

Festschrift für  
WOLFGANG ZEIDLER

herausgegeben

von

Walther Fürst      Roman Herzog  
Dieter C. Umbach

Band 1



1987

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Universitäts-  
Bibliothek  
München

1452204.7 W

Gedruckt mit Unterstützung  
des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort

Redaktion: Dieter C. Umbach  
unter Mitarbeit von Thomas Clemens und Alexander Jannasch

Gedruckt auf säurefreiem Papier  
(alterungsbeständig – pH 7, neutral)

*CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek*

**Festschrift für Wolfgang Zeidler**

hrsg. von Walther Fürst ...

– Berlin ; New York :

de Gruyter

ISBN 3-11-011057-1

NE: Fürst, Walther [Hrsg.]; Zeidler, Wolfgang: Festschrift  
Bd. 1 (1987).

©

Copyright 1987 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, 1000 Berlin 36

Buchbindarbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, 1000 Berlin 61  
Schutzumschlag (Gestaltung und Illustration): Gabriele Kuhnke, 4300 Essen

1288/1794

# Inhalt

## Band 1

Geleitwort .....	XV
------------------	----

### I. Gott und Gerechtigkeit

PETER HÄBERLE, Bayreuth: „Gott“ im Verfassungsstaat? .....	3
BERND RÜTHERS, Konstanz: Warum wir nicht genau wissen, was „Gerechtigkeit“ ist .....	19

### II. Richter und Richteramt

ERNST BENDA, Freiburg i. Br.: Nachteile des Richteramtsbonus .....	43
GERD PFEIFFER, Karlsruhe: Die innere Unabhängigkeit des Richters .....	67
HANS JOACHIM FALLER, Karlsruhe: Die richterliche Unabhängigkeit im Spannungsfeld von Politik, Welt- anschauung und öffentlicher Meinung .....	81
MICHAEL KIRBY, Sydney (Australien): Zeidler and the Future of the Judiciary .....	101
ERNST TRÄGER, Karlsruhe: Der gesetzliche Richter. – Aktuelle Fragen aus Verfassung und inter- nationalem Recht .....	123
SIR HARRY GIBBS, Sydney (Australien): The Selection of Judges .....	147

DOO-HYUN KIM, Seoul (Korea):	
Appointment of Judges in the Republic of Korea. – A Formative History of the System . . . . .	153
HENNING FRANK, Bonn:	
Die „neutralen“ Richter des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	163
WALTHER FÜRST, Münstertal, und HORST ARNDT, Berlin:	
Rechtsschutzfragen zur Dienstaufsicht über Richter . . . . .	175
WILHELM KARL GECK, Saarbrücken:	
Zum Status der Bundesverfassungsrichter: Besoldungs- und Versorgungsrecht . . . . .	189
FRIEDRICH KARL FROMME, Frankfurt/M.:	
Die Altersgrenze bei den Richtern der obersten Gerichtshöfe des Bundes. – Ein Beitrag zur Kultur der Gesetzgebung . . . . .	219

### III. Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit

GERHARD ROBBERS, Freiburg i. Br.:	
Emmanuel Joseph Sieyès – Die Idee einer Verfassungsgerichtsbarkeit in der Französischen Revolution . . . . .	247
HORST SÄCKER, Berlin:	
Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Konvent von Herrenchiemsee . . . . .	265
LUDWIG ADAMOVICH, Wien (Österreich):	
Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltentrennung . . . . .	281
HANS PETER SCHNEIDER, Hannover:	
Richter oder Schlichter? – Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor . . . . .	293
KARL-GEORG ZIERLEIN, Karlsruhe:	
Entwicklung und Möglichkeiten einer Union: Die Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte . . . . .	315
JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, Lissabon (Portugal):	
O Tribunal Constitucional Português: a sua origem histórica . . . . .	351
WERNER VON SIMSON, Freiburg i. Br.:	
Das House of Lords als Hüter der kanadischen Verfassung . . . . .	363

ALBRECHT WEBER, Osnabrück:

- Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Verfassungsgerichtsbarkeit – dargestellt am Beispiel des Schwangerschaftsabbruchs . . . . . 371

#### IV. Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

SIR GORDON SLYNN, Luxemburg (Luxemburg):

- „But in England there is no . . . . .“ . . . . . 397

WOLFGANG ENDEMANN, Mannheim:

- Im Spannungsfeld – Persönlichkeitsrecht und Öffentlichkeit des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens . . . . . 409

EVERHARDT FRANSSSEN, Berlin:

- (Un)bestimmtes zum unbestimmten Rechtsbegriff . . . . . 429

HANS HEINRICH RUPP, Mainz:

- „Ermessen“, „unbestimmter Rechtsbegriff“ und kein Ende . . . . . 455

GERHARD SEIBERT, Berlin:

- Die Beachtlichkeit von Fehlern im Verwaltungsverfahren gemäß §46 VwVfG und die Konsequenzen für das verwaltungsgerichtliche Verfahren . . . . . 469

ALEXANDER JANNASCH, Karlsruhe:

- Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Rahmen der staatlichen Funktionen . . . . . 487

JOACHIM VON BARGEN, Mannheim:

- Rechtsprechung als Hochseilakt. – Plädoyer für eine Reform des Vertriebenenrechts . . . . . 503

#### V. Interpretation und Argumentation

JÖRG BERKEMANN, Berlin:

- Interpretatio juris doctrinalis – erfüllbar? . . . . . 523

FRANCISCO RUBIO-LLORENTE, Madrid (Spanien):

- Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del tribunal constitucional español . . . . . 545

PETER LERCHE, München:

- „Systemverschiebung“ und verwandte verfassungsgerichtliche Argumentationsformeln . . . . . 557

## VI. Soziale Sicherung

HANS F. ZACHER, München:	
Grundtypen des Sozialrechts . . . . .	571
HEINRICH REITER, Kassel:	
Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung . . . . .	597
FRITZ OSSENBÜHL, Bonn:	
Der Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. – Eine Zwischenbilanz . . . .	625
DIETRICH KATZENSTEIN, Karlsruhe:	
Aspekte einer zukünftigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen . . . . .	645
BERND VON MAYDELL, Bonn:	
Zur Reform unseres Sozialrechts. – Notwendigkeit und Hindernisse . .	673

## VII. Steuerhoheit und Steuergerechtigkeit

GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, Augsburg:	
Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Steuergesetzen. – Ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Bindungen des Steuerrechts . . . . .	691
KLAUS TIPKE, Köln:	
Über Steuerreform und Steuergerechtigkeit . . . . .	717
JOACHIM WIELAND, Karlsruhe:	
Steuerliche Wohneigentumsförderung, Finanzverfassung und Gleichheitssatz . . . . .	735
HEINZ-JÜRGEN PEZZER, Düsseldorf:	
Verfassungsrechtliche Perspektiven der Familienbesteuerung . . . . .	757
FRANZ KLEIN, München:	
Ehe und Familie im Steuerrecht als verfassungsrechtliches Problem . . .	773

## VIII. Ehe und Familie

DONALD P. KOMMERS, Notre Dame, Indiana (USA):	
Marriage and Family in American Constitutional Law . . . . .	805

GERD ROELLECKE, Mannheim:	
Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Besoldung bei „Doppel- Verdiener-Ehen“ .....	819
KARIN GRASSHOF, Karlsruhe:	
Die Härteklausele im Ehescheidungsrecht .....	837
ROLF LAMPRECHT, Karlsruhe:	
Zur Menschenwürde des Kindes .....	857

### IX. Asyl- und Ausländerrecht

HORST SENDLER, Berlin:	
Gesetzes- und Richtervorbehalt im Asylrecht .....	871
GÜNTER KORBMACHER, Berlin:	
Besteht auf dem Gebiet des Asyl- und Flüchtlingsrechts ein Bedarf an gesetzlicher Regelung? .....	901
KAY HAILBRONNER, Konstanz:	
Vom Asylrecht zum Asylbewerberrecht. – Rechtspolitische Anmer- kungen zu einem ungelösten Problem .....	919
OTTO KIMMINICH, Regensburg:	
Die Behandlung der selbstgeschaffenen Nachfluchtgründe in der Asylrechtsprechung .....	939
HELMUT QUARITSCH, Speyer:	
Arbeitsverbot und Sichtvermerk als „flankierende“ Maßnahmen des Asylverfahrens .....	957
HERBERT HEINRICH, Berlin:	
Einwanderung und Begrenzung des Ausländerzuzugs in der Recht- sprechung des Bundesverwaltungsgerichts .....	981
GÜNTER RENNER, Kassel:	
Politik und Justiz im Ausländerrecht .....	1003

## Band 2

### X. Grundlagen und Organisation des Staates

- HARTMUT SCHIEDERMAIR, Köln:  
Die deutsche Frage im Streit der Fakultäten ..... 1031
- HANS-JOCHEN VOGEL, Bonn:  
Zu einigen aktuellen verfassungspolitischen Problemen im Bund-  
Länder-Verhältnis ..... 1059
- CATHERINE MARY KING, Melbourne (Australien):  
Centralized Administration in a Federal State: Co-operative  
Federalism in Australia viewed from a German Perspective ..... 1077
- JOACHIM ROTTMANN, Bonn:  
Über das Obsolete-Werden von Verfassungsnormen ..... 1097
- HANS-JUSTUS RINCK, Karlsruhe:  
Herkunft und Entfaltung der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl .. 1119
- KLAUS-ECKART GEBAUER, Mainz:  
Nachdenken als Verfassungsauftrag. – Über Notwendigkeit und Not  
staatlicher Planung ..... 1139
- THEODOR MAUNZ, München:  
Die kommunale Allzuständigkeit ..... 1157
- OTTO THEISEN, Trier:  
Generalstaatsanwalt – Politischer Beamter? ..... 1167
- HANS PETER IPSEN, Hamburg:  
Hamburger Verfassungsfragen ..... 1177
- ULRICH STOROST, Koblenz:  
Revision des Landesverfassungsrechts? – Vorüberlegungen am Bei-  
spiel der Verfassung für Rheinland-Pfalz ..... 1199
- HARALD SCHULZE, Hamburg:  
Die Rolle des Rechnungshofs während der vorläufigen Haus-  
haltsführung einer Regierung ohne Parlamentsmehrheit ..... 1217



## XI. Verfassungsprozeß

- DIETER C. UMBACH, Karlsruhe/Mainz:  
 Der „eigentliche“ Verfassungsstreit vor dem Bundesverfassungsgericht: Abgeordnete und Fraktionen als Antragsteller im Organstreit . 1235
- THOMAS CLEMENS, Karlsruhe/Hamburg:  
 Politische Parteien und andere Institutionen im Organstreitverfahren. – Zulässigkeitsfragen im Verfassungsstreit . . . . . 1261
- WALTER STIEBELER, Hamburg:  
 Die Organklage vor dem Hamburgischen Verfassungsgericht . . . . . 1289
- ECKART KLEIN, Mainz:  
 Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde . . . . . 1305
- HARALD KLEIN, Kassel:  
 Funktionell- und verfahrensrechtliche Probleme der Rechtssatzverfassungsbeschwerde . . . . . 1325
- GOTTHARD WÖHRMANN, Karlsruhe:  
 Reformvorschläge zum Verfahren des Bundesverfassungsgerichts . . . . . 1343
- ERNST GOTTFRIED MAHRENHOLZ, Karlsruhe:  
 Kammerbeschlüsse – Nichtannahmegebühren. – Neue Institute im Verfassungsbeschwerdeverfahren . . . . . 1361
- THEODOR RITTERSPACH, Kirchheimbolanden:  
 Gedanken zum Sondervotum . . . . . 1379
- JOHANN FRIEDRICH HENSCHEL, Karlsruhe:  
 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Verfassungsbeschwerdeverfahren . . . . . 1391

## XII. Geschichte und System der Grundrechte

- WILLI GEIGER, Karlsruhe:  
 Zur europäischen Geschichte der Grundrechte . . . . . 1401
- ROMAN HERZOG, Karlsruhe:  
 Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers . . . . . 1415

WOLFGANG HEYDE, Bonn:

Der Regelungsspielraum des Gesetzgebers bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten . . . . . 1429

MICHAEL HUND, Karlsruhe:

Staatliche Schutzpflichten statt Teilhaberechte? – Zum Grundrechtsverständnis des Bundesverfassungsgerichts vor und nach dem Urteil zur Privatschulfinanzierung vom 8. April 1987 . . . . . 1445

OTTO SEIDL, Karlsruhe:

Grundrechtsschutz juristischer Personen des öffentlichen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . . 1459

### XIII. Grundrechtsschutz und Grundrechtsgrenzen

SPIROS SIMITIS, Frankfurt/M.:

Programmierter Gedächtnisverlust oder reflektiertes Bewahren: Zum Verhältnis von Datenschutz und historischer Forschung . . . . . 1475

OTTO RUDOLF KISSEL, Kassel:

Schutz der Arbeitnehmer vor technischer Überwachung . . . . . 1507

GÜNTER ZÖBELEY, Mannheim:

Zum Schutzbereich der Kunstfreiheitsgarantie bei photographischen Darstellungen . . . . . 1525

CHRISTIAN STARCK, Göttingen:

Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit. – Grundlagen und rechtsdogmatische Ausformungen . . . . . 1539

KARL DOEHRING, Heidelberg:

Die Gesunderhaltung des Menschen im Spannungsverhältnis zwischen Staatsfürsorge und Individualentscheidung . . . . . 1553

ENGELBERT NIEBLER, Karlsruhe:

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug . . 1567

### XIV. Eigentum und Wirtschaftsordnung

PETER BADURA, München:

Neutralität des Staates und koalitionsrechtliches Gleichgewicht . . . . . 1591

ERNST KARL PAKUSCHER, München:

Die Gewaltenteilung im gewerblichen Rechtsschutz . . . . . 1611

WOLFGANG G. BEITZ, Bonn:	
Die Vergabe öffentlicher Mittel an Dritte auf privatrechtlicher Basis . . .	1631
PAUL KIRCHHOF, Heidelberg:	
Der verfassungsrechtliche Gehalt des geistigen Eigentums . . . . .	1639
MICHAEL GERHARDT, München:	
Gibt es verfassungsrechtliche Besonderheiten bei „Enteignungen zugunsten Privater“? . . . . .	1663
RUDOLF DOLZER, Heidelberg:	
Eigentumsschutz als Abwägungsgebot. – Bemerkungen zu Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls der EMRK . . . . .	1677
<b>XV. Europarecht und EMRK</b>	
ANTONIO LA PERGOLA, Rom (Italien):	
Das Verhältnis von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht in der Rechtsprechung des italienischen Verfassungsgerichtshofes . . . . .	1695
TORSTEN STEIN, Heidelberg:	
Umgekehrt! Bemerkungen zum „Solange II“-Beschluß des Bundes- verfassungsgerichts . . . . .	1713
REINHARD PRIEBE, Brüssel (Belgien):	
Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaften zur Beseitigung landwirtschaftlicher Überschüsse . . . . .	1729
JOCHEN ABR. FROWEIN, Heidelberg:	
Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschen- rechtskonvention . . . . .	1763
GEORG RESS, Saarbrücken:	
Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völker- rechtlicher Verträge. – Überlegungen zum Verhältnis des Grundge- setzes zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und zur Europäischen Menschenrechtskonvention . . . . .	1775
GERHARD ULSAMER, Karlsruhe:	
Europäische Menschenrechtskonvention und deutsche Strafverfol- gungspraxis . . . . .	1799

**XVI. Völkerrecht**

ALBRECHT RANDELZHOFFER, Berlin:

„Peaceful change“ als Problem de lege ferenda . . . . . 1819

RAINER LAGONI, Hamburg:

Gewaltverbot, Seekriegsrecht und Schiffahrtswfreiheit im Golfkrieg . . . . 1833

WALTER RUDOLF, Mainz:

Informationsfreiheit und Satellitenrundfunk im Völkerrecht . . . . . 1869

RAINER HOFMANN, Karlsruhe:

Zur Bedeutung von Art. 25 GG für die Praxis deutscher Behörden und Gerichte . . . . . 1885

HANS HUGO KLEIN, Karlsruhe:

Über mögliche verfassungspolitische Optionen Südafrikas . . . . . 1899

GERHARD ERASMUS, Stellenbosch (Südafrika):

The Non-Recognition of South Africa's Homelands: The Effect of National Policies . . . . . 1919

ROBERT VON LUCIUS, Frankfurt/M.:

Die Vereinten Nationen und die Beschlagnahme Urans aus Namibia . . 1939

**XVII. Unterschiedliches**

RUDOLF GERHARDT, Mainz:

Der „kleine Unterschied“ zwischen Karlsruhe und Bonn. – Un-  
Ernstere Betrachtungen eines Gerichtsreporters . . . . . 1965

FRANZ SCHNEIDER, Karlsruhe:

Bibliographie Wolfgang Zeidler . . . . . 1973

Verzeichnis der Autoren . . . . . 1991

# Grundtypen des Sozialrechts

HANS F. ZACHER

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 sorgloser<sup>1</sup>. Bürger und Rechtsanwender stehen vor immer neuen Schwierigkeiten, das Recht wahrzunehmen<sup>2</sup>. Und eine Verfassungsrechtsprechung, die das Sozialrecht an der Elle der Systemgerechtigkeit messen will<sup>3</sup>, findet keinen verlässlichen Halt. Aus diesem Grunde ist wissenschaftliche Systemsuche<sup>4</sup> eine dringende Aufgabe im Dienst des Sozialstaats und des Sozialrechts<sup>5</sup>. 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“

Doch vorweg einige klärende Überlegungen zum Sozialrecht selbst. *Sozialrecht ist Recht, das durch seinen sozialen Zweck geprägt ist.* Um mehr über Sozialrecht sagen zu können<sup>6</sup>, müssen wir daher klären, was

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> S. z. B. *Dietrich Katzenstein*, Das Sozialrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, VSSR Bd. 10 (1982), S. 167 ff (178 ff).

<sup>4</sup> S. *Hans F. Zacher*, Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Leontin-Jean Constantinesco, 1983, S. 943 ff.

<sup>5</sup> Einen Überblick über die Systemversuche zum deutschen Sozialrecht s. bei *Helmar Bley*, Sozialrecht, 5. Aufl. 1986, S. 27 ff.

<sup>6</sup> S. *Felix Schmid*, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit. Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, 1981; statt aller späteren s. *Bley*, aaO (Anm. 5), S. 22 ff.

„sozial“ ist<sup>7</sup>. Nun gibt es einen allgemeinen Sinn von „sozial“. Danach ist „sozial“ das gleiche wie „gesellschaftlich“ (vielleicht auch „zwischenmenschlich“ und „das Zusammenleben der Menschen in Gemeinwesen betreffend“). In diesem Sinne ist alles Recht „sozial“. Wir 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. Jahrhundert<sup>8</sup>. 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 werden<sup>9</sup>. 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 Hilfe<sup>10</sup>. Der andere Anfang „sozialer“ Politik kann mit der „Arbeiterfrage“ benannt werden<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> S. dazu *Adolf Geck*, Über das Eindringen des Wortes sozial in die deutsche Sprache, 1963.

<sup>8</sup> S. *Gerhard A. Ritter*, Entstehung und Entwicklung des Sozialstaates in vergleichender Perspektive, *Historische Zeitschrift* Bd. 243 (1986), S. 1 ff.

<sup>9</sup> S. *Wolfram Fischer*, Armut in der Geschichte, 1982.

<sup>10</sup> *Christian Sachße / Florian Tennstedt*, Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland, 1980.

<sup>11</sup> S. *Heinz Lampert*, Sozialpolitik, 1980, S. 37 ff.

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 war<sup>12</sup>. Ungleichheiten 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.)<sup>13</sup>. Die Geschichte der „sozialen Frage“<sup>14</sup> wurde so zu einer Geschichte einer unendlichen *Proliferation von Besser-Schlechter-Relationen*. Und „sozial“ wurde zum Titel ihrer politischen und rechtlichen Negation. Je mehr sich 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*<sup>15</sup>.

Sucht man eine *Summe* der wichtigsten Ziele des „Sozialen“ zu ziehen, so ergeben sich folgende Forderungen<sup>16</sup>:

- *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

<sup>12</sup> S. etwa Niklas Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, insbes. S. 25 ff.

<sup>13</sup> S. statt anderer Lampert, aaO (Anm. 11), S. 166 ff.

<sup>14</sup> S. statt anderer Manfred Groser / Wolfgang W. Veiders, Die neue Soziale Frage, 1979.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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).

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*<sup>17</sup>. Diese Grundannahme ist nicht mehr als eine 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 Organisaion 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 –

<sup>17</sup> 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.



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 Zusammenhang 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, Hinterbliebenenrenten 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 überhöhte 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 Sozialversicherungsrechts 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“)<sup>18</sup>. 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 geben<sup>19</sup>. 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) bestimmt. Bedarfsgüter (Grundnahrungsmittel, Wohnungen) durch Preisbindungen leichter zugänglich zu machen, hebt das

<sup>18</sup> S. zu diesem Konzept der Sozialpolitik etwa *Günter Mantz* und *Gunnar Winkler*, Sozialpolitik, 1985, insbes. S. 10 ff.

<sup>19</sup> 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.

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* sprechen<sup>20</sup>.

*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 zukommt<sup>21</sup>. 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* sprechen<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Grundlegend etwa *Elisabeth Liefmann-Keil*, Ökonomische Theorie der Sozialpolitik, 1961, insbes. S. 119 ff.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.

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. Vielmehr geht es 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“<sup>23</sup>.

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

<sup>23</sup> 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.

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 Sinn, besser: als „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 sozialem 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 Krankenversi-

cherung, 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 ihrer Kompensation miteinander zu kombinieren. Die wissenschaftliche Diskussion<sup>24</sup> 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“<sup>25</sup> – 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.

<sup>24</sup> S. *Theodor Tomandl*, Auf den Spuren der Evolution des Sozialrechts, VSSR Bd. 10 (1982), S. 213 ff.

<sup>25</sup> S. o. I.

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 Gestaltung<sup>26</sup>:

- 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?

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).

<sup>26</sup> 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).



### 3. *Abstrakt-typisierend oder konkret-bedarfsorientiert*

Die Alternative zwischen abstrakter 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 zu<sup>27</sup>. Rechtlich ermöglicht die abstrakte Leistungsbestimmung Voraussehbarkeit, vermeidet sie Abhängigkeit, begrenzt sie das ermittelnde Eindringen in die Sphäre des Betroffenen, ermöglicht sie subjektive Rechtsansprüche und gerichtlichen Rechtsschutz. 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. Auch sozial wird die Bedürfnisprüfung mit ihrem 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 vorsorgebedürf-

<sup>27</sup> S. Hans F. Zacher, Verrechtlichung usw. (Anm. 17), S. 64 f.

tig 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* bezeichnet<sup>28</sup>.

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.

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*: Privatversicherung<sup>29</sup>, 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 Soldaten<sup>30</sup>. Und sie können (b) *privatrechtlicher (arbeitsrechtlicher) Natur* sein wie die betriebliche Alterssicherung durch die Direktzusage des Arbeitgebers<sup>31</sup>. 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.

<sup>28</sup> Im deutschen Sozialrecht entsprechen dem vor allem die Kranken-, die Renten- und die Arbeitslosenversicherung. Zur Unfallversicherung s. u. b).

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Im deutschen Recht: Die Versorgung der Beamten, Richter und Berufssoldaten.

<sup>31</sup> Die betriebliche Alterssicherung in Gestalt der Unterstützungskasse liegt im Übergangsfeld zwischen internalisierender und externalisierender Lösung.

(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 unten<sup>32</sup> 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.

#### b) *Entschädigungssysteme*

Entschädigungssysteme (wie etwa für Kriegs-, Regime- oder Verbrechensopfer)<sup>33</sup> 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 Haushaltsmitteln (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

<sup>32</sup> S. u. c) aa).

<sup>33</sup> In der Bundesrepublik Deutschland gehören hierher die Kriegsoferversorgung, die Versorgung von Wehrdienstgeschädigten, die Kompensation von Impfschäden, die Entschädigung von Verbrechensopfern, der Lastenausgleich und die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts.

jedoch die Versuchung an, zu privilegieren oder zu diskriminieren – anders ausgedrückt: eine Tendenz zum Selektionismus.

Entschädigungssysteme haben *privatrechtliche Parallelen* in Gestalt privatrechtlicher Haftung<sup>34</sup>. 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 aufgehoben<sup>35</sup>. Spätere Tendenzen greifen weiter aus und lassen weitere Unfallrisiken (und entsprechende Haftungsfälle privaten Rechts) in ein Vorsorge- und/oder Entschädigungssystem münden<sup>36</sup>.

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 Vorsorge-systeme 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 privilegierender 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)<sup>37</sup>. Gemeinsam ist ihnen ebenfalls die Steuerfinanzierung (genauer: Finanzierung aus allgemeinen Haushaltsmitteln). Im übrigen lassen sie sich in folgende Gruppen zusammenfassen:

<sup>34</sup> S. *Bertram Schulin*, Soziale Entschädigung als Teilsystem kollektiven Schadensausgleichs, 1981.

<sup>35</sup> S. §§ 636 ff RVO.

<sup>36</sup> S. dazu etwa *Eike von Hippel*, Schadensausgleich 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.

<sup>37</sup> 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.

*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)<sup>38</sup>. 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.

*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.

<sup>38</sup> 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.

*Besondere Hilfssysteme*<sup>39</sup>, 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.)<sup>40</sup>.

Programme der *Hilfe* und der *Förderung* sind Phänomene, die ineinander übergehen können. Leistungen an Familien<sup>41</sup>, Leistungen an Jugendliche<sup>42</sup>, Leistungen zur Deckung des Wohnbedarfes<sup>43</sup> 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.

## 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 Vor-

<sup>39</sup> Im deutschen Recht: Arbeitslosenhilfe, Schlechtwettergeld, Kurzarbeitsgeld; Unterhaltsvorschuß.

<sup>40</sup> Im deutschen Recht: Ausbildungsförderung, Arbeitsförderung, Berufsförderung.

<sup>41</sup> Im deutschen Recht: Erziehungsgeld; Kindergeld.

<sup>42</sup> Im deutschen Recht: Jugendhilfe.

<sup>43</sup> Im deutschen Recht: Wohngeld.

sorge 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, universalistischen) 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 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 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 auf das Spiel von Herausforderungen und Antworten (s. o. V) zu verweisen. Einmal aufgenommene Herausforderungen, erst recht einmal gegebene Antworten haben prägende Bedeutung und großes Beharrungsvermögen<sup>44</sup>. 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.

<sup>44</sup> S. noch einmal *Tomandl*, aaO (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 mehr tendiert es zu autonomen gesellschaftlichen Prozessen, 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 Gleichheit 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 Gemeinwe-

sen – 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 weitgehende 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.

### 5. 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 „Sicherheit“, 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*<sup>45</sup>. 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

<sup>45</sup> Walter Kerber / Claus Westermann / Bernhard Spörlein, Gerechtigkeit, in: Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft, Teilband 17, 1981, S. 5 ff (44 ff).

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 könnten<sup>46</sup>. 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 „marktwirtschaftliches System“ bezeichnet wird, – weit zu halten, ihnen aber auch ein wirksames Gegengewicht „externalisierender Lösungen“ gegenüberzustellen. Und dieses hätte 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 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

<sup>46</sup> *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).

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 ist als die Enttäuschung darüber, daß soziale Gerechtigkeit in Wahrheit nicht erreicht wird.