

Friedrich Kübler (Hrsg.)

# Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität

Vergleichende Analysen

mit Beiträgen von:

Hans F. Zacher

Spiros Simitis

Friedrich Kübler

Klaus Hopt

Gunther Teubner

Nomos Verlagsgesellschaft  
Baden-Baden

Re. 02701

**CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek**

**Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität:** vgl. Analysen / Friedrich Kübler (Hrsg.). Mit Beitr. von: Hans F. Zacher ... - 1. Aufl. - Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1984.

ISBN 3-7890-1015-4

NE: Kübler, Friedrich [Hrsg.]; Zacher, Hans F. [Mitverf.]

**Bayerische  
Staatsbibliothek  
München**

1. Auflage 1984

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1984. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung vorbehalten.

# Inhaltsübersicht

<i>Friedrich Kübler</i> Einleitung	7
<i>Hans F. Zacher</i> Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts	11
<i>Spiros Simitis</i> Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen	73
<i>Friedrich Kübler</i> Verrechtlichung von Unternehmensstrukturen	167
<i>Klaus Hopt</i> Wettbewerbsbeschränkungen und Verrechtlichung	229
<i>Gunther Teubner</i> Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege	289
Die Autoren	345

# Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts

## Inhaltsverzeichnis

A. <i>Vorklärungen</i>	14
I. <i>Was ist Sozialrecht?</i>	14
1. Die deutsche Betrachtungsweise als Ausgangspunkt	14
2. Die nationalen Unterschiede	16
II. <i>Zur Frage nach der Verrechtlichung im Sozialrecht</i>	19
1. Allgemein	19
2. Zur internationalen Dimension	21
III. <i>Zum Folgenden</i>	21
B. <i>Die »Orte« des Sozialrechts und der Verrechtlichung im Sozialrecht</i>	23
I. <i>Internalisierende versus externalisierende Lösungen sozialer Probleme im Recht</i>	23
1. Die Problemfelder sozialer Leistung und Gefährdung	23
2. Die Notwendigkeit, Lösungen zu externalisieren	25
	11

3. Internalisierende versus externalisierende Lösungen im Recht	26
a) Vorgegebene Sachordnungen	27
b) Das Sozialleistungsrecht	29
c) Übergreifende Gebiete	30
4. Orte, Pfade und Stufen der Verrechtlichung	31
II. <i>Gefälle der Verrechtlichung im Sozialrecht</i>	35
1. Geldleistungen versus Dienst- und Sachleistungen	35
2. »Normativer« versus »institutioneller« Stil	36
3. Strukturen im Sozialrechtsverhältnis	38
4. Exkurs: Ökonomisierung, Professionalisierung, Bürokratisierung und Verrechtlichung	39
5. Verrechtlichung und Normenhierarchien	42
a) Zu den Normenhierarchien	42
b) Zur Grenze zwischen »staatlichem« und »gesellschaftlichem« Recht	43
c) Die Rollenverteilung im staatlichen Recht	44
d) Die soziale Verordnungsschwäche höheren Rechts	45
e) Konzentration versus Diversifikation	47
C. <i>Erscheinungsformen der Verrechtlichung</i>	48
I. <i>Die thematische Ausweitung des Rechts</i>	48
1. Die Ablösung der »natürlichen« Gesellschaft durch eine sozialrechtlich gestaltete und verantwortete Gesellschaft	48
2. Die Proliferation des Sozialrechts	49
a) Die innere Integration des Sozialrechts	49
b) Die externen Wirkungsbedingungen des Sozialrechts	51

II. <i>Die Ersetzung und Zersetzung vorfindlicher Ordnungen und Steuerungsmechanismen durch das positive Recht</i>	52
III. <i>Gestaltwandel sozialen Rechts</i>	55
1. Formulierung von Recht	55
2. Verrechtlichung als Kompetenzverlagerung und Komplikation von Verfahren	57
3. Verrechtlichung im Sinne der Verdichtung, Differenzierung und Intensivierung von Normen	59
a) Verfeinerung und Verdichtung der Regelungen	59
b) der Schwund des Ermessens	60
c) Das Instrumentarium der Steuerung des Vollzugs	60
d) Die subjektive Berechtigung	62
e) Verrechtlichung und Abstraktion	64
4. Verrechtlichung im Sinne von »Normenflut«	65
D. <i>Aspekte der Bewertung</i>	67
I. <i>Die Unmöglichkeit einer Bilanz</i>	67
II. <i>Gründe der Verrechtlichung</i>	68
III. <i>Gefahren der Verrechtlichung</i>	70

## A. Vorklärungen

### I. Was ist Sozialrecht?

#### 1. Die deutsche Betrachtungsweise als Ausgangspunkt

Ein Bericht über das Phänomen der Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts<sup>1</sup> setzt ein Mindestmaß an Verständigung darüber voraus was »Sozialrecht« ist.<sup>2</sup> In der Bundesrepublik Deutschland hat mehr und mehr ein Begriff Konsens gefunden, der unter Sozialrecht das Recht versteht, das durch seinen sozialpolitischen Zweck geprägt ist. Nun ist im Sozialstaat der soziale Zweck allgegenwärtig, prägt also potentiell auch alles Recht. Zugleich ist offensichtlich, daß der soziale Zweck in verschiedenen Regelungsbereichen sehr unterschiedliche Grade der Dichte aufweist, daß Recht in sehr unterschiedlicher Weise und Intensität vom sozialen Zweck geprägt ist. Von daher liegt es nahe zu sagen, Recht sei umso mehr »Sozialrecht«, je mehr es von einem sozialpolitischen Zweck geprägt ist, und umso weniger, je weniger es von einem sozialpolitischen Zweck geprägt ist. Ein solch »offener Sozialrechtsbegriff« läßt eine

Für wertvolle Hilfe bei der Vorbereitung dieser Arbeit und bei der Korrektur des Manuskripts habe ich Rechtsreferendarin *Martina Jüngst* zu danken. Wichtige Hinweise auf angelsächsisches Material verdanke ich Dr. *Bernd Schulte*.

- 1 S. dazu vor allem *Florian Tennstedt*, Zur Ökonomisierung und Verrechtlichung in der Sozialpolitik, in: Axel Murswiek, Staatliche Politik im Sozialsektor, 1976, S. 139 ff.; *Peter Widmeier*, Sozialpolitik im Wohlfahrtsstaat, 1976, S. 21 ff., 101 ff., 151; *Viola Gräfin von Bethusy-Huc*, Das Sozialleistungssystem der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1976, S. 256 ff.; *Wilhelm Henke*, Die Sozialisierung des Rechts, Juristenzeitung, 35. Jg. (1980), S. 369 ff.; *Rainer Pitschas*, Soziale Sicherung durch fortschreitende Verrechtlichung? – Staatliche Sozialpolitik im Dilemma von aktiver Sozialgestaltung und normativer Selbstbeschränkung, in: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Verrechtlichung, 1980, S. 150 ff.; *Eckart Rödegeld*, Vollzugsdefizite sozialer Leistungen: Verrechtlichung und Bürokratisierung als Grenzen der Sozialpolitik, ebda. S. 275 ff.; *Jürgen Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bde., 1981, Bd. 2 S. 522 ff.; *Niklas Luhmann*, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, insbes. S. 94 ff.; *Renate Mayntz* und *Jürgen Flick*, Zur Diskussion um die Normenflut, Die Verwaltung, Bd. 15 (1982), S. 281 ff. *Rüdiger Voigt*, Gegentendenzen zur Verrechtlichung. Verrechtlichung und Entrechtlichung im Kontext der Diskussion um den Wohlfahrtsstaat, in: *Rüdiger Voigt* (Hrsg.), Gegentendenzen zu Verrechtlichung, 1983, S. 12 ff.
- 2 S. dazu und zum Folgenden *Felix Schmid*, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit. Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, 1981. Zu dem überaus vielschichtigen internationalen Befund s. auch die dort zitierte ältere Literatur.

Kernzone der Deutlichkeit vermuten, während er im weiteren Verlauf nach außen zunehmend an qualifikatorischer Kraft verliert. Gerade auf diese qualifikatorische Kraft aber richtet sich das Interesse an der Begriffsbildung. Und so liegt das Bedürfnis nahe, die Kernzone der Deutlichkeit näher zu bestimmen. Dem kommt entgegen, daß gewisse Rechtsbereiche der Sozialpolitik a priori ihre Entstehung verdanken (originär soziales Recht), andere dagegen von der Sozialpolitik schon vorgefunden und von ihr sozial verändert oder sonstwie in Dienst genommen wurden (sekundär soziales Recht). Originär soziales Recht in diesem Sinne ist das Sozialleistungsrecht (Sozialhilferecht, Sozialversicherungsrecht usw.).<sup>3</sup> Sekundär soziales Recht ist z. B. das Arbeitsrecht, ein »soziales Mietrecht« usw. Das Maß, in dem Recht außerhalb des originär sozialen Rechts sozial geprägt ist oder zumindest als sozial problematisch oder als sozial wirksam auffällt, ist jedoch unterschiedlich und subjektiven Erfahrungen und Wertungen unterworfen, so daß eine eindeutige »Sortierung« von Rechtsgebieten in »soziale« und »nicht soziale« undenkbar ist. Im Lichte dieser Überlegungen scheint es richtig, die real nicht ausscheidbare Summe sozial geprägten Rechts (sekundär sozialen Rechts) als »soziales Recht« oder als »Sozialrecht im weiteren Sinne« zu bezeichnen, das (originär soziale) Sozialleistungsrecht aber aus dem Gesamtfeld des »sozialen Rechts« als »Sozialrecht« oder – intensiver – als »Sozialrecht im engeren Sinn« auszusondern.<sup>4</sup>

Alles, was bisher gesagt wurde, ging davon aus, daß unproblematisch ist, was »sozial« und »sozialpolitisch« ist. Und das ist in der Tat insofern der Fall, als die allgemeineren »sozial«-Begriffe wie »sozial« = »gesellschaftlich« oder »sozial« = »gesellschaftsgebunden«<sup>5</sup> hier keinen Sinn ergeben und deshalb außer Betracht bleiben können. Gemeint kann nur jener engere, gesellschaftskritische, politische Begriff des »Sozialen« sein, den das 19. Jahrhundert für das in Umlauf gebracht hat, was unter der »sozialen Bewegung« verstanden werden kann, und den das 20. Jahrhundert mit dem »Sozialstaats«-Prinzip in den Rang des Verfassungs-

3 S. zur Exemplifikation *Hans F. Zacher*, Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S. 9 ff.

4 S. zum Vorstehenden ergänzend *Hans F. Zacher*, Zur Anatomie des Sozialrechts, Die Sozialgerichtsbarkeit, 29. Jg. (1982), S. 329 ff.; *dens.*, Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft. Gedächtnisschrift für Leontin Constantinesco, 1983, S. 943 ff. (insbes. S. 953 ff.).

5 S. dazu *Hans F. Zacher*, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 18 ff. mit weiteren Nachweisen.

rechts erhoben hat.<sup>6</sup> Die von ihm her definierte »Sozialpolitik«<sup>7</sup> setzte historisch an der Hilfe für benachteiligte Gruppen an. Die Gleichsetzung von »sozialer Frage« und »Arbeiterfrage« ist das Erzbeispiel hierfür. Sie griff, schon weil diesen Gruppen nicht »schlechthin« sondern nur situationsbezogen geholfen werden konnte, sodann Situationen auf, in denen sich einerseits die Gefährdung, andererseits die Möglichkeit der Abhilfe in besonderer Weise manifestierte. Die Grundrisiken der Sozialversicherung (Krankheit, Alter, Invalidität usw.) sind hierfür die Prototypen. Aber immer neue Gruppen und immer neue soziale Lagen forderten ihr Eingreifen, so daß sie sich endlich als eine allgemeine Sorge für die Befindlichkeit des einzelnen und seiner Gruppen in der Gesellschaft – vor allem die ökonomische Befindlichkeit des Menschen in der Gesellschaft – verstand.<sup>8</sup> Dabei ergaben sich verschiedene Maximen der sozialen Intervention: die elementare der Bekämpfung von Not (positiv gewendet: der Gewährleistung des Existenzminimums), die egalitäre des Abbaus von Wohlstandsunterschieden (durch die Aufhebung, Minderung oder Kontrolle von Abhängigkeiten, durch die Vermittlung von Chancengleichheit, durch Umverteilung) und die der sozialen Sicherung (des Schutzes gegen die sogenannten »Wechselfälle des Lebens«) – Maximen, die in sich vieldeutig sind und sich überschneiden.

Das »Soziale« kann so zwar leicht exemplifiziert werden, und der Hauptstrom der sozialen Forderungen und Folgerungen ist offenkundig. Die Randzonen aber sind breit und verlieren sich vollends im Ungewissen.<sup>9</sup> Das zu beachten, ist besonders wichtig, weil die Fülle der Ansätze (Gruppen und Situationen) und der Maximen der sozialen Intervention leicht dazu führt, daß einzelne Probleme und Problemlösungen als die »sozialen« bewußt (gemacht) werden, während andere durchaus gleichartige Probleme und Problemlösungen den Titel »sozial« nicht zuerkannt bekommen. Die Selektion des »Sozialen« ist in der historischen Realität von komplexen Konstellationen der gesellschaftlichen und politischen Verhältnisse und ihrer Artikulation abhängig. Das »Soziale« ist nicht ein

6 Günter Dürig, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, Juristenzeitung, 8. Jg. (1953), S. 193 ff. (196): »Die Entscheidung des Grundgesetzes ist eine Entscheidung für das der gesamten Sozialbewegung *Gemeinsame*«.

7 S. Eckart Pankoke, Soziale Bewegung, soziale Frage, soziale Politik: Grundfragen der deutschen »Socialwissenschaft« im 19. Jahrhundert, 1970, insbes. S. 167 ff.

8 S. Heinz Lampert, Sozialpolitik, 1980, S. 166 ff.: »Von der schichtspezifischen Schutzpolitik zur allgemeinen Gesellschaftspolitik«.

9 S. a. die Beobachtung Luhmanns (Anm. 1), S. 7 ff. von der Neigung des spezifisch »Sozialen« zum allgemein »Wohlfahrtsstaatlichen« zu transzendieren.

in sich geschlossener Sachbereich. Es ist eine Summe möglicher sozialer Probleme und Problemlösungen, die durch polemische Artikulation und mehr oder weniger ausgreifende Konsense auch als »sozial« bewußt und benannt werden. Das galt in den Anfängen, als die »Arbeiterfrage« als »soziale Frage« artikuliert wurde, während andere Nöte entweder nicht gesehen und angegangen wurden oder wenigstens nicht als »soziale«. Und es gilt heute immer noch. Der Titel »sozial« ist – trotz aller »Trendwende« – einer der politisch und verfassungsrechtlich eindrucksvollsten Titel. Er wird nicht nur von dem in Anspruch genommen, auf den er der Sache nach zutrifft, sondern auch von dem, der ihn nur historisch »ersessen« oder die politische Macht hat, sich seiner zu rühmen, während manche Nöte immer noch der »sozialen« Benennung harren.<sup>10</sup>

Diese ganz elementare Unsicherheit darüber, was »sozial« ist, erfaßt zwangsläufig auch einen Sozialrechtsbegriff, der sich von der sozialen Prägung des Rechts herleitet. Das gilt selbst für den engeren Rahmen des Sozialleistungsrechts (des Sozialrechts im engeren Sinne).<sup>11</sup> Die Eindeutigkeit dieses Begriffs beruht ja nur darin, daß sich die Regelung einer (Geld-, Dienst- oder Sach-Leistung), die von einem Gemeinwesen an einen einzelnen für soziale Zwecke erbracht wird, von der bloßen sozialen Veränderung vorfindlichen Rechts (etwa des Wohnrechts)<sup>12</sup> unterscheiden läßt. Sie besteht dagegen nicht darin, daß klar definiert wäre, welche Leistung als sozial und welche nicht als sozial zu qualifizieren ist. Wann etwa ist eine medizinische Behandlung eine soziale Leistung, wann nicht? Die Antwort hängt von vielen Umständen der Regelung, der Organisation, aber auch der gesellschaftlichen und politischen Anschauungen ab.

## 2. Die nationalen Unterschiede

Von daher ist einsichtig, daß Begriff und Sache des Sozialrechts von Land zu Land sehr verschieden sind.<sup>13</sup> Zuweilen hat sich noch nicht einmal eine vergleichbare Wortbildung durchgesetzt. Zuweilen hat die Rechtssprache nur den späteren und engeren Begriff der »sozialen Sicherheit« aufgegriffen. Im Französischen hat zwar das »droit social« seinen

10 S. dazu etwa *Manfred Groser* und *Wolfgang W. Veiders*, *Die neue soziale Frage*, 1979 (mit eingehender Bibliographie: S. 153 ff.).

11 Des originären sozialen Rechts.

12 Vom sekundären sozialen Recht.

13 S. noch einmal *Schmid* (Anm. 2).

festen terminologischen Platz. Dieser ist aber noch ganz von der Gleichsetzung der Arbeiterfrage mit der sozialen Frage bestimmt. Er wird eingenommen vom Arbeitsrecht und der Sozialversicherung als dem typischen Sozialleistungs- und Sozialsicherungs-System der Arbeitnehmer. Im Englischen hat man a priori Schwierigkeiten, hinter der Wortfügung »social law« einen Sinn zu finden. »Welfare law« oder »social security legislation« bezeichnen im angelsächsischen Raum am ehesten, was in der Bundesrepublik Deutschland mit Sozialrecht gemeint ist.

Gerade die angelsächsischen Probleme lassen unschwer erkennen, daß es beide Elemente des Begriffs »Sozial-Recht« sind, die je für sich und in der Verbindung zu Unterschieden führen. »Social« ist nicht einfach gleich »sozial«. <sup>14</sup> Der Begriff der »social policy« entwickelte sich spät. <sup>15</sup> Und der »Sozialstaat« ist ein »welfare state«. »Welfare« bleibt auch sonst eine Alternative zu »social«. Und das alles bedingt Unterschiede auch in der Sache – einer Sache, bei der so viel von Bewußtsein und Benennung abhängt. Auf der anderen Seite kann nicht jedes Regelungssystem, das als Recht bezeichnet werden kann, in gleicher Weise in den Dienst der Sozialpolitik gestellt werden und sozial geprägt sein. Wo, wie in Großbritannien, »law« immer noch ein Gefüge aus Normen und Institutionen meint, das sich im Prinzip autonom entwickelt und dem politisch gewillkürten Recht, dem »statute«, distanziert gegenüber steht, gibt es eine Rollenverteilung innerhalb des Rechtssystems, der differenzierte soziale Funktionen entsprechen. <sup>16</sup> Um klar zu sein: das alles heißt nicht, daß das, was hierzulande Sozialrecht genannt wird, der Sache nach nicht auch in einem angelsächsisch geprägten Land wieder aufgefunden werden könnte. Aber es findet sich nicht in der gleichen Weise benannt, herausgehoben, zusammengefaßt, klassifiziert und systematisiert. Vielmehr findet es sich in anderer Weise benannt, abgegrenzt, zugeordnet.

Das hier zu vertiefen, würde zu weit führen. Es vollends zu klären, wäre nach dem gegenwärtigen Stand der Forschung auch nicht möglich. Die Schwierigkeit kann hic und nunc nur in der Weise überwunden werden, daß die folgenden Überlegungen von den deutschen Verhältnissen ausgehen, unter dem Bereich des Sozialrechts zunächst also das verstehen, was

14 S. z. B. *Michael Zöller*, *Welfare – Das amerikanische Wohlfahrtssystem*, 1982, S. 7 f.

15 S. *Werner Cabnman*, *Carl M. Schmidt*, *The Concept of Social Policy*, *Journal of Social Policy*, vol. 8, 1979, S. 47 ff.

16 S. z. B. *Rosalind Brooke*, *Law, Justice and Social Policy*, 1979; *D. G. T. Williams*, *Judicial Restraint and Judicial Review: The Role of the Courts in Welfare Law*, in: *Martin Partington and Geoffrey Jowell* (ed.), *Welfare Law and Policy*, 1979, S. 101 ff.

in der Bundesrepublik Deutschland darunter verstanden wird. Das läßt sich umso eher vertreten, als der materielle<sup>17</sup> Begriff des Sozialrechts, wie er sich mittlerweile in der Bundesrepublik Deutschland eingebürgert hat,<sup>18</sup> sich – um den Preis der Unbestimmtheit – in besonderem Maße durch Allgemeinheit und Offenheit auszeichnet und auf dem elementarsten funktionalen Ansatz beruht.<sup>19</sup> Zudem zwingt dieses Vorgehen nicht dazu, die sachlichen Besonderheiten, die in den Unterschieden der Begriffe zum Ausdruck kommen, zu vernachlässigen.

## II. Zur Frage nach der Verrechtlichung im Sozialrecht

### 1. Allgemein

Die Frage nach der »Verrechtlichung«<sup>20</sup> ist gemeinhin eine kritische Frage. Sie setzt die Möglichkeit voraus, daß das Recht gewuchert ist, daß es sich auf Gegenstände erstreckt hat, auf die es sich nicht erstrecken kann oder darf, daß es sich über ein richtiges Maß hinaus intensiviert oder differenziert hat. Als solche Wucherung kann auch – je nach dem Standort des Betrachters – erscheinen, wenn Normgattungen, Rechtsinstitutionen, Rechtstechniken, ja auch Rechtssetzer und Rechtsanwender »ihr eigentliches« Feld verlassen und auf »fremdes« Terrain übergegriffen haben. »Verrechtlichung« meint eine hybride Fehlentwicklung des Rechts gegenüber dem Nichtrecht – dem schlechthin regelungsfreien Raum oder dem Bereich nichtrechtlicher Regulationssysteme – oder von Gattungen von Recht (Autoritäten, Institutionen, Techniken) gegenüber anderen Gattungen von Recht. Insofern setzt »Verrechtlichung« ein Bild vom richtigen Recht voraus. Aber dies muß nicht notwendig bereits geklärt sein, wenn von »Verrechtlichung« gesprochen wird. Die Rede von der »Verrechtlichung« kann auch an ein Unbehagen gegenüber den Wirkun-

17 Im Gegensatz zum formellen Begriff des Sozialrechts, der lautet: Sozialrecht ist, was im Sozialgesetzbuch steht.

18 S. noch einmal *Schmid* (Anm. 2).

19 S. *Hans F. Zacher*, Was ist Sozialrecht?, in: Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Horst Schiek, 1978, S. 371 ff.

20 S. statt aller älteren Literatur: Voigt (Hrsg.) (Anm. 1); *Habermas* (Anm. 1); *Joachim Schlicht*, Verrechtlichung der Gesetzgebung, 1982; *Rüdiger Voigt* (Hrsg.), Gegentendenzen zur Verrechtlichung, 1983.

gen anknüpfen, die das Recht hat, an ein Syndrom. Es kann an Unwerturteile über gesellschaftliche Verhältnisse anknüpfen, die von Recht oder Gattungen von Recht betroffen sind, und an den Verdacht, daß diese unbefriedigenden Verhältnisse mit der Entwicklung des Rechts zu tun haben.

Die Rede von »Verrechtlichung« ist also mit einer Menge von Unsicherheiten behaftet. Letztlich setzt sie – wie schon gesagt – ein Bild vom »richtigen Recht«, von seiner »richtigen« Entwicklung, der »richtigen« Rollenverteilung im Recht und zwischen dem Recht und anderen Steuerungsmechanismen, zwischen den Rechtsnormen und anderen Normen voraus. Woher kommt dieses Bild? Wie wird es gewonnen? Wer ist kompetent, es zu zeichnen? Geht die Rede aber vom Syndrom, von den unbefriedigenden gesellschaftlichen Verhältnissen aus, so stellt sich voraus die entsprechende Frage nach den Kriterien ihrer Bewertung, nicht weniger aber die Frage danach, ob die unbefriedigenden gesellschaftlichen Verhältnisse auf die Entwicklung des Rechts zurückzuführen sind oder auf andere Gründe. Die Rede von der »Verrechtlichung« ist so ebenso naheliegend wie »gewagt«. Sie steht in überaus komplexen Zusammenhängen und wird zudem von sehr unterschiedlichen Orten her geführt.

Wird sie für den Bereich des Sozialrechts geführt, so vermehren sich diese Schwierigkeiten noch einmal beträchtlich. Woher käme das »richtige Bild« vom Sozialrecht? Zu den schon skizzierten Problemen, Sozialrecht überhaupt auszumachen, treten die Komplikationen seines stetigen Wandels, seiner späten wissenschaftlichen Kultur und der Differenz zwischen den richtigen sozialen Inhalten und der richtigen rechtlichen Gestalt. Setzt die Rede am Syndrom an, so wird schon die Plausibilität des Vorurteils erschwert, indem Sozialrecht – wie die sie prägende Sozialpolitik – ja a priori unbefriedigende Verhältnisse zum Gegenstand hat und die Ziele und Techniken auch im vorrechtlichen Raum kontrovers sind. Wann wird, wenn von der Verrechtlichung im Sozialrecht die Rede ist, vom Recht Adäquates oder Inadäquates, wann Mögliches oder Unmögliches verlangt? Wann aber wird in der Sache – sozial – das Richtige, wann das Falsche angezielt?

## 2. Zur internationalen Dimension

Diese Schwierigkeiten werden gerade in der komparativen Dimension spürbar. In der Bundesrepublik Deutschland wird die Verrechtlichungs-Debatte zum Sozialrecht unter drei Voraussetzungen geführt: erstens der weitgehenden Entwicklung des Sozialstaats; zweitens in der intensiven rechtlichen Gestalt dieser Entwicklung, wie sie in der Verschwisterung von Sozialrecht und Rechtsstaat angelegt ist; und drittens der Schere zwischen unerfüllten sozialen Wünschen einerseits und dem Zurückbleiben der realen politischen Möglichkeiten selbst hinter den schon akzeptierten »Normen« andererseits. Diese Voraussetzungen sind in anderen Ländern auf sehr unterschiedliche Weise gegeben. Das gilt vor allem für die beiden zuerst genannten. Teils hat die Sozialpolitik nicht die Entfaltung genommen, die sie in der Bundesrepublik erreicht hat. Teils spielt das Recht nicht jene Rolle als Medium und Instrument der Sozialpolitik, die ihm in der Bundesrepublik Deutschland zugefallen ist. Somit fehlt die Frage nach der Verrechtlichung entweder, weil noch sozialpolitische Ziele unerreicht sind, deren Verfolgung gerade mit Hilfe des Rechts noch möglich erscheint, oder weil das Recht noch einen zu geringen Anteil an der Sozialpolitik genommen hat, oder auch aus beiden Gründen zusammen.

Die Verrechtlichungs-Debatte in ein fremdes Sozialrecht hineinzutragen, in dem sie bisher nicht geführt wird, ist so »leichter Hand« also nicht möglich. Ist es schon für die nationale Debatte gewagt, ein »richtiges« Recht zu behaupten und daran die Verrechtlichung zu messen; wie sollte von außen etwas über das »richtige« Recht gesagt werden können? Macht es die Besonderheit des Sozialrechts schon a priori schwer, vom »richtigen« Sozialrecht zu sprechen und das sozialpolitische Unbehagen vom rechtlichen zu scheiden, so erscheint es erst recht unmöglich, dies ohne intensivste Forschung von außen her zu tun – ohne alle Selbstverständlichkeiten explizit zu machen, die der nationale Beobachter impliziert.

### III. Zum Folgenden

Das Folgende muß daher den »Bereich des Sozialrechts« so definieren, wie er der Sache nach in der Bundesrepublik Deutschland verstanden wird: im weiteren Sinne als sozial geprägtes Recht, im engeren Sinne als Sozialleistungsrecht. Und auf dieses Sozialrecht im engeren Sinne, das Sozialleistungsrecht, muß der Schwerpunkt der Überlegungen gelegt werden. Ande-

re Begriffe in anderen Rechtsordnungen und deren Bestimmungsgründe können nicht reflektiert werden. Entscheidend ist, daß sich die Probleme, die sich in der Begegnung von Sozialpolitik und Recht<sup>21</sup> ergeben, aus sachstrukturellen Gründen auch international finden. Das Folgende muß versuchen, *diese Probleme unmittelbar* aufzunehmen, zu analysieren und darzustellen. Dabei wirken sich Erfahrungen, die mit der auslandsrechtlichen und rechtsvergleichenden Arbeit auf dem Gebiet des Sozialrechts gemacht wurden,<sup>22</sup> aus. Dagegen ist es *nicht möglich, zunächst* »Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts« an verschiedenen nationalen Rechtsordnungen je für sich zu erfassen und darzustellen und von daher zu einer rechtsvergleichenden Darstellung der Entwicklung zu gelangen.

Von diesem problemorientierten Ansatz her verfolgt der Berichtstatter die Absicht, in erster Linie die *Vielfalt der Aspekte* darzustellen, unter denen Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts erörtert werden kann. Die Verrechtlichungsdiskussion ist in Gefahr, einseitig einzelne Aspekte zu sehen, andere dagegen zu übersehen. Gerade unter dem komparativen Aspekt schien es notwendig, dem entgegenzuwirken. Dagegen ginge es über die Möglichkeiten dieses Berichts hinaus, diese Aspekte in allen Einzelheiten auszuführen – insbesondere die entsprechenden Verhältnisse für die verschiedenen Rechtsordnungen darzutun. Ebenso schienen die Aspekte der Bewertung eher sekundär. Wie schon gesagt: die Rede von der »Verrechtlichung« ist ausgelöst von einem Unbehagen. Sie wird über ein Syndrom geführt, während weder die Wertmaßstäbe, die angelegt werden, noch die Bedingungen jener Verhältnisse, die von diesen Wertmaßstäben her kritisiert werden sollen, zulänglich aufgeklärt und klargestellt sind – oder auch nur werden konnten. In dieser Lage schien es geboten, einer ebenso breiten wie differenzierten Problemsicht Priorität einzuräumen.

Von der sozialrechtlichen Problematik her scheinen zwei Zugänge mög-

21 S. dazu aus der deutschen Diskussion außer den in Anm. 1 Zitierten: *Hans F. Zacher*, Das Sozialrecht im Wandel von Wirtschaft und Gesellschaft, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. VII (1979), S. 145 ff.; *dens.*, Rechtswissenschaft und Sozialrecht, Die Sozialgerichtsbarkeit, 26. Jg. (1979), S. 206 ff.; *dens.*, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, in: Im Dienst des Sozialrechts, Festschrift für Georg Wannagat, 1981, S. 715 ff.; weitere Nachweise s. insbes. am zuletztgenannten Ort – Zur ausländischen Diskussion s. insbes. *Julius Stone*, Social Dimension of Law and Justice, 1966, insbes. S. 151 ff.; *Brooke* (Anm. 16); *Partington and Jowell* (ed.) (Anm. 16); jeweils mit weiteren Nachweisen.

22 *Bernd Schulte* und *Hans F. Zacher*, Der Aufbau des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. IX (1981), S. 165 ff.; ergänzend: Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 1982, S. 765 ff.

lich, die sich in der Erfassung des Gesamtphänomens der Verrechtlichung im Sozialbereich ergänzen:

- Die Frage nach den »Orten« des Sozialrechts und damit auch die Frage nach den »Orten« der Verrechtlichung im Sozialrecht (B) und
  - die Frage nach den Erscheinungsformen der Verrechtlichung (C).
- Obwohl dies zu Überschneidungen führt, erschien es geboten, diese beiden Zugänge nebeneinander zu benutzen. Am Ende sollen dann Aspekte der Bewertung skizziert werden (D).

## B. *Die »Orte des Sozialrechts und der Verrechtlichung im Sozialrecht*

### I. *Internalisierende versus externalisierende Lösungen sozialer Probleme im Recht*

Ein lange zurückreichender Prozeß der Verrechtlichung liegt darin, daß immer mehr Recht in sozialer Absicht verändert (auch differenziert, kompliziert, intensiver durchgesetzt) wurde. Darüber hinaus hat sich jenseits dieses vorfindlichen Rechts der Arbeit, des Erwerbs und des Vermögens, des Unterhalts sowie der Mittel und Wege der Bedarfsdeckung, zum Zwecke seiner sozialen Ergänzung mehr und mehr eine neue Rechtsebene, das Sozialleistungsrecht, entwickelt. Dieses strahlt seinerseits vielfältig auf das vorfindliche Recht aus und gibt den Lebensverhältnissen, die zunächst von jenem vorfindlichen Recht geregelt werden, eine »zweite Ordnung«.<sup>23</sup>

#### 1. *Die Problemfelder sozialer Leistung und Gefährdung*

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. Diese Grund-

<sup>23</sup> S. zum folgenden noch einmal die Hinweise in Anm. 4. S. a. Henke (Anm. 1); Zacher, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft (Anm. 21). Aus der angelsächsischen Literatur s. insbes. Stone (Anm. 21), S. 144, 152 und passim, s. a. seine Nachweise.

annahme ist nicht mehr als eine Regel: also etwas, was die Möglichkeit und Wirklichkeit von Ausnahmen einschließt. Sie erlaubt, die Vielfalt der Ausnahmen als Defizite wahrzunehmen und zu bewerten und einer Abhilfe zuzuführen. Sozialrecht ist zunächst der Anteil, den das Recht daran nimmt, daß die Ausnahmen der beschriebenen Regel als soziale Defizite definiert und – mehr oder weniger auf die eine oder andere Weise – ausgeglichen werden.

Die Grundannahme der Regel,

- daß Arbeitskraft Einkommen erbringt und
- daß Einkommen ausreicht, um die Bedarfe des Verdieners und seines Unterhaltsverbandes zu decken,

lassen drei zentrale Wirkungs- und Problemfelder erkennbar werden:

1. *Arbeit und Einkommen*: die gesellschaftliche Organisation von Arbeit und der Vermittlung von Einkommen durch Arbeit.

Hier ist freilich auch das Element des *Vermögens* zu erwähnen, welches das Bild nicht unerheblich kompliziert. *Aktives Vermögen* kann Einkommen ergänzen und ersetzen und insbesondere Einkommensausfälle »abfangen«. *Passives Vermögen* – deutlicher: Schulden – dagegen kann aktives Vermögen und Einkommen mindern und so Bedarfsbefriedigung und Unterhalte gefährden.

2. *Bedarfsdeckung*: die gesellschaftliche Organisation privatwirtschaftlicher und administrativer Bereitstellung von Gütern zur Deckung der Bedarfe.

3. Der *Unterhaltsverband*: in dem nicht nur Einkommen als Unterhalt weitergereicht wird, in dem Bedarfe vielmehr auch durch tätigen Unterhalt – wie etwa Erziehung, Pflege usw. – befriedigt werden.

Im Vollzug der Grundregel – daß Arbeit Einkommen erbringt und dieses der Befriedigung der Bedarfe auch im Unterhaltsverband dient – kommt es aber zu *Gefährdungen* (aus Abhängigkeit oder aus der Natur der Sache, z. B. bei gefahrgeneigter Arbeit, bei gefährlicher medizinischer Behandlung). Und ihre Verwirklichung stößt auf Grenzen. Hier zeigen sich soziale *Defizite*, Gefährdungen und Defizite sind Herausforderung und Gegenstand sozialer Intervention.

Solche soziale Probleme – soziale Gefahren und Defizite – lassen sich dabei in allen drei genannten Feldern ausmachen. Aber sie lassen sich nur selten darauf beschränken. Die *Masse* der sozialen Probleme erwächst aus

der *Interdependenz der Felder*, bekommt zumindest das spezifische Gewicht von dieser Interdependenz.

Verminderte Arbeitskraft und also vermindertes Einkommen bedeutet: Minderung der Fähigkeit, Bedarfe zu befriedigen und Unterhalt zu leisten.

Der Tod eines Verdieners kapt die durch ihn vermittelte Verbindung zwischen dem Feld »Arbeitskraft-Einkommen« und dem Feld des Unterhaltsverbandes. Zugleich sind die Folgen für die Fähigkeit des Unterhaltsverbandes, seine Bedarfe zu befriedigen, evident.

Das Bedarfsproblem hat *ein* Gesicht, wenn der Bedarf (wie z. B. die medizinische Behandlung im Fall der Krankheit) mit einem Defizit an Arbeitskraft einhergeht und *ein anderes*, wenn der Bedarf (wie bei Krankheit eines Kindes) einen Unterhaltsträger belastet.

## 2. *Die Notwendigkeit Lösungen zu externalisieren*

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 auf Dauer, 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.

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. Zwar haben soziale Gefährdungen aus Abhängigkeit ihren festen Standort: im Arbeitsleben, im Unterhaltsverband, in Bedarfsbefriedigungsverhältnissen (etwa der Ausbildung oder der Pflege)<sup>24</sup> – übrigens, sobald es sie gibt, auch in den Sozialleistungssystemen selbst.<sup>25</sup> 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 der Kompensation: zwischen den verschiedenen vorfindlichen Problemfeldern (Arbeit und Einkommen/Bedarfsdeckung/Unterhaltsverband) einerseits sowie zwischen Internalisierung und Externalisierung andererseits; wobei auch externalisierende Lösungen nicht auf eine Zuordnung zu vorfindlichen Problemfeldern verzichten können. Und die Geschichte der Sozialpolitik ist gerade hinsichtlich der Auswahl des »richtigen« Ansatzes eine Geschichte von »Versuch und Irrtum«.

### 3. *Internalisierende versus externalisierende Lösungen im Recht*

Den elementaren Sachstrukturen von Arbeit und Einkommen, Bedarfsdeckung und Unterhaltsverband und der Alternative zwischen den internalisierenden und den externalisierenden Lösungen, der darin und dazwischen auftretenden sozialen Probleme entsprechen zwei große Rechtszusammenhänge:

- auf der einen Seite (1) die Sachordnungen der Arbeit, des Erwerbs und des Vermögens, (2) der Produktion und Verteilung der Bedarfs-güter und (3) der Unterhaltsverbände: der Bereich der internalisierenden Lösungen (a).

24 Womit nicht übersehen werden soll, daß externalisierende Lösungen Abhängigkeiten entlasten können (wie z. B. das Krankengeld die Spannungen entschärft, die durch die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis entstehen und dem Arbeitnehmer eine größere Freiheit, seiner Arbeitsunfähigkeit Rechnung zu tragen, vermittelt).

25 Zu denken ist insbes. an Diskriminierungen und an Abhängigkeitsverhältnisse beim Vollzug von Sozialleistungen (insbes. bei Dienst- und Sachleistungen).

– Auf der anderen Seite das Recht der Sozialleistungen, das genuine Sozialrecht: der Bereich der externalisierenden Lösungen (b).

a) *Vorgegebene Sachordnungen*

Zunächst zu den Sachordnungen. Da finden wir

ad 1) im Feld »*Arbeit und Einkommen*« das Arbeitsrecht (für den Einsatz der Arbeitskraft in abhängiger Arbeit), aber auch alle die Regelungen, die sich mit dem selbständigen Einsatz persönlicher Leistungen 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 einzu beziehen, das, wie das Urheberrecht, die langfristige Nutzung von Arbeitserträgen sichert und das Recht, das die Thesaurierung von Einkommen sowie die Anlage und Nutzung von Vermögen erlaubt (Bodenrecht, Recht der Kapitalgesellschaften, das 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.).

Wesentliches dieses Bereichs läßt sich zu einem Erwerbs- und Einkommensrecht »zusammenschauen«: die rechtlichen Bedingungen von Arbeit und Einkommen als »positives Einkommensrecht«, die Verminderung des Einkommens durch Abgaben als »negatives Einkommensrecht« und der 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 Ersatz von Einkommen, der Haftung als Bindung von Einkommen und der Begrenzung von Haftung als Belassung von Einkommen gerade auch für Unterhalt und Bedarf.

ad 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 etc. den Rahmen geben: von den elementaren und allgemeinen Normen des Privatrechts bis zu den spezifischen Begrenzungen des Berufsrechts und des Verbraucher-

schutzes. 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 eine intensivere öffentliche Gestaltung privaten Angebots (wie etwa im Arztrecht der Länder, die keinen umfassenden »nationalen Gesundheitsdienst« kennen), teils anstaltliche Darreichung öffentlicher Daseinsvorsorge (wie bei Schulen und nationalen Gesundheitsdiensten) – anstaltliche Darreichung, die übrigens auch viele sozial ganz unspezifische Güter erfaßt, wie Wasser, Verkehrsleistungen usw.<sup>26</sup>

ad 3) Einfacher ist das Feld des *Unterhaltsverbandes*. Hier wird das Wesentliche vom Familienrecht geleistet.

Allen diesen Rechtsbereichen gegenüber besteht der soziale Auftrag, durch eine wesensgerechte effiziente und soziale Gestaltung darauf hinzuwirken, daß die Grundannahme der Harmonie von Arbeitskraft, Einkommen, Bedarfen, Bedarfsbefriedigung und Unterhalt möglichst gewahrt und die Fähigkeit der einzelnen, Veränderungen zu bewältigen (z. B. durch Eigenvorsorge, durch Solidarität des Unterhaltsverbandes) gestärkt wird. Es ist dieser Auftrag, der für sich schon zu Veränderungen, Differenzierungen und Intensivierungen des Rechts, also zu einer Art von Verrechtlichung führt.

Wenn hier nur von Veränderung, nicht aber von Neubildung von Recht gesprochen wird, so sagt das nichts über den Grad der Innovation aus, der mit dieser sozialen Entwicklung des Rechts einhergeht. Man denke etwa an das kollektive Arbeitsrecht, wo – sowohl auf betrieblicher Ebene als auch auf der Ebene der Tarifautonomie – neue Regelungsträger und neue Regelungsinstrumente geschaffen (oder zumindest anerkannt) wurden. Das mag – im hier gegebenen Zusammenhang – etwas aussagen über den Grad und die Eigenart der Verrechtlichung. Aber der Regelungsgegenstand bleibt der vorfindliche: der Arbeit, des Einkommens und – eventuell auch – des Vermögens. Es geht um die systeminterne Bewältigung der dort angelegten Gefährdungen und darum, welche Defizi-

26 Zum Verhältnis zwischen Daseinsvorsorge und sozialer Intervention s. *Zacher* (Anm. 5), S. 37 ff. Zur Ausweitung des Spektrums der Intervention von der Spezialität des »Sozialstaats« zur Universalität des »Wohlfahrtsstaats« s. *Lubmann* (Anm. 1), S. 7 ff., 25 ff. In den 60er und 70er Jahren wurde diese Ausweitung insbes. auch unter dem Stichwort der »Lebensqualität« diskutiert.

te in welchem Maße und auf welche Weise in diesen vorfindlichen Feldern verhindert, aufgehoben oder kompensiert werden können.

## b) *Das Sozialleistungsrecht*

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, wird eine Schwelle von sehr grundsätzlicher Bedeutung überschritten. Allgemeine (Staat, Gemeinden usw.) oder spezifische (z. B. Sozialversicherungsträger) Solidarverbände übernehmen den Ausgleich der Defizite. Dabei können nicht nur Defizite aus den vorfindlichen Feldern gelöst werden. Auch neue Defizite können von allgemeineren Normen gesellschaftlichen Wohlbefindens her wahrgenommen, definiert und kompensiert werden. In diesem »Obergeschoß« der sozialen Korrektur ist alles gleichermaßen unendlich wie begrenzt möglich. Was geschieht, bedarf der Entscheidung – gemeinhin also des Rechts.

Konkreter gesagt: wir betreten den Raum der Sozialleistungssysteme (insbesondere der sozialen Sicherheit und der sozialen Förderung) – im Recht also des Sozialleistungsrechts, des Sozialrechts (im engeren Sinne).<sup>27</sup> In deutscher Systematik ist damit etwa gemeint: das Recht der Sozialversicherung (Kranken-, Renten-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung), das soziale Entschädigungsrecht (Kriegsopferversorgung, Entschädigung von Verbrechenopfern usw.), das Recht der besonderen Hilfs- und Förderungssysteme (Kindergeld, Unterhaltsvorschuß, Jugendhilfe, Ausbildungsförderung, Arbeitsförderung und Wohngeld) und das Recht des allgemeinen Hilfs- und Förderungssystems der Sozialhilfe.<sup>28</sup> Dabei ist hier wichtig, daß diese Systeme weithin sehr unterschiedliche Leistungstypen miteinander verbinden: Geldleistungen einerseits und Dienst- und Sachleistungen andererseits. Gerade im Blick auf das Recht und gerade im internationalen Vergleich ist darauf zu achten, daß es nicht nur auf das »Thema« der sozialen Intervention (wie Krankheit, Alter, Invalidität) ankommt, sondern auch auf ihre Inhalte und ihre Methoden (wie sie in

27 S. o. A.I.1. vor Anm. 4.

28 S. zur Exemplifikation *Zacher* (Anm. 3).

dem Gegensatz zwischen Geldleistungen, insbesondere Einkommensersatzleistungen, einerseits und Dienst- und Sachleistungen andererseits bedeutsam hervortreten).<sup>29</sup>

Zwei ebenso ähnliche wie unähnliche Rechtsbereiche externalisierender Lösung sozialer Probleme sind das *Privatversicherungsrecht* und das *Recht der privaten – wenigstens »freien«* (also nicht-staatlichen) – *Wohltätigkeit*. Beides kann hier nur erwähnt werden.

### c) *Übergreifende Gebiete*

Nicht alles sozialpolitisch relevante Recht läßt sich übrigens einfach diesen Elementen zuschlagen. Das *Abgabenrecht*<sup>30</sup> etwa wirkt nehmend, belassend und finanzierend in allen Rechtsbereichen. Nicht zu nehmen (Verschonung), ist weithin eine Alternative zum Geben;<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup>

Das *Strafrecht*<sup>33</sup> stützt alle diese skizzierten Ordnungen ab, aber stiftet – um ein anderes Beispiel zu nehmen – notgedrungen selbst soziale Schäden.

Aber im Gegensatz zwischen den externalisierenden sozialpolitischen Lösungen und den vorgegebenen Sachordnungen bleibt die *Gemeinschaft*

29 Jacques Fournier und Nicole Questiaux (Traite du Social, 3. Aufl. 1980, S. 76 ff., 1091) teilen die soziale Intervention ein in drei Bereiche: 1) Die Regulation der privaten Aktivitäten, 2) Den Transfer monetärer Ressourcen und 3) Die Darreichung von Gütern und Diensten. Im Sinne des obigen Textes entspricht die Regulation der privaten Aktivitäten die soziale Durchdringung vorfindlicher Rechtsfelder. Der Transfer monetärer Ressourcen und die Darreichung von Gütern und Diensten dagegen entsprechen dem Sozialleistungsrecht.

30 S. dazu etwa Paul Kirchhof, Steuergerechtigkeit und sozialstaatliche Geldleistungen, Juristenzeitung, 37. Jg. (1982), S. 305 ff. m. w. N.

31 Dabei erwächst das Problem der Konkurrenz zwischen dem »negativen Einkommensrecht« der Abgabenbelastung und dem »kompensatorischen Einkommensrecht« der Sozialeinkommen. Bei entsprechender Belastung der Erwerbseinkünfte und entsprechender Gestaltung der Sozialeinkommen können Sozialeinkommen zu einer »interessanten« Alternative zum Erwerbseinkommen werden. Daraus entstehen schwierige Koordinationsprobleme. S. z. B. Hermione Parker, The Moral Hazard of Social Benefits, 1982, s. auch Dieter Birk, Steuergerechtigkeit und Transfergerechtigkeit, Zeitschrift für Rechtspolitik, 12. Jg. (1979), S. 221 ff.

32 S. dazu rechtsvergleichend Hans F. Zacher (Hrsg.), Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung, 1980.

33 S. Michael Stolleis, Strafrecht und Sozialrecht, in: Klaus Lüderssen und Fritz Sack (Hrsg.), Kriminalpolitik und Strafrecht, 1980, S. 125 ff.

solcher übergreifender Rechtsgebiete mit den Sachordnungen stärker: auch sie haben im Gegensatz zum genuinen Sozialrecht primär allgemeine, vom Sozialen unabhängige Zwecke und Funktionen.

#### 4. *Orte, Pfade und Stufen der Verrechtlichung*

Diese Landkarte des »sozialen Rechts« zeigt, daß sich die mit dem Thema »Verrechtlichung im Sozialrecht« anvisierten Prozesse in sehr unterschiedlichem Gelände und in sehr unterschiedlicher Umwelt vollzogen haben und vollziehen.

Dabei sind die Bedingungen, unter denen sich die soziale Gestaltung durch *internalisierende Lösungen* vollzieht, durch die Konstitution des jeweiligen vorfindlichen Lebens- und Ordnungsbereichs (Arbeit und Einkommen/Bedarfsdeckung/Unterhaltsverband) bestimmt. Schematisch sehr vereinfacht begegnen sich bei einer »internalisierenden Lösung« zwei »Verrechtlichungsprozesse«: einerseits die rechtliche Ordnung, die das Lebensgebiet vor aller sozialer Intervention gefunden hat, und die weitere Entwicklung dieser rechtlichen Ordnung, die sich aus der Entwicklung der gesellschaftlichen Verhältnisse, den Regelungsbedürfnissen des Lebensbereichs und der Gesamtentwicklung der Rechtsordnung ergeben kann; andererseits die zusätzliche »Verrechtlichung«, die sich spezifisch aus der sozialen Intervention, wenn und soweit sie mit Mitteln des Rechts erfolgt, ergibt. In der Realität verlaufen diese Entwicklungen freilich komplex. Nicht zuletzt ist es möglich, daß die soziale Intervention des Rechts in einen Lebensbereich dessen eigene rechtliche Ordnung erst notwendig macht. Insgesamt stehen wir vor einer breiten Skala von Möglichkeiten: an ihrem einen Ende finden wir private Lebenswelten, die sich im Austausch mit schwächer oder intensiver regulierten Wirtschafts- und Sozialsystemen befinden; an ihrem anderen Ende finden wir eine maximale Regulierung der die privaten Lebenswelten umgebenden Wirtschafts- und Sozialsysteme und endlich ein immer tiefer, immer differenzierter, immer umfassender in die privaten Lebenswelten selbst eindringendes Recht.<sup>34</sup>

Dagegen sind die *externalisierenden* Lösungen (das eigentliche Sozialrecht) a priori »künstliche« Lösungen, die zumindest der organisatorischen, in-

34 S. dazu *Habermas* (Anm. 1), Bd. 2, S. 471 ff., 510 ff. S. zu den angesprochenen Phänomenen *Sandra Burman* und *Barbara Harrell-Bond*, *The Imposition of Law*, 1978.

stitutionellen Darstellung bedürfen. Inwieweit sie rechtlicher Ordnung bedürfen, erscheint zunächst als eine Frage einerseits ihres Inhalts und ihrer Gestalt, andererseits der verfassungsrechtlichen und sonstigen rechtlichen Rahmenbedingungen. Aber selbst wo diese nicht die rechtliche Ordnung erzwingen, wohnt externalisierenden Lösungen ein »Sachzwang« zur rechtlichen Regelung, eine elementare Angewiesenheit auf sie, inne. Die Externalisierung ist so an sich weithin eine Erscheinungsform der Verrechtlichung. Die Konstitution neuer spezifischer Solidargemeinschaften, die Externalisierungen aufnehmen, und die Eröffnung und Gewährleistung jener Erwartungen, durch die »soziale Sicherheit« das Leben »sicherer« macht, ist letztlich nur dem Recht möglich. Freilich kann nicht von einer Identität gesprochen werden. Externalisierende Lösungen haben ihre normative (Verhalten programmierende, Erwartungen begründende und ihre Erfüllung sichernde) und ihre institutionelle (organisatorische, »aktionistische«) Seite. Was hervortritt, ist eine Frage sowohl ihrer Gestaltung als auch ihrer politischen und rechtlichen Ambiance. Immerhin ist denkbar, daß das normative Element extrem zurücktritt und das institutionelle »aktionistische« konzeptionell bestimmend wird. Für die soziale Intervention durch Sozialarbeit gilt das – gerade in der Bundesrepublik Deutschland heute noch – weithin, ja im Kern wohl wesenhaft. In Frankreich versteht sich die Sozialarbeit und andere sozialpolitische Aktivitäten als umfassende *action sociale*<sup>35</sup> in etwa »rechtsergänzend« – rechtsgebunden, aber eigenständig, nicht vom Recht definiert. Im angelsächsischen Sprachgebrauch dominieren für Sozialleistungssysteme, auch wenn sie rechtlich geregelt sind, heute noch weitgehend die Termini »programme« und »service«.<sup>36</sup> Doch wie auch immer: externalisierende Lösungen bedürfen im demokratischen Rechtsstaat<sup>37</sup> der Legitimation durch das Gesetz und erreichen einen gewissen Grad an Allgemeinheit und Verlässlichkeit nur durch rechtliche Normen. Meist aber geht das Recht über das so gegebene Minimum hinaus, nicht zuletzt, weil die Künstlichkeit der externalisierenden Lösungen, die natürliche Lebenswelten ergänzen oder ersetzen, zu immer neuen Bedürfnissen der Klärung

35 E. Alfandari, *Aide Sociale – Action Sociale*, 1974; Bernard Lory, *La Politique d'Action Sociale*, 1975.

36 Zum Teil ist dies freilich jedoch auch eine Erinnerung daran, daß man das alte, klassische »law« (unverfügbar und in der Hand eines begrenzten Kreises von Richtern) aus der Sozialpolitik heraushalten wollte, um es durch neues, instrumentelles Recht, durch statuta, deren Interpretation in der Hand von tribunals liegt, zu ersetzen. S. a. nochmals Anm. 16.

37 Mag er sich nun so nennen oder nicht.

und immer neuem Verlangen nach Veränderung führt, deren wirksamstes Instrument die Rechtsnormen sind. Externalisierende Lösungen sind so von sich aus auf progressive Verrechtlichung angelegt.

Diese mit den externalisierenden Lösungen verbundene Verrechtlichung ist von vielfältiger Ausstrahlung.<sup>38</sup> Das Leben erfährt eine neue Typisierung. Lebenssachverhalte wie »Krankheit«, »Alter«, »Minderung der Erwerbsfähigkeit«, »Arbeitslosigkeit«, die zunächst in einer endlosen Fülle verschiedener Erscheinungsformen und Konstellationen existieren, werden zu Rechtstatbeständen, auf die ganze Leistungssysteme, Finanzierungssysteme und Organisationen aufgebaut werden. Mehr noch: sie werden zu Rechtstatbeständen, auf die hin nunmehr alle Beteiligten handeln.<sup>39</sup> Sie wirken auch auf die vorfindlichen Rechtsordnungen und die von ihnen betroffenen Lebenswelten ein. Man denke z. B. an die Kombinatorik zwischen Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht,<sup>40</sup> zwischen Sozialhilferecht und Unterhaltsrecht,<sup>41</sup> zwischen Deliktsrecht und Sozialleistungsrecht.<sup>42</sup> Familiäre Lebensmuster sind nach der Einführung der Ausbildungsförderung, der Alterssicherung, der Hinterbliebenensicherung usw. nicht mehr, was sie vordem waren.<sup>43</sup> Nach dem Aufbau externalisierender Lösungen wird das Leben vom Recht »zweischalig« vorgeformt, durch das unmittelbar sachregelnde Recht und durch das einschlägige Sozialleistungsrecht.

Zudem erwachsen aus den externalisierenden Lösungen neue Räume sozialer Interaktion: in und zwischen den Organisationen und zwischen den Organisationen und ihrem »Publikum«.<sup>44</sup> Sie sind in gegenläufige

38 S. dazu etwa *Jean-Jacques Dupeyroux*, *Droit de la Sécurité Sociale*, 8. Aufl., 1981, S. 264 ff. Spezieller *Urs Ch. Nef*, Der Einfluß des Sozialversicherungsrechts auf das Privatrecht, *Schweizerische Juristenzeitung*, 77. Jg. (1981), S. 17 ff.

39 *Habermas* (Anm. 1), S. 532: »Umdefinition von Alltagssituationen«.

40 S. z. B. *Martin Binder*, Das Zusammenspiel arbeits- und sozialrechtlicher Leistungsansprüche, 1980; *Konstantinos Kremalis*, *I koinoniki asfalisi ton ergazomenon*, Athen 1982.

41 Allgemein und grundlegend *Franz Ruland*, Familiärer Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit, 1973; s. a. *Wolfgang Gitter* und *Jutta Hahn-Kemmler*, Die Verdrängung des Zivilrechts durch das Sozialrecht – dargestellt am Unterhaltsrecht, *Die Sozialgerichtsbarkeit*, 26. Jg. (1979), S. 195 ff.

42 S. zum Vorigen allgemein z. B. *Bernd von Maydell*, Der Wandel des Sozialversicherungsrechts im allgemeinen Rechtssystem in den letzten 100 Jahren, *Die Sozialgerichtsbarkeit*, 28. Jg. (1981), S. 412 ff.; *Urs Ch. Nef*, Der Einfluß des Sozialversicherungsrechts auf das Privatrecht, *Schweizerische Juristenzeitung*, 77. Jg. (1981), S. 17 ff.

43 S. hierzu allgemein *Franz-Xaver Kaufmann* (Hrsg.), *Staatliche Sozialpolitik und Familie*, 1982.

44 Ein geradezu extremes Beispiel für die Verrechtlichung als Folge der Vielheit von Verwaltungssubjekten bietet die Geschichte des Fürsorgerechts in Deutschland. Dem einzelnen blieb

Prozesse der Verrechtlichung eingespannt. Einerseits verdanken sie der sozialen Intervention des Rechts ihre Entstehung. Andererseits führen die aus ihnen erwachsenden Regelungsbedürfnisse zur weiteren Proliferation von Recht. Vereinfacht lassen sich so folgende »Perioden« der Verrechtlichung im Bereich des sozialen Rechts unterscheiden:

- Die Lebenswelten von Arbeit und Einkommen, Bedarfsdeckung und Unterhaltsverband sind von entsprechenden rechtlichen Ordnungen durchsetzt und umgeben.
- Diese rechtlichen Ordnungen mögen unabhängig von aller sozialen Intervention einem eigenen Prozeß inneren und äußeren Wachstums – einem eigenen Verrechtlichungsprozeß also – ausgesetzt sein. Die soziale Verantwortung des Gemeinwesens und der Rechtsordnung führt jedenfalls zu (gegebenenfalls zusätzlichen) Regelungen. Sie lassen die Rechtsordnungen der Arbeit und des Einkommens, der Bedarfsdeckung und des Unterhalts mehr oder weniger differenzierend als »soziales Recht« erscheinen. Die »Sozialisierung« vorfindlichen Rechts<sup>45</sup> ist so weithin für sich selbst ein Verrechtlichungsprozeß.
- Genügen diese Veränderungen vorfindlichen Rechts dem sozialen Zweck aber nicht, so entstehen Sozialleistungssysteme. Sie sind im Regelfall rechtlich konstituiert. Und ihr »gewillkürtes« Wesen bewirkt einen permanenten Prozeß klärender, differenzierender und ausweitender Entwicklung durch Rechtsvorschriften. Sozialrecht (in diesem engeren Sinne) ist somit genuin – a priori und aus Konsequenz – ein Phänomen der Verrechtlichung.

bis in die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg ein subjektives Recht auf Fürsorge versagt, so daß sich eine interpretatorische Rechtskultur nicht aus den Klagen der Fürsorgeempfänger heraus ergeben konnte. Aber die Abgrenzung der Fürsorgepflicht der Fürsorgeträger und die Erstattungsansprüche der nicht endgültig zuständigen Träger gegen die endgültig verpflichteten Träger führten zu Streitigkeiten zwischen den Trägern, die einen hohen Grad richterlicher und literarischer interpretatorischer Ausprägung bewirkten – wie er jedenfalls vor dem Hintergrund mangelnden subjektiven Rechts nicht erwartet werden durfte. Reiche Belege finden sich in der Literatur zum Unterstützungswohnsitzgesetz von 1870 und zur Reichsfürsorgepflichtverordnung von 1924. – Ein nicht nur nach Land und Zeit, sondern auch in der Sache wesentlich anderes Beispiel für die Verrechtlichung als Folge organisatorischer Differenzierung bietet – nach einer mündlichen Information durch *Dr. Konstantinos Kremalis* (Athen) – die griechische Sozialversicherung. Sie ist aufgegliedert auf 376 Träger. Die Zuordnung aber ist unzulänglich geregelt. Deshalb nehmen die Streitigkeiten über die Zuordnung sowohl zwischen den Trägern als auch im Verhältnis der Bürger zu den Trägern einen breiten Raum ein.

45 Der Terminus »socialisation of law« (*Stone*, Anm. 21/23 a.a.O. und seine Nachträge) wird freilich ebenso wie der der »Sozialisierung des Rechts« (*Henke*, Anm. 1), in einem weiteren, auch die Externalisierung umfassenden Sinn gebraucht.

- Diese Verrechtlichung durch Sozialleistungsrecht bewirkt ausstrahlend aber auch eine weitergehende Verrechtlichung der Lebenswelten, die vom Medium vorfindlichen Rechts (Arbeitsrecht, Recht der Bedarfsdeckungsverhältnisse, Unterhaltsrecht usw.) umgeben sind.<sup>46</sup>

## II. *Gefälle der Verrechtlichung im Sozialrecht*

Das Phänomen der Verrechtlichung durch Sozialrecht ist damit aber erst verortet. Im folgenden muß versucht werden, es differenzierend zu erfassen. Dies soll zunächst noch durch eine weitere Differenzierung der Regelungsgegenstände und -orte geschehen. Im Gegensatz dazu wird später (unter C) versucht, Differenzierungen der Rechtsgestaltung und -technik sichtbar zu machen.

### 1. *Geldleistungen versus Dienst- und Sachleistungen*

Verrechtlichung und Monetarisierung sind eng verwandte Phänomene der Sozialpolitik.<sup>47</sup> Und Geldleistungen sind ein bevorzugter Gegenstand der Verrechtlichung. Geldleistungen ziehen mehr Verrechtlichung an sich als Dienst- und Sachleistungen. Geldleistungen sind leichter normierbar als Dienst- und Sachleistungen. Und so konzentriert sich eine auf das Instrument der Gesetzgebung fixierte Sozialpolitik auch auf die Geldleistungen («monetäre Schlagseite» der Sozialpolitik). Dienst- und Sachleistungen dagegen sind gegenüber normativen Regelungen eher resistent.<sup>48</sup> Eine Sozialpolitik, die Dienst- und Sachleistungen (etwa die medizinische Versorgung durch einen nationalen Gesundheitsdienst) in den Vordergrund stellt, weist deshalb a priori einen geringeren Grad von Verrechtli-

46 S. Habermas (Anm. 1), S. 539. – Zum Ergebnis der vorstehend beschriebenen Entwicklung, seiner Deutung und Bewertung s. eindringlich und mit interessantem weiteren Material Manfred Rehbinder, Wandlungen der Rechtsstruktur im Sozialstaat, in: Ernst E. Hirsch und Manfred Rehbinder, Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1971, S. 197 ff.

47 S. etwa Tennstedt (Anm. 1), Lubmann (Anm. 1), insbes. S. 31, Anm. 20, S. 94 ff., S. 105 ff.

48 S. z. B. Peter Krause, Rechtsprobleme einer Konkretisierung von Dienst- und Sachleistungen, in: Im Dienst des Sozialrechts, Festschrift für Georg Wannagat, 1981, S. 239 ff.; Franz-Xaver Kaufmann, Elemente einer soziologischen Theorie sozialpolitischer Intervention, in: Kaufmann (Hrsg.), (Anm. 43), S. 49 ff.

chung auf. Hinsichtlich der Dienst- und Sachleistungen ist das Recht weitgehend auf die Regelung des Zugangs und auf die institutionellen Bedingungen, unter denen die Dienst- und Sachleistungen vorgehalten und erbracht werden, beschränkt.<sup>49</sup>

Allerdings kann der (wohl spezifisch deutsche) Aberglaube normativer Verfügbarkeit von Geld (höchstrichterlich besiegelt durch die Anerkennung sozialrechtlicher Geldleistungsansprüche – insbesondere Rentenansprüche – als verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum durch das Bundesverfassungsgericht<sup>50</sup> zu sehr spezifischen Problemen führen. Schwindet die Fähigkeit des Gemeinwesens, das Zugesagte zu leisten, so steht das Gemeinwesen vor der Wahl, entweder die Zusagen des Rechts zu desavouieren oder die Erfüllung rechtlicher Titel den konkurrierenden Bedürfnissen vorzuziehen.<sup>51</sup>

## 2. »Normativer« versus »institutioneller« Stil

Wie schon angedeutet, tritt im Regelungsgefälle zwischen Geldleistungen einerseits und Dienst- und Sachleistungen andererseits ein Stilunterschied der Verrechtlichung hervor, der von weitreichender Bedeutung ist: der Unterschied zwischen »normativer« und »institutioneller« Sozialpolitik. Mit »normativer« Sozialpolitik ist unmittelbar verhaltensregelndes Recht (z. B. die Zusage einer bestimmten Rente, die Regelung von Mindestlöhnen usw.) gemeint. Mit »institutionell« ist die Bereitstellung von Rahmenbedingungen für bestimmte soziale Funktionen (Erbringung von So-

49 Eine besondere Zuspitzung erfährt dies im kanadischen Sozialrecht (insbes. im Sozialrecht von Quebec). Dort wird scharf zwischen der Gewährleistung des Zugangs zu Gesundheits- und anderen sozialen Dienstleistungen einerseits und den Sozialleistungen, welche die Kosten der Inanspruchnahme decken sollen, andererseits unterschieden. S. dazu *Andrée Lajoie, Patrick Molinari, Jean-Marie Auby, Traité du Droit de la Santé et des Services Sociaux*, 1981, S. 83 ff., 97 ff.

50 S. *Peter Krause, Eigentum an subjektivem öffentlichen Recht*, 1982; Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen, 2. Sozialrechtslehrertagung, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbands, Bd. XXIII (1982) mit Beiträgen von *Rolf Stober, Michael Stolleis, Franz-Xaver Kaufmann, Erich Streißler, Wolfgang Rüfner, Hans-Jürgen Papier, Friedrich Kübler, Dieter Grimm* und *Ortwin Martinek*.

51 S. zu dem Dilemma etwa *Josef Isensee, Der Sozialstaat in der Wirtschaftskrise. Der Kampf um die sozialen Besitzstände und die Normen der Verfassung*, in: *Demokratie in Anfechtung und Bewährung*, Festschrift für Johannes Broermann, 1982, S. 365 ff. Zum Widerstreit zwischen wohlverworbenen Rechten und Bedürfnissen s. aus englischer Sicht etwa *Robert Pincker, Soziale Politik und soziale Gerechtigkeit*, *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit*, 6. Jg. (1975), S. 1 ff. (19 f.).

zialeleistungen, soziale Kontrolle in vorfindlichen Sachordnungen usw.) gemeint. »Normative« Sozialpolitik ist von vornherein eine Sache des Rechts und damit auf der Bahn der Verrechtlichung. Ob »institutionelle« Sozialpolitik »normative« Ordnungen voraussetzt oder eine Ordnung der »Institutionen« durch Recht braucht, hängt von Vorfragen der Rechtsordnung, insbesondere der Verfassung ab.<sup>52</sup> Für die Bundesrepublik Deutschland sind auch Institutionen weitgehend eine Sache des Rechts.<sup>53</sup> Jedoch sind in anderen Ländern weitgehend »rechtsarme« Lösungen denkbar. Unter solchen Voraussetzungen kann sich der »institutionelle« Stil extrem zum sozialpolitischen »Aktionismus« hin entwickeln.

Doch wie auch immer: auch dort, wo »institutionelle« Lösungen (notwendige) Aufgabe des Rechts sind, regelt »institutionelles« Recht das Verhalten der Beteiligten grundsätzlich nur mittelbar. Genauer besehen steht hinter dieser Dialektik zwischen »normativem« und »institutionellem« Stil jedoch die Synthese, daß beide Stile aufeinander verwiesen sind. Eine »institutionelle« Lösung wirft die Frage auf, durch welche Normen nun bestimmt wird, wie sich die Beteiligten verhalten – was in den Institutionen und durch sie getan wird. Wo das Recht dies nicht regelt, erwächst die Frage nach alternativen Steuerungsmechanismen (wie sie z. B. in Gestalt der Professionalisierung erwartet oder hingenommen werden, oder wie sie sich als Bürokratisierung an die Stelle des Rechts setzen, die Spielräume des Rechts ausfüllen und die konkrete Verwirklichung des Rechts bestimmen). Und ebenso kann nicht vernachlässigt werden, unter welchen »institutionellen« Bedingungen »normative« Lösungen wirken.<sup>54</sup> Gerade im sozialrechtlichen Bereich ist die Frage der Wahrnehmbarkeit des Rechts, des Zugangs zum Recht, des Ausgleichs unterschiedlicher Fähigkeiten der Rechtsausübung usw. von entscheidender Bedeutung.<sup>55</sup>

52 Art. 22 § 4 der griechischen Verfassung von 1975 etwa verlangt, daß der Umfang der sozialen Sicherheit durch Gesetz bestimmt wird.

53 S. Art. 84 ff. des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland.

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

55 S. vergleichend Gerbard Igl u. a., Die Lage der Behinderten – Eine Aufgabe des Sozialrechts, Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung, 35. Jg. (1981), S. 257 ff. (insbes. Zacher, a.a.O., S. 259 f. und Igl, a.a.O., S. 274 ff.). – S. zum Vorstehenden auch Kaufmann (Anm. 48), S. 75 ff.

### 3. Strukturen im Sozialrechtsverhältnis

Eine weitere Orientierung, Verrechtlichung zu verorten, kann in der Rechtsfigur des Sozialrechtsverhältnisses<sup>56</sup> – genauer und besser: der Sozialrechtsverhältnisse – gefunden werden. Sozialrechtsverhältnisse sind elementar wie folgt zu unterscheiden:<sup>57</sup>

- Eine erste Unterscheidung ist die zwischen Vorsorgeverhältnissen und Leistungsverhältnissen. *Vorsorgeverhältnisse* sind auf Vorsorgesysteme (z. B. Sozialversicherung) beschränkt. In ihnen entstehen Anwartschaftsrechte auf Sozialleistungen. In den Rahmen sozialversicherungsrechtlicher Vorsorgeverhältnisse gehören z. B. auch Beitragspflichten und Partizipationsrechte in den Organisationen der Sozialversicherung. Alle Sozialleistungssysteme kennen demgegenüber *Leistungsverhältnisse*. Sie dienen der Verwirklichung von Leistungsansprüchen und sonstigen Leistungsmöglichkeiten der Sozialleistungsträger.
- *Leistungsverhältnisse* können sodann in *Grund- und Erfüllungsverhältnisse* zerfallen. Das ergibt sich vor allem dann, wenn ein Sozialleistungsträger (z. B. eine Krankenkasse) eine Leistung (z. B. ärztliche Behandlung) nicht selbst erbringt, sondern durch Dritte (z. B. durch einen Arzt) erbringen läßt. Der Leistungsanspruch des Versicherten und die Verschaffungspflicht des Sozialleistungsträgers gehören in das Grundverhältnis. Der Verschaffungs- und Leistungsvorgang selbst gehört in das Erfüllungsverhältnis. Bei einfachen Leistungen durch den Sozialleistungsträger (z. B. Beratung, Geldleistung) besteht für die Unterscheidung in Grund- und Erfüllungsverhältnisse dagegen kein Anlaß.

Grundsätzlich stellen Sozialleistungsverhältnisse also Programme dar, durch welche das Verhalten einer Vielzahl von Beteiligten (Leistungsadressaten: z. B. Versicherte, mitgesicherte Familienangehörige; Garantiepflichtiger: z. B. beitragspflichtiger Arbeitgeber; der Leistungsträger: z. B. Krankenkassen, örtliche Sozialbehörden; Leistungserbringer: z. B. Ärzte, Krankenhäuser) in bezug auf einen Einzelfall koordiniert werden.

<sup>56</sup> S. dazu insbes. »Das Sozialrechtsverhältnis«. Erste Sozialrechtslehrrtagung 1970, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbands, Bd. XVIII mit Beiträgen von Peter Krause, Peter Häberle, Theodor Tomandl, Dieter Schäfer und Paul Kirchhof; Alfred Maurer, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bd. I, 1979, S. 254 ff.; Heinz Krejci, Das Versicherungsverhältnis, in: Theodor Tomandl (Hrsg.), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts, Stand 1982.

<sup>57</sup> Zum folgenden Zacher, Einführung (Anm. 3), S. 25 ff.

Je nach der subjektiven, sachlichen und vor allem zeitlichen Erstreckung werden an die Komplexität, Verbindlichkeit und Verlässlichkeit dieser Programme mehr oder weniger hohe Erwartungen gestellt. Die unterschiedlichen Komplikationsgrade reichen vom historischen Minimum eines »Almosens« bis zu den »Langzeitprogrammen« einer Hinterbliebenensicherung, in deren Grundlegung Dritte (beitragszahlende Arbeitgeber) einbezogen sind, und deren Aktualisierung den Wegfall des zunächst Gesicherten (Versicherten) voraussetzt. Je größer die Komplikation und je weiter die subjektive, gegenständliche und zeitliche Erstreckung des Sozialrechtsverhältnisses ist, desto dringlicher ist die Ordnung des Rechts. Daneben spielen auch die anderen schon avisierten Gefälle (Geldleistungen versus Dienst- und Sachleistung: »normativer« versus »institutioneller« Stil) ihre Rolle.

#### 4. *Exkurs: Ökonomisierung, Professionalisierung, Bürokratisierung und Verrechtlichung*

Verrechtlichung, Monetarisierung, Ökonomisierung, Professionalisierung und Bürokratisierung dürfen als die großen Ungleichgewichte moderner sozialpolitischer Entwicklung gelten. Das trifft jedenfalls für die Bundesrepublik Deutschland zu, die darin gewiß an der Spitze liegt. Mehr oder weniger kennzeichnen diese Ungleichgewichte aber auch die Situation in anderen Ländern. Nun ist die Verrechtlichung das Thema dieses Berichts insgesamt. Von Monetarisierung war schon die Rede. Aber von Ökonomisierung, Professionalisierung und Bürokratisierung muß hier noch ergänzend gesprochen werden.

Zunächst zur *Ökonomisierung*. Monetarisierung ist eine besondere Ausprägung der Ökonomisierung der Sozialpolitik. Und der Verschwisterung zwischen Monetarisierung und Verrechtlichung entspricht auch eine Nähe zwischen Ökonomisierung und Verrechtlichung.<sup>58</sup> Ökonomische Güter sind in anderer Weise durch Rechtsanordnung verfügbar als nicht-ökonomische. Ökonomische Nachteile können in anderer Weise durch rechtliche Anordnung ausgeglichen werden als nicht-ökonomische. »Aufgaben, die eine Kooperation von Personen an ihrer eigenen Änderung

<sup>58</sup> S. insbes. *Tennstedt* (Anm. 1); *Lubmann* (Anm. 1), S. 94 ff., 107 ff. S. zur ökonomischen Schlagsseite der Sozialpolitik und des Sozialrechts auch *Zacher*, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft (Anm. 21), S. 759 ff.

voraussetzen: Erziehung, Rehabilitation, sekundäre Sozialisation, Altenbildung und anderes mehr«, können »ihrer Art nach nicht mit Recht und Geld gelöst werden«. »Dieser Arbeitsbereich erfordert Ressourcen wie Personeneinsatz, Engagement und Interaktionsflexibilität, die sich nicht über Recht und Geld bereitstellen, sich deshalb auch nicht zentral bereitstellen und auch nicht zentral auf Fehler hin kontrollieren lassen«. <sup>59</sup> Aber es ist nicht nur das. Es sind die natürlichen Grenzen, an welche die Sehnsucht nach Gleichheit stößt: die Unüberwindbarkeit von Gegensätzen wie denen zwischen gesund und krank, intelligent und dumm, gesellig und einsam, schön und häßlich. <sup>60</sup> Hieran scheitern Ökonomie und Recht gleichermaßen. Und es ist letztlich auch im Interesse des Menschen selbst, wenn die Unverfügbarkeit des Individuums respektiert wird. <sup>61</sup> Gleichwohl bleibt mißlich, daß der Wohlfahrtsstaat diejenigen, denen mit Geld und Recht geholfen werden kann, wirksamer bedient als die, denen nur mit Diensten und personaler Zuwendung geholfen werden kann. <sup>62</sup> Insofern kommt hier neben dem Verrechtlichungsgefälle zwischen Geldleistungen und Dienstleistungen einerseits auch das Verrechtlichungsgefälle zwischen normativen und institutionellen Lösungen zum Ausdruck. Nichtökonomischen Nöten kann – wenn überhaupt – nur mit Dienstleistungen abgeholfen werden; und diese Dienstleistungen müssen in erster Linie institutionell bereitgestellt werden. Unter beiden Gesichtspunkten aber ist die Disposition des Rechts begrenzt.

Wo Sozialpolitik nicht mit Recht und Geld helfen kann, wo sie also Dienste – durch Institutionen des Gemeinwesens oder durch Sicherung des Zugangs zu ihrem gesellschaftsimmanenten Angebot <sup>63</sup> – bereitstellen muß, stellt sich die Frage nach der Regulierung dieser Dienste. Nur selten können sie allein dem Dienstleistenden – seiner Persönlichkeit, seiner Ausbildung, seinen Erfahrungen und seinem Gutdünken – überlassen werden. Unter vielen Aspekten ist eine Typisierung, eine »Normalisie-

59 *Lubmann* (Anm. 1), S. 109.

60 *Lubmann* (Anm. 1), S. 97: »Das Prinzip der Inklusion scheint dort seine Grenze zu finden, wo die Personen selbst geändert werden müssen, damit sie die Chancen nutzen können, die ihnen die Gesellschaft bietet.«

61 *Lubmann* a.a.O., S. 97: »Personenänderung ist ohnedies das gefährlichste Ziel, das eine Politik sich setzen kann.«

62 S. ergänzend *Zacher*, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft (Anm. 21), S. 759 ff.

63 Zur Trennung zwischen der Sicherung des Zugangs einerseits und der finanziellen Befähigung, die Kosten der Inanspruchnahme zu tragen, s. noch einmal Anm. 49.

« notwendig. Wie wird sie geleistet?<sup>64</sup> Eher informelle Wege sind die Ausbildung, die Fortbildung, der Erfahrungsaustausch und die Meinungsbildung unter denen, die gleichartige Dienste leisten. Formelle Wege sind Verhaltensnormen in berufsständischen codices, Satzungen beruflicher Organisationen und letztlich gesetzlichen Vorschriften. Wie immer auch die Rollen auf die einzelnen Elemente dieses Instrumentariums verteilt sein mögen: das Ergebnis ist *Professionalisierung*.<sup>65</sup> Professionalisierung und Recht verhalten sich zueinander sehr kompliziert. Die informellen Elemente der Professionalisierung können das Recht entlasten. Ebenso können sie sich dem Recht widersetzen. Sind sie zu schwach oder gehen sie in eine »falsche« Richtung, so kann die Korrektur durch das förmliche Instrumentarium – insbesondere durch staatlich gesetztes Recht – notwendig werden. Die förmlichen Instrumente können aber auch »überhandnehmen«. Die Professionalisierung kann sich dann in sich als ein Verrechtlichungsprozeß darstellen. Aber selbst die informellen Instrumente können zu Verhärtungen der professionellen Haltungen führen, deren Nachteile hinter denen einer formellen Verrechtlichung nicht zurückstehen. Professionalisierung und Verrechtlichung verhalten sich zueinander also wie zwei einander überschneidende Kreise. Und das Verhältnis, in dem die beiden Kreise zueinander stehen, kann im konkreten Zusammenhang ebenso positiv zu bewerten sein.

Noch viel weiter greift das Phänomen der *Bürokratisierung*.<sup>66</sup> Und noch viel komplexer ist das Verhältnis zwischen Bürokratisierung und Verrechtlichung. Bürokratien entstehen, um Recht anzuwenden. Bürokratien entstehen, um monetäre Sozialpolitik zu administrieren. Bürokratien entstehen aber auch dort, wo das Instrumentarium des Rechts schwach ist und die Geldleistung dem Zweck nicht entspricht: wo Dienst- und Sachleistungen institutionell angelegt werden müssen. Selbst wo das Ideal personaler Zuwendung und individueller Hilfe gewollt ist, gereicht das hierfür angesetzte Personal leicht entweder zur Bürokratie oder zur Profession oder zu beidem. Sind Bürokratien entstanden, so entstehen zugleich Regulative. Wo nicht das Recht von vornherein eine Bürokratie einsetzt und steuert, hat es, so sich eine Bürokratie gebildet hat, nur die Wahl,

64 S. dazu und zum Folgenden z. B. Kaufmann (Anm. 48), S. 80 ff.

65 S. Reidegeld (Anm. 1); Erbard Blankenburg, Recht als gradualisiertes Konzept. Begriffsdimensionen der Diskussion um Verrechtlichung und Entrechtlichung, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 6 (1980), S. 83 ff. (95).

66 S. dazu Reidegeld (Anm. 1) und seine Nachweise; s. ferner Habermas (Anm. 1) insbes. S. 470 ff.; Lubmann (Anm. 1), S. 103 ff.

den bürokratieimmanenten Normen ihren Lauf zu lassen oder zu versuchen, sich der Bürokratie überzuordnen. Bürokratie heißt so im weitesten Sinne immer Verrechtlichung. Die Frage kann sich nur auf die Weise richten, in der die Regulative der Bürokratie entstehen, verantwortet werden, dem Publikum der Bürokratie erkennbar sind.

## 5. *Verrechtlichung und Normenhierarchien*

### a) *Zu den Normenhierarchien*

Entwickeltes Recht differenziert sich in Normenhierarchien.<sup>67</sup> Solche Normenhierarchien können rein qualitativer Natur sein (wie z. B. Verfassung – Gesetz – gesetzesabhängige Verordnung oder Satzung). Dies setzt voraus, daß die Normenhierarchie auf der Maßgeblichkeit (Souveränität) eines einzigen Rechtsordnungsobjekts beruht. Normenhierarchien können aber auch das Verhältnis mehrerer Rechtsordnungsobjekte (Staaten – supranationale Gemeinschaft; Staaten – Völkerrechtsgemeinschaft; Gliedstaaten – Zentralstaat im Bundesstaat) zu bewältigen haben. Dann überqueren sich mehrere Maximen der Konfliktlösung. Neben die Formeln, die das Verhältnis der Normschichten innerhalb einer rein qualitativen Normhierarchie bestimmen (z. B. ob der Widerspruch zur Verfassung ein Gesetz ungültig oder anfechtbar macht oder nicht), treten Formeln zur Bewältigung des Konflikts verschiedener Rechtsordnungen (z. B. ob der Verstoß gegen Völkerrecht nationales Recht ungültig macht oder nicht, ob im Bundesstaat zentralstaatliches Recht gliedstaatliches Recht bricht oder nicht). Die Summe aller denkbaren Normenhierarchien bildet also ein komplexes Gefüge sich überschneidender Grundmuster. Die Schwierigkeiten vermehren sich, wenn man die Vielfalt der Konfliktlösungsmaximen berücksichtigt: wie etwa die Ungültigkeit einer höherem Recht widersprechenden niedrigeren Norm für jedermann oder doch für jeden Richter; die Konzentration der Überprüfung bei einer einzigen Instanz (Verfassungsgericht); die bloß externe Sanktion (z. B. Völkerrechtsverletzung) oder die interne Wirkung der Ungültigkeit usw. Nicht minder kompliziert sich das Bild, wenn man das Gegenüber zwischen

67 S. zum Folgenden *Hans F. Zacher*, Einleitung: Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich, in: *Hans F. Zacher* (Hrsg.), Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts, 1978, S. 9 ff. (21 ff., 30 ff.).

dem Recht, das vom Staat und den ihm inkorporierten Einheiten (Gemeinden, Sozialversicherungsträger usw.) gesetzt wird, und dem Recht, das private Träger (Vereinigungen, Gesellschaften, Unternehmen, Betriebe, Tarifpartner, sonstige Partner von Kollektivverträgen usw.) setzen, in Betracht zieht. Es ist weder die Aufgabe dieses Berichts, hier systematische Klarheit zu schaffen, noch liegt es im Rahmen seiner Möglichkeiten. Es muß genügen, darauf hinzuweisen, daß sich grundsätzlich alle Normen in einem offenen System mehrerer Normenhierarchien befinden. Überlegungen zur Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts dürfen nicht daran vorbeigehen, daß diese Verrechtlichung sich in gewissen Schichten dieser Normenhierarchie in Strömen, in anderen in Bächen und Rinnsalen, in höheren nicht selten nur in Gestalt von Wolken vollzieht. Jeder Versuch, hier gleichermaßen Konkretes und allgemein Gültiges auszusagen, würde an der Vielfalt der Normenhierarchien, insbesondere der Vielfalt der nationalen Verhältnisse, scheitern – eine Vielfalt, die ja immer eine doppelte ist: eine Vielfalt der Rechtsordnung und eine Vielfalt der Sozialpolitik und also der Inhalte und Gestaltungen sozialen Rechts.

#### b) *Zur Grenze zwischen »staatlichem« und »gesellschaftlichem« Recht*

Letzteres wirft ein besonderes Licht auf die *Abgrenzung zwischen staatlichem und gesellschaftsimmanentem Recht*, wie sie paradigmatisch im Gegensatz zwischen Gesetzesrecht einerseits und Tarifvertragsrecht andererseits hervortritt. Externalisierende Lösungen (Sozialleistungssysteme) stehen nur dem staatlichen Gesetz zu Gebote. Tarifvertragsrecht stößt hier an eine Grenze. Ihr genuines Feld sind die internalisierenden Lösungen des Arbeitsrechts. Externalisierungen sind nur in Richtung auf gesellschaftliche Kollektive hin möglich, auf die Privatversicherung oder auf die Solidargemeinschaft der Tarifpartner und der Tarifgebundenen selbst, nicht aber in Richtung auf das Gemeinwesen (das staatliche Gemeinwesen oder von ihm zu verantwortende partikuläre öffentliche Gemeinwesen, wie öffentliche Sozialversicherungsträger). Natürlich kann das Gesetz das Tarifrecht entsprechend ermächtigen – gewissermaßen: die Tür zu einer Externalisierung aufstoßen (so § 4 Abs. 2 des Tarifvertragsgesetzes für sog. gemeinsame Einrichtungen). Aber die Tarifautonomie aus sich heraus ist dazu nicht fähig. Noch deutlicher gilt dies natürlich für betriebliche Lösungen. Die Grenze zwischen gesellschaftsimmanentem Recht und staatlichem Recht hat also sehr viel auch mit der Abgrenzung zwischen internalisierenden und externalisierenden Lösungen zu tun. Nicht zu übersehen

ist freilich, daß dies nur in einer Richtung gilt. Staatliches Recht kann internalisierende Lösungen schaffen. Gesellschaftsimmanentes Recht kann externalisierende Lösungen nicht von sich aus kreieren. Eine Verrechtlichung, die in Bahnen des Tarifrechts, betrieblicher Übereinkünfte usw. verläuft, ist grundsätzlich also eine Verrechtlichung im weiteren Bereich des »sozialen Rechts«, nicht im engeren Bereich des Sozialleistungsrechts.

### c) *Die Rollenverteilung im staatlichen Recht*

Konzentriert man den Blick auf das *staatliche Recht*, so fragt sich, ob im Sozialrecht die Funktionsteilung zwischen den verschiedenen Normschichten (z. B. Verfassungsrecht – Gesetzesrecht – untergesetzliches Recht) ausgeschöpft werden kann, oder ob sich Gefälle generell ausmachen lassen. Auch auf diese Frage läßt sich keine einheitliche Antwort geben. Natürlich liegt es nahe, dem förmlichen parlamentarischen Gesetz – oder was in den verschiedenen Verfassungs- und Rechtsordnungen dem immer entsprechen mag – einen natürlichen Vorrang einzuräumen. Das gilt insbesondere dort, wo dieses Gesetz auch sonst das zentrale Medium der Rechtsentwicklung und der politischen Entscheidung ist, insbesondere, wo der Gesetzgeber auch über den Haushalt disponiert. Doch gibt es viele Gründe, die diese Regel außer Kraft setzen. Weit verbreitet ist, daß sich Parlamentsgesetz (Rahmengesetz/Ermächtigungsgesetz) und Regierungs-»Gesetz« (konkretisierende/ermächtigte Verordnung) in die legislative Funktion teilen.<sup>68</sup> In der Schweiz teilen sich »Volksgesetz« und »Parlamentsgesetz« die wesentliche legislative Gestaltung der Sozialpolitik.<sup>69</sup> In den osteuropäischen Ländern etwa hat das Gesetz eher Rah-

68 Nach Art. 34 Abs. 4 der französischen Verfassung von 1958 obliegt dem Parlament die Rahmengesetzgebung über die soziale Sicherheit, deren Ausfüllung Ministerrat und Präsident obliegt (Art. 13 Abs. 1 ebd.). Die Komplementarität parlamentarischer Rahmengesetze und präsidentieller (von Präsident und Regierung getragener) Dekrete kennzeichnet etwa auch die jüngste Entwicklung in Griechenland. – Aus der deutschen Sozialrechtsgeschichte darf angemerkt werden, daß in der Weimarer Zeit wesentliche Sozialreformen allein im Wege »exekutivischer« Rechtsetzung vorgenommen wurden. Das »geschlossenste« Beispiel ist die Reichsfürsorgepflichtverordnung von 1924. Sie war eine Regierungsverordnung, deren Ermächtigung nicht in einem Gesetz, sondern in der Dritten Steuernotverordnung von 1924 lag.

69 Die Volksgesetzgebung hat der Sozialpolitik der Schweiz eine ganz eigentümliche Prägung gegeben (s. *Alfred Maurer*, Landesbericht Schweiz, in: Peter A. Köhler und Hans F. Zacher (Hrsg.), *Ein Jahrhundert Sozialversicherung*, 1981, S. 731 ff., insbes. S. 742 ff., 823 ff.). Die relative Schwerfälligkeit der Volksgesetzgebung führte aber auch zu einer vermehrten

mencharakter gegenüber dem, was die staatlichen Planungsstellen oder die Gewerkschaften als staatlich ermächtigte Träger der Sozialversicherungsbürokratie zu bestimmen haben.<sup>70</sup> Aber letztlich werden doch alle Normenhierarchien sozialpolitisch »beschäftigt«. Die Frage ist nur die der Verteilung der Rollen und ihr gegenseitiges Verhältnis – allgemein wie spezifisch sozialrechtlich. Und so erwächst aus der Normenhierarchie auch die Nachfrage nach Normen, welche das Rollenspiel ordnen – also »verrechtlichen«. Bei dem gegenwärtigen Stand der Forschung, schon gar der komparativen Forschung über diese Dinge – im allgemeinen wie insbesondere für das Sozialrecht – wäre es müßig, hier weiter zu spekulieren. Nur das Problem der »Vorordnungs-Schwäche« des Sozialrechts sei näher ausgeführt.

#### d) *Die soziale Vorordnungsschwäche höheren Rechts*

Gemeint ist damit die *Schwierigkeit* des Verfassungsrechts (oder auch analoger internationaler Instrumente: z. B. Europäische Sozialcharta, IAO-Konventionen, UN-Pakte), das *Sozialrecht* verbindlich zu *programmieren*. Solche Steuerung des (niedrigeren) Rechts durch das (höhere) Recht ist weitgehend als Funktion des Verfassungsrechts<sup>71</sup> und internationaler Instrumente gerade auf dem Gebiet des Sozialrechts<sup>72</sup> beabsichtigt oder vorausgesetzt. Die Wirkungen sind jedoch schwer abzusehen. Die Schwierigkeit der Vorordnung besteht unmittelbar und evident für soziale Verfassungsprogramme (Sozialstaatsprinzip,<sup>73</sup> speziellere Programmvorschriften, soziale Grundrechte;<sup>74</sup> entsprechende internationale Verbürgungen).<sup>75</sup> Sie gilt aber auch für klassische Vorordnungen, wie sie die

Aufspaltung der Gesetzgebung auf Volksgesetzgebung und delegierte Gesetzgebung durch Parlamente und Regierung (*Alfred Maurer*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bd. 1 1979, S. 126 ff.).

70 S. *Hans F. Zacher*, Sozialrecht in sozialistischen Ländern Osteuropas, Nachwort, Jahrbuch für Ostrecht, Bd. XXIII (1982), S. 331 ff.

71 S. *Zacher* (Anm. 5).

72 *Hans F. Zacher* (Hrsg.), Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts, 1978.

73 S. *Hans F. Zacher*, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, in: Hamburg/Deutschland/Europa, Festschrift für Hans-Peter Ipsen, 1977, S. 207 ff.

74 S. z. B. *Josef Isensee*, Verfassung ohne soziale Grundrechte, Der Staat, Bd. 19 (1980), S. 367 ff.; *Jörg Lücke*, Soziale Grundrechte als Staatsziel, Bestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 107 (1982), S. 15 ff.

75 S. noch einmal Anm. 72 und die dortigen Nachweise.

Freiheitsrechte darstellen. Während Freiheitsrechte gegenüber dem direkt eingreifenden Staat hohe Schutzwirkung entfalten können, bleiben sie gegenüber dem indirekt, über soziale Interventionen lebensgestaltenden Staat unsicher.<sup>76</sup> Selbst der allgemeine Gleichheitssatz vermag – entgegen der Vermutung, welche der egalitäre Ansatz von Sozialpolitik erweckt – die Entwicklung des Sozialrechts nicht durchgehend zu prägen. Nur einzelne Diskriminierungsverbote können nachhaltige Wirkung erzeugen.<sup>77</sup> Die Gründe für diese »Vorordnungs-Schwäche« des Sozialrechts sind vielfältig. Die allgemeinsten sind: die Kette der »Wirklichkeiten« und ihrer Entwicklungen, an der ein auf die Veränderung von Wirklichkeiten zielendes Sozialrecht liegt; die Notwendigkeit von Detailregelungen, wo unmittelbare präzise Ansprüche geschaffen werden sollen (und nicht bloß Ansprüche auf Ermessen oder Zugangsrechte zu institutionellen Angeboten); die unerfüllbare Unendlichkeit wünschbarer sozialer Verbesserungen und die ihr entsprechenden Notwendigkeiten des Ermessens, das endlich Machbare zu bestimmen; die inneren Zielkonflikte der Sozialpolitik (Abwehr von Not versus Vermittlung von Wohlstandsteilhabe, Mehrung der Gleichheit versus Erhaltung ungleicher Lebensstandards usw.); die (gerade den Gleichheitssatz lähmende) Systemfeindlichkeit der Fluktuation der Problemdefinitionen und -lösungen zwischen den vorfindlichen Sachordnungen und möglichen Feldern externalisierender Lösungen. Für die Schwäche der Freiheitsrechte kommt die Gegenläufigkeit der Freiheitsmehrung durch soziale Freiheitserfüllung und Freiheitssteuerung durch die Bedingungen der Freiheitserfüllung hinzu.<sup>78</sup>

Doch darf hinter dieser Schwäche vorordnenden Rechts gegenüber dem Sozialrecht nicht vergessen werden, daß Sozialpolitik und Sozialrecht sol-

76 S. Lubmann (Anm. 1), S. 37: »Während in älteren Gesellschaftsformationen mit hierarchisch strukturierter Politik die Gefahr der Despotie, der Willkür, des Machtmißbrauchs den Punkt einnahm, an dem die Politik zum Problem und zur Selbstgefährdung wurde, kommen im Wohlfahrtsstaat diejenigen Probleme hinzu, die sich aus dem selbstreferentiellen Arbeitsmodus ergeben. Die Frage des Machtmißbrauchs wird damit nicht obsolet, der Rechts- und Verfassungsstaat, der darauf angesetzt ist, nicht überflüssig; aber die Nachteile einer riskanten Strukturentwicklung sind mit diesen Kategorien nicht mehr vollständig erfaßt, und es gibt Symptome für Entwicklungen, die in ganz anderen Richtungen Sorge bereiten.« – Zur Herleitung von Leistungsansprüchen aus der Verfassung s. Wolfgang Riefner, Grundrechtliche Leistungsansprüche, in: Im Dienst des Sozialrechts, Festschrift für Georg Wannagat, 1981, S. 379 ff.

77 Hans F. Zacher, Soziale Gleichheit, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 93 (1968), S. 341 ff.

78 Zur »Ambivalenz von Freiheitsverfügung und Freiheitsentzug« s. Habermas (Anm. 1), S. 531 mit weiteren Nachweisen. S. zum Vorigen differenzierend und ergänzend Hans F. Zacher, Freiheits- und Sozialrechte im modernen Verfassungsstaat, in: Stanis-Edmund Szydzik (Hrsg.), Christliches Gesellschaftsdenken im Umbruch, 1977, S. 75 ff.

chen Vorordnungen unterliegen. Die sozialpolitische Diskussion hat diese Vorordnungen in Rechnung zu stellen. Und das Sozialrecht ist den ihnen eigenen Sanktionen ausgesetzt. Dort, wo Verfassungen durch Verfassungsgerichte sanktioniert sind, hat dies gerade auch zu einer Einmischung der Verfassungsgerichte in die sozialpolitische und sozialrechtliche Entwicklung geführt.<sup>79</sup> Die Sachverständigenausschüsse zur Überwachung der Einhaltung der Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarates<sup>80</sup> konnten eine vergleichbare Bedeutung nicht gewinnen.<sup>81</sup>

### e) *Konzentration versus Diversifikation*

Zusammenfassend sei auf ein Paradoxon hingewiesen. Auf der einen Seite bedeutet die Differenzierung der Rechtsordnungen, daß alle Rechtsschichten auch an der Sozialpolitik beteiligt werden. Auf der anderen Seite besteht eine gewisse Tendenz des Sozialrechts, sich der Ausdifferenzierung der Rechtsordnungen zu entziehen.<sup>82</sup> Das Sozialrecht sucht sich ei-

79 S. für die Bundesrepublik Deutschland die Berichte von *Wolfgang Riefner*, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart, Bd. 1 (1979), S. 59 ff. (1980), S. 21 ff., Bd. 3 (1981), S. 33 ff.; Bd. 4 (1982), S. 35 ff.; *Dietrich Katzenstein*, Das Sozialrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. X (1982), S. 167 ff. S. für Italien die Beiträge in: *Franco Angeli* (ed.), Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale, 1978. – Zurückhaltender dagegen der österreichische Verfassungsgerichtshof: *Theodor Tomandl*, Allgemeiner Teil (Ziff. 0.2.1), in: *Theodor Tomandl* (Hrsg.), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts, Loseblatt Stand 1982, S. 3 ff.

80 S. noch einmal Anm. 72.

81 Dagegen liegt der Fall des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften grundsätzlich anders. Er hat eine umfassende Wirksamkeit entfaltet (s. *Bernd Schulte* und *Hans F. Zacher*, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart, Bd. 1 (1979), S. 353 ff., Bd. 2 (1980), S. 359 ff., Bd. 3 (1981), S. 419 ff., Bd. 4 (1981), S. 439 ff.). Der Europäische Gerichtshof hat es weniger mit Verordnung als mit der Durchsetzung der (spezifischen) europäischen Ordnung des Sozialrechts gegenüber dem (allgemeineren) nationalen Sozialrecht zu tun.

82 S. *Zacher* (Anm. 67), S. 35, 39. – In Ergänzung des Textes sei hier noch auf ein Phänomen hingewiesen, das hier nicht vertieft werden kann: das *bundesstaatliche* Phänomen. In den mitteleuropäischen Bundesstaaten (Bundesrepublik Deutschland, Österreich, Schweiz) hat sich, da sie einheitliche soziale Lebensräume darstellen, die Konzentration der Sozialgesetzgebung auf die Zentralstaaten entwickelt. Das muß nicht so sein. In den Vereinigten Staaten von Nordamerika spielen die Gliedstaaten immer noch eine erhebliche sozialpolitische Rolle. In Kanada hat sich ein besonderes System der Koordination der Sozialpolitik des Bundes und der Provinzen herausgebildet. Eine umfassende Analyse der sozialpolitischen Kompetenzen in den Bundesstaaten fehlt jedoch. Deshalb muß es hier mit diesem Hinweis sein Bewenden haben. –

nen Schwerpunkt. Diese »Mitte« ist, wie gesagt, weitgehend resistent gegenüber der Vorordnung von »oben«. Und sie regelt so vieles selbst und unmittelbar, daß »unteres« Recht sich seiner »Vorordnung« nicht entziehen kann. Sie ist Ordnung, nicht Vorordnung. Trotz dieser Tendenz zur »Schichtenwahl« des Sozialrechts kann dieses sich der Differenzierung der Rechtsordnung aber nicht entziehen. Aus dem Über- und Nebeneinander verschiedener Schichten sozialrechtsrelevanter Normen ergeben sich so zusätzliche Probleme der Interpretation, Anwendung und Koordination – letztlich des Konflikts. Die Differenzierung der Rechtsordnungen – anders ausgedrückt: die Existenz von Normenhierarchien – ist also selbst eine Quelle der Verrechtlichung.

### C. *Erscheinungsformen der Verrechtlichung*

#### I. *Die thematische Ausweitung des Rechts*

##### 1. *Die Ablösung der »natürlichen« Gesellschaft durch eine sozialrechtlich gestaltete und verantwortete Gesellschaft*

Mit der Entwicklung des sozialen Rechts – ganz besonders mit der Entwicklung des Sozialrechts im engeren Sinne – hat sich das Recht auf immer neue Gegenstände geworfen. Lebenserscheinungen, die vordem nicht oder wenigstens nicht unmittelbar Gegenstand des Rechts waren, wurden in großer Zahl zu Gegenständen des Rechts: Krankheit, Alter, Kinderzahl, Wohnungsaufwand, Erwerbsunfähigkeit, Minderung der Erwerbsfähigkeit, Berufsunfähigkeit, Nachlassen der körperlichen und geistigen Kräfte usw. Neben primäre Existenzgrundlagen sind alternative Sozialleistungen getreten: Sozialleistungen statt Arbeitslohn, Sozialleistungen statt Unterhalt. Das Recht hat sich damit ausgeweitet. Es hat das soziale Leben auf vielfältige Weise völlig neu typisiert. Und es hat die Verhaltensweisen seiner (potentiellen) Adressaten verändert. Ursprüngliche Lebenswelten wurden zersetzt, verändert, entfunktionalisiert. Mit der zunehmenden Künstlichkeit der gesellschaftlichen Verhältnisse nehmen die Möglichkeiten und Verantwortlichkeiten des Rechts immer mehr zu.<sup>83</sup>

83 S. o. B.I. S. auch noch einmal die Anm. 1 zit.

Damit kann und soll nicht gesagt werden, daß alle vom Gemeinwesen her »gewillkürte« Entwicklung der gesellschaftlichen Verhältnisse vom Recht bewirkt, beherrscht und zu verantworten ist. Die Politik hat andere Möglichkeiten, Gegebenheiten zu verändern und Zwänge auszuüben. Herrschaftsapparaturen wie Staatsparteien, Massenorganisationen oder Bürokratien funktionieren auch und gerade ohne Recht. So betrachtet ist es im allgemeinen ein »Glücksfall«, wenn die gesellschaftliche Entwicklung durch Recht geschieht.

## 2. *Die Proliferation des Sozialrechts*

Intervention aber erzeugt Intervention. Somit entsteht mit der Etablierung des Sozialrechts ein neuer Aufgabenkreis des Rechts, der gleichsam der Bewältigung der Folgen des Sozialrechts dient. Diese »zweite Generation« sozialrechtlicher Verrechtlichung kann grob in zwei Dimensionen eingeteilt werden: die Dimension der internen Integration des Sozialrechts und die Dimension seiner externen Wirkungsbedingungen.

### a) *Die innere Integration des Sozialrechts*

Die Aufgabe der inneren Integration des Sozialrechts wird umso deutlicher, je mehr sich das Sozialrecht von einer Korrektur der gesellschaftlichen Verhältnisse zu einer tragenden Institution der gesellschaftlichen Verhältnisse – allgemeiner: von einer Ausnahme zur Regel – entwickelt. In der Phase der Korrektur steht die soziale Erleichterung im Vordergrund, die das Sozialrecht schafft. In der Phase der Institutionalisierung, der Verallgemeinerung, stehen die Unzulänglichkeiten im Vordergrund.

- Solche Unzulänglichkeiten können *Nöte* sein, *denen noch nicht abgeholfen* ist. Die Thematisierung der »Randgruppen« ist eine typische Erscheinung dieser Art. Aber auch systemspezifische Insuffizienzen gehören hierher. Bei der Einführung der Sozialversicherung z. B. stand im Vordergrund, daß diejenigen sich sichern können, die Beiträge zur Sozialversicherung zahlen können. Mit zunehmender Gewöhnung an diesen Fortschritt wurde das Unbehagen spürbar, daß diejenigen sich nicht sichern können, die keine Beiträge zahlen können. Das »sekundäre soziale Risiko« des Sich-nicht-sichern-Könnens wurde entdeckt. Mit verschiedenen Techniken (z. B. Anrechnung von Zeiten der Arbeitslosigkeit in der Rentenversicherung oder Zahlung von Beiträgen

für Empfänger von Arbeitslosengeld an die Rentenversicherung) wurde abgeholfen.

- Mit zunehmender Gestaltung der Lebensverhältnisse durch das Sozialrecht wurden die *Diskriminierungen* spürbar, *die sich aus dem Sozialrecht ergeben können*. Reformen zur Gleichstellung von Mann und Frau gerade in der sozialen Sicherung sind eine verbreitete Reaktion darauf.
- Vollends unübersehbar und unerschöpflich sind die Bedürfnisse nach *innerer Koordination des Sozialrechts*. Da sind zunächst die Ungereimtheiten innerhalb der Sozialleistungssysteme zu nennen,<sup>84</sup> die sich teils aus falschen Prognosen, unerwarteten Entwicklungen der Anwendung oder der Verhältnisse, die sie treffen, unsystematischen Änderungen und dergleichen mehr ergeben. Nicht weniger kommt es zu Ungereimtheiten zwischen verschiedenen Sozialleistungssystemen – sachlich nicht zu rechtfertigenden Privilegierungen und Benachteiligungen. Eine Menge von Kollisionsproblemen entsteht: Leistungskumulativen, Zuordnung von Personen und Systemen und Wechsel dieser Zuordnung, Probleme der Begegnung verschiedener nationaler Rechte, vor allem aber – angesichts der Bewegtheit des Sozialrechts besonders bedeutsam – Probleme intertemporaler Kollision. Sie alle bedürfen der Wahrnehmung und Lösung.

Mehr im Hintergrund stehen die Unstimmigkeiten, die sich aus den immanenten Widersprüchen dessen ergeben, was als »sozial« angesehen wird: Kampf gegen elementare Not und Gewährleistung eines Existenzminimums. Sorge um mehr Gleichheit, Minderung von Abhängigkeitsverhältnissen, Ausgleich von Wohlstandsdifferenzen; Sicherheit gegen die sogenannten »Wechselfälle des Lebens« und also auch Sicherheit des erworbenen, auch des ungleichen Lebensstandards; mehr Freiheit durch Zuteilung der Mittel zum Gebrauch der Freiheit; endlich Wohlstandsteilhabe aller. Alle diese Ziele sind in sich vieldeutig und treten untereinander in Widerspruch. Reformwünsche sind häufig Ansätze, um vernachlässigte Zwecksetzungen dieser Art zu verwirklichen – fast unvermeidlich auf Kosten anderer. Je älter der Wohlfahrtsstaat wird, desto mehr wird ein anderer Binnenwiderspruch deutlich. Soziale Gerechtigkeit wurde immer – wenn auch nicht zugleich – in drei Erscheinungsformen akzeptiert: als Bedarfsgerechtigkeit, als Leistungsgerechtigkeit und als Besitzstandsgerechtigkeit. Der Wohlfahrtsstaat entwickelte sich zunächst aus dem Ziel

84 S. exemplarisch den Titel von *Wolfgang Gitter*, Zweckwidrige Vielfalt und Widersprüche im Recht der Sozialversicherung, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. VI (1969).

der Bedarfsgerechtigkeit, versöhnte sich sodann mit der Leistungsgerechtigkeit und entwickelte endlich Besitzstände. Die Spannung zwischen diesen drei »Gerechtigkeiten« ist offensichtlich. Gerade in Zeiten schwindender Möglichkeiten des Wohlfahrtsstaates<sup>85</sup> wird der Konflikt zwischen Bedarfsgerechtigkeit und Besitzstandsgerechtigkeit besonders deutlich.

– Schließlich ergeben sich aus den Erfahrungen mit dem Sozialrecht Ordnungsbedarfe, die zu *Verfahrensregelungen, Kontrollmechanismen, Erleichterungen des Zugangs zum Recht und anderem mehr* führen.<sup>86</sup> In der Bundesrepublik Deutschland sind die Erörterungen über das Sozialrechtsverhältnis und über das soziale Pflege- und Betreuungsverhältnis<sup>87</sup> Beispiele für solche Folgeprobleme.

Rufe nach einer »Vereinfachung« des Sozialrechts sind eine allgemeine Reaktion auf den Überfluß an diesen Problemen. Zum Erfolg führen sie selten.

## b) *Die externen Wirkungsbedingungen des Sozialrechts*

In dieser »zweiten Generation« sozialrechtlicher Verrechtlichung scheinen ferner die veränderten Verhaltensweisen eine zentrale Rolle zu spielen. Wurde das Sozialrecht nämlich zunächst unter der Voraussetzung entwickelt, daß die Gefährdungen, denen es entgegenwirkt, und die Defizite, denen es abhilft, für den Adressaten sozialrechtlicher Hilfe unentzerrnbare Bedrängnisse darstellen, so haben sich gerade hierin Veränderungen ergeben, unter denen die wichtigsten wohl die folgenden sind:

– Geht das Sozialrecht zunächst davon aus, daß es die Vermeidung der Situationen, an die seine Abhilfen anknüpfen, den Beteiligten überlassen kann, so stellt sich nach Bereitstellung der Abhilfen heraus, daß die Alternative »keine Defizitsituation plus keine Abhilfe« oder »Defi-

85 S. noch einmal Anm. 51.

86 S. o. Anm. 55.

87 So z. B. die Verhandlungen des Deutschen Juristentages zu dem Thema »Empfiehlt es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?« (s. das Gutachten von *Peter Krause* zu diesem Thema: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, Wiesbaden 1978, Bd. I, Teil E; ferner die Verhandlungen der Sozialrechtlichen Abteilung: Verhandlung des 52. Deutschen Juristentages, Wiesbaden 1978, Bd. II, Sitzungsberichte, Teil N, sowie den Schlußbericht von *Hans F. Zacher* ebda., Teil O, S. 14 ff.). S. neuerdings wieder *Gerhard Igl*, Der Heimvertrag als Regelungsgegenstand, Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, 63. Jg. (1983), S. 110 ff., weitere Nachweise s. dort.

zitsituation plus Abhilfe« für die Beteiligten *kalkulierbar und steuerbar* sein kann.<sup>88</sup> Die Diskussion um den »Mißbrauch von Sozialleistungen«<sup>89</sup> zielt insofern auf eine weitere – technisch auf verschiedenste Weise denkbare – Differenzierung der Rechtstatbestände.

- Sozialrechtliche Abhilfen zielen über mehr Gleichheit (z. B. Sicherheit für alle im Krankheitsfall) auch auf mehr Freiheit (Abschwächung der Folgen gesundheitsschädigenden Verhaltens nicht nur für die Reichen, sondern auch für die Ärmern). Innerhalb des Solidarverbandes führt dies zu einer neuen Gleichheitsfrage: nach der *gleichen Belastung bei ungleichem Gebrauch der Freiheit*. Die Diskussion um die »Selbstverantwortung« der sozial Gesicherten<sup>90</sup> zielt insofern ebenfalls auf eine Verfeinerung der Rechtstatbestände.
- Eine wesentlich andere Veränderung zeichnet sich darin ab, daß neben »Nothilfeleistungen« immer mehr »Angebotsleistungen« getreten sind (Ausbildungsförderung, Berufsförderung, z. T. auch Rehabilitation, Vorbeugemaßnahmen usw.). Das Sozialrecht geht hier nicht davon aus, daß die Voraussetzungen nicht »manipulierbar« sind, es geht vielmehr davon aus, daß gewisse Voraussetzungen auch willkürlich herbeigeführt werden können (im Kern: von der Bereitschaft, sich auf das Angebot einzulassen). Die Schwierigkeiten, zwischen »Angebotsleistungen« und »Nothilfeleistungen« zu unterscheiden, scheinen für alle Beteiligten (Politik, Sozialleistungsträger, Adressaten usw.) groß zu sein. Sie führen zur Verwirrung. Auch insofern drängt das Unbehagen zu einer weiteren Klärung und möglichen Mehrung des Rechts.

## II. *Die Ersetzung und Zersetzung vorfindlicher Ordnungen und Steuerungsmechanismen durch das positive Recht*

Der Prozeß der Verrechtlichung vollzog sich, in vielfältigen Überschneidungen,

88 S. Traugott Wulfhorst, Leistungssteigerndes Verhalten der Berechtigten im Sozialrecht, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. 10 (1982), S. 1 ff.

89 S. etwa Eberhard Eichenhofer, Mißbrauch von Sozialleistungen, Die Sozialgerichtsbarkeit, 29. Jg. (1982), S. 137 ff.

90 S. etwa Hans Braun u. a., Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft. Das Recht der sozialen Sicherung und der Verantwortungswille des Bürgers, 1981; insbes. Walther Ecker, Das schadenstiftende Verschulden gegen sich selbst und die soziale Sicherung, ebda. S. 55 ff.; Michael Faude, Selbstverantwortung und Solidarverantwortung im Sozialrecht. Strukturen und Funktionen der sozialrechtlichen Relevanz des Selbstverschuldens des Leistungsberechtigten, 1983.

- im Übergang von unverfügbaren, unverfügten und vorgegebenen Ordnungen zu sozialer Steuerung<sup>91</sup> z. B. durch Ausbildung, Unterweisung, Indoktrination,
- durch die Etablierung von Rahmenordnungen für autonome Gruppen (Familie), für Regelmechanismen (Markt) oder auch für alternative Steuerungsmechanismen (z. B. Schule),
- durch die vermehrte materielle Intervention in diese so »eingerahmten« Ordnungen und Steuerungsmechanismen,
- durch verhaltenssteuerndes Recht, materielles Recht (von wirtschaftlichen Anreizen bis zu direkten Befehlen), und
- endlich durch das »Unterfangen« sozialer Defizite durch das Sozialleistungsrecht.

Soziales Recht »fädelt« sich in diesen Prozeß zunächst vor allem durch die »materialisierende«, interventionistische Vertiefung und Ergänzung von Rahmenordnungen (z. B. des Arbeitsvertragsrechts) ein. Neben einen Prozeß der Verdichtung dieser »materialisierenden« Intervention trat dann aber der andere Prozeß der Lebensgestaltung durch die Ausbildung des Sozialleistungsrechts (des Sozialrechts im engeren Sinn).

Damit trägt das Sozialrecht auf doppelte Weise dazu bei, den Raum unverfügbarer Ordnungen zu mindern und unverfügbare Ordnungen ebenso wie autonome Räume gezielt oder indirekt (in Kauf genommen oder wider Erwarten) zu verändern. Dabei sind vielleicht zwei elementare Zäsuren von der größten Bedeutung:

- der Schritt von der Unverfügbarkeit zur Verfügbarkeit (sei es durch Rahmenordnungen, sei es durch Interventionen, sei es durch umfassende »Materialisierung«);
- und der Schritt von der Einbödigkeit einer ausschließlich internalisierend korrigierenden sozialrechtlichen Gestaltung zu jener Doppelbödigkeit, die aus der Entwicklung externalisierender Lösungen erwächst.

Die erste Zäsur kann etwa mit den Veränderungen exemplifiziert werden, die eintreten, wenn eine traditionelle, hingegenommene, unverfügte und unverfügbare Ordnung des Familienlebens durch eine positive, gemachte Ordnung des Familienlebens »eingerahmt« wird. Selbst wenn die Rahmenordnung auf die Erhaltung des Bestehenden abzielen würde, ist die

91 Zur Rolle des Rechts s. *Niklas Luhmann*, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Rüdiger Lautmann, Werner Maihofer und Helmut Schelsky (Hrsg.). Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1 (1970), S. 175 ff.

alte Ordnung nicht mehr die alte, nachdem die Verfügbarkeit der Ordnung – wenn auch nur in Gestalt der »Einrahmung« – bewußt geworden ist. Der zweite Schritt kann sodann an der Veränderung gezeigt werden, die eintritt, wenn der familiäre Unterhalt durch die Alternativen von Ausbildungsförderung, Rente usw. ersetzbar wird, wenn die Unterhaltskraft durch Leistungen wie Kindergeld und Wohngeld verändert, wenn die Rolle des Unterhaltsträgers durch Hinterbliebenenrente über ihre natürliche Dauer hinaus substituiert wird usw.

Die hier angedeutete Entwicklung ist zunächst ein Phänomen der Rechts- und Sozialgeschichte. Dabei ist bemerkenswert, daß diese Entwicklung mit der Ausdifferenzierung der Problemfelder einhergeht, die oben<sup>92</sup> benannt wurden. In der archaischen Gesellschaft findet sich nur die unverfügbare, vorgegebene Ordnung. In ihr findet sich auch die Einheit des Unterhaltsverbands mit dem Arbeits- und Erwerbsverband und dem Bedarfsdeckungsverband. Die reale Differenzierung dieser Bereiche geht in loser Parallelität mit der Entwicklung entsprechender Rechtsordnungen einher. Der letzte Schritt ist dann, daß den internalisierenden Korrekturen der einschlägigen Sachordnungen die externalisierenden sozialen Problemlösungen hinzugefügt werden.

Von aktuellem Interesse ist diese Entwicklung aber immer noch aus zwei Gründen. Einerseits finden wir die Gleichzeitigkeit dieser Ungleichzeitigkeiten in den Entwicklungsländern. Wir finden dort ganz besonders bedeutsam gerade auch die verändernde – um nicht zu sagen: zersetzende – Wirkung der jeweils »späteren« Phase auf die »Restbestände« der jeweils »früheren« Phase.<sup>93</sup> So hat z. B. Tansania jüngst eine Regelung verabschiedet, die vorsieht, daß der »moderne« Richter die »vormodernen« Unterhaltslasten klärt, wenn ihre Nichterfüllung zur Inanspruchnahme von Sozialleistungen führt. Der andere Grund, warum diese Entwicklung aktuelles Interesse verdient, ist der, daß die Rückwirkung der sozialleistungsrechtlichen Alternativen auf die primären Sachregelungen auch in den entwickelten Ländern längst nicht geklärt ist. Man denke etwa – um den Beispielsbereich der Familie<sup>94</sup> einmal zu verlassen – an die zahllosen Veränderungen, die vom Sozialrecht her auf den »Gesundheitsmarkt«

92 S. o. B.I.

93 S. dazu den Bericht über ein »Gespräch« im Rahmen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht zum Thema »Sozialrecht und Sozialpolitik in Entwicklungsländern« mit Beiträgen von *Maximilian Fuchs*, *Manfred Nitsch*, *Detlef Zöllner* u. a., Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. 11 (1983), S. 5 ff.

94 S. insofern zu allem Vorigen noch einmal die Beiträge bei *Kaufmann* (Hrsg.), (Anm. 43).

Einfluß genommen haben, indem sich in der Tat sich selbst regulierende Marktmechanismen kaum noch finden.<sup>95</sup>

Eine andere, nicht minder zu stellende Frage ist die, inwieweit Recht überhaupt imstande ist, andere Ordnungen und Steuerungsmechanismen – sinnvoll – abzulösen. Gerade personale Dienstleistungen (z. B. Sozialarbeit) werden primär nicht durch rechtliche Anweisungen, sondern nur durch andere Steuerungsmechanismen (Ausbildung, Fortbildung, Kunstregeln, Standesethik usw.) gesteuert werden können. Aber das Recht ist auch wieder nicht einfach entbehrlich. Eine sich selbst überlassene »pädagogische Intervention«<sup>96</sup> kann »unverfügte« Ordnungen nicht substituieren. Sie »verfügt« sie selbst. Sie usurpiert ihre Formulierung. Den gesellschaftlichen Konsens dort, wo er verloren ist, wieder zu klären, ist das Recht letztlich unentbehrlich. Entscheidend ist das richtige Zusammenwirken aller »zuständigen« Steuerungsmechanismen.

### III. *Gestaltwandel sozialen Rechts*

Endlich ist der Blick auf das zu richten, was die Verrechtlichung im Sozialrecht vielleicht am sinnfälligsten ausdrückt: der Gestaltwandel im sozialen Recht (im weiteren Sinne).

#### 1. *Formulierung von Recht*

Als Verrechtlichung kann schon erscheinen, wenn nicht formulierte Regeln durch formulierte Regeln ersetzt werden.<sup>97</sup> Insofern ist schon die Formulierung von Handlungscodices für Sozialarbeiter, der Erlaß von Richtlinien für die ärztliche Behandlung im Rahmen der Krankenversicherung Verrechtlichung. In diesem Sinne ist es auch Verrechtlichung, wenn im Völkerrecht Rechtsmeinungen von Organen, die nicht zur Rechtssetzung im herkömmlichen Sinne befugt sind, in Resolutionen und Deklarationen niedergelegt werden, um als »softlaw« ihre Wirkung zu

95 S. jüngst etwa *Peter Oberender*, Mehr Wettbewerb im Arzneimittelbereich der Gesetzlichen Krankenversicherung: Eine Alternative zum staatlichen Dirigismus, *Medizin, Mensch, Gesellschaft* (MMG), 1. Jg. (1983), S. 26 ff.

96 S. *Kaufmann* (Anm. 43), S. 80 ff.

97 *Habermas* (Anm. 1), Bd. 2, S. 524: »Der Ausdruck ›Verrechtlichung‹ bezieht sich ganz allgemein auf die in modernen Gesellschaften zu beobachtende Tendenz der Vermehrung des geschriebenen Rechts.«

tun.<sup>98</sup> Gerade indem man insofern von der exakten Qualifizierung solcher »Rechtsquellen« absieht, wird deutlich, welche Bedeutung allein schon die Formulierung von Regeln hat. Der Zugang zum Recht wird ein anderer, der Kampf ums Recht wird ein anderer, aber auch die Ausweichprozesse am Recht vorbei werden andere, wenn Regeln geschrieben sind. Wenn sich damit der Schritt vom Nichtrecht zum Recht verbindet, so wird diese Veränderung nur umso bedeutsamer.

In diesem Zusammenhang mag auch die Frage nach der Relevanz von Kodifikationen<sup>99</sup> aufgeworfen werden. Ihre Stellung im Prozeß der Verrechtlichung ist eine sehr unterschiedliche. Sozialrecht im engeren Sinn ist zumeist a priori geschriebenes Recht. Kodifikationen fassen also entweder geschriebenes Recht zusammen (Kompilationen), bereinigen es und schreiben es fort (Konsolidationen) oder geben dem Sozialrecht grundlegende neue Strukturen und Inhalte (Kodifikationen im engeren Sinne). Je nachdem verändern sie am Zustand der Verrechtlichung wenig oder nichts (Kompilationen), sind sie Versuche, die Proliferation des Sozialrechts zu bewältigen (Konsolidationen), oder vermehren sie die Normenmenge im Zeitablauf (Kodifikationen im engeren Sinne). Die klassische Kodifikation des Privatrechts hatte zumeist eine andere Bedeutung. Indem sie Rechtstradition (Richterrecht, wissenschaftliche Lehrmeinungen usw.) aufnahm und fortschrieb, transformierte sie nicht nur unbeschriebenes in geschriebenes Recht, sondern überführte sie auch Rechtsentwicklungen in der Hand der Rechtslehre und der Gerichte in die Disposition eines förmlichen Gesetzgebers, überführte sie langfristige Entwicklungen in momentane Entscheidungen. Dies mag sich heute noch im sozialen Recht (im weiteren Sinne) – z. B. im Arbeitsrecht – vollziehen. Für das Sozialrecht im engeren Sinne ist es von eher marginaler Bedeutung. Hier mag Kodifikation gleichwohl ein Beitrag zur »Vermehrung des geschriebenen Rechts«<sup>100</sup> sein.<sup>101</sup> Eine einheitliche und wesentliche Bedeutung im

98 S. dazu etwa *Bruno Simma*, Methodik und Bedeutung der Arbeit der Vereinten Nationen für die Fortentwicklung des Völkerrechts, in: Die Vereinten Nationen im Wandel, hrsg. von Wilhelm Kewenig, 1975, S. 78 ff.; *Jochen A. Frowein*, Der Beitrag der internationalen Organisationen zur Entwicklung des Völkerrechts, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 36 (1976), S. 147 ff.

99 S. *Hans F. Zacher*, Die Kodifikation des Sozialrechts im Ausland, Festschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag, 1981, S. 429 ff. Nachzutragen ist, daß das Gesetz 825/81 den Minister für soziale Angelegenheiten ermächtigt, die Gesetze betreffend die Versicherung der Arbeitnehmer im Sinne einer Kompilation zusammenzufassen.

100 S. noch einmal Anm. 97.

101 S. z. B. die Niederlegung bisher nicht formulierten oder nur spezieller formulierten Rechts im I. und X. Buch des Sozialgesetzbuchs der Bundesrepublik Deutschland.

Verrechtlichungsprozeß des Sozialrechts kommt Kodifikationen aber wohl nicht zu.

## 2. *Verrechtlichung als Kompetenzverlagerung und Komplikation von Verfahren*

Von Verrechtlichung ist oft auch dann die Rede, wenn der förmliche Gesetzgeber und/oder der Richter zuständig werden, wo dies vordem nicht der Fall war. Wird der förmliche Gesetzgeber zuständig, so kann dies in erster Linie bedeuten, daß ungeschriebenes (allenfalls gesammeltes, aber nicht textlich fixiertes) Recht in geschriebenes verwandelt wird. Es kann bedeuten, daß sich die Rechtsentwicklung von der Verwaltung auf den förmlichen Gesetzgeber oder vom Richter auf den förmlichen Gesetzgeber verlagert. Es kann auch – etwa gegenüber den Tarifpartnern – bedeuten, daß der Staat die Entscheidung an sich zieht, wo sie vordem gesellschaftlichen Kräften überlassen war. Inwieweit die Spielräume der Verwaltung eingeengt werden, hängt vom Inhalt des Gesetzes ab. Zumeist ist es der Fall. Wird der Richter zuständig, so bedeutet dies in der Regel, daß die Verwaltung ihre Befugnis, das Recht anzuwenden und auszulegen, mehr oder weniger nachhaltig mit ihm teilen muß. Höchstgerichte gewinnen dabei eine eigene Funktion der Rechtsbildung, in der sie mit dem förmlichen Gesetzgeber konkurrieren. Dies anzudeuten, muß hier genügen. Im einzelnen sind die Vorgänge von überaus unterschiedlicher Gestalt und Konsequenz.

Ein eindrucksvolles Beispiel für den hohen Grad nationaler Eigenart, die Verrechtlichungsvorgänge dieser Art an sich haben, ist die britische Debatte über das Verhältnis von Recht und »social services«. <sup>102</sup> Recht wird dabei als das traditionelle, kaum verfügbare, von einem »inneren Kreis« von Anwälten und Richtern beherrschte law angesehen. Von dem Vorurteil her, daß dies und nichts anderes »Recht« sei, wurde lange Zeit gefordert, das Recht aus den social services herauszuhalten. Die Entwicklung ging dann den Weg der Regelung durch Parlamentsgesetze (statutes) und eine Vielzahl anderer Instrumente und des Rechtsschutzes durch Sondergerichte (tribunals). <sup>103</sup> Aus kontinentaler Sicht ist dies freilich nur die

<sup>102</sup> S. noch einmal oben Anm. 16.

<sup>103</sup> S. z. B. *Julian Fulbrook, Administrative Justice and the Unemployed*, 1978.

Entwicklung »anderen Rechts«. <sup>104</sup> Auch aus britischer Sicht scheint sich die Kluft, die so ursprünglich zwischen law und courts einerseits und social legislation und tribunals andererseits gesehen wurde und gewollt war, zu vermindern.

In der Bundesrepublik Deutschland hat sich Verrechtlichung sicher in der Weise vollzogen, daß die sozialrechtliche Gesetzgebung sich immer weiter ausgedehnt hat und das Gesetz immer weiter auch zur Voraussetzung rechtmäßigen administrativen Leistens gemacht wurde. <sup>105</sup> Zugleich wurde die richterliche Kontrollzuständigkeit gegenüber der Verwaltung universalisiert und maximalisiert, <sup>106</sup> durch die Normenkontrollzuständigkeiten der Verfassungsgerichte, insbesondere des Bundesverfassungsgerichts, wurde auch der Gesetzgeber der richterlichen Kontrolle unterworfen. <sup>107</sup> Dabei bleiben freilich eindrucksvolle Unterschiede zwischen der Verrechtlichung durch Gesetzgebung und der Verrechtlichung durch die Zuständigkeit des Richters wahrnehmbar. <sup>108</sup> Der förmliche Gesetzgeber, der zugleich auch der Haushaltsgesetzgeber ist, hat im Sozialleistungsrecht einen ganz anderen Spielraum als der Richter (auch wenn dieser sich grundsätzlich als zur Rechtsfortentwicklung berufen erachtet). Immer wieder hat z. B. der förmliche Gesetzgeber Leistungsausweitungen durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts »zurückkorrigiert«. <sup>109</sup> Ein

- 104 Freilich können auch hier Unterschiede zwischen verschiedenen Gerichtsbarkeiten wahrgenommen werden. S. *Jacqueline Dotbeil de la Rochère*, Social Security Law in France: Decision-Making and Judicial Control, in: Partington und Jowell (Anm. 16), S. 154 ff. – Nicht im Sinne einer Differentialdiagnose, aber doch interessant als umfassende Erarbeitung der Methoden einer Spezialgerichtsbarkeit: *Ursula Köbl*, Allgemeine Rechtstheorie. Aspekte der Gesetzesbindung, in: Sozialrechtsprechung – Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Bd. 2, 1979, S. 1005 ff.
- 105 *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. 537 ff.
- 106 Einerseits durch die »Generalklausel«, daß gegen die Verletzung von Rechten immer Gerichte angerufen werden können (Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland), andererseits durch den – der Verfassung mittelbar entnommenen – Grundsatz, daß die Rechtsordnung darauf, daß die öffentliche Gewalt die Vorschriften einhält, welche die Individualsphäre des Bürgers mitberühren, auch ein subjektives Recht gewähren muß.
- 107 S. noch einmal Hinweise in Anm. 79.
- 108 S. dazu und zum Folgenden *Zacher*, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft (Anm. 21), S. 732 f. und die dortigen Nachweise.
- 109 S. z. B. *Hermann Rappe*, *Klaus-Peter Pobl*, Das Bundessozialgericht und die Arbeit des Bundestages, in: Sozialrechtsprechung, Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 2 Bde. 1979, Bd. 1, S. 55 ff., insbes. S. 68 ff.

anderer Unterschied: die »Vorordnungs-Schwäche« der Verfassung im Sozialrecht überträgt sich auch auf die Intervention des Bundesverfassungsgerichts in die Sozialgesetzgebung. Das Bundesverfassungsgericht, dem ursprünglich nur die Möglichkeit eröffnet war, Gesetze für nichtig zu erklären, hat – gerade auch gegenüber sozialrechtlichen Gesetzen – die Technik entwickelt, Gesetze, die es für verfassungswidrig hält, nur zu beanstanden und dem Gesetzgeber aufzugeben, einen verfassungsgemäßen Zustand herzustellen.<sup>110</sup> Immer mehr bleiben diese sozialpolitischen »Hausaufgaben«, die das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber aufgetragen hat, unerledigt liegen.

### 3. *Verrechtlichung im Sinne der Verdichtung, Differenzierung und Intensivierung von Normen*

Als Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts sind auch die folgenden Phänomene zu bedenken:

#### a) *Verfeinerung und Verdichtung der Regelungen*

Das Regelungsnetz wurde immer weiter verfeinert und verdichtet. Das deutsche Sozialrecht stellt sicher ein Extrembeispiel solcher Verfeinerung und Verdichtung dar. International betrachtet scheint der Zusammenhang zwischen Entwicklung des Sozialrechts und extremer Ausdifferenzierung nicht notwendig zu sein. Für viele Sozialrechtskulturen ist eine solche Intensität jedoch kennzeichnend.

Hierzu ist freilich anzumerken, daß das Regelungsgefälle zwischen Geldleistungen einerseits und Dienst- und Sachleistungen andererseits in dieser Verfeinerung extrem zum Ausdruck kommt. Während für Dienst- und Sachleistungen ein »institutioneller« Stil dominiert, wird der auf dem Gebiet der Geldleistungen mögliche »normative« Stil »kultiviert«. Die Schere öffnet sich immer weiter.<sup>111</sup>

110 S. dazu *Jörn Ipsen*, Nichtigerklärung oder »Verfassungswidrigerklärung« – zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis, *Juristenzeitung*, 38. Jg. (1983), S. 41 ff.

111 S. noch einmal oben B.II.1. und 2.

## b) *Der Schwund des Ermessens*

Mit der Verdichtung des Rechts gehen Ermessensspielräume der Verwaltung zurück.<sup>112</sup> »Höhere Sozialleistungssysteme« (Sozialversicherung, demogrants usw.) sind genuin ermessensfeindlich. Ihre »Erfindung« beruht auf der Absicht, die soziale Befindlichkeit des Menschen vom behördlichen Ermessen möglichst frei zu halten. Ermessen war und ist Sache der »einfachen«, subsidiären Systeme (der Fürsorge). Graduell hat sich freilich »über alles« eine Reduktion des Ermessens vollzogen.

Was damit angesprochen ist, ist jedoch ein hochkomplexes Phänomen. So gilt das Gesagte unmittelbar nur für die rechtsförmige Entscheidung. Wo es – in welchem Zusammenhang auch immer – um Dienst- und Sachleistungen geht, erscheint das fachliche Ermessen der Leistungserbringer zunächst unaufhebbar. Doch trifft auch das nur differenziert zu. Ausbildungsnormen, berufliche Konventionen, Dienstanweisungen und letztlich doch auch berufsrechtliche Regelungen greifen auch hier ein.<sup>113</sup> Eine ganz andere Fragestellung ist die, ob eine Verrechtlichung auch darin zu erkennen ist, daß das Gesetz zwar Spielräume läßt, die richterliche Kontrolle der Verwaltung aber deren Gebrauch für sich in Anspruch nimmt.<sup>114</sup> Ein wieder anderer Aspekt eröffnet sich, wenn in Betracht gezogen wird, daß ähnliche »Unberechenbarkeiten« und Abhängigkeiten, wie sie dem Ermessen entsprechen, sich ergeben, wenn das Gesetz Ermessen zwar ausschließt, die Entscheidung aber in hohem Maß von den konkreten Verhältnissen abhängig macht. Der Unterschied zwischen einer konkreten Bedürfnisprüfung (einem means test) und einer Ermessensentscheidung ist in Wirklichkeit allenfalls ein gradueller. Auf diesen Gegensatz zwischen konkreter und abstrakter Regelung ist jedoch noch zurückzukommen.

## c) *Das Instrumentarium der Steuerung des Vollzugs*

Bei allem, was bisher gesagt wurde, wurde das Modell der Gewaltenteilung vorausgesetzt: daß es eine regelnde und eine vollziehende Gewalt

112 S. umfassend dazu *Michael Adler und Stewart Asquith* (ed.), *Discretion and Welfare*, 1981. S. auch *Walter Bogs*, *Von der Freiheit durch das Gesetz. Bemerkungen über Anspruchs- und Ermessensleistungen im Sozialrecht*, in: *Sozialpolitik und persönliche Existenz*, Festschrift für Hans Achinger, 1969, S. 55 ff.

113 *Gilbert Smith*, *Discretionally Decision-Making in Social Work*, in: *Adler und Asquith* (ed.) (Anm. 112), S. 44 ff.

114 Zu dem Problem (für das französische Recht) *Dupeyroux* (Anm. 38), S. 776 f.

gibt und daß »Verrechtlichung« sich in dem Maß und der Art und Weise äußert, in dem die regelnde Gewalt die vollziehende Gewalt steuert (und die richterliche Gewalt den Regelungen Nachdruck verleiht, sie auch mehr oder minder weitgehend ergänzt). Die vollziehende Gewalt ist nun selbst aber imstande, sich durch ihr immanente Instrumente zu steuern. Und diese Instrumente haben selbst wieder regelnden Charakter – sind »Verrechtlichung«. Für die Verwaltungswirklichkeit ist diese verwaltungsimmanente »Verrechtlichung« nicht weniger bedeutsam als die eigentlich »rechtliche« Verrechtlichung. Der Unterschied ist schon theoretisch, vom Standpunkt der Rechtsordnung nicht überall gegeben und nicht überall klar. Aber selbst wo er in der Sache besteht und objektiv bekannt ist, kann der Bürger oft nicht unterscheiden, ob sein Interesse nun gerade durch eine Rechtsnorm oder durch ein verwaltungsimmanentes Steuerungsinstrument betroffen ist. Im Sinne einer »Verregelung« ist beides – rechtliche wie verwaltungsimmanente Regelung – »Verrechtlichung«.

Die Vielfalt der Erscheinungen, die damit angesprochen ist, ist sehr groß. Die »rechtsähnlichste« Modalität sind allgemeine Verwaltungsvorschriften, die von zentralen Leitungsstellen (Ministerien, Leitungsorganen von Selbstverwaltungskörpern) ausgehen und die nachgeordneten Stellen binden. Sie sind ihrer Struktur nach Rechtssätzen weitgehend ähnlich, unterscheiden sich von ihnen nur dem Geltungsanspruch nach, indem sie sich nur oder doch zuerst aus der administrativen Leitungsbefugnis legitimieren. Von diesem Kerntypus aus ergeben sich Unterschiede vor allem in drei Dimensionen. Die eine Dimension äußert sich im Nachlassen des technischen Normcharakters. Das geschieht teils in der Beschränkung auf die Klärung von Einzelfragen, teils durch die Unbestimmtheit der Aussage (wie in allgemeinen Appellen). Die andere Dimension besteht darin, daß der Charakter der Leitung hinter den Charakter einer Absprache zwischen gleichberechtigten Verwaltungsträgern zurücktritt. Vor allem dort, wo gleichberechtigte Träger (Selbstverwaltungskörper, Verbände, Gliedstaaten im Bundesstaat) parallele Aufgaben zu erfüllen haben, können sie ihre Verwaltungspraxis in dieser Weise aufeinander abstimmen. Diese Instrumente der Koordination können, wenn die jeweils leitenden Organe sich auf sie verständigt haben, dann auch wieder kraft deren Leitungsbefugnis »nach unten« weiterwirken. Andererseits können parallel zuständige Träger zum Zwecke solcher Koordination auch in Verbänden zusammengeschlossen sein, wie das bei den Sozialversicherungsträgern der Bundesrepublik Deutschland weitgehend der Fall ist. Die dritte Dimension, in welcher der Kerntypus der Verwaltungsvorschrift verlassen

wird, ist die, daß nicht so sehr die vollziehende Verwaltung, sondern der Betroffene, der Bürger, selbst angesprochen wird. Das geschieht vor allem in Gestalt von Flugschriften, Aufklärungsbroschüren, Antragshilfen, Antragsformularen usw.

Es ist weder möglich, die Vielfalt der Formen hier zu systematisieren und zu belegen; noch ist es möglich, definitorisch zu klären, welche Phänomene den Namen der »Verrechtlichung« verdienen und welche nicht. Doch ist es nicht nur notwendig, darauf hinzuweisen, daß dieses Instrumentarium Parallelen zur Verrechtlichung durch Gesetze und gesetzesähnliche Instrumente bietet. Es ist ebenso notwendig darauf hinzuweisen, wie durch alle die anderen Formen der Rechtsvollzug beeinflusst werden kann, auch wenn die typischen Kautelen der Rechtsetzung, wie sie sich vornehmlich in der Publizität und Allgemeinheit des Rechtsbefehls äußern, fehlen. Das kann bedeuten, daß die Rolle des Gesetzes hinter der Rolle dieses administrativen Instrumentariums zurücktritt. Das kann bis hin zu der Perversion gehen, daß »Verrechtlichung« durch formal unfaßbare Indoktrination ersetzt wird.<sup>115</sup>

#### d) *Die subjektive Berechtigung*

Ein Phänomen der Verrechtlichung ist ferner die Ergänzung normativer Leistungsprogramme und institutioneller Handlungsaufträge (mit anderen Worten: des Amtsprinzips) durch subjektive Rechtsansprüche.<sup>116</sup> Auch dieses Phänomen ist überaus vielschichtig.

So ist etwa der elementare legislatorische Sinn, den es – bei allen Unterschieden – haben kann, die Zuordnung von Sozialleistungen zu ihren Adressaten als Eigentum,<sup>117</sup> als property,<sup>118</sup> als »wohlerworbenes Recht« oder dergleichen zu bezeichnen, von dem eher technischen Sinn zu unter-

115 Während eines Studienaufenthalts in der Sowjetunion bemühte sich der Verfasser immer wieder, zu erfahren, wie die Verwaltungspraxis im Rahmen der Gesetze (insbesondere im Hinblick auf die Gesetzesauslegung) gesteuert werde. Dabei ergaben sich für die Handhabung des Sozialrechts vor allem zwei Antworten: erstens könne man entsprechendes Material in der Beantwortung von Anfragen in der Gewerkschaftszeitung finden; zweitens würden die zuständigen – bediensteten oder ehrenamtlichen – Amtsträger in Lehrgängen mündlich entsprechend geschult.

116 *Habermas* (Anm. 1), S. 531; *Lubmann* (Anm. 1), S. 103. Allgemeiner s. *Niklas Lubmann*, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft, in: ders.: Gesellschaftsstruktur und Semantik, 1981, Bd. 2, S. 45 ff.

117 S. Anm. 50.

118 *Charles Reich*, *The New Property*, *Yale Law Journal*, Bd. 73 (1964), S. 756 ff.

scheiden, den es hat, wenn subjektive Rechte auf Sozialleistungen eingeräumt werden, um dem Adressaten einen nachhaltigen Rechtsschutz durch Gerichte zu garantieren. Weithin mag sich beides decken. Sicher ist aber, daß sich die Garantie des gerichtlichen Rechtsschutzes von der Voraussetzung des subjektiven Rechts lösen läßt. Es genügt, Beschwerde- und Klagemöglichkeiten positiv vorzusehen.<sup>119</sup>

Ein anderer Unterschied ist darin zu sehen, ob das subjektive Recht auf die Erfüllung eines definitiven normativen Programms geht, oder ob es der Ausübung von Ermessen oder gar erst der Bereitstellung von Mitteln, Diensten und Institutionen bedarf, von denen die Leistungen abhängen. Subjektive Rechte sind auch dann möglich. Aber ihre Wirkung ist eine äußerst unterschiedliche.<sup>120</sup>

Dabei darf auch nicht die Komplikation übersehen werden, die sich aus der Funktion derer ergibt, die das subjektive Recht zu erfüllen haben. So hat sich gerade im deutschen Sozialrecht eine interessante Entwicklung vollzogen. Das subjektive Recht auf Sozialhilfe wurde anerkannt. Das Amtsprinzip mußte daneben beibehalten werden. Die Doppelung von institutionellem Auftrag und Rechtsanspruch blieb gleichwohl problematisch. Offenbar ist es nicht möglich, ein- und dieselben Amtswalter sowohl darauf zu verpflichten, Ausschau nach Berechtigten zu halten, als auch darauf, wachsam Unberechtigte zurückzuweisen.<sup>121</sup> Das führte zu einer »Gewaltenteilung« in den Sozialämtern. Die bürokratisch-administrative Entscheidung beschränkt sich auf eine negative Siebung der geltend gemachten Ansprüche. Das Amtsprinzip ist den Sozialarbeitern, den

119 S. Maurer (Anm. 56), S. 273 f. (Fn. 668): »Die schwierige Frage, ob der Sozialversicherungsanspruch ein subjektives öffentliches Recht oder lediglich eine Reflexwirkung des objektiven Rechts darstelle, kann hier nicht behandelt werden, zumal sie angesichts der gut ausgebauten Rechtspflege kaum von praktischer Bedeutung ist.« Dem ersten Anschein nach gehört hierher auch Art. 113 Abs. 1 der italienischen Verfassung: »Zum Schutz von Rechten und rechtmäßigen Interessen gegen die Handlungen der öffentlichen Verwaltung steht stets der Rechtsweg zu den Organen der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit offen.« Bei genauerem Zusehen zeigt sich, daß es sich im Sinne der deutschen Systematik nicht um den Gegenwert von Recht und Nichtrecht, sondern um zwei Arten subjektiven Rechts handelt. Aber gerade insofern stellt sich die italienische Rechtslage doch als eine Bestätigung des Textes dar: materielle Rechtsgewährung und formelle Rechtsgewährleistung sind schwerlich voneinander zu trennen.

120 S. etwa D. H. Marshall, *The Right to Welfare and Other Essays*, 1981, insbes. *The Right to Welfare*, S. 83 ff.; *Amedée Thevenet, L'Aide Sociale d'Aujourd'hui*, 3. Aufl. 1979, S. 179 f.

121 S. dazu auch *Stephen Leibfried, Armutpotential und Sozialhilfe in der Bundesrepublik*, in: *Kritische Justiz*, Jg. 9 (1976), S. 377 ff.

Wohlfahrtsverbänden usw. anvertraut.<sup>122</sup> Auch hier stellt sich wieder die Frage nach den sozialrechtsspezifischen Pfaden der Verrechtlichung.

e) *Verrechtlichung und Abstraktion*

Durch alle diese zuletzt beschriebenen Phänomene der Verrechtlichung zieht sich wie ein roter Faden der Gegensatz von »konkret« und »abstrakt«. Sozialrecht steht immer vor der Alternative zwischen konkreter Zuteilung des konkret Richtigen und genereller Zuteilung des generell Richtigen.<sup>123</sup> Das ist etwa das Grundverhältnis zwischen Fürsorge und Sozialversicherung. Fürsorge gibt das konkret Notwendige – nicht weniger, nicht mehr. Das impliziert die konkrete Entscheidung und die laufende Kontrolle, was noch notwendig ist. Sozialversicherung gibt eine Rente, wenn bestimmte Voraussetzungen (Invalidität, Alter) vorliegen, so wie sie (durch Beiträge) verdient worden ist – ohne Rücksicht, ob die Rente ausreicht, ohne Rücksicht, ob sie gebraucht wird. Die konkrete Richtigkeit wird vernachlässigt. Die Entscheidung ist auf wenige Tatbestandsmerkmale beschränkt. Kontrollen über die Fortdauer der Richtigkeit finden nicht oder nur periodisch statt. Damit verwandt ist der Gegensatz zwischen dem Vorrang des Bedürfnisses und dem Vorrang der Sicherheit: Sicherheit zunächst der Erwartung, Sicherheit sodann im Sinne der Stabilität (z. B. der Rente als Grundlage der Lebensplanung für das Alter) – Sicherheit aber freilich nur des Zugesagten, nicht der Deckung der wirklichen Bedürfnisse. Dieses Ziel der verlässlichen Deckung der wirklichen Bedürfnisse geht mit Flexibilität und also mit Unsicherheit und Instabilität einher.

Rechtstechnisch entspricht diesem Gegensatz die Alternative zwischen differenzierter Normierung von Tatbestand und Rechtsfolge auf der einen Seite und vager, offener Normierung (durch Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen) auf der anderen Seite, zugleich auch die Alternative zwischen dem unmittelbar »ausrechenbaren« subjektiven Recht und dem objektiven Auftrag an die zuständigen Institutionen, dem subjektive Rechte nie mit der gleichen Bestimmtheit zur Seite

122 Zu den Schwierigkeiten, die es bereite, den Sozialarbeitern unmittelbar die Erfüllung von Sozialleistungsansprüchen zu übertragen, s. *M. Hill*, *Social Workers and the Delivery of Welfare Benefits*, in: Partington und Jowell (ed.) (Anm. 16), S. 86 ff.

123 S. dazu und zum folgenden *Hans F. Zacher*, *Gleiche Sicherung von Mann und Frau. Zur gesellschaftspolitischen Relevanz der Rentenversicherung*, *Deutsche Rentenversicherung*, 1977, S. 197 ff. (S. 214 ff.); *dens.* *Zur Anatomie* (Anm. 4), S. 333 f.

stehen. Abstraktion ist also »mehr Recht«, mehr »Verrechtlichung«. Konkretes Sozialrecht bedeutet ein Unbehagen an der Unterworfenheit unter das Urteil derer, die es ausführen. Abstraktes Sozialrecht bedeutet ein Unbehagen an der Diskrepanz zwischen der allgemeinen Rechtsnorm und den Verhältnissen, auf die sie angewendet wird.<sup>124</sup> Erst Abstraktion schafft auch jene Schwierigkeiten des Sozialrechts, die etwa in der Diskussion über die Umgehung von Sozialrecht, den Mißbrauch von Sozialleistungen und das Nachlassen der Selbstverantwortung erkennbar wird.<sup>125</sup> Vermutlich steckt in diesem Gegensatz zwischen konkreter und abstrakter Rechtsgestaltung eine der wichtigsten Fragen zur Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts.

#### 4. *Verrechtlichung im Sinne von »Normenflut«*

Schließlich ist auf das Phänomen hinzuweisen, das vordergründig die Verrechtlichungsdebatte wohl am kräftigsten vorantreibt: die »Normenflut«.<sup>126</sup> Dazu ist vorweg zu sagen, daß es dabei nicht nur um eine Vermehrung von Recht (im obigen Sinne: von verfügbarem Recht, von geschriebenem Recht, von Gesetzesrecht, von Richterrecht usw.), nicht nur um eine Einengung der Spielräume für vorgegebenes Recht und alternative gesellschaftliche Steuerungsmechanismen, nicht nur um eine zunehmende Differenzierung des Rechts geht, sondern vor allem auch um die Vermehrung von Rechtsänderungen.<sup>127</sup> »Normenflut« hat eine synchrone und eine diachrone Dimension. Hinsichtlich der synchronen Dimension kann mehr oder minder auf die meisten vorangegangenen Stichworte

124 Zur Abstraktion als einem entscheidenden Punkt der sozialen Intervention durch Recht s. *Dieter Nörr*, *The Matrimonial Legislation of Augustus: An Early Instance of Social Engineering*, *The Irish Jurist*, Bd. XVI (1981), S. 350 ff. (359 ff.).

125 S. o. Anm. 88–90.

126 Aus der großen Zahl einschlägiger Veröffentlichungen s. etwa *Georg Berner*, *Inflation im Recht*, *Bayerische Verwaltungsblätter*, 24. Jg. (1978), S. 617 ff.; *Hermann Maassen*, *Die Freiheit des Bürgers in einer Zeit ausufernder Gesetzgebung*, *NJW*, 32. Jg. (1979), S. 1473 ff.; *Hans-Jochen Vogel*, *Die Diskussion um die Normenflut*, *Juristenzeitung*, 34. Jg. (1979), S. 321 ff.; *Christian Stark*, *Übermaß an Rechtsstaat?*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 12. Jg. (1979), S. 209 ff.; *Horst Sandler*, *Normenflut und Richter*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 12. Jg. (1979), S. 227 ff.; *Gesetzesflut – Gesetzesperfektionismus*, Eine Problemdarstellung in Kurzreferaten, Schlußveranstaltung des 53. Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages, Bd. II, Teil Q, S. 5 ff. mit Beiträgen von *Erich Bülow*, *Hermann Maassen*, *Spiros Simitis*, *Dieter Simon*, *Helmut Simon*.

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

verwiesen werden. Die diachrone Dimension ist für das Sozialrecht aber ebenfalls von Bedeutung – ja von der denkbar größten Bedeutung. Die wichtigsten Gründe dafür sind:

- Sozialrecht will Wirklichkeiten verändern und die Veränderung von Wirklichkeiten steuern. Es muß sich daher den Veränderungen der Wirklichkeiten selbst permanent anpassen.
- Sozialrecht baut auf gesellschaftlichen Verhältnissen (z. B. des Arbeitslebens, der Familie usw.) auf. Zuweilen will Sozialrecht gesellschaftliche Verhältnisse auch beeinflussen (stützen, verändern). Eine Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse erfordert deshalb auch eine Anpassung des Sozialrechts.
- Die verschiedenen Regelungsfelder internalisierender Lösungen sind ebenso interdependent wie die vorfindlichen Sachordnungen der Arbeit und des Erwerbs, der Bedarfsdeckung und des familiären Unterhaltsverbands mit den externalisierenden sozialrechtlichen Problemlösungen. Jegliche Veränderung im Rechtsbestand kann daher weit ausstrahlende Konsequenzen auslösen.
- Sozialrecht (im engeren wie im weiteren Sinne) ist ebenso wie die Sozialpolitik, der es Ausdruck gibt, unfähig, einen sozialen Idealstand herzustellen, der »keine Wünsche offen« ließe. Sozialrecht ist zu einer vollkommenen, definitiv befriedigenden Ordnung umso weniger fähig, je mehr das Sozialrecht einen »Idealzustand« unmittelbar zu verwirklichen sucht. Die bleibenden Unvollkommenheiten lassen immer Veränderungserwartungen zurück. Dieses apriorische Ungenügen sozialrechtlicher Ordnung wird durch eine permanente Neuformierung der Vor- und Nachteile (wobei die Vorteile möglichst wahrnehmbar, die Nachteile möglichst wenig wahrnehmbar zu sein haben) tolerabel gehalten. Der Wohlfahrtsstaat ist in diesem Sinne, je perfekter er sein will, auf einen prozeßhaften Umlauf seiner Unvollkommenheiten angewiesen.<sup>128</sup>

Gerade hinsichtlich der »Normenflut« des Sozialrechts zeigen sich jedoch gravierende nationale Unterschiede. Sie hängen vermutlich mit dem Verrechtlichungsgefälle zwischen »normativem« und »institutionellem« Stil sowie zwischen den Geldleistungen einerseits und den Dienst- und Sachleistungen andererseits zusammen. Sie hängen ferner mit dem erreichten Grad der Differenzierung des Sozialrechts zusammen. Sie hängen mit den institutionellen Rahmenbedingungen zusammen. Und sie hängen sehr

128 S. Hans F. Zacher, Der Sozialstaat als Prozeß, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 134 (1978), S. 16 ff.

stark mit der Bereitschaft einer Gesellschaft zusammen, die Stetigkeit der Ordnung ihrem (vermutlich: scheinbar) höheren Grad an Gerechtigkeit vorzuziehen.<sup>129</sup>

## D. *Aspekte der Bewertung*

### I. *Die Unmöglichkeit einer Bilanz*

Ein zusammenfassendes Urteil über den Stand der Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts ist nicht möglich. Es scheitert zunächst schon daran, daß international die Entwicklung sehr unterschiedlich verlaufen ist und verläuft. Es scheitert sodann daran, daß es ohne eine zureichende je nationale Diskussion hierüber in hinreichend vielen Ländern nicht – oder allenfalls nur als Frucht umfassender Forschungen, für die in diesem Zusammenhang weder die Zeit noch die Kräfte zur Verfügung standen, – möglich ist, den Stand der Entwicklung differenziert genug wahrzunehmen.

Was mit der vorstehenden Darstellung jedoch gesagt werden sollte und hoffentlich auch gesagt wurde, das ist, daß »Verrechtlichung« ein sehr differenziertes Phänomen ist, und daß dies auch und gerade für die Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts gilt. Das gilt zunächst für das Phänomen der Verrechtlichung in sich – und hierauf lag der Akzent der

129 Als Beispiel eines »ruhigen« Sozialrechts kann vor allem das *schwedische* gelten. Das hat allgemeine Gründe, die im schwedischen Gesetzgebungsverfahren liegen. Dieses Gesetzgebungsverfahren ist überaus diszipliniert (s. den Tagungsbericht von *Havald Kindermann*, Aktuelle Probleme der Gesetzgebungslehre – ein Diskussionsbericht, in: *Werner Maibofer* u. a., Theorie und Methode der Gesetzgebung, 1983, S. 87 ff.). Das hat aber auch sozialrechtsspezifische Gründe. Sozialgesetze werden in skandinavischen Ländern in erster Linie als Leistungsprogramme verstanden. Sie sind so gedacht und werden als solche angenommen. Sie sind nicht Konfliktordnungen. Sie werden mehr vollzogen als interpretiert. Ihr Vollzug wird in Anspruch genommen, nicht umstritten. Auch von dieser Seite her bleibt also der Druck zur steten Korrektur des Sozialrechts, wie er für die Bundesrepublik Deutschland typisch ist, aus. – Zur Prägung des *schweizerischen* Gesetzgebungsprozesses durch die unmittelbare Demokratie s. Anm. 65, – Eine nachhaltige Debatte um die Gefährdung der Richtigkeit des Rechts durch die Normenflut gibt es vor allem in *Polen*. 1972 wurde beim Ministerpräsidenten ein besonderer Gesetzgebungsrat geschaffen, der offenbar der qualitativen Verbesserung der Gesetzgebung dienen soll. 1979 wurde ein – bisher nicht verabschiedeter – Entwurf eines Gesetzes über die Rechtsetzung eingebracht. Zugleich hält im Schrifttum die Diskussion an. Für eingehende Informationen hierüber habe ich *Dr. Herbert Szurgacz* (Breslau) zu danken.

Ausführungen. Es gilt aber auch für die Bewertung des Phänomens der Verrechtlichung.

## II. Gründe der Verrechtlichung

Eine solche Bewertung kann hier allenfalls in Andeutungen geleistet werden. Nach all den Bedenklichkeiten, die in den bisherigen Überlegungen zum Ausdruck kamen – und die ja der ganzen »Verrechtlichungs«-Diskussion vorausliegen – muß aber betont werden, daß hinter der Verrechtlichung nicht nur blinde oder gar böse Triebkräfte, sondern auch gute Gründe stehen. Verrechtlichung durch Gesetz ist ein Instrument der Demokratie. Verrechtlichung durch gerichtlichen Rechtsschutz ist ein Instrument der Gewaltenteilung. Ohne Recht kann Freiheit nicht garantiert und Gleichheit nicht dargestellt werden. Recht ist gewiß kein ausreichendes, wohl aber ein notwendiges Instrument, um Erwartungen zu ermöglichen und ihre Erfüllung so sicher als möglich zu machen. Soziale Sicherheit ohne Rechtssicherheit ist in einer entwickelten Gesellschaft nicht denkbar.

Das Recht ist ein unentbehrliches und bewährtes Instrument zur Klärung des politisch legitim Gewollten und zur Offenlegung der Ergebnisse der politischen Entscheidungsprozesse. Das Recht gibt dem Konflikt der in der Gesellschaft vorhandenen Interessen optimale Möglichkeiten der Austragung. Das gilt nicht nur für Interessen. Es gilt auch schlechthin für das Nebeneinander verschiedener Meinungen.<sup>130</sup> Je weniger sich in einer Gesellschaft von selbst versteht, desto notwendiger ist das Recht, um unerträgliche Widersprüche aufzuheben. Recht gibt auch Informationen – »gut gemachtes« Recht kann jedenfalls Informationen geben. Das subjektive Recht endlich ist das klassische Instrument, um den Bürger vom Objekt zum Subjekt zu erheben.

Dies alles ist auch eine Notwendigkeit im Raum der Sozialpolitik. Wir haben hier sogar noch einen Nachholbedarf an richtiger Verrechtlichung. Das gilt etwa für eine richtige, sich auf das Wesentliche konzentrierende Ordnung der Pflegeverhältnisse<sup>131</sup> oder der Sozialarbeit.<sup>132</sup> Die Verrechtlichungsdebatte darf nicht verkennen, daß das gleiche Maß an Sozialpoli-

130 In den vorstehend skizzierten Funktionen kann es auch nicht etwa durch die – vorübergehend sehr erwartungsvoll begrüßte – Technik sozialer Indikatoren abgelöst werden. S. dazu *Hans F. Zacher*, Soziale Indikatoren als politisches und rechtliches Phänomen, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. II (1974), S. 15 ff.

tik bei einem geringeren Grad an Verrechtlichung wohl Mängel, die heute den Namen »Verrechtlichung« tragen, nicht aufweisen würde, dafür aber andere Mängel, die sich aus dem Zurückbleiben des Rechts hinter der Sozialpolitik ergeben würden. Vermutlich wären diese Mängel schlimmer. Für eine Gesellschaft, die in solchem Maße gewöhnt ist, Güter im Rahmen des Rechts zu haben, zu nutzen, zu produzieren und zu verteilen, wie eine westliche Industriegesellschaft, wäre es unerträglich, nicht auch den anderen Weg, Güter bereitzustellen und zu verteilen, den Weg der sozialpolitischen Umverteilung, Vorhaltung und Zuteilung, im Rahmen des Rechts zu gehen. Es wäre ein tiefer und schädlicher Bruch, würde sie im Raum sozialpolitischer Umverteilung, Vorhaltung und Zuteilung nicht wieder auf die Rechtsmacht des Individuums, eigene Interessen zu verfolgen, das subjektive Recht treffen, dort nicht wieder sehen, wie Recht Verhalten berechenbar macht, dort nicht wieder vom Recht Erwartungen eröffnet bekommen und als geschützt erfahren. Das Recht muß als Faktor des sozialen Klimas erhalten bleiben, auch wenn der Bürger vom Raum der Marktwirtschaft in den Raum der Sozialpolitik wechselt. Die Einheit des Mediums Recht über Sozialpolitik und Marktwirtschaft hin ist eine Notwendigkeit, die auch um der Marktwirtschaft willen besteht. Recht für die Wirtschaft bei gleichzeitiger Rechtlosigkeit in der Sozialpolitik müßte das Recht auch der Wirtschaft krank machen. Zu den Gründen der Verrechtlichung zählt auch, daß das Recht da, wo es sich entwickelt hat, zumeist ohne Alternative ist.<sup>133</sup> Wäre es etwa eine Alternative,<sup>134</sup> dem Sachverstand – den Technokraten – mehr Raum zu

131 S. dazu *Gerhard Igl*, Rechtliche Gestaltung sozialer Pflege- und Betreuungsverhältnisse, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. VI (1978), S. 201 ff.; Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages zu dem Thema: »Empfiehlts es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?« Gutachten von *Peter Krause* dass. Bd. I, Teil E; Sitzungsbericht (mit den Referaten von *Josef Schmitz-Elsen* und *Otto Ernst Krasney*) Bd. II, Teil N. Speziell zur Frage der richtigen Verrechtlichung: *Hans F. Zacher* ebd. (Band II, Teil N) S. 8 ff., 121; und in der Schlußsitzung Bd. II, Teil O, S. 14 ff.

132 S. dazu demnächst *Armin Hörz*, Die Rechtsstellung des Sozialarbeiters in Frankreich, 1984; *Rolf Haberkorn*, Die Rechtsstellung des Sozialarbeiters in England, 1984; jeweils mit einem Geleitwort des Verfassers. S. a *Leila Schroeder*, The Legal Environment of Social Work, 1982. Für die Bundesrepublik Deutschland fehlt es bisher auch nur an einer hinreichenden Aufnahme des Problems.

133 Zur Suche nach Alternativen (die hier nicht eingehend betrieben und bewertet werden kann) s. *Rüdiger Voigt* (Hrsg.), Grundtendenzen zur Verrechtlichung, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 9 (1983).

134 S. zum folgenden *Marc Galanter*, Legality and its Discontents: A Preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization, in: Erhard Blankenburg u. a., Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 6 (1980), S. 11 ff.; *Voigt* (Hrsg.), Gegenendenzen zur Verrechtlichung, 1983.

geben, als er hat?<sup>135</sup> Stellt nicht die Technokratie geradezu immer wieder eine Herausforderung an das Recht dar, um den Betroffenen vor der Übermacht der Technokraten zu schützen? Wäre es denkbar, das sozial Notwendige allein der Nächstenliebe zu überlassen?<sup>136</sup> Wäre es eine Alternative, die menschlichen Gemeinschaften zu stärken?<sup>137</sup> In der Tat erscheint es notwendig, daß zwischenmenschliche Gruppen und Interaktionen das Gemeinwesen und sein Recht entlasten. Aber kann dieses Ziel anders erreicht werden als durch angemessene Veränderungen des Rechts? Soziale Genossenschaften, Selbsthilfegruppen usw. können nicht ohne das Recht gedeihen, sondern nur mit »richtigem« Recht.<sup>138</sup>

### III. *Gefahren der Verrechtlichung*

Aber natürlich bleiben Bedenken. Recht ist machbar. Und die Machbarkeit sozialer Veränderungen durch das Recht ist eine der großen Versuchungen der Politik.<sup>139</sup> Natürlich wurde dieser Versuchung nachgegeben, wurde immer wieder Sozialpolitik gemacht, die vermeidbar war (während Sozialpolitik, die notwendig, aber politisch nicht so wirksam gewesen wäre, unterblieb). Und natürlich hat jede dieser Interventionen neue Interventionen provoziert. Das Recht hat die Verlockung der Sozialpolitik gesteigert.

Gewiß auch kann das Recht die Sache der Sozialpolitik verfehlen. Die Sicherheit des Rechts lebt von der Abstraktion. Die richtige Abstraktion aber ist eine Kunst. Sozialrecht stößt immer wieder in Neuland vor. So-

135 S. dazu kritisch *Habermas* (Anm. 1), S. 533 f.

136 S. dazu noch einmal Anm. 83. – Zur Problematik des »sanften Gewaltverhältnisses« der Pflege und Betreuung s. a. *Hans F. Zacher*, Grundfragen theoretischer und praktischer sozialrechtlicher Arbeit, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. IV (1976), S. 1 ff. (35).

137 S. z. B. *Bernhard Badura* und *Christian von Ferber* (Hrsg.), Selbsthilfe und Selbstorganisation im Gesundheitswesen. Die Bedeutung nicht-professioneller Sozialsysteme, 1981; *Hans Nokielski* und *Eckart Panföke*, Familiäre Eigenhilfe und situative Selbsthilfe, in: *Kaufmann* (Hrsg.) (Anm. 43), S. 267 ff.; Institut für soziale Arbeit e. V., Alternativbewegung, Jugendprotest, Selbsthilfe, Dokumente, Materialien und Kommentare, 1982.

138 Zur Automation als Alternative zum Recht s. *Hansjürgen Garsta*, Automation rechtlicher Verfahren als Entrechtlichungsprozeß, in: *Organisation und Recht*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 7 (1980), S. 233 ff.; *Ulrich Horn*, Normvollzug in einer automatisierten Massenverwaltung. Ein empirischer Beitrag zur Rechtswirksamkeit in öffentlichen Organisationen, ebd. S. 242 ff.

139 S. insbes. *Lubmann* (Anm. 1), S. 121 ff.

zialrecht will, wie die Sozialpolitik, der es dient, den Menschen helfen. Indem es Angebote abstrahiert und Rechte darauf einräumt, öffnet es sich nicht selten der zweckwidrigen Handhabung durch den, dem gar nicht geholfen werden sollte. Das Recht schafft Besitzstände. Indem es Vertrauen und Rechtsfrieden schützt, dient das Recht der Kultur der Sozialpolitik. Aber das Recht kann auch blind sein für die Notwendigkeiten der Abwägung. Die Geschichte des Sozialrechts ist noch extrem jung. Die Erfahrungen überstürzen sich. Und die wissenschaftlichen Energien, die aufgewendet werden, um die Erfahrungen auszuwerten und Strategie und Taktik der Umsetzung von Sozialpolitik in Sozialrecht zu verbessern, sind erstaunlich gering. So ergeben sich Verrechtlichungs-Gefahren auch für die Sozialpolitik.

Die größten Gefahren aber ergeben sich für das Recht selbst. Es wird im Übermaß vermehrt und im Übermaß mobilisiert. Durch die Nähe des Sozialrechts zu den Wirklichkeiten und den gesellschaftlichen Verhältnissen, durch die Interdependenz zwischen Sozialrecht und korrespondierendem Recht (Arbeitsrecht, Familienrecht, Steuerrecht usw.) und durch die permanente Neuorientierung sozialpolitischer Forderungen wird das Recht, nachdem es sich einmal auf den Dienst an der Sozialpolitik eingelassen hat, unablässigen Veränderungen ausgesetzt. Das gefährdet die Klarheit und Sicherheit des Rechts. Ein immer differenzierteres und immer bewegteres Recht erscheint endlich nicht mehr als eine Verbesserung, sondern als eine Verschlechterung der Sozialpolitik. Eine äußerste Gefahr besteht darin, daß Recht selbst für Erwartungen in Anspruch genommen wird, welche die Sozialpolitik nicht erfüllen kann. Das gilt nicht nur für ein Renteneigentum, das vom Sozialprodukt nicht aufgebracht wird. Das gilt noch viel allgemeiner:

»Das Rechtsgefühl in unserer deutschen Gegenwart wird heute entscheidend durch die Erwartung geprägt, es müsse dem Recht gelingen, das Leben berechenbarer, d. h. weniger schicksalsbedroht zu machen. Man hofft auf den Staat als denjenigen, der die Verantwortung für das Recht trägt und überträgt ihm die Aufgabe, Widerpartner gegen die Ungerechtigkeit des Schicksals zu sein. Die Protesthaltung gegenüber dem, was wir Schicksal nennen, ist in der Moderne gewachsen. Das vom Staat verwaltete Recht wird als Gegenspieler des Schicksals aufgerufen.«

Das Rechtsgefühl unserer Mitbürger neigt heute weithin der Vorstellung zu, »Staat und Recht seien verpflichtet, ihn für Schicksalsschläge, die er unverschuldet erlitten hat, zu entschädigen. Die Formel: Schicksal als einklagbarer Rechtsverlust bezeichnet die Situation mit der Breizzeitigkeit einer Wahlparole. Schicksal war für den Menschen vergangener Zeitabläufe ein Problem,

mit dem er sich auf religiösem oder sonstigem weltanschaulichen Boden auseinandersetzen mußte . . . Der Hiob von heute, der vom Schicksal geschlagen wird, sucht nach einem Anspruchsgegner. Er findet ihn in aller Regel im Staat . . . Er verlangt Entschädigung für das von ihm als Unrecht empfundene Schicksal. Hier handelt es sich nicht nur um unklare Emotionen und Resentiments, sondern um Rechtsvorstellungen.«

»Nicht nur der Schicksalsbegriff wird in das Rechtsdenken aufgenommen. Das Rechtsgefühl neigt ferner immer mehr dazu, auch das Streben nach Wohlstand und Lebensstandard ins Rechtliche zu wenden.«<sup>140</sup>

Die Frage nach der Bewertung der Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts läßt somit keine einfache, pauschale Antwort zu. Nicht für oder gegen die Verrechtlichung kann die Frage sein. Die Suche muß der »richtigen« Verrechtlichung gelten.<sup>141</sup> Das Recht muß lernen, auch als Sozialrecht das Mittlere zwischen der Sicherheit und der Freiheit eines jeden zu sein.<sup>142</sup>

140 Fritz Werner, Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat?, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, 1966, S. 153 ff.

141 S. die Beiträge und Nachweise bei Rüdiger Voigt (Anm. 1), 1983.

142 S. dazu Werner Maihofer, Ideologie und Recht, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1969, S. 1 ff. (9 ff.); s. auch dens., Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, S. 44 ff. (= Teil B). Die Schwierigkeit freilich wird etwa deutlich, wenn wir bei Eberhard Eichenhofer (Soziales Recht und Sozialrecht, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, Bd. XIX (1981), S. 19 ff.) die folgenden Postulate finden: »Das sozialrechtliche Gerechtigkeitsideal: Die Aufhebung des Gegensatzes von distributiver und kommutativer Gerechtigkeit« – »Das sozialrechtliche Freiheitsverständnis: Aufhebung des Gegensatzes von Recht und Pflicht« – »Sozialrecht als Aufhebung des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht.«