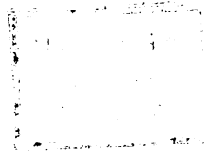


# Sozialrecht und Sozialpolitik

Festschrift für Kurt Jantz  
zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von  
Horst Peters

W. Kohlhammer Verlag  
Stuttgart Berlin Köln Mainz



W. Kohlhammer GmbH

Alle Rechte vorbehalten

© 1968 W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart Berlin Köln Mainz.

Verlagsort: Stuttgart. Gesamtherstellung: W. Kohlhammer GmbH  
Stuttgart 1968. Printed in Germany

29091

# Inhalt

	Seite
Lebenslauf von Kurt Jantz . . . . .	1
<i>Reinhold Melas</i> , Wien, Dr. jur., Hofrat, Generaldirektor des Hauptverbandes der Österreichischen Sozialversicherungsträger, Präsident der Internationalen Vereinigung für soziale Sicherheit in Genf	
Die Bedeutung der Internationalen Vereinigung für soziale Sicherheit für die Entwicklung der sozialen Sicherheit . . . . .	5
<i>Armand Kayser</i> , Luxemburg, Ehrenpräsident der Sozialversicherungsanstalt des Großherzogtums Luxemburg	
Die soziale Sicherung der Wanderarbeitnehmer in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft . . . . .	17
<i>Hans Schmitz</i> , Wien, Dr. jur., Professor an der Universität Wien	
Die deutsche und die österreichische Sozialversicherung . . . . .	23
<i>Hans F. Zacher</i> , Dr. jur., Professor an der Universität Saarbrücken	
Die Sozialversicherung als Teil des öffentlichen Rechts . . . . .	29
<i>Wolfgang Eichler</i> , Köln, Dr. jur., Hauptgeschäftsführer der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände	
Sozialpolitik und Wirtschaftspolitik . . . . .	41
<i>Hermann Beermann</i> , Düsseldorf, Stellvertretender Vorsitzender des Deutschen Gewerkschaftsbundes	
Gewerkschaften - Entwicklung der sozialen Sicherung . . . . .	47
<i>Georg Wannagat</i> , Darmstadt, Dr. jur., Honorarprofessor an den Universitäten Tübingen und Frankfurt a. M., Landessozialgerichtspräsident	
Das Sozialrecht im sozialen Rechtsstaat . . . . .	55

<i>Harry Rohwer-Kahlmann</i> , Bremen, Dr. jur., Landessozialgerichtspräsident Die Sozialversicherung als Teil des Sozialrechts . . . . .	63
<i>Walter Bogs</i> , Kassel, Dr. jur., Honorarprofessor an der Universität Göttingen, Senatspräsident beim Bundessozialgericht a. D. Über bewegliche Sozialleistungen, insbesondere die gesetzliche Planung der Rentendynamik . . . . .	71
<i>Wolfgang Haensel</i> , München, Dr. jur., Landessozialgerichtspräsident a. D. Zusatzversorgung und soziale Rentenversicherung . . . . .	93
<i>Erwin Gaber</i> , Berlin, Dr. jur., Honorarprofessor an der Technischen Universität Berlin, Präsident der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte Die Dynamik in der Rentenversicherung der Arbeiter und der Angestellten	101
<i>Herbert Lauterbach</i> , Bonn, Dr. jur., Oberregierungsrat a. D., Hauptgeschäftsführer des Verbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften a. D. Finanzausgleich in der fachlich gegliederten Unfallversicherung . . . . .	107
<i>Friedrich Voges</i> , Hamburg/Köln, Dr. med., 1. Vorsitzender der Kassenärztlichen Bundesvereinigung Ärztliche Versorgung und Krankenversicherung . . . . .	115
<i>Rolf Braun</i> , Köln, Dr. med. dent., Verbandsdirektor der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung Die Entwicklung der zahnärztlichen Versorgung in der gesetzlichen Kran- kenversicherung . . . . .	123
<i>Theo Siebeck</i> , Düsseldorf, Dr. jur., Geschäftsführer des Verbandes der Ortskranken- kassen Rheinland Organe der Selbstverwaltung . . . . .	129
Ein Beitrag zum Selbstverwaltungsrecht in der Sozialversicherung	
<i>Fritz Tervooren</i> , Köln, Geschäftsführer des Bundesverbandes der Innungskranken- kassen Die Auftragsangelegenheiten der gesetzlichen Krankenkassen . . . . .	137

<i>Karl Alexander</i> , Essen, Dr. jur., Hauptgeschäftsführer des Bundesverbandes der Betriebskrankenkassen	
Zahl der Krankenkassen und Wirtschaftlichkeit bei Betriebskrankenkassen	147
<i>Erich Stolt</i> , Hamburg, Geschäftsführer des Verbandes der Angestelltene ersatzkrankenkassen und des Verbandes der Arbeiterersatzkassen i. R.	
Versuch eines Vergleichs zwischen Trägern privater und gesetzlicher Krankenversicherung . . . . .	157
<i>Peter Nannenhorn</i> , Frankfurt, Geschäftsführer der Arbeitsgemeinschaft für Gemeinschaftsaufgaben der Krankenversicherung	
Die Aufgabe des vertrauensärztlichen Dienstes . . . . .	169
<i>Klaus Hollmack</i> , Berlin, Dr. med., apl. Professor, Medizinische Fakultät der Freien Universität Berlin, Ärztlicher Direktor des Städtischen Krankenhauses Berlin-Neukölln	
Arzt und Jurist im Gedankenaustausch . . . . .	177
<i>Helmut Valentin</i> , Erlangen, Dr. med., Universitätsprofessor an der Universität Erlangen-Nürnberg und <i>Gerhard Lehnert</i> , Erlangen, Dr. med., Priv.-Dozent, Oberarzt	
Die Arbeitsmedizin in Gegenwart und Zukunft . . . . .	181
<i>Fritz Hauelsen</i> , Kassel, Dr. jur., Senatspräsident beim Bundessozialgericht	
Zum Schließen von Gesetzeslücken durch den Richter . . . . .	193
Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts	
<i>Horst Peters</i> , Düsseldorf, Dr. jur., Sozialgerichtspräsident	
Bismarcks Stellung zum Christentum . . . . .	203
Sachregister . . . . .	209

# Die Sozialversicherung als Teil des öffentlichen Rechts

Von *Hans F. Zacher*

## I.

Im Jahre 1885 schrieb *Georg Häpe* in seinem Buch über »Das Krankenversicherungsrecht nach dem Reichsgesetze vom 15. Juni 1883« (S. III f.): »Es könnte und wird wohl behauptet werden, daß die durch die »sozialpolitische« Gesetzgebung des Deutschen Reiches geschaffenen und bedingten Rechtsverhältnisse ihrer inneren Natur nach völlig neu und eigenartig seien und daß daher eine Beurteilung derselben an der Hand der bisher bekannten Rechtsinstitute ebenso wie das Bemühen, diese neuen Erscheinungen unter bisherige Rechtsbegriffe subsumieren zu wollen, ohne weiteres als verfehlt zu bezeichnen sei.« Und weiter (S. V): »Es ist wohl möglich, daß schon nach einer kurzen Reihe von Jahren der bloße Hinweis auf die »sozialpolitische Natur« eines Rechtsverhältnisses einigen Aufschluß über das Wesen des betreffenden Verhältnisses zu geben vermag, bei dem gegenwärtigen Stande der Sache jedoch würde ein solcher Hinweis nur eine leere Phrase sein und im günstigsten Falle auf das Bestreben hinauslaufen, *ignotum per ignotius* zu erklären.« Schon bald darauf postulierte *Otto Gierke* ein zwischen öffentlichem und privatem Recht stehendes *Sozialrecht*<sup>1</sup>. Er relativierte damit den Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht, ohne die Unterscheidung in *zwei* Rechtsteile in Frage stellen zu wollen<sup>2</sup>. Später wurde von einzelnen Autoren das Sozialrecht – oder wurden jedenfalls gewisse sozialrechtlich charakterisierte Rechtsfiguren – als Sonderrecht, als etwas Drittes, zwischen das öffentliche und private Recht geschoben<sup>3</sup>. Doch sie konnten sich nicht durchsetzen. Für

1 Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 155 ff.; Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895, S. 26 f.

2 Vielmehr nahm er an, daß das Sozialrecht von der Grenze zwischen privatem und öffentlichem Recht »durchschnitten« wird (Privatrecht S. 27).

3 S. insbes. *Nussbaum*, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 1920, S. 65; *Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 3; ders., Über einige Grundfragen des Arbeitstarifsrechts, in: »Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben«, Festgabe der juristischen Fakultäten zum fünfzigjährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. IV, 1929, S. 1 ff. (14 ff.); *Walter Wolff*, Zur Frage eines eigenständigen

die Teilung des Rechts in öffentliches und privates Recht gilt noch heute: tertium non datur<sup>4</sup>. Das will nicht heißen, daß die Grenze immer aus allgemeinen Kategorien heraus scharf zu ziehen ist. Nur allzu oft wird sie durch Gemengelagen unklar<sup>5</sup>. Aber diese sind – Kondominien oder Niemandsland – jedenfalls kein eigenständiger dritter Teil unserer Rechtsordnung. Und vor allem: Der Titel eines »Sozialrechts« absorbiert sie nicht<sup>6</sup>.

Auch sonst ist dieser Titel mehrdeutig<sup>7</sup> und dogmatisch kraftlos geblieben. Das »Sozialrecht« ist<sup>8</sup> nur ideal zu erfassen und nur in Schwerpunkten real sichtbar zu machen<sup>9</sup>. Die Erwartung eines gegenständlich besonderen Sozialrechts ist demgegenüber ein historisches Phänomen. Als sich die staatliche Sozialpolitik im 19. Jahrhundert aus der liberalen Woge erhob, mochte sich die soziale Aufgabe des Staates und des Rechts dem Betrachter als gegenständlich beschränkt darstellen. Erst die immer neuen Schwierigkeiten einer bewußten, auf Dauer angelegten Sozialpolitik und die Verfeinerung des sozialen Gerechtigkeitsgefühls haben die Universalität der sozialen Problematik geoffenbart. Und eine jahrzehntelange politische Entwicklung hat zu dem umfassenden Verfassungsauftrag der Sozialstaatlichkeit geführt. Nachdem dieser Prozeß sich sowohl auf tatsächlichem wie auf rechtlichem Felde jedoch vollzogen hat und bewußt geworden ist, ist die Annahme eines abgeschlossenen Bereichs sozialen Rechts unhaltbar geworden. Gewiß gibt es von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet Unterschiede

Sozialrechts, Gewerkschaftliche Monatshefte, 1. Jg. (1950) S. 566ff. – S. zur Lehre vom Sozialrecht allgemein: *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952, S. 319ff.

- 4 *Stern*, Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AöR Bd. 84 (1959) S. 137ff., 273ff. (313) mit weiteren Nachweisen.
- 5 S. *Zacher*, Verwaltung durch Subventionen, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 25 (1967) S. 308ff. (351) mit weiteren Nachweisen.
- 6 Zur Versuchung, die Sozialversicherung in dieses »Zwischenland« zu verweisen, s. schon *Weyl*, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts, 1894, S. 909.
- 7 S. *Weidner*, Zur Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, JZ 14. Jg. (1959) S. 698ff., 758ff. (700f.) mit weiteren Nachweisen.
- 8 Wie auf ähnliche Weise das »Wirtschaftsrecht«; s. *Zacher*, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: »Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung«, Festschrift für Franz Böhm, S. 63ff. (75ff.).
- 9 S. *Zacher*, Sozialgerichtsbarkeit und Sozialrecht, ZSR 10. Jg. (1965) S. 137ff. (149f.). Im Sinne schwerpunktartiger Exemplifikation erscheint es heute legitim, – etwa im Unterrichtsbetrieb – vom »Recht der sozialen Sicherheit«, abgekürzt als vom »Sozialrecht« zu sprechen. Doch sollte immer klargestellt werden, was wirklich gemeint ist.

der Häufigkeit und Intensität sozialer Problematik. Aber das Recht muß überall wachsam sein, der sozialen Ungerechtigkeit Herr zu werden. Diese Aufgabe gegenständlich katalogisieren zu wollen, ist hoffnungslos.

*Häpes* Erwartung konnte sich also nicht erfüllen. Soweit das Sozialversicherungsrecht der Einordnung in größere Zusammenhänge bedarf, um besser verstanden zu werden, wurde seine Qualifikation als öffentliches oder privates Recht nicht dadurch entbehrlich, daß es »sozial-politisches Recht« ist.

## II.

Die Kontroverse, ob das Sozialversicherungsrecht *öffentliches oder privates Recht* ist, strebte schon in den frühen neunziger Jahren des vorigen Jahrhunderts ihrem Höhepunkt zu. *Richard Weyl* gab ihren Stand in seinem »Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts« (1894) mit der größten Genauigkeit wieder<sup>10</sup>. Schon damals zeichnete sich der Sieg der öffentlichrechtlichen Auffassung ab. Namen wie *Gareis*, *Grotefend*, *Hahn*, *G. Jellinek*, *H. Lehmann*, *G. Meyer*, *Piloty*, *Rehm*, *Rosin* und *Seydel* standen auf dieser Seite. Die Vertreter einer rein privatrechtlichen Qualifikation waren wenige: neben *Frank* – dem Verfasser einer Erlanger Dissertation über den »Rechtscharakter der durch die deutsche Socialgesetzgebung geschaffenen Unterstützungsansprüche« (1891) – nur *Loening*. Erstaunlich genug, daß es sie gab. Interessanter sind die Vertreter vermittelnder Lösungen. *Koehne* und *Bornhak* unterschieden nach dem Begründungsmodus: »Soweit der Versicherungszwang reicht, beruht die Versicherung unmittelbar auf einer Norm des öffentlichen Rechtes. Für die bei einem Zwangsversicherungsinstitute beitragsberechtigten, aber nicht versicherungspflichtigen Personen . . . wird dagegen das Rechtsverhältnis der Arbeiterversicherung hergestellt durch einen privatrechtlichen Vertrag.«<sup>11</sup> *Laband* schloß sich ihnen zunächst an, um sich später im Sinne rein öffentlichrechtlicher Beurteilung zu distanzieren.<sup>12</sup> Andere knüpften an den Versicherungszweig an – so *Haenel*, *Mandry*<sup>13</sup>

10 S. 908 ff.; s. diesen und *seine eingehenden Belege auch zum Folgenden*, soweit besondere Nachweise fehlen.

11 *Bornhak*, Das deutsche Arbeiterrecht, Annalen des Deutschen Reiches, 1892, S. 501 ff. (580).

12 Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Bd. 3, 1913, S. 295 Anm. 1.

13 Dieser auch noch in der von *Geib* besorgten 4. Aufl. seines Werkes »Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze« 1898 (§ 14 = S. 150 ff.; S. 505 f.).



und *Pfälzer*<sup>14</sup> – wobei die Unfallversicherung für das Privatrecht reklamiert und die Alters- und Invalidenversicherung dem öffentlichen Recht überlassen wurde, während die Krankenversicherung auf Unsicherheit stieß. *A. Menzel*<sup>15</sup>, eine der eindrucksvollsten Stimmen in diesem Konzert, wollte wenigstens die *Unterstützungsansprüche* für das Privatrecht retten, während er den öffentlichrechtlichen Charakter der Versicherungsträger und -behörden und der Beitragspflicht nicht leugnete<sup>16</sup>.

Es wäre eine reizvolle Aufgabe, die Argumente dieser Diskussion im einzelnen zu sichten<sup>17</sup>, um sie in das Licht allgemeinerer Zusammenhänge zu stellen – insbesondere um sie mit der zeitgenössischen Theorie der Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht zu konfrontieren. Sie kann hier nicht aufgegriffen werden. Die Zurückhaltung gegenüber dem öffentlichen Recht jedenfalls ist verständlich. War es diesem doch eine neue Aufgabe, vermögenswerte Leistungsansprüche des einzelnen gegen den Staat oder ihm eingegliederte Gebilde zu gewähren – ja überließ es sie sonst vermittels der Fiskustheorie immer noch dem Privatrecht, so daß *Menzel*<sup>18</sup> ausrufen konnte: »Ist es möglich, daß aus demselben Rechtsverhältnis auf der einen Seite eine öffentlichrechtliche Pflicht zur Leistung von Beiträgen, auf der anderen Seite ein privatrechtliches Forderungsrecht entspringt? Ich stehe nicht an, diese Fragen bejahend zu beantworten. An Analogien . . . fehlt es nicht. Das Verhältnis des Beamten zum Staat ist ein öffentlichrechtliches, sein Anspruch auf Gehalt ein privatrechtlicher. Noch schlagender ist die Analogie der Expropriation. . . Die Verpflichtung des Eigentümers zur Herausgabe der Sache ist eine öffentlichrechtliche. . . Hingegen ist die Verpflichtung zur Entschädigung eine privatrechtliche.« Und das Reichsversicherungsamt<sup>19</sup> mußte wiederholt betonen, daß die Sozialversicherungsgesetze trotz ihres öffentlichrechtlichen Charakters echte Rechtsansprüche gewähren.

Jedoch ging der Kampf auch um die soziale Aufgabe des Privatrechts<sup>20</sup>.

14 Die rechtliche Natur der Unfallversicherung, *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, 44. Bd. (1896) S. 388 ff. (414 ff.).

15 Zuerst in: Die rechtliche Natur der Unterstützungsansprüche aus den Reichsgesetzen über die Kranken- und Unfallversicherung der Arbeiter, *Archiv für Bürgerliches Recht*, Bd. 1 (1889) S. 327 ff.

16 Ähnlich wie er auch *Lewick*. Weitere Autoren, die irgendwelche *gemischten Lösungen* vertraten, s. bei *Weyl* a. a. O. S. 911 ff. (Anm. 11–13 und Anm. 23).

17 S. die Übersicht bei *Weyl* a. a. O. S. 913 ff.

18 a. a. O. S. 332.

19 S. die Nachweise bei *Hahn*, *Krankenversicherungsgesetz*, 3. Aufl. 1904, S. 16.

20 S. dazu allgemein etwa *Wieacker* a. a. O. S. 318 ff.

So wandte sich *Menzel* dagegen, im sozialpolitischen Ziel der Reichsversicherungsgesetze ein Argument für das öffentliche Recht zu sehen: »Jeder Rechtssatz berührt mehr oder weniger das gemeine Wohl, und die Geschichte beweist, daß große sozialpolitische Reformen mit der Abänderung und Fortbildung des *Privatrechts* Hand in Hand gingen.«<sup>21</sup> Und weiter: »Gewiß können die Unterstützungsansprüche der Reichsgesetze aus dem *geltenden* Privatrechte nicht abgeleitet werden. Wäre es anders, so hätte es dieser Gesetze nicht bedurft. . . . Die aus dem bis zu den Versicherungsgesetzen geltenden Privatrecht abzuleitenden Ansprüche der Arbeiter und Hinterbliebenen wurden mit Recht als völlig unzureichend erkannt. Nichts war daher natürlicher, als daß eine Gesetzgebung, welche unter heftigen Kämpfen dahin gelangte, für die arbeitenden Klassen eine weitere Fürsorge zu treffen, das Hinausgehen über das *bisherige* Privatrecht scharf betonte.«<sup>22</sup> Worum hier gerungen wurde, wird exemplarisch deutlich bei der Lektüre der Ausschußdebatte zu § 617 BGB<sup>23</sup>, worin ein Ansatz zu sozialer Sicherung von Arbeitnehmern gemacht ist. Der Antrag hierauf, wurde dort zunächst von maßgeblicher Seite eingewandt, »bewege sich auf dem Gebiete der Fürsorge für die dienende und arbeitende Klasse der Bevölkerung. In dieses von der Reichsspezialgesetzgebung bereits in Anspruch genommene Gebiet durch Erlaß allgemeiner Vorschriften des bürgerlichen Rechtes einzugreifen, sei nicht angängig. . . . Das bürgerliche Recht sei . . . nicht der Ort, an dem sich die Fortschritte auf dem Gebiete der Sozialpolitik zu vollziehen hätten.«<sup>24</sup> Der Sieg des Liberalismus im Bürgerlichen Gesetzbuch war ein Pyrrhus-Sieg. Das beste Beispiel dafür ist das Arbeitsrecht, dem sich das Sozialversicherungsrecht alsbald intensiv – und wohl bis heute – verschwistert fühlen sollte<sup>25</sup>. Und die mittelbare Kritik am Privatrecht, die in der Zuordnung des Sozialversicherungsrechts zum Privatrecht steckt, verdient so gewiß Sympathie. Aber das rechte Verhältnis zwischen privatem und öffentlichem Recht<sup>26</sup> wurde von beiden Seiten verkannt. Mit der Sozialversicherung, so wie sie die Gesetzgebung des Reiches gestaltet hatte, war der Kreis der spezifischen Möglichkeiten des Privatrechts

21 a.a.O. S. 331 – Hervorhebung im Original.

22 a.a.O. S. 333f. – Hervorhebung im Original. Im Sinne dieser Thesen vor allem auch *Pfälzer* a.a.O. S. 415ff.

23 *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 1899, S. 901ff.

24 a.a.O. S. 903.

25 S. *Weidner* a.a.O. S. 700 mit weiteren Hinweisen.

26 S. *Zacher* a.a.O. (Anm. 8) S. 107ff.

in der Tat verlassen worden. Sie gehört zum öffentlichen Recht als dem Rechtsteil, dessen Normen durch den Zweck bedingt sind, die öffentliche Gewalt zu konstituieren, in sich und gegenüber dem Bürger zu ordnen<sup>27</sup>. Der Staat hat die deutsche Sozialversicherung nicht nur als einen Gegenstand öffentlichen Interesses geregelt. Er hat auch ihre Träger – von Ausnahmen abgesehen – in seine (weitere) Organisation hineingenommen und ihre Aufgaben und Befugnisse, ihre Struktur und ihr Verfahren entsprechend gestaltet. Er sichert – für und gegen den einzelnen – die Gesetzmäßigkeit ihres Tuns und beteiligt sich selbst am Vollzug des Sozialversicherungsrechts.

Die Diskussion ebte denn auch rasch ab<sup>28</sup>. Schon etwa der »Grundriß des sozialen Versicherungsrechts«, den *Kaskel* und *Sitzler* 1912 vorlegten, ließ sie hinter sich (S. 37 ff., Zitat S. 37): Entscheidend ist, »in welcher Weise, mit welchen juristischen Mitteln die Betätigung staatlicher Fürsorge das Ziel einer Sicherung gegen Schäden verwirklicht hat«. Sie sehen dabei im Vordergrund »das subjektive öffentliche Recht des Entschädigungsanspruchs«: ein »gegen den Staat gerichtetes Recht, dessen Befriedigung der Staat bestimmten zu diesem Zweck von ihm errichteten und leistungsfähig ausgestalteten öffentlichrechtlichen Genossenschaften übertragen hat« (S. 41)<sup>29</sup>. Am Ende der Weimarer Epoche konnte *Lutz Richter* in seinem »Sozialversicherungsrecht« (1931) sagen (S. 8):<sup>30</sup> »Daß die Sozialversicherung durch öffentliches Recht geregelt ist, . . . ist in Schrifttum und Rechtsprechung heute unbestritten. Privatrechtliche Beziehungen der Träger kommen zwar vor, . . . sind aber für den Gesamtcharakter des Sozialversicherungsrechts ohne Bedeutung.« Daran hat sich bis heute nichts mehr geändert. Das Sozialversicherungsrecht begegnet dem Privatrecht und kooperiert mit ihm<sup>31</sup>. Mitunter ist dabei in einzelnen Bereichen die Grenze zwischen

27 S. zu diesem Begriff des öffentlichen Rechts *Zacher* a. a. O. (Anm. 5) S. 350f. mit weiteren Hinweisen.

28 S. z. B. noch *Hahn* a. a. O. S. 10 ff.

29 Nicht vorenthalten sei die eigentümliche Stellungnahme *Georg Jellineks* zu dieser Frage (System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919, Neudruck 1964, S. 269): »Daß der Staat in diesen Fällen das in letzter Instanz verpflichtete Subjekt ist, zeigt sich allemal darin, daß er durch seine Organe als Oberaufsichts- oder Rekursinstanz über Verweigerung derartiger Leistungen oder Streit über deren Umfang sein Urteil fällt. Diese Ansprüche können daher als *mittelbar öffentlich-rechtliche* den unmittelbaren, direkt an den Staat gerichteten an die Seite gestellt werden.«

30 S. a. S. 5 ff., 11, 26 f., insbes. S. 27 Anm. 1, S. 131.

31 S. z. B. *Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. I, 1965, S. 197 ff.

öffentlichem und privatem Recht nicht leicht zu finden<sup>32</sup>. Aber das öffentlichrechtliche Wesen des Sozialversicherungsrechts wird nicht in Frage gestellt<sup>33</sup>.

### III.

Die *praktische Bedeutung* des anfänglichen Gefechts um die Zuordnung der Sozialversicherung zum öffentlichen Recht war gering<sup>34</sup>. Rechtswegfragen – die sonst beliebteste Quelle dieser Art von Streitigkeiten – regelte der Gesetzgeber mit erstaunlichem Pragmatismus<sup>35</sup> positiv<sup>36</sup>. Das Verwaltungsrecht war erst in seiner Ausbildung begriffen. Das gilt vor allem für dessen allgemeine Lehren. So konnte sich das Sozialversicherungsrecht von dort her kaum ergänzen. Wie wenig die Einbeziehung ins öffentliche Recht weiter half, zeigt der Umstand, daß es innerhalb des Verwaltungsrechts dem Gewerberecht zugesellt wurde<sup>37</sup>, auch dann, wenn man das kodifikatorische Übergreifen – vor allem des Titels VII – der Gewerbeordnung in das (heutige) Arbeitsrecht und ihres § 140 sogar in das (heutige) Recht der sozialen Sicherheit in Rechnung stellt. So drohte das Sozialversicherungsrecht mit dem Privatrecht mehr systematische und dogmatische Hilfe zu verlieren, als es mit dem öffentlichen Recht gewinnen konnte.

32 Vgl. die Hinweise bei *Peters-Sautter-Wolff*, Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 4. Aufl. (1964), Anm. 9, insbes. S. 120 und 122 (Anm. 9c); *Wieczorek*, ZPO mit GVG, Handausgabe, 2. Aufl. 1966, Anm. F III b zu § 13 GVG.

33 S. aber die Mahnung *Weidners* (a.a.O. S. 698f.): »Es wäre nützlich, wenn man sich dessen bewußt bliebe, daß die Sozialversicherung – wie Bogs es einmal in anderem Zusammenhang ausgedrückt hat – lediglich »öffentlich-rechtlicher Überbau« ist, nämlich über einem Stück privaten Lebensbereiches, oder – mit den Worten Zanettis – »staatlich geordnete oder zum mindesten staatlich geförderte und beeinflusste kollektive Selbsthilfe.«

34 Obwohl nicht übersehen wurde, daß die Auseinandersetzung durch praktische Konsequenzen gerechtfertigt werden muß: *Weyl* a.a.O. S. 924ff.

35 S. dazu etwa die Abwägungen in dem »Bericht der XII. Kommission über den Entwurf eines Gesetzes über die Abänderung eines Gesetzes, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 – Nr. 151 der Drucksachen – Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode I. Session, Dritter Anlageband, Aktenstück Nr. 381 S. 2345 ff.

36 *Knoll*, Die Entwicklung der Gerichtsbarkeit des Reichs bei Sozialleistungen, in: »Staatsbürger und Staatsgewalt«, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, Bd. 1, 1963, S. 87 (92ff.); *Schneider*, Zur Entwicklung des Rechtsschutzes in der Sozialversicherung in: »Sozialpolitik, Arbeits- und Sozialrecht«, Festschrift für Friedrich Sitzler, 1956, S. 329ff.

37 *Weyl* a.a.O. S. 923 mit weiteren Nachweisen. – Anders dann schon in der Weimarer Zeit; s. *Richter* a.a.O. S. 8.

Im Mittelpunkt dieser Besorgnisse stand der Wegfall des Gerüsts, welches das (Privat-)Versicherungsrecht auch dem Sozialversicherungsrecht zu bieten schien. Der Streit, ob die Sozialversicherung als »Versicherung« anzusehen sei, war deshalb nicht nur mit dem um die öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Qualifikation eng verknüpft<sup>38</sup>; er tobte mit noch größerer Härte als dieser<sup>39</sup>. Und anders als der Streit um die öffentlichrechtliche Qualität der Sozialversicherung konnte die Auseinandersetzung um Gemeinsames und Trennendes, Vergleichbares und Vertauschbares zwischen Privatversicherung, Sozialversicherung und sonstiger öffentlichrechtlicher Versicherung bis heute nicht ausgetragen werden<sup>40</sup>. Ja es erscheint wichtig, daß von dieser offenen Flanke her dem Selbstverständnis der Sozialversicherung immer wieder neue Impulse gegeben werden<sup>41</sup>.

#### IV.

Anders als die Gemeinsamkeit mit dem Privatversicherungsrecht blieb die *Beziehung* des Sozialversicherungsrechts zum *öffentlichen Recht* auch während der Weimarer Zeit weitgehend unfruchtbar<sup>42</sup>. Erst in der gegenwärtigen Verfassungsepoche wurde die Zugehörigkeit des Sozialversicherungsrechts zum öffentlichen Recht in vollem Umfang relevant. Eine sehr wichtige Tatsache ist, daß die Sozialversicherung in das – im wesentlichen öffentlichrechtliche – aus den Elementen der Fürsorge, der Versorgung und der Versicherung entwickelte *System der sozialen Sicherheit*<sup>43</sup> eingebettet werden konnte. Dadurch ist der Standort des Sozialversicherungsrechts innerhalb

38 S. z. B. *Weyl* a.a.O. S. 908.

39 Auch hierzu gibt *Weyl* (a.a.O. S. 877ff.) einen vorzüglichen Überblick über den Streitstand der ersten Jahre. Einen nächsten Abschnitt der Debatte erfaßt vor allem *Rosin*, Die Rechtsnatur der Arbeiterversicherung, in: »Staatsrechtliche Abhandlungen«, Festgabe für Paul Laband, 1908, S. 43ff.

40 S. etwa *Möller*, Die Abgrenzung zwischen Sozial- und Privatversicherung, in: »Gegenwartsfragen sozialer Versicherung«, hrsg. von *Bogs*, 1950, S. 74ff.; *Krohn*, Zur Rechtsnatur der Sozialversicherung, in: »Beiträge zur Versicherungswissenschaft«, Festgabe für Walter Rohrbeck, 1955, S. 175ff.; *Bogs*, Grundfragen des Rechts der sozialen Sicherheit und seiner Reform, 1955, S. 15ff.; *Wannagat* a.a.O. S. 1ff., insbes. S. 25ff.; *Sozialenquete*, S. 60ff.

41 S. a. nochmals Anm. 33.

42 S. hierzu und zum Folgenden auch *Zacher* a.a.O. (Anm. 9) S. 139ff.

43 Dazu immer noch grundlegend: *Rohrbeck*, Der Begriff der Sozialversicherung und ihre Abgrenzung zur Versorgung und Fürsorge, in: »Gegenwartsfragen sozialer Versicherung«, hrsg. von *Bogs*, 1950, S. 17ff.; *Bogs* a.a.O. (Anm. 40) S. 15ff.; *Weisser*, Art. »Soziale Sicherheit« im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften,

des Sachsystems des öffentlichen Rechts genauer faßbar geworden. Ferner ist die unmittelbare und mittelbare sozialversicherungsrechtlich bedeutsame Aussage der *Verfassung* unvergleichlich größer als früher<sup>44</sup>. Das Sozialversicherungsrecht ist also auch insofern auf neue Weise öffentliches Recht, als es in höherem Maße als früher in die *Verfassung* eingegangen ist. Zugleich ist es durch die *Verfassung* in die übergreifende Einheit des *Verwaltungsrechts* gezwungen worden. Die *Verfassung* erspart – anders als in der Weimarer Epoche – diesmal der (verwaltungsrechtlichen) Ordnung des Verhältnisses des Bürgers zum Staat – auch zum umverteilenden und leistenden Staat – nicht mehr die Anpassung an die Prinzipien eines voll entwickelten demokratischen und sozialen Rechtsstaats. Die Einheit all der Normen, welche die öffentliche Gewalt zu konstituieren, sowie in sich und gegenüber dem Bürger zu ordnen haben<sup>45</sup>, ist so auf neue Weise aktuell. Das Sozialversicherungsrecht konnte diesen mitunter »revolutionären« verfassungsrechtlichen Anforderungen nur genügen, indem es sich den allgemeinen Umbildungsprozessen des Verwaltungsrechts anvertraute.<sup>46</sup>

Diese Entwicklung der Integration des Sozialversicherungsrechts im Verwaltungsrecht vollzog sich bei aller Eigenständigkeit des Sozialversicherungsrechts vor allem rezeptiv: das Sozialversicherungsrecht nahm die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts – wie nie zuvor – in sich auf. Die Einseitigkeit dieses Verhältnisses sollte jedoch einem kritischen Austausch Platz machen. Das Sozialversicherungsrecht gibt sehr wohl Anlaß,

Bd. 9, 1956, S. 396 ff. S. statt anderer auch *Wannagat* a. a. O. S. 1 ff., insbes. S. 33 ff.; *Zacher* a. a. O. (Anm. 9) S. 139, 152 f.; *Sozialenquete*, S. 60 ff. – Dem neuerdings von *Friedrichs* (Soziale Sicherheit als Rechtsbegriff, JZ 22. Jg. [1967] S. 278 ff.) vertretenen engeren Begriff kann nicht zugestimmt werden. Es ist nur zu hoffen, daß sich der herrschende, den wesentlichen Sinnzusammenhängen gerechte Sprachgebrauch von dieser Abhandlung nicht irritieren läßt.

44 Die wichtigste Zwischenbilanz stellten wohl die Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages (München 1960) dar, dessen Sozialrechtliche Arbeitsgemeinschaft auf der Grundlage eines Referats von *Bogs* »Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit« diskutierte. Zum Späteren s. z. B. *Wannagat* a. a. O. S. 221 ff. – Der Verfasser darf in diesem Zusammenhang wieder einmal bedauern, daß es ihm zahlreiche andere Aufgaben bis jetzt unmöglich gemacht haben, seine Habilitationsschrift über das »Sozialverfassungsrecht« dem Druck zu übergeben.

45 S. oben Anm. 27.

46 S. z. B. *Hauelsen*, Das allgemeine Verwaltungsrecht in der Rechtsprechung des BSG, in: »Staatsbürger und Staatsgewalt – Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart«, Bd. 1, 1963, S. 255 ff.

die Lehren des Verwaltungsrechts zu überprüfen. Als Beispiel kann zunächst der Verwaltungsakt genannt werden, der gemeinhin wie ein begriffsjuristischer Popanz in der Mitte des Systems des Verwaltungshandelns steht. Gerade das Sozialversicherungsrecht ist kraft mancher Eigentümlichkeit berufen, daneben nicht nur den (öffentlichrechtlichen) Realakt wieder zu Ehren, aber auch zu rechtsstaatlich befriedigender Ordnung zu bringen, sondern auch den Kern des Verwaltungsakts, das einseitige Rechtsgeschäft, sichtbar zu machen. Die mit dem Begriff des Verwaltungsakts verknüpften Zutaten – wie Bindungs- und Tatbestandswirkung und Formalisierung des Rechtsschutzes – stehen mitunter allen beteiligten Interessen gleichermaßen im Wege, so daß Anlaß besteht, zu differenzieren<sup>47</sup>. Ein weiteres Beispiel wäre das Problem des öffentlichrechtlichen (rechtsgeschäftlichen) Handelns Privater<sup>48</sup>, das im Verwaltungsrecht so unverständlich vernachlässigt ist. Seine Lösung ist im Sozialversicherungsrecht höchst bedeutsam<sup>49</sup>. Das Sozialversicherungsrecht kann also Erfahrungen einbringen – wenn es nur danach befragt wird. Weiter müßte die sozial(versicherungs)rechtliche Kausalitätslehre<sup>50</sup> mit der allgemeinen öffentlichrechtlichen Haftungs- und Entschädigungsdoktrin in Verbindung gebracht werden<sup>51</sup>. Die Lehre von der Selbstverwaltung, die sich im allgemeinen nur vom kommunalrechtlichen Material nährt, müßte sich die Lehren und Erfahrungen der sozialversicherungsrechtlichen Selbstverwaltung<sup>52</sup> noch mehr zunutze machen.

47 S. zum Problem des Verwaltungsakts im Sozialversicherungsrecht z. B. *Salzwedel*, Die Lehre vom Verwaltungsakt in der Rechtsprechung des BSG, in: »Rechtsschutz im Sozialrecht«, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 1965, S. 197 ff.; zuletzt etwa *Schroeder-Printzen*, Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts im Krankenversicherungs- und Kassenarztrecht, in: »Sozialenquete und Sozialrecht«, Festschrift für Walter Bogs, 1967, S. 185 ff.

48 S. dazu etwa *Küchenhoff*, Die öffentlichrechtliche Willenserklärung der Privatperson, in: »Verfassung und Verwaltung«, Festschrift für Wilhelm Laforet, 1952, S. 317 ff.

49 S. z. B. *Lohmann*, Die Bedeutung einer Willenserklärung nach den Vorschriften des ArVNG, Die Sozialgerichtsbarkeit, 11. Jg. (1964) S. 128 ff.; *Röss*, Der Rentenantrag in der gesetzlichen Rentenversicherung als Willenserklärung, Die Sozialversicherung, 21. Jg. (1966) S. 6 ff., 40 ff.

50 S. z. B. *Wannagat* a. a. O. S. 323 ff. und passim.

51 S. auch *Wannagat*, Die unfallversicherungsrechtliche Gefährdungshaftung im allgemeinen Haftungssystem, NJW 14. Jg. (1961) S. 1597 ff.

52 S. etwa die Verhandlungen des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Erste Bundestagung (München 1966), über das Thema »Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung – Aufgaben und Grenzen –« mit den Referaten von Werner *Weber*, *Salzwedel*, *Wickenhagen* und *Rösler* (Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. I, 1966, S. 27 ff.).

Das Zuschußwesen müßte in Parallele zum kommunalen Finanzausgleich gesehen werden, das Beitragsrecht<sup>53</sup> in Parallele zum sonstigen Abgaberecht<sup>54</sup> und das Beitreibungsrecht der Sozialversicherung in Parallele zum übrigen Verwaltungsvollstreckungsrecht. Die öffentlichrechtliche Dogmatik von Auftrag und Vertretung könnte um die in der Sozialversicherung zahlreichen Fälle der Wahrnehmung sachlich „fremder“ Funktionen durch Verwaltungsträger bereichert werden (wie z.B. die Einziehung der Rentenversicherungsbeiträge durch die Krankenkassen oder die Auszahlung der Renten durch die Post-Rechtfiguren, die zudem das im Blickfeld der „Auftragsverwaltung“ herrschende Bild „vertikaler“ Funktionsverlagerung reizvoll durch ihre eindeutig „horizontale“ Dimension ergänzen). Das alles können nur sporadische Hinweise sein. Aber es ist doch zu hoffen, daß sie die Behauptung stützen, daß es an der Zeit ist, nicht nur das Sozialversicherungsrecht vom übrigen öffentlichen Recht her zu korrigieren, sondern dem übrigen öffentlichen Recht die Impulse zuzuführen, die ihm das Sozialversicherungsrecht dank seiner spezifischen Probleme und Lösungsvorräte zu geben vermag<sup>55</sup>.

53 Das Beitragsrecht pflegt dogmatisch kaum beachtet zu werden, obwohl sein wirtschaftlicher Effekt dem des Steuerrechts ebenbürtig ist.

54 Ein Gedanke, der gerade in der frühen Literatur zur Sozialversicherung sehr häufig sichtbar wird; s. *Rehm*, Der Rechtsbegriff der Arbeiterversicherung, AÖR Bd. 5 (1890) S. 529ff. (545) und seine Nachweise (Anm. 39); *Hahn*, a.a.O. S. 14 und seine Nachweise.

55 Ein beachtlicher Versuch in dieser Richtung war die von *Werner Weber, Ule* und *Bachof* herausgegebene Festschrift zum zehnjährigen Bestehen des Bundessozialgerichts »Rechtsschutz im Sozialrecht« (1965).