

Schriftenreihe

Annales Universitatis Saraviensis

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung

Band 100



Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München

Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration

Gedächtnisschrift für
Léontin-Jean Constantinesco

Herausgegeben von

Gerhard Lüke · Georg Ress · Michael R. Will



Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München

9 141 332 A P

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration: Gedächtnisschr. für Léontin-Jean Constantinesco / hrsg. von Gerhard Lüke . . . — Köln; Berlin; Bonn; München: Heymann, 1983. — (Schriftenreihe annales Universitatis Saraviensis: Rechts- u. Wirtschaftswiss. Abt.; Bd. 100)

ISBN 3-452-19328-4

NE: Lüke, Gerhard [Hrsg.]; Constantinesco, Léontin-Jean: Festschrift; Universität Saarbrücken: Schriftenreihe annales Universitas Saraviensis / Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung



P 22/12972

© Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983

Auf Empfehlung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät mit Unterstützung der Universität des Saarlandes gedruckt

ISBN 3-452-19328-4

Gedruckt in der SDV Saarbrücker Druckerei und Verlag GmbH, Saarbrücken

Inhalt

In memoriam Léontin-Jean Constantinesco	VII
<i>Enrique Aimone Gibson</i>	
ALALC y ALADI – Comparación entre dos intentos de integración económica en Latinoamérica – Función y alcance de la cláusula de la nación más favorecida	1
<i>Ami Barav</i>	
L’incidence du droit communautaire sur le pouvoir répressif national	9
<i>Rolf Birk</i>	
Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in transnationalen Unternehmen – Einige Bemerkungen zum Vorschlag einer EG-Richtlinie	33
<i>Franz A. Blankart</i>	
Die niederlassungsrechtliche Abkommen Schweiz/EWG im Bereich der direkten Nicht-Lebensversicherung	49
<i>Albert Bleckmann</i>	
Die Rolle der richterlichen Rechtsschöpfung im Europäischen Gemeinschaftsrecht	61
<i>Dieter Blumenwitz</i>	
Lex rei sitae und occupatio bellica	83
<i>Sevold Braga</i>	
Zur Methode der rechtsvergleichenden Arbeit	99
<i>Vlad Constantinesco</i>	
La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité?	109
<i>Giovanni Criscuoli</i>	
The proper gender of the “Common Law”	125
<i>Ulrich Everling</i>	
Zur rechtlichen Wirkung von Beschlüssen, Entschlüssen, Erklärungen und Vereinbarungen des Rates oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft	133

Inhalt

Wilhelm Karl Geck

Vom (un)gebildeten Juristen – ein Plädoyer 157

Horacio A. Grigera Naón

Les règles de droit limitant leur propre domaine d'application: Doctrine comparée et droit argentin 185

Angelo Grisoli

Prezzi dei farmaci e normativa comunitaria 213

Guy Héraud

Démocratie et autodétermination 227

Ulrich Hübner

Europäische Entwicklungstendenzen im Recht der Lieferantenkreditsicherung 245

Waldemar Hummer

Rechtsfragen aus Anlaß der Sukzession der ALALC durch die ALADI 259

Hans Peter Ipsen

Zur Gestalt der Europäischen Gemeinschaft 283

Josef Isensee

Rechtsschutz gegen Kirchenglocken – Rechtsweg und Rechtsqualifikation bei Nachbarklagen auf Unterlassung kirchlicher Immissionen 301

Jean-Paul Jacqué

Réciprocité, droit communautaire et droit interne français 325

Günther Jahr

Aufdeckung von Doppelnormen des internen Rechts durch internationalprivatrechtliche Fragestellung – zugleich ein Beitrag zur Kritik national beschränkten privatrechtlichen Denkens 339

Heike Jung

Der strafrechtliche Schutz des Arztgeheimnisses im deutschen und französischen Recht 355

Peter Karpenstein

Zur Tragweite des Art. 48 Abs. 4 EWG-Vertrag 377

<i>Zentaro Kitagawa</i> Resonance Theory – A Tentative Approach to the Dispute Settlement Mechanism	393
<i>Robert Kovar</i> L'influence du Droit communautaire de la concurrence sur le régime des ententes en droit français	411
<i>Georges Langrod</i> La comparaison en science juridique – Quelques remarques concernant ses avantages et les pièges à éviter	429
<i>Dominik Lasok</i> The United Kingdom before the Community Court	439
<i>Gerhard Lüke</i> Die Scheidungsschuld in einem Scheidungsrecht ohne Verschulden	457
<i>Heinrich Matthies</i> Zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts im Vorlageverfahren (Art. 177 EWG-V.) – Rechte des Gemeinschaftsbürgers gegen den Staat und gegen andere Gemeinschaftsbürger	471
<i>José Mélich Orsini</i> Los vicios del consentimiento en el proyecto franco-italiano y en el código civil venezolano	489
<i>Ernst Mezger</i> Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes	503
<i>Heinz Müller-Dietz</i> Das Bagatellprinzip im Strafrecht – am Beispiel des § 42 öStGB	517
<i>Ergun Özsunay</i> Cohabitation without Marriage in Turkey: Some Remarks on the Turkish Experience	545
<i>Pierre Pescatore</i> La carence du législateur communautaire et le devoir du juge	559

Inhalt

José Puente Egado

El hecho y el derecho en el sistema conflictual español – Breves reflexiones 581

Georg Röss

Die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und den öffentlichen Unternehmen . 599

Otto Sandrock

Das Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs zwischen dem internationalen Immaterialgüterrecht und dem internationalen Kartellrecht 619

Peter Schlosser

Internationale Rechtshilfe und richterliche Unabhängigkeit 653

Roman Schnur

Rückwirkung der Unwählbarkeit – Spätfolgen eines Ermächtigungsgesetzes ... 663

Dietrich Schultz

Die ausgeführte Richtlinie im nationalen Recht – Offene Fragen aus der Perspektive des deutschen Gesellschaftsrechts 677

Fritz Schwind

Das Recht in der Rechtsvergleichung 689

Ignaz Seidl-Hohenveldern

Consensus in den Vereinten Nationen und in den Europäischen Gemeinschaften – Gedanken zur »Luxemburg-Vereinbarung« vom 29. Jänner 1966 695

Denys Simon

L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale: Impressionnisme ou réalisme? 707

Hélène Sinay

Les conflits collectifs en France et en RFA 721

Fritz Sturm

Ehegattenunterhalt bei Ausländerbeteiligung 733

Denis Tallon

La consécration de la notion de conformité après la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises 753

Hans Claudius Taschner

Rechtsangleichung in der Bewährung? 765

Antonio Tizzano

L'article 235 CEE et le développement des compétences communautaires 781

Christian Tomuschat

Zur Rechtswirkung der von der Europäischen Gemeinschaft abgeschlossenen Verträge in der Gemeinschaftsrechtsordnung 801

Athos G. Tsoutsos

Le dédoublement fonctionnel dans l'ordre juridique international 823

Georges Vandersanden

Considérations sur la proposition de créer un tribunal du contentieux du personnel 841

Jorge Reinaldo Vanossi

La responsabilidad de los gobernantes en el estado de derecho 855

Elmar Wadle

Der Einfluß Frankreichs auf die Entwicklung gewerblicher Schutzrechte in Deutschland – Eine Skizze zur Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts 871

Rolf Wägenbaur

Woher kommt, wohin führt »Cassis«? – Eine Fallstudie 899

Michael R. Will

Geburt eines Menschenrechts – Geschlechtsidentität im europäischen Recht ... 911

Hans F. Zacher

Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft 943

Verzeichnis der Schriften von Léontin-Jean Constantinesco 979

Hans F. Zacher*

Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft

A. Zum Sozialstaat und zur Rechtswissenschaft

Vom Sozialstaat als einer Aufgabe der Rechtswissenschaft zu handeln, setzt zweierlei voraus: daß man weiß, was ein Sozialstaat ist, und daß man weiß, was die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist. Weder die Bedeutung des Begriffes »Sozialstaat« noch die »Aufgabe der Rechtswissenschaft« ist aber etwas Gewisses oder gar Selbstverständliches. Ich muß deshalb vorweg wenigstens erklären, was ich unter beidem verstehe. Das, was hier von mir bekannt wird, zu begründen und in den Stand der Meinungen einzuordnen, – darauf muß ohnedies verzichtet werden.

I. Zur Definition des Sozialstaates

Der Sozialstaat¹ wird durch seine Ziele charakterisiert und durch das Maß, in dem er diese Ziele erreicht. Als »demokratischer und sozialer Rechtsstaat« wird er auch durch die Art und Weise charakterisiert, in der er diese Ziele erreicht. Die Ziele des Sozialstaats lassen sich in drei Dimensionen darstellen:

- In der *absoluten Dimension*: als Negation materieller Not, letztlich als Gewähr des Existenzminimums – dies sowohl in Gestalt der notwendigen finanziellen Hilfen als auch in Gestalt elementarer personaler Dienste (Erziehung, Betreuung, Pflege). Die Sozialhilfe ist die Institution, die am reinsten in diese Richtung geht.
- Die *egalitäre Dimension*: um soziale Gleichheit herzustellen, zielt der Sozialstaat auf die Minderung und Kontrolle von Abhängigkeiten (zum Beispiel im Arbeitsrecht) und auf den Ausgleich von Wohlstandsunterschieden. Letzteres freilich ist ein weites Feld. Gemeint ist Gleichheit der Chancen ebenso wie Angleichung der Lebensverhältnisse (zwischen gesund und behindert, zwischen aktiv und alt, zwischen kinderlos und kinderreich – letztlich zwischen reich und arm). Wieviel Gleichheit

* Dr. iur., ordentlicher Professor für öffentliches Recht an der Universität München, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht. Für die Durchsicht des Manuskripts und seiner Vorläufer und vielfach förderliche Hinweise zur Sache und zum Material habe ich Frau Ak. Rätin Marion *Friedrich-Marczyk* zu danken.

¹ S. aus neuerer Zeit etwa Klaus *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1977, S. 682 ff.; Ernst *Benda*, Gedanken zum Sozialstaat, Recht der Arbeit, 34. Jg. (1981), S. 137 ff. Im Sinne des folgenden vor allem Klaus *Obermayer*, Der Sozialstaat als Herausforderung zur Menschlichkeit, Recht der Arbeit, 32. Jg. (1979), S. 8 ff. (12 ff.). Aus den einschlägigen Arbeiten des Verfassers s. etwa Hans F. *Zacher*, Artikel »Sozialstaatsprinzip«, Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd. VII, 1977, S. 152 ff.

möglich und gewollt und wieviel politische Gleichheitsbemühung sinnvoll ist, ist unausgelotet und auslotbar.²

Letztlich die Dimension der *Sicherung des erlangten Lebensstandards*.³ Sie ist ein typisches Gestaltprinzip dessen, was gemeinhin »soziale Sicherheit« genannt wird – »soziale Sicherheit« im Falle des Alters, der Invalidität, der Krankheit, der Arbeitslosigkeit, des Todes des Ernährers usw. Aber »Sicherung des erlangten Lebensstandards« ist doch nicht identisch mit »sozialer Sicherheit«. »Soziale Sicherheit« nämlich ist auch Ausdruck der absoluten Dimension – indem die Institutionen der sozialen Sicherung verhindern, daß elementare Bedürfnisse nicht abgedeckt sind. Und sie ist auch Ausdruck der egalitären Dimension, indem die Institutionen der sozialen Sicherung gerade auch die sichern, denen es schwer fällt, Vorsorge für den Fall des Alters, der Krankheit usw. zu betreiben. Das Besondere an dieser dritten Dimension, dieser »Sicherung des erlangten Lebensstandards«, ist, daß sie nicht nur über das Minimum hinausgeht, sondern dabei auch Ungleichheit in Kauf nimmt, ja sogar garantiert – etwa indem die Ungleichheit der Lebenseinkommen durch die Ungleichheit der Renten in eine Ungleichheit der Lebensverhältnisse im Alter fortgeschrieben wird.⁴

Nehmen wir so *Existenz, Gleichheit und Sicherheit als Grundelemente des Sozialstaates*, so sehen wir zugleich, daß der Sozialstaat etwas Offenes, ja durchaus in sich Widersprüchliches ist.

Dieser Sozialstaat ist zunächst eine *politische Realität*.⁵ Ein internationaler Vergleich ergibt, daß es für den Stand der Sozialpolitik eines Gemeinwesens nichts ausmacht, ob das Gemeinwesen selbst sich normativ als Sozialstaat deklariert oder nicht.⁶ Weder Österreich noch die Schweiz etwa sind von Verfassungen wegen Sozialstaaten. Gleichwohl müssen wir in Rechnung stellen, daß in der Bundesrepublik der Begriff des Sozialstaats *auch normative Qualität* hat. Das Grundgesetz erklärt Bund und Länder zu »Sozialstaaten«. Und die meisten Länder wiederholen dies in ihren Verfassungen. Trotz des hohen Ranges dieser Norm muß ihre Bedeutung so gering sein, wie der

2 Hans F. Zacher, Soziale Gleichheit, Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 93 (1968), S. 241 ff.; Christian Tomuschat, Güterverteilung als rechtliches Problem, Der Staat, Bd. 12 (1973), S. 433 ff., 461 ff.; Rupert Scholz und Rainer Pitschas, Sozialstaat und Gleichheit, in: Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Bd. 2, 1979, S. 627 ff.

3 S. z. B. Heinz Lampert, Sozialpolitik, 1980, S. 177.

4 Hans F. Zacher, Gleiche Sicherung von Mann und Frau — zur gesellschaftspolitischen Relevanz der Rentenversicherung, Deutsche Rentenversicherung 1977, S. 197 ff. (218).

5 Gerhard Schnorr, Sozialstaat — ein Rechtsbegriff?, in: Festschrift für Hans Schmidts zum 70. Geburtstag, Bd. II, 1967, S. 256 ff.; Hans F. Zacher, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen? Hamburg, Deutschland, Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 207 ff. (S. 221 ff.).

6 Hans F. Zacher, a.a.O. (Anm. 5), S. 224 f.

Inhalt ungewiß ist. Gleichwohl macht es für den juristischen und politischen Betrieb rechtlicher Legitimation und Argumentation einen Unterschied, ob es diese Verfassungsnorm gibt oder nicht.⁷ Damit ist auch schon die erste sozialstaatliche Aufgabe der Rechtswissenschaft identifiziert: die Interpretation der Sozialstaatsnorm der Verfassung und ihr Einbau in das Gefüge der Verfassung.

II. Die Aufgaben der Rechtswissenschaft

Aber natürlich ist nach der Aufgabe der Rechtswissenschaft von ihr selbst her zu fragen. Rechtswissenschaft hat zunächst die Aufgabe der *Sichtung* des Rechts: die Summe der Normen wahrnehmbar, lesbar, nachlesbar zu machen – gleichermaßen geschriebenes wie ungeschriebenes Recht, Gesetzesrecht, Richterrecht und Doktrin; daneben aber auch Verstreutes zu sammeln, was in der Sache zusammengehört, auch äußerlich in Verbindung zu bringen.⁸

Hier sind wir schon am Übergang zu dem, was der Jurist das »dogmatische« Geschäft nennt⁹: den Sinn des in Gesetz und Richterspruch erkennbaren Rechts so zu entfalten, daß die Rechtsordnung der Vielfalt der Lebensbedürfnisse gerecht werden kann. Dieses Bemühen kann an der einzelnen Norm ansetzen: sie interpretieren. Sie kann an der Gesamtheit der Normen ansetzen: nach ihrem System fragen, ihnen ein System geben. Letztlich muß *Dogmatik* immer beides tun.¹⁰ Eine Vorschrift kann nicht ohne Rücksicht auf das System interpretiert werden, in dem sie steht. Und ein System kann nur aus Normen gefügt werden, die verstanden sind – also interpretiert wurden.

Dazu sind noch zwei Dinge anzumerken: Erstens ist das Recht nicht etwa primär und einseitig ein Befehl der Norm an das Leben, an die soziale Wirklichkeit. Das Recht ist vielmehr eine *Antwort an das Leben*. Aus dem Neben- und Miteinander der Menschen, ihrer Gemeinschaften und Gemeinwesen erwachsen Nachfragen nach Ordnung, auf die das Recht antwortet. Dogmatik hat deshalb eine vermittelnde Funktion: die Vermittlung zwischen der gesellschaftlichen Herausforderung an das Recht und den stets bedingten, fragmentarischen, lückenhaften Antworten des formulierten Rechts auf diese Herausforderungen.

Zweitens ist *Dogmatik* gerade wegen dieser Vermittlungsfunktion entgegen allem Anschein nicht nur Statisches, sondern *etwas Dynamisches*. Beides entwickelt sich permanent: das formulierte Recht ebenso wie die Welt der sozialen Herausforde-

7 S. dazu Zacher, a.a.O. (Anm. 5), S. 226 ff.

8 S. z. B. Hans Ryffel, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, 1969, S. 47.

9 Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik. 1974. — Spezieller: Hans F. Zacher, Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, Die öffentliche Verwaltung, 23. Jg. (1970), S. 3 ff.

10 In einem Verhältnis von Stufen gedacht bei Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., 1973, S. 214 ff.

rungen an das Recht.¹¹ Nicht immer entsprechen sich die Schritte der Entwicklung. Die Dogmatik hat auch insofern jeweils die möglichst vollkommene Antwort des Rechts an das Leben darzustellen.¹²

Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, muß die Rechtswissenschaft sich aus dem Arsenal der Geschichte und dem Erfahrungsgut des Auslandes bevorraten. Sie nennt sich dann *Rechtsgeschichte* und *Rechtsvergleichung*.¹³ Sie muß versuchen, über Zweck und Ende des Rechts über den Tag hinaus nachzudenken und über die Werte des Menschen, denen das Recht dient. Sie nennt sich dann *Rechtsphilosophie*. Sie muß versuchen, die Gesetzmäßigkeiten aufzuspüren, in denen sich die Begegnung von Recht und Gesellschaft vollzieht. Sie nennt sich dann *Rechtssoziologie*. Und sie muß endlich darüber Bescheid wissen, wie Recht existiert, wirkt, wo seine Möglichkeiten und seine Grenzen liegen. Sie nennt sich dann *Rechtstheorie*.¹⁴

Doch zurück zur dogmatischen Rechtswissenschaft selbst. Sie hat zum Ziel, den Inhalt des Rechts als Ganzes darzustellen – wahrnehmbar, verstehbar, auch lernbar zu machen. *Rechtsdogmatik* ist so die *Wissenschaft vom geltenden Recht*. Eine Rechtswissenschaft aber, die sich in der beschriebenen Weise als Vermittler zwischen den Herausforderungen des Lebens und den Antworten des Rechts sieht, verfügt über eine einzigartige Erfahrung: über die Möglichkeiten des Rechts, den gesellschaftlichen Bedürfnissen zu entsprechen. Rechtswissenschaft ist ein Denken in Problemen und Problemlösungen. Die Rechtswissenschaft hat daher auch der *Rechtspolitik* – vor allem also der Gesetzgebung – etwas anzubieten¹⁵: die Definition lösungsbedürftiger und rechtlich lösbarer Probleme ebenso wie die Konstruktion systemgerechter Problemlösungen. Versteht man Rechtswissenschaft als die Suche nach dem richtigen Recht, so sind positivrechtliche Dogmatik und Rechtspolitik Felder, die ineinander übergehen. Rechtsdogmatik bedarf der rechtspolitischen Stimulation und Verantwortung. Rechtswissenschaftliche Rechtspolitik bedarf, soll sie nicht Quacksalberei sein, des rechtsdogmatischen Ansatzes und Rahmens und durchgreifender rechtsdogmatischer Erfahrung.

Ein letztes Wort zur *Rolle der Rechtswissenschaft* – vor allem der professionellen, akademischen Rechtswissenschaft – im Theater der *verschiedenen juristischen Rollen*: der Gesetzgeber, der Richter, der regierenden und verwaltenden Funktionäre, der

11 S. Karl *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl. 1979, S. 204 ff., 215 ff.;

Hans Martin *Pawlowski*, *Methodenlehre für Juristen*, 1981, insbes. S. 163 ff., 215 ff., 243 ff.

12 S. Ralf *Dreier*, *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, S. 51 ff.

13 S. *Pawlowski*, a.a.O. (Anm. 11), S. 245.

14 S. zum vorigen *Larenz*, a.a.O. (Anm. 11), S. 165. Ein weiteres und differenzierteres Verständnis von Rechtsphilosophie, das Rechtstheorie einschließt, s. bei Arthur *Kaufmann*, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in: Arthur *Kaufmann* u. Winfried *Hassemer*, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 3. Aufl. 1981, S. 1 ff., zur Rechtstheorie insbes. S. 9 ff.

15 S. *Larenz*, a.a.O. (Anm. 11), S. 170 f., 218 ff.

Anwälte, der Syndici und Verbandsjuristen usw. Ihnen allen gegenüber hat die Rechtswissenschaft eine komplementäre Rolle, deren Ausspielen zumindest ebenso notwendig ist wie das der anderen Rollen. Die Rechtswissenschaft kann den beruhigten Blick auf das Ganze einbringen. Sie steht nicht unter Handlungszwang. Sie hat kein bestimmtes (öffentliches oder privates) Interesse zu artikulieren und durchzusetzen. Sie hat nicht eine bestimmte Entscheidung zu treffen und zu verantworten. Und sie steht – generell gesehen – in keiner besonderen Beziehung zu einzelnen Gruppen, Interessenten usw. Die Mehrheits- oder doch Parteigebundenheit ist die Position des Politikers. Parteilichkeit ist die Funktion des Anwalts. Begrenztheit durch das, worauf geklagt ist, bestimmt die Aufgabe des Richters. Nichts von dem finden wir bei der Rechtswissenschaft – oder doch: nichts von dem sollten wir bei ihr finden. So könnte und müßte die Rechtswissenschaft – nicht aus Parteilichkeit, sondern ihrer auf das Ganze blickenden, keinen Zwängen unterliegenden Natur nach – für die Minderheiten wirken, für diejenigen, die keine Lobby haben, und für diejenigen, deren Anliegen gar nicht vor den Richter kommen. Somit hat die Rechtswissenschaft schon wegen ihrer Eigenart im Spiel der juristischen Rollen eine soziale – eine sozialstaatliche – Funktion.¹⁶

III. Die Universalität der Begegnung

Aber dem voraus hat Rechtswissenschaft in der ganzen Vielfalt und Breite ihrer Funktionen dem Sozialstaat zu dienen. Das Recht ist das zentrale Medium, durch welches sich der Sozialstaat verwirklicht. Die Verfassung selbst bezeichnet diesen Sozialstaat als »sozialen Rechtsstaat«. Und so sehr dieser Staat der »Verfassungsstaat«, der »Gesetzesstaat« und »Richterstaat« einer »Anspruchsgesellschaft« ist, so sehr lebt er auch als Sozialstaat in diesem Klima der Verrechtlichung von Politik und Gesellschaft.¹⁷ Auf der anderen Seite ist der Sozialstaat nicht auf Teile des Rechts begrenzt. Dem Sozialstaat geht es um die Lebensbedingungen der Menschen. Und um sie geht es dem Recht schlechthin. Es gibt unterschiedliche Grade der sozialpolitischen Wichtigkeit und Dichte des Rechts. Aber letztlich ist der soziale Zweck im Recht »allgegenwärtig«. »Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft« meint also nichts weniger, als daß die Vielfalt der Funktionen der Rechtswissenschaft und die Vielfalt der Verwirklichung des Sozialstaates im Recht einander zu einem Produkt vielfältigster Begegnung von Rechtswissenschaft und Sozialstaat multiplizieren.

So wenig diese Universalität der Begegnung von Sozialstaat und Rechtswissenschaft geeignet werden kann, so ist doch offensichtlich, daß es Unterschiede des sozialen Interesses – des sozialen Interesses gerade auch im Verständnis der Rechtswissenschaft

16 S. dazu auch Hans F. Zacher, Grundfragen theoretischer und praktischer sozialrechtlicher Arbeit, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. 4 (1976), S. 1 ff. (10 ff.).

17 Rüdiger Voigt (Hrsg.), Verrechtlichung, 1980.

– gibt. Diesen Unterschieden nachzugehen, kann helfen, die Begegnung von Rechtswissenschaft und Sozialstaat aus der Unanschaulichkeit gestaltloser Allgemeinheit herauszuführen und durch Differenzierung greifbarer zu machen.

B. Zur Anatomie des sozialen Rechts

I. Die Elemente der Sachproblematik

1. Die vorausgesetzte Normalität und die Herausforderung der Defizite

Das gegenwärtige deutsche Sozialrecht hat sich von der Grundannahme her entwickelt, daß jeder Erwachsene die Möglichkeit hat und auch darauf verwiesen ist, den Lebensunterhalt für sich und seine Familie (den Ehegatten und die Kinder) durch (abhängige oder selbständige) Arbeit zu verdienen.¹⁸ Natürlich ist diese Grundannahme nicht mehr als eine Regel: also etwas, was die Möglichkeit und Wirklichkeit von Ausnahmen einschließt. Gleichwohl ist ihr Wert ein doppelter. Einerseits bringt die Regel Grundwerte der Gesellschaft zum Ausdruck: Selbstverantwortung, Leistungsgerechtigkeit, Familie und alle die Werte der Gesellschaft, von denen her gehobene Bedarfe der Allgemeinheit (z. B. Ausbildung) erst definiert werden können. Andererseits erlaubt die Regel, die Vielfalt der Ausnahmen als Defizite wahrzunehmen und zu bewerten und einer Abhilfe zuzuführen. Sozialrecht ist der Anteil, den das Recht eben daran nimmt, daß die Ausnahmen der beschriebenen Regel (wie sie etwa als Krankheit, Tod eines Familienvaters oder ähnliches auftreten) als soziale Defizite definiert und – mehr oder weniger, auf die eine oder andere Weise – ausgeglichen werden.¹⁹

Daß auch unser Sozialstaat auf diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis aufbaut, ist nicht in gleicher Weise selbstverständlich. Die Alternativen laufen darauf hinaus, den Verbund zwischen Arbeit und Befriedigung der Bedürfnisse – vollständiger: zwischen Arbeit und Befriedigung der Bedürfnisse auch der Familie – aufzubrechen. »Leistung nach den Fähigkeiten – Zuteilung nach den Bedürfnissen« ist eine Formel dafür. »Arbeit zur Selbstverwirklichung – Zuteilung zur Selbstverwirklichung« ist eine andere. Sie scheitern an den Realitäten oder vermindern die Freiheit, indem Leistung und Verbrauch von außen zugemessen werden. So hat der freiheitliche Sozialstaat keine

18 S. dazu Hans F. Zacher, Sozialrecht, in: Rudolf Weber-Fas (Hrsg.), Jurisprudenz – Die Rechtsdisziplinen in Einzeldarstellungen, 1978, S. 407 ff.; ders., Einführung in das Wahlfach, in: Hans F. Zacher (Hrsg.), Wahlfach Sozialrecht – Einführung mit Examinatorium, 2. Aufl., 1981, S. 9 ff. (10 ff.); ders., Einführung, in: Gerhard Igl u. a., Die Lage der Behinderten – Eine Aufgabe des Sozialrechts, Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung, 35. Jg. (1981), S. 257 ff. (257 f.).

19 Helmar Bley, Sozialleistungen ohne Güterdefizit? Die Sozialgerichtsbarkeit, 26. Jg. (1979), S. 363 ff.

Wahl, als auf jener Regel aufzubauen. Aber machen wir uns nichts vor: auch jede in diesem Sinne systemimmanente Korrektur einer Ausnahme kann ebenso sehr zur Fremdbestimmung von Leistung oder Bedürfnissen führen wie jene alternativen Utopien.²⁰ Die Summe korrigierender Interventionen treibt gleichermaßen auf beides zu: auf den Konflikt mit der Fremdbestimmung (wie wir ihn derzeit z. B. in den Auseinandersetzungen um die »Zumutbarkeit« von Arbeit für Arbeitslose erleben) und auf die letztlich chaotische Hypertrophie der Selbstbestimmung (wie wir sie an den »Aussteigern« beobachten, die sich zu nichts verpflichtet, auf vieles aber berechtigt fühlen).

2. Die Problemfelder sozialer Leistung und Gefährdung

Doch kommen wir zum Regel-Ausnahme-Verhältnis selbst zurück. Die Grundannahmen der Regel sind²¹:

- Arbeitskraft erbringt Einkommen;
- das Einkommen reicht aus, um die Bedarfe des Verdieners und seines Unterhaltsverbandes zu decken.

Darin werden die drei zentralen Wirkungs- und Problemfelder erkennbar:

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, das unser Bild nicht unerheblich kompliziert. *Aktives Vermögen* kann Einkommen ergänzen und ersetzen und insbesondere Einkommensausfälle »abfangen«. *Passives Vermögen* – deutlicher: Schulden – dagegen kann aktives Vermögen und Einkommen mindern und so Bedarfsbefriedigung und Unterhalte gefährden.

2. *Das Feld der Bedarfsdeckung*: der gesellschaftlichen Organisation privatwirtschaftlicher oder 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 unserer Grundregel – daß Arbeit Einkommen erbringt und dieses der Befriedigung der Bedarfe auch im Unterhaltsverband dient – kommt es aber zu *Gefährdungen* (aus Abhängigkeit oder aus der Natur der Sache, z. B. bei gefahrgeneigter

20 Erich Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 73 ff. (84 ff.).

21 S. zum folgenden noch einmal Hinweise in FN 18, insbes. das von Zacher, Einführung, in: Gerhard Igl usw. (Anm. 18), vorgelegte Schaubild.

Arbeit, bei gefährlicher medizinischer Behandlung). Und ihre Verwirklichung stößt auf *Grenzen*, beides muß der Sozialstaat wahrnehmen und korrigieren.²²

- ad 1) Arbeit kann entwürdigend und gefährlich sein. Der Kranke, Invalide oder Alte hat – ausreichende – Arbeitskraft nicht anzubieten. Die Nachfrage nach Arbeitsgelegenheit kann größer sein als das Angebot (Arbeitslosigkeit). Verpflichtungen können das Einkommen vermindern. Das Einkommen kann geringer und labiler sein, als es von Bedarfen und Unterhaltsverband her notwendig ist.
- ad 2) Die Gesellschaft hält vielleicht gewisse Güter (wie etwa medizinische Versorgung und schulische Bildung) überhaupt nicht vor. Die Geschichte bietet dafür ebenso Beispiele wie die Gegenwart der Entwicklungsländer. In den entwickelten Industrieländern aber entstehen soziale Probleme in der Regel aus der relativen Knappheit und dem Preis der Güter und aus den Abhängigkeiten, die mit der Befriedigung der Bedarfe (vom Mietverhältnis bis zum Pflegeheim) verbunden sind. Vor allem aber erwachsen soziale Probleme aus der ungleichen Verteilung der Bedarfsbelastung (im biographischen Verlauf z. B. bei Krankheit; interpersonal z. B. bei Behinderung, Pflegebedarf usw.; insbesondere zwischen Unterhaltsverbänden z. B. durch den Bedarf von Kindern).
- ad 3) In der Familie können die Kinder gefährdet (etwa von Gewalt oder Vernachlässigung bedroht) sein. Es können aber auch die tätigen Versorger oder Verdienner fehlen. Sie können verstorben sein. Sie können ihre Pflicht unerfüllt lassen, ihre Rolle also erst gar nicht spielen. Außerdem ist der Unterhaltsverband immer davon gefährdet, daß die Bedarfe seiner Mitglieder wegen deren Zahl oder ihrer besonderen Situation (Ausbildungsbedarf, Pflegebedarf usw.) außer Verhältnis geraten zu den Arbeits- und Einkommensmöglichkeiten der Verdienner und den Leistungsmöglichkeiten der Versorger, wobei wiederum die Zahl der Verdienner und Versorger und ihre Situation Unterschiede ergibt.

So können wir soziale Probleme – soziale Gefahren und Defizite in Gestalt von Not, Ungleichheit oder Unsicherheit – in allen drei 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. Verminderte Arbeitskraft und also vermindertes Einkommen bedeutet: Minderung der Fähigkeit, Bedarfe zu befriedigen und Unterhalt zu leisten. Der Tod eines Verdieners kappt die durch ihn vermittelte Verbindung zwischen dem

²² Zu der mit dem Folgenden anvisierten »Landschaft« der sozialen Risiken s. am differenziertesten Peter Krause, Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: »Sozialgesetze«, Textausgabe, (Hermann Luchterhand Verlag) 2 Bde., 1980, Bd. 1, S. 21 ff. (34 ff.).

Feld »Arbeitskraft – Einkommen« und dem Feld des Unterhaltsverbandes. Die Folgen für die Fähigkeit des Unterhaltsverbandes, seine Bedarfe zu befriedigen, sind evident. Das Bedarfsproblem hat *ein* Gesicht, wenn der Bedarf (wie z. B. die medizinische Behandlung im Fall der Krankheit) mit einem Defizit an Arbeitskraft zusammentrifft, und *ein anderes*, wenn der Bedarf (wie bei Krankheit eines Kindes) einen Unterhaltsträger belastet.

Aber nicht nur die Probleme wandern über die drei Felder hin und verbinden sie. Für uns wichtiger ist, daß dies *auch die Problemlösungen* tun. Wenn das Arbeitsrecht Arbeit und Lohn vermittelt und erhält, vermittelt und erhält es dem Arbeitenden die Fähigkeit, Unterhalt zu leisten und Bedarfe zu befriedigen. Wie eng oder wie weit Unterhaltspflichten gezogen werden, entscheidet auch über die Angemessenheit des Verhältnisses zwischen Einkommen und Bedarfen. Bedarfsgüter zu »Nulltarifen« bereitzustellen – wie etwa ärztliche Behandlung nach dem Muster eines nationalen Gesundheitsdienstes – entschärft das Problem der eigenen Bedarfslast eines Verdieners ebenso wie seine Unterhaltlast. Der wechselseitigen Offenheit, ja Interdependenz der Problemfelder entspricht also eine gewisse »Freizügigkeit« – oft fast ein »Irrlichtern« – der Problemlösungen.

3. Internalisierende versus externalisierende Lösungen

Es kann nun aber ohnehin nicht immer genügen, die Probleme in den Feldern zu lösen, in denen sie entstehen. Fehlt z. B. einem Behinderten die Arbeitskraft, so bleibt im Sozialstaat letztlich keine andere Lösung, als ihm das Arbeitseinkommen durch eine Sozialleistung 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 die *externalisierenden* Problemlösungen: »*internalisierend*«, wenn gegebene Lebensordnungen wie die Organisation der Arbeit, das Wohnungswesen oder das Bildungswesen sozial korrigiert, durchsetzt, verändert werden; »*externalisierend*«, wenn die soziale Korrektur aus diesem Zusammenhang gelöst, isoliert wird. Arbeitsschutz und Haftung des Arbeitgebers für Betriebsunfälle bilden einen arbeitsrechtlichen, internalisierenden Lösungszugang zu dem Problem »Gefahr der Arbeit«. Die Unfallversicherung ist ein externalisierender Lösungszugang zu dem gleichen Problem. Die Ausweitung der Unterhaltspflichten auf die Großfamilie ist der Versuch einer internalisierenden Abhilfe gegen Insuffizienzen im Unterhaltsverband. Kindergeld, Altersrenten, Hinterbliebenenrenten usw. sind externalisierende Lösungen. Der kostenlose Besuch der Universität ist eine internalisierende Lösung des Bedarfsproblems »Ausbildung«. Die Sozialleistung Ausbildungsförderung ist eine externalisierende Lösung des damit zusammenhängenden Einkommens- und Unterhaltsproblems.

4. Zwischenbilanz: Offenheit und Aleatorik der Problemsicht – Dominanz der Problemlösungen

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 aus Abhängigkeit haben ihren festen Standort: im Arbeitsleben, im Unterhaltsverband, in Bedarfsbefriedigungsverhältnissen (etwa der Ausbildung oder der Pflege) – übrigens, sobald es sie gibt, auch in den Sozialleistungssystemen. Für Defizite aber – wie den Ausfall von Arbeitskraft, Einkommen oder Unterhalt oder überhöhte Bedarfe wie im Falle der Krankheit – besteht weithin eine Auswahl zwischen mehreren Ansätzen. Und die Geschichte der Sozialpolitik ist gerade insofern eine Geschichte von »Versuch und Irrtum«.

Die »Freizügigkeit« der Problemlösungen wirkt aber auch zurück auf die Problemkonstellation und die Problemsicht selbst. Die Entwicklung der sozialen Sicherung für den Fall der Krankheit kann wesentlich anders verlaufen, wenn soziale Sicherung, wie in der deutschen Krankenversicherung, das Krankheitsrisiko Einkommensausfall und das Krankheitsrisiko der Behandlung und der Pflege institutionell bündelt, als dort, wo, wie in den angelsächsischen Ländern, zunächst nur das Behandlungs- und Pflegerisiko aufgegriffen wird. Das Risiko des Lohnausfalls wird dann oft lange nicht mehr für lösbar gehalten. Und die isolierte Sicherung gegen das Behandlungs- und Pflegerisiko kann zum nationalen Gesundheitsdienst führen. Wir haben also eine komplexe Aleatorik – komplex verlaufend in den sich überschneidenden Dimensionen (erstens) der »Freizügigkeit« der primären Problemzuordnung zu den Feldern Arbeit/Einkommen oder Bedarfsbefriedigung oder Unterhaltsverband, (zweitens) der Alternativität zwischen internalisierenden und externalisierenden Lösungen, und (drittens) der Rückwirkung der Problemlösung auf die Problemsicht – mit anderen Worten: die Macht des ersten problemlösenden Zugriffs.

Doch versuchen wir, an dieser Stelle noch eine Schicht tiefer zu dringen. Wo überhaupt liegt der Übergang von der Nichtwahrnehmung zur gesellschaftlichen, politischen und letztlich rechtlichen Wahrnehmung und Formulierung sozialer Probleme: von ihrer Unbenanntheit zu ihrer Benanntheit, von ihrer Herausnahme aus der Vielfalt des Lebens, seiner Chancen und seiner Leiden, in die Welt der bewußten und definierten Probleme, von der Amorphität des Schicksals zum Typus und Tatbestand? Wir wissen noch sehr wenig über diese Schwellen.²³ Wo die Problemlösungen interna-

23 S. dazu etwa Stephan *Leibfried* und Florian *Tennstedt*, Einleitung zu »Sozialpolitik und soziale Ungleichheit« von John Westergaard, Zeitschrift für Sozialreform, 26. Jg. (1980), S. 1 ff. (S. 9 ff.). Bertram *Schulin*, Zum Problem der Typisierung im Recht der sozialen Sicherheit, in: »Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft. Das Recht der sozialen Sicherung und der Verantwortungswürde des Bürgers« mit Beiträgen von Hans *Braun* u. a., Veröffentlichung der Konrad-Adenauer-Stiftung, 1981, S. 77 ff.

lisierend gesucht werden, bleiben sie zumeist auch vage. Letztlich regieren Generalklauseln und relativieren die Typisierung spezielleren Rechts: Fürsorgepflicht, Unterhaltspflicht, Treu und Glauben usw. Aber wo externalisierende Lösungen gesucht werden, sind die Tatbestände, an die sie anknüpfen, wie Wasserscheiden des sozialen Lebens. »Krankheit«, »Alter«, »Minderung der Erwerbsfähigkeit« – das sind Tatbestände, die grundlegend Verantwortlichkeiten verlagern, Tatbestände, auf denen ganze Systeme der Vorsorge und Abhilfe aufbauen.

Aber werden nicht diese Tatbestände gerade von den Möglichkeiten der Abhilfe her konstituiert? Ist es eine Folge der sozialen Dringlichkeit der Sache, daß für den Tod, die Invalidität und das Alter eines Verdieners schon seit hundert Jahren vorgesorgt wird, während die Katastrophe, die über eine Familie mit kleinen Kindern hereinbricht, wenn die Mutter, die »nichts als den tätigen Unterhalt« geleistet hat, bis heute sozialpolitisch unbenannt ist? Gewiß nicht. Der Verdieners kann eben Beiträge zahlen; und sein Einkommen ist eine Maßgröße, an der die Rente gemessen werden kann, die es substituiert. Das sind technische Bedingungen der Vorsorge, die im »tätigen Unterhalt« keine Entsprechung finden. Wieder einmal sehen wir, wie die Welt der Problemlösungen zurückwirkt auf die Welt der Probleme, wie das Denken in Problemlösungen schon mitbestimmt, wann und wie die Probleme die kritische Grenze ihrer gesellschaftlichen, politischen und letztlich rechtlichen Wahrnehmung erreichen.

Es wäre reizvoll, hier noch zu vertiefen, welche genaueren Zusammenhänge zwischen den Typen der Problemlösungen (vorsorgenden und ex-post-eingreifenden, normativ-berechtigenden und institutionell-beauftragenden usw.) und dem Gang der Problemfindung und -formulierung bestehen. Doch ist hier nicht der Ort dazu. Entscheidend ist die vielschichtige Aleatorik, welche die Übergänge von der sozialen Problematik zur sozialen Problemlösung beherrscht. Wir sind hier bei den zentralen Gründen für die Systemfeindlichkeit der Sozialpolitik²⁴ und des Sozialrechts.²⁵

II. Die entsprechenden Grundstrukturen sozialen Rechts

1. *Internalisierende versus externalisierende Lösungen im Recht*

Doch greifen wir nach diesem »Verwirrspiel« zurück auf die elementaren Sachstrukturen von Arbeit und Einkommen, Bedarfsdeckung und Unterhaltsverband und auf die Alternative zwischen internalisierender und externalisierender Lösung, der darin und dazwischen auftretenden sozialen Probleme. Ihnen entsprechen zwei große Rechtszusammenhänge:

24 S. etwa Hans *Achinger*, Sozialpolitik und Wissenschaft, 1963; Jürgen *Krüger*, Sozialpolitik ohne Wissenschaft? Zur Nachkriegsentwicklung der westdeutschen Sozialpolitik, *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit*, 6. Jg. (1975), S. 21 ff.; Viola Gräfin von *Béthune-Fluc*, Das Sozialleistungssystem der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1976, S. 281 ff.
25 S. Hans F. *Zacher*, Grundfragen (Anm. 16), S. 2 ff., 36 f.

- Auf der einen Seite (1) die Sachordnungen der Arbeit, des Erwerbs und des Vermögens, (2) der Produktion und Verteilung der Bedarfsgüter und (3) der Unterhaltsverbände. Für den Sozialstaat ist dies der Bereich internalisierender Lösungen.
- Auf der anderen Seite der Bereich der externalisierenden Lösungen: das Recht der Sozialleistungen, das genuine Sozialrecht.

Ich will versuchen, noch genauer anzugeben, was damit gemeint ist.

a) *Vorgegebene Sachordnungen*

Zunächst zu den Sachordnungen:

ad 1) Im Feld »*Arbeit und Einkommen*« finden wir das Arbeitsrecht (für den Einsatz der Arbeitskraft in abhängiger Arbeit), aber auch alle die Regelungen, die sich mit dem selbständigen Einsatz persönlicher Leistung befassen (Dienstvertragsrecht, Recht der Personengesellschaften, Landwirtschaftsrecht, Recht der freien Berufe, Recht der gewerblichen Unternehmer und anderes mehr).

Nimmt man den Aspekt des *Vermögens* hinzu, so ist auch das Recht einzubeziehen, das, wie das Urheberrecht, die langfristige Nutzung von Arbeitserträgen sichert, und alles Recht, das die Thesaurierung von Einkommen sowie die Anlage und Nutzung von Vermögen erlaubt (Bodenrecht, Recht der Kapitalgesellschaften, Recht des Kreditwesens, Recht des Sparens und der Vermögensbildung usw.). Hierher gehören aber auch die Regulative der Haftungs- und Schuldenbelastung (arbeitsrechtliche Haftungsminde rung bei gefahrgeneigter Arbeit, Haftungsbegrenzungen, Pfändungsfreigrenzen usw.).²⁶

Gerade vom Blickpunkt des Sozialrechts her ist es reizvoll, über dies alles im Sinne eines Erwerbs- und Einkommensrechts nachzudenken²⁷: über die rechtlichen Bedingungen von Arbeit und Einkommen als »positives Einkommensrecht«,²⁸ über die Verminderung des Einkommens durch Abgaben als »negatives Einkommensrecht« und über den Ersatz von Einkommen durch Sozialleistungen als »kompensatorisches Einkommensrecht«. Dazu käme das Vermögensrecht als Rahmen der Thesaurierung von Einkommen, der Nutzung des Vermögens als Quelle von Einkommen, des Verbrauchs von Vermögen als

26 Zum Zusammenhang dieser Problematik mit der sozialen Sicherheit s. Eike von Hippel, Grundfragen der sozialen Sicherheit, Recht und Staat, Bd. 492/493, 1979, S. 19. Eingehend zu wichtigen Aspekten kürzlich Johannes Denck, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 1980.

27 Hans F. Zacher, Sozialrecht als interdisziplinäre Aufgabe – Der Beitrag der Rechtswissenschaft, in: Die verfassungsrechtliche Relevanz des Sozialrechts, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XIV, 1975, S. 50 ff. (54, Anm. 2).

28 Zu den rein arbeitsrechtsinternen Grundlagen s. Alfred Söllner, Rechtliche Determination des Arbeitnehmer Einkommens, in: Michael Kittner (Hrsg.), Arbeitsmarkt – ökonomische, soziale und rechtliche Grundlagen, 1982, S. 303 ff.

Ersatz von Einkommen, der Haftung als Bindung von Einkommen und ihrer Begrenzung als Belassung von Einkommen gerade auch für Unterhalt und Bedarf. Zwar erlaubt der Duktus der Überlegungen nicht, das hier zu vertiefen. Doch zeigt sich immer wieder, wie wichtig es ist, diese Zusammenhänge (Analogien, Komplementaritäten und Alternativitäten) zu sehen.

- ac 2) Im Feld der *Bedarfe und ihrer Befriedigung* stoßen wir auf das tief gestaffelte System der Rechtsnormen des öffentlichen und privaten Rechts, welche der privatwirtschaftlichen Versorgung mit Nahrungsmitteln, Kleidung, Dienstleistungen, Wohnungen usw. den Rahmen geben: von den elementaren und allgemeinen Normen des Privatrechts bis zu den spezifischen Begrenzungen des Berufsrechts und des Verbraucherschutzes. Daneben liegen Bereiche, in denen die Verantwortung des Gemeinwesens von vornherein größeres Gewicht hat: bei der Bereitstellung von Erziehung, Ausbildung und außerfamiliärer Betreuung, von medizinischer Behandlung, von Krankenhauspflege usw. Hier finden wir teils intensivere öffentliche Gestaltung privaten Angebots (wie etwa im Arztrecht), teils anstaltliche Darreichung öffentlicher Daseinsvorsorge (wie bei Schulen und Krankenhäusern) – anstaltliche Darreichung die übrigens auch viele sozial ganz unspezifische Güter erfaßt, wie Wasser, Verkehrsleistungen usw.²⁹
- ad 3) Einfacher ist es im Feld des *Unterhaltsverbandes*. Hier wird das Wesentliche vom Familienrecht³⁰ geleistet.

b) Das Sozialleistungsrecht

Allen diesen Rechtsbereichen gegenüber besteht der Auftrag des Sozialstaats, durch eine wesensgerechte effiziente und soziale Gestaltung darauf hinzuwirken, daß die Grundannahme der Harmonie von Arbeitskraft, Einkommen, Bedarfen, Bedarfsbefriedigung und Unterhaltung möglichst gewahrt und die Fähigkeit der einzelnen, Veränderungen zu bewältigen (z. B. durch Eigenvorsorge, durch Solidarität des Unterhaltsverbandes), gestärkt wird. Wo aber Funktionsausfälle in den Grundeinheiten Arbeit, Einkommen und Unterhalt 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 bedarfsgerecht ergänzt werden oder daß Bedarfe durch öffentliche Leistungen billig oder unentgeltlich befriedigt werden, betreten wir den Raum der Sozialleistungssysteme, der Transfers,³¹ das Sozialrecht.

29 Zur Überschneidung von Daseinsvorsorge und spezifischer Sozialpolitik, s. Hans F. Zacher, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 5.

30 In sehr begrenztem Umfang auch vom Erbrecht.

31 Transfer-Enquête-Kommission, Das Transfersystem in der Bundesrepublik Deutschland, veröffentlicht durch die Bundesregierung, 1981.

Wenn heute von »Sozialrecht« die Rede ist,³² dann ist in der Regel dieser Bereich externalisierender Lösungen sozialer Probleme gemeint. Im einzelnen handelt es sich vor allem um die Sozialversicherung (Kranken-, Renten-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung), um das soziale Entschädigungsrecht (Kriegsopferversorgung, Entschädigung von Verbrechenopfern usw.), um die Hilfs- und Förderungssysteme (Kindergeld, Unterhaltsvorschuß, Jugendhilfe, Ausbildungsförderung, Arbeitsförderung und Wohngeld) und um das allgemeine Hilfs- und Förderungssystem der Sozialhilfe.³³

Zwei Rechtsbereiche externalisierender Lösung sozialer Probleme sind dem engeren Sozialrecht ähnlich, das Privatversicherungsrecht³⁴ und das Recht der privaten – wenigstens »freien« (also nicht-staatlichen)³⁵ – Wohltätigkeit.³⁶ Ich kann sie hier nur erwähnen.

c) Übergreifende Gebiete

Nicht alles sozialpolitisch relevante Recht läßt sich übrigens einfach diesen Elementen zuschlagen. Das Abgabenrecht etwa wirkt nehmend, belassend und finanzierend³⁷ in allen Rechtsbereichen.³⁸ Nicht zu nehmen (Verschonung) ist weithin eine Alternative zum Geben; und Nehmen ist Voraussetzung, um geben zu können. Belassen kann die Fähigkeit zur Eigenvorsorge stärken; und spezifisches Nehmen (durch Beiträge) kann auf externalisierende Vorsorge zielen.

Das Strafrecht³⁹ stützt alle die skizzierten Ordnungen ab, aber stiftet – um ein anderes Beispiel zu nehmen – notgedrungen selbst soziale Schäden. Aber im Gegensatz

32 S. Felix Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, 1981.

33 Zur Systembildung s. etwa Zacher, Einführung in das Wahlfach (Anm. 18), S. 16 ff.

34 S. etwa Walter Leisner, Sozialversicherung und Privatversicherung, 1974; Robert Schwebler, Sicherheit zwischen Sozial- und Individualversicherung, 1977; Josef Isensee, Privatautonomie der Individualversicherung und soziale Selbstverwaltung, 1980; Horst Baumann, Abgrenzung von Sozialversicherung und Privatversicherung in der sozialen Marktwirtschaft, in: De iustitia et iure, Festgabe für Ulrich von Lübtow, 1980, S. 667 ff.

35 Zu dieser Grenze s. Hans F. Zacher, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964. Kritisch dazu Ulrich Scheuner, Die caritative Tätigkeit der Kirchen im Sozialstaat. Verfassungsrechtliche und staatskirchenrechtliche Fragen, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Heft 8, 1974, S. 43 ff. (S. 55 ff.).

36 S. Statt aller älteren Roland Wegener, Staat und Verbände im Sachbereich Wohlfahrtspflege, 1978; Hans Flierl, Freie und öffentliche Wohlfahrtspflege. Aufbau, Finanzierung, Geschichte, 1982.

37 Zum finanzierenden Anteil des Abgabenrechts s. insbs. Hans F. Zacher (Hrsg.), Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung, 1980.

38 Fritz Neumark, Grundsätze gerechter und ökonomisch-rationaler Steuerpolitik, 1970, insbes. S. 186 ff.; Klaus Tipke, Steuerrecht, 8. Aufl. 1981, S. 17 ff., 58 ff. — Zur Umverteilung s. Dieter Birk, Steuergerechtigkeit und Transfergerechtigkeit, Zeitschrift für Rechtspolitik, 12. Jg. (1979), S. 221 ff. S. auch Helmar Bley, Sozialrecht und Transferökonomie, Die Sozialgerichtsbarkeit 28. Jg. (1981), S. 457 ff., 519 ff.

39 Michael Stolleis, Strafrecht und Sozialrecht, Zeitschrift für Sozialreform, 25. Jg. (1970), S. 261 ff.

zwischen den externalisierenden sozialpolitischen Lösungen und den vorgegebenen Sachordnungen bleibt die Gemeinsamkeit solcher übergreifender Rechtsgebiete mit den Sachordnungen stärker: auch sie haben im Gegensatz zum genuinen Sozialrecht primär allgemeinere, vom Sozialen unabhängige Zwecke und Funktionen.

d) Zur Exemplifikation: Geschichtliche Entwicklungen

Werfen wir einen Blick auf die Rechtsgeschichte, so sind externalisierende Lösungen die längste Zeit nur als ein schmales Rinnsal auszumachen. Stiftungen und Almosen, zuweilen ein Recht zu betteln, machen das meiste aus.⁴⁰ Das meiste an »externalisierenden Lösungen« ist Repression und Ausschluß,⁴¹ Bettelverbote und Exklusivität des Heimatrechts.⁴² Fast alle Last der sozialen Gerechtigkeit und Barmherzigkeit ruht auf den »internalisierenden« Lösungen: auf dem Familienrecht, dem Gesinderecht, dem Standesrecht, etwa dem Zunftrecht, dem Recht gefährdeter Gemeinschaften wie etwa der Bergleute.⁴³ Nicht daß diese Rechtsbereiche dem einzelnen, geschweige denn einer Allgemeinheit Sicherheit und Teilhabe im Sinne moderner Sozialpolitik vermittelt hätten. Aber Familie, Haus und Hof, Kloster, Zunft und Stand, waren die Einheiten, die Teilhabe vermitteln konnten. Wenn sozialpolitische Rückschau die frühere Großfamilie zuweilen mit einem Glorienschein verklärt, so ist das vor diesem Hintergrund, der »Bodenlosigkeit« der Ausgeschlossenen, zu sehen. Ausschluß oder Teilhabe durch Zugehörigkeit zu einem Verband – das waren die Alternativen.

Ende des 18. Jahrhunderts setzten Veränderungen ein. Den Gemeinden wird aufgegeben, sich um die Armen zu kümmern.⁴⁴ Zwar fußt dies noch auf dem alten Prinzip, daß sozialer Schutz die Zugehörigkeit zu einem Verband – diesmal der Gemeinde – voraussetzt. Aber die Einbindung der sozialen Hilfe in spezifische Lebensordnungen wie der Familie, des Gesindes usw. ist doch verlassen. Der Weg zur externalisierenden Lösung ist angetreten. Das 19. und 20. Jahrhundert sind nun bestimmt von dem sich ausbreitenden Bewußtsein der »sozialen Frage« – oder wie wir heute wissen: der sich immer wandelnden Vielzahl der sozialen Fragen. Die Rechtsordnung sieht sich mehr und mehr vor sozialen Herausforderungen. Sie wird mehr und mehr durchsetzt mit sozialpolitischen Antworten. Das für uns hier Wichtige ist dabei, daß sich in diese Entwicklung internalisierende Lösungen und externalisierende Lösungen in einer

40 Karl Otto Scherner, Das Recht der Armen und Bettler im Ancien Régime, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, Bd. 96 (1979), S. 55 ff.

41 S. Eugen Pusic, Erfahrungen der internationalen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Sozialarbeit und ihre Ergebnisse für die Ziele und Methoden des Sozialrechtsvergleichs, in: Hans F. Zacher (Hrsg.), Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, 1977, S. 117 ff.

42 Christoph Sachße und Florian Tennstedt, Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland: Vom späten Mittelalter bis zum Ersten Weltkrieg, 1980, S. 30 ff., 107 ff.

43 S. etwa Albin Gladen, Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland, 1974; Michael Stolleis, Quellen zur Geschichte des Sozialrechts, 1976.

44 S. außer den vorigen z. B. F. Diefenbach, Artikel »Armenwesen, Armengesetzgebung und Armenpolizei«, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4. Aufl. 1923, S. 967 ff.

Folge teilen, die weithin als zufällig erscheint. Freilich: die externalisierenden Sozialleistungssysteme haben die Tendenz, sich auszubreiten. Mehr Sozialpolitik heißt jenseits eines gewissen – noch niedrigen – Grades der Entwicklung in erster Linie: mehr Umverteilung, mehr Sozialleistungen.

Das wichtigste Beispiel ist das Recht der abhängigen Arbeit.⁴⁵ Nach und nach entwickeln sich immer intensivere Regulative des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvertragsgestaltung, das Gewerkschaftswesen, die Betriebs- und Unternehmensverfassung. Aber das Arbeitsrecht ist a priori darauf begrenzt, den arbeitenden Menschen in eben der Zeit zu schützen, in der er Arbeit anbieten kann. Was aber kann für den arbeitenden Menschen geschehen, wenn er krank, alt oder invalide ist, wenn er arbeitslos ist? Hier nun zeigt die Entwicklung, wie nebeneinander zwei äußerst unterschiedliche Wege beschritten werden können. Vom Beginn des 19. Jahrhunderts an schafft der Staat im Beamtenrecht das große Muster einer internalisierenden Lösung, die Dienstrecht und soziale Sicherheit bis heute zu einem geschlossenen System verbindet. Für die Masse der Arbeitnehmer aber muß eine externalisierende Lösung gesucht werden. Vor hundert Jahren wird mit Bismarcks Sozialversicherungsgesetzgebung der entscheidende Durchbruch erzielt. Die Alters-, Invaliden-, Kranken- und Unfallversicherung wird eingeführt. Als bald wird die Hinterbliebenensicherung hinzugefügt. 1927 wird das Risiko der Arbeitslosigkeit einer eigenen Sicherung zugeführt. Damit ist die externalisierende soziale Sicherung im wesentlichen etabliert, wenn auch der Prozeß der Ausweitungen und Verbesserungen anhält.⁴⁶

Andere Beispiele könnten uns Ähnliches lehren: der Weg der Landwirtschaft von der Bauernbefreiung, dem Genossenschaftswesen und der öffentlichen Brand- und Schlachtviehversicherung im 19. Jahrhundert bis zur »Einkommensparität«, zur Altershilfe und zur Krankenversicherung für Landwirte in den letzten Jahrzehnten;⁴⁷ der Weg der Autoren und Künstler von immer besserem Schutz des geistigen Eigentums – schließlich auch im Arbeitsrecht – bis zur Gleichstellung arbeitnehmerähnlicher Autoren und Künstler im Tarifvertragsrecht und zur Künstlersozialversicherung;⁴⁸ die

45 S. dazu etwa Friedrich *Syrup* und Otto *Neuloh* (Bearbeiter), 100 Jahre staatliche Sozialpolitik 1839–1939, aus dem Nachlaß von Friedrich *Syrup*, hrsg. v. Julius *Scheuble*, 1957; aus jüngster Zeit etwa Hansjoachim *Henning*, Sozialpolitik III; Geschichte in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd. 7, 1977, S. 85 ff.

46 S. dazu Detlev *Zöllner*, Landesbericht Deutschland, in: Peter A. *Köhler* und Hans F. *Zacher* (Hrsg.), Ein Jahrhundert Sozialversicherung, 1981, S. 45 ff.; Georg *Wannagat*, Horst *Peters*, Wolfgang *Gitter*, Franz *Ruland*, Peter *Krause* u. Bernd *von Maydell*, in: 100 Jahre deutsche Sozialversicherung, Die Sozialgerichtsbarkeit, 27. Jg. (1981), S. 373 ff.

47 Friedrich Wilhelm *Henning*, Landwirtschaft und ländliche Gesellschaft in Deutschland, Bd. 2 1750–1976, 1978.

48 Bericht der Bundesregierung über die wirtschaftliche und soziale Lage der künstlerischen Berufe (Künstlerbericht), Bundestagsdrucksache 7/3071 (1975); Bernd *Schulte*, Das Künstlersozialversicherungsgesetz, Neue Juristische Wochenschrift, 24. Jg. (1977), S. 93 ff.; ders., Künstlersozialversicherungsgesetz – ein zweiter Anlauf, Zeitschrift für Rechtspolitik, 13. Jg. (1980), S. 11 ff.

schwankende Entwicklung der Wohnungspolitik von der Kontrolle des Angebots durch Wohnungsordnungen zum öffentlichen Wohnungsbau, zum Mieterschutz, zur Wohnbauförderung und zum Wohngeld;⁴⁹ die Entwicklung des Bildungswesens von der Schulpflicht und der Abschaffung des Schulgeldes – nach und nach für immer höhere Schulgattungen – bis zum Bundesausbildungsförderungsgesetz.⁵⁰ Überall begegnen wir dem Wechsel, dem Nebeneinander und dem Ineinander internalisierender und externalisierender Lösungen.

2. *Bedingungen der Verwirklichung sozialen Rechts – normative Systeme versus »Meta-Systeme«*

Alle diese Aufgaben dürfen aber nicht allein gleichsam in der Fläche normativer Ordnung gesehen werden. Von der größten Bedeutung ist, daß sie auch in der Tiefendimension der Bedingungen der Verwirklichung des Rechts gesehen werden.⁵¹ Recht versteht sich gemeinhin als materielles und formelles Recht. Materielles Recht sind die Sachregelungen: z. B. über die Voraussetzungen und Höhe einer Rente. Formelles Recht sind die Verfahrensregelungen: z. B. über das Verfahren, in dem der Rentenanspruch angemeldet und erstritten werden kann. Die Rechtsordnung geht im allgemeinen davon aus, daß es genügt, daß das materielle Recht die Probleme löst und das formelle Recht Möglichkeiten eröffnet, daß die Beteiligten die Problemlösung auch durchsetzen. Die juristische Technik ist die, daß das Recht dem Interessierten ein subjektives Recht gewährt. Das formelle Recht – etwa des Zivil- oder des Verwaltungsprozesses – garantiert, daß subjektive Rechte durchgesetzt werden können. Liegt eine Problemlösung im öffentlichen Interesse, so ist es darüber hinaus Sache der Behörden, sich des formellen Rechts kraft Amtes zu bedienen – von Amtes wegen einzugreifen oder zu leisten. Diese einfachen Mechanismen genügen nicht im sozialen Recht. Das soziale Recht ist ja ein Recht zugunsten der Gefährdeten und Benachteiligten. Sie wären weitgehend nicht gefährdet und nicht benachteiligt, wenn sie die allgemeinen Fähigkeiten hätten, materielles Recht zu kennen und formelles Recht für sich zu gebrauchen. Soziales Recht muß sich daher in besonderer Weise auch um die Voraussetzungen und Bedingungen seiner Verwirklichung kümmern.

49 N. von Blumenroth, Deutsche Wohnungspolitik seit der Reichsgründung. Darstellung und kritische Würdigung, 1975. S. auch Lampert a.a.O. (Anm. 3), S. 342 ff.

50 S. dazu: Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel in der Bundesrepublik Deutschland, 1977, Kapitel XII (insbes. S. 490 und S. 493). Eine Sozialgeschichte des deutschen Bildungswesens, welche die Bildungsbedingungen unter den im Text skizzierten Aspekten zusammenfassend darstellt, konnte ich leider nicht entdecken.

51 S. Rainer Pitschas, Formelles Sozialstaatsprinzip, materielle Grundrechtsverwirklichung und Organisation sozialer Dienstleistungen, Vierteljahresschrift für Sozialrecht Bd. 5 (1977), S. 141 ff.

Wir haben eben das Jahr der Behinderten hinter uns. Gerade am Behinderten kann verdeutlicht werden, was mit dieser Problematik gemeint ist.⁵² Es genügt nicht, Rechtsvorschriften zugunsten der Behinderten zu erlassen und den Behinderten ein subjektives Recht zu geben, kraft deren sie die Leistungen, die ihnen zukommen sollen, einklagen können. Behinderung kann auf vielfältige Weise gerade darin bestehen, daß der Behinderte nicht fähig ist, das Recht zu kennen oder geltend zu machen. Und seine Defizite und Konflikte können derart sein, daß Normen zu schwach oder vollends unfähig sind, ihm zu helfen, daß dies nur Menschen, Dienste, allenfalls Institutionen können, die solche Dienste organisieren. Das Sozialrecht muß daher zuerst den Behinderten so gut als möglich befähigen, daß er das Recht und seine Tragweite kennt und in seine Sphäre projizieren kann, daß er den Mechanismus des Rechts auslösen kann, auch wo er nicht fähig ist, einen förmlichen Prozeß einzuleiten oder durchzustehen, daß er aufgeklärt, beraten und vertreten wird. Es muß Mandatare geben, die sein Interesse wahrnehmen, auch wo er nicht klagt. Und es muß Instanzen der Klärung und Vermittlung auch dort geben, wo ein Konflikt etwa über Behandlung und Pflege, mit Betreuern oder Mitinsassen nicht schon auf den Punkt des Rechts gebracht werden kann. Natürlich ist das eine schwierige Balance: die Abhängigkeit eines Behinderten kann dagegen sprechen, seine expliziten oder konkludenten Verzichte gelten zu lassen; und doch verlangen es gerade seine Würde und seine Lage, auch seine Zurückhaltung, seine Bescheidenheit, seine Anpassung zu akzeptieren, ihm auch darin noch Autonomie zu belassen.

Verlassen wir das Beispiel. Die allgemeine Frage ist die nach den Bedingungen der Verwirklichung des sozialen Rechts. Das ist ein weites Feld überaus mannigfaltiger Erscheinungen.⁵³ Es geht hier um vertraute Phänomene wie Prozeßkostenhilfe, Beratungs- und Auskunftspflichten im Sozialrecht, Partizipation der Betroffenen in Verfahren und Selbstverwaltung. Es geht um so umstrittene Dinge wie etwa einen Patienten-Ombudsman. Und es geht um so vergessene Dinge wie um das Recht der Sozialarbeit,⁵⁴ um die Struktur und die Ordnung der sozialen Pflege- und Betreuungsverhältnisse,⁵⁵ um die Rekrutierung sozialer Dienste.⁵⁶ Es geht um die Stärkung und

52 S. dazu Gerhard *Igl* u. a., Die Lage der Behinderten usw. (Anm. 18); Hans F. Zacher, Der Behinderte als Aufgabe der Rechtsordnung, in: Verband der Bayerischen Bezirke, 2. ordentliche Verbandsversammlung, Regensburg 1981, S. 1 ff.

53 S. noch einmal *Pitschas* a.a.O. (Anm. 51).

54 Man suche entsprechende Stichworte etwa bei: Arnold *Schwendtke* (Hrsg.), Wörterbuch der Sozialarbeit und Sozialpädagogik, 2. Aufl. 1980; Dieter *Kraft* und Ingrid *Mielenz* (Hrsg.), Wörterbuch Soziale Arbeit, 1980; Fachlexikon der sozialen Arbeit, hrsg. vom Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge, 1980.

55 S. dazu die Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages zum Thema »Empfiehl es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?« mit dem Gutachten von Peter *Krause* (Gutachten E für den 52. Deutschen Juristentag) 1978 (und den Referaten von Josef *Schmitz-Elsen* und Otto-Ernst *Krasney*), Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages Wiesbaden 1978, Bd. II, 1978, S. N 6 ff., N 34 ff., sowie dem Schlußbericht von Hans F.

Motivierung menschlicher Gemeinschaften – solcher, die helfen könnten, wenn sie nur wollten; und solcher, die helfen wollten, wenn sie nur könnten: um Familien und Wohngemeinschaften, Nachbarschaften und Bürgerinitiativen, um die Belegschaften im Betrieb, die einen wirklich Schwerbehinderten gewiß nicht weniger annehmen müssen wie der Arbeitgeber. Es geht um die richtige Organisation der zuständigen Träger und Behörden, die zugänglich, kompetent und effektiv sein müssen und Vertrauen erwerben und verdienen sollen. Es geht um die Rolle der freien Träger im Verhältnis zu den behördlichen Trägern. Es geht um die Stellung derer, die die sozialen Leistungen selbst erbringen: unter denen etwa die Ärzte, die behandeln, begutachten und über Leistungen entscheiden, eine problematische Konzentration von Funktionen aufweisen.⁵⁷

Schließlich ist es notwendig, die vereinfachende, typisierende und differenzierende Funktion normativer Lösungen zu entschärfen.⁵⁸ Die Fülle der Lebenssachverhalte muß mit der Vielzahl der Leistungssysteme und Vollzugsapparate in Verbindung gebracht werden. Unspezifische Dienste wie die Sozialarbeit sind berufen, von der Lebenssituation her nach den gegebenen Hilfen zu suchen, zwischen den Bedürfnissen der Menschen und den Möglichkeiten des Sozialsystems zu vermitteln. Noch einmal anders gewendet: Es geht hier auch darum, das Trennende, das in der Problempprägung durch die Problemlösung liegt, durch offene Lösungen sozialer Dienste zu überwinden – hinter die Sozialleistungssysteme »Meta-Systeme« der Vermittlung zwischen dem Leben und ihnen zu stellen. Indem »Meta-Systeme« von den Vorgaben der normativen Systeme gelöst werden, ja quer zu ihnen laufen, können sie ein Ganzes ahnen lassen, wo die primären, normativen Systeme zunächst nur Teile sichtbar werden lassen.

Das soziale Recht hat hierzulande eine normative Schlagseite. In einem normen-gläubigen und bis in die jüngste Zeit auch normengehorsamen Gemeinwesen wie dem deutschen scheint das meiste immer schon getan, wenn es geregelt ist. Mehr und mehr

Zacher (ebda., S. O 14 ff.), Gerhard *Igl*, Rechtserhaltung, Rechtsgestaltung und Rechtsdurchsetzung in sozialen Pflege- und Betreuungsverhältnissen, Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung, 32. Jg. (1978), S. 181 ff.; ders., Rechtliche Gestaltung sozialer Pflege- und Betreuungsverhältnisse, Vierteljahresschrift für Sozialrecht Bd. 6 (1978), S. 201 ff.; ders., Soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse, Recht und Politik, 14. Jg. (1978), S. 123 ff.

56 S. jüngst und zusammenfassend Helmut *Klages* und Detlef *Mertens*, Sozialpolitik durch soziale Dienste, Schriftenreihe der Hochschule Speyer. Bd. 82, 1981, S. 41 ff.

57 S. etwa Hans F. *Zacher*, Die Geschichte der Arzneimittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Beiträge zu einer Theorie der Sozialpolitik. Festschrift für Elisabeth Liefmann-Keil, 1973, S. 201 ff. (202 ff.).

58 S. dazu *Zacher*, Einführung, in: *Igl* u. a., Die Lage der Behinderten usw. (Anm. 18), S. 259; Gerhard *Igl*, Anregungen aus der Rechtsvergleichung und weiterführende Gedanken, ebda., S. 272 ff.; *Zacher*, Der Behinderte als Aufgabe der Rechtsordnung (Anm. 52), S. 11 ff.

aber zeigt sich, daß Voraussetzungen, Verfahrensweisen und Organisationen der Verwirklichung des Rechts gerade im sozialen Bereich von größter Bedeutung sind.⁵⁹

III. Zusammenschau

Halten wir also als die elementarsten Strukturen, in denen die Rechtsordnung den Sozialstaat verwirklicht, das Folgende fest:

- Die Ausgangsregel der Korrespondenz von Arbeitskraft, Einkommen, Bedarfen und Unterhalt – eine Prämisse des sozialen Rechts, die allem vorausliegt, ohne ausgesprochen zu sein; eine Topographie der sozialen Gefährdung; eine Meßlatte, an der die sozialen Defizite ablesbar sind;
- die Bedeutung der Rechtsbereiche von Arbeit, Einkommen und Vermögen, Unterhaltsverband und Bedarfsdeckung als die Lebens- und Rechtsräume, in denen jene Ausgangsregel zu verwirklichen ist, und in denen sich deshalb soziale Gefährdungen und Defizite zuerst zeigen; Rechtsbereiche, die deshalb vorrangig sozialer Korrektur und Entwicklung ausgesetzt sind; und
- die Alternativität von internalisierenden Lösungen in diesen Bereichen und externalisierender Herausnahme des Ausgleichs sozialer Defizite in Sozialleistungssysteme;
- die Angewiesenheit des materiellen Rechts auf die »Meta-Systeme« seiner Verwirklichung, nicht nur im Sinne der effektiven Verwirklichung der materiell-rechtlichen Ordnungen je für sich, sondern auch im Sinne der Überwindung der in den materiell-rechtlichen Ordnungen angelegten Zäsuren und Ausschlüsse zugunsten einer optimalen Verbindung zwischen der Vielfalt der sozialen Probleme und der Vielfalt rechtlicher Abhilfen.

Soziale Gefährdungen haben »natürliche« Orte des Problems und so weitgehend auch der Problemlösung jeweils in den Bereichen der Arbeit, des Einkommens und des Vermögens, des Unterhaltsverbandes und der Bedarfsdeckung. Soziale Defizite aber bedürfen – sobald der Kernbereich offenkundiger extremer Not verlassen ist – der Definition durch das gesellschaftliche Bewußtsein und durch die politische Entscheidung. Soziale Defizite treten als politische und erst recht als rechtliche Probleme aus der grauen, endlosen Masse sozialer Not, sozialer Unzulänglichkeit und sozialen Unbehagens erst hervor, indem sie durch gesellschaftliche Kräfte, durch die staatliche Politik, letztlich durch das Recht einem Ausgleich zugeführt werden – zumindest indem die Forderung nach einem solchen Ausgleich formuliert wird. Soziale Probleme, die Gegenstand generalisierender juristischer Arbeit sein können, werden konstituiert, indem das Recht sie lösend aufgreift, die Politik Lösungen formuliert, gesell-

59 S. dazu auch Rainer *Pitschas*, Soziale Sicherung durch fortschreitende Verrechtlichung?, in: Rüdiger *Voigt*, a.a.O. (Anm. 17), S. 150 ff., insbes. S. 154 ff.

schaftliche Kräfte von Recht und Politik Lösungen verlangen oder rechtsimmanent eine Lücke wahrgenommen wird, die durch eine von der Rechtswissenschaft oder der Rechtspraxis gefundene Lösung geschlossen wird.

Wir haben früher schon gesehen, daß die Problemfelder von Arbeit, Erwerb und Vermögen, der Unterhaltsverbände und der Bedarfsbefriedigung in hohem Maße kommunizieren und Problemlösungen deshalb zumeist nur schwerpunktartig in dem einen oder anderen Problemfeld angesiedelt werden können. Wir haben ferner gesehen, daß sich diese »Freizügigkeit« der Problemlösungen steigert, indem zu den Lösungen *in* diesen Feldern die externalisierenden Lösungen jenseits dieser Felder hinzutreten, deren Korrespondenz mit den Sachordnungen und internalisierenden Lösungen in diesen Feldern auf die Problemlage selbst zurückwirkt. Und wir müssen endlich hinzufügen, daß soziale Rechtsprobleme a priori kaum ohne die rechtlichen Lösungen gedacht und verortet werden können, die sie gefunden haben oder die für sie in Betracht gezogen werden.⁶⁰

C. Zu den Aufgaben der Rechtswissenschaft

I. Der lösungs- und feldspezifische Ansatz

Welchen Anteil hat die Rechtswissenschaft an der Entwicklung des Sozialstaats genommen? Das darzustellen, wäre eine Geschichte der Erfindungen⁶¹ und der Uninteressiertheit, des Vorauseilens und des Nachhinkens – ein bizarres, kein überschaubares Bild. Denn die Identifikation von Problemen und das Finden und Zuordnen von Problemlösungen verlief in der Rechtswissenschaft kaum weniger fragmentarisch und unausgeglichen als in der Gesetzgebung und in der Rechtspraxis. Sozialrecht ist ein Recht der punktuellen Ansätze, ein Recht der Einzelheiten mehr als der Prinzipien, ein Recht permanenter Veränderung, ein Recht, mittels dessen die Politik ganz konkret Wirklichkeiten zu verändern sucht, und also ein Recht, durch das die Politik immer auch auf die Veränderungen der Wirklichkeiten reagieren muß. In dieser Ambiance des Details und des permanenten Wandels konnte auch die Rechtswissenschaft ihren Dienst, hinter den Einzelheiten des positiven Rechts das Netz der Sinnzusammenhänge aufzuspannen und im Wandel das Bleibende, das Grundsätzliche, sichtbar zu machen, immer nur unvollkommen leisten. Erst in der Spätphase des Sozial-

60 S. dazu auch Hans F. Zacher, *Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung*, in: Hans F. Zacher (Hrsg.), *Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs*, 1977, S. 21 ff., insbes. S. 39 ff., 41 ff., 44 ff.

61 Zu juristischen Erfindungen s. Rudolf von Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 2. Teil, 8. Aufl. 1954, S. 370 f. Zur juristischen Entdeckung s. Hans Dölle, *Juristische Entdeckungen*, Festvortrag zum 42. Deutschen Juristentag, Verhandlungen Bd. II, 1958, S. 1 ff.

staates, in der wir leben, erst nach einer langen Erfahrung der punktuellen Ansätze und der Veränderungen wird langsam und unscharf das Ganze sichtbar.

Es scheint mir deshalb richtig, unter der Fülle der möglichen Aspekte, unter denen die rechtswissenschaftlichen Aufgaben am Sozialstaat gesehen werden können, gerade die herauszugreifen, die durch diese neue Betrachtungsweise möglich geworden sind: daß die juristische Aufgabe des Sozialstaates einerseits ebenso universell, das ganze Recht umfassend ist, wie feldspezifisch und daß die »Feldzuweisung« rechtlich von den – gegebenen oder gesuchten – Lösungen indiziert wird. Der Blick soll deshalb im folgenden auf die lösungs- und also feldspezifischen Aufgaben gelenkt werden.

1. Im Bereich der internalisierenden Lösungen

Gegenüber internalisierenden Lösungen ist die rechtswissenschaftliche Aufgabe am Sozialstaat durch die Schwierigkeit gekennzeichnet, die vorfindlichen Zwecke und Funktionen der erfaßten Rechtsinstitute zu integrieren, die notwendigen sozialen Korrekturen anzubringen, aber dabei die Grenze zu finden, an der die soziale Korrektur das vorfindliche Wesen eines Rechtsinstituts verkennt, verdeckt oder verfremdet. Natürlich ist dabei jeder Problembereich anders zu sehen.

Am ehesten läßt sich die Problematik so, wie eben gesagt, hinsichtlich der *Austauschverhältnisse* des Erwerbslebens und der Bedürfnisbefriedigung formulieren.⁶² Der Austausch stellt sich – nach dem Gegenstand verschieden – als vorfindliche Sachgesetzlichkeit, die soziale Korrektur sich als sekundär dar. Doch zeigt sich auch hier, daß gerade auch das soziale Element zum Wesentlichen einer Sachordnung gehören, die soziale Korrektur also nicht eine Verfremdung, sondern vielmehr die Integration des Wesentlichen bedeuten kann. Das Arbeitsverhältnis ist das beste Beispiel dafür. Das unspezifische Dienstrecht traf eben nicht das Wesentliche des Arbeitsverhältnisses. Doch bleibt auch hier die Grenze: das Soziale kann nicht Selbstzweck werden, ohne daß sich das Wesen des Rechtsinstituts verändert. Ein Arbeitsverhältnis, das primär bestimmt wäre, den Arbeitnehmer sozial zu betreuen, zu versorgen und zu sichern, wäre in sich elementar verändert und würde ebenso eine elementar veränderte soziale und rechtliche Umwelt voraussetzen.

Eine andere Problemlage finden wir, wo das »Ausgangsverhältnis« der öffentlichen *anstaltlichen Daseinsvorsorge*⁶³ angehört. Die Gebühr als der Preis einer Verwaltungsleistung indiziert zwar auch hier ein Austauschverhältnis. Doch steht, wenn der öffentliche Charakter seinen Sinn haben soll, nicht dieser Austausch, vielmehr stehen

62 Zur sozialen Aufgabe des Privatrechts klassisch: Anton *Menger*, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Aufl. 1904. Aus neuerer Zeit s. etwa Thilo *Ramm*, Einführung in das Privatrecht/Allgemeiner Teil des BGB, 1969, Bd. I, S. 63 ff., 104 ff., Bd. II, S. 441 ff.; Eike *Schmidt*, Von der Privatautonomie zur Sozialautonomie, Juristenzeitung, 35. Jg. (1980), S. 153 ff.

63 S. noch einmal Anm. 29. S. ferner etwa Hans F. *Zacher*, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, in: Im Dienst des Sozialrechts, Festschrift für Georg Wannagat, 1981, S. 715 ff.

andere Zwecke im Vordergrund: Die Sicherheit, die Allgemeinheit, die rechtsstaatlich geregelte, demokratisch verantwortliche Zugängigkeit der Versorgung. Damit sind Ziele angegeben, die dem Sozialstaat sehr nahe stehen, ihm Probleme abnehmen. Und eine spezifisch soziale Aufgabe der Rechtswissenschaft, die nicht schon durch die rechtswissenschaftliche Sorge um die allgemeine Daseinsvorsorge miterledigt wäre, ist auf das schmale Band spezifisch sozialer Gestaltung verwiesen, das zwischen der allgemeinen Daseinsvorsorge und der – schon externalisierenden – dienst- und sachleistenden Befriedigung von Bedürfnissen im Rahmen von Sozialleistungssystemen (z. B. die Heilbehandlung durch die Unfallversicherung) liegt.

Wesentlich anderen Boden betreten wir mit dem dritten Feld: den *Unterhaltsverbänden*.⁶⁴ Sie sind dem Sozialstaat funktional analog. In ihnen wird Existenz gesichert, Hilfe gewährt, verteilt und umverteilt. Klärung und Effektivierung der Rollen und Schutz der Schwächeren – wenn die Effektivierung nicht emanzipatorischen Selbstzweck annimmt – erweisen sich hier von vornherein gleichermaßen als sozial und als Integration des Wesentlichen eines Unterhaltsverbandes. Aber familiäre Unterhaltsverbände sind dem Sozialstaat auch wesentlich ungleich; sie sind Räume der Privatheit, also auch der Beliebigkeit und der schicksalhaften Unterschiede. Daraus ergibt sich die Ungleichheit der Relationen, die dem Sozialstaat eine so mannigfache, komplexe Rücksicht auf die Vielgestaltigkeit der familiären Unterhaltsverbände abnötigt: wie viele erwerbstätig oder vorsorgend Arbeitende und wieviel Einkommen stehen wieviel Abhängigen und welchem Ausmaß an Bedürfnissen gegenüber? Eine internalisierende Korrektur dieser weitreichenden, genuinen Ungleichheit der familiären Situation ist kaum denkbar. Die Erstreckung auf weitere Kreise der Großfamilie potenziert diese Ungleichheit nur. Doch bleibt die Aufgabe, den familiären Unterhaltsverbänden ihre Effektivität zu sichern. Und neben sie schiebt sich mehr und mehr die andere Aufgabe, das Mißverhältnis zwischen der sozialen Effizienz funktionierender faktischer Lebensgemeinschaften und der Preisgabe ihrer Funktionen an jeglichen Konflikt so zu mindern, daß die Verfassungsgarantie von Ehe und Familie nicht beeinträchtigt wird, den Funktionen einer faktischen Gemeinschaft aber doch nach innen und außen ein Mindestmaß an Verlässlichkeit zukommt.

2. Im Bereich der externalisierenden Lösungen

Externalisierende Lösungen sind von der Bindung an vorfindliche Sachgesetzlichkeiten zunächst frei. Sie entbehren aber auch ihrer Hilfen. Sie haben sich im erfahrungsarmen Raum sozialpolitischer Interventionen entwickelt. Und sie wurden je für sich, für begrenzte Gruppen, auf begrenzte Ziele hin geschaffen, auf die hin sie konstruiert und

⁶⁴ Grundlegend Franz *Ruland*, *Familiärer Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit*, 1973; zuletzt etwa Peter-Hubert *Naendrup*, *Sozialstaatliche Existenzsicherung und Familienunterhalt*, *Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht*, 35. Jg. (1980), S. 225 ff m. w. Nachw.

von denen her sie bewertet wurden. Weiträumige Systeme wie die Sozialversicherung blieben die Ausnahme. Mittlerweile stellt die Entwicklung der Summe der externalisierenden Lösungen große Anforderungen. Die alten Systeme wurden ausgedehnter und differenzierter. Neue kamen hinzu. Interferenzen können nicht mehr vernachlässigt werden. Alte Ziele wurden und werden durch neue ergänzt. Durften sozialpolitische Interventionen zunächst als Ausnahmen vom natürlichen, interventionsfreien Sozialgeschehen betrachtet werden, so kehrte sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis mehr und mehr um. Nach der repressiven und der korrigierenden Phase der Sozialpolitik folgte ihre institutionelle. Die einzelnen Interventionen tauchten immer mehr ein in den immer breiteren Strom der in ihrer Summe immer umfassenderen Interventionen.

Auch das Verhalten der Betroffenen änderte sich. Dominierte zunächst die Erfahrung der Nöte und Gefahren, gegen die geholfen wurde, so wurde diese Erfahrung der Defizite mehr und mehr eingeholt durch die Erfahrung der Abhilfen – wie ja auch die Sozialpolitik selbst über die Hilfe gegen Not hinaus ausgriff zur Wohlstandsteilhabe. Einerseits von diesen sozialpolitischen Angeboten her, andererseits von der Erfahrung der Abhilfen her wurden die defizitären Situationen, welche die Abhilfen auslösen, nicht mehr nur schicksalhaft erlitten, sondern auch nüchtern als Anspruchsvoraussetzungen verstanden, schließlich herbeigeführt. So kam es schließlich zu Zweifeln, wie der Brauch vom Mißbrauch der Sozialleistungen unterschieden werden kann.⁶⁵ Tiefer gesehen äußert sich darin aber nicht nur die Gewöhnung der Gesellschaft an die Sozialleistungssysteme; gleichsam der gewandtere Umgang der Adressaten mit den »Wasserhähnen« der Systeme, auch nicht nur der Verlust der Selbstverständlichkeit vordem vorausgesetzter Normen im Umgang mit diesen Systemen. Vielmehr äußern sich darin auch Spannungen im Sozialrecht selbst, die erst nach und nach wahrgenommen werden. Dazu gehört, daß auch die negativen Abhilfen, indem sie nicht nur unvermeidbare Schicksalsschläge abfangen, sondern auch die Folgen eigenen, riskanten Handelns (wie Krankheit und Invalidität als Folge ungesunden Lebens), auf mehr Freiheit zielen.⁶⁶ Dazu gehört ferner das Voranschreiten der Sozialpolitik von der Abwehr von Not zu Entfaltungshilfen, die nicht mehr nur auf das Erleiden von Nachteilen abstellen, sondern auf die (z. B. von Arbeitsförderung und Berufsförderung vorausgesetzte) Bereitschaft, Vorteile wahrzunehmen.⁶⁷ Die Ausbreitung, Differenzierung und Alterung des Sozialstaates stellt so vor Probleme, die in den Anfängen nicht

65 S. zuletzt etwa Oswald von *Nell-Breuning*, Was »kostet« der Sozialstaat? Sozialer Fortschritt, 31. Jg. (1982), S. 25 ff. (27); Eberhard *Eichenhofer*, Mißbrauch von Sozialleistungen: Vorläufige Bemerkungen zu einem aktuellen und kontroversen Thema, Die Sozialgerichtsbarkeit, 28. Jg. (1982), S. 137 ff. S. auch *Zacher*, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft (Anm. 63), S. 750 f.

66 »Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft. Das Recht der sozialen Sicherung und der Verantwortungswürde des Bürgers«. Mit Beiträgen von Hans *Braun* u. a., Veröffentlichung der Konrad-Adenauer-Stiftung, 1981.

67 S. dazu noch einmal *Zacher*, Einführung ins Wahlrecht (Anm. 18), S. 13 ff.

gesehen wurden oder doch vernachlässigt werden konnten, die es zum Teil in den Anfängen aber auch nicht gab.

Diese immanente Reifung und Gefährdung ist eingebettet in die dynamische Ambiance allen Sozialleistungsrechts. Sozialleistungsrecht ist, indem es auf die Änderung von Wirklichkeiten zielt, von größtem Wirklichkeitsbezug. Sozialleistungsrecht muß deshalb – wenn wesentliche Wirkungsänderungen vermieden werden sollen – auf Änderungen der Wirklichkeiten permanent reagieren. Sozialleistungsrecht ist ferner ebenso Gegenstand wie Instrument der Politik. Es kann Wählerschichten wahrnehmbare Vorteile verschaffen, deren gezielte Zuwendung eine stets virulente Versuchung des politischen Kalküls ist. Dazu kommen weitere Gründe der Veränderung, etwa die Anpassung an veränderte gesellschaftliche Wertvorstellungen und Verhaltensweisen. Alles in allem jedenfalls ist das Sozialrecht durch eine ständige interventionistische und also systemfeindliche Bewegung gekennzeichnet.

Exogene und endogene Gründe führen so zu einem stetigen Wandel des Sozialrechts.⁶⁸ Dem entspricht ein ungesättigter Theoriebedarf.⁶⁹ Dieser Theoriebedarf wird zwar nie ganz gedeckt werden können. Die Entwicklung wird dem Verständnis immer »eine Nasenlänge voraus« sein.⁷⁰ Aber das rechtfertigt nicht den Verzicht auf eben jenes Erfassen und Verstehen des Sozialrechts, durch das sein Theoriebedarf so gut als möglich gedeckt werden kann. Die Rechtswissenschaft hat hier vor allem die Aufgabe, Strukturen aufzudecken und Prinzipien zu entwickeln.⁷¹ »Makrokosmisch« geht es vor allem darum, Raster zu entwickeln, die es erlauben, das Einzelne – die einzelne Regelung, das einzelne System – in je größere Zusammenhänge, in ein Ganzes zu stellen, das Gleiche zu vergleichen und das Ungleiche zu unterscheiden, das Bleibende im Wandel zu identifizieren und Ort und Maß der Veränderung zu bestimmen. Die Rechtswissenschaft hat hier – gegenüber der Aktualität der Sozialpolitik – vor allem eine institutionelle Aufgabe. Man könnte auch sagen: sie hat die Aufgabe, die Gerechtigkeit ganz zu sehen, – der »synchronen« Betrachtung, aus der die Sozialpolitik lebt, die »diachrone« Betrachtung einer Gerechtigkeit hinzuzufügen, die auch im Zeitverlauf durchgehalten und bewährt werden kann. Stichworte wie »Generationenvertrag«⁷²

68 S. dazu Hans F. Zacher, *Das Sozialrecht im Wandel von Wirtschaft und Gesellschaft*, Vierteljahresschrift für Sozialrecht Bd. 7 (1979), S. 145 ff.

69 S. z. B. Helmar Bley, *Sozialleistungen ohne Güterdefizit* (Anm. 19), S. 363.

70 S. Hans F. Zacher, *Grundfragen* (Anm. 16), S. 1 ff.

71 S. etwa Hans F. Zacher, *Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung* (Anm. 9) und *Grundfragen* (Anm. 16); S. ferner Schmidt; a.a.O. (Anm. 62).

72 Von Peter Badura (*Eigentumsordnung*, in: »Sozialrechtsprechung – Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat«, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 2 Bde, 1979, S. 673 ff., 693) zu den »verschwiegenen Verfassungsartikeln des Sozialrechts« gezählt. S. zum Generationsvertrag ferner Franz Ruland, *Kindergeldrecht*, ebda. S. 437 ff. (450 f.); Dieter Schäfer, Artikel »Generationenvertrag«, in: *Fachlexikon der sozialen Arbeit*, hrsg. vom Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge. 1980, S. 319.

und »Alterssicherungsgerechtigkeit«⁷³ sind geradezu Hilferufe einer in die Gegenwart verstrickten Gesellschaft an die Rechtswissenschaft, ihr Lösungen anzubieten, die auch über Generationen hinweg als gerecht empfunden werden können. Das Recht war in seiner Geschichte zumeist das »Langzeitgedächtnis« der Gesellschaft – nicht selten auch ein »Zu-Langzeit-Gedächtnis« –. Als Sozialrecht aber hat es noch nicht genug gelernt, sich über die alltägliche »Gegenwärtigkeit« der Sozialpolitik hinwegzusetzen.

»Mikrokosmisch« geht es vor allem darum, den Wandel der Wirkungsweisen der Regelungen, wie er sich aus Veränderungen der Verhältnisse und aus der Erfahrung der Regelungen ergibt, mit den Zwecken der Norm zu vergleichen und die Norm – legislativ oder durch Interpretation – so zu differenzieren, daß Zweck und Wirkung so nahe als möglich beieinander liegen. Dazwischen liegen Aufgaben der konstruktiven »Ausrüstung« des Sozialleistungsrechts, dessen Anwender sich allzusehr auf den stets pragmatischen Vordergrund des positiven Rechts verwiesen sehen. Die Diskussion um das Sozialrechtsverhältnis⁷⁴ ist das beste Beispiel dafür, worum es hier geht. Sozialrechtsverhältnisse sind Interaktionsprogramme für die Interaktion von Leistenden (Trägern, Leistungserbringern), Empfängern (Gesicherten, mit gesicherten Familien-

73 Spätestens seit der Auseinandersetzung um die Besteuerung der Beamtenversorgung und die Nichtbesteuerung der Sozialversicherungsrenten (s. BVerfGE 54, 11 ff.) ist deutlich, daß ein ausgewogenes Verhältnis der folgenden Größen für möglich gehalten wird und der Kontrolle des Gleichheitssatzes unterstellt werden soll:

Aktive Einkünfte	Abgabenleistung	Nettoeinkommen
Vorsorgeverzichte insbesondere für Alterssicherungssysteme oder im Rahmen sonstiger Vorsorge	Steuerliche Berücksichtigung	Netto-Vorsorgeverzichte
Alterseinkünfte insbesondere aus	steuerliche Belastung/ steuerliche Berücksichtigung	Altersnettoeinkommen
<ul style="list-style-type: none"> – Alterssicherungssystemen – sonstigen von der Rechtsordnung anerkannten (geförderten) Vorsorgevorkehrungen – sonstigen Sozialleistungen 		

Ich möchte für dieses Postulat einer mehrstufigen Gleichung mit vielen Unbekannten den – im Text benutzten – Terminus »Alterssicherungsgerechtigkeit« vorschlagen.

74 »Das Sozialrechtsverhältnis«, 1. Sozialrechtslehrtagung Kassel, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Bd. XVIII, o. J.; Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Über das Sozialversicherungsverhältnis, in: Im Dienst des Sozialrechts, Festschrift für Georg Wannagat, 1981, S. 473 ff.

angehörigen) und Dritten (z. B. Arbeitgebern)⁷⁵ zur Verwirklichung von sozialer Vorsorge, sozialer Entschädigung, sonstiger sozialer Hilfe oder sozialer Förderung.⁷⁶ Diese Interaktionsprogramme sind – vor allem wo die notwendigen Alternativen im Falle des Fehlgehens in Betracht gezogen werden – stets ein Gefüge allgemeiner und besonderer Normen, geschriebenen und ungeschriebenen Rechts, ja von evidentem Recht und Rechtslücken. Erst das gedankliche Konstrukt eines Sozialrechtsverhältnisses erlaubt es, das Allgemeine und das Besondere so aufeinander zu beziehen und das Explizite durch weniger geklärtes oder erst zu schöpfendes Recht so zu ergänzen, daß die Unklarheit des Rechts nicht zur Ungerechtigkeit wird.⁷⁷

3. In den Feldern der Begegnung

Zur größten Last juristischer Arbeit am sozialen Recht zählt die Wirklichkeit der Interdependenzen. Das gilt schon für die internalisierenden Lösungen untereinander. Und es gilt nicht minder für die Zusammenhänge zwischen den verschiedenen Leistungssystemen.⁷⁸ Hier soll jedoch auf die Begegnung der primären Lebens- und Sachordnungen und der in ihnen angesiedelten internalisierenden Lösungen einerseits und der externalisierenden Lösungen andererseits eingegangen werden.⁷⁹ Diese beiden Regelungsbereiche können im Verhältnis der Bedingtheit, der Komplementarität oder der Alternativität zueinander stehen. Sie können eng – im Sinne einer Verfügung – aufeinander bezogen sein. Und sie können gesellschaftliche Verhaltensmuster und Entfaltungsmöglichkeit wie offene Schalen umrahmen.

75 Hans F. Zacher, Was kann und soll das Sozialgesetzbuch leisten? Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung, 31. Jg. (1977), S. 145 ff. (155).

76 Hier auch Zacher, Einführung in das Wahlfach (Anm. 18), S. 20 ff.

77 Zahlreiche Probleme dieser Art sind behandelt in der Festschrift für Georg Wannagat (s. Anm. 74): z. B. Helmar Bley, Die (Un)Zumutbarkeit Sozialrechtsbegriff, S. 19 ff.; Peter Krause, Rechtsprobleme einer Konkretisierung von Dienst- und Sachleistungen, S. 239 ff.; Bernd von Maydell, Der Begriff der Zumutbarkeit im Sozialrecht unter besonderer Berücksichtigung der §§ 62–66 SGB-AT, S. 271 ff. Ferner in »Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft« (Anm. 66): z. B. Walther Ecker, Das schadenstiftende Verschulden gegen sich selbst und die soziale Sicherung, S. 55 ff.; Bertram Schulin, Zum Problem der Typisierung im Recht der sozialen Sicherheit, s. 77 ff.; Peter Krause, Das Paradoxon der Mitwirkung von passiv Sozialbetreuten, S. 101 ff.; s. auch Traugott Wulfhorst, Leistungssteuerndes Verhalten der Berechtigten im Sozialrecht, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. 10 (1982), S. 1 ff.

78 S. etwa Wolfgang Gitter, Zweckwidrige Vielfalt und Widersprüche im Recht der Sozialversicherung, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbands, Bd. VI, 1969; Bernd von Maydell, Der Wandel des Sozialversicherungsrechts im Allgemeinen Rechtssystem in den letzten hundert Jahren, Die Sozialgerichtsbarkeit 29. Jg. (1981), S. 412 ff. (418).

79 S. zur Begegnung von Arbeitsrecht und Sozialrecht etwa Martin Binder, Das Zusammenspiel arbeits- und sozialrechtlicher Leistungsansprüche, 1980; zur Begegnung von Familienrecht und Sozialrecht s. noch einmal Anm. 64. – Zu weitergreifenden Aspekten der „Konfusion“ klassischer Alternativen des Rechts (Sein und Sollen, distributive und kommutative Gerechtigkeit, Berechtigung und Verpflichtung) im sozialen Recht s. Eberhard Eichenhofer, Soziales Recht und Sozialrecht, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. 9 (1981), S. 19 ff.

Bedingtheit finden wir etwa dann, wenn das Schulsystem darüber bestimmt, wo Ausbildungsförderung überhaupt möglich ist. Hinsichtlich des Sozialproblems Ausbildungsbedarf aber besteht Komplementarität zwischen der Schulgeldfreiheit und der Ausbildungsförderung. Hinsichtlich des Einkommensersatzes von Arbeitnehmern im Krankheitsfall greifen die komplementäre arbeitsrechtliche Lösung der Lohnfortzahlung und die externalisierende Lösung des Krankengeldes verfußt ineinander. Hinsichtlich der Verwertbarkeit der Arbeitskraft ergänzen sich zwar der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz und die soziale Sicherung für den Fall der Arbeitslosigkeit⁸⁰ – doch in viel lockererer Korrespondenz. Das Bild offener Schalen, zwischen denen für die Entfaltung verschiedener gesellschaftlicher Lebensmuster mehr oder weniger Raum bleibt, bietet sich vor allem für die Beziehung zwischen Familienrecht einerseits und den überaus vielfältigen Rücksichten andererseits an, die das Sozialleistungsrecht auf Unterhaltsverbände nimmt.⁸¹

Daß sich *Bedingtheit* und Komplementarität nur so unscharf trennen lassen, verweist einmal mehr darauf, daß die Problemlösung die Probleme mit konstituiert. Auch die Frage der *Alternativität* steht unter dem Zwang dieser Klammer. Die Kategorie der Alternativität von externalisierenden und internalisierenden Problemlösungen fragt vordergründig nach dem *gegebenen* Ort der Problemlösung. Hintergründig aber ergibt sie den Boden dafür, daß die Frage nach dem *richtigen* Ort der Problemlösung und danach gestellt werden kann, *welche Gestaltung* dem Ort der Problemlösung entspricht.

»Alternativität« geht davon aus, daß sowohl eine externalisierende als auch eine internalisierende Lösung denkbar sind (vielleicht auch: daß sowohl ein externalisierender als auch ein internalisierender Schwerpunkt ein- und derselben Problemlösung denkbar ist).⁸² Und von daher ermöglicht sich die Frage, ob das eine oder das andere möglich oder unmöglich, besser oder schlechter ist. Die Sicherung des Einkommens im Alter kann im allgemeinen nur externalisierend gewährleistet werden. Wo also liegt der Spielraum für internalisierende betriebliche Alterssicherung? Jenseits welcher Grenze wird betriebliche Alterssicherung entweder doch externalisiert (im Wege der Privatversicherung) oder ein Irrtum? Inwieweit kann das Bedarfsproblem Wohnung durch Mieterschutz internalisiert werden? Inwieweit muß es in Richtung auf Wohngeld und Wohnungsbauförderung externalisiert werden? Inwieweit kann das »Recht auf Arbeit« durch Kündigungsschutz internalisiert werden? Inwieweit ist es – abgesehen von den allgemeinen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen seiner Verwirklichung – nur externalisierend durch Arbeitsvermittlung, Arbeitsförderung (subsidiär durch Einkommensersatzleistungen für den Fall der Arbeitslosigkeit) zu erfüllen? Während

80 S. jüngst etwa Otto-Ernst Krasney, Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Berufs- und Erwerbsunfähigkeit als arbeitsmarktenkende Rechtsgestaltung, in: *Kittner* a.a.O. (Anm. 28), S. 355 ff.

81 S. auch noch einmal Hans F. Zacher, Das Sozialrecht im Wandel (Anm. 68), s. 152 ff.

82 S. dazu etwa Hans F. Zacher, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft (Anm. 63).

das Recht in der externalisierenden Lösung relativ frei ist, stellt die Kategorie der Alternativität schwierige und wichtige Fragen vor allem dort, wo internalisierende Lösungen in Betracht kommen. Die oben schon notifizierte Problematik, daß internalisierende Lösungen in der Auseinandersetzung mit den Sachgesetzlichkeiten der vorfindlichen Rechtsinstitute des Arbeits- und Erwerbslebens, der Unterhaltsverbände und der Bedarfsdeckung zu entwickeln sind, wiederholt, weitet und differenziert sich unter dem Aspekt der Alternativität. Internalisierende Lösungen können die vorfindlichen Rechtsinstitute überfrachten. Externalisierende Lösungen können sie verkürzen, beschneiden. Für die richtige Antwort gibt es keine allgemeinen Faustregeln – auch nicht etwa die der Subsidiarität. Sie ist von Bereich zu Bereich, von Defizit zu Defizit, von Rechtsinstitut zu Rechtsinstitut verschieden. Und es hängt letztlich nicht nur von dem Ort der Lösung ab, sondern gerade davon, welche Lösung hier oder dort in Betracht gezogen wird. Aber die richtige Grenze ist von der größten Bedeutung für die Sozialpolitik. Es ist die Grenze zwischen Privatheit und Öffentlichkeit, zwischen Gesellschaft und Staat, zwischen mittelbarem und unmittelbarem Zugriff der Politik.

Die Gestaltgrenze, die zwischen externalisierenden und internalisierenden Lösungen liegt, ist im allgemeinen evident. Ist doch gerade die Erschließung neuer, anderer Gestaltungen der Grund dafür, daß die sozialpolitische Entwicklung den Raum internalisierender Lösungen verläßt und in den freieren Raum externalisierender Lösungen transzendiert.⁸³ Doch wird die Gestaltgrenze dort leicht übersehen, wo analoge Problemlösungen internalisierend und externalisierend nebeneinander existieren. Das wichtigste Beispiel ist das Nebeneinander der Sozialversicherung und der sozialen Sicherung der Beamten.⁸⁴ Analoge Risiken scheinen ebenso durch das internalisierende System der Beamtenversorgung wie durch das externalisierende System der Sozialversicherung abgedeckt. Man kann sagen, daß die Probleme, die aufgegriffen werden (soziale Sicherung abhängig Tätiger für den Fall der Krankheit, der Invalidität und des Alters und ihrer Hinterbliebenen im Falle des Todes) gleich sind. Aber der unterschiedliche Rahmen der Problemlösung wirkt doch auf die rechtlichen Tatbestände zurück. Der beamtenrechtliche Tatbestand der »Dienstunfähigkeit« verfügt aktiven Dienst in einem bestimmten Amt und Ruhestand ineinander. Die sozialversicherungsrechtlichen Tatbestände der Erwerbs- und Berufsunfähigkeit sowie der Minderung der Erwerbsfähigkeit dagegen knüpfen nicht an das Ende eines bestimmten Arbeitsverhältnisses an; sie knüpfen an Verluste der »Marktgängigkeit« der Arbeitskraft in bezug auf beliebig viele mögliche Arbeitsverhältnisse an. Gerade auch die Frage nach der Umkehr der mit diesen Tatbeständen benannten Prozesse macht die Unterschiede deutlich. Als internalisierendes System kann die Beamtenversorgung nicht danach fragen, ob ein wieder gesunderer Beamter wieder Arbeit auf dem allge-

83 S. z. B. Bernd von *Maydell*, *Der Wandel des Sozialversicherungsrechts* (Anm. 78) insbes. S. 416 ff.

84 S. Wolfgang *Rüfner*, *Beamtenversorgung und Sozialversicherung*, in: *Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat*, hrsg. von Walter *Leisner*, 1975, S. 147 ff.

meinen Arbeitsmarkt finden könnte. Relevanz erneuter Dienstfähigkeit müßte bedeuten, daß gefragt wird, ob der Beamte wieder in seinen Dienst – sein altes oder ein vergleichbares Amt – zurückkehren kann. Die Wiederherstellung der Berufs- oder Erwerbsfähigkeit kann nicht auf ein bestimmtes Arbeitsverhältnis, sie muß auf den Arbeitsmarkt schlechthin bezogen werden.

II. Querlinien

Natürlich wäre es notwendig, diesen feldspezifischen Ansatz nunmehr wieder auszuweiten und durch übergreifende Kategorien zu relativieren. Mit der Ausweitung meine ich etwa die Vorbedingungen der Rechtsbildung, auf welche die Rechtswissenschaft hier und dort trifft. Internalisierende Lösungen bewegen sich weithin im Raum des privaten Rechts, welcher der Rechtsergänzung weithin offen steht. Die bedeutende Rolle, die Rechtslehre und Richterrecht so bei der Entwicklung des modernen Arbeitsrechts gespielt haben und immer noch spielen, erklärt, was das bedeutet.⁸⁵ Externalisierende Lösungen dagegen brauchen das Gesetz und die Politik: Das Gesetz immer dort, wo eine Lösung eingreift, Widerstände überwindet, aber auch dort, wo es Verbindliches zusagen will; um der Mittel willen zumindest das Haushaltsgesetz.⁸⁶ Die rechtspolitische und die dogmatische Rolle der Rechtswissenschaft fallen hier weiter auseinander als hinsichtlich der internalisierenden Lösungen, wo rechtspolitische Kritik am Bestand und rechtsdogmatische Entwicklung des Bestandes oft untrennbar ineinander übergehen. Noch vor der dogmatischen Funktion, haben wir oben gesagt, liegt die Notwendigkeit der Darstellung. Auch hier weist das Sozialleistungsrecht andere Bedingungen auf, als wir sie im Bereich der internalisierenden Lösungen finden: dort im Vordergrund die Mühe allein schon um die technische Vollständigkeit des jeweils geltenden Gesetzesbestandes, hier die immer auch schon dogmatische Aufarbeitung der Rechtspraxis. Immer aber verklammert die Interdependenz der Problem- und Lösungsbereiche darstellende und dogmatische Arbeit. Jede Isolierung schadet dem Ganzen und den Teilen. Und rechtswissenschaftliche Arbeit am Sozialstaat erweist sich so als a priori interdisziplinär:⁸⁷ als sozialversicherungs- und arbeitsrechtlich, als sozialversicherungs- und familienrechtlich, als jugendhilfe- und familienrechtlich usw. usw.

85 Klaus Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969.

86 S. z. B. Zacher, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland (Anm. 29), S. 240 ff.; Wilhelm Wertenbruch, Gedanken zum Vorbehalt des Gesetzes (§ 31 SGB-AT) aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Horst Schieckel, 1978, S. 357 ff.

87 S. dazu Hans F. Zacher, Sozialrecht als interdisziplinäre Aufgabe (Anm. 27).

In gleicher Weise feldspezifisch und übergreifend ist auch die rechtshistorische,⁸⁸ die rechtsvergleichende,⁸⁹ die rechtsphilosophische,⁹⁰ die rechtssoziologische⁹¹ und die rechtstheoretische Arbeit mit der rechtlichen Verwirklichung des Sozialstaates. Welches sind die spezifischen, welches die durchgehenden Seinsweisen sozialen Rechts? Welches sind die Werte hinter den verschiedenen Lösungen? Welches sind die vorrechtlichen Probleme, auf die hin die Lösungen verglichen werden können?⁹² Und welche Fäden von Problemen und Problemlösungen helfen uns, die Geschichte zurückzuverfolgen? All dies kann hier nicht differenziert werden.

Aber auf eines muß hier noch einmal hingewiesen werden: auf die Notwendigkeit, das Recht nicht nur als normatives Programm sozialen Leistens, nicht nur als normativen Rahmen für die Verträge unter Privaten, nicht nur als das zu verstehen, was wir »materielles Recht« nennen, sondern die Bedingungen, Institutionen und Verfahrensweisen der Verwirklichung gleichwertig in Betracht zu ziehen. Von den »Meta-Systemen« hängt ab, ob das Recht sich verwirklicht oder nicht. Von den »Meta-Systemen« hängt ab, ob das Recht zum Leben findet und das Leben zum Recht. Und wenn Probleme und Problemlösungswille zu komplex werden oder noch zu vage sind, kann »Meta-Systemen« die Rolle des Substituts für ein normatives Handlungsprogramm zukommen. Sozialarbeit ist weitgehend in dieser Lage. Die Rechtswissenschaft ist noch nicht gewöhnt, diese Doppelung der Reaktion des Rechts auf das Leben zu verarbeiten. Will sie ihren Dienst am Sozialstaat aber vollständig tun, wird sie gerade auch diese Fäden spinnen müssen, wird sie neben den Institutionen des Vollzugs normativer Programme auch die Institutionen als Surrogate normativer Programme sehen müssen.⁹³

88 S. dazu etwa Hans F. Zacher (Hrsg.), Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung, 1978.

89 S. dazu Hans F. Zacher (Hrsg.), Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, 1977; Hans F. Zacher (Hrsg.), Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts, 1978; Hans F. Zacher (Hrsg.), Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung, 1980.

90 S. Hans Ryffel, Rechts- und Staatsphilosophie, 1969, insbes. S. 468 ff.

91 S. dazu die Beiträge in Christian von Ferber und Franz-Xaver Kaufmann (Hrsg.), Soziologie und Sozialpolitik, Sonderheft 19 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1977; Jürgen Kiefer, Anmerkungen zur sozialwissenschaftlichen Wiederentdeckung der Sozialpolitik, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 10. Jg. (1979), S. 24 ff.

92 S. dazu vom Rechtsvergleich her Hans F. Zacher, Vorfagen zu den Methoden des Sozialrechtsvergleichs, in: Hans F. Zacher (Hrsg.), Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, 1977, S. 21 ff., insbes. S. 36 ff. (Teil B); ders., Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich, in: Hans F. Zacher (Hrsg.), Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts (1978), S. 9 ff., insbes. S. 18 ff.; ders., Einleitung, in: Hans F. Zacher, Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung, 1980, S. 7 ff., insbes. S. 11 ff., 14 ff.

93 S. dazu noch einmal Pitschas, a.a.O. (Anm. 59), S. 159 ff. und seine Nachweise.

D. Die aktuelle Herausforderung

Eine so grundsätzliche Sicht auf die Aufgaben der Rechtswissenschaft gegenüber dem Sozialstaat ist gerade in der gegenwärtigen Lage von Bedeutung. Ich meine damit die krisenhafte Irritation, in der sich der Sozialstaat gegenwärtig befindet. In ihr muß es der zentrale Beitrag der Rechtswissenschaft sein, die Rationalität des Systems gegen die Unsicherheit der Politik zur Geltung zu bringen.

I. Zur Lage des Sozialstaates

Woher kommt diese Irritation? Warum wird so viel und von so vielen Seiten nach den »Grenzen des Sozialstaates« gefragt?⁹⁴ Warum wird so viel über den »Wohlfahrtsstaat« geredet – kritisch und zweifelnd?⁹⁵ Warum hastet eine inkonsistente Politik von Versprechung zu Korrektur und von Korrektur zu Versprechung? Warum wird gerade die »soziale Sicherheit« so unsicher gemacht?

Natürlich gibt es dafür exogene Gründe – wie etwa die Folgen der Erdölkrise. Und wer die Illusion liebt, beschränkt sich auf sie. Aber es ist wichtig, die endogenen Gründe zu sehen: daß die Zeit des quantitativen und weithin auch des qualitativen Wachstums eines ökonomisch verstandenen Sozialstaates zu Ende geht und Gesellschaft und Politik lernen müssen, sich im Erreichten einzurichten. Die Dynamik der großen Hoffnungen ist erschöpft – oder wird gefährlich. Ich kann dazu nur einige Stichworte geben. Solange der Sozialstaat noch unterwegs ist, erscheinen mehr Sozialleistungen immer besser als weniger. Im entwickelten Sozialstaat sind Sozialleistungen vor denen zu rechtfertigen, die sie aufbringen, und vor denen, denen sie vorenthalten werden. Lange konnte der Sozialstaat mit der Formel leben, daß alles richtig ist, was für den Arbeitnehmer und gegen den Arbeitgeber ist. Heute müssen alle weiteren Belastungen der Arbeitgeber vor denen gerechtfertigt werden, an die sie weitergegeben werden. Heute stehen sich in den Betrieben immer seltener Arbeitgeber und Arbeitnehmer und immer öfter Arbeitnehmer und Arbeitnehmer als »Arbeitsrechts-Parteien« gegenüber. Die Fronten der Verteilungskämpfe haben sich vielfach verlagert: vom individuellen Verteilungskampf zum kollektiven, vom gesellschaftlichen Verteilungskampf zum politischen Umverteilungskampf; neben die alte Front Arbeit gegen Kapital ist die neue Front der Sozialleistungsempfänger gegen die Erwerbstätigen getreten. Aber daneben stehen die Anrechte derer, die nicht kämpfen können und für die nicht gekämpft wird: die Pflegefälle, die einfach »Armen«, die Randgruppen, in gewissem Sinne auch die Kinder und ihre Eltern. Und immer mehr werden neue

94 S. etwa Rupert *Scholz*, Sozialstaat zwischen Wachstums- und Rezessionsgesellschaft, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 150, 1981, und seine Nachweise.

95 S. etwa Sigmar *Moosdorf*, Die sozialpolitische Herausforderung. Wohlfahrtsstaatskritik, neue soziale Frage und die Zukunft der deutschen Sozialpolitik, 1980.

Güter knapp, um die neue Kämpfe entstehen: wie vor allem um standortgebundene Lebensqualität. Die Situation des Sozialstaates ist auch dadurch gekennzeichnet, daß die Erfahrung der Not, die ihn seit den Anfängen getrieben hat, immer schwächer wird. An ihre Stelle treten einerseits Selbstverständlichkeit, andererseits unbestimmte, aber auch unüberwindliche Zukunftsängste.

Je mehr sich das Gemeinwesen mit Sozialstaatlichkeit sättigt, desto schwerer wird es dem Sozialstaat, seine inneren Spannungen zu bewältigen. Soziale Gerechtigkeit wird immer wieder in dreifacher Gestalt beansprucht: als Besitzstandsgerechtigkeit, als Leistungsgerechtigkeit und als Bedürfnisgerechtigkeit.⁹⁶ Sozialstaatlichkeit stand zuerst im Zeichen der Bedürfnisgerechtigkeit, versöhnte sich bald mit der Leistungsgerechtigkeit,⁹⁷ blieb aber lange den Besitzständen verfeindet. Je älter der Sozialstaat wurde, desto mehr brachte er selbst Besitzstände hervor – politische Tabus ebenso wie rechtliche Titel. Und nun muß er in sich mit drei Gerechtigkeiten leben. Oder greifen wir zurück auf die drei knappsten Nenner der Sozialstaatlichkeit: Negation von Not, Gleichheit und Sicherheit. Je unvollkommener sie verwirklicht sind, desto weniger wird die Spannung in ihnen und zwischen ihnen relevant. Je höher der Grad der Verwirklichung steigt, desto ärgerlicher wird der Konflikt zwischen Not und Sicherheit, zwischen der Gleichheit der Leistung und der Gleichheit der Bedürfnisse. Unserem Sozialstaat wird gleichermaßen die Funktion der Existenzsicherung und der Vermittlung von Wohlstandsteilhabe zugeschrieben.⁹⁸ Man muß realisieren, was dies alles an Spannung und Entscheidungslast, an Erwartung und Enttäuschung bedeutet.

Ich sage das nicht, um den Sozialstaat zu kritisieren. Ich sage das vielmehr, um zu seiner Erhaltung beizutragen. Denn wenn er nicht lernt, realistischer und ehrlicher mit der Wirklichkeit und seinem eigenen, schwierigen Wesen zu leben, dann wird er nicht an seinen Feinden, nicht an den äußeren Umständen, sonder an der häufigsten Todesursache politischer Systeme, eben an der Unfähigkeit zu lernen, zugrunde gehen.

II. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft

Gerade zu diesem Lernen kann eine Rechtswissenschaft, die das Ganze gegen das Detail hält, die die Meßlaten des Grundsätzlichen entwickelt, an denen Forderungen und Veränderungen gemessen werden können, die die Probleme auf der Landkarte des sozialen Rechts verortet und so auch hilft, die Wirkungsfelder der Problemlösungen zu beobachten, die den Blick über die »synchrone« Gerechtigkeit des Tages hinaus erhebt auf die »diachrone« Gerechtigkeit auch für die Zukunft⁹⁹ – gerade dazu kann

96 Walter Kerber, Claus Westermann und Bernhard Spörlein, Gerechtigkeit, in: Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft, Teilbd. 17, 1981, S. 5 ff (44 ff.).

97 Eckhard Knappe, Der Bürger im Staat, 1979, S. 218.

98 S. noch einmal A I. S. ferner Hans F. Zacher, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft (Anm. 63), S. 728 ff., 735 ff., 739 f., 741 f.

99 S. dazu etwa Philipp Herder-Dornreich (Hrsg.), Dynamische Theorie der Sozialpolitik, 1981.

eine abstrahierende, systematisierende, das soziale Recht nicht nur sichtbar, sondern auch durchschaubar machende Rechtswissenschaft wesentlich beitragen.

1. *Die Funktionen der Rechtswissenschaft und die Strukturen sozialen Rechts*

Es wäre reizvoll, nun Genauerer darüber zu sagen, in welcher spezifischen Weise diese Aufgabe im Bereich internalisierender Regelungen besteht, wo die Eigengesetzlichkeit der Sachordnung ebenso Aufmerksamkeit fordert wie ihre sozialpolitische Durchdringung und Überlagerung.¹⁰⁰

Es wäre reizvoll, Genauerer darüber zu sagen, auf welche spezifische Weise die strukturbildende, gesamthafte Aufgabe der Rechtswissenschaft gerade gegenüber den externalisierenden Systemen besteht, die ihr Maß nicht aus der vorfindlichen Eigenständigkeit einer Sachordnung beziehen wie die internalisierenden Systeme, sondern, soll die innere Richtigkeit ihres Bestandes und die Konsequenz ihrer Entwicklung wahrnehmbar werden, darauf angewiesen sind, daß ihre immanenten Strukturen und Prinzipien ermittelt werden. Wie etwa soll es möglich werden, die Vielfalt der Alterssicherungssysteme, die Unterschiede der von ihnen verlangten Vorsorgeverzichtete und die Unterschiede ihrer Leistungen zu bewerten und auf ein angemessenes, einsichtiges Maß zu reduzieren, wenn nicht durch eine sorgfältige Aufnahme der Prinzipien, durch die sie erklärt werden können. Es wäre reizvoll, Genauerer über das Nebeneinander und Ineinander externalisierender und internalisierender Systeme zu sagen. Daß gerade dafür ein übergreifendes System und eine umfassende Problemsicht notwendig ist, ist offensichtlich. Dabei ist nicht nur an die Frage zu denken, wo der optimale Pfad zwischen externalisierender und internalisierender Lösung verläuft. Dabei ist auch nicht nur an jene enge Verbindung zu denken, wie sie zuweilen zwischen Arbeitsrecht und sozialer Sicherung besteht. Vielmehr ist mehr und mehr deutlich, daß viele Lebensverhältnisse durch eine lose, distanzierte Korrespondenz internalisierender und externalisierender Systeme gestaltet werden, wie wir das am umfassendsten an der Gestalt sehen, die Ehe und Familie durch das Familienrecht einerseits und die Sozialleistungssysteme andererseits erlangen.

Es wäre endlich reizvoll, zu sehen, wie die »Grenzen des Rechts« gesteckt und überschritten werden durch die Bedingungen, Verfahrensweisen und Institutionen seiner Verwirklichung – bis zu Institutionen (der Bewährung, Betreuung, Förderung), die eine normative Antwort des Rechts eher zu ersetzen als zu vollziehen haben, also bis zu einer institutionellen Transzendenz des Rechts.

2. *Soziales Recht und Verfassung*

Es wäre nicht minder wichtig darzustellen, wie sich die gesamthafte, Prinzipien suchende, subjekt- und systembildende Aufgabe der Rechtswissenschaft gerade gegen-

100 S. dazu zum folgenden Zacher, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft (Anm. 63), S. 743 ff. m.w.N.

über der Verfassung stellt. Je mehr soziales Recht die Lebensbedingungen der Bürger bestimmt und die Lebensmuster der Gesellschaft gestaltet, desto drängender wird die Frage, was die Grundentscheidungen der Verfassung, wie sie in den Grundrechten, in den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und natürlich auch im Sozialstaatsprinzip niedergelegt sind, dafür bedeuten. Immer mehr werden Verfassungssätze zu Argumenten im Verteilungskampf.¹⁰¹ Immer mehr auch wird das Bundesverfassungsgericht zu dessen letzter Instanz.¹⁰²

In dieser Lage besteht die Aufgabe der Rechtswissenschaft gerade auch darin, die Strukturen sozialen Rechts so aufzubereiten, daß dem Verfassungsgericht erkennbar wird, wie die Elemente des sozialen Rechts in die Verfassungsnormen einzuordnen sind, die dem sozialen Recht nach Geschichte und Formulierung ganz unspezifisch gegenüberstehen. Wie Grundrechte etwa, die entwickelt wurden, um einen eingreifenden Staat zu mäßigen, angewandt werden sollen, um Anwartschaften gegen die Allgemeinheit zu gewährleisten, Vorenthaltungen zu kontrollieren oder Lebensmuster vor illegitimen mittelbaren Zwängen sozialen Rechts zu schützen, ist ein schwieriger Prozeß der Analogiebildung, der richtig nur gelingen kann, wenn die Rechtswissenschaft die Werte, Funktionen und Strukturen des sozialen Rechts hinreichend erschließt.¹⁰³

3. Sozialstaat und Rechtswissenschaft

Dies alles kann hier nur angedeutet werden. Es zu vertiefen, fehlt der Raum. Eines aber sei noch hinzugefügt. Auch die Rechtswissenschaft hat noch vieles zu leisten, um selbst der Gesamtheit sozialen Rechts gerecht zu werden.¹⁰⁴ Die Enge der Disziplin ist *eine* Gefahr. Das Ansehensgefälle zwischen den Disziplinen ist *eine andere*. In den sechziger Jahren habe ich meine Erfahrungen einmal dahin formuliert, daß man Sozialrecht nicht treibt, ohne so oder so rot zu sein oder rot zu werden.¹⁰⁵ Daran ist

101 S. dazu etwa Hans F. Zacher, Sozialpolitik, Verfassung und Sozialrecht im Nachkriegsdeutschland, in: Alterssicherung als Aufgabe für Wissenschaft und Politik, Festschrift für Helmut Meinhold zum 65. Geburtstag, 1980, S. 123 ff.

102 Zur älteren Entwicklung s. Walter Rudi Wand und Wolfgang Rüfner, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. 2 (1974), S. 52 ff., 68 ff.; Ernst Benda, Die verfassungsrechtliche Relevanz des Sozialrechts, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Bd. XIV, 1975, S. 33 ff.; zur jüngeren Rechtsprechung: Wolfgang Rüfner, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart, Bd. 1 (1979), S. 59 ff., Bd. 2 (1980), S. 21 ff., Bd. 3 (1981), S. 33 ff.; Dietrich Katzenstein, Das Sozialrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. 10 (1982), S. 167 ff.

103 Zacher, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft (Anm. 63), S. 733 ff. mit eingehenden Nachweisen.

104 S. etwa Zacher, Grundfragen usw. (Anm. 16); ders., Rechtswissenschaft und Sozialrecht, Die Sozialgerichtsbarkeit, 26. Jg. (1979), S. 206 ff.

immer noch mehr wahr als gut ist. Und selbst innerhalb der Schwerpunkte sozialen Rechts gibt es Gefälle. Das Arbeitsrecht gilt als ein Feld klarer Fronten und eröffnet sich so herzhafter Parteilichkeit. Ein Sozialleistungsrecht der Umverteilung aller an alle ist da schon weniger attraktiv. Auch sonst spielt Menschliches – spielen Geltung und Effizienz – eine große Rolle. Wer setzt sich der Mühsal aus, den unablässigen Wandel der tausende von Paragraphen des Sozialleistungsrechts zu verkraften, wenn beständigere und schmalere Bänder des Rechts leichtere Ernten versprechen? Wer denkt über Rechtsfinsternisse wie soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse oder Sozialarbeit nach,¹⁰⁶ wenn er anderswo im hellen Licht der Gesetze, der Rechtsprechung und des Schrifttums wandeln kann? Eigentümlich genug: dies sind nicht nur die Tendenzen der Etablierten. Schon der junge Student teilt sie.

Die Rechtswissenschaft wird ihren ganzheitlichen Dienst am Sozialstaat aber nur erfüllen können, wenn sie selbst die Fragen des Lebens an das Recht so ganz als möglich zu hören und die Antwort des Rechts an das Leben so ganz als möglich zu geben sucht.

105 Hans F. Zacher, Die Lehre des Sozialrechts an den Universitäten der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. III (1968), S. 16.

106 S. noch einmal oben Anm. 55.