

RECHTSSTAAT UND MENSCHENWÜRDE

Festschrift für Werner Maihofer
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von
Arthur Kaufmann, Ernst-Joachim Mestmäcker,
Hans F. Zacher



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

6896246-0



CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Rechtsstaat und Menschenwürde : Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag /
hrsg. von Arthur Kaufmann ... – Frankfurt am Main : Klostermann, 1988

ISBN 3-465-01848-6 kart. ISBN 3-465-01849-4 Gewebe

NE: Kaufmann, Arthur [Hrsg.]; Maihofer, Werner: Festschrift

© Vittorio Klostermann GmbH, Frankfurt am Main 1988

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der Übersetzung.
Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, dieses Werk oder Teile in einem
photomechanischen oder sonstigen Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung
elektronischer, hydraulischer oder mechanischer Systeme zu verarbeiten, zu verviel-
fältigen und zu verbreiten.

Satz und Druck: Graphischer Betrieb Konrad Tritsch, Würzburg
Printed in Germany

1289/48

Inhalt

ARTHUR KAUFMANN Recht und Rationalität. Gedanken beim Wiederlesen der Schriften von Werner Maihofer	11
OTTO BACKES Strafrecht und Lebenswirklichkeit	41
MAURO CAPPELLETTI Trends of „Procedural Justice“ in Contemporary Europe	61
HELMUT COING Die Entwicklung der Persönlichkeitsrechte im 19. Jahrhundert	75
RALF DREIER Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat	87
ALBIN ESER Hundert Jahre deutscher Strafgesetzgebung. Rückblick und Tendenzen	109
IRING FETSCHER Ein Beitrag des Rechts zur Erhaltung der natürlichen Lebensbedingungen	135
JOCHEN ABR. FROWEIN Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien	149
GERHARD HANEY Naturrecht bei P. J. A. Feuerbach in seinen Jenenser Schriften	159
WINFRIED HASSEMER Unverfügbares im Strafprozeß	183
HEINZ HÜBNER Menschenwürde und Fürsorgestaat im Sizilien Friedrichs II. von Hohenstaufen	205

HERMANN KLENNER Über Kants Krummholz-Metapher. Eine Marginalie zu seiner Rechtslehre	223
ULRICH KLUG Autonomie, Anarchie und Kontrolle. Rechtsphilosophische und rechtspragmatische Probleme	235
ERNST-JOACHIM LAMPE Gleichheitssatz und Menschenwürde	253
ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER Elektronische Medien in der europäischen Wirtschafts- und Kulturgemeinschaft	269
HEINZ MÜLLER-DIETZ Naturrecht und Menschenwürde. Anmerkungen zum Werk Georg Büchners	283
HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA Die EWG und die Versalzung des Rheins	307
WOLF PAUL Die zwei Gesichter der marxistischen Rechtstheorie	329
LOTHAR PHILIPPS Eine juristische Datenbank für Probleme und Argumente	355
KLAUS ROLINSKI Alternativ-Entwurf zur Reform der Hauptverhandlung	371
CLAUS ROXIN Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund	389
WOLFGANG SCHILD Juristische Methode als Mittel der politischen Macht	413
JÜRGEN SCHMIDT Zur „Bedeutung“ von Rechtssätzen	433
HEINZ SCHÖCH Strafrecht zwischen Freien und Gleichen im demokratischen Rechts- staat. Zur konkreten Utopie der Wiedergutmachung im Strafverfahren	461

WALDEMAR SCHRECKENBERGER	
✓ Die Universalität der Menschenrechte als Prinzip der Rechtsrhetorik	481
HORST SCHÜLER-SPRINGORUM	
Die Resozialisierung des normalen erwachsenen Straftäters. Eine Skizze	503
HANS SCHULTZ	
Gewaltdelikte als Schutz der Menschenwürde im Strafrecht	517
JÜRGEN SCHWARZE	
Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz als Ordnungspostulate der Europäischen Gemeinschaft	529
GERHARD SPRENGER	
Über den Ort des Rechts in der Fundamentalontologie Martin Heideggers. Zu einer frühen These Werner Maihofers	549
GÜNTER STRATENWERTH	
„Größtmögliche Freiheit“?	571
GUNTHER TEUBNER	
Napoleons verlorener Code. Eigendynamik des Rechts als politisches Problem	587
JOSEPH H. H. WEILER	
The Patriarch Abraham, Law and Violence in the Modern Age	603
OTA WEINBERGER	
Leitideen der Demokratie	617
FRANZ WIEACKER	
Recht und Moralität in pragmatischer Sicht	631
BRUNO DE WITTE	
Cultural Policy Limits to Fundamental Rights	651
HANS F. ZACHER	
Sozialrecht und Gerechtigkeit	669
Verzeichnis der Schriften Werner Maihofers	693
Autoren des Bandes	701

Sozialrecht und Gerechtigkeit

von
HANS F. ZACHER

I. Herausforderung und Absicht

Werner Maihofer hat dem Sozialrecht wesentliche Ziele 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

¹ Werner Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, S. 39 ff., 56 ff.

² a.a.O., S. 40. Hervorhebungen 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.).

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 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

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.

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, 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

¹³ § 1 Abs. 1 Satz 2 SGB-AT. Siehe auch § 1 Abs. 2 Satz 1 BSHG.

¹⁴ Aristoteles, Nikomachische Etik, 1131 a; s.a. Maihofer, Prinzipien freiheitlicher Demokratie (Anm. 5) S. 215.

¹⁵ S. Maihofer ebd.

¹⁶ Freilich vielleicht zur Unzeit. Im Zeitalter sensiblen Gleichberechtigungsgedenkens 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: *Compte rendu: 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.Nw.

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 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 Rütters* jüngst so freimütig aufgeworfene Frage „Warum wir nicht genau wissen, was Gerechtigkeit ist“²⁵ aus dem Herzen auch des Sozialrechtlers gesprochen ist.

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.; dens., 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.

²¹ S. Hans F. Zacher, Soziale Gleichheit – Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip, AÖR Bd. 93 (1968), S. 341 ff.; Wolfgang Rübner, 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. m.w.Nw.

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.

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 Sinne 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

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 sozial 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 Berei-

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 abgedruckten Beiträge bleiben in beträchtlicher Distanz zu den konkreten Sorgen des Sozialrechts.

²⁸ S. Hans F. Zacher, *Das soziale Staatsziel* (Anm. 20), S. 1060 ff.

che – 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“ einzuebneten 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 Unterhaltslast, 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 –

³¹ S. dazu und zum folgenden genauer Hans F. Zacher, Grundtypen des Sozialrechts, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, 1987, S. 571 ff.

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.

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 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.³³ Daneben kennen einige Länder *dienstrechtliche Vorsorgesysteme* für Beamte,

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.

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 angesehen 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 grundsätz-

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.

³⁶ In der Bundesrepublik Deutschland: die Kriegsopferversorgung, 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. Kriegsopferfürsorge). Doch bleibt auch hier die kausale Definition primär.

lich 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 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 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.

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, Saskatchewan). 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.

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 der typischen Bedarfe – eine Gleichheit „nach Köpfen“ also – 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. Auch *Wohlstandsteilhabe* ist nur in dieser Relativität ein Ziel, das mit demogrants verfolgt wird.

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.

(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 *in-einander 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

⁴⁰ In der Bundesrepublik Deutschland: Arbeitslosenhilfe, Schlechtwettergeld, Kurzarbeitsgeld, 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.

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 Chancengleichheit. 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.

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 Steuerverschonungen 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*).

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 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.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

⁴⁷ Extrem ausgeschöpft ist das Spektrum in der Bundesrepublik Deutschland. Hier fehlen freilich – wie schon angemerkt – die vorsorgeanalogen 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.

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. *Entschädigungssysteme* entsprechen der *iustitia commutativa*. 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 „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, 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

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.

⁵¹ Aristoteles, Nikomachische Ethik, 1129 b: „... so ist offenbar alles Gesetzliche in einem bestimmten Sinne gerecht und Recht.“

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-Vorsorgesystemen (demogrants) 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

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 einmal An. 28.

⁵⁷ S. Alexander Hollerbach, Artikel „Billigkeit“, Staatslexikon 7. Aufl. Bd. 1 1985, Sp. 809 ff.

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. Härtekláuseln, Billigkeitskláuseln 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 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 Chancen-

⁵⁸ Zum pragmatischen 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 (Hg.), *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.

gerechtigkeit voraus – ist Bedarfsgerechtigkeit auch 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 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 *Vorsorgesysteme* 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 *Entschädigungssysteme* 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

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.

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

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 Zugeteilten. 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. Rawls⁷³: 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,

⁷¹ Chaim Perelmann, Über die Gerechtigkeit, 1967, S. 16 ff. (Zitat S. 16).

⁷² S. Etwa Ilmar Tammelo, Theorie der Gerechtigkeit, 1977, insbes. S. 80 ff.

⁷³ S. Anm. 26.

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.

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 So-

⁷⁴ S. vor allem die Zusammenfassung der Gerechtigkeitsgrundsätze a.a.O. (Anm. 26), S. 336 f.

⁷⁵ Otfried Höffe, Politische Gerechtigkeit, Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, 1987.

zialstaat 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 um Gerechtigkeit ist eingespannt zwischen der Gewißheit über Gerechtigkeit „an sich“ und der Ungewißheit über das,

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.; *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.

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. 68), 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 (...).“