse usw.) und in den Subjekten der Verfahren und insbesondere der Entscheidungen (Richter, Politiker, Sachverständige usw.) auch Unterschiede der vertikalen Rechtsvergleichung.

Dient vertikale Rechtsvergleichung der Schaffung neuen Rechts, so gilt dies freilich nicht unmittelbar. Immerhin hat die Gestaltung "oberen" Rechts zu kalkulieren, ob es die beabsichtigte Wirkung gegenüber dem vorgefundenen "unteren" Recht wird haben können (Primat der spezifischen Maßgeblichkeit bei Anpassung des materiellen Inhalts), mit welchem Anspruch es die beabsichtigten Inhalte gegenüber dem vorgefundenen "unteren" Recht ausstatten kann und soll (Primat der Inhalte bei Anpassung der Maßgeblichkeit) oder wie beides miteinander

56 S. a. nochmals oben S. 386 ff.

57 Der Klarstellung halber sei folgendes angemerkt: 1. "vertikale" Rechtsvergleichung ist hier immer im engeren Sinne der Maßgeblichkeit des "höheren" Rechts zu verstehen. 2 Die Alternative der Ausschließlichkeit des "höheren" Rechts wird vernachlässigt.

58 Siehe z.B. *Zweigert/Kötz* (Anm. 25), S. 16 ff.

harmonisiert werden soll. Wird "unteres" Recht geschaffen, so ist – gleichsam in Vorwegnahme der Maßgeblichkeit und Anwendung des "oberen" Rechts – zu fragen, was die Vorgaben des "höheren" Rechts, die Spielräume des "unteren" Rechts und die Risiken ihrer Verflechtung sind.

cc) Ergebnis: Abfolgen horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung

Für die Begegnung von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung sind von daher verschiedene Ablaufmodelle denkbar. Beginnt die Geschichte der Begegnung mit der Nachfrage nach einer maßgeblichen "höheren" Norm, so gibt der horizontale Rechtsvergleich die Ausgangsbasis, indem er Gemeinsamkeiten und Verschiedenheiten der zu koordinierenden Rechte ermittelt, die ihre Bedeutung und möglicherweise auch ihren Wert oder Unwert aufzeigt. Das ist die Grundlage, von der her zu entscheiden ist, inwieweit die bestehende Lage durch "höheres" Recht stabilisiert oder verändert werden soll. Entwurf und Rechtsbefehl der "höheren" Norm treten nicht nur in einen Vergleich zu jedem einzelnen der betroffenen "unteren Rechte". Sie treten in einen Vergleich auch zu der erfaßten, verstandenen und bewerteten Summe der betroffenen und untereinander zu vergleichenden Rechte. Die Anwendung der "höheren" Norm ist in gewissem Sinne immer ein erneuter Vollzug dieses Kreislaufes, da der Normwille der "höheren" Norm immer nur in Konfrontation mit den betroffenen "unteren" Rechten ermittelt werden kann.

Geht man von der einzelnen "unteren" Rechtsordnung aus, so stellt sich die Frage zunächst nach dem Inhalt der "höheren" Norm. Die Nachfrage vom "unteren" Recht her wird sich im allgemeinen nur ergeben, wenn die "höhere" Norm schon erlassen ist. Doch die Frage nach dem Inhalt der "höheren" Norm ist auch wieder die Frage nach dem Inhalt der anderen betroffenen Rechte. Der vertikale Rechtsvergleich löst den horizontalen mit aus.

Schließlich kann der Anfang eines Kreislaufmodells aber auch im horizontalen Rechtsvergleich liegen. Die Frage nach der Gleichheit und Verschiedenheit nationaler Rechtsordnungen kann nicht an den supranational-rechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben der zu vergleichenden Rechtsordnungen oder Regelungen vorbeigehen.

b) Koordination als spezifische Aufgabe "höheren" Rechts

Maßgebliches Recht kann seinen Sinn in der Koordination einer Mehrheit anderer Rechte haben. Das muß nicht so sein. So kann auch das Verfassungsrecht des Einheitsstaates für den *einen* Gesetzgeber, der es zu respektieren hat, maßgeblich sein⁵⁹. Aber weitgehend vollzieht sich in der vertikalen Dimension doch auch

⁵⁹ Auch kann etwa ein Vorvertrag maßgeblich sein für den Hauptvertrag zwischen den gleichen Parteien über den gleichen Gegenstand.

ein Aufstieg vom Besonderen zum Allgemeinen, letztlich vom Partikularen zum Universalen.

Für diese Koordination gibt es vor allem *zwei Zielrichtungen*⁶⁰. Die *eine* ist, den betroffenen Rechtsordnungen in sich einen *gleichen* oder ähnlichen *Inhalt* zu geben (Harmonisierung): sei es durch übereinstimmende Regelungen gewisser Sachbereiche (gleichsam durch Verwendung gleicher Einzelteile für im übrigen divergierende Mechanismen), sei es durch gemeinsame Prinzipien und Programme. Die *andere* ist, die Begegnung der Rechte zu erleichtern, wie es die klassische Aufgabe des Kollisionsrechts ist. Freilich ist auch dies eine Aufgabe der Vereinheitlichung nationaler oder sonstwie speziellerer Rechte. Der Unterschied zwischen beiden Erscheinungsformen liegt im Gegenstand der betroffenen spezielleren Rechte: ob die Koordination sie in ihrer reinen Binnenfunktion betrifft, oder ob die Koordination sie in ihren Schwierigkeiten und Bemühungen betrifft, das Zusammentreffen mit anderen Rechtsordnungen gleicher Ebene (gleicher Funktion) in einheitlichen regelungsbedürftigen Lebensverhältnissen zu bewältigen. Die Übergänge sind notwendigerweise fließend⁶¹.

Die *Standardisierung* des reinen *Binnenrechts* trifft auf ein sehr unterschiedliches Maß an Bereitschaft und Widerstand der betroffenen Rechtsordnungen. Es kommt darauf an, in welcher Rechtsebene sich koordinierendes und koordiniertes Recht jeweils befinden. Liegt das koordinierende Recht in einer Ebene zentraler, umfassender Rechtsverantwortung, so ist diese Koordination der partikularen Rechte "natürlich". Dies ist paradigmatisch so im Verhältnis von staatlichem zu autonomem (kommunalem, personalverbandlichem, anstaltlichem) Recht. Und es kann – je nach Konzeption und Entwicklung der Kompetenzen – so sein im Verhältnis des Bundesrechts zum Landesrecht im Bundesstaat. Liegt dagegen das koordinierte Recht in einer Ebene zentraler, umfassender Rechtsverantwortung, so erscheint die Einmischung durch ein "höheres" Recht "unnatürlich" und begegnet Widerständen, läuft größere Risiken sowohl der Unrichtigkeit als auch des Ungehorsams. Das ist der Fall dort, wo Völkerrecht nationales Recht zu standardisieren versucht. Und auch das supranationale Recht ist von dieser Belastung, im Verhältnis zum nationalen Recht das weniger umfassende und also schwächere zu sein, nicht frei.

Diese Gefälle gelten auch für die andere Aufgabe "höheren" Rechts, nämlich die jeweils "niedrigeren" Rechte in ihrer *Begegnung zu koordinieren*. Nur erscheint diese Aufgabe des "höheren" Rechts ebenso als vorgegeben und "natürlich" wie die Bereitschaft des "niedrigeren" Rechts, die Koordination von außen anzuneh-

60 Siehe noch einmal oben S. 377 f., 388 f.

61 In der Projektgruppe wurde diskutiert, ob es nicht eine dritte Art gäbe, die etwa durch die Europäische Konvention zum Schutz der Wanderarbeitnehmer exemplifiziert sein könnte (s. dazu *Gerhard Igl*, Das Europäische Übereinkommen über die Rechtsstellung des Wanderarbeitnehmers, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 23. Jg. [1977] S. 704 ff.). In der Tat liegt hier eine Mischung beider Typen nahe. Doch befaßt sich die Konvention mehr mit der jeweiligen Lage der Wanderarbeitnehmer im internen Sozialrecht als mit der Rechtsbegegnung.

men, ja sie nicht selten sogar nachzufragen. Die Standardisierung der Rechtsbegegnung trifft die "niedrigeren" Rechtsordnungen ja auch buchstäblich an ihrer Peripherie, ist also, mit anderen Worten, von geringerer Eingriffsintensität. Somit zeigen sich hier die Gefälle wesentlich schwächer als bei der Standardisierung. Die kollisionsrechtliche "Schlagseite" internationaler und supranationaler Einwirkung auf das nationale Recht ist so nicht nur von internationalem Regelungsinteresse, sondern auch von der Bereitschaft der nationalen Rechte her zu verstehen.

Diese Typik – Koordination des Binnenrechts versus Koordination der Rechtsbegegnung – ist für den praktischen wie für den theoretischen Umgang mit der vertikalen Rechtsvergleichung bedeutsam. Sie ist nicht nur eine Hilfe, das Material zu ordnen. Ihr folgen auch – wiederum nicht begriffsnotwendig – wohl aber typisch – Unterschiede in den Verfahren der Rechtsbildung und in den Relevanzen und Verfahren der Rechtsanwendung. Internationale und supranationale Koordination der Rechtsbegegnung ist direkter, stringenter: "juristischer". Das ist der Bereich etwa des internationalen Sozialrechts durch strikt bindende bilaterale Verträge und der supranationalen Verordnung und ihrer richterlichen Anwendung gegenüber nationalem Recht. Internationale Koordination des Binnenrechts ist vorsichtiger, weicher: "politischer". Das ist der Bereich der programmatischen Konventionen und ihrer Handhabung durch sachverständige und politische Gremien oder auch der europarechtlichen Richtlinien, Programme und Konsultationen. Daß dies kraft der Einbindung der vertikalen Rechtsvergleichung in Rechtsanwendungs- und Durchsetzungsvorgänge Auswirkungen auf die vertikale Rechtsvergleichung hat, wurde eben angedeutet⁶².

c) Die spezifische Nichtidentität koordinierenden "höheren" Rechts gegenüber den "unteren" Rechten

In dem Maße, in dem das "höhere" Recht mehrere "niedrigere Rechte" koordiniert, stehen diese auch immer in dem *Verhältnis* von *mehreren besonderen* Elementen zu *einem Allgemeineren*. Das gibt der *Nichtidentität* der Vergleichsgegenstände die jedem Vergleich notwendig vorausliegt, einen *besonderen Charakter*. Er ist dadurch konstituiert, daß das "eine allgemeinere" Recht auf die "mehreren besonderen Rechte" bezogen oder doch beziehbar sein muß. Das definiert eine Untergrenze der Ähnlichkeit von "oberem" und "unterem" Recht, die nicht Gleichheit werden darf. Gleichheit (!) der "höheren" mit der "niedrigeren" Regelung würde voraussetzen, daß *entweder* die Besonderheit und damit die *Verschiedenheit* der "niedrigeren" Rechte nicht materiell, *nicht "echt"*, sondern allenfalls noch *formaler*, deklaratorischer Natur wäre, oder daß das "höhere" mit *einem* "niedrigeren" Recht *gleich*, mit *anderen* "niedrigeren" besonderen Rechten *ungleich* ist. In diesem Falle wäre die Verschiedenheit der "niedrigeren" Rechte echt,

62 Siehe noch einmal oben S. 379, 383 ff.

die Koordinationsfunktion des "höheren" Rechts dagegen in einem hegemonialen oder sonstwie ein "niedrigeres" Recht privilegierenden oder dominierenden und andere "niedrigere" Rechte diskriminierenden Sinn verfälscht, "unecht".

In dieser Nichtidentität liegt die Problematik von jedem "internationalen Einheitsrecht", das bei aller integrierenden Verstrickung in den verschiedenen Ebenen seiner Existenz (der völkerrechtlichen, supranationalen und nationalen) letztlich doch verschiedene Seinsweisen (der Bedeutung, des Verständnisses und der Wirkung, vor allem der Auslegung und der Anwendung) hat⁶³. In dieser Nichtidentität liegt etwa auch begründet, daß die These, Art. 31 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland lasse neben Bundesrecht auch übereinstimmendes Landesrecht bestehen⁶⁴, entweder auch divergierende Entwicklungen der Interpretation scheinbar übereinstimmenden Bundes- oder Landesrechts zulassen muß oder nicht ernst gemeint ist und eine eigenständige interpretatorische Entwicklung der landesrechtlichen Norm im Verbund des Landesrechts und seiner Anwendung untersagt⁶⁵.

Die mit dieser Nichtidentität anvisierte Differenz scheint auf eine gleichsam "mechanische" Weise um so größer und inhaltlich bedeutsamer zu werden, je größer die *Zahl* der betroffenen "unteren" Rechte ist. So sind etwa bilaterale völkerrechtliche Verträge betroffenen nationalen Rechten potentiell und tendenziell näher als völkerrechtliche – gar weltweite – Konventionen (Bilaterale Sozialversicherungsabkommen z.B. können – und müssen auch – intensiver auf die durch sie zu verknüpfenden nationalen Sozialrechtsordnungen eingehen als etwa ein UN-Pakt, eine ILO-Konvention oder auch eine Europarats-Konvention auf die von ihnen vorgeordneten nationalen Rechtsordnungen). Jedoch hängt die Bedeutung der Differenz auch – und vermutlich mehr – von einem *qualitativen* Umstand ab: von der Verschiedenheit der betroffenen "unteren" Rechte (Regelungen des supranationalen europäischen Rechts etwa treffen in den spezifischen Wirkungsbereichen der Europäischen Gemeinschaften je länger je mehr auf historisch, sozial, ökonomisch, politisch relativ homogene und durch die Gemeinschaften weiter aneinander herangeführte nationale Rechtsordnungen; während bilaterale Abkommen zwischen einem westeuropäischen und einem osteuropäischen sozialistischen Land oder zwischen einem entwickelten Industrieland und einem Entwicklungsland große sachliche Distanzen zu überwinden haben). Hinzu treten die Unterschiede, die sich nicht aus der Vielfalt in der horizontalen Dimension ergeben, sondern unmittelbar in der vertikalen Dimension angelegt sind (wie eben die Unterschiede danach, ob etwa "höheres" nationales Recht "niedrigeres" nationales Recht, supranationales Recht mitgliedstaatliches Recht oder Völkerrecht nationales Recht zu koordinieren sucht).

63 S. dazu noch einmal *Kropholler*, S. 235 ff., insbes. S. 258 ff., 292 ff.

64 S. zum Meinungsstand etwa *Manfred Gubelt*, in: Ingo von Münch (Hrsg.), *Grundgesetzkommentar*, 1976, Art. 31 Rdnr. 23.

65 S. *Hans F. Zacher*, in: *Leusser/Gemer/Schweiger/Zacher*, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, 2. Aufl., 1963 ff., Teil IV, Rdnr. 21 ff., insbes. Rdnr. 24 ff.

Das Reservoir der Unterschiede, aus denen sich diese notwendige Nichtidentität speist, sind nun gerade jene Dimensionen und Kriterien von Nähe und Distanz zu vergleichender rechtlicher Regelungen, von denen oben⁶⁶ gesagt wurde, daß sie prinzipiell sowohl der horizontalen als auch der vertikalen Rechtsvergleichung vorgegeben sind. Dieses Prinzip ist hier zu präzisieren und zu differenzieren. Im Zusammenhang der vertikalen Beziehung von Rechten, von denen ein "oberes" mehreren "unteren" maßgeblich gegenübersteht, gewinnen gewisse Kriterien eine spezifische Relevanz und Gestalt. Entscheidend dafür sind zwei *elementare Konstellationen*. Die *eine* ist quantitativ durch das aufgezeigte Verhältnis eins : mehreren⁶⁷ und qualitativ durch den Koordinationsauftrag des "höheren" Rechts definiert. Die Spannung hinter der Nichtidentität heißt insofern *Einheit versus Vielfalt*. Die *andere* Konstellation ist jene Maßgeblichkeit des "höheren" Rechts, ohne welche die Koordination der mehreren "niedrigeren" Rechte nicht denkbar ist. Das bedeutet, daß die Beziehung einen Ort in der *Hierarchie der Rechtsnormen* haben muß. Und hinter dieser steht die Differenz der Rechtsordnungseinheiten und -subjekte. In besonderem Maße *beiden* Konstellationen der Unterscheidungselemente zugeordnet ist die Differenz der *Sprache*.

Im einzelnen bedeutet das, daß der spezifischen Nichtidentität vor allem anhand der folgenden Linien nachgefragt werden kann.

(1) *Einheit des "höheren" versus Vielfalt der "niedrigeren" Rechte:*

– Die *Zahl* der koordinierten Rechte (z.B. bilaterale Verträge versus multilaterale Verträge; regionale versus weltweite Instrumente; Bundesrecht in den USA versus Bundesrecht in Deutschland oder Österreich).

– Gleichheit oder Verschiedenheit der *natürlichen Bedingungen* des Koordinationsbereiches (räumliche Nähe oder gar Geschlossenheit versus räumliche Ferne und Zersplitterung; klimatische Bedingungen usw.).

– Gleichheiten und Ähnlichkeiten versus Ungleichheiten und Unähnlichkeiten in der *sozialen Ambiance* (technische, wirtschaftliche, gesellschaftliche, politische usw. Verhältnisse) der zu koordinierenden Rechte oder Regelungen und Regelungsbereiche.

– Gleichheiten und Ähnlichkeiten versus Ungleichheiten und Unähnlichkeiten in dem *Charakter* der zu koordinierenden *Rechtsordnungen* (gemeinsame oder unterschiedliche Traditionen und andere Familien- oder Stilmerkmale; insbesondere Zugehörigkeit zu gemeinsamen – z.B. europäischen oder bundesstaatlichen – Rechtsordnungen "höheren" Ranges).

(2) *Aufbau der Rechtsordnung:*

– Unterschiede des *Orts im Aufbau der Rechtsordnung*⁶⁸ und im Gefüge von Kompetenz und Verantwortung. Wie schon hervorgehoben⁶⁹, gibt es in dem Übereinander der Rechtsordnungssubjekte und im Aufbau der Rechtsordnungen

66 Siehe oben S. 392 ff.

67 Genau natürlich "eins : zwei oder mehreren".

68 S. noch einmal oben Anm. 37.

69 Siehe oben S. 398.

Konzentrationszonen umfassender Kompetenz, Verantwortung und Regelung, von denen hier die anderen Regelungsbereiche sich als fragmentarisch, sporadisch oder wenigstens partikular darstellen.

– Diese Konzentrationszone liegt – vom *Einheitsstaat* als Prototyp des modernen Staates her gedacht – in der Ebene des Staates und des staatlich gesetzten oder doch realisierten Rechts. Darunter kommt den Ebenen autonomer (regionaler, kommunaler, verbandlicher, anstaltlicher) “unterstaatlicher” Rechtssetzung partikularer Charakter und nicht letzte Verantwortung zu. Ebenso hat darüber das Völkerrecht exzeptionellen, sporadischen Charakter und kann es die staatliche Politik von ihrer Verantwortung für das Gemeinwesen nur unzulänglich entlasten.

– Diese Konzentrationszone ist sowohl in *Bundesstaaten* (Zentralstaaten und Gliedstaaten) als auch in *supranationalen Gemeinschaften* gespalten. Die eindeutige Qualifikation einer dieser Schichten als die zentrale Schicht umfassender Ordnung und politischer Verantwortung ist in den Bundesstaaten fallweise unterschiedlich oder auch unmöglich⁷⁰. In den Europäischen Gemeinschaften dagegen ist die Dominanz der nationalen Ebene gegenwärtig noch offensichtlich.

– Jedenfalls steht eine Koordination von der Konzentrationszone her nach “unten” unter anderen Bedingungen als eine Koordination von “oben” her auf die Konzentrationszone zu⁷¹. Der Koordination autonomer (etwa kommunaler) Satzungen durch den staatlichen Gesetzgeber liegt die politische und rechtliche Einheit des staatlichen Gemeinwesens ebenso voraus, wie die Durchsetzungskraft des staatlichen Rechts. Der Koordination nationalen Rechts durch Völkerrecht hingegen liegt die Dominanz der nationalen Räume des Rechts und der Politik ebenso voraus, wie der sporadische Charakter und die Durchsetzungsschwäche des Völkerrechts vorgegeben sind.

– Unterschiede im Subjekt der “höheren” und der “niedrigeren” Ordnungen⁷². Bedeutsamer aber ist die Frage: entspricht das *Subjekt der gemeinsamen Ordnung* dem Konsens der Subjekte der koordinierten Ordnung (Verträge) oder ist es davon mehr oder weniger unabhängig (organisierte Rechtssetzung: z.B. Bundesrecht versus Landesrecht).

(3) *Sprache*:

– Unterschiede der *Sprache* (im allgemeinen Sinn wie im besonderen Sinn von Rechts- und Begriffssprache), können von der Vielfalt der betroffenen ethnischen oder politischen Gemeinschaften her vorgegeben sein, können aber auch von der unterschiedlichen Funktion des “höheren” Rechts und der zu koordinierenden Rechte her geboten sein. Werden nämlich für das “höhere” Recht Ausdrücke verwendet, die in einem “unteren” Recht einen spezifischen Sinn haben, den sie in

70 Staatstheoretisch gesprochen: Die Souveränitätsfrage ist dann offen.

71 S. dazu auch, was Kropholler, S. 252 zur Rücksichtnahme auf die *Einheit staatlicher Rechtsordnung* sagt.

72 Die Frage mag ungewöhnlich erscheinen. Aber es ist durchaus denkbar, daß eine zentrale Autorität auch partikulares Recht setzt – so wie es etwa denkbar ist, daß das Parlament in London sowohl britisches als auch englisches oder schottisches Recht setzt.

der Allgemeinheit des "höheren" Rechts nicht haben können, sollen oder dürfen, ist von der unterschiedlichen Funktion her eine sprachliche Differenz oder eine erklärende Entschärfung der sprachlichen Gleichheit geboten⁷³.

7. Insbesondere zur Begegnung nationalen Rechts mit konkurrierendem und koordinierendem supranationalem und Völkerrecht

a) Die Konzentration des Interesses auf die Ebenen national – supranational – international

Die vertikale Dimension des Rechtsvergleichs wurde in den vorstehenden Bemerkungen immer auch in den nationalen Raum hineingedacht (etwa in den Relationen Verfassungsrecht/Gesetzesrecht; Bundesrecht/Landesrecht; staatliches Recht/autonomes Recht). Damit sollte der Problematik mehr Tiefenschärfe gegeben werden. Demgemäß wurde zunächst auch der horizontale Rechtsvergleich innerhalb des nationalen Rechts (von Landesrecht zu Landesrecht, von kommunalem Recht zu kommunalem Recht usw.) als eine Möglichkeit horizontalen Vergleichs einbezogen. Für den Zweck dieser Zeilen – m.a.W. im Zusammenhang des Colloquiums – ist dieser innernationale Bereich aber beiseite zu lassen.

Das bedeutet, daß die *vertikale Dimension hier immer an der Ebene maximaler Konzentration rechtlicher und politischer Kompetenz und Verantwortung* – der Ebene des *Staates* – ansetzt, um von da her zum supranationalen und völkerrechtlichen Instrumentarium aufzustreben. Und es bedeutet, daß in der horizontalen *Dimension der Vergleich zwischen nationalen Rechten* stattfindet und also wieder über die Grenze hinweg, die sich aus der relativ maximalen Geschlossenheit der staatlichen Rechtsordnung ergibt. Die "Dreiecksräume" endlich, in denen sich vertikaler und horizontaler Vergleich begegnen, werden also immer durch *das internationale Recht* einerseits und durch eine Mehrheit nationaler Rechte andererseits gebildet – durch das natürliche Gegenstück also internationalen und supranationalen Rechts.

Während dabei das *supranationale* Instrumentarium – wenn auch vielfach und schwerwiegend gehemmt – zu einer Konkurrenz mit der Bedeutung des staatlichen Rechts und der staatlichen Politik antritt, ist die Beziehung des nationalen Rechts zum *Völkerrecht* nach wie vor durch dessen fragmentarischen Charakter

73 Dieses Problem stellt sich nicht nur bei Partnern verschiedener Sprache. Vielmehr zeigt es sich auch gerade dort, wo Staaten gleicher Sprache miteinander paktieren. So kann etwa ein Vertragsschluß zwischen mehreren Partnern englischer Sprache (z.B. zwischen USA, Australien und Indien) vor Divergenzen des Sprachgebrauches – vor allem des juristischen Sprachgebrauches – stehen oder "alten" Ausdrücken einen "neuen" Sinn geben. Das in diesem Zusammenhang interessanteste Problem aber ist, daß Ausdrücke als Regelungsbegriffe verbraucht sind, und so für die Ebene des koordinierenden Rechts durch neue Begriffe ersetzt werden müssen. S. Diskussionsbericht, in: Zacher (Anm. 18, Sozialrechtsvergleich) S. 123 ff. (125). S. zum Sprachproblem im Zusammenhang des Textes Ficker (Anm. 31), S. 27 ff. m.w. Nachw., Kutscher (Anm. 46), S. I – 18 ff., 26 ff., Kropholler, S. 249 ff., 226 ff.; s.a. *Constantinesco* II, S. 80 ff.

und seine Durchsetzungsschwäche bestimmt. Alles in allem haben wir es – bei aller Differenz zwischen supranationalem Recht und Völkerrecht – also damit zu tun, daß das “obere” Recht, bezogen auf den gesamten Ordnungsauftrag des Rechts die Ausnahme ist, die “unteren” Rechte die Regel sind, daß das “obere” Recht das – wenigstens tatsächlich – schwächere ist, die “unteren” Rechte die – wenigstens tatsächlich – stärkeren sind. Der vertikale Aufstieg verläßt mit den als “unteren” in Betracht zu ziehenden nationalen “Rechten” in der Regel die Zone maximaler Homogenität der Rechts- und Sozialgemeinschaften. Bereits zu dem supranationalen Recht hin nimmt diese Homogenität ab. Im Völkerrecht dann weicht sie einer Vielfalt von Verhältnissen: von der relativen Homogenität der Verhältnisse zweier bilateral kontrahierender Nachbarstaaten bis zu der Heterogenität der Verhältnisse distanzierter, gegensätzlich interessierter und entwickelter Staaten, die nichts verbindet als das allgemeine Völkerrecht, von der relativen Homogenität in einer permanent kooperierenden Staatengruppe (wie etwa den Staaten des Nordischen Rates) bis zur kaleidoskophaften Mannigfaltigkeit der Beziehungen zwischen den Mitgliedern der Vereinten Nationen. Auch der Sprachsprung wird an der Grenze zwischen dem nationalen Recht und dem anderen nationalen und den supranationalen Rechten die Regel, während er im Raum dieses nationalen Rechts die Ausnahme ist.

Auch in den so ausgegrenzten “Dreiecksräumen” von nationalen Rechten und supranationalem Recht oder von nationalen Rechten und Völkerrecht sind die Dimensionen und Kriterien von Nähe und Distanz und also die Elemente der Nicht-Identität reich differenziert und komplex. Aber es zeigt sich doch eine *vereinfachende Typisierung* der Relationen, die mit der *Dominanz der nationalen Rechte* gekennzeichnet werden kann.

b) Die quasi-vertikale Rechtsvergleichung: Vertikalität unter Verzicht auf spezielle Maßgeblichkeit

Das Denkbild der vertikalen Anordnung von Rechtsebenen muß aber – wie schon angedeutet⁷⁴ – über die Kategorie der Maßgeblichkeit hinaus ausgeweitet werden. Im Hintergrund steht eine Hierarchie von Rechtsetzungsträgern und Rechtsgemeinschaften, ein hierarchisches Vorstellungsbild vom Stufenaufbau des Rechts. Die Verbindung zum spezielleren Kriterium der Maßgeblichkeit liegt in zweierlei. Erstens: das konkrete Setzen der maßgeblichen Norm setzt die allgemeinere Fähigkeit, für die betroffenen “unteren” Rechtsgemeinschaften Maßgebliches tun zu können, voraus. Zweitens: der Aufstieg vom Besonderen zum Allgemeinen, wie er Vorstellungen vom Stufenaufbau der Rechtsordnung entspricht, vollzieht sich analog zu den hierarchischen Vorstellungsbildern, die mit der Maßgeblichkeit verbunden sind. In diesem komplexen und vagen Sinne⁷⁵

74 S. o. zu Anm. 37.

75 Das darf nicht im Sinne der Identifikation mit einer bestimmten Theorie der Zuordnung von Völkerrecht und nationalem Recht oder von supranationalem Recht und mitgliedstaatlichem Recht verstanden werden.

können supranationales Recht⁷⁶ und Völkerrecht⁷⁷ generell als die dem nationalen Recht gegenüber "höheren" Rechte bezeichnet werden.

Dem so erzeugten Vorstellungsbild der hierarchischen Über- und Unterordnung von Rechtsebenen entspricht es, auch einzelne Regelungen vertikal zueinander zu sehen, zwischen denen ein Verhältnis der Maßgeblichkeit gerade fehlt, die sich vielmehr im Verhältnis funktionaler Analogie zueinander befinden. Beispiele sind das Dienstrecht sowie das Recht der Organisation und des Verfahrens der Gerichte und der parlamentsähnlichen Organe internationaler und supranationaler Organisationen im Verhältnis zum nationalen Dienst-, Verfahrens- und Organisationsrecht⁷⁸. Der funktionale Verbund und der entsprechende gemeinsame Gegenstand, wie sie *maßgeblich* vertikal aufeinander zugeordnetes Recht auszeichnen, fehlt hier. Dementsprechend ist auch der Vorgang des Rechtsvergleichens ein anderer. Er ist dem des horizontalen Rechtsvergleichs näher als dem des vertikalen Rechtsvergleichs. Die Gleichheit oder Ähnlichkeit des zu lösenden Problems tritt wieder als *der* Ansatz des Vergleichs hervor. Historisch vollzog und vollzieht sich dieser nur im weiteren Sinne vertikale Rechtsvergleich vor allem so, daß Völkerrecht⁷⁹ und supranationales Recht⁸⁰ ihren Regelungsbedarf aus dem Modell- und Erfahrungsvorrat des nationalen Rechts befriedigt haben. Die gleichsam "äußersten Enden" dieses Phänomens finden wir, wenn Recht, das zwischen Bürgern gilt, auf die Beziehungen zwischen Staaten übertragen wird und so das Privatrecht zum Modell für das Völkerrecht wird⁸¹.

Horizontale Rechtsvergleichung hat dabei zunächst die Funktion des Auffindens und Sammelns des gegebenen Vorrats an Lösungen, ihrer Implikationen und

76 Siehe dazu etwa *Ipsen* (Anm. 15), S. 225 ff.; zur späteren Debatte etwa *Karl Carstens*, Rechtsprechung zu den allgemeinen Problemen der Integration, in: Die europäische Rechtsprechung nach zwanzig Jahren Gemeinschaftsleben, Kölner Schriften zum Europarecht Bd. 24, 1976, S. 129 ff. (154 ff.). Weitere Nachweise siehe bei den Zitierten.

77 S. noch einmal oben Anm. 37.

78 S. dazu *Georg Ress*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen, ZaÖRV Bd. 36 (1976), S. 227 ff.

79 S. zum Völkerrecht statt älterer *Helmut Strebelt*, Einwirkungen nationalen Rechts auf das Völkerrecht, ZaÖRV Bd. 36 (1976), S. 168 ff.; *Kay Hailbronner*, Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung, ebenda S. 190 ff.; *Georg Ress* (Anm. 78); *Michael Bothe*, Die Beobachtung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, ebenda S. 280 ff.; s. ferner *Dieter Blumenwitz*, in: Zacher (Anm. 18, Sozialrechtsvergleich), S. 75 ff. und den Diskussionsbericht hierzu, ebenda S. 92 ff.

80 S. dazu statt älterer etwa *Constantinesco II*, S. 400 ff.; *Karl Matthias Meessen*, Zur Theorie allgemeiner Rechtsgrundsätze des internationalen Rechts: Der Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Jahrbuch für internationales Recht, Bd. 17 (1974), S. 283 ff. (S. 295 ff.); *Kutscher* (Anm. 46), S. I – 23 ff.; *Albert Bleckmann*, Die Rolle der Rechtsvergleichung in den Europäischen Gemeinschaften, Zeitschrift für Vergl. Rechtswissenschaft Bd. 74 (1974), S. 106 ff.; *ders.*, Europarecht 1976, S. 78 ff.; *ders.* in: Zacher (Anm. 18, Sozialrechtsvergleich), S. 97 ff. und den Diskussionsbericht hierzu.

81 S. zur herkömmlichen herrschenden Rolle des Privatrechts als Ergänzung des Völkerrechts *Karl Zemanek*, Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der internationalen Organisationen leisten? ZaÖRV Bd. 24 (1974), S. 453 ff. (insbes. S. 454) m.w. Nachw.

Kontexte. Diese Aufgabe der horizontalen Rechtsvergleichung der nationalen Rechte untereinander⁸² kann vom Völkerrecht oder vom supranationalen Recht aber auch in Rechnung gestellt und geregelt werden, so etwa, wo die Übernahme nationalen Rechts nicht nur gestattet, sondern angeordnet wird, wenn dieses eine gewisse transnationale Allgemeinheit für sich in Anspruch nehmen kann. Das ist hinsichtlich des Völkerrechts vor allem normiert in Art. 38 Abs. 1 c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs, wonach der Internationale Gerichtshof außer Vertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht auch "die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze" anzuwenden hat⁸³. Und es gilt analog für die Ergänzung des Rechts der Europäischen Gemeinschaften durch die "allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind"⁸⁴. Dem Rechtsvergleich kommt dabei nicht nur der Nachweis des Vorkommens sowie der Bereich und die Zusammenhänge des Vorkommens übereinstimmender Rechtsgrundsätze in verschiedenen nationalen Rechten zu. Er hat dieses Geschäft auch von vornherein im Blick auf die völkerrechtliche oder supranationale rechtliche Ordnungsnachfrage durchzuführen⁸⁵.

Letzteres gilt nicht nur, wo eine völkerrechtliche oder supranationale Norm die Rechtsvergleichung ausdrücklich bindet. Wo immer vielmehr Rechtsvergleichung im Dienst der Schaffung, Findung oder Auslegung "höheren" Rechts steht, hat sie den Befund der nationalen Rechte von vornherein auf die Übertragbarkeit auf die Gegenstände und Interessenlagen des Völkerrechts oder des supranationalen Rechts hin zu sichten und die Problemlösungen nach den Zwecken und Gegebenheiten des Völkerrechts oder des supranationalen Rechts auszuwählen und zu bewerten⁸⁶. Wenn Rechtsvergleichung der Entwicklung von Rechtsnormen dient, ist es letztlich immer die Gesamtheit des zu entwickelnden Rechts, welche den Vorgang und sein Ergebnis regiert. So ist es für den horizontalen Rechtsvergleich im Dienst nationalen Rechts. Und so ist es für den Rechtsvergleich im Dienst des Völkerrechts oder des supranationalen Rechts. Und dessen Eigenart als "höheres", allgemeineres, potentiell stärkeres Recht kommt dabei je nach Bereich und Zusammenhang zur Geltung.

Somit zeigt sich, daß selbst dort, wo die vertikale Dimension im Verhältnis vom nationalen Recht zum Völkerrecht oder vom nationalen Recht zum supranationalen Recht nicht durch Maßgeblichkeit des "höheren" Rechts konstituiert wird, die Rolle der Rechtsvergleichung nicht – wie eine rein horizontale Rechtsver-

82 Eventuell unter Einbezug supranationalen und speziellen Völkerrechts.

83 S. z.B. *Constantinesco II*, S. 396 ff.

84 So für das Recht der Amtshaftung Art. 215 Abs. 2 EWGV, Art. 188 Abs. 2 Euratom-Vertrag. Siehe dazu *Kutscher* (Anm. 46), S. I – 24 ff. m.w. Nachw. Zur Ausweitung dieser Rezeption auf weitere Rechtsgebiete s. z.B. *Helmut Lecheler*, *Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze*, 1971.

85 S. ergänzend etwa *Ignaz Seidl-Hohenveldern*, *Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrecht*, in: *Völkerrecht und rechtliches Weltbild*. Festschrift für Alfred Verdross, 1960, S. 253 ff.

86 S. für das Europarecht *Kutscher* (Anm. 46), S. I – 30 f. m.w. Nachw.

gleichung – als eindimensional begriffen werden darf. In modifiziertem Sinne kann und muß auch hier von einer Kombination von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung gesprochen werden.

III. Horizontaler Rechtsvergleich im Dienst "höheren" Rechts

1. Zur Vielgestaltigkeit von Rechtsvergleich

Alle diese Überlegungen führen immer wieder auf den zentralen Satz zu: Rechtsvergleichung gibt es nicht schlechthin; sie unterscheidet sich in Gegenstand und Methode jeweils nach Sachzusammenhang und Aufgabe⁸⁷. Das ist evident für den Unterschied zwischen horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung. Es zeigt sich für den – oft unscharfen – Unterschied zwischen "echtem" und "unechtem" vertikalem Rechtsvergleich. Und es gilt auch für den horizontalen Rechtsvergleich, der je ein anderes Gesicht hat, wenn er der Rechtspolitik, der Rechtsauslegung, der theoretischen Systematik von Recht oder der akademischen Lehre von Recht dient, wenn er im Zusammenhang von Kollisionsrecht oder im Zusammenhang von "internem" Recht erfolgt, und was dergleichen Unterschiede mehr sind. Und so wandelt horizontaler Rechtsvergleich auch seine Gestalt je nach dem Ob und Wie seines Zusammenhangs mit höherem Recht.

Überlegungen über die spezielle Adäquanz von Sachzusammenhang, Funktion, Gegenstand, Methode, Subjekt und Aussage von Rechtsvergleichung können zu zweierlei beitragen. Erstens dazu, Rechtsvergleichungsarbeit von der Belastung unspezifischer Anforderungen freizustellen, die ihre Richtigkeit unter möglichst vielen, im Einzelfall also unverhältnismäßig vielen Bedingungen gewährleisten würden; sie also auch vor einer Kritik zu bewahren, deren Maßstäbe für ihren konkreten Zusammenhang und Auftrag nicht gelten. Zweitens dazu, das jeweils Adäquate möglichst genau zu finden. Gerade der Zusammenhang mit der vertikalen Rechtsvergleichung gibt Anlässe, die spezielleren Zusammenhänge und Aufgaben der "normalen" horizontalen aufzusuchen⁸⁸. Daß dabei nur Hinweise gegeben werden können, die der Vertiefung und Bewährung bedürfen, ist einmal mehr anzumerken.

87 S. dazu *Constantinesco* II, S. 58 ff. sowie die beiden Kapitel über "Die theoretischen Ziele der Rechtsvergleichung" (S. 331 ff.) und über "Die praktischen Ziele der Rechtsvergleichung" (S. 371 ff.).

88 Die Notwendigkeit, die Diskussion um die Richtigkeit von Rechtsvergleichung auf diese Weise sowohl von Anforderungen einer unspezifischen Rundum-Richtigkeit zu entlasten, als auch die speziell richtigen Mittel mit den speziellen Zwecken typisierend und so praktikabel zu verbinden, zog sich wie ein roter Faden durch die Diskussionen des Colloquiums.

2. Zu den Unterschieden im Bereich des “höheren” Rechts

a) Der horizontale Rechtsvergleich führt zu maßgeblichem oder nicht maßgeblichem “höheren” Recht

Was etwa kann es bedeuten, ob das “höhere” Recht, auf das sich der horizontale Rechtsvergleich bezieht, für die verglichenen Rechte maßgeblich sein soll oder maßgeblich ist oder nicht – ob der horizontale Rechtsvergleich also im Zusammenhang steht mit im engeren oder weiteren Sinne vertikalem Rechtsvergleich? Im ersteren Falle bedeutet der funktionale Verbund, in dem das “höhere” mit den “niedrigeren” Rechten stehen soll, daß diesen betroffenen Rechten eine ganz besondere Bedeutung zukommen muß. Die Gesamtlösung, die schließlich “höheres” und “niedrigeres” Recht zusammen darstellen sollen, muß stimmig sein. Die “niedrigeren” Rechte sind so nicht nur Lösungsvorrat und Anregung für das höhere Recht. Sie sind ein Tatbestand, der in Rechnung gestellt werden muß – ob man ihn nun belassen oder ändern will. Andere Rechte mögen zusätzlich als Lösungsvorrat für die Gesamtregelung dienen, vielleicht auch für die Technik des Ineinandergreifens von “höherem” und “niedrigerem” Recht. Insofern herrschen die Kriterien wertender Selektion, die von den Prinzipien regiert werden, die eben die Entwicklung des höheren Rechts regieren⁸⁹. Insofern handelt es sich um die Suche nach der in der Rechtsvergleichung mittlerweile sprichwörtlichen “relativ besten Lösung”. Zu dem vorzuordnenden “niedrigeren” Recht und dem mit ihm gemeinsamen Gegenstand dagegen besteht eine dichtere, stringente, auf dem Bestand mehr als auf seiner Bewertung beruhende Beziehung.

Ist das “höhere” Recht dagegen nicht maßgeblich für das “niedrigere”, so beherrscht Opportunität die rechtsvergleichende Selektion – eine Opportunität, die nur gesteuert wird durch die rechtlichen, politischen und sachlichen Notwendigkeiten des “höheren” Rechts selbst, das ergänzt oder ausgelegt werden soll. Hier befindet sich der Rechtsvergleicher auf der vertrauten Suche nach der “relativ besten Lösung”.

b) Das “höhere” Recht wird frei oder gebunden gesetzt oder gefunden

Zu unterscheiden ist auch zwischen dem Rechtsvergleich auf “*gewillkürtes höheres Recht* (auf Vertragsschlüsse, Konventionen, Organbeschlüsse usw.) hin und dem Rechtsvergleich auf “*gefundenes*” Recht (lückenfüllendes Normgut, allgemeine Rechtsgrundsätze) hin. Gesetztes Recht ist weitgehend vorordnendes Recht (also vertikal übergeordnetes Recht im Sinne konkreter Maßgeblichkeit). Aber auch funktions-analoges, konkurrierendes Recht “höherer” Ebene kann disponierend gesetztes Recht sein (von internationalen Konventionen über friedens- und kriegsrechtliche Beziehungen der Staaten zueinander bis zu internem Recht internationaler und supranationaler Organisationen). Auf der anderen Seite kann

⁸⁹ S. noch einmal oben S. 384 f., 397.

– wenn auch selten – auch vorordnendes Recht der Ergänzung durch “gefundene” allgemeine Rechtsgrundsätze bedürfen.

Nun dürfen die Unterschiede zwischen der Anwendung geschriebenen Rechts und der Findung lückenfüllenden Normgutes und zwischen dieser und der bewußten Setzung von Recht nicht übertrieben gesehen werden. Zwischen dem Inhalt des scheinbar klaren und keiner Auslegung bedürftigen Gesetzestexts und dem vom Rechtsanwender substituierend gefundenen (oft eben: erfundenen) lückenfüllenden, rechtsergänzenden oder rechtsfortbildenden Rechtssatz besteht kein unverbundener kontradiktorischer Gegensatz. Vielmehr sind beides die Enden eines Kontinuums unterschiedlicher Grade der Deutlichkeit von Recht und der Schwierigkeit von Rechtsfindung. Und Rechtsergänzung und -fortbildung durch den Rechtsanwender unterscheidet sich von evidenten originärer Rechtssetzung – wie etwa dem Abschluß eines völkerrechtlichen Vertrages – oft nur durch die Legitimations- und Argumentationslast des rechtsergänzenden oder -fortbildenden Rechtsanwenders, nicht so sehr durch den Grad sachlicher Freiheit der Entscheidung. So besteht auch in der Hereinnahme der Rechtsvergleichung in alle diese Rechtsfindungs- und Rechtssetzungsprozesse eine elementare Gemeinsamkeit. Für sie alle dient die Rechtsvergleichung als kritisches und kreatives Potential. Aber die Unterschiede an Deutlichkeit und an Entscheidungsfreiheit engen eben doch den Spielraum ein, in dem jenes Potential genutzt werden kann⁹⁰. Gegenüber dem eindeutigen Text kann der Rückgriff auf Alternativen, welche die Rechtsvergleichung vorhält, sinnlos sein. Das zwischen Extremen gespannte Kontinuum von der Deutlichkeit zur Unklarheit, Offenheit oder gar Verborgenheit der Rechtsaussage und von der Bindung zur Freiheit und Willkür in Rechtsfindung und -setzung ist das Medium, in dem sich der Satz, daß die “aufnehmende” Rechtsordnung den Dienst der Rechtsvergleichung an Rechtssetzung und -anwendung regiert, verwirklicht.

Ist das aber so, so kann dieses “aufnehmende” Recht *spezifisch* gerade die *Hereinnahme des Rechtsvergleiches* ordnen. Ein Beispiel dafür ist, wenn die Ermächtigung zur Rechtsschöpfung im “höheren” Recht an die Kette der Vorfindlichkeit entsprechender anerkannter Rechtsprinzipien im “niedrigeren” Recht gelegt ist, wie das exemplarisch für die Kompetenz des Internationalen Gerichtshofs der Fall ist, das Völkerrecht unter Bezugnahme auf das Recht der Kulturnationen zu ergänzen⁹¹. Solche Bindungen finden sich nicht nur für die richterliche Rechtsschöpfung, sondern auch für “echte”, politische Rechtssetzung. So ordnet etwa Art. 51 des EWG-Vertrages ausdrücklich an, die nationalen Systeme sozialer Sicherheit durchlässig zu machen; nicht dagegen sie anzugleichen (s. auch

90 Im Sinne einer klaren Zäsur zwischen der Rolle der Rechtsvergleichung bei Rechtsetzung und Rechtsauslegung: *Constantinesco II*, S. 380 ff., 388 ff., s. auch *Zweigert/Kötz* (Anm. 25), S. 50 ff.

91 Analog gilt für die Kompetenz des Europäischen Gerichtshofs, die allgemeinen, den Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsgrundsätze aufzufinden und anzuwenden. S. zu beiden Phänomenen oben Anm. 83 – 96 und den Text hierzu.

Art. 118 aaO). Und auch die in Art. 117 Abs. 2 i.V.m. Art. 100 EWG-Vertrag vorgesehene "Angleichung" von Rechts- und Verwaltungsvorschriften kann nicht im Sinne eines Ersatzes des Bestehenden durch Neues, sondern als eine angleichende Fortentwicklung des Bestehenden verstanden werden.

Solche spezifischen Bindungen der Hereinnahme "unterer" Rechte und ihrer Vergleichung in die Findung und Schöpfung "höheren" Rechts wirken sich vor allem auf den Kreis der einzubeziehenden Rechte aus. Sie tendieren dazu, die Rechte der Vertragspartner oder Organisationsmitglieder zu bevorzugen. Wo es darum geht, nicht nur das "höhere" Recht anzureichern – also "höheres" Recht ohne konkrete Maßgeblichkeit für das "untere" zu finden oder zu schaffen –, sondern wo das "höhere" Recht das "untere" schließlich vorordnen soll, kommt dem Kreis der so betroffenen "unteren" Rechte eine ganz besondere Bedeutung zu. Sie sind das Wirkungsfeld des "höheren" Rechts, und die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen ihnen und zu ihnen bestimmen das rechtspolitische Kalkül des "höheren" Rechts. Ist dagegen "höheres" Recht nur in sich zu ergänzen, so ist es ganz von den konkreten Zusammenhängen und Zwecken abhängig, wohin Ausschau zu halten ist. Die Konzentration etwa auf Vertragspartner- oder Mitgliederrechte fördert die Innovation. Dem entspricht es, daß solche spezifischen Bindungen vor allem auch über die Alternativen von umfassender oder selektiver, von feststellender oder wertender Rechtsvergleichung entscheiden.

In besonderem Maße informativ erscheint hierzu das Beispiel europäischer Rechtsangleichung⁹². Hier sind die Rechte der Mitgliedstaaten als das Wirkungsfeld der vereinheitlichenden Schritte der Gemeinschaften und ihrer Mitglieder aufzunehmen. Welche Lösung die Gemeinschaften als für die Sache und für Technik und Intensität des funktionalen Verbundes von Gemeinschaftsrecht und Mitgliedstaatsrecht richtige Lösung anstreben, kann dagegen mit Hilfe eines weiter ausgreifenden selektiven und notwendig wertenden Rechtsvergleichs ermittelt werden⁹³. Diese Wertung aber hat sich auszurichten an den Gemeinschaftsverträgen und an der Übereinstimmung mit dem sonstigen vorfindlichen Gemeinschaftsrecht⁹⁴. Ebenso aber haben die Verträge die Politik der Gemeinschaften darin zu leiten, in welchem Maße der Bestand der mitgliedstaatlichen Rechte geschont oder in Richtung auf neue, gemeinschaftliche Lösungen hin überwunden werden kann und soll. So findet sich eine *vielfache Interdependenz zwischen dem "höheren" Recht und den "unteren" Rechten*.

92 S. zu ihrem Verhältnis zur Rechtsvergleichung etwa *Constantinesco* II, S. 402.

93 S. hierzu etwa *Konrad Zweigert*, Grundsatzfragen der europäischen Rechtsangleichung, ihrer Schöpfung und Sicherung, in: *Vom deutschen zum europäischen Recht*, Festschrift für Hans Döle, Bd. II, 1963, S. 401 ff., insbes. S. 417 f.

94 S. noch einmal *Kutscher* (Anm. 46), S. I – 30 f. m.w. Nachw.

c) Unterschiede in Gegenstand und Weise der Maßgeblichkeit des
"höheren" Rechts

Verengt man die Betrachtung auf die Begegnung horizontalen Rechtsvergleichs mit vertikalem Rechtsvergleich im engeren Sinne, so zeigen sich einige weitere Zugänge, um unterschiedliche Aufgaben und Verfahrensweisen der Rechtsvergleichung zu beobachten. "Höheres" Recht kann die Aufgabe haben, "untere" Rechte *in sich zu koordinieren* (zu vereinheitlichen, zu standardisieren) oder aber *ihre Begegnung zu vermitteln oder zu verbessern*, also ihr Kollisionsrecht zu vereinheitlichen⁹⁵.

Internationales und supranationales Kollisionsrecht haben es leichter, direkt und exakt zu regeln. Die Widerstände des nationalen Rechts sind wegen des "peripherischen" Charakters des Kollisionsrechts tendenziell geringer. Aber es erfüllt seinen Zweck nicht, wenn es im Vagen bleibt, oder wenn es den Kontakt mit den sich begegnenden Rechtsordnungen konkret verfehlt. Das ist für internationales Steuer-⁹⁶ oder Sozialversicherungsrecht⁹⁷ sicher noch deutlicher als für internationales Privatrecht⁹⁸. So ist die rechtsvergleichende Zuarbeit für seine Schaffung und die Anwendung von Kollisionsrecht in besonderer Weise vielfältig und anspruchsvoll. Es hat im nationalen Kollisionsrecht möglicherweise seine Muster, im nationalen Kollisions- und Sachrecht aber sein Wirkungsfeld zu ermitteln.

Internationale Vorordnung "internen" nationalen Rechts muß sich dagegen von vornherein auf Spannungen und Differenzen mit den nationalen Rechtsordnungen einrichten⁹⁹. Nur äußerst selten kann es über einen einheitlichen Text¹⁰⁰ hinaus zu einer einheitlichen Wirkung, Auslegung¹⁰¹ und Entwicklung¹⁰² vorstoßen. Allenfalls für supranationales Recht sind dank der Befugnisse der Kommission und des Europäischen Gerichtshofes die Chancen "echter" Einheitlichkeit groß¹⁰³. Aber auch hier ist das Eigengewicht der nationalen Rechtsordnungen bekanntlich groß. Von der apokryphen nationalen Differenz der Auslegung und Wirkung zur offenen Konzentration des "höheren" Rechts auf programmatische und prinzipielle Standards – wie sie für die Konventionen der Vereinten Nationen, der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarates und die Richtlinien des supra-

95 S. dazu schon oben S. 388 f. und S. 397 ff. s. auch noch einmal *Kropholler*, S. 167 ff., 176.

96 S. dazu *Constantinesco* II, S. 382 ff.

97 S. dazu noch einmal oben Anm. 4 sowie *Bernd von Maydell*, Sozialrechtsvergleichung und internationales Sozialrecht, in: *Methodische Probleme*, S. 97 ff.; *Wilhelm Wanders*, Was ergeben die Erfahrungen bei der internationalen Zusammenarbeit der Sozialversicherungen für die Frage der Vergleichbarkeit der nationalen Sozialrechtsordnungen? Ebenda S. 137 ff. Ferner *Josef Schuh*, in: *Zacher* (Anm. 18, Sozialrechtsvergleich), S. 191 ff. und den Diskussionsbericht hierzu, ebenda, S. 222 ff.

98 S. *Constantinesco* II, S. 407 ff.

99 *K. Kropholler*, S. 252.

100 Dabei kann von einem wirklich einheitlichen Text im Hinblick auf die meist notwendige Mehrsprachigkeit ohnedies kaum je die Rede sein. S. dazu etwa *Kropholler*, S. 249 ff.

101 S. *Kropholler*, S. 258 ff., insbes. S. 291 f.

102 S. *Kropholler*, S. 292 ff.

103 S. etwa *Kropholler*, S. 65 ff., 112 ff.

nationalen Rechts kennzeichnend ist – erstreckt sich daher ein weites Feld unterschiedlicher Distanzen zwischen den nationalen Rechten und dem internationalen oder supranationalen Recht seiner Vorordnung.

Je *intensiver* danach die *Sachregelung* des internationalen oder supranationalen Rechts ist, desto wichtiger, aber auch komplizierter ist die rechtsvergleichende Zuarbeit, die das Wirkungsfeld der Regelung feststellend und umfassend aufzunehmen, möglicherweise aber auch die Muster der Lösung des “höheren” Rechts zu erbringen hat. Je *distanzierter*, prinzipieller oder programmatischer die “höhere” Regelung ist, desto eher kann die rechtsvergleichende Zuarbeit auch für das Wirkungsfeld selektiv verfahren. Freilich hat der Verzicht auf einen umfassenden feststellenden Vergleich der “unteren” Rechte immer Grenzen, jenseits deren Tragweite, Wirkung und Befolgung des “höheren” Rechts nicht mehr richtig eingeschätzt werden können¹⁰⁴.

3. Zur Typik horizontaler Rechtsvergleichung

Von dem ausgehend, läßt sich die horizontale Rechtsvergleichung im Bezugsraum “höheren” Rechts fürs erste typisieren wie folgt: *internalisierende* und *außengerichtete* Rechtsvergleichung, *feststellende* und *veränderungsgerichtete* Rechtsvergleichung, *umfassende* und *selektive* Rechtsvergleichung. Bei all diesen Polaritäten handelt es sich nicht um Eigentümlichkeiten, die ausschließlich dem Kreuzungsfeld von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung zuzurechnen wären. Sie haben hier aber ihre besondere Bedeutung.

a) Internalisierende und außengerichtete Rechtsvergleichung

Internalisierende Rechtsvergleichung zielt auf die Ergänzung des (gesetzten oder gefundenen) Normenvorrats des “höheren” Rechts. Sie zielt auf den Bestand des “höheren” Rechts, nimmt Substanz aus den “niedrigeren” Rechten in ihn hinein. *Außengerichtete* Rechtsvergleichung¹⁰⁵ zielt auf die Aufnahme des Kooperations- oder Konfliktfeldes von neu zu setzendem oder zu findendem “höherem” Recht. Internalisierende Rechtsvergleichung zielt auf den *Inhalt* des “höheren” Rechts. Außengerichtete Rechtsvergleichung zielt auf die durch die “niedrigeren” Rechte gesetzten Bedingungen der *Wirksamkeit* des “höheren” Rechts.

Internalisierende Rechtsvergleichung kann für sich allein stehen, wo “höheres” Recht nicht maßgeblich für “unteres” Recht sein soll (also im Bereich der Vertikalität im weiteren Sinn). Rein internalisierende Rechtsvergleichung haben wir etwa dort, wo Staaten-Staaten-Beziehungen durch rechtsvergleichende Ermitt-

104 S. zum Vorstehenden ergänzend *Constantinesco* II, S. 422 ff.; *Kropholler*, insbes. S. 30 ff., 159 ff., 254 ff., 278 ff., 299 ff.

105 Der Gegensatz zwischen internalisierender und außengerichteter Rechtsvergleichung wurde im Verlauf des Colloquiums noch mit dem Begriffspaar internalisierender und externer Rechtsvergleichung artikuliert. S. unten S. 278.

lung tragender Grundsätze nationalen Rechts geordnet werden sollen¹⁰⁶. Desgleichen liegt internalisierende Rechtsvergleichung vor, wo supranationale Gemeinschaften ihr Recht nach nationalen Mustern gestalten wollen¹⁰⁷.

Außengerichtete Rechtsvergleichung ist notwendig, wo künftiges "höheres" Recht auf "unteres" Recht einwirken soll. Hier dient Rechtsvergleichung dazu, das Wirkungsfeld des neuen Rechts aufzunehmen. Dies ist das Vorgehen, das mit bi- und multilateralen Verträgen verbunden ist, die nationales Recht koordinieren sollen¹⁰⁸. Sollen dabei auch Muster nationalen Rechts in die Gestaltung des "höheren" Rechts einbezogen werden, so verbinden sich die Vorgänge der außengerichteten und internalisierenden Rechtsvergleichung.

b) Feststellende und veränderungsgerichtete Rechtsvergleichung

Feststellende Rechtsvergleichung¹⁰⁹ zielt darauf, das bestehende Recht festzustellen, um es im "höheren" Recht festzuschreiben oder mit ihm zu einem Ganzen zu verbinden. Feststellende Rechtsvergleichung finden wir also etwa dort, wo supranationales Recht die Begegnung nationaler Rechte zu vermitteln hat (wie z.B. in der Verordnung über die soziale Sicherung der Wanderarbeitnehmer), nicht aber die nationalen Rechte in sich zu ändern. Die richtige "Vermittlung" der nationalen Rechte setzt die Kenntnis der nationalen Rechte voraus.

Veränderungsgerichtete Rechtsvergleichung dagegen sucht nach neuen Lösungen – um mit der gängigen Sprache der Rechtsvergleicher zu reden: nach der "relativ besten Lösung". Veränderungsgerichtete Rechtsvergleichung ist in besonderem Maße final orientiert. Sie sucht nach Mustern für das richtige Recht. Hier geht es insofern um ähnliche Zweckzusammenhänge, wie sie auch in der horizontalen Dimension anzutreffen sind, wenn nationale Rechte verglichen werden, um einer neuen Gesetzgebung oder auch einer neuen Rechtsprechung ausländische Lösungs- und Erfahrungsvorräte zugute kommen zu lassen.

Ebenso wie internalisierende und außengerichtete Rechtsvergleichung können sich auch feststellende und veränderungsgerichtete Rechtsvergleichung verbinden. So kann etwa eine harmonisierende Verordnung der Europäischen Gemeinschaften auf den feststellenden Rechtsvergleich der zu harmonisierenden nationalen Rechte angewiesen sein, zugleich aber für die eigene Aufgabe – für die "Harmonisierung nach vorne" wie auch für die Technik des Verbundes der supranationalen und der nationalen Regelungen – nach der "relativ besten Lösung" Ausschau halten. Eine andere höchst eigentümliche Mischung von feststellender und veränderungsgerichteter Rechtsvergleichung finden wir dort, wo den "unte-

106 S. noch einmal oben Anm. 83.

107 S. noch einmal oben Anm. 84.

108 S. dazu *Constantinesco* II, S. 382 ff., 400 ff.

109 Der Gegensatz zwischen feststellender und veränderungsgerichteter Rechtsvergleichung wurde im Verlaufe der Diskussion noch mit den Begriffen statischer und dynamischer Rechtsvergleichung artikuliert. S. dazu Diskussionsbericht, in: Zacher (Anm. 18, Sozialrechtsvergleich), S. 123 ff. (128).

ren" Rechten allgemeine Rechtsgrundsätze zur Ergänzung des "höheren" Rechts entnommen werden sollen¹¹⁰. Der Gesamtvorgang ist auf Veränderung gerichtet: auf Feststellung von Recht, dem bisher entsprechende Anerkennung und Aussage fehlte. Zunächst aber hat der Rechtsfinder hier nach den Beständen im Recht der "zivilisierten Nationen", der Mitgliedstaaten usw. zu forschen, sie also festzustellen. Auf der anderen Seite ist klar, daß Ungleichheiten und Widersprüche zwischen den "unteren" Rechten nicht mit mathematischen Formeln, nicht etwa im Sinne einer Minimal-, Medial- oder Maximalregel überwunden werden können, sondern daß dabei wertend zu verfahren ist¹¹¹. Und darin kommt der veränderungsgerichtete Charakter des Gesamtvorgangs zum Ausdruck.

c) Umfassende und selektive Rechtsvergleichung

Umfassende Rechtsvergleichung versucht einen gewissen Kreis nationaler Rechte hinsichtlich des fragten Gegenstandes erschöpfend aufzunehmen. Sozialversicherungsabkommen etwa können nur richtig geschlossen werden, wenn die nationalrechtlichen Voraussetzungen der betroffenen Rechtsordnungen exakt bekannt sind. Entsprechendes gilt für die Rechtssetzungsakte der Europäischen Gemeinschaften, die nicht nationale Rechte ablösen, sie vielmehr in bessere wechselseitige Verbindung bringen und einander angleichen sollen¹¹². In einem relativen Sinne hat auch die Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze des nationalen Rechts als Quelle des Völkerrechts im Sinne des Art. 38 des Status des Internationalen Gerichtshofs umfassend zu sein¹¹³.

Auf der anderen Seite kann sich die rechtsvergleichende Suche nach der "relativ besten Lösung" – wo immer sie geboten und zulässig ist – auf Bereiche vermutlicher Fündigkeit konzentrieren¹¹⁴. Sie verfährt selektiv. Aber auch die außengerichtete Ermittlung des Wirkungsfeldes neuen "höheren" Rechts, das (wie etwa Konventionen) für viele Staaten gelten und vielleicht auch nur prinzipiellen oder

110 S. dazu noch einmal Anm. 83 und Anm. 84.

111 S. dazu z.B. *Zweigert* (Anm. 93), S. 418 ff.; *Zemanek* (Anm. 81), S. 465. Die Spielräume solcher Wertung stehen hier nicht zur Diskussion. Jedoch muß darauf hingewiesen werden, daß die geläufige Verabsolutierung der Formel von der "relativ besten Lösung" gefährlich ist. Wer bestimmt sie? Nach welchen Kriterien? Zumindest die Leitfunktion des zu ergänzenden "höheren" Rechts, das den Adaptionsvorgang regiert, muß klar sein. Aber auch darüber hinaus ist Rechenschaft darüber notwendig, welche Wertungsmaximen zur Auswahl der "relativ besten Lösung" führen sollen oder geführt haben und warum sie legitim sind. S. dazu insbes. *Meessen* (Anm. 80), S. 301 ff. mit eingehenden Nachweisen. S. aus neuerer Zeit vor allem *Hailbronner* (Anm. 79), insbes. S. 205 ff., 215 ff.

112 S. oben Anm. 92 und Anm. 95.

113 S. dazu aus neuerer Zeit etwa *Hailbronner* (Anm. 79), S. 207 ff. und seine Nachweise.

114 Allerdings ist die Gefahr, daß Vorurteile rechtsvergleichend untermauert werden, groß. Das ist dann der Fall, wenn die im Text behauptete Freiheit dahin mißverstanden wird, daß der Rechtsschöpfer oder Rechtsfinder und sein rechtsvergleichender Zuarbeiter nur nach den Rechten Ausschau halten, in denen eine vom Ergebnis her zusagende Lösung vermutet wird. Demgegenüber sollen sich die Beteiligten stets der Mühe unterziehen und der Kontrolle aussetzen, weiter auszugreifen.

programmatischen Charakter haben soll, kann sich und muß sich oft mit Stichproben der betroffenen nationalen Rechte begnügen.

d) Querverbindungen

Zwischen feststellender und umfassender Rechtsvergleichung besteht also ein tendenzieller Zusammenhang und ebenso zwischen veränderungsgerichteter und selektiver Rechtsvergleichung. Die letzteren beiden Kategorien finden sich deshalb auch beide gemeinhin als wertende Rechtsvergleichung bezeichnet¹¹⁵. Selektion setzt Wertung voraus. Und das Ergebnis der "selektiven Nachschau" wird eingebracht in den konkreten oder allgemeinen, gebundenen oder freien Rechtserzeugungsvorgang und also auch Rechtsveränderungsvorgang, dessen Gesetze auch die Maßstäbe der Bewertung liefern müssen, kraft deren der Befund in den Rechtserzeugungsvorgang eingeht.

Weniger eindeutig ist das Verhältnis der beiden Kategorien zu den Phänomenen der internalisierenden und der außengerichteten Rechtsvergleichung. Das notwendige Minimum internalisierender Rechtsvergleichung ist selektiv und veränderungsgerichtet: Ermittlung und Aufbereitung des kritischen und kreativen Potentials zur inneren Entwicklung des aufnehmenden "höheren" Rechts. Internalisierende Rechtsvergleichung kann aber auch in die Dimension feststellender und umfassender Rechtsvergleichung geraten, wenn dieser Rechtserzeugungsvorgang auf einen gewissen Kreis von Rechten verweist und deren Bestand wenigstens berücksichtigt werden muß – wie eben bei der Findung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Völker- und des Europarechts. Auf der anderen Seite hat außengerichtete Rechtsvergleichung kraft der Außenrichtung des Gesamtvorganges einen notwendigen Bezug zur möglichst umfassenden Feststellung der betroffenen Rechte. Sie will aber immer auch neues "höheres" Recht, das sich auf die betroffenen "niedrigeren" Rechte richtet und ist zumindest insofern immer auch selektiv und veränderungsgerichtet.

4. Die subjektive Seite, insbesondere die verschiedenen sozialen Rollen, in denen horizontaler und vertikaler Rechtsvergleich betrieben wird

Vermerkt muß schließlich werden, daß durch die vertikale Dimension der Rechtsvergleichung sich auch die *Subjekte und Verfahren der Rechtsvergleichung* verändern. Allein von der horizontalen Rechtsvergleichung her zeigt sich etwa das folgende Bild. Rechtssetzer und Rechtsanwender interessieren sich für die Hilfe, die ausländische Lösungs- und Erfahrungsvorräte für die Bewältigung inländischer Rechtsprobleme bieten können. Ferner interessieren sie sich – exakter – für die Entsprechungen inländischen und ausländischen Rechts, um adäquate Lösun-

115 Siehe noch einmal Anm. 111.

gen für Sachverhalte, die zu mehreren Rechten in Beziehung stehen, zu finden. Die Wissenschaft unterstützt sie dabei. Sie bemüht sich darüber hinaus im Sinne besserer Erkenntnis des Rechts als eines humanen und sozialen Phänomens, Gleichheiten und Ungleichheiten, Ähnlichkeiten und Unähnlichkeiten zwischen Rechten zu erfassen, zu verstehen und zu bewerten. Der so gegebene Wissens- und Erfahrungsvorrat erweitert und intensiviert die Möglichkeiten jener Unterstützung.

Bezieht sich nun internationales und supranationales Recht auf die nationalen Rechte, so kommen im eben skizzierten Sinne neue Bedürfnisse nach Rechtsvergleichung auf, treten neue Nachfragen nach Rechtsvergleichung auf, ergeben sich aber auch neue Austauschvorgänge, die zu wechselseitiger Kenntnis verschiedener Rechte führen. So werden Verhandlungsdelegationen, die bi- oder multilaterale Verträge aushandeln¹¹⁶, internationale oder supranationale Bürokratien, welche internationale Konventionen oder supranationale Rechtssetzungsakte vorzubereiten und anzuwenden haben, internationale und supranationale parlamentarische Gremien, die über internationale und supranationale Rechtssetzungsakte vorbereitend oder definitiv zu beschließen haben, internationale Kontrollorgane (wie die Expertenkomitees und die politischen Organe des Europarates und der Internationalen Arbeitsorganisation oder auch der Vereinten Nationen) und schließlich vor allem internationale Gerichte¹¹⁷ zu Stätten mehr oder minder konzentrierter rechtsvergleichender Erfahrung¹¹⁸. Für die Wissenschaft steigert sich die Möglichkeit praktischer Sinnerfahrung ihrer Arbeit. Die steigende Nachfrage nach Expertisen aktiviert die Forschung und verschafft ihr Effektivität. So scheint sich die Perspektive einer umfassenden Zunahme an rechtsvergleichender Aktivität und Interkommunikation abzuzeichnen.

Jedoch darf nicht übersehen werden, daß die konkreten Zwecke, von denen diese Aktivitäten gesteuert werden, auch zu Verkürzungen der rechtsvergleichenden Vorgänge führen. Internationale Gerichte etwa stehen unter dem Eindruck des Einzelfalles. Er gebietet oder gestattet es ihnen, allgemeinere Aussagen zu unterlassen. Oft auch ist das schon eine Sache des Urteilsstiles. Und letztlich läuft das Gericht Gefahr, durch die Ausbreitung seiner rechtsvergleichenden Urteilsgrundlagen unnötige Angriffsflächen zu bieten – die bei dem anerkannt hohen Fehlerrisiko rechtsvergleichender Arbeit unvermeidlich sind¹¹⁹. Internationale und supranationale parlamentarische Gremien stehen vor allem vor der Aufgabe politischer Entscheidung. Pflicht und Neigung, die Grundlagen exakt offenzulegen, sind gering. Nationale, supranationale und internationale Bürokratien

116 S. dazu in diesem Zusammenhang *Constantinesco* II, S. 380 ff.

117 Zu diesem in diesem Zusammenhang vor allem *Kropholler*, S. 278 ff.; *Bothe* (Anm. 79) und die dortigen Nachweisungen.

118 S. zum Vorstehenden auch noch einmal *Ficker* (Anm. 31).

119 S. zur Rechtsvergleichung durch internationale und supranationale Gerichte außer den in Anm. 7 Zitierten und deren Nachweisen vor allem die von Erfahrung durchdrungenen Berichte von *Mosler* (Anm. 33) und *Kutscher* (Anm. 46), S. I – 23 ff.

haben zumeist einen hohen Kenntnisstand¹²⁰. Die Summe der technischen Details und die Dynamik stets neuer Herausforderungen auf der einen Seite, sowie andererseits die Gefahr, durch systematische Darlegungen Elastizität und politisches Anpassungs- und Durchsetzungsvermögen einzubüßen, wirken jedoch darauf hin, daß diese hoch zu veranschlagenden Vorräte an Kenntnissen und Techniken wenig systematisiert und nach außen hin nicht systematisch dargestellt werden. Besonders deutlich ist die Verkürzung rechtsvergleichender Vorgänge dort, wo nichtrichterliche internationale Kontrollorgane die Einhaltung nationaler Standards zu überwachen haben¹²¹. Die Darlegungen sind dabei weitgehend auf Regierungen und gesellschaftlich maßgebliche Kräfte (Verbände) beschränkt. Und die Kontrollorgane sind teils rechtlich, teils tatsächlich außerstande, die Sachverhalte über diese offiziellen Darlegungen hinaus zu untersuchen. Somit wird weitgehend ein bloßer Anschein von Normen und Verhältnissen mit den Anforderungen internationalen Rechts verglichen¹²².

Der Verdacht, daß solch spezialisierter und entsprechend *teilhafter* Rechtsvergleich den Blick eher verstellen als weiten kann, liegt nahe. Doch gibt es kaum Wege, diese Beschränkungen und Einseitigkeiten konkret zweckhafter Rechtssetzungsarbeit generell auszuräumen. Vielmehr ist es wichtig, den *jeweils spezifischen, ausschnitthaften Charakter der Rechtsvergleichungsarbeit* zu sehen. Er hat sich oben schon *sachlich* im Sinn des spezifischen, ja besonderen Charakters der verschiedenen Rechtsvorgänge gezeigt. Hier geht es um die *subjektive* Entsprechung – die nicht notwendig eine Entsprechung jeweils zwischen einem Typ von Akteuren und einem Typ sachlicher Spezialität von Rechtsvergleichung ist.

120 S. dazu als Beispiele *Wanders, Jantz* und *Echterhölder* (Methodische Probleme), S. 137 ff., 195 ff., 221 ff., sowie *Schregle, Nagel, Schuh, Pipkorn* und *Kaupper* in: Zacher (Anm. 18, Sozialrechtsvergleich), S. 133 ff. – Hier ist noch einmal an ein Phänomen zu erinnern, das im Ductus dieser Überlegung nur peripherisch erwähnt werden kann. Internationale und supranationale Organisationen haben weitgehend die Aufgabe, auf die Entwicklung nationalen Rechts konsultativ einzuwirken. Das kann primär um des Gemeinwohls der betroffenen Nationen wegen geschehen – wie das weitgehend für die Beratungstätigkeit der Vereinten Nationen und ihrer zahlreichen Unter- und Sonderorganisationen, der Internationalen Arbeitsorganisation usw. zutrifft. Es kann daneben oder primär den Zweck haben, eine internationale oder supranationale Gemeinschaft zu integrieren – wie das für die Europäischen Gemeinschaften zutrifft (s. insbes. Art. 118 EWG-Vertrag). Die Funktionäre und Experten dieser Organisationen sind im Rahmen solcher Aufgaben zur Rechtsvergleichung veranlaßt, ja gezwungen. Und ihre rechtsvergleichende Erfahrung ist ein wichtiger Beitrag auch zu der sonstigen Rechtsvergleichung im Rahmen dieser Organisationen.

121 So z.B. die Gremien nach Art. 8 ff. des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7. März 1966; Art. 28 ff. des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1976; Art. 16 ff. des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966; Art. 19, 22, 23, 24 ff. der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation – dazu genauer *van der Ven* (Anm. 19), *Schregle* (Anm. 18); Art. 21 ff. der Europäischen Sozialcharta vom 18. Oktober 1961; Art. 74 ff. der Europäischen Ordnung der sozialen Sicherheit vom 16. April 1964 (dazu genauer *Nagel* (Anm. 30)).

122 Die Anwendung von Formelkompromissen auf oberflächlich wahrnehmbare Verhältnisse: Zacher laut Diskussionsbericht zu *van der Ven* (Anm. 19), S. 191 ff.

Die größte Gefahr besteht nicht in dem hier auf die Subjekte bezogenen *Teilcharakter* jeder Rechtsvergleichungsarbeit an sich, sondern darin, die spezielle rechtsvergleichende Arbeit jeweils für *die* Rechtsvergleichung schlechthin zu halten. Je mehr Rechtsvergleichung rechtssetzend und rechtsanwendend relevant wird, desto mehr muß für die Rechtsvergleichung, wie im übrigen Rechtsleben auch, die *Rollenverteilung* bewußt werden¹²³. Auch die Wissenschaft vermag nicht das Ganze der Rechtsvergleichung darzustellen. Und je länger der Prozeß in der Verbindung von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung anhält, desto deutlicher wird dies. Aber die Wissenschaft bleibt *das* Element mit der weitestreichenden Fähigkeit des Überblicks und der Integration¹²⁴.

IV. Sozialrechtsvergleichung im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts

1. Vorbemerkungen

Zusammenhänge zwischen

– dem internationalen und supranationalen *Recht*

– insbesondere dem internationalen *Sozialrecht* und dem supranationalen *Sozialrecht* und

– dem nationalen Sozialrecht und der Vergleichung nationalen Sozialrechts herzustellen, war der Zweck dieses Colloquiums. Dabei konnte es sich schon deshalb nur um einen exemplarisch angelegten Versuch handeln, weil sowohl das internationale Sozialrecht¹²⁵ als auch die nationalen Sozialrechte und insbesondere ihre Vergleichung¹²⁶ der Aufbereitung und Darstellung harren¹²⁷. Die “Versuchsordnung” bestand darin, daß die Referate über “Rechtsvergleichung und Völkerrecht” (*Dieter Blumenwitz*)¹²⁸ und “Rechtsvergleichung im Europäischen Gemeinschaftsrecht” (*Albert Bleckmann*)¹²⁹ die Problematik dieses Kreuzungsfeldes von horizontaler Vergleichung nationaler Rechte und vertikaler Vergleichung von Völkerrecht, supranationalem Recht und nationalem Recht ohne Beschränkung oder auch nur Konzentration auf das Sozialrecht zu skizzieren hatten. Die anderen Referate sollten konkrete sozialrechtliche Erfahrungsbereiche in diesem Kreuzungsfeld beschreiben. Der Versuch, dieses Kreuzungsfeld für

123 Zur Kooperation der juristischen Rolle s. *Zacher*, Grundfragen usw. (Anm. 2), S. 10 m.w. Nachw.

124 Zur Notwendigkeit, zwischen den verschiedenen Akteuren der Rechtsvergleichung zu unterscheiden s. den Diskussionsbericht in: *Zacher* (Anm. 18, Sozialrechtsvergleich), S. 123 ff. (128).

125 S. oben Anm. 7.

126 S. oben Anm. 16.

127 Unter den angesprochenen Kategorien erscheint das supranationale Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaften am eingehendsten aufbereitet, s. oben Anm. 15.

128 S. oben Anm. 79.

129 S. oben Anm. 80.

jeweils das *ganze* nationale, supranationale und internationale Sozialrecht darzustellen, konnte wegen des Standes der Forschung und der begrenzten Möglichkeit von Referaten niemandem zugemutet werden¹³⁰.

2. Völkerrecht und Sozialrechtsvergleichung

a) Völkerrecht als Staaten-Recht

Völkerrecht ist in erster Linie Staaten-Recht: Recht des Werdens und Vergehens von Staaten, ihrer territorialen und personellen Grenzen, ihres Handelns gegen- und untereinander, ihrer Verpflichtungen untereinander und ihrer Streitigkeiten. Rechtsvergleichung hat hier den Normenvorrat nationalen Rechts für die Beziehungen zwischen gleichgeordneten Subjekten, insbesondere also des nationalen Privatrechts, für die Entwicklung des Rechts zwischen den Staaten erschlossen¹³¹. Indem die internationalen Organisationen an Zahl und Bedeutung zunahmen, ergab sich auch ein wachsender Bedarf an Modellen des Organisationsrechts¹³². Sozialrecht als ein Recht gegen ökonomische und ökonomisch bedingte Unterschiede und Abhängigkeiten hatte in diesen Beziehungen keinen Ort. Und Nachfrage nach Rechtsvergleichung richtete sich nicht auf das nationale Sozialrecht. Erst die Diskussion um die "neue Weltwirtschaftsordnung" brach dann auch in größerem Umfang einer "Materialisierung" der Staaten-Staaten-Beziehung Raum¹³³. Internationale Verteilungsordnung und internationale Umverteilung sind keine Unvorstellbarkeiten mehr. Und von hier aus wird sich eine Nachfrage nach einem Sozial-Völkerrecht ergeben, die von nationalen Vorbildern – speziell von Mustern der Umverteilung – zum internationalen Recht hinaufführen kann¹³⁴. Sowohl für die Suche nach den "relativ besten Lösungen" für diese Probleme, als auch für die Ermittlung des Kooperations- und Konfliktfeldes in den nationalen Rechtsordnungen, mit dem die Lösungen zu rechnen und in dem sie zu wirken

130 Damit soll niemandem nahegetreten werden, der sich imstande gesehen hätte, ihn zu unternehmen. Die folgenden Zeilen können und sollen diesen Versuch nicht ersetzen. Sie sollen nur helfen, die herausgegriffenen Themen in der weiten Landschaft zu lokalisieren und eine Spur von Rechenschaft über die Lücken zu geben, die bleiben mußten.

131 S. dazu noch einmal die oben zitierten Arbeiten von *Strebel*, *Hailbronner* und *Bothe* (Anm. 78). S. ferner *Blumenwitz* (Anm. 79).

132 Siehe dazu noch einmal *Ress* (Anm. 78) und seine Nachweise.

133 Siehe dazu *Tomuschat* (Anm. 13); *Ernst Petersmann*, Die Dritte Welt und das Wirtschaftsvölkerrecht, *ZaÖRV* Bd. 36 (1976), S. 492 ff. Siehe auch die Zusammenstellung der wichtigsten internationalen Dokumente, in: Bericht zur Entwicklungspolitik der Bundesregierung (Zweiter Bericht) – Entwicklungspolitische Konzeption der Bundesrepublik Deutschland (Neufassung 1975), Deutscher Bundestag, Drucksache 7/4293, S. 37 ff., ergänzend "Resumed Assembly Session Fails to Agree on Paris Conference Achievements", *UN-Cronicle*, Vol. XIV, N. 9, Oct. 1977, S. 32 ff.

134 S. dazu auch das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft über die "Fragen einer neuen Weltwirtschaftsordnung", *BMWi*, Studienreihe 15, 1976, S. 59 ff.

haben, wird hierfür der Sozialrechtsvergleich¹³⁵ in Anspruch genommen werden müssen. Freilich wird das so auf den Weg kommende "Internationale Wirtschafts- und Sozialrecht" selbst sich nur ausnahmsweise auf das nationale Sozialrecht beziehen. Im wesentlichen zielt die Entwicklung auf das Verhältnis der Staaten untereinander, nicht auf eine bestimmte völkerrechtliche Gestaltung ihrer internen Verhältnisse¹³⁶. Wenn hier Sozialrechtsvergleich Dienste leisten kann, so sind sie primär internalisierender und – mangels Maßgeblichkeit des Völkerrechts für das nationale Recht – nur im weiteren Sinne vertikaler Natur.

Vertrauter schon ist die Nachfrage internationaler Organisationen nach sozialrechtlichen Modellen. Das Dienst- und Sozialrecht der Bediensteten und Funktionäre verlangt nach Lösungen, deren Vorbilder im nationalen Arbeits-, Beamten-

135 So spielen die Transfers von Sozialleistungen im Rahmen internationalen Sozialversicherungsrechts bereits heute eine wesentliche Rolle in der internationalen Verteilung und Umverteilung.

136 Die internationalen Dokumente sind nicht eindeutig. Zwei Fragen vermischen sich: (1) Wirtschaftspolitik oder Sozialpolitik durch Wirtschaftspolitik? (2) Sind die Staaten als nach außen geschlossene Ganzheiten oder die Verhältnisse (auch der einzelnen, ihrer Gruppen, einzelner Regionen, Schichten usw.) in den Staaten Gegenstand der internationalen Politik? Von der Offenheit und Überschneidung dieser Fragen her ergeben sich vielfache Mehrdeutigkeiten und Dissense. Für den Überschneidungsbereich seien – in zeitlicher Reihenfolge – folgende Dokumente zitiert:

1. *Declaration on Social Progress Developments* vom 30.12.1969 (GA/RES/2542 [XXIV]): Die ersten 22 Artikel zählen alle denkbaren Ziele nationaler Sozialpolitiken auf; Art. 23 und 24 bringen unter der Überschrift "Means and Methods" als Voraussetzung echten sozialen Fortschritts sowohl des Einzelstaates, wie der "intern. Community" alle im Rahmen einer "Neuen Intern. WeltwirtschaftsO" diskutierten Forderungen der E-Länder (Art. 23 lit. (b), (d), (e); Art. lit. (b), (c)).
2. *Proklamation der II. Entwicklungdekade der VN* vom 16.10.1970 (GA/RES/UN/Doc/A/8124), deutscher Text bei Meyer/Seul/Klingner, "Die zweite Entwicklungdekade der VN", Bochumer Schriften zur Entwicklungsforschung und Entwicklungspolitik Bd. 10, Düsseldorf 1971,
A. Präambel "Die Regierungen ... geloben, einzeln und gemeinsam eine Politik zu verfolgen, die so angelegt ist, daß eine gerechtere und vernünftigeren Wirtschafts- und Sozialordnung geschaffen wird, in der die Gleichheit der Chancen ebenso sehr ein Vorrecht von Nationen wie von einzelnen innerhalb einer Nation sein sollte ..."
3. *Erklärung über die Errichtung einer neuen Weltwirtschaftsordnung* vom 1.5.1974 (RES/3201 (S-VI) und RES/3202 (S-VI) der 6. Sondergeneralversammlung der VN: Präambel Ziff. 3 "... daß die Interessen der entwickelten Länder und die der Entwicklungsländer untrennbar geworden sind; ... Internationale Zusammenarbeit bei der Entwicklung ist das gemeinsame Ziel und die gemeinsame Pflicht aller Länder ..."
4. *Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten* vom 12. Dez. 1974 (GA/RES/3281). Nach Kapitel I müssen die Grundlagen der internationalen Wirtschaftsbeziehungen auf folgenden Grundsätzen beruhen: gegenseitiger und gerechter Nutzen, Förderung der internationalen sozialen Gerechtigkeit (lit. e und m). Kapitel II (insbes. Art. 17) bringt das Argument der "Bedürftigkeit eines Staates" als Grundlage für einen Anspruch auf Hilfe. Kapitel IX lautet:
"Alle Staaten haben die Aufgabe, in wirtschaftlichem, sozialem, kulturellem, wissenschaftlichem und theoretischem Bereich zusammenzuarbeiten, um den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt in der ganzen Welt, insbes. in den Entwicklungsländern zu fördern."

und Sozialrecht gesucht werden konnten. Darüber hinaus haben auch die sozialpolitischen Aufgaben einzelner Organisationen nach sozialrechtlichen Mustern verlangt. Doch damit ist bereits der Bereich der Einwirkung des Völkerrechts auf das nationale Sozialrecht betreten.

b) Die völkerrechtliche Vorordnung des nationalen Sozialrechts

Hinter der "Kulisse" der Staaten-Staaten-Beziehungen und der Staaten-Organisationen vollzog sich nämlich seit dem Ende des 19. Jahrhunderts ein durch die Geschlossenheit der Staaten als Völkerrechtssubjekte und die Mediatisierung der inneren Verhältnisse und des einzelnen gegenüber dem Völkerrecht¹³⁷ lange gehemmter Prozeß: die Erkenntnis und Zunahme der Verantwortung der Staatengemeinschaft und somit des Völkerrechts für den Menschen und seine Lebensverhältnisse auch in den Staaten¹³⁸. Der elementare Nenner dafür ist die Entwicklung der Menschenrechte im Völkerrecht – der Freiheits- und politischen Rechte sowie der sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechte: Daß dabei die nationalen Muster Pate standen und die Rechtsvergleichung helfen mußte, ist offensichtlich – ja für die wissenschaftliche Reflexion fast zu selbstverständlich.

Parallel dazu verlief die Erkenntnis, daß die Unterschiede der nationalen Rechte dem Verkehr der Menschen und Güter hinderlich waren, daß also nach Vereinheitlichung oder Angleichung – jedenfalls nach Abbau der Hinderlichkeit der Rechtsgrenzen, insbesondere also im Kollisionsrecht – gesucht werden muß¹³⁹. Wo man sich dabei nicht mit – abgesprochener oder sich sonst ergebender – faktischer Annäherung begnügen, sondern rechtliche Wege und Garantien nutzen wollte, konnte das nur über das Völkerrecht geschehen¹⁴⁰. Und auch für all dies wurde Rechtsvergleichung zur unerläßlichen Voraussetzung¹⁴¹.

Dies alles fällt in die Zeit, in der die soziale Verantwortung sich in der Politik Bahn bricht, so daß internationale Verantwortung für den Menschen auch internationale Sozialpolitik bedeutet¹⁴². Mit der Entwicklung der sozialpolitischen Systeme in den Staaten werden die Unterschiede in Sozialpolitik und Sozialrecht zu immer bedeutsameren Bestimmungsgründen für die Rolle des Faktors Arbeit im internationalen Wettbewerb der Wirtschaft. Auch von daher ergeht also ein Ruf nach Standardisierung. Wichtiger aber wird auf Dauer, daß die Idee der Gleichheit, die jeder Sozialpolitik immanent ist, nicht ohne Inkonsequenz an den Grenzen anhalten kann. Und endlich bewirkt die Angewiesenheit des Menschen auf die

137 Siehe z.B. *Verdross/Simma* (Anm. 14), S. 57 ff.

138 Siehe etwa *Verdross/Simma* (Anm. 14), S. 57 ff.

139 Siehe etwa *Verdross/Simma* (Anm. 14), insbes. 599 ff. und die dortigen Nachweise.

140 *Kropholler*, S. 34 f., 43 ff., 93 ff., 112 ff.

141 Siehe etwa *Zweigert/Kötz* (Anm. 25), S. 23 ff.; *Constantinesco II*, S. 400 ff., 421 ff.

142 S. z.B. *Gertrud Savelsberg*, Art. "Sozialpolitik (V) Internationale Sozialpolitik, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9 (1956), S. 564 ff.; *Peter Heyde*, Internationale Sozialpolitik, 1960; *Ludwig Preller*, Praxis und Probleme der Sozialpolitik, 2 Bde. 1970, Bd. II S. 692 ff.

sozialpolitischen Systeme, insbesondere die Systeme sozialer Sicherung und seine Verstrickung in sie, daß deren nationale Unterschiede zu wichtigen Barrieren für die internationale Wanderung werden. Dies alles führt dazu, daß sich internationales Sozialrecht entwickelte, durch welches Völkerrecht auf die nationalen Rechtsordnungen einwirkt.

Sowohl den Bedürfnissen der Koordination als auch den Möglichkeiten des Sozial-Völkerrechtes gegenüber den nationalen Rechten konnte und mußte dabei durch eine reiche *Vielfalt* verschiedener Instrumente entsprochen werden¹⁴³. So ist etwa zu unterscheiden

– nach dem Inhalt: zwischen der *kollisionsrechtlichen* Ordnung der *Begegnung* der nationalen Sozialrechtsordnungen (vor allem durch Sozialversicherungsabkommen, Fürsorgeabkommen usw.)¹⁴⁴ und der *Standardisierung des "internen" Sozialrechts* (elementar durch den UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und die Europäische Sozialcharta; detaillierter durch ILO-Übereinkommen und Empfehlungen und durch weitere Empfehlungen des Europarates)¹⁴⁵;

– nach der Intensität und der Differenziertheit der Aussage: zwischen den *unmittelbaren Sachregelungen* (wie sie eher im Kollisionsrecht anzutreffen sind) und den *prinzipiellen und programmatischen Garantien* (wie sie sich eher für die Standardisierung "inneren" Sozialrechts zu eignen scheinen)¹⁴⁶;

– nach den Adressaten: zwischen wie innerstaatliches Recht anwendbaren – sich also auch an Bürger und Verwaltung wendenden – "*self-executing*"-Verträgen (wie sie wieder eher für das Kollisionsrecht typisch sind) und den nur die Staaten – sich also in der Sache an Regierungen und Gesetzgeber richtenden – "*non-self-executing*"-Verträgen (wie sie vor allem der Bestimmung von Standards gemäß sind)¹⁴⁷;

– nach der Zahl der beteiligten Staaten und dem Vorgang der Beteiligung: zwischen *bilateralen und multilateralen* Abkommen zwischen zwei oder wenigen Staaten, die auf diese Weise eine große Nähe zum nationalen Recht, eine große Regelungsintensität und einen direkten Geltungsanspruch erreichen können (wie etwa bei Sozialversicherungsabkommen, Fürsorgeabkommen usw.) und den breit angelegten und deshalb tendenziell dem nationalen Recht gegenüber distan-

143 Die nachfolgenden Hinweise können dem internationalen Arbeitsrecht nicht spezifisch Rechnung tragen. Deshalb sei generell auf die einander ergänzenden Werke von *Gamillscheg* (Anm. 8) und *Schnorr* (Anm. 12) hingewiesen.

144 Siehe dazu für die deutsche Praxis *Plöger/Wortmann*, Deutsche Sozialversicherungsabkommen (fortlaufend). Weitere Hinweise siehe bei den oben in Anm. 7 Zitierten.

145 Siehe dazu die Zusammenstellung bei *Hans F. Zacher*, Internationales und Europäisches Sozialrecht (Anm. 12). – Siehe zur Relevanz dieser Unterscheidung für den Einbezug des Rechtsvergleichs oben S. 397 ff., 411 f.

146 Siehe zur Relevanz dieser Unterscheidung oben S. 394 f., 395, 412.

147 Siehe dazu etwa *Wilhelm Wengler*, Die Unanwendbarkeit der Europäischen Sozialcharta im Staat, 1969. – Zur Relevanz dieser Unterscheidung siehe oben S. 398, 421; ferner *Constantinesco* II, S. 391 f.; *Kropholler*, S. 101 ff.

zierteren und geltungsschwächeren *Konventionen* (weltweit der Vereinten Nationen und der Internationalen Arbeitsorganisation; europäisch des Europarates)¹⁴⁸;
– nach den Sanktionsmechanismen: zwischen den schlichten *allgemeinen Sanktionsmechanismen* völkerrechtlicher Verträge (wie sie sich z.B. aus dem Synallagma bilateraler Verträge oder aus den allgemeinen Grundsätzen völkerrechtlicher Rechtsdurchsetzung ergeben)¹⁴⁹ oder den *spezifischen Sanktionsmechanismen* internationaler Organisationen (besonderen Organen und Verfahren, wie sie vor allem die Internationale Arbeitsorganisation und der Europarat, aber auch die Vereinten Nationen gerade für den sozialrechtlichen Bereich aufgebaut haben)¹⁵⁰;

– endlich – und schon am Rande des Themas – nach dem “imperativen” oder “konsultativen” Charakter: zwischen der Herstellung von *verbindlichen* oder doch autoritativ empfohlenen Rechtstexten (wie Verträgen, Übereinkommen oder Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation) oder der *Konsultation* (in Konferenzen, in Organen internationaler Organisationen oder durch Berater, die von internationalen Organisationen gestellt werden)¹⁵¹. Mit dieser letzteren Unterscheidung wird das Kriterium der Maßgeblichkeit des höheren Rechts preisgegeben und damit die Grenze engerer vertikaler Rechtsvergleichung überschritten.

Daß alle diese Unterschiede ihre – zumindest potentielle – Relevanz für den Einbezug des Rechtsvergleiches in die Vorgänge der Rechtsbildung und Rechtsanwendung haben, sollte oben dargetan worden sein.

c) Zur spezifischen Nicht-Identität von internationalem und nationalem Sozialrecht

Die Trias von (meist bilateralen) Sozialversicherungs- und Fürsorgeabkommen, regionalen (europäischen) Konventionen und weltweiten Konventionen exemplifiziert auch die typische schwellenbedingte Konzentration von *Kategorien der Nicht-Identität*, die den vertikalen Rechtsvergleich zwischen maßgeblichem “höherem” Recht und untergeordnetem nationalem Recht charakterisieren¹⁵². Bilaterale Abkommen, multilaterale, insbesondere regionale (z.B. europäische) Kon-

148 Siehe zur Relevanz dieser Unterscheidung oben S. 386 f., 400 ff.

149 Siehe etwa *Verdross/Simma* (Anm. 14), S. 409 ff., 613 ff., 647 ff.

150 Siehe noch einmal Anm. 121, siehe ergänzend etwa die vergleichende Darstellung der Sanktionsmechanismen des Europarats (nach der Europäischen Sozialcharta) und der Internationalen Arbeitsorganisation bei *F.M. van Asbeck*, La Charte Sociale Européenne: Sa Portée Juridique, La Mise en Oeuvre, in: *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris 1964, S. 427 ff. (445). – Zur Relevanz der Unterscheidung siehe oben S. 387 f., 395 ff.

151 Siehe dazu oben S. 384 f., 416 f. und Anm. 120. Exemplarisch siehe etwa *M. García Cruz*, La Seguridad Social en México, Bd. 1, Mexiko 1972, S. 71 ff.

152 Siehe oben S. 393, 399 ff. Die beiden Typen sind auch in den beiden Colloquien (siehe “Methodische Probleme” und “Sozialversicherung”) immer wieder hervorgetreten. Zum Typ des bilateralen Sozialversicherungsabkommens usw.: *Wanders*, Methodische Probleme, S. 137 ff.; *Schuh* (Anm. 97). Zur standardisierenden Konvention: *van der Ven*, Methodische Probleme, S. 171; *Schregle und Nagel* (Anm. 18 und Anm. 30).

ventionen, und multilaterale weltweite Konventionen stehen jeweils vor sehr unterschiedlichen Problemen der Zahl der Rechtssetzungssubjekte, der natürlichen Bedingungen, der sozialen, technischen, kulturellen, wirtschaftlichen und politischen Ambiance, der nationalen Rechtsordnungen und der Sprache. Und sie müssen und können in ganz verschiedener Weise darauf reagieren.

Allen diesen Instrumenten aber ist gemeinsam, daß sie "über" oder vielleicht sollte man besser sagen "außerhalb" der Zone umfassender politischer und rechtlicher Verantwortung angesiedelt sind, die der Staat darstellt¹⁵³. Völkerrechtliche Abkommen und Konventionen können den nationalen Rechtsordnungen und Politiken ihre Verantwortung nicht abnehmen und müssen deren Prioritäten hinnehmen. Das wirkt sich gerade im sozialrechtlichen Bereich mehr aus als in irgendeinem anderen. Sozialrecht muß, soweit es nicht zwischenbürgerliche Ordnung¹⁵⁴, sondern Verteilung und Umverteilung ist, permanent durch eine Politik realisiert werden, die zu einer gesamthaften Disposition über ein kohärentes Maximum an Ressourcen, Zielen, Prioritäten und Gestaltungen imstande ist¹⁵⁵, wie das eben nur für die staatliche Politik zutrifft¹⁵⁶. Vor diesem Sachzwang stehen schon Zusagen des nationalen Rechts – wie etwa "soziale Rechte"¹⁵⁷ – weitgehend hilflos¹⁵⁸. Zusagen des internationalen Rechts – wie etwa in den UN-Pakten, der Europäischen Sozialcharta oder manchen ILO-Konventionen – sind dadurch a priori in Frage gestellt, und zwar um so mehr, je genauer und verbindlicher sie sein wollen.

Gerade im Lichte dieser durchgehenden Gemeinsamkeit heben sich aber auch die Unterschiede ab, die zwischen den verschiedenen Instrumenten bestehen. Zwei typische Gruppen, die einander gegenüberzustellen sich lohnt, sind etwa: die bilateralen Sozialversicherungs- und Fürsorgeabkommen, die direkt das Detail regeln und vorwiegend kollisionsrechtlichen Inhalt haben, und die großen europäischen oder weltweiten Konventionen, die sich den sozialpolitischen und sozialrechtlichen Standards vor allem des "inneren" Sozialrechts widmen¹⁵⁹. Die Kombination von Inhalt, Regelungstechnik, Geltungsanspruch und Kreis der be-

153 Siehe oben S. 401 f.

154 Und insofern liegen die Dinge gerade für das internationale Arbeitsrecht oft anders als für das Recht der sozialen Sicherheit und des sonstigen sozialen Verteilungs- und Umverteilungsrechts. Siehe zum internationalen Arbeitsrecht noch einmal oben Anm. 143.

155 Dazu umfassend *Ludwig Preller*, Sozialpolitik, Theoretische Ortung, 1962; s. ferner etwa *Herbert Ehrenberg*, Von der Notwendigkeit und den Möglichkeiten einer umfassenden, auf die gleichen Ziele ausgerichteten Wirtschafts- und Sozialpolitik, in: Alfred Christmann u.a. (Hrsg.), Sozialpolitik, Ziele und Wege, 1974, S. 79 ff.

156 Zu gewissen Grenzen der internationalen Sozialpolitik s.a. *Heyde* (Anm. 142), S. 157 ff., insbes. S. 159 f. – s. zum Vorigen auch *Hans F. Zacher*, Was können wir vom Sozialstaatsprinzip wissen?, in: Festschrift für Hans P. Ipsen, 1977, S. 207 ff., insbes. ab S. 240 ff.

157 S. dazu statt anderer *Peter Badura*, Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung in der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat, Bd. 14 (1975), S. 17 ff.

158 S. dazu auch *Hans F. Zacher*, Freiheits- und Sozialrechte im modernen Verfassungsstaat, in: Stanis-Edmund Szydzik (Hrsg.) Christliches Gesellschaftsdenken im Umbruch, 1977, S. 75 ff. (95 ff.); *ders.*, Was können wir usw. (Anm. 156), S. 207 ff.

159 S. oben S. 397 ff. und 411 f.

teiligten Staaten ist dabei mitnichten zufällig. Bilaterale Abkommen über die Begegnung national verbindlich geregelter Leistungssysteme sind nicht nur durch die geringe Zahl der Beteiligten, durch die Identität der Betroffenen und rechtssetzenden Subjekte, durch die Möglichkeit maximaler Rücksichtnahme auf die natürlichen, sozialen, ökonomischen, technischen, kulturellen und politischen Bedingungen und auf die Integrität der nationalen Rechtsordnung "privilegiert".

Sie sind häufig auch durch den Gegenstand bevorzugt. Sozialversicherung z.B. ist auch im nationalen Rahmen technisch extrem durchgebildet und verrechtlicht. Daran kann das internationale Recht anschließen. Für weltregionale (z.B. europäische) und noch mehr für weltweite Konventionen sind dagegen die Herausforderungen der Zahl der betroffenen Staaten, der Differenzierung der Rechtssetzungssubjekte, der unterschiedlichen natürlichen, sozialen, wirtschaftlichen, technischen, kulturellen und politischen Bedingungen, die Unterschiede der Rechtsordnungen und die Unterschiede der Sprachen extrem groß. Nur selten können sie unmittelbar anwendbares Recht beinhalten (allenfalls in arbeitsrechtlichen Sätzen). Weithin sind sie auf Prinzipien und Programme angewiesen. Diese bedürfen der Umsetzung einerseits durch die verpflichteten Staaten, andererseits durch entsprechende Kontrollorgane – wie etwa die zuständigen Ausschüsse und Organe der Internationalen Arbeitsorganisation oder des Europarates¹⁶⁰ – und diese Kontrolle ist eine permanente Balance zwischen der exzeptionellen Einmischung aus dem internationalen Raum und der generellen Verantwortung und Kompetenz der nationalen Politik¹⁶¹.

d) Zum Colloquium

Diesen Bereich konnten die Referate über "Internationale Sozialrechtsverglei-
chung in der normenschaffenden Tätigkeit der Internationalen Arbeitsorganisa-
tion" (*Johannes Schregle*)¹⁶², "Sozialrechtsvergleich im Aufgabenbereich des
Europarates" (*Siegfried-Günter Nagel*)¹⁶³ sowie über "Die Bedeutung der Rechts-
vergleichung für die Gestaltung und Anwendung zwischenstaatlicher Sozialver-
sicherungsabkommen" (*Josef Schuh*)¹⁶⁴ weitgehend besetzen. Ausgespart blieb
dabei vor allem der Bereich der Vereinten Nationen¹⁶⁵. Da die Praxis der Vereinten
Nationen speziell bei der Garantie sozialer Rechte jedoch erst anläuft, konnte
diese Einschränkung vertreten werden.

160 S.o. Anm. 121 u. Anm. 150.

161 S. auch den Diskussionsbericht zu dem Referat *van der Ven*, in: *Methodische Probleme*, S. 188 ff.

162 S. oben Anm. 18.

163 S. oben Anm. 30.

164 S. oben Anm. 97.

165 Insofern war es besonders dankenswert, daß Prof. *Christian Tomuschat*, der deutsche Vertreter in dem Ausschuß nach Art. 28 ff. des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte an dem Colloquium teilgenommen hat.

3. Supranationales Sozialrecht und nationales Sozialrecht

a) Das Terrain

Von supranationalem Recht kann von vornherein nur konkret die Rede sein. Es ist das Recht der Europäischen Gemeinschaften. Die Referate über "Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Harmonisierung sozialrechtlicher Normen in den Europäischen Gemeinschaften" (*Jörn Pipkorn* und *Helmut Kaupper*)¹⁶⁶ konnten deshalb auch die Problematik des Sozialrechts im Kreuzungsfeld von horizontaler Rechtsvergleichung der Europäischen Gemeinschaften und vertikaler Rechtsvergleichung zwischen dem supranationalen Recht und dem Recht der Mitgliedstaaten breiter besetzen als die "völkerrechtlichen" Referate dies für das internationale Sozialrecht tun konnten. Gleichwohl ist auch hier auf den Ort des Sozialrechts im Gesamtzusammenhang von Rechtsvergleichung und supranationalem Recht¹⁶⁷ einzugehen.

Auch hier ist zu unterscheiden zwischen dem Rechtsvergleich, der zur Bildung und Ergänzung des "höheren" (hier: Gemeinschafts-)Rechts vom nationalen Recht her führt, ohne daß das "höhere" Recht die gleichen Gegenstände des nationalen Rechts vorzuordnen suchte und auf diese Weise dafür maßgeblich würde (vertikaler Rechtsvergleichung im weiteren Sinne), und dem Rechtsvergleich, der "höheres" (Gemeinschafts-)Recht mit Maßgeblichkeit für das nationale Recht des gleichen Gegenstandes hervorbringt¹⁶⁸. Die Väter der Gründungsverträge haben sich der Sozialpolitik zunächst zwar nur angenommen, soweit sie mit der Wirtschaftspolitik notwendig verbunden erschien – m.a.W.: hinsichtlich der gleichen Bedingungen für den Faktor Arbeit über die Gemeinschaft hin. Aber daraus ergab sich doch schon eine Reihe unmittelbarer *sozialpolitischer Aufgaben und Zuständigkeiten* der Europäischen Gemeinschaften. Daß sowohl für die einschlägigen Vertragsbestimmungen als auch für das europäische Recht, das die

166 S. in: Zacher (Anm. 18, Sozialrechtsvergleich), S. 229 ff. und S. 255 ff., s.a. noch einmal Jantz, Methodische Probleme (Anm. 20), S. 195 ff.

167 S. dazu noch einmal Bleckmann (Anm. 80).

168 Interessant hierzu die Gliederung des Colloquiums über "Der Beitrag der Rechtsprechung zur Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft und zu den sozialen Fragen" (oben Anm. 15):

I. Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 3 c, 48 – 51 EWG-V)

1. Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Gleichbehandlung in arbeits- und sozialrechtlicher Beziehung

2. Soziale Sicherung der Wanderarbeitnehmer (Art. 51 EWG-V); Verordnungen Nr. 3 und 4).

II. Freizügigkeit der selbständig Erwerbstätigen (Art. 3 c, 52 – 66, 221 EWG-V)

III. Sozialpolitik (Art. 3 i, 117, 128 EWG-V)

1. Allgemeine Sozialvorschriften (Art. 117 – 122, 128 EWG-V)

2. Der Europäische Sozialfonds (Art. 3 i, 123 – 127 EWG-V).

IV. Freizügigkeits- und Sozialvorschriften des EGKS-Vertrags und des Euratom-Vertrages. Ziff. I 2 und III, ergänzt durch die entsprechenden Elemente der Ziff. IV und erweitert durch die organisationsinteme (vor allem dienstrechtliche) Sozialpolitik der Gemeinschaften sind das Thema des Textes.

Verträge ausführt, der nationale Sozialrechtsbestand Vorbild war, ist offensichtlich (so z.B. die Vorschriften über den Europäischen Sozialfonds Art. 123 ff. EWGV, und das sekundäre Gemeinschaftsrecht hierzu). Sozialrechtsvergleich für die ergänzende Auslegung der einschlägigen europarechtlichen Bestimmungen hat freilich keine evidente Rolle gespielt¹⁶⁹. Aber für die Fortentwicklung der einschlägigen Rechtsinstrumente und Politiken ist der wirkungsfeldorientierte Sozialrechtsvergleich¹⁷⁰ eine permanente Notwendigkeit¹⁷¹.

Ein weiterer Bereich, in dem Sozialrechtsvergleich notwendig ist, ist der der internen sozialrechtlichen Probleme der Europäischen Gemeinschaften: das Dienstrecht der Funktionäre und Arbeitnehmer der Europäischen Gemeinschaften und ihre soziale Sicherung¹⁷². Hier muß eine komplizierte Balance zwischen den Strukturen, Bedürfnisse, Normen und Leitbildern der Gemeinschaften und dem Dienst- und Sozialrecht der Mitgliedstaaten (insbesondere der öffentlichen Bediensteten der Mitgliedstaaten) hergestellt werden.

b) Die Einwirkungen der Europäischen Gemeinschaften auf das nationale Sozialrecht

Handelt es sich dabei um vertikalen Rechtsvergleich im weiteren Sinne, der nicht der Bildung von maßgeblichem "höheren" Recht dient, so stehen demgegenüber die Gemeinschaftsbefugnisse, die gerade auf das nationale Sozialrecht hin orientiert sind. Hier sind vor allem zwei Bereiche zu unterscheiden:

– derjenige der *Vermittlung zwischen den nationalen Sozialrechtsordnungen*, die in ihrer Autonomie bestehen bleiben, jedoch für den Gemeinschaftsbürger durchlässig gemacht werden sollen (Hauptbeispiel: die soziale Sicherung der Wanderarbeitnehmer nach Art. 51 EWG-Vertrag)

– und derjenige der *Angleichung des Sozialrechts der Mitgliedstaaten* in der Sache (s. insbes. Art. 117-122, s.a. Art. 128 EWG-Vertrag).

Was uns vor allem entgegentritt, ist also wieder der schon im internationalen Recht beobachtete Unterschied im Gegenstand der Koordination: die Koordination der Begegnung der nationalen Rechte und die Koordination der inneren Standards der nationalen Rechte. Dagegen ist die Vielfalt hinsichtlich der Kriterien der Intensität und Differenziertheit der vorordnenden Aussage, hinsichtlich der Adressaten, hinsichtlich der beteiligten Staaten und hinsichtlich der Sanktionen¹⁷³ durch die Einheit des gemeinschaftsrechtlichen Rahmens begrenzt. Das gilt vollends für die Zahl der beteiligten Staaten. Intensität und Differenziertheit der Normaussage, Adressatenkreis und Sanktion dagegen folgen weitgehend dem Schema, das durch die Systematik der Rechtsquellen und Handlungsformen der

169 Zur Praxis die in Anm. 15 zitierten Berichte.

170 "Außengerichtet" im Sinne von oben S. 412 f.

171 S. o. S. 384 f.

172 S. dazu *Ipsen* (Anm. 15), S. 382 ff.

173 S. o. S. 399 ff.

Europäischen Gemeinschaften – Verträge, Verordnungen, Richtlinien, Statuten und Beschlüsse usw.¹⁷⁴ – vorgegeben ist. Deren Implikationen brauchen hier nicht ausgebildet zu werden. Anzumerken ist nur, daß die allgemeine sozialrechtliche Angleichung (Art. 117, 118 EWG-Vertrag), vorbehaltlich aller spezielleren und stärkeren Kompetenzen der Gemeinschaft, auf die Einigung der Mitgliedstaaten unter dem konsultativen Einfluß der Gemeinschaftsorgane angelegt ist – ein Vorgang, in dem sich die vertikale Dimension verflüchtigt¹⁷⁵.

Doch zurück zu der Alternative zwischen der Koordination der Begegnung der nationalen Rechte und der Koordination von internen Standards der nationalen Rechte! Hier beobachten wir eine eigentümliche Gemeinsamkeit und doch unterschiedliche Akzentuierung des Bedarfes an horizontalem Rechtsvergleich¹⁷⁶. Rechtsvergleich, der der *Koordinierung der Rechtsbegegnung* dient, hat außengerichteten (wirkungsfeldgerichteten), feststellenden Charakter. Er muß möglichst umfassend sein. Er muß ja die nationalen Rechtsbestände, deren Begegnung vermittelt werden soll, so verlässlich als möglich ermitteln. Hinsichtlich der zu suchenden gemeinschaftsrechtlichen Lösung der Begegnung selbst aber hat er internalisierenden, veränderungsgerichteten (innovierenden) und selektiven Charakter. Es geht um die "relativ beste Lösung". Er kann und muß auch Lösungen außerhalb des Rechts der Mitgliedstaaten in Betracht ziehen, um die "relativ beste Lösung" zu finden¹⁷⁷. Rechtsvergleich, der der *Harmonisierung durch Angleichung* der nationalen Rechte – also der Angleichung der internen nationalen Standards – dient, steht dagegen auf andere Weise in dieser Spannung. Für ihn scheint die "relativ beste Lösung" im Vordergrund zu stehen: das richtige Ziel für die Veränderung, die mit der Angleichung von Verschiedenem notwendig verbunden ist. Damit scheint ihr auch ein selektiver und veränderungsgerichteter Charakter innewohnen. Auf der anderen Seite aber ist sie doch an die "konservative" Kette gelegt, da es ja das bestehende Recht der Mitgliedstaaten ist, das angeglichen werden soll. Und insofern hat sie feststellenden und (in bezug auf die Mitgliedstaaten) umfassenden Charakter. Endlich ist sie außengerichtet, weil die Gemeinschaft ja nur die Angleichung besorgen soll, die nationalen Rechte aber die Sachregelung behalten sollen¹⁷⁸. Sie sind letztlich zu verändern. Schillernd bleibt dabei, in welcher Weise das Gemeinschaftsrecht einbezogen ist oder werden muß¹⁷⁹. Teils ist es selbst Vorordnung des zu schaffenden Gemeinschaftsrechts (s. etwa Art. 51 EWG-Vertrag) und der sonstigen Gemeinschaftsaktivitäten

174 S. dazu *Ipsen* (Anm. 15), S. 405 ff., 446 ff., 467 ff.

175 Oben S. 416 f. und S. 422 f. wurde hinsichtlich der internationalen Organisationen ein ähnlicher Grenzfall festgestellt: die Beratung nationaler Sozialpolitik durch internationale Organisationen.

176 Zur Rechtsvergleichung in bezug auf Europarecht s. noch einmal *Constantinesco II*, S. 400 ff. – Zur Praxis s. außer *Pipkorn* und *Kaupper* in: Zacher (Anm. 18, Sozialrechtsvergleich), S. 229 ff. bzw. 255 ff., *Jantz* (Anm. 20) und den Diskussionsbericht hierzu (ebd., S. 214 ff.).

177 S. o. S. 408.

178 S. o. S. 408, 412 f., 415.

179 S. o. S. 410, 413 f., 426 ff.

(s. etwa Art. 117 ff. EWG-Vertrag). Teils weist es selbst schon Tatbestände auf, die bei der "feststellenden" und "umfassenden" Aufnahme des Wirkungsfeldes nicht unberücksichtigt bleiben können. Doch kann das alles hier nur angedeutet werden. Was exemplifiziert werden soll, ist die vielfältige und je spezifische teleologische Bedingtheit horizontalen Rechtsvergleichs im Bezugsrahmen höheren Rechts.

c) Zur spezifischen Nichtidentität supranationalen und nationalen Rechts

Die Problematik der *Nichtidentität* maßgeblichen "höheren" Rechts gegenüber dem untergeordneten partikularen Recht stellt sich, wie schon angedeutet¹⁸⁰, im supranationalen Rahmen wesentlich anders als im internationalen. Die Zahl der betroffenen Staaten ist im wesentlichen konstant, der Kreis geschlossen. Die Ungleichheiten hinsichtlich der natürlichen, sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen, technischen und politischen Bedingungen sind begrenzt und bekannt. Eine weitere Angleichung ist durch die Gemeinschaft angelegt. Ähnliches gilt hinsichtlich des Unterschiedes der Rechtsordnungen. Das Rechtssubjekt des Gemeinschaftsrechts ist zwar um eigenständige Elemente (Kommission, Parlament, Wirtschafts- und Sozialausschuß) angereichert. Das teils rechtliche, teils praktische Einstimmigkeitsprinzip im Rat sichert jedoch eine weitgehende Identität zwischen der politischen Führung in den Mitgliedstaaten und der Politik der Gemeinschaft¹⁸¹.

Der wohl wichtigste Unterschied zum internationalen Recht aber ist, daß supranationales Recht schon in besonderer Nähe zu der Konzentrationszone umfassender rechtlicher und politischer Kompetenz und Verantwortung des Staates steht¹⁸². Trotz allen prekären Charakters der Gemeinschaftspolitik können die nationalen Rechtsordnungen und nationalen Politiken nicht mehr die alleinige Kompetenz und Verantwortung für den innerstaatlichen Bereich in Anspruch nehmen. Es ist nicht notwendig, das hier näher zu definieren. Aber Gemeinschaftsrecht hat nicht nur den ganz exzeptionellen, sporadischen Charakter, mit dem Völkerrecht von außen in die staatliche Sozialpolitik eingreift. Gemeinschaftspolitik und mitgliedstaatliche Politik tendieren – sich ineinander verwebend – dahin, sich zu einem Ganzen zu ergänzen.

V. Abschließende Bemerkungen

Daß *Völkerrecht* und *supranationales Recht* sozialpolitisch aktiv werden, hat *drei elementare Ziele*¹⁸³. Das eine Ziel ist das einer *menschenwürdigen Existenz*. Ihm

180 S. o. S. 401 f.

181 S. zu all dem noch einmal oben S. 399 ff.

182 S. insbes. oben S. 402, 403, 411 f.

183 S. etwa auch *Heyde* (Anm. 142), S. 13 ff.; *Zacher*, Internationales und Europäisches Sozialrecht (Anm. 12), S. XXIX ff.

dient der Kampf gegen Not – der Kampf um ein menschenwürdiges Existenzminimum. Das andere Ziel ist das der *Gleichheit*. Ihm dient die Politik der Angleichung der Lebensverhältnisse, der internationalen Vereinheitlichung sozialrechtlicher Standards und der internationalen Verteilung und Umverteilung. Das dritte Ziel ist das der *Freiheit*: des Abbaues der Abhängigkeitsverhältnisse und insbesondere der Freizügigkeit. Der Mensch soll imstande sein, ohne unverhältnismäßige Einbußen von einem Land zum anderen zu wechseln. Dem dient schon alles, was zu einer Angleichung der sozialen Standards zwischen den Ländern führt. Jedoch kommt hier der Aspekt der Durchlässigkeit der nationalen Sozialrechtsordnungen hinzu. Hier liegt der Akzent auf der Vermittlung zwischen den Rechten, der Gestaltung eines Kollisionsrechts, das Wanderung erleichtert.

Das ist der Werthorizont, in dem die Begegnung zwischen internationalem und nationalem Sozialrecht zu sehen ist. Im Dienste dieser Werte darf sich auch die wissenschaftliche Bemühung um die Begegnung der internationalen, supranationalen und nationalen Sozialrechtsordnungen sehen.

Grundfragen des internationalen Sozialrechts¹

A. Geschichte

I. Die Entwicklung bis zum 1. Weltkrieg²

1. Armenwesen/Fürsorge

Im Januar 1833 kamen die Königlich Sächsische und die Königlich Bayerische Regierung überein,³

“ihren in den beiderseitigen Staaten erkrankenden oder verunglückenden unbemittelten Unterthanen gegenseitig die benötigte Heilung und Verpflegung angedeihen zu lassen, und es ist zu dem Ende Folgendes festgesetzt worden:

1. Die Kur- und Verpflegungskosten von dergleichen erkrankten oder verunglückten Angehörigen des einen oder des andern Staats werden im Allgemeinen von den Stiftungs- oder Gemeinde-Cassen derjenigen Orte, wo dieselben einen Unfall erleiden, bestritten, ohne dass deshalb ein Ersatz in Anspruch genommen werden kann. Auch wird jede Regierung die geeignete Vorkehrung treffen, dass bei solchen Fällen jedem Anspruche der Menschlichkeit Genüge geschehen und keine Versäumnis eintreten möge.

2. Da jedoch diese Verbindlichkeit immer nur subsidiarisch bleibt, insofern, ausser dem Falle wirklicher gänzlicher Vermögenslosigkeit, häufig nur die Bedürfnisse des Augenblicks die Mittel solcher Erkrankten oder Verunglückten auf der Reise übersteigen, so ist der verursachte Aufwand in dem Falle nach billiger Berechnung zu ersetzen, wenn der betreffende Reisende diesen Ersatz aus eigenen Mitteln zu leisten vermag, oder wenn die, nach privatrechtlichen Grundsätzen, zu seiner Ernährung und Unterstützung verpflichteten Personen, nämlich seine Ascendenten oder Descendenten, oder ein Ehegatte desselben, dazu vermögend sind, – was, erforderlichen Falls, durch amtliche Nachfragen bei der heimathlichen Behörde zu erheben ist.”

1 Ein gutes Schrifttumsverzeichnis s. bei *Ernst Wickenhagen*, Internationales Sozialversicherungsrecht. Eine Einführung, 2. Aufl. 1982, S. 13 ff. Späteres Schrifttum s. noch bei *Peter-Hubert Naendrup*, Sozialrechtliche Fälle mit Auslandsberührung – Grundlagenbetrachtungen mit Beispielen, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht, 38. Jg. (1983), S. 229 ff. Weiter s. auch *Helmut Kaupper*, Die zwischen- und überstaatliche Regelung – Entwicklung, Bedeutung und Gestaltung, in: Michael v. Hauff/Brigitte Pfister-Gaspary (Hg.), Internationale Sozialpolitik, 1982 und *Eberhard Eichenhofer/Rolf Schuler*, Das internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und Literatur, Jahrbuch des Sozialrechts, Bd. 5 (1983), S. 371 ff.

2 *S. Guy Perrin*, Die Ursprünge des Internationalen Rechts der sozialen Sicherheit, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Beiheft 3, 1983.

3 *Nouveau Recueil de Traités* von *G. F. de Martens*, Bd. XV, Nr. 4.

Ich habe dieses frühe Beispiel internationalen Sozialrechts ausgewählt, um dem Ort die Ehre zu geben. Vermutlich waren es nicht zuletzt Oberfranken, die sich nach Sachsen gewendet hatten, denen dieses Abkommen zugute kommen sollte. Vermutlich war es gerade auch auf der bayerischen Seite das oberfränkische Land, das den Sachsen, die sich nach Süden gewandt hatten, nach diesem Abkommen Hilfe gewährt hatte. Aber: wofür steht das Beispiel?

Im späten 18. Jahrhundert – der Zeit der Aufklärung, vor allem: des aufgeklärten Absolutismus – hatten Armenwesen, öffentliches Gesundheitswesen, Bildungswesen und vieles mehr grundlegend neue Anfänge genommen. Die Ideen der französischen Revolution gaben der sozialen und politischen Entwicklung zusätzliche Anstöße. Und die deutschen Staaten, die aus Reichdeputationshauptschluß, napoleonischen Interventionen und Wiener Schlußakte hervorgegangen waren, mühten sich nun, ihre soziale Verantwortung auf institutionell und rechtlich geklärte und gesicherte Weise zu erfüllen. Dieses Bemühen der Regierungen, das eigene Haus je in eine gute Ordnung zu versetzen, hatte aber die Offenheit dieser Häuser gegen sich. Die eigenen Söhne und Töchter gingen weg, um woanders ihr Brot zu suchen. Und die Söhne und Töchter fremder Häuser strömten herein, um hier ihr Glück oder vielleicht auch nur weniger Not zu suchen. Nun waren sich die deutschen Staaten nicht nur durch Sprache, Geschichte und Kultur, sondern auch durch den gemeinsamen Rahmen des Deutschen Bundes verbunden. Immer stärker auch wurden die Bemühungen, die wirtschaftliche und politische Einheit voranzutreiben. Aus diesen und noch vielen anderen Gründen schied die Lösung, die Häuser "dicht zu machen", aus. Statt dessen blieb nur, sich zu koordinieren.

Diese Erkenntnis stellt sich nicht sogleich ein. Der erste Versuch war in aller Regel der der Ordnung im eigenen Haus. Ihm folgte die Erkenntnis der Unzulänglichkeit. Und dieser Erkenntnis folgte die Koordination. Am breitesten ist dies in der Entwicklung des öffentlichen Armenwesens⁴ sichtbar. Das Armenwesen wurde als Heimatwesen angelegt. Die archaische Alternative zwischen Einschluß und Ausschluß wirkte unbarmherzig fort. Wessen Unglück es wollte, daß er arm war und keine Heimat hatte, der konnte auch schwerlich eine finden. Da nun das Heimatwesen die Gemeinden allzu oft ungleich und unangemessen traf, doch mehr noch den Menschen allzu oft die nötigste Hilfe versagte, blieb es nicht aus, daß die Staaten oder andere Einheiten, deren Gebiet und Kraft über die der Gemeinde hinausging⁵, sich derer annehmen mußten, die in der Gemeinde keine Hilfe finden konnten. Aber damit wiederholte sich nur das Spiel. Die Staatsbürgerschaft wurde zum Titel auf Fürsorge (und manche behaupten, dies habe erst zur Ausbildung der Staatsbürgerschaft geführt⁶). Einschluß und Ausschluß waren damit nur auf eine allgemeinere Ebene gehoben. Die Front verlief zwischen

4 *Christoph Sachße u. Florian Tennstedt*, Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland – vom Spätmittelalter bis zum Ersten Weltkrieg, 1980, S. 179 ff.

5 Distrikte, Kreise, Bezirke, Provinzen usw.

6 *Helmut Quaritsch*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht – zum Problem des Ausländerwahlrechts, DÖV, 36. Jg. (1983), S. 1 ff. (5).

Inländern und Ausländern. Die Ausländer wurden verschärft beaufsichtigt, die "landfremden Armen" ausgewiesen und endlich von Staat zu Staat abgeschoben. Das System wurde jedoch unerträglich. Und nach einzelnen bilateralen Vorläufern suchten zwei multilaterale Konventionen zwischen den Mitgliedstaaten des Deutschen Bundes Abhilfe zu schaffen: das Gothaer Übereinkommen von 1851, das sich bemühte, Ausweisung und Übernahme von Heimatlosen zu moderieren und das dabei schon die Vision eines allgemeinen deutschen Heimatrechts vor sich hatte; und das Eisenacher Abkommen von 1853, das die Behandlung und Pflege erkrankter sowie die Bestattung verstorbener "Landfremder" regelte.⁷ Nach der Gründung des Norddeutschen Bundes wurden diese vertraglichen Regelungen durch das Gesetz über den Unterstützungswohnsitz von 1870 abgelöst. Nur Bayern hielt noch lange Zeit am alten Heimatrecht fest.⁸

Hatte sich das internationale Sozialrecht als Instrument innerdeutscher Sozialpolitik⁹ damit fürs erste überlebt, so entwickelt sich nach der Gründung des Deutschen Reiches ein Netzwerk entsprechender Regelungen zwischen Deutschland und anderen Mächten, insbesondere den Nachbarn: Italien, Dänemark, Belgien, Schweiz und Niederlande.¹⁰ Mit Österreich gilt zunächst ohnehin das Eisenacher Regime fort.¹¹ Aber auch andere Mächte untereinander schließen in der Folgezeit eine große Zahl von Verträgen über soziale Fürsorge. Dabei stehen ausgesetzte Kinder, Kranke und Geisteskranke im Vordergrund des Interesses.¹²

2. Soziale Vorsorge/Sozialversicherung

Die Armenfrage war und ist stets die allgemeinste "soziale Frage". Die "Arbeiterfrage" war und ist demgegenüber eine besondere "soziale Frage". Die Armenfürsorge war die allgemeinste Sozialleistung. Als die entsprechende Antwort auf die spezifische "Arbeiterfrage" aber sollte sich die Sozialversicherung erweisen.¹³ Der Arme schlechthin braucht hier und jetzt Hilfe. Der Arbeiter ist vorsorgebedürftig und vorsorgefähig. Er ist von künftigen Risiken bedroht. Und er kann durch seinen Lohn etwas dazu beitragen, sich dagegen zu sichern. Daraus entstand

7 S. Rudolf Scharpff u. Friedrich Haller, Handbuch des Armenrechts, 2. Aufl., 1909, S. 641 ff.; J. Keller, Das Armenrecht im Königreich Sachsen, 1908, S. 267 ff.; v. Conta, Die Ausweisung aus dem Deutschen Reich und aus dem Staat und der Gemeinde in Preußen, 1904, S. 125 ff.

8 Zum UnterstützungswohnsitzG 1870 s. z.B. G. F. Beutner u. Gustav Herrfurth, Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz v. 6. Juni 1870, 1872; Wohlers, Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz v. 6. Juni 1870, 1892; Friedrich Arnold, Freizügigkeit und Unterstützungswohnsitz, Kommentar, 1872; Georg Eger, Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz v. 6. Juni 1870 (i.d.F. v. 12. März 1899), 4. Aufl., Breslau 1900.

9 Zu seiner historischen Rolle s. Perrin (Anm. 2), S. 9.

10 Karl Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht Bd. I 1910, S. 82 f.; Bd. II 1922, S. 403.

11 S. Keller (Anm. 7), S. 274.

12 Perrin (Anm. 2), S. 8 f.

13 S. dazu etwa Hans F. Zacher (Hg.), Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung, 1979; Jens Alber, Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat – Analysen zur Entwicklung der Sozialversicherung in Westeuropa, 1982.

die Vorsorge durch Sozialversicherung. Daß die Eigenart der "Arbeiterfrage" gerade auch in einem Mißverhältnis zwischen der Vorsorgebedürftigkeit und der Vorsorgefähigkeit bestand, soll damit nicht verdrängt werden. Für unseren Zusammenhang steht der spezifische Mechanismus der Vorsorge im Vordergrund.

Wir haben hier eine zeitliche Abfolge. Die Vorsorge geht voraus. Die Verwirklichung des Risikos, auf das hin vorgesorgt wurde, folgt nach. Vorsorge aber muß sich materialisieren: sich örtlich oder institutionell oder örtlich und institutionell anbinden. Liegt nun zwischen der Vorsorge und der Verwirklichung des Risikos eine Veränderung, welche jene Anbindung aufhebt, so kann es sein, daß die Vorsorge dann nicht verfügbar, nicht wirksam ist, wenn sie gebraucht wird. Ist diese Veränderung eine rein soziale – etwa der Wechsel von der abhängigen Beschäftigung zur Selbständigkeit –, so ist dieses Problem nationaler sozialpolitischer Natur. Ist diese Veränderung aber eine örtliche, und ist sie "grenzüberschreitend", so erwächst dieses Problem aus dem Verhältnis zweier nationaler Sozialrechtsordnungen, ist es ein Problem des internationalen Sozialrechts. Ihm voraus liegt freilich schon ein anderes: das Problem des Zugangs zur Vorsorge. Hat der Fremde Zugang zur Vorsorge in dem Land, in dem er arbeitet? Oder ist dies den "Einheimischen" vorbehalten? Oder hat der "Landfremde" Zugang zur Vorsorge in seinem Heimatstaat?

"Zugang des Fremden zur Vorsorge" und "Wirksamkeit (Verfügbarkeit) der Vorsorge über Grenzen hin" – das sind die beiden Fragen, die sich im Laufe des 19. Jahrhunderts um so dringender stellen, je mehr die Arbeiterfrage artikuliert und ihr durch Vorsorge abgeholfen wird, und je mehr die Arbeiter wandern.

Um sich die Allgemeinheit dieser Problematik vor Augen zu führen, scheint es mir reizvoll, folgendes in Erinnerung zu rufen. Zur frühen Sozialpolitik gehörte es, verlässliche Möglichkeiten des Sparens zu eröffnen, die sich ja erst im Laufe des 19. Jahrhunderts ausbreiteten. Zur gleichen Zeit wurde die Wanderung noch durch Abgaben und durch die Behinderung des Transfers von Guthaben behindert. So war der Zugang von Ausländern zu den öffentlichen Sparkassen und die Mitnahme von Sparguthaben im Falle der Wanderung Gegenstand von Verträgen zwischen Frankreich, Belgien, den Niederlanden und Italien¹⁴. Das war um die Jahrhundertwende – zu einer Zeit also, zu der diese Länder noch keine ausgebaute, allgemeine Sozialversicherung hatten.

Sozialpolitisch wurde diese Lösung bekanntlich durch die Sozialversicherung überholt. Die Sozialversicherung warf naturgemäß keine Probleme auf, wo Inländer kraft inländischer Beschäftigungsverhältnisse bei inländischen Sozialversicherungsträgern Vorsorge fanden und die daraus erwachsende Anwartschaft, nachdem sich der Risikofall im Inland verwirklicht hatte, im Inland erfüllt wurde. Und es ist müßig zu sagen, daß sie ebenso keine Probleme aufwarf, wo Ausländer im Ausland beschäftigt waren, vorsorgten und Leistungen bezogen. Wo immer aber diese Zuordnungen inkongruent wurden, erwachsen Probleme.

¹⁴ Perrin (Anm. 2), S. 7, 10 f., 15, 21.

Solange sich eine Sozialversicherungsgesetzgebung als etwas Singuläres sehen durfte, war die Lösung dieser Probleme eine Frage des nationalen Rechts. Es bestimmt selbst seine Reichweite. In dem Maße, in dem sich vergleichbare Vorkehrungen ausbreiteten, wurde jedoch die Koordination der verschiedenen Rechtsordnungen notwendig. Aus dem nationalen Abgrenzungsrecht wurde ein internationales Koordinationsrecht. So war es denn auch in Deutschland. *Bismarcks* Sozialversicherungsgesetzgebung war zunächst ein nationales Ereignis. Ihm lag das Territorialitätsprinzip selbstverständlich voraus. Eine fremde Staatsangehörigkeit hinderte den im Inland Arbeitenden nicht am Zugang zur Sicherung. Aber der ausländische Wohnsitz schadete dem Leistungsanspruch¹⁵. Jedoch dauerte es nur kurze Zeit, bis hinter der Robustheit dieser Anfänge die Notwendigkeit der Korrektur erkannt wurde. So wurde von 1900 an einerseits von den nationalen, einseitigen Möglichkeiten der Differenzierung mehr Gebrauch gemacht¹⁶. Andererseits wurde mehr und mehr die Notwendigkeit zwischenstaatlicher Verträge gesehen – nicht nur die Notwendigkeit freilich, sondern auch die Möglichkeit; denn mittlerweile hatten sich auch in anderen Ländern entsprechende Systeme entwickelt. Typisch für diese grundsätzliche Einsicht sind die Klauseln, durch welche Handels-, Zoll- und Schiffahrtsverträge mit Italien¹⁷, Österreich-Ungarn¹⁸ und Schweden¹⁹ ergänzt wurden und die, um das italienische Beispiel zu nehmen, etwa folgenden Wortlaut hatten:

“Die vertragschließenden Teile verpflichten sich, in freundschaftlichem Einvernehmen die Behandlung der italienischen Arbeiter in Deutschland und der deutschen Arbeiter in Italien hinsichtlich der Arbeiterversicherung zu dem Zwecke zu prüfen, um durch geeignete Vereinbarungen den Arbeitern des einen Landes im anderen Lande eine Behandlung zu sichern, die ihnen möglichst gleichwertige Vorteile bietet.”

Solche Abkommen wurden zumeist²⁰ dann aber nur über die Unfallversicherung geschlossen; weil die Systeme sich da am intensivsten und ähnlichsten entwickelt haben (Luxemburg, Niederlande, Italien und Belgien)²¹.

Inzwischen freilich war das Ausland dem Deutschen Reich mit differenzierteren Vorbildern bereits vorangegangen. Vor allem das französisch-italienische Ab-

15 S. § 6 Abs. 3 und § 67 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 (BGBl. S. 29); §§ 14, 34 Nr. des Gesetzes betreffend die Invaliditäts- und Alterssicherung vom 22. Juni 1889 (RGBl. S. 97).

16 *Ludwig Lass*, Internationale Rechtsbeziehungen auf dem Gebiete der Arbeiterversicherung, in: Internationaler Arbeiter-Versicherungs-Kongreß, Wien 1905.

17 Art. 2 a des Handels-, Zoll- und Schiffahrtsvertrages vom 6.12.1891 i.d.F. des Zusatzvertrages vom 3.12.1904 (RGBl. S. 413).

18 Art. 6 des Zusatzvertrages zum Handels- und Zollvertrag von 1891 vom 25.1.1905 (RGBl. S. 143).

19 Art. 2 des Handels- und Schiffahrtsvertrages vom 2.5.1911 (RGBl. S. 275).

20 Mit Ausnahme des Abkommens zwischen dem Deutschen Reich und dem Königreich Italien über Arbeiterversicherung v. 31.7.1912 (RGBl. S. 171), das außer der Unfallversicherung auch die Rentenversicherung einbezog.

21 S. die Zusammenstellung bei *Ernst Wickenhagen*, Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht. Eine Einführung, 1. Aufl. 1957, S. 41 ff.

kommen über die gegenseitige Anwendung der Sozialversicherung und der Arbeiterschutzgesetzgebung vom 15. April 1904 stellt eine ebenso umfassende wie eingehende Regelung der "grenzüberschreitenden" Probleme der Arbeiter und ihrer sozialen Sicherung dar²².

Werfen wir noch einen Blick auf die Kräfte, die im Hintergrund dieser Entwicklung wirkten. Schon seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert war die Arbeiterfrage als eine internationale Frage begriffen worden. Und das ganze 19. Jahrhundert hindurch verdichteten sich die internationalen Konzeptionen und Bemühungen um ihre Lösung. Dabei standen philanthropische, wissenschaftliche, ökonomische und politische Aktivitäten neben der eigentlichen Arbeiterbewegung. Und diese wiederum unterschied sich mehr und mehr in primär politische und primär gewerkschaftliche Richtungen. In dem Maße, in dem im nationalen Rahmen die Idee der Sozialversicherung Boden gewann, wurde diese auch in die internationalen Ziele und Bemühungen einbezogen²³. Aber auch nach der Einführung der Sozialversicherung in immer mehr Ländern waren nicht die Staaten und Regierungen die Träger dieser Entwicklungen, sondern Nicht-Regierungs-Organisationen. Durch sie bildeten sich wesentliche, bedeutsame Konzeptionen der internationalen Sozialpolitik heraus, die zukunftsweisend sein sollten:

(1) Sie entwickelten sozialpolitische Programme als Anregungen für die nationalen Sozialpolitiken. Wenn im Vordergrund auch Arbeitsschutzfragen und sonstiges Arbeitsrecht standen, so bezogen diese Forderungen mehr und mehr doch auch die Sozialversicherung ein.

(2) Diese sozialversicherungspolitischen Forderungen bezogen sich nicht nur auf das Niveau der jeweils nationalen Sozialpolitik. Sie bezogen sich auch auf die Probleme der Abgrenzung nationaler Sozialversicherungssysteme, des Zugangs Fremder zu ihnen und der Wanderung zwischen ihnen.

(3) Die Technik von Konventionen wurde auch für den sozialpolitischen Bereich übernommen: die Ausarbeitung von Entwürfen multilateraler Verträge und ihre Bereitstellung für die Annahme durch die Staaten.

(4) Die nationalen Sozialpolitiken, einschließlich der Politik der internationalen Verträge, wurden auch durch Information und Diskussion, insbesondere durch die Abhaltung von Konferenzen beeinflusst²⁴.

Während des 1. Weltkriegs erlebten gerade die Bemühungen um die Formulierung sozialpolitischer Programme eine erstaunliche Blüte²⁵. Je länger der Krieg dauerte, desto mehr hoffte man, der Friedensvertrag werde der Welt eine neue Grundlage für ein gerechtes Zusammenleben der Menschen geben. Dazu sollten auch Impulse und Garantien für die Sozialpolitik gehören. In der Tat nahm der Friedensvertrag von Versailles dann auch einen Katalog von Grundforderungen

22 Perrin (Anm. 2), S. 12 ff.

23 Perrin (Anm. 2), S. 41 ff.

24 Perrin (Anm. 2), aaO.

25 Perrin (Anm. 2), S. 58 ff., 67 ff.

zugunsten der Arbeiter auf²⁶. Die Sozialversicherung war daraus jedoch eliminiert worden²⁷. Immerhin schuf der Versailler Vertrag auch die Internationale Arbeitsorganisation²⁸. Und diese sollte alsbald das Thema der Sozialversicherung entschlossen aufgreifen²⁹.

II. Die Zeit zwischen den Kriegen

Nach dem 1. Weltkrieg stellen sich dem internationalen Sozialrecht zunächst vielfältig die Fragen, die aus den Gebietsveränderungen erwachsen sind, welche die Friedensverträge mit sich brachten. Millionen von Menschen wechselten die Nationalität. Und damit wurde auch die Frage gestellt, ob und wie sie auch das Sozialversicherungssystem wechseln sollten. Ein eigener Regelungstypus wurde so geboren³⁰.

Die langfristige Entwicklung zwischen den Weltkriegen war durch folgende Merkmale gekennzeichnet:

(1) Die Sozialversicherung steht im Vordergrund der internationalen Problematik. Die Reihe der Unfallversicherungsabkommen wird zwar fortgesetzt. Aber mehr und mehr kommt es zu weiter ausgreifenden Sozialversicherungsabkommen³¹.

(2) Eine wichtige Herausforderung stellen die Leistungen an Arbeitslose dar. Die Fürsorgeproblematik hatte durch die Entwicklung der ökonomischen und gesellschaftlichen Verhältnisse weitgehend die Gestalt der Arbeitslosigkeit angenommen. Das Fürsorgerecht reagierte spezifischer. Und die Sozialversicherung nahm sich mehr und mehr auch dieses Risikos an. Zahlreiche Abkommen beschäftigen sich so mit den Leistungen an Arbeitslose³².

(3) International geht die Führung – von den Nicht-Regierungs-Organisationen – auf die Internationale Arbeitsorganisation über. In ihr sind außer den Regierungen auch die Sozialpartner vertreten. Die Internationale Arbeitsorganisation entwickelt die Technik von Konventionen und Empfehlungen zur Verbesserung, Harmonisierung und Standardisierung der nationalen Rechte. Dabei richtet sie ihr Augenmerk mehr und mehr auch auf die Sozialversicherung³³.

26 S. Art. 427 des Versailler Vertrages vom 28.6.1919 (RGBl. S. 687).

27 Perrin (Anm. 2) S. 70 ff.

28 Art. 387-427 des Versailler Vertrages vom 28.6.1919 (RGBl. S. 687).

29 Internationale Arbeitsorganisation, Übereinkommen und Empfehlungen 1919 – 1966, 1966.

30 S. Wickenhagen, Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht (Anm. 21), S. 39 f., 42.

31 S. die Übersicht bei Wickenhagen aaO., S. 43.

32 Vereinbarungen mit Österreich v. 29.6./18.8.1921 u. 18.2.1924 (RGBl. II S. 89), v. 29.2.1928 (RGBl. II S. 55) und vom 1.2.1933 (RGBl. II S. 102); Übereinkommen mit Polen v. 14.7.1927 (RGBl. II S. 493); Übereinkommen mit der Schweiz v. 4.2.1928 (RGBl. II S. 311, 393) und v. 25.5.1928 (RGBl. I S. 157).

33 Internationales Arbeitsamt (Hg.), Zehn Jahre Internationale Arbeitsorganisation, 1919 – 1929, Genf 1931; John G. Winant, Zwanzig Jahre Internationale Arbeitsorganisation (1919 – 1939), in: Die Welt der Wirtschaft und der Arbeit, Internationales Arbeitsamt (Hg.), Genf 1939.

III. Nach dem 2. Weltkrieg

Nach dem 2. Weltkrieg ändert sich das Spektrum internationalen Sozialrechts erneut.

(1) Zunächst bricht wieder das Thema auf, das wir schon aus der Zeit nach dem 1. Weltkrieg kennen: Millionen von Menschen wechseln die Nationalität oder das Land ihres Aufenthalts. Nur daß dieses Phänomen diesmal ganz neue Dimensionen hat. Nicht nur quantitativ! Nicht nur dadurch, daß es zunächst um die Behebung der primitivsten Not, um die Bewältigung von Katastrophen geht, während sich auf lange Sicht dann die Frage des normalen sozialrechtlichen Status stellt. Eine neue Dimension liegt auch darin, daß dieser sozialrechtliche Status in den meisten der beteiligten Länder im Gegensatz zur Zeit nach dem 1. Weltkrieg eine wesentlich größere Erstreckung und Bedeutung erlangt hat, daß der Wechsel der Nationalität und des Aufenthalts mehr als früher den Verlust alter Vorsorge bedeutet und die Frage ihrer Substitution aufwirft. Eine neue Dimension liegt ferner darin, daß mehr als nach dem 1. Weltkrieg nicht nur Gebiete und ihre Bewohner die Nationalität wechseln, sondern Menschen flüchten, vertrieben werden, wandern. Eine neue Dimension liegt endlich darin, daß alle diese Phänomene – bei allem Wechsel der Menge und der Gestalt – permanent werden. Vertriebene, Flüchtlinge, politisch Verfolgte, Asylanten, die Bewohner neu zugeordneter Gebiete bleiben ein Thema des Sozialrechts³⁴. Und je mehr sich die Verhältnisse normalisieren, je offener die Grenzen werden, desto mehr treten auch die alt vertrauten "Grenzgänger", die Gast- und Wanderarbeitnehmer, die ganz "normalen" Emigranten und Immigranten wieder auf.

(2) Der Themenkatalog der Sozialpolitik weitet sich. Im 19. Jahrhundert hat die Fürsorge gegen Armut zu helfen versucht. Die Sozialversicherung griff die klassischen Risiken des Arbeitsunfalls, der Krankheit, der Invalidität, des Alters und des Todes unter Zurücklassung Unterhaltsabhängiger auf. Allmählich war das Risiko der Arbeitslosigkeit hinzugetreten. Nunmehr sollte es der Sozialpolitik nicht mehr nur um Not und um die Einbrüche der sozialen Biographie gehen. Nunmehr sollte es hier mehr und mehr um die Vermittlung von Teilhabe an den Gütern der Gesellschaft gehen. Schützte Sozialpolitik bisher vor der Subnormalität, so wendet sie sich nunmehr der Hebung der Normalität zu.

Typisch ist Artikel 22 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1948:

"Jeder Mensch hat als Mitglied der Gesellschaft ein Recht auf soziale Sicherheit; er hat Anspruch darauf, ... in den Genuß der für seine Würde und die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlichen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen."

34 S. aus deutscher Sicht etwa Bundesminister des Innern (Hg.), *betrifft: Eingliederung der Vertriebenen, Flüchtlinge und Kriegsgeschädigten in der Bundesrepublik Deutschland*, 1982. Ferner etwa "Hilfen für ausländische Flüchtlinge", Tagungsleitung: Walter Sohn und Georg Albrecht, 1979.

Und Artikel 25 derselben Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen differenziert:

“Jeder Mensch hat Anspruch auf eine Lebenshaltung, die seine und seiner Familie Gesundheit und Wohlbefinden ... gewährleistet: ...”

Ich brauche in diesem Kreise nicht zu erwähnen, wie sich diese Ausweitung des sozialpolitischen Konzepts im nationalen, deutschen Rahmen niederschlug. Vorbeugung und Rehabilitation bekamen einen neuen Stellenwert. Ausgleichsleistungen wie Kindergeld und Wohngeld gewannen Raum. Und mehr und mehr entwickelte sich der Typus der Entfaltungshilfe, wie wir ihn in der Ausbildungsförderung, der Berufsförderung usw. verwirklicht finden.

Dies alles gibt natürlich auch dem internationalen Sozialrecht wesentliche neue Akzente. Ich kann hier nur ein Beispiel nennen. In der Präambel zur Verordnung 1408/71 der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, der Wanderarbeitnehmerverordnung, heißt es:

“Ferner erscheint es angebracht, die derzeitige Beschränkung der Gewährung von Familienleistungen aufzuheben; für die Zahlung von Leistungen, die zum Unterhalt getrennt lebender Familienangehöriger beitragen sollen, wäre dabei die Festlegung gemeinsamer Regeln für alle Mitgliedstaaten die beste Lösung gewesen, wenn man von den Leistungen, die in erster Linie einen bevölkerungspolitischen Anreiz darstellen, absieht; dieses Ziel muß auch weiterhin angestrebt werden; angesichts der sehr unterschiedlichen innerstaatlichen Rechtsvorschriften sind jedoch Lösungen zu wählen, die dieser Situation Rechnung tragen: Zahlung von Familienleistungen des Beschäftigungslandes im Falle von fünf Ländern³⁵, Zahlung von Familienbeihilfen des Landes, in dem die Familienangehörigen wohnen, falls Frankreich das Beschäftigungsland ist.”

Verwandte Probleme aus den Zweckzusammenhängen von Wohngeld und Wohnungsbau, Ausbildungsförderung und Bildungswesen, Berufsförderung und Strukturen des Berufslebens, aber auch für den Zusammenhang zwischen Vorbeugung, Leistungsfall und Rehabilitation liegen auf der Hand. Wir haben im nationalen Recht erfahren, welche (bislang unbewältigte) sozialrechtspolitische Herausforderung im Übergang von der Nothilfe zum Angebot der Förderung liegt³⁶. Eine analoge Herausforderung traf auch das internationale Sozialrecht.

(3) Parallel verändert sich die Szene der Sozialleistungsmethoden.

1934 war in Amerika der Terminus “social security” amtlich geworden³⁷. Er sollte einen weltweiten Siegeszug antreten. Im 2. Weltkrieg wurde er vorübergehend sogar eine Art Kriegsziel. Die Parole der “sozialen Sicherheit” hatte eine unmittelbare Verbindung zwischen einer sozialen Lage und einer ihr entsprechenden Sozialleistung hergestellt. Die Technik, wie die Leistung bereitgestellt wird, welche die Sozialversicherungspolitik dominierte, trat in den Hintergrund. Damit

35 Gemeint waren ursprünglich: Belgien, Deutschland, Italien, Luxemburg und die Niederlande.

36 Hans F. Zacher, Zur Anatomie des Sozialrechts, Die Sozialgerichtsbarkeit, 29. Jg. (1982), S. 331 ff. (335).

37 S. dazu und zum folgenden etwa Felix Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, 1981, S. 44 ff.

hat sich der Beveridge-Plan³⁸ getroffen, der die Technik der Vorsorge durch Sozialversicherung zugunsten der steuergespeisten Staatsleistung in den Hintergrund treten ließ. Die Ausweitung der Sozialpolitik über die Gefahrenabwehr hinaus zu sozialem Ausgleich und sozialer Förderung machte es auch unabhängig davon notwendig, sich mehr und mehr der Technik der steuergespeisten Staatsleistung zu bedienen³⁹.

Die alte Vorsorge durch Sozialversicherung verlor so an Boden – vor allem in Ländern, die jetzt sozialpolitisch neu ansetzten, und vor allem für Themen, die jetzt erst zum Gegenstand der Sozialpolitik gemacht wurden. Damit stellten sich auch die Probleme des internationalen Sozialrechts neu. Solange die Sozialversicherung dominierte, hatte diese immanente Kontrollen des Zugangs zur Leistung: Beitragsfähigkeit und Beitragszahlung. Und der Wechsel zwischen den Systemen konnte sich, bei allen Schwierigkeiten im Detail, auf der Basis regulieren, daß der genommene Zugang und die geleisteten Beitragszahlungen respektiert wurden. Sollte nunmehr die Freiheit der Einreise auch den Zugriff zum Sortiment beitragsfreier Sozialleistungen eröffnen? Und was nimmt man mit, wenn man von einem “beitragsfreien” Land in ein “Beitragsland” wechselt?

Ein besonderes Gesicht hat dieses Problem, wo nicht Geldleistungen, sondern Dienst- und Sachleistungen erbracht werden. Eine Reihe von Staaten ersetzte jetzt aber die Erstattung oder Verschaffung von Behandlungs- und Pflegeleistungen durch die Krankenversicherung dadurch, daß diese Leistungen unmittelbar durch einen nationalen Gesundheitsdienst erbracht werden. Ist dieser ausgedehnt genug, schrumpft das Risiko der Krankheit gewissermaßen auf das Risiko des Einkommensausfalls. Die Systemdifferenz zwischen “Krankenversicherungsländern” und “Gesundheitsdienstländern” stellt so eine ganz besondere Herausforderung an das Recht der zwischenstaatlichen Abgrenzung und Koordination.

(4) Beide Tendenzen zusammen – ich meine: die Ausweitung der Ziele und Gegenstände sowie der Techniken der Sozialpolitik – entsprechen einer allgemeinen Ausbreitung und Selbstverständlichkeit der Sozialpolitik. In allen Ländern werden tendenziell immer mehr Menschen und immer mehr Lebenslagen von Sozialleistungssystemen erfaßt und somit vom Sozialrecht betroffen. Der sozialrechtliche Status wird zu einem immer bedeutsameren Element des Bürgerstatus, ja selbst des Einwohnerstatus. Und Freizügigkeit wird wertlos, wenn sie nicht von Techniken begleitet wird, die den Zugang zum Sozialstatus des jeweils anderen Landes öffnet und gewährleistet, daß die Position, die das Sozialrecht des verlassenen Landes gewährte, im neu bezogenen Land nicht nur nicht verloren geht,

38 Social Insurance and Allied Services, Report by *Sir William Beveridge*, presented November 1942, reprinted London 1974; deutsche Ausgabe: *Der Beveridge Plan, Sozialversicherung und verwandte Leistungen*, Zürich o.J. (1943).

39 S. zu dieser Entwicklung etwa *Bernd Schulte*, *Zu den Strukturen des Sozialrechts ausländischer Staaten: Sozialrecht in den EG-Ländern*, Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Jg. 58 (1978), S. 203 ff.; *Albrecht Bossert u. Hans Joachim Merk*, *Die Systeme sozialer Sicherung in den OECD-Ländern – Ein Vergleich ihrer Gestaltungsprinzipien*, VSSR, Bd. 9 (1981), S. 149 ff.

sondern notfalls den Vorsorgeaufwand substituiert, an den das neu bezogene Land seine Leistungen knüpft. Das wichtigste Beispiel: Beitragszeiten und -höhen müssen gegen Wohnzeiten und Einkommenshöhen vertauscht werden können und umgekehrt. Wir können von einer doppelten Konnexität sprechen: zwischen dem Bürgerstatus und dem Sozialstatus, zwischen der Freizügigkeit und der – wie ich es einmal nennen möchte – “Konvertibilität” der sozialrechtlichen Positionen. Abstriche am sozialrechtlichen Status und seiner “Konvertibilität” beeinträchtigen Bürgerstatus und Freizügigkeit in vordem nicht denkbarer Weise.

(5) Dem allen entspricht ein großes internationales Interesse für die Sozialpolitik⁴⁰. Die Vereinten Nationen haben sich nicht damit begnügt, in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte soziale Rechte niederzulegen. 1966 legten sie einen internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte auf. Zahlreich verwandte und eingeordnete Organisationen beschäftigen sich mit Fragen der Sozialpolitik. Die wichtigste ist die Internationale Arbeitsorganisation⁴¹. Sowohl durch die von ihr erarbeiteten und aufgelegten Konventionen wie durch ihre Empfehlungen, durch ihre Forschungen und durch ihre Beratungstätigkeit fördert sie die Entwicklung der nationalen Sozialrechtsordnungen ebenso wie die des internationalen Sozialrechts.

Um Europa als soziale Einheit zu integrieren, hat auch der Europarat ein differenziertes System von Konventionen und Abkommen entwickelt: die Europäische Sozialcharta, die Europäische Ordnung der sozialen Sicherheit, das Europäische Fürsorgeabkommen, das Vorläufige Europäische Abkommen über die Systeme der sozialen Sicherheit für den Fall des Alters, der Invalidität und zugunsten der Hinterbliebenen usw.⁴².

Weit darüber hinaus aber gehen die Europäischen Gemeinschaften⁴³. Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1957 hat gerade für das Sozialrecht und durch das Sozialrecht Entscheidendes verändert. Zwar ist die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft zunächst eben dies: eine Wirtschaftsgemeinschaft. Zwar sind deshalb die allgemeinen Aufträge und Zuständig-

40 S. z.B. *Gertrud Savelsberg*, Artikel “Sozialpolitik, V) Internationale Sozialpolitik”, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Bd. 9 (1956), S. 564 ff.; *Peter Heyde*, Internationale Sozialpolitik, 1960; *Ludwig Preller*, Praxis und Probleme der Sozialpolitik, 2 Bde. 1970, Bd. II, S. 692 ff. Aus neuerer Zeit s. etwa *Michael von Hauff* und *Brigitte Pfister-Gaspary* (Hg.), Internationale Sozialpolitik, 1982. S. auch *Hans F. Zacher*, Internationales und Europäisches Sozialrecht – Eine Sammlung weltweiter und europäischer völkerrechtlicher und supranationaler Quellen und Dokumente, 1976.

41 S. dazu *Winfried Haase*, Die Internationale Arbeitsorganisation – Struktur und Wirkungsweise, in: v. Hauff/Pfister-Gaspary (Anm. 40), S. 113 ff.

42 S. zuletzt etwa *Hans Wiebringhaus*, Im Rahmen des Europarats, Bundesarbeitsblatt 1982, Heft 11, S. 5 ff.

43 S. hierzu *Bernd Schulte* und *Hans F. Zacher*, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: Jahrbuch des Sozialrechts, Bd. 1 (1979), S. 353 ff./Bd. 2 (1980), S. 359 ff./Bd. 3 (1981), S. 419 ff.; ab 1982 *Bernd Schulte*, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, aaO., Bd. 4 (1982), S. 439 ff. und demnächst Bd. 5 (1983), S. 403 ff. und das dort nachgewiesene Material.

keiten der Gemeinschaft zur Harmonisierung der Sozialpolitik schwach. Jedoch zählt die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu den Konstituenten der Wirtschaftsgemeinschaft. Das verlangt, daß der Gebrauch der Freizügigkeit zu keinen Nachteilen der sozialen Sicherung führt. Zu den wenigen glücklichen Entwicklungen der Europäischen Gemeinschaften zählt es, daß ein entsprechendes Regime schon 1958 – ein Jahr nach der Gründung der EWG – in der Verordnung Nr. 3 des Rates über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer etabliert werden konnte. Sie wurde 1971 durch die Verordnung 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, abgelöst, ohne abgeschwächt zu werden.

Die neue Dimension, die das internationale Sozialrecht damit angenommen hat, wird deutlich, wenn wir uns den folgenden Absatz der Verordnung 1408/71 vor Augen führen:

“Die Vorschriften über die Koordinierung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften für die soziale Sicherheit ... sollen innerhalb der Gemeinschaft sicherstellen, daß alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten gleich behandelt werden und die Arbeitnehmer und ihre anspruchsberechtigten Angehörigen unabhängig von ihrem Arbeits- oder Wohnort in den Genuß der Leistungen der sozialen Sicherheit kommen.”

Soziale Sicherheit wird dabei in der ganzen Breite der Definition des Übereinkommens 102 der Internationalen Arbeitsorganisation verstanden: nämlich als Leistungen bei Krankheit, Mutterschaft, Invalidität, Alter, Tod des Ernährers, Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten und Arbeitslosigkeit sowie Familienleistungen; und zwar Leistungen aus allgemeinen und besonderen Systemen, aus Systemen, die auf Beiträgen beruhen und aus beitragsfreien Systemen, wie das Artikel 4 der Verordnung 1408/71 ausdrücklich betont.

Man kann von einer kopernikanischen Wende des internationalen Sozialrechts sprechen. Etwa ein Jahrhundert lang – von den Anfängen internationalen Sozialrechts bis in die Zeit nach dem 2. Weltkrieg hinein war internationales Sozialrecht risiko-, leistungs- oder systemspezifisch gewesen. Das ersehen wir schon aus den Regelungsorten. Es war entweder in den Gesetzen, die einzelne Systeme etablierten, Risiken abdeckten und Leistungen vorsahen, selbst geregelt, oder doch in Verträgen, die sich auf einzelne Systeme bezogen (in Unfallversicherungsabkommen, allgemeiner in Sozialversicherungsabkommen, in Fürsorgeabkommen usw.). Eine Änderung kündigte sich an, indem Regelungen für Vertriebene, Flüchtlinge usw. vom Komplex persönlicher Einbindungen ausgingen, den generellen Statuswechsel einer Person zum Ansatz nahmen und daraus die Konsequenzen für die einzelnen Systeme zogen. Aber nirgends vorher war so wie im europäischen Recht ein vergleichbar umfassender und komplexer Ansatz gewählt. Für den einzelnen sollte die soziale Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften eine Einheit darstellen – keine unterschiedslose Einheit, sondern ein Übersystem, in dem die nationalen Systeme so miteinander verbunden werden, daß ihre Gesamtheit für den einzelnen immer ein umfassendes System ergibt. Damit war auch die alte Weise, in der das internationale Recht für Wanderarbeiter vorsorgte und noch heute vorsorgt, transzendiert: die einerseits aus dem Verbot

der Diskriminierung von Wanderarbeitnehmern bestand, andererseits in der Pflicht zur Hilfe für die Wanderarbeitnehmer in ihren ganz besonderen Lasten und Nöten. Nein: das europäische Recht wollte und will einen übergreifenden vollwertigen sozialbürgerlichen Status aller, welche die Freizügigkeit innerhalb der Mitgliedstaaten nutzen, und verlangt zu diesem Zweck die Zugänglichkeit der nationalen Systeme ebenso wie die Mitnahme der Vorsorge aus einem System in andere Systeme.

(6) Schließlich aber ist im Laufe der Nachkriegszeit ein ganz neuer Aspekt hervorgetreten: das Phänomen, das wir allgemein mit "Entwicklungsländer", "Dritte Welt", "Entwicklungshilfe", oder "Neue Weltwirtschaftsordnung" benennen⁴⁴. Spezifische bilaterale und multilaterale Praktiken – teils auf zwischenstaatlicher Ebene, teils auf halb- und nichtstaatlicher Ebene – haben sich entwickelt. Die Vereinten Nationen und andere Weltorganisationen haben sich der Aufgabe angenommen, spezifische Organisationen sind hinzugetreten. Verlässliches Völkerrecht ist freilich nur im Rahmen bilateraler und multilateraler Abkommen entstanden. Allgemeine Beschlüsse, vor allem der Generalversammlung der Vereinten Nationen, haben nur den Charakter eines soft law von ungewissem Geltungsanspruch.

Alles in allem ist schwer zu sagen, ob die Summe der Konsense stärker wiegt als die Summe der Dissense. Zwei Dinge aber sind klar. Einerseits liegt diese Weltsozialpolitik in der Fortsetzung der Linie, die von den nationalen Sozialpolitiken und den internationalen Sozialpolitiken und demzufolge vom nationalen Sozialrecht und dem internationalen Sozialrecht vorgezeichnet wurden: der Kampf gegen die Armut, die Herstellung von mehr Gleichheit und mehr Sicherheit. Diese Ziele, die in den nationalen Sozialpolitiken angelegt waren und durch das internationale Sozialrecht über sie hinausgetragen wurden, verlangen über jene rechtliche Universalisierung, die sie etwa in dem UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte oder in den Übereinkommen und Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation gefunden haben, hinaus, eine reale Universalisierung. Und in deren Dienst steht diese Weltsozialpolitik. Andererseits aber verläßt die Weltsozialpolitik in einem entscheidenden Punkt die Bahn bisherigen nationalen und internationalen Sozialrechts. Während Sozialrecht, auch internationales Sozialrecht, wie es uns geläufig ist, sich auf das Individuum bezieht, knüpft diese Weltsozialpolitik – ob sie sich nun als "Neue Weltwirtschaftsordnung" oder als Weltumverteilung oder als beides versteht – in erster Linie an die Staaten an. Inwieweit Organisationen, Verträge und sonstige Praktiken unmittelbar zwischen nichtstaatlichen Trägern möglich sein sollen und unmittelbar auf gesellschaftliche Verhältnisse zielen können, ist eine wichtige, aber höchst kontroverse Frage. Gerade die "Dritte Welt" selbst kämpft mit Hilfe der "Zweiten" für eine maximale Respektierung der staatlichen Souveränität und für eine maximale Konzentration der Zusammenarbeit auf die Regierungen. Doch welche Vorstellungen dabei

44 S. etwa *Eike von Hippel*, Grundfragen der Weltwirtschaftsordnung, 1980.

immer obsiegen sollen und obsiegen werden: klar ist, daß der einzelne, wie er im herkömmlichen nationalen und internationalen Sozialrecht Träger von Rechten und Pflichten und Empfänger von Leistungen ist, nicht der Adressat des Weltsozialrechts im Sinne der neuen Weltwirtschaftsordnung und der Weltumverteilung sein kann.

So groß der Unterschied dieses Weltsozialrechts im herkömmlichen nationalen und internationalen Sozialrecht auch sein mag, so scheint es mir doch notwendig, dies gerade auch in den Zusammenhang unserer Überlegungen hier einzubringen. Erstens, weil der Kern der Entwicklung in der Tat in der Konsequenz dessen liegt, was im nationalen und internationalen Sozialrecht angelegt ist. Zweitens, weil auch internationales Sozialrecht im herkömmlichen Sinn es mehr und mehr auch mit der Begegnung von nationalen Sozialrechten sehr verschiedenen Entwicklungsstandes zu tun hat⁴⁵ – “verschiedenen Entwicklungsstandes” sowohl im Sinne nationaler Gesamtentwicklung als auch im Sinne spezifisch sozialpolitischer und sozialrechtlicher Entwicklung. Es ist eine Sache, internationales Sozialrecht zwischen europäischen Nachbarn zu praktizieren, und eine andere Sache, internationales Sozialrecht zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Maghreb-Staaten zu konzipieren und zu realisieren. Die Problematik des Leistungsexportes etwa stellt sich im Verhältnis der Bundesrepublik zu den Vereinigten Staaten von Amerika, zur Türkei oder zu einem afrikanischen Land jeweils wesentlich anders dar. Die Ausstrahlung deutschen Sozialrechts hat dort, wo es einheimisches Sozialrecht nicht gibt, eine andere Bedeutung als dort, wo, würde es nicht durch Ausstrahlung verdrängt, gleichwertiges einheimisches Sozialrecht gleichwertige Ergebnisse erbrächte. Und umgekehrt ist die Theorie der Einstrahlung von anderer Relevanz, wenn Sozialversicherung mitgebracht wird, und von wieder anderer, wenn jemand aus dem sozialrechtlichen Niemandsland kommt. Der Zugang zu den sozialen Leistungen, die Aufenthalt, Wohnsitz, Staatsbürgerschaft oder Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland vermitteln können, ist weltweit von der unterschiedlichsten Bedeutung – je nach der heimischen Alternative. Das Problem ist heute alltäglich. Wir müssen deshalb sehen, daß internationales Sozialrecht auch in diesem Bezugsrahmen steht⁴⁶.

B. Dimensionen

I. Was ist “internationales Sozialrecht”?

Ich habe in diesem historischen Durchgang den Terminus “internationales Sozialrecht” nicht definiert. Und manche von Ihnen werden schon auf Kohlen

45 S. dazu etwa die unter dem Titel “Sozialrecht und Sozialpolitik in den Ländern der Dritten Welt” zusammengefaßten Beiträge von Hans F. Zacher, Maximilian Fuchs, Detlev Zöllner und Manfred Nitsch, VSSR, Bd. 11 (1983), S. 1 ff.

46 S. z.B. Fourth African Regional Conference, Nairobi, November-December 1973, Employment, Status and Conditions of Non-National Workers in Africa, Genf 1973, S. 39 ff.

sitzen, um mir diese Schlamperei vorzuwerfen. Aber es schien mir nützlich, das Phänomen zunächst gleichsam "natürlich" zu sehen. Aber ich wollte erst einmal den Stoff in seiner natürlichen Entwicklung ausbreiten, um ihm danach die begrifflichen Netze überzuwerfen. Was ist "internationales Sozialrecht"? Wir müssen uns damit abfinden, daß wir dies in zwei ganz unterschiedlichen Dimensionen sehen müssen⁴⁷:

- eine ist die des internationalen Gegenstands des Rechts;
- die andere ist die des internationalen Charakters der Rechtsquelle.

II. "Internationales Sozialrecht" im gegenständlichen (inhaltlichen) Sinn

Im gegenständlichen Sinn können wir drei unterschiedliche Typen internationalen Sozialrechts unterscheiden:

- abgrenzendes und koordinierendes Sozialrecht
- standardisierendes und harmonisierendes Sozialrecht und
- entwicklungspolitisches Sozialrecht.

1. Abgrenzendes und koordinierendes internationales Sozialrecht

Dem abgrenzenden und koordinierenden Sozialrecht⁴⁸ geht es zunächst um die Klärung des Bereichs des nationalen Sozialrechts. Dafür gibt es immer einen personellen und einen territorialen Anknüpfungspunkt. Unser Sozialrecht bevorzugt, seit es sich zum Sozialversicherungsrecht kompliziert hat, den territorialen Anknüpfungspunkt. Wir sprechen vom Territorialitätsprinzip⁴⁹. Wie wird der Territorialbezug hergestellt? § 30 des Allgemeinen Teils des Sozialgesetzbuchs vermittelt einen irritierend einfachen Eindruck:

"Die Vorschriften dieses Gesetzbuchs gelten für alle Personen, die den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in seinem Geltungsbereich haben."

Schon § 3 der Gemeinsamen Vorschriften für die Sozialversicherung muß dies bedeutsam modifizieren:

47 Hans F. Zacher, Einleitung – Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich, in: Hans F. Zacher (Hg.), Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts, 1978, S. 10 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 376 ff.).

48 S. zu diesem Bereich Bernd von Maydell, Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialversicherungsrecht, 1967; ders., Die dogmatischen Grundlagen des inter- und supranationalen Sozialrechts, VSSR, Bd. 1 (1973), S. 347 ff.; Horst Dieter Gobbels, Gestaltungsgrundsätze des überstaatlichen und zwischenstaatlichen Sozialversicherungsrechts, 1980; Theodor Tomandl (Hg.), Auslandsberührungen in der Sozialversicherung, 1980. Speziell zur Rentenversicherung s. neuestens Gerhard Kania, Über- und zwischenstaatliches Recht der sozialen Sicherheit, Deutsche Rentenversicherung 1983, S. 465 ff.

49 Zum klassischen Territorialitätsprinzip s. etwa Wickenhagen, Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht (Anm. 21), S. 20 ff.; Walter Selb, Probleme des Territorialitätsprinzips, bei Tomandl (Anm. 48), S. 17 ff.

“Die Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Versicherungsberechtigung gelten,

1. soweit sie eine Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit voraussetzen, für alle Personen, die im Geltungsbereich dieses Gesetzbuchs beschäftigt oder selbständig tätig sind,

2. ...”.

Diese Territorialität, woran immer sie auch anknüpft, meint und begründet eben doch a priori persönliche Qualifikationen. Nur eine Person hält sich auf, wohnt und ist beschäftigt. Und mehr noch: der Zugang zum Sozialversicherungssystem, der damit eröffnet ist, begründet eine persönliche Rechtsstellung. Tritt der Leistungsfall etwa ein, nachdem der Gesicherte das Territorium verlassen hat, lebt die Familie des Gesicherten in einem anderen Land als dieser oder vermittelt sein Tod Leistungen an Hinterbliebene, die nicht im Inland leben, so sind neue Klärungen notwendig⁵⁰. Nicht selten ist es explizit das Personalstatut, was den Zugang zu einem System eröffnet⁵¹. Das Sozialgesetzbuch hat diese Problematik mit erstaunlicher Naivität vereinfacht – aber nicht gelöst⁵².

Nun genügt es sozialpolitisch natürlich nicht, den Geltungsbereich des nationalen Sozialrechts abzugrenzen. Das nächste Ziel muß sein, die nationalen Regelungen so ineinander zu verfügen, daß das gleichzeitige Zusammentreffen verschiedener nationaler sozialrechtlicher Regelungen oder auch der verschiedenen sozialen Lebensbedingungen, wie sie das nationale Recht vorausieht, oder der Übergang zwischen den nationalen Sozialrechten möglichst keine Nachteile aber auch keine unangemessenen Vorteile bringt.

An dieser Stelle könnte eigentlich ein zweiter Vortrag ansetzen, der den gleichen Titel haben könnte wie dieser, wenn er nur “internationales Sozialrecht” von vorneherein ausschließlich als das Recht der Abgrenzung und Verknüpfung verschiedener nationaler Sozialrechtsordnungen verstehen würde. Er hätte aufzuzeigen, welche Unterschiede es ausmacht,

– ob sich verschiedene nationale Rechtsordnungen und Verhältnisse gleichzeitig treffen (wie bei Familienleistungen an Familien, deren Mitglieder in verschiedenen Ländern leben; bei Erkrankung während des Urlaubs im Ausland usw.) oder ob sie zeitlich aufeinander folgen;

– ob ein Wechsel vorübergehend (kurzfristig wie ein Besuch oder mittel- oder langfristig wie ein Volontariat, Saisonarbeit, Gastarbeit “auf absehbare Zeit”) oder ob er endgültig ist; (im Sinne von “bis auf weiteres” oder im Sinne von “für immer”);

– ob beitragsgetragene Vorsorgesysteme (Sozialversicherung), beitragsfreie Vorsorgesysteme (wie steuerfinanzierte Altersrenten, oder – wesentlich anders –

50 S. etwa *Rolf Schuler*, Die Neuregelung des Auslandsrentenrechts im Kontext des Internationalen Sozialrechts, ZfS, 36. Jg. (1982), S. 129 ff.

51 S. die Zusammenstellung bei *Wickenhagen*, Internationales Sozialversicherungsrecht (Anm. 1), S. 39.

52 Was in den Kommentierungen zu den zitierten Vorschriften des Sozialgesetzbuchs durchwegs – sei es durch explizite Kritik, sei es durch das Unbefriedigende der Interpretationsversuche – durchaus zum Ausdruck kommt.

Beamtenversorgung), soziale Entschädigungssysteme (Kriegsopferversorgung, Verbrechensoferentschädigung usw.), besondere Hilfs- und Förderungssysteme (wie Kindergeld, Wohngeld, Ausbildungsförderung und Berufsförderung) oder das allgemeine Hilfs- und Förderungssystem der Sozialhilfe abgegrenzt oder kombiniert werden sollen⁵³;

– ob Risiken wie Krankheit, Unfall usw., Ausgleichslagen wie Unterhaltslasten oder Förderungssituationen wie Ausbildung oder berufliche Bildung den Ansatzpunkt bilden⁵⁴;

– ob es um langfristige Einkommensersatzleistungen (z.B. Renten), kurzfristige Einkommensersatzleistungen (z.B. Krankengeld), Einkommensergänzungsleistungen (z.B. Kindergeld), bedarfsorientierte Geldleistungen (z.B. Auslagenersatz) oder Dienst- und Sachleistungen (z.B. Behandlung und Pflege Kranker) geht;

– ob es unmittelbar um eine Leistung oder ob es um den Zugang zur Vorsorge und die Mitnahme oder die Substitution von Vorsorge geht;

– ob die "Grenze" die Leistung zerschneidet (wenn gleichzeitig oder nacheinander ein Teil einer Leistung in einem, ein anderer Teil in einem anderen Land anfällt oder beansprucht wird), den Leistungsgrund zerschneidet (wie bei der Rente, die in verschiedenen Ländern verdient wurde)⁵⁵ oder den Grund von der Leistung trennt (wie bei der Rentenzahlung im Ausland);

um nur einiges zu nennen.

53 Zur Terminologie s. *Hans F. Zacher*, Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1983, S. 17 ff. – Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß die umfassendste Ordnung dieser Art die Europäische Wanderarbeiterverordnung abgrenzt wie folgt:

"Art. 4

Sachlicher Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die folgende Leistungen betreffen:

- a) Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft,
- b) Leistungen bei Invalidität ...,
- c) Leistungen bei Alter,
- d) Leistungen an Hinterbliebene,
- e) Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten,
- f) Sterbegeld,
- g) Leistungen bei Arbeitslosigkeit,
- h) Familienleistungen.

(2) Diese Verordnung gilt für die allgemeinen und die besonderen, die auf Beiträgen beruhenden und die beitragsfreien Systeme der sozialen Sicherheit sowie für die Systeme, nach denen die Arbeitgeber ... zu Leistungen gem. Abs. 1 verpflichtet sind.

(3) ...

(4) Diese Verordnung ist weder auf die Sozialhilfe noch auf Leistungssysteme für Opfer des Krieges und seiner Folgen noch auf Sondersysteme für Beamte und ihnen Gleichgestellte anzuwenden."

54 Zu den verschiedenen sozialen Lagen s. *Hans F. Zacher*, Vorfragen zu den Methoden des Sozialrechtsvergleichs, in: *Hans F. Zacher* (Hg.), *Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs*, 1977, S. 21 ff. (45 ff.) (abgedruckt in diesem Band, S. 329 ff. (349 ff)).

55 Diesem Gedanken voraus liegt die Erwägung, ob der Leistungsgrund überhaupt eine "Vorsorgegeschichte" (wie vor allem bei der Sozialversicherung) einschließt, oder ob der

Ich kann das hier nicht vertiefen – so reizvoll es etwa wäre, die Muster der Sozialrechtsverhältnisse⁵⁶ so an das internationale Sozialrecht heranzutragen. Ich möchte die allgemeineren Linien ziehen, die ich angefangen habe. In diesem Sinne muß ich den Blick noch einmal in die Geschichte zurückwerfen. Am Anfang der Entwicklung, die wir hier ins Auge fassen konnten, stand die Geschlossenheit der Systeme. Heimat bedeutete Bürgerschaft und Fürsorge zugleich. "Fremdheit" bedeutete ebenso "keine Bürgerschaft" wie "keine Fürsorge". Alle Entwicklung des zwischenstaatlichen Fürsorgerechts lief darauf hinaus, diese Geschlossenheit aufzubrechen. Die Hilfe in der Not mußte – wenigstens in einem Mindestmaß – vom Personalstatut des Bürgerrechts gelöst werden. Die Sozialversicherung ließ, indem sie das Territorialprinzip ganz selbstverständlich voraussetzte, diesen alten Ansatz der Armenpflege a priori hinter sich. Sie war ja durch die Wanderungen des industriellen Zeitalters und durch die Unfähigkeit der Armenpflege, den Problemen dieser Wanderung gerecht zu werden, miterzeugt worden. Mit diesem territorialen Ansatz hatte sich aber auch eine selbstverständliche Arbeitsteilung ergeben: der Zugang zum Territorium wurde Sache des Aufenthaltsrechts, des Staatsbürgerrechts usw. Das Sozialrecht nahm hin, was dort vorgegeben wurde. Das Sozialrecht bemühte sich, gegenüber dem Zugang zum Territorium neutral zu bleiben. Diese Arbeitsteilung ist eine Grundregel bis heute. Aber sehen wir uns einige notwendige Ergänzungen an:

– Diese Grundregel erscheint einfacher für den Zugang als für den Weggang. Die Formel auf der Zugangsseite lautet zunächst ja nur: wen das Aufenthaltsrecht hereinläßt, der wird hier auch durch das deutsche Sozialrecht geschützt. Die entsprechende Aussage für den Weggang wäre ebenso einfach, wenn man sagen könnte: wer weggeht, wird nicht mehr durch das deutsche Sozialrecht geschützt. Aber diese einfache Aussage läßt unbefriedigt. Damit erwächst die Frage, welche Rechte mitgenommen werden: von dem Deutschen auf seine Urlaubsreise ins Ausland, von dem in Deutschland verunglückten Gastarbeiter in seine Heimat, von dem Rentner, der seinen Lebensabend bei seiner Tochter in den USA verbringen möchte usw.?

– Je bedeutsamer die sozialrechtlichen Gefälle sind, desto mehr gerät das Aufenthaltsrecht in eine – auch soziale, mittelbar sozialrechtliche – Schleusenfunktion. Das wird besonders deutlich, wo auf der Seite des Aufenthaltsrechts Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis miteinander verwoben sind, während auf der Seite des Sozialrechts die Beschäftigung die volle soziale Sicherung vermittelt. Und das kann zu einer sozialpolitischen Überfrachtung des Aufenthaltsrechts führen.

Leistungsgrund in einer "Verantwortungsgeschichte" wie bei der sozialen Entschädigung besteht, oder nur in einer die Leistung rechtfertigenden "sozialen Lage" (wie bei Hilfs- und Förderungssystemen). S. dazu *Zacher*, Zur Anatomie des Sozialrechts (Anm. 36), S. 334.

56 Zum Sozialrechtsverhältnis s. die Beiträge von *Peter Krause*, *Theodor Tomandl*, *Peter Häberle*, *Dieter Schäfer* und *Paul Kirchhof* in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XVIII, o.J. (1980). S. auch *Hans F. Zacher* (Anm. 52), S. 25 f.

– Wo sich das Aufenthaltsrecht außerstande sieht, sozial befriedigend zu differenzieren, tritt die Versuchung auf, die Differenzierung wieder in das Sozialrecht hineinzutragen. Die Neuregelung der Sozialhilfe an Asylbewerber⁵⁷ ist ein Symptom dafür⁵⁸.

– Wo das Aufenthaltsrecht Freizügigkeit nicht nur kontrolliert und duldet, sondern Freizügigkeit will, wie das in der Europäischen Gemeinschaft der Fall ist, tritt die Funktionsteilung zwischen Aufenthaltsrecht und Sozialrecht in eine neue Phase. Es genügt dann nicht mehr, daß das Sozialrecht den Zugang offen hält. Es muß in gleicher Weise wie die Freizügigkeit den Wechsel ermöglichen. Damit wird die Funktionsteilung nicht zurückgenommen. Aber es wird ein übergeordneter Gesichtspunkt deutlich. Die unterschiedlichen nationalen Sozialrechtssysteme müssen einen Verbund bilden, in dem die Übergänge maximal erleichtert und die Reibungsverluste der Grenzüberschreitung minimiert werden.

2. Standardisierendes und harmonisierendes (verordnendes) internationales Sozialrecht

Kommen wir zur zweiten Ebene gegenständlich internationalen Sozialrechts: der Ebene der Standardisierung und Harmonisierung⁵⁹. Es geht hier um das Instrumentarium, durch das die nationalen Sozialpolitiken und Sozialrechtsordnungen auf einheitliche Ziele hin gerichtet und auf einheitliche Niveaus der personellen und sachlichen Erstreckung und der Leistungen gebracht werden sollen. Die klassischen Beispiele sind die Übereinkommen und Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation, die sozialen Konventionen des Europarats und – wenn auch mit der bei weitem geringsten sozialrechtlichen Differenzierung – der UN-Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte.

Diese Standardisierungs-Instrumente wenden sich rechtlich an die Staaten und politisch an die Öffentlichkeit. Während das Abgrenzungs- und Koordinationsrecht in der Regel die einzelnen unmittelbar berechtigt und verpflichtet, gilt das für das Standardisierungsrecht nicht. Auch die Staaten werden in sehr ungleicher Weise gebunden. Hinter den Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarates stehen gewisse Sanktionsmechanismen⁶⁰. Soweit die

57 S. § 120 Abs. 2 BSHG.

58 S. zum Vorstehenden *Günther Schwerdtfeger*, Testgutachten "Ausländerintegration", in: Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages, Bd. I, 1980, Teil A.

59 S. hierzu die Beiträge von *Hans F. Zacher*, *Johannes Schregle* u. *Siegfried-Günther Nagel* in: Hans F. Zacher (Hg.), Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts, 1978.

60 Berichtspflichten, z.T. auch Beschwerdemöglichkeiten; Überprüfung durch Sachverständige, im Europarat auch durch politische Gremien. S. Art. 19, 22 ff. der Verfassung der IAO, Art. 21 ff. der Europäischen Sozialcharta, Art. 74 f. der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit. Zu den Quellen s. *Hans F. Zacher*, Internationales und Europäisches Sozialrecht (Anm. 40).

Bundesrepublik ihnen beigetreten ist, was in der Regel der Fall ist, gelten sie hier auch kraft des Zustimmungsgesetzes⁶¹. Nicht immer aber nehmen die Instrumente den normativen Charakter internationaler Konventionen an. Zum Teil haben sie informellen Charakter: Koordination durch Information, Diskussion und technische Hilfe. Das bemerkenswerteste Beispiel stellen die Artikel 117 und 118 des EWG-Vertrags⁶² dar:

“Art. 117

(1) Die Mitgliedstaaten sind über die Notwendigkeit einig, auf eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte hinzuwirken und dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen.

(2) Sie sind der Auffassung, daß sich eine solche Entwicklung sowohl aus dem eine Abstimmung der Sozialordnungen begünstigenden Wirken des Gemeinsamen Marktes als auch aus dem in diesem Vertrag vorgesehenen Verfahren sowie aus der Angleichung ihrer Rechts- und Verwaltungsvorschriften ergeben wird.

Art. 118

(1) Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags hat die Kommission entsprechend seinen allgemeinen Zielen die Aufgabe, eine enge Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten in sozialen Fragen zu fördern, insbesondere auf dem Gebiet

...

– der sozialen Sicherheit

...

(2) Zu diesem Zweck wird die Kommission in enger Verbindung mit den Mitgliedstaaten durch Untersuchungen, Stellungnahmen und die Vorbereitung von Beratungen tätig, gleichviel, ob es sich um innerstaatliche oder um internationale Organisationen gestellte Probleme handelt.

(3) ...”

Daß es zu dieser Harmonisierung nicht gekommen ist, weil die nationalen Regierungen in Zeiten des Aufschwungs die Sozialpolitik als einen Schatz von einzigartiger Wählerwirksamkeit angesehen haben, den sie nicht abgeben wollten, während sie in Zeiten der Rezession in der Sozialpolitik eine Last erkennen müssen, die ihnen niemand anderer abnimmt⁶³, steht auf einem anderen Blatt.

Internationale Standardisierung des nationalen Sozialrechts hatte immer und hat ebenso humanitäre, im engeren Sinne soziale, Ziele wie wirtschaftliche⁶⁴. Die nationalen Unterschiede der Sozialpolitiken schaffen international unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen. Internationale Standardisierung des nationalen Sozialrechts hat weitgehend aber auch die gleichen Ziele wie das, was wir soeben als koordinatives internationales Sozialrecht bezeichnet haben. Je mehr sich die

61 S. Art. 59 GG.

62 S. dazu etwa *Jörn Pipkorn*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Harmonisierung sozialrechtlicher Normen in Europäischen Gemeinschaften, in: Hans F. Zacher (Hg.), *Sozialrechtsvergleich ...* (Anm. 47), S. 229 ff. S. auch noch einmal Anm. 43.

63 S. den Anlauf “Probleme der sozialen Sicherung – einige Überlegungen -”, Mitteilung der Kommission an den Rat vom 8.12.1983, KOM (82) 716 endg.

64 Zu den Zielen internationaler Sozialpolitik s. etwa *Peter Heyde*, *Internationale Sozialpolitik*, 1960, S. 52 ff.

nationalen Sozialpolitiken und Sozialrechtsordnungen gleichen, desto neutraler wird das Sozialrecht gegenüber einem Wechsel. Das Gefälle der sozialpolitischen Niveaus verliert den Charakter des Anreizes ebenso wie den Charakter des Hindernisses. Zugleich wird mit einer vergleichbaren Entwicklung der nationalen Sozialpolitiken die Koordination zwischen den Sozialrechtsordnungen zunächst überhaupt möglich, mehr und mehr sinn- und wirkungsvoller. (Das heißt freilich nicht, daß sie leichter wird. Hochentwickelte Systeme haben, entsprechend ihrer Differenziertheit und Komplexität ihre besonderen Widerstände gegen Verkopplung.)

Gerade auf diese Koordination zielt nun aber eine Reihe von internationalen Regelungen standardisierender Art. Sie beziehen sich zumeist auf typische Gruppen. Die längste Tradition solchen internationalen Sozialrechts bezieht sich auf die Seeleute⁶⁵, denen mehrere Übereinkommen und Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation gewidmet sind⁶⁶ und auf die Binnenschiffer⁶⁷. Ein anderes Beispiel sind die Flüchtlinge. Das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1951 schließt Klauseln hinsichtlich der sozialen Fürsorge und der sozialen Sicherheit ein⁶⁸. Umfassend ist die Thematik in den Instrumenten über die Rechtsstellung, insbesondere die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer aufgearbeitet, mit der sich Grundsatzaussagen, Konventionen und weitere Bemühungen der verschiedensten Ebenen befassen⁶⁹. Die wohl allgemeinste Aussage, aber koordinationsrechtlicher Art findet sich in dem Übereinkommen 118 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Gleichbehandlung von Inländern und Ausländern in der sozialen Sicherheit von 1962. In allen diesen Beispielfällen findet also koordinatives internationales Sozialrecht Motiv, Maßgabe und Bekräftigung in standardisierendem internationalem Sozialrecht.

3. Völkersozialrecht

Die dritte Ebene internationalen Sozialrechts ist das entwicklungspolitische Völkersozialrecht. Es sei hier nur noch einmal in Erinnerung gerufen.

65 S. schon die Vereinbarung zwischen dem Deutschen Reich und Großbritannien vom 27.5.1879 wegen der Unterstützung hilfsbedürftiger Seeleute beider Nationen, Nouveau Recueil général de Traités, Continuation du grand Recueil von *G. F. de-Martens*, Reihe 2, Bd. IV Nr. 6.

66 S. die Nachweise bei *Zacher*, Internationales und Europäisches Sozialrecht (Anm. 40), Nr. 33, 34, 35, 36, 43, 51, 61, 66, 76, 85, 92.

67 S. z.B. das Abkommen über die Soziale Sicherheit der Rheinschiffer. Dazu *Wickenhagen*, Internationales Sozialversicherungsrecht (Anm. 1), S. 95 und passim.

68 Insbes. Art. 23, 24. Zur Quelle s. *Zacher*, Internationales und Europäisches Sozialrecht (Anm. 40), Nr. 104, 105.

69 S. z.B. *Andreas Koulopoulos*, Das Recht der sozialen Sicherheit der ausländischen Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland – dargestellt am Beispiel der griechischen Arbeitnehmer, 1976.

III. Die Quellen des internationalen Sozialrechts

Von all dem, was wir so gegenständlich "internationales Sozialrecht" nennen, ist nur ein Teil auch der Quelle nach "international": nämlich Völkerrecht. Ein anderer Teil, das Recht der Europäischen Gemeinschaften, ist supranational. Vieles aber ist einfach nationales Recht.

1. Die Quellen des Völkersozialrechts

Entwicklungspolitisches Recht in dem oben skizzierten Sinn ist genuin Völkerrecht: Weltsozialrecht, Völkersozialrecht⁷⁰.

2. Die Quellen des standardisierenden und harmonisierenden Sozialrechts

Standardisierendes und harmonisierendes Sozialrecht kann Völkerrecht sein, kann aber auch supranationales Recht sein, nationales Recht dagegen ist der Adressat⁷¹. Standardisierendes und harmonisierendes Recht ist als nationales Recht nur sinnvoll, wenn die nationale Rechtsordnung in sich so strukturiert ist, daß höheres Sozialrecht (Verfassungsrecht/zentralstaatliches Recht) niedrigeres Sozialrecht (einfaches Gesetzesrecht/gliedstaatliches Recht) vorordnen kann⁷².

3. Die Quellen des Abgrenzungs- und Koordinationsrechts

Ganz anders dagegen ist die Lage hinsichtlich des Abgrenzungs- und Koordinationsrechts. Abgrenzungsrecht ist zunächst nationales Recht. Das Sozialgesetzbuch wurde bereits zitiert. Die Reichsversicherungsordnung enthält eine Menge anderer Vorschriften⁷³. Oder man denke an das Fremdretenrecht⁷⁴, an die sozialrechtlichen Bestimmungen im Vertriebenen- und Flüchtlingsrecht usw.⁷⁵. Sollten die nationalen Sozialrechte aber nicht nur abgegrenzt, sondern auch koordiniert werden, so verlangt das übernationale Autorität oder Verständigung. Soll die

70 S. dazu *Zacher*, Einleitung – Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich (Anm. 47), S. 12 f., 58 ff. (in diesem Band, S. 377 f., 419 ff.).

71 S. dazu *Zacher*, aaO., S. 34 ff., 60 ff. (in diesem Band, S. 397 ff., 421 ff.).

72 In der Bundesrepublik Deutschland ist der Fall nur sehr eingeschränkt praktisch. Die Zuständigkeiten zur Regelung sind weitgehend beim Bund konzentriert. Daß Bundesrecht die Landesgesetzgebung koordiniert, scheidet also tatsächlich aus. Es bleibt nur noch die Vorordnung des Bundesgesetzrechts durch das Bundesverfassungsrecht. Das Bundesverfassungsrecht enthält aber keine gezielten, das Sozialrecht vorordnenden Aussagen. Entsprechende Vorordnung kommt somit eigentlich nur im Verhältnis zwischen Gesetzesrecht und untergesetzlichem Recht (Verordnungsrecht, Satzungsrecht) in Frage. S. zur Problematik auch *Zacher*, aaO., S. 21 ff., 36 ff. (in diesem Band, S. 385 ff., 399 ff.).

73 S. dazu *Wickenhagen*, Internationales Sozialversicherungsrecht (Anm. 1), S. 30 ff.

74 S. z.B. *Rudolf Hoernigk/Kurt Jahn/Ernst Wickenhagen*, Fremdretenengesetz, Loseblatt, Stand Januar 1983.

75 S. etwa §§ 90, 91 BVFG, §§ 15, 19 BEvG, § 5 HHG.

Koordination sich verfestigen, so bedarf es übernationaler Rechtsinstrumente⁷⁶. Am wirksamsten, weil dem nationalen Recht am ähnlichsten, ist hier die supranationale Rechtssetzung durch die Europäischen Gemeinschaften. Im Völkerrecht dagegen gibt es Differenzierungen. Bilaterale und multilaterale Verträge können – je nach der nationalen Verfassungsordnung: kraft Inkorporation durch die nationale Gesetzgebung – Rechte und Pflichten der einzelnen unmittelbar regeln. Sie können sich aber auch – wie wir das bei der Standardisierung des Koordinationsrechts gesehen haben – in erster Linie an die Staaten und ihre nationalen Rechtsordnungen wenden. Immer auch besteht komplementär die Möglichkeit, daß eine internationale oder supranationale Organisation als solche den Auftrag hat, auf die Entwicklung der nationalen Rechtsordnungen nicht durch Normsetzung, sondern durch Information, Beratung und weitere technische Hilfe einzuwirken.

C. Abschließende Bemerkungen

Internationales Sozialrecht in dem umfassenden und vielschichtigen Sinne, wie es hier behandelt wurde, teilt mit dem nationalen Sozialrecht dessen Ziele: den Kampf gegen Not und Armut, das Bemühen um mehr Gleichheit, die Ausbreitung der Freiheit und die Herstellung von Sicherheit. Nur daß diese Ziele, so komplex sie uns schon im nationalen Sozialstaat erscheinen mögen, im internationalen Rahmen von ungleich größerer Vieldeutigkeit sind. Begriffe wie Not, Armut und soziale Gleichheit haben weltweit eine andere Amplitude der Sinnvariation als national. Sicherheit unmittelbar herzustellen, ist wohl nur dem nationalen Recht möglich. Das internationale Recht kann nur vermitteln, daß die Sicherheit, die Staaten herstellen, nicht auf der Grenze zwischen ihnen verloren geht. Aber es kann die Sicherheit, welche die Staaten bieten, nicht ersetzen. Und Freiheit gewinnt im internationalen Sozialrecht den ganz besonderen Sinn der Freizügigkeit.

Internationales Sozialrecht verfolgt seine Ziele in ganz unterschiedlichen Graden der Stringenz. Weltweit kann es nur Intentionen auf den Weg bringen und Möglichkeiten konkreterer Gestaltung eröffnen. Das gilt selbst weltregional, wie wir am Beispiel des internationalen Sozialrechts sehen, das der Europarat hervorgebracht hat. Präziser und effektiver kann internationales Sozialrecht nur dort werden, wo es sich ernstlich auf die nationalen Sozialrechtsordnungen, die es miteinander verbindet, einläßt, wo es seine Verwirklichung so zu Ende denkt, daß dies auch nachvollzogen werden kann⁷⁷. Das heißt, daß internationales Sozialrecht in dem Maße real ist, in dem es der Technizität der Sozialrechtsordnungen, die es verbindet, gerecht wird – genauer: in dem Maße, in dem seine Technizität der Technizität des kompliziertesten unter den koordinierten Sozialrechtssystemen

76 S. dazu auch *Zacher*, Einleitung – Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich (Anm. 47), S. 34 ff. (in diesem Band, S. 397 ff.).

77 S. dazu noch einmal *Zacher*, Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts (Anm. 47).

gerecht wird. Das muß nicht heißen, daß das internationale Sozialrecht selbst den demnach höchsten Grad an Technizität aufweist. Es kann auch dann real sein, wenn es bereit und legitimiert ist, die Schwierigkeiten und Unbilligkeiten in Kauf zu nehmen, die aus der Vergrößerung entstehen können. Dies aber setzt nicht weniger ein "Zu-Ende-Denken" des Vollzugs und seiner Wirkungen voraus wie das Bemühen um adäquate Technizität selbst.

Das will sagen, daß wir internationales Sozialrecht mit Alltagsbedeutung nur dort vorfinden können, wo die, die es setzen, über ein Maximum an Sachnähe und Regelungskompetenz verfügen. Abgesehen von dem "internationalen Sozialrecht", das der nationale Gesetzgeber selbst setzt, um seine Systeme abzugrenzen, zu öffnen oder ausstrahlen zu lassen, können wir dies vom europäischen Gemeinschaftsrecht, von bilateralen Abkommen und von den multilateralen Abkommen erwarten, die sich durch einen engen Kreis der Beteiligten, durch einen engen Kreis der Systeme oder durch ganz spezifische Regelungsprobleme auszeichnen.

Traditional Solidarity and Modern Social Security – Harmony or Conflict?

1. The Basic Pattern of Modern Social Security

In order to explain the relationship between traditional solidarity and modern social security, it is useful to recall the pattern on which modern social security is based. (On the development of modern social security see: *Köhler 1979; Köhler and Zacher 1981*).

The first element of this pattern is the specific structure of modern society. Basically, people live in small households – as parents with young and adolescent children, as married couples without children, or as single persons. The adults in such households generally earn money by working. If there are children, one of the adults – traditionally the wife and mother – may devote herself to looking after them, and perhaps not work outside the household and not earn an income.

The second element is the economy. This is characterised by the “division of labour”. Production and distribution are functionally divided amongst various economic units (large and small companies, handicraft businesses, farms, etc.). In these economic units the work is again divided amongst the people who work in them. This division of labour entails incessant processes of exchange so that production and distribution bring about their eventual results. In this context, goods and services are exchanged for money (prices and wages).

This forms the basis for the evolution of modern social security (*Zacher 1982*). The development starts from the general rule that every adult earns a living for himself and his family (at any rate for the children and largely also for the spouse) by working (either as an employee or self-employed). The basic assumptions are: (a) that work provides income; and (b) that the income is adequate to meet the needs of both the income earner and his family. Within this context there are three central, potentially problematic areas.

1. Work and income: the organisation of work and earning of income by work. In the case where the individual has assets, he can, of course, substitute for income derived from work such income as he may gain by putting his capital to work or by consuming his assets. However, the phenomenon of the “capitalist” living on his capital is to be excluded from the following discussion. It is not a solution which is available to the broad masses. But the use of assets – particularly savings – as a substitute for or a supplement to income when income from work is totally lacking or inadequate, is extremely significant from a social point of view.

2. The satisfaction of needs: the organisation of the production and distribution of goods which people need to meet their needs, such as food, clothing, housing, education, training and care. This can be performed by private enterprise or by administrative bodies, in the framework of "social market economy" or planned economy.

3. The support unit: group of persons who are interdependent or all dependent upon one of their number for the satisfaction of their individual needs. Normally the income of the wage earner is passed on to his dependants as support, in the form either of money or of goods purchased to satisfy the needs of the unit. Within the support unit, needs are also satisfied directly, the main example being a mother's care for her children.

The rule that each individual has social responsibility for himself and his nuclear family is realised in a dynamic process which comprehends these three areas. The rule is, of course, no more than a rule in the sense of a standard case and exceptions are both a possibility and a reality. The following social deficits are typical.

1. In the area of work and income a person may be unable to work completely or partly, permanently or temporarily, through sickness, invalidity, old age, etc. Alternatively a person may be unable to utilise his capability of working as in the case of unemployment. During the absence of the capability or while the capability cannot be utilised, there will be no income.

2. Social deficits occur with regard to the satisfaction of needs if a range of goods, such as housing, food or medical care, is so expensive that it is inaccessible to poorer people, or its purchase entails a disproportionately high burden for them. There are other emergency situations which have similar repercussions. For example, as a result of the level of development, a war or a catastrophe, certain goods may not be available at a given place or time. Or some groups in a society, discriminated against because of their race, religion or otherwise, may be denied access to the goods required to satisfy their needs. It is not imperative to discuss this at length here.

3. With respect to the support unit, deficits occur in particular when one of the "useful adults" (the wage earner or the mother who looks after the children) is missing (e.g. because of death) or repudiates his obligations (e.g. refuses to provide support). The constitution of a support unit can also result in an insufficiency of income in relation to needs, if there is a disproportion between the numbers of actual wage earners and children in the unit, as in the case of families with numerous children.

These deficits constitute the central concern of measures in furtherance of social policy. To a certain extent it is reasonable to respond to the problems by measures in those areas in which they occur. For example, if a worker is prevented from working for a short time by sickness, it is reasonable for labour law to oblige the employer to continue to pay the worker's wage for this period. But there are limits. If, for example, a person is handicapped, and so permanently unable to work, labour law cannot reasonably oblige an employer to pay him a wage in perpetuity. The welfare state which wants to do justice to its concept has, in the final analysis,

no alternative but to replace income derived from working by social benefits. Thus, from the start, there are two different types of solutions to the “natural” social problems we have described as social deficits:

- internalising solutions solve problems by acting in the areas in which they arise;

- externalising solutions solve problems by acting outside those areas. These solutions assign the function of compensating for social disadvantages to various bodies, some already existing, such as local government and state authorities, some created for this specific purpose, such as social insurance institutions.

Here are two examples:

1. Rules that protect the worker from occupational hazards are within the problem area of work and are a component of labour law. They are a priori internalising solutions. The consequences of work accidents, however, may be met with either an internalising or an externalising solution. Employer’s liability is an internalising solution. Insurance of the employee against accidents at work is an externalising solution.

2. In the field of school education for children is a danger of parents preventing their children from obtaining education. In this case, the solution is sought through rules of family law. A priori, this is an internalising solution in the problem area of the support unit. In contrast, a different form of the problem arises if the education system is organised in such a way as to disadvantage some children (e.g. those living in the country). Improving the school system is then an internalising solution within the problem area of need satisfaction. However, the provision of the parents or children with social benefits (family benefits, training, etc.) through the state or through a special fund in order to relieve them of some or all of the costs of the training would be an externalising solution.

Social security in the sense used here refers principally to externalising solutions. Modern social security has sought and found an increasing number of solutions to a core group of major, typical deficits: sickness, maternity, invalidity, old age, death leaving behind dependants, work accidents and occupational diseases, unemployment and family burdens through children. The principal solutions are:

- social insurance
- non-contributory schemes financed by taxation (demogrants)
- social compensation (for war victims, etc.)
- social promotion programmes (e.g. for families, for training promotion, for rehabilitation, etc.), and
- poor relief (in its more modern form known as social assistance).

As already mentioned above, services to meet certain needs in kind (e.g. for children, elderly persons, drug addicts, etc.) are part of a specific area lying between externalisation and internalisation. On the one hand they have the character of externalising solutions as they are taken over by the state, and on the other they are in the nature of internalising solutions because the specific social problem is inseparably embedded in a larger field of correlations.

The terms used in this context in various countries and eras are extremely ambiguous. This cannot be discussed at length here. But it is necessary to mention some modes of categorisation. Apart from the administrative “internalisation” of the satisfaction of needs (e.g. through a general education system, a general national health service), the arrangement of the various institutions involves the following questions in particular:

- The alternatives of services in kind and benefits in cash.
- The alternatives of individual allocation according to need (poor relief/social assistance; depending on the nature of the treatment, generally also benefits of social work, care, medical attention, etc.); and allocation according to more generally determined standards such as according to contributions (as in the case of old age pensions of the social insurance system) and according to minimum or typical needs (as with flat rates, demogrants).
- The alternatives of provident provision against specified risks secured by contributions which entitle the person to future payments of benefits (social insurance); and tax-financed programmes rendering services and benefits to all citizens, inhabitants or similarly defined groups in all cases of specified need (demogrants, social services).

To achieve its aim of social security, the welfare state must nearly always combine several of these methods. An overall system of social security cannot be achieved by applying only the method of social insurance, only the method of poor relief (social assistance), or only the method of the demogrant. We nearly always find a combination of most varied methods: abstract standardisation of benefits and individual decision as to what is necessary; provident provision under which the size of benefits depends upon the income of the beneficiary as reflected in contributions, and provident provision according to typical conditions (demogrants); benefits which are defined by their social aims and benefits dependent upon a particular cause of loss (like provisions for war victims, crime compensation, or accident insurance). Unfortunately, “social security” is often identified with only one of these methods. This conceals the reality.

But we must also think back again to the close relationship between internalising and externalising solutions. This relationship is of major significance in the overall picture of a country’s social security. Internalising and externalising solutions may be regarded as alternatives (as in the example of a worker suffering illness, where the “internalising” continued payment of wages by the employer is an alternative to the “externalising” sickness benefits of the health insurance scheme). They can be combined in sequence (taking the same example: the wage may continue to be paid for a time after which sickness benefits become payable). They can also be combined in parallel. Thus, to take another example, in the case of old age, a person may receive both an old age pension through the social insurance scheme (an externalising solution), and a pension from the employer (an internalising solution). The possible combinations can become even more sophisticated when taking into account that both private law and labour law also provide externalising solutions not mentioned so far. These are the private insurance or separate pension

schemes (e.g. for old age) which employers may establish for their employees or trade unions for their members. Thus, in the case of old age a multi-layer system is possible: the basis a demogrant (e.g. a flat rate pension) funded by taxes; then a social insurance benefit or a benefit from an occupational system related to working income; then an employer's voluntary undertaking or an individual insurance contract supplementing the two other insurances.

In sum a "social security pluralism" has developed: a large number of methods and systems are employed to complement one another in the search for optimal results from a social, financial, administrative and legal point of view. Of course, there are differences between countries with a market economy and socialist countries. The latter, apart from the conferment of privileges on party officials, deserving revolutionaries, etc., have uniform systems in which the internalised solutions to social problems in the firms (i.e. also in labour law) play a major role (on which see e.g.: *Jahrbuch für Ostrecht* 1979; *Manz and Winkler* 1985). In contrast, countries with market economies tend to have a greater variety of (mainly externalising) solutions (*Zacher* 1981).

In every case legislation is needed to organise and regulate all these different mechanisms (cf: *Zacher* 1984; *Cranston* 1985). Such legislation necessarily defines and thus standardises such aspects of life as sickness, invalidity, and old age. In real life all these phenomena have nebulous contours. When is a person ill or not ill? When is he or she able or unable to work? When is he or she old or not? However, social security systems tend to set up clearly defined limits in place of these flowing transitions. Thus social life meets with new structures and the behaviour of the individual is given a new orientation. New scope for individual choice of actions evolves. Someone who is "slightly ill" must decide whether to continue to work and draw his wage or to claim he is ill and be paid sickness benefits. Someone who does not find quite the job he would like on the labour market must decide whether to accept work that does not appeal to him or to try to draw the benefits of the unemployment scheme.

This standardising of life by social legislation is at its most important in respect of marriage and the family. Social security systems cannot cover every possible definition of the support unit, neither can they cover every possible distribution of roles within this unit. Thus, questions such as whether a couple is married or not, to whom children in the household belong, and whether old people belong to the household, gain specific significance. Moreover, social legislation can change the situation within the family unit. In some circumstances the payment of an educational grant to a child tends to separate this child from the family unit. Payment of children's allowances to the head of the family increases the children's dependence. Generally we find that the laws referring to social security establish completely new structures and standards of behaviour for the life of the individual, and the groups and the society to which he or she belongs.

II. Traditional Solidarity

The structures and processes of traditional solidarity are essentially different in every respect.¹ Let us take the extreme case. In the archaic family, in the archaic village, in the archaic clan, in the archaic farm community, and indeed, in almost every pre-industrial urban household, the three areas of work and income, coverage of needs, and support largely coincide. The roles of the wage earner, the mother raising the children, and the recipient of support are not separated from one another as they are in the urban industrial society. Similarly the different phases of life are not clearly defined. Children of a young age and old people also join in the work; thus everyone contributes to the support of all.

The extent to which a community provides itself with the goods it needs or obtains them through exchange with other communities, depends on various circumstances: the form and size of the communities, the state of the economic system, and the degree of development of trade relations, especially the degree to which the barter economy has given way to a money economy. The development of civilisation also plays a considerable role. The more differentiated the needs are, the larger must be the units that cover these needs. This gives ties to questions about the internal structure of such units. This is not the place to analyse all these possibilities: the large unit in which a uniform authority assigns everyone as directly as possible a place; the stratified society which solves the problems by more or less strong contrasts of rule and subordination; or the complementary system in which the larger unit (the village or clan) does what the smaller unit (the family or domestic community) cannot afford. But in every case units of the size of present-day states mean relatively little for the daily social life of archaic societies.

The fact that, in archaic societies, the areas of work and income, of the satisfaction of needs, and of support largely coincide does not automatically imply that all needs are satisfied, that everybody has the same kind of needs, or that by working everybody makes the same contribution to the satisfaction of his and other's needs. The capacity of the unit sets an absolute limit which is generally not supplemented by any instance of what we would nowadays call national or international redistribution. Relative, internal differentiation results from power relations which, as history shows, can lead to extreme disproportions in the division of labour, in the satisfaction of needs and, last but not least, in the extent to which work may result in the satisfaction of needs. Archaic units are thus not necessarily egalitarian units. Moreover, by their very nature, archaic units by no means ensure that everyone finds a possibility of existence in them, and especially the possibility of an existence which we would today describe as being "worthy of a human being". Therefore, the archaic society is distinguished not so much by the same coverage

¹ On the concept of solidarity see *Kaufmann* 1984. On the subject-matter of this section generally see e.g. *Partsch* 1983

of essential needs of the individual as by the fact that the ability to take up a normal, full working role does not entail the ability to earn what is necessary for oneself and one's family. Work is determined by social position and the satisfaction of needs is determined by social position.

The strict correlation between work, income, satisfaction of needs and support on the one hand and incapacity for work, absence of income, inability to satisfy needs and inability to provide support on the other, so characteristic of the industrial age until social security eased the situation, is unknown in archaic societies. Today we know that the rule of reciprocity or mutuality prevails in archaic societies. However, it does not generally operate over short periods of time, namely the working hour, working day, working week of working month, but rather is effective over phases of life. Anyone who does not work will in the long run be subjected to sanctions, which may take the form of a reduction in the satisfaction of his needs or in other social disadvantages, or punishments. However anyone, such as a handicapped person, who always has greater needs than he himself can cover by working, will have his needs satisfied. The child has in his favour the expectation that he will be able to work later on, while the old person has the benefit of having worked all his life.

In the terminology used above to analyse modern social security we can say that archaic solidarity knows only "internalising" solutions for social problems. The distinction between the "internalising" and "externalising" solutions does not occur a priori. We can, indeed, go further and say that social problems as such do not become apparent in archaic societies. This is because the standards of work, of coverage of needs and of support are at the same time the social standards by which social deficits would have to be identified.

The social entities in which this takes place develop over a considerable time. Their rules are not positively made and laid down as are the rules of modern legislation. They are experienced by the society and its members. They may change with time, but there is no authority competent to change these arrangements. Law and moral principles are still largely one unit, and these rules are frequently also of a religious nature or determined by religious motives. Moral principles and religion, however, can change only by a process of development and not through instructions.

III. Transitions and Encounters

1. The Transformation of Social Conditions

As development occurs, however, the three areas of work and income, the satisfaction of needs, and support become ever more clearly separate. People work and earn in the town, in industry or in the service sector. Needs are determined and covered partly in the town, partly still in the village, partly by the public administration (e.g. as to schooling and medical care). The unit of support, the family, may

remain intact, but it may also be temporarily split if, for example, most of the family remains in the village while one or more members move to the town to work.

As the areas of work and income, of the coverage of needs and of support separate, social deficits occur, such as were discussed at the outset in the context of modern social security. Thus, the units in which traditional solidarity was effective – the family, the village, etc. – are faced with a new and difficult challenge. While their control over the work and needs of their members decreases, they remain inescapably responsible for the satisfaction of the needs. They need to balance the work that individual members do outside, and the income thereby obtained by those individual members, together with the work that other members contribute within the system of the unit, against the needs, as they determine them, which require satisfaction inside and outside the unit. They also have to coordinate the demands for the new goods which development seems to make attainable with the access to the means to satisfy these new needs. The quicker the process of change and the incorporation of a society into this development, the greater is the social friction. During this process there are shifts in the structure of the society. Thus the importance of the village may decline and that of the family increase. This may solve problems, but it usually causes new ones, too.

The problems can also be seen from the aspect of the rules. The old, traditional, known rules answered the question of how work and the satisfaction of needs were to be allocated within the same unit. They do not answer the question of the allocation of earnings from work elsewhere and the satisfaction of the ever-increasing needs within the unit. If conditions change slowly, the old standards can be adjusted unobtrusively. However, conditions usually change so quickly that the answers given by the old rules no longer suffice, and there is little effort or it is just not possible to find answers to the new challenges in the spirit of the old rules. An important feature of the old standards is that they evolved, and were not made and laid down by a positive act. Thus, new answers to the new challenges would also need social consensus, and, indeed, one might even say new moral principles, to establish themselves.

Whether and to what extent new, efficient solutions come into being, depends on a number of circumstances, such as the nature of the developmental process, the relationship between town and country, the level of homogeneity or heterogeneity of the society, the power relations in the society, its creative power, and the external influences to which it is exposed. In addition, the religious background often plays a considerable role. The old standards usually concurred with the religion. What does the religion demand under the conditions of the new situation? Competition is liable to arise between the secular tendencies of the society and the religious forces, between politics and the representatives of the religion. The problem of religious fundamentalism affects the issue. Competition may also arise between various religions.

In real terms, the problems are expressed in the struggle of the old units to incorporate the new possibilities. Examples are the participation of the rural family

in the wage of the member who earns in the town; the participation of the rural family in the new possibilities of satisfying needs which open up in the town; the participation of the rural family in the social benefits the town-dwelling member receives, but also the opportunity of the same member who has worked and earned in the town without breaking the link with the rural family to return to it when the town no longer offers him a possibility of subsistence.

However, the possibilities of solving the problems by forming new rules in the spirit of the old standards remain limited. Ultimately, the intervention of state-made law becomes inevitable (*Zacher 1984; Cranston 1985*). However, conversely this intervention is one of the reasons why the adjustment of social standards to the new situation no longer occurs autonomously. This applies particularly if the state pursues modernisation objectives through legislation, or tries to change social values. (See e.g. *Schaeffer 1983; Bryde and Kübler 1986*). Thus, for example, the state intervenes in some African countries to improve the position of women (UNECA 1982). But whatever the reasons may be, once this intervention of state-made legislation occurs, the legislative rules come into competition with the social rules. The result can be harmony or conflict, reciprocal complement or reciprocal paralysis. In any case the development produces an increasing concentration on the responsibility of state-made legislation, of the state courts and authorities. Even when the state endeavours to preserve the old contents of traditional solidarity – or at any rate rather than abolishing them tries to develop them – the technique of regulation is nevertheless increasingly modern.

2. The Difficulties of Modern Social Security

Modern social security also is faced with difficulties during the state of development.² It is confronted with various forms of social life which it is not adapted to service. Modern social security takes as its preconditions such factors as the compactness of the nuclear family, the clear division of roles in the small family, and the full-time work of the wage earner. However, in social orderings which follow upon the dissolution or change of traditional solidarity, the most varied arrangements are found.

The transition in a country from archaic social conditions and traditional solidarity to a modern, industrial, urban society with the basic starting points for the methods of modern social security, is always linked with often widely differing technological, economic and social conditions in that country. However, modern social security requires a certain minimum set of living conditions. Let us take a closer look at the character of modern social security.

– First, social security fundamentally aims to maintain social normality. All social security measures, whether for sickness, maternity, invalidity, old age,

² On the following see e.g. *Fuchs 1983, 1985; Zöllner 1983*.

accidents at work, occupational diseases, unemployment, death of the wage earner, or large numbers of children, are nothing else than attempts to prevent or at least reduce the drop into subnormality. This drop threatens if, as a result of any such occurrence, a person's income fails to materialise, the need for medical treatment or such like constitutes an unbearably high burden, support to dependants ceases, or there is too large a discrepancy between the income of the wage earner and the needs of dependants in a family with a large number of children.

– Secondly, poor relief (social assistance) is oriented towards those living in a state of subnormality. It provides a minimum of help in order to prevent subnormality from degenerating into the utter misery of starvation, hypothermia, etc. However, poor relief can operate thus as an element in modern social security only as long as such subnormality is exceptional.

– Thirdly, in fully developed welfare states some benefits aim to secure equal access to normality or to improve the position of the individual within the range of normality. These are in particular the provision of or assistance with training, and the opportunity to acquire educational and professional qualifications. However, these also require that the enjoyment of these facilities should be available to the majority of people, that is, should be a characteristic of the social normality towards which the benefit programmes are oriented.

Thus, there needs to be a broad range of normality on the basis of which the social deficits can be identified and to which definitions of need, capacity to make provision, the appropriate level of benefits, etc. can be related.

This premise causes difficulties for systems of social security even in developed countries if living conditions – such as in the USA – are extremely divergent. These problems are, however, even more serious in countries where the scale of socio-economic conditions ranges from the rural subsistence economy of modest, archaic communities to the living conditions of an urban society which are affluent by any international standards. The range of variation is wide not only in terms of the division of labour and the differentiation of work and income. It also concerns the levels of needs and the possibilities of satisfying them. Indeed, it concerns the entire mode of life and standard of living.

Thus, there is not a single “normality” but many “normalities” of working relationships, support units, needs, and possibilities of satisfying needs, and in particular of incomes. This variety can be so extensive and significant that no system of modern social security can satisfactorily accommodate it. It is also impossible to meet this variety by providing a corresponding variety of systems of modern social security. There are two main reasons. First, the various social relationships are not differentiated enough. Family ties as well as spatial and social mobility incessantly intermingle the most different “normalities”. The “normalities” are not compartmentalised in such a way as to permit the setting up of separate systems of social security for each one of them. Secondly, these social conditions which are similar to the archaic community where work and the satisfaction of needs are concerned are opposed to the specific techniques of modern social security in direct proportion to their similarity to that archaic community.

There is a further difficulty. Modern social security requires a minimum level of economic development, if not of prosperity. Therefore, economic conditions often make the use of techniques of modern social security difficult even when, according to the social circumstances, they might be possible, such as in the urban, industrial sector.

IV. Solutions

Experience shows that methods of modern social security in developing countries can, generally, reach and protect only a relatively small proportion of the population, and this hardly the poorest. Indeed, modern social security in, for example, Latin America, is often a privilege of the middle classes, whose political position enables them to push through systems of social security for themselves and whose economic situation enables them to contribute to the financing of the provisions set up for them. (See the classic *Mesa-Lago* 1978). Modern techniques of social security should therefore be seen as only one element in a comprehensive strategy of social security adapted to the particular conditions of developing countries. This strategy must be "social security pluralism". We already know this phenomenon from the industrialised countries. In the encounter and transition between archaic solidarity and modern social security it gains a quite new dimension (see e.g. *Bossert* 1985). While the social security pluralism of the industrial nations exists within a single normality, it is important here to take account of the different types of normality.

The construction of social security pluralism needs to refer to an Archimedean point to avoid confusion among the variety of "normalities". This may be found by considering the different bases of the various relationships. There are the individual, the family, the clan, etc. This means that internalising solutions should be used as far as possible, before externalising solutions. Internalising solutions specifically relate to the normality in which the individual and his closest relatives live. Externalising solutions, in contrast, tend as a result of their generality to miss the normality which determines the life of the individual.

What does this strategy of social security pluralism through internalisation mean in concrete terms? First of all, it means that the elementary unit of social solidarity in which people work and meet their needs, such as families, village and clan communities, have to be strengthened and stabilised. Their ability to subsist must be promoted. Depending on the circumstances, expedient measures can be, for example, land reform, agricultural instruction, provision of seed after poor harvests, or replacement of livestock in cases of epizootic disease. In parallel, the open and differentiated interplay of roles according to which work is divided, and according to which needs are satisfied, should not rashly be destroyed through standardising regulation, such as is associated with modern social security.

The preservation and promotion of the ability to subsist do not suffice. It is also necessary to help these communities to find and realise their rules in the changing

conditions, in particular by enabling their members to take initiatives in seeking work and income outside their own economic unit, but also in gaining access to new material and cultural possibilities of consumption, education, medical care, etc. At the same time, however, they also have to master changes in social values, such as the development of claims to equality of women, or to the emancipation of the individual. Social entities are by now not really able to decide on new rules. But this should necessarily materialise. Cooperative structures especially could often be a solution. But state laws and courts also are still faced with the task of finding or helping to find new rules which will tend to preserve the substance of the old units. They have the task of making effective these new rules against those who try to withdraw from the old units by exploiting the mobility now given to the individual. Customary courts often witness these problems and are at the same time an important instrument for solving them. In African countries in particular they are often used to clarify the position of women, children, the disabled and the aged in a changing community (e.g. *Doumbé-Moulongo* 1972; *Mignot* 1982; *Meyer* 1986).

On the other hand, wherever modern working life – and so also the separation of work from the coverage of needs – has developed, it is necessary to establish the protection of modern social security. Social deficits as a result of sickness, invalidity or old age have their special form and scope in the modern working world. Even if the background of a family or village subsistence community still exists, the risks of these social deficits can and should no longer be borne by it (*Fuchs* 1983; *Zöllner* 1983).

In these circumstances externalising solutions are both possible and necessary. However, experience shows that internalising solutions of an appropriate type are of special significance. The normality for a wage- or salary-earning employee is determined primarily by his employment. The special security systems established for the civil service, the armed forces and similar institutions, have always shown this. However, even private firms' security systems for pensions in old age, continued payment of remuneration during sickness, and medical care by the firm or at the firm's expense are far more widespread in developing countries than in industrial nations (*Nkanagu* 1985). And even if externalising solutions are employed, the advantage of income-related social insurance, financed by contributions, and related to the specific normality of each person insured, is obvious.

Certain needs cannot be satisfied for large sections of the population unless particular, planned provision is made. School education and medical care are notable examples. In order to bring these services by appropriate degrees within the "normality" of the individual, and to coordinate them with the "normality" of his family, administrative organisation and presentation are generally required. This applies in particular to the need to differentiate services in terms of their adaptability to the various living conditions to which they are to be applied – a process which can best be carried out through a centrally planned but structured organisation. The "concentric" arrangement of health services with hospitals in the centres and health stations with simply trained staff on the periphery is an

example. Here again the solution is "internalising", not now in the working world, nor in the subsistence unit, but in the administrative organisation. Social inequality in access to school education and medical care can be overcome, if at all, only if the state makes these services available.

These considerations suggest a picture of polarity between the rural subsistence economy and the urban economy with its division of labour in which administrative services (such as the education and medical systems) link the two poles. This picture is both right and wrong. It is right for elementary orientation. And it is wrong in that it conceals the locations of various living conditions between the two poles and the extent of population drift between them. This is exactly where the challenge of social security pluralism lies. Overcoming this difficulty is largely the function of informal social processes (*Bossert* 1985, and references therein). For example, the social security which an invalid or old person obtains at the end of his working life in the town frequently does not suffice to live there. Consequently he returns to the rural subsistence economy from which he originally came when he was seeking work in the town, and where the monetary benefit of his social security may be worth more. A whole range of informal processes keeps this possibility open for the future. Transfers and communications pass in both directions throughout the working life. The results seem to be accidental in the individual case. The entire process, however, can turn out to be an expedient balance between the performance capacity and the insufficiency of the modern social security on the one side and of the rural subsistence community on the other. Whether state regulation could achieve more in this case than social rules and the parties' responses to their own interests, can be doubted.

There have, however, been noteworthy attempts to facilitate the link between the formal and informal systems of traditional solidarity. Mention should be made here of the provident funds which play an important role in providing security for old age in numerous developing countries (*Fuchs* 1985; 27 et sq.). These are compulsory savings institutions. The social security they offer consists of the repayment to the individual of the amount saved at retirement age, or sometimes in the event of invalidity. They combine a minimum of externalising with a maximum of internalising. They provide the person leaving working life with a chance of buying his way back into his subsistence community with this capital or of otherwise securing a minimum standard of provision (as, for example, through the purchase of housing, or animals, or through the acquisition of a modest income from a craft or trade). This should not obscure the facts that provident funds are a cheap solution for policy purposes and are easily misused. Nevertheless, they allow a certain flexibility in the boundary between working life and subsistence, and thereby point out the natural aspect of the phenomenon.

In quite another way administrative systems of medical care frequently make use of special features of traditional solidarity. For example, Tanzania has an administratively organised health service. However, it does not assume the costs of transportation of patients from the village to the health station (*Bossert*, 1985; 174). That is the responsibility of the village community. The latter seems to be the

right body to judge the necessity of reimbursing the transportation costs. A fascinating example of a linking of administrative health care to traditional solidarity can be found in Mexico. Here social security is assured for the case of sickness as a matter of principle through a scheme of sickness insurance, the service being thus financed by contributions. But monetary contributions are not possible in the subsistence economy sector. Here for the payment of contributions is substituted the performance of services with which the local health station is provided. The local community allocates the duties of performing these services (*Prieto 1969*). While it is impossible to evaluate here the effects of this system, it may be seen that it is a remarkable attempt to link traditional solidarity with modern social security. However, this strategy does not meet the problem of people for whom social security can be provided neither by a subsistence community nor by their working life. Examples are the urban unemployed, destitute invalids, homeless children, and slumdweller. It is obvious that their problems can be solved by society only if they are incorporated into a work process, a subsistence economy, or a combination of both (e.g. National Center Cairo 1982). It is for this reason that the notion of social security for the case of unemployment causes misgivings which go far beyond the problems of financing. Indeed, social security against unemployment has remained especially unacceptable to the developing countries. However, something has to be done about the want in which people in the present category live. Provided the economic and administrative strength of the community suffices, the appropriate technique of social security is that which in industrial nations is designed to help people in subnormal conditions, namely, poor relief (social assistance). However, it is a fact that in many countries this is not "subnormal", but is the "normal" condition of want. This demands independent solutions. Organised (administrative or voluntary) services are somewhat more likely than monetary benefits to help the "subnormal normality" of these people without threatening the other "normalities" of the working life, the subsistence economy, etc.

V. Final Remarks

As is so often the case in other respects, developing countries have a special burden to bear in the field of social security. Merely taking over the techniques of modern social security has proven a failure. Although they are useful, indeed indispensable, for a part of the society, this is largely the better off part. Moreover, these techniques are such that the advantages of this form of social security are generally greater, the better the recipients' social positions already is. A more comprehensive social policy, however, is faced with the difficulty of the variety of conditions. This hardly permits completely satisfactory harmony. Nevertheless, there is no alternative to perseverance in the search for means to achieve in each society as much correspondence as possible of the methods of social security with the various normalities of the society.

The industrial nations cannot offer a model that can simply be adopted by the developing countries. But I suggest that in the notion of the complementary nature of externalising and internalising solutions we may find a basis for discussion in which industrial and developing countries may combine their experiences most beneficially.

References

Bossert, Albrecht, Traditionelle und moderne Formen sozialer Sicherung in Tansania. Eine Untersuchung über Entwicklungsbedingungen, Berlin 1985.

Bryde, Brun-Otto and Friedrich Kübler (eds.), Die Rolle des Rechts im Entwicklungsprozeß, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, No. 134, Frankfurt/Main 1986.

Cranston, Ross, Legal Foundations of the Welfare State. London 1985.

Doumbé-Mouloungou, Maurice, Les coutumes et le droit au Cameroun, Yaoundé 1972.

Fuchs, Maximilian, Der Stand der Forschung auf dem Gebiet des Sozialrechts in den Entwicklungsländern, Vierteljahresschrift für Sozialrecht 11, 1983, 5-19.

Fuchs, Maximilian, Soziale Sicherheit in der Dritten Welt. Zugleich eine Fallstudie Kenia, Baden-Baden 1985.

Jahrbuch für Ostrecht, 1979, Vol. 20: *Faude*, Strukturelemente sozialistischen Sozialrechts am Beispiel des Altersrentenrechts in der DDR und der UdSSR, 105-144; *Florek*, Das polnische Sozialversicherungssystem, 145-166.

Kaufmann, Franz-Xaver, Solidarität als Steuerungsform – Erklärungsansätze bei Adam Smith, in: Franz-Xaver Kaufmann and Hans-Günther Krüsselberg (eds.), Markt, Staat und Solidarität bei Adam Smith, Frankfurt/Main and New York, 1984, 158.

Köhler, Peter A., Entstehung von Sozialversicherung. Ein Zwischenbericht, in: Hans F. Zacher (ed.), Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung, Berlin 1979.

Köhler, Peter A., and *Hans F. Zacher*, Sozialversicherung: Pfade der Entwicklung, in: Peter A. Köhler and Hans F. Zacher (eds.), Ein Jahrhundert Sozialversicherung, Berlin 1981.

Manz Günter and Gunnar Winkler, Sozialpolitik, Berlin DDR 1985.

Mesa-Lago, Carlo, Social Security in Latin America. Pressure Groups, Stratification and Inequality, Pittsburgh 1978.

Meyer, M.P., La structure dualiste du droit au Burkina: problèmes et perspectives, Recueil Penant 1986, 77-89.

Mignot, Alain, La justice traditionnelle, une justice parallèle, l'exemple du Sud-Togo, Recueil Penant 1982, 5-30.

National Center for Social and Criminological Research, Development Potential and Low Levels of Living. A Pilot Study. (Manuscript – typescript circulated, 1985), Cairo 1982.

Nkanagu, Tharcisse, Die afrikanische Erfahrung in Krankenversicherung und Gesundheitsschutz im Rahmen der sozialen Sicherheit, Internationale Revue für Soziale Sicherheit XXXVIII, 1985, 131-154.

Partsch, Manfred, Prinzipien und Formen sozialer Sicherung in nicht-industriellen Gesellschaften, Berlin 1983.

Prieto, Ignacio Morones, Betrachtungen über den Umfang der sozialen Sicherheit in Mexiko, *Internationale Revue für Soziale Sicherheit* XXII, 1969, 220-233.

Schaeffer, Eugène, Die Entwicklung des afrikanischen Rechts zwischen Tradition und Entfremdung, *Jahrbuch für Afrikanisches Recht* 2, 1983, 107.

UNECA (United Nations Economic Commission for Africa), Répertoire des mécanismes nationaux, sous-régionaux et régionaux pour l'intégration de la femme au développement en Afrique, 1982.

Zacher, Hans F., Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, in: *Im Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Georg Wannagat zum 65. Geburtstag*, Köln 1981, 715. (abgedruckt in diesem Band, S. 166 ff.).

Zacher, Hans F., Zur Anatomie des Sozialrechts, *Die Sozialgerichtsbarkeit* 29, 1982, 329-337.

Zacher, Hans F., Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts, in: *Friedrich Kübler (ed.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden 1984, 11.

Zöllner, Detlev, Sozialversicherung in den Ländern der Dritten Welt, *Vierteljahresschrift für Sozialrecht* 11, 1983, 21-31.

IV. Einzelfragen

Die Frage nach der Entwicklung eines sozialen Entschädigungsrechts

Die sozialrechtliche Arbeitsgemeinschaft des 49. Deutschen Juristentages¹ wird sich mit dem Thema befassen: "Empfiehl es sich, die soziale Sicherung für den Fall von Personenschäden, für welche die Allgemeinheit eine gesteigerte Verantwortung trägt, neu zu regeln?" Das Gutachten hierzu von Professor Dr. *Wolfgang Rüfner* (Kiel) liegt bereits vor². Das mündliche Referat wird Bundesrichter Dr. *Hermann Heussner* (Bundessozialgericht) halten. Die folgenden Zeilen sollen das Thema erschließen. Lösungen vorwegnehmen können und sollen sie nicht.

I. Bezugsfelder

1. Sozialversicherung, Versorgung, Fürsorge und ihr sozialrechtliches "Umland"

Um die Problematik sichtbar zu machen, sei zunächst vereinfachend davon ausgegangen, daß *soziale Sicherung* – primär verstanden als Abwehr von Einbrüchen der sozialen Biographie des Menschen – auf zweierlei Weise möglich ist: als *Sozialversicherung* – d.h. als kollektive Vorsorge sozial gleichartig Bedrohter gegen bestimmte Risiken – oder als *Fürsorge* – d.h. als Hilfe der Allgemeinheit zur Erhaltung einer menschenwürdigen sozialen Existenz für jedermann nach Maßgabe seiner Bedürfnisse und seiner Unfähigkeit, sich selbst zu helfen –. Diese beiden Grundformen sozialer Sicherung werden auf vielfältige Weise ergänzt:

– auf sozial spezifische Weise durch Regelungen, die soziale Einbrüche durch Ausgleich und Schutz unmittelbar zwischen Privaten zu vermeiden oder zu mildern suchen (*soziale Protektion*: z.B. im Arbeitsrecht und im Mietrecht);

– auf zunächst sozial unspezifische – die Kausalität sozialer Bedürftigkeit gleichsam "überholende" – Weise durch die *Wiedergutmachung (oder jedenfalls den angemessenen Ausgleich) von Schäden*, die jemand erlitten hat, sei es im Rahmen

1 Vorsitzender: der Verfasser; stellvertretender Vorsitzender: Rechtsanwalt *Hermann Franke* (Köln); Schriftführer: Gerichtsassessor Dr. *Dietmar Lutz* (Hamburg).

2 Gutachten E zum 49. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages Düsseldorf 1972, Bd. I (Gutachten) Teil ", 1972 [im folgenden zitiert mit: *Rüfner*]. Auf die Ausführungen dieses Gutachtens und seine weiteren Hinweise sei schon vorweg und generell zur Ergänzung dieses Beitrages und seiner notwendigerweise nur beschränkten Hinweise auf Rechtsprechung und Schrifttum verwiesen.

privater Delikts- und Gefährdungshaftung, sei es im Rahmen öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsrechts (insbesondere im Rahmen der Amtshaftung und der Aufopferung);

– auf potentiell sozial spezifische Weise durch *individuelle Sicherung* im Rahmen der Eigentumsbildung, öffentlich gefördert als *Vermögensbildung* und kollektiv betrieben durch *Privatversicherung*;

– auf sozial spezifische Weise durch Maßnahmen und Einrichtungen *betrieblicher* und ähnlicher *Vorsorge*, insbesondere für den Fall des Alters;

– und – in einer ganz anderen Dimension, teils im Rahmen gegebener Systeme sozialer Sicherung, teils in anderen sozial-, wirtschafts- und bildungspolitischen Zusammenhängen, nicht selten auch in selbständigen Systemen – durch *Entfaltungshilfen*, die vorwiegend sozial spezifisch als Maßnahmen individueller (schulischer und beruflicher: Ausbildungsförderung, Arbeitsförderung), insbesondere auch gesundheitlicher (Rehabilitation, gesundheitliche Eingliederungshilfen) und wirtschaftlicher (Subventionen) Förderung, aber auch durch regionale und sektorale Wirtschaftsförderung den einzelnen aus sozialen Tieflagen heraus- oder an ihnen vorbeiführen sollen³.

Doch scheinen alle diese (Implikationen und) Ergänzungen sozialer Sicherung nicht auszureichen. Das deutsche Sozialrecht hat vielmehr Sozialversicherung und Fürsorge durch eine dritte Gattung ergänzt: die *Versorgung*⁴. Dieses Institut teilt mit Sozialversicherung und Fürsorge die evidenten Unterschiede, die zwischen Einrichtungen öffentlich-rechtlicher sozialer Sicherung einerseits und Maßnahmen sozialer Protektion, Möglichkeiten der individuellen Sicherung und Vermögensbildung, der Privatversicherung, der betrieblichen Alterssicherung u. dgl. andererseits bestehen. Versorgung gerät auch mit Sozialversicherung und Fürsorge – wengleich insofern durch ihre speziellen Funktionen und Konzeptionen beengt – immer mehr in das Spannungsverhältnis zwischen “negativer”, auf soziale Einbrüche reagierender sozialer Sicherung und “positiver” Entfaltungshilfe. Sie unterscheidet sich von der Sozialversicherung aber dadurch, daß sie keine Einrichtung kollektiver Vorsorge ist. Ihre Leistungen sichern also nicht prinzipiell nur diejenigen, die auch aktiv “beitragen”. Ihr entspricht keine der engeren Umverteilungsgemeinschaften, wie sie in den Sozialversicherungsträgern institutionalisiert sind. Sie wird aus allgemeinen Haushaltsmitteln gespeist. Und sie ist auch nicht

3 S. zur m.E. zunehmend bedeutsamen Polarität zwischen “negativer”, primär gegen soziale Einbrüche gewendeter sozialer Sicherung und “positiven” Entfaltungshilfen in aktuellem rechtspolitischen Zusammenhang Zacher, Das Vorhaben eines Sozialgesetzbuches, Der Kompaß 81. Jg. (1971) S. 29 ff. (insbesondere S. 31, 35 f.); dens., Das Vorhaben einer Kodifikation des Sozialrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 15. Jg. (1971) S. 209 ff., 215 f., 221, 223.

4 Zur Trias *Sozialversicherung, Fürsorge, Versorgung* s. statt aller anderen: Walter Bogs, Grundfragen des Rechts der sozialen Sicherheit und seiner Reform, 1955, S. 15 ff., dens. in: “Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland – Sozialenquete” o.J. (1966); Weisser, Art. “Soziale Sicherheit” in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9 (1956) S. 408 ff.; Schäfer, Die Rolle der Fürsorge im System sozialer Sicherung, 1966.

auf Risiken beschränkt, gegen die kollektive Vorsorge – kraft des versicherungstechnischen Kerns der Sozialversicherung als Vorsorge gegen zufällige und schätzbare Bedarfe – möglich, sinnvoll und zumutbar ist⁵. Sie ergänzt vielmehr das Gesamtsystem sozialer Sicherung gerade in Richtung auf die gesteigerte soziale Deckung nicht “versicherbarer” Risiken. Versorgung deutet sich damit als klassische Reaktion auf politische Katastrophen (Kriegs- und Regimefolgen) an. Von der Fürsorge unterscheidet sich Versorgung durch ihre Abneigung gegen gewisse negative Akzente, die jener Grundsicherung menschenwürdiger Existenz anhaften: laufende Orientierung an Bedürftigkeit, Standardisierung der Einkommensersatzleistungen in der Ebene des konventionellen Existenzminimums usw. Anders gewendet: Versorgung teilt mit der Sozialversicherung die Tendenz zur Typisierung der Leistungen nach Grund und Höhe und die Offenheit für die Sicherung des (individuell erreichten oder doch wahrscheinlich erreichbaren) Lebensstandards über dem konventionellen (oder gar absoluten) Existenzminimum, mit der Fürsorge dagegen die Aufbringung der Mittel aus den allgemeinen (Staats- und gebietskörperschaftlichen) Haushalten. Daraus erhellt aber, daß sie beiden Grundformen sozialer Sicherung gegenüber zusätzlicher Rechtfertigung bedarf. Und bei der Frage nach dieser Rechtfertigung zeigt sich, daß unter “Versorgung” ein Bündel recht heterogener Erscheinungen zusammengefaßt ist.

2. Versorgung im System von Vorsorge, Entschädigung und Ausgleich

Zunächst einmal wird unter “Versorgung” die soziale Sicherung der Beamten durch ihren Dienstherrn im Rahmen der *Beamtenversorgung* verstanden. Sie ist ein Analogon zur Sozialversicherung. Die Verwandtschaft besteht ebenso hinsichtlich der gedeckten Risiken wie hinsichtlich der üblichen Leistungen. Sie ist eine – freilich weder institutionell noch individuell gegenüber dem einzelnen potentiell Berechtigten als solche ausgewiesene – “Eigenversicherung” des Dienstherrn für den Beamten. Als “dienstrechtliche Versorgung” bildet sie zusammen mit der Sozialversicherung – in einer neuen, aus *Vorsorge*, *Entschädigung* und *Ausgleich* bestehenden Trias der Elemente sozialer Sicherung⁶ – den Komplex der *Vorsorge*-

5 Zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen Sozialversicherung und Privatversicherung s. grundlegend Möller, Die Abgrenzung zwischen Sozial- und Privatversicherung, in: “Gegenwartsfragen sozialer Versicherung”, hrsg. von Walter Bogs, 1950, S. 74 ff.; Krohn, Zur Rechtsnatur der Sozialversicherung, in: “Beiträge zur Versicherungswissenschaft”, Festgabe für Walter Rohrbeck, 1965, S. 175 ff.; Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, 1965, S. 2 ff., 9 ff., 25 ff.

6 S. zu dieser Systembildung Zacher, Diskussionsbeitrag zu “Rechtsformen der sozialen Sicherung und allgemeines Verwaltungsrecht”, VVDStRL, Heft 28 (1970) S. 233 ff. (237 f.); dens., Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, DÖV 23. Jg. (1970) S. 3 ff. [im folgenden zitiert als: *Umverteilung*] (S. 6 f., insbes. Anm. 41, und S. 11 f.) (abgedruckt in diesem Band, S. 279 ff. (S. 286 f. und S. 297 f.)); dens., Das System der sozialen Sicherheit in der Bundesrepublik Deutschland, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung, 14. Jg. (1970) S. 293 ff. (297). S. ferner seine in Anm. 3 zitierten Arbeiten.

systeme. Ihr dienstrechtlicher Verbund hat freilich die Zugehörigkeit der Beamtenversorgung zur sozialen Sicherung nicht selten verdeckt⁷.

Sodann wird darunter die *Kriegsopferversorgung* verstanden, in erster Linie das Recht der Entschädigung für Kriegspersonenschäden (s. das Bundesversorgungsgesetz⁸), im weiteren Sinne auch das Recht der Kriegsvermögensschäden (Kernregelung: Lastenausgleichsgesetz) und endlich das Recht der *Entschädigung und Hilfe für politisch Verfolgte* (Kernregelung: Bundesentschädigungsgesetz). Hier nun wird die Öffnung des Versorgungsrechts zum (öffentlichen) Recht des Schadensersatzes und der Entschädigung hin deutlich, zu dem es denn auch in einem schwierigen, reich differenzierten – oder doch differenziert bewerteten – Verhältnis steht. So wird etwa die Kriegsopferversorgung teils als verfassungsrechtlich notwendige Aufopferungsentschädigung betrachtet, teils als reine Sozialleistung, teils aber als eine Sozialleistung, die jedenfalls den schwierigen Streit über ihre verfassungsrechtliche Notwendigkeit erübrigt⁹. Dagegen wird etwa das Recht der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts häufig als “reine” Schadensersatz- oder Entschädigungsregelung vom Sozialrecht ferngehalten. Kein Extrem jedoch kann das Problem erschöpfen. Vielmehr beruht Versorgungsrecht als *soziales Entschädigungsrecht* auf einem differenzierten Spektrum von Zwecken: der Sozialpolitik, der individuellen Gerechtigkeit, der Rechtsstaatlichkeit, der Sozialstaatlichkeit und der demokratischen Selbstachtung und -verwirklichung der Nation, ja selbst der Außenpolitik.

Schließlich aber werden einzelne Zweige sozialer Sicherung oft nur deshalb als Versorgung bezeichnet, weil sie einerseits nicht der Sozialversicherung zugeordnet werden können (d.h. keine Maßnahmen kollektiver Vorsorge für bestimmte Risiken sind), andererseits aber auch nicht in die Kodifikation der Fürsorge, das Bundessozialhilfegesetz, aufgenommen sind und auch die Standards der Fürsorge in Richtung auf typisierte Befriedigung gewisser Bedürfnisse (auch nicht generell bedürftiger Personen) verlassen. Wichtigste Beispiele sind das Wohngeld, das (allgemeine) Kindergeld, die Ausbildungsförderung und auch gewisse Bereiche der Arbeitslosenhilfe und der Arbeitsförderung. Sie bilden zusammen mit der Sozialhilfe den Komplex der *Ausgleichssysteme*, denen sowohl die dienstrechtliche Rechtfertigung der Beamtenversorgung als auch die (verfassungsrechtlich

7 In der gegenwärtigen beamtenrechtlichen Reformdiskussion freilich wird gerne das Kind mit dem Bade ausgeschüttet, indem man beamtenrechtliche Versorgung und Sozialversicherung für Beamte weitgehend als vertauschbar ansieht. Dabei wird gerade das an der “Eigenversicherung” i.S. der herkömmlichen Beamtenversorgung Wesentliche vernachlässigt: die Geschlossenheit des Systems des Dienstrechts mit dem Recht sozialer Sicherung; die Maximierung der Homogenität der Ordnung beider Systeme; die Einheitlichkeit ihres Vollzugs und des Rechtsschutzsystems usw.

8 *Gesetze* werden hier und im folgenden grundsätzlich ohne besondere Datums- und Fundstellenhinweise zitiert. Wegen einzelner Angaben sei verwiesen auf *Luber*, Deutsche Sozialgesetze.

9 *S. Rübner*, S. 34 u.s. Nachw. Zuletzt dazu umfassend *Hirrlinger*, Entwicklung und Rechtsnatur der Kriegsopferansprüche – ein Beitrag zum Stand der Kriegsopferversorgung, in: *Maunz-Schraft*, Die Sozialordnung der Gegenwart, Bd. 10 (1971) S. 79 ff.

radizierte oder sonstwie motivierte) entschädigungsrechtliche causa fehlt, die vielmehr allein sozialpolitisch und – verfassungsrechtlich artikuliert – sozialstaatlich motiviert und determiniert sind.

3. Kausale oder finale Orientierung?

Versucht man noch einen anderen Durchblick durch die Problematik zu nehmen, so bietet sich die Alternative *kausal-final* an¹⁰. *Vorsorge* etwa (d.h. also Sozialversicherung und Beamtenversorgung) ist kausal und final determiniert. Final zunächst als Vorsorge gegenüber bestimmten Gefahren, deren Verwirklichung kausal die Leistungen auslöst, die freilich wieder final auf die Überwindung der sozialen Störung bezogen sind. *Ausgleichssysteme* sind primär final determiniert: auf die Befriedigung gewisser Bedürfnisse hin. Freilich wird das Eintreten der sozialstaatlichen Gemeinschaft kausal durch gewisse Notlagen oder sonstwie sozial unangemessene Situationen bedingt. Aber sie sind in keinem zusätzlichen Sinne wertend-normativ qualifiziert: weder durch Orientierung kollektiver Vorsorge gerade auf sie, noch durch ein Einstehenmüssen der Rechtsgemeinschaft aus anderen als Gründen sozialer Gerechtigkeit. Gerade im letzteren Sinne aber sind Systeme der *sozialen Entschädigung* kausal determiniert. Sicher haben auch sie ihr finales Element: die Beseitigung der als unangemessen bewerteten Folgen des als unangemessen bewerteten, von der rechts- und sozialstaatlichen Gemeinschaft irgendwie zu vertretenden schädigenden Ereignisses. Aber das Spezifische der Entschädigungssysteme wird durch eben dieses Ereignis als causa konstituiert.

II. Entwicklungen

1. Möglichkeiten und Weichenstellungen

Damit ist die problematische Konstellation greifbar, die das Thema der Sozialrechtlichen Arbeitsgemeinschaft des 49. Deutschen Juristentages provoziert hat. Sie läßt sich skizzieren wie folgt. *Erstens* herrscht eine allgemeine Abneigung gegen die Fürsorge¹¹; wegen ihrer Konkretheit und ihrer Tendenz zum konventionellen Existenzminimum, wegen ihrer Herkunft von der Armenfürsorge; vom Apparat her, weil sich Sozialarbeit auf persönliche Hilfe konzentrieren will¹²; von

10 S. Molitor, Kausal- und Finalprinzip, in: *Boetticher, Sozialpolitik und Sozialreform*, 1967, S. 245 ff.; s. auch zahlreiche andere Beiträge dieses Sammelwerkes, insbes. S. 14, 40, 52, 163 f., 228, 235, 240 ff.; *Watermann*, Die Ordnungsfunktion von Kausalität und Finalität im Recht, 1968; *Fenge*, Kausal- und Finalprinzip im Recht der sozialen Sicherheit, *Bundesarbeitsblatt*, 1970, S. 652 ff.

11 S. Schäfer, a.a.O., S. 174 ff.: "Der Widerwille gegen die Fürsorge."

12 S. dazu vor allem Schäfer, a.a.O.; s. zum Problem auch *dens.*, Die sozialen Dienste im Rahmen einer Systematik der sozialen Hilfen, in: "Sozialpolitik und persönliche Existenz", Festgabe für Hans Achinger, 1969, S. 265 ff.

den sozialen Mächten her, weil sie der Herrschaft der zentralen sozialen Mandatare dieser Gesellschaft, der "Sozialpartner", entzogen ist¹³. *Zweitens* lassen sich spezifische Ausgleichssysteme außerhalb der Sozialhilfe schwer etablieren. *Drittens* treten immer wieder Notlagen und Personengruppen zutage, denen – nach allgemeinem Urteil nach eigener Forderung oder aus Gründen politischer Patronage – über den Rahmen der Sozialhilfe hinaus geholfen werden soll. *Viertens* sind die Möglichkeiten, diesen Forderungen im Rahmen der Sozialversicherung gerecht zu werden, wegen ihres Charakters kollektiver Fürsorge gegen versicherungstechnisch (wenigstens gerade noch) schützbarer Risiken begrenzt. *Fünftens* sind die Kriterien, aus denen heraus eine Notsituation als causa einer sozialen Entschädigung anerkannt wird, ungesichert. Daß die komplexe Systemeinheit "Versorgung" herkömmlich Vorsorge-, Entschädigungs- und Ausgleichssysteme umfaßt, verdeckt die Problematik der spezifischen kausalen Determination sozialer Entschädigung zusätzlich. Somit liegt es alles in allem nahe, jenen besonderen Situationen und Gruppen durch den Rekurs auf versorgungsrechtliche Modelle Rechnung zu tragen.

Das will nun nicht heißen, daß gerade *dieser* Weg allein oder vor allem beschritten würde. Vielmehr ist es die Pluralität der beschrittenen Wege, die nach einheitlich steuernden Maximen drängt: die Verfremdung der Sozialversicherung, die Anknüpfung an Versorgungssysteme, das Etablieren zusätzlicher Ausgleichssysteme, das "Zurückwerfen" der Problemlösung auf die allgemeine Fürsorge (Sozialhilfe), die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über Amtshaftung und Ausgleichung von Sonderopfern (Entschädigung) usw.

Die Last dieser Pluralität wird um so größer, als die Geschlossenheit des versorgungsrechtlichen Blocks der Kriegs- und Regimefolgen sich löst, während die Bedürfnisse der "Friedensgesellschaft" sich immer differenzierter geltend machen. Wie kann zwischen ihnen unterschieden werden? Ist es für sie noch notwendig, angemessen oder auch nur möglich, causae besonderer Entschädigungsleistungen anstelle oder in Ergänzung der allgemeinen Amtshaftungs- und Entschädigungsansprüche anzuerkennen? Man könnte auch sagen: das Thema betrifft die Umstellung des bisher massiv durch Kriegs- und Regimefolgen geprägten Versorgungsrechts auf die sozialen Bedürfnisse und Wertungen einer sich politisch kontinuierlich entwickelnden Friedensgesellschaft.

Nur am Rande kann hier auf eine gewisse Paradoxie der Entwicklung aufmerksam gemacht werden: auf den Gegensatz zwischen der permanenten Belebung des Kausalitätsprinzips zugunsten gewisser Fall- und somit Personengruppen und der egalitären Tendenz dieser Gesellschaft, der eine finale Konzeption sozialer Sicherung viel mehr zu entsprechen scheint. So heißt es etwa im Sozialbericht 1970 der Bundesregierung (Teil A Nr. 24 S. 15): "Sozialpolitische Maßnahmen sind zunehmend final und weniger kausal auszurichten, d.h. die sozialen Leistungen müssen sich weniger nach einer unterschiedlichen Verursachung als nach den sozialen

13 S. dazu *Zacher*, Sozialpolitik in der Diskussion, Die neue Ordnung 26. Jg. (1972) S. 81 ff.

Notwendigkeiten richten". Der Sozialbericht 1971 (Teil A Nr. 14 S. 14) – zieht offenbar die Lehren aus praktischen politischen Erfahrungen und – relativiert diese Ankündigung: "Damit hat sich die Bundesregierung nicht schlechthin gegen jede Berücksichtigung in der Vergangenheit liegender schadensverursachender bzw. anspruchsbegründender Tatsachen ausgesprochen. Sie ist der Meinung, daß im Recht der sozialen Sicherung bei gleichen gegenwärtigen Schadenstatbeständen historisch entstandene ursachenbedingte Unterscheidungen nicht für alle Leistungen auch künftig notwendig und berechtigt sein müssen." Konkret wird dies lediglich an der Vereinheitlichung der Rehabilitationsleistungen – die freilich gerade für den hier interessierenden Zusammenhang von großer Wichtigkeit ist¹⁴ – und an der Ausweitung des Schwerbeschädigtenrechts exemplifiziert¹⁵.

2. Fälle und Modelle

a) Im Rahmen der Sozialversicherung

Schwerpunkt entschädigungsrechtlicher Verfremdung der Sozialversicherung ist die *Unfallversicherung*¹⁶. Im Laufe der Zeit haben dort immer mehr Fälle von Schäden, für welche die Allgemeinheit sich irgendwie verantwortlich sieht, ihr "Unterkommen" gefunden¹⁷. Nach § 539 Abs. 1 RVO sind in diesem Sinne "versichert": die im Gesundheits- oder Veterinärwesen oder in der Wohlfahrtspflege (Nr. 7) oder die in einem Unternehmen zur Hilfe bei Unglücksfällen Tätigen (Nr. 8), die sog. Nothelfer (Nr. 9) sowie Blut- und Transplantatspender (Nr. 10), in weitestem Umfange die an Schulen, Bildungs- und sonstigen Erziehungsstätten Lernenden oder ehrenamtlich Lehrenden (Nr. 14), auf Grund von Arbeitsschutz- oder Unfallverhütungsvorschriften untersuchte oder behandelte Personen (Nr. 11), die im Luftschutzdienst Tätigen (Nr. 12), ehrenamtlich Tätige und Zeugen (Nr. 13), Entwicklungshelfer (Nr. 16) sowie die bei öffentlich geförderten Bauvorhaben in Selbsthilfe Tätigen (Nr. 15). Dazu kommen Personen, die unter Freiheitsentzug beschäftigt sind, insbesondere also Strafgefangene (§ 540 RVO). Die Liste dieser "unechten Unfallversicherung" befindet sich übrigens in permanenter Ausweitung. Hat erst das Jahr 1971 die Ausweitung auf Kindergartenkinder, Schüler und Studenten (§ 539 Abs. 1 Nr. 14 RVO) gebracht, so liegt dem Bundestag mittlerweile der Entwurf eines Gesetzes über die Hilfe für die Opfer von Straftaten vor, der diese ebenfalls dem Schutz der Unfallversicherung unterstellt wissen will¹⁸. Endlich steht der Vorschlag im Raum,

14 S. u. Anm. 65.

15 Sozialbericht 1971, Nr. 15 und 16, S. 14.

16 S. zur "unechten Unfallversicherung" *Rüfner*, S. 10 ff.

17 *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfall, 1969, S. 79 ff.

18 Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU, Deutscher Bundestag Drucksache VI/2420. S. dazu die differenzierende Stellungnahme des Bundesjustizministers *Jahn*, abgedruckt im Bulletin des Presse- und Informationsamts der Bundesregierung 1971, Nr. 138, S. 1489 ff.

alle Opfer des Straßenverkehrs dem Schutz der Unfallversicherung zu unterstellen¹⁹.

Kennzeichnend für die "unechte Unfallversicherung" ist dabei, daß sie gerade keine Sozialversicherung im Sinne kollektiver Vorsorge gleichartig Bedrohter gegenüber gewissen Risiken ist, daß sie deshalb nicht über die Berufsgenossenschaften realisiert und nicht aus Beiträgen der unmittelbar Bedrohten oder – wie es für die klassische Unfallversicherung typisch ist – ihrer Arbeitgeber gespeist wird. Vielmehr haben Bund, Länder, Bundesanstalt für Arbeit, Gemeinden und Gemeindeunfallversicherungsverbände einzutreten (§§ 653 ff. RVO), denen dafür zum Teil die Haftung für andere Ersatzansprüche abgenommen wird (§§ 636 f. RVO). Daß die vorgenannten Nichtbeschäftigten "unfallversichert" sind, bedeutet also nur, daß ihnen die Leistungen der Unfallversicherung zukommen, und zum Teil auch, daß ihnen nur noch diese Leistungen zukommen²⁰.

Angesichts des weiten Einzugsbereichs der gesetzlichen *Krankenversicherung* und ihres weitgehenden Eintretens für die Heilbehandlung anstelle der Unfallversicherung (§§ 565, 1501 ff. RVO) strahlt die "unechte Unfallversicherung" auch auf die Krankenversicherung aus. Im übrigen eignet sich die Krankenversicherung durch den vorübergehenden und bedarfsbezogenen Charakter ihrer Leistungen wenig, um "Versorgungs"-Elemente aufzunehmen. Auf Randerscheinungen wie den besonderen Schutz von Personen, die Wehr- oder Ersatzdienst leisten oder im Rahmen des Katastrophenschutzes oder des Schutzes der Zivilbevölkerung tätig sind²¹, die Familien- und Mutterschaftshilfe (§§ 195 ff., 205 ff., 383 Abs. 2 RVO) und die Rentnerkrankenversicherung in ihrer derzeitigen Gestalt (§§ 165 Abs. 1 Nr. 3, 381 Abs. 2, 385 RVO) kann hier nur hingewiesen werden²². Ein ganz anderer Aspekt ist, daß die gesetzliche Krankenversicherung infolge ihrer weiten personellen Erstreckung das Problem des Ausgleichs für den medizinischen Aufwand der Heilung weitgehend entschärft. Wegen zahlreicher Eigenarten der Krankenversicherungsleistungen kann freilich nicht gesagt werden, daß die Krankenversicherung die "kausalen" Sicherungsbedürfnisse schlechthin überhole²³. Nicht

19 S. dazu *Rüfner*, S. 13 m. Anm. 19. Der Vorschlag hat für sich, daß infolge der sich kumulierenden Wirkungen der Ausweitung des unfallversicherten Personenkreises *und* des Schutzes von Wegeunfällen (§ 550 RVO) ohnedies immer mehr Verkehrsunfälle über die Unfallversicherung – genauer: vermittelt des weitgehenden Eintretens der Krankenversicherung anstelle der Unfallversicherung (§ 565 RVO) über Unfall- und/oder Krankenversicherung – abgewickelt werden (s.a. § 1542 RVO). S. zuletzt auch *Eike v. Hippel*, Reform des Regresses der Sozialversicherer? *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 5. Jg. (1972) S. 49 ff. m. zahlr. w. Nachw. Darüber hinaus ist bezüglich dieses Vorschlages noch offen, inwieweit er im Rahmen "echter" – d.h. vor allem beitragspflichtig vorsorgender – Unfallversicherung gedacht und verwirklicht wird (s.a. *Rüfner*, a.a.O.).

20 Sie stehen also nicht in dem sonst für die Sozialversicherung kennzeichnenden kollektiven Umverteilungsverhältnis. S. Umverteilung S. 11 f. (in diesem Band, S. 297 ff.).

21 S. § 209 a RVO sowie die Hinweise bei *Luber*, a.a.O., Anm. zu § 165 RVO.

22 Eine interessante krankenversicherungsrechtliche Ergänzung findet sich in §§ 21 ff. des Heimkehrergesetzes.

23 S. dazu auch *Rüfner*, S. 23 ff.

zu vernachlässigen ist auch der Einbezug des Arbeitgebers in die Problematik dank seiner Pflicht zur Lohnfortzahlung (s. insbes. § 4 des Lohnfortzahlungsgesetzes).

Ganz anders dagegen liegen die Verhältnisse in der *Rentenversicherung*²⁴. Die Vielfalt der Techniken, mit deren Hilfe rentenversicherungsrechtliche Schäden ausgeglichen wurden und werden, zu besorgende rentenversicherungsrechtliche Nachteile vermieden werden oder auch sonstige Schäden durch rentenversicherungsrechtliche Vorteile gemildert oder ausgeglichen werden, läßt sich kaum übersehen, jedenfalls nicht in Kürze skizzieren²⁵. Im Vordergrund steht die Anrechnung von den im Wehrdienst, in Internierung, unter politischer Verfolgung usw. verbrachten beitragslosen Zeiten als "Ersatzzeiten" (§ 1251 RVO) und die Fiktion der erfüllten Wartezeit, wenn Berufsunfähigkeit oder Tod durch Wehrdienst, während Internierung, durch politische Verfolgung usw. eingetreten sind (§ 1252 RVO)²⁶. Aber auch in den "Ausfallzeiten" (§ 1259 RVO) verbergen sich Grenzfälle, deren Zurechnung zu den "Gemeinlasten" durch die positive gesetzliche Erledigung erübrigt wird²⁷.

Jedoch darf der Blick die Rentenversicherung nicht verlassen, ohne neben ihrer "kausalen" Differenzierung ihre – in gewissem Sinne gegenläufige – "finale" Entwicklung in Richtung auf Universalisierung und Egalisierung in Betracht zu ziehen. Umfang und Gestalt, welche die Rentenversicherung so gewinnt, entscheidet ja darüber, in welchem Maße das "kausal" gegebene Bedürfnis nach rentenartiger Sicherung der Geschädigten im Falle ihrer Invalidität (einschließlich der fiktiven Invalidität durch Alter) durch die allgemeine Rentenversicherung wenigstens für den Betroffenen²⁸ überholt wird²⁹. Dabei sind vor allem drei Probleme zu nennen: der Kreis der Versicherten, die Höchststandards und die Mindeststandards der Leistungen. Der personelle Umfang der Rentenversicherung – auch als Summe aller ihrer Zweige – befindet sich zwar permanent in

24 Der Einfachheit halber werden im folgenden nur die Vorschriften über die *Rentenversicherung der Arbeiter* zitiert. Das Recht der *Angestelltenversicherung* und der *knappschaftlichen Rentenversicherung* stimmt fast ausnahmslos mit ihm überein. Auf Abweichungen der *Handwerkerversicherung*, der *Altershilfe für Landwirte* oder gar *berufsständischer Versorgungswerke* freier Berufe kann dagegen hier nicht eingegangen werden.

25 S. dazu z.B. *Joseph Schneider*, Rechtsprobleme im Wandel der Rentenversicherung, Kleine Schriften zur Sozialpolitik und zum Arbeitsrecht, 4. Folge Heft 9, 1962.

26 S. aber auch die Ergänzung z.B. durch §§ 7 ff. des Gesetzes zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Sozialversicherung. – Ein wichtiger Problemkreis ist der des Fremdentrentenrechts (s. das *Fremdentrentengesetz*; s. dazu auch § 90 Abs. 3 des Bundesvertriebenengesetzes).

27 Eine *neuartige Technik* der rentenversicherungsrechtlichen Begünstigungen stellt der *Steigerungsbetrag* dar, den § 1260 c RVO des Entwurfs eines Gesetzes zur weiteren Reform der gesetzlichen Rentenversicherung (*Rentenreformgesetz*) (Gesetzentwurf der Bundesregierung), Deutscher Bundestag Drucksache VI/2916, für das sog. *Baby-Jahr* vorsieht.

28 Für den Versicherungsträger – oder anders gesehen – für die Vorsorgegemeinschaft s. freilich das Überwälzungsproblem (§ 1542 RVO)

29 S. a. *Rüfner*, S. 24 ff.

Ausdehnung³⁰. Aber er ist noch weit davon entfernt, eine universelle "Staatsbürgerversorgung" zu ergeben. Was die Höchststandards anlangt, wird die Leistungsfähigkeit der Rentenversicherung als soziale Deckung auch von "Entschädigungsfällen" aber gerade durch ihre Öffnung für Höherverdienende in Frage gestellt. Je mehr Personen der Rentenversicherung eingegliedert werden, deren Einkommen über dem doppelten Durchschnittseinkommen der Versicherten liegt (s. §§ 1254 ff. RVO), desto größer wird die Zahl derjenigen, denen die Rentenversicherung einen niedrigeren als den individuell erreichten Lebensstandard sichert. Das heißt, daß diese Personen an einer *causa-adäquaten* höheren Entschädigung wenigstens interessiert sind. Was dagegen die Mindeststandards anlangt, so sind solche der Rentenversicherung bisher im wesentlichen nur in Gestalt der *Zurechnungszeiten* (§ 1260 RVO) bekannt: Frühinvaliden sollen weitgehend so gestellt werden, wie sie stehen würden, wenn sie erst mit dem 55. Lebensjahr Invaliden geworden wären. Der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf eines Rentenreformgesetzes³¹ will nun in sehr viel weitergehendem Maße ein Regime der *Mindestrenten* realisieren³². Das ist von grundsätzlicher Bedeutung nicht nur für die Entfremdung der Rentenversicherung von ihrem Charakter kollektiver *Vorsorge* und ihre weitere Entfernung von dem Prinzip der Sicherung des "erdienten" Lebensstandards. Es ist mittelbar auch für das hier anstehende Problem relevant: denn in den Fällen der "Mindestrente" liegt diese mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit über dem Einkommensschaden, den eine *kausal determinierte soziale Entschädigung* abdecken mußte.

Schließlich ist zu erwähnen, daß auch die *Arbeitslosenversicherung* gewisse "Ersatzzeiten" (§ 107 des *Arbeitsförderungsgesetzes*) kennt³³.

b) Die Beamtenversorgung

Die Beamtenversorgung wird im *entschädigungsrechtlichen Zusammenhang* kaum genannt. Gleichwohl darf nicht übersehen werden, daß sie *erstens* als System sozialer Sicherung die von ihr geschützten Personen weitgehend gegen soziale Einbrüche schützt, daß sie *zweitens* analog zur Rentenversicherung zahl-

30 S. zuletzt den Ansatz zur "Öffnung" der Rentenversicherung durch den Entwurf eines Rentenreformgesetzes (s.o. Anm. 27). S. zu den vorstehenden und verwandten Problemen auch schon den Bericht der Bundesregierung zu Fragen der Rentenversicherung vom 31. August 1970, Deutscher Bundestag Drucksache IV, 1126.

31 S. Anm. 27.

32 Ebd. S. 38: "Bei Versicherten, die während ihres Arbeitslebens in der Regel eine ganztägige Beschäftigung ausgeübt haben und 35 und mehr anrechnungsfähige Versicherungsjahre nachweisen, soll grundsätzlich der Rentenberechnung mindestens ein Einkommen in Höhe von 70 v. H. des Durchschnittsverdiensts aller Versicherten zugrunde gelegt werden, wenn der tatsächliche Verdienst niedriger war. ... Die Einführung einer Rente nach Mindesteinkommen bei langer Versicherungszeit stellen einen wesentlichen Beitrag zur Neubestimmung der gesetzlichen Rentenversicherung dar, in der die gesellschaftlichen Entwicklungen ihren Niederschlag finden."

33 S. auch dazu die ergänzende Regelung in §§ 12 ff. des *Heimkehrergesetzes*.

reiche entschädigungsrechtliche *causae* vor allem bei der Bemessung des Besoldungsdienstalters (s. z.B. § 6 des Bundesbesoldungsgesetzes) und der ruhegehaltstfähigen Dienstzeit (s. z.B. §§ 111 ff. BBG) aufarbeitet und daß sie endlich *drittens* in Gestalt der Unfallfürsorge selbst ein spezifisches Entschädigungssystem enthält³⁴. Über den engeren Kreis der Berufsbeamten hinaus gilt das Beamtenversorgungsrecht nicht nur für Richter (s. § 46 des Deutschen Richtergesetzes). Es ist auch das Muster für weite Teile der Soldatenversorgung (s. die Verweisungen in §§ 27, 41, 43 des Soldatenversorgungsgesetzes; s. aber auch die inhaltliche Anlehnung in §§ 14 ff. a.a.O.³⁵). In noch deutlicher entschädigungsrechtlichem Kontext findet es sich in Bezug genommen für die Berechnung von Renten im Rahmen der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts (§ 83 des Bundesentschädigungsgesetzes). Erwähnt sei auch die Unfallversorgung der Ehrenbeamten (§ 115 Abs. 2 Satz 2 BRRG, § 177 Abs. 2 BBG), die der allgemeineren Sicherung ehrenamtlich Tätiger durch die "unechte Unfallversicherung" (§ 539 Abs. 1 Nr. 13 RVO) vorgeht³⁶. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die Krise der "inneren Sicherheit" ihre entschädigungsrechtliche Reaktion in einem Vorstoß des Bundesrates zur verbesserten Versorgung der Polizeivollzugsbeamten gefunden hat³⁷.

c) Das Muster der Kriegsofpferversorgung

Während die Vorsorgesysteme der Sozialversicherung und der Beamtenversorgung bei aller Bemühung um entschädigungsrechtliche Probleme und Lösungen letztlich durch den größeren Verbund sozialer Sicherung gekennzeichnet sind, der ihr Wesen ausmacht, ist die Kriegsofpferversorgung gerade aus der Verantwortung des Gemeinwesens für gewisse Schäden und ihre Opfer heraus erwachsen – ist sie ein spezifisches System sozialer Entschädigung. Das Bundesversorgungsgesetz ist deshalb über seinen unmittelbaren, ohnedies schon weiten Anwendungsbereich (§§ 1 ff. des Bundesversorgungsgesetzes) hinaus zum Modell für die Regulierung von Personenschäden geworden, für welche die Allgemeinheit – ob im verfassungsrechtlichen Sinne notwendigen Opferausgleich oder nicht – sich in gesteigertem Maße für verantwortlich hält³⁸. Dabei sind die Bezugs- und Übernah-

34 Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang u.a. die Verweisung auf das Bundesversorgungsgesetz in § 80 BRRG, § 139 BBG.

35 S. zur Situation u.a. die Antwort des Bundesministers der Verteidigung auf eine parlamentarische Anfrage zur "Unfallversorgung der Soldaten" vom 17. März 1970, Deutscher Bundestag, Drucksache VI/1549.

36 S. allgemein zur Ausdehnungsfähigkeit des beamtenrechtlichen Modells: *Schäfer*, Die Rolle der Fürsorge usw. S. 152.

37 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesbeamtengesetzes, Deutscher Bundestag, Drucksache VI/3421. Zu den parlamentarischen Beratungen s. ferner "Woche im Bundestag", 2. Jg., v. 21. Juni 1972, "Inneres", S. 5.

38 S. *Rohwer-Kahlmann*, Das Bundesversorgungsgesetz als Grundgesetz der sozialen Entschädigung im Sozialgesetzbuch, VdK-Mitteilungen 21. Jg. (1971) S. 200 ff.

men im einzelnen so unterschiedlich, daß sie hier nicht ausführlich differenziert wiedergegeben werden können.

Unter den globalen oder partiellen Übernahmen des Bundesversorgungsrechts auf andere entschädigungsrechtliche Zusammenhänge stehen dem engeren Zusammenhang der Kriegsofpferversorgung wohl am nächsten die Beihilfen nach § 3 des Gesetzes über die Unterhaltsbeihilfe für Angehörige von Kriegsgefangenen³⁹ und die Versorgung von Berufssoldaten der früheren Wehrmacht sowie von Beamten der früheren Schutzpolizei der Länder und des früheren Reichwasserschutzes nach §§ 66, 66 a des Gesetzes zu Art. 131 GG. Dagegen stellt schon die Übertragung auf die sog. Häftlingshilfe (§ 4 des Gesetzes über Hilfsmaßnahmen für Personen, die aus politischen Gründen außerhalb der Bundesrepublik Deutschland in Gewahrsam genommen wurden – Häftlingshilfegesetz –) einen wesentlichen Schritt zur Übernahme des Kriegsofpferversorgungsrechts in die Friedensordnung der Bundesrepublik dar. Diese wird dann aber vor allem durch zwei Tendenzen manifestiert:

– durch die weitgehende Übernahme des Bundesversorgungsgesetzes für die Regelung der Versorgung der Soldaten der Bundeswehr, insbesondere der Wehrpflichtigen (§ 80 des Soldatenversorgungsgesetzes)⁴⁰, auch soweit sie im Bundesgrenzschutz dienen (§ 42 a Abs. 3 des Wehrpflichtgesetzes) oder Ersatzdienst leisten (§§ 47 ff. des Gesetzes über den zivilen Ersatzdienst), sowie für die Versorgung der Angehörigen des Zivilschutzkorps (§ 46 des Gesetzes über das Zivilschutzkorps);

– und durch die Übernahme in vollends "zivile" Zusammenhänge wie den Ausgleich von Impfschäden (§§ 51 ff. des Bundesseuchengesetzes i.d.F. vom 25. August 1971, BGBl. I S. 1401)⁴¹.

d) Sonstige Regelungen sozialer Entschädigung

Nun erschöpft freilich der Anwendungsbereich des Bundesversorgungsgesetzes auch in der umschriebenen Ausweitung nicht die Vielfalt der Hilfen und Ausgleichsleistungen für die Opfer des Krieges, der nationalsozialistischen Verfolgung, der Vertreibungen und der kommunistischen Herrschaft in der DDR und in den osteuropäischen Staaten⁴².

39 Weiter übernommen in § 8 des Häftlingshilfegesetzes.

40 S. a. Anm. 35.

41 Damit greift die Gesetzgebung eine Tendenz auf, die schon früher im *Tumultschädenrecht* vorgezeichnet war (s. dazu *Rüfner*, s. 10 f.; s. ferner exemplarisch § 2 des bayer. Tumultschädengesetzes i.d.F. des Art. 9 Abs. 2 Buchst. b des bayer. Katastrophenschutzgesetzes vom 31. Juli 1970, GVBl. S. 360). Zur Anwendung des Bundesversorgungsgesetzes für die Bemessung des Impfschadens-Ausgleiches schon vor der Änderung des Gesetzes s. die Hinw. bei *Rüfner*, S. 10, Anm. 6 und 7.

42 S. dazu z.B. *Schewe-Nordhorn-Schenke*, soziale Sicherung, 8. Aufl. 1970, 227 ff., 251 f.; s.a. "Die Betreuung der Vertriebenen, der Flüchtlinge, der Kriegssachgeschädigten, der Evakuierten, der Kriegs- und Zivilgefangenen, der Heimkehrer, der nichtdeutschen Flüchtlinge", hrsg. vom Bundesministerium für Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegsgeschädigte, 1956.

Unter den einschlägigen Regelungen ist vor allem das *Bundesentschädigungsgesetz* – genauer: Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung – zu nennen, weil es das volle Spektrum denkbarer Schadensarten abzudecken hat: Schaden am Leben, an Körper und Gesundheit, an Freiheit, an Eigentum und Vermögen, durch Zahlung von Sonderabgaben usw., im beruflichen und im wirtschaftlichen Fortkommen. Die Geschichte, die ihm zugrunde liegt und die es zu bewältigen hat, ist freilich so einzigartig, daß es als Modell kaum in Betracht gezogen wird.

Zu erwähnen ist aber auch das *Lastenausgleichsgesetz*. Zwar verläßt es insofern die Thematik der Sozialrechtlichen Arbeitsgemeinschaft des Deutschen Juristentages, als es gerade nicht dem Ausgleich von Personen-, sondern demjenigen von Sachschäden dient (§§ 1, 4, 228 ff. LAG). Aber es enthält Institutionen, die das System sozialer Sicherung darüber hinausgehend beeinflußt haben. Das gilt vor allem für die *Kriegsschadensrente* (Unterhaltshilfe und Entschädigungsrente) (§§ 261 ff. LAG), die es den Kriegs- und Kriegsfolgeschadengeschädigten ersparen soll, für ihren dauernden Unterhalt auf die Leistungen der allgemeinen Fürsorge (Sozialhilfe) angewiesen zu sein – eine Problematik, der die Rentenversicherung ja nun durch das projektierte Regime der Mindestrenten gerecht zu werden sucht. Ihr Muster wurde auch auf Sowjetzonenflüchtlinge und ihnen gleichgestellte Vertriebene (§§ 3, 4 des Bundesvertriebenengesetzes) erstreckt (§ 301 a LAG)⁴³.

Gerade im Feld sondergesetzlicher Entschädigungsregelungen hat mittlerweile eine neue Institution "Schule gemacht": die *Stiftung*^{43a}. 1969 wurden zwei Stiftungen errichtet: die "Stiftung für ehemalige politische Häftlinge" (§§ 15 ff. des Häftlingengesetzes) und die "Heimkehrerstiftung – Stiftung für ehemalige Kriegsgefangene" (§§ 44 ff. des Kriegsgefangenenentschädigungsgesetzes). Beide Stiftungen haben den Auftrag, in besonderen Härtefällen über den allgemeinen gesetzlichen Rahmen hinaus zu helfen. Ein weiterer Antrag, auch eine "Stiftung für Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegssachgeschädigte in außergewöhnlichen Härtefällen" zu errichten⁴⁴, wurde nicht verwirklicht⁴⁵. Von grundsätzlicher Bedeutung aber scheint zu sein, daß nun auch das "Hilfswerk für behinderte Kinder" ebenfalls als Stiftung des öffentlichen Rechts errichtet wurde⁴⁶ – einerseits mit dem kausal determinierten Zweck, Contergan-geschädigten Kindern aus Mitteln zu helfen, welche die Herstellerfirma des Präparats zur Verfügung gestellt

43 S. a. § 44 des Reparationsschädengesetzes; §§ 10 ff. des Flüchtlingshilfegesetzes; §§ 68, 73 ff. des Allgemeinen Kriegsfolgengesetzes.

43a Es ist nicht ohne Reiz, daran zu erinnern, in welchem Maße etwa die Versorgung von Hinterbliebenen von Beamten und Soldaten im 19. Jh. "Stiftungssache" war.

44 Deutscher Bundestag Drucksache VI/972.

45 S. den Schriftlichen Bericht des Innenausschusses zu diesem Entwurf, Deutscher Bundestag, Drucksache VI/2262: "Der Innenausschuß kam ... zu dem Ergebnis, daß es zweckmäßiger ist, dem Anliegen der Antragsteller durch eine Erweiterung der Regelung über den Härtefonds des LAG Rechnung zu tragen." S. dazu nochmals zu Anm. 43.

46 Gesetz über die Errichtung einer Stiftung "Hilfswerk für behinderte Kinder".

hat⁴⁷, andererseits um final durch institutionelle Förderung die Eingliederung behinderter Jugendlicher in die Gesellschaft zu unterstützen⁴⁸. (Inwieweit es sich dabei um "Entschädigungsrecht" handelt, sei mit dieser Erwähnung freilich nicht präjudiziert.)

e) Haftungsrechtliche Lösungen

Die gelegentlich erhobenen Forderungen, auch die Risiken des Straßenverkehrs und der Umweltverschmutzung zu "sozialisieren" (oder besser: zu "nationalisieren") und einer entschädigungsrechtlichen Lösung zuzuführen, geben Anlaß, auf die Techniken hinzuweisen, die schon bisher zur Lösung dieser Probleme angewandt werden: die *Haftpflicht* derjenigen, welche die Risiken auslösen (s. §§ 7 ff. des Straßenverkehrsgesetzes, §§ 25 ff. des Atomgesetzes), die *Versicherungspflicht* (§§ 1 ff. des Gesetzes über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter) bzw. die "Deckungsvorsorge" (§§ 13 ff. des Atomgesetzes i. V. m. der Verordnung über die Deckungsvorsorge nach dem Atomgesetz)⁴⁹ und die Einrichtung von Fonds, die für Fälle unaufklärbarer Passivlegitimation aufzukommen haben (§§ 12 ff. des Gesetzes über die Pflichtversicherung usw.)⁵⁰.

Endlich ist zu betonen, daß ein erheblicher Teil der *causae*, die schon bisher zu Leistungen sozialer Entschädigung führen oder doch in Zukunft führen sollen, in den Ordnungsbereich des *Staatshaftungsrechts* und des (verfassungsrechtlich notwendigen) Opferausgleichs fallen⁵¹. Sie finden dort eine individuelle Regelung des Schadensersatzes oder der Entschädigung⁵². Gleichwohl kann gerade auch im Einzugsbereich der Haftung für (schuldhaftes oder nicht schuldhaftes) rechtswidriges Staatshandeln und des Ausgleichs rechtmäßig auferlegter Sonderopfer die Problematik eines sozialen Entschädigungsrechts nicht auf sich beruhen. Denn auch die Staatshaftung ist reformbedürftig⁵³. Eine vom Deutschen Juristentag vorgeschlagene Kommission⁵⁴ wurde von der Bundesregierung berufen und hat sich dieses Reformproblems angenommen. Ihre Arbeiten stehen vor dem Abschluß. Die Reform des Staatshaftungsrechts und die Reform des sozialen Ent-

47 §§ 2 Nr. 1, 4 Abs. 1 Nr. 2, 12 ff. des Gesetzes. Hinsichtlich der Kapitalisierung von Rentenleistungen ist übrigens auch in diesem Gesetz das Bundesversorgungsgesetz in Bezug genommen (§ 14 Abs. 3).

48 §§ 2 Nr. 2, 25 ff. des Gesetzes.

49 S. dazu auch *Gitter*, a.a.O., S. 46 ff.

50 Der "Entschädigungsfonds für Schäden aus Kraftfahrzeugen" ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 13 a.a.O.). Auch sonst liegen gewisse Verwandtschaften zu den eben erwähnten "Stiftungslösungen" nahe.

51 S. *Rüfner*, S. 29 ff., 40 f.

52 S. dazu statt aller anderen *Bender*, Staatshaftungsrecht, 1971.

53 S. dazu die Verhandlungen des Deutschen Juristentages über die Frage: "Empfiehl es sich, die Folgen rechtswidrigeren hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung)?" mit dem Gutachten von *Weyreuther* (Verhandlungen des 47. DJT Bd. I, Gutachten, 1968) und den Referaten von *Bender* und *Haas* (Verhandlungen usw. Bd. II, Sitzungsbericht L, 1968).

54 A.a.O. (Sitzungsbericht L), S. 144 f.

schädigungsrechts können aber nicht unabhängig voneinander betrieben werden. Sie bedürfen umsichtiger Koordinierung.

III. Die Aufgabe

1. Allgemeine Erwägungen

Blickt man auf die prinzipienlose Vielfalt, die das soziale Entschädigungsrecht derzeit aufweist, und – mehr noch – in der es sich entwickelt, so scheint es auf die Frage, die der Sozialrechtlichen Arbeitsgemeinschaft des 49. Deutschen Juristentages gestellt ist, nur die Antwort "ja" zu geben. Zwar ist *Rüfner* (S. 47) recht zu geben, wenn er sagt, "ein sofortiges Eingreifen des Gesetzgebers zur Behebung von akuten Mißständen" sei nicht erforderlich. "Eine Reform kann also in Ruhe geplant werden." Aber was drängt, ist eben dieses Planen – genauer: das Gewinnen von Grundsätzen, in denen das soziale Entschädigungsrecht weiterentwickelt werden kann. Das gilt um so mehr, als unerschöpflich neue Projekte sozialer Entschädigung geboren werden. "Der Einzelne und die Gesellschaft sind offenbar nicht mehr geneigt, unverschuldete Schicksalsschläge als eine Art göttlicher Vorsehung auf sich zu nehmen. Das Rechtsgefühl der Zeit tendiert vielmehr dahin, die Gesamtheit für alle Arten von Schicksalsschlägen haftbar zu machen ... Schicksalsschläge sind zu einer Art einklagbaren Rechtsverlustes geworden."⁵⁵ Schon ist das Vorhaben im Raum, die Betroffenheit von Naturkatastrophen einer "versorgungsrechtlichen" Lösung zuzuführen⁵⁶! Was einer kausal determinierten sozialen Entschädigung zuzuführen ist, ist daher ebenso dringend zu klären, wie das *Wie* der Regelung.

Diese Überlegungen müssen unabhängig davon angestellt werden, daß dem *Bundesgesetzgeber* eine umfassende und einheitliche *Kompetenz*, ein soziales Entschädigungsrecht zu regeln, derzeit fehlt⁵⁷ – ein Umstand, der die Tendenz des Bundesgesetzgebers, zur "unechten Unfallversicherung" zu greifen, für die er sich auf den Kompetenztitel des Art. 74 Nr. 12 GG beruft⁵⁸, ungunst verstärkt haben mag. Es scheint nicht einmal vordringlich, dem Bundesgesetzgeber diese Kompetenz

55 *Weichmann*, Wandel der Staatsaufgaben im modernen Staat, in: Planung III, hrsg. v. *Kaiser*, 1968, S. 39 ff. (41 f.):

56 *Gräfin von Bethusy-Huc* (Das Sozialleistungssystem der Bundesrepublik Deutschland, 1965, S. 191) spricht von "dem Bestreben, alle mit gewisser Regelmäßigkeit auftretenden Notlagen isoliert zu sehen, sie gesetzlich zu fixieren und durch Rechtsansprüche abzufangen, weil die individuelle Hilfe verwaltungstechnisch zu umständlich und gegenüber dem festen Anspruch als unwürdig erscheint." – S. demgegenüber zur "Ergänzung und Straffung des Gefüges der sozialen Leistungen als permanenter Aufgabe" *Schreiber*, Zum System sozialer Sicherung, 1971, S. 75 ff.

57 *Rüfner*, S. 10 f., 47.

58 S. dazu *Werner Weber*, Sozialversicherungsgesetzgebung als Universalregelungskomplex, in: Grundprobleme des Versicherungsrechts, Festgabe für Hans Müller, 1972, S. 499 ff.

zu verschaffen. Schon für ihre Gestaltung kann es vielmehr von Vorteil sein, noch genauer als bisher zu wissen, was und wie soziale Entschädigung ist.

Diese Überlegungen müssen sich auch frei machen von der Faszination, welche die Alternative zwischen den zwei Modellen "unechte Unfallversicherung" und Kriegsoferversorgung auf manchen Betrachter und Projektanten derzeit offenbar ausübt. Die Durchmusterung der vorhandenen Regelungen dürfte gezeigt haben, daß diese Alternative übertrieben in den Vordergrund gestellt wird, daß vielmehr schon bisher eine ganze Reihe von Lösungsmöglichkeiten nebeneinander besteht. Zugegeben freilich: "Unechte Unfallversicherung" und Kriegsoferversorgung sind die beiden tiefsten Fahrinnen im Strom sozialer Entschädigung. Was nützt, ist aber gerade, sich frei zu machen von dem scheinbar Vorgegebenen und das Feld der Problemfälle – seien sie bisher in der "unechten Unfallversicherung", in der Kriegsoferversorgung, in anderen gesetzlichen Regelungen, in der Rechtsprechung zum Staatshaftungsrecht oder auch nur in rechtspolitischen Vorschlägen und "Ansinnen" zutage getreten – unvoreingenommen zu sichten und ebenso die Lösungsmöglichkeiten nicht vorschnell zu Institutionen zu bündeln, sondern möglichst viele Konstruktionselemente für sich auf ihre Adäquanz im Verhältnis zu dem zu lösenden Problem und auf ihre Vereinbarkeit mit komplementären Konstruktionselementen zu prüfen.

2. Die Typisierung von Fällen

Versucht man einmal Kategorien zu bilden, so drängt sich zunächst die Frage auf, wo die "Reizschwelle" liegen kann, jenseits derer überhaupt eine *Verantwortung der Allgemeinheit* für den Nachteil, den ein einzelner erleidet, angenommen werden kann. Dabei darf nicht verkannt werden, daß diese Verantwortung von der Rechtsgemeinschaft immer normativ-wertend konstituiert wird. Auch eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Anerkennung des Einzelfalls bedeutet nichts als eine Zweistufigkeit des Anerkennungsprozesses: die allgemeinere Norm der Verfassung bildet die erste, die konkretere des Gesetzes oder des Richterrechts die zweite Stufe. Aber es gibt eine Untergrenze. Wenn die Rechtsgemeinschaft auf die Betroffenheit von Naturkatastrophen mit (privilegierender) sozialer Entschädigung reagieren wollte, so meint sie entweder, die Natur zu beherrschen, oder sie muß alle von der Allgemeinheit nicht beherrschbaren individuellen Lebensrisiken in gleicher Weise decken. In letzterem steckt denn auch die Wahrheit: für die Betroffenheit von Naturkatastrophen gibt es nur finale Lösungen, die auf den Schaden abstellen, nicht auf die Ursache.

Eine andere Zäsur könnte darin liegen, zwischen der *Liquidation* zurückliegender *historischer Epochen* – dem Ausgleich von Schäden, die in der Vergangenheit schon eingetreten sind – und einer *zukunftsorientierten Dauerordnung* – auf Ereignisse hin, die erst eintreten werden, auf die man sich noch einrichten kann, ja die man vielleicht manipulieren kann, und die die Rechtsgemeinschaft für offenbar ebenso individuell unzumutbar wie für unvermeidbar hält – zu unterscheiden. Für Vergangenes kann die Allgemeinheit Verantwortung auch übernehmen, wenn

sie es *nur* mißbilligt. Die Verantwortung für Künftiges übernimmt sie nicht ohne das Kalkül der Unvermeidbarkeit oder des Nicht-ganz-vermeiden-Wollens – jedenfalls: des Nicht-um-jeden-Preis-vermeiden-Wollens.

In etwa läuft das auch zusammen mit der Unterscheidung zwischen der *Liquidation politischer Katastrophen* und der Regelung unpolitischer oder allenfalls im Fehlerkalkül des herrschenden politischen Systems liegender Ereignisse. Unter beiden vorgenannten Überlegungen leuchtet die Singularität des Bundesentschädigungsrechts ein und gerät die kontinuierliche Prolongation des Kriegsopferversorgungsrechts in die langfristige "Friedensordnung" hinein ins Zwielficht.

Eine andere Dimension meint die Unterscheidung zwischen *Opfern, die unmittelbar für die Allgemeinheit* erbracht, oder Schäden, die unmittelbar von der verfaßten Gesellschaft beigebracht werden, und *Opfern, die mit Billigung der Gesellschaft für einzelne* ihrer Mitglieder erbracht (Lebensretter!), oder *Schäden, welche die Gesellschaft für ausgleichsbedürftig* hält, obwohl sie ohne jedes "Mandat" von *einzelnen* ihrer Mitglieder anderen ihrer Mitglieder beigebracht werden (Verbrechen und Opfer!)⁵⁹.

Fast schon wie eine Konstruktionsfrage mutet die Unterscheidung zwischen dem *rechtmäßig* und dem *rechtswidrig beigebrachten* Opfer an; denn die Rechtmäßigkeit des Eingriffes kann – wie das Vorbild von Enteignung und Enteignungsschädigung, ja ganz allgemein von Aufopferung und Entschädigung beweist – ebenso von der Gewährleistung des Opferausgleichs abhängen, wie sie durch sie hergestellt werden kann^{59a}.

Das *ausgenötigte Opfer* (des klassischen Aufopferungsfalles) kann zu unterscheiden sein von dem *erbrachten Opfer* (z.B. des Lebensretters). Gerade bei der Bewertung des erbrachten Opfers aber erweist sich wieder die Relevanz des Aspekts zukünftiger Entschädigungsordnung und ihres Gegensatzes zur Liquidation einmaliger historischer Situationen. Ist nicht die Übernahme des Risikos für ein freiwilliges Opfer durch die Allgemeinheit auch ein Stück Verhaltensordnung, zumindest ein Stück rechtlich manifestierter gesellschaftlicher Wertordnung^{59a}?

Zu bedenken ist auch der Zusammenhang, der vom *Eingriff* über die *Schaffung einer Risikosituation* (und einer entsprechenden *Garantenstellung* der verfaßten Gesellschaft) zur bloßen *Risikoübernahme* verläuft. *Rüfner* (S. 33 ff.) bezweifelt, daß es den direkten rechtmäßigen Eingriff in Leben, Leib und Gesundheit überhaupt geben könne. Doch wie dem auch sei: den rechtswidrigen direkten Eingriff gibt es jedenfalls; und das soziale Entschädigungsrecht konkurriert auch mit der Staatshaftung für rechtswidriges Handeln⁶⁰, nicht nur mit dem allgemeinen Aus-

59 Anders ist die Lage hinsichtlich des Resozialisierungsrisikos. Hier legt die Gesellschaft bewußt die Gefahr des "Rückfalls" um, um dem einzelnen (und damit letztlich auch sich) eine maximale Chance der Entwicklung zum Guten zu geben.

59a Immer wieder erweist sich also die Fragestellung "Wie kann soziales Entschädigungsrecht adäquat zukunftsorientiert geregelt werden?" als relevant.

60 S. dazu insbes. *Henke*, Die Rechtsnormen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL Heft 28 (1970) S. 149 ff (172 ff.).

gleich rechtmäßig auferlegter Opfer. Zudem ist zu überlegen, inwieweit direkte rechtswidrige Eingriffe in das Vermögen von den Folgen und dem Folgeausgleich her mit Personenschäden und ihrem Ausgleich konkurrieren. Aufmerksamkeit ist u.a. auf die gesellschaftliche Verantwortung für Risikosituationen und auf die Gestaltung entsprechender Garantienstellungen zu verwenden. So verläuft etwa eine geschlossene Linie vom Impfwang zur Übernahme der Impfschäden. Dagegen mutet § 330 c StGB dem Bürger weniger Einsatz zu, als § 539 Abs. 1 Nr. 9 RVO zu "honorieren" bereit ist⁶¹. Wichtiger ist dann vor allem der amts- und dienstrechtliche Verbund, in dem sich Risikosituationen und Garantien befinden und Risiken realisieren. Das soziale Entschädigungsrecht ist hier nicht nur dem größeren System adäquater sozialer Sicherung einzufügen, in der sich die gleichartig Bedrohten befinden (Beamtenversorgungsrecht, allgemeines Sozialversicherungsrecht usw.). Es hat auch die Möglichkeit, das gesteigerte Risiko gewisser Gruppen von Bediensteten (Polizeibeamte, Feuerwehrleute, Soldaten) generell oder die konkrete Steigerung des Risikos im einzelnen Fall adäquat zu berücksichtigen (s. z.B. § 80 Abs. 2 BRRG, § 141 a BBG). In diesem Zusammenhang ist mehrstufig zwischen beigebrachtem und erbrachtem Opfer abzuwägen: etwa in der Skala der Alternativen des freiwilligen oder erzwungenen Eintritts in ein Amts- oder Dienstverhältnis "normalen" oder gesteigerten Risikos, in dem sich eine Opfersituation im Rahmen des so implizierten Risikos oder (darüber hinaus) unter konkret freiwilligem oder erzwungenem Einsatz realisiert.

Endlich ist noch einmal auf eine schon zu Beginn dieses Abschnittes angedeutete Differenzierung zurückzukommen: zwischen *verfassungsnotwendigen*, *verfassungsintendierten*, *verfassungsmöglichen* und *verfassungsunmöglichen* Fällen sozialer Entschädigung. Der herkömmliche Aufopferungsanspruch umschreibt zumindest in einem Kernbereich den Kreis verfassungsnotwendiger Entschädigungsfälle⁶². Andere Ansätze bietet die Garantie des Beamtenrechts (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG). In diesem Bereich steuert die Verfassung Umkreis und Inhalt eines sozialen Entschädigungsrechts. Auf der anderen Seite ist die erwähnte "Untergrenze" kausal determinierten Entschädigungsrechts – die etwa mit dem Einbezug der Opfer von Naturkatastrophen in die Kriegsopferversorgung unterschritten wäre – nicht nur eine "natürliche" oder "politische"⁶³, sondern eine

61 S. a. Rüfner, S. 38 f.

62 S. a. Rüfner, insbes. S. 35 f. u. s. Nachw. – Der positivistische Unsinn, den Aufopferungsanspruch – ganz jenseits ihrer sachlichen und räumlichen Geltung – auf §§ 74, 75 Einl. ALR zu stützen, sollte endlich aufhören. Den verfassungsrechtlichen Hintergrund bilden die Art. 1, 2, 3 und 19 GG i.V.m. Art. 14 Abs. 3 GG und wohl auch Art. 34 GG. Sie ergeben, daß gewisse Personenschäden nur zugemutet werden können, wenn die Rechtsgemeinschaft für den Opferaussgleich einsteht. Wo adäquate gesetzliche Regelungen fehlen, ist die Lücke eben durch ungeschriebenes Recht zu füllen. Darin liegt die Notwendigkeit des Aufopferungsanspruchs ebenso begründet wie seine gesetzliche (und zwar im Rahmen der Art. 70 ff. GG zunächst bundes- und landesgesetzliche) Gestaltbarkeit, die ja etwa mit der Erhebung der §§ 74, 75 Einl. ALR zum grundgesetzgleichen Verfassungsgewohnheitsrecht unvereinbar wäre.

63 Und als politische wohl nicht einmal sehr effektive!

verfassungsrechtliche. Sie markiert die Negation gleichheitlich und sozialstaatlich nicht zu rechtfertigender Privilegierungen (Art. 3, 20, 28 GG). Zwischen dem so Verfassungsgebotenen und -verbotenen breitet sich das Feld verfassungsintendierter oder doch -möglicher sozialer Entschädigung, für die auch Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip wenig aussagen^{63a}.

3. Die Schäden⁶⁴

Der – in jeder Hinsicht – “vordergründigste” der Schäden, mit denen sich die Sozialrechtliche Arbeitsgemeinschaft des 49. Deutschen Juristentages kraft ihrer Fragestellung zu befassen hat, ist der *Leibes- und Gesundheitsschaden*. Ihm entspricht die Frage: Welche Handlungsmaßnahmen sollen gewährleistet, wie sollen sie angeboten werden? Das Feld der Antworten spannt sich vom Sachleistungsprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung bis zur Naturalrestitution des privaten Haftungsrechts (mit all seinen Risiken der “Vorleistung” des Geschädigten) und weitgehend auch des Beamtenrechts. Dazu kommt der Gedanke sozialmedizinischer “Regie-Betriebe”, wie sie gerade der Unfallversicherung und der Kriegsoferversorgung vertraut sind. Immerhin hängt von der Antwort schon eine wesentliche Systemfrage ab. Die meisten Fälle von Personenschäden konzentrieren sich auf das Problem der Heilung. Entschließt man sich etwa, hierfür die beiden Grundmodelle für die sozialmedizinische Sicherung abhängig Erwerbstätiger, die gesetzliche Krankenversicherung und die Unfallversorgung des öffentlichen Dienstrechts, heranzuziehen und auf nicht schon durch sie Geschützte zu erstrecken, so lohnt ein besonderes soziales Entschädigungssystem für Fälle abschließlichen Gesundheitsschadens kaum⁶⁵.

63a Einer gesonderten Untersuchung bedürfte das Verhältnis des sozialen Entschädigungsrechts zum *internationalen Sozialrecht*. Internationale Instrumente wie die UN-Konvention über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte oder die Europäische Sozialcharta erwähnen die Problematik nicht. Sie intendieren nur allgemeine soziale Standards (prinzipiell finaler Determination). Das – hervorragend bedeutsame – Übereinkommen 102 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Mindestnorm der sozialen Sicherheit steht kausaler Determination jedenfalls hinsichtlich der Arbeitsunfälle offen (Art. 31 ff.). Im spezielleren internationalen Vertragsrecht dagegen spielt vor allem die Kriegsoferversorgung eine beachtliche Rolle (s. z.B. *Schewe-Nordhorn-Schenke*, a.a.O., S. 256). Zusammenfassend läßt sich sagen: das internationale Sozialrecht garantiert soziale Entschädigung nicht allgemein, sondern sieht gerade darin Sonderfragen der nationalen Rechtsgemeinschaften; es negiert sie dementsprechend auch nicht; es garantiert vielmehr allgemeine (primär final determinierte) Standards sozialer Sicherung, auf die nicht zugunsten kausal determinierter Entschädigungssysteme verzichtet werden kann. In all dem stimmt das internationale Recht mit den Sachstrukturen, Rechtsüberzeugungen und Verfassungsnormen des deutschen Rechts überein.

64 Nicht eingegangen werden kann hier auf das sehr wichtige Problem der Berücksichtigung von *Mitverschulden* des Betroffenen in einem sozialen Entschädigungsrecht. Die Wichtigkeit dieses Problems sei um so mehr betont.

65 In ähnlichem Sinn würde vielleicht eine besondere Regelung der *Rehabilitation* durch eine umfassende Vereinheitlichung des Rehabilitationsrechts erübrigt. S. dazu “Gesetzentwurf zur Angleichung der Rehabilitationsleistungen”, Bulletin usw. 1972 Nr. 77 S. 1090 f. S.a. *Rüfner*, S. 26.

Vor die schwierigsten Probleme stellen die *Einkommensschäden*. Und auch hier sind es nicht die vorübergehenden Verdienstentgänge, vor allem während der Zeit der notwendigen Heilmaßnahmen, sondern die *dauernden* Einkommensschäden⁶⁶, welche die komplizierteren Fragen aufwerfen⁶⁷. Soll das soziale Entschädigungsrecht absolut oder relativ auf den individuellen oder auf einen allgemeinen (durchschnittlichen oder konventionell minimalen) Lebensstandard abstellen⁶⁸? Soll es auf die Verminderung der Leistungsfähigkeit abgestuft reagieren (im Sinne von "Knochensteuern" wie bei der Unfallversicherung und der Kriegsopferversorgung oder im Sinne der rentenversicherungsrechtlichen Unterscheidung zwischen Erwerbs- und Berufsunfähigkeit)? Soll es die Einkommenskurve in ihrem erreichten Stand hinnehmen oder ihre künftige Verbesserung (oder auch Verschlechterung) berücksichtigen? Soll es im Falle fiktiver Nachzeichnung der zu erwartenden Lebenskurve von den individuellen Chancen (Muster: Berufsschadensausgleich) oder eher von Durchschnittswerten (Muster: Mindesteinkommen der Rentenversicherung) ausgehen? Wie soll die laufende Anpassung des Ersatz- oder Ergänzungseinkommens (d.h. der Rente) an die Entwicklung der Löhne und/oder der Lebenshaltungskosten gewährleistet werden? Durch "automatische" Dynamisierung, durch periodische legislative Anpassungsmaßnahmen oder gar durch individuell bewilligte oder vereinbarte – hilfsweise gerichtlich bewirkte (§ 323 ZPO) – Veränderungen? Gegenwärtig kennt soziale Entschädigung Beispiele im Sinne aller dieser Lösungsmöglichkeiten.

Vor analoge Probleme stellt die *Unfähigkeit* des Betroffenen, *anderen Unterhalt zu leisten*, insbesondere die Notwendigkeit der *Hinterbliebenenversorgung*.

Nicht vergessen werden darf der Ersatz der *Sachschäden*, die mit Personenschäden verbunden sind. Nicht zuletzt die bekannte Engherzigkeit des Beamtenrechts macht auf dieses Anliegen aufmerksam⁶⁹.

Eine Kernfrage sozialer Entschädigung ist die nach dem Ersatz *immaterieller Schäden*. Hier ist gegenwärtig die Divergenz am deutlichsten und zwar sowohl innerhalb der gesetzlichen Systeme sozialer Entschädigung wie auch innerhalb des Richterrechts zu Staatshaftung und Aufopferung. Während etwa die "unechte Unfallversicherung" den Ersatz immateriellen Schadens nicht kennt und dort, wo sie die allgemeineren Ersatzansprüche verdrängt (§§ 636 f. RVO), sogar aus-

66 S. a. Rüter, S. 23 ff.

67 Dazu grundlegend Liefmann-Keil, Ökonomische Theorie der Sozialpolitik, 1961, insbes. S. 64 ff., 178 ff.; s.a. dies., Das Problem der Lebenseinkommen, in: Schreiber, Soziale Sicherheit, 1971, S. 207 ff.

68 Das Problem stellt sich auch so: je mehr die soziale Entschädigung dem konkreten Schaden entspricht, desto eher kann sie an Stelle des Schadensersatzes treten; je weiter sie sich dagegen in Richtung auf "Durchschnittliches" oder "sozial Angemessenes" entfernt, desto mehr besteht die Notwendigkeit, Aufopferungsansprüche und, mehr noch, Schadensersatzansprüche konkurrierend zuzulassen.

69 Immerhin ermöglicht § 136 Abs. 1 BBG bereits den Ersatz der Schäden an "Kleidungsstücken und anderen Gegenständen, die der Beamte mit sich geführt hat" – wenn auch immer noch als Ermessensleistung. Die leidvolle Vergangenheit einschlägiger Einschränkungen ist dem Kenner jedoch noch in Erinnerung.

schließt⁷⁰, können andere Entschädigungsleistungen (wenn auch meist zugleich als Ausgleich vermuteten oder vertypisierten materiellen Schadens gedacht) voll nur als Ausgleich (auch) immateriellen Schadens erklärt werden. Das gilt vor allem für die Grundrechte der Kriegsoferversorgung. Besonders krass ist der Gegensatz zwischen dem Schmerzensgeldanspruch im Rahmen des Amtshaftungsrechts (§§ 839, 847 BGB) und dem Ausschluß immateriellen Schadens im Rahmen des Aufopferungsrechts⁷¹. Möglichkeiten der Typisierung müssen hier ebenso erwogen werden wie Möglichkeiten grundsätzlichen Ausschlusses unter Zulassung konkret angemessener Bewilligung. Auf ausschließlich individuell-konkrete Zumessung dagegen wird sich ein System gesetzlich geregelter sozialer Entschädigung kaum einlassen können. Soweit übrigens Leistungen zum Ersatz immaterieller Schäden nicht einmalig erbracht werden (können), stellt sich auch für sie das Problem ihrer laufenden Anpassung an die Entwicklung der Löhne und/oder Lebenshaltungskosten (eventuell der Kosten spezieller Güter).

4. Systembildungen

Endlich muß es darum gehen, für die adäquat "gebündelten" Gruppen von Problemfällen (s.o. 2) die adäquaten Schadensregelungen (s.o. 3) zu geschlossenen Systemen zusammenzufassen und einer gesetzlichen Ordnung zuzuführen, die sie auch dem Bürger zugänglich und einsichtig macht. Dabei muß das wichtigste Anliegen sein, eine leistungsfähige Ordnung nach Maßgabe der dauernden, künftigen Bedürfnisse der Friedensgesellschaft zu schaffen. Die Einheit der sozialen Entschädigung für die großen historischen Komplexe der Kriegs- und Regimefolgen *und* für die laufenden sozialen Risiken und Bedürfnisse der Friedensgesellschaft ist kein *vordringliches* Ziel der Neuordnung. Damit soll nicht gesagt werden, man könne und dürfe jene Komplexe vernachlässigen. Vielmehr sei mit Nachdruck betont, daß eine gegenwarts- und zukunftsorientierte soziale Entschädigung immer auch Maßstäbe für die Kritik der historischen Entschädigungskomplexe setzt⁷².

Für eine dauernde Friedensordnung sozialer Entschädigung scheinen sich *vor allem zwei große Gruppen* von Problemfällen abzuzeichnen: die sozialen Gewährleistungen für Personen, die in einem *öffentlich-rechtlichen Amts- oder Dienstverhältnis* stehen, kraft dessen die Allgemeinheit für ihre soziale Sicherung einzustehen hat, und zwar in bezug auf Schäden, die im Rahmen dieses Amts- oder Dienstverhältnisses liegen und die sozialen Gewährleistungen für Personen, die

70 S. zur Problematik den Vorlagebeschluß des Arbeitsgerichts Marburg/Lahn vom 1. Dezember 1970 NJW 24. Jg. (1971) S. 912; s.a. *Gitter*, a.a.O., S. 190 ff.; *Schönberger* und *Radek*, NJW 24. Jg. (1971) S. 1072.

71 S. dazu *Bender*, a.a.O., S. 211 f. (m.w.N.) und *passim*.

72 Anders ausgedrückt: Soweit sich erweist, daß das Modell der Kriegsoferversorgung wegen seiner zu niedrigen Leistungsstandards unfähig ist, auf eine dauernde Friedensordnung übertragen zu werden, ist das ein schlimmer Vorwurf gegen die Gestaltung der Kriegsoferversorgung.

außerhalb eines solchen umfassenderen Risiko- und Garantiezusammenhanges betroffen werden. Die *erste Gruppe* würde also die Beamten- und Richterversorgung, die Soldatenversorgung, die "Versorgung" Dienstpflichtiger, ehrenamtlich Tätiger usw. umfassen. Von daher wäre nicht nur manche Differenzierung zwischen dem Beamtenrecht und dem Recht der Soldaten, der Dienstpflichtigen usw. neu zu durchdenken. Vielmehr wäre auch der Katalog des § 539 Abs. 1 RVO entsprechend zu überprüfen. Auf einen Nenner lassen sich alle diese Fälle freilich auch dann nicht bringen. Aber in ein System sollten sie gebracht werden.

Für die *zweite Gruppe* wäre eine *eigenständige soziale Entschädigung* zu entwickeln, für die weder die "unechte Unfallversicherung"⁷³ noch die Kriegsgopferversorgung, noch irgend eine andere gegebene Regelung schlicht das Modell hergeben muß⁷⁴. Im Augenblick läßt sich dazu wohl überhaupt nur sagen, daß die Alternativen zwischen "unechter Unfallversicherung" und Kriegsgopferversorgung und – im weiteren Zusammenhang – zwischen Staatshaftungs- und Aufopfe-

73 Nur am Rande sei erwähnt, daß – jedenfalls im Ausland – die (kausale) Unfallversicherung ihrerseits in Frage gestellt wird. Zwischen Krankenversicherung und Rentenversicherung scheint sie manchen überflüssig geworden zu sein.

74 Insofern ist zu bedauern, daß sich der *Entwurf eines Sozialgesetzbuches – Allgemeiner Teil* – Bundesrat Drucksache 305/72, auf die "versorgungsrechtliche" Linie festzulegen scheint. § 5 des Entwurfs lautet:

"Soziale Entschädigung bei Gesundheitsschäden.

Wer einen Gesundheitsschaden erleidet, für dessen Folgen die staatliche Gemeinschaft in Abgeltung eines besonderen Opfers oder aus anderen Gründen nach versorgungsrechtlichen Grundsätzen einsteht, hat ein Recht auf

1. die notwendigen Maßnahmen zur Erhaltung, zur Besserung und zur Wiederherstellung seiner Gesundheit und seiner Leistungsfähigkeit und
2. angemessene wirtschaftliche Versorgung.

Ein Recht auf angemessene wirtschaftliche Versorgung haben auch die Hinterbliebenen, wenn der Gesundheitsschaden zum Tode führt."

Noch deutlicher betont die "versorgungsrechtliche" Linie die *Begründung* (a.a.O., S. 19). Sie lautet:

"Zu § 5: Soziale Entschädigung bei Gesundheitsschäden.

Die Vorschrift umschreibt die grundsätzlichen Gesichtspunkte, unter denen im Bereich des Sozialgesetzbuchs staatliche Entschädigungsleistungen für Gesundheitsschäden erbracht werden. Voraussetzung solcher Entschädigungsleistungen ist danach, daß die staatliche Gemeinschaft für die Folgen eines Gesundheitsschadens in Abgeltung eines besonderen Opfers oder aus anderen Gründen nach versorgungsrechtlichen Grundsätzen, d.h. nach dem Leistungssystem des Bundesversorgungsgesetzes, einsteht. Die Entschädigung nach anderen Systemen in anderen Rechtsbereichen, insbesondere die Haftung des Staates für Rechtsverletzungen in Ausübung öffentlicher Gewalt (Staatshaftung) und die Entschädigung nach unfallversicherungsrechtlichen Grundsätzen, wird durch § 5 nicht berührt.

Neben den Voraussetzungen bedarf auch der Inhalt sozialer Entschädigung der näheren gesetzlichen Konkretisierung (§ 2 Satz 2). Wichtigstes Beispiel hierfür ist das Recht der Kriegsgopferversorgung, dem insoweit grundsätzlicher Charakter zukommt und auf dessen Leistungsrecht Vorschriften anderer Gesetze verweisen (vgl. z.B. § 80 Soldatenversorgungsgesetz, § 47 Ersatzdienstgesetz und § 51 Bundes-Seuchengesetz). Danach sind als Entschädigung Sozialleistungen zur Wiederherstellung von Gesundheit und Leistungsfähigkeit sowie zu einer angemessenen wirtschaftlichen Versorgung zu erbringen."

rungsrecht und gesetzlich geregelter sozialer Entschädigung in Richtung auf *ein* möglichst umfassendes, adäquates Modell überwunden werden sollten⁷⁵.

5. Soziales Entschädigungsrecht nicht überfrachten!

Dieser neue Typ sozialer Entschädigung kann aber nur richtig konzipiert und entwickelt werden, wenn von vornherein in Betracht gezogen wird, daß er *erstens* mit den übrigen Zweigen sozialer Sicherung und Hilfe eine Einheit bildet, daß er *zweitens* die allgemeine Staatshaftung – jedenfalls die Staatshaftung für rechtswidrige Schädigungen – weder erübrigen kann noch erübrigen soll und daß *drittens* die konkurrierende Verantwortlichkeit Dritter für die auszugleichenden Schäden nicht grundsätzlich aufgehoben werden soll. Letzteres stellt vor Probleme der Subsidiarität (s. z.B. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB), des Rückgriffs (s. z.B. § 1542 RVO) oder auch des Einbezugs der Dritten in das System (§§ 636, 723 RVO). Die Konkurrenz mit der Staatshaftung stellt vor allem vor das Problem, in welchem Maße die soziale Entschädigung das Anliegen verfassungsgebotenen Opferausgleichs absorbieren kann. Aber auch die Alternative von Konkurrenz und Abgeltung der Staatshaftung für rechtswidrige Schädigung ist besser als bisher zu durchdenken. Vor allem die Grenzziehung des gegenwärtigen § 637 RVO wirkt reichlich zufällig⁷⁶.

Das größte Gewicht aber kommt der *Funktionsteilung zwischen den übrigen Systemen sozialer Sicherung und der sozialen Entschädigung*, vor allem auch der *Harmonisierung des Gesamtsystems* zu. Schon oben wurde immer wieder auf zweierlei aufmerksam gemacht: daß eine hinreichend günstige Gestaltung allgemeiner Sicherungssysteme Schadensfolgen tilgen, Schadensverläufe "überholen" und damit besondere Leistungen sozialer Entschädigungen erübrigen kann; ferner darauf, daß gewisse Schädigungen auch, wenn nicht besser innerhalb allgemeiner Sicherungssysteme aufgefangen werden können (z.B. Schäden im Arbeitsleben durch die Anrechnung von Ersatzzeiten bei der Rentenberechnung). Beide Wege der Übernahme sozialer Entschädigung in allgemeine Sicherungssysteme stellen freilich vor "Verrechnungs-" und Rückgriffsprobleme. Vor allem Einrichtungen kollektiver Vorsorge können nicht beliebig mit den Gemeinlasten der allgemeineren oder sonstwie anderen Gemeinwesen belastet werden⁷⁷.

Andererseits aber können *gewisse soziale Bedürfnisse* gar nicht im Rahmen sozialer Entschädigung, sie müssen vielmehr *in den allgemeinen – finalen – Systemen* sozialer Sicherung befriedigt werden. Ja, Forderungen, soziale Entschädi-

75 S. a. Rüter, S. 47.

76 S. auch nochmals Anm. 70. – Zum parallelen Problem der Konkurrenz der dienstrechtlichen Versorgung mit allgemeinen Ansprüchen gegen den Dienstherrn s. BVerfGE 31, 212.

77 S. dazu z.B. auch Auerbach, Zusammenhänge, Illusion und Wirklichkeit der sozialen Sicherheit, 1968, S. 51 ff.; dens., Beiträge zur Sozialpolitik, 1971, S. 133 f.

gung zu gewähren, die als solche unangemessen erscheinen, können und müssen als Impulse zur Korrektur anderer Systeme sozialer Sicherung verstanden werden. Das beste Beispiel bieten die Forderungen, allgemeine Lebensrisiken – wie Umweltschäden, Schäden im Straßenverkehr (für die nicht andere Beteiligte haftbar gemacht werden können oder könnten), Schäden aus strafbaren Handlungen (jenseits der Gemeinlast des Resozialisierungsrisikos) und vor allem Schäden aus Naturkatastrophen – einer sozialen Entschädigung zuzuführen⁷⁸. Diese Forderungen verletzen teils die verfassungs- und “natur”-rechtliche Untergrenze sozialer Entschädigung; teils erscheinen die Forderungen als solche jedenfalls übersetzt. Aber was ist der eigentliche Anlaß, daß sie erhoben werden? Das System finaler sozialer Sicherung weist hier Lücken auf. Wer etwa durch einen schweren Verkehrsunfall, durch ein an ihm verübtes Verbrechen oder auch durch eine Naturkatastrophe arbeitsunfähig wird, braucht die *Garantie eines langfristigen Einkommensersatzes*, der es ihm ermöglicht, sein Leben wieder autonom zu planen⁷⁹. Die Rentenversicherung leistet das jedenfalls für den Frühinvaliden nicht – auch nicht mit Hilfe der projizierten Mindestrenten. Und die Sozialhilfe leistet es nur unvollkommen. Zwar gewährt sie das konventionelle Existenzminimum nach Maßgabe der persönlichen Bedürfnisse (§§ 1, 3 ff., 11 ff. BSHG). Aber sie leistet zu konkret und subsidiär⁸⁰. Der Hilfeempfänger muß immer damit rechnen, daß die Leistungen – im “Guten” wie im “Bösen” – seinen Bedürfnissen angepaßt werden, vor allem schon, daß diesen nachgefragt wird; und er muß ferner damit rechnen, daß Dritte seinethalben in Anspruch genommen werden (s. insbesondere §§ 76 ff., 90 ff. BSHG).

Der richtige Weg, die als solche übersetzten Forderungen nach sozialer Entschädigung in den genannten Fällen adäquat zu befriedigen, ist die Entwicklung spezifischer *Ausgleichssysteme*⁸¹ oder der Ausbau allgemeiner Ausgleichssysteme⁸². Der wohl einfachste und harmonischste Weg wäre m.E. der, den Katalog der *Sozialhilfe für Hilfen in besonderen Lebenslagen* (§§ 27 ff. BSHG) durch eine *Rentenleistung* zu ergänzen, die ein – individuell und generell – angemessenes Ersatzeinkommen stabil gewährleistet. Dieses sollte jedenfalls nur bei grundlegenden Veränderungen (Verbesserungen) der wirtschaftlichen Lage des Empfängers und seiner Unterhaltsverpflichteten in Frage gestellt werden können und hinsichtlich des Rückgriffs auf den Empfänger und seine Unterhaltsverpflichteten

78 Zum “allgemeinen Lebensrisiko” im herkömmlichen Aufopferungsrecht s. z.B. *Ossenbühl*, Die Struktur des Aufopferungsanspruchs, JuS 10. Jg. (1970) S. 276 ff.

79 S. zum Problem allgemein *F. X. Kaufmann*, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, 1970.

80 S. a. *Rüfner*, S. 22 f.

81 S. z.B. die Vorschläge der Sozialenquete-Kommission für die “Einkommenssicherung bei langfristigen Leiden und Gebrechen” (Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland [Anm. 4], S. 291 ff.). S. dazu auch *Neundörfer*, Die Vergessenen, in: “Sozialpolitik und persönliche Existenz”, Festgabe für Hans Achinger 1969, S. 201 ff. (206 ff.); *Schreiber*, a.a.O. (Anm. 56), S. 159.

82 S. zu Begriff und Sache nochmals Anm. 6.

zumindest den Beschränkungen unterliegen, die für Hilfe in besonderen Lebenslagen auch sonst gelten⁸³. Diese Hilfe wäre final zu verstehen. Sie käme allen zugute, die in gleicher Weise auf einen stabilen Einkommensersatz angewiesen sind.

83 Die Hoffnung der Sozialarbeit, die Sozialhilfe von dauernden Geldleistungen ganz freizustellen (s. Schäfer, Die Rolle der Fürsorge usw., insbes. S. 258 ff.; Happe, Das Leistungsrecht des BSHG nach dem zweiten Änderungsgesetz und seine weitere Entwicklung, in: "Die Fürsorge im sozialen Rechtsstaat", Schriftenreihe des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Schrift 245, 1970, S. 325 ff. [336]), sollte man insofern getrost enttäuschen. Vielmehr sollte man in dieser Verbesserung der *Sozialhilfe* einen der notwendigen Schritte sehen, um die Sozialhilfe vom psychologischen Vorurteil der "Armenpflege" zu befreien und sie zu dem aufwachsen zu lassen, was sie sein muß: zum *Basiselement des Systems* sozialer Sicherung. Dagegen ist davor zu warnen, die notwendige Hilfe in den Mindestrenten der *Rentenversicherung* (nach dem Reformvorschlag der Bundesregierung; s.o. Anm. 27) zu sehen. Dazu fehlt es der Rentenversicherung an der notwendigen Universalität. Außerdem sollte alles vermieden werden, was die Rentenversicherung von ihrem Charakter einer kollektiven Vorsorge für die Sicherung des individuell erreichten Lebensstandards noch weiter entfernt. Leistungen, die nicht auf diesen Nenner zu bringen sind, sind weder mit der Mittelaufbringung noch mit der Organisation der Rentenversicherung in Einklang zu bringen. Und jede Veränderung der Rentenversicherung in Richtung auf eine allgemeine Basissicherung stützt das Vorurteil, Sozialhilfe sei weiterhin "Armenfürsorge". Es ist ein elementares sozialstaatliches Postulat, dieses Vorurteil zu überwinden!

Alterssicherung – Spiegel der gesellschaftlichen Entwicklung*

I. Das Thema und sein Anlaß

1. Zur Entwicklung der Alterssicherung in der Bundesrepublik Deutschland

1.1 Der Neuaufbruch der Diskussion vor zwei Jahrzehnten

Seit 1967 hört die Alterssicherung nicht mehr auf, die sozialpolitische Diskussion in unserem Lande zu beschäftigen. 1957 hatte geendet, was ohne jeden Vorbehalt als das "heroische Zeitalter" der Sozialgesetzgebung der Bundesrepublik bezeichnet werden darf.¹ Zu den herausragenden Ergebnissen hatte die Rentenreform² gehört. Ihr folgte ein Jahrzehnt relativer Stille. Erst am Ende dieses Jahrzehnts bricht die Diskussion neu auf. Lassen Sie mich einige Stichworte dafür nennen.

(1) 1966 legt die Sozialenquete-Kommission ihren Bericht vor.³ Sie stellt fest, die Rentenversicherung sei zum "Rückgrat" der Alterssicherung in unserer Gesellschaft geworden. Sie stehe nunmehr vor dem Rentnerberg, der für die 70er Jahre vorausgesehen wurde. Die Kommission sieht wenig Strategien, das Problem zu lösen. Die Wichtigste: die Sicherung des wirtschaftlichen Wachstums. Daneben beschäftigt die Kommission sich vor allem mit der Koordination der Rentenversicherung mit anderen Instrumenten öffentlicher und privater Alterssicherung. Die Resonanz war bescheiden.⁴

* Vortrag vor der Mitgliederversammlung des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger in München am 27. Mai 1987. – Die Sammlung des Materials zu diesem Vortrag habe ich weitgehend den Rechtsreferendaren *Marion Berke, Ute Kötter, Cornelius Mager* und *Ingo Winkelmann* zu verdanken.

1 *Hans Günther Hockerts*, Sozialpolitische Entscheidungen im Nachkriegsdeutschland, 1980.

2 S. etwa *Horst Peters*, Die Geschichte der sozialen Versicherung, 3. Aufl. 1978, S. 191 ff.

3 Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland. Bericht der Sozialenquete-Kommission. Erstattet von: *Walter Bogs/Hans Achinger/Helmut Meinhold/Ludwig Neundorfer/Wilfried Schreiber*, o.J. (1966). Für das Kapitel "Alterssicherung" (S. 163 ff.) war *Helmut Meinhold* federführend.

4 Wie überhaupt die Sozialenquete nicht die Fragen ihrer Zeit beantwortete (was hier nicht als Vorwurf an die Autoren des Berichts gemeint ist, sondern eher ein Urteil über die sozialpolitische Stimmung der Zeit). Zum Kontext s. *Hans F. Zacher*, Sozialpolitik, Verfassung und Sozialrecht im Nachkriegsdeutschland, in: *Klaus Schenke/Winfried Schmähl* (Hg.), Alterssicherung als Aufgabe für Wissenschaft und Politik. Helmut Meinhold zum 65. Geburtstag, 1980, S. 123 ff. (136, 153 ff., 157 ff.). – Aktueller und kritischer auf die konkrete Situation der Zeit gemünzt war die Arbeit von *Elisabeth Liefmann-Keil*, Gegenwart und Zukunft der sozialen Altersvorsorge, 1967.

(2) 1967 kommt es zur ersten schweren Rezession in der Bundesrepublik.⁵ Das Finanzänderungsgesetz⁶ bringt ein erstes Krisenmanagement. Aber schon 1968 setzt wieder Erholung ein. Das Menetekel wird rasch vergessen.⁷

(3) 1968 diskutiert der Deutsche Juristentag in Nürnberg "Die soziale Sicherung der Frau während und nach der Ehe, insbesondere im Fall der Scheidung".⁸ Der lange Weg zur Gleichstellung der Frau in der Rentenversicherung wird angetreten.

1.2 Die Entwicklungen der letzten beiden Jahrzehnte

Was die folgenden zwei Jahrzehnte gebracht haben, brauche ich einem Kreis, wie Sie es sind, nicht vor Augen zu führen. Lassen Sie mich nur einige Stichworte nennen:

– Die Veränderung der *wirtschaftlichen Entwicklung*: die Erfahrung von Rezessionen, die man vor zwei Jahrzehnten für immer gebannt glaubte: im günstigsten Fall wesentlich niedrigere Wachstumsraten als sie den sechziger Jahren selbstverständlich waren;⁹

– die Veränderung der *Bevölkerungsentwicklung*: während die steigende Lebenserwartung schon den 60er Jahren vertraut war, fügten die 70er Jahre die Erfahrung eines allgemeinen Geburtenrückganges hinzu und damit die Aussicht auf ein ständig wechselndes Ungleichgewicht im Verhältnis der Generationen;¹⁰

5 S. Zacher (N 4), S. 159.

6 Gesetz zur Verwirklichung der mehrjährigen Finanzplanung des Bundes, II. Teil – Finanzänderungsgesetz 1967 – v. 21.12.1967. BGBl. S. 1259.

7 S. Zacher (N 4), S. 157 ff.

8 Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages, Nürnberg 1968, Bd. I (Gutachten), Teil F (Gutachten von Herbert Langkeit), Bd. II (Sitzungsberichte), Teil O.

9 S. etwa Hartmut Hensen, Zur Geschichte der Rentenfinanzen, in: Reinhard Bartholomäi u.a. (Hg.), Sozialpolitik nach 1945, Geschichte und Analysen, 1977; Heinz Grohmann, Wege zur Bewahrung der langfristigen Stabilität der Rentenversicherung im demographischen, ökonomischen und sozialen Wandel, in: DRV 1981, S. 265 ff; Detlev Zöllner, Soziale Sicherung in der Rezession heute und vor 50 Jahren, in: SF 1983, S. 49 ff; Dieter Schäfer, Anpassung des Systems der Sozialen Sicherung an Rezession und Unterbeschäftigung, ebda. S. 121 ff; Rudolf Kolb, Zur Finanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung bei Rezession und Unterbeschäftigung, in: DRV 1983, S. 81 ff; Helmut Meinhold, Alterssicherung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und demographischen Entwicklung, in: DRV 1983, S. 209 ff; Hans F. Zacher, Der gebeutelte Sozialstaat in der wirtschaftlichen Krise, in: SF 1984, S. 1 ff., – Helmut Schlesinger, Die Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme bei geringem wirtschaftlichen Wachstum und schrumpfender Bevölkerung, in: "Veränderungen in der Arbeitswelt und soziale Sicherung", Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Bd. XXVIII, 1986. Zur internationalen Entwicklung s. N 71.

10 S. zum Zusammenhang zwischen der deutschen Bevölkerungsentwicklung und den Problemen der Rentenversicherung die Unterrichtung durch die Bundesregierung, Bericht über die Bevölkerungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland. Teil 1 (1980) und Teil 2 (1984), insbes. S. 55 ff.; Prognos. Gesamtwirtschaftliche Entwicklungen und gesetzliche Rentenversicherung vor dem Hintergrund einer schrumpfenden Bevölkerung – Untersuchung im Auftrag des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger, 1987. – Heinz Grohmann, Rentenversicherung und Bevölkerungsprognosen, 1980; ders., Die gesetzliche Ren-

- die Veränderung der *Arbeitswelt*: die Umstrukturierung – weithin: Akademisierung – der Berufsausbildung, die rasche Entwertung alter und die steigenden Anforderungen neuer beruflicher Qualifikationen usw., vor allem aber die vielfältig neuen Dimensionen und Erscheinungsformen der Arbeitslosigkeit;¹¹
- Die Veränderung der *familiären Strukturen*: die Konzentration auf den Zwei-Generationen-, weithin auf den Ein-Generationen-Haushalt, die Instabilität der Ehen, die Zunahme der Zahl der sogenannten Singles ebenso wie der nichtehelichen Lebensgemeinschaften;¹²

-
- tenversicherung im demographischen Wandel, in: Sozialbeirat: Langfristige Probleme der Alterssicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, Einzelgutachten S. 1 ff. (1981 vorgelegt); *Winfried Schmähl*, Anpassung der Alterssicherung an veränderte Bedingungen, in: List Forum Bd. 11 (1981 – 1982), S. 210 ff., insbes. S. 216 ff.; *Eike Lübeck*, Die demographische Komponente bei der Finanzierung der Rentenversicherung, in: DRV 1983, S. 134 ff.; *Franz-Xaver Kaufmann/Lutz Leisering*, Demographische Veränderungen als Problem für soziale Sicherungssysteme, in: Internationale Revue für Soziale Sicherheit 1984, S. 429 ff. = Studien zum Drei-Generationen-Vertrag, 1984, S. 122 f.; *Reiner Dinkel*, Die Auswirkungen eines Geburten- und Bevölkerungsrückgangs auf Entwicklung und Ausgestaltung von gesetzlicher Alterssicherung und Familienlastenausgleich, 1984, insbes. S. 162 ff.; *Klaus Hoffmann/Jürgen Genzke*, Modellrechnungen über die langfristige finanzielle Entwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung, in: DAngVers 1985, S. 337 ff.; *Horst-Wolf Müller*, Zur demographischen Komponente als Indikator für die Finanzentwicklung der Rentenversicherung, DRV 1985, S. 725 ff.; *Georg Wannagat*, Auswirkungen der demographischen und technologischen Entwicklungen auf das System der Alterssicherung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Sociala en zeker, Festschrift für Gerard Veldkamp, 1986, S. 367 ff.; *Christopher Hermann*, Die Rentenversicherung als politisches Potential – Rentenpolitik in der Bundesrepublik Deutschland und unter den Bedingungen steigender Altenquotienten, in: DRV 1987, S. 372 ff.; *Ulrich Reinecke*, Die gesetzliche Rentenversicherung vor dem Hintergrund langfristiger demographischer und ökonomischer Entwicklungen, in: DAngVers 1987, S. 245 ff.; s. ferner *Meinhold* und *Grohmann* (N 9). Zur internationalen Entwicklung s. N 72.
- 11 “Veränderungen in der Arbeitswelt und soziale Sicherung”, s. N 9 a.E. – S. ferner *Werner Tegtmeier*, Arbeitsmarkt und soziale Sicherung, in: Festschrift für Helmut Meinhold (N 4); S. 235 ff.; *Schmähl*, (N 10), insbes. S. 215 f.; *Kolb* (N 9); *Wilhelm Adamy/Sigrid Koeppinghoff*, Zur Krisenanfälligkeit der Rentenversicherung – Arbeitsmarktbedingte Finanzierungsprobleme in theoretischer und empirischer Sicht, in: Konjunkturpolitik 29. Jg. (1983), S. 285 ff.; *H.-H. Heymann/L.J. Seiwert*, Flexible Pensionierung – Arbeitszeitmodelle – Vorruhestandsregelungen – Ruhestandsvorbereitung, 1984; *Christof Helberger*, Arbeitslosigkeit als finanzielles Problem des sozialen Sicherungssystems, in: SF 1986, S. 13 ff. Zur internationalen Entwicklung s. N 73.
- 12 “Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht”, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Bd. XXVII, – S. ferner *Johannes Resch/Wolfgang Knipping*, Die Auswirkungen des in der Bundesrepublik Deutschland bestehenden gesetzlichen Alterssicherungssystems auf die wirtschaftliche Situation der Familie, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft Bd. 33 (1982), S. 92 ff.; *Peter Krause*, Die Familie in der Rentenversicherung, in: DRV 1986, S. 280 ff.; *ders.*, Ehe und Familie im sozialen Sicherungssystem, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 21 (1986), S. 270 ff.; *Ursula Lehr*, Was bedeutet Familie für ältere Menschen und was bedeuten ältere Menschen für die Familie?, in: Familie und soziale Arbeit, Gesamtbericht über den 71. Deutschen Fürsorgetag 1986 in München, S. 474 ff.; *Franz Rüland*, Die sozialrechtliche Situation alleinerziehender Eltern und ihrer Kinder, in: ebda, S. 189 ff.; *ders.*, Schutz und Förderung von Ehe und Familie im Sozialrecht, in: Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge 1986, S. 164 ff.; *Christine Hohmann-Dennhardt*, Krise des Wohlfahrtsstaates und Existenzsicherung der Familie aus sozialrechtlicher Sicht, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1987, S. 112 ff. Zur internationalen Entwicklung s. N 74.

- die wachsende Geltung der *Gleichberechtigung der Frau*: sei es in der sozialen Realität des Familien- und Arbeitslebens, sei es in der Interpretation und Durchsetzung des Verfassungssatzes;¹³
- die zunehmende Erfahrung, daß die *Ergebnisse unserer Alterssicherungssysteme* zu ungleich sind:
 - im Vergleich der Systeme untereinander;¹⁴ sowie
 - bezogen auf die individuellen Verhältnisse der Gesicherten¹⁵
 - auf deren Einkünfte und Vermögen “vor Alterssicherung”,¹⁶
 - auf ihre besonderen Bedarfe, wie vor allem den Pflegebedarf, “trotz Alterssicherung”;¹⁷

13 S. dazu etwa die Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages zum Thema “Welche rechtlichen Maßnahmen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frauen mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten?": Gutachten von *Manfred Löwisch, Wolfgang Gitter und Annemarie Menzel*, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages (1974) Bd. I, Gutachten Teil D, 1974 sowie die Beratungen mit dem Referat von *Franz Jürgen Sacker*, ebda. Bd. II, Sitzungsbericht L; s. ferner *Hans-Jürgen Krupp*, Frauen-Erwerbstätigkeit und Ziele der Alterssicherung, in: Festschrift für Helmut Meinhold (N 4), S. 501 ff.; *Christopher Hermann*, Gleichstellung der Frau und Rentenrecht – Zur bevorstehenden Reform der Alterssicherung, 1984. Zur internationalen Entwicklung s. N 155.

14 Sachverständigenkommission Alterssicherungssysteme. Gutachten der Sachverständigenkommission, 2 Berichtsbd., sowie Anlagenbd. A u. B, veröffentlicht durch die Bundesregierung; Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, 1983; *Winfried Schmähl*, Gesetzliche und betriebliche Altersversorgung für verschiedene Gruppen der Bevölkerung in der Bundesrepublik Deutschland; Erfahrungen und Zukunftsaufgaben, in: DRV 1986, S. 684 ff. = Internationale Revue für Soziale Sicherheit 1986, S. 280 ff.; Zukünftige Rentengeneration, Anwartschaften in der Alterssicherung der Geburtsjahrgänge 1920 – 1955, Forschungsbericht 142. Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, 1987, S. 46 ff. Zur Ungleichheit der Alterssicherungssysteme in anderen Ländern s. N 138.

15 Transfer-Enquête-Kommission, Zur Einkommenslage der Rentner, Zwischenbericht der Kommission, veröffentlicht durch die Bundesregierung, Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung/Der Bundesminister für Wirtschaft, 1979 u. dies., Das Transfersystem in der Bundesrepublik Deutschland, veröffentlicht durch die Bundesregierung, Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung/Der Bundesminister für Wirtschaft, 1981, “Über- und Unterversorgung bei der Alterssicherung”, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XVII, 1979; Infratest Sozialforschung: Daten zur Einkommenssituation im Alter, Bd. 1 – 3, Reihe Forschungsberichte, hrsg. v. Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, Nr. 118. Sozialforschung, 1985; Zukünftige Rentengenerationen (N 14 a.E.) – *Winfried Schmähl*, Altersvorsorge und Alterssicherung im Vergleich – dargestellt vorwiegend am Beispiel von Beamten und freiberuflich tätigen Zahnärzten, 1981; *Hans Pentenrieger*, Die Alterssicherung sozialer Gruppen in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der sozialen Sicherung der Frau, 1982; speziell zur Altersarmut von Frauen s. *Sigrid Koeppinghoff*, Endstation Sozialhilfe – Defizite der Einkommenssicherung von Frauen im Alter, in: *Ilona Kickbusch/Barbara Riedmüller* (Hg.), Die armen Frauen – Frauen und Sozialpolitik, S. 252 ff.; *Margret Dieck*, Zur Lebenssituationen älterer Frauen – Problemfelder und sozialer Handlungsbedarf, in: SF 1984, S. 150 ff.

16 S. auch *Meinhard Miegel*, Die verkannte Revolution (1). Einkommen und Vermögen der privaten Haushalte, 1983.

17 “Soziale Sicherung bei Pflegebedürftigkeit – Bestandsaufnahme und Reformbestrebungen”, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. XXIX, 1987; *Gerhard Igl*, Pflegebedürftigkeit und Behinderung im Recht der sozialen Sicherheit – Eine rechtsvergleichende Untersuchung für die Bundesrepublik Deutschland und Frankreich, 1987.

– endlich die zunehmende Forderung, unter dem Stichwort “Grundsicherung” die Alterssicherung sowohl von der sozialen Biographie als auch von der konkreten Bedürftigkeit zu lösen und das *Alter* zu einem *Leistungsgrund per se* zu machen.¹⁸

1.3 Die Reaktion der Politik

Wie hat die Politik – im weitesten Sinne von der Gesetzgebung bis zur sozialpolitischen Diskussion – darauf reagiert?

– Die effektivste und kontinuierlichste Reaktion können wir hinsichtlich der *Gleichstellung von Mann und Frau* verzeichnen:

– 1985 die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, mit der die Gleichstellung von Mann und Frau hinsichtlich der Hinterbliebenenrenten gefordert wird;¹⁹

– 1976/77 der Versorgungsausgleich²⁰;

– 1977 bis 1979 die Sachverständigenkommission für die soziale Sicherung der Frau und der Hinterbliebenen;²¹

– 1985/86 die Neuregelung der Hinterbliebenen-Sicherung;²² zugleich die Einführung der Erziehungszeiten.²³

18 *Meinhard Miegell/Stefanie Wahl*, Gesetzliche Grundsicherung, Private Vorsorge – Der Weg aus der Rentenkrise, 1985; *Peter Rosenberg*, Die Freiheit unter den Brücken zu schlafen... oder? – Grundrenten versus Lebensstandardsicherung, in: SF 1985, S. 204 ff.; *Peter Clausing*, Auswirkungen des Grundrentenmodells von *Miegell/Wahl* auf die Rentenversicherung, in: DAngVers 1985, S. 480 ff.; *Wolfgang Leyendecker*, Grundrente – Rentenmodell für die Zukunft?, in: DRV 1986, S. 143 ff.

19 BVerfGE 39, 169. Zu den Reaktionen der Politik auf die Herausforderungen vgl. N 76 – 83.

20 *S. Ursula Kölbl*, Der Versorgungsausgleich – Ordnungsauftrag und Rollenverteilung von Familienrecht und Sozialrecht, in: *Hans F. Zacher* (Hg.), Der Versorgungsausgleich im internationalen Vergleich und in der zwischenstaatlichen Praxis, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Bd. 11 (1985), S. 47 ff.; *Bernd von Maydell*, Die deutsche Lösung: das Sozialrecht und andere Instrumente sozialer Sicherung, ebda., S. 249 ff.; *Franz Ruland*, Die Problemstruktur des Versorgungsausgleichs, ebda., S. 167 ff.; *ders.*, Kostenneutralität des Versorgungsausgleichs?, in: In Verantwortung für die deutsche Rentenversicherung, Rudolf Kolb zum 60. Geburtstag, 1987, S. 109 ff.

21 Sachverständigenkommission für die soziale Sicherung der Frau und der Hinterbliebenen, Vorschläge zur sozialen Sicherung der Frau und der Hinterbliebenen. Gutachten der Sachverständigenkommission, 2 Bde. sowie Anlagenbd. 1 u. 2, veröffentlicht durch die Bundesregierung, Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, 1979.

22 *Rudolf Kolb*, Hinterbliebenenversicherung oder Hinterbliebenenversorgung?, in: DRV 1984, S. 635 ff.; *Karl Hauck/Arno Bokeloh*, Die Neuordnung der Hinterbliebenenversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung, in: DRV 1984, S. 650 ff.; *Bernd von Maydell*, Hinterbliebenenrente mit Einkommensanrechnung – Eine geglückte Reformkonzeption?, in: DRV 1984, S. 662 ff.; *Helmut Kaltenbach*, Die Anrechnung von Einkommen auf die Hinterbliebenenrente ist nicht systemwidrig, in: DAngVers 1984, S. 525 ff.; *Bernd von Maydell*, Zur Frage der Systemgerechtigkeit des Anrechnungsmodells, in: DRV 1985, S. 35 ff.; *Rudolf Kolb*, “Bedürftigkeit” und “Bedarf” – Begriffsbestimmungen in der Hinterbliebenenversicherung, in: DRV 1985, S. 40 ff.; *Christof Helberger*, Die Reform der Hinterbliebenenrente – Anrechnungsmodell und Teilhabemodell im Vergleich, in: DRV 1985, S. 69 ff.; *Meinhard Heinze*, Zur Reform der Hinterbliebenenversorgung oder auf dem Weg zur “Sozialhilfe-Rente”, in: DRV 1985, S. 245 ff.; *Peter Krause*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Neuordnung der Hinterbliebenenrente sowie zur

Daß damit die Probleme des Wandels familiärer Strukturen nicht aufgearbeitet sind, bedarf kaum der Erwähnung.²⁴ 1987 setzt zudem das Bundesverfassungsgericht, indem es unterschiedliche Altersgrenzen für Frauen und Männer zuläßt, neue Akzente.²⁵

– Effektive Reaktionen des Gesetzgebers beobachten wir auch *hinsichtlich der Schwankungen und des Nachlassens des wirtschaftlichen Wachstums*. Jedoch fehlt hier jegliches Konzept.²⁶

– Auf die *Entwicklung des Arbeitsmarktes* hat der Gesetzgeber nur sehr zögernd reagiert. Zu nennen sind vor allem

- die – flexible – Vorverlegung des Rentenalters,²⁷
- der Vorruhestand²⁸ und

-
- Anerkennung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung, in: DRV 1985, S. 254 ff.; *Hans-Jürgen Papier*, Das Anrechnungsmodell aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: DRV 1985, S. 272 ff.; *Franz Ruland*, Sozialpolitische und verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Anrechnungsmodell, in: DRV 1985, S. 278 ff.; *Winfried Schmähl*, Neuregelungen der Hinterbliebenenversorgung in längerfristiger Perspektive, in: DRV 1985, S. 288 ff.; *Hermann Langenheim*, Die Neuordnung der Hinterbliebenenrenten, in: DRV 1985, S. 507 ff.; *Walter Quartier*, Hinterbliebenenrente mit Freibetrag – Umverteilung mit Augenmaß, in: DAngVers 1985, S. 1 ff.; *Klaus Michaelis/Wolfgang Blümlein/Bernd Heller*, Neuordnung der Hinterbliebenenrenten in der gesetzlichen Rentenversicherung, in: DAngVers 1985, S. 273 ff.; *Wolfgang Heine*, Hinterbliebenenfürsorge statt Hinterbliebenenversicherung, in: ZSR 1986, S. 82 ff.
- 23 *Wolfgang Schmidt*, Ab 1986: Anerkennung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung vorgesehen, in: DAngVers 1985, S. 179 ff.; *Hugo Finkel/Konrad Francke/Bernd Heller*, Erziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung, in: DAngVers 1985, S. 300 ff.; *Rudolf Dederer/Ulrich Krusemark*, Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung, in: DRV 1985, S. 524 ff.; *Bernd Heller*, Ausschluß einer Rentenminderung bei Anrechnung von Kindererziehungszeiten, in: DAngVers 1986, S. 271 ff.; *Bernd von Maydell*, Der Ausschluß älterer Frauen bei der Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung nach dem HEZG – Verfassungsrechtliche Bewertung – in: Beilage Nr. 5 zu Der Betrieb 1987, S. 1 ff.
- 24 S. noch einmal N 12. S. ferner "Familie – Tatsachen, Probleme, Perspektiven". Sonderveröffentlichung aus Anlaß des 71. Deutschen Fürsorgetages v. 29. – 31.10.1986 in München, Heft 2 – 4/1986 des Archivs für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit.
- 25 S. die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, abgedruckt in NJW 1987, S. 1541 ff.
- 26 S. noch einmal N 9. Ferner etwa *Karl-Jürgen Bieback*, Das Sozialleistungssystem in der Krise, in: ZSR 1985, S. 577 ff.; 671 ff., 705 ff., insbes. S. 584 ff.
- 27 Vgl. *Helmut Kaltenbach*, Früher in Rente?, in: DAngVers 1981, S. 167 ff.; *Carla Orsinger/Peter Clausing*, Verkürzung der Lebensarbeitszeit im Spiegel der Rentenversicherung, in: DAngVers 1982, s. 261 ff.; Verband Deutscher Rentenversicherungsträger, Gutachten der Kommission des Verbandes zur langfristigen Entwicklung der gesetzlichen Entwicklung s. ferner *Klaus Page/Axel Reimann*, Trend zu früherer Verrentung nimmt drastisch zu, in: DAngVers 1983, S. 401 ff.; *Axel Reimann*, Trend zur Frühverrentung noch ungebrochen, in: DAngVers 1985, S. 406 ff.
- 28 Gesetz zur Förderung von Vorruhestandsleistungen (Vorruhestandsgesetz – VRG) v. 13.4.1984, BGBl. I, S. 601. – S. dazu *Günter Albrecht*, Vorruhestand und Rentenversicherung, in: DRV 1984, S. 296 ff.; *Volkmar Seidel*, Vorruhestand – Gesetz zur Erleichterung des Übergangs vom Arbeitsleben in den Ruhestand, in: DAngVers 1984, S. 271 ff.; *Ralf-Peter Stephan*, Erstattungspflicht des Arbeitgebers bei Inanspruchnahme der "59er Regelung", in: DAngVers 1984, S. 274 ff. und 507 f.; *Dieter Heier*, Zur sozialpolitischen Problematik der Vorruhestandsregelung, in: SF 1985, S. 145 ff.

– die unglückselige Erfindung, Zeiten der Arbeitslosigkeit als beitragspflichtige Ausfallzeiten zu behandeln.²⁹

– Im übrigen finden wir *Diskussionen*, die sich noch im *Vorfeld der Gesetzgebung* befinden.

– Am deutlichsten hat die *soziale Sicherung für den Pflegefall* Gestalt angenommen.³⁰ Dieses neue “soziale Risiko” ist mit dem des Alters nicht identisch, überlappt sich aber damit. Die Diskussion darüber ist auf den Nenner zu bringen, daß die Kluft, die heute zwischen der abstrakt vorsorgebezogenen Natur der Alterssicherungssysteme, denen eine Rücksicht auf die konkrete Situation fremd ist, und der umfassend subsidiären Sozialhilfe im Pflegefall klafft, sozial nicht mehr länger erträglich erscheint – weder für die Betroffenen noch für die beteiligten Institutionen.

Zugleich ist die Entwicklung auf das Risiko “Pflegebedarf” hin aber ein Symptom dafür, daß die Rentenversicherung ebenso wie andere lohnersatzende und einkommenssichernde Alterssicherungssysteme nicht mehr allein genügen, aber auch nicht mehr damit alleingelassen sind, den Bedürfnissen der alten Menschen gerecht zu werden. Kindergeld, Wohngeld, Altenhilfe, Hilfe zum Lebensunterhalt und andere Leistungen der Sozialhilfe sind die wichtigsten Beispiele für die bedarfsorientierte Elastizität des Gesamtsystems.³¹

– Entsprechend zeichnete sich auch eine gewisse Tendenz ab, die Alterssicherungssysteme, die *Gesamtheit der Systeme sozialer Sicherheit, sonstige Alterseinkünfte und schließlich das Steuerrecht im Zusammenhang zu sehen*. Meilensteine auf diesem Weg waren die Arbeiten der Transfer-Enquête-Kommission 1977 bis 1979³² und der Alterssicherungskommission 1981 bis 1983.³³ Hinzu tritt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die unterschiedliche Besteuerung der Alterseinkünfte vom 26. März 1980.³⁴ Ein Paukenschlag ganz besonderer Art war schließlich, daß der Gesetzgeber 1985 die Hinterbliebenensicherung in den Verbund dessen stellte, was das Gesetz als Erwerbs- und Erwerbserwerbszeinkommen definiert.³⁵

Der Ertrag dieser Entwicklung ist freilich begrenzt. Zwar werden gewisse Zusammenhänge mehr als früher gesehen, werden Unterschiede zwischen verschiedenen Alterssicherungssystemen mittlerweile besser verstanden und rationaler

29 §§ 1259 Abs. 1 Nr. 3 a, 1385 a RVO.

30 S. *Bertram Schulin*, Landesreferat Bundesrepublik Deutschland, in: *Soziale Sicherung bei Pflegebedürftigkeit – Bestandsaufnahme und Reformbestrebungen* (N 17), S. 8 ff., insbes. S. 24 ff.

31 Transfer-Enquête-Kommission, *Das Transfersystem in der Bundesrepublik*, (N 15); Deutsches Zentrum für Altersfragen e.V., *Altwerden in der Bundesrepublik, Geschichte – Situationen – Perspektiven*, 1982, S. 279 ff.; *Frank Klanberg*, *Die Kumulation von Renten und anderen staatlichen Transferzahlungen: eine Synopse*, in: DRV 1983, S. 295 ff.

32 S. noch einmal N 15.

33 S. noch einmal N 14.

34 BVerfGE 54, 11.

35 S. noch einmal N 22.

bewertet. Aber eine umfassende Gesamtansicht fehlt ebenso wie ein Konzept der Koordination.³⁶

– Ohne Antwort geblieben ist bisher die „*demographische Herausforderung*“.³⁷ Zwar liegt eine Reihe von Vorschlägen auf dem Tisch.³⁸ Aber je klarer die Alternativen werden, desto schwerer scheint es der Politik zu fallen, sich einer Entscheidung auch nur zu nähern.

„Demokratietechnisch“ gesehen liegen die Gründe auch auf der Hand. Diese Aufgabe reicht weit über die Legislaturperiode hinaus.³⁹ In dieser sozialpolitischen Schicksalsfrage der Nation Entscheidungen von Bestand herbeizuführen, könnte einem Minister oder Kanzler wohl historischen Ruhm einbringen. Aber die Nachfrage nach diesem historischen Ruhm scheint bisher geringer gewesen zu sein als die Nachfrage danach, die nächsten Wahlen gerade noch einmal zu gewinnen.

36 Zur Alterssicherungskommission s. nochmals N 14. Ergänzend s. *Heinz Pampel*, Strukturreform der Alterssicherung – Probleme und Lösungsmöglichkeiten, in: DRV 1987, S. 348 ff.

37 S. noch einmal N 10.

38 S. noch einmal N 27. S. zuletzt vor allem das Gutachten der Kommission des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger (N 27) sowie Sozialbeirat, Langfristige Probleme der Alterssicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1-3, 1981. Aus der Rentenreformdiskussion im übrigen *Oswald von Nell-Breuning*, Soziale Sicherheit? – Zu Grundfragen der Sozialordnung aus christlicher Verantwortung, I Soziale Sicherung des Alters, 1979; *Rudolf Kolb*, Bemessung des Arbeitgeberanteils in der gesetzlichen Rentenversicherung nach dem Kapitaleinsatz bzw. der Wertschöpfung, in: DRV 1980, S. 1 ff.; *Josef Isensee*, Der Sozialversicherungsbeitrag des Arbeitgebers in der Finanzordnung des Grundgesetzes – Zur Verfassungsmäßigkeit eines „Maschinenbeitrages“, in: DRV 1980, S. 145 ff.; *Marianne Dünnwald*, Der „Maschinenbeitrag“ eine Steuer?, in: DRV 1981, S. 51 ff.; *Grohmann* in N 9; *Klaus-Dirk Henke*, Fragen einer Reform der Arbeitgeberbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung, in: DRV 1982, S. 144 ff.; *Norbert Berthold/Ulrich Rappel*, Gesetzliche Rentenversicherung und demographische Schwankungen, in: Wirtschaftsdienst 1983, S. 297 ff.; *Helmut Kaltenbach*, Revolution oder Reform der gesetzlichen Rentenversicherung, in: DAngVers 1985, S. 477 ff.; *Winfried Schmähl*, Einführung einer „demographischen Komponente“ in die Rentenformel – Anmerkungen zum Vorschlag der SPD, in: DRV 1985, S. 370 ff.; *ders.*, Strukturreform der Rentenversicherung – Konzept und Wirkungen, in: DAngVers 1986, S. 162 ff.; *Rudolf Kolb*, Möglichkeiten zukünftiger Alterssicherung durch die gesetzliche Rentenversicherung, in: DRV 1985, S. 494 ff.; *ders.*, Strukturreform oder Strukturverbesserung des Rentenrechts?, in: DRV 1986, S. 1 ff.; *Reiner Hinkel*, Lebensarbeitszeitveränderung als zentrales Element einer Strukturreform der Rentenversicherung, in: SF 1986, S. 241 ff.; *Gert Wagner*, Die Strukturreform der gesetzlichen Rentenversicherung und Strategien der Arbeitsmarktpolitik – Eine zusammenhängende Betrachtung ist erforderlich, in: SF 1986, S. 245 ff.; *Rainer Will/Bernd Rill* (Hg.), Die Rentenversicherung im Jahre 2000 – Entschließung und aktuelle Grundlagen, 1986; *Eugen Glombig*, Strukturreform in der Rentenversicherung – Überlegungen der SPD-Bundestagsfraktion, in: DAngVers 1986, S. 249 ff.; *Pampel* in N 36.

39 S. *Zacher* in N 9. Zur Regierungspolitik s. die Erklärung des Bundeskanzlers v. 6.3.1986, Bulletin des Presse- und Informationsamts der Bundesregierung 1986, S. 177 ff. (179). S. auch Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, Sozialbericht 1986, S. 24 ff., insbes. S. 29 f.

1.4 Die breite Skala offener Fragen

Insgesamt ist so ein weites, vielfältiges und zugleich bedeutsames Spiel offen. Das gilt nicht nur, wie skizziert, für die Seite der Herausforderung. Das gilt auch für die Seite der Antworten. Die Neubesinnung auf Eigenvorsorge, Familie, gesellschaftliche Kräfte, mehr Markt usw.⁴⁰ beweist das nicht weniger als die Diskussion über eine Grundsicherung.⁴¹

2. Insbesondere: Die Stellung der Rentenversicherung

Die so in Erinnerung gerufene Entwicklung betrifft im besonderen auch die Stellung der Rentenversicherung.

2.1 Zum Konzept von 1957

1957 wurde die Rentenversicherung nicht als Volksversicherung, geschweige denn als Staatsbürgerversorgung konzipiert, sondern weiterhin als Arbeitnehmerversicherung. Den Arbeitnehmern sollte eine Sicherung geboten werden, die ihrem erarbeiteten Lebensstandard gerecht wird und ihn im Einklang mit der Entwicklung der Lebensverhältnisse der nachfolgenden Generationen von Arbeitnehmern hält.⁴² Die für Arbeitnehmer typische Vorsorgefähigkeit aber auch Vorsorgebedürftigkeit sollte Grundlage des Systems bleiben. Die wichtigsten Indizien dafür: die Einkommensobergrenze für Angestellte wurde aufrechterhalten; und die freiwillige Versicherung wurde eng begrenzt.⁴³

Zu dem Konzept von 1957 gehörte jedoch nicht minder, daß die Rentenversicherung nicht nur die im Beitrag manifestierte Vorsorge für das Alter gutbrachte. Vielmehr wurde auch ein Ausgleich für Opfer und soziale Nachteile gutgebracht, wie er in Ersatzzeiten und Ausfallzeiten seinen Ausdruck fand⁴⁴ – ein Ausgleich, wie er denen, denen die Rentenversicherung verschlossen blieb, nicht oder allenfalls anders zuteil wurde. Was von Seiten der Rentenversicherung oft als “versicherungsfremde Last” empfunden wurde,⁴⁵ konnte sich so auch für die

40 S. hierzu *Walter Gerber* (Hg.), *Stärkung der Selbstverantwortung – Aufgabe unserer Gesellschaft*, 1984; zu neueren Entwicklungen s. *Rolf G. Heinze* (Hg.), *Neue Subsidiarität – Leitidee für eine zukünftige Sozialpolitik*, 1986; zur Praxis s. *Fritz Vilmar/Brigitte Runge*, *Soziale Selbsthilfe – Privatisierung oder Vergesellschaftung des Sozialstaats? Soziale Selbsthilfegruppen in der Bundesrepublik*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Bd. 44 (1986), S. 3 ff. – *Kritisch zur Rechtslage der Selbsthilfe Johannes Münder*, *Selbsthilfe und (neue?) Subsidiarität – Politische Mode oder rechtlich geboten?*, in: *Neue Praxis* 1986, S. 417 ff.

41 S. noch einmal N 18.

42 S. noch einmal *Hockerts* (N 1), S. 320 ff., insbes. S. 422 ff.

43 S. noch einmal *Peters* (N 2).

44 S. §§ 1251, 1259 RVO. Zur Entwicklung der Ersatz- und Ausfallzeiten und ihrer Bewertung s. etwa *Verband Deutscher Rentenversicherungsträger* (Hg.) *Kommentar zur RVO*, 4. u. 5. Buch, Bd. I § 1251 Rdnr. 1, § 1259 Rdnr. 1 sowie die Erläuterung zu § 1255 a RVO.

45 *Peter Krause*, *Fremdlasten der Sozialversicherung*, in: *VSSR* Bd. 8 (1980), S. 115.; *Rudolf Kolb*, *Die Bedeutung des Versicherungsprinzips für die gesetzliche Rentenversicherung*, in: *DRV* 1984, S. 177 ff.

Gesicherten als eine Ungleichheit darstellen, die auf Korrektur dränge.⁴⁶ Wenn die Sicherung im Alter schon nicht allein nach Beiträgen bemessen sein sollte, sondern nach einer weiter ausgreifenden sozialen Bewertung des aktiven Lebens, warum sollte das nicht allen zugute kommen?

2.2 Ende der sechziger Jahre: neue Akzente

In der Folgezeit freilich breitete sich der Einzugsbereich der Rentenversicherung weiter aus.⁴⁷ Der Anteil der Arbeitnehmer und damit der Rentenversicherten an der Bevölkerung wuchs permanent.⁴⁸ Von 1967 an setzt auch rechtspolitisch ein Wandel ein, der das selektive Konzept der Rentenversicherung relativierte. Die Rentenversicherung wurde geöffnet: 1967 durch den Wegfall der Einkommensgrenze für die Angestellten,⁴⁹ 1972 dann in umfassender Weise.⁵⁰ Zugleich wurde der Wert der "Rentenbiographie" durch die "Rente nach Mindesteinkommen" von unten her korrigiert.⁵¹ Schließlich war die Steigerung des Niveaus der Renten gegenüber dem Niveau der Arbeitnehmereinkommen selbst zu einem Ziel der Sozialpolitik geworden.⁵²

Alles in allem: die Rentenversicherung wurde zu der Alterssicherung schlechthin.⁵³ Sie sollte für sich allein genügen, ein der Lebensleistung entsprechendes Alterseinkommen zu sichern.⁵⁴ Als eine indirekte Bestätigung dieser Tendenz mag das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Alterssicherung von 1974

46 Zu den Wirkungen der Ausfallzeiten s. etwa *Jürgen Born*, Verteilungswirkungen der Ausfallzeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung, in: DRV 1984, S. 11 ff.; *Joachim Genosko*, Arbeitsangebot und Alterssicherung, 1985, insbes. S. 28 ff. Zur Problematik s. auch BVerfGE 58, 81 /113 f.).

47 S. dazu auch *Georg Wannagat*, Auf dem Wege zur Volksversicherung, in: Festschrift für Erich Fechner, 1973, S. 207 ff. (212 ff.); *Detlev Zöllner*, Die Funktionserfüllung der gesetzlichen Alterssicherung im Rückblick, in: Festschrift für Helmut Meinhold (N 4), S. 195 ff., insbes. S. 196 f.

48 S. die Tabelle "Erwerbstätige nach Stellung im Beruf und Wirtschaftsabteilungen, 1967-1984", in: Arbeits- und Sozialstatistik, Hauptergebnisse 1985, S. 32.

49 Art. 1 § 2 des Finanzänderungsgesetzes 1967 (N 6).

50 S. *Peters* in N 2, S. 196 ff.; Kritisch zur Rentenreform 1972: *Gert Tureck*, Öffnung der gesetzlichen Rentenversicherung für Selbständige, Hausfrauen und andere Personen, in: DAngVers 1972, S. 442 ff.; *Willi Albers*, Zum Streit um die Rentenreform, in: SF 1973, S. 107 ff.; *Peter Thullen*, Gedanken zur deutschen Rentenversicherung, in: DRV 1983, S. 401 ff.; insbes. S. 406 ff.

51 *Hans-Jürgen Kremp*, Renten nach Mindesteinkommen, in: Arbeits- und Sozialstatistische Mitteilungen 25. Jg. (1974), S. 236 ff.

52 Zur Entwicklung des Rentenniveaus seit 1957 s. die Tabellen in: Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, Sozialbericht 1986, S. 190 u. den Text S. 26, sowie das Gutachten von *Heinz Grohmann*, Die gesetzliche Rentenversicherung im demographischen Wandel (N 10), S. 44 ff., 47-57, sowie die Zusammenfassung auf S. 87 ff. Aus dem älteren Schrifttum s. auch *Winfried Schmähl*, Das Rentenniveau in der Bundesrepublik, 1975.

53 S. schon Sozialenquete (N 3), S. 163 f.: "Der Charakter der drei gesetzlichen Rentenversicherungen als Rückgrat der deutschen Alterssicherung tritt damit deutlich hervor." S. etwa auch *Wannagat* in N 47, insbes. S. 215 f.

54 Sachverständigenkommission Alterssicherungssysteme (N 14), Berichtsbd. 1, S. 141 f.

gelten. Danach stellt sich eine ergänzende betriebliche Alterssicherung als eine Möglichkeit, nicht aber als eine Notwendigkeit dar.⁵⁵

2.3 Weitere Entwicklungen

Die Folgezeit hat das erneut in Frage gestellt. Dabei verlief die Entwicklung nicht ohne Widersprüche. Die Schritte etwa zu der besseren sozialen Sicherung der Frau stellten die zentrale Rolle der Rentenversicherung deutlich heraus.⁵⁶ Auf der anderen Seite aber zeigten sich auch Gegenteilstendenzen:⁵⁷

- das Absinken, jedenfalls die Stagnation des Niveaus der Renten⁵⁸
- der Teilwiderruf ihrer Öffnung durch eine zunehmende Differenzierung zwischen Pflichtversicherung und freiwilliger Versicherung;⁵⁹
- Einschränkungen in der Anrechnung von Ausfallzeiten;⁶⁰
- die wieder zunehmende Bedeutung zusätzlicher Leistungen aus anderen Leistungszweigen,⁶¹ insbesondere aus der Sozialhilfe;⁶²

55 Sachverständigenkommission Alterssicherungssysteme (N 14), Berichtsbd. 1, S. 121 ff., 142.

56 Das gilt vor allem für den Versorgungsausgleich, Begründung von Anwartschaften bei der Rentenversicherung als zentrale Lösung, und für die Anrechnung von Kindererziehungszeiten, § 1251 a RVO.

57 S. dazu *Bieback* (N 26), S. 577 ff., insbes. 584 ff.; *ders.* (Hg.), *Die Sozialversicherung und ihre Finanzierung*, 1986, S. 22 f.

58 Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, *Sozialbericht 1986*, S. 26; *Jürgen Kohl*, Alterssicherung im internationalen Vergleich; Zur Einkommensstruktur und Versorgungssituation älterer Haushalte, erscheint in: *Sozialer Wandel und Strukturprobleme sozialer Sicherung* (Tagung der Sektion Sozialpolitik der Deutschen Gesellschaft für Soziologie am 1. und 2. Mai 1987 in Bielefeld), 1987.

59 *Bieback* (N 26), S. 585 f.

60 Vor allem durch Bewertungsgrenzen: Einführung von Bewertungsgrenzen in § 1255 a RVO durch Art. 1 § 1 Nr. 20 RVÄndG ("Härtenovelle") v. 9.6.1965; Herabsetzung der Bewertungsgrenzen durch Art. 2 § 1 Nr. 12 a – d des 20. RAG v. 27.6.1977 s. im übrigen *Bieback* (N 26), S. 585.

61 S. N 31, ergänzend s. *Gert Weyers/Alois Oberhauser*, Kumulationsabbau bei den Sozialleistungen, 1984.

62 Eine genaue Analyse ist freilich außerordentlich schwierig. Die Verhältnisse stellen sich je nach Arten der Sozialhilfe (Hilfe zum Lebensunterhalt, Altenhilfe, andere Hilfen in besonderen Lebenslagen) und nach Gruppen (z.B. ehemalige Erwerbstätige, ehemalige Hausfrauen etc.) sehr unterschiedlich dar. Außerdem gibt es seitens der Rentenversicherung ihrer Natur nach keine Statistik darüber, welche Rentenbezieher nebenbei auch Sozialhilfe beziehen. Der statistische Zugang könnte nur über die Sozialhilfe genommen werden. Eine vollständige Aufschlüsselung der Sozialhilfebewilligungsvorgänge unter diesem Aspekt scheint jedoch sehr schwierig zu sein. Außerdem stößt die Sozialhilfe – trotz des Amtsprinzips – an gewissen Grenzen der Annahme dieser Leistung. S. zu den Schwierigkeiten etwa die Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Abgeordneten Bueb, Frau Wagner und der Fraktion DIE GRÜNEN v. 24.9.1986, BTDr. 10/6055, S. 15 f. – Zu der Problematik s. ferner *Gerhard Bäcker*, Sozialhilfe – Hilfen zum Lebensunterhalt – Daten und Trends der "Neuen Armut", in: *Soziale Sicherheit* 1982, S. 179 ff. (191 f.); *ders.* Solidarische Alterssicherung statt Altersarmut, in: *WSI-Mitteilungen* 1987, S. 75 ff.; *Frank Klanberg*, Sozialhilfebedürftigkeit unter Rentenempfängern, in: *DRV* 1985, S. 437 ff.; *Richard Hauser/Elanie Heldmann/Klaus Kortmann*, Demographischer Wandel, modifizierte Anpassungsverfahren, Rentenre-

– das Anrechnungsmodell in der Hinterbliebenensicherung.⁶³

So konnte es nicht ausbleiben, daß die Diskussion um die Zukunft der Rentenversicherung doppelbödig wurde: zur Diskussion um die Reform der *Rentenversicherung* und zur Diskussion um die Zukunft der *Alterssicherung*.⁶⁴ Auch von daher also zeigt sich, daß sich ein weites Spiel von Herausforderungen und Antworten aufgetan hat.

II. Der Bezugsrahmen der Diskussion

1. Der vergleichende Ausblick

In dieser Lage liegt es nahe, international Ausschau zu halten und zu fragen, welcher Nutzen aus einem internationalen Vergleich⁶⁵ gezogen werden kann. Die ausländische Entwicklung⁶⁶ und Diskussion⁶⁷ ergibt jedoch ein überaus vielfälti-

form und Sozialhilferisiko bei Rentnerhaushalten, in: DRV 1983, S. 668 ff.; *Winfried Schmähl*, Rentenniveau, Rentenhöhe und Sozialhilfezahlungen – Einkommensmäßige "Über- und Unterversorgung". Zur Präzisierung verteilungspolitischer Ziele für die gesetzliche Rentenversicherung, in: DRV 1984, S. 563 ff.

63 S. noch einmal N 22.

64 S. noch einmal N 14-18.

65 Weltweites Material: *Detlev Zöllner*, Alterssicherungssysteme im internationalen Vergleich, in: "Über- und Unterversorgung bei der Alterssicherung", (N 15), S. 145 ff.; U.S. Department of Health and Human Services – Social Security Administration, *Social Security Programs throughout the World – 1985*. – OECD-Material: OECD, *Old Age Pension Schemes, 1977*; *Xenia B. Scheil*, Dynamisierung gesetzlicher Altersrenten – eine Analyse der Zielvorstellungen in Anpassungsregelungen ausgewählter OECD-Länder, 1979. – EG-Material: *Comparative Tables of the Social Security Schemes in the Member States of the European Communities, 13th ed. (Situation at 1st July 1984)*. – Europarat-Material: Council of Europe. *Comparative Tables of the Social Security Systems, 1985 (Stand: 1. Juli 1984)*, S. 80 ff. – S. ferner *Sybille Dorow*, Alterssicherung international, 1970; *A. Zelenka*, Les systèmes de pensions dans les pays industrialisés, 1974; Schweizerische Bankgesellschaft (Hg.), *Soziale Sicherung in zehn Industrieländern, Ein Kosten- und Leistungsvergleich der sozialen Sicherung zwischen der Schweiz, Belgien, der BRD, Finnland, Großbritannien, Kanada, den Niederlanden, Österreich, Schweden und den USA, 1977*; *Abraham, Doron*, *Social Services for the Aged in Eight Countries – A Comparative Study, 1979*, insbes. S. 16 ff.; President's Commission on Pension Policy, *International Comparison of Pension Systems, March 1980*.

66 *Bernd Schulte*, Reformen der sozialen Sicherheit in Westeuropa 1965 – 1980; in: VSSR Bd. 8 (1980), S. 323 ff., insbes. S. 343-347; *George F. Rohrlach*, Wie Rentensysteme der sozialen Sicherheit angemessen und zahlungsfähig erhalten werden – Ein Überblick über Probleme und Maßnahmen mehrerer Länder, in: *Internationale Revue für soziale Sicherheit* 1980, S. 133 ff.; *Winfried Schmähl*, Tendenzen und Aufgaben der Alterssicherungspolitik in Ländern Westeuropas, in: DRV 1983, S. 348 ff. – Allgemeiner: *EISS Yearbook 1979 – 1980 Part II, Social Security Reforms in Europe, 1980*; *EISS Yearbook 1980 – 1981, Part I, Social Security Reforms in Europe, 1982*; *Charlotte Nusberg* (with Mary Jo Gibson and Sheila Peace), *Innovative Aging Programs Abroad – Implications for the United States, 1984*, insbes. S. 3 ff., 43 ff.; *Ursula Engelen-Kefer* (Berichterstatter), Die aktuellen Probleme der sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Teil 1, 1984; *Helmut Gohl*, Die Entwicklung von Altersrenten und Vorruhestandsregelungen in westlichen Industriestaaten, in: *Mitteilungen der LVA Württemberg* 1984, S. 83 ff., 113 ff., 175 ff.; *Robert C. Atchley*, *Social Security – Type Retirement Policies: A Cross – National Study, 1985*; *Jean-Pierre Dumont*, *L'Evolution de la Sécurité Sociale dans le Monde en 1984*,

ges, ja widerspruchsvolles Bild. Dabei wird man den Blick ohnedies nur auf Länder richten dürfen, deren politische, ökonomische und soziale Struktur mit derjenigen der Bundesrepublik vergleichbar ist – also nicht auf sozialistische Länder⁶⁸ oder auf Länder der Dritten Welt.⁶⁹ Gleichwohl: wir finden zwar ähnliche Herausforderungen:⁷⁰ Rückgang und Unsicherheit des wirtschaftlichen Wachstums,⁷¹ steigende Lebenserwartung, Geburtenrückgang,⁷² Veränderungen der

-
- in: *Revue Française des Affaires Sociales*, 1986, S. 151 ff., insbes. S. 154 ff., *Raymond Nottage/Gerald Rhodes*, *Pensions, A Plan for the Future*, 1986; Kommission der EG, *Probleme der Sozialen Sicherheit – Themen von gemeinsamen Interesse*, 1986, Kom (86) 410 endg.
- 67 *Thomas Wilson* (Hg.), *Pensions, Inflation and Growth – A Comparative Study of the Elderly in the Welfare State*, 1974; ISSA, *Implications for Social Security of Research on Aging and Retirement*, 1977; *Jean-Jacques Rose* (Hg.), *The World Crisis in Social Security*, 1982; *Robert H. Binstock/Wing-Sun-Chow/James H. Schulz* (Hg.), *Internationale Perspectives on Aging: Population and Policy Challenges*, 1982; *Soziale Sicherheit für die Älteren: Informationsdokument* vorbereitet von der internationalen Vereinigung für Soziale Sicherheit für die Weltversammlung über das Altern, in: *International Revue für Soziale Sicherheit* 1982, S. 534 ff.; ILO, *Into the 21st Century: The Development of Social Security*, 1984, S. 80 ff.
- 68 *Michael Faude*, Strukturelemente sozialistischen Sozialrechts am Beispiel des Altersrentenrechts in der DDR und der UdSSR, in: *Jahrbuch für Ostrecht* 20 (1979) 1, S. 105 ff.; *Tatjana Globokar*, Der Übergang der Arbeitnehmer in den Ruhestand in Osteuropa, in: *Mitteilungen aus der Arbeitsmarktforschung* 1983, S. 53 ff.; *Soziale Sicherheit für die Älteren* in N 67; zur sozialen Sicherung in Osteuropa s. ferner: *Zeitschrift für Ostrecht*, Bd. 23 (1982).
- 69 *James Midgley*, *Social Security, Inequality and the Third World*, 1984; *Maximilian Fuchs*, *Soziale Sicherheit in der Dritten Welt*, 1985, S. 24 ff.; *Hans F. Zacher*, Traditionelle Solidarität und moderne soziale Sicherheit – Ein sozialpolitisches Dilemma der Entwicklungsländer, in: *Landwirtschaftliche Sozialversicherung und internationale Beziehungen*, Festschrift für Kurt Noell, 1986, S. 37 ff.
- 70 S. noch einmal N 66, sowie das weitere in N 66 u. 67 zitierte Material.
- 71 Weltweites Material: *Paul Fisher*, Die Krise der sozialen Sicherheit: Ein internationales Dilemma, in: *Internationale Revue für soziale Sicherheit* 1978, S. 423 ff.; *Jean-Pierre Dumont*, L'impact de la crise économique sur les systèmes de protection sociale, BIT, 1986. – OECD-Material: OECD, *The Welfare State in Crisis*, 1981; OECD, *Social Expenditure 1960 – 1990, Problems of Growth and Control*, 1985. – EG-Material: Mitteilung der Kommission an den Rat, *Probleme der sozialen Sicherung – Einige Überlegungen* –, 1982. KOM (82), 716 endg.: Mitteilung der Kommission an den Rat, s. N 66; *Problemes de Sécurité Sociale en Europe – une Communication de la Commission des Communautés Européennes*, in: *Futuribles* 1983, S. 53 ff.; *Comité économique et social, Les Problemes Actuels de la Sécurité Sociale dans les Pays de la CEE*, 1984. – Europarat-Material: *Troisième Conférence des Ministres Européens responsables de la Sécurité Sociale. Travaux du Conseil dans les Domaines de la Sécurité Sociale*, 1985. – Sonstiges internationales Material: *Bernd Schulte*, *Pensions in a Period of Economic Crisis*, in: *EISS Yearbook 1980 – 1981, Part II, The Social Security and the Economic Crisis*, 1982; *Jef van Langendonck*, *Sécurité Sociale et Insécurité Economique*, in: *EISS Yearbook 1982-1983, Part I*, 1984, S. 77; ebd. *Winfried Schmähl*, *Pensions*, S. 25 ff.; BIT, *La Sécurité Sociale dans les pays les plus industrialisés*, 1984; *Hermann Urbanetz*, *L'Assurance-Vieillesse sur l'Influence des Changements Economiques et Démographiques*, in: *Revue Belge de Sécurité Sociale* 1985, S. 166 ff. S. ergänzend das Material in N 66 u. 67. Zur wirtschaftlichen Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland s. N. 9.
- 72 Mitteilung der Kommission an den Rat (N 66), insbes. S. 10 ff.; – *Franz-Xaver Kaufmann/Lutz Leisering*, *Demographische Veränderungen als Problem für soziale Sicherungssysteme*, in: *Internationale Revue für Soziale Sicherheit* 1984, S. 429 ff.; *Malcom Wicks/Melanie*

Arbeitswelt,⁷³ Wandel der familiären Lebensmuster⁷⁴ etc. Aber wir finden, sehen wir einmal davon ab, daß überall gespart wird oder werden muß, daß jedenfalls die sozialpolitischen Zuwächse zurückgegangen sind,⁷⁵ sehr unterschiedliche Reaktionen – unterschiedliche Reaktionen schon in der öffentlichen Diskussion,⁷⁶ mehr noch aber unterschiedliche Reaktionen der Politik,⁷⁷ insbesondere der Gesetzgebung. Wir finden Länder, in denen die Renten hinter der Inflation zurückgeblieben sind, und Länder, in denen sich die Kaufkraft der Renten erhöht hat.⁷⁸ Wir finden Länder, in denen das Nettoeinkommen der Alten stärker gewachsen ist als das Nettoeinkommen der Aktiven, und Länder, in denen das Gegenteil der Fall ist.⁷⁹ Wir finden Länder, in denen der Eintritt in das Rentenalter vorgezogen wurde, und Länder, in denen man versucht, das Rentenalter hinauszuschieben.⁸⁰ Wir finden

Henwood, Old Age in Europe: Implications for Social Policy, in: EISS-Yearbook 1984, Sociological Research and Social Security, 1986, S. 45 ff.; *Nathan Keyfitz*, The Demographics of Unfunded Pensions, in: European Journal of Population/Revue Européenne de Démographie, 1985, S. 5 ff.; *Urbanetz* (N 71), S. 166 ff., insbes. S. 171 ff., *Franz-Xaver Kaufmann/Lutz Leisering*, Demographic Challenges in the Welfare State, in: *Else Oyen* (Ed.), Comparing Welfare States and their Futures, 1986, S. 96 ff.; S. auch das Material in N 66, 67. – Allgemein zur demographischen Problematik s. auch L'Evolution Démographique 1950 à 1990, OECD, 1979; Unterrichtung durch die Bundesregierung, Bericht über die Bevölkerungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, 1. Teil, S. 30 ff. Zur Bevölkerungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland s. N 10.

- 73 S. nochmals *Urbanetz* (N 71), S. 166 ff., insbes. S. 168 ff.; – S. auch ILO, Bericht des Generaldirektors zur dritten europäischen Regionalkonferenz, Oktober 1979. Wachstum, strukturelle Veränderungen und Arbeitskräftepolitik, Die Herausforderung der 80er Jahre, 1979; BIT, Conférence internationale du Travail, 70. Session 1984, La Temps de Travail, Reduction de la Durée du Travail, Repos hebdomadaire et Congrès Payés, 1984; ILO, World Labour Report 1, 1984 and 2, 1985. Zur Veränderung der Arbeitswelt in der Bundesrepublik Deutschland s. N 11.
- 74 Generalsekretariat der IVSS, Soziale Sicherheit und Familienpolitik, in: Internationale Revue für Soziale Sicherheit 1982, S. 299 ff.; IVSS-Dokumentation Soziale Sicherheit, Die Soziale Sicherheit und die Familienpolitik, 1982; *Anton Amann*, The Status and Prospects of the Aging in Western Europe, 1981, S. 32 ff.; *Rémi Lenoir*, Evolution des Structures Familiales et Sécurité Sociale, in: EISS-Yearbook 1984, Recherches Sociologiques et Sécurité Sociale, 1986, S. 55 ff. Zur Veränderung der familiären Strukturen in der Bundesrepublik Deutschland s. N 12.
- 75 S. im weltweiten Vergleich: The Cost of Social Security – 9th international Inquiry 1972 – 1974, hrsg. v. der ILO, 1979, insbes. die Tabelle 2.
- 76 Das führt auch dazu, daß international nur noch wenig gemeinsame Nenner für die künftige Entwicklung zu finden ist. So sind die Aussagen der ILO-Denkschrift über die Zukunft der sozialen Sicherung (International Labour Office, Into the 21st Century (N 67 a.E.) zur Alterssicherung (s. insbes. S. 80 ff.) ausgesprochen “dünn” geraten.
- 77 Den gleichermaßen umfassendsten und differenziertesten Überblick über die jüngste Entwicklung der Sozialpolitik in einer Reihe von Ländern findet sich bei *Peter Flora* (ed.), Growth to Limits. The Western European Welfare States since World War II, 3 Bde., 1986. Zu den Reaktionen der Politik in der Bundesrepublik Deutschland auf die Herausforderung s. N 19-39.
- 78 *Dumont* (N 71), S. 87. Umfassend dazu: ILO, Pension and Inflation, 1977.
- 79 *Dumont* (N 71), S. 88 ff.
- 80 *Dumont* (N 71), S. 98 ff. S. ferner *Martin B. Tracy*, Tendenzen des Ruhestandes, in: Internationale Revue für Soziale Sicherheit, 1979, S. 143 ff.; *Gerhard Buczko*, Das Rentenalter im

Länder, in denen der Staatsanteil an der Alterssicherung gestiegen ist und Länder, in denen der Beitragsanteil zugenommen hat.⁸¹ Wir finden Länder, in denen sich das Gewicht der Alterssicherung von den Versicherungssystemen auf Volksrenten oder Fürsorgesysteme verlagert hat, und Länder, in denen das Gewicht der Versicherungssysteme zugenommen hat.⁸² Wir finden Länder, in denen elementare Reformen stattgefunden haben. Länder, die von einem Flickwerk zum anderen stolpern, und Länder, in denen sich scheinbar nichts bewegt.⁸³

Wie erklärt sich das? Man wird zwischen sozialpolitik-externen und sozialpolitik-internen Gründen unterscheiden müssen. *Sozialpolitik-externe Gründe* mögen tatsächlicher Art sein: wie etwa Unterschiede des wirtschaftlichen Wachstums, der Bevölkerungsentwicklung, der Arbeitslosigkeit usw. Und sie mögen sozialpsychischer Natur sein: die Herausforderungen mögen unterschiedlich bewertet werden. Verkleinerung und Destabilisierung der Familien etwa mag in dem einen Land eher bedauert, in dem anderen Land eher als ein Zeichen von Freiheit und Gleichheit unvermeidlich erscheinen, ja begrüßt werden. Wir können uns dem hier nicht weiter widmen.

Die *sozialpolitik-internen Gründe* sind zunächst solche des Entwicklungsstandes der Alterssicherung. Es ist mit dem "sozialpolitischen Wachstum" ähnlich wie mit dem "wirtschaftspolitischen Wachstum".⁸⁴ Wo der Entwicklungsstand ein geringer ist, ist auch noch viel Platz für Wachstum. Wo ein gewisser Sättigungsgrad erreicht ist, kann dieser für sich selbst schon ein Boden für Stagnation oder gar Rezession sein. Für den Zusammenhang hier ist eine andere Kategorie sozialpolitik-interner Gründe bedeutsamer. Sie lassen sich auf den Nenner bringen: *Die Reichweite des Problems Alterssicherung und die Differenziertheit der Strukturelemente seiner Lösungen sind schwer wahrnehmbar*. Alterssicherung ist immer ein komplexes Phänomen und eine komplexe gesellschaftliche und staatliche Leistung.⁸⁵ Zwar gibt es immer einen oder mehrere Schwerpunkte der Lösung. Das gilt für die objektive Bedeutung eines oder mehrere Systeme. Und es gilt für die politische Bewertung eines oder mehrerer Systeme. Aber gerade der Umstand, daß diese Systeme, die – ihrer objektiven Funktion oder ihrer politischen Einschätzung

ausländischen Recht, in: DAngVers 1981, S. 261 ff.; IVSS, XXI. Generalversammlung, Genf. 3. – 13. Oktober 1983. Bericht VI. Rentenalter und Fortführung einer Erwerbstätigkeit, John J. Carroll, Early Retirement Practices in Selected European Countries, 1985; ISSA, Sécurité Sociale, Chômage et Retraite Anticipée, 1985; Heinz Salowsky/Achim Seffen, Vorzeitiger Ruhestand: Rentenrechtliche und tarifvertragliche Regelungen im In- und Ausland, in: RdA 1986, S. 321 ff.; Statistisches Bundesamt, Statistik des Auslandes, Länderbericht EG-Staaten, 1986, S. 50; Jane Ross, Changing the retirement age in the United States; a case study on research and social security policy making, ISSA expert group meeting on "The Role of Research in Social Security", Cracow 23. – 25. June 1987.

81 Dumont (N 71), S. 150 ff.

82 S. Zöllner (N 65).

83 S. noch einmal N 66, 67.

84 S. Peter Flora, Introduction, in: Growth to Limits (N 77), S. VI ff. (insbes. S. XXI ff.); Else Oyen (Ed.), Comparing Welfare States and their Futures, 1986.

85 Jürgen Plaschke, Gesellschaftliche Sicherheit alter Menschen, 1983.

nach – im Vordergrund stehen, eben doch nur Schwerpunkte sind und nicht das Ganze, erschwert, sie richtig zu verstehen und zu bewerten.

2. Die Komplexität der Alterssicherung

Erlauben Sie mir, die These, Alterssicherung sei ein komplexes Phänomen und eine komplexe gesellschaftliche und staatliche Leistung, näher zu erläutern.⁸⁶

2.1 Die Komplexität der Inhalte

Alterssicherung ist zunächst Einkommenssicherung. Aber Einkommenssicherung genügt nicht. Nicht nur der Pflegefall beweist, daß vielfältige Dienst- und Sachleistungen hinzutreten müssen.⁸⁷ Und selbst das ist zu schnöde gesagt, denn zwischenmenschliche Zuwendung und Einbindung läßt sich mit dem terminus technicus der "Dienst- und Sachleistung" nur sehr unzulänglich benennen.

2.2 Die Komplexität der Faktoren

Alterssicherung ist eine gesamtgesellschaftliche Leistung. Sie ist eigene Leistung der zu Sichernden – sei es deren eigene Vorsorge, sei es ihre Selbsterhaltung im Alter. Sie ist eine Leistung der Familie. Sie ist eine Leistung der Gesellschaft – sei es der Wirtschaft, sei es altruistischer, karitativer Organisationen, sei es kollektiver Selbsthilfe, sei es einfach von Mitmenschen. Und sie ist eine Leistung des Gemeinwesens – seiner Rechtsordnung, seiner Institutionen, seiner Finanzströme.⁸⁸

2.3 Komplexität der Maßstäbe

2.3.1 Bedarfsgerechtigkeit – Leistungsgerechtigkeit – Besitzstandsgerechtigkeit

Alterssicherung soll, soweit sie in der Verantwortung des Gemeinwesens steht, Ausdruck sozialer Gerechtigkeit sein. Soziale Gerechtigkeit aber folgt immer drei verschiedenen Maßstäben: der Bedarfsgerechtigkeit, der Leistungsgerechtigkeit und der Besitzstandsgerechtigkeit.⁸⁹ Keiner dieser Maßstäbe allein macht eine Gesellschaft sozial gerecht und menschlich erträglich. Sie müssen einander ergän-

86 S. zum folgenden durchwegs *Plaschke* (N 85); s. auch *Laszio A. Vaskovics*, Alter (III), in: *Staatslexikon* 7. Aufl. Bd. 1, 1985, S. 114 ff. m. w. Nachw.

87 S. etwa *Otto Blume*, Altenhilfe, in: *HdWW* Bd. 1 (1977), S. 217 ff.; *Gerhard Haag*, Altdienste, in: *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge* (Hg.), *Fachlexikon der sozialen Arbeit*, 2. Aufl. 1986, S. 18; *Margarethe Heinz/Hans-Gerd Ronge*, Altenhilfe, ebda. S. 19 ff.

88 S. noch einmal N 86 u. 87.

89 *Walter Kerber/Claus Wächtermann/Bernhard Spörlein*, Gerechtigkeit, in: *Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft*, Teilbd. XVII, 1981, S. 5 ff. (44 ff.).

zen. Das gilt gerade auch für die Alterssicherung. Sie darf weder die Bedarfe noch die Leistungen noch auch die erworbenen Rechte außer acht lassen.

2.3.2 Existenzminimum – Gleichheit – Sicherheit – Wohlstandsteilhabe

Gleichsam schräg dazu verläuft – sich mit den Maximen der Bedarfs-, Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit zu immer neuen Mustern knüpfend – der Zielkatalog des Sozialstaates: Existenzminimum, Gleichheit, Sicherheit und Wohlstandsteilhabe.⁹⁰ Alterssicherung muß auch ihm gerecht werden. Sie darf das Minimum menschenwürdiger Existenz nicht unterschreiten. Sie soll sicher sein. Sie soll gerade den Lebensstandard sichern. Und sie muß gegen die sog. „Wechselfälle des Lebens“ sichern, die, wie etwa Krankheit, auch, ja gerade den alten Menschen bedrohen. Sie soll den Alten auch Teilhabe am gesellschaftlichen Wohlstand verschaffen – zumeist verstanden als ein Fortschreiben eines in der Lebensleistung und im Lebensstandard manifesten Anteils in einen wachsenden Wohlstand hinein. Aber sie soll auch mehr soziale Gleichheit bewirken: mehr Gleichheit in der Chance, sich zu sichern, aber auch mehr Gleichheit gegenüber den Unterschieden der Vorsorgefähigkeit; mehr Gleichheit, nach seinen Bedarfen gesichert zu sein, egalitär nach typischen (minimalen, durchschnittlichen) Bedarfen, aber – weil Gleichheit auch bedeutet, wesentlich Ungleiches nach Maßgabe seiner Verschiedenheit ungleich zu behandeln – auch mehr Gleichheit nach Maßgabe unterschiedlicher Bedarfe; mehr Gleichheit in der Berücksichtigung der Lebensleistung; und doch auch Gleichheit in der Anerkennung der Besitzstände.⁹¹

Wer aber soll aus diesem Wespennest auseinandergender Zielsetzungen ein Ganzes machen? Es gehört zu den gefährlichsten Schwächen unserer Diskussion über Alterssicherung, daß wir die Vielfalt und auch Gegenläufigkeit der Werte und Zwecke, die verwirklicht werden sollen, nicht aufdecken und eingestehen.

2.3.3 Exkurs: Vielfalt der Werte und Zwecke – Vielfalt und Individualität der Systeme

Wir sind hier bereits beim Kern der Schwierigkeiten eines internationalen Vergleiches.⁹² Nicht alle Länder teilen die Entschlossenheit, alle diese Ziele zugleich zu verfolgen. Sie scheiden einzelne Ziele – etwa das der in Beitragsäquivalenzen ausgedrückten Besitzstandsgerechtigkeit, das der Sicherheit des Lebensstandards, das einer Gleichheit nach Bedarfen oder gar das einer öffentlichen Verant-

90 S. Hans F. Zacher. Das soziale Staatsziel, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 1, Rdnr. 25 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 3 ff.).

91 S. zum Vorliegenden Winfried Schmähl, Soziale Sicherheit im Alter, in: HdWW Bd. 6, 1981, S. 645 ff.; Hans-Jürgen Krupp, Grundlagen einer zielorientierten und integrierten Alterssicherungspolitik, in: Langfristige Probleme der Alterssicherung in der Bundesrepublik Deutschland (Gutachten des Sozialbeirats), 1981, S. 95 ff.; Pentenrieder in N 15, insbes. S. 27 ff.; Gert Wagner, Umverteilung in der gesetzlichen Rentenversicherung, 1984, S. 25 ff.

92 S. noch einmal N 65. – Bernd Casimir, Darstellung und Vergleich der gesetzlichen Rentenversicherungen in der Bundesrepublik Deutschland, Großbritannien und den USA, Universität Frankfurt/M. 1985, S. 5 f.

wortung für das Existenzminimum eines jeden – aus oder geben diesen Zielen doch andere Prioritäten.

Jedenfalls: Die Rollen, welche die einzelnen Systeme bei der Verfolgung dieser Ziele spielen, sind von Land zu Land anders verteilt. Kein System ist für sich allein imstande, alle die Gegensätze und Spannungen, die sich aus den möglichen Werten und Zwecken der Alterssicherung ergeben, in sich zum Austrag zu bringen. Diese Vielfalt bedarf, um politisch und rechtlich möglich und gesellschaftlich ertragen zu werden, der wohlthätigen Schizophrenie des Nebeneinanders von Systemen, die je für sich ein begrenztes Ensemble von Zielen verfolgen, um in ihrer Gesamtheit doch möglichst vielen von ihnen gerecht zu werden.⁹³ Daß in der Bundesrepublik, abgesehen noch von allem, was Eigenvorsorge,⁹⁴ Familien⁹⁵ und Wohltätigkeit⁹⁶ leisten, Alterssicherung einem breiten Spektrum von Systemen anvertraut ist – den spezifischen Vorsorgesystemen (wie der Rentenversicherung, der Beamtenversorgung, der landwirtschaftlichen Alterssicherung usw.);⁹⁷ der Krankenversicherung auch der Alten; dem scheinbar beiläufigen Beitrag der kausalen Vorsorge- und Entschädigungssysteme (wie der Unfallversicherung und der Versorgung); den besonderen Hilfs- und Förderungssystemen, die (z.B. das Wohngeld) die Lebensverhältnisse gerade auch der Alten bestimmen;⁹⁸ endlich der (in sich wiederum differenzierten) Sozialhilfe⁹⁹ – entspricht eben dieser Tücke des Objekts. Diese Konstellationen aber wechseln von Land zu Land.

Dennoch ist nicht selten auch einzelnen Systemen selbst ein widerspruchsvolles, zumindest spannungsgeladenes Bündel von Werten und Zwecken aufgegeben – und dies um so mehr, je zentraler, je allgemeiner ihr Auftrag zur Alterssicherung ist. Die deutsche Rentenversicherung ist eines der denkbar besten

-
- 93 S. etwa *Hans F. Zacher*. Zur Anatomie des Sozialrechts, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, Bd. 27 (1983), S. 228 ff. (242 ff.); genauer: *ders.*, Grundtypen des Sozialrechts, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler (abgedruckt in diesem Band, S. 257 ff.).
- 94 *Meinhard Miegel*, Sicherheit im Alter, 1981, S. 162 ff.; s.a. *ders.*, Die verkannte Revolution (N 16); *Hans Bethge*, Die betriebliche Altersversorgung als Möglichkeit zur Deckung von Versorgungslücken in der gesetzlichen Rentenversicherung unter Berücksichtigung unternehmerischer Entscheidungsgrößen, 1986, S. 60 ff. m. w. Nachw.
- 95 *Robert E. Zimmermann*, Alter und Hilfsbedürftigkeit, 1977, insbes. S. 128; *Leopold und Hilde Rosenmayr*, Der alte Mensch in der Gesellschaft, 1978, insbes. S. 179 ff.; Deutsches Zentrum für Altersfragen e.V. in N 31, *Dieter Grunow*, Drei-Generationen-Solidarität in der Familie, in: Familie und Familienpolitik, 1985, S. 148 ff. insbes. S. 147; *Ursula Lehr* in N 12.
- 96 S. noch einmal die Hinweise in N 87. – S. ferner *Hans Joachim von Kondratowitz/Roland Schmidt*, Vorwärts zu den Anfängen! Wohlfahrtsverbandliche Altenarbeit im Spannungsfeld gerontologischer Zielvorstellungen und finanzieller Restriktionen, in: *Dietrich Thränhardt* u.a. Wohlfahrtsverbände zwischen Selbsthilfe und Sozialstaat, 1986, S. 54 ff.
- 97 S. vor allem den Bericht der Sachverständigenkommission Alterssicherungssysteme (N 14).
- 98 S. nochmals N 62, 31.
- 99 Zur Bedeutung der Sozialhilfe für alte Menschen s.: *Dieter Grunow*, Problemsynndrome älterer Menschen und die Selektivität organisierter Hilfe der örtlichen Sozialverwaltung, in: *Margret Dieck/Gerhard Neagele* (Hg.), Sozialpolitik für ältere Menschen, 1978, S. 246 ff.; *Willi Hilfer*, Das System sozialer Alterssicherung in der Bundesrepublik Deutschland. Juristischer Anspruch und soziale Wirklichkeit, 1982.

Beispiele dafür. Beitragszeiten, Ersatzzeiten, Erziehungszeiten, Ausfallzeiten, Zurechnungszeiten, ihre Tatbestände und ihre Wirkungen, Rentendynamik, Rente nach Mindesteinkommen, Beitragshöhe und -grenze, Bundeszuschuß und Bundesgarantie. Anrechnungsmodell und Waisenrenten sind nur einige Hinweise darauf, wie groß die Last der Widersprüche oder doch Divergenzen ist, die auf diesem System ruhen.¹⁰⁰ Und fast jede neue Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Rentenversicherung bekundet, wie hoffnungsarm es ist, mit Hilfe des Gleichheitssatzes oder auch des Eigentumsgrundrechts Vereinbares vom Unvereinbaren, Konsequentes vom Inkonsequenten scheiden zu wollen.¹⁰¹

2.4 Komplexität in der Zeit

2.4.1 Die Verwerfungen in der Zeitdimension

Eine letzte Dimension, auf der hier die Komplexität der Alterssicherung aufgetragen sei, ist die Dimension der Zeit. Alterssicherung ist ein Phänomen des historischen Verlaufs – und zudem ein Phänomen, in dem sich Gleichzeitigkeiten und Ungleichzeitigkeiten überschneiden.

Betrachten wir das zunächst aus *individueller Sicht*. Die soziale Biographie zerfällt in drei Phasen: die Kindheits- und Jugendphase, die aktive Phase und die Altersphase. Die Phase, in der Alterssicherung sich realisieren muß, ist die des Alters. Und eine nur bedarfsorientierte Alterssicherung braucht sich um eine andere Phase auch nicht zu kümmern. Leistungsgerechte Alterssicherung aber hat die Leistungen der aktiven Phase in Beziehung zu setzen zu dem, was in der Altersphase an den Gesicherten gegeben wird. Besitzstände werden auf andere Weise aus den früheren Phasen in das Alter mitgebracht. Und individuelle Alterssicherungsgerechtigkeit verlangt, daß Alterssicherung sich als Ertrag des aktiven Lebens verstehen läßt – zumindest als ein Gegenwert für das, was in die Altersvorsorge eingebracht wurde.¹⁰²

Betrachten wir denselben Zusammenhang *aus der Sicht der Allgemeinheit*, so scheint sich die Problematik zunächst zu vereinfachen. Die Alterssicherung wird in der Gegenwart gebraucht, ist in der Gegenwart zu leisten und aufzubringen. Fast

100 S. N 91. s. auch *Walter Bogs*, Entwicklungstendenzen der Sozialversicherung, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, 1970, S. 227 ff., insbes. S. 237 ff.

101 *Helmar Bley*, Die Relevanz verfassungsgerichtlicher Grundentscheidungen im materiellen Sozialrecht, dargestellt aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: SGB 1974, S. 321 ff.; *Rudi Wand*, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: VSSR 2 (1974), S. 52 ff.; *Wolfgang Rübner*, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ebd. S. 68 ff.; *ders.*, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: JbSozRGeg 1 (1979), S. 59 ff., 2 (1980), S. 21 ff., 3 (1981), S. 33 ff., 4 (1982), S. 35 ff., 5 (1983), S. 21 ff., 6 (1984), S. 37 ff., 7 (1985), S. 21 ff., 8 (1986), S. 37 ff.; *Dietrich Katzenstein*, Die sozialgerichtlichen Vorlagen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: DRV 1985, S. 1 ff.

102 S. dazu *Hans F. Zacher*, Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Rechtsvergleichung, Europarecht und staatliche Integration. Gedächtnisschrift für Leontin-Jean Constantinesco 1983, S. 943 ff. (968 N 73).

geniert man sich, auf die Selbstverständlichkeit des Mackenrothschen Gesetzes noch einmal hinzuweisen.¹⁰³

Aber die Vergangenheit ragt in diese Gegenwart um so schwieriger herein. Besitzstände, die in der Vergangenheit erworben wurden, sind, wenn dies in öffentlicher Verantwortung geschah, in der Gegenwart zu bewerten. Und mag dies noch als eine bloße Rechnung verstanden werden – was es, wie wir aus allen Erfahrungen mit der Umsetzung von Beiträgen der Vergangenheit in Rentenzahlungen der Gegenwart wissen, mitnichten ist –, so gilt das a priori nicht für jene anderen Leistungen der Vergangenheit, die etwa in Ersatz-, Kindererziehungs- oder auch Ausfallzeiten Ausdruck finden, wenn sie in der Gegenwart in Renten eingelöst werden sollen.¹⁰⁴

Alterssicherung erscheint so, soweit es um Leistungs- und Besitzstandsgechtigkeit geht, als eine permanente Rückrechnung. Die Gegenwart scheint die Größen des Gebotenen und Möglichen global vorzugeben. Aber aus der Vergangenheit sind die Maßstäbe dafür zu gewinnen, was davon individuell zuzuteilen ist.¹⁰⁵ Und für die, welche diese Mittel in der Gegenwart aufzubringen haben, ist die entscheidende Rechtfertigung ihrer Last die, daß ihnen, wenn sie alt sind, nach gleichem Maße zugemessen wird.¹⁰⁶ Die Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen personalisiert sich so. Sie nimmt die Gestalt der Gleichzeitigkeit von zwei Generationen an: die Gleichzeitigkeit der Alten, an die zu leisten ist, mit den Aktiven, die leisten.

2.4.2 Exkurs I: Der Generationenvertrag

Das ist, was man einmal ebenso genial wie trügerisch den Generationenvertrag¹⁰⁷ genannt hat. Warum trügerisch?

103 *Winfried Schmähl*, über den Satz "Aller Sozialaufwand muß immer aus dem Volkseinkommen der laufenden Periode gedeckt werden" – Methodische und dogmenhistorische Anmerkungen zur "Belastung" in einer Volkswirtschaft durch Nichterwerbstätige und durch Sozialausgaben –, in: *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, 26. Jg. (1981), S. 147 ff.

104 Vordergründigen Ausdruck findet das in der Problematik des § 1255 a RVO, seiner Wirkungen und seiner Verfassungsmäßigkeit.

105 *Herbert Rischel/Franz-Joseph Terwey*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Gestaltung des Rechts der gesetzlichen Rentenversicherung – Gedanken zu einer Neubesinnung in der Diskussion um den (Bestands-)Schutz sozialer Rechtspositionen nach dem Grundgesetz, in: *DRV* 1983, S. 273 ff., insbes. S. 279.

106 S. etwa *BVerfGE* 53, 257 (292); 54, 11 (28); *Walter Ecker*, Anmerkungen zum "Generationenvertrag" – Zu einem Strukturbegriff der Sozialen Sicherung, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 16. Jg. (1983), S. 45 ff.

107 Zum Ursprung s. *Winfried Schreiber*, Existenzsicherheit in der industriellen Gesellschaft. Vorschläge zur Sozialreform, Schriftenreihe des Bundes Katholischer Unternehmer, n.F. Bd. 3 (1955); gekürzt abgedr. bei *Bernhard Külp/Winfried Schreiber* (Hg.), *Soziale Sicherheit*, 1971, S. 276 ff. – S. zum Generationenvertrag ferner *Walter Ecker*, *Der Generationenvertrag – eine vernachlässigte Garantie*, in: *Die Sozialversicherung* 1983, S. 147 sowie *Ecker* (N 106); *Heinz Müller/Wilfried Burkardt*, Die 3-Generationen-Solidarität in der Rentenversicherung als Systemnotwendigkeit und ihre Konsequenzen, in: *SF* 1983, S. 73 ff.; s. auch die Nachw. in N 12, insbes. *Resch/Knippling*. Zum Generationenvertrag in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts s. N 106.

– Da ist zunächst die faktische Macht der “echten” Zeitdimension. Umstände und Entscheidungssubjekte sind je andere in der aktiven Phase und in der Altersphase. Das gilt für die Vorleistungen des jetzt Alten: über seine Last haben andere Entscheidungsträger unter anderen Umständen entschieden als die Entscheidungsträger, die unter den Bedingungen der Gegenwart über die Leistungen entscheiden, welche er jetzt erhält. Das gilt ebenso für den jetzt Aktiven: die Leistungen, die er im Alter bekommen wird, werden andere Entscheidungsträger unter anderen Umständen bestimmen als die Entscheidungsträger, die unter den Umständen der Gegenwart seine Leistung bestimmen.¹⁰⁸

Die Idee einer leistungsfähigen und verbindlichen Rentenformel und verlässlicher Verfahren und Institutionen ihrer Anwendung ist es, diese Kluft zu überwinden und Gebenden und Nehmenden über die Zeit hin gleiche Bedingungen zu gewährleisten. Aber bis jetzt waren die Formeln, Verfahren und Institutionen zu schwach, die Herausforderungen der Sache und die Möglichkeiten der Politik dagegen zu mächtig, um die Verlässlichkeit des Systems selbstverständlich werden zu lassen.

– Doch geben wir uns dem Experiment hin, daß es gelänge, diese Schwierigkeiten zu meistern, so würde die sachliche Problematik erst voll deutlich.

– Wird der *Generationenvertrag mit der Rentenversicherung identifiziert*, so ist er mehr oder minder blind für die Last der “dritten Generation”.¹⁰⁹ Er ist blind für die Unterschiede zwischen den Alterssicherungssystemen, die ja mitnichten als intergenerative Kanäle gebaut sind. Er ist blind für die Grenzen, jenseits derer für das Alter nicht vorgesorgt und jenseits derer die Altenlast nicht “sozialisiert” ist.¹¹⁰ Allgemeiner: Er vernachlässigt die Fülle jener Lebensverhältnisse, in denen die Gegenseitigkeit des Generationenvertrages nicht realisiert und also auch nicht erfahren wird. Diese Idee “Generationenvertrag = Rentenversicherung” hat den Vorzug der Geschlossenheit und den Nachteil der Inkonsequenz.

– Ein *Generationenvertrag jedoch, der die ganze Komplexität der Alterssicherung aufzunehmen versucht*, der versucht, konsequent zu sein, wird nicht nur an Geschlossenheit verlieren. Er wird sich der Wahrnehmung der Gegenseitigkeit von vornherein entziehen. Wer wäre imstande, hinter allem, was privat, gesellschaftlich und staatlich geschieht und geschehen muß, um die Lebensverhältnisse der Alten zu sichern, dem Mechanismus eines *do ut des*, eines Gebens und

108 Peter Krause, *Eigentum am subjektiven öffentlichen Recht*, 1982, S. 42 ff., insbes. S. 44.

109 S. dazu etwa *Oswald von Nell-Breuning/Cornelius G. Fetsch* (Hg.), *Drei Generationen in Solidarität. Rückbesinnung auf den echten Schreiber-Plan*, 1981. S. auch *Wilfried Burkhardt*, *Drei-Generationen-Solidarität in der gesetzlichen Rentenversicherung als zwingende Notwendigkeit*, 1985.

110 So kann es sein, daß jemand, der als Beamter oder Selbständiger keine Beiträge zur Rentenversicherung zahlt, durch die Rentenversicherung, die von anderen bezahlt wird, gleichwohl von der Last, für seine Eltern zu sorgen, befreit wird. Auf der anderen Seite kann es sein, daß jemand, dessen Eltern durch die Rentenversicherung nicht geschützt sind, so daß er für sie aufzukommen hat, gleichwohl selbst zur Rentenversicherung beizutragen hat. Doch sind das nur die einfachsten Beispiele. Vielfältige Varianten sind denkbar.

Nehmens wahrzunehmen; Oder täuscht nicht schon das Bild? Meint "Generationenvertrag" gar nicht den Vertrag, in dem Leistung gegen Gegenleistung getauscht wird? Meint "Generationenvertrag" einen *contrat social*,¹¹¹ einen Solidaritätspakt aller mit allen?¹¹² Wie könnte die Idee des Generationenvertrages dann überhaupt eine Orientierung sein, um über das "Ob" der Alterssicherung hinaus etwas über ihr "Wie" zu sagen?¹¹³

Was Wunder, daß diese Idee des Generationenvertrages eine deutsche ist, die wir anderswo kaum wieder antreffen: geboren aus einer Fast-Identität von Rentenversicherung und Alterssicherung und formuliert in der Hoffnung, daß die Konsequenzen, die noch ausstehen, von der Politik gezogen werden; und desavouiert dadurch, daß Alterssicherung und Rentenversicherung sich doch nicht decken und die Konsequenzen, die – vor allem zur "dritten Generation" hier – zu ziehen waren, doch nicht gezogen wurden.

2.4.3 Exkurs II: Alterssicherung und Eigentumsschutz

Noch mehr wohl eine spezifisch deutsche Idee ist es, Alterssicherung als Eigentum unter den Schutz der Verfassung zu stellen.¹¹⁴ Er kann sich nur auf die

111 *Dieter Schäfer*, Generationenvertrag, in: Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge (Hg.), *Fachlexikon der sozialen Arbeit*, 2. Aufl. 1986, S. 349: "Die Formel vom Generationenvertrag ist nur eine Metapher ... und insoweit vergleichbar der Lehre vom Gesellschaftsvertrag" (Rousseau: *Contrat Social*, 1762).

112 *Nell-Breuning* (N 109), S. 27 ff. (29): "Unglücklicherweise hat *Schreiber* sich in der Terminologie vergriffen und die bis heute nicht mehr wegzubringende Redewendung von dem "Generationenvertrag" geschaffen. Generationen schließen keine Verträge; Generationen üben Solidarität. Ich habe immer den Eindruck, dadurch, daß hier ein juridisches Moment, die Vorstellung von einem Vertrag, hineingebracht wurde, den man durch Kündigung lösen kann, sei das rechte Bewußtsein dafür getrübt worden, daß es sich hier um einen Vorgang, ein Verhältnis handelt, das durch die Natur der Sache gegeben und erfordert ist, wobei es nur darauf ankommt, daß die Menschen bereit sind, das anzuerkennen und den Weg zu suchen, auf dem es realisiert werden kann."

113 S. den Schluß des Zitats von *Nell-Breuning* (N 112).

114 S. dazu statt aller anderen *Rolf Stober* (Hg.), *Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen*, 1986. – Die im Text aufgestellte Behauptung, es handle sich um eine "spezifisch deutsche Idee", muß freilich relativiert werden. Sozialrechtsvergleich und Verfassungsvergleich, beide an sich schon schwierige Materien, geraten hier aneinander. Damit wird die Problematik der Vergleichbarkeit weiter verschärft. In einem Land etwa, in dem Sozialversicherung (wie in der Schweiz) unter öffentlicher Verantwortung privatrechtlich organisiert ist, stellt sich die Frage nach dem verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz von vornherein anders, als in einem Land, in dem Alterssicherung öffentlich finanziert und organisiert ist. Die Ausgangsfrage, ob der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz "nur" private Rechte oder auch subjektiv öffentliche Rechte schützt, stellt sich etwa hier von vornherein anders. Aber wer weiß, was das jeweils für den Sinn des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes bedeutet. Unter diesem Vorbehalt ist darauf hinzuweisen, daß sich Tendenzen für die Erstreckung des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes auf die Sozialversicherung nicht nur in der Bundesrepublik Deutschland finden, sondern auch in der Rechtsprechung der Europäischen Menschenrechtskommission. – Vgl. dazu *Winfried Boecken*, *Der verfassungsrechtliche Schutz von Altersrentenansprüchen und -anwartschaften in Italien und in der Bundesrepublik Deutschland sowie deren Schutz im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 1987, S. 84 ff. Auf der anderen Seite hat etwa der österreichi-

Besitzstandsgerechtigkeit beziehen.¹¹⁵ Sie schützt das Verfassungsgericht mit der Härte des Eigentumsgrundrechts. Alle anderen Elemente der Alterssicherung bleiben daneben weichen und ungewissen Verfassungssätzen wie dem Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip anvertraut.¹¹⁶

Man wird nicht verkennen dürfen, was ein geschlossener und gesicherter Kreislauf der Alterssicherung, in dem Beiträge und Leistungen einander entsprechen, für die Effektivität monetärer Alterssicherung bedeutet. Aber man wird doch sogleich auch einräumen müssen, wie erratisch dieser Vorrang der Besitzstände in der Landschaft all der Werte und Zwecke liegt, die Alterssicherung zu verfolgen hat. Die Versuchung, Alterssicherung unter den Schutz des Eigentumsgrundrechts zu stellen, wurde so anderswo auch kaum empfunden.

Doch kehren wir zurück zu dem, was uns auf Generationenvertrag und Eigentumsschutz gebracht hat: die Verwerfungen in der Zeitdimension, vor denen jedes Nachdenken über Alterssicherung steht. Generationenvertrag wie Eigentumsschutz sind beides Versuche, die Risiken, die mit der Ungleichzeitigkeit der Generationen verbunden sind, zu überwinden. Ihre Grenzen liegen deshalb auch in der Komplexität der Zeitdimensionen der Alterssicherung.

3. Zwischenergebnis: die Offenheit des Spiels

Erinnern wir uns an dieser Stelle zurück an die Komplexität auch der Inhalte, der Faktoren und der Maßstäbe von Alterssicherung. Erneut kommen wir so zu dem Ergebnis, daß Alterssicherung sich auf keinen einzigen Nenner bringen und in kein einziges System einschließen läßt. Alterssicherung ist ein Gesamtgefüge von Inhalten und Faktoren, Funktionen und Normen, Institutionen und Werten.

sche Verfassungsgerichtshof einen grundrechtlichen Schutz von Rentenanwartschaften über den Gleichheitssatz konstruiert (ZAS 1987, S. 174 ff. mit Anm. *Tomandl*). In Italien wird ein verfassungsrechtlicher Schutz der Rentenanwartschaften und -ansprüche nicht durch das Grundrecht auf Eigentum (Art. 42 Verf.) vermittelt, sondern durch Art. 38 II Verf. (Recht auf soziale Sicherheit) i.V.m. Art. 36 I Verf. (Recht auf angemessene Entlohnung). Dabei wird die Rente als (aufgeschobener) Teil der während des Arbeitslebens verdienten Vergütung angesehen, die unter dem Schutz von Art. 36 I Verf. steht. Damit können die Grundsätze der Proportionalität und Angemessenheit des Art. 36 I Verf. auf die durch Art. 38 I geschützte Alterssicherung Anwendung finden. Im Ergebnis ist dies dem Schutz nach Art. 14 GG ähnlich (vgl. *Boecken* S. 43 ff., S. 96 ff.); aus dem Rechtsstaatsprinzip wird in Italien darüber hinaus ein Vertrauensschutz insoweit abgeleitet, als Gesetze, die in erworbene Rechtspositionen ("diritti questi") eingreifen, nicht unbegrenzt zulässig sind. Dies ist wiederum mit dem Schutz des Vertrauens in den Bestand vermögenswerter Positionen in Art. 14 GG vergleichbar. (Vgl. *Boecken* aaO).

115 Vgl. *Wolfgang Rüfner*, Die Differenziertheit sozialrechtlicher Positionen und der Anspruch der Eigentumsgarantie, in: Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. XXIII, 1982, S. 169 ff. (180, 184); *Hans Jürgen Papier*, Die Differenziertheit sozialrechtlicher Positionen und der Anspruch der Eigentumsgarantie, ebda., S. 193 ff. (198, 200); *Christoph Degenhart*, Rentenreform, "Generationenvertrag" und Bestandsschutz sozialversicherungsrechtlicher Positionen, in: BayVBl 1984, S. 65 ff., insbes. S. 105; s. dazu die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, zuletzt: BVerfGE 69, 272; 58, 81 (109).

116 S. noch einmal die Nachw. in N 101.

III. Einkommenssicherung: Das Arsenal der Möglichkeiten

In der Welt sozialer und politischer Realitäten kann es freilich bei soviel Offenheit nicht bleiben. Der "Rohstoff" der Alterssicherung muß zu Systemen gefügt werden. Die Wirklichkeit dieser Vielzahl ist so – wie schon gesagt – eine Mehrheit von Systemen.

1. Die Konstruktionselemente

Die wichtigsten Konstruktionselemente von Alterssicherungssystemen erwachsen aus den folgenden beiden Alternativen:¹¹⁷

(1) Die eine Alternative ist die zwischen Systemen, die an eine Vorgeschichte anknüpfen und Systemen, die nur an eine Situation anknüpfen.

– *Vorgeschichten* dieser Art gibt es zweierlei:

– Vorgeschichten der Verantwortung, wie wir sie vor allem im sozialen Entschädigungsrecht antreffen. Wir müssen sie hier vernachlässigen, so bedeutsam ihre Rolle im Gesamtgeschehen der Alterssicherung sein mag.

– Für die Alterssicherung spezifisch ist die *Vorgeschichte der Vorsorge*. Das klassische System, in dem sich eine Vorgeschichte der Vorsorge niederschlägt, ist das der Sozialversicherung.

– Den Systemen, die auf eine Vorgeschichte der Vorsorge abstellen, stehen die Systeme gegenüber, die sich grundsätzlich nicht für die Vorgeschichte interessieren, sondern unmittelbar an die *Situation* anknüpfen. Das klassische Beispiel dafür ist die Sozialhilfe.

(2) Die andere Alternative ist die zwischen Systemen, die soziale Leistungen nach Maßgabe fest umschriebener rechtlicher Tatbestände und/oder in rechtlich geregelter Höhe (abstrakt) gewähren oder nach Maßgabe individuell zu ermittelnder und zu bewertender Umstände – insbesondere der Bedürftigkeit – (konkret).

– Unsere Rentenversicherung etwa ist hinsichtlich der Renten nach Grund und Höhe abstrakt.

– Hilfe zum Lebensunterhalt im Sinne der deutschen Sozialhilfe dagegen ist nach Grund und Höhe konkret.

– Die Altenhilfe etwa der deutschen Sozialhilfe ist dagegen dem Grunde nach eher abstrakt, dem Inhalt nach aber konkret.

2. Die typischen Institutionen der Alterssicherung

Bündeln wird diese Elemente zu den typischen Institutionen der Alterssicherung, so kommen wir auf drei Kategorien:¹¹⁸

¹¹⁷ S. o. N 93.

¹¹⁸ Im folgenden handelt es sich um eine spezielle Anwendung und Adaption der vom Verfasser entwickelten Trias "Vorsorge – soziale Entschädigung – Hilfe und Förderung" (*Hans F. Zacher*, Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1985, S. 20 ff.) auf die Alterssicherung.

(1) Die *Vorsorgesysteme*. Sie bauen über die aktive Phase hin eine Sicherung für den Fall des Alters auf. Sie sind abstrakt, denn den Vorleistungen mit denen die Anwartschaft erworben wird, muß ein an der Vorsorge orientierter Leistungsanspruch entsprechen.

Hierher zählen – sehen wir von der gestaltlosen Form der Vermögensbildung ab – Phänomene wie Privatversicherung, betriebliche Altersversorgung und Beamtenversorgung. Das sozialpolitisch wichtigste Phänomen aber ist die “Sozialversicherung”.

(2) Die situationsbezogenen abstrakten *Sicherungssysteme*. Auch sie zielen auf abstrakten Schutz für das “Risiko” des Alters. Aber sie stellen nicht auf eine Vorsorgegeschichte ab, sondern allein auf die Situation des Alters.

Hierher zählen etwa die dänische Volksrente oder die kanadischen demogrants.

(3) Die konkreten *Hilfssysteme*. Sie stellen (wie im Prinzip die Sozialhilfe) entweder nach Grund und/oder Höhe auf den individuellen Bedarf ab. Oder sie decken nur ganz spezifische Bedürfnisse (wie etwa das deutsche Wohngeld).

3. Die unterschiedlichen Affinitäten dieser Grundtypen

Zu den Werten und Zwecken der Alterssicherung¹¹⁹ stehen diese Grundtypen in einem recht unterschiedlichen Verhältnis.

(ad 1) Konkrete *Hilfssysteme* stehen vor allem im Dienste der Bedarfsgerechtigkeit, nicht selten des Existenzminimums. Auch dem Ziel der Gleichheit dienen sie ganz im Sinne der Gleichheit nach den Bedarfen. Sicherheit wird substantiell, nicht aber mit der Zuverlässigkeit eines Wenn-dann-Mechanismus abstrakter rechtlicher Tatbestände vermittelt. Ihre Finanzquelle sind die Steuern.

(ad 2) Situationsbezogen abstrakte *Sicherungssysteme* unterscheiden sich von ihnen vor allem dadurch, daß sie im Dienste typischer Bedarfe stehen – seien sie nun minimal (im Sinne von flat-rates), seien sie etwa durchschnittlich (was wohl mit Staatsbürgerversorgung gemeint ist). Der Gleichheit dienen sie so mehr nach Köpfen als nach der Sache. Ob sie die realen Bedarfe treffen, insbesondere das Existenzminimum decken, hängt von den Umständen ab. Ihre primäre Leistung ist neben “egalitärer” Gleichheit wohl Sicherheit – im Sinne abstrakter Wenn-dann-Automatik. Ihre Finanzquelle sind die Steuern. Mitunter werden diese auch Beiträge genannt. Doch je mehr sie es wirklich sind, je mehr also die Leistung nicht allein von der Situation des Alters, sondern auch von der Vorgeschichte der Beitragszahlung abhängt, desto mehr handelt es sich dann doch um Vorsorgesysteme.

(ad 1 und 2) Konkreten Hilfssystemen und situationsbezogen abstrakten Sicherungssystemen sind Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit fremd. Ungleichzeitigkeiten vermeiden sie. Es wird nach den Umständen der Altersphase geleistet und aufgebracht.

119 S. den Text zu N 89- 91.

(ad 3) Damit werden die besonderen Möglichkeiten und auch Belastungen der *Vorsorgesysteme* deutlich. Sie dienen der Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit, während ihnen eine individuelle Bedarfsgerechtigkeit eher fremd ist. So können sie, wenn ihnen nicht eine Mindestgarantie zusätzlich "eingepflanzt" ist, sogar das Existenzminimum verfehlen. Auch ihr Dienst an der Gleichheit ist primär von der Leistungs- und der Besitzstandsgerechtigkeit geprägt. Sie dienen der Sicherheit, vor allem der Sicherheit des erworbenen Lebensstandards. Individuelle Alterssicherungsgerechtigkeit, die in der Alterssicherung den Ertrag des Lebens, zumindest den Gegenwert für die Verzichte sieht, die während der aktiven Vorsorge für das Alter geleistet wurden, kann ohne Vorsorgesysteme nicht auskommen. Das genuine Instrument ihrer Finanzierung ist der Beitrag. Weil sie auf Lebensleistung und Anwartschaften zurückblicken, manifestiert sich in ihnen die skizzierte Komplexität der Zeitdimensionen. Wenn die Idee eines Generationenvertrages¹²⁰ greifbar wird, dann in ihnen. Und wenn der Gedanke an Eigentumschutz¹²¹ überhaupt angebracht ist, dann hier.

4. Die Pluralität der Systeme

Aus diesen unterschiedlichen Affinitäten der Systemtypen resultiert, daß sie zumeist gemischt werden. Da die einzelnen Systemtypen nur einen Teil der mit der Alterssicherung anvisierten Ziele verfolgen können, liegt es nahe, durch die Verbindung mehrerer Typen zugleich auch ein größeres Spektrum von Zielen der Alterssicherung zugleich verfolgen zu können.¹²²

Für das Bedürfnis, die Systemtypen zu mischen, sind freilich auch noch andere Gründe maßgebend. Die Systemtypen lassen sich auf ganz unterschiedliche Weise in Rechts- und Sachzusammenhänge integrieren. Situationsbezogene abstrakte Sicherungssysteme sind nur öffentlich-rechtlich denkbar. Konkrete Hilfssysteme sind ebenfalls typisch öffentlich-rechtlich. Privates Recht findet sich nur im Zusammenhang mit der – ohnedies rechtsfernen – Wohltätigkeit. Vorsorgesysteme dagegen kennen sowohl Erscheinungsformen des öffentlichen Rechts (Sozialversicherung,¹²³ Beamtenversorgung) als auch Erscheinungsformen des privaten

120 S. den Text zu N 107 ff.

121 S. den Text zu N 114 ff. Davon zu unterscheiden ist der Begriff des neuen Eigentums, vgl. *Charles Reich*, "Neues Eigentum", in der Übersetzung von Stephan Leibfried, in: ZSR 1975, S. 257 ff., 321 ff., 396 ff.

122 OECD, *Old Age Pension Schemes, 1977*; ISSA, *Complementary Pensions, A Comparative Analysis, 1975*; ISSA, *Complementary Pensions Institutes or Complementary Pension Schemes, 1976*; ISSA, *Conjugating Public and Private: The Case of Pensions, 1987*; President's Commission on Pension Policy, *International Comparison of Pension Systems, 1980*; *Georg Heubeck*, *Private Lebensversicherung, gesetzliche Rentenversicherung und betriebliche Altersvorsorge als Komponenten der Vorsorge*, in: *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 1970*, S. 317 ff.

123 Dabei kommen im internationalen Vergleich nicht selten auch Gestaltungen vor, die im deutschen Recht etwa mit "Beleihung" bezeichnet würden: Private Träger unterliegen durch Regelung und Kontrolle der Verantwortung des Gemeinwesens.

Rechts (Privatversicherung, betriebliche Alterssicherung).¹²⁴ Ähnliche Unterschiede zeigen sich, wenn man die Polarität zwischen "internalisierenden" Sozialleistungssystemen (die soziale Defizite in vorfindlichen Rechtszusammenhängen – z.B. dem Arbeitsrecht – kompensieren) und "externalisierenden" Sozialleistungssystemen (die soziale Defizite auf spezifisch geschaffenen Ebenen – wie denen der Sozialversicherungsträger – oder in der Verantwortung allgemeiner Gemeinwesen – Gemeinden, Staat – kompensieren) berücksichtigt.¹²⁵ Abstrakte Sicherungssysteme sind nur als "externalisierende" denkbar. Vorsorge dagegen kann in vorfindliche Rechtsbeziehungen eintauchen (wie öffentlich-rechtlich in der Beamtenversorgung), privatrechtlich in der betrieblichen Alterssicherung durch Direktzusage des Arbeitgebers). Auch konkrete Hilfe freilich kann Sache öffentlich-rechtlicher (Gemeinden etc.) wie privater (Familien) Solidarverbände sein.

5. Die Vielfalt der Muster

So einfach das System der Grundelemente erscheint, so verwirrend ist deshalb die Realität: eine weltweit unübersehbare Vielfalt der Mischungsverhältnisse.¹²⁶

– In Österreich¹²⁷ ist die *Vorsorge* in Gestalt der Sozialversicherung so sehr auf eine Vollsicherung hin entwickelt, daß für eine zusätzliche Vorsorge kaum Interesse bleibt, allenfalls für die konkret ergänzende Sozialhilfe.

124 *Bernd v. Maydell*, Basisversorgung (Beamtenpension und Altersruhegelder der gesetzlichen Rentenversicherung) und Ergänzungsversorgungen (Zusatzversorgungen im öffentlichen Dienst und in der gewerblichen Wirtschaft einschließlich der Privatversicherung), in: "Über- und Unterversorgung bei der Alterssicherung", Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XVII, 1978, S. 24 ff.; *Jürgen Paulsdorff*, Die Altersversorgung in der privaten Wirtschaft, ebda. S. 79 ff.; *Max Horlick*, Mandating Private Pensions: Experience in Four European Countries, in: Social Security Bulletin, 1979, S. 18 ff.; *ders.*, Koordinierung von Berufsrenten und allgemeinen Rentensystemen: Erfahrungen aus vier europäischen Ländern, in: Internationale Revue für Soziale Sicherheit 1979, S. 295 ff.; U.S. Department of Health and Human Services, Research Report No. 55, Private Pension Plans in West Germany and France, 1980; *Heinz-Dietrich Steinmeyer*, Öffentliche und private Sicherungsformen im System der Alterssicherung der Vereinigten Staaten von Amerika, in: VSSR Bd. 10 (1982), S. 101 ff.; *Manfred Schmidt*, Das "zweite Bein" der Altersversorgung. Zusatzrentensysteme in europäischen Ländern, in: DAngVers 1983, S. 385 ff.

125 *S. Hans F. Zacher*, Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts, in: *Friedrich Kübler* (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, S. 11 ff. (26 ff.).

126 S. noch einmal N 65, 66 u. 67 sowie N 122.

127 S. Comparative Tables of the Social Security Systems in Council of Europe Member States not belonging to the European Communities, 2nd ed., Situation at 1st July 1984, 1985, S. 79 ff. u. U.S. Department of Health and Human Services – Social Security Programs Throughout the World – 1985, 1986, S. 12 f; *Georg Busch/Wilhelm Hanisch/Silvia Hellmer*, Wirtschafts- und finanzpolitische Aspekte des österreichischen Pensionsversicherungssystems – Bestandsaufnahme, Entwicklungstendenzen, internationaler Vergleich, 1986; *Günter Kubka*, Eigenvorsorge und betriebliche Altersversorgung, in: Soziale Sicherheit (Wien) 1986, S. 499 ff.

– Ähnlich wie in der Bundesrepublik steht in den USA¹²⁸ das allgemeine Versorgungssystem der Social Security im Vordergrund der Alterssicherung – freilich, verglichen mit unserer Rentenversicherung: mit viel allgemeinerer personeller Erstreckung –. Daneben ist Raum für betriebliche und private Vorsorge ebenso wie Bedarf an konkreten Hilfssystemen.

– In Italien dominiert eine breite Skala von Versorgungssystemen. Sie lassen Raum für betriebliche und private ergänzende Vorsorge. Dem Bedarfsprinzip entsprechen Mindestrenten.¹²⁹

– Andere Länder zielen von vornherein eine *Differenzierung der Vorsorge* an. Typisch ist etwa Frankreich,¹³⁰ wo das sog. régime général für die Arbeitnehmer durch Zusatzsicherungen ergänzt ist. Mindestsicherungen im régime général und Sozialhilfe ergänzen nach generellen und individuellen Bedarfen.

– Den Dualismus einer robusten, allgemeinen, nur auf einen Zeitfaktor abstellenden Vorsorge und einer individualisierenden, Zeit- und Entgeltfaktor verbindenden Vorsorge finden wir in Großbritannien.¹³¹ Diese zweite Ebene der Vorsorge ist jedoch nur ein Grundsatzsystem, das durch freigewählte Alternativen abgelöst sein kann. Auch sonst bleibt für private Vorsorge Raum. Das Existenzminimum wird ergänzend durch die konkret angelegten supplementary benefits gesichert.

– In den Niederlanden¹³² finden wir ein allgemeines *situationsbezogenes abstraktes System* als Basis. Die Ergänzung durch individualisierende Vorsorge ist daneben anvisiert, jedoch nicht umfassend geregelt.

128 Social Security Programs (N 127), S. 270 f.; Steinmeyer (N 124 a.E.); Reform der Alters-, Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung, in: Internationale Revue für Soziale Sicherheit 1983, S. 298 ff.; Paul Neumüller, Sanierung der gesetzlichen Rentenversicherung in den USA, in: DRV 1984, S. 25 ff.; Gerhard Buczko, Zur Rentenversicherungsreform in den USA (Social Security Act Amendments of 1983), in: DAngVers 1984, S. 68 ff.; 1985, S. 22 ff.; Eberhard Eichenhofer, 50 Jahre Social Security Act, in: SGB 1984, S. 563 ff.; ders., 50 Jahre Rentenversicherung in den USA, in: DAngVers 1985, S. 357 ff.

129 S. Comparative Tables of the Social Security Schemes in the Member States of the European Communities, 13th ed. Situation at 1st July 1984, S. 65 ff. u. Social Security Programs (N 127), S. 130 f. Zu den Leistungsfällen der italienischen Rentenversicherung sowie zur Anhebung von Kleinstrenten auf den Betrag der Mindestrente s. näher Thomas Simons, Verfahren und verfahrensäquivalente Rechtsformen im Sozialrecht, 1985, S. 149 ff., 189 ff.

130 S. Comparative Tables (N 129), S. 64 ff. u. Social Security Programs (N 127), S. 86 f.; Gerhard Buczko, Die Herabsetzung des Rentenalters in Frankreich, in: DAngVers 1982, S. 324 ff.; ders., Das französische Vorrentensystem, in: DAngVers 1985, S. 448 ff.; Yves Saint-Jours, Traité de Sécurité Sociale, Tome I, Le Droit de la Sécurité Sociale, 1984, S. 274 ff.; Commission présidée par Pierre Schoepflin, "Evaluation et Sauvegarde de l'Assurance Vieillesse", Rapport au Ministre des Affaires Sociales et de l'Emploi, La Documentation Française, 1987.

131 Comparative Tables (N 129), S. 65 ff. u. Social Security Programs (N 127), S. 268 f.; Bernd Schulte, Alterssicherung in Großbritannien, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht, 1. Jg. (1987), S. 93 ff.; Anthony J. Ogus, La Réforme de la Sécurité Sociale en Grande-Bretagne, in: Revue Belge de Sécurité Sociale 1987, S. 185 ff.

132 S. Comparative Tables (N 129), S. 65 ff. u. Social Security Programs (N 127), S. 176 f.; Bernd Schulte u. L.J.M. de Leede, Zur Entwicklung der niederländischen Sozialversicherung,

- Kanada¹³³ verbindet ein allgemeines steuerfinanziertes System von einheitlichen Grundrenten mit aufbauenden Vorsorgesystemen.
- Norwegen¹³⁴ verbindet beide Elemente zu einem geschlossenen System.
- Schweden¹³⁵ baut auf einer situationsbezogenen abstrakten Grundrente zwei Stufen der Vorsorge auf: die staatliche Zusatzrente und die betriebliche Alterssicherung.

- Die Schweiz¹³⁶ hat eine allgemeine und einheitliche Grundsicherung, auf der die differenzierende berufliche Vorsorge aufbaut, die wiederum durch die “dritte Säule” der privaten Vorsorge ergänzt werden soll. Die Garantie des Existenzminimums teils durch das allgemeine System, teils durch die Sozialhilfe spielt daneben nur eine marginale Rolle.

- Nehmen wir als letztes Beispiel Dänemark.¹³⁷ Eine situationsbezogen abstrakte Grundsicherung für alle Einwohner wird durch eine im Betrag ebenfalls einheitliche Aufbausicherung für alle Arbeitnehmer ergänzt. Alle Leistungs- oder Besitzstandsgerechtigkeit ist hier der privaten Vorsorge anvertraut. Gerade hier sind es freilich jetzt die Gewerkschaften, die ein leistungs- und besitzstandsgerechtes System anstreben.

Diese rasche “Blütenlese” einiger Beispiele nun kann immer noch nichts darüber aussagen,

- welches Sicherungsniveau mit diesem Systemgemisch jeweils erreicht wird,
- welchen Anteil die einzelnen Elemente daran haben,
- welche Unterschiede zwischen einzelnen Berufs- und Bevölkerungsgruppen bestehen,¹³⁸

in: VSSR Bd. 7 (1979), S. 23 ff.; *L.J.M. de Leede u. S.F.L. van Weinbergen*, Landesbericht Niederlande, in: *Hans F. Zacher/Martin Bullinger/Gerhard Igl* (Hg.), Soziale Sicherung im öffentlichen Dienst, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht Bd. 7 (1982), S. 117 ff.

133 S. Social Security Programs (N 127), S. 44 f.; *Eberhard Eichenhofer*, Sozialrecht Kanadas, 1984, insbes. S. 89 ff., 183 ff.; *Hans-Joachim Reinhard*, Änderung in der kanadischen Sozialversicherung, in: DAngVers 1987, S. 183 ff.

134 S. Comparative Tables (N 127), s. 81 ff. u. Social Security Programs (N 127), S. 186 f. sowie *Asbörn Kjönstadt*, Social Law in Norway, 1987.

135 S. Comparative Tables (N 127), S. 82 ff. u. Social Security Programs (N 127), S. 242 f., *Gerhard Hahn*, Sozialversicherung in Schweden – Auf schwierigem Weg, in: BArbBl 1976, S. 347 ff.; *Gunnar Gramstang/Ove Joheman*, Landesbericht Schweden, in: Soziale Sicherung im öffentlichen Dienst (N 132), S. 177 ff.

136 S. Comparative Tables (N 127), S. 82 ff. u. Social Security Programs (N 127), S. 244 f.; *Martin Wechsler*, Die Rentensysteme in der Schweiz, in: DRV 1986, S. 625 ff.; *Hans Peter Tschudi*, Das Drei-Säulen-Prinzip, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 1987, S. 1 ff.; *Peter Binswanger*, Das schweizerische Modell der Vorsorge unter besonderer Berücksichtigung der Eigenvorsorge, ebda. S. 57 ff.

137 S. Comparative Tables (N 129), S. 64 ff. u. Social Security Programs (N 127), S. 68 f.

138 S. z.B. *Paul Herquet*, Branchenbezogene Altersrenten, in: Internationale Revue für Soziale Sicherheit 1986, S. 300 ff.; IVSS, Dokumentation Soziale Sicherheit, Schriftenreihe Europa Nr. 13. Branchenbezogene Altersrenten, 1987; *Kohl*, Alterssicherung im internationalen Vergleich (N 58). Zu den Ungleichheiten der Alterssicherungssysteme in der Bundesrepublik Deutschland s. N 14-17.

- wie die Mittel aufgebracht werden und in welchem Sinne die Aufbringung der Mittel gleich oder ungleich gestaltet ist,¹³⁹
- ob die Finanzierung durch Steuern und Beiträge im Sinne eines Umlageverfahrens zeitgleich oder im Sinne eines Kapitaldeckungsverfahrens zeitlich gestreckt erfolgt,¹⁴⁰
- wie die Leistungen bemessen werden,¹⁴¹
- insbesondere ob und welche Rolle Zeit- oder Entgeltfaktoren bei ihrer Bemessung spielen,¹⁴²
- demzufolge auch, welches Bedürfnis besteht und welche Technik denkbar ist, beitragslose Zeiten (etwa der Arbeitslosigkeit, der Ausbildung, der Krankheit, der Behinderung usw.) zu kompensieren,¹⁴³
- ob und in welchem Sinne die Mittelaufbringung, die Leistungsgestaltung oder beides zusammen Umverteilung bewirken,¹⁴⁴
- welche Gestalt und Bedeutung betriebliche Alterssicherung hat,¹⁴⁵

-
- 139 ISSA, *Methods of Financing Social Security, Their Economic and Social Effects*, 1979; ILO, *Meeting of Experts on Social Security Financing*, 1981; Mitteilung der Kommission an den Rat, Probleme der Sozialen Sicherheit – Einige Überlegungen. Komm (82) 716 endg. u. Mitteilung der Kommission an den Rat, Probleme der Sozialen Sicherheit – Themen von gemeinsamem Interesse. Komm (86), 410 endg.; Reformen und Diskussionen zu Finanzierung der Sozialversicherungssysteme in Westeuropa, Beispiele aus Belgien und Frankreich – Die internationale Entwicklung, in: *Karl-Jürgen Bieback* (Hg.), *Die Sozialversicherung und ihre Finanzierung*, 1986, S. 86 ff.; *Winfried Schmähl*, Die wirtschaftlichen und sozialen Aspekte der Finanzierung der sozialen Sicherheit, Europäische Regionaltagung über die wirtschaftlichen und sozialen Aspekte der Finanzierung der sozialen Sicherheit, Stockholm 9. – 11.9.1987, 1987.
- 140 S. ILO, *Financing Social Security: The Options, An international Analysis*, 1984; Mitteilung der Kommission an den Rat – Probleme der sozialen Sicherheit (N 139), S. 4 ff.; *Reiner Dinkel*, Intergenerative Verteidigungswirkungen umlagefinanzierter Rentenversicherungssysteme, in: DRV 1986, S. 174 ff.; *Peter Thullen*, Ursachen der weltweiten Krise der sozialen Rentenversicherung, in: DRV 1986, S. 459 ff.
- 141 *Schmähl* (N 91), S. 645 ff. (651); IVSS, *Die Beziehungen zwischen Arbeitseinkommen und Renten sowie Arbeitseinkommen und Beiträgen*, 1971; vgl. auch *Zelenka* (N 65), S. 103 ff.; *Scheil*, (N 65), insbes. S. 110 f.; *Zöllner*, (N 65), insbes. S. 145, 156 ff.
- 142 Vgl. nochmals *Zelenka*, (N 65), S. 103 ff.; s.a. *Dieter Schewe*, Die Zeit als Rentenfaktor, in: *Festschrift für Helmut Meinhold* (N 4), S. 314 ff.
- 143 S. den Bericht VII, Internationale Vereinigung für Soziale Sicherheit, XXI. Generalversammlung, "Leistungen an Personen, die keine Beiträge zur Alterssicherung entrichtet haben", insbes. S. 8 f. S. auch *Bernd von Maydell*, Beitragslose Zeiten in der Sozialversicherung – Eine juristische und sozialpolitische Analyse, in: *Festschrift für Karl Sieg*, 1976, S. 367 ff.; *ders.*, Die sogenannten beitragslosen Zeiten in der Rentenversicherung – Funktion und Bewertung von Versicherungszeiten ohne – vollwertige – Beitragszahlung, in: DRV 1986, S. 269 ff.; *Born* (N 46).
- 144 S. EISS Yearbook 1974 – 1977, Part I, *Social Security and Redistribution of Income*, 1979 – insbes. die Bibliographie von *Hermann Deleeck*, Bibliographie Concernant les Effets Rédistributifs de la Sécurité Sociale, S. 161 ff.; *ders.*, Der Matthäus-Effekt: Die ungleiche Verteilung der öffentlichen Sozialausgaben, in: SF 1984, S. 173 ff.; *Detlev Zöllner*, Aspekte der Einkommensumverteilung bei der Finanzierung von Rentenversicherungssystemen, in: *Soziale Sicherheit* (Wien), 1986, S. 318 ff.
- 145 S. nochmals N 122 u. 124.

- welches Bedürfnis und welcher Spielraum für private Eigenvorsorge bleibt,¹⁴⁶
- oder auch: in welchem Maße die öffentliche Vorsorge, quasi-Vorsorge oder Hilfe gegenüber der Eigenvorsorge subsidiär ist.

Alles in allem: die Varianten, in denen die Alterssicherungssysteme je für sich und das Zusammenspiel der Systeme

- Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsgerechtigkeit oder Besitzstandsgerechtigkeit verwirklichen oder auch vernachlässigen,
 - das Existenzminimum alter Menschen sichern, ihnen Wohlstandsteilhabe vermitteln, “sicher” sind, vor allem aber: in welchem der vielen denkbaren Sinne sie “gleich” sind,
- sind von wohl unendlicher Vielfalt.

6. Ergänzende Aspekte

An dieser Stelle, an der uns die Komplexität dessen, was Alterssicherung sein kann, ohnedies schon kaum mehr erträglich scheint, ist freilich noch einmal daran zu erinnern: die Komplexität der Alterssicherung greift weit darüber hinaus.

(1) Die Lebensbedingungen alter Menschen werden auch durch alle die *anderen Sozialleistungssysteme* bestimmt, welche die spezifischen Alterssicherungssysteme ergänzen: von der Krankenversicherung bis zu den Altersheimen. Sie werden ebenso aber von der Fülle gesellschaftlicher Faktoren und Bedingungen bestimmt: von den Familien, von individuellen Hilfen, von kollektiven Hilfen, von der organisierten Wohltätigkeit, vom Markt und von den Leistungen der allgemeinen öffentlichen Daseinsvorsorge.¹⁴⁷

(2) Alterssicherung ist immer auch eine Funktion der Steuer.¹⁴⁸ Sie bestimmt das sogenannte “verfügbare Einkommen” der Alten. Aber sie bestimmt auch das

146 S. *Winfried Schmähl*, Vermögensansammlung für das Alter im Interesse wirtschafts- und sozialpolitischer Ziele, in: Festschrift für Helmut Meinhold (N 4), S. 379 ff.; *George M. von Furstenberg* (Hg.), *Social Security versus Private Saving*, 1979; *Alicia H. Munell*, Die Wirkungen öffentlicher und privater Rentensysteme auf Ersparnis und Kapitalbildung, in: *Internationale Revue für Soziale Sicherheit*, 1986, S. 263 ff.

147 S. noch einmal N 86 ff. und den Text dazu. – Vgl. *Robert H. Binstock* u.a. in N 68. Eine nicht zu vernachlässigende Bedeutung kommt der Frage zu, inwieweit alte Menschen selbst im Alter noch durch Erwerbsarbeit zu ihrem Unterhalt beitragen und/oder ihrer Selbstverwirklichung dienen sollen. In einzelnen Ländern hat deshalb eine spezifische Diskussion über das “Recht auf Arbeit” alter Menschen eingesetzt. S. zum Thema etwa *Paul Fisher*, *Labour Force Participation of the Aged and the Social Security Systems in Nine Countries*, in: *Industrial Gerontology*, Vol. 2 (1975), S. 1 ff.; vgl. auch *Nusberg* in N 66, S. 21 ff.

148 Zum Verhältnis von Steuer und Alterssicherung in der Bundesrepublik Deutschland s. *Konrad Littmann*, Besteuerung von Alterseinkommen, in: Sachverständigenkommission Alterssicherungssysteme (N 14), Berichtsbd. 2, S. 425 ff.; Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesminister der Finanzen, Gutachten zur einkommensteuerlichen Behandlung von Alterseinkünften, 1986; s. auch *Winfried Schmähl*, Besteuerung, Nettoanpassung und Beitragsbelastung von Renten, in: *Wirtschaftsdienst* 1980, S. 28 ff.; *Rudolf Kolb*, Steuerbefreiung oder Steuererhöhung? – Zur Besteuerung der Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung, in: *DRV* 1984, S. 479 ff.; *Winfried Schmähl*, Teilbesteuerung versus Voll-

“verfügbare Einkommen” der Aktiven. Und sie bestimmt, was Aktive wie Alte zu den allgemeinen Lasten des Gemeinwesens beitragen. Sie ist vor allem ein wesentliches Instrument, um in der Relation zwischen aktiver und Altersphase Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit herzustellen. In welchem Sinne die Alterssicherung “gleich” ist, kann “vor Steuer” überhaupt nie wirklich wahrgenommen werden.

IV. Alterssicherung vor den Herausforderungen der Gegenwart

1. Im internationalen Vergleich

Haben wir das Phänomen Alterssicherung so fast bis zur Unkenntlichkeit relativiert, so verstehen wir auch, warum die internationale Reaktion auf die Herausforderungen, vor denen die Alterssicherung¹⁴⁹ steht, nicht nur aus systemexternen, sondern auch aus systeminternen Gründen eine sehr ungleiche ist.

– Nur die *wirtschaftlichen Rückschläge* plagen alle Länder.¹⁵⁰ Die Systemunterschiede treten insofern zurück, obwohl die autonome Finanzierung von Versicherungssystemen die Politik entlasten kann.¹⁵¹

– Die *demographische Herausforderung* trifft Alterssicherungssysteme jedoch ungleich:¹⁵² nach Maßgabe der Zeitdimension, auf die hin sie angelegt sind. Vorsorgesysteme könnten und müßten sich auf die demographische Veränderung einrichten. Situationsbezogene Systeme können, ja müssen die Entwicklung auf sich zukommen lassen. Wo, wie in Deutschland, Vorsorgesysteme dominieren, kann die Antwort auf die demographische Herausforderung auch Bevölkerungspolitik sein. Wo situationsbezogene Systeme dominieren, kann sie *nur* Bevölkerungspolitik sein.

– Ähnliches gilt für die *Veränderung der Arbeitswelt*.¹⁵³ Phänomene wie lange Ausbildungszeiten, Arbeitslosigkeit, Aussteigertum und Ungleichheiten wie sie in der Relation zwischen der Zahl der in einer Familie verdienenden Erwachsenen und der Zahl der in dieser Familie aufgezogenen Kinder auch für das Arbeitsleben zum Ausdruck kommen, werden von den “geschichtslosen” Systemen kaum reflektiert. In Vorsorgesystemen schlagen sie sich – so oder so – nieder.

besteuerung von Renten, in: DRV 1986, S. 101 ff.; *Dieter Birk*, Steuergerechtigkeit und Rentenbesteuerung, in: DRV 1986, S. 129 ff.; *ders.*, Altersvorsorge und Alterseinkünfte im Einkommensteuerrecht, 1987. S. auch zum internationalen Schrifttum: *Leif Haanes-Olsen*, Steuern und Renten, in: Internationale Revue für Soziale Sicherheit 1979, S. 35 ff.; *Xenia B. Scheil*, Besteuerung von Alterseinkünften, Verteilungswirkungen der steuerlichen Behandlung im internationalen Vergleich, 1983; *dies.*, Steuerbelastung von Altersgrenzen im internationalen Vergleich, in: SF 1982, S. 250 ff.

149 S. noch einmal N 70 ff.

150 S. N 70, 78 ff.

151 S. noch einmal *Thullen* in N 140.

152 S. noch einmal N 70 ff., insbes. N 72 ff.

153 S. noch einmal N 73 u. 80.

– Eng verwandt sind die Reaktionen auf die *Änderungen der familiären Strukturen*.¹⁵⁴ Situationsbezogene Systeme haben damit relativ wenig Probleme. Konkrete Hilfesysteme können sich den gegebenen faktischen Verhältnissen anpassen. Typisierende Sicherungssysteme sind vielleicht, wenn sie an familienrechtliche Tatbestände anknüpfen, der Umgehung oder dem Mißbrauch ausgesetzt. Die ungleiche Vorsorgefähigkeit von Doppelverdienern oder alleinverdienenden Eltern sowie die ungleiche Last der "dritten Generation" aber ist für sie, denen die Zeitdimension fehlt, kein Thema. Ganz anders die Vorsorgesysteme. Sie müssen – oder doch: müßten – die Vorsorgegeschichte ebenso wie die Leistungsgeschichte im familiären Verbund sehen und bewerten.

– Zu einem guten Teil ist dies auch die Problematik der *Gleichstellung der Frau*.¹⁵⁵

Wir haben nicht die Zeit, hier von Land zu Land zu verfolgen, wie sich die jeweiligen Strukturen der Alterssicherung darauf ausgewirkt haben, in welcher Weise die Entwicklungen der Wirtschaft, der Bevölkerung, der Arbeitswelt und der Familien sowie der Gleichstellung der Frau wahrgenommen und bewertet werden. Hätten wir sie, so würden wir sehen, wie sehr die Wirkungen im großen und ganzen den strukturell vorgezeichneten Pfaden gefolgt sind.

2. Die Konsequenzen für die Bundesrepublik Deutschland

In der Bundesrepublik ist die Situation davon gekennzeichnet, daß der Vorsorge, ihrer Zeitdimension, der Idee einer Alterssicherungsgerechtigkeit, welche die soziale Biographie reflektiert, ein hoher Stellenwert zukommt. Die Vorstellung eines Generationenvertrags und der Eigentumsschutz für Rentenansprüche, so problematisch beides ist, artikulieren eben den Rang verlässlicher Altersversorgung in unserem Lande. Deshalb treffen uns alle die Herausforderungen, vor welche diese Zeit die Alterssicherung stellt, in besonders intensiver Weise.

Auf der anderen Seite hinterläßt der internationale Vergleich doch auch Fragezeichen gegenüber der Gesamtstruktur der deutschen Alterssicherung. Da ist zunächst die allgemeine Frage zu stellen, ob die Länder, welche die Last der Alterssicherung auf eine *größere Vielfalt* von – nicht wie in der Bundesrepublik

154 S. noch einmal N 74.

155 Frauen und Soziale Sicherheit – Fünf Fallstudien, in: *Internationale Revue für Soziale Sicherheit* 1973, S. 77 ff.; *Bernd von Maydell*, Die soziale Alterssicherung der Frau im internationalen Vergleich, in: *DAngVers* 1981, S. 222 ff.; *Fred Pampell/Sookja Park*, Cross-National Patterns and Determinants of Female Retirements, in: *American Journal of Sociology* 1985, S. 932 ff. – Richtlinie des Rates v. 19.12.1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (79/7 EWG); *André Laurent*, European Community Law and Equal Treatment for Men and Women in Social Security, in: *International Labour Review* 1982, S. 373 ff.; *Bernd Schulte*, Europäische Sozialpolitik – Eine Zwischenbilanz, in: *SF* 1986, S. 1 ff., insbes. S. 7 f. Zu den Maßnahmen der Gleichstellung der Frau in der Bundesrepublik Deutschland s. N 13.

Deutschland (wie Rentenversicherung, Knappschaftliche Rentenversicherung, Landwirtschaftliche Alterssicherung, Beamtenversorgung, Berufsständische Versorgungswerke etc.) horizontal nebeneinander angeordnete, sondern in übereinanderliegenden Schichten sich ergänzenden – *Systemen verteilen*, so unrecht haben.¹⁵⁶ In dem Ideal, in der Rentenversicherung möglichst viele Funktionen der Alterssicherung zu vereinigen, übertrifft wohl nur Österreich die Bundesrepublik Deutschland. Die Polarität zwischen der abstrakt besitzstands- und leistungsgerechten Vorsorge und der konkret bedarfsgerechten Sozialhilfe muß zumindest aber zu der Frage führen, warum in der Bundesrepublik auf das Element *situationsbezogener, abstrakt bedarfsgerechter Alterssicherung* – und die dahinter stehende Idee von Sicherheit und Gleichheit – ebenso wie auf die Erleichterungen, welche situationsbezogene Alterssicherungssysteme bei der Bewältigung der skizzierten Zukunftsaufgaben bieten, so schlechthin verzichtet werden kann.

Diese Konstellation hat zu zwei Versuchungen geführt.

(1) Die eine Versuchung ist die, Alterssicherung auf situationsbezogenen abstrakten Alterssicherung, eine Grundrente, hin umzubauen.

(2) Die andere Versuchung ist die, die Rentenversicherung immer noch mehr mit Widersprüchen aufzuladen. Ihr neben der Aufgabe beitragsgetragener Besitzstandsgerechtigkeit immer noch mehr Aufgaben der Leistungsgerechtigkeit anzuvertrauen, wie das zuletzt mit den Kindererziehungszeiten geschehen ist.¹⁵⁷ Ihr noch mehr Bedarfsgerechtigkeit aufzudrängen, wie das zuletzt mit den Hinterbliebenenrenten versucht wurde¹⁵⁸ und wie dies Pläne einer systemimmanenten Grundsicherung wollen.¹⁵⁹

Ich möchte dazu nicht mehr allzuviel sagen. Nicht nur, weil die Zeit vorangeschritten ist, sondern auch, weil ihre Strukturreformkommission dazu gewiß ganz entschiedene Ansichten hat. Ich kenne diese nicht.¹⁶⁰ Und ich möchte ihnen unbesehen weder widersprechen noch beitreten. Lassen Sie mich nur so viel sagen: Die Problematik muß von zwei Ebenen her gesehen werden.

Erstens: *Die Ebene der Alterssicherung*. Die Alterssicherung kann nicht von einem System allein bewältigt werden. Sie ist das Produkt einer Vielzahl privater, gesellschaftlicher und politischer Faktoren, auch das Produkt einer Mehrzahl von

156 Im internationalen Vergleich spricht man hier von zwei Grundtypen: dem universalistischen Grundtyp (Einwohnerprinzip, Staatsbürgerprinzip – unter allem Vorbehalt auch: Beveridge-Prinzip) und dem selektiven Grundtyp (Gruppenprinzip, Personalprinzip – mit allem Vorbehalt: Bismarck-Prinzip). S. Bernd Schulte, Zu den Strukturen des Sozialrechts ausländischer Staaten: Sozialrecht in den EG-Ländern, in: Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge 1978, S. 203 ff.

157 S. noch einmal N 23.

158 S. noch einmal N 22.

159 S. die Arbeitsgruppe Armut und Unterversorgung, in: SF 1986, S. 160 ff.; Gerhard Bäcker, Solidarische Alterssicherung statt Altersarmut – Weiterentwicklung der Rentenversicherung mit den Schwerpunkten "Rente nach Mindesteinkommen" und "Bedarfsorientierte Mindestrente", in: WSI-Mitteilungen 1987, S. 75 ff.

160 Die Empfehlungen der Strukturreform-Kommission des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger (s. N 27) lagen zur Zeit des Vortrages noch nicht vor.

Sozialleistungssystemen. Ihr Konzert muß funktional und strukturell ausgewogen sein.¹⁶¹

Daran haben alle Teilsysteme ein Interesse. Das gilt auch für die Rentenversicherung. Auch ihre Reform braucht den archimedischen Punkt eines allgemeinen Alterssicherungskonzepts.

Zweitens: *Die Ebene der Rentenversicherung*. Den Vorsorgesystemen, insbesondere der Rentenversicherung, ist der richtige Platz in diesem Konzert zuzuweisen.

– Die genuine Funktion der Rentenversicherung ist die der Besitzstands-gerechtigkeit – d.h. zugleich der Leistungsgerechtigkeit im Hinblick auf die Leistungen, die sich in Beitragsfähigkeit und Beiträgen manifestieren. In dieser Funktion ist sie das Rückgrat einer Alterssicherung in der Zeitdimension.

– Von diesem Element der Leistungsgerechtigkeit her liegt es nahe, der Rentenversicherung auch die Leistungsgerechtigkeit gegenüber den Leistungen aufzutragen, die sich nicht in Einkommen und Beiträgen niederschlagen: unentgeltlichen gesellschaftlichen Leistungen, Opfern, Nachteilen. Diese Leistungsgerechtigkeit wirft jedoch wesentlich andere Regelungsprobleme auf: Tatbestände und Bewertung sind im Ermessen des Gesetzgebers; ihr Ob und Wie sind ständiges Potential von Enttäuschung und Erwartung.¹⁶² Letztlich verläßt dieses Bemühen den Rahmen der Leistungsgerechtigkeit und verliert sich im allgemeinen Bemühen um soziale Gerechtigkeit. Die Relationen dessen aber, was sozial gleich und was sozial ungleich ist, sind bekanntlich ein Perpetuum mobile. Doch wo auch immer die Grenze liegen mag, an der Leistungsgerechtigkeit in den weiten Raum sozialer Gleichheit übergeht: Leistungsgerechtigkeit dieser Art jedenfalls gefährdet deshalb die rechenhafte Sachgesetzlichkeit der Rentenversicherung. Sie bedarf deshalb eines in besonderem Maße rationalen, stringenten Konzepts. Die Zufälligkeit, von der her heute beitragsfreie Zeiten anerkannt oder Beitragszeiten zu Lasten anderer Träger angeordnet werden, muß überwunden werden.

– Die schwierigste Frage aber ist, ob es in der Rentenversicherung auch einen Ort für Bedarfsgerechtigkeit geben kann, welcher dieser Ort sein soll und welchen Grundsätzen diese Bedarfsgerechtigkeit folgen soll.¹⁶³ Das sollte mit ebensoviel Phantasie wie Vorsicht geprüft werden.

Jedenfalls scheint es wichtiger, daß die Rentenversicherung ihre wichtige, zentrale Rolle im Konzert der Alterssicherung – die Rolle einer besitzstands- und auch leistungsgerechten und kraft dessen weithin doch auch bedarfsgerechten Vorsorge über die Zeit hin – gut und verläßlich, vor allem auch so eigenständig und so "unpolitisch", so systematisch geschlossen und so autonom wie möglich spielt, als daß sie sich vornimmt, alle Ziele der Alterssicherung in sich allein zu verwirklichen.

161 S. noch einmal N 38.

162 Zur Problematik s. noch einmal N 143. S. auch *Peter Krause*, Beitragszahlung für Ausfallzeiten – Ausfallzeiten nur kraft Beitragszahlung, in: DRV 1984, S. 520 ff.

163 S. dazu schon *Harald Bogs*, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, 1973, S. 604 ff.

Der Behinderte als Aufgabe der Rechtsordnung

A. Behinderung – eine Frage an das Recht?

I. Behinderung und Recht – einige Fragen

Was hat Behinderung mit dem Recht zu tun? Behinderung ist zunächst doch etwas Tatsächliches. Gesetze und Richtersprüche machen keinen Blinden sehend und keinen Stummen sprechend. Und Behinderung zu bewältigen, zu ertragen oder gar zu überwinden, ist zunächst eine zutiefst menschliche Last und Aufgabe: die Last und Aufgabe der Behinderten, trotz ihrer Behinderung zu leben, sinnvoll zu leben; die Last ihrer Umwelt, die Behinderten anzunehmen, sich ihrer anzunehmen, ihre Last mitzutragen. Wird da, indem nach dem Recht gerufen wird, nicht wieder einmal versucht, kalte Mechanismen anzusetzen, wo Mitmenschlichkeit gefordert ist, den toten Buchstaben an die Stelle menschlicher Verantwortung zu setzen? Es mit der Norm genug sein zu lassen, wo eine Veränderung der Wirklichkeit gefordert ist? Der Verdacht wiegt doppelt schwer im “Jahr der Behinderten”, wo viel von den Behinderten geredet und letztlich doch zu wenig für die Behinderten getan wird.

Andererseits haben gerade Behinderte selbst im “Jahr der Behinderten” wie nie zuvor ihr Vertrauen in das Recht gesetzt. Sie fordern “ihr Recht” statt “Almosen”. Und mancher – auch und gerade mancher Besorgte und Erfahrene – fragt dagegen, ob da nicht vom Recht zuviel erwartet wird. Geht es ohne freiwilliges Engagement, ohne personelle Zuwendung, ja ohne Güte und Barmherzigkeit? Nüchtern gefragt: Kann das Recht alle die Mittel mobilisieren, derer es bedarf, um den Behinderten alle Hilfe zu geben, die sie brauchen?

So zählt es zu den vielen Spannungen, die dieses “Jahr der Behinderten” hervor gebracht hat, daß sich das Mißtrauen gegen die Bereitschaft und Fähigkeit der Rechtsordnung, sich der Behinderten anzunehmen, und das Vertrauen in das Recht, den Behinderten das geben zu können, was ihnen Schicksal und Gesellschaft vorenthalten haben, gegenüberstehen.

II. Die Zwiespältigkeit des Rechts gegenüber den Behinderten

In der Tat entspricht dies auch der Zwiespältigkeit des Rechts gegenüber den Behinderten und ihrer Lage. Ist doch Behinderung nicht nur etwas, was das Recht vorfindet, sondern auch etwas, was das Recht erzeugt. Ich will beiseite lassen, ob wir hier auch von “sozialer Behinderung” reden sollen, die durch Strafe, Diskrimi-

nierung und Ausschließung entsteht. Auch sonst wirkt Behinderung nicht nur tatsächlich, "natürlich" – wie eben dadurch, daß ein Tauber den Schall nicht aufnimmt, – sondern gerade auch im Gefüge des Rechts selbst – wie etwa durch rechtliche Voraussetzungen für bestimmte Berufe und Tätigkeiten, die etwa ansteckend Kranken die Tätigkeit in Lebensmittelberufen, Schwachsinnigen die Führung von Kraftfahrzeugen und psychisch Belasteten die Übernahme besonderer Verantwortlichkeiten verschließen. Behinderung gewinnt in der Regel ihre soziale Gestalt erst, indem das Recht diese Nachteile – durch die Konsequenzen, die es daran knüpft – manifest macht oder vertieft, aber auch dadurch, daß das Recht Hilfen und Kompensationen anbietet: von Maßnahmen der Förderung, der Behandlung und Pflege bis hin zu den vielfältigen Geldleistungen. Denn auch durch dieses Bemühen um Hilfe und Ausgleich unterscheidet das Recht den Behinderten von dem Nichtbehinderten. Behinderung ist in ihrer konkreten Gestalt und Bedeutung also fast nie etwas Natürliches, Tatsächliches, sondern etwas, was auch vom Recht "gemacht" ist.

Das erklärt auch den Zwist oder – wenigstens – die Ratlosigkeit, die einige Schlagwörter ausgelöst haben, die, aus gutem Willen geboren, eine einfache Lösung versprechen, während diese Lösung an der Zwiespältigkeit des Rechts gegenüber der Behinderung scheitert. Da wird etwa *Kompensation* der Nachteile der Behinderten gefordert und doch das Recht, das zu diesem Zweck und Ende an die Merkmale der Behinderung anknüpft, als Sonderrecht auch gegen die Behinderten als *diskriminierend* empfunden. Da wird die Parole der "*Normalisation*" der Behinderten ausgegeben – nicht zuletzt, um das a priori unpassende und längst überforderte Wort "Rehabilitation" abzulösen – und schon wird bitter und mißtrauisch gefragt, ob nicht zu einfach die Behinderten an die Normen der "Normalen" angepaßt werden sollen. Da wird versucht, von der "*Integration*" der Behinderten zu reden. Und der Verdacht wird laut, diese "*Integration*" lasse den auf der Strecke, der dem Bild der Gesellschaft, in die er integriert werden solle, nicht gerecht werden könne.

III. Der offene Widerspruch von Gleichheit und Ungleichheit

Kürzlich hat die Internationale Vereinigung für Soziale Sicherheit in Wien einen Kongreß über die Rolle der Forschung bei der sozialen Sicherung Behinderter abgehalten. Dabei erklärte ein ausländischer Forscher: "Eine Gesellschaft, die den Behinderten sagt, sie würde die Behinderten den nicht Behinderten gleichstellen, lügt." Wir wissen, wie wahr das ist. Und trotzdem wissen wir, daß das Ziel nicht anders formuliert werden kann.

Die Not, die das Recht mit der Problematik der Behinderten hat, ist gleichsam nur ein Beispiel für diese umfassendere Schwierigkeit. Wir können sie an Hand des Gleichheitssatzes formulieren, an den unsere ganze Rechtsordnung gebunden ist und den unser Sozialstaat auch mit sozialer Wirklichkeit erfüllt wissen will. Der Gleichheitssatz verlangt, daß wir Gleiches gleich, Ungleiches dagegen seinem Wesen gemäß ungleich behandeln. Wo sind die Behinderten und die Nichtbe-

hinderten einander gleich, wo einander ungleich? Was kann, darf oder muß geschehen, um die Behinderten und die Nichtbehinderten einander anzugleichen? Wo macht die Unterscheidung "gleicher", wo die Nicht-Unterscheidung? Was darf nicht geschehen, wenn nicht wesentlich Ungleiches seiner Ungleichheit zuwider gleichbehandelt werden soll? Was heißt es, die Behinderten und die Nichtbehinderten ihren Unterschieden folgend ungleich zu behandeln? Was auch heißt es, verschiedene Behinderte dem Wesen ihrer Ungleichheit gemäß verschieden zu behandeln? So sehr wir uns bemühen: dem Recht ist es versagt, die Ungleichheit unter den Menschen vollends aufzuheben. Noch spezifischer und drastischer gesagt: das Recht ist nicht Herr des Schicksals. Und trotzdem bleibt es ihm aufgegeben, das Mögliche zu suchen und zu tun.

Es ist notwendig, diese Spannung, ja diesen Widerspruch zu sehen. Diese Spannung zwischen Gleichheit und Ungleichheit zu verdecken oder zu verdrängen, führt auf der Seite des Rechts dazu, das zu verfehlen, was getan werden könne, auf der Seite der Behinderten zu neuer Bitterkeit und Resignation. Es ist daher notwendig, über diese Schwierigkeiten differenziert, offen und geduldig miteinander zu reden. Leider ist dies eine seltene Sache. Politiker aller Größenordnungen und Apparate der sozialen Sicherheit, der Wohlfahrtspflege und der sonstigen Daseinsvorsorge zeigen gerne vor, was getan wurde und wird. Und Betroffene meinen, voneinander lernen zu müssen, daß der Vorwurf besser ist als das Hinhören, die Forderung besser als die gemeinsame Suche, der plakative Schrei besser als die sachliche Rede – und nur allzuviel Erfahrung spricht dafür. Aber damit entstehen Fronten; und Fronten erlauben keine Lösungen. Lösungen können nur entstehen, wo die Betroffenen, Sachkundigen und Verantwortlichen offen mit Verständnis für die Schwierigkeiten des anderen und in dem Bewußtsein miteinander reden, daß die Lösung im besten Falle fast richtig, fast vollkommen sein kann. Ich betone das alles deshalb so nachdrücklich, weil mir fast jede Diskussion über die Lage der Behinderten und über eine Politik für sie gezeigt hat, wieviel alle Beteiligte voneinander zu lernen hätten und wie oft und vorschnell stattdessen der Vorhang der Enttäuschung fällt.

B. Sozialleistungen an Behinderte und Rechtsordnung

Wenn ich hier versuche, einen Beitrag zu dieser so notwendigen Diskussion zu leisten, so will ich es tun, indem ich einige Strukturen aufzeige, von denen ich hoffe, daß sie gemeinsames Nachdenken erleichtern können.

1. Das materielle Recht der Behinderten

1. Die "Normalität" der Bedarfsdeckung und die Kompensation von Defiziten a) Übersicht

Ich will mich dazu auf die Rechtsbereiche konzentrieren, die unmittelbar dafür zuständig sind, daß die Lebensbedürfnisse des Behinderten gedeckt werden können. Schauen Sie zu diesem Zweck bitte mit mir auf das erste Schaubild.

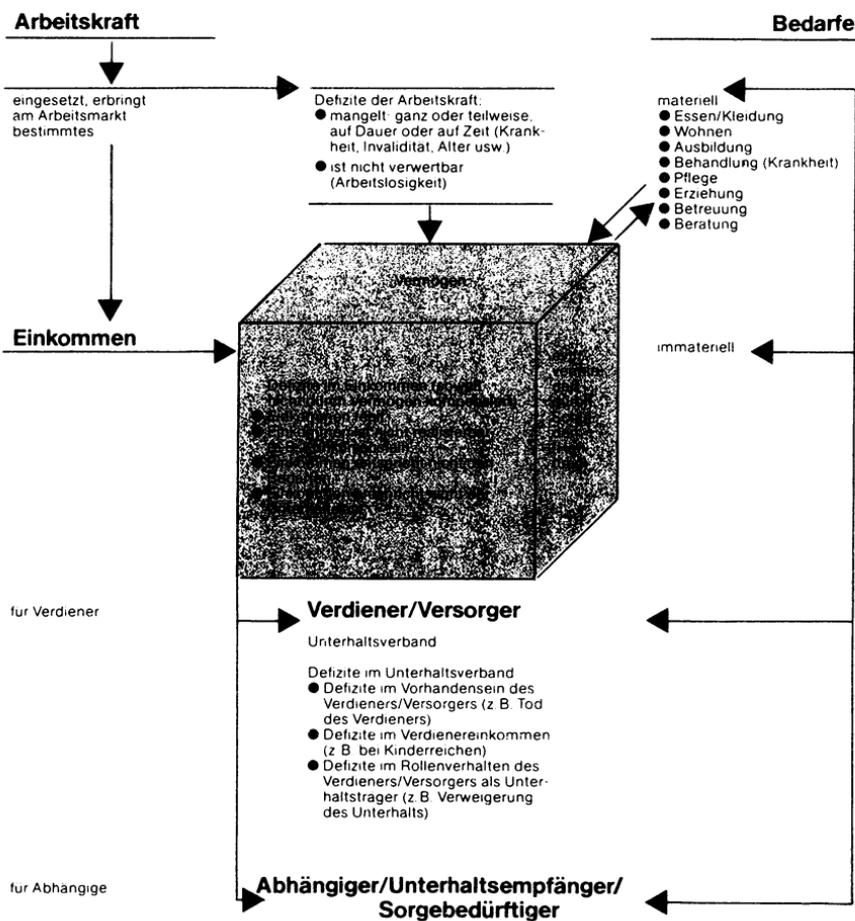


Schaubild 1

Positiv stellt das Schaubild eine "Normalität" dar, von der unsere ganze Rechts- und Gesellschaftsordnung ausgeht: der Mensch setzt seine Arbeitskraft ein, kraft deren er Einkommen erzielt. Dieses Einkommen dient dazu, die Bedürfnisse des Verdiener selbst und seiner Familie – abstrakter ausgedrückt: seines Unterhaltsverbandes – zu befriedigen. Der Unterhaltsverband kann Bedarfe aber auch auf andere Weise aus sich heraus decken. Der klassische Fall ist die Familienmutter, die wesentlich dazu beiträgt, daß die Bedarfe Essen, Kleidung, Erziehung, Betreuung, Pflege usw. befriedigt werden. (In der Mitte des Schaubildes sehen Sie einen "Kasten". Er ist gewissermaßen das Bassin für das Vermögen. Soweit

Vermögen vorhanden ist, kann dies die Frage, ob Arbeitskraft Einkommen erbringt, und wie dieses Einkommen sich zu den Bedarfen verhält, entschärfen. Doch müssen wir diese Problematik des Vermögens der Einfachheit und der Kürze halber im folgenden vernachlässigen.)

Negativ stellt das Schaubild die Defizite dar, die im Verlauf dieser "Normalität" auftreten können:

- Defizite der *Arbeitskraft* (wie Krankheit, Invalidität oder Alter) oder Arbeitslosigkeit, die dazu führen, daß das Einkommen fehlt;
- übermäßige *Bedarfe* im Falle von Krankheit, bei Pflegebedarf, bei qualifizierter Ausbildung usw.;

- endlich Defizite im *Unterhaltsverband*: z.B. wenn der Verdiener (etwa der Familienvater) oder ein Versorger (etwa die Familienmutter) verstorben ist, wenn der Verdiener oder Versorger seiner Rolle nicht gerecht wird (also etwa der Vater den Unterhalt nicht bezahlt) oder wenn – und hier berühren sich die Defizite des Unterhaltsverbandes mit dem Defizitbereich der Bedarfe – Verdienereinkommen in einem Mißverhältnis zur Zahl und zu den Bedürfnissen der Unterhaltsempfänger stehen (wie das für kinderreiche Familien typisch ist).

Die Rechtsordnung kennt grundsätzlich zwei Weisen, die Problematik dieser Defizite anzugehen:

- die Auswirkungen der Defizite in den Regelungsfeldern gering zu halten, in denen sie "natürlich" auftreten, oder
- sie durch Schadensersatz oder durch Sozialleistungen auszugleichen. Die Problematik des privatrechtlichen Schadensersatzes muß hier ausgeklammert bleiben. Wie der Ausgleich durch Sozialleistungen strukturiert ist, ist Ihnen vertraut. Sie sehen es auch auf dem zweiten Schaubild (Schaubild 2, s. S. 540), auf das ich gleich zurückkomme.

b) Die Rechtsfelder der sozialen Defizite

Verweilen wir statt dessen zunächst dabei, wie das Recht den Defiziten dort begegnen kann, wo sie primär wirken. Es ist gleichsam ein alter Traum, diese Rechtsfelder in sich gleich so "gerecht" zu gestalten, daß sie die Defizite entschärfen: das Arbeitsrecht so, daß es auch dem Lohn bringt, dessen Arbeitskraft geringer ist, den Gütermarkt so, daß die Preise den Bedürfnissen folgen. Aber diese Rechtsverhältnisse haben in der "Normalität" eine andere Funktion: vornehmlich die des Austausches und der Zuordnung der Güter durch Austausch. Und sie können nicht "zwei Herren" gleich gut dienen: dem Austausch und der Befriedigung der Bedarfe derer, die nichts auszutauschen haben. Der gebundene Brotpreis macht kein Brot. Die behördlich festgesetzte Miete schafft keine Wohnungen. Darum ist die Fähigkeit diese Rechtsverhältnisse, die Defizite – etwa die mindere Arbeitskraft eines Behinderten oder das Mißverhältnis zwischen seinen besonderen Bedarfen und seinem Einkommen – aufzunehmen, zu neutralisieren, zu absorbieren, gering. Das gilt mutatis mutandis auch für die öffentliche Daseinsvorsorge

und für ihre Ausreichung zum "Nulltarif". Auch hier sind die Ressourcen knapp. Auch hier hat der Preis seine Ordnungsfunktion. Auch hier sind die Fähigkeiten der primären Rechtsfelder, Mißverständnisse zwischen Einkommen und Bedarfen zu internalisieren, begrenzt. Jenseits der sich daraus – freilich immer unklar – ergebenden Grenzen müssen die Probleme auf die umverteilenden Sozialleistungssysteme hin verlagert, externalisiert, werden: auf Rente, Arbeitslosengeld, Wohngeld usw.

Analog sind die Verhältnisse im Unterhaltsverband. Auch hier haben wir einen alten Traum: den Traum von der Großfamilie, die alles Schicksal in sich bewältigt. Zumeist wird behauptet, dieser Traum hätte sich in der Geschichte schon verwirklicht. Man kann daran zweifeln, ob das wahr ist. Doch wie dem auch sei: das Ehe- und Familienrecht kann diese Großfamilie nicht schaffen; es kann auch der Kleinfamilie nicht die Verdienere und Versorger geben, die sie nicht hat; es kann auch den Verdienern der Kleinfamilie nicht das Einkommen verschaffen, das notwendig ist, um die gesteigerten Bedarfe vieler Kinder, eines kranken Familienmitglieds und dergleichen zu decken. Gerade für die Familie bleibt schließlich keine andere Lösung, als die Defizite auf die Sozialleistungssysteme hin zu externalisieren.

Überall also haben wir eine Funktionsteilung zwischen der primären, aber begrenzten Kompetenz des Arbeitsrechts, des Dienst- und Sachleistungsrechts und des Ehe- und Familienrechts, die Defizite aufzunehmen, und der unausweichlichen letzten Kompetenz der Sozialleistungssysteme, das dort Unbewältigte zu bewältigen.

2. Die spezifische Problematik der Behinderten im geltenden Recht

a) Die Rechtsbereiche der primären Relevanz der Defizite

In allen Elementen dieses Systems ist die Problematik des Behinderten stets gegenwärtig.

– Das beginnt mit den Schwierigkeiten des Behinderten, Zugang zur *Arbeit* zu finden, mit seinen Problemen am Arbeitsplatz und mit der Gefahr, wenn überhaupt, so nur ein minderes Arbeitseinkommen zu erzielen. Dies ist zunächst das Feld des Schwerbeschädigtenrechts als eines Sonder-Arbeitsrechts, darüber hinaus aber des Arbeitsförderungsrechts und aller Sozialleistungssysteme, die dazu bestimmt sind, ein Mindereinkommen oder letztlich den Ausfall des Arbeitseinkommens – etwa durch eine Rentenleistung – zu kompensieren.

– Es setzt sich fort über die vielfältig *besonderen Bedarfe* des Behinderten. Hier haben Sozialleistungssysteme eine zentrale Funktion, wo Güter der Bedarfsdeckung käuflich sind, wie etwa bei der Beschaffung eines Rollstuhls. Viele Bedürfnisse können aber nur befriedigt werden, indem die Güter selbst behindertengerecht angeboten werden, behindertenzugänglich sind. Man denke an öffentliche Verkehrsleistungen, an Publikumsveranstaltungen (wie Theater usw.), an öffentliche Einrichtungen wie Telefone. Hier ist eine tiefe Durchdringung des öffentlichen und privaten Rechts der Dienst- und Sachleistungen nötig. Wann aber

ist es sinnvoll und wirtschaftlich und technisch tragbar, Angebote global so zu verändern, daß sie Behinderten und Nichtbehinderten gleich zugänglich sind? Wann und wie können Erleichterungen speziell für Behinderte erreicht werden? Wir wissen, daß wir hier erst in den Anfängen stecken. Vermutlich aber werden immer Unzulänglichkeiten bleiben. Vor allem behinderten-spezifische Angebote im privaten Sektor gehen in den Preis der behindertengerecht angebotenen Güter (z.B. Wohnungen) ein und bedürfen so wieder der ökonomischen Kompensation durch Sozialleistungen. Vieles – z.B. auf dem Gebiet der Pflege – wird nur administrativ oder doch, wie durch Wohlfahrtsverbände, quasi-administrativ bereitgestellt werden können.

– Kommen wir zur Situation des Behinderten im *Unterhaltsverband*. Ist der Verdienener oder der tätige Versorger behindert, so belastet dies den Unterhaltsverband, indem seine Leistungen ausfallen. Ist der Behinderte abhängig, so belastet er die Versorger und Verdienener durch die Besonderheit seiner Bedarfe, der Pflege, der Geräte usw. Das Ehe- und Familienrecht weist diese Lasten allen zu. Aber es kann die verpflichteten Verdienener und Versorger nicht schaffen, wo es sie nicht gibt. Und es kann die Fähigkeit der Verpflichteten, die Lasten zu tragen, nicht herstellen, wo diese sie nicht haben. Auch ist diese Zuweisung von Behinderten-Lasten im Familienverband kaum mehr als die Ausbreitung der Ungleichheit zwischen Behinderten und Nichtbehinderten – nämlich von den Behinderten selbst auf ihre Familie. Aus dieser Ungleichheit von Behinderten und Nichtbehinderten wird die Ungleichheit ihrer Angehörigen. So verlangen gerade die mit Behinderung verbundenen Belastungen der Familie nach einem Ausgleich durch Sozialleistungen.

So allgegenwärtig also die Problematik der Behinderten in unserer Rechtsordnung ist, so wenig ist unser Recht von den Anliegen der Behinderten her durchdacht. Allenfalls das Arbeitsrecht hat durch das Schwerbehindertenrecht und eine Reihe anderer Vorschriften prinzipiell behindertengerechte Strukturen bekommen. Das Recht der bedarfsdeckenden Dienst- und Sachleistungen ist weit entfernt davon – und wird es infolge der Vielfalt seiner Gegenstände und Funktionsweisen wohl immer bleiben. Einzelne Regelungen, wie die freien Verkehrsleistungen für Behinderte, verschleiern eher die ungelösten Probleme wie z.B. dies, wie es mit dem tatsächlichen Angebot an Verkehrsleistungen für Schwerbehinderte wirklich steht.

Das Ehe- und Familienrecht kann kaum je etwas leisten, was nicht die Ehe und die Familie aus sich schon zu leisten imstande ist. Und oft ist es nicht einmal in der Lage, den Widerspruch zwischen der Fähigkeit zu leisten und der Bereitschaft hierzu zu überbrücken.

b) Das Sozialleistungsrecht

Besonders freilich muß verwundern, daß auch unser *Sozialleistungsrecht* nicht als Behindertenrecht entstanden und – sehen Sie bitte das zweite Schaubild (s. S. 540) nun genauer an – gestaltet ist. Vielmehr entwickelte es sich aus den

verschiedensten historischen Anlässen, in den verschiedensten Sach- und Gruppenzusammenhängen und unter Verwendung der verschiedensten Techniken:

- als *Sozialversicherung*: d.h. als kollektive Vorsorge gegen bestimmte, typisierbare Risiken – die Behinderung bedeuten können, aber nicht immer bedeuten – durch die, welche solcher Vorsorge bedürftig und zu solcher Vorsorge – m.a.W.: zur Zahlung von Beiträgen – auch fähig sind, was Behinderte, die nicht fähig sind, in eine Verdienerrolle einzurücken, zunächst ausschloß und auch heute noch zurücksetzt;

- als *Beamtenversorgung*: d.h. als besondere Vorsorge für die, die sich diese Sicherung als Beamte, Richter oder Berufssoldaten verdienen können, was den Zugang Behinderter schon im beruflichen Vorfeld des Sicherungssystems weithin ausschließt;

- als *soziales Entschädigungsrecht*: zur Kompensation von Personenschäden, für die, wie bei Kriegsopfern, das Gemeinwesen eine gesteigerte politische Verantwortung trägt – sieht man von den Leistungen an Hinterbliebene ab, also gerade als System für Behinderte geschaffen, aber doch nicht allein ihrer Behinderung wegen, sondern wegen ihres besonderen Opfers, für das ihnen das Gemeinwesen verantwortlich ist;

- als *besondere Hilfs- und Förderungssysteme*: zur spezifischen Hilfe und Förderung vor allem in Situationen, die der sozialen Vorsorge nicht oder schlecht zugänglich sind – als ein Bereich also, dem die Masse der Behinderten schon durch Vorsorge- und Entschädigungssysteme “abgenommen” erscheint, weshalb sich darin auch kein spezifisches Behindertensystem findet;

- endlich als *Sozialhilfe*: herausgewachsen aus der uralten Fürsorge, die im Verlauf des 20. Jahrhunderts immer mehr differenziert und veredelt wurde und heute auch viele besonderen Hilfen für Behinderte enthält – aber doch in einem Verbund, der sich, auch für den Behinderten, als “Netz unter dem Netz” versteht.

Ich will damit nicht “herunterspielen”, daß in den letzten Jahrzehnten viel geschehen ist, um alle diese Systeme auf die besonderen Probleme der Behinderten einzurichten: angefangen von der historischen Vorreiter-Funktion des Kriegsopfer-versorgungsrechts, über das Recht der Eingliederung Behinderter, wie es später in das Sozialhilferecht aufgenommen wurde, das Rehabilitationsangleichungsgesetz und das Gesetz über die Sozialversicherung Behinderter bis hin zu zahlreichen kleinen Schritten, zuletzt etwa der Herstellung der Nahtlosigkeit an der Grenze zwischen der Arbeitslosen- und der Invalidenversicherung, die gerade auch Behinderten zugute kommt. Aber daraus wurde immer noch kein Sozialrecht der Behinderten “aus einem Guß”.

3. Der Versuch einer Alternative: Behindertenrecht

a) Das Konzept

Um hier eine Denk-Alternative zu bieten, haben wir uns in dem von mir geleiteten Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht bemüht, die Ordnungsanliegen eines Rechts der Behinderten aus sich heraus zu entwick-

keln. Dem dient das dritte Schaubild, das von einem wissenschaftlichen Referenten des Instituts, Dr. *Gerhard Igl*, ausgearbeitet wurde (Schaubild 3, s. S. 543).

Wie Sie sehen, sind wir dabei ausgegangen von der *Integration* der Behinderten als dem umfassendsten Auftrag eines Behinderten-Rechts. Wir meinen damit etwa, daß einem Behinderten so viele Lebensmöglichkeiten eröffnet und vermittelt werden sollen, wie mit seinem physischen und psychischen Status irgendwie vereinbar ist. Vor diesem Hintergrund scheint uns eine Zweischienigkeit des Behinderten-Rechts wesentlich.

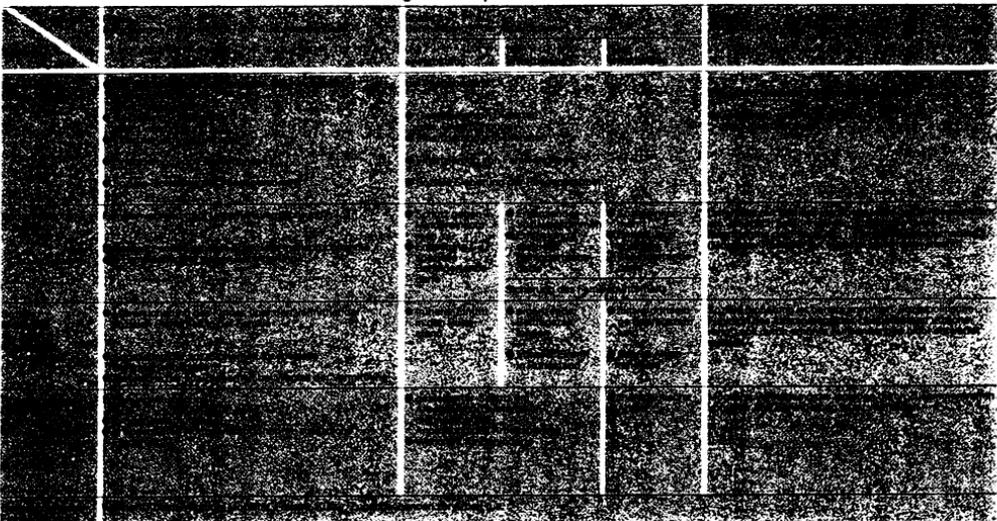
– Auf der einen Seite ist *“Integration als permanente Aktion”* zu sehen. Solange die Behinderung besteht, ist immer die Sorge notwendig: was ist zu tun, um die Nachteile der Behinderung zu kompensieren und dem Behinderten so viele Lebenschancen als möglich zu eröffnen? Diese Sorge darf keinen späteren Anfang haben als den Anfang der Behinderung und kein früheres Ende als das Ende der Behinderung – sei dies am Anfang die Geburt, am Ende der Tod.

– Dagegen gibt es Bemühungen um *“Integration durch einmalige oder wiederholte, aber prinzipiell abgeschlossene Aktionen”*. Wir haben mit diesem Ausdruck in etwa das ersetzt, was man gemeinhin unter *“Rehabilitation”* versteht. Daß wir dies so ausgedrückt haben, ist nicht wissenschaftliche Neuerungssucht. Vielmehr haben wir in internen und externen Diskussionen immer wieder erfahren, daß der Name *“Rehabilitation”* für die sich heraushebenden Maßnahmen, die diesen Namen herkömmlich tragen, verdeckt, daß daneben *“Rehabilitation”* auch als eine permanente Bemühung nötig ist. Was *“Rehabilitation”* will, darf nicht auf die Monate begrenzt bleiben, in denen das stattfindet, was man *“Rehabilitation”* nennt. Auch darf nicht generell angenommen werden, daß eine Rehabilitation – eine fehlgeschlagene oder eine erfolgreiche, welche die Behinderung nicht beseitigt, wohl aber gebessert hat – die Bemühungen um Integration beenden dürfe. Andererseits aber sollte mitnichten die Notwendigkeit solcher in sich geschlossener Maßnahmen, die gegenwärtig Rehabilitation heißen, in Frage gestellt werden.

Die zweite wichtige Unterscheidung, die wir für nötig hielten, ist die der drei *Altersphasen*. Die Bedürfnisse ebenso wie die Möglichkeiten der Hilfe ändern sich während dieser drei Phasen. Allerdings: gewisse Probleme bleiben im wesentlichen über die Altersphasen hin gleich. Wir haben die wichtigsten in der Spalte *“gesellschaftliche Eingliederung”* aufgetragen. Aber es gibt auch für viele Behandlungs-, Pflege- und Hilfsmittelbedarfe. Um ein einfaches Beispiel zu geben: die Treppe stört den Rollstuhlfahrer in allen Phasen. Andere Bedarfe wandeln sich. (Um diesen Wandel der anderen Bedarfe und ihrer Bedarfsdeckung über die Phasen hin zu verstehen, sollten Sie einen Rückblick auch noch einmal auf das erste Schaubild werfen.)

– In der *Phase 1*, der *“Erziehungs- und Ausbildungsphase”*, hat der Behinderte wie seine Altersgenossen im Unterhaltsverband eine passiv nehmende Rolle. Seine Behinderung belastet den Unterhaltsverband, der – je nach den Umständen – Pflege- und Betreuungsleistungen an den Behinderten erbringt. Eigenes Arbeitseinkommen wird vom Behinderten in dieser Phase nicht erwartet. Wohl

Integration als permanente Aktion



Integration durch einmalige oder wiederholte, aber prinzipiell abgeschlossene Aktionen

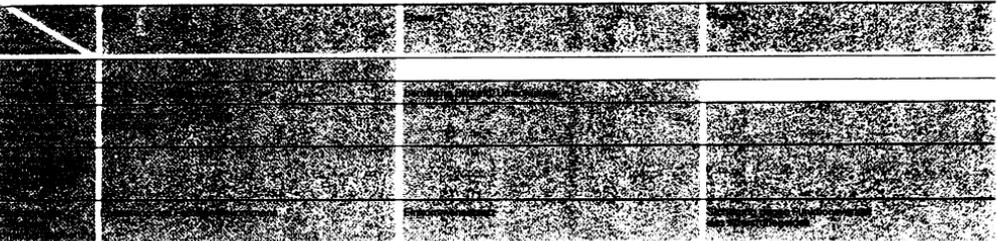


Schaubild 3

aber soll er in dieser Phase darauf vorbereitet werden, in der 2. Phase der Normalität ein eigenes Arbeitseinkommen zu verdienen. Daraus ergibt sich etwa:

* Die besonderen *Bedarfe* für Behandlung, Pflege usw. sind in dieser Phase grundsätzlich Belastungen des Unterhaltsverbandes. Hilfen haben ebenso grundsätzlich diesen Unterhaltsverband zu entlasten, zu befähigen oder auch zu ersetzen. Sie sind inhaltlich auch auf die eigene Arbeits- und Verdienerrolle des Behinderten in der Phase 2 ausgerichtet.

* Die wirtschaftliche *Subsistenz* ist primär eine Last des Unterhaltsverbandes. Er muß eventuell entlastet werden.

– In der *Phase 2*, der “Arbeitsphase” dagegen, dominiert die Problematik der eigenen Arbeits- und Verdienerrolle des Behinderten: ob er voll erwerbstätig sein kann, nicht erwerbstätig oder teilerwerbstätig, prägt die Bedarfssituation.

* Der *voll Erwerbsfähige* braucht Hilfe zur *Arbeit* und in der *Arbeit*. Arbeitsförderung und Arbeitsrecht (vor allem aber nicht das Schwerbehindertenrecht) haben hier ihre Domäne. Gleiches gilt zunächst für den *Teilerwerbsfähigen*. Aber er braucht noch eine Ergänzung seines Arbeitseinkommens durch Sozialeinkommen. Der *nicht Erwerbsfähige* dagegen braucht ein Sozialeinkommen anstelle des Arbeitseinkommens. Trotzdem braucht er nach Möglichkeit auch eine Arbeitsgelegenheit, um sich durch *Arbeit* verwirklichen zu können.

* Die besonderen *Bedarfe* sind in dieser Phase Belastungen, die den Behinderten selbst treffen. Die Hilfen müssen an ihn gehen. Sein familiärer *Unterhaltsverband* ist in dieser Phase in der Regel von ihm abhängig und nicht imstande, für ihn aufzukommen.

* Für die *soziale Sicherung* durch Sozialversicherung ist wieder die Erwerbsfähigkeit prägend. Der *voll Erwerbsfähige* ist vorsorgefähig. Für ihn bedarf es vielleicht auf der Leistungsseite, nicht auf der Beitragsseite spezifischer Vorkehrungen. Der *nicht Erwerbsfähige* dagegen kann sich nicht durch Beiträge in die Sozialversicherung “einkaufen”. Für ihn wird bedeutsam, was sich in einem entwickelten, einkommensabhängigen System sozialer Sicherung als “sekundäres soziales Risiko” herausgestellt hat: das Risiko dessen, der sich mangels eigenen Einkommens nicht selbst sozial sichern kann. Hier müssen Substitute geschaffen werden, wie sie vor allem das Gesetz über die Sozialversicherung Behinderter eingeführt hat.

– In der *Phase 3* wird nicht mehr mit eigenem Arbeitseinkommen gerechnet. Das Einkommen ist typischerweise durch ein Sozialeinkommen ersetzt. Vorkehrungen für das Arbeitsleben scheiden grundsätzlich ebenso aus. Aber die Bedürfnisse wandeln sich noch einmal. Besonders zu nennen ist hier der typische Pflegebedarf. Seine Last trifft den Behinderten sowie alle, die für ihn einzustehen haben, elementar.

Die *Phasen* prägen auch die “*Integration durch einmalige oder wiederholte, aber prinzipiell abgeschlossene Aktionen*”. Während medizinische Maßnahmen in allen Phasen denkbar sind (das Schaubild weist insofern einen “Schreibfehler” auf), gilt das nicht für Maßnahmen der *Erziehung und Ausbildung*. Sie gehören in die erste Phase. In der zweiten Phase nehmen sie die Gestalt von beruflicher Bildung und

Umschulung an. In der dritten Phase ist kein Raum mehr dafür. Was die *Einkommensleistung* anbelangt, geht es in der ersten Phase um die Entlastung des Unterhaltsverbandes, in der zweiten Phase um die Substitution des eigenen Arbeits- und Sozialeinkommens, soweit dieses durch die Maßnahme beeinträchtigt ist, in der dritten Phase allenfalls um eine Ergänzung des Sozialeinkommens.

Freilich genügt es nicht, Behinderung, die eingetreten ist, zu kompensieren. Vielmehr muß alles getan werden, um Behinderung zu verhindern. Deshalb hat *Dr. Igl* den Fall der Behinderung in einem weiteren Schaubild (Schaubild 4) mit dem Schutzwall der *Prävention* umgeben. Und noch in das Feld der Behinderung selbst hat er die Möglichkeit der *Früherkennung* eingetragen, die eine Behinderung in der Regel nicht mehr verhindert, jedoch ihre Entwicklung unter Kontrolle bringen und ihre Konsequenzen begrenzen kann. (Den äußersten Rand des Schaubildes – die Meta-Systeme – lassen Sie bitte zunächst außer Betracht. Wir kommen gleich darauf zurück.)

System des Behindertenschutzes



Schaubild 4

b) Die Verbindung von Recht und Modell

Drängt sich nun nicht die Forderung auf, aus dieser Problemskizze unmittelbar ein Programm für ein ganz eigenständiges integrales Behindertengesetz zu machen? Der Versuch müßte an drei Schwierigkeiten scheitern: *erstens*, an der inneren Vielfalt der Arten von – physischen, psychischen, sozialen, kommunikativen usw. – Behinderungen; *zweitens*, an den Schwierigkeiten und Nachteilen einer scharfen Definition der Schwelle zwischen Nichtbehinderung und Behinderung; und *drittens* an den Schwierigkeiten und Nachteilen der Typisierung der verschiedenen Grade der verschiedenen Arten von Behinderung. Je reiner man Behindertenrecht gestalten – gleichsam aus dem eigenen Stoff treiben – wollte, desto schwerer wöge die Frage: welche Behinderung hat welche Konsequenzen?

Wir wissen alle, zu welcher Belastung der gesamten Behindertenpolitik es geworden ist, daß heute an gewisse medizinisch feststellbare Tatbestände viel zu pauschal Folgen des Behindertenschutzes geknüpft werden und umgekehrt gewisse Schutznormen viel zu pauschal an Grade der Behinderung geknüpft sind, die einen recht abstrakten Schluß von körperlichen und psychischen Schäden auf Erwerbseinbußen ziehen, während sich die Regelungen oft gar nicht auf die Kompensationen der Erwerbsminderung beziehen. Dieses Elend, daß der Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit zum Nadelöhr auch für Leistungen wird, die mit Erwerbsfähigkeit überhaupt nichts zu tun haben oder doch nicht mit einer pauschalen Graduierung gemessen werden können, sollte uns eine Warnung sein, wie schwer es ist, Behindertenrecht isoliert zu gestalten. Mir wurde von Behinderten gesagt, daß Behinderte auf manche spezifische Behinderten-Leistung verzichten, um der damit verbundenen – das ist das Wort eines Behinderten – “Brandmarkung” als Behinderter zu entgehen.

Welche Wohltat ist es demgegenüber, daß die Masse der Sozialleistungen nach spezifischen, gleichsam von anderen Sachzusammenhängen und Zwecksetzungen mitgebrachten Tatbeständen und Maßgrößen ausgereicht werden. Wo etwa soll die Grenze zwischen Krankheit und Behinderung gezogen werden? Natürlich kann es Defizite geben, wenn nicht erkannt wird, daß Krankheit fast immer Behinderung auf Zeit ist, in manchen Fällen von Anfang an mit dauernder Behinderung einhergeht und in anderen Fällen sich allmählich in dauernde Behinderung verwandelt. Aber welche psychische und soziale Belastung – vor allem für den Betroffenen selbst – ist doch jede Regelung, die vor die Leistung die Barriere der Feststellung setzt, ein Kranker sei nun nicht mehr nur krank, sondern “bis auf weiteres” oder für immer – behindert. Mit ganz besonderer Dramatik gilt dies für die psychisch Behinderten.

Ich glaube, ich brauche nicht mehr Beispiele anzuführen, um darzutun, daß ein Behindertenrecht, das isoliert von den Tatbeständen der Behinderung und den Bedürfnissen der Behinderten ausginge, den alten Satz beweisen würde: *summum ius, summa iniuria* – das höchste Recht ist auch das höchste Unrecht! Oder spezifischer gesagt: ein isoliert allein aus dem Befund von Behinderungen gestaltetes Behindertenrecht würde den elementaren Zwiespalt alles Behindertenschut-

zes, daß jedes Sonderrecht für Behinderte auch als Diskriminierung der Behinderten wirken oder jedenfalls empfunden werden kann, mit der größten Deutlichkeit spürbar machen.

Nur eines lassen Sie mich noch hinzufügen: daß dies nicht nur für das Sozialleistungsrecht gilt, sondern auch für das Recht, das Schulter an Schulter mit dem Sozialleistungsrecht das Arbeitsleben der Behinderten, ihr Familienleben und das weite Feld der Dienst- und Sachleistungen regelt, die nötig sind, um die Bedürfnisse der Behinderten zu befriedigen. Wir kennen vom Arbeitsrecht her die Erfahrung, wie der Schutz der Behinderten auch zu einer Brandmarke gegen Behinderte werden kann – zumeist gerade gegen die Behinderten, die des Schutzes am meisten bedürfen. Diese Erfahrung wiederholt sich vor allem dort, wo Austauschverhältnisse des Privatrechts mit einem besonderen Schutz für Behinderte überlagert werden sollen.

Über dieses Bedenken darf freilich die Idee eines eigenständigen, von der Situation der Behinderten her entwickelten Ansatzes nicht verlorengelassen werden. So wenig sie unmittelbar realisiert werden kann und soll, so sehr muß sie als *kritischer Maßstab* an das Recht herangeführt werden, das die Lage der Behinderten gestaltet: sei es an das "Normalrecht" des Einkommenserwerbs, des familiären Unterhalts und der Befriedigung der Dienst- und Sachleistungsbedarfe der Behinderten, sei es an das Sozialleistungsrecht, das die Defizite des Arbeitseinkommens, der Unterhaltsrollen und der Bedarfsbefriedigung abdeckt. Diese Teilrechte sind nicht etwa durch ein isoliertes Behindertenrecht abzulösen. Sie sind nur vom Modell eines eigenständigen Behindertenrechts her stets darauf zu prüfen, ob sie den Interessen der Behinderten gerecht werden oder der Korrektur oder Ergänzung bedürfen.

In der durch das "Jahr der Behinderten" heraufbeschworenen Gefahr beiderseitiger Enttäuschung halte ich gerade dies für wichtig: Die Wohltat der überkommenen Strukturen ebenso zu sehen wie die Notwendigkeit ihrer Kritik – einer Kritik, die ganz von der Situation der Behinderten ausgeht und doch im Interesse der Behinderten vermeidet, Behinderung selbst mehr als nötig in Rechtstatbeständen "kleinzuhacken" – Behinderung mehr als nötig zu "verrechtlichen".

II. Die immanente Grenze der Rechtsnormen – die Notwendigkeit der Meta-Systeme

1. Das Problem

Doch wie immer man die Probleme der Inhalte des Rechts lösen wollte: die Macht des Rechts, Behinderung zu überwinden, bliebe a priori begrenzt. Das Recht ist ein Sollen. Behinderung ist ein Sein. Und selbst wenn ein Gesetzgeber alle Möglichkeiten fände und ausspräche, hieße das noch nicht, daß der Wille des Rechts dem Behinderten wirksam zugute käme. Das Recht kann nicht die wirtschaftlichen Spielräume des Gemeinwesens erweitern. Das Recht kann nicht die

Dienste leisten, die Menschen den Behinderten leisten sollen. Und das Recht wirkt nicht, wenn die, die es angeht, das Recht nicht kennen, nicht verstehen, wenn sie nicht fähig sind, es in Anspruch zu nehmen oder zu befolgen. Lassen Sie mich diese Probleme in drei Kategorien schichten:

- Die erste Kategorie bilden die Gestaltungsvoraussetzungen des Behinderertenrechts.
- Die zweite Kategorie bilden die Erfüllungsvoraussetzungen des Behindertenrechts.
- Die dritte Kategorie bilden die Verwirklichungsweisen des Behindertenrechts, die Meta-Systeme.

2. Die Gestaltungsvoraussetzungen des Behindertenrechts

Bei der ersten Kategorie geht es um die in der Politik manifeste, gesamtgesellschaftliche Bereitschaft, – auf welche Weise auch immer – Mittel für den Behinderten bereitzustellen und den Mitbürgern Lasten zugunsten der Behinderten aufzuerlegen. Jedes Gemeinwesen hat begrenzte Ressourcen. Das Problem der Gestaltungsvoraussetzung des Behindertenrechts ist, welcher Anteil an diesen Ressourcen den Behinderten zugewandt wird. Dabei muß man sich von der Vorstellung frei machen, die Behinderten und ihre Bedürfnisse seien dafür eine feste Größe, das Recht habe also nur die Wahl, diese vorgegebene Größe ganz oder unvollkommen zu decken. Im Gegenteil: schon die Definition von Behinderung und die Definition ihrer besonderen Bedürfnisse stehen in enger Wechselbeziehung zur gesellschaftlichen Bereitschaft, Leistungen an Behinderte zu akzeptieren, genauer: wie Behinderte abgegrenzt und differenziert und welche Leistungen ihnen zuerkannt werden, bedingt die globale Bereitschaft der Gesellschaft, den Behinderten Leistungen und andere Hilfen zu gewähren; und umgekehrt bestimmt die globale Bereitschaft die Definition der Grenzen und der Leistungen. Niemand wird sagen können, was die primäre Ursache für die konkrete Gestalt des Behindertenrechts ist. Die Diskussion über die Gestaltungsvoraussetzungen des Behindertenrechts hat dies in Richtung zu stellen. Es gibt – mit anderen Worten – keine direkte, abstrakte Entscheidung über eine “Behindertenrate” am Sozialprodukt. Es gibt immer nur die konkrete, komplexe Entscheidung über Definition, Bedürfnisse und Leistungen. Die “Rate” der leistungsbezogenen Behinderten ist immer nur eine Größe, die sich daraus ergibt, und die ex post ermittelt wird.

Dabei steht die Behindertenpolitik, je intensiver und länger sie betrieben wird, umso mehr vor der Schwelle jeder Sozialpolitik: eine *Ausnahmepolitik* zu bleiben oder eine *Regelpolitik* zu werden. Demokratische Sozialpolitik tendiert dazu, eine Regelpolitik zu sein – ich meine damit: eine Politik zugunsten der Mehrheit. Die demokratische Mehrheit will sich mit ihrer Sozialpolitik selbst begünstigt wissen. Die Konsequenz einer solchen Sozialpolitik der Mehrheit ist, daß sie sich von den Bedürfnissen entfernt. Leistungen gehen an weniger Bedürftige und dringende Bedürfnisse bleiben ohne angemessene Leistung. Eine Sozialpolitik, die mehr und mehr ganz allgemeine Krankheiten und Altersleiden zu Behinderungen addiert, ist

auf dem Wege, zu einer solchen Regel- oder Mehrheitspolitik zu werden. Die Gefahr besteht, daß die Mittel für die Behinderten fehlen, die schwerer und mit Leiden getroffen sind, die nicht so sehr der allgemeinen Lebenslast zuzurechnen sind; Ich meine, daß gerade die Behinderten selbst gut beraten wären, hier genauer zuzusehen. Auf "Behindertenpolitik" und Behindertenverbände können sie sich dabei nicht unbesehen verlassen, denn das Gesetz der Politik ist auch hier "Naturgesetz", ist das "Gesetz der großen Zahl". Auf der anderen Seite darf nicht verkannt werden, daß auch von den Behinderten selbst oft nicht die Lage *der* Behinderten am nachdrücklichsten artikuliert wird, denen es am schlechtesten geht und deren Belange am meisten vernachlässigt sind. Vielmehr artikulieren sich die Behinderten am nachdrücklichsten, deren Situation ihnen am ehesten erlaubt, sich wirksam zu artikulieren. Somit ist es gerade in der Behindertenpolitik nötig, daß sie – gleichsam "von Amts wegen" – von sich aus die Dringlichkeit aufspürt. Advokative Rollen des Sachverständigen und der Träger der Behindertenpolitik müssen hier korrigierend wirken. Die bayerischen Bezirke bekunden gerade durch diese Veranstaltung, daß sie diese Aufgabe sehen.

3. Die Erfüllungsvoraussetzungen des Behindertenrechts

Ist Behindertenrecht auf diese Weise aus der unauflösbaren Einheit von Definition und Disposition hervorgegangen, so bedarf es erst noch der finanziellen, personellen und sächlichen Mittel, um es zu realisieren. Hier steht uns vermutlich eine Zeit ökonomisch bedingter Diskrepanzen bevor. Mit mehr Nachdruck möchte ich aber darauf hinweisen, daß das Defizit an Menschen, die bereit sind, Pflegedienste zu leisten, und an der Bereitschaft der Gesellschaft, diesen Menschen angemessen Geld, Anerkennung und Ermutigung zu gewähren, bereits jetzt schon viel deutlicher ist.

Als sich im 19. Jahrhundert die institutionelle Pflege ausbreitete, war es nicht schwer, Pflegedienste zu rekrutieren. Zu den Gründen zählte sicher auch, daß es in Familien noch selbstverständlich war, zu pflegen. Über mehr als ein Jahrhundert hin hat die institutionelle Pflege sich ausgebreitet, um die Familien, welche die Pflege nicht leisten konnten, darin zu ersetzen oder sie von der Last der Pflege zu befreien – und natürlich auch manchen Pflegebedürftigen von seiner Familie. Mittlerweile aber sind die Einrichtungen, in denen gepflegt wird, zu einem Ort geworden, in dem zwei Minderheiten miteinander allein gelassen werden: die, die Pflege brauchen – eine Minderheit, die zunimmt –, und die, die noch bereit sind, Pflege zu leisten – eine Minderheit, die zudem abnimmt –. Der öffentliche Pflegezustand verweist die Pflege verstärkt wieder in die Familien zurück. Aber gesellschaftliche Tendenzen und ungünstige wirtschaftliche, rechtliche und sozialpolitische Rahmendaten schwächen die Familien in ihrer Fähigkeit, selbst zu pflegen, immer weiter. "Man" pflegt nicht mehr in dieser Gesellschaft. Und wer – in der Familie oder als Arbeitnehmer – gleichwohl pflegt, hat es schwerer als andere. Es gibt keine Patentrezepte, um diese Lage zu meistern. Aber man sollte wenigstens versuchen, dagegen anzugehen; denn von hierher droht das größte Erfüllungs-

defizit für unser Behindertenrecht. Wir sollten – auch in der Behindertenpolitik – nicht so sehr darauf starren, daß wir uns in Zukunft ökonomisch weniger leisten können. Wir sollten uns klarmachen, was wir menschlich jetzt schon nicht mehr leisten.

4. Die Verwirklichungsweisen des Behindertenrechts – die Meta-Systeme

a) Allgemeines

Kommen wir zum dritten Problemkreis: zu den vom Recht selbst gesetzten Bedingungen seiner Verwirklichung. Was ist damit gemeint? Lassen Sie mich das mit Hilfe eines Beispiels erklären, das für unser Thema ganz neutral ist. Über die Realität unseres Strafrechts weiß ich nur sehr wenig, wenn ich Text und Interpretation des Strafgesetzes kenne. Die Wirklichkeit des Strafrechts ergibt sich aus dem Befund der Kriminalität, aus dem gesellschaftlichen und politischen Maß an Freiheit, sich durch Strafanzeige zur Wehr zu setzen, aus der Wachsamkeit, Tüchtigkeit und Objektivität der Polizei, aus der Haltung und Befähigung der Ankläger, aus der rechtlichen, gesellschaftlichen und politischen Lage der Verteidiger und ihrer Einstellung zu ihrer Aufgabe, aus der Stellung der Zeugen und Sachverständigen, aus dem Gang des Strafverfahrens und der Rechtsbehelfe, aus dem Einfluß, den die öffentliche Meinung nennt, und endlich aus allem, was den Vollzug von Strafen ausmacht. All dies sind Beispiele für die “Meta-Systeme” des Strafrechts. In diesem Sinne müssen wir auch für das *Behindertenrecht* unterscheiden zwischen den Antworten, die das Recht durch seine Normen auf die Herausforderungen gibt, welche ihm die Lage der Behinderten bietet, und der sozialen Wirklichkeit – der Summe von Umständen, Kräften, Institutionen und Verfahrensweisen –, in der und durch die sich die Rechtsnormen verwirklichen sollen. Gerade im Behindertenrecht ist die Distanz, die zwischen Norm und der Wirklichkeit – weithin bekannt als der Unterschied zwischen “Recht haben” und “Recht kriegen” – zu überbrücken ist, besonders groß. Wir haben die Bedingungen, unter denen so die Verwirklichung des Rechts steht, die “Meta-Systeme” – die Systeme darum herum – genannt, also die Systeme, welche die “eigentliche” Rechtsnorm umgeben und so die Gestalt bestimmen, in der sie Wirklichkeit wird (s. noch einmal Schaubild 4, S. 545).

Diese Funktion der Meta-Systeme, den materialrechtlichen Systemen Gestalt und Wirklichkeit zu geben, hat für das Behindertenrecht eine ganz besondere Bedeutung. Während das – wie oben gesagt – materielle Recht den Menschen und Sachen Gewalt antun müßte, wenn es spezifisch und ausschließlich die Belange der Behinderten zu Rechtstatbeständen machen wollte, sind die Meta-Systeme imstande und berufen, die einerseits notwendige und wohlthätige, andererseits aber doch auch schädliche Behinderten-Fremdheit des materiellen Rechts zu überwinden, aus dem Recht gleichsam herauszufiltern, was in einer bestimmten Behinderten-Situation hilft und ausgleicht. Die Meta-Systeme können die Einheit des Behindertenrechts stiften, die dem materiellen Recht versagt ist.

Weil dies freilich noch zu wenig geschehen ist, klaffen Idee und Verwirklichung besonders weit auseinander. Haben Sie deshalb Nachsicht mit mir, wenn ich mich im folgenden mehr an die Idee halte. Die Zeit drängt zu einer Auswahl. Und die Realität ist Ihnen selbst zu sehr vertraut, als daß ich darüber sprechen müßte.

b) Einzelheiten

Auch mit dieser Einschränkung erscheint die Problematik der Meta-Systeme in sich reich differenziert. Ich kann das hier nur mit einigen Stichworten gleichsam im Sinne einer Wunschliste des Nachdenkens andeuten.

(1) Lassen Sie mich zunächst bei der Lage der *Behinderten* selbst ansetzen.

Unsere Rechtsordnung geht davon aus, daß der Bürger sein Recht kennt, notfalls seine Rechtskenntnisse durch kundigen Rat vervollständigen kann, und irgendwie imstande ist, seine Rechte geltend zu machen, sie einzuklagen. In diesem Sinne genügt es, ihm ein subjektives Recht einzuräumen und notfalls die Möglichkeit gerichtlicher Klage. Auch der soziale Rechtsstaat scheint darin einen Höhepunkt zu finden, daß er die Bürger auf die Sozialleistungen subjektiv berechtigt und daß er ihnen umfassend die Möglichkeit gerichtlicher Klage einräumt, um diese subjektiven Rechte einzulösen. Aber wir sehen, daß diese Technik im Falle des Behinderten aus vielerlei Gründen nicht greift, die wieder große Unterschiede je nach Art der Behinderung aufweisen und – vom Anliegen des Gesetzes her paradox – das subjektive Recht des Benachteiligten auf Kompensation seiner Nachteile und das subjektive Recht des Bedürftigen auf Hilfe umso schwächer machen, je dringlicher es in der Sache ist, je schwerer nämlich die Behinderung ist. Ein differenziertes, tiefgespaltenes System von Hilfen ist notwendig, um das auszugleichen.

(a) Nur wenn er sich auskennt in seinem Recht, kann er es nutzen. Dabei müssen die abstrakten Rechtsnormen und die individuelle Situation sowie konkrete Stellen, Einrichtungen, die dazu da sind, das Recht gegenüber dem Behinderten zu verwirklichen, zusammengeführt werden. Der Behinderte muß konkret beraten werden. Informationen, Auskunft und Beratung müssen vor allem auch herstellen, was das materielle Recht, wie gesagt, nicht kann und nicht soll: die Einheit des Behindertenrechts, so wie sie sich in bezug auf die konkrete Lage eines bestimmten Behinderten oder einer Gruppe von Behinderten darstellt. Es kann nicht nachdrücklich genug betont werden, daß letztlich auch ein gegliedertes Sozialleistungsrecht wie das unsere, wenn es kundig auf den konkreten Fall projiziert wird, eine in sich geschlossene Einheit ergibt.

(b) Dem Behinderten müssen auch Hilfen gegeben werden, die seine mangelnde technische Fähigkeit, seine Interessen und Rechte zu artikulieren, ausgleichen: je nach der Behinderung von der Schreibhilfe bis zum Pfleger.

(c) Es kann auch nicht genügen, dem Behinderten ein Recht zu geben und sich darauf zu verlassen, daß er – informiert und befähigt – dieses Recht geltend macht. Der Satz *iura vigilantibus* gilt bestimmt nicht für die Behinderten. Es gibt Zustände, welche Eigenwahrung von Interessen ausschließen. Und es gibt Abhängigkei-

ten, die den Konflikt, der mit der Wahrung eigener Interessen verbunden ist, unerträglich machen. Und gerade die "sanften Gewaltverhältnisse" der Unterbringung und Pflege bezeugen diese Gefahr immer wieder. Hier bedarf es der Initiative von außen – sei es der Rechtswahrung von Amts wegen, sei es der advokatischen Position von Sozialarbeitern, Vertrauensmännern usw.

(d) Endlich braucht der Behinderte nicht nur Rechte und Ansprüche, die andere zu einem bestimmten Verstehen anhalten. Er braucht vor allem auch Spielräume, in denen er – allein oder in Gruppen – selbst wirkend seine Lage verbessern kann. Ein in diesem Sinne wirkendes Konzept autonomer und kooperativer Rechtsverwirklichung zählt zu den wichtigsten Bedingungen eines humanen und effektiven Behindertenrechts.

(2) Ich hoffe, damit fürs erste verdeutlicht zu haben, was mit den Meta-Systemen gemeint ist. Für die anderen Bereiche muß ich mich noch kürzer fassen. Solche Felder für Meta-Systeme finden sich in der *sozialen Umwelt des Behinderten*.

Nehmen wir zunächst die *Familie*. Sie ist die natürliche Hilfe der Behinderten. Sie muß in dieser Rolle gestärkt – befähigt und entlastet – werden.

Für den arbeitenden Behinderten ist ein anderes Systemfeld der *Betrieb*. Dies wird insofern noch kaum gesehen, als unser Arbeitsrecht immer in dem Gegensatz von Arbeitgeber und Arbeitnehmer denkt. Der behinderte Arbeitnehmer erscheint so allein als eine besondere Last und Verantwortung des Arbeitgebers. Für den Behinderten Arbeitnehmer aber kommt es nicht weniger darauf an, daß er von seinen Mitarbeitern – je nach der Komplexität des Betriebes: von seinen Kollegen, seinen Vorgesetzten, seinen Untergebenen – angenommen und begleitet wird. Das Recht muß diese Mehrdimensionalität des Arbeitsverhältnisses des Behinderten sehen und es mehr und mehr als ein eigenes Meta-System der Verwirklichung von Behindertenrecht verstehen.

Ein letztes Beispiel für die Meta-Systeme der sozialen Umwelt: die *Nachbarschaft*, die nicht eine räumliche sein muß, sondern auch eine andere Nähe sein kann. Sie kann eine vielfältige Rolle spielen – von der gelegentlichen Hilfe bis hin zur Kontrolle dort, wo Behinderte vernachlässigt werden. Unser Behindertenrecht setzt nirgends ausdrücklich auf diese Reserven seiner Verwirklichung und Ergänzung. Wir sollten mehr darauf achten.

(3) Gehen wir einen Schritt weiter, so kommen wir zu den *Institutionen, die beratend und entscheidend zwischen dem Behinderten und den Rechtsnormen*, die für ihn gemacht sind, vermitteln. Ich meine die Behörden, welche die Leistungen administrieren. Sie sollten auf Wahrnehmbarkeit, Zugänglichkeit, Kompetenz, Wirksamkeit und Vertrauen angelegt sein.

Mit *Wahrnehmbarkeit* meine ich dabei, daß der Behinderte unschwer wissen oder erfahren sollte, welche Behörde ihm helfen kann. Auch hier gilt, daß die Einheit der Meta-Systeme die Nachteile der Vielheit der Sachsysteme entschärfen muß. So viele Widerstände sich in unserem Lande dagegen auch erheben mögen: ein lokales, allenfalls regionales, jedenfalls territoriales Organisationsprinzip ist der beste Garant dieser Wahrnehmbarkeit. In der Bereitstellung lokaler oder

regionaler Anlaufstellen für Behinderte ist uns das europäische Ausland denn auch weithin voraus.

Mit *Zuständigkeit* meine ich vor allem die tatsächliche Erreichbarkeit: den Abbau formeller, räumlicher und technischer Barrieren zwischen dem Behinderten und der für ihn zuständigen Behörde.

Mit *Kompetenz* meine ich: die Stellen, mit denen der Behinderte zu tun hat, sollten als Berater und Leistungsvermittler über möglichst viele Systeme hin zuständig sein; sie sollten aber auch fachlich vielseitig sein. Der Behinderte sollte nicht "von Pontius zu Pilatus" verwiesen werden – weder in dem Sinn, daß er an eine rechtlich spezielle Behörde verwiesen wird, noch in dem Sinne, daß er an andere Sachverständige verwiesen wird.

Mit *Wirksamkeit* meine ich, daß der Wirklichkeitsbezug und -erfolg dessen, was die leistungsvermittelnde Stelle tut, so hoch als möglich sein soll. Was sie veranlaßt, soll für den Behinderten so hilfreich wie möglich sein. Sie soll sich – kurz gesagt – "seinen Kopf zerbrechen" müssen. Und sie soll ihm die Wege zu den Leistungen zuverlässig öffnen können.

Mit *Vertrauen* endlich meine ich, daß die Behörde, welche die Leistungen vermittelt, möglichst frei von dem Verdacht sein sollte, ein eigenes Interesse an der Zusage oder Versagung einer Leistung zu haben. Dies gilt vor allem für die Sachverständigen, die bei der Beurteilung eines Sachverhaltes tätig werden.

(4) Nun wäre von den Meta-Systemen zu reden, in denen die *Leistungen erbracht* werden: von den Ärzten, sonstigen Heilberufen, Sozialarbeitern, Krankenhäusern, Heimen usw. Sie könnten, ja sollten von den Apparaturen der Beratung und Leistungsvermittlung differenziert sein. Diese sind die Elemente, die das Gesamtsystem auf den Behinderten als Einheit projizieren müssen. Die Leistungserbringer sind eingebettet in die Vielfalt der normativen Systeme und in die noch größere Vielfalt der Systeme, in denen die Gesellschaft Dienst- und Sachleistungen – marktwirtschaftlich oder administrativ – organisiert. Von ihnen darf man *Einheit nicht einmal erwarten*. Die Leistungserbringung muß vielmehr so angeordnet sein, daß ihr Effekt maximal, die Macht der Leistungserbringer über den Behinderten aber minimal ist.

(5) Die *freien Träger* der Behindertenarbeit spielen eine Rolle in allen diesen Zusammenhängen: von der Hilfe an den Behinderten, seine Interessen zu wahren und seine Rechte auszuüben, über die Funktionen, die als eine Ergänzung von Familie und Nachbarschaft verstanden werden können, bis zur Leistungserbringung. Sie stellen einen Querverbund über wohl alle Meta-Systeme hin dar.

(6) Endlich wäre von den Meta-Systemen der *Kontrolle* zu reden: politische und rechtliche Kontrollen, Aufsicht und Rechtsschutz, objektive Kontrollen und subjektive Rechtsbehelfe.

c) Gemeinsame Überlegungen zu den Meta-Systemen

All dies zusammen entscheidet darüber, wie der Behinderte sein Recht erreicht und erfährt und – umgekehrt gesehen – darüber, wie das Recht sich am Behinder-

ten verwirklicht. Für all diese Meta-Systeme gemeinsam ist dabei zu sehen, daß sie es sind, die das Recht auf den konkreten Fall beziehen. Sie müssen deshalb nicht nur die Distanz zwischen Normen und Wirklichkeit überwinden. Sie müssen vor allem auch aus der Differenziertheit der materiellen Regelungen die konkrete, individuelle Regelung des einzelnen Falles schaffen, aus der abstrakten die konkret-individuelle Norm. Diese aber muß in sich umfassend sein. Sie muß in sich effektiv sein. Und sie muß in sich sichtbar und spürbar machen, was der Buchstabe des Gesetzes beim besten Willen nur unzulänglich kann: daß das Behindertenrecht für den Behinderten da ist, um sein Dasein so menschenwürdig zu machen wie Menschenhilfe dies gegen das Schicksal kann.

C. Schluß

Die bayerischen Bezirke sind ein wichtiges Element gerade auf diesem Feld der Meta-Systeme. Sie wissen und beweisen, wie wichtig die Organisationen und Techniken, die das Recht zu Wirklichkeit machen, sind. Gerade vor ihnen wollte ich deshalb betonen, daß die Bestimmungen, mit denen das Recht die Verhältnisse der Behinderten regelt, nur *eine Seite* der Aufgabe sind, welche die Behinderten der Rechtsordnung stellen, während die Anlage und das Auspielen aller Funktionen, die aus dem Recht Wirklichkeit machen, die gleich wesentlich *andere Seite* sind.

Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung*

1. Die Grundformel

Modernes Sozialrecht hat sich von der *Grundannahme* her entwickelt, daß jeder Erwachsene die Möglichkeit hat und auch darauf verwiesen ist, den Lebensunterhalt für sich und seine Familie durch (abhängige oder selbständige) Arbeit zu verdienen. Es ist klar, daß diese Grundannahme nicht mehr als eine Regel ist – also etwas, was die Möglichkeit und Wirklichkeit von Ausnahmen einschließt, aber auch etwas, was erlaubt, die Ausnahmen wahrzunehmen, zu bewerten und einer Abhilfe zuzuführen. Die drei zentralen Wirkungs- und Problemfelder, über die hin sich diese Grundannahme vollzieht, sind: (1) *Arbeit und Einkommen*: Die gesellschaftliche Organisation von Arbeit und Vermittlung von Einkommen durch Arbeit. (2) *Bedarfsdeckung*. Die privatwirtschaftliche und administrative Bereitstellung von Gütern zur Deckung der Bedarfe. (3) *Der Unterhaltsverband*: In ihm wird nicht nur Einkommen als Unterhalt weitergereicht; in ihm werden auch Bedarfe durch tätigen Unterhalt – wie etwa Erziehung, Pflege usw. – befriedigt.

Der Vollzug der Grundannahme – daß Arbeit Einkommen erbringt und dieses der Befriedigung der Bedarfe auch im Unterhaltsverband dient – ist immer wieder *gefährdet*. Auch stößt die Verwirklichung der Grundannahme auf *Grenzen*. Es zeigen sich *Defizite*. Soziale Gefährdungen und soziale Defizite sind die Herausforderungen sozialpolitischer Intervention. Und deren rechtliche Gestaltung ist *Sozialrecht im weitesten Sinne*. *Sozialrecht im engeren Sinne* ist demgegenüber das *Sozialleistungsrecht*, das die sozialen Defizite, die sich im Vollzug der Grundannahme zeigen, definiert und durch Sozialleistungen mehr oder weniger angemessen kompensiert.¹

2. Die komplexe Funktion von Ehe und Familie

a) Die zentrale Alternative

In der "Dreifelderwirtschaft" der Grundannahme steckt eine auf den ersten Blick unauffällige, für das Thema aber *zentrale Alternative*: die Alternative

* Das Material zu diesem Aufsatz wurde weitgehend von Rechtsreferendarin *Ute Kötter* zusammengestellt und ausgewertet. Ich schulde ihr dafür großen Dank.

¹ Ergänzend zum Vorliegenden etwa *Hans F. Zacher*, *Zur Anatomie des Sozialrechts, Die Sozialgerichtsbarkeit* (1982), S. 329 ff.

– zwischen der *Verwirklichung der Grundannahme für und durch einen einzelnen*, wobei sich das Feld “Arbeit und Einkommen” und das Feld “Bedarfsdeckung” miteinander kurzschließen, während das Feld “Unterhaltsverband” entfällt,
– und der *Verwirklichung der Grundannahme für und durch einen Unterhaltsverband*, wobei die Felder “Arbeit/Einkommen”, “Unterhaltsverband” und “Bedarfsdeckung” in umfassenden Wechselbeziehungen stehen.

Diese Alternative erschließt bereits den *doppelten Kern unseres Problems*:

– die tiefgreifende *materielle Ungleichheit* zwischen dem *individuell-eindimensionalen Vollzug* der Grundannahme in Ein-Personen-Haushalten und dem *kollektiv-mehrdimensionalen Vollzug* in Ehe- und Familienhaushalten²

– vertieft sich *regelungstechnisch* durch die *verwirrende*, kaum zu ordnende Vielfalt der Erscheinungsformen *des kollektiv-mehrdimensionalen Vollzugs* in Ehe und Familienhaushalten. Alle so tiefe Irritation im Überschneidungsfeld von Familien- und Sozialpolitik hat hier ihren Grund. Es gibt sozial nicht *die* Ehe und noch viel weniger *die* Familie. Es gibt nur eine unübersehbare, kaum typisierbare Fülle von Ehen und Familien.³

b) Unterschiede zwischen dem individuell-eindimensionalen und dem kollektiv-mehrdimensionalen Vollzug der Grundannahme

Im *Ein-Personen-Haushalt* ist die Zahl der *Verdiener* immer *gleich* der Zahl der *Verbraucher*. Im *Ehe- und Familienhaushalt* kann die *Zahl der Verdiener hinter der Zahl der Verbraucher* zurückbleiben. Entsprechend treffen *Defizite in Arbeitskraft und Einkommen im Ein-Personen-Haushalt einen Verbraucher*, während sie im *Ehe- und Familienhaushalt mehr als einen Verbraucher* treffen können. Der Schrecken des Problems liegt dabei jeweils in diesem “kann”, hinter dem sich eine extreme Vielfalt von Möglichkeiten verbirgt.

Im *Ein-Personen-Haushalt* werden *Dienstleistungen* in dem Maße erbracht, in dem diese eine Person bereit und imstande ist, sich selbst zu versorgen. Jenseits dieser Grenze müssen Bedarfe administrativ oder durch den Markt gedeckt werden. Im *Ehe- und Familienhaushalt* dagegen werden – wiederum mit großem Gefälle im einzelnen – die Bedarfe, welche die Mitglieder nicht je für sich decken,

2 Vgl. *Richard M. Emge*, Soziologie des Familienhaushalts 1981, S. 30 ff.; *Andreas Netzler*, Soziale Gerechtigkeit durch Familienlastenausgleich, 1985, S. 19 f.

3 Zur Vielfalt der Erscheinungsformen von Ehe, eheähnlichen Gemeinschaften, Familien, Halbfamilien vgl. die Übersicht in *Hans-Christoph Kürn*, Familiensoziologie, Eine kommentierte Bibliographie, 1981, S. 28. Zur soziologischen Familienbegriffsbildung s. *René König*, Die Bestimmung der Familie durch die Gesellschaft, in: *ders.*, Die Familie der Gegenwart, 1977, S. 22 ff. Eine umfassende und systematisch aufbereitete Darstellung der im Sozialgesetzbuch und in der Reichsversicherungsordnung enthaltenen Begriffe der Familie findet sich bei *Ulrich Neumann/Hans-Günter Kalinowski*, Familie und Sozialversicherung, 2. Aufl. 1986. Vgl. auch *Bertram Schulin*, Die Grundmuster von Ehe und Familie, die Typen der Abweichung und ihre Relevanz für das Sozialrecht, in: Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. XXVII, 1985, S. 5 ff.

weitgehend durch Dienstleistungen anderer Mitglieder des Unterhaltsverbands gedeckt. Der Unterhaltsverband ist nicht nur eine Einkommensgemeinschaft, nicht nur eine Verbrauchsgemeinschaft, sondern auch eine *Dienstleistungsgemeinschaft*.⁴ Und für die Regeneration der Gesellschaft ist die Dienstleistungsgemeinschaft der Familie unentbehrlich.⁵

Der *Ein-Personen-Haushalt* ist ein ganz an die eine Person geknüpftes "System". Sie stiftet den Zusammenhang zwischen "Arbeit/Einkommen" und "Bedarfsdeckung". Mit ihr hört er auf. Im Gegensatz dazu ist schon die *Ehe*, erst recht aber die *Familie ein überindividuelles "System"*, in dem den Mitgliedern wechselbezügliche Rollen zugewiesen sind. Fällt der Inhaber einer Aktivrolle aus oder spielt er seine Rolle nicht, so endet damit nicht das "System".⁶ Es wird vielmehr defizitär. Dem beugen sie als *Vorsorgegemeinschaften*⁷ vor – in den engen Grenzen des Möglichen.

Die Unterschiede unter diesen "überindividuellen Systemen" sind noch einmal beträchtlich.

– In der *kinderlosen Zwei-Verdiener-Ehe*⁸ ist, wie im Ein-Personen-Haushalt die Zahl der Verdiener gleich der Zahl der Verbraucher. Jedoch können sich die

-
- 4 Vgl. Klaus Barth, Die Betreuungsleistung der Mutter, – Eine mehrdimensionale Betrachtung –, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, 1978, S. 49 ff.; Rosemarie v. Schweitzer, Wert und Bewertung der Arbeit im Haushalt, in: dies. (Hg.), Leitbilder für Familie und Familienpolitik, Festgabe für Helga Schmucker, 1981, S. 167 ff.; Anke Napp-Peters, Haushaltsfamilie und Familienhaushalt: Vorüberlegungen zu einer Typologie der Verknüpfung familiärer und ökonomischer Aktivitäten, in: Franz-Xaver Kaufmann (Hg.), Staatliche Sozialpolitik und Familie, 1982, S. 23 ff.; Familie und Arbeitswelt, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit, 1984, S. 31 f.; Anke Napp-Peters, Ein-Elternteil-Familien, Soziale Randgruppe oder neues familiales Selbstverständnis, 1985.
- 5 Vgl. Franz-Xaver Kaufmann, Alois Herlth, Joachim Quitmann, Regina Simm und K. Peter Strohmeier, Familienentwicklung – Generatives Verhalten im familialen Kontext, Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft, 1982, S. 523 ff.; Max Wingen, Auf dem Weg in die kinderlose Gesellschaft? Analysen, Perspektiven, Kurskorrekturen, in: Volker Eid, Laszlo Vaskovics, Wandel der Familie – Zukunft der Familie, 1982; Max Wingen, Generative Entscheidungen im Spannungsfeld zwischen individueller und gesellschaftlicher Rationalität – Eine Herausforderung an eine zukunftsorientierte Familienpolitik, 1983; Elisabeth Beck-Gernsheim, Vom Geburtenrückgang zur neuen Mütterlichkeit? Über private und politische Interessen am Kind, 1984; Karl Schwarz, Charlotte Höhn, Weniger Kinder – weniger Ehen – weniger Zukunft? Bevölkerungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland gestern, heute und morgen, 1985.
- 6 Zur sozialen Grundstruktur der Familie vgl. Franz Ruland, Familiärer Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit, 1973, S. 10 ff.
- 7 Die Idee der "Vorsorgegemeinschaft" hatte vor allem Bedeutung in der Diskussion um den Versorgungsausgleich. Vgl. dazu BVerfGE 53, S. 257 ff., insbes. 296 ff. und Ursula Köbl, Der Versorgungsausgleich – Ordnungsauftrag und Rollenverteilung von Familienrecht und Sozialrecht, in: Hans F. Zacher (Hg.), Der Versorgungsausgleich im internationalen Vergleich und in der zwischenstaatlichen Praxis, 1985, S. 47 ff., insbes. S. 57. Ebenso Günther Beitzke, Die deutsche Lösung: Das Familienrecht, ebda., S. 223 ff., insbes. S. 238.
- 8 Richard M. Emge, N 2, S. 150 ff.; Wolfgang Zeidler, Ehe und Familie, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1984, Bd. 1, S. 555 ff. (insbes. S. 598 ff.); ders., Verfassungsrechtliche Fragen zur Besteuerung von Familien- und Alterseinkommen, Steuer und Wirtschaft, 1985, S. 1 ff.; Reinhild Hockauf-Schneider/Dieter

Partner als Verdienener und Versorger ergänzen. Hier vereinigen sich die Vorteile des Alleinverdieners mit den Vorteilen des Unterhaltverbandes, während die Nachteile des Unterhaltsverbandes gering bleiben.

– Sind in einer *Ehe die Rollen des Verdieners und des Versorgers*⁹ – als welchen ich im Folgenden den bezeichnen will, der den tätigen Unterhalt leistet – voneinander getrennt, so ist ein Rubikon überschritten: die Zahl der Verdienener ist kleiner als die Zahl der Verbraucher. Doch herrscht im Prinzip freie Wahl.

– In der *Familie mit Kindern* wird die *Versorgungsfunktion zwingend* – wie immer dann die Aktivrollen von Verdienern und Versorgern auf zwei Eltern verteilt sind oder von einem Elternteil allein bewältigt werden sollen.¹⁰

Dabei wäre erst noch von Kinderzahlen, von Behinderten¹¹ in der Familie, von der Drei-Generationen-Familie¹² usw. zu reden.

3. Vorfindliches Recht – Sozialrecht

a) Das vorfindliche Recht

Damit die Grundannahme sich vollziehen kann, gab und gibt das Recht den drei genannten Wirkungs- und Problemfeldern¹³ je ihre Ordnung. Im Feld *Arbeit und Einkommen* finden wir das Arbeitsrecht, aber auch die Regelungen, die sich mit dem selbständigen Einsatz persönlicher Leistungen befassen (wie etwa das Landwirtschaftsrecht oder das Recht der freien Berufe). Im Feld der *Bedarfe* und ihrer Befriedigung stoßen wir auf das tief gestaffelte System der Rechtsnormen des

Schäfer, Möglichkeiten zur quantitativen Erfassung des Beitrags der Kinderlosen zu den öffentlichen Aufwendungen für die nachwachsende Generation, 1986; *Heinz Lampert*, *Max Wingen*, Familien und Familienpolitik – Bestandsaufnahmen und Perspektiven, 1986, S. 86 ff.

- 9 Zur Situation des Versorgers vgl. *Helge Pross*, Die Wirklichkeit der Hausfrau, 1975. Zu den Problemen der Versorgerrolle im Ein-Eltern-Haushalt vgl. *Anneke Napp-Peters*, Fn. 4; *Irene Block/Uta Enders/Susanne Müller*, Das unsichtbare Tagwerk, Mütter erforschen ihren Alltag, 1981; *Ilona Ostner/Barbara Piper* (Hg.), Arbeitsbereich Familie, 1986.
- 10 *Roland Eckert*, Geschlechtsrollen und Arbeitsteilung, Mann und Frau in soziologischer Sicht, 1979; *Elisabeth Beck-Gernsheim*, Das halbierte Leben – Männerwelt Beruf – Frauenwelt Familie, 1980; *Ursula Lehr*, Familie in der Krise, Ein Plädoyer für mehr Partnerschaft in Ehe, Familie und Beruf, 1982, insbes. S. 58 ff.; *Roland Eckert*, Familien- und Erwerbsarbeit und ihre Zuordnung auf die Geschlechter, in: *Klaus Weigelt*, Familie und Familienpolitik, Zur Situation in der Bundesrepublik Deutschland, 1985, S. 117 ff.; *Rita Süßmuth*, Mutter und Vater – nur "Bezugspersonen"?, in: *Ehe und Familie*, 1986, S. 28 ff.
- 11 Zur Problematik von Behinderten in Familien s. *Heinz Bach*, Familien mit geistig behinderten Kindern. Untersuchungen zur psychischen, sozialen und ökonomischen Lage, 1979; Bericht der Bundesregierung zu Fragen der Pflegebedürftigkeit, BT-Dr. 10/1943; *Rainer Wedekind*, Soziale Sicherheit für Familien mit jungen geistig Behinderten: Ein Vergleich Bundesrepublik Deutschland – Dänemark, ZSR 1986, S. 164 ff.; *Heinz-Dieter Olbrich*, Möglichkeiten und Grenzen der Finanzierung familienentlastender Dienste, ZfS 1987, S. 270 ff.
- 12 *Dieter Grunow*, Drei-Generationen-Solidarität in der Familie, in: *Klaus Weigelt*, Fn. 10, S. 146 ff.; *Ursula Lehr*, Was bedeutet Familie für ältere Menschen, und was bedeuten ältere Menschen für die Familie, in: *Familie und soziale Arbeit*, Gesamtbericht über den 71. Deutschen Fürsorgetag 1986 in München, 1987, S. 474 ff.
- 13 S. oben Fn. 1.

öffentlichen und privaten Rechts, welche der privatwirtschaftlichen Versorgung mit Nahrungsmitteln, Kleidung, Dienstleistungen, Wohnungen etc. den Rahmen geben. Daneben liegen Bereiche, in denen die Verantwortung des Gemeinwesens von vornherein größeres Gewicht hat (bei der Bereitstellung von Erziehung, Ausbildung, medizinischer Behandlung usw.). Hier finden wir teils eine intensivere öffentliche Gestaltung des privaten Angebots (wie etwa im Recht gebundener Berufe), teils die anstattliche Darreichung öffentlicher Leistungen (wie bei den Schulen). Das Feld des *Unterhaltsverbandes* wird vom *Familienrecht*¹⁴ geregelt.

Für die soziale Befindlichkeit von Ehe und Familie ist das Familienrecht jedoch nicht ausreichend und nicht isoliert zu sehen. Die soziale Kondition der Familie ergibt sich aus dem Recht der Arbeit und des Erwerbs nicht weniger als aus dem in sich so vielschichtigen Recht der Bedarfsdeckung. *Alle diese Rechtsbereiche* teilen sich in den *Auftrag*, den *Vollzug der Grundannahme zu ermöglichen*. In der Tat ist auch eine Menge geschehen, um diesem Auftrag gerecht zu werden: von den allgemeinen Schutzvorschriften des Arbeitsrechts, die mit dem Verdienner ja allen zugutekommen, die auf ihn angewiesen sind, bis zum spezifischen arbeitsrechtlichen Schutz der Mütter und Eltern; von den Garantien und Kontrollen der sozialen Marktwirtschaft, deren optimale Güterversorgung auch den Unterhaltsverbänden nützt, bis hin zum kostenlosen administrativen Angebot von Erziehung und Bildung durch das öffentliche Schul- und Hochschulwesen, durch welches der Ausbildungsbedarf der Familien zu einem guten Teil von der Gesellschaft übernommen wird.¹⁵ Doch sind solchen Anpassungen enge Grenzen gesetzt. Soziale Veränderungen können die Eigengesetzlichkeit eines Regelungsbereichs überfordern. Ein soziales Privileg (etwa ein zu weit gehender Schutz von Müttern zu Lasten des Arbeitgebers) kann in Diskriminierung umschlagen. Die Folge kann auch sein, daß das wesensgerechte Funktionieren eines Regelungsbereiches selbst getroffen wird. Sozial gemeinte Preisbindungen heben regelmäßig die Allokationswirkung der Preise auf und erschweren die Versorgung – auch für die sozial Geschützten – statt sie zu erleichtern. Letzte Zuflucht ist dann die Übernahme von Arbeit und Bedarfsdeckung in öffentliche (administrative, politische) Verantwortung mit all den negativen Konsequenzen, die hier nicht beschrieben zu werden brauchen.¹⁶

14 Friedrich Wilhelm Bosch, Ehe und Familie in der Bundesrepublik Deutschland – Grundfragen der rechtlichen Ordnung, 1982.

15 Zur Förderung von Ehe und Familie in der Rechtsordnung vgl. Hermann Schubnell/Hans-Joachim Borries, Hilfen für die Familie, Systematisch-statistische Zusammenstellung, Materialien zum 2. Deutschen Familienbericht, 1976. Kurt Lüscher, Sozialpolitik für das Kind: Ein allgemeiner Bezugsrahmen, in: ders., Sozialpolitik für das Kind, 1979, S. 21 ff.; Kerstin Autze/Günther Niederhöfer, Kenntnis und Inanspruchnahme staatlicher Hilfen für die Familie, 1982; Theodor Schnabel, Lieben wir Kinder? Bilanz der familienpolitischen Leistungen in den 80er Jahren, 1986; Gisela Helwig, Frau und Familie, Bundesrepublik Deutschland – DDR, 1987; Frank Klanberg/Max Wingen, Familienförderung und ihre Finanzierung im Sozialleistungssystem – Stand und Perspektiven, in: Familie und soziale Arbeit, Fn. 12, S. 38 ff.

16 S. zum vorigen Hans F. Zacher, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, in: Wolfgang Gitter/Werner Thieme/Hans F. Zacher (Hg.), Im Dienste des Sozialrechts. Festschrift für Georg Wannagat, 1981, S. 715 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 166 ff.).

Die soziale Elastizität der vorgegebenen Regelungsfelder reicht so schon nicht aus, um die sozialen Probleme aufzuheben, die sich zeigen können, wenn die Grundannahme sich für den *Ein-Personen-Haushalt* ausschließlich in den Feldern Arbeit/Einkommen und Bedarfsdeckung vollzieht. Die soziale Elastizität der vorgegebenen Regelungsfelder reicht noch weniger aus, um die Vielfalt der sozialen Probleme aufzuheben, die sich dort ergeben, wo der Vollzug der Grundannahme über *Unterhaltsverbände* verläuft. In diesem Fall treten vielmehr sehr unterschiedliche, ja gegenläufige Elastizitäten der vorfindlichen Regelungsfelder selbst hervor. Das *Familienrecht* gibt den unterschiedlichsten Konstellationen der Unterhaltsverbände Raum. Seine Bereitschaft, Unterhaltspflichten und -ansprüche zu verteilen, geht sehr weit. Aber es kann nur Vorhandenes verteilen. Seine soziale Elastizität findet in der Leistungsfähigkeit der Unterhaltsträger eine natürliche, faktische Grenze.¹⁷ Demgegenüber bestehen die beiden *anderen Regelungsfelder* prinzipiell auf einem *Pro-Kopf-Prinzip*: das Feld *Arbeit/Einkommen* auf der *Verdiener-“Kopfquote”*, das Feld der *Bedarfsdeckung* auf der Verbraucher-“Kopfquote”. Dieses Auseinanderdriften der sozialen Elastizität der Regelungsfelder Arbeit/Einkommen, Unterhaltsverband und Bedarfsdeckung wird je nach den Konstellationen im Unterhaltsverband unterschiedlich spürbar.

b) Internalisierung – Externalisierung

Die Überlegungen müssen hier noch einmal einen Schritt zurücktreten. Der soziale Auftrag gegenüber dem Recht besteht zunächst in der sozialen Anpassung, Veränderung und Durchdringung der vorfindlichen Rechtsfelder. Dieser Weg sozialer Rechtsgestaltung ist der “internalisierende”: die soziale Korrektur und Kompensation wird in das vorfindliche Recht hinein “internalisiert”. *Internalisierende Lösungen* kommen jedoch an seine Grenzen, die sich aus dem Wesen des vorfindlichen Rechts ergeben – an die Grenzen seiner sozialen Elastizität. An diesen Grenzen und jenseits dieser Grenzen zeigen sich soziale Defizite, die in den vorfindlichen Regelungsbereichen selbst nicht verhindert oder aufgefangen werden. Sollen sie kompensiert werden, so muß diese Kompensation aus den vorfindlichen Rechtsfeldern heraustreten und auf spezifische Ordnungen hin “externalisiert” werden. Das Gemeinwesen muß für sie eintreten – seien es die vorgegebenen Ebenen des Staates, der Gemeinden usw., seien es besondere Solidarverbände, die (wie in der Sozialversicherung) gerade für diesen speziellen sozialen Zweck geschaffen werden. Diese “*externalisierenden*” *Lösungen* sind die *Sozialleistungssysteme* – Sozialleistung natürlich nicht nur als Geldleistung, sondern auch als Dienst- und Sachleistung (z.B. der Pflege, der Betreuung usw.)

¹⁷ Vgl. dazu *Peter-Hubert Naendrup*, Staatliche Existenzsicherung und Familienunterhalt, *BlStSozArbR* 1980, S. 225 ff., insbes. 226.

verstanden. Mit dieser Externalisierung der Kompensation sozialer Defizite entsteht *Sozialrecht im engeren Sinn*.¹⁸

c) Die doppelte Schalung des Lebens durch das Recht

Mit dieser Externalisierung der sozialen Defizite überschreitet die Rechtsordnung eine *bedeutsame Schwelle*, die gerade auch für Ehe und Familie von größter Bedeutung ist. Das private und gesellschaftliche Leben wird nunmehr von zwei Ebenen her gesteuert: der Ebene des vorfindlichen Rechts und der Ebene des Sozialrechts. War das Leben zunächst in eine Schale des Rechts gebettet, so wird das *Leben* in dem Maße, in dem Sozialrecht sich ausbreitet und wichtig wird, *durch zwei Schalen geformt*. Zwei Schalen freilich, die, weil sie von unterschiedlichen Ansätzen her gestaltet sind und unterschiedlichen Eigengesetzlichkeiten folgen, nie ganz zueinander passen wollen; zwei Schalen, die – soll gesellschaftliche Autonomie nicht erstickt werden – wohl auch nie ganz “schließen” dürfen. Gleichwohl: zwei Schalen, die beide das Leben bestimmen.

Die *Wirkung* ist zunächst die einer *dichteren Verrechtlichung*¹⁹ des Lebens. Sodann wächst der Grad der *Künstlichkeit* des Rechts gegenüber dem Leben. Wir sehen das deutlich am Phänomen der *Typisierung*. Lebenssachverhalte wie “Alter” oder “Arbeitslosigkeit”, die zunächst in einer endlosen Fülle verschiedener Erscheinungsformen und Konstellationen existieren, werden durch das Sozialrecht zu Rechtstatbeständen, auf die ganze Leistungssysteme aufgebaut werden. Mehr noch: sie werden zu Rechtstatbeständen, auf die hin nunmehr alle Beteiligten handeln. Die doppelte Schalung des Lebens durch das Recht *wandelt* schließlich *Sinn und Wirkung der Institutionen des vorfindlichen Rechts*. Insgesamt wächst die *Schwierigkeit, die Wirkungen abzusehen, die das Recht hat*.²⁰ Vorfindliches Recht und Sozialrecht können sich entsprechen; sie können sich konterkarieren: ihre Wirkungen können sich unangemessen verstärken.

Ehe und Familie bieten dafür endlose Beispiele.²¹ Das Rechtsinstitut der Ehe – ihre Eingehung, das Ehegüterrecht, das eheliche Unterhaltsrecht und die Auf-

18 S. Hans F. Zacher, Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts, in: Friedrich Kübler (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1984, S. 11 ff., insbes. S. 31 ff.

19 S. dazu und zum folgenden Hans F. Zacher, Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts, Fn. 18.

20 Zu den Auswirkungen familienrechtlicher Normierungen s. z.B. Roland Hunsalzer, Familiäre Übergänge im Wandel, Ausgewählte Veränderungen rechtlicher Regelungen, die sich auf die Familie beziehen, in Deutschland im 20. Jahrhundert und ihre Auswirkungen auf die Familie, 1987.

21 Exemplarisch für das Zusammenwirken von Sozialrecht und Familienrecht ist das Zusammentreffen von Unterhaltsrecht mit sozialem Leistungsrecht. Vgl. grundsätzlich zum Verhältnis zwischen familiärem Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit: Franz Ruland, Fn. 6; Bernd von Maydell, Unterhalt und soziale Sicherheit, Zur Funktion des Unterhaltsrechts im Sozialstaat, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 17. Jg., 1986, S. 244 ff.; ders., Recht und Realität, Utopien und Visionen im Unterhaltsrecht aus sozial-

lösung der Ehe – hat sich, indem Sozialleistungen bezogen, erwartet, erschlossen oder verschlossen werden, Anwartschaften existieren, geschaffen werden und zu teilen sind, vielfältig verändert. Elterliche Sorge und elterlicher Unterhalt haben sich durch Mitversicherung und Eigenversicherung der Kinder, durch das Kindergeld und seine Altersgrenzen, durch die Ausbildungsförderung, durch die Leistungen und den Rückgriff der Sozialhilfe und durch den Unterhaltsvorschuß nicht weniger vielfältig verändert. Die großen Alterssicherungssysteme (Rentenversicherung, Beamtenversorgung usw.) haben den Unterhalt der Kinder gegenüber den Eltern “sozialisiert”. Man erwäge ferner, was es zwischen Ehegatten, zwischen Eltern und Kindern, aber auch zwischen Eltern und ihren Eltern ausmacht, ob es eine Pflegeversicherung geben und wie sie aussehen wird. Das alles können nur Andeutungen sein. Wir sind weit entfernt davon, zu wissen, *welchen* Einfluß die tatsächliche Entwicklung von Ehe und Familie, die Entwicklung der Institutionen des Familienrechts und die Entwicklung des Sozialrechts wechselseitig aufeinander gehabt haben und haben. *Daß* es diesen Einfluß gibt, ist offensichtlich.

4. Zwecke und Techniken des Sozialrechts

a) Der Auftrag des Sozialrechts

Was aber sind der *eigene Auftrag*, sind die *eigenen Möglichkeiten des Sozialrechts* im engeren Sinn des Sozialleistungsrechts? Soll das vorfindliche Recht diesen Vollzug der Grundannahme ermöglichen, so soll das Sozialrecht diesen Vollzug substituieren, wo sein Erfolg sonst ausbliebe. Das vorfindliche Recht eröffnet Möglichkeiten und begründet Verantwortung. Ob von den Möglichkeiten Gebrauch gemacht werden kann und wird und wie die Verantwortung wahrgenommen wird, ist Schicksal und Freiheit. Das Sozialrecht kann deshalb nicht schlechthin, nicht umfassend einen gewissen Verlauf unterstellen und schlechthin eintreten, wo dieser Verlauf sich nicht einstellt. Das Sozialrecht hat das Spiel von Schicksal und Freiheit, von Möglichkeit und Verantwortung nicht aufzuheben, sondern nur einzugrenzen.

b) Die Typen des Sozialrechts

Dabei ist das Sozialrecht auf seine eigenen Sachgesetzlichkeiten verwiesen.²² Die wichtigsten Konstruktionselemente sind zwei Gegensatzpaare:

– Sozialleistungssysteme können Leistungen abstrakt oder konkret zusagen: *abstrakt* Typisches oder Erworbenes, *konkret* Notwendiges oder Angemessenes;

rechtlicher Sicht, in: Evangelische Akademie Bad Boll (Hg.), *Recht und Realität im Familienalltag und in der Familienkrise*, 1986, S. 115 ff., insbes. S. 244 f.; *Horst Göppinger*, *Unterhaltsrecht*, 5. Aufl. 1987, S. 136 ff.; *Gerd Wenzel*, *Soziale Grundsicherung und familienrechtlicher Unterhaltsanspruch*, WSI-Mitteilungen 1987, S. 114 ff.

²² S. dazu *Hans F. Zacher*, *Grundtypen des Sozialrechts*, in: *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, 1987, Bd. 1, S. 571 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 257 ff.).

– und: Sozialleistungssysteme können an eine *Vorgeschichte* anknüpfen (an eine Vorgeschichte der Vorsorge oder an eine Vorgeschichte der Verantwortung) oder nur an eine *Situation*.

Aus diesen Ansätzen fügen sich die Grundtypen des Sozialleistungsrechts:

– Die *Vorsorgesysteme* (wie die Sozialversicherung, analog die Beamtenversorgung). Sie bauen abstrahierend auf einer Vorsorgegeschichte auf. Sie sind auf ein definiertes Risiko hin orientiert, auf das hin vorgesorgt wird. Realisiert sich das Risiko, so wird geleistet, weil und wie vorgesorgt ist.

– Die *sozialen Entschädigungssysteme* (wie die Kriegsopferversorgung, die Entschädigung von Verbrechenopfern usw.). Sie tragen abstrahierend einer Verantwortungsgeschichte Rechnung. Sie kompensieren einen Schaden, für den das Gemeinwesen verantwortlich ist oder doch die Verantwortung übernommen hat.

– Das Mischsystem der *Unfallversicherung* verbindet Entschädigung mit Elementen der Vorsorge.

– *Hilfs- und Förderungssysteme* dagegen knüpfen nur an eine Situation an. Sie weisen in breiter Skala unterschiedliche Grade von Abstraktion und Konkretheit auf.²³

Die Vielfalt dieser Institutionen steht in einem engen Zusammenhang mit dem Zielepluralismus des Sozialstaates selbst.²⁴ Der Sozialstaat will zugleich Gewährleistung des Existenzminimums, Gleichheit, Sicherheit und Wohlstandsteilhabe. Er will Sicherheit des erreichten Lebensstandards ebenso wie Sicherheit des Notwendigen. Er will Gleichheit auch als soziale Gleichheit für alle sachgerechte Gleichbehandlung und Unterscheidung offen halten. Er will soziale Gerechtigkeit als Bedarfsgerechtigkeit, als Leistungsgerechtigkeit und als Besitzstandsgerechtigkeit.²⁵ Er will materiale Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.²⁶ Nichts davon scheint dem auf Menschenwürde und Freiheit angelegten sozialen Rechtsstaat²⁷, nichts davon scheint auch der auf Wechsel – und so auch auf Wechsel der Interessen und Werte, der Vorteile und Nachteile angelegten sozialen Demokratie verzichtbar.²⁸ Kein Typus für sich aber ist imstande, alle diese Ziele in sich aufzunehmen.²⁹ Vielmehr sind die verschiedenen Typen für die verschiedenen Ziele in sehr unterschiedlicher Weise offen oder verschlossen. So kann nur ihre Häufung, ihr Neben- und Übereinander, bewirken, daß das Sozialrecht sich der

23 Einen Überblick s. bei Hans F. Zacher, Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 1985, insbes. S. 17 ff.

24 Hans F. Zacher, Das soziale Staatsziel, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 1987, S. 1045 ff., insbes. S. 1060 (abgedruckt in diesem Band, S. 3 ff. (insbes. S. 18)).

25 S. Walter Kerber/Claus Westermann/Bernhard Spörlein, Gerechtigkeit, in: Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft, Teilband 17, 1981, S. 5 ff. (44 ff.).

26 S. Hans F. Zacher, Sozialrecht und Gerechtigkeit, in: Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer, 1988, S. 669 ff. (abgedruckt in diesem Band, S. 308 ff.).

27 S. Hans F. Zacher, Das soziale Staatsziel, Fn. 20, S. 1101 ff. (in diesem Band, S. 62 ff.).

28 S. dens., ebda., S. 1096 ff. m.w.N. (in diesem Band, S. 56 ff.).

29 Vgl. dazu dens., Alterssicherung – Spiegel der gesellschaftlichen Entwicklung, DRV, 1987, S. 725 f. (abgedruckt in diesem Band, S. 498 ff.).

Fülle sozialer Ziele nähert. Hinter aller historischen Entwicklung und hinter allen technischen Zwängen ist das der letzte Grund für die Vielfalt des Sozialrechts und natürlich auch für die Binnenkonflikte des Sozialrechts. Denn die Realisierung des sozialstaatlichen Zielbündels läßt sich nicht auf das Sozialrecht delegieren, ohne daß auch die Widersprüche, Spannungen oder doch Mehrdeutigkeiten weitergereicht würden, die in diesem Zielbündel stecken.

5. Ehe, Familie und die Typen des Sozialrechts

Das alles bestimmt auch die Möglichkeiten des Sozialrechts gegenüber Ehe und Familie: der Kanon der Typen und der Pluralismus der Ziele.³⁰

a) Vorsorgesysteme

Vorsorgesysteme knüpfen an die Vorsorgefähigkeit an. Über die vorsorgerechte Leistung vermitteln sie Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit. Sie zielt auf Sicherheit des Lebensstandards. Vorsorgefähig ist der Verdienere.

Die an den Verdienere anknüpfende *Einkommenssicherung* (Krankengeld, Verletzengeld, Arbeitslosengeld, Rente, Pension usw.) substituiert das aktive Einkommen des Verdienere. Das Pro-Kopf-Prinzip, welches das Feld Arbeit/Einkommen beherrscht, bleibt erhalten. Nur gelegentlich (etwa für das Arbeitslosengeld) finden sich Varianten³¹, die der Unterhaltslast – marginal – Rechnung tragen. Stirbt der Verdienere, so wendet sich die Vorsorge dem Unterhaltsverband unmittelbar zu. Die Hinterbliebenen bekommen – aus den entsprechenden Systemen der Rentenversicherung, der Beamtenversorgung etc. – *Unterhaltersatz*.³² In beiden Fällen verlängert die Vorsorge die Rolle des Verdienere: in der Einkommens-

30 *Irmgard Gärtner*, Wie trägt das System der sozialen Sicherung den Funktionen der Familie Rechnung?, in: Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge, Soziale Arbeit – soziale Sicherheit – Aufgaben, Probleme, Perspektiven – Gesamtbericht über den 69. Deutschen Fürsorgetag, 1981, S. 65 ff. *Christoph Sachße, Florian Tennstedt*, Familienpolitik durch Gesetzgebung: Die juristische Regulierung der Familie, in: *Franz-Xaver Kaufmann*, Staatliche Sozialpolitik und Familie, Fn. 4, S. 87 ff., insbes. S. 100 ff.; *Franz Ruland*, Schutz und Förderung von Ehe und Familie im Sozialrecht, NDV, 1986, S. 164 ff., insbes. S. 165; *Peter Krause*, Ehe und Familie im sozialen Sicherungssystem, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche (21), 1986, S. 72 ff.

31 Die Einkommensersatzleistungen variieren unter Berücksichtigung der Unterhaltslast z.B. beim Arbeitslosengeld (§ 111 Abs. 1 AFG), bei der Arbeitslosenhilfe (§ 136 Abs. 1 AFG), der Altershilfe für Landwirte (§ 4 GAL), beim Übergangsgeld, bei Rehabilitation und Berufsförderung (§ 1241 b RVO); im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung und der Rentenversicherung nur noch in Altfällen (§§ 1262 Abs. 1 RVO, 39 Abs. 1 AVG). Vgl. dazu auch *Ruland*, Fn. 6, S. 111 und Fn. 30, S. 170, 171.

32 Zum Phänomen des Unterhaltersatzes durch Sozialrecht vgl. auch *Franz Ruland*, Fn. 6, S. 125 ff., insbes. S. 138; *ders.*, Auflösung und Neubildung von Ehe und Familie in Einzelbereichen des Sozialrechts (Sozialversicherung, Arbeitslosenversicherung, soziale Entschädigung, andere Systeme der Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenensicherung), in: Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht, Fn. 3, S. 138 ff., insbes. S. 146; *Christoph Sachße, Florian Tennstedt*, Fn. 30, S. 109 ff.; BVerfGE 17, 1 (19); 48, 346 (359); 66, 66 (79 f.).

sicherung die Verdienerrolle selbst, im Unterhaltersatz ihre innerfamiliäre Version, die des Unterhaltsträgers. Wo Vorsorge – wie in der Krankenhilfe und in der Mutterschaftshilfe der Krankenversicherung oder in der Beihilfe des Beamtenrechts – auch *gegen besondere Bedarfe* schützt, schließt das neben den Bedarfen des Verdieners auch die Bedarfe der übrigen Mitglieder des Unterhaltsverbandes ein.³³ Die Unterhaltswirkung der Verdienerrolle wird ausgedehnt.

Trotzdem begnügt die soziale Vorsorge sich mit der *Vorsorgeleistung des Verdieners*. Der Familienvater zahlt keinen anderen Beitrag als der alleinstehende Verdieners, dem keine Familienkrankenhilfe und keine Hinterbliebenensicherung zugute kommt.³⁴ Das ist nicht wesensnotwendig so. Aber es ist möglich. Und der Gesetzgeber hat diese Möglichkeit ausgeschöpft. Das ist ein Maximum an Begünstigung von Ehe und Familie. Die soziale Ungleichheit zwischen Einzelhaushalt und Unterhaltsverband wird nirgends so nachhaltig kompensiert wie hier.

Gleichwohl sehen wir von einer Fülle von Problemen.

(1) Wo ein *Verdiener fehlt*, kann Vorsorge grundsätzlich nicht greifen.

(2) Vorsorge setzt nicht nur subjektive Vorsorgetätigkeit, sondern auch ein *vorsorgefähiges Risiko* voraus. Vorsorge ist ihrem Wesen nach Versicherung. Sie kann also nur gegen zufällige und schätzbare Bedarfe sichern. Weder der zwangsläufige Bedarf etwa der Nahrung, der Unterkunft etc., ist versicherbar noch der frei gewählte Bedarf etwa gehobener Konsumgüter. Ein Mißverhältnis zwischen den Mitteln und den Bedarfen einer Unterhaltsgemeinschaft kann Vorsorge deshalb nur in engen Grenzen, wie eben für den Fall der Krankheit, ausgleichen. Noch genauer: Vorsorge ist nur ausnahmsweise ein Instrument, um die Spannung zwischen dem Pro-Kopf-Prinzip der Verdienersseite und dem Pro-Kopf-Prinzip der Verbraucherseite zu überwinden.

(3) *Vorsorge verschärft den Gegensatz zwischen der Verdienerrolle und der Vorsorgerolle*. Auch die sogenannte abgeleitete Sicherung des hinterbliebenen Ehegatten entspricht *nicht* dessen Vorsorgerolle. Niemand fragt nach ihr, wenn sie nicht eingenommen wurde. Niemand honoriert sie, wenn sie gespielt wurde.³⁵

33 Horst Peters, Familienhilfe und gesetzliche Krankenversicherung, ZSR 1973, S. 537 ff.; Jan Maydam, Die abgeleiteten Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, BIStSoz-ArbR 1979, S. 248 ff.; H. Marburger, Verwandtschaftsverhältnis und Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, Die Sozial-Versicherung 1985, S. 203 ff.; Manfred Baumann, Familienstruktur und Beitragsbelastungsunterschiede in der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung, SF 1986, S. 180 ff.

34 Vgl. Jan Maydam, Eigentumsschutz und sozialer Ausgleich in der Sozialversicherung, 1973, S. 70 ff. m.w.N.; Frank Klanberg/Max Wingen, Familienförderung und ihre Finanzierung im Sozialleistungssystem, Fn. 15, S. 38 ff., insbes. S. 53 ff. und 77 f.

35 Anita B. Pfaff, Erwerbsverhalten von Männern und Frauen im Lebenszyklus als Determinanten der Alterssicherung, ZSR 1980, S. 288 ff.; Bernd von Maydell, Die Neuordnung der sozialen Alterssicherung der Frau – Problemlage und Lösungsmöglichkeiten, ZSR 1980, S. 270 ff., insbes. S. 272; Marianne Beierli, Die soziale Sicherung der erwerbstätigen und der nichterwerbstätigen Frau – Ein systematischer Vergleich, in: Familie und Arbeitswelt, Fn. 4, S. 275 ff.; Franz Ruland, Gleichberechtigung bei der Alterssicherung, FamRZ 1986, S. 950 ff., insbes. S. 951, 953 f.

Auch nicht das sogenannte "Anrechnungsmodell".³⁶ Die abgeleitete Sicherung des überlebenden Ehegatten überhöht einzig die Verdienerrolle des verstorbenen Ehegatten.³⁷

*Kindererziehungszeiten*³⁸ sind – zusammen mit dem Erziehungsgeld³⁹ – ein Anfang der Korrektur. Aber eher ein Zeichen, denn ein wirklicher Wandel. Auch Kindererziehungszeiten wirken sich zumeist nur aus, wenn sie in eine Verdienerbio-graphie eingebracht werden können. Außerdem: reicht der Schutz aus, um den wünschbaren oder auch nur den notwendigen Rückzug der Mutter in das Familienleben zu kompensieren? Müßten die Zeiträume nicht mit der Zahl der Kinder wachsen?⁴⁰ Ferner: wo bleibt die Anerkennung anderer wichtiger Versorgerrollen, etwa in Pflegefällen?⁴¹ Ein Vorsorgesystem *in sich* kann das alles nicht bewältigen. Es will *zwar leistungsgerecht* sein. Aber es kann als "Leistung" doch nur die *ökonomisch rechenbare Leistung* ansetzen.⁴² Gerade die ökonomische Bewertung der Versorgerleistungen stellt vor unlösbare Probleme.⁴³ In der Familie werden sie für "Kost und Logis" erbracht, während sie auf dem Markt unerschwinglich sind. Sie bringen dem Versorger nichts ein, wovon er einen Vorsorgeaufwand tragen

36 §§ 1281 RVO i.V.m. 18a – e SGB IV, § 68 AVG, § 61 Abs. 1 Nr. 2 BeamtenVG. Zum Anrechnungsmodell s. auch *Hermann Langenheim*, Die Neuordnung der Hinterbliebenenrenten, DRV 1985, S. 507 ff., insbes. 509 ff.

37 *Hans F. Zacher*, Empfiehlt es sich, die gesetzlichen Vorschriften über die soziale Sicherung der nichtberufstätigen Frau während und nach der Ehe, insbesondere im Fall der Scheidung zu ändern?, Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages, 1968, S. O 9 ff. (O 16).

38 §§ 1227 a, 1251 a, 1231 a RVO.

39 §§ 1-9 BErzGG, insbes. §§ 1, 5 BErzGG.

40 Vgl. *Peter Krause*, Erziehungsleistungen im Rentenrecht - Verbesserung der sozialen Sicherung von kinderbetreuenden Elternteilen im Rahmen der gesetzlichen Rentenversicherung, 1984; *Ernst-Jürgen Borchert*, Rentenreform und Kindererziehung, ZSR 1984, S. 393 ff., insbes. S. 404 f.; Stellungnahme des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge zum Referentenentwurf eines Bundeserziehungsgeldgesetzes, NDV 1985, S. 241 ff.; *Peter Krause*, Die Familie in der Rentenversorgung, DRV 1986, S. 280 ff., insbes. S. 290, 292; *Franz Ruland*, Die Neuregelung der Hinterbliebenensicherung und die Einführung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung, NJW 1986, S. 20 ff., insbes. S. 24 ff.

41 *Rudi Geil*, Neue Hilfen für die Alterspflege, SF 1985, S. 4 ff.; *Reinhold Tiede*, Die Situation von Privathaushalten mit pflegebedürftigen Haushaltsmitgliedern, NDV 1986, S. 123 ff., insbes. S. 124 und 130; *Franz Ruland*, Fn. 35, S. 952 f.; *Gerhard Igl*, Bemerkungen zu einer Neuordnung der Sicherung bei Pflegebedürftigkeit, SF 1986, S. 193 ff., insbes. S. 197; *ders.*, Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes pflegebedürftiger Personen – Konzepte, Entwicklung, Diskussion, DRV 1986, S. 40 ff., insbes. S. 41; *ders.*, Pflegebedürftigkeit und Behinderung im Recht der sozialen Sicherheit. Eine rechtsvergleichende Untersuchung für die Bundesrepublik Deutschland und Frankreich, 1987, S. 413 ff.

42 *Renate Mayer-Harter*, Die Stellung der Frau in der Sozialversicherung, 1974, S. 41 ff.; *Christoph Sachße*, *Florian Tennstedt*, Fn. 30, S. 111; *Bernd von Maydell*, Fn. 21, S. 247 f.; *ders.*, Fn. 31, S. 273; *Christine Hohmann-Dennhardt*, Krise des Wohlfahrtsstaates und Existenzsicherung der Familie aus sozialrechtlicher Sicht. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1987, S. 112 ff., insbes. S. 126.

43 Vgl. *Rosemarie v. Schweitzer*, Fn. 4; *K. Landau/H. Deist/E. Stübler* (Hg.), Bewertung der Arbeit im Haushalt, 1984; *K. Landau*, Bewertung der Arbeit im Haushalt, "Was ist eigentlich eine Stunde Hausfrauenarbeit wert?" SF 1985, S. 22 ff.; OLG Hamm NJW 1988, S. 496.

könnte. Der Verdienereinkommen ist aber um so mehr mit dem Mißverhältnis zwischen Verdienereinkommen und dem Unterhaltsbedarf belastet, je notwendiger – wegen der Kinder, wegen eines Pflegefalles usw. – die Versorgerrolle ist.

(4) Eine weitere Problematik wird sichtbar, wenn wir *drei Generationen* in den Blick nehmen: die Generationen der Kinder, der Aktiven und der Alten. Gemeinhin wird hinsichtlich der Altersvorsorge von einem Generationsvertrag gesprochen. Meint man damit ein *do ut des* zwischen den Generationen, so führt das irre.⁴⁴

Schon *zwischen den Generationen der Aktiven und der Alten besteht keine verlässliche Korrespondenz* zwischen Belastung und Entlastung. Aktive, die etwa durch ihre Beiträge zur Sozialversicherung zur allgemeinen Sicherung der Alten herangezogen werden, können gleichwohl mit dem Unterhalt eigener Eltern, wenn diesen eine entsprechende Altersvorsorge fehlt, belastet sein. Und aktive, die nicht durch Vorsorgeleistungen zur Sicherung der Alten beitragen, können durch die Vorsorge, die ihren Eltern zugute kommt, von deren Unterhalt entlastet sein. Noch deutlicher wird das Ungenügen, wenn man die *dritte Generation* einbezieht. Die Alterssicherung der jetzt Aktiven wird von deren *Kindern* aufzubringen sein. Im Alter sind aber auch die gesichert, die selbst keine Kinderlast getragen haben.⁴⁵

Im Lichte dieser Überlegungen wird das Gefälle zwischen dem Verdienereinkommen, den unsere Vorsorgesysteme dem kinderlosen Zwei-Verdiener-Ehepaar gewähren und dem Versorger-Malus, den unsere Vorsorgesysteme der kinderreichen Familie auferlegen, erst recht zum Ärgernis.

b) Hilfs- und Förderungssysteme

Wo Vorsorge nicht eingreifen kann oder nicht zureichend eingreift, bleibt grundsätzlich nur die Intervention durch situationsbezogene, steuerfinanzierte Hilfs- und Förderungssysteme. Wir kennen solche:

- um das Verdienereinkommen zu substituieren: die Arbeitslosenhilfe und die Einkommensersatzleistungen der Berufsförderung;
- um die Übernahme gesellschaftlich erwünschter Versorgerrollen zu ermöglichen: das Erziehungsgeld, in gewissem Umfang auch das Mutterschaftsgeld;
- um Defizite im Unterhalt von Kindern zu überbrücken: den Unterhaltsvorschuß;
- um Erziehungsleistungen zu ergänzen oder zu ersetzen: die Jugendhilfe;
- um allgemein den Mehrbedarf durch Kinder auszugleichen: das Kindergeld;

44 Zum Ursprung des Begriffs s. *Wilfried Schreiber*, Existenzsicherung in der industriellen Gesellschaft. Vorschläge zur Sozialreform, Schriftenreihe des Bundes katholischer Unternehmer, n.F. Bd. 3, 1955, S. 28. Zur Problematik des Begriffs s. *Oswald von Nell-Bräuning/Cornelius G. Fetsch* (Hg.), *Drei Generationen in Solidarität. Rückbesinnung auf den echten Schreiber-Plan*, 1981, S. 27 ff.; *Dieter Schäfer*, *Generationsvertrag*, in: *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge* (Hg.), *Fachlexikon der sozialen Arbeit*, 2. Aufl., 1986, S. 349.

45 S. dazu auch *Hans F. Zacher*, Fn. 29, dort insbes. Fn. 109, 110.

- um den Wohnbedarf zu decken: das Wohngeld;
- um den Ausbildungsbedarf zu decken: Ausbildungsförderung und Berufsförderung;
- schließlich, um die Bedarfe eines Unterhaltsverbandes wenigstens minimal zu decken; die Sozialhilfe als allgemeine “Hilfe zum Lebensunterhalt” oder, zur Deckung besonderer Bedarfe, als “Hilfe in besonderen Lebenslagen”.

Das zentrale Prinzip der Hilfs- und Förderungssysteme ist die *Bedarfsgerechtigkeit*. Sie folgen den Bedarfen. Deckt das Gemeinwesen Bedarfe, so mißt es diese aber auch zu – sei es im Sinne des Notwendigen, des Typischen oder des sonstwie Angemessenen. So tragen die Hilfs- und Förderungssysteme *allgemeine Maßstäbe* an den Unterhaltsverband heran. Sie können in unmittelbar mehr oder weniger “mechanisch” anzuwendenden Regeln umgesetzt sein (wie Erziehungsgeld, Unterhaltsvorschuß, Kindergeld, Wohngeld, Ausbildungsförderung) oder allgemein formuliert und konkret zu individualisieren sein (wie in der Jugend- und Sozialhilfe). Und sie machen demzufolge auf unterschiedliche Weise sicher und unsicher. Aber sie kommen von außen.

Die Maßgröße der Bedarfe wird schließlich in Beziehung gesetzt zur eigenen *Leistungskraft des Unterhaltsverbandes*. Die Leistungen sollen die Grundannahme ja nicht aufheben. Sie sind subsidiär zu deren Selbstvollzug. Am wenigsten spürbar ist das beim Erziehungsgeld⁴⁶ und bei der Berufsförderung.⁴⁷ Bei ihnen überwiegt ein Anreizkalkül. Im übrigen unterscheiden sich die einzelnen Leistungsarten aufs äußerste danach,

- welche Mittel (Erwerbseinkünfte, Erwerbsersatzeinkünfte, Vermögen, Unterhaltsleistungen, Schadensersatzansprüche, Zuwendungen etc.)⁴⁸,
- welchem Personenkreis (des individuellen Leistungsadressaten; des Unterhaltsträgers; des Unterhaltsverbandes; Dritter, die dem Unterhaltsverband oder einzelnen Mitgliedern verpflichtet sind usw.) zugerechnet werden⁴⁹, und

46 Zwar gibt es auch beim Erziehungsgeld Anrechnungsvorschriften (§§ 5 Abs. 2, Abs. 3 i. V. m. 6, 7 BErzGG). Sie entsprechen aber weniger dem Gedanken der Subsidiarität als der Anreizfunktion. Das Erziehungsgeld soll den Rückzug eines Elternteils in die Kindesnähe fördern. Es ist deshalb fehl am Platze, wenn es auch dann gezahlt wird, wo der Rückzug in die Kindesnähe nicht stattfindet.

47 Auch bei den Leistungen der Berufsförderung geht es um Förderleistungen. Sie sollen Anreize darstellen, die Erwerbstätigkeit vorübergehend für die Inanspruchnahme der Berufsförderung auszusetzen. Der Einwand, daß bei Nichtinanspruchnahme der Berufsförderung Einkommen erzielt werden könne, steht im Widerspruch zur Anreizfunktion.

48 Vgl. zu Einkommen, Vermögen: §§ 137 Abs. 2, 138 Abs. 1 AFG, §§ 11 Abs. 1, 28 BSHG, §§ 21-30 BAföG, § 81 JWG, §§ 5 Abs. 2, 6 BErzGG, §§ 2 Abs. 2, 9 i. V. m. Anlage 1-10 WoGG, § 10 Abs. 2 BKGG; zu Erwerbsersatzeinkünften: § 139 Abs. 1 AFG, § 7 BErzGG; zu Unterhaltsleistungen: §§ 1 Abs. 1 Nr. 3 a, 2 Abs. 2 Nr. 1 UnterhaltsVG, § 40 Abs. 1 a, Abs. 3 AFG; zu sonstigen Sozialansprüchen: z. B. §§ 1 Abs. 1 Nr. 3 b, 2 Abs. 3 Nr. 2 UnterhaltsVG (Kinder-, Waisengeld); § 8 Abs. 1 Nr. 1-4, Abs. 2, Abs. 3 BKGG (Kinderzuschläge).

49 Vgl. zum Leistungsadressaten: §§ 137, 138, 140 Abs. 1 a, Abs. 3 AFG, §§ 1 Abs. 1 Nr. 3 a, b, 2 Abs. 2 Nr. 1, 2 UnterhaltsVG, § 10 Abs. 2 BKGG, § 16 BSHG, § 81 JWG; zum Unterhaltsträger: §§ 137, 138 AFG, § 2 Abs. 2 UnterhaltsVG, § 11 Abs. 1 BSHG, § 81 JWG; zum Unterhaltsverband: § 2 Abs. 2, 9 i. V. m. Anl. 1-10; WoGG; § 16 BSHG, § 11 Abs. 2 BAföG.

- welchen Belastungen (Unterhaltsberechtigten, besonderen Unterhaltsbelastungen, sonstigen Belastungen)⁵⁰,
- welchen Personenkreises (derer, die dem Leistungsadressaten zu Unterhalt verpflichtet sind, die ihm faktisch Unterhalt gewähren etc.)⁵¹,
- vom Gesetzgeber bei der Gestaltung der Regelungen einander gegenübergestellt wurden oder von der Verwaltung bei der Gesetzesanwendung einander gegenüberzustellen sind,
- und wie dabei die Grenzen zumutbarer Eigenbelastung⁵² – implizit oder explizit – angesetzt sind.

Allem voraus liegt zudem die Möglichkeit, dem Selbstvollzug der Grundannahme durch die prinzipielle Unzulänglichkeit Raum zu lassen (so das Kindergeld)⁵³ oder den Selbstvollzug durch die Minimalität der Leistung zu stimulieren (so die Sozialhilfe).⁵⁴

Einen signifikanten Punkt erreichen diese Regulative dort, wo zu fragen ist, wessen und welche *Unterhaltslasten* und wessen und welche *Unterhaltsleistungen* in diese Bilanz aufgenommen werden.⁵⁵ Gemeinhin wird auf dieses Problem mit der Feststellung hingewiesen, daß Unterhalt ein sozialleistungsbegründendes und ein sozialleistungshemmendes Tatbestandsmerkmal sein kann.⁵⁶ Dabei gehen die Kriterien nach Rechtscharakter, Höhe der Leistungen, Zahl und Alter der Personen, Art und Grad der Beziehung weit auseinander. Man kann das auch so benennen: Die Leistungsvoraussetzungen definieren je Leistung gesondert belastete und entlastete – oder je nach dem Standort: belastende und entlastende – Unterhaltsverbände.⁵⁷ Das verwirrende Spiel dieser belasteten und entlasteten Unterhalts-

50 Vgl. zum Unterhalt an Kinder: § 11 Abs. 2 Nr. 3 a BKG, §§ 44 Abs. 2 Nr. 1, 136 Abs. 1 Nr. 1, 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. 111 AFG, § 23 Abs. 2 BSHG; zum Unterhalt an sonstige Personen: §§ 11 Abs. 2 Nr. 3b, 44 Abs. 2 Nr. 1, 136 Abs. 1 Nr. 1 AFG; zu sonstigen Belastungen (Steuern, Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung, gesetzliche Beiträge zur Versicherung, Vorsorge): § 76 Abs. 2 Nr. 1-4, BSHG, § 6 Abs. 2 Nr. 1, 2 BZRG, §§ 21-30 BAföG.

51 Vgl. zu den Unterhaltsverpflichteten: §§ 136 Abs. 1 Nr. 1, 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. 111 AFG.

52 Vgl. hierzu z.B. §§ 79, 80 BSHG, § 8 WoGG.

53 Bundestagsdrucksache 7/1410, S. 213; *Rosemarie v. Schweitzer*, Kinder und ihre Kosten, in: *Kurt Lüscher*, Sozialpolitik für das Kind, Fn. 15, S. 113 ff.; *Alois Oberhauser*, Familienlastenausgleich, in: *Handbuch der Wirtschaftswissenschaften*, Bd. 2, 1980, S. 583 ff., insbes. S. 586; *Gert Wenzel/Stephan Leibfried*, Armut und Sozialhilferecht, 1986, S. 183; *Heinz Lampert/Max Winger*, Familien und Familienpolitik, Fn. 8, S. 37 f.

54 BVerfGE 23, 149 ff.; insbes. 153, 156. Vgl. auch Die Lage der Familien in der Bundesrepublik Deutschland – 3. Familienbericht, 1979, Bundestagsdrucksache 8/3132, S. 48 ff., Institut Finanzen und Steuern, Brief 225, Sozialhilfe-Leistungsniveau, Leistungssystem, Entlastungsvorschläge, 1983, S. 66 ff.; *Dieter Schäfer*, Sozialhilfe und andere Leistungsbereiche im System der sozialen Sicherheit, ArchsozArb, 16. Jg. 1985, S. 3 ff. insbes. 9 ff.; *Richard Hauser/Helga Cremer-Schäfer/UDO Nouvertné*, Armut, Niedrigeinkommen und Unterversorgung in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1986, S. 288 f.

55 S. noch einmal Fn. 49-51.

56 *Franz Ruland*, Auflösung und Neubildung von Ehe und Familie in Einzelbereichen des Sozialrechts, Fn. 32, S. 141 ff.

57 Bei der Arbeitslosenhilfe ist z.B. der belastete Unterhaltsverband gemäß § 138 Abs. 1 Nr. 1, 2 AFG (die Arbeitslosenhilfe ist subsidiär gegenüber dem Unterhalt durch Ehegatten, Eltern

verbände ist ein Beweis mehr dafür, wie mehrdeutig und ungesichert wir reden, wenn wir von "Familie" reden. Zuweilen – beim Unterhaltsvorschuß, in der Ausbildungsförderung, in der Jugendhilfe und in der Sozialhilfe – werden auch einzelne Leistungsadressaten isoliert und ihrem Unterhaltsverband gegenübergestellt. Damit verbindet sich eine gesteigerte Ingerenz in die privatrechtlichen Beziehungen. Die Jugendhilfe kann direkt intervenieren.⁵⁸ Unterhaltsvorschuß⁵⁹, Ausbildungsförderung⁶⁰ und Sozialhilfe⁶¹ intervenieren durch Vorleistung und Rückgriff. Damit gehen Absichten und Probleme eigener Art einher: In der Ausbildungsförderung tragen Vorleistung und Rückgriff deutlich emanzipatorische Züge.⁶² In der Sozialhilfe wird damit der weitgehende Rückzug des Sozialrechts auf die typische Kleinfamilie – auf die Einheit aus Eltern und heranwachsenden Kindern – auf besonders einschneidende Weise widerrufen: sowohl bei Leistungen an erwachsene Kinder als auch bei Leistungen an unterhaltsbedürftige Eltern.⁶³

-
- und durch Verwandte, ausgenommen des zweiten und entfernteren Grades) vom entlasteten Unterhaltsverband gemäß § 137 Abs. 1 AFG (der Unterhalt, den der Arbeitslose an Kinder und Ehegatten zu leisten hat, wird bei der Prüfung seiner Bedürftigkeit berücksichtigt) zu unterscheiden. Beim BAFöG ist der Unterhaltsverband gemäß § 11 Abs. 2 BAFöG zwischen Anspruchssteller und Ehegatten und Eltern belastet (deren Vermögen und Einkommen ist zu berücksichtigen) und der Unterhaltsverband zwischen Anspruchssteller und seinen Kindern und Ehegatten gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BAFöG entlastet (Freibeträge für den Unterhalt).
- 58 Z.B. durch angeordnete Erziehungsbeistandschaft, §§ 55-61 JWG oder durch angeordnete Fürsorgeerziehung, §§ 64 ff. JWG und durch Heimunterbringung, §§ 5, 6 JWG. Vgl. auch *Irmgard Gaertner*, Fn. 30, S. 71 und *Uwe Dietrichsen*, Jugendhilfe im Spannungsfeld von Elternrecht und Kindesrecht, ebda., S. 232 ff.
- 59 Vorleistung: §§ 1-3 UnterhaltsVG; Rückgriff: §§ 5, 7 UnterhaltsVG.
- 60 §§ 36, 37 BAFöG, vgl. auch *Joachim Paulus*, Der Anspruch auf Finanzierung einer Ausbildung im Unterhalts- und Sozialrecht, 1984, insbes. S. 303 ff.; *Ernst August Blanke*, Ausbildungsförderungsrecht, 17. Aufl., 1987, S. 19.
- 61 Vorleistung: §§ 11 Abs. 2 Satz 1, 16 Satz 2, 29 Satz 1, 43 Abs. 1 Satz 1 BSHG; Rückgriff: §§ 11 Abs. 2 Satz 2, 29 Satz 2, 43 Abs. 1 Satz 2, 90, 91 BSHG; vgl. auch *Bernd Schulte*, *Peter Trenk-Hinterberger*, Sozialhilfe, 2. Aufl., 1986, S. 398 ff.
- 62 Zur Diskussion um die Ausbildungsförderung s. auch *Ernst-August Blanke*, Ausbildungsförderung im sozialen Rechtsstaat, FamRZ 1981, S. 226 ff.; *Jürgen Wahl*, Sozialpolitik und Haushalts-Konsolidierung: Die Änderungen beim BAFöG. Eine Beurteilung aus sozio-ökonomischer Sicht, Soziale Sicherheit, 1983, S. 376 ff.; *Hans-Jürgen Bieback*, Das Sozialleistungssystem in der Krise, ZSR 1985, S. 577 ff., 641 ff., 705 ff., insbes. S. 588; *Gerhard Bäcker*, Entwicklung und Stand der Ausbildungsförderung: Ein Lehrstück über konservative Strategien in der Gesellschafts- und Sozialpolitik, SF, 1985, S. 28 ff. (34); Bundestagsdrucksache 11/610, Bericht der Bundesregierung zur Ausbildungsfinanzierung in Familien mit mittleren Einkommen, 1987.
- 63 Vgl. Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge (Hg.), Schrift 248, Das Unterhaltsrecht und die Sozial- und Jugendhilfe, 1971; *Robert Imlau/Ute Leitner*, Forschungsbericht über das Unterhaltsrecht und die Sozial- und Jugendhilfe, Schrift 257 des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, 1976, insbes. S. XI ff.; *Werner Frank*, Beiträge zur Weiterentwicklung der Sozialhilfe, Erfordernisse und Möglichkeiten zur Verbesserung ihrer funktionalen Effizienz, VSSR, Bd. 9, 1981, S. 221 ff., insbes. S. 238 f.; *Dieter Giese*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verhältnis von Sozialhilfe und bürgerlich-rechtlicher Unterhaltspflicht, ArchsozArb 1985, S. 157 ff.

Insgesamt finden wir so ein *breites Spektrum* von Distanz und Nähe zur privaten Lebensgestaltung, von Angebot und Einmischung, von Allgemeinheit und Individualität, von Berechenbarkeit und konkreter Bestimmung, von Unterhaltsverbänden, deren Abhängigkeit Leistungen begründet, und Unterhaltsverbänden, deren Potential Leistungen entgegensteht, von Lasten und Mitteln, die in Rechnung gestellt werden, und von Schwellen, die Leistungen legitimieren. Das mag konfus wirken – und ist es auch. Aber zugleich ist es so etwas wie eine List der Geschichte. Das Dickicht dieser Unübersichtlichkeit ist vielleicht eine letzte Zuflucht der Privatheit. Würde alles einheitlichen Prinzipien und Maßgrößen folgen, so könnte daraus schnell die “formierte Familie” werden.

Ein hohes Maß an “Veröffentlichung” der Bedarfe der Familien und ihrer Deckung bleibt ohnedies. Sie ist um so spürbarer, je ungünstiger in einer Unterhaltseinheit das Verhältnis zwischen den Verdienern und den Versorgern und Versorgten ist. Das kinderlose Zwei-Verdiener-Ehepaar ist von der Veröffentlichung seiner Lebensverhältnisse kaum mehr bedroht als der Alleinstehende; aber die Familie ist ihr um so mehr ausgesetzt, je mehr Kinder sie hat, je mehr Pflege sie leistet usw.⁶⁴

Trägt so der Rückzug eines Versorgers in den Haushalt um so nachdrücklicher zur “Veröffentlichung” der Lebensverhältnisse der Familie bei, je mehr er gerechtfertigt ist, so stoßen die Hilfs- und Förderungssysteme bisher doch nicht genügend dahin vor, den tätigen Unterhalt als zentralen Bedarf der Familie zu erkennen. Einmal mehr sitzt der Versorger zwischen den Stühlen: weder die Leistungsgerechtigkeit der Vorsorgesysteme noch die Bedarfsgerechtigkeit der Hilfs- und Förderungssysteme wollen seine Leistung aufnehmen.

c) Ein Zwischenergebnis

aa) Die Komplementarität

Erinnern wir uns zurück: die Aufgabe des Sozialrechts ist es, den Vollzug der Grundannahme zu substituieren, wo er sich nicht von sich aus einstellt. Diese Gefahr ist besonders groß, wo in Unterhaltsverbänden das Pro-Kopf-Prinzip von Arbeit und Einkommen mit dem Pro-Kopf-Prinzip der Bedarfe aufeinandertrifft. Vorsorgesysteme einerseits und Hilfs- und Förderungssysteme andererseits gehen diese Aufgabe von unterschiedlichen Enden und mit unterschiedlichen Wirkungen, insgesamt aber komplementär an.

(1) Vorsorgesysteme stützen den Unterhaltsverband, indem sie die *Unterhaltungsfunktion des Verdieners* über den Verlust seines aktiven Einkommens, ja über seinen Tod hinaus verlängern. Nur ausnahmsweise können sie auch an Bedarfen ansetzen.

Hilfs- und Förderungssysteme stützen den Unterhaltsverband, indem sie die *Deckung der Bedarfe* sichern. Nur ausnahmsweise substituieren Hilfs- und Förderungssysteme das Verdienereinkommen selbst.

64 S. dazu vor allem *Hohmann-Dennhardt*, Fn. 42, S. 119.

(2) Indem Vorsorgesysteme und Hilfs- und Förderungssysteme von diesen unterschiedlichen Ansätzen herkommen, sind sie *gegenüber den internen Funktionen im Unterhaltsverband weitgehend neutral*. Nur ausnahmsweise finden sich Inkompatibilitäten (wie die zwischen Verdienener- und Versorgerrolle beim Erziehungsgeld⁶⁵) und spezifische Funktionsdefizite (wie beim Unterhaltsvorschuß⁶⁶ oder – unter Umständen – in der Jugendhilfe⁶⁷) als Voraussetzung von Leistungen.

Damit hängt zusammen, daß die spezifische *Versorgerrolle* weder von den Vorsorgesystemen noch von den Hilfs- und Förderungssystemen her zureichend gesehen wird.⁶⁸

(3) Da sie an das Verdienereinkommen anknüpfen, *differenzieren* die Vorsorgesysteme die Lebensverhältnisse. Hilfs- und Förderungssysteme *generalisieren* sie. Je mehr Unterhaltsverbände auf Hilfs- und Förderungssysteme angewiesen sind, desto mehr werden ihre Lebensverhältnisse allgemeinen Maßstäben unterworfen. Damit werden die Lebensverhältnisse von Verdienern gleichen Einkommens um so mehr nivelliert, je größer ihre Unterhaltslast ist. Das bleibt eine Herausforderung an das Steuerrecht. Dieses behandelt Verdienereinkommen nicht entsprechend ihrer wesentlich ungleichen Belastung ungleich. Nur die Ablösung des Ehegatten-Splitting durch ein Familiensplitting kann insofern zu gleichheitsgerechten Lösungen führen.⁶⁹

(4) Die Vorsorgesysteme *verteilen* von dem Alleinstehenden zu den Ehen und Familien *um*.

Die Umverteilungswirkung der Hilfs- und Förderungssysteme ist in höchstem Maße komplex. Auf der einen Seite folgt sie den Belastungskriterien des Steuerrechts, auf der anderen Seite den sehr differenzierten Kriterien der Bedarfsbemessung und der Subsidiarität.

(5) In Vorsorgesystemen sind die Leistungen eine *Konsequenz* der *Vorleistungen* des Vorsorgefähigen. Mit dem abstrakten Anspruch erwirbt die Familie weitgehend auch *Autonomie*.

In Hilfs- und Förderungssystemen muß die *Subsidiarität* die Eigenverantwortung erhalten. Weithin geht sie mit *sozialer Kontrolle* einher.

65 § 1 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 BErzGG.

66 § 1 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 4, Abs. 5 UnterhaltsVG.

67 §§ 6 Abs. 2, 80-85 JWG i. V.m. §§ 76-89 BSHG.

68 Ernst-Jürgen Borchert, Die Berücksichtigung familiärer Kindererziehung im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung, 1981; Wolfgang Zeidler, Fn. 8, insbes. S. 597 ff.

69 Joachim Lange, Familienbesteuerung, Zur Tendenzwende der Verfassungsrechtsprechung durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3.11.1982 und zur Reform der Familienbesteuerung, Steuer und Wirtschaft, 1983, S. 103 ff.; Annemarie Mennel, Ehe und Familie im Einkommenssteuerrecht – Ein internationaler Vergleich –, Steuer und Wirtschaft 1984, S. 287 ff.; Wolfgang Zeidler, Verfassungsrechtliche Fragen zur Besteuerung von Familien- und Alterseinkommen, Fn. 8, S. 2 ff.; Franz Klein, Ehe und Familie im Steuerrecht als verfassungsrechtliches Problem, in: Walter Fürst/Roman Herzog/Dieter C. Umbach (Hg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, 1987, S. 773 ff., insbes. S. 796 ff. m.w.N.

(6) Der Berechtigungscharakter der Vorsorgesysteme bewirkt, daß auch die *Teilhabe Rechtscharakter* hat. Vorsorgesysteme knüpfen daher an die *Rechtsgestaltungen des Familienrechts* an.

Für die *bedarfsorientierten* Hilfs- und Förderungssysteme *sind sie sekundär*. Sie dienen als *Vermutung* für die Unterhaltslast und für ein Unterhaltungspotential, auf das verwiesen oder zurückgegriffen werden kann. Aber Bedarfsgerechtigkeit kann an den *Fakten* nicht vorbeigehen.

(7) Vorsorgesysteme sind, so ausgedehnt sie sein mögen, *selektiv*. Nur die Hilfs- und Förderungssysteme können *alle* schützen und fördern.

bb) Die Rolle der Steuerrechts

An dieser Stelle ist ein Exkurs notwendig. Er betrifft die Rolle des Steuerrechts.⁷⁰ Die drei Felder der Grundannahme sind auch bedeutsam, um die soziale Funktion des Steuerrechts zu verorten: Dem Feld *Arbeit/Einkommen* entspricht die Einkommensteuer als "*negatives Einkommensrecht*".⁷¹ Die Einkommensteuer bestimmt, wieviel dem Verdiener von seinem Einkommen verbleibt und also auch, wieviel ihm zur Verfügung steht, um die Bedarfe seines Unterhaltsverbandes zu decken. Dem Feld *Bedarfsdeckung* entsprechen die Umsatz- und Verbrauchssteuern als "*negatives Bedarfsdeckungsrecht*". Sie bestimmen, was die Güter kosten, die zur Deckung der Bedarfe nötig sind.

Natürlich ist das ein vereinfachtes Bild. Der Ertrag der Arbeit hängt von vielen anderen steuerlichen Voraussetzungen ab (Gewerbesteuer etc.). Und in die Kosten der Güter, die zur Bedarfsdeckung dienen, gehen ebenfalls zahlreiche weitere Steuern ein. Doch sind die Einkommenssteuer einerseits und die Umsatz- und Verbrauchssteuern andererseits jedenfalls die letzten und gezielten steuerlichen Bestimmungsfaktoren für das Einkommen einerseits und die Bedarfsdeckung andererseits.

Nun ist keinesfalls unausweichlich, daß das "negative Einkommensrecht" der Einkommensteuer sich ausschließlich am Pro-Kopf-Prinzip des Feldes *Arbeit/Einkommen* orientiert. Das Einkommensteuerrecht ist durchaus imstande, den Verdiener mit dem Unterhaltsverband, der von ihm abhängt, zusammenschauen. Es kann die Düse des "negativen Einkommensrecht" enger oder weiter öffnen – je nachdem, ob andere und wieviele andere von dem Einkommen mit unterhalten werden müssen. Das Steuerrecht kann somit die Lücke schließen, die zwischen den Vorsorgesystemen, die das Mißverhältnis zwischen Verdienereinkommen und Bedarfen des Unterhaltsverbandes nur ausnahmsweise – wie im Krankheitsfalle – ausgleichen können und den Hilfs- und Förderungssystemen,

⁷⁰ Paul Kirchhof, Ehe und Familie im staatlichen und kirchlichen Steuerrecht, in: Heiner Marré, Johannes Stütting (Hg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche Bd. 21, 1986, S. 117 ff.

⁷¹ S. Hans F. Zacher, Grundfragen theoretischer und politischer sozialrechtlicher Arbeit, VSSR Bd. IV (1976), S. 1 ff. (S. 13 f. m. Anm. 50).

die dieses Mißverhältnis nur egalisierend und subsidiär kompensieren können, schließen. Gegenwärtig nimmt das Einkommensteuerrecht diese Funktion nur unzulänglich wahr.⁷² Es begünstigt durch das Ehegattensplitting die Ehe, verweigert der Familie aber das Familiensplitting. Zugegeben: Nach Jahren extrem einseitiger Beschränkung auf das Kindergeld⁷³ ist die Rückkehr zum dualen System (Ehegattensplitting plus Kinderfreibeträge auf der einen Seite; Kindergeld auf der anderen Seite)⁷⁴ als ein Fortschritt anzuerkennen. Auf lange Sicht ist das Familiensplitting jedoch die einzige gerechte Lösung.⁷⁵ Ihre Wirkung kann durch Kinderfreibeträge immer nur annähernd erreicht werden.⁷⁶

Jedes Defizit an familiengerechter Besteuerung bedeutet, daß Verdienere und Unterhaltsverbände um so mehr der egalisierenden Wirkung der Hilfs- und Förderungssysteme ausgesetzt sind, je "ungünstiger" das Verhältnis zwischen Verdienern und Verbrauchern im Unterhaltsverband ist. Warum aber sollten gerade die, die Unterhaltslasten – insbesondere Kinderlasten – tragen und damit dem Gemeinwesen wertvolle Dienste leisten, der Egalisierung stärker ausgesetzt sein als die, die das nicht tun. Gewiß ist "mehr Gleichheit" auch eine sozialstaatliche Forderung. Aber das Gefälle von "mehr Gleichheit" nach Maßgabe der Kinderzahl widerspricht dem verfassungsrechtlichen Schutz und dem gesellschaftlichen Wert der Familie. Alles in allem: eine gerechte Gestaltung der wirtschaftlichen Situation der Familie ist nur durch das Zusammenwirken der Vorsorge-, Hilfs- und Förderungssysteme mit dem Steuerrecht, insbesondere dem Einkommensteuerrecht – und hier: durch das Familiensplitting – möglich.

d) Die Entschädigungssysteme

Entschädigungssysteme stehen in einem ganz anderen Verhältnis zu dem Problem von Ehe und Familie. Um das zu erklären, muß noch einmal auf die drei Regelungsfelder von Arbeit/Einkommen, Unterhaltsverband und Bedarfsdeckung zurückgegangen werden.⁷⁷ Sie haben ein gemeinsames positives Programm, des-

72 Gerd Bäcker, Familienpolitik durch soziale Transfers – Globale Subventionierung oder Problem- und Bedarfsorientierung, WSI-Mitteilungen 1980, S. 49 ff.; E.-Peter Kausemann, Möglichkeiten einer Integration von Steuer- und Transfersystemen, 1983, insbes. S. 34 ff.

73 BVerfGE 45, 104 ff. (120 f.). Vgl. auch Klaus Vogel, Zum Fortfall der Kinderfreibeträge bei der Einkommensteuer, NJW 1974, S. 2105 ff.

74 Institut Finanzen und Steuer, Brief 215, Kinderlastenausgleich – Leistungsniveau, Leistungssystem, Neugestaltungsvorschlag, 1982, S. 25 ff.; Ferdinand Oeter, Ungereimtheiten des dualen Systems?, SF 1985, S. 110 ff.; Alois Oberhauser, Die Ungereimtheiten des dualen Systems, SF 1985, S. 14 ff.; Elanie Heldmann, Kinderlastenausgleich in der Bundesrepublik Deutschland, 1986.

75 S. noch einmal Fn. 69 und Wiebke Buchholz-Will, Das Ehegattensplitting bleibt ein Stein des Anstoßes, WSI-Mitteilungen 1985, S. 668 ff.

76 Klaus Vogel, Zwangsläufige Aufwendungen – besonders Unterhaltsaufwendungen – müssen realitätsgerecht abziehbar sein, Steuer und Wirtschaft, 1984, S. 197 ff. (201 ff.).

77 S. noch einmal oben I.

sen Verwirklichung sie nicht garantieren, wohl aber ermöglichen. Zu diesem Programm haben die einzelnen Regelungsfelder je einen bestimmten Ort an einem gedachten Weg. Demgegenüber hat schon im Privatrecht das Schadensersatzrecht eine Störfall-Funktion: wo Schäden auftreten und die Verwirklichung des Programms verhindern, die Störung zu beheben oder eine äquivalente Verlaufsalternative auf den Weg zu bringen. Das Schadensersatzrecht begleitet gleichsam das ganze Programm. Nicht anders verhält es sich im Sozialrecht. Vorsorgesysteme und Hilfs- und Förderungssysteme haben den Auftrag, die Verwirklichung des Programms, das in der Grundannahme steckt, zu gewährleisten. Entschädigungssysteme haben dagegen den Auftrag, wo Schäden die Verwirklichung des Programms beeinträchtigen und diese Schäden in die Verantwortung des Gemeinwesens oder der Solidarität von Arbeitgebern gestellt sind, die Störung zu beheben oder eine äquivalente Verlaufsalternative auf den Weg zu bringen. Dabei können sie, wie die Unfallversicherung der Arbeitnehmer, das private Schadensersatzrecht verdrängen.⁷⁸ Oder sie können mit ihm konkurrieren, wobei ihr Vorrang die Kehrseite des Rückgriffs hat.⁷⁹

Für den speziellen Zusammenhang von Ehe und Familie bedeutet das, daß das Entschädigungsrecht überall dort eingreifen kann, wo in Ehe und Familie die Erfüllung einer Rolle beeinträchtigt ist oder besonderer Bedarfe entstehen. Wie das private Schadensersatzrecht kraft § 844 BGB kann daher das Entschädigungsrecht auch an den Ausfall tätigen Unterhalts anknüpfen.⁸⁰ Und so wie das Privatrecht den Unterhalt der Kinder an die Eltern kennt, kennt das Entschädigungsrecht auch eine Elternrente.⁸¹ Diese Möglichkeiten, insbesondere auch der Versorgerrolle gerecht zu werden, werden vom geltenden Recht jedoch nur zögern und inkonsistent ausgefüllt.⁸²

6. Aktuelle Probleme

Dieser Abhandlung kommt es vor allem darauf an, die Grundstrukturen des Problems aufzuzeigen. Nach dem alten und bewährten Wort, daß nichts praktischer ist als eine gute Theorie, soll das die Grundlage für die richtige Lösung gerade auch aktueller Probleme geben. Zum Schluß seien noch einige aktuelle Fragen selbst artikuliert.

78 S. §§ 636 ff. RVO.

79 S. § 116 SGB X.

80 So ausdrücklich § 30 Abs. 7 BVG für die Kriegsopferfürsorge und § 569 a RVO für die Unfallversicherung.

81 §§ 596 RVO, 49-51 BVG.

82 So erhält etwa eine Hausfrau kein Verletztengeld nach § 560 RVO. S. *Herbert Lauterbach/Friedrich Watermann*, Kommentar zur gesetzlichen Unfallversicherung, 3. Aufl., 1987, Rnr. 10 zu § 560 RVO.

a) Wandlungen in Ehe und Familie⁸³

aa) Die emanzipatorische Funktion des Sozialrechts

Das erste: die Forderung nach einer emanzipatorischen Funktion des Sozialrechts – emanzipatorisch im Sinne der Befreiung des einzelnen aus den Zwängen des Familienverbandes.⁸⁴ Das Problem hängt, wie alle Probleme, die hier noch zu erörtern sind, eng mit dem zusammen, was oben als die doppelte Schalung des Lebens durch das Recht benannt wurde. Sozialrecht kann gegenüber dem Familienrecht neutral sein. Es kann die familienfreundliche Einbindung vertiefen. Es kann sie lockern. Die Forderung nach Emanzipation wendet sich gegen die Vertiefung und verlangt möglichsste Lockerung.

In bezug auf die Ehe bedeutet das etwa die eigene Berechtigung der mitversicherten Frau im Falle von Krankheit und Mutterschaft und ihre eigenständige Sicherung für das Alter – das eigene Rentenkonto nicht erst nach der Scheidung.⁸⁵ Hier geht es teils darum, daß das Sozialrecht in der Sache realisiert, was das Zivilrecht konzipiert, teils darum, daß Zivil- und Sozialrecht zusammen die Lösungen finden, die den Wertvorstellungen von Verfassung und Gesellschaft entsprechen.

Problematischer sind die Forderungen im Eltern-Kind-Verhältnis. § 36 des Allgemeinen Teil des Sozialgesetzbuches, der eine eigene sozialrechtliche Handlungsfähigkeit Minderjähriger geschaffen hat, und die emanzipatorische Ausgestaltung der Ausbildungsförderung haben hier bereits Zeichen gesetzt. Sie gehen in die Richtung jener Entwicklung der Elternverantwortung, welche die Kindesfreiheit immer weiter vorverlegt, während die Kindeslast der Eltern sich immer länger erstreckt.⁸⁶ Die Altersgrenzen für Kindesleistungen⁸⁷ haben ihr nicht hin-

83 S. zum folgenden "Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht", Fn. 3, *Reinhard Lempp*, Familie im Umbruch, 1986; Familie – Tatsachen, Probleme, Perspektiven, Sonderveröffentlichung aus Anlaß des 71. Deutschen Fürsorgetages, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 1986, S. 5 ff.; *Astrid Sandhop*, Familiäre Übergänge im Wandel, Ausgewählte Arbeiten zum Wandel der deutschen Familie im 20. Jahrhundert, Sonderheft 11 der Materialien zur Bevölkerungswissenschaft des Bundesinstituts für Bevölkerungswissenschaft, 1987.

84 Zur Förderung nach einer emanzipatorischen Familien- und Sozialpolitik vgl. *Dietrich Thränhardt*, Ideologie und Realität bundesdeutscher Familienpolitik, in: *Rolf G. Heinze*, Neue Subsidiarität: Leitidee für eine zukünftige Sozialpolitik, S. 202 ff. und *Alois Herlth/Franz-Xaver Kaufmann*, Familiäre Probleme und sozialpolitische Intervention, in: *Franz-Xaver Kaufmann* (Hg.), Staatliche Sozialpolitik und Familie, Fn. 4, S. 1 ff., insbes. S. 17.

85 *Marianne Beierl*, Die soziale Sicherung der erwerbstätigen und der nichterwerbstätigen Frau – ein systematischer Vergleich, Fn. 35, S. 274 ff.; *Christopher Hermann*, Gleichstellung der Frau und Rentenrecht, Zur bevorstehenden Reform der Alterssicherung, 1984; *Herlinde Maindok*, Auswirkungen der aktuellen Sozialpolitik auf die Lebenslage von Frauen, in: *Hans-Werner Franz/Wilfried Grusel/Hans-Günter Rolff* (Hg.), Neue alte Ungleichheiten, 1986, S. 55 ff.; *Franz Ruland*, Gleichberechtigung bei der Alterssicherung, Fn. 35.

86 *Friedrich-Wilhelm Bosch*, Teilunmündigkeit trotz Volljährigkeit?, in: Festschrift Schiedermair, 1976, S. 51 ff., insbes. S. 63; *Ursula Fehnmann*, Elternrecht und elterliche Rechte nach Volljährigkeit der Kinder, ZBlJugR 1980, S. 605 ff.; *Fritz Ossenbühl*, Das elterliche Erzie-

reichend Rechnung getragen. Mit dem Rückgriff der Sozialhilfe aber macht sich gerade das Sozialrecht mit zum Vollstrecker dieses Ungleichgewichts.⁸⁸ Hier steht nicht so sehr mehr Emanzipation, sondern mehr Gerechtigkeit für die Eltern an – im Zivilrecht und Sozialrecht.

bb) Informelle Unterhaltsverbände, insbesondere nichteheliche Lebensgemeinschaften

Die zweite aktuelle Frage ist die nach den Konsequenzen, die aus der Zunahme nichtehelicher Lebensgemeinschaften entstehen.⁸⁹ Auch hier wird man vor einem isolierten Vorangehen des Sozialrechts⁹⁰ warnen müssen. Das Sozialrecht darf nicht ignorieren, ob familiäre Lebensformen eine privatrechtliche Ordnung haben oder nicht.

Das gilt mit besonderer Deutlichkeit für die Vorsorgesysteme. Das Sozialrecht knüpft hier an bestehende Vorsorggemeinschaften an. Und es verliert den Boden unter den Füßen, wenn es sich über das Familienrecht hinauswagt. Damit wird das Anliegen, den Schwächeren in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu schützen, nicht verkannt. Aber das Sozialrecht kann und darf das isoliert nicht leisten.

Hilfs- und Förderungssysteme gehen demgegenüber von den Bedarfen aus. Und privatrechtliche Zuordnungen können die Verantwortung des Sozialrechts nicht aufheben. Das bisher geltende Prinzip, daß informelle Gemeinschaften gegenüber ehelichen nicht bevorzugt werden dürfen, während eheliche gegenüber infor-

hungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S. 509 ff., insbes. S. 53; *Reinhardt Thierschmann*, Unterhaltsansprüche Volljähriger gegen ihre Eltern, 1986; zur nachwirkenden Einstrahlung des Elternrechts in die Volljährigkeit des Kindes s. auch BGH FamRZ 1981, S. 250 ff., insbes. S. 252 m.w.N.

87 Vgl. dazu Bericht der Bundesregierung zur Ausbildungsfinanzierung in Familien mit mittlerem Einkommen, Fn. 62, S. 15 ff.

88 Vgl. BGBJZ 1985, 434 ff. = ZfF 1985, S. 107 ff.; BSG FamRZ 1985, S. 1251 ff.; vgl. auch *Dieter Schoch*, Heranziehung Unterhaltspflichtiger in der Sozial- und Jugendhilfe, ZfF 1982, S. 193 ff.; *Bernd Schlegel*, Unterhaltsansprüche erwachsener Arbeitsloser gegenüber ihren Eltern und subsidiäre Sozialleistungen, FamRZ 1986, S. 856 ff. und *Thierschmann*, Fn. 86, S. 81; *Hermann Hummel-Liljegen*, Sinnlose Widersprüche bei Bedürftigkeit, zumutbarer Arbeit und eheähnlicher Gemeinschaft zwischen Arbeitslosen-, Unterhalts- und Sozialhilfrecht, ZRP 1987, S. 310 ff.

89 *Rainer Scholz*, Die nicht eheliche Lebensgemeinschaft im Sozialrecht, ZfSH/SGB 1983, S. 203 ff.; *Regilindis Böhm*, Besteht ein Bedürfnis, Gestaltung und Auswirkung der nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln, NDV 1985, S. 174 ff.; *Albin Eser*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1985; Bundesministerium für Jugend, Familie und Gesundheit (Hg.), Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland, 1985; *Max Wingen*, Wandlungen im Prozeß der Ehe- und Familienbildung – Sozialwissenschaftliche Befunde und familienpolitische Perspektiven zu den nichtehelichen Lebensgemeinschaften, in: Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht, Fn. 3, S. 31 ff. insbes. S. 49 ff.; *Wolfgang Lengsfeld/Georg Schwägler*, Nichteheliche Lebensgemeinschaften – Ergebnisse eines empirischen Projekts, 1987.

90 In dieser Richtung wohl *Bertram Schulin*, Fn. 3, S. 19 und dort in Fn. 47.

mellen Gemeinschaften nicht benachteiligt werden dürfen⁹¹, muß hier weiter wegleitend sein.⁹²

Man wird betonen müssen: die Sicherheit, die der Sozialstaat geben kann, setzt voraus, daß auch der Bürger sich in Ordnungen einfügt, die seine Beziehungen faßbar und sein Verhalten berechenbar machen. Wer sich dieser sozialen Bürgerpflicht entzieht, muß damit rechnen, daß der Sozialstaat ihm nicht die gleiche Sicherheit geben kann wie dem, der sich bindet.

cc) Die Instabilität der Unterhaltsverbände

Schließlich ist auf die Last hinzuweisen, die Staat und Gesellschaft ganz generell aus der Instabilität der Unterhaltsverbände zuwächst: die Verwerfungen, die durch förmliche oder nichtförmliche Auflösung bestehender Verbindungen, durch die förmliche oder nichtförmliche Begründung neuer Gemeinschaften usw. auftreten, schaffen vielfach Hindernisse und Irritationen für den Vollzug der Grundannahme, ja dienen nicht selten dazu, sich ihm gerade zu entziehen. Verdienereinkommen und Unterhaltsansprüche, Versorgerleistungen und Versorgungsbedürfnisse geraten außer Verhältnis.⁹³ Die Auflösung von Vorsorgegemeinschaften oder deren apriorisches Verfehlen bedingen weitere Defizite, die von den Hilfs- und Förderungssystemen, letztlich vor allem von der Sozial- und Jugendhilfe aufzunehmen sind.⁹⁴ Vom Sozialrecht her ist die Stabilität der Unterhaltsverbände ein hohes Gut. Instabilität der Unterhaltsverbände verlagert den Vollzug der Grundannahme vom privaten und gesellschaftlichen Feld auf das öffentliche, von den Vorsorgesystemen auf die Hilfs- und Förderungssysteme, von der normativen sozialen Intervention auf die behördliche Entscheidung und die sozialen Dienste.

91 § 137 Abs. 2 a AFG, § 122 BSHG, § 18 Abs. 2 Nr. 2 WoGG.

92 So auch *Franz Ruland*, Auflösung und Neubildung von Ehe und Familie in Einzelbereichen des Sozialrechts (Sozialversicherung, Arbeitslosenversicherung, soziale Entschädigung, andere Systeme der Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversicherung), in: *Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht*, Fn. 3, S. 154 m. w. N. (Fn. 110); zur Möglichkeit, die nichteheliche Lebensgemeinschaft in einzelnen Punkten der Ehe gleichzustellen vgl. BGH NJW 1982, S. 1668 und *Ingo v. Münch*, Art. 6 Grundgesetz, *Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Familien- und Sozialrecht*, in: *Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht*, Fn. 3, S. 69 ff., insbes. S. 78 ff. und *Dieter Schäfer*, Auflösung und Neubildung von Ehen und Familien im Sozialhilfe- und Wohngeldrecht, ebda., S. 114 ff., insbes. S. 128 ff.

93 Vgl. hierzu *Jürgen Plaschke*, Zwischen sozialen Transfers und "unzumutbarer Erwerbsarbeit": Zum Stand der Einkommenssicherung von Ein-Elternteil-Familien in der Bundesrepublik und im internationalen Vergleich, SF, 1984, S. 154 ff.; *Gerhard Bäcker*, Sozialpolitik durch soziale Dienstleistungen – Zukunftsperspektiven des Sozialstaates, WSI-Mitteilungen, 1986, S. 201 ff., insbes. S. 208; vgl. zu dieser Problematik auch die Entscheidung des BGH vom 13.4.1988, Az: IV b ZR 34/87, die dem Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehefrau Vorrang vor dem der neuen Ehefrau einräumt und die neue Ehefrau notfalls auf die Sozialhilfe verweist.

94 Vgl. *Max Wingen*, Nichteeliche Lebensgemeinschaften, Formen – Motive – Folgen, 1984, insbes. S. 76 ff.; *Dieter Schäfer*, Fn. 92, S. 132.

Das Sozialrecht hat keinen Auftrag, die Gesellschaft zur Stabilität hin zu disziplinieren. Aber es ist auch falsch, der Gesellschaft die sozialrechtlichen Preise zu verschweigen, die für die Instabilität und die Unverbindlichkeit der Unterhaltsverbände zu zahlen sind – von den Betroffenen wie von der Allgemeinheit.

b) Die Problematik des Vermögens

Ein letztes Wort zur Problematik des Vermögens. Von ihr ist in der allgemeinen Diskussion kaum die Rede. Gleichwohl ist sie bedeutsam. Nur zwei Punkte können hier hervorgehoben werden.

Der erste: die Grundannahme, von der oben ausgegangen wurde, erwähnt das Vermögen nicht. Das ist weder ein Beobachtungs- noch ein Definitionsfehler. Es ergibt sich aus der Geschichte. Seit unsere Rechtsordnung internalisierend und externalisierend auf eine soziale Aufgabe hin entwickelt wurde, ging es darum, Leben durch Arbeit zu ermöglichen. In der Masse der Fälle spielt Vermögen keine wesentliche Rolle. In der "Wohlstandsrevolution" der letzten Jahrzehnte hat sich die Situation von Grund auf geändert.⁹⁵ Aber die Grundannahme unserer Sozialrechtsordnung wurde nicht – genauer: nicht von daher – in Frage gestellt, geschweige denn neu formuliert. Sie ist nach wie vor grundsätzlich vermögensneutral. Die Privatisierung der Vorteile und die Sozialisierung der Risiken wurde zum sozialen "Breitensport". Dabei werden sich die Vermögensunterschiede von Jahr zu Jahr verschärfen – je mehr die Jungen erben, was die Alten erwirtschaften konnten. Das Ärgernis ist im Vergleich der Familien besonders groß. Je weniger Kinder in einer Familie, desto mehr Vermögen kann gebildet werden; und desto mehr erben die Kinder. Je mehr Kinder in einer Familie, desto weniger Vermögen kann gebildet werden und desto kleiner sind zudem die Anteile.

Ehe und Familie sind nicht nur Unterhaltsgemeinschaften. Sie sind auch *Vorsorgegemeinschaften*. Und die Instrumente, die das vorfindliche Recht für diese Funktion bereithält, sind Vermögensrecht und Erbrecht. Muß das Sozialrecht die Vorsorgefunktion auch für die weiter übernehmen, die sich so selbst helfen können?

Der zweite Punkt: das passive Vermögen – Schulden. Sie können den Vollzug der Grundannahme elementar in Frage stellen. Zwar kennt das vorfindliche Recht hier Techniken des Schutzes wie Haftpflichtversicherung, Wucherverbot, Pfändungsgrenzen. Aber diesen Techniken sind von den Eigengesetzlichkeiten des vorfindlichen Rechts her enge Grenzen gesteckt – so enge Grenzen, daß Schulden heute zu einem der drängendsten und schwierigsten sozialen Problem überhaupt

95 S. Erich Boettcher/Dietrich Börner/Ernst Helmstädter/Karl Hinderich Schmitz/Ludwig Trippen/Lothar Zels, Vermögenspolitik im sozialen Rechtsstaat; Winfried Schmähli/Hartmut Conrad/Klaus Jacobs/Rüdiger Meierjürgen/Aloys Prinz, Soziale Sicherung 1975-1985, Verteilungswirkungen sozialpolitischer Maßnahmen in der Bundesrepublik Deutschland, 1986; Meinhard Miegel, Die verkannte Revolution (1), 1983.

geworden sind.⁹⁶ Die spezifische Betroffenheit von Unterhaltsverbänden, vor allem von Familien, bedarf wohl keiner Schilderung.

Alles in allem zeigt sich, daß das Vermögen mittlerweile das wohl brisanteste und zugleich verdrängteste soziale Problemfeld vorfindlichen Rechts geworden ist. Sozialrechtliche Lösungen sind nicht in Sicht.

c) Ehe, Familie, Sozialrecht und die wachsende interethnische, interkulturelle und interreligiöse Vielfalt der Gesellschaft

Mitten unter allen diesen Entwicklungen tickt freilich eine Zeitbombe, die heute noch allzusehr ignoriert wird: die interethnischen, interkulturellen und interreligiösen Verschiedenheiten in unserem Lande werden weiter zunehmen. Dieser Prozeß wird dazu zwingen, die Frage nach dem Bild von Ehe und Familie, das die Verfassung schützt, neu aufzuwerfen. An der Front der Einzelfälle der Sozialarbeit, des Vormundschaftswesens usw. zeigt sich die Problematik bereits.⁹⁷ Aber das Phänomen weitet sich aus.⁹⁸ Es wird von grundsätzlicher Bedeutung sein.⁹⁹ Wie aber soll das Sozialrecht – insbesondere: wie sollen die Vorsorgesysteme – auf diese grundstürzenden Veränderungen reagieren?

7. Schlußbemerkungen

Zum Schluß ist noch einmal auf die Grundproblematik des Sozialrechts für Ehe und Familie zurückzukommen. Die wichtigsten Anliegen, die hier artikuliert

96 Bodo Müller, Die überschuldete Familie im Sozialstaat, in: Familie und soziale Arbeit, Fn. 12, S. 673 ff.; Dieter Zimmermann, Schuldnerberatung – Ein neuer Schwerpunkt in der Sozialarbeit, NDV 1985, S. 166 ff.; Ulla Kohl, Schuldnerberatung – Aufgabe zwischen Rechtsberatung und Sozialarbeit –, NDV 1986, S. 354 ff.; Klaus Reis u.a., Schuldnerberatung – Eine Aufgabe für die soziale Arbeit, Materialien und Überlegungen aus der Fortbildung, 1986; Peter Ludemann, Entschuldigungshilfe – Teil eines ganzheitlichen Ansatzes sozialer Arbeit, NDV 1987, S. 316 ff.; Christa Mumme, Schuldnerberatung als Aufgabe des kommunalen allgemeinen Sozialdienstes, NDV 1987, S. 312 ff.; Wolfgang Schatzschneider, Schuldnerberatung und Schuldenregulierung – Eine Aufgabe: Sozialarbeit und Verbraucherschutz –, ZfSG/SGB 1988, S. 134 ff.

97 Vgl. Gunther Kühne, Welche rechtlichen Vorkehrungen empfehlen sich, um die Rechtsstellung von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland angemessen zu gestalten? Gutachten für den 53. Deutschen Juristentag, 1980; Helga Oberloskamp, Haager Minderjährigenschutzabkommen, 1983; Carol S. Bruch, Das interlokale und internationale Sorgerecht, in: Wolfgang Holl/Ulrich Klinke (Hg.), Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht, 1985, S. 405 ff.; Der Ausländer und seine Familie in der sozialen Arbeit, in: Familie und soziale Arbeit – Neue Aufgaben für die soziale Arbeit, Fn. 12, S. 520 ff.; Soziale Arbeit, ein Bindeglied zwischen Ausländern und Deutschen, NDV, 1988, S. 29 ff.

98 S. auch Die sozialrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. XXIV, 1983; Eberhard Eichenhofer, Die Stellung polygamer Ehen im deutschen Sozialrecht, SGB, 1986, S. 136 ff.; Erik Jayme, Internationales Familienrecht heute, in: FS Müller-Freienfels, 1986, S. 341 ff.; Eberhard Eichenhofer, Die Stellung der Ausländer im deutschen Sozialrecht, ZAR 1987, S. 108 ff.

99 Vgl. zum verfassungsrechtlichen Schutz der Zweitehefrau eines Ausländers, BVerfG JZ 1985, S. 340 ff. m. Anm. Kimminich, Ingo von Münch, Fn. 92, S. 69 ff., dort insbes. Fn. 66.

werden sollten, sind zwei. Erstens: Die Versorgerrolle ist im Sozialrecht noch nicht genügend gesehen und gewürdigt. Die Einführung des Erziehungsgeldes und der Kindererziehungszeiten haben hier Wege gezeigt, wie das Sozialrecht der Versorgerrolle gerecht werden kann. Sie müssen entschieden weiterverfolgt werden. Zweitens: Der Ausgleich der Kinderlast ist immer noch unzulänglich. Die Vorsorgesysteme können hier kaum mehr tun, als sie bereits leisten. Die Hilfs- und Förderungssysteme können noch graduell verbessert werden. Das Instrument, von dem allein eine wesentliche Verbesserung zu erwarten ist, ist jedoch das Steuerrecht. Gerade von den Einsichten des Sozialrechts her muß das Familien-Splitting gefordert werden.

Der Ärztestreik als Rechtsproblem

I. Historisches

Am 1. April 1964 stellten mehr als zehntausend *belgische* Ärzte¹ ihre Tätigkeit ein. Sie hielten keine Sprechstunden mehr ab und machten keine Hausbesuche. Hunderte von ihnen reisten ins Ausland, um der drohenden Dienstverpflichtung zu entgehen. Für Notfälle sollte ein von der *belgischen* Ärzteschaft eingerichteter Notfalldienst sorgen². Die Aktion richtete sich gegen den Gesetzgeber. Im Juni 1963 hatte das Parlament die sog. Loi Leburton verabschiedet, die das Verhältnis der Ärzte zu den Krankenkassen und Kassenpatienten grundlegend veränderte. Der Versicherungsschutz gegen das Risiko der Krankheitskosten sollte verbessert, und um dies zu ermöglichen, die ärztliche Funktion stärker gebunden werden³.

Der Streik wurde nach Vermittlung der Rektoren der belgischen Universitäten am 18. April abgebrochen. In den folgenden Verhandlungen mit der Regierung konnte die Ärzteschaft ihre Forderungen weitgehend durchsetzen.

Mehr als gelegentliche Nachrichten über Ärztestreik in anderen Ländern – etwa Österreich und Frankreich – ließen die Berichte über diese Vorkommnisse in Belgien die deutsche Öffentlichkeit aufhorchen. Doch darüber, daß sich die Ereignisse in Deutschland nicht wiederholen könnten, schien sie sich reichlich sicher. Das hiezuland verbreitete Unwerturteil gegen den Streik – dem sich die Gewerkschaften eilfertig anschließen, sobald sie nicht die Veranstalter sind – und die Einschätzung der deutschen Ärzte als *bourgeois*⁴, ständisch gebunden und ethisch determiniert, vereinigen sich zu der Vorstellung: der deutsche Arzt streikt nicht. Sie entbehrt jedoch zumindest des geschichtlichen Grundes. Gerade die *deutsche Ärzteschaft* blickt auf eine *lange Tradition* gewerkschaftsähnlichen Kampfes zu-

1 Nach Angaben der belgischen Regierung waren das über 80 v. H. der Ärzte des Landes.

2 S. – außer den Pressemeldungen der "Zeit" – z.B. "Ärztestreik" (o.V.), Deutsche Ärzteblatt 61. Jhg. (1964) S. 885 ff., "Die zweite Woche des Ärztestreiks in Belgien" (o.V.) ebd. S. 952, 955.

3 Zu Einzelheiten s. z.B. *Kersten-Jonckheere*, Belgiens Ärzte streiken gegen Kranke und Krankenversicherungs-Neuregelung, Soziale Sicherheit, 13. Jhg. (1964) S. 189 ff.; *Girardet*, Die belgische Sozialversicherung und die Ärzte, Schweizerische Ärztezeitung, 1963, S. 1087 ff. = Saarländisches Ärzteblatt, 17. Jhg. (1964) S. 151 ff.

4 Das reflektiert etwa die Überschrift "Aufstand der Intellektuellen", unter der das Handelsblatt am 21. April 1964 über den belgischen Streik berichtet.

rück⁵, in dem immer wieder auch das Mittel des Streiks eingesetzt wurde⁶. Im Zenit der Entwicklung konnte die organisierte Ärzteschaft für sich in Anspruch nehmen, die Gewerkschaften an taktischer Perfektion und Härte des Kampfes hinter sich gelassen zu haben⁷.

Der früheste ersichtliche Ärztestreik freilich lief eigenartig quer: Knappschaftsärzte versagten 1869 streikenden Bergarbeitern die ärztliche Behandlung⁸. Es war gleichsam ein Sympathiestreik zugunsten der bestreikten Unternehmer. Erst nach Einführung der sozialen Krankenversicherung fanden die Ärzte ihren typischen Kampfgegner: den Versicherungsträger⁹. Das *Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter* vom 15. Juni 1883 hatte den Krankenkassen freie Hand gelassen, wie sie ihre Pflicht, den Mitgliedern naturaliter freie ärztliche Behandlung zu gewährleisten, erfüllen wollten¹⁰. Die darin gründende Machtstellung der Krankenkassen wuchs mit der Zahl der Versicherten. Sie verführte zum Mißbrauch – gleichviel, ob die Krankenkassen Ärzte fest in Dienst oder als freiberufliche unter Vertrag nahmen. Die Abstinenz des Gesetzgebers hatte ein unerträgliches Vakuum an Ordnung hinterlassen, das nur durch Selbstorganisation und notfalls erkämpfte Einigung der Beteiligten gefüllt werden konnte. Als die beherrschende und überdauernde Organisation schufen sich die deutschen Ärzte zu diesem Zweck – nach und neben zahlreichen anderen Ansätzen – den “Verband der Ärzte Deutschlands zur Wahrung ihrer wirtschaftlichen Interessen”, nach seinem Sitz kurz “Leipziger Verband” und später nach seinem Gründer “Hartmannbund” genannt.

Als die Reichsversicherungsordnung (RVO) von 1911 die Hoffnung auf eine bessere Ordnung der kassenärztlichen Versorgung enttäuschte¹¹, machte ein Beschluß des Ärztetages vom 26. Oktober 1913 es jedem Arzt und jeder Ärztevertretung zur “heiligen Pflicht, von jetzt ab mit keiner Krankenkasse einen Vertrag abzuschließen und die kassenärztliche Versorgung aller früheren wie auch der neu hinzutretenden Versicherten unbedingt abzulehnen”¹². Für den 1. Januar 1914 – dem Zeitpunkt, zu dem die Neuregelung der Krankenversicherung durch das Zweite Buch der

5 Zu den Anfängen s. etwa *Maschke*, Boykott, Sperre und Aussperrung, 1911, S. 171 ff., 267 ff.; *Puppe*, Die Bestrebungen der deutschen Ärzte zu gemeinsamer Wahrung ihrer wirtschaftlichen Interessen, Diss. Münster, 1911; *Plaut*, Der Gewerkschaftskampf der deutschen Ärzte, 1913; s. ferner z.B. “Ärztestreik” a.a.O. Besonders vermerkt sei die schon durch ihren Titel informative Schrift von *Jonas* “Ärztestreik ein Zeichen der Zeit” (1907).

6 S. insbes. *Puppe* a.a.O. S. 100 ff.; *Plaut* a.a.O. S. 139 ff., 168 ff.

7 *Puppe* a.a.O. S. 89, 103 und passim. – Der Sachverhalt verdiente mehr soziologische Aufmerksamkeit, als ihm hier zugewendet werden kann. Daß die deutsche Entwicklung nicht singulär ist, zeigt etwa der Zeugnissen über das Deutschland der Jahrhundertwende fast wörtlich entsprechende, jedoch für die Vereinigten Staaten in der Mitte des 20. Jahrhunderts gemeinte Satz bei *Friedmann*, Capitalism and Freedom, 1962, p. 150: “The American Medical Association is perhaps the strongest trade union in the United States”. S. diesen auch sonst zu den ökonomischen und sozialen Hintergründen ärztlicher Berufspolitik (o.c.pp. 149 e.s.).

8 S. *Plaut* a.a.O. S. 141.

9 S. *Plaut* a.a.O. S. 141 ff.; s.a. *Puppe* a.a.O. S. 100 ff. u. passim.

10 S. hierzu und zum Folgenden z.B. *Hess-Venter*, Das Gesetz über das Kassenarztrecht, 1955, S. 19 ff.; *Schindera*, Das Recht des Kassenarztes im System der sozialen Krankenversicherung unter besonderer Berücksichtigung des Honorarwesens, Diss. Freiburg, 1963, insbes. S. 9 ff.

11 Zur Entwicklung s. *Plaut* a.a.O. S. 192 ff.

12 Zitiert nach *Aye*, Das Gesetz über das Kassenarztrecht, 1955, S. 18.

RVO in Kraft treten sollte – wurde der Generalstreik der Ärzte vorbereitet¹³. Um die Gefahr abzuwenden, wurde unter Vermittlung des Reichsamts des Innern am 23. Dezember 1913 von Krankenkassen und Ärzten das sog. Berliner Abkommen¹⁴ geschlossen, das mit der Vormacht der Krankenkassen brach und eine Ära paritätischer Ordnung der kassenärztlichen Versorgung durch Kassen und Ärzte einleitete.

Zu einem Generalstreik der deutschen Ärzte kam es dann vom 25. Mai bis zum 1. Juni 1920. Er führte zu einer vertraglichen Neuordnung des Arzt- und des Vertragssystems und der Vergütungen¹⁵. Als Ende 1923 das Berliner Abkommen seiner ursprünglichen Befristung gemäß auslief, traten vielerorts die Ärzte neuerdings in den Streik, da sie mit den durch Verordnung der Regierung getroffenen Ersatzregelungen nicht zufrieden waren¹⁶. Mit dieser Aktion ging die Zahl der großen Ärztestreiks und vor allem Streikdrohungen in Deutschland zu Ende¹⁷.

Am 6. Oktober 1951 empfahl der 54. Deutsche Ärztetag den Landesorganisationen, einen 24stündigen Proteststreik “gegen die unsoziale Ausbeutung der ärztlichen Arbeitskraft” zur Urabstimmung zu stellen. Die Ärzteschaft sollte dadurch dokumentieren, “daß ihre Existenz im Interesse der gesamten Volksgesundheit durch eine unaufschiebbare und umfassende Reform des Sozialversicherungswesens garantiert werden muß”. Der Streik wende sich an Staat und Sozialversicherungsträger, die für den untragbaren Zustand verantwortlich seien¹⁸. Der Streik fand jedoch nicht statt, soweit ersichtlich, auch keine Urabstimmung.

In Berlin trat 1952 der sog. vertragslose Zustand ein¹⁹. Die Vereinigung der Sozialversicherungsärzte (d.i. die Kassenärztliche Vereinigung für Berlin) erließ, um die notwendige ambulante Versorgung der Kassenpatienten sicherzustellen, “10 Gebote für den vertragslosen Zustand”. Danach nahmen die Kassenärzte keine Versicherungsscheine mehr an, behandelten die Patienten aber gegen Abtretung ihres Anspruchs gegen die Versicherungsanstalt. Der Versuch der Versicherungsanstalt, den Streikdruck durch eigene Ambulatorien mit angestellten Ärzten abzufangen, wurde ebenso gerichtlich verworfen²⁰ wie die Anordnung der Fortdauer des alten Vertragszustandes durch den Senat²¹.

13 So jedenfalls *Hadrich*, Die Arztfrage in der deutschen Sozialversicherung, 1955, S. 14; *Schindera* a.a.O. s. 19. S. auch *Maschke* a.a.O. S. 268 – Hinweise auf diese Vorgänge finden sich in fast allen Darstellungen des Kassenarztrechts. In den Einzelheiten gehen sie trotz ihrer Kürze auseinander. Genauere historische Aufklärung erschien im gegebenen Zusammenhang jedoch nicht nötig.

14 Abgedruckt im Amtsblatt des preußischen Ministeriums für Handel und Gewerbe 1914, S. 85.

15 S. *Aye* a.a.O. S. 22 ff.

16 *Aye* a.a.O. S. 23 ff. (unter Wiedergabe eines erschütternden Dokuments über die Entartung des Kampfes); *Jantz-Prange*, Das gesamte Kassenarztrecht, 1955 ff., Teil B S. 7 f.

17 Zur weiteren Entwicklung des Kassenarztrechts s. z.B. *Schindera* a.a.O. S. 22 ff., 31 ff. u. s. Nachw.

18 *Soenning*, Treten die Ärzte in den Streik? Ärztliche Mitteilungen Jhg. 36 (1951) S. 406 f.; Bericht über den 54. Deutschen Ärztetag, ebd., S. 407 ff. (410).

19 S. *Kwiet*, Freiheitskampf der Ärzte – Berlin 1952, Saarländisches Ärzteblatt, 5. Jhg. (1952) S. 161 ff., 199 ff., 243 ff.

20 S. *Kwiet* a.a.O. S. 163 f.

21 OVG Berlin, Urt. v. 26. September 1952 – OVG II B 193.52 – Saarländisches Ärzteblatt, 5. Jhg. (1952) S. 245 ff. Die Entscheidung stützt sich in erster Linie zwar auf die Unzuständigkeit des Senats. Darüber hinaus aber enthält sie bemerkenswerte Ausführungen in der Sache: “Indem das Gesetz die Regelung der Beziehungen zwischen der Ärzteschaft und dem Träger der Krankenversicherung durch Vertrag der beiden Körperschaften vorsieht, also von der Zustimmung beider Teile abhängig macht und daher auch die Möglichkeit eines ver-

Die saarländischen Ärzte hatten Ende 1947 die bestehenden kassenärztlichen Vereinbarungen²² für Ende 1948 gekündigt. Als sich eine vertragliche Neuordnung hinzog, erklärten sich die Ärzte bereit, die alten Verträge noch bis Ende September 1949 anzuwenden. In der zweiten Hälfte des Jahres 1949 spitzten sich die Auseinandersetzungen zu. Der Minister für Arbeit und Wohlfahrt mischte sich massiv ein²³. Auf Seiten der Ärzte wurde mehr als die Kassenärztliche Vereinigung das Saarländische Ärztesyndikat aktiv, das in die Tradition des Hartmannbundes eingetreten war²⁴. Im Verlauf der Auseinandersetzung forderte das Saarländische Ärztesyndikat die Kassenärzte auf, sich zu verpflichten, auf Signal des Syndikats jede Tätigkeit für die Sozialversicherungsträger einzustellen, andernfalls eine Konventionalstrafe zu zahlen. Die Mehrzahl der Ärzte verpflichtete sich. Die vom Ärztesyndikat ausgegebenen "Richtlinien für das Verhalten der Ärzte im vertragslosen Zustand"²⁵ gingen jedoch von einer umfassenden und unbedingten Behandlungspflicht der Ärzte aus. Lediglich die Abrechnung über die Krankenkasse sollte verweigert und stattdessen der Patient auf die Erstattungsmöglichkeit und die Erhöhung des Krankengeldes nach § 370 Abs. 1 RVO (damaliger Fassung) hingewiesen werden²⁶. Die Beteiligten

tragslosen Zustandes bewußt in Kauf nimmt, gibt es beiden Teilen auch die Befugnis, im Rahmen der Gesetze um die von ihnen erstrebten Ziele zu kämpfen. Der (schlichtende) Ausschuß oder die Aufsichtsbehörde bleiben darauf beschränkt, während dieser Kampfzeit die erforderlichen Maßnahmen zur Sicherung der ärztlichen Versorgung der Versicherten zu treffen. Sie dürfen dies aber nicht dazu benutzen, dem einen der kämpfenden Teile während der ganzen Kampfzeit die Hände zu binden und ihn damit allein der freien Entscheidung des Gegners auszuliefern".

- 22 Zur Fortgeltung der alten Vereinbarungen s. die Versorgung über die vorläufige Regelung der Ausübung der Heilkunde im Saargebiet vom 30. Oktober 1945, ABl. S. 46.
- 23 Die Vorgänge sind von bleibendem Interesse: Schreiben des Ministers für Arbeit und Wohlfahrt an die Kassenärzte des Saarlandes vom 28. November 1949, Saarländisches Ärzteblatt, 2. Jhg. (1949) S. 366 ff. S. dazu *Albrecht*, Der Kampf ums Recht, ebd. S. 378 ff.; *ders.*, Was würden die Gewerkschaften dazu sagen? ebd. S. 393 ff.; *Müller*, Die Rechtsnatur des kassenärztlichen Dienstes, ebd. S. 385 ff.
- 24 S. auch dazu die vorgenannten Hinweise.
- 25 Saarländisches Ärzteblatt, 2. Jhg. (1949) S. 398 ff.
- 26 "8. Lehnt der Patient die Übernahme der Behandlungskosten grundsätzlich ab, so gilt folgendes:
- a) Der Patient ist über die Rechtslage unter Hinweis auf § 370 RVO aufzuklären; es ist ihm zu eröffnen, daß der Arzt bzw. die KVS sich vorbehalten, ihren Honoraranspruch geltend zu machen.
 - b) Die Untersuchung und Behandlung sind auf jeden Fall gewissenhaft vorzunehmen. Die KVS behält sich vor, für die Behandlung dieser Fälle weiter Weisungen zu erteilen. Bis dahin darf von keinem Kassenarzt eine von einem Kassenpatienten geforderte Untersuchung oder Behandlung abgelehnt werden.
 - c) ...
 - d) Erst wenn die entsprechende Weisung an die Ärzte ergeht, ist bei Verweigerung der Bezahlung der Patient zunächst genau zu untersuchen. Der Arzt hat auf Grund des Ergebnisses der Untersuchung zu prüfen, ob eine Behandlung ohne Gefährdung des Lebens oder edler Organe und ohne Heraufbeschwörung der Gefahr eines bleibenden Schadens für die Gesundheit des Patienten unterbleiben kann. Kommt er zu dem Ergebnis, daß eine solche Gefahr nicht besteht, so ist die Behandlung von der Bezahlung abhängig zu machen. Besteht jedoch eine solche Gefahr, so ist die Behandlung ohne Rücksichtnahme auf die Kostenregelung vorzunehmen und nach den Vorschriften a) bis c) zu verfahren. Der Arzt hat auf jeden Fall so vorzugehen, daß der Kranke keinen Schaden für seine Gesundheit erleide. Es darf nicht der Vorwurf erhoben werden, daß im vertragslosen Zustand die Gesundheit der Bevölkerung gefährdet ist."

einigten sich jedoch schließlich, ehe die Richtlinien zur Anwendung gebracht wurden.

Zu einer Protestaktion der *Saarbrücker* Ärzte kam es 1963. Der Kassenarztvertrag war bereits zum 30. Juni 1963 gekündigt worden, als die Gesamtvergütung für das erste Quartal 1963 die Ärzte schwer enttäuschte. Der Kreisverband Saarbrücken-Stadt des Berufsverbandes der praktischen Ärzte – eine Gliederung des Saarländischen Ärztesyndikats – rief daher zu einer Protestaktion für den 29. Juli 1963 auf: An diesem Tag sollten die Ärzte nicht praktizieren; für dringende Fälle sollte der an Sonn- und Feiertagen übliche Notfalldienst eingerichtet werden. Die Mehrzahl der praktischen Ärzte und Kinderärzte Saarbrückens nahmen teil. Einer Anregung des Ministers für Arbeit und Wohlfahrt, diese Ärzte zu disziplinieren, kam die Kassenärztliche Vereinigung nicht nach. Das Saarländische Ärztesyndikat drohte am 16. August 1963 eine weitere Protestaktion auf Landesebene an, zu der es jedoch nicht kam²⁷.

Das alles zeigt, daß der Ärztestreik in Deutschland nicht etwa aus irgendwelchen Gründen a priori ausgeschlossen ist. Schon gar nicht würde er der Tradition der deutschen Ärzteschaft widersprechen. Woran es gelegen hat, daß umfassende und schmerzliche Aktionen seit 1924 so gut wie ganz unterblieben sind, kann hier nicht im einzelnen dargestellt werden. Jedenfalls scheint es, daß sich die organisierte Ärzteschaft dieser Waffe mehr oder weniger bewußt geblieben ist. Sie kann sich ihrer im Streit um das ärztliche und zahnärztliche Gebührenrecht erinnern, in dem der Erlaß der Gebührenordnungen für Ärzte und Zahnärzte vom 18. März 1965²⁸ nur eine Runde abschloß²⁹. Sie wird sich ihrer wieder erinnern, wenn die Krankenkassenversicherungsreform den ärztlichen Vorstellungen zuwiderlaufen sollte. Ganz zu schweigen von den Entwicklungen ärztlicher Standespolitik, die mit einem allgemeinen Rückgang der wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen verbunden sein könnten! Alles in allem scheint deshalb der Versuch angebracht, dem im deutschen Recht – soweit zu sehen – seit den einschlägigen Passagen in *Maschkes* 1911 erschienener Schrift über “Boycott, Sperre und Aussperrung”³⁰ nicht mehr grundsätzlich erörterten Rechtsproblem des Ärztestreiks einige Konturen abzugewinnen. Dabei ist – das muß vorweg betont werden – vom Interesse der Ärzte, sich des Streiks zu bedienen, um ihre kollektiven Anliegen wirksam durchzusetzen, nicht weniger auszugehen als von den Gefahren, die so offenkundig damit verbunden sind.

27 S. dazu zusammenfassend *Albrecht*, Tätigkeits- und Rechenschaftsbericht des Saarländischen Ärztesyndikats für das Jahr 1963, Saarländisches Ärzteblatt, 17. Jhg. (1964) S. 5 ff. (15 ff.); s. a. *Schneider*, Ärzte streiken nie, Saarländisches Ärzteblatt 16. Jhg. (1963) S. 377 ff.

28 BGBl. I S. 89, 123.

29 S. dazu z.B. *Wichmann*, Zur Neuordnung des ärztlichen und zahnärztlichen Gebührenrechts, NJW 18. Jhg. (1965) S. 1064 ff.; *Liebold*, Halbzeit im Ärzte-Gebührenstreit, Soziale Sicherung XIV. Jhg. (1965) S. 104 ff.

30 S. o. Fn. 5.

II. Zum Spezifischen des Phänomens des Ärztestreiks

1. "Streik" und freier Beruf des Arztes

"Ärztestreik" schlechthin ist "Streik" nur im übertragenen Sinn³¹. "Streik" im üblichen Wortsinn – zumindest der deutschen Rechtsprache –³² "ist die gemeinsame und planmäßig durchgeführte Arbeitseinstellung einer größeren Anzahl Arbeitnehmer innerhalb eines Betriebes zu einem Kampfzweck mit dem Willen, die Arbeit nach Erreichung des Kampfzieles oder Beendigung des Arbeitskampfes fortzusetzen" (*Nipperdey*)³³. Der Arzt ist jedoch nicht schlechthin Arbeitnehmer. Im Gegenteil! Der *Arzt ist typisch freier Beruf*³⁴. Zwar verbindet den freiberuflichen Arzt mit dem Arbeitnehmer, daß auch er seine Arbeitskraft, seine unmittelbare persönliche Leistung hingibt –³⁵ rechtlich darin reflektiert, daß er zum Patienten in einen Dienstvertrag tritt³⁶.

Diese Gemeinsamkeit mag über alle sonstigen Parallelität hinaus dazu beigetragen haben, daß der Name "Streik" für die organisierte Einstellung oder Beschränkung ärztlicher Leistungen so gerne gebraucht wird³⁷. Aber daneben bleibt die Eigenart, mit welcher der freiberufliche Arzt seine Leistung erbringt: Pluralität und Fluktuation der Partner, daraus und aus der gesteigerten Sachkompetenz fließende Autonomie, Distanz zu den gleich Interessierten u.a.m. Sie prägt auch das eigentümliche Bild des Ärztestreiks.

31 Vgl. *Nell-Breuning*, Art. "Streik", Staatslexikon, 5. Aufl. Bd. V 1932, S. 191 ff. (191, 193); Grundsätzlich für die Gleichstellung von "Streik" und "Ärztestreik" dagegen *Plaut* a.a.O. S. 139 f., 221 ff. S. zum Problem auch *Schneider*, Ärzte streiken nie, a.a.O.; *Bittner*, Aufgaben und rechtliche Stellung der kassenärztlichen Vereinigungen, Saarländisches Ärzteblatt, 17. Jhg. (1964) S. 211 ff. (215 f.).

32 Einen besonders weiten Streikbegriff s. dagegen etwa bei *Wallraff*, Art. "Streik" im: Staatslexikon, 6. Aufl. Bd. VII 1962, Sp. 798 ff. (Sp. 798). – Zu ausdehnenden Tendenzen des allgemeinen Sprachgebrauchs s. a. *Domack*, Das Streikrecht und die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Eingriffen und Beschränkungen, Diss. Köln 1961, S. 22 f. m.w. Hinw.

33 Zum Begriff des Streiks (und dem Streit um ihn) s. etwa *Rüthers*, Streik und Verfassung, 1960, S. 10 ff.; *Brox-Rüthers*, Arbeitskampf und Verfassung, 1965, S. 23 ff., 29 ff., je m.w. Nachw.

34 Ein nur unvollkommener Beleg dafür – wenn es seiner bedürfte – wäre § 1 Abs. 2 der Bundesärzteordnung vom 2. Oktober 1961 (BGBl. I S. 1857): "Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe; er ist seiner Natur nach freier Beruf". Zum zweifelhaften Sinn dieser Vorschrift, welche die Figur des angestellten und beamteten Arztes sicher nicht ausschließen soll, s. z.B. *Etmer-Bolck*, Bundesärzteordnung, 1962 ff., § 1 Anm. 4; *Daniels-Bulling*, Bundesärzteordnung, 1963, § 1 Anm. II Nr. 2.

35 Zu diesem Wesenselement des freien Berufs s. *Rittner*, Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, 1962, S. 18 ff., insbes. S. 20 f.

36 S. z.B. *Staudinger-Nipperdey-Mohnen*, BGB, 11. Aufl. 1958, vor § 611 Rdnr. 185; *Soergel-Wlotzke-Volze*, BGB, 9. Aufl. 1962, § 611 Rdnr. 48. Zum Gegensatz zwischen diesem Dienstvertrag und einem *Arbeitsvertrag* freilich s. *Staudinger-Nipperdey-Mohnen* a.a.O. Rdnr. 30.

37 S. *Plaut* a.a.O. S. 233. – Sie wird besonders deutlich, wenn andere Erscheinungen wie etwa der "Käuferstreik" in Vergleich gezogen werden, bei denen nicht mehr primär persönliche Leistungen verweigert werden. S. zur Erscheinung des Käuferstreiks etwa *Reuss*, Der sogenannte "Käuferstreik", Archiv für die civilistische Praxis 156. Bd. (1957) S. 89 ff.

Das wird etwa an der Differenz der Schärfe deutlich, mit der die Grenze zum Streik hier und dort gezogen werden kann³⁸. Der Arbeitnehmer ist regelmäßig an Arbeitszeiten und Präsenzpfllichten gebunden und zumeist auch präzisen Arbeitsanweisungen unterworfen. Dieses Soll läßt jede kollektive Mindererfüllung augenfällig werden. Das Ermessen des freiberuflichen Arztes hingegen, wenn er sich welchem Patienten in welchem Maße und auf welche Weise zuwendet, läßt Funktionserfüllung und -verweigerung ineinander übergehen.

Streiken Arbeitnehmer, so trifft der Streik zunächst einmal den Arbeitgeber oder die – im Vergleich zu den Streikenden – der Kopfzahl nach immer kleinere Gruppe der Arbeitgeber, zu dem oder zu denen die Arbeitnehmer zumeist in einem mehr oder weniger langfristigen Beschäftigungsverhältnis stehen. Von ihren Arbeitgebern sind sie in erster Linie abhängig. Und der Streik ist das äußerste Mittel, diese Abhängigkeit zu kompensieren. Der zentrale – und unbestritten prinzipiell rechtmäßige – Typ des Arbeitnehmerstreiks ist daher der “arbeitsrechtliche”, der zweckhaft auf ein Zugeständnis der Arbeitgeberseite hinausläuft. *Wie anders dagegen ist die Situation im Ärztestreik!* Er trifft zunächst die Patienten. Er trifft sie in einem ganz anderen Interessenkreis als der Arbeitnehmerstreik die Arbeitgeber. Ihre Zahl ist immer größer als die der Ärzte. Ein dauerndes Behandlungsverhältnis ist nur für einen Teil der Fälle zu unterstellen. Die Gruppe der Patienten ist so nicht nur groß, sondern wechselt in ihrer Zusammensetzung – allgemein ebenso wie hinsichtlich des einzelnen Arztes. Potentieller Patient ist jedermann. Interessengegner des Arztes ist daher letztlich die Allgemeinheit, die Gesellschaft und deren Organisation: der Staat. Die Totalität der – effektiven und potentiellen – Patienten ist anders nicht organisiert und kann auch nicht wesentlich anders organisiert werden. Von aller staatlichen Bindung des ärztlichen Berufs beweist dies nichts mehr als die Existenz einer staatlichen Gebührenordnung für die ärztlichen Entgelte³⁹. Ob sich außerhalb der staatlichen Initiative und Verantwortung Gruppen von Patienten hätten bilden können, die durch Streik zu einem kollektiven Zugeständnis zu zwingen für die Ärzte möglich und lohnend gewesen wäre, ist eine durch die geschichtliche Entwicklung längst überholte Frage. Die bestehende Repräsentation der Patientenseite durch die Sozialversicherungsträger jedenfalls ist nicht nur vom Staat geschaffen, gestaltet und kontrolliert. Sie ist auch nach ihrer Struktur und der Summe ihrer Funktionen mehr und anderes als eine Interes-

38 S. dazu z.B. *Bittner* a.a.O. S. 216.

39 Nicht organisiert sind die Patienten – wie alle “Verbraucher” – als eine Summe von Nachfragern auf das Regulativ des Marktes angewiesen. Zur Leistungsfähigkeit dieser Alternative s. z.B. *Bosch*, *Patient/Arzt/Kasse*, 1954, S. 21 ff.; *Kessel*, *Price Discrimination in Medicine*. *The Journal of Law and Economics*, Vol. I (1958) pp. 20 e.s.; *Friedmann* o.c. pp. 149 e.s. Die beiden letzteren Hinweise verdanke ich Frau Prof. Dr. *Liefmann-Keil*, die sich in ihrem Aufsatz “Über die volkswirtschaftliche Bedeutung der ärztlichen Tätigkeit” (*Bundesgesundheitsblatt* 1964, S. 177 ff.) mit verwandten Fragen befaßt hat. S. zu dem Problem des Arztes im Wettbewerb auch *Benkendorff*, *Freie Berufe und Kartellgesetz*, *Wirtschaft und Wettbewerb* 6. Jhg. (1952) S. 20 ff.

senorganisation der Patienten: ein komplexes Medium staatlicher Sozialpolitik und genossenschaftlicher Selbsthilfe⁴⁰.

Der Patient also ist zwar immer von einem Ärztestreik mehr oder minder betroffen. Aber er ist es nicht, auf dessen Willen der Streik hinauslaufen soll und kann⁴¹. Der Ärztestreik wendet sich vielmehr an den Willen öffentlicher, politischer, staatlicher Subjekte – an die Sozialleistungsträger, den Verordnungsgeber, letztlich den Gesetzgeber. Da deren Funktion von der Rechtsordnung weiterhin als unabhängig und einseitig gedacht sind, scheidet zudem mitunter die vertragliche Sicherung der begehrten Zugeständnisse von vornherein aus. *Der Ärztestreik ist also – im Gegensatz zum Arbeitnehmerstreik – typisch "politischer Streik"*⁴².

Aber nicht nur die Figur des Arbeitgebers (und der Gruppe der Arbeitgeber) fehlt beim Streik des freiberuflichen Arztes. Auch die Figur des Nebenmannes am Arbeitsplatz, des arbeitswilligen Arbeitskollegen des Streikenden, der seine Arbeitskraft wegen des Streiks der anderen nicht mehr verwerten kann, fällt aus.

2. Der Streik der Arbeitnehmerärzte – durchgehende Strukturen

Der Arbeitnehmer-Arzt hat seinen arbeitsrechtlichen Streikgegner und sein arbeitsrechtliches Streikinteresse wie jeder andere Arbeitnehmer. Sein Streik kann auch – wengleich die Verhältnisse hierzu zumeist anders liegen werden als in industriellen Betrieben – streikunwillige Mitarbeiter treffen. Gleichwohl teilt der Streik des Arbeitnehmer-Arztes mit dem Streik des freiberuflichen Arztes *Gemeinsamkeiten*, die es ebenso erlauben, vom *Ärzttestreik* als einer *übergreifenden Kategorie* zu sprechen, wie der Arzt selbst sie gegenüber den Ausprägungen des freiberuflichen und des angestellten (oder beamteten) Arztes ist⁴³.

Da ist zunächst die Not derer, die auf ärztliche Hilfe angewiesen sind, die Bedrohung der Allgemeinheit durch den Ausfall an ärztlichen Funktionen und der darin liegende Angriff auf die individuellen Rechtsgüter des Lebens, der Gesundheit und der körperlichen Integrität und der sie sammelnden und schützenden kollektiven Rechtsgüter der "Volksgesundheit" und der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Öffentliche Meinung und Rechtsbewußtsein reagieren deshalb auf den Streik des – abhängigen wie des selbständigen – Arztes besonders empfindlich. Aber das Ethos des Arztes selbst drängt ihn, seine Leistung nicht zu versagen⁴⁴.

40 Wenn die Ärzte oft betonen, sie stünden mit den Patienten gegen die Krankenkassen – und nicht gegen die in den Krankenkassen organisierten Patienten –, so ist das deshalb nicht so falsch und demagogisch, wie es sich beim ersten Hinhören ausnehmen mag. S. aber den extremen Standpunkt bei *Plaut*, a.a.O. S. 148 f.

41 S. a. *Maschke* a.a.O. S. 186.

42 S. dazu z.B. *Kaiser*, *Der politische Streik*, 2. Aufl. 1959, insbes. S. 21 ff.; *Rüthers*, *Streik und Verfassung*, 1960, S. 79 ff.

43 S. dazu z.B. OVG Lüneburg, OVG 15, 354 (356 ff.) m. eingehenden Hinweisen.

44 S. zu Vorstehendem z.B. den bei *Plaut* (a.a.O. S. 168) zitierten Ausspruch des Reichskanzlers *Bethmann-Hollweg*: "Die Boykottierung eines Kranken oder eines Sterbenden – und darauf kann die Sache hinauskommen – ist ein Rückfall in unsoziale Zustände wie er schlimmer nicht gedacht werden kann, und ich glaube, das annehmen zu dürfen, ein großer Teil der deutschen Ärzte ist damit in keiner Weise einverstanden".

Da ist aber auch die individuelle Verantwortlichkeit des Arztes für das Geschick dessen, dem er seine Hilfe gewährt oder der seine Hilfe sucht, zu nennen⁴⁵. Für den freiberuflichen Arzt ist sie evident. Daß sie aber auch durch das Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmer-Arztes nicht vollends aufgehoben werden kann, läßt ihre elementare Natur offenbar werden. Sie hat viele Gründe. Zu den wichtigsten zählt der Rang der Werte, die in die Hand des Arztes gelegt sind. *Er verlangt maximale Anspannung der ärztlichen Verantwortung und gebietet Vorsicht, sie durch Weisungszusammenhänge zu lähmen.* Zu den vermutlichen Gründen gehört ferner der persönliche Charakter der ärztlichen Tätigkeit. Sie ist weit davon entfernt, bloßer Vollzug medizinischer Regeln zu sein. *Sie ist Kunst – auf individuelle Fertigkeit, Intuition, Reaktion und Entschlußkraft angewiesen.* Auch von daher widersetzt sie sich der Absorption der individuellen Funktion durch Abhängigkeiten. Schließlich entsprechen sich so im Wesen des ärztlichen Berufs ein nicht aufzuhebendes Mindestmaß an Freiheit – an sachlicher Unabhängigkeit, entfernt mit der des Richters verwandt⁴⁶ – und ein ebenso unaufhebbares Mindestmaß an persönlicher Verantwortung, das keiner dienstrechtlichen Bindung, aber auch keiner kollektiven Organisation und Willensbildung weicht⁴⁷. *Dieser Verantwortung kann sich der einzelne Arzt ebensowenig zu Lasten eines streikenden Kollektivs entledigen, wie ein streikendes Kollektiv ihn davon befreien kann.*

III. Die rechtliche Ordnung des Ärztestreiks

1. Der Arbeitnehmerstreik als Modell

Die Suche nach speziellen, vorgefertigten – legislativen, judikativen oder literarischen – Lösungen des Rechtsproblems des Ärztestreiks erbringt nichts Wesentliches. Nicht einmal das Kassenarztrecht zielt direkt darauf ab⁴⁸. Somit liegt es nahe, mit Problemsicht und -lösung an der bei aller möglichen Verschiedenheit nächstverwandten Erscheinung anzusetzen, beim Arbeitnehmerstreik. *Dessen rechtliche Ordnung befindet sich in einem merkwürdig widersprüchlichen Zustand von Tradition und intensiver Ausprägung einerseits und weitreichender Unsicherheit, Labilität und Divergenz andererseits*⁴⁹. So ist sie alles andere als eindeutig und endgültig, erschließt aber gerade die Problematik.

Entwicklung und gegenwärtige Ausbildung der rechtlichen Ordnung des Streiks weisen auf das Gespinnst der Bezüge hin, in denen der Streik gesehen werden muß. Es zwingt, zu differenzieren. Den unbegrenzt zulässigen Streik gibt es nicht. Und

45 S. dazu auch *Küchenhoff*, Art. "Arztrecht" in: Staatslexikon, 6. Aufl. Bd. I 1957, Sp. 603.

46 In diesem Sinne ist der Arztberuf auch des angestellten Arztes ein "freier Beruf" (im untechnischen Sinn). S.o. Fn. 34.

47 S. a. *Maschke* a.a.O. s. 277.

48 S. dazu § 56 a des Krankenversicherungsgesetzes i.d. Fassung des Änderungsgesetzes vom 10. April 1892 (RGBl. S. 379); später §§ 370 ff. RVO in mehrfach geänderter Fassung. Zur heutigen Rechtslage s. unten 4.

49 S. hierzu und zum Folgenden statt aller anderen die jüngsten zusammenfassenden Darstellungen: *Siebrecht*, Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl. 1964; *Brox-Rüthers*, Arbeitskampfrecht, 1965.

ebensowenig muß irgendein Rechtsverstoß den Streik total rechtswidrig werden lassen. Der Streik trifft auf die verschiedensten Interessensphären und -egner: auf den Arbeitgeber; auf das Kollektiv, in dem dieser steht; auf das Kollektiv, in dem der – vielleicht "wild" – Streikende steht; auf die Abnehmer des Bestreikten, deren Leistungserwartung enttäuscht wird; auf deren Kollektiv – letztlich die Allgemeinheit, gerade wenn sog. Versorgungsleistungen ausfallen; auf den Außenseiter-Arbeitnehmer, der nicht arbeiten kann oder gar angegriffen wird; auf die Gesellschaft, deren Ruhe und Sicherheit oder gar deren staatliche Ordnung bedroht wird. Hier überall können sich Konflikte ergeben und müssen Interessen und Werte gegeneinander abgewogen werden. Doch damit nicht genug. Die Ordnungen, in denen diese Konflikte entschieden oder zu entscheiden sind, sind teils wegen der Passivität des Gesetzgebers, teils unabhängig davon aus Wesenszusammenhängen meist unspezifisch. Im Arbeitsvertragsrecht, im Betriebsverfassungsrecht, im Tarifvertragsrecht, im Binnenrecht der Arbeitnehmerorganisation, im Ständerecht des Streikenden, im Deliktsrecht, im Strafrecht, im Polizeirecht und im Verfassungsrecht finden sich teils gleiche, teils je andere Interessen und Werte berücksichtigt, andere Rechtsformen benutzt und andere Sanktionen ausgesprochen, ohne daß Überschneidungen und Kumulationen ausgeschlossen wären. So stellt sich das Streikrecht als eine verwirrende Kombinatorik von Wert-, Interessen- und Rechtszusammenhänge dar.

Durch dieses Dickicht hat sich ein Typ des Streiks Bahn gebrochen, dessen komplexe Rechtmäßigkeit als *Sozialadäquanz*⁵⁰ bezeichnet zu werden pflegt. Er ist das äußerste Mittel (ultima ratio), um Forderungen an die Arbeitgeberseite, die zu erfüllen potentiell in ihrer Macht steht, durchzusetzen. Sein Ziel ist eine mit dem sozialen Gegenspieler neu zu vereinbarende Ordnung. So setzt er auch auf der Arbeitnehmerseite Organisationen voraus, die fähig und bereit sind, diese neue Ordnung zu vereinbaren und zu gewährleisten – m.a.W. Gewerkschaften. Als Mittel zum Zweck dieser neuen Ordnung wäre er sinnlos, wenn er den Gegner vernichten statt erhalten wollte. Kampfunteteiligte muß er schonen. Vor allem darf er die Existenz der größeren staatlichen Gemeinschaft und deren demokratische und rechtsstaatliche Ordnung nicht gefährden, ohne die weder die Freiheit des Streiks noch die freiheitlich-autonome tarifvertragliche Ordnung arbeitsrechtlicher Beziehungen gewährleistet, ja auch nur möglich ist.

Der in diesem Sinne sozialadäquate Streik⁵¹ hat hinter sich nicht nur das allgemeine Verfassungsbekanntnis zur Möglichkeit kollektiver Meinungsäußerung (s.a. Art. 5 GG) und Interessenwahrung (Art. 8, 9 GG). Er hat hinter sich vor allem die spezifische Verfassungsentscheidung für die organisierte Wahrung der

50 S. die Zwischenbilanz zur Lehre der Sozialadäquanz bei *Bulla*, Das Prinzip der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht, *Recht der Arbeit*, 15. Jhg. (1962) S. 6 ff.; neuestens s. die zusammenfassende Darstellung von *Galperin*, Sozialadäquanz und Arbeitskampfordnung, in: *Festschrift für Nipperdey*, 1965, Bd. II, S. 197 ff.; alle weiteren Nachweise s. dort.

51 Dabei soll nicht unterschlagen werden, daß im einzelnen viel – und zu Recht – umstritten ist. Die Auseinandersetzung mit den verschiedenen Meinungen ist hier jedoch nicht möglich. Es geht hier nur darum, den Typ des sozialadäquaten Streiks in seinem Kern aufzuzeigen. Zu den Einzelheiten s. außer den hier immer grundsätzlich statt aller anderen zitierten Darlegungen von *Siebrecht* a.a.O. (S. 34 ff. u. passim) und *Brox-Rüthers* (a.a.O. S. 122 ff. u. passim) aus neuer Zeit z.B. *Galperin* (a.a.O.) und deren Nachweise.

Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (Art. 9 Abs. 3 GG), die einen verfassungsrechtlich geschützten Kernbereich auch in der Richtung enthält, "daß ein Tarifvertragssystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts staatlicherseits überhaupt bereitzustellen ist"⁵². Sie impliziert – alternativ zum staatlichen Eingreifen – als Entscheidungsvehikel für den Fall der Uneinigkeit den Arbeitskampf. So *korrespondiert* die traditionsreiche und heute weit verbreitete Überzeugung von der rechtlichen und sozialen Richtigkeit – eben der Sozialadäquanz – eines Streikrechts *mit der Verfassung*.

Der Rechtsraum, der dem sozialadäquaten Streik zugewiesen ist (und werden muß), ergibt sich einerseits aus der *Zurückhaltung*, die ihm *aufgelegt* ist: der Arbeitgeberseite gegenüber z.B. durch die Schranken der ultima-ratio-Lehre, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, das Verbot des Vernichtungstreiks; dem Staat gegenüber, vor allem indem er sich an den vom Staat ausgesparten Kompetenzbereich tarifvertraglich wahrgenommener "sozialer Selbstverwaltung"⁵³ hält; Dritten (z.B. Streikbrechern) gegenüber, indem er sich des unmittelbaren Angriffs enthält. Andererseits aber ergibt sich der Rechtsraum des sozialadäquaten Streiks aus dem *Zurücktreten anderer Rechte* und Interessen. Daß im anvisierten Ordnungszweck sachlich konkurrierende staatliche – in Sonderheit legislative – Kompetenzen vor ihm zurückweichen, liegt der Einordnung in die "soziale Selbstverwaltung" schon voraus. Daß der Streik nicht als sittenwidrig (§ 826 BGB) oder als polizeiwidriger Verstoß gegen die öffentliche Ordnung (z.B. § 14 PVG) verworfen wird, ist unmittelbare Entsprechung seiner Sozialadäquanz. Hinzu kommt aber das Zurücktreten gerade auch der Rechtsgüter der sozialen Gegenspieler. Funktional notwendige Berührung mit dem sozialadäquaten Streik unterstellt sie seinem Vorbehalt. Der Arbeitsvertrag zwischen Streikendem und Bestreiktem ist suspendiert. Die Schädigung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs des Bestreikten – eines durch § 823 Abs. 1 BGB und im weiteren Rahmen durch Art. 14 GG allgemein für geschützt gehaltenen Rechts also – löst keine Schadensersatzpflicht aus. Und der Versuch, den Willen der Bestreikten zu brechen, stellt sich eben wegen der Sozialadäquanz des Streiks weder als Nötigung (§ 240 StGB) noch als Erpressung (§ 253 StGB) dar.

Überschreitet der Streik jedoch den Rahmen der Sozialadäquanz, so löst er *Abwehrreaktionen des Rechtes* aus. Rechtspositionen, die hinter dem sozialadäquaten Streik zurücktreten, machen sich wieder geltend, wenn sie von einem anderweitig interdizierten Streik betroffen werden. Ähnliches ergibt sich, wo der Streik schon den Ansatz des sozialadäquaten Streiktyps verfehlt, indem er nichts für die Streikenden oder nichts von den Bestreikten will oder jedenfalls nichts, was von den Bestreikten verlangt und gewährt werden kann. Das kann so beim Demon-

52 BVerfGE 4, 96 (106).

53 S. dazu zuletzt etwa *Bulla*, Soziale Selbstverantwortung der Sozialpartner als Rechtsprinzip, in: Festschrift für Nipperdey, Bd. II 1965, S. 79 ff.

strationsstreik sein⁵⁴. Es kann den Sympathiestreik⁵⁵ problematisch werden lassen. Und es ist *die* Situation des politischen Streiks⁵⁶.

2. Ärztestreik als Arbeitnehmerstreik

Unmittelbar mit den Kategorien des Arbeitnehmerstreiks läßt sich der Streik *abhängig tätiger* Ärzte erfassen. Sind sie *beamtet*, so können Ärzte ebensowenig streiken wie andere Beamte⁵⁷. Als Angestellte des Staates oder anderer Verwaltungseinheiten mögen sie analogen Beschränkungen unterliegen, wenn sie hoheitliche Funktionen ausüben, wie sie nach Art. 33 Abs. 4 GG grundsätzlich Beamten zu übertragen sind⁵⁸. *Im übrigen* aber scheint die Ausgangssituation für den sozialadäquaten Streik auch bei den angestellten Ärzten gegeben: die Notwendigkeit kollektiver Interessenwahrung gegenüber der Arbeitgeberseite. In der Tat bejaht etwa der *Marburger Bund*, der zentrale Verband der angestellten Ärzte, die Möglichkeit eines Streiks⁵⁹.

Dennoch *stößt* auch der *Streik angestellter Ärzte auf Ablehnung*⁶⁰. Die Gefahren, die vom Ärztestreik drohen, bestimmen das Rechtsgefühl, seine Sozialadäquanz zu relativieren, zu limitieren oder gar zu negieren. Wieder findet es dabei seine verfassungsrechtliche Bestätigung. Gegenüber dem Recht der angestellten Ärzte

54 S. *Siebrecht* a.a.O. S. 16 f., 54 f. m.w. Hinw.

55 S. dazu z.B. *Bulla*, Sympathie-Maßnahmen im Arbeitskampf, Festschrift für Molitor, 1962, S. 293 ff.; *Löwisch*, Probleme der Zulässigkeit von Sympathiekampf und Sympathieaus-sperrung, *Recht der Arbeit* 15. Jhg. (1962) S. 314 ff.; *Siebrecht* a.a.O. S. 57 ff.

56 S. dazu insbes. *Kaiser*, Der politische Streik, 2. Aufl. 1959; ferner zusammenfassend *Siebrecht* a.a.O. S. 55 ff. u. passim.

57 S. *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 67 f. m.w. Nachw.

58 S. *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 68 ff. m. eingeh. Nachw. – Das Problem kann hier nicht weiter behandelt werden. Wenn die im Schrifttum vertretene These richtig wäre, würde etwa angestellten Ärzten in den *Gesundheitsämtern* das Streikrecht fehlen. Dagegen dürfte sich die postulierte Schranke *kaum allgemein* auf den *Krankenhausdienst* erstrecken lassen.

59 Nach *Redeker* (Art. "Marburger Bund" in: *Kuhns*, Das gesamte Recht der Heilberufe, 1958, S. 1/637 ff. [638] kommt dem Beirat des Bundes nicht nur die Zuständigkeit zum Abschluß von Tarifverträgen zu; vielmehr hat er auch "Streikordnungen" aufzustellen.

60 *Küchenhoff*, Art. "Arztrecht" a.a.O. Sp. 602; *ders.*, Das Prinzip der staatlichen Subsidiarität im Arbeitsrecht, *Recht der Arbeit* 12. Jhg. (1959) S. 201 ff. (205); *Löffler*, Dürfen Pressebetriebe bestreikt werden, *NJW* 15. Jhg. (1962) S. 1601 ff. (1603); *Siebrecht* a.a.O. S. 33; *Reuß*, Arbeitskampfbereitschaft als Voraussetzung der Tarifhoheit, *Recht der Arbeit* 17. Jhg. (1964) S. 362 ff. (367); *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 150. – Allgemeiner für Arbeitskämpfe, welche die "lebensnotwendige Versorgung der Allgemeinheit ... gefährden (... Krankenhäuser u.ä.)"; ferner *Reuß*, Die Grenzen legaler Arbeitskämpfe, *Juristen-Jahrbuch* 4. Bd. 1963/64 S. 163 ff. (187); desgl. *Brox-Rüthers* a.a.O. s. 69; s.a. *dies.* ebd. S. 193 m.w. Nachw. Kritisch dazu *Wedler*, Das Grundrecht auf Streik, Diss. Göttingen, 1964, S. 167 ff. m. eingeh. w. Nachw. BAG 12, 184 (194): "Der Senat sieht es als selbstverständlich an, daß überall da, wo sittliche Verpflichtungen der Durchführung eines Arbeitskampfes entgegenstehen, diesen der Vorrang gebührt. Mit der herrschenden Lehre steht er auch auf dem Standpunkt, daß die Durchführung eines Arbeitskampfes nur auf dem Sektor erfolgen kann, auf dem nicht *höherwertige Interessen einen solchen Kampf verbieten*, wie z.B. bei den Beamten und *regelmäßig auch bei Ärzten* und Pflegepersonal."

aus Art. 9 Abs. 3 GG machen sich zusätzliche verfassungsrechtliche Positionen geltend. Die Kranken werden in ihrem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) bedroht. Dieses Rechtsgut zu schützen, auch wenn der Angriff nicht vom Staate ausgeht, steht ebenso in der Verantwortung der Rechtsordnung wie die Entfaltung der Freiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG⁶¹. Soviel jedenfalls gibt schon der unbestreitbar richtige Kern der Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte her. Geraten aber Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 2 Abs. 2 GG im Problemfall des Ärztestreiks in Konflikt, so muß die Streikfreiheit weichen. Dazu braucht nicht ein Rangverhältnis zwischen den beiden Grundrechtsnormen in Anspruch genommen zu werden, für das die besondere Nähe des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu dem grundrechtlichen Generalnennern der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) zu sprechen scheint⁶². Dazu braucht ebenso wenig darauf zurückgegriffen zu werden, daß die Streikfreiheit erst eine doppelt mittelbare Folgerung aus dem Text des Art. 9 Abs. 3 GG ist⁶³. Was von diesen Argumenten ins Gewicht fallen mag, findet sich im Phänomen des Konflikts wieder. Er ist durch die Alternative gekennzeichnet, daß Staat und Recht die medizinische Versorgung der Bevölkerung keinesfalls anders sichern können als durch die Inanspruchnahme des Dienstes von Ärzten, während die Verantwortung von Staat und Recht für angemessene Arbeitsbedingungen der Ärzte ja selbst für die Berücksichtigung ihrer kollektiven Vorstellungen darüber nicht unbedingt über das Medium des Streiks verwirklicht werden muß. *Daß die Pflicht der staatlichen Gemeinschaft, in dem Maße selbst für angemessene Arbeitsbedingungen der Ärzte einzutreten, in dem sie ihnen die Möglichkeit vorenthält, die eigenen Interessen letztlich im Arbeitskampf selbst wahrzunehmen*⁶⁴, auch von denen nicht immer gesehen wird, die ganz selbstverständlich unterstellen, daß Ärzte nicht zu streiken haben, steht auf einem anderen Blatt.

Hinter diesem verfassungsrechtlichen Argument aus Art. 2 Abs. 2 GG steht schließlich ergänzend – und fast koinzident – ein zweites. Auch Art. 9 Abs. 3 GG unterliegt dem immanenten Vorbehalt aller Freiheitsrechte, daß ihr Gebrauch nicht die Existenz der staatlichen Gemeinschaft in Frage stellen darf, die allein imstande ist, das Grundrecht auch effektiv zu gewährleisten⁶⁵. Das Rechtsgut des

61 S. dazu auch *Kaiser* a.a.O. S. 34 ff. – Allgemeiner Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 1962, S. 188 ff.

62 Allerdings gibt der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG eine Gegenrichtung an. Art. 9 Abs. 3 GG ist keinem allgemeinen Gesetzesvorbehalt unterstellt (Art. 9 Abs. 2 GG).

63 S. o. 1.

64 S. dazu schon *Maschke* a.a.O. S. 177; s. a. *Küchenhoff*, Art. "Arztrecht" a.a.O. Sp. 602 f.

65 Am entschiedensten ist diese Gemeinverträglichkeitsvorbehalt in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, aber auch des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck gebracht; s. dazu den Bericht von *Bachof*, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, 2. Aufl. 1964, S. 15, 26, 124 f., 150. S. zum Problem etwa auch *Häberle* a.a.O. S. 58 ff.; *Eike v. Hippel*, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, 1965, S. 23 ff. (insbes. S. 25 f., 39); weitere Hinweise s. bei den Genannten. Speziell zum Gemeinverträglichkeitsvorbehalt in Art. 9 Abs. 3 GG s. außer den oben, Fn. 60, Genannten: *Kaiser* a.a.O. S. 32 ff.; *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 45 f. Dabei sei hier dahingestellt, in welchem Maße dieser immanente Gemein-

Art. 2 Abs. 2 GG ist nun aber nicht nur in dem Sinne ein Gemeinschaftsgut, wie alle Individualrechte der Verfassung das sind – eben als von der Gemeinschaft verbürgtes individuelles Gut. Leben, Gesundheit und körperliche Integrität möglichst vieler sind reale Voraussetzungen der Existenz der staatlichen Gemeinschaft als solcher⁶⁶. Das ist, was mit einem – nicht nur aus historischen Gründen – bedenklichen Ausdruck die “Volksgesundheit” genannt wird. In ihr findet sich Art. 2 Abs. 2 GG zum unmittelbaren Gemeinschaftswert verwandelt wieder. Nicht zu Unrecht nimmt dazu das Bundesverfassungsgericht an, “daß die Volksgesundheit ein wichtiges Gemeinschaftsgut ist, dessen Schutz Einschränkungen der Freiheit des Einzelnen zu rechtfertigen vermag”⁶⁷. Der Ärztestreik impliziert nun immer die gesundheitliche Gefährdung einer breiteren Öffentlichkeit⁶⁸. Er läuft also auf eine Gefährdung der Volksgesundheit und somit der staatlichen Gemeinschaft selbst hinaus und alarmiert den Gemeinverträglichkeitsvorbehalt in Art. 9 Abs. 3 GG. Ja, es ließe sich sagen, daß der Ärztestreik auch als Arbeitnehmerstreik dazu tendiert, als ein Angriff auf elementare Güter der staatlichen Gemeinschaft zum politischen Streik zu werden⁶⁹.

Ist der Streik angestellter Ärzte nun gänzlich unzulässig oder nur dort, wo er Leib und Leben anderer effektiv bedroht? Diese relative Grenze ist unbestimmt und somit gesteigert gefährdet, verfehlt oder überschritten zu werden. Jene abstrakte Grenze dagegen schränkt die Freiheit des Arbeitskampfes unverhältnismäßig ein. So scheint die relative Grenze dennoch eher angemessen, wenn die Risiken ihrer Unschärfe den Streikenden überbürdet bleiben⁷⁰. Der Gesetzgeber könnte wohl stärker abstrahieren⁷¹, wenn er zugleich Institutionen zur Regelung der Arbeitsbedingungen schüfe, die für die Minderung der Arbeitskampffreiheit

verträglichkeitsvorbehalt über Art. 9 Abs. 2 GG oder allgemeiner über Art. 2 Abs. 1 GG (oder auch andere Vorschriften) deutlich wird. – Ein interessanter Aspekt kommt ferner in der primär begrifflichen Frage zum Ausdruck, ob nicht ein gemeinschaftlicher Streik auch schon immer ein politischer Streik ist; s. dazu – in grundsätzlicher bejahendem Sinn – *Kaiser* a.a.O. S. 32; *Rüthers* a.a.O. S. 79 ff.; *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 33. – Zum Verhältnis der Tarifmacht zum Gemeinwohl s. allgemeiner *Ramm*, Kampfmaßnahmen und Friedenspflicht im deutschen Recht, 1962, S. 112 ff. S. nunmehr auch *Werner Weber*, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, 1965, insbes. S. 22 ff., 34 ff.

66 S. o. *Löffler* a.a.O. S. 1603; *Reuß*, Arbeitskampfbereitschaft usw. S. 367.

67 So zu Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG: BVerfGE 7, 377 (414); BVerwGE 1, 48 (52). Ebenso BVerfGE 13, 97 (107): Volksgesundheit = “absoluter”, d.h. allgemein anerkannter und von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängiger Gemeinschaftswert”. s. ferner BVerfGE 10, 354 (369): “Die Erhaltung eines voll leistungsfähigen Ärztestandes ist eine wichtige Aufgabe der staatlichen Gesundheitspolitik.” Exemplifizierend hierzu BVerfGE 11, 30 (44 ff.); 12, 144 (147 ff.). S. dazu auch *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958, S. 122 f. m.w. Hinweisen.

68 S. zu der Schwierigkeit, hier abzugrenzen, schon *Maschke* a.a.O. S. 185; *Plaut* a.a.O. S. 169 f.; ferner *Küchenhoff* Art. “Arztrecht” a.a.O. Sp. 602.

69 S. dazu *Kaiser* a.a.O. S. 32 ff. S. zum Begriff des “objektiv staatsgefährdenden arbeitsrechtlichen Streiks” auch *Rüthers* a.a.O. S. 91.

70 Zur Verschärfung des ultima-ratio-Erfordernisses beim Ärztestreik s. schon *Puppe* a.a.O. S. 155.

71 S. dazu auch *Domack* a.a.O. S. 123 ff.; *Wedler* a.a.O. S. 172; *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 46.

entschädigten. Einer unmittelbar an den Sachstrukturen und grundlegenden Rechtswerten Maß nehmenden Rechtsergänzung, wie sie in der Ortsbestimmung des sozialadäquaten Streiks zu sehen ist, ist dieser Weg verschlossen. Was dabei an *Streikmöglichkeit* angestellter Ärzte wirklich übrig bleibt, ist freilich *nicht viel*⁷². *Der Spielraum ist so groß, wie die lahmgelegte Funktion der bestreikten Institution(en) für die unerläßliche medizinische Versorgung der Bevölkerung entbehrlich ist*. Praktisch bedeutet das: er ist am größten für Ärzte, die in der Industrie und in der (reinen) Forschung tätig sind; er ist am kleinsten bei Ärzten, die an Krankenhäusern beschäftigt sind⁷³. Diese aber stehen im Zentrum des Problems. Bei Ärzten, die unmittelbar am kranken Menschen zu wirken haben, scheidet der Vollstreik bis zum Nachgeben des (arbeitsrechtlichen) Gegners grundsätzlich aus⁷⁴. *Ihnen bleibt nur der Zeitstreik, dessen medizinische Risiken überschaubar und beherrschbar sind*⁷⁵. Je kürzer er ist, desto stärker kann die Vorsorge für aktuelle Notfälle reduziert werden⁷⁶. Je länger er ist, desto intensiver wird der Notfalldienst⁷⁷ ausgebaut werden müssen; denn schon allein zu erforschen, ob eine Behandlung aufgeschoben werden kann oder nicht, bedarf des ärztlichen Wirkens⁷⁸. Das heißt also, daß jeder länger andauernde Ärztestreik nur noch einen – vielleicht vorhandenen – funktionellen Ärzteüberschuß freistellen kann, dessen Arbeitseinstellung wohl keinen großen Kampfeffekt ausübt.

72 Obwohl das Bundesarbeitsgericht (s.o. Anm. 65) das grundsätzliche Regel-Ausnahmeverhältnis verkehrt, hat es in der Sache wohl nicht unrecht, wenn es den Streik von Ärzten als "regelmäßig" unzulässig bezeichnet.

73 S. zu Vorstehendem auch *Reuß*, Arbeitskampfbereitschaft usw. S. 367. – Hinsichtlich der Krankenhausärzte ist auch zu erwägen, daß sich die Behandlung Schwerkranker heute auf die Krankenhäuser konzentriert. Auch eine Fülle spezieller Behandlungsmethoden kann heute nur noch in Krankenhäusern angewandt werden.

74 Es sei denn, das Nachgeben ist in greifbarer Nähe und der Gegner gibt auch wirklich nach. Aber das ist eine für den Arbeitskampf unrealistische Unterstellung.

75 Ihn als "*Warnstreik*" zu bezeichnen, wie das an sich für zeitlich beschränkte, sonst aber echte Arbeitskampfstreiks üblich ist, geht *nicht* an. Vor was warnt der "*Warnstreik*"? Doch vor dem Kampfstreik bis zum Nachgeben des Gegners. Eher handelt es sich um einen "*Demonstrationsstreik*", soweit mit diesem Begriff nicht nur die Demonstration von Ansichten und Forderungen gemeint ist, die außerhalb des potentiellen Zielbereichs des Arbeitskampfes liegen (zur Unterscheidung s. *Siebrecht* a.a.O. S. 16 f. m.w. Hinw.; s.a. *Kaiser* a.a.O. S. 27 ff.). Die allgemeine Abneigung gegen den Demonstrationsstreik (s. *Siebrecht* a.a.O. S. 54 f.; *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 32, 136, 143, 150; je m.w. Nachw.) muß hier, wo der arbeitsrechtliche Demonstrationsstreik der sozialadäquate Rest eines nicht voll ausführbaren Kampfstreiks ist, überwunden werden. Wenn *Siebrecht* (a.a.O.) meint, es sei schwer, sich Fälle vorzustellen, in denen Demonstrationsrecht deshalb sozialadäquat seien, weil "ohne diese Arbeitsniederlegung eine dem Anlaß der Demonstration entsprechende Kundgebung überhaupt nicht möglich wäre", oder weil "die Kampfmaßnahme, wie beim zulässigen Streik, die ultima ratio bildet", so mag er im zeitlich begrenzten arbeitsrechtlichen Streik angestellter Krankenhausärzte dieses Beispiel finden. Erhellend auch die Bemerkung bei *Reuß*, Die Grenzen legaler Arbeitskämpfe a.a.O. S. 184.

76 S. a. *Reuß*, Arbeitskampfbereitschaft usw., S. 367 f.

77 Entsprechend den "Notstandsarbeiten", die dem Streikrecht auch sonst vertraut sind: s. z.B. *Siebrecht* a.a.O. S. 96 ff. u.s. Nachw.

78 S. dazu oben Anm. 26 die Richtlinien des saarländischen Ärztesyndikats.

Ist der Ärztestreik danach sozialinadäquat, so steht damit fest, daß er dem Arbeitgeber des Streikenden gegenüber rechtswidrig ist. D.h. er ist arbeitsvertragswidrig⁷⁹ und, soweit der Arbeitgeber ein Recht an einem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder ein vergleichbares, durch § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Recht geltend machen kann, deliktisch⁸⁰. Doch könnte diese Reaktion des Rechts, wäre sie die einzige, nicht befriedigen⁸¹. Zwar tritt die Rechtssphäre des Arbeitgebers dabei auch vermittelnd zwischen die Streikenden und die durch den Ärztestreik spezifisch angegriffenen Rechtsgüter und entspricht diese treuhänderische Funktion auch der allgemeinen "dreieckigen" Struktur des Lebens- und Rechtsverhältnisses, in dem sich Kranker, Krankenhaus und angestellter Arzt zueinander befinden. Doch darf sich der Schutz der Kranken – und addiert: der "Volksgesundheit" – nicht in dieser mittelbaren Garantie erschöpfen.

Vor allem liegt es nahe, den streikenden Arzt den Kranken – im Todesfall einschließlich ihrer Hinterbliebenen – und der Allgemeinheit über die strafrechtlichen und zivilrechtlichen (deliktsrechtlichen) Vorschriften gegen Körperverletzung und Tötung unmittelbar zu verpflichten (§§ 211 ff., 223 ff. StGB, § 823 BGB). Das bringt freilich eine Reihe – rechtlich und tatsächlich komplizierter – Zurechnungsprobleme mit sich, die hier wegen ihrer intensiv zivil- und strafrechtlicher Natur nur angedeutet werden können⁸². Kann die Organisation des Streiks oder auch die Teilnahme an ihm als das positive Herbeiführen einer Situation gewertet werden, in der die Kranken zu Schaden kommen⁸³? Oder kann der angestellte Arzt, auch ohne daß er einen Vertrag mit dem Kranken hat, in einer Garantstellung gegenüber dem Kranken gesehen werden, kraft derer ihm der Schaden, den der Kranke dank des Ausfalls seiner ärztlichen Dienste nimmt, rechtlich zugerechnet werden kann? Wer trägt die Verantwortung hier wie dort? Wer den Streik organisiert hat? Der Streikende, der den Kranken, wäre der ärztliche Dienst ordnungsgemäß weiter verrichtet worden, in der für den Schadenseintritt relevanten Zeit zu versorgen gehabt hätte? Jeder streikende Arzt derselben Einrichtung, in der ein Kranker dank des Funktionsausfalls dieser Einrichtung zu Schaden kommt⁸⁴? Das scheinen die Ausgangsfragen zu sein. Die Antwort auf sie wird durch die komplizierten, rechtlich oft schwer zu qualifizierenden Organisa-

79 S. statt anderer *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 164 ff. u. passim. A.a. *Wedler* a.a.O. S. 170 f. u.s. Nachw.

80 S. ebenfalls statt anderer *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 117 ff. u. passim. – Interessant hierzu die Ansicht, daß diese Sphäre des Arbeitgebers selbst dann den Schutz des Rechts verdienen kann, wenn einem Demonstrationstreik als Gebrauch der Freiheit der Meinungsäußerung und Interessenwahrung seitens der Allgemeinheit Raum gelassen werden muß. S. dazu *Kaiser* a.a.O. S. 28 ff. (insbes. S. 29); *Rüthers* a.a.O. S. 132 f.

81 Insofern wäre *Wedler* (a.a.O. S. 170 f.) zuzustimmen.

82 Zu den strafrechtlichen Teilnahmeformen am Streik s. allgemein *Siebrecht* a.a.O. S. 161 ff. u.s. Nachw.; zur deliktsrechtlichen Haftung im Rahmen von Streiks s. allgemein *Siebrecht* a.a.O. S. 126 ff.; *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 157 ff.; eingeh. Nachw. dort.

83 Das Verhalten muß jedenfalls als kausal angesehen werden. Vgl. BAG Urt. v. 8. Februar 1957 – 1 AZR 169/55 – AP Nr. 1 zu § 1 TVG Friedenspflicht; Urt. v. 31. Oktober 1958 – 1 AZR 632/57 – AP Nr. 2 a.a.O.

84 S. dazu z.B. BAG Urt. v. 17. Dezember 1958 – 1 AZR 349/57 – AP Nr. 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

tionsverhältnisse in den Krankenhäusern und ähnlichen medizinischen Institutionen sehr erschwert, die sich nicht selten von Krankenhaus zu Krankenhaus, ja von Arzt zu Arzt wesentlich unterscheiden. Die Rechtsfigur des "angestellten Arztes" gibt so gerade im Hinblick auf die aufgeworfenen Fragen mehr Anlaß zu differenzieren als zu vereinheitlichen⁸⁵. Im Hintergrund steht jedenfalls die Hilfeleistungspflicht des Arztes nach § 330 c StGB⁸⁶. Aber das Problem der individuellen Verpflichtung eines unter mehreren streikenden Krankenhausärzten stellt sich – wenn auch mit verminderter Schärfe – auch bei der Anwendung dieser Vorschrift. Darüber hinaus ist die Vorschrift des § 330 c StGB auch deshalb unzulänglich, weil – auch schwere – Krankheit weder "Unglücksfall" noch "gemeine Gefahr" oder "gemeine Not" sein muß⁸⁷.

Soweit der Ärztestreik Leben und körperliche Integrität von Menschen bedroht, stellt er eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar⁸⁸, so daß auch die *Polizei* einzuschreiten hat⁸⁹. In dem Maß, in dem der einzelne Arzt für die rechtswidrigen Auswirkungen des Streiks auf die Kranken unmittelbar in Anspruch genommen werden kann⁹⁰, kann die Polizei ihn als Störer anhalten, den polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen⁹¹. Darüber hinaus könnte sie – wenn andere Möglichkeiten der Abhilfe nicht bestehen – Ärzte auch als Nichtstörer heranziehen⁹². Doch wären die Möglichkeiten der Polizei in diesem Falle außerordentlich beengt⁹³. Sie ist schon im Hinblick auf Art. 12 Abs. 2 Satz 1 GG gehindert, dem Nichtstörer eine

85 S. dazu etwa aus *Kuhns*, Das gesamte Recht der Heilberufe: *Gumbart*, Art. "Assistenzarzt" (S. I/145 f.); *Reinhard*, Art. "Chefarzt", "Chefarzt (Angestellter)" und "Chefarzt (Beamter)" (S. I/337 ff., 362 ff.); *Schmelcher*, Art. "Haftung" (S. I/482 ff.); *ders.* Art. "Krankenhausaufnahmevertrag" (S. I/572 ff.). Weitere Nachw. s. dort.

86 Vgl. *Küchenhoff*, Das Prinzip der staatl. Subsidiarität im Arbeitsrecht, a.a.O. S. 205. Daß die Vorschrift auch für den Arzt gilt, ist zwar umstritten (dagegen insbes. *Eberhard Schmidt*, z.B. in: Die Besuchspflicht des Arztes, 1949), muß aber bejaht werden (S. z.B. *Kohlhaas*, Art. "Hilfeleistungspflicht" in: *Kuhns*, Das gesamte Recht der Heilberufe, S. I/513 ff.; *Schwarz-Dreher*, StGB 26. Aufl. 1964, § 330 c Anm. 1 A a; je m. w. Hinw.). – Dazu, daß die Verletzung des § 330 c StGB auch *Schadensersatzpflicht* nach sich zieht, s. *Weimar*, Schadensersatzpflicht bei Schädigungen durch Unterlassen, Dt. Recht, 7. Jhg. (1937) S. 77 ff. (77).

87 S. *Schwarz-Dreher* a.a.O. m.w. Nachw.

88 Zu der Frage, ob der gemeinschädliche Streik nicht immer schon politischer Streik ist und somit schon begrifflich aus der Sozialadäquanz herausfällt, s. nochmals oben Fn. 65.

89 Zum Verhältnis der Polizei zum Streik s. *Helfritz*, Streik und öffentliche Ordnung, in: Forschung und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 549 ff.; *Reisch*, Streik und Polizei, Diss. Mainz 1958; die älteren Nachw. s. dort; s. a. *Wedler* a.a.O. S. 171. – Eine eingehendere Darstellung der polizeilichen Befugnisse muß hier schon im Hinblick auf landesrechtliche Verschiedenheiten unterbleiben.

90 Dazu, daß Unterlassen nur dann einer Störungshandlung gleichgestellt werden kann, wenn eine Pflicht zum Handeln verletzt wurde, s. *Drews-Wacke*, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. 1961, S. 218.

91 *Kaiser* a.a.O. S. 37 f.; gegen *Reisch* a.a.O. S. 70 u. s. Nachw. Unklar *Wedler* a.a.O. S. 171.

92 S. zur Heranziehung von Nichtstreikenden als Nichtstörer *Reisch* a.a.O. S. 65 ff. Zu den Grundsätzen s. a. *Drews-Wacke* a.a.O. S. 247 ff.; insbes. zur Auswahl S. 255 f.; zum Verhältnis des polizeilichen Notstandes zu § 330 c StGB s. dort S. 248 f.

93 S. insbes. die dem polizeilichen Zugriff immer eigentümliche strenge Beschränkung auf das sachliche und zeitliche Mindestmaß.

regelrechte Dienstpflicht aufzuerlegen⁹⁴. Regelmäßig aber wird die Polizei ohnedies den unter Gefährdung von Leib und Leben anderer streikenden Arzt als Störer anhalten können, auch von Polizei wegen zu tun, was er Rechtsens tun müßte.

Schließlich trifft der Ärztestreik auch noch auf die Kritik des *Standesrechts*. Zwar fehlen ausdrückliche Vorschriften und – soweit zu sehen – standesrechtliche Präjudizien, in denen die Teilnahme an einem Streik mißbilligt worden wäre. Die oben⁹⁵ dargestellte, ältere Tradition des deutschen Ärztestandes läßt sogar der Vermutung Raum, als hätte in den Jahrzehnten um die Jahrhundertwende wenigstens die aktivere Mehrheit der deutschen Ärzteschaft – etwa nach dem Wort, daß dort, wo gehobelt wird, auch Späne fallen – ein gewisses Schadensrisiko ärztlicher Streiks als unvermeidlich und legitim in Kauf genommen. Doch darf diese Erscheinung nicht überschätzt werden⁹⁶. Die Ärzteschaft war in jener Zeit großer rechtlicher und sozialer Unsicherheit ausgesetzt. Sie hatte nicht nur die mit der Krankenversicherung verbundene sozial- und berufspolitische Umwälzung zu verarbeiten. Sie hatte darüber hinaus mit ihren sehr vielen, weiter greifenden gesellschaftlichen Positionsveränderungen im Verlaufe der kapitalistischen Industrialisierung, der Verstärkung und der Paralyse alter ständischer Ordnungen fertig zu werden. Und sie war wohl auch durch den einsetzenden hektischen Fortschritt der Medizin überanstrengt. Das alles mag auch die standesethische Orientierung erschwert und schwankend gemacht haben. Die Geschichte zeigt denn auch weiter, daß die deutsche Ärzteschaft, nachdem sie diese kritische Phase überwunden hatte, den Dienst am Menschen auch gegenüber der Notwendigkeit des Streiks nicht mehr ernstlich in Frage stellte⁹⁷. So sind auch die berufsrechtlichen Generalklauseln, die – wie etwa § 1 Abs. 1 der Bundesärzteordnung⁹⁸, das ärztliche Gelöbnis⁹⁹ oder § 1 der Berufs- und Facharztordnung für die deutschen

94 Insofern richtig *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 65. Wenn *Bachof* (Freiheit des Berufs, in: *Bettermann-Nipperdey-Scheuner*, Die Grundrechte, Bd. III, 1. Halbband 1958, S. 155 ff. [259] sagt, Polizeipflichten hätten nichts mit Art. 12 Abs. 2 GG zu tun, so meint er wohl nichts anderes, als daß die engen Grenzen polizeilicher Inanspruchnahme von Nichtstörern diese vom Arbeitszwang i.S. des Art. 12 GG hinreichend unterscheiden. Für eine gesetzlich zu begründende Dienstpflicht *Dammack* a.a.O. S. 124 f. – Zu dieser Problematik in der Sicht eines allgemeinen *Notstandsrechts* s. *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 65 f.; s. neuerdings auch die Untersuchung von *Werner Weber*, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem.

95 S. o. I.

96 S. dagegen schon v. *Bethmann-Hollweg* oben Anm. 44.

97 Eindrucksvoll *Schneider*, Ärzte streiken nie, a.a.O. S. 376.

98 Vom 2. Oktober 1961 (BGBl. I S. 1857): "Der Arzt dient der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes". – Zu Inhalt und Tragweite dieser Vorschrift s. z.B. *Etmer-Bolck* a.a.O. § 1 Anm. 1; *Daniels-Bulling* a.a.O. § 1 Anm. (Rdnr. 9 ff.).

99 S. den Text vor den ärztlichen Berufsordnungen (statt aller anderen: Berufs- und Facharztordnung für die deutschen Ärzte, die, vom Deutschen Ärztetag beschlossen, selbst keine Verbindlichkeit hat, jedoch den typischen Inhalt der Berufs- und Facharztordnungen der Länder bzw. Landesärztekammern wiedergibt; abgedruckt bei *Daniels-Bulling* a.a.O. S. 387 ff.); s. dazu auch Ko., Art. "Berufspflichten" in: *Kuhns*, Das gesamte Recht der Heilberufe, S. I/255 ff. – Dem Vernehmen nach wird das Gelöbnis nicht ausdrücklich abgenommen, sondern "gilt" kraft Aufnahme in die Berufsordnung. Das mag seine psychologische Effektivität mindern und sollte wohl geändert werden.

Ärzte¹⁰⁰ – den Arzt auf den Dienst am Menschen und der staatlichen Gemeinschaft verpflichtet¹⁰¹, dahin zu verstehen, daß das wirtschaftliche Interesse des Arztes ihm nicht erlaubt, durch kollektive Arbeitseinstellung Menschen an Leib und Leben zu gefährden. Somit befindet sich das ärztliche Berufsrecht nicht nur in Einklang mit den Grundsätzen über die Grenzen der Sozialadäquanz des Ärztestreiks. Es bekräftigt diese Grenzen auch durch die dem Berufsrecht eigentümliche, zusätzliche Sanktion. In schweren Fällen wird die Organisation eines sozialinadäquaten Streiks oder die Teilnahme an ihm die “Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs” erweisen und zur Rücknahme der Bestallung des streikbeteiligten Arztes führen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3, § 5 Abs. 1 Nr. 2 der Bundesärzteordnung). In minder schweren Fällen muß der Arzt damit rechnen, durch die Ärztekammer oder die Berufsgerichtsbarkeit diszipliniert zu werden¹⁰². Hier wie dort besteht die Möglichkeit, die Grenzen des ärztlichen Streikrechts ohne Abhängigkeit von den konkreten Folgen eines konkreten Streiks und der Reaktion der Betroffenen (Geschädigten, Dienstgeber) abzustecken. Im Rahmen der Befugnis der Ärztekammern, die ärztlichen Berufspflichten durch Berufsordnungen zu regeln¹⁰³, ist sogar die abstrakte – legislative – Vorwegnahme der Problemlösung denkbar. Dabei wirken sowohl in der konkreten Ahndung als auch in der abstrakten Ordnung – im einzelnen auf sehr verschiedene Weise – Ärzteschaft und staatliche Behörden zusammen, so daß einseitige Entscheidungen jedenfalls auf lange Sicht verhindert werden können. Daran sollte mehr gedacht werden.

Was bisher aufgezeigt werden konnte, sind nur die Umriss der besonderen Schranken, denen der im Ansatz sozialadäquate Arbeitnehmerstreik von Ärzten unterliegt. Daß für den Arbeitnehmerstreik von Ärzten daneben auch die anderen Voraussetzungen und Grenzen des Streikrechts gelten, die den Streik allgemein rechtlich steuern¹⁰⁴, kann nur erwähnt, nicht exemplifiziert werden. Dabei kann nicht ausbleiben, daß die besondere Funktion und Situation des Arztes auch zu spezifischen Ausprägungen dieser allgemeinen Gestaltelemente des Arbeitnehmerstreiks führen. So hat etwa der politisch¹⁰⁵ streikende Arzt, indem er sich der gesundheitlichen Sorge für die Bevölkerung versagt, ein besonders gefährliches und befremdliches Druckmittel in Händen, das nicht zuletzt der wachsamem Kontrolle durch die

100 S. die vorige Fußnote; zu den Berufsordnungen s. ferner Ko., Art. “Berufsordnungen” in: *Kuhns, Das gesamte Recht der Heilberufe*, S. I/254 f.; *Etmer-Bolcka* a.a.O. Einf. IV (S. 19 ff.).

101 Zum Dienst an der Gesundheit und am Leben des Menschen als der Mitte des ganzen Arztrechts *Küchenhoff*, *Die staatsrechtliche Stellung des Arztes*, *Zeitschrift für das gesamte Arztrecht*, 1. Jhg. (1951) S. 5 ff. (insbes. etwa S. 7).

102 Die Einzelheiten sind auch hier wieder landesrechtlich verschieden. Z.T. schon wieder überholt die Übersicht von *Bettermann-Josephi*, Art. “Berufsgerichtsbarkeit” in: *Kuhns, Das gesamte Recht der Heilberufe*, S. I/241 ff.

103 S. dazu auch *Weissauer-Poellinger*, Ist eine Regelung der ärztlichen Berufspflichten durch Berufsordnungen der Ärztekammern mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar? 1961; w. Nachw. s. dort.

104 Zu den Grundlinien s. oben 1.

105 Zu der Frage, inwieweit der gemeinschädliche Ärztestreik immer auch ein politischer Streik ist, s. a. Fn. 65 und 88.

Strafnormen über die Nötigung der öffentlichen Gewalt (§§ 240, 105, 114 StGB) zu unterziehen ist¹⁰⁶. Der Arbeitnehmer-Arzt muß auch der Versuchung widerstehen, dem freiberuflichen Kollegen im Sympathiestreik beizuspringen; denn was allein dem Sympathiestreik noch gewisses Wohlwollen des Rechtes sichern kann, die Parallelität der sozialen Fronten und die Solidarität jeweils der Arbeitnehmer- und der Arbeitgeberseite als größeres Ganzes¹⁰⁷, ist hier nicht gegeben. Doch sind der Aspekte zu viele, als daß es sinnvoll wäre, diese Beispiele zu vermehren.

3. Der Streik des freiberuflichen Arztes

Die rechtliche Ordnung des Streiks freiberuflicher Ärzte unterscheidet sich von derjenigen des Streiks angestellter Ärzte schon im *kollektiv-rechtlichen Ansatz*. Dabei können die *Ärztetammern* außer Betracht bleiben. Sie sind nicht Ausdruck des freien Willens zum Kollektiv, den Art. 9 GG schützt¹⁰⁸. Vielmehr sind sie Medien staatlicher Berufsorganisation¹⁰⁹. Ob das Gesetz auch nur die Möglichkeit hätte, sie zu ermächtigen, einen Streik zu führen¹¹⁰, braucht nicht geprüft zu werden. Nichts spricht dafür, daß auch nur eines der Kammergesetze der Länder daran gedacht hat, die Kammern mit dieser Befugnis auszustatten¹¹¹. Brächte sie die Ärztekammer doch in kaum vermeidbaren Konflikt mit ihrer Kontrollfunktion.

In Betracht kommen daher nur *frei gebildete Organisationen* i.S. des Art. 9 GG¹¹². Inwieweit Organisationen – ausschließlich oder auch – freiberuflicher Ärzte, die sich ihrer wirtschaftlichen Belange annehmen, unter Art. 9 Abs. 3 GG fallen, kann dabei dahingestellt bleiben. Zwar sprechen Wortsinn und Entste-

106 S. dazu z.B. *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 180 ff., 191 ff., insbes. S. 193, u. ihre Nachweise.

107 S. dazu die Nachweise oben Fn. 55; s.a. *Kaiser* a.a.O. S. 20 f., 31.

108 Dazu, daß Ärztekammern nicht unter Art. 9 GG fallen, s. *Weber*, Die verfassungsrechtliche Problematik der Zwangsversorgungseinrichtungen der freien Berufe, in: Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft vom Standpunkt der Versicherungswissenschaft betrachtet, herausgegeben von *Rohrbeck*, o. J. S. 7 ff.; *Ipsen*, Rechtsfragen berufsständischer Zwangsversorgung, ebenda S. 31 ff. (S. 40 f., 53 ff.); insbes. dazu, daß Ärztekammern keine Koalitionen i.S. des Art. 9 Abs. 3 GG sind s. *Atzbach*, Grundfragen der ärztlichen Kammergesetzgebung und ihr Verhältnis zum Grundgesetz, Diss. Marburg 1960, S. 61 ff. S. zum Verhältnis zwischen den Ärztekammern und den freigebildeten ärztlichen Vereinigungen auch *Küchenhoff*, Die staatsrechtliche Stellung des Arztes a.a.O. S. 11 ff. Ohne klare verfassungsrechtliche Einordnung in Richtung auf einen Doppelcharakter der Ärztekammern *Bittner*, Arzt, Ärzteschaft und politische Macht, Saarländisches Ärzteblatt 13. Jhg. (1960) S. 159 ff. (S. 162 f.).

109 *Ipsen* a.a.O. S. 41: "bildet die sog. Standes- oder Berufsaufsicht zweifellos den Wesenskern aller Aufgaben der berufsständischen Zwangskorporation".

110 S. dazu die aufschlußreiche Diskussion über die Tariffähigkeit der Handwerksinnungen, die paralleles Material bringt: *Reuß*, Die Tariffähigkeit der Handwerksorganisationen, Arbeit und Recht, 11. Jhg. (1963) S. 1 ff.; *Förster*, Die Innungen und Innungsverbände des Handwerks sind tariffähige Arbeitgeberverbände, Gewerbearchiv 1963 S. 153 ff.

111 Zur Definition der Aufgaben öffentlich-rechtlicher Körperschaften durch das Gesetz s. z.B. BGHZ 20, 119; *Klotz*, Beschränkter Wirkungskreis der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, DÖV 17. Jhg. (1964) S. 181 ff.

112 S. dazu *Redeker*, Kammerbegriff und Grundgesetz, DVBl. 67. Jhg. (1952) S. 201 ff., 239 ff. (insbes. S. 239).

hungsgeschichte¹¹³ dafür¹¹⁴. Aber für ein Streikrecht freiberuflicher Ärzte ergäbe das nichts. Der entscheidende Grund, warum die herrschende Lehre als Koalitionen i.S. des Art. 9 Abs. 3 GG nur "freiwillige Vereinigung(en) je von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern zum Zwecke der Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder an der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gegenüber der 'anderen Seite'" (*Dietz*) anerkennen will¹¹⁵, kann nicht so sehr der Rückgriff auf Art. 159 der Weimarer Reichsverfassung sein¹¹⁶. Es ist vielmehr das Bedürfnis, Art. 9 Abs. 3 GG als den verfassungsrechtlichen Ort des dyarchischen Ordnungssystems der arbeitsrechtlichen Tarifpartner zu integrieren. Dessen verfassungsrechtliche Garantie ist jedoch eine Folge der besonderen sozialen und organisatorischen Situation auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, ihrer Geschichte und der Geschichte ihrer rechtlichen Bewältigung. Sie mag durch die Hervorhebung in Art. 9 Abs. 3 GG bekräftigt sein. Aber das zwingt weder dazu, Art. 9 Abs. 3 GG auf Vereinigungen zu beschränken, denen diese Bekräftigung zugute kommt, noch – wenn die Vorschrift wörtlich zu nehmen ist – allen Vereinigungen "zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" vergleichbare Rechte wie den Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften zukommen zu lassen^{116a}. Vereinigungen zur gemeinsamen Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen freiberuflicher Ärzte haben jedoch – das Kassenarztrecht noch zurückgestellt¹¹⁷ – keine Partner, mit denen sie sich – wie Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände – in eine gemeinsame Autonomie zur Regelung ihrer Belange teilen könnten¹¹⁸. Auch wenn sie unter Art. 9 Abs. 3 GG fielen, wäre ein Recht

113 S. die Verhandlungen des Ausschusses für Grundsatzfragen des Parlamentarischen Rates, 6. Sitzung vom 5. Oktober 1948, (ungedrucktes) Stenoprotokoli S. 14; Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses Bonn 1948/49, 1950, S. 211, 570 f.

114 In diesem Sinne *Hamann*, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958, S. 105; *ders.*, Grundgesetz, 2. Aufl. 1961, Art. 9 Anm. B 7 a; *Maunz*, Deutsches Staatsrecht, 14. Aufl. 1965, S. 138 f.; s.a. *Klein*, Genossenschaftswesen und staatliches Verfassungsrecht, 1958, S. 7 f.

115 S. statt aller anderen *Wernicke*, Bonner Kommentar, Art. 9 Anm. II 3 a und b; v. *Mangoldt-Klein*, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1955 ff., Art. 9 Anm. V 9; *Dietz*, Die Koalitionsfreiheit, in: *Bettermann-Nipperdey-Scheuner*, Die Grundrechte, Bd. III, 1. Halbbd. 1958, S. 417 ff. (426 ff.); w. Nachw. s. dort.

116 S. die Kritik an der damals herrschenden Lehre bei Richter, Vereinigungsfreiheit, Verwaltungsarchiv Bd. 32 (1926) S. 1 ff. (12 f.).

116a Allein schon die besondere Hervorhebung der in Art. 9 Abs. 3 GG angesprochenen Vereinigungen kann im Sinne einer besonderen Programmatik begünstigend wirken. Darüber hinaus ist an Unterschieden zu vermerken, daß Art. 9 Abs. 1 GG ein Deutschenrecht, Art. 9 Abs. 3 GG hingegen ein Recht "für jedermann" enthält. Ferner könnten besondere Wirkungen für die in Art. 9 Abs. 3 GG angesprochenen Vereinigungen aus Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG erwachsen. Um einen Unterschied zwischen Vereinigungen nach Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 GG zu schaffen, braucht also nicht auf die Typik der Sozialpartner zurückgegriffen zu werden.

117 S. u. 4.

118 S. nochmals oben II. Vgl. zu diesem Kriterium *Bogs*, Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, Verhandlungen des 43. DJT, Bd. II G 1960, S. 544. – Etwas anderes ist es, wenn sich die Ärzte als Arbeitgeber gegenüber den Vereinigungen ihres Personals zu einer Koalition zusammenschließen. Doch muß das hier außer Betracht bleiben.

ärztlicher Interessenorganisationen auf partnerschaftliche Ordnung ihrer Belange also gegenstandslos. Damit scheidet auch ein Recht auf den Streik als ein Mittel, um diese Ordnung notfalls zu erkämpfen, aus.

Damit ist nicht an sich das Recht der Ärzte, sich zusammenzuschließen und ihre Interessen gemeinsam geltend zu machen, negiert¹¹⁹. Wie aber soll dabei der *Streik* ein sinnvolles Mittel der Interessenwahrung sein? *Zwei Richtungen* sind denkbar. Einmal kann sich der Streik an die Öffentlichkeit als die Summe möglicher Patienten richten. Er könnte dann den Zweck haben, dieser Öffentlichkeit die Unentbehrlichkeit ärztlicher Leistungen deutlich zu machen, um Widerstände gegen höhere Honorarforderungen oder dergleichen abzubauen. Der maximal zu erwartende Effekt wäre sozialpsychischer Natur. Sodann aber kann sich der Streik auch an den Staat – den Gesetzgeber, unmittelbar staatliche Verwaltungsbehörden und Selbstverwaltungseinheiten – wenden, um dort die Berücksichtigung ärztlicher Wünsche zu erreichen. Der maximale Effekt kann hierbei in entsprechenden Regelungen und Anordnungen liegen, die jedoch nicht mit den ärztlichen Organisationen zu vereinbaren, sondern vom Staat einseitig zu treffen sind. Im ersteren Falle kann der Streik immer nur ein *Demonstrationsstreik* sein. Der Streik kann schon aus rein tatsächlichen Gründen nicht durchgeführt werden, bis der – nicht meßbare – sozialpsychische Effekt eingetreten ist. Im zweiten Fall wird er regelmäßig zwar auch nur der Demonstration ärztlichen Standpunkts dienen. Die Ärzteschaft könnte aber – ungeachtet rechtlicher Schranken – auch versuchen, so lange zu streiken, bis die staatliche Autorität sich den ärztlichen Wünschen gebeugt hat. Aber es muß der staatlichen Autorität ihrem Wesen nach verwehrt sein, die ärztlichen Interessen allein des Streikdrucks wegen stärker zu berücksichtigen, als dies der Sache nach gerechtfertigt ist.

Daß der Ärztestreik unzulässig wird, wenn er aus dem Bereich freier Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG)¹²⁰ heraustritt, um in politischen Druck gegen die verfassungsmäßig berufenen Entscheidungssubjekte auszuarten¹²¹, bedarf keiner näheren Erläuterung¹²². Aber auch wenn dies vermieden wird, muß der Ärztestreik auf Widerstand stoßen. *Gefährdet er Leben und Gesundheit* – ob einzelner oder gar unbestimmt vieler – so muß das Interesse der Ärzte, ihren kollektiven Meinungen und Interessen durch den Streik Nachdruck zu geben, zurücktreten. Auch hier ist wieder zu vergleichen: Leib und Leben könnten, wenn sie durch die Versagung ärztlicher Dienste gefährdet würden, nur wieder durch deren Inanspruchnahme geschützt werden; um die ärztlichen Interessen geltend zu machen, können hingegen andere Wege gewählt werden. Diese Abwägung muß um so eindeutiger zuungunsten des Ärztestreiks entscheiden, als der Streik freiberuflicher Ärzte

119 *Ipsen* a.a.O. S. 65 u. passim.

120 S. zum Zusammenhang des politischen Demonstrationsstreiks mit Art. 5 GG statt anderer *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 61 m. eingehenden Nachweisen.

121 S. *Kaiser* a.a.O. S. 27 ff.; *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 56 ff. u. ihre Nachw.

122 Auf die Möglichkeit des politischen Streiks als Widerstandshandlung auf Grund eines spezifischen *Widerstandsrechts* braucht hier nicht eingegangen zu werden. S. dazu z.B. *Kaiser* a.a.O. S. 47 ff.; *Rüthers* a.a.O. S. 94 ff.

deren Interessen – anders als der Streik angestellter Ärzte vermittelt des Tarifvertrags – ohnedies nicht unmittelbar zu verwirklichen vermag, während die Verantwortung der politischen Entscheidungsträger ihnen gegenüber klarer zutage tritt. Sowohl das Grundrecht aus Art. 9 GG als auch dasjenige aus Art. 5 GG muß also das Schutzgut des Art. 2 Abs. 2 GG respektieren¹²³.

Aber selbst der *Vertragsanspruch* des schon in Behandlung genommenen Patienten, der über den Mindestschutz des Lebens und der körperlichen Integrität, den jedermann vom Arzt erwarten kann, hinaus ein Recht auf laufende ärztliche Betreuung und Kontrolle enthält¹²⁴, verdient Schutz gegenüber dem Ärztestreik. Das Arbeitsverhältnis des angestellten Arztes unterliegt der Regelung durch den Tarifvertrag und deshalb dem Vorbehalt des Streiks, weil dieser einer neuen tarifvertraglichen Regelung des Arbeitsverhältnisses final zugeordnet ist¹²⁵. Das Vertragsverhältnis zwischen dem Arzt und dem Patienten dagegen unterliegt nur dem Gesetz und dem autonomen Willen der individuell Beteiligten. Für einen Einbruch kollektiver Freiheit (Art. 9 GG) in das Vertragsverhältnis besteht daher kein Anlaß. Aber auch Art. 5 Abs. 1 GG kann den Arzt nicht aus seiner Obligation befreien. Dabei kann dahingestellt bleiben, in welchem Maße Art. 5 Abs. 1 GG allgemein hinter Vertragsabreden zurückstehen kann und darf. Hier geht es allenfalls um den Streik als eine bestimmte Form, eine Meinung zu äußern, nicht um die Äußerung einer Meinung schlechthin. Diese Form der Meinungsäußerung ist für die Verwirklichung des Rechts aus Art. 5 Abs. 1 GG nicht so bedeutsam, daß der elementare Rechtsgrundsatz "pacta sunt servanda" ihr gegenüber nicht ein "allgemeines Gesetz" (Art. 5 Abs. 2 GG) abgeben würde¹²⁶.

Gibt es demnach kein Streikrecht des freiberuflichen Arztes, das – wie das Streikrecht des Arbeitnehmers – rechtliche Pflichten suspendieren könnte, so

123 Zu Art. 5 Abs. 1 GG sei insbes. auf Art. 5 Abs. 2 GG hingewiesen, wonach die Freiheit der Meinungsäußerung den Schranken der allgemeinen Gesetze unterstellt ist. Allgemeine Gesetze im Sinne dieser Bestimmung sind Gesetze, die "dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen, dem Schutze eines Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat" (BVerfGE 7, 198 [209f.]). Das gilt zugunsten der Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 GG sowohl als individuelle Güter als auch als Güter der Allgemeinheit (im Sinne der "Volks Gesundheit").

124 Zu denken ist dabei nicht nur an den konkreten Behandlungsvertrag, sondern auch an den sog. *Hausarztvertrag*, und ähnliche laufende Vertragsverhältnisse.

125 S. z.B. *Zimmer*, Einzelvertragliche Friedenspflicht, *Recht der Arbeit*, 15. Jhg. (1962) S. 460 ff. u.s. Hinw. Zum neuesten Stand der Diskussion s. z.B. *Ramm*, Streik und Arbeitsvertragsbruch, *Arbeit und Recht* 12. Jhg. (1964) S. 129 ff.; *Reuß*, Vertragsauflösende Arbeitskämpfe, *JZ* 20. Jhg. (1965) S. 233 ff.

126 Vgl. die in der Problematik parallele Entscheidung BVerfGE 7, 230. Allgemeiner s. zur entsprechenden Auslegung des Art. 5 Abs. 2 GG *Eike v. Hippel* a.a.O. S. 26 ff. S. zur Problematik ferner neuerdings die Untersuchung von *Biedenkopf*, Zum politischen Boykott, *JZ* 18. Jhg. (1965) S. 553 ff. Eingehende Nachweise s. bei den Vorgenannten. – Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß die Meinungsfreiheit auch dem politischen Demonstrationsstreik von Arbeitnehmern zugrundeliegen kann, sie aber gerade nicht die vertragliche Pflicht zur Arbeit aufhebt (s. dazu z.B. *Kaiser* a.a.O. S. 29 f. u. s. Nachw.).

heißt das noch nicht, daß ein *Streik* freiberuflicher Ärzte *undenkbar* ist. Den Raum dafür gibt eben ihre *freiberufliche Stellung*. Stellt der einzelne frei praktizierende Arzt seine Tätigkeit – ganz oder teilweise, für kürzere oder längere Zeit – ein, so begegnet er keinen strikten rechtlichen Hindernissen, die mit der Dienstpflicht des angestellten Arztes vergleichbar wären¹²⁷. Mit Recht geht § 1 Abs. 4 der Berufs- und Facharztordnung für die deutschen Ärzte¹²⁸ davon aus, daß die Rechtspflicht des Arztes zur Übernahme einer Behandlung die Ausnahme ist. Weder besteht eine allgemeine Pflicht, Sprechstunden abzuhalten¹²⁹, noch eine absolute Besuchspflicht. Zwar muß sich der Arzt am Notfalldienst beteiligen¹³⁰. Er muß bei Unfällen Hilfe leisten (§ 330 c StGB)¹³¹, und er muß wohl darüber hinaus auch andere Fälle schwerer Erkrankung annehmen, die nicht ohne ernste Gefährdung des Patienten zurückgewiesen oder an einen anderen Arzt abgegeben werden können¹³². Aber all diese Pflichten sind begrenzt und relativ¹³³. Hat der Arzt einen Behandlungsfall übernommen – d.h. also einen Dienstvertrag mit dem Patienten oder zu seinen Gunsten geschlossen –, so erwächst ihm daraus freilich die Pflicht, die Behandlung ordnungsgemäß durchzuführen. Aber er kann sich daraus nicht nur vergleichsweise leicht wieder lösen (§ 627 BGB). Er ist auch hinsichtlich der Einzelmaßnahmen der Behandlung im Rahmen der ärztlichen Sorgfaltspflicht weitgehend frei.

Diese Freiheit des einzelnen Arztes setzt nun freilich voraus, daß seine Dienste durch die anderen Ärzte ersetzt werden können und auch tatsächlich im notwendigen Umfang ersetzt werden. Diese Prämisse schwindet in dem Maße, in dem Ärzte ihre Dienste kollektiv einstellen¹³⁴. Je mehr Ärzte ihre Tätigkeit zugleich verweigern, desto mehr wird die ärztliche Funktion als solche in Frage gestellt. Die Freiheit, die dem einzelnen Arzt wegen der nach dem Gesetz der großen Zahl

127 Dabei kann hier *nicht näher* auf die besonderen – zwischen Angestellten- oder Beamtenstatus und freiem Beruf wechselnden – spezifischen Positionen der *Chefärzte* eingegangen werden. S. dazu die Hinweise oben Fn. 85.

128 "Der Arzt ist in der Ausübung seines Berufes grundsätzlich frei. Er kann eine ärztliche Behandlung, soweit er nicht rechtlich zu ihr verpflichtet ist, ablehnen ...". – Zur paradigmatischen Natur der Berufs- und Facharztordnung für die deutschen Ärzte s. nochmals oben Fn. 99.

129 Arg. § 5 Abs. 2 Satz 5 der Berufs- und Facharztordnung für die deutschen Ärzte.

130 § 19 der Berufs- und Facharztordnung für die deutschen Ärzte, s.a. *Peters* und *Kohlhaas*, Art. "Bereitschaftsdienst" in: *Kuhns* a.a.O. S. I/1226 f.

131 S. dazu oben Fn. 86 und 87 sowie den Text hierzu.

132 S. dazu *Eberhard Schmidt* a.a.O. (s. o. Fn. 86); ferner *Bewer*, Art. "Ärztliche Behandlung" in: *Kuhns* a.a.O. S. I/19 ff., insbes. S. I/25 f.; *Kohlhaas*, Art. "Besuchspflicht" ebd. S. I/283 ff.; *ders.* Art. "Kurierpflicht" ebd. S. I/611. – Bei der Konkretisierung dieser Pflicht wird auch die fachliche (Un-)Zuständigkeit des angegangenen Arztes berücksichtigt werden müssen (s. insbes. § 32 der Berufs- und Facharztordnung für die deutschen Ärzte).

133 Am weitesten geht in der Annahme einer zeitlich unbegrenzten Arbeitspflicht *Küchenhoff*, Art. "Arztrecht" a.a.O. Sp. 602. – Die Beistandspflicht nach § 13 Abs. 1 der Berufs- und Facharztordnung für die deutschen Ärzte ist von vornherein nur auf die interkollegiale Dimension zugeschnitten.

134 S. a. *Maschke* a.a.O. S. 185.

präsumtiv unschädlichen Streuung ihres Gebrauchs eingeräumt werden kann, kann dem Kollektiv der Ärzte daher nicht ohne weiteres ebenso zugewilligt werden¹³⁵. Doch ist das wieder nur eine Seite des Problems. Auf der anderen Seite ist auch insofern das grundsätzliche Recht der Ärzte, kollektiv zu handeln (Art. 9 GG) zu beachten. Der Raum des kollektiven Handelns wird zunächst durch den Freiheitsraum des individuellen Handelns der Zusammengeschlossenen bestimmt. Glauben nun Recht und Gesellschaft, einem System grundsätzlich freiberuflicher Ärzte den Vorzug geben zu sollen, so definiert die daraus resultierende Freiheit der Berufsausübung fürs erste auch die Freiheit des kollektiven Handelns. Das hat nichts mit der – nicht zu begründenden – These der “freien Berufe” zu tun¹³⁶. Vielmehr geht es nur um die innere Konsequenz des Systems¹³⁷. Die Gesellschaft, die das System freiberuflicher medizinischer Versorgung seiner Vorteile wegen gewählt hat, kann sich von seinen Risiken nicht freizeichnen. Sie kann auch den Ärzten gegenüber das Gesetz der Freiberuflichkeit, unter dem es sie hat antreten lassen, nicht verleugnen. Und so gewiß Freiberuflichkeit wesentlich staatliche Bindung impliziert¹³⁸, so ist sie in erster Linie doch Negation “der Abhängigkeit des Beamten und des Arbeitnehmers”¹³⁹.

Damit zeichnen sich im wesentlichen *drei Strukturlinien* ab, die es zu einer widerspruchsfreien, alle berührten Rechtsgüter maximal schonenden Lösung zu vereinen gilt: *erstens* der Schutz des Lebens, der körperlichen Integrität und auch der vertraglichen Ansprüche, die Patienten regelmäßig durch die Übernahme ihrer Behandlung erlangt haben; *zweitens* der Schutz der tatsächlichen und rechtlichen Bewegungsfreiheit, welche die Stellung des freiberuflichen Arztes auszeichnet; und *drittens* die Entfaltung des verfassungsrechtlich verbürgten Rechts kollektiver Interessenwahrung und Meinungsäußerung. Sie können *vereinigt* werden, wenn die aufgezeigte Prämisse der individuellen ärztlichen Freiheit, die abstrakt-konkrete Ersetzbarkeit der ärztlichen Leistung, in die kollektive ärztliche Freiheit hineingenommen wird. Das ärztliche Kollektiv trägt das Risiko, daß der von ihm organisierte Ausfall ärztlicher Dienste durch die verfügbar bleibenden ärztlichen Kräfte kompensiert wird. *Die streikende Vereinigung hat also entweder mit “eigenen Leuten” oder durch Absprache mit außenstehenden Ärzten einen Notfalldienst bereitzustellen*. Dieser muß so gestaltet sein, daß er nicht nur neu auftretende dringende Behandlungsbedürfnisse befriedigt. Er muß auch die vertretungsweise

135 S. a. Maschke ebd.

136 S. dagegen BVerfGE 10, 363 ff., insbes. S. 364; s.a. Schneider, Die öffentlich-rechtliche Alterssicherung freier Berufe und das Grundgesetz, 1959, S. 25 f. m.w. Nachw. zum Meinungsstand; vermittelnd Rittner a.a.O. S. 24 f. m. Fn. 63.

137 Zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit konsequenter, sach- und systemgerechter Gestaltung rechtlicher Ordnungen unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes s. Rinck, Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, JZ 18. Jhg. (1963) S. 521 ff.

138 S. dazu z.B. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I 1953, S. 768 ff.; Bachof, Freiheit des Berufs, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 1. Halbbd., 1958, S. 155 ff. (184 ff.); s.a. deren Nachweise. – Speziell zur Stellung des Arztes s. a. Schindera a.a.O. S. 119 ff.

139 Rittner a.a.O. S. 20 ff.

Vertragserfüllung angemessen sicherstellen, auf die, wenn sie gewährleistet ist, der Arzt seine Patienten im Falle des Streikes wohl nicht weniger verweisen kann wie im Falle berufsständischer Inanspruchnahme, familiärer Verhinderung, des Urlaubs und dergleichen. So bleibt bei aller grundsätzlichen Bejahung des Streikrechts auch freiberuflicher Ärzte praktisch nur wenig Raum für seinen tatsächlichen Gebrauch¹⁴⁰. *Je kürzer der Streik ist, desto mehr Ärzte können sich daran beteiligen. Je länger der Streik aber dauert, desto ausgedehnter muß der Notfall- und Vertretungsdienst sein.* Schließlich wird nur eine Minderheit von Ärzten für den Streik "freigestellt" werden können. Im einzelnen können sich erhebliche Unterschiede in der "konkreten Streikfreiheit" der Ärzte je nach der besonderen zeitlichen, örtlichen, fachlichen und sonstwie funktionellen Situation ergeben. Das kann hier jedoch nicht weiter ausgeführt werden.

Beteiligt sich der Arzt an einem Streik, ohne daß über das Kollektiv eine ausreichende Erfüllung seiner Pflichten gewährleistet ist, so kann er für dadurch bedingte Schäden sowohl *strafrechtlich* (§§ 211 ff., 223 ff. StGB) als auch *deliktsrechtlich* (§ 823 BGB, eventuell auch § 826 BGB) belangt werden. Als Auffanglinie der Handlungspflicht des Arztes fungiert auch hier wieder § 330 c StGB. Bei all dem ergeben sich vergleichbare Zurechnungsschwierigkeiten wie hinsichtlich des Arbeitnehmerarztes. Auch deshalb ist bedeutsam, daß der Arzt daneben auch für die Erfüllung der schon zustande gekommenen *Behandlungsverträge* (§ 611 BGB) und, da ihn seine Teilnahme am Streik nicht rechtfertigt oder entschuldigt, auch für die Schäden, die aus der Nichterfüllung seiner Vertragspflichten erwachsen (§§ 325, 326 BGB), einstehen muß. Wollten sich alle streikenden Ärzte zum Zwecke des Streiks gleichzeitig durch Kündigung aus ihren Verträgen lösen, ohne im aufgezeigten Sinn für ihren realen Ersatz gesorgt zu haben, so müßte diesem Schritt die Anerkennung versagt werden (§ 627 Abs. 2 BGB). Ferner ist die Teilnahme an einem Streik, der die ärztliche Funktion als solche unvertretbar beschränkt, ebenso wie im Vergleichsfall des Arbeitnehmerstreiks *polizeirechtlich* beschränkbar. Und schließlich ist sie den *berufsrechtlichen* Sanktionen ausgesetzt, die beim freiberuflichen Arzt, dem gegenüber die arbeitsrechtliche Kontrolle durch den Dienstgeber fehlt, von *besonderer Bedeutung* ist. Daneben erhebt sich die Frage, ob die Streikabrede von Ärzten nicht auch der Kontrolle des Kartellrechts¹⁴¹ unterliegt¹⁴². Sie scheint nicht von der Hand zu weisen, wenn auch das Ständesrecht als das spezielle Mittel erscheint, Entartungen entgegenzuwirken. Sie hier erschöpfend zu beantworten, ist jedoch nicht möglich.

140 Zur Steigerung der ultima-ratio-Lehre s. a. insofern *Puppe* a.a.O. S. 155.

141 In Betracht käme in erster Linie § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

142 S. zu der Frage, inwieweit freie Berufe dem Kartellrecht unterliegen: *Müller-Henneberg*, im: "Gemeinschaftskommentar", 2. Aufl. 1963, § 1 Rdnr. 7; *Bartholomeyczik* ebd. § 22 Rdnr. 8 und 9; *Kaufmann-Rautmann*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen "Frankfurter Kommentar" (1958 ff.) § 1 Rdnr. 4 und 5 (mit Ergänzungen hierzu), § 26 Rdnr. 9, § 27 Rdnr. 19; alle älteren Nachweise s. dort. – Zu der Frage, inwieweit auch die Beschränkung des Angebots – wie sie für einen Ärztestreik typisch ist – gegen § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verstößt, s. *Müller-Henneberg* a.a.O. § 1 Rdnr. 30 m.w. Nachw.

In besonderem Maße vertieft sich das Unwerturteil des Rechts gegenüber dem Ärztestreik, wenn er, wie es wegen des Fehlens eines "natürlichen" Streikgegners für ihn typisch ist, sich auf das Handeln staatlicher Entscheidungsträger richtet. Vor allem die strafrechtlichen Tatbestände der Parlamentsnötigung (§ 105 StGB)¹⁴³ und der Behördennötigung (§ 114 StGB)¹⁴⁴ liegen hier nahe.

Der Streik freiberuflicher Ärzte bewegt sich also in einer Richtung, in der für den Streik der Arbeitnehmer-Ärzte wegen seiner arbeitsvertraglichen Bindung grundsätzlich kein Raum ist: in *Richtung auf die Allgemeinheit und die staatliche Autorität*. Die freiberufliche Stellung des Arztes gibt ihm dazu Bewegungsfreiheit, die der angestellte Arzt nicht hat, während der freiberufliche Arzt eines Anlasses zum partnerschaftlichen Kampfstreik im Sinne des arbeitsrechtlichen Streiks – abgesehen von der spezifischen Situation des Kassenarztes – entbehrt. *Angestellter Arzt und freiberuflicher Arzt haben also je "ihren" Streiktyp*. Für beide ist jedoch die Verantwortung für Leib und Leben derer, die der ärztlichen Hilfe bedürfen – eine Verantwortung, die zunächst dem Recht als der objektiven staatlichen Ordnung, dann aber auch dem Arzt selbst kraft seiner tatsächlichen und rechtlichen Stellung obliegt – ein sehr kurzer Zügel. Im wesentlichen sind Ärztestreiks hier wie dort nur als kurz befristete Demonstrationsstreiks – niemals dabei unter völligem Wegfall der ärztlichen Funktion – denkbar.

4. Der Kassenarzt-Streik

Die Interessen und Ordnungsanliegen, die sich in den Problembereichen des Streiks angestellter Ärzte einerseits und freiberuflicher Ärzte andererseits zeigen, treffen sich auf eigentümliche Weise in dem Problem des *Streiks von Kassenärzten*. Der Kassenarzt übt – auch als solcher – einen freien Beruf aus¹⁴⁵. Aber seine Patienten sind in den Krankenkassen organisiert. Er ist diesen gegenüber in der Kassenärztlichen Vereinigung zusammengeschlossen. Und diese handelt mit jenen die Bedingungen aus, unter denen der Kassenarzt seine Dienste zu verrichten hat¹⁴⁶. Er hat seinen Platz in seinem Viereck Versicherter (= Kassenpatient) / Krankenversicherung / Kassenärztliche Vereinigung / Kassenarzt, das in vielem an das arbeitsrechtlich vertraute Viereck Arbeitgeber / Arbeitgeberorganisation / Gewerkschaft / Arbeitnehmer erinnert¹⁴⁷ und ihm auch bewußt nachgestaltet ist¹⁴⁸.

143 Zu Einzelheiten s. *Siebrecht* a.a.O. S. 166 f.; *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 191 ff.; u. deren Nachweise.

144 S. ebenfalls *Brox-Rüthers* a.a.O. S. 204.

145 BVerfGE 11, 30 (39 ff.); 12, 144 (147).

146 §§ 368 ff., insbes. §§ 368 ff. RVO.

147 S. zu deren Vergleich *Hess-Venter* a.a.O. § 368 g Anm. I 4 Anhang (S. 228 f.); s.a. *Bittner*, Aufgaben und rechtliche Stellung der kassenärztlichen Vereinigungen, *Saarländisches Ärzteblatt*, 17. Jhg. (1964) S. 211 ff. (212 f.).

148 S. Entwurf eines Gesetzes über die Regelung der Beziehungen zwischen Ärzten, Zahnärzten und Krankenkassen (Kassenarztrecht), Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Drucksache 87, S. 17: "Die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und die Spitzenverbände der Krankenkassen schließen ... Mantelverträge (analog den Manteltarifverträgen zwischen den Spitzenverbänden der Arbeitgeber und Arbeitnehmer) ...".

Somit scheint der Rolle des Kassenarztes ebenso ein Streikrecht zu entsprechen wie der des Arbeitnehmers. Ebenso aber wie der Gesetzgeber etwa nicht daran denken konnte, die Aussperrung der Kassenärzte durch die Krankenkassen zuzulassen, hat er auch den Kassenärzten das Recht vorenthalten, ihre Leistungsbedingungen durch Streik zu erkämpfen¹⁴⁹. An die Stelle des Tarifkampfes tritt von vornherein das gesetzlich geregelte Schlichtungsverfahren (§§ 368 h f RVO)¹⁵⁰. Bis ein neuer Vertrag abgeschlossen oder ein Schiedsspruch wirksam wird, gelten die Bestimmungen des jeweils bisherigen Vertrages weiter (§ 368 h Abs. 2 Satz 4 RVO). Der *Ärztstreik* als Mittel, um im Kampf um die *kassenärztlichen Leistungsbedingungen* die ärztlichen Vorstellungen durchzusetzen, ist *eliminiert*¹⁵¹. Das schließt nicht aus, daß Kassenärzte den Spielraum, den ihnen ihre *freiberufliche Stellung* läßt, dazu benutzen, um ihre Interessen im Wege begrenzter Streikaktionen wahrzunehmen und Meinungen zu äußern¹⁵². Nichts steht entgegen, daß sich Streiks dieser Art auch auf Fragen des Kassenarztrechts beziehen. Aber sie rechtfertigen sich nur aus der trotz aller Bindung freiberuflichen Stellung des Kassenarztes, nicht dagegen aus dem verfassungsrechtlichen Grund des Arbeitnehmerstreiks. *Der Kassenarzt ist bei aller Ähnlichkeit kein Arbeitnehmer*¹⁵³. *Und die Kassenärztlichen Vereinigungen sind keine Koalitionen i.S. des Art. 9 Abs. 3 GG*¹⁵⁴.

149 Dazu auch der damalige Bundesarbeitsminister *Storch* (Bundesrat, 142. Sitzung v. 10. Juni 1955, Sten. Ber. S. 153 f.): "Wenn damit die Organisationen sich nicht verständigen und ein vertragsloser Zustand eintritt, dann kann nicht die eine Organisation die andere irgendwie durch Zwangsmaßnahmen schädigen, sondern der Versicherte wird geschädigt".

150 S. dazu auch *Storch* a.a.O. S. 154; in Parallele zum Arbeitsrecht.

151 So ausdrücklich der Schriftliche Bericht des Ausschusses für Sozialpolitik über den Entwurf eines Gesetzes über Änderungen von Vorschriften des Zweiten Buches der Reichsversicherungsordnung und zur Ergänzung des Sozialgerichtsgesetzes (Gesetz über das Kassenarztrecht) (Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Drucksache 1313 S. 4 unter Nr. 6): "Ärztstreiks u. ä. erscheinen also nach dieser Vorschrift ... ausgeschlossen." Schon vorher die Begründung des Regierungsentwurfs (s. o. Fn. 148): "... um jede Unterbrechung oder Unsicherheit in der kassenärztlichen Versorgung auszuschließen." – Aus dem Schrifttum s. insbes. *Hess-Venter* a.a.O. § 368 g Anm. I 5 (S. 230): "Die gewerkschaftliche Austragung etwaiger Interessengegensätze ist nicht möglich". S. dort auch sehr aufschlußreiche weitere Bemerkungen und Hinweise. Gegen ein Streikrecht der Kassenärzte wegen deren "Treuepflicht zum Staat" auf "uneingeschränkte Mitarbeit des Kassenarztes an der kassenärztlichen Verordnung": *Albrecht*, Die Rechtsstellung des Kassenarztes, Zentralblatt für Sozialversicherung und Versorgung, 11. Jhg. (1957) S. 146 ff. (147). Gegen ein Streikrecht der Kassenärzte auch *Bogs*, Die Rechtsstellung der Kassenärzte und der an der kassenärztlichen Versorgung beteiligten Ärzte nach der höchstrichterlichen Judikatur, Die Ortskrankenkasse 1964 S. 533 ff. (S. 535 Fn. 8 a). Modifiziert, jedoch im Grundsatz ebenfalls gegen den Kassenarztstreik s. *Bittner* a.a.O. S. 215 f.

152 S. insofern allgemein oben zu 3.

153 BVerfGE 10, 70; *Schindera* a.a.O. S. 125 ff.

154 Vgl. *Werner Weber* a.a.O. S. 15; *Hess-Venter* a.a.O. § 368 k Anm. II 1; *Peters*, Vereinigungsfreiheit und kassenärztliche Vereinigung, Wege zur Sozialversicherung, 15. Jhg., (1961), S. 197 ff. A.A. *Bogs*, Diskussionsbeitrag in: Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft usw. S. 26 ff. (27), der eine Doppelnatur bejaht. In dieser Richtung auch *Bittner*, Aufgaben und rechtliche Stellung der Kassenärztlichen Vereinigung a.a.O. S. 212 ff., 215 f. Unklar *Heinemann-Liebold*, Kassenarztrecht, 4. Aufl. 1950 ff., § 368 k Anm. 2.

Sie entstammen auch, ungeachtet des Problems der spezifischen Einordnung in Art. 9 Abs. 3 GG, nicht dem Freiheitsrecht des Art. 9 GG¹⁵⁵. Ihre Einrichtung ist gesetzlich vorgeschrieben¹⁵⁶ und die Mitgliedschaft bei ihnen Zwang¹⁵⁷. Sie sind Körperschaften des öffentlichen Rechts¹⁵⁸. Ihre Aufgaben bestimmen sich ebenso wie diejenigen der Ärztekammern¹⁵⁹ nach dem Gesetz¹⁶⁰. Sie implizieren die Wahrung der Interessen der Kassenärzte, aber doch im Rahmen ihrer öffentlich-rechtlich geordneten und im wesentlichen auch zu erfüllenden öffentlichen Aufgabe. Ihre partnerschaftlichen Verträge mit den Krankenkassen sind nicht wie arbeitsrechtliche Tarifverträge primär aus Freiheit erwachsene Instrumente kollektiven Interessenausgleichs. Sie gehören einem System öffentlichrechtlicher Ordnungen und Ordnungsbefugnisse an¹⁶¹. Ohne verfassungsrechtliches Bedenken ist daher der Gesetzgeber imstande, den Kampf als Medium der Selbstkoordination der Vertragspartner auszuschließen und unmittelbar andere Kompetenzen eingreifen zu lassen¹⁶².

Sind Kassenärzte damit, wie die Kassenärztliche Vereinigung ihre Interessen wahrnimmt, nicht zufrieden oder erscheinen ihnen deren Möglichkeiten der Interessenwahrung nicht ausreichend, so können sie sich zu Vereinigungen im Sinne des Art. 9 GG zusammenschließen¹⁶³. Ihnen braucht dann nur beizutreten, wer von dem Recht, sich zusammenzuschließen (Art. 9 GG), in diesem Sinne Gebrauch machen will. Aber diese Vereinigungen haben keinen Anspruch auf die Ordnungsaufgaben, die das Gesetz den Kassenärztlichen Vereinigungen übertragen hat¹⁶⁴. Wenn Kassenärzte *streiken*, dann muß jedenfalls ihre *Organisation* auf diese Weise *frei gebildet* sein.

Dies auseinander zu halten, schärft auch den Blick dafür, daß der Ärztestreik auch dann "politischer Streik" ist, wenn er sich auf Handlungen richtet, die von der Kassenärztlichen Vereinigung selbst oder unter ihrer Beteiligung vorzunehmen sind¹⁶⁵. Der legale Weg, hierauf bestimmend Einfluß zu nehmen, ist der der Mitwirkung im Rahmen der Selbstverwaltung der Kassenärztlichen Vereinigung. Daneben ist es auch zulässig, vermittels freigebildeter Parallelorganisationen durch kollektive Stellungnahme und Demonstrationen Einfluß zu nehmen. Jeder Druck hingegen würde den Respekt vor den gesetzlich begründeten Kompetenzen

155 S. *Peters* a.a.O.

156 § 368 k Abs. 1 und 2 RVO.

157 § 368 a Abs. 4, § 368 k Abs. 4 RVO.

158 § 368 k Abs. 3 Satz 1 RVO.

159 S. oben 3 Fn. 108 ff., insbes. 111, und den Text hierzu.

160 S. dazu insbes. §§ 368 k Abs. 1, 368 b, 368 f, 368 g, 368 i, 368 k – 368 o RVO.

161 S. dazu z.B. *Küchenhoff*, Gesamtverträge und Schiedssprüche im Kassenarztrecht, in: Festschrift für Erich Molitor, 1962, S. 253 ff.; *Schindera* a.a.O. S. 89 ff., 109 ff.; BSGE 20, 73.

162 S. zu Vorstehendem auch *Bittner* a.a.O. S. 216.

163 Zur Frage, ob diese Vereinigungen unter Art. 9 Abs. 1 oder Art. 9 Abs. 3 GG fallen, s. o. 3 zu Fn. 112 ff.

164 S. dazu z.B. *Zacher*, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, S. 105 f. m. v. Nachw.

165 Zu deren System s. nochmals die oben Fn. 161 Genannten.

der kassenärztlichen Organe vermissen lassen. Der Kampfstreik, der über die Grenzen der bloßen Demonstration hinausgehend den Willen der kompetenten Entscheidungssubjekte beugen soll, ist daher illegal. Von allen anderen Folgen dieser Rechtswidrigkeit abgesehen, berührt er die Grenzen des § 114 StGB.

Schließlich beengt die *besondere Rechtsstellung des Kassenarztes*¹⁶⁶ seine Möglichkeiten, durch koordinierten Gebrauch seiner freiberuflichen Freiheiten Raum für einen Streik zu schaffen, auch in der Sache¹⁶⁷. Der Kassenarzt ist zur kassenärztlichen Versorgung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet (§ 368 Abs. 4 RVO). Daher kann er die Behandlung auch neuer¹⁶⁸ Kassenpatienten nicht mit der gleichen Freiheit ablehnen wie der Nichtkassenarzt oder wie die Behandlung von Nichtkassenpatienten¹⁶⁹. Er muß regelmäßig ausreichende Sprechstunden abhalten¹⁷⁰ und darf diese nicht längere Zeit ohne Vertretung unterbrechen¹⁷¹. Aber auch außerhalb der Sprechstunden wird dem Kassenarzt eine gesteigerte Dienstbereitschaft abverlangt¹⁷². Doch ist die Differenz zum Nichtkassenarzt doch

166 S. dazu insbes. *Bogs*, Die Rechtsstellung der Kassenärzte und der an der kassenärztlichen Versorgung beteiligten Ärzte nach der höchstrichterlichen Judikatur, in: "Versicherungsmedizin und Versicherungsrecht", Festgabe für Hans Göbbels, 1964, S. 23 ff. (geringfügig verändert abgedruckt auch in: Die Ortskrankenkasse, 1964, S. 533 ff.).

167 S. a. nochmals *Albrecht* a.a.O.

168 Für den *schon in Behandlung stehenden Kassenpatienten* ist vor allem die Vorschrift des § 368 d Abs. 4 RVO bedeutsam. Danach schuldet der Kassenarzt dem in Behandlung genommenen Kassenpatienten die "Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrecht". Zu dieser Vorschrift s. statt aller älteren Hinweise *Schindera* a.a.O. S. 66 ff. Ob nun zwischen Kassenarzt und Kassenpatient ein Vertrag zustande kommt oder ein gesetzliches Schuldverhältnis mit dem Inhalt eines Vertrages (was ich für richtig halte), kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls gleicht die Rechtslage beim Kassenarztstreik derjenigen beim sonstigen Streik darin, daß auch der Kassenarzt den "vertraglichen" Behandlungsanspruch des in Behandlung genommenen Patienten respektieren muß.

169 § 4 Absatz 6 des Bundesmantelvertrags (Ärzte): "Der Kassenarzt darf die Behandlung oder Weiterbehandlung eines Berechtigten *in begründeten Fällen ablehnen*" (Hervorhebung nicht im Original). s. dazu *Heinemann-Liebold* a.a.O. § 4 BMV(Ä) Anm. 9; *Peters*, Das Kassenarztrecht, 1955, S. 46; *Petersilie*, Bundesmantelvertrag (Ärzte), 1960, § 4 Anm. 21; *Große*, Art. "Ärztliche Behandlung" in: *Kuhns* a.a.O. S. I/14 ff., I(25); *Peters*, Art. "Kassenärztliche Pflichten" ebd. S. I/531 ff.; *Albrecht* a.a.O. S. 147 f. m.w. Nachw.; *Schindera* a.a.O. S. 73 m. w. Nachw.; zurückhaltend dagegen *Hess-Venter* a.a.O. § 368 a Anm. V 2 (S. 124). Gegen einen Unterschied zwischen allgemeiner ärztlicher und kassenärztlicher Behandlungspflicht *Jantz-Prange* a.a.O. Teil C § 368 Rdnr. 10 (S. 17).

170 § 14 Abs. 1 der Zulassungsordnung für Kassenärzte vom 28. Mai 1957 (BGBl. I S. 572, 608); s. dazu *Jantz-Prange* a.a.O. Teil E § 14 ZulO Anm. II 1; § 6 Abs. 2 des Bundesmantelvertrag (Ärzte); s. dazu auch *Petersilie* a.a.O. § 6 Anm. 25; *Peters* a.a.O.; am eingehendsten *Heinemann-Liebold* a.a.O. § 6 BMV (Ä) Anm. 3 m. w. Hinw.

171 § 6 Abs. 5 des Bundesmantelvertrag (Ärzte); s. dazu *Petersilie* a.a.O. Anm. 26; eingehender *Heinemann-Liebold* a.a.O. § 6 BMV (Ä) Anm. 6.

172 S. § 14 Abs. 2 Satz 2 der Zulassungsordnung für Kassenärzte: "Er hat seine Wohnung so zu wählen, daß er für die ärztliche Versorgung der Versicherten an seinem Kassenarztsitz zur Verfügung steht". S. a. die besondere Verantwortung der Kassenärztlichen Vereinigung für den Notfalldienst (§ 6 Abs. 4 des Bundesmantelvertrags [Ärzte]). S. dazu auch *Jantz-Prange* a.a.O. Teil E § 14 ZulO Anm. II 2; *Heinemann-Liebold* § 6 BMV (Ä) Anm. 5 m. w. Nachw.

nur gradueller und – was die Dispositionsmöglichkeit in Richtung auf einen Streik anlangt – nicht grundsätzlicher Natur¹⁷³.

Wie danach auch immer der – wiederum nach den zeitlichen, örtlichen und fachlichen Verhältnissen verschiedene – Spielraum für einen *Streik* von Kassenärzten sein mag, so kann er immer *nur eine Reduktion der ärztlichen Funktion* als solcher enthalten, nicht dagegen den Ausfall gerade der kassenärztlichen Modalität dieser Funktion. Die “Streikpraxis”, daß Kassenpatienten zwar behandelt, jedoch auf – zunächst – eigene Rechnung behandelt werden¹⁷⁴, mag unter den §§ 370 ff. RVO a.F. sinnvoll gewesen sein. Unter dem geltenden Kassenarztrecht, das keinen vertragslosen Zustand kennt¹⁷⁵, ist sie unzulässig¹⁷⁶. Die Pflicht des Kassenarztes zur kassenärztlichen Versorgung¹⁷⁷ schließt ein, daß die ärztliche Tätigkeit gegen den von der Kassenärztlichen Vereinigung zuzuweisenden Anteil an der Gesamtvergütung der Krankenkasse zu leisten ist¹⁷⁸. Mit Recht legt der Bundesmantelvertrag (Ärzte) in § 4 Abs. 5 fest, daß der Kassenarzt vom Kassenpatienten selbst eine Vergütung nur fordern darf, wenn dieser entweder keinen Behandlungsausweis vorlegt (§ 8 Abs. 3 des Bundesmantelvertrags) oder wenn er ausdrücklich verlangt, auf eigene Kosten behandelt zu werden¹⁷⁹.

Allerdings kann der Kassenarzt, der lediglich die kassenärztliche Vergütung ablehnt, im allgemeinen vermeiden, wegen Schäden an Leib und Leben in Anspruch genommen zu werden. Sein Sanktionsrisiko konzentriert sich insofern – von Erfüllungsansprüchen gem. § 368 d Abs. 4 RVO in bereits übernommenen Behandlungsfällen abgesehen – auf die Disziplinargewalt der Kassenärztlichen Vereinigung¹⁸⁰ und den Entzug der kassenärztlichen Zulassung¹⁸¹. Wie weit andererseits die besonderen kassenärztlichen Pflichten ausschließlich diesen Sanktionen unterliegen und ihre Verletzung nicht auch die allgemeinen Rechtsfolgen pflichtwidrigen Unterlassens ärztlicher Hilfe auslöst, kann hier nicht abschließend erörtert werden. *Doch scheint die zumeist vertretene Auffassung, der Kassenarzt habe die aufgezeigte gesteigerte Pflicht, tätig zu werden, nur der Kassenärztlichen Vereinigung gegenüber*¹⁸², dem sozialen Sicherungszweck der kassenärztlichen Ver-

173 S. zum Spielraum des Kassenarztstreiks auch *Bittner* a.a.O. S. 216.

174 S. o. I insbes. zum saarländischen Ärztestreik von 1949.

175 § 368 h Abs. 2 Satz 4 RVO.

176 S. dazu *Heinemann-Liebold* a.a.O. § 368 h Anm. 1.

177 S. insbes. §§ 368 a Abs. 4, 368 m Abs. 2 RVO; § 4 Abs. 1 und 2 des Bundesmantelvertrags (Ärzte).

178 § 368 f RVO. S. dazu z.B. *Schindera* a.a.O. S. 90 ff., 135 ff.

179 Einzelheiten s. bei *Heinemann-Liebold* a.a.O. § 4 BMV 8A9 Anm. 6 und 7; *Hess-Venter* a.a.O. § 368 e Anm. III. S. dazu auch LSG Berlin, Urt. v. 24. August 1956 – 7 LSG 1/56 – Ärztliche Mitteilungen 42. Jhg. (1957) S. 222.

180 § 368 n. Abs. 1 Satz 3, 368 m Abs. 4 RVO.

181 § 368 a Abs. 6 RVO. Dazu, daß die ungerechtfertigte Ablehnung einer Behandlung zur Entziehung führen kann, s. *Peters*, Art. “gröbliche Pflichtverletzung” und “kassenärztliche Pflichten” in: *Kuhns*, Das gesamte Recht der Heilberufe, S. 1/478 und S. 1/531 ff. (5:1).

182 S. *Hess-Venter* a.a.O. § 368 a Anm. V 2 und § 368 d Anm. IV; *Jantz-Prange* a.a.O. § 368 Rdnr. 10; *Schindera* a.a.O. S. 127. S. dagegen *Albrecht* a.a.O. S. 148.

sorgung nicht voll zu genügen. Sie übergeht auch, in welchem Maße die kassenärztliche Versorgung heute nicht nur eine Maßnahme sozialer Hilfe, sondern im Effekt ein System medizinischer Versorgung schlechthin geworden ist. Wer in sie eintritt, nimmt an einer gesteigerten medizinischen Garantiefunktion gegenüber der Allgemeinheit teil.

Mit dem sozialen und medizinischen Bedürfnis nach einem leistungsfähigen kassenärztlichen Dienst ist auch das höherwertige Rechtsgut angesprochen, das rechtfertigt, im aufgezeigten Rahmen dem Kassenarzt selbst einen Verzicht auf die freie Meinungsäußerung (Art. 5 GG) durch den Demonstrationsstreik zuzumuten¹⁸³. Neben das Recht aus Art. 2 Abs. 2 GG und seine "Volks-gesundheit" genannte Addition tritt hier das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) als hochrangiges verfassungsrechtliches Wertbekenntnis, welches das – ihm entsprechende – Kassenarztrecht insofern zum "allgemeinen Gesetz" (Art. 5 Abs. 2 GG) werden läßt.

Diesen besonderen Bindungen können sich Kassenärzte, die streiken wollen, schließlich auch nicht dadurch entziehen, daß sie vorübergehend – genauer: in der Erwartung, auf Dauer nicht entbehrt werden zu können und somit auf ihren Antrag wieder zugelassen zu werden – auf ihre Zulassung verzichten¹⁸⁴. Zwar hat der Kassenarzt das Recht, auf seine Zulassung zu verzichten¹⁸⁵. Aber dieser kollektive Gebrauch des Rechts auf Verzicht würde die kassenärztliche Versorgung lähmen. Er wäre unvereinbar mit der Pflichtstellung, die der Kassenarzt noch einnimmt, indem er verzichtet¹⁸⁶. Und er ist durch seinen inneren Mangel an Endgültigkeit disqualifiziert. Somit wäre dem Verzicht als mißbräuchlich die rechtliche Anerkennung zu versagen¹⁸⁷. Die Feststellung des Endes der Zulassung nach § 28 Abs. 1 der Zulassungsordnung für Kassenärzte wäre zu versagen. *Die streikenden Ärzte blieben in der Disziplinalgewalt der Kassenärztlichen Vereinigung*¹⁸⁸. Die Kassenärztliche Vereinigungen behielten es in der Hand, in ausgewählten Fällen – etwa der Anführer der Streikbewegung oder exzessiver Teilnehmer – die Entzie-

183 S. dazu nochmals oben 3 insbes. Fn. 123 und 126. Dagegen erscheint es als ein unnötiger und begrifflicher Umweg, erst über die Gebundenheit des Kassenarztes die Nähe staatlich gebundener Berufe zum öffentlichen Dienst (s. zuletzt etwa BVerfGE 17, 371 insbes. S. 377; dazu Menger, Verwaltungsarchiv Bd. 56 (1965) S. 81 ff.; Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, NJW 18. Jhg. (1965) S. 993 ff., insbes. S. 995; je m.w. Nachw.) und die Einschränkung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung im öffentlichen Dienst (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG; s. zum Verhältnis zwischen öffentlichem Dienst und Kassenarztrecht aber BVerfGE 11, 30 (39); 12, 144 (147); Schindera a.a.O. S. 126 ff.) auf die Zulässigkeit der Beschränkungen auch des meinungsäußernden Streiks im Kassenarztrecht zu schließen. Auch auf dieser Argumentationsbasis müßte letztlich das Gewicht des Anliegens entscheiden, das zur Beschränkung der Meinungsäußerung führt.

184 A.A. Bittner a.a.O. S. 216.

185 § 368 a Abs. 7 RVO; s.a. § 28 der Zulassungsordnung für Kassenärzte.

186 Zu denken wäre dazu an eine analoge Anwendung des § 627 Abs. 2 BGB.

187 A.A. offenbar Bittner a.a.O. S. 216. – Das Arbeitsrecht hat sich mit verwandten Problemen auseinandersetzen (s. dazu zuletzt etwa Reuß, Kollektivrechtliche und [gebündelte] individualrechtliche Arbeitskämpfungsmittel, JZ 20. Jhg. [1965] S. 348 ff.)

188 S. o. Fn. 180.

hung der Zulassung zu beantragen¹⁸⁹. Abgesehen davon könnte der Verzicht den Kassenarzt nicht von dem Erfüllungsanspruch der bereits übernommenen Patienten befreien¹⁹⁰. Nichts änderte der Verzicht auch an dem strafrechtlichen Schutz der freien Willensbildung derer, die durch den Streik bezwungen werden sollen (§§ 240, 105, 114 StGB). Und allemal bliebe die allgemeine Verantwortlichkeit des freiberuflichen Arztes erhalten, der Leben und Gesundheit seinen Dienst versagt¹⁹¹.

IV. Schlußbemerkungen

Das Rechtsproblem des Ärztestreiks läßt sich nicht in einem Anlauf erschließen, geschweige denn lösen. Nicht nur die Gemengelage von öffentlichem, privatem und Strafrecht¹⁹², von Bundesrecht, divergierendem Landes- und autonomen Recht, von Verfassungs- und einfachem Gesetzesrecht, von geschriebenem und ungeschriebenem Recht und von gesicherten Rechtssätzen und lückenfüllendem Normgut, die für das Rechtsproblem des Ärztestreiks so einzigartig kennzeichnend ist, bereitet ungewöhnliche Schwierigkeiten. Auch der Mangel an Vorklärung der tatsächlichen Verhältnisse und Interessenlagen nötigt zu Vorsicht und Zurückhaltung. So können diese Zeilen nur ein Versuch sein, Strukturen aufzudecken und Lösungsgänge anzuzeigen.

Dieser Versuch hat ebenso Gemeinsamkeiten wie Unterschiede hinsichtlich der verschiedenen Typen von Ärzten, welche die Arbeit als wesentlich voraussetzt – den Arbeitnehmer, freiberuflichen und Kassenärzten – erbracht. Zu den *Gemeinsamkeiten* zählt, daß die Freiheit der Ärzte, zu streiken, im Prinzip bejaht werden muß. Der unverzichtbare Schutz von Leib und Leben des Menschen läßt jedoch nichts zu, was dem üblichen Bild des Arbeitnehmerstreiks entspräche. Wo immer der Arzt im Dienste an der Gesundheit und am Leben des Menschen steht, geht dieser dem Interesse am und hinter dem Streik vor. Daneben bleibt dem Ärztestreik nur schmaler Raum. Je kürzer er dauert, desto mehr, je länger er dauert, desto weniger Ärzte können in den Ausstand treten. Der gemeinsamen Pflicht in der Sache entspricht ein gemeinsames zusätzliches Regulativ: das ärztliche Standesrecht. So sehr aber auch die einheitliche Pflichtstellung des ärztlichen Berufs es rechtfertigt, im Ärztestreik über die Grenze zwischen selbständigen und abhängig tätigen Ärzten hinweg, ein einheitliches Phänomen zu sehen, so bedingen doch die Verschiedenheiten zwischen den drei Grundtypen von Ärzten unterschiedliche Gestalten auch des legalen Ärztestreiks.

189 § 368 a Abs. 6 RVO; § 27 der Zulassungsordnung für Kassenärzte. S. o. Fn. 181.

190 § 368 d Abs. 4 RVO, § 627 Abs. 2 BGB. S. dazu oben Fn. 168 und den Text hierzu.

191 Alle Einzelheiten s. o. 3.

192 Auf die mit ihr verbundenen Schwierigkeiten glaubt der Verf. sich in ganz besonderem Maße berufen zu dürfen, ja zu müssen. Als Öffentlichrechtler fehlt ihm die Kompetenz, auch die privatrechtlichen und strafrechtlichen Elemente des Problems auszumünzen. Gleichwohl lassen diese sich nicht aus dem Komplex ausscheiden.

Dem *Arbeitnehmer-Arzt* ist der Ärztestreik ein notwendiges Mittel der kollektiven Interessenwahrung gegenüber dem Arbeitgeber – aber auch nur das. Die arbeitsrechtliche Dienstpflicht des angestellten Arztes läßt den Streik in ganz anderer Weise als beim selbständig tätigen Arzt greifbar werden. Und ihre Sanktion verstärkt die Abwehr des Rechts gegen den Streik, der seinen arbeitsrechtlichen Ordnungsauftrag verläßt oder die höherrangige Pflicht gegenüber der Gesundheit und dem Leben des Menschen mißachtet.

Der *freiberufliche Arzt*, der nicht zugleich Kassenarzt ist, spielt heute in der Wirklichkeit keine große Rolle. Allein sein Streik hätte deshalb kaum große Schrecken. Dennoch ist der Streik des freiberuflichen Arztes im Grundtyp bedeutsam. Seine Grundlage ist die Freiheit eben des freiberuflichen Arztes, nicht ein bestimmtes Ziel. Seine Funktion ist die der Interessenförderung und Meinungsäußerung, nicht dagegen die korrekte Durchsetzung einer neuen Ordnung. Wenn neue Ordnungen verlangt werden, dann vom Staat. Und Einfluß auf den Staatswillen zu nehmen, weist der demokratische Rechtsstaat andere Wege als die Gewalt des Streiks. So ist die Freiheit des freiberuflichen Arztes zu streiken vor allem eingegrenzt durch den Schutz des Lebens und der Gesundheit einerseits und den Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung auf der anderen Seite.

Dem *Kassenarzt*, der heute beherrschenden Erscheinungsform des freiberuflichen Arztes, schließlich ist die Waffe des Streiks am stumpfsten geschmiedet. Zwar hat sein Kollektiv gemeinsam mit den Krankenkassen den Auftrag dyarchisch-autonomer Ordnung der kassenärztlichen Leistungsbedingungen. Dabei sich mittels des Streiks durchzusetzen, ist dem Kassenarzt jedoch versagt. An die Stelle des Kampfes ist der schiedsbehördliche Ausgleich gesetzt. Daß er im übrigen die Freiheit des freien Berufes zu streiken teilt, ist von geringer Bedeutung. Nicht nur geht sein vitalstes Interesse andere Wege. Vielmehr ist ihm diese Freiheit nur im Grundsatz, nicht dem Grade nach belassen. Sie ist durch die gesteigerte Bindung des Arztes im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung erheblich verkürzt.

Die Rollen des Kassenarztes und des Arbeitnehmer-Arztes sind durch die hier wie dort gegebene kollektive dyarchische Autonomie der Leistungspartner vergleichbar. Sich darin durchzusetzen, ist dem Kassenarzt der Streik genommen und das Schiedsverfahren gegeben. *Die Lösung erscheint hart.* Aber der Verlust des Streikrechts darf nicht überschätzt werden. Der Spielraum, der dem Streik im Hinblick auf übergeordnete Rechtswerte maximal eingeräumt werden könnte, könnte nicht groß sein. Dem Arbeitnehmer-Arzt hingegen ist der Streik belassen. Sein soziales Interesse gegenüber dem Arbeitgeber ist damit aber auch ganz ihm und dieser seiner Waffe anvertraut. Auch für seinen Streik ist der Spielraum gering. Sein Atem im Kampf um seine Leistungsbedingungen ist deshalb kurz. Das mag im Augenblick nicht schwer wiegen. Aber es hat lange Zeit ernste Folgen gehabt und kann sie wieder haben. *Der Staat muß die Opfer an Disziplin, die er verlangen muß, ausgleichen, indem er in die Verantwortung für angemessene Leistungsbedingungen mit eintritt.* Daß dabei die Regelung des Kassenarztrechts Vorbild sein kann, muß unter mehreren Gesichtspunkten bezweifelt werden. Vor

allem gilt es, das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG zu schonen. Jedenfalls aber zeigt sich auch hier, was auch sonst so häufig beklagt werden muß, daß der Gesetzgeber seine Verantwortung für die Ausgestaltung der Tarifautonomie vernachlässigt.

Quellenverzeichnis

I. Sozialstaat, Gesellschaft und Verfassung

Das soziale Staatsziel

in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof, Band 1, Heidelberg: C.F. Müller, 1987, S. 1045-1111

Der Sozialstaat als Prozeß

in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1978, S. 15-36

Zur sozialen Programmatik der Bayerischen Verfassung

in: Verfassung und Verfassungsrechtsprechung. Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, München: Boorberg, 1972, S. 95-132

Soziale Gleichheit, Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip

in: Archiv des öffentlichen Rechts, 1968, Band 93, Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1968, S. 341-383

Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft

in: Im Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Georg Wannagat zum 65. Geburtstag am 26. Juni 1981, hrsg. von Wolfgang Gitter, Werner Thieme, Hans F. Zacher, Köln u.a.: Heymanns, 1981, S. 715-761

Soziale Indikatoren als politisches und rechtliches Phänomen

in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht, 1974, Köln u.a.: Heymanns, 1974, S. 15-51

II. Grundfragen des Sozialrechts

Was ist Sozialrecht?

in: Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis – Festschrift für Horst Schieckel, hrsg. von Klaus Müller, Percha: Schulz, 1978, S. 371-380

Grundtypen des Sozialrechts

in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, hrsg. von Walther Fürst, Roman Herzog, Dieter C. Umbach, Berlin/New York: de Gruyter & Co., 1987, S. 572-595

Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung

in: Die öffentliche Verwaltung, Stuttgart: Kohlhammer: 1970, S. 3-14

Sozialrecht und Gerechtigkeit

in: Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, hrsg. von Arthur Kaufmann, Ernst-Joachim Mestmäcker, Hans F. Zacher, Frankfurt a.M.: Klostermann, 1988, S. 669-691

III. Internationales und vergleichendes Sozialrecht

Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung

in: Hans F. Zacher, Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, Schriftenreihe für internationales und vergleichendes Sozialrecht, Band 1, Berlin: Duncker & Humblot, 1977, S. 7-74

Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich

in: Hans F. Zacher, Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts, Schriftenreihe für internationales und vergleichendes Sozialrecht, Band 2, Berlin: Duncker & Humblot, 1978, S. 9-70

Grundfragen des internationalen Sozialrechts

in: Mitteilungen der Landesversicherungsanstalt Oberfranken und Mittelfranken, Bayreuth, Nr. 12/1983, S. 481-492

Traditional Solidarity and Modern Social Security – Harmony or Conflict?

in: Between kinship and the State. Social Security and Law in development countries, F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, E. Cassino, F. Hirtz, G. R. Woodman and H.F. Zacher (Eds.), Foris Publications, 1988, S. 21-38

IV. Einzelfragen

Die Frage nach der Entwicklung eines sozialen Entschädigungsrechts

in: Die öffentliche Verwaltung, Stuttgart: Kohlhammer, 1972, S. 461-471

Alterssicherung – Spiegel der gesellschaftlichen Entwicklung

in: Deutsche Rentenversicherung, Frankfurt am Main: Verlag Wirtschaftsdienst, Gesellschaft für Medien und Kommunikation mbH & Co OHG, Frankfurt a.M., 1987, S. 714-738

Der Behinderte als Aufgabe der Rechtsordnung

in: Zweite ordentliche Verbandsversammlung der kommunalen Spitzenverbände der bayerischen Bezirke am 8./9. Juli 1981 in Regensburg, München: Verband der bayerischen Bezirke, S. 1-26

Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung

in: Verfassungsrecht und Völkerrecht. Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck, hrsg. von Wilfried Fiedler und Georg Röss, Köln u.a.: Heymanns, 1989, S. 955-983

Der Ärztestreik als Rechtsproblem

in: Zeitschrift für Sozialreform, Wiesbaden: Chmielorz, 1966, S. 129-164

Verzeichnis sämtlicher Veröffentlichungen zum Sozialrecht

I. Selbständige Veröffentlichungen

Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, Köln u.a.: Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Abteilung, 1964, Band 10

Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland, Beiheft 9 zu Politische Studien, München/ Wien, 1968

Die Lehre des Sozialrechts an den Universitäten der Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden, 1968. Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Band III

Freiheitliche Demokratie, München/Wien, 1969, Geschichte und Staat, Band 139/140

Arbeitskammern im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Köln u.a., 1971, Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Abteilung, Band 60

Das Vorhaben eines Sozialgesetzbuches, Percha, 1973

Der Augenoptiker als Faktor der Brillenversorgung, Percha, 1974

Materialien zum Sozialgesetzbuch (SGB). Die Entwürfe der Bundesregierung, Percha, seit 1974 (Loseblattsammlung)

Sozialgesetzbuch (SGB). Textausgabe mit Hinweisen, Percha, seit 1976 (Loseblattsammlung)

Internationales und europäisches Sozialrecht. Eine Sammlung weltweiter und europäischer Quellen und Dokumente, Percha, 1976

Staat und Gewerkschaften. Zur Doppelverfassung einer Arbeitnehmergesellschaft, (Juristische Studiengesellschaft: Schriftenreihe. Heft 133.) Heidelberg, 1977

Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, München, 1980

Zusammen mit Friedrich-Marczyk, Marion: Krankenkassen oder nationaler Gesundheitsdienst?, (Heidelberger Forum, Band 8.) Heidelberg, 1980

Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 1. und 2. Aufl. 1983, 3. Aufl. 1985

– mit Rosalind Brooke-Ross: *Social Legislation in the Federal Republic of Germany*, London, 1984

Die Versorgung der Beamten, Richter und Soldaten, insbesondere die Alters-, Dienstunfähigkeits- und Hinterbliebenenversorgung, Heidelberg, 1984

Basisdokument "Recht – soziale Wohlfahrt – soziale Entwicklung", 24. Weltkonferenz des ICSW, Berlin, 1988

II. Herausgebertätigkeit

A. Schriftenreihen

Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Berlin, seit 1977

Studien aus dem Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Sozialrecht, Baden-Baden, seit 1984

B. Zeitschriften

Mitherausgeber: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR), München, 1973-1983

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS), hrsg. von Rolf Birk und Hans F. Zacher, Heidelberg, 1987 ff.

C. Einzelwerke

Mitherausgeber: Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag am 1.9.1971, hrsg. von Hans Spanner, Peter Lerche, Hans F. Zacher, Peter Badura, Axel Freiherr von Campenhausen, München, 1971

Mitherausgeber: Soziale Sicherung durch soziales Recht. Festschrift für Horst Peters zum 65. Geburtstag, Stuttgart u.a., 1975

Mitherausgeber: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 2 Bände, Tübingen, 1976

Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs: Colloquium der Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht der Max-Planck-Gesellschaft, hrsg. von Hans F. Zacher, Berlin, 1977 (Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 1)

Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts: Colloquium der Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht der Max-Planck-Gesellschaft, hrsg. von Hans F. Zacher, Berlin, 1978 (Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 2)

Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung: Colloquium der Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht der Max-Planck-Gesellschaft, hrsg. von Hans F. Zacher, Berlin, 1979 (Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 3)

Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung: Colloquium der Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht der Max-Planck-Gesellschaft, hrsg. von Hans F. Zacher, Berlin, 1980 (Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 4)

Wahlfach Sozialrecht: Einführung mit Examinatorium. Mit Beiträgen von Harald Bogs, Marion Friedrich-Marczyk (u.a.), hrsg. von Hans F. Zacher, 2. Aufl., Heidelberg, 1981

Mitherausgeber: Ein Jahrhundert Sozialversicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Österreich und der Schweiz, hrsg. von Peter A. Köhler und Hans F. Zacher, Berlin, 1981 (Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 6)

Mitherausgeber: Festschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag am 1. September 1981, hrsg. von Peter Lerche, Hans F. Zacher und Peter Badura, München, 1981

Mitherausgeber: Im Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Georg Wannagat zum 65. Geburtstag am 26. Juni 1981, hrsg. von Wolfgang Gitter, Werner Thieme und Hans F. Zacher, Köln u.a., 1981

Mitherausgeber: Soziale Sicherung im öffentlichen Dienst in der Bundesrepublik Deutschland, den Niederlanden, Schweden, Belgien und den Europäischen Gemeinschaften: Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung Frankfurt/Main 1981. Gemeinsame Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes öffentliches Recht und der Fachgruppe für Arbeits- und Sozialrecht, hrsg. von Hans F. Zacher, Martin Bullinger und Gerhard Igl, Berlin, 1982 (Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 7)

Mitherausgeber: The Evolution of Social Insurance 1881-1981. Studies of Germany, France, Great Britain, Austria and Switzerland, edited by Peter A. Köhler and Hans F. Zacher in collaboration with Martin Partington, London: Pinter; New York, 1982, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, München, 1982

Mitherausgeber: Un siècle de sécurité sociale 1881-1981. L'évolution en Allemagne, France, Grande-Bretagne, Autriche et Suisse, edited by Peter A. Köhler and Hans F. Zacher, Nantes: Centre de Recherche en Histoire Economique et Sociale de l'Université de Nantes, 1982

Mitherausgeber: Social Policy in a Free Market Economy, A Symposium, hrsg. von Rudolf Richter und Hans F. Zacher, Tübingen, 1982, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 138 (1982) 3

Der Versorgungsausgleich im internationalen Vergleich und in der zwischenstaatlichen Praxis, Berlin, 1985 (Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 11)

Mitherausgeber: Arbeitsrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, hrsg. von Rolf Birk, Gerhard Igl, Hans F. Zacher, Frankfurt a.M., 1986, (Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Band 121)

Mitherausgeber: Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, hrsg. von Arthur Kaufmann, Ernst-Joachim Mestmäcker und Hans F. Zacher, Frankfurt a. M., 1988

Mitherausgeber: 40 Jahre Sozialstaat Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Norbert Blüm und Hans F. Zacher, Baden-Baden, 1989

Mitherausgeber: Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Bernd Schulte und Hans F. Zacher, Berlin, 1991 (Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 12)

Alterssicherung im Rechtsvergleich, hrsg. von Hans F. Zacher unter Mitarbeit von Cornelius Mager, Baden-Baden, 1991 (Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Band 11)

III. Aufsätze, Beiträge zu Sammelwerken, Vorträge

Entschädigungslose Enteignung von Verkehrsflächen?, Bayerische Verwaltungsblätter n.F. 2 (1956), S. 66-70, 109-112

Zum Erlöschen öffentlichrechtlicher Erstattungsansprüche, Bayerische Verwaltungsblätter n.F. 4 (1958), S. 107-108

Bayern als Sozialstaat, Bayerische Verwaltungsblätter n.F. (1962), S. 257-263

Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Der öffentliche Dienst (Beamtenrecht), Schriften des Vereins für Socialpolitik n.F. 33 (1964), S. 172-180

Sozialgerichtsbarkeit und Sozialrecht, Die Sozialgerichtsbarkeit 12 (1965) 3, S. 69-76

Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe, 1965, S. 63 ff.

Der Ärztestreik als Rechtsproblem, Zeitschrift für Sozialreform 12 (1966) 3, S. 129-164

Verfassungsentwicklung in Bayern 1946 bis 1964, Jahrbuch des öffentlichen Rechts n.F. 15 (1966), S. 321-406

Verwaltung durch Subventionen, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSrL) (1967), S. 308-400

Thesen zu "Plurale Welt und Einheitsideologie", Katholischer Deutscher Akademikertag München 1967, 1968, S. 61-71

Die Sozialversicherung als Teil des öffentlichen Rechts, Sozialrecht und Sozialpolitik, Festschrift für Kurt Jantz, Stuttgart, 1968, S. 29-39

Soziale Gleichheit, Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip, Archiv des öffentlichen Rechts 93 (1968), S. 341-383

Empfiehl es sich, die gesetzlichen Vorschriften über die soziale Sicherung der nichtberufstätigen Frau während und nach der Ehe, insbesondere im Falle der Scheidung zu ändern?, Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages, Band 2, Teil O, München, 1968, S. 7-38

Das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bayerische Verwaltungsblätter n.F. 15 (1969) 4, S. 113-116

– mit Peter Krause: Zur Versicherungspflicht wissenschaftlicher Hilfskräfte, Zeitschrift für Sozialreform 15 (1969) 7, S. 385-396, 462-473

Einige rechtstheoretische Aspekte der Entwicklung des deutschen Sozialrechts, *Perspectivas del Derecho Publico en la segunda Mitad del Siglo XX*, Band 3, Madrid, 1969, S. 945-973

Pluralismus der Gesellschaft als Aufgabe, *Stimmen der Zeit* 185 (1970), S. 1-17

Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, *Soziale Sicherheit* (1970), S. 100-104, S. 136-138, S. 166-169, und *Die öffentliche Verwaltung*, 23 (1970), S. 3-14

Lernmittelfreiheit contra Lehrfreiheit?, *Mitteilungen des Hochschulverbandes* 18 (1970), S. 106 ff.

Pluralität der Gesellschaft als rechtspolitische Aufgabe, *Der Staat* 9 (1970), S. 161-186

Das System der sozialen Sicherheit in der Bundesrepublik Deutschland, *Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung* 14 (1970), S. 293-312

Die Sozialversicherung der Hausfrau, Ehefrau und Mutter, *Die neue Ordnung in Kirche, Staat, Gesellschaft, Kultur* 25 (1971), S. 1- 20

Das Vorhaben eines Sozialgesetzbuches, *Der Kompass, Zeitschrift für Sozialversicherung im Bergbau* 81 (1971), S. 29-37

Zur Vereinbarkeit der Errichtung von Arbeitskammern mit den Grundrechten des Grundgesetzes, *Recht der Arbeit* 24 (1971) 7/8, S. 193-200

Das Vorhaben einer Kodifikation des Sozialrechts in der Bundesrepublik Deutschland, *Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung* 15 (1971), S. 209-226

Das Sozialrecht im neuen Ausbildungs- und Prüfungsrecht, Nachwort, Zeitschrift für Sozialreform 17 (1971) 11, S. 645-648

Bestimmungsgründe der Sozialpolitik, Die neue Ordnung in Kirche, Staat, Gesellschaft, Kultur 26 (1972), S. 81-98

Das Vorhaben eines Sozialgesetzbuches, Die Sozialordnung der Gegenwart 11 (1972), S. 43-61

Staatliche Wirtschaftsförderung in der Bundesrepublik Deutschland, Wirtschaftsrecht (1972), S. 185-229

Faktoren und Bahnen der aktuellen sozialpolitischen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland, Die Versicherungsrundschau, Zeitschrift für die Österreichische Gesellschaft für Versicherungsfachwissen 27 (1972), S. 254-270

Die Frage nach der Entwicklung eines sozialen Entschädigungsrechts, Die öffentliche Verwaltung 35 (1972), S. 461-471

Zur sozialen Programmatik der Bayerischen Verfassung, Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, München, 1972, S. 95-132

Faktoren und Bahnen der aktuellen sozialpolitischen Diskussion, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 3 (1972) 4, S. 241-266

Die Wirtschafts- und Sozialordnung der Bayerischen Verfassung, Bayerische Verwaltungsblätter 104 (1973) 3, S. 57-62

Die Geschichte der Arzneimittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung, Beiträge zu einer Theorie der Sozialpolitik, Festschrift für Elisabeth Liefmann-Keil, Berlin, 1973, S. 201-228

Die Messung sozialen Glücks, Zur Problematik der sozialen Indikatoren, Zeitschrift für Sozialreform 19 (1973), S. 585-614

Individuelle und soziale Sicherung gegen die Notfälle des Lebens in der sozialen Marktwirtschaft, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 62 (1973), S. 135-154

Soziale Sicherung in der Sozialen Marktwirtschaft, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 1 (1973), S. 97-125

Zum Sozialgesetzbuch, Stand und Praxis der sozialen Arbeit des Sozialrechts, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 5 (1974), S. 1-39

Soziale Indikatoren als politisches und rechtliches Phänomen, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 2 (1974), S. 15-51

– mit Franz Ruland: Der Bestandsschutz von Sozialversicherungsrenten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Die Sozialgerichtsbarkeit 21 (1974) 12, S. 441-444

Gewerkschaften in der rechtsstaatlichen Demokratie einer Arbeitnehmergesellschaft, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen, 1975, S. 707-736

Sozialrecht als interdisziplinäre Aufgabe, Die verfassungsrechtliche Relevanz des Sozialrechts, Bonn-Bad Godesberg, 1975, S. 50-64

Das Sozialgesetzbuch und sein Allgemeiner Teil, Bayerische Verwaltungsblätter 107 (1976), S. 552-559

Grundfragen theoretischer und praktischer sozialrechtlicher Arbeit, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 4 (1976), S. 1-39

Artikel "Sozialstaatsprinzip", Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft (HdWW), Stuttgart, 1977, S. 152-160

"Einleitung" und "Vorfragen" zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung, Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, Colloquium der Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht der Max-Planck-Gesellschaft (1976, Tutzing), Berlin, 1977, S. 7-74 (Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 1)

Freiheits- und Sozialrechte im modernen Verfassungsstaat, Christliches Gesellschaftsdenken im Umbruch, Regensburg, 1977, S. 75-105

Gleiche Sicherung von Mann und Frau, Zur gesellschaftspolitischen Relevanz der Rentenversicherung, Deutsche Rentenversicherung (1977) 4, S. 197-222

Was kann und soll das Sozialgesetzbuch leisten?, Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung 31 (1977), S. 145-157

Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, Hamburg, Deutschland, Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1977, S. 207-267

Was ist Sozialrecht?, Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Horst Schiek, Percha, 1978, S. 371-380

Das Recht auf Organisation und Arbeitskampf nach Artikel 5 und Artikel 6 Abs. 4 der Europäischen Sozialcharta, Zeitschrift für Sozialreform (ZSR) 24 (1978) 3, S. 129-147

Der Sozialstaat als Prozeß, Stimmen der Zeit 196 (1978) 4, S. 263-275 und Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 134 (1978) 1, S. 16-36

Das Sozialrecht im Wandel von Wirtschaft und Gesellschaft, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 7 (1979) 2/3, S. 145-164; Bayerischer Wohlfahrtsdienst 31 (1979), S. 1-10; Universitas 34 (1979), S. 243-254; Wirtschaft und Wissenschaft 26 (1978) 4, S. 17-24; Diskussion: "Freiheitsräume im Sozialrecht", Wirtschaft und Wissenschaft 26 (1978) 4, S. 26-31

Stichwort: "Sozialrecht", Jurisprudenz, Die Rechtsdisziplinen in Einzeldarstellungen, hrsg. von Rudolf Weber-Fas, Stuttgart, 1978, S. 407-417

Einleitung: Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich, Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts, Colloquium der Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht der Max-Planck-Gesellschaft (1977, Tutzing), hrsg. von Hans F. Zacher, Berlin, 1978, S. 9-70 (Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 2.)

Hochschullehrerstellen und wissenschaftlicher Nachwuchs auf dem Gebiet des Sozialrechts, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 26 (1979) 4, S. 137-141

Rechtswissenschaft und Sozialrecht, Die Sozialgerichtsbarkeit 26 (SGb) (1979) 5/6, S. 206-210

– mit Peltner, Alexander, Der Verfassungssatz von der Menschenwürde und die nichtwirtschaftlichen Freiheitsrechte, Sozialrechtsprechung - Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Köln, 1979, S. 695-731

– mit Schulte, Bernd, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart, Band 1, Berlin, 1979, S. 353-390

Menschliches Wohlbefinden - Herausforderung für die 80er Jahre, Bericht für Europa, Menschliches Wohlbefinden, Herausforderung für die 80er Jahre, Internationale Konferenz des ICSW (19. 1978, Jerusalem). Ausgewählte Dokumente, Hrsg.: Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge; Deutscher Landesausschuß des ICSW, Frankfurt am Main, 1979, S. 37-114

Englische Fassung: Human well-being, challenges for the eighties, Social, economic and political action, ICSW Communications Bulletin 16 (1978)

Französische Fassung: Bien-être humain, mise en question des Politiques économiques et sociales pour les années 80, ICSW Bulletin de Liaison 16 (1978)

Der Beitrag des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes zur Interpretation der Bayerischen Verfassung - dargestellt an deren erstem Hauptteil, Verwaltung und Rechtsbindung, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, München, 1979, S. 307-327

El derecho social en la Republica Federal de Alemania, Revista de Seguridad Social (Madrid) (1979), S. 123-146

Deutsche Fassung: Sozialrecht in der Bundesrepublik Deutschland, München: Max-Planck-Gesellschaft/Projektgruppe Sozialrecht, 1979

Das neue deutsche Sozialgesetzbuch - der Einbau der Sozialversicherung in das Sozialleistungssystem, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 23 (1979), S. 249-265

Codificación del derecho social en la República Federal Alemana, *Revista de la Universidad de Buenos Aires* 1 (1979) 148, S. 127-148

– mit Friedrich-Marczyk, Marion, Zum Wesen des Sachleistungsprinzips im gesetzlichen Krankenversicherungsrecht, *Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung* 34 (1980) 4, S. 97-101

Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, *Stimmen der Zeit* 198 (1980) 5, S. 319-333

– mit Köhler, Peter A., La autonomía administrativa del seguro social en la República Federale de Alemania, *Revista de Seguridad Social (Madrid)* (1980), S. 31-66

Sozialpolitik, Verfassung und Sozialrecht im Nachkriegsdeutschland, Versuch einer Skizze, Alterssicherung als Aufgabe für Wissenschaft und Politik, Helmut Meinhold zum 65. Geburtstag, Stuttgart, 1980, S. 123-171

Soziale Marktwirtschaft, Sozialpolitik und Sozialrecht: Gemeinsamkeit und Funktionsteilung, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik (1980), S. 6-9

Stichworte "Finalprinzip"; "internationales Sozialrecht"; "Kausalprinzip"; "Solidarität"; "Versicherungsprinzip"; "Versorgungsprinzip", *Fachlexikon der sozialen Arbeit*, Frankfurt a. M., Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge, 1980, 2. Aufl. 1986

– mit Schulte, Bernd, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, *Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart*, Band 2, Berlin, 1980, S. 359-395

– mit Friedrich-Marczyk, Marion, Zur Problematik genereller Eigenleistungsbefugnis der gesetzlichen Krankenkassen, *Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb)* 27 (1980) 13, S. 505-510

– mit Köhler, Peter A., Die Selbstverwaltung der Sozialversicherung in der Bundesrepublik Deutschland, *Die Versicherungsrundschau* 36 (1981) 3, S. 65-93

Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, *Bitburger Gespräche*, *Jahrbuch 1979/1980*, Trier: Gesellschaft für Rechtspolitik, S. 149-164

Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, *Im Dienst des Sozialrechts: Festschrift für Georg Wannagat zum 65. Geburtstag am 26. Juni 1981*, hrsg. von Wolfgang Gitter, Werner Thieme, Hans F. Zacher, Köln u.a., 1981, S. 715-761

Soziale Marktwirtschaft - ihr Verhältnis zur Rechtsordnung und zum politischen System, *Zukunftsprobleme der Sozialen Marktwirtschaft: Verhandlungen auf der Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in Nürnberg 1980*, Berlin, 1981, (Schriften des Vereins für Socialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Neue Folge; Band 116) S. 817-842

Einführung in das Wahlfach mit Literaturhinweisen, Wahlfach Sozialrecht, Einführung mit Examinatorium, hrsg. von Hans F. Zacher, 2. Aufl., Heidelberg, 1981, S. 9-60

Prüfungsgespräch: Soziale Sicherung im Krankheitsfall, Systemfragen der sozialen Sicherung, Wahlfach Sozialrecht, ebd., S. 273-287

Die Kodifikation des Sozialrechts im Ausland, Festschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag am 1. Sept. 1981, hrsg. von Peter Lerche, Hans F. Zacher, Peter Badura, München, 1981, S. 429-450

– mit Schulte, Bernd, Der Aufbau des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 9 (1981) 1/2, S. 165-195

Die Lage der Behinderten, Eine Aufgabe des Sozialrechts, Eine rechtsvergleichende Analyse anhand von Beiträgen aus Belgien, Italien und der Bundesrepublik Deutschland, Einführung, Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung (ZfS) 35 (1981) 9/10, S. 257-262

– mit Köhler, Peter A., Sozialversicherung, Pfade der Entwicklung, Ein Jahrhundert Sozialversicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Österreich und der Schweiz, hrsg. von Peter A. Köhler, Hans F. Zacher, Berlin, 1981, S. 9-41 (Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 6)

– mit Köhler, Peter A., Die Sozialversicherung im Europa der Jahrhundertwende, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 28 (1981) 10/11, S. 420-432

– mit Schulte, Bernd, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart, Band 3, Berlin, 1981, S. 419-454

Der Behinderte als Aufgabe der Rechtsordnung, Verband der bayerischen Bezirke, 2. ordentliche Verbandsversammlung der kommunalen Spitzenverbände der bayerischen Bezirke am 8/9. Juli 1981, München, 1981, S. 1-26

Soziale Grundrechte und Teilhaberechte, Menschenrechte Band 2: Ihre Geltung heute, Berlin: Colloquium, 1982, S. 113-121 (Forschung und Information, Band 31)

Zur Anatomie des Sozialrechts, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 29 (1982) 9, S. 329-337

Stichwort: "Internationale Arbeitsorganisation", Lexikon des Rechts, 1982

Social market economy, social policy, and the law, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 138 (1982) 3, S. 367-388

Social policy in a free market economy, A symposium, Editorial preface, ebd., S. 345-350

Introduction au droit social allemand, Version française: Prigent, M.A., Revue Française des Affaires Sociales 37 (1983) 1, S. 9-62

Verschulden im Sozialrecht, Eine Skizze, Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung (ZfS) 37 (1983) 4/5, S. 171-178

Der Wohlfahrtsstaat auf dem Prüfstand, Was kann Politik noch leisten?, Der Wohlfahrtsstaat auf dem Prüfstand, Ein Cappenberger Gespräch, Stuttgart, 1983, S. 30-55 (Cappenberger Gespräche d. Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft, Band 18)

Sozialrechtswissenschaft – eine Notwendigkeit im sozialen Rechtsstaat, Forschung in der Bundesrepublik Deutschland, Beispiele, Kritik, Vorschläge, Weinheim, 1983, S. 277-290

Sozialrecht in sozialistischen Ländern Osteuropas, Jahrbuch für Ostrecht 23 (1982), S. 331-354

Sozialrecht und Sozialpolitik in den Ländern der Dritten Welt, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 11 (1983) 1, S. 1-3

Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft, Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco, Köln u.a., 1983, S. 943-978

Zur Anatomie des Sozialrechts, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 27 (1983) 5, S. 228-255

Sozialstaat und Recht, Grundlagen – Entwicklungen – Krise, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 11 (1983) 2, S. 119-135

Grundfragen des internationalen Sozialrechts, Mitteilungen der Landesversicherungsanstalt Oberfranken und Mittelfranken, 25 (1983) 12, S. 481-492

História e tendências do desenvolvimento da previdência social na República Federal da Alemanha, Um século de previdência social, Balanço e perspectivas no Brasil no mundo, Ed.: Barraso Leite, Celso, Rio de Janeiro, 1983, S. 138-148

Versorgung der Beamten, Richter und Soldaten, Darstellung der Alterssicherungssysteme und der Besteuerung von Alterseinkommen, Gutachten d. Sachverständigenkommission, Berichtsband 2, Bonn: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, 1983, S. 127-206

– mit Kolb, Rudolf; Maydell, Bernd v.; Schneider, Hans-Peter, Vergleich der Alterssicherungssysteme für abhängige Beschäftigte, Vergleich der Alterssicherungssysteme und Empfehlungen der Kommission, Gutachten d. Sachverständigenkommission, Berichtsband 1, Bonn: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, 1983, S. 25-84

Chancen und Grenzen des Sozialstaats, Rolle und Lage des Rechts, Chancen und Grenzen des Sozialstaats, hrsg. von Peter Koslowski, Philipp Kreuzer, Reinhard Löw, Tübingen, 1983, S. 66-88 (CIVITAS Resultate Band 4)

Verrechtlichung im Sozialrecht, Mensch und Arbeitswelt, Festschrift für Josef Stingl zum Geburtstag, hrsg. von Alfred Kohl (u.a.), Stuttgart u.a., 1984, S. 513-533

Droit social, Introduction au droit allemand (République Fédérale) Tome 2: Droit public – droit pénal, Paris, 1984, S. 223-250

Stichworte “Koalitionsfreiheit”, “soziale Grundrechte”, “Sozialstaat”, Ergänzbares Lexikon des Rechts, 1984

Der gebeutelte Sozialstaat in der wirtschaftlichen Krise, Sozialer Fortschritt 33 (1984) 1, S. 1-12

Der Rechtsschutz auf dem Gebiet des Sozialrechts im Ausland, Entwicklung des Sozialrechts, Aufgabe der Rechtsprechung, Köln u.a., 1984, S. 773-791

Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts, Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, hrsg. von Friedrich Kübler, Baden-Baden, 1984, S. 11-72

Der einzelne im Konflikt mit der Gemeinschaft, Problemlösungen im staatlichen Bereich, Stimmen der Zeit 203 (1985) 4, S. 267-275

Elemente der Rechtsstaatlichkeit, Stimmen der Zeit 203 (1985) 6, S. 413-424

Entstehung, Wandel und Fehlentwicklung des Sozialstaats in der Bundesrepublik Deutschland, Betriebliche Altersversorgung 40 (1985) 4, S. 81-85

Der Versorgungsausgleich im internationalen Vergleich und in der zwischenstaatlichen Praxis, Vorwort, Einleitung, Versuch eines Ergebnisses, Colloquium des Max-Planck-Instituts für Ausländisches und Internationales Sozialrecht (1984, Tutzing), hrsg. von Hans F. Zacher, Berlin, 1985 (Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 11), S. 5-7, 15-41, 671-674

Arzt und Sozialstaat, Sozialer Fortschritt 34 (1985) 10, S. 217-224

Entstehung, Wandel und Fehlentwicklung des Sozialstaats in der Bundesrepublik Deutschland, Die soziale Marktwirtschaft erneuern, Arbeit – soziale Sicherung – Familie, hrsg. von Klaus Weigelt, Mainz, 1986, S. 27-41

Der Kampf ums Recht ist zum Verteilungskampf geworden, Ein Gespräch mit Hans F. Zacher über Verrechtlichung, Herder Korrespondenz 40 (1986) 8, S. 367-373

Stichwort “Europäische Sozialcharta”, Staatslexikon, 7. Aufl., Band 2, Freiburg, 1986, Sp. 460-463

Die Entwicklung der sozialen Sicherheit in Europa, Sociaal en zeker (Social and secure), Festschrift für Gerard M.J. Veldkamp, Deventer, 1986, S. 221-239

Traditionelle Solidarität und moderne soziale Sicherheit - ein sozialpolitisches Dilemma der Entwicklungsländer, Landwirtschaftliche Sozialversicherung und internationale Beziehungen, Festschrift für Kurt Noell, Kassel: Bundesverbände der landwirtschaftl. Sozialversicherungsträger (ca. 1986), S. 37-55

Juridification in the field of social law, Juridification of social spheres, Ed. by Gunther Teubner. Berlin/New York, 1987, S. 373-417

Prawo socjalne: jedność i pluralizm rozwiązań prawnych. (The social law: uniformity and diversity), Acta Universitatis Wratislaviensis (1987), S. 19-31

Das soziale Staatsziel, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof, Band 1, Heidelberg, 1987, S. 1045-1111

Alterssicherung - Spiegel der gesellschaftlichen Entwicklung, Deutsche Rentenversicherung (1987) 11/12, S. 714-738

Grundtypen des Sozialrechts, Festschrift für Wolfgang Zeidler, hrsg. von Walther Fürst, Roman Herzog, Dieter C. Umbach, Berlin/New York, 1987, S. 571-595

Vorwort zu: Kjørstad, Asbjørn: Norwegian social law. Norwegian social law. Oslo, 1987, S. 19-23

Soziale Arbeit - ein Bindeglied zwischen Ausländern und Deutschen, Öffentliche Hauptausschußsitzung (13., 14. Oktober 1987, Frankfurt) des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Schlußbetrachtung, Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge 68 (1988) 2, S. 45-47

Stichworte "Sozialversicherung", "soziale Sicherheit", Handwörterbuch der Versicherung - HdV, hrsg. von Dieter Farny (u.a.), Karlsruhe, 1988, S. 795-806

Stichwort "Sozialgesetzbuch", Staatslexikon, 7. Aufl. Band 4, Freiburg, 1988, Sp. 1296-1299

Sozialrecht und Gerechtigkeit, Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, hrsg. von Arthur Kaufmann, Ernst-Joachim Mestmäcker, Hans F. Zacher, Frankfurt a.M., 1988, S. 669-691

Law - social welfare - social development. Basic document. International Conference on Social Welfare (24, 1988, Berlin), 1988, 18 S. (Auch in franz., span., und deutscher Fassung.)

Bericht zum Basisdokument. Internationale Konferenz für soziale Wohlfahrt, Recht - Soziale Wohlfahrt - Soziale Entwicklung (1988, Berlin), Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge 68 (1988) 12, S. 358-361

Sozialpolitik, Verfassung und Sozialrecht im Nachkriegsdeutschland, Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft, Band 2, Stuttgart/New York, 1988, S. 173-219

Traditional Solidarity and Modern Social Security, Harmony or Conflict? Ed.: F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, E. Casino, F. Hirtz, G.R. Woodman, H.-F. Zacher (preface), Between Kinship and the State. Social Security and Law in Developing Countries, Dordrecht, Providence, 1988, S. 21-38 und S. 1-6

Rozwoj prawa socjalnego (Die Entwicklung des Sozialrechts), Zeszyty naukowe - Instytutu Badania Prawa Sadowego (1988), S. 179-193

Recht, soziale Wohlfahrt und soziale Entwicklung, Soziale Arbeit 37 (1988) 8, S. 274-279

Alterssicherung - Komplexität der Herausforderungen, Komplexität der Antworten, Mélanges Alexandre Berenstein. Le droit social à l'aube du XXIe siècle. Lausanne, 1989, S. 517-547

Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1988, München, 1988, S. 25-45

Elternrecht, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof, Band 6, Heidelberg, 1989, S. 265-328

Walter Bogs - 90 Jahre alt, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 3 (1989) 1, S. 69-72

Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung, Verfassungsrecht und Völkerrecht, Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck, hrsg. von Wilfried Fiedler und Georg Röss, Köln, 1989, S. 955- 983

Solidariedade tradicional e seguridade social moderna: harmonia ou conflito?, Revista de previdência social 13 (1989) 104, S. 408-420

Stichwort "Sozialpolitik. Rechtliche Aspekte", Staatslexikon, 7. Aufl., Band 5, Freiburg, 1989, Sp. 51-55

Stichwort "Sozialrecht", Staatslexikon, 7. Aufl., Band 5, Freiburg, 1989, Sp. 59-68

Vierzig Jahre Sozialstaat – Schwerpunkte der rechtlichen Ordnung, 40 Jahre Sozialstaat Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Norbert Blüm und Hans F. Zacher, Baden-Baden, 1989, S. 19-129

Verfassung und Sozialrecht, Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, München, 1990, S. 67-90

Zur Emeritierung von Ernst Steindorff, Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, hrsg. von Jürgen F. Baur, Klaus J. Hopt, K. Peter Mailänder, Berlin/New York, 1990, S. 1-4

– mit Kessler, Francis, Rôle respectif du service public et de l'initiative privée dans la politique de sécurité sociale, Revue internationale de droit comparé (1990), S. 203-247

– mit Kessler, Francis, Die Rollen der öffentlichen Verwaltung und der privaten Träger in der sozialen Sicherheit, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 4 (1990) 2, S. 97-157

Eröffnungsworte und Schlußworte, Übergreifende soziale Risiken – übergreifender sozialer Schutz, Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes (1989, Köln), Wiesbaden, 1990, S. 7-10, 115-119

Stichwort "Internationale Arbeitsorganisation", Ergänzbares Lexikon des Rechts 4/470, 1990

Internationale Öffnung und Neuorientierung der sozialen Arbeit als Konsequenz des EG-Binnenmarktes, Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge 70 (1990) 9, S. 283-285

Der Föderalismus vor den Anforderungen der Gegenwart, Diskussionszusammenfassung, Archiv des öffentlichen Rechts 105 (1990) 2, S. 304-307

Einleitung zu "Alterssicherung im Rechtsvergleich", Alterssicherung im Rechtsvergleich, hrsg. von Hans F. Zacher, unter Mitarb. von Cornelius Mager, Baden-Baden, 1991 (Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Band 11), S. 7-23

Ziele der Alterssicherung und Formen ihrer Verwirklichung. Alterssicherung im Rechtsvergleich, hrsg. von Hans F. Zacher, unter Mitarbeit von Cornelius Mager, Baden-Baden, 1991 (Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht. Band 11), S. 25-113

– mit Mager, Cornelius, Bundesrepublik Deutschland, Alterssicherung im Rechtsvergleich, hrsg. von Hans F. Zacher, unter Mitarbeit von Cornelius Mager, Baden-Baden, 1991 (Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Band 11), S. 151-191

Das Sozialgesetzbuch - Entwicklung und Stand, Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl) 122 (1991) 17, S. 529-537

Georg Wannagat 75, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) (1991), S. 253-260

25 Jahre Deutscher Sozialrechtsverband eV., Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes (1990, München), Wiesbaden, 1991, S. 7-16

Sosyal Hukukun kanunlastirilmasi, türkische Fassung von: Die Kodifikation des Sozialrechts im Ausland (1981), Übersetzung von Tankut Centel, İŞ Hukuku Dergisi 1 (1991) 2, S. 211-230

Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland - Einführungsreferat aus sozialrechtlicher Sicht, Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland. Colloquium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht, München, zusammen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bonn, (1990, Augsburg), hrsg. von Bernd Schulte, Hans F. Zacher, Berlin, 1991, S. 11-26

Social security, international aspects, Encyclopedia of public international law, Amsterdam (usw.), 1991, S. 341-347

Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, hrsg. von Bernhard Pfister, Michael R. Will, Tübingen, 1991, S. 847-873

Sozialrecht in Europa - Sozialrecht im Verfassungsstaat, Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch (ZfSH/SGB) 30 (1991) 12, S. 625-637

Sozialrecht, Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung, hrsg. von Paul B. Baltes und Jürgen Mittelstraß, Berlin/New York, 1992, S. 305-329 (Akademie der Wissenschaften zu Berlin: Forschungsbericht 5)

Stand und Perspektiven der Forschung und Lehre auf dem Gebiet der Sozialarbeit, insbesondere im Rahmen kirchlicher Fachhochschulen, Sozialpolitik und Wissenschaft, Frankfurt a.M.: Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge 1992, S. 361-379

Stichwortverzeichnis

- Abstrakte Leistungsbestimmung 267, 313
Afrika 466
Akademisierung 500
Alleinstehende 571
Alter 82, 84 f., 265, 542, 567
Alterssicherung 498, 507, 512, 516 ff., 530 f., 562
Ambiance 364 f., 393, 401
Amtshaftung 474
Angleichung 410, 427 f.
Anknüpfungspunkt 445
Anspruchsdenken 189
Anstalt 231
Arbeit 21, 82, 84, 98, 100, 103, 115, 193, 260, 455, 538, 544, 556
Arbeiterfrage 24, 258, 433
Arbeitgeber 315, 575, 589, 608
Arbeitnehmer 150, 609, 615
Arbeitnehmerstreik 590
Arbeitsbedingungen 103
Arbeitseinkommen 544
Arbeitsförderung 474, 476, 538
Arbeitskampf 587, 595
Arbeitskraft 117, 293, 537, 556
Arbeitslosengeld 538, 564
Arbeitslosenhilfe 567
Arbeitslosenversicherung 482
Arbeitslosigkeit 85, 153, 437
Arbeitsmarkt 503
Arbeitsrecht 73, 457, 524, 538 f., 547, 592, 602
Arbeitsunfall 85
Arbeitsverhältnis 193
Arbeitswelt 227, 366
Armenfürsorge 4, 265, 432, 448, 477
Armut 18, 52, 86, 227, 265, 453
Armutsfalle 197
Armutsfrage 258
Ärzte 213, 553, 583
Ärztchammer 126, 601, 610
Ärztestreik 583, 586
Aufenthalt 438
Aufenthaltort 448
Aufklärung 432
Aufopferung 474, 494 f.
Ausbildung 29, 124, 228, 537, 542 ff.
Ausbildungsförderung 299, 447, 474, 568 ff., 576
Ausfallzeiten 481, 504, 508, 516
Ausgleichssysteme 103, 255, 353, 476, 496
Ausländer 433
Auslandsrechtskunde 333
Ausperrung 586
Austauschverhältnis 300
Australien 14
Autoren 357
Badura, Peter 89
Bauernfreiheit 100
Bayerischer Verwaltungsgerichtshof 106
Bayerisches Oberstes Landesgericht 106
Bayern 5, 93, 98, 431, 433
Beamte 490, 494, 593
Beamtenversorgung 32, 447, 475, 482, 515, 524, 541, 562
Bedarf 49, 260, 537, 547, 571
Bedarfsgerechtigkeit 37, 277, 513 f., 528, 532, 563, 568
Behindertengesetz 546
Behindertenpolitik 548 f.

- Behindertenrecht 541, 546 ff.
 Behinderter 47, 265, 533 ff.
 Beitrag 268, 458
 Beitragszeiten 516
 Belgien 433, 435, 582
 Beratung 551
 Bergarbeiter 583
 Berlin 8, 93, 584
 Berliner Abkommen 584
 Berufsausbildung 47
 Berufsförderung 447, 568
 Berufsfreiheit 166
 Berufsrecht 599 f., 607
 Berufsschadensausgleich 492
 Berufsunfähigkeit 242
 Berufswahl 116
 Beschäftigung 85
 Besitzstand 87
 Besitzstandsgerechtigkeit 37, 277,
 513 f., 517, 520, 528, 532, 563
 Betreuungsleistungen 542
 Betrieb 304, 552
 Betriebliche Alterssicherung 507,
 524, 527
 Betriebsgefahr 100
 Betriebskrankenkasse 304
 Betriebsunfall 315
 Beveridge-Plan 440
 Bevölkerungsentwicklung 499
 Bildung 4, 47, 73, 101, 124, 559
 Bildungsförderung 108
 Billigkeit 321
 Binnenschiffer 451
 Bismarck, Otto v. 435
 Bleckmann, Albert 418
 Blumenwitz, Dieter 418
 Blutspender 479
 Bodenreform 113
 Böhm, Franz 188
 Boykott 586
 Bremen 93
 Brüderlichkeit 309 f.
 Bundesärzteordnung 599
 Bundesgarantie 516
 Bundesminister für Arbeit und Sozial-
 ordnung 209
 Bundesregierung 209
 Bundessozialgericht 182
 Bundesstaat 1, 54, 238, 402
 Bundesverfassungsgericht 50, 129 f.,
 169, 182, 232, 502 ff., 516, 520, 595
 Bundeszuschuß 516
 Bürgerliches Recht 250
 Burghardt, Anton 90

 Chancengleichheit 142, 324
 Charta der Vereinten Nationen 10
 Christentum 92, 205
 Common Law 339
 Contergan 485
 contrat social 519

 Dänemark 13, 433, 526
 Daseinsvorsorge 42 f., 528, 537
 Declaration of Rights von Virginia 4
 Deliktsrecht 474, 591, 607
 demogrants 271, 316, 458
 Demokratie 1, 75, 90, 98, 231, 233,
 505
 Demonstrationsstreik 603, 613
 Deutscher Ärztetag 584
 Deutscher Bund 432
 Deutscher Juristentag 477, 499
 Deutschland 1, 74, 79, 80, 85, 93, 213,
 332, 433, 444, 498, 530, 582, 586
 Dienstleistung 358, 440, 458, 548, 553
 Differenzierung 181
 Diskriminierung 547, 559
 Disziplinargewalt 613
 Dogmatik 279, 298
 Dritte Welt 212
 Dynamisierung 492

 Effektivität 174, 340
 Ehe 101, 122, 305, 499, 538, 555 f.,
 561, 576, 580
 Ehe, Zwei-Verdiener- 557, 571
 Ehegatten-Splitting 574

- Eigentum 86, 99, 105, 111, 113 ff.,
150, 284, 292, 516, 519 f., 530
- Eigenvorsorge 528
- Einheitsstaat 402
- Einkommen 196, 227, 260, 455,
536 ff., 556
- Einkommensersatz 447
- Einkommenshilfe 299
- Einkommenschäden 492
- Einkommenssicherung 564
- Einkommenssteuer, negative 49,
573
- Einkommenssteuerrecht 574
- Eisenacher Abkommen 433
- Elfenbeinküste 13
- Eltern 305
- Eltern-Kind-Verhältnis 576
- Emanzipation 220, 223
- Endzeithoffnung 89
- Entfaltungshilfen 103
- Entfremdung 228
- Entschädigung 103, 270, 315, 318,
474, 515, 574
- Entscheidungstheorie 217
- Entwicklungshelfer 479
- Entwicklungsländer 443, 465,
469
- environment 227
- Erbrecht 579
- Erhard, Ludwig 168
- Erholung 120
- Ermessen 142
- Ersatzdienst 484
- Ersatzzeiten 481, 516
- Erwerbseinkommen 196
- Erwerbsersatz 568
- Erziehung 47, 542, 544, 559
- Erziehungsgeld 581
- Europäische Gemeinschaften 11,
210, 400, 426, 427, 439, 441, 452
- Europäische Ordnung der sozialen
Sicherheit 441
- Europäische Sozialcharta 11, 97, 422,
441
- Europäisches Fürsorgeabkommen
422, 441
- Europarat 332, 352, 384, 394, 441,
449, 453
- Evangelismus 92
- EWG-Vertrag 409
- Existenzminimum 18, 51, 103, 266,
269 ff., 312 ff., 361, 475,
514 f., 528, 563
- Externalisierung 261, 457, 461, 524,
560
- Familie 22, 35, 101, 122, 305, 459,
552, 555 ff., 580
- Familien-Splitting 574, 581
- Familienrecht 457, 538, 559 f.
- Familienverband 576
- Finanzänderungsgesetz 499
- Finanzwissenschaft 366
- Flüchtlinge 451 f.
- Förderung 272, 353
- Frankreich 13, 214, 525, 582
- Französische Revolution 432
- Freie Träger 553
- Freier Beruf 108, 553, 587, 604 ff.,
609, 615
- Freiheit 29, 183, 237, 295, 309, 430,
594
- Freiheitliche Demokratie 309
- Freiwillige Versicherung 508
- Freizügigkeit 440
- Fremdenrecht 331
- Fremdrentenrecht 452
- Fremdverantwortung 361
- Friedensvertrag von Versailles 10,
436
- Früherkennung 545
- Funktion 358, 386
- Fürsorge 20, 84, 86, 103, 108, 117,
272, 317, 432, 438, 473 f., 512
- Fürsorgerecht 448
- Gabun 13
- Garantenstellung 490

- Gebührenordnung 586, 588
 Gefährdungshaftung 474
 Gegenseitigkeit 461
 Geldleistung 358, 440, 458
 Gemeinlast 481
 Generalstreik 594
 Generation, dritte 519
 Generationen 506, 567
 Generationenvertrag 517 ff., 530
 Genossenschaftliche Selbsthilfe 589
 Genossenschaftswesen 100
 Gerechtigkeit 132, 141, 276, 320 f.,
 326
 Gerechtigkeit, politische 325
 Gesellschaft 60
 Gesellschaftspolitik 219
 Gesetz 50
 Gesetz über den Unterstützungswohn-
 sitz 433
 Gesetzgebung 137 f., 241
 Gesundheit 213, 227
 Gesundheitsdienst 440
 Gesundheitsschaden 100, 491
 Gesundheitswesen 432
 Gewaltenteilung 164
 Gewerbefreiheit 166
 Gewerbesteuer 573
 Gewerkschaft 127, 242, 459, 582, 608
 Gierke, Otto von 176, 253
 Gleichberechtigung 157
 Gleichberechtigung der Frau 156,
 466, 499, 501 f.
 Gleichheit 18, 34, 75, 178, 183, 236,
 266, 269 f., 291, 308, 310, 314,
 316 f., 361, 430, 514, 563
 Gleichheitssatz 27, 67, 129, 131, 155,
 240, 491, 534
 Gleichheitssatz, allgemeiner 155
 Gleichheitssatz, besonderer 156
 Görres-Gesellschaft 74
 Gothaer Übereinkommen 433
 Grenzwähler 87
 Griechenland 13
 Großbritannien 13, 214, 525
 Großfamilie 148, 538
 Grundgesetz 1, 73, 86, 101
 Grundpflichten 99, 122
 Grundrecht 65, 99, 594
 Häftlingshilfe 484
 Haiti 14
 Hamburg 9, 93
 Handelsvertrag 435
 Handlungsfähigkeit 576
 Handlungsfreiheit 99
 Harmonisierung 332, 428, 449
 Hartmannbund 583, 585
 Haushalt 231, 283, 556
 Haushalt, Ein-Generationen- 500
 Haushalt, Ein-Personen- 556 f.
 Hausratsteilung 113
 Heim 85, 553
 Heimkehrerstiftung 485
 Herkunft 158
 Herrenchiemseer Entwurf 7, 8
 Herzog, Roman 81
 Hessen 93
 Hilfe in besonderen Lebenslagen 568
 Hilfe zum Lebensunterhalt 568
 Hilfs- und Förderungssystem 34, 44,
 49, 272, 317, 512, 515, 541, 563,
 567, 573 f., 577 f., 581, 605
 Hinterbliebenenversorgung 492, 502,
 509
 Höffe, Otfried 325
 IAO-Übereinkommen 400, 422
 Igl, Gerhard 542, 545
 Impfschäden 484
 Inflation 229, 511
 Informatik 217, 230
 Institutionen 358
 Integration 534, 542
 Interethnische Beziehungen 580
 Interkommunikation 303
 Internalisierung 261, 461, 560
 International Council of Social
 Welfare 224

Internationale Arbeitsorganisation
 11, 332, 334, 352, 384, 394, 416,
 437, 441 f., 449
 Internationale Organisationen 11
 Internationale Sozialpolitik 421
 Internationale Vereinigung für Soziale
 Sicherheit 534
 Internationales Privatrecht 411
 Internationales Recht 9, 33
 Internationales Sozialrecht 376 ff.,
 445, 449, 451 ff.
 Internationales Sozialversicherungs-
 recht 411
 Internationales Steuerrecht 411
 Internationalisierung 457, 524
 Interreligiöse Beziehungen 580
 Invalidität 84, 85
 Ipsen, Hans Peter 145
 Irland 13
 Isensee, Josef 208
 Island 13
 Italien 13, 433, 435, 525
 iustitia commutativa 276
 iustitia distributiva 276
 iustitia legalis 276
 Jahr der Behinderten 533, 547
 Jugendhilfe 567, 570, 578
 Kägi, Werner 16
 Kaiserliche Botschaft 30
 Kanada 14, 214, 526
 Kassenarzt 302, 608 f., 611 f., 615
 Kassenärztliche Vereinigung 584,
 608 ff.
 Kassenarztvertrag 585 f.
 Kassenpatient 582
 Katholische Soziallehre 89 ff.
 Kerber, Walter 91
 Kind 305, 538, 558, 567, 571
 Kinder, uneheliche 108, 124, 156
 Kindererziehungszeit 502, 516, 566,
 581
 Kinderfreibetrag 574
 Kindergartenkind 479
 Kindergeld 49, 447, 459, 567, 569,
 574
 Kindesleistungen 576
 Klassen 88
 Klassengesellschaft 81
 Kleinfamilie 570
 Koalition 149, 602, 609
 Koalitionsfreiheit 23, 100, 119
 Kollektivrecht 601
 Kollektivverträge 302
 Kollisionsrecht 331, 377
 Kommunismus 78, 87
 Komplexität 516, 518, 520
 Konfliktforschung 217
 Konsumfreiheit 166
 Konvention 334, 433
 Koordinationsrecht 398, 411, 449
 Körperverletzung 295, 597
 KPD-Urteil 129, 144
 Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung
 486
 Krankengeld 564, 585, 598
 Krankenhaus 553
 Krankenkasse 582, 610
 Krankenversicherung 148, 440, 480,
 491, 515, 528, 583
 Krankheit 47, 84 f., 227, 514, 537,
 573, 576
 Kriegsfolgen 478
 Kriegsoferversorgung 315, 447,
 476, 483, 490 ff.
 Kulturrevolution 78
 Kulturstaat 98, 101
 Kunst 228
 Künstler 357

 Länder 54, 73, 95
 Landesverfassung 5, 8, 73, 95 f.
 Landschaftsschutz 101
 Landwirtschaft 104, 115, 357
 Lastenausgleich 476, 485
 Lebensqualität 210, 222
 Lebensstandard 35, 103, 492, 506,
 514

- Leipziger Verband 583
 Leistungsbestimmung, konkrete 267, 313
 Leistungsgerechtigkeit 37, 277, 513 f., 517, 528, 532, 563, 566
 Leistungsprinzip 205
 Leistungsverwaltung 159
 Liefmann-Keil, Elisabeth 207
 Lohnfortzahlung 49
 Loi Leburton 582
 Luxemburg 435

 Mackenrothsches Gesetz 195, 293, 303, 517
 Maghreb-Staaten 444
 Magna Charta Liberatum 4
 Maihofer, Werner 308 f.
 Makrovergleich 333, 339, 390 f.
 Mali 13
 Malta 13
 Marburger Bund 593
 Markt 40, 173, 203
 Marktwirtschaft 41 f., 262
 Marokko 13
 Mauretanien 13
 Max-Planck-Institut für Sozialrecht 541
 Meinungsäußerung 591, 604, 613
 Menschenrechte 421
 Menschenwürde 73, 99 f., 308 ff., 594
 Miete 537
 Mikrovergleich 333, 390 f.
 Minderheiten 549
 Minderjähriger 576
 Minderung der Erwerbsfähigkeit 546
 Mindesteinkommen 227
 Mißbrauch 198
 Mitbestimmung 83, 120
 Modernisierung 463
 Monaco 13
 Mutterschaft 576
 Mutterschaftsgeld 567

 Nachbarschaft 552
 Nachkriegszeit 93, 96
 Nationalität 438
 Natur 101
 Natur der Sache 139
 Naturalrestitution 491
 Naturkatastrophe 490
 Neue Weltwirtschaftsordnung 419, 443
 Neuseeland 14
 Nichteheliche Lebensgemeinschaft 500, 577
 Nichtstörer 598
 Niederlande 13, 433, 435, 525
 Niedersachsen 9, 93
 Niger 13
 Nipperdey, Hans Carl 169
 Nordrhein-Westfalen 9, 93
 Normalität 43, 45, 51, 464 f., 536
 Normalität, soziale 463
 Normenkontrolle 133, 137 f.
 Norwegen 13, 526
 Not 74, 82, 361, 607
 Nothelfer 479
 Nötigung 601
 Nußbaum, Arthur 254

 Oberfranken 432
 OECD 211, 214
 Offene Gesellschaft 88
 Öffentliche Meinung 589
 Öffentlicher Dienst 80, 149
 Öffentliches Amt 158
 Öffentliches Recht 338, 538
 Ofner, Julius 15
 Ökonometrie 217
 Ökonomie 47, 130, 206, 218 f., 365
 Organisation 302, 601
 Österreich 13, 74, 79, 85, 433, 524, 582
 Österreich-Ungarn 435

 pacta sunt servanda 604
 Parlament 231

Parlamentarischer Rat 7 f.
 Parteien 158
 Partizipation 220, 223, 228, 230
 Patient 588 f.
 Paulskirchenverfassung 5
 Pension 564
 Pensionskasse 304
 Perelman, Chaim 323
 Pflege 47, 504, 537, 539, 542, 549
 Pflichtversicherung 508
 Planung 217, 230
 Plebiszit 241
 Pluralismus 273, 318, 523, 563
 Politischer Streik 589
 Politisches Recht 341
 Polizei 598
 Polizeirecht 591, 607
 Portugal 13
 Positives Recht 326
 Prävention 545
 Preußisches Allgemeines Landrecht
 31
 Privatrecht 338, 538, 547, 575
 Privatversicherung 193 f., 269, 458,
 474
 Produktion 185
 Proteststreik 584
 Publizität 303

 Qualität des Lebens 218

 Radbruch, Gustav 176, 254
 Randgruppen 85
 Rationalisierung 221
 Rawls, John 277 f., 311, 324
 Recht 167, 179, 228, 239, 329, 336,
 533, 546 f., 550 f., 561, 573
 Recht am Unternehmen 597
 Recht auf Arbeit 4, 21, 108
 Recht auf Leben, Unversehrtheit 594
 Recht, geschriebenes 372
 Rechtsanwendung 239, 330, 415
 Rechtsdogmatik 330
 Rechtsfamilie 333, 337, 339
 Rechtsfortbildung 240
 Rechtsgeschichte 336, 371
 Rechtsnorm 552
 Rechtsordnung 340, 401
 Rechtspolitik 330
 Rechtssetzung 415
 Rechtssicherheit 64, 276, 320, 340,
 563
 Rechtsstaat 1, 33, 50, 63 f., 68, 84, 89,
 98, 129, 159, 231, 256, 279, 294, 563
 Rechtstatsachen 372
 Rechtsvergleich 330 ff., 348, 376,
 383, 405 f., 414
 Rechtsvergleich, horizontaler 370,
 380, 390
 Rechtsvergleich, vertikaler 370, 380,
 385
 Rechtsvergleichung, außengerichtete
 412
 Rechtsvergleichung, internalisierende
 412
 Rechtsvergleichung, Privatrecht
 337
 Regierung 231
 Regimeopfer 315, 478
 Rehabilitation 474, 542
 Reichdeputationshauptschluß 432
 Reichsverfassung (1871) 5
 Reichsverfassung, Weimar
 s. Weimarer Reichsverfassung
 Reichsversicherungsordnung 583
 Religion 462
 Rente 538, 564
 Rente nach Mindesteinkommen 507,
 516
 Rentenalter 503, 511
 Rentenbiographie 507
 Rentendynamik 516
 Rentenreform (1957) 498
 Rentenversicherung 83, 86, 481, 498,
 507, 515, 532, 562
 Repräsentative Demokratie 234
 Republik 1, 55
 Ressourcen 88

- Rheinland-Pfalz 5, 93
 Richter 241
 Roesler, Hermann 176, 253
 Ruanda 13
 Rüthers, Bernd 311
- Saarbrücken 596
 Saarland 5, 93, 585
 Saarländisches Ärztesyndikat 585, 586
 Sachleistung 358, 440
 Sachsen 432
 Sachstruktur 139
 Schaden, immaterieller 492
 Schadensersatz 568, 575
 Schadensersatzpflicht 592
 Schadensersatzrecht 474
 Scheidung 499, 576
 Schiffsfahrtsvertrag 435
 Schleswig-Holstein 9, 93
 Schmid, Carlo 8
 Schulden 579
 Schule 479, 559
 Schweden 13, 214, 435, 526
 Schweiz 13, 433, 526
 Schwerbehindertenrecht 538 f.
 Seeleute 451
 Selbständige 82, 357
 Selbsthilfe 479
 Selbstverantwortung 21, 361
 Selbstverwaltung 242
 Senegal 13
 Sicherheit 228, 266, 270, 314 ff., 361, 453, 514, 563
 Sicherheit und Ordnung 589, 592
 Sinzheimer, Hugo 254
 Sittenwidrigkeit 592
 Situationsbezogene Systeme 271, 316, 319, 521
 social security 439
 social security pluralism 456, 459, 467
 Soldatenversorgung 494
 Solidargemeinschaft 297
- Sozial 46, 53, 64 f., 68, 71, 76, 130, 174 ff., 257 ff., 284, 311
 Sozial-Völkerrecht 378
 Sozialadäquanz 591 ff., 600
 Sozialarbeit 85, 477, 553
 Sozialbindung 112
 Soziale Biographie 516
 Soziale Demokratie 56, 59 ff., 67, 76, 563
 Soziale Entschädigung 30 ff., 44, 49, 255, 353, 457, 563
 Soziale Förderung 351, 457
 Soziale Frage 24, 176, 322, 433
 Soziale Gerechtigkeit 309, 321
 Soziale Gleichheit 24, 164, 453, 514, 563
 Soziale Indikatoren 210 ff.
 Soziale Lage 349, 352, 369
 Soziale Marktwirtschaft 40, 166 ff., 175, 192, 455
 Soziale Mobilität 227
 Soziale Notlage 351, 355
 Soziale Rechte 10
 Soziale Risiken 268, 271, 316, 350, 356
 Soziale Selbstverwaltung 592
 Soziale Sicherheit 30, 73, 82, 84 ff., 103, 108, 117, 148, 178, 187, 254 f., 439, 455 ff., 463, 473 ff., 504
 Soziale Solidarität 309
 Sozialer Bundesstaat 152
 Sozialer Friede 80, 191
 Sozialer Rechtsstaat 62, 67, 147, 152
 Sozialer Rückschritt 53
 Sozialer Volksstaat 15
 Soziales Entschädigungsrecht 476, 541
 Soziales Recht 264
 Sozialgesetzbuch 446
 Sozialhilfe 20, 84, 355, 447, 457, 464, 478, 496, 508, 541, 569 f., 578
 Sozialleistung 38, 177, 203, 358, 539, 547, 562
 Sozialpartner 478

Sozialplanung 209
 Sozialpolitik 41 f., 75, 81, 87 ff., 95,
 192, 209, 221, 225 f., 340
 Sozialproblem 344 f.
 Sozialprodukt 213
 Sozialrecht 41, 175 ff., 192, 249,
 262 ff., 280, 308, 312, 338, 376,
 564, 570 f., 576 ff.
 Sozialrecht, Begriff, positiver 252
 Sozialrecht, Begriff, pragmatischer
 250
 Sozialrecht, Begriff, sozialpolitischer
 251
 Sozialrecht, Begriff, verstehender
 253
 Sozialrechtsvergleich 334, 376, 379
 Sozialstaat 52, 63, 73, 74, 81, 88, 89,
 90, 92, 101, 129, 145, 147, 151, 152,
 240, 279, 291, 294, 534
 Sozialstaatsprinzip 89, 98, 107, 108,
 165, 311, 491
 Sozialstruktur 335
 Sozialversicherung 32 ff., 49, 84 ff.,
 103, 118, 268, 298, 314, 360, 434,
 437, 440, 446 ff., 457 f., 473 ff., 541
 Sozialversicherungsabkommen 400,
 414, 422, 437
 Sozialwissenschaften 347
 Spanien 13
 Sparen 193 f., 284
 Sprache 402
 Staat 102, 167, 588
 Staat und Gesellschaft 19, 340
 Staatliche Rechtsordnung 392
 Staatsanteil 512
 Staatsbürgerschaft 432
 Staatsbürgerversorgung 506
 Staatsfundamentalnorm 1, 53, 70, 152
 Staatshaftung 486, 494
 Staatswirtschaft 263
 Standardisierung 332, 381, 398, 449
 Standesrecht 599
 Statistik 213, 229, 232
 status activus 235 f.
 status passivus 237
 Stein, Lorenz von 14
 Steuer 49, 292, 458, 528
 Steuerpräferenz 301
 Steuerprogression 301
 Steuerrecht 77, 201, 504, 573
 Steuerreform 83
 Stiftung 485
 Stil 359, 364
 Strafgefängener 479
 Strafrecht 250, 338, 550, 597, 607
 Straßenverkehr 480, 486, 496
 Streik 582 f., 591 ff., 607
 Student 479
 Subjektives Recht 180
 Subsidiarität 171, 572
 Subsistenzwirtschaft 467
 Subvention 77, 300, 474
 Supranationales Recht 323, 402,
 405 f.
 System 140 f., 280
 Tarifautonomie 616
 Tarifverträge 592, 610
 Teilhabe 38, 42, 65, 573
 Tendenzvergleich 337, 362
 Territorialitätsprinzip 445 f., 448
 Togo 13
 Totalitärer Staat 63, 65
 Toynbee, Arnold J. 217
 Tradition 339
 Traditionelle Solidarität 459
 Transplantatspender 479
 Türkei 13, 444
 Typisierung 84 ff., 160 ff., 353, 403
 Umsatzsteuern 573
 Umverteilung 88, 200, 263, 282 f.,
 300
 Umverteilung, interpersonale 286
 Umverteilungsmittler 285
 Umwelt 368
 Umweltschäden 496
 Umweltschutz 101, 486

UN-Pakt über soziale Rechte 400, 422
 Unechte Unfallversicherung 480, 487, 494
 Unfallversicherung 49, 270, 315, 435, 479 f., 491, 515, 563
 Ungleichheit 25, 556
 Unmittelbare Demokratie 235
 Unterhalt 447, 561, 575
 Unterhaltersatz 564
 Unterhaltsverband 49, 260, 459, 536 f., 542 ff., 556, 568 f., 578
 Unterhaltsvorschuß 562, 567, 570
 Unternehmen 231
 Unternehmensverfassung 99
 USA 14, 213, 444, 464, 525

 Verbraucher 556
 Verbrauchssteuern 573
 Verbrechen 213
 Verbrechensoferentschädigung 315, 447
 Verdienner 537 ff., 558, 564 ff., 571
 Vereinigtes Wirtschaftsgebiet 95
 Vereinigungsfreiheit 23
 Vereinte Nationen 334, 416, 438 ff.
 Verfahren 324
 Verfassungsrecht 89, 133, 490, 591
 Verfolgte 476, 484
 Verkehrsleistungen 538
 Verletztengeld 564
 Vermögen 537, 568, 579
 Vermögensbildung 193 f., 474
 Verrechtlichung 561
 Versorger 537 ff., 558, 565, 571 f.
 Versorgung 103, 474
 Versorgungsausgleich 502
 Verteilung 185, 263, 282
 Vertragsfreiheit 99, 109, 166, 604 ff.
 Vertreibung 484
 Vertriebenenrecht 452
 Verwaltung, darreichende 159
 Völkergewohnheitsrecht 406
 Völkerrecht 289, 403 ff., 419 ff., 452
 Völkersozialrecht 451
 Volksversicherung 506
 Vollverfassung 93
 Vorbehalt des Gesetzes 179
 Vorgeschichte 521
 Vorgeschichte der Verantwortung 313
 Vorgeschichte der Vorsorge 313
 Vorläufiges Europäisches Abkommen 441
 Vormundschaftswesen 580
 Vorruhestand 503
 Vorsorge 34, 44, 255, 267, 434, 447, 475, 515, 563, 577
 Vorsorgefähigkeit 34 f., 514
 Vorsorgegemeinschaft 557 f., 579
 Vorsorgesysteme 268, 314, 319, 522 f., 564

 Wachstum 86, 171, 498, 503, 512
 Wahlrecht 98
 Wallraff, Herman Josef 91
 Wanderarbeitnehmer 427, 442 f., 448
 Wanderarbeitnehmerverordnung 439
 Wanderung 448
 Watrin, Christian 167
 Wechselfälle des Lebens 19, 30 f., 52
 Wehrpflichtige 484
 Weimarer Reichsverfassung 5, 133, 147, 602
 Weisser, Gerhard 304
 Weltkrieg, Erster 436
 Weltkrieg, Zweiter 16, 24, 31, 438
 Weltsozialrecht 444
 Wettbewerb 175, 450
 Wiedervereinigung 238
 Wiener Schlußakte 432
 Willkürverbot 132, 138
 Wirtschaft 81, 95, 98, 102, 109, 116, 167
 Wirtschaftsdemokratie 59 f.
 Wirtschaftsförderung 234, 474

Wirtschaftsfreiheit 102, 109
Wirtschaftsordnung 104
Wirtschaftspolitik 82, 98, 201
Wirtschaftsverfassung 97
Wissenschaft 228
Wohlbefinden 210
Wohlfahrt 213, 308
Wohlstand 37, 82, 86, 186, 190, 213,
283
Wohlstandsteilhabe 266, 269 ff.,
315 ff., 514, 563
Wohltätigkeitsverbände 306
Wohngeld 49, 447, 476, 515, 538, 568
Wohnung 122, 539
Württemberg 93
Württemberg-Baden 5
Zaire 13
Zivilrecht 576 f., 597
Zivilrechtsgesellschaft 188
Zivilschutz 484
Zollvertrag 435
Zurechnungszeit 516
Zwangsmitgliedschaft 126, 571

