


# Das Sozialrecht. Sein Wert und seine Funktion in historischer Perspektive

OKKO BEHRENDIS

View metadata, citation and similar papers at [core.ac.uk](http://core.ac.uk)

brought to you by  CORE

provided by Dokumentenserver der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen

- III. Die das Sozialrecht delegitimierende Dichotomie der Republik *ius publicum* – *ius privatum*
- IV. Die externalisierte (außerordentliche) Stellung des Sozialrechts nach kaiserlichem Recht (seit Augustus) und nach kirchlichem Recht (von Konstantin bis zum Beginn der Neuzeit)
- V. Der neuzeitliche Staat und die Fortdauer der Externalisierung des Sozialrechts
- VI. Ein Menschenbild des Sozialrechts?
- VII. Ergebnisse

## I. Der systematische Ort des Sozialrechts

Wer als Jurist und Historiker nach Wert und Funktion des Sozialrechts fragt, wendet sich an die Empirie, und zwar an Erfahrung mit rechtlichen, Sozialrecht enthaltenden Ordnungen. Ein solcher empirischer Zugang beobachtet die Wirkungen des jeweils geltenden Rechts und blickt notwendig (Erfahrungen wollen gemacht sein) auf bereits Geschehenes, d. h. auf Geschichte im weitesten Sinn, entweder auf die ganz nahe oder auch auf weiter in der Ferne liegende Geschichte, soweit sie nur mit unseren Lebensbedingungen noch zusammenhängt. Meine eigene Fachkompetenz führt mich insofern zunächst ein wenig tiefer in die Vergangenheit. Dieses spezifisch historischen Teils wegen war nach meinem Vortrag eine eigentliche Fachdiskussion wie nach den vier Spezialreferaten nicht vorgesehen, was aber Verständnisfragen an den Referenten nicht ausschloss; zu ihnen wurde vielmehr zur Vorbereitung der Abschlussdiskussion ausdrücklich ermutigt.

An den Anfang stellen möchte ich auch hier, was ich zu Beginn meines Referats in Anwesenheit der beiden Autoren sagen konnte, nämlich wie außerordentlich lehrreich für mich die Lektüre zweier heutiger Leitwerke und der in ihnen enthaltenen Nachweise war. Ich meine einerseits die systematische Darstellung „Sozialrecht“ von Eberhard Eichenhofer,<sup>1</sup> andererseits die „Geschichte des Sozialrechts in Deutschland“ von Michael Stolleis.<sup>2</sup> Es ist dem

---

1 EBERHARD EICHENHOFER, Sozialrecht, 6. Aufl. 2007.

2 MICHAEL STOLLEIS, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland: ein Grundriß, 2003.

Nichtspezialisten eine große und wesentliche Hilfe, dass es solche Bücher gibt. Nach der Lektüre hatte ich den Eindruck, dass über Wert und Funktion des Sozialrechts eigentlich alles Wesentliche bereits gesagt ist.

Sozialrecht ist öffentliches Leistungsrecht, das nicht nur hilft, in dem jeweiligen Bürgerverband eine soziale Existenz zu behaupten, wenn die eigenen Kräfte in einer Biographie dies dauernd oder vorübergehend nicht vermögen, sondern das zugleich überall, wo dies möglich ist, das Ziel verfolgt, zu helfen, eine selbständige Existenz zurückzugewinnen oder gegenüber ungleichen Startchancen eine solche überhaupt erst zu gewinnen. In dieser Rolle ist es eine Errungenschaft, ein *acquis*<sup>3</sup>, des sozialen Rechtsstaats. In seiner Verrechtlichung zu einem anspruchsbegründenden „Netz sozialer Sicherheiten“ ist es, wie Franz Wieacker in seinen „Konstituentien der okzidentalischen Rechtskultur“ geschrieben hat, eine – wie sich zeigen wird, keineswegs besonders rezente – Frucht des modernen Legalismus<sup>4</sup>. Neben seiner großen sozialpolitischen, den sozialen Frieden sichernden Bedeutung hat es eine nicht zu unterschätzende gesamtwirtschaftliche Bedeutung, indem es Menschen und ihre Haushalte in vorübergehenden oder dauernden Zeiten der Hilfsbedürftigkeit instand setzt, die angebotenen Leistungen des Marktes selbst oder vertreten durch Dritte weiter nachzufragen. Dieses positive Gesamturteil gilt trotz der allbekannten Tatsache, dass es erfahrungsgemäß sehr schwer ist, ein solches gewaltiges, in die verschiedensten Lebensbereiche hineinwirkendes, bürokratisch verselbständigtes und ausdifferenziertes Leistungssystem so zu realisieren, dass es weder die staatliche Leistungskraft überfordert noch – statt seine wohltätigen, die Biographien ermöglichenden, sichernden und fördernden Wirkungen zu äußern – an Abhängigkeit gewöhnt, zu Missbrauch auffordert und die Hauptaufgabe des Privatrechts, selbständige Verantwortungsräume zu schaffen, gefährdet.

Ich möchte in der nun folgenden Skizze zeigen, dass das Sozialrecht schon in den Anfängen der für die okzidentale Rechtsentwicklung weithin maßgebenden, immer noch die Grundbegriffe bestimmenden antiken Rechtsentwicklung einen alten und aus der Gründungsidee der Rechtsordnung legitimierten Platz hat, dass sich aber in der weiteren Geschichte dieses Rechts auch die Erklärung findet, warum das Sozialrecht zwischen dem öffentlichen und privaten Recht,

---

3 Das durch die Europäische Union populär gewordene Wort betont durch seinen Kontext die gute Erfahrung als das, was das Erworbene in den Rang des Verbindlichen oder politisch verbindlich zu Machenden erhebt. *Avoir de l'acquis* heißt „etwas los haben, durch Erfahrung gewitzigt sein“.

4 FRANZ WIEACKER, *Konstituentien der okzidentalischen Rechtskultur*, in: OKKO BEHREND/ MALTE DIESSELHORST/WULF ECKHART VOSS (Hrsg.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker*, 1985, S. 355–364 (360 f.).

zwischen *ius publicum* und *ius privatum*, jetzt eine Sonderstellung einnimmt,<sup>5</sup> und nunmehr zwar anerkanntermaßen einen sehr bedeutenden Teil des öffentlichen Rechts darstellt, aber doch nicht zu seinen klassischen Gehalten gehört und seinen Namen bekanntlich dem im 19. Jahrhundert gemachten, fruchtbaren, aber nicht unbedenklichen und mit Recht letztlich erfolglosen Versuch verdankt, die Dichotomie „Öffentliches Recht“ – „Privatrecht“ durch ein Genossenschaftsrecht, das den Staat genossenschaftlich und in letzter Konsequenz als Abstammungsgemeinschaft deutete, zu überwinden.<sup>6</sup>

Der Grund liegt, wie ich näher ausführen werde, in Folgendem: Die spezifisch republikanische Dichotomie *ius publicum* – *ius privatum* hatte nicht nur die Folge, beide Bereiche in ihrer Besonderheit zu stärken, sondern darüber hinaus durch die Radikalität, mit der im klassischen System die Aufgabentrennung durchgeführt wurde, die Tendenz, die Legitimität eines Sozialrechts zu bestreiten. Das öffentliche Wohl, dem das *ius publicum* diene, umfasste nicht das Wohl des Einzelnen, das vielmehr allein in den Formen des *ius privatum* gesichert wurde. Diese Formen des *ius privatum* halfen dem bedürftigen Einzelnen, der auf den Weg gebracht oder geschützt werden musste, nur in den Formen des Familienrechts, dem familiengebundenen Generationenwechsel.

Dagegen erschien das Sozialrecht auf allen Stufen der antiken Rechtsentwicklung als legitim überall dort, wo die Hand, die das Ganze leitet – diese alte, im Bild der öffentlichen Hand fortlebende Umschreibung<sup>7</sup> empfiehlt sich wegen ihrer Neutralität gegenüber dem Unterschied zwischen monarchischen oder republikanischen Verfassungsformen – für den gesamtgesellschaftlichen Zustand Verantwortung empfindet und wahrnimmt. Diese Haltung schloss in der Vergangenheit regelmäßig ein, dass der Träger dieser Gewalt die auf seinem

---

5 Vgl. HANS F. ZACHER, Was ist das Sozialrecht? In: DERS. Abhandlungen zum Sozialrecht, 1993, S. 249–256.

6 Der zentrale Autor ist OTTO BÄHR, Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze, 1864 (Neudruck 1961). MICHAEL STOLLEIS (Anm. 2), S. 311, weist ihn nach als den Autor, der ein „*Sociales Recht*“ konzipiert hat, das als ein „*Recht der menschlichen Verbände*“ die Dichotomie überwinden sollte. In seiner Schrift a.a.O., S. 18 f. gründet er das dem Privatrecht gegenüberstehende öffentliche Recht oder Staatsrecht auf eine allgemeinere Grundlage, das Genossenschaftsrecht, „in welchem der Mensch als *organisches Glied je eines größeren Ganzen*“ [im Original gesperrt] in Betracht gezogen wird, so dass hieraus Rechte und Pflichten für ihn entstehen. Grundlage dieses genossenschaftlichen Staates ist die Familie, die Bähr (S. 25) „*eine juristisch unentwickelt gebliebene Genossenschaft*“ nennt, entstanden kraft eines im Kern naturalistisch-biologisch gesehenen Vorgangs (S. 21): „*Wie die Familie die nächsten Bande des Blutes, so hat der Staat die gemeinsame Abstammung und Sprache der Nation zu seiner natürlichen, wenn auch historisch vielfach modifizierten Grundlage*“. Die unheilvolle Definition des Nationalen aus einem naturhaft blutmäßig bestimmten Sozialverband ist hier im Ansatz bereits deutlich vollzogen.

7 *Omniaque manu a regibus gubernabantur (Und alle Dinge wurden von der Hand der Könige gelenkt)*. D 1,2,2,1 (Pomponius liber singularis enchiridii).

Herrschaftsgebiet lebenden Menschen in allen ihren Gliederungen als genossenschaftliche Einheit sieht und sich selbst als deren verantwortliche Spitze auffasst. Das war der Fall in der die römische Republik vorbereitenden, von alten Siedlungsformen geprägten Monarchie, in deren Verlauf die Plebejer zu gleichberechtigten Bürgern (*cives Romani*) wurden, und wieder in dem von Augustus begründeten, ein Weltreich organisierenden Kaiserreich und auch in den ersten Jahrhunderten des Freistaates, nicht aber in der sich durch die scharfe Dichotomie *ius publicum* – *ius privatum* definierenden klassischen Republik.

Daraus folgt übrigens, dass in der Hand, die den modernen sozialen Rechtsstaat verwaltet und die Verantwortung für den Zustand der Gesellschaft in allen seinen Gliederungen beansprucht und wahrnimmt, ein monarchisch-genossenschaftliches, die Verantwortungsteilungen, welche die klassische Republik zwischen öffentlicher Gewalt und Privatrecht begründet hat, prinzipiell aufhebendes Element liegt. Das ist demokratietheoretisch aufschlussreich, aber durchaus keine Neuigkeit. Es ist bekannt, dass der moderne Sozialstaat in seiner Machtfülle Erbe des aufgeklärten Absolutismus ist, der, wie das Allgemeine Landrecht exemplarisch zu zeigen vermag, das genossenschaftlich konzipierte Gesellschaftsmodell mit seinen umfassenden Eingriffsbefugnissen, die es gewährt, als durchaus wesensgemäß empfand. Die von der Französischen Revolution zum Programm erhobene sozialrechtliche *fraternité* steht in dieser Tradition.<sup>8</sup> Der nationale Machtstaat des 19. Jahrhunderts enthielt daher auch die jederzeit politisch aktivierbare Möglichkeit des Sozialstaats. Auch die Neigung, nicht das durch seine wahlberechtigten Aktivbürger repräsentierte „Volk“, die „Nation“, sondern „die Bevölkerung“, die „Menschen im Lande“ als Gegenstand des Regierens zu sehen, gehört hierher.

Das anfängliche Fehlen und die spätere im Namen des Sozialrechts erfolgende Zurückdrängung der Dichotomie hatte überall die gleichen Folgen, nämlich die selbständige private Verantwortungssphären erzeugenden Trennwände zwischen der öffentlichen Gewalt und den Privatsphären, die jene Dichotomie akzentuiert, wenn nicht zu leugnen, so doch jedenfalls durchlässig zu machen. In dem Maße, in dem der Bürger und Mensch solidarisches Einstehen zu seinen Gunsten erwartet, muss er es hinnehmen, dass er für das Ganze in Anspruch genommen wird. Aber es besteht immer die Gefahr, an dieser Stelle über das rechte Maß hinauszugehen und die privatrechtlichen Lebensbedingungen, die man zu fördern glaubt, zu schädigen.<sup>9</sup> Es ist bemerkenswert, dass

8 Sie führte, um ein Wort von EICHENHOFER (Anm. 1), Rn. 570 zu zitieren, vom solitaire zum solidaire! Der „solitaire“ ist der auf sich gestellte *singulus* des klassischen Privatrechts, der „solidaire“ derjenige, der in der organisierten Reziprozität der menschlichen Gesellschaft steht und die gemeinschaftliche Leistungskraft grundsätzlich sowohl mittragen muss wie beanspruchen darf.

9 Die Entwicklung der Rechtssprache liefert hier ein Beispiel: Die mit jeder freien Verantwortung untrennbar verbundene Gefahr, Fehler zu begehen, soll es der Tendenz nach

gerade die Anfänge der Rechtsentwicklung und die jüngste Moderne diesen Befund besonders scharf beleuchten.

## II. Das Sozialrecht der materialen (leistenden) Privatrechtspflege der Anfänge

Eine zur ältesten überlieferten Rechtsschicht Roms gehörende Norm bestimmt, dass bei Drillingsgeburten der von diesem Kindersegen betroffenen Familie aus öffentlichen Mitteln (*ek tou̓ dēmosiou = de publico*) Leistungen zum Kindesunterhalt (*tàs trophás = alimentá*) zu gewähren seien, und zwar, wie die Überlieferung besagt, bis zur Erreichung des damaligen Volljährigkeitsalters, das etwa bei 17 Jahren lag (*méchri hēbēs – usque ad adulescentiam*<sup>10</sup>). Es sei schon an dieser Stelle hervorgehoben, dass jede Andeutung fehlt, dass etwa in solchen Fällen vorrangig vor dem Gemeinwesen Familienangehörige der Seitenlinie, also etwa Geschwister der Eheleute, *iure fraternitatis*, nach dem Recht der *fraternité*, heranzuziehen wären.<sup>11</sup>

---

nur noch im öffentlichen Recht geben. Allein dort gibt es noch „Gewalt“, die staatliche Gewalt; die Eltern, einst Inhaber der elterlichen Gewalt, haben demgegenüber nur noch elterliche „Sorge“. Es ist ein Verfassungsbild, bei dem das Wagnis, Verantwortung zu übertragen, nur mehr gegenüber Amtsinhabern vertretbar erscheint. Nur deren Versagen erscheint mitsamt seinen gravierenden Folgen noch so hinreichend durch Gesetze, Gerichte und öffentliche Meinung kontrollierbar, dass man in ihre Hände „Gewalt“ legen und sich auf Missbrauchskontrolle beschränken darf. Ein menschlich überzeugendes Gesamtbild ist das nicht. Die Realitäten werden durch eine Terminologie, die normativ ein fehlerfreies Familienleben beschreibt, nicht geändert. Betroffen sind Freiheit, Verantwortung und Ehre derer, die auf diese Weise gegängelt werden und ein Klima des grundsätzlichen, ihre persönlichsten Fähigkeiten in Frage stellenden Misstrauens erleben, das ihre Lebensplanung im Hinblick auf Familiengründung nur negativ beeinflussen kann.

10 Vgl. *Leges. regiae III* (Tullus Hostilius) 3 (Dionys v. Halikarnaß 3,22). Die Übersetzung „*pubertatem*“ in der Ausgabe KARL GEORG BRUNS (Hrsg.), *Fontes I*, 7. Aufl. 1909, S. 12 Anm. 4 ist missverständlich. Die „*hēbē*“ ist die Zeit, mit welcher der Militärdienst beginnt. Er ist in Rom gekennzeichnet durch die Anlegung der „*toga virilis*“, was mit 17 Jahren geschah. Die später auf 14 bzw. bei Mädchen auf 12 Jahre festgelegte Pubertät dringt erst mit hellenistischen Philosophien in das römische Recht ein. Die mit 17 Jahren eintretende Volljährigkeit wurde vom Prätor durch ein Postulationsverbot für jüngere Personen bewahrt. Vgl. *D 3,1,1,3* (Ulpian 6 ad edictum) *minorem annis decem et septem, qui eos non in totum complevit, prohibet postulare. (Er [der Prätor] hindert den, der jünger als 17 Jahre ist und diese noch nicht ganz vollendet hat, daran, vor ihm Anträge zu stellen.)*

11 Der offenbar früh gefasste Leitgedanke lautet: Die Verantwortung für eine Kleinfamilie ist grundsätzlich genug. Alles was darüber hinaus geht, ist freiwillig und gereicht dem, der es tut, zur Ehre. – Das römische Recht kennt denn auch ein *ius fraternitatis* nur in Sonderbeziehungen, nämlich der „unter Brüdern“ fortgesetzten Erbengemeinschaft (die Schwestern waren in dieser Gemeinschaft durch die Frauenvormundschaft mediatisiert, aber, da sie ein volles Erbteil hatten, gewissermaßen „stille Gesellschafterinnen“) und der

Diese Norm, eine sogenannte *lex regia*<sup>12</sup>, ist, wie es scheint, Anwärter auf den Ruhm, den ältesten Fall eines gesetzlichen, auf Nachhaltigkeit berechneten sozialrechtlichen Familienlastenausgleichs darzustellen. Sie weist, ohne dass dabei der genaueren Zuordnung zu einer der sieben, ohnehin weithin legendären Königsnamen eine besondere Bedeutung zukommt,<sup>13</sup> in die Zeit zurück, in der Rom zwar schon eine bedeutende, im Herzen Italiens gelegene Stadt war (zwischen den Kulturlandschaften Etruriens und Großgriechenlands), aber noch von der Tradition der geschlossenen, aus zahlreichen Familien bestehenden Agrarsiedlungen beherrscht wurde, aus deren Zusammenschluss (Synoikismos) das lateinische, in Latium wurzelnde Rom einst entstanden ist und deren Bild

---

dieser Erbgemeinschaft nachgebildeten Gesellschaft, dem *consortium*. Vgl. D 17,2,63 pr (Ulpianus 31 ad edictum) und Gaius III 154a/154b.

- 12 Die „Königsgesetze“ geben allesamt Abbilder der Lebensverhältnisse in den ältesten Siedlungen, deren Zusammenschluss den latinischen Zentralort geschaffen hat, dem Rom seine die etruskische Fremdherrschaft überdauernde Prägung verdankt und deren Formen in den von Rom ausgesandten Bürgerkolonien nachgebildet wurden. Vgl. im Text. Sie heißen *leges regiae*, weil sie der Rechtsprechung des alten religiösen, mit der umfassenden Ordnungsgewalt des *regere* bekleideten und als *rex* bezeichneten Siedlungsvorstands entstammen. Sie sind erhalten aus antiquarischem Interesse und typischerweise in aller Regel nur dort, wo sie nicht vom späteren Gesetzesrecht, insbesondere von den Zwölftafeln übernommen oder ersetzt worden sind. THEODOR MOMMSEN, Röm. Staatsrecht II, 3. Aufl. 1887, S. 42 meint, dass „in diesen ‘Königsgesetzen’ nicht die bürgerlichen, sondern die religiösen Pflichten des Römers verzeichnet <werden>, deren Unterlassung (*nefas*) entweder eine religiöse Sühnung (*piaculum*) erheischt oder äußersten Falls den Schuldigen erscheinen läßt als unsühnbar (*impius*) und der beleidigten Gottheit unwiederbringlich verfallen“. Diese Aufteilung des Rechts ist jedoch anachronistisch, da die Lebensverhältnisse des frühen Verbandes in all ihren Zügen religiös überdeterminiert erscheinen, die von ihnen gestellten Ordnungsaufgaben darum aber in der Sache nicht wenig diesseitig und lebenszugewandt waren. Zu Unrecht, aber konsequent, misstraut Mommsen auch der sehr klaren und kohärenten Überlieferung, dass die Pontifices sich gerade auch schon in der vorhellenistischen Zeit den privaten Rechtsfragen gewidmet hätten (a.a.O. S. 46 Anm. 3). Wenn die von Mommsen sorgfältig zusammengestellten Quellen berichten, dass gegen Ende der Königszeit ein Oberpontifex Papirius die *leges regiae*, die einst von Ancus Marcius, dem dritten der legendären Könige, aufgestellt, aber mittlerweile verfallen gewesen seien, erneut öffentlich aufgestellt habe, die Priester dann aber, nachdem die erneuerten Tafeln dem Gallierbrand zum Opfer gefallen waren, die religiösen Gesetze, um besser über die Menschen herrschen zu können, für sich behalten hätten, dann ist das weithin annalistische Ausschmückung. Würdigt man aber den Inhalt der Normen, bleibt aber doch als glaubwürdiger Kern, dass diese alten, in die Königszeit zurückreichenden, das gesamte Leben beherrschenden Normen in der inneren Schriftlichkeit des Pontifikalkollegiums überliefert und geordnet worden sind. Vermutlich in der Zeit Caesars wurden sie von einem Granius Flaccus kommentiert. Vgl. D 1,2,2, §§ 2 u. 36 (Pomponius lb sg enchiridii) und D 50,16,144 (Paulus 10 ad legem Iuliam et Papiam).
- 13 In der auf die sieben Könige verteilten Fassung der Überlieferung wurde die Norm dem vierten König Tullus Hostilius zugeschrieben, weil sie mit dem legendären Kampf der beiden Drillinge, der Horatier und Curiatier, verbunden wurde.

Rom so sehr beherrschte, dass die von ihm entsandten Bürgerkolonien, wiederum geschlossene, aus einer Anzahl von Kleinfamilien bestehende wehrhafte Agrarsiedlungen (auch unser Köln gehört zu ihnen<sup>14</sup>), rechtlich als nach dem Muster Roms gegründet angesehen wurden.<sup>15</sup>

Rechtshistorisch gehört damit die Bestimmung in eine Epoche, in der sich das römische Privatrechtssystem mit seinen kennzeichnenden Grundelementen selbständiger Kleinfamilien bereits deutlich ausgebildet hatte, aber zugleich noch in einer stark genossenschaftlich gedachten Einordnung verharrete. Es gab bereits den privatrechtlichen Zentralbegriff des rechtlichen „Eigen“ (*suum*), angewendet auf die durch Vindikation geschützten Rechte an Boden, Familienangehörigen und beweglichen Sachen. Es gab die Leitung dieses Komplexes von Personen- und Sachenrechten durch den Haushaltsvorstand. Es fehlt aber in dieser Anfangszeit den römischen Familien die sie später auszeichnende Unabhängigkeit und Autonomie gegenüber der öffentlichen Hoheitsgewalt in der Hand des Königs, und zwar im Guten wie im Bösen, d. h. es gab nicht nur – in dem genannten Ausnahmefall – „Kindergeld“ von dem Leiter der Siedlung, sondern auch vielfältige Ingerenzen.

Denn der Rechtsfrieden, den der *rex* aufrecht zu erhalten hatte, war nicht nur ein formaler Rechtsfriede, der durch streitige Jurisdiktion gesichert werden konnte, sondern ein auguraler Götterfriede (*pax deum*), der auch durch Vorgänge innerhalb der Familie gestört wurde. Sehr kennzeichnend ist folgende, mehr oder weniger zufällig überlieferte Norm: Der Sohn, der seinen Vater schlug, so dass er aufschrie, wurde als *sacer* aus der Siedlungsgemeinschaft ausgeschlossen, ebenso nach einer späteren Entscheidung eine Schwiegertochter, die sich in ähnlicher Weise gegenüber ihrem Schwiegervater vergaß.<sup>16</sup> Über ein

14 Es wird in den Digesten als privilegierte Bürgerkolonie erwähnt (D 50,15,8,2, Paulus 2 de censibus): *In Germania inferiore Agrippinenses iuris Italici est.* (In der Provinz Niedergermanien leben die Bürger der *colonia Claudia ara Agrippinensium* nach italischem Recht.) Der Status bedeutet vor allem Freiheit von der Bodensteuer, da die ursprüngliche Bodenzuweisung jedem Siedler freies Eigentum verschaffte.

15 Der ursprüngliche Name dieser Siedlung war *gens* – Geschlecht. Das Wort bezeichnete keine Abstammungsgemeinschaft, sondern eine genossenschaftliche Siedlung nicht blutsverwandter Familien, die sich nach der Landnahme in Latium nach dem Abbild eines Geschlechts in Dorfschaften organisiert hatten. Gentilität bedeutet hier genauso wenig Verwandtschaft wie die (sprachlich verwandte; vgl. altlateinisch *gnatus*, *gnata* = Sohn, Tochter) Nationalität.

16 Die gangbaren Editionen ordnen den Frevel des Sohnes dem sechsten König (Servius Tullius) zu (Leges regiae IV I), den Frevel der Schwiegertochter dagegen Romulus (I 7). Aber diese Abfolge, die in einer solchen nachträglich und nicht ohne Überlegung systematisierten Normensammlung aller Plausibilität entbehrt, geht auf einen korrupten Text von Festus, ed. Lindsay s.v. *plorare* zurück. THEODOR MOMMSEN, in: KARL GEORG BRUNS (Hrsg.), *Fontes* I, 7. Aufl. 1909, S. 8 schlägt demgegenüber überzeugend folgende Lesung vor, die den Anstoß beseitigt: „*in regis Romuli et Tatii legibus haec est: 'si parentem puer verberit, ast olle plorasset parens, puer divis parentum sacer estod', id est*

solches Recht konnte die spätere Zeit nur staunen. Der Vater war aber damals keineswegs nur der Begünstigte des Schutzes dieses auguralen Verbandesfriedens, der private Verhaltenspflichten einschloss, sondern selbst Objekt näherer, in seine Kompetenzen eingreifender Regelungen. So sagt eine Überlieferung, die einen bestimmten Entwicklungszustand widerspiegelt, dass im Unterschied zum späteren *ius vitae ac necis*, dem in der väterlichen Gewalt enthaltenen Recht über Tod und Leben der Kinder, der Vater verpflichtet wurde, alle männlichen Kinder aufzuziehen, von den Töchtern jedenfalls die älteste.<sup>17</sup> Ferner wurde dem Vater, welcher der Eheschließung seines Sohnes zugestimmt und damit die Gründung eines neuen Haushalts erlaubt hatte, das in seiner *patria potestas* eigentlich enthaltene Recht genommen, ihn zu verdingen, d. h. gegen Geld auf Frist in eine Arbeitsstelle zu geben.<sup>18</sup> Schließlich galt nach einer *lex regia* zwar Gütergemeinschaft zwischen den Ehegatten, und zwar so, dass das, was die Frau mitbrachte, vergemeinschaftet wurde und unter die Verwaltung des Mannes kam<sup>19</sup>, wenn aber der Ehemann nun versuchte, sich von der Ehefrau durch einfaches Verstoßen zu lösen, dann verfiel er mit der Hälfte des Gesamtguts der Siedlungsgöttin des Getreidebaus, während die andere Hälfte ihr verblieb, als ihr Frauengut und ihre Ausstattung für eine andere, hoffentlich glücklichere Ehe<sup>20</sup>. Wenn der Ehemann gar glaubte – und dies könnte auf einen spektakulären Fall zurückgehen –, dass sein Verwaltungsrecht auch die Verfügungsgewalt über die Ehefrau einschloss und er sich von ihr so trennen könne, wie es die

---

*clamarit. adicitur: 'si nurus, sacra divi parentum estod' in Servi Tullii.*“ Wie Mommsen (Anm. 12), S. 42, Anm. 2 unter Hinweis auf inschriftliche Überlieferung zeigt, überweist die Verfluchung den Täter oder die Täterin den „Dis manibus“, den Geistern der über das Haus wachenden Ahnen.

- 17 Leges regiae I (Romulus) 11. Vor Vollendung des 3. Lebensjahres, dem Zeitpunkt, zu dem die Kinder aus der ausschließlichen Obhut der Mutter heraustraten, war eine Tötung der Tochter unzulässig und führte u. a. zur Einziehung des hälftigen Familienvermögens, d. h. der dem Vater zustehenden Hälfte, der offenbar auch insofern als an der Mutter frevelnd gedacht wurde. Vgl. unten Anm. 20 und den dazugehörigen Text. Den Tod eines unter drei Jahre alten Kindes betrauerte der Vater nicht als Hauptleidtragender, sondern nur als Beistand der Mutter (*sublugetur*; FragVat 321; vgl. Oxford Latin Dictionary s.v. *sublugere*).
- 18 Vgl. Leges regiae II (Numa Pompilius) 10. Dass das durch Veräußerung betätigte Verdingungsrecht befristet war, ergibt sich aus der alten, Romulus zugeschriebenen (vgl. Leges regiae I, 11) und in den Zwölftafeln wiederkehrenden (XII tab. IV 2) Vorschrift, welche die Zahl der zulässigen Veräußerungen auf drei beschränkte.
- 19 Leges I (Romulus) 7.
- 20 Leges I (Romulus) 9. Das Auftreten der Demeter (Ceres) in dieser Vorschrift zeigt, dass diese Regelung den damals typischen Fall agrarischer Siedlervermögen vor Augen hatte. Der gleichen Ceres verfiel nach einer Zwölftafelregel auch, wer nächtlich dem Nachbar mit dem Pflug gewonnene Kornfrucht stahl. Die Opferstrafe wurde dadurch vollzogen, dass der Täter gefesselt an einen Baum geschlagen und dort bis zum Eintritt des „natürlichen“ Todes hängen gelassen wurde. Vgl. XII tab. VIII 9. Es ist die Vorform der römischen Kreuzigungsstrafe.



Brüder Josefs mit diesem gemacht hatten, nämlich durch einen Verkauf an einen Fernhändler, dann verfiel er mit entsprechenden Begleitfolgen den unterirdischen Göttern.<sup>21</sup>

Würdigte man diese Regeln unter dem Gesichtspunkt des Sozialrechts, dann kann von einer sozialrechtlichen oder materialen, d. h. leistenden und intervenierenden Privatrechtspflege gesprochen werden. Alle diese Regeln vereint das Interesse an einem – von den damaligen Wertvorstellungen geprägten – Privatrecht. Es wird vom Verband gefördert, aber in einer Weise, welche die Privatrechtseinrichtungen noch als tragende Elemente des Ganzen schützt. Die Trennwände, welche die Verantwortungsräume des Privatrechts erzeugen, werden als durchlässig behandelt. In dem Kindergeldfall geschieht es durch Mittelzuwendung, in den anderen durch Verhaltenskontrolle. Aus der gleichen Perspektive erklärt sich, dass der genossenschaftliche, als solcher nach Aussterben der Familie erbberechtigte Verband für den Träger einer Hauswirtschaft, wenn er noch unmündig war, einen Vormund (wörtlich: Beschützer – *tutor*) einsetzte, und wenn er wirtschaftsunfähig wurde, einen Pfleger (*curator*) bestellte, das Letztere ein Vorgang, dem gegebenenfalls die Entziehung der Befugnis zur Vermögensverwaltung durch gerichtliches Verbot (*interdictio bonorum*) vorausging.

Diese materiale oder sozialrechtliche Privatrechtspflege (die zum Teil in unserer Freiwilligen Gerichtsbarkeit fortlebt) ist von der später ins Zentrum gerückten formalen, ebenfalls hoheitlich organisierten Privatrechtspflege deutlich zu trennen. Deren Ziel ist Sicherung des äußeren Rechtsfriedens, d. h. Schutz des status quo, der bestehenden, selbständige Inhalte zuweisenden Privatrechte. In der materialen Privatrechtspflege geht es dagegen unmittelbar um Zuwendung und Erhaltung existenzsichernder, in Hauswirtschaften bestehender Vermögen.

Diese materiale Privatrechtspflege war nun – und dies ist für ihre ursprüngliche sozialrechtliche Einbettung grundlegend – in ihren geschilderten Eingriffen und Maßnahmen nichts anderes als die konsequente, von gleichen Prinzipien getragene Fortsetzung der ursprünglichen, hoheitlichen Zuweisung von Siedlungsland an Siedlerfamilien in den Rom vorausgehenden Ursprungssiedlungen und den späteren Bürgerkolonien. Solche Siedlungen waren, wie

---

21 Leges regiae I 9. Hier dürfte die Opferstrafe bei gleicher Folgeregelung noch grausamer gewesen sein. Die Mitteilungen beziehen sich alle auf die prinzipiell unscheidbare Konfarreationshehe des ältesten Rechts und werden begleitet von den drei Fällen, in denen die Frau der kapitalen Hausgerichtsbarkeit unterlag, im Fall der Kindervergiftung, des heimlichen Weingenusses und des (geheimnisvollen) Schlüsseldiebstahls. Manche denken an den Schlüssel zum Weinkeller. Es sind jedenfalls nicht die Schlüssel, welche die Ehefrau kraft ihrer „Schlüsselgewalt“ führte und die ihr im Vollzug der (von den Zwölftafeln für die bürgerliche Ehe ermöglichten) Scheidung vom Ehemann abgenommen wurden.

schon bemerkt, nach Kleinfamilien strukturierte Verbände. Ihre Gründung bedeutet Sozial- und Versorgungspolitik, die, vom Verband getragen, privatrechtliche Lebensführung ermöglicht, gleich ob wir auf die Anfänge der Rodungssiedlung oder auf spätere, meist der Altersversorgung von Veteranen dienende Siedlungen auf erobertem Gebiet sehen wie unser Köln. Die gleiche Hoheitsgewalt, die in den Anfängen privatrechtliche Hauswirtschaften erst ermöglichte, trug daher in der Folgezeit dafür Sorge, sie in der den damaligen Lebensverhältnissen entsprechenden Form zu erhalten. Zugleich erschienen überall die Privatrechte noch als Gliederungen einer Verbandsordnung, deren Selbständigkeit gegenüber der sie hervorrufenden und schützenden „Hand“ noch nicht die spätere Stärke hatte.

Es ist für das Folgende nicht unwichtig, sich die hinter dem System stehende augurale Religion genauer anzusehen. Der König war ihr zufolge verpflichtet, zur Sicherung und Mehrung (*augere* – mehrten) des Glücks des Ganzen dem Gott des Rechts und des klaren Himmels, Jupiter Optimus Maximus, den Anblick eines nach allen Richtungen wohlgeordneten Verbandes darzubieten und diesen Zustand durch ständige Sorge zu erhalten, auch durch Strafrechtspflege, aber vor allem durch die Bemühung, dass der Verband sich in allen seinen Haushalten im richtigen Zustand befand und diesen Zustand auch in der Generationenfolge bewahrte, was sich, da diese in jenen Zeiten noch einen ständigen demographischen Druck auslöste und es Wirtschaftswachstum durch technische Innovationen praktisch nicht gab, nur durch kontinuierliche Siedlungspolitik lösen ließ.

Insgesamt haben wir hier etwas vor uns, was den Namen einer Sozialreligion verdient. Die religiösen Energien kommen dem Einzelnen dadurch zugute, dass alle Anstrengungen auf eine nicht nur formal streitfreie, sondern auch – nach den Maßstäben der Zeit – inhaltlich richtige, d. h. gerechte, jedem einen Platz verschaffende Rechtsordnung gerichtet sind. Es geht nicht um eine auf die Transzendenz gerichtete Rechtfertigung des Einzelnen, sondern um soziale Existenz des Verbandes, der sich durch die richtigen Formen, die er für alle Mitglieder wahrt und sichert, eines höheren, des auguralen Segens vergewissern will. Im Zensus, der alle fünf Jahre den gesamten Rechtsverband in seinen einzelnen Haushalten als Kosmos einer vorbildlichen Lebensordnung freier Menschen darbietet und in einer großen Opferzeremonie reinigt und rekonstituiert, findet das seinen periodischen Ausdruck.<sup>22</sup>

---

22 Weitere Informationen zu dem im Vorstehenden gezeichneten Bild der Anfänge der römischen Rechtsgeschichte zuletzt in meinen Aufsätzen „Das Vindikationsmodell als ‚grundrechtliches‘ System der ältesten römischen Siedlungsorganisation“ und „Der römische Weg zur Subjektivität. Vom Siedlungsgenossen zu Person und Persönlichkeit“, in: OKKO BEHREND, Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen I, 2004, S. 313 ff. und S. 366 ff., sowie „Der Vertrags-

### III. Die das Sozialrecht delegitimierende Dichotomie der Republik ius publicum – ius privatum

Im Lauf der fast 500 Jahre bestehenden Republik wird der sozialrechtliche Aspekt, der in der auguralen Religion enthalten ist, im Rahmen einer immer stärkeren Isolierung des Rechtlichen, das unter spezifisch republikanischen Vorzeichen steht, immer stärker zurückgedrängt, und zwar mit einem in der klassischen Republik liegenden Kulminationspunkt. Die Tendenz, ihre Wohltaten auf die Bürger zu beschränken, kennzeichnet dabei die Republik, die „Gemeine Sache“ aller Bürger, die das Volk oder die Nation bilden, schon von ihrer Grundidee her. Es hat daher – von allen historischen Besonderheiten abgesehen – eine grundsätzliche Aussagekraft, dass es am Anfang der Republik zu einer Krise mit den vornehmlich städtischen Neubürgern Roms, den Plebejern, kommt, die sich von der patrizischen Republik ausgeschlossen fühlen und deren Sezession zu einem gänzlich selbständigen Gemeinwesen nur durch Gewährung einer weitgehenden Autonomie innerhalb der Bürgerschaft abgewendet werden konnte.

Im Rahmen der (anfänglich patrizisch-plebejisch gegliederten) Bürgerschaft geschieht die Zurückdrängung des sozialrechtlichen Aspekts in zwei – durch eine bedeutende und folgenreiche natur- und sozialrechtliche Zwischenphase unterbrochene – Wellen. Beide stehen unter dem gleichen Leitgedanken einer klaren Kompetenzgliederung zwischen den Aufgaben der öffentlichen Gewalt und der privaten dichotomischen Hausherrschaft. Beide Bereiche sind auf ihre jeweilige *utilitas* gerichtet, die eine auf die öffentliche, die andere auf die private Zweckmäßigkeit. Beide haben klar getrennte und im Prinzip überschneidungsfreie Bereiche.

Zweck der öffentlichen Gewalt ist Sicherung und Ausbau der Herrschaft und Ordnung der *civitas* Rom, Zweck des Privatrechts Verteidigung und Mehrung des Vermögens der Haushaltungen ihrer *cives*. Die Bürger wählen die Magistrate für öffentliche Aufgaben, im Inneren Rechtssicherheit, öffentliche Bauten, Straßen und Wasserleitungen, nach außen erfolgreiche Feldzüge, deren Erträge das Volksvermögen mehren und eine Besteuerung für die Aufwendungen der Herrschaftszwecke immer weniger nötig machen, bis sie gegen Ende der Republik tatsächlich wegfällt. Die Bürger selbst stehen ihren Hauswirtschaften vor, deren Selbständigkeit und Souveränität immer größer wird. Ihre Inhalte werden ideologisch und rechtstheoretisch nicht mehr auf letztlich sozialrechtliche, Privatrecht ermöglichende Vermögenszuweisungen, sondern auf eine ursprüngliche, mit der Aneignung des Territoriums durch die Gesamtheit

---

gedanke im römischen Gesetzesbegriff auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“, in: OKKO BEHREND/CHRISTIAN STARCK (Hrsg.), *Gesetz und Vertrag I*, 2004, S. 9 ff.

zeitgleiche privatrechtliche Appropriation zurückgeführt. Die Handhabung dieser Ideologie lähmte seit ihrem Auftreten (zu Beginn des 3. Jahrhunderts v. Chr.) zunehmend die bisher erfolgreiche Sozialpolitik, die in der Anlage von Kolonien und von Siedlungsdörfern im *ager Romanus* bestand, da der dafür verfügbare „Öffentliche Boden“ (*ager publicus*) in großem Stil in privaten, als legitim angesehenen Okkupationsbesitz genommen wurde.<sup>23</sup>

Als sich demgegenüber in der Mitte des 2. Jahrhunderts eine naturrechtliche Richtung durchsetzte, welche die öffentliche Herrschaft und das Vermögen, über das die Republik verfügt, auf die Förderung des Gemeinwohls und damit auf entsprechende gesellschafts- oder sozialpolitische Maßnahmen verpflichtet, löste die dadurch erneut beginnende Siedlungspolitik – es ist die der Gracchen – einen schweren Konflikt mit den Interessen derer aus, die den weite Teile Italiens umfassenden *ager publicus* in privatem Okkupationsbesitz hielten. Die für diese sozialpolitischen Reformbestrebungen vom Volkstribunen Tiberius Gracchus mit Unterstützung damaliger führender Juristen beanspruchten Eingriffsbefugnisse wurden als Versuch der Wiederherstellung einer Königsherrschaft betrachtet, als todeswürdiges *crimen regni*. Das Ergebnis war die römische Revolutionszeit, die erst mit der Kaiserzeit zu Ende kam,<sup>24</sup> welche die sozialpolitischen Motive wieder aufnahm, einschließlich des als Muster verfehlter Sozialpolitik geltenden von T. Gracchus eingeführten Systems verbilligten oder kostenlosen Getreides für die als *plebs urbana* gekennzeichneten Bürger der Hauptstadt.<sup>25</sup>

Zuvor hatte es in der Rechtstheorie der Republik einen radikalen Rückschlag gegen jene Naturrechtslehre gegeben, nämlich in Form einer Erneuerung und Verschärfung des das Recht der Herrschaftsinteressen und das Recht der

23 Als Okkupant des Territoriums wurde nicht ein „Staat“ im heutigen Sinn gesehen, in dem die Macht des modernen absoluten Herrschers fortlebt, sondern die Bürger als Gemeinschaft, die im gleichen Zuge als Individuen im Einklang mit der Rechtsgemeinschaft ihre privaten Bodenstücke ergriffen. Vgl. Cicero, *de officiis* I 7,21 und die in der folgenden Anm. zitierte Abhandlung.

24 Vgl. ALFRED HEUSS, *Römische Geschichte*, 9. Aufl. 2003, S. 130 ff. und zur Rolle der Jurisprudenz OKKO BEHREND, *Tiberius Gracchus und die Juristen seiner Zeit – die römische Jurisprudenz gegenüber der Staatskrise des Jahres 133 v. Chr.*, in: KLAUS LUIG/DETLEF LIEBS (Hrsg.), *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition*. Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Franz Wieacker, 1980, S. 25–121.

25 Vgl. aber die abgewogene Darstellung von JÜRGEN v. UNGERN-STERNBERG, *Der neue Pauly* IV, 1998, Artikel: „Frumenartgesetze“. Nicht unkritisch dagegen Cicero, *pro Sestio* 48, 103 *iucunda res plebei, victus enim suppeditabatur large sine labore; repugnabant boni, quod et ab industria plebem ad desidiam avocari putabant et aerarium exhauriri videbant.* (*Eine erfreuliche Sache für das Volk. Denn es verschaffte reichlich Nahrungsmittel ohne Arbeit. Die Vernünftigen waren dagegen, weil sie meinten, dass es das Volk vom Gewerbefleiß zur Untätigkeit verleitete, und weil sie sahen, dass es den Staatsschatz erschöpfte.*)

Privatinteressen kategorial trennenden Denkens. Sie fand ihren Ausdruck in der Formulierung der bis heute bekannt gebliebenen dichotomischen Interessentheorie. Das, was *publice utile*, öffentlich nützlich ist, wurde dem *ius publicum* und der magistratischen Herrschaft zugewiesen, die *utilitas singulorum*, die Bedürfnisse des Einzelnen, d. h. die gesamten, in Freiheit und Vermögen ausgedrückten Lebensinteressen ausschließlich dem Privatrecht und der Herrschaft des Einzelnen.<sup>26</sup> Die Selbständigkeit des Privatrechts gegenüber der öffentlichen Herrschaft wurde in dieser Theorie nicht mehr auf eine private Appropriation, die zeitgleich und prinzipiengleich mit der Appropriation des Territoriums und mit der Staatsentstehung gedacht war, sondern auf mitgebrachte naturalistische Inhalte zurückgeführt, die – nicht unähnlich der neuzeitlichen Selbsthilfetheorie – aus der vorstaatlichen Welt stammten.<sup>27</sup> Die privatrechtlichen Zuständigkeiten hatten in diesem Denken keinerlei genossenschaftlichen Charakter mehr, sondern beruhten auf rechtmäßiger individualistischer Gewalt.

Einem von der öffentlichen Hand betriebenen Sozialrecht, das seinem Wesen nach der *utilitas singulorum* mit den Mitteln des *ius publicum* dient, war in diesem System die Legitimität grundsätzlich abgesprochen. Das Abfinden mit schlimmen Zuständen war die Folge, allen voran mit der ausgedehnten Sklaverei, deren kulturell zerstörerische Wirkungen man mutatis mutandis an den Zuständen ablesen kann, die – mit Folgen bis zum heutigen Tag – vor dem Sezessionskrieg in den Südstaaten der USA herrschten. Alle vom Naturrecht durchgesetzten Milderungen der unfreien Arbeit wurden zurückgenommen. Die väterliche Gewalt, die entscheiden konnte, ob ein Kind aufgezogen oder aus-

26 Ulpianus libro primo institutionum D 1,1,1,2 publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Die Lehre ist das Erzeugnis der zivilisationstheoretischen, ein naturrechtliches Sozialrecht ablehnenden Rechtstheorie der skeptischen Akademie des Carneades. Von ihr stammt der Satz (Cicero, de re publica III 12,21) iura sibi homines pro utilitate sanxisse, die dazu gehörende Grundunterscheidung zwischen natürlichen Bedürfnissen und den Instituten (instituta), die ihnen dienen (Cicero, Topica 23, 90) und die in diesen Gegensatz systematisch, als Teil einer ratio iuris, eingeformte Entgegensetzung von ius publicum und ius privatum (Cicero, Partitiones oratoriae 37, 129 f.; 40, 139). Vgl. dazu jetzt die zusammenfassende Darstellung bei OKKO BEHREND'S, Die geistige Mitte des römischen Rechts. Die Kulturanthropologie der skeptischen Akademie, Savigny-Zeitschrift, Rom. Abt. 125 (2008), S. 25 ff.

27 Paradigma ist der Besitz, der nicht mehr ein nach Naturrecht vielfältigen Ausgestaltungen und Teilungen fähiges Nutzungsrecht ist, sondern eine faktische und nur je einem einzelnen Eigenbesitzer mögliche Sachherrschaft. Für das erste die veteres-Regel D 41,2,3,19 (Paulus 54 ad edictum) und die dazu gehörige, den Fremdbesitz umfassende, naturrechtliche *naturalis possessio* bei D 41,5,2,1 (Julian 54 ad edictum) und D 41,2,11 pr (Ulpian 70 ad edictum); für das zweite die spitze Argumentation Labeo D 41,2,3,5 (Paulus 43 ad edictum) und die dazugehörige naturalistische, unter die Kategorie der *possessio pro possessore* gehörende *naturalis possessio* des Servius Sulpicus Rufus D 41,5,2,2 (Julian 54 ad edictum).

gesetzt werden sollte, blieb unkontrolliert. Das Eherecht wurde ohne seine sozialpolitische Dimension gesehen. Freie Arbeiter, d. h. römische Bürger, finden wir, übrigens einer schon älteren Tradition folgend, nicht selten wissentlich und ohne sich auf ihre Freiheit zu berufen, in den Sklavenscharen der großen Hauswirtschaften tätig, als *liberi bona fides servientes*, d. h. als Freie, die bewusst zur Sicherung ihrer Subsistenz als Sklaven arbeiteten, und zwar bei einem Herrn, der sie „gutgläubig“ als Unfreie behandelt.<sup>28</sup> Der Romanist, Arbeitsrechtler und ehemalige Bundesverfassungsrichter Alfred Söllner hat sich kürzlich dankenswerterweise dieses sehr kennzeichnenden, auf massenhafte Arbeitslosigkeit hindeutenden sozialrechtlichen Phänomens näher angenommen.<sup>29</sup> Ferner gab es bemerkenswerterweise in dieser reichen und mächtigen Republik keine Ansätze zu einem öffentlichen Erziehungssystem, wie der Grieche Polybios, eigentlich ein Bewunderer Roms, schon früh notiert hatte.<sup>30</sup>

Im Rückblick lehrt diese glanzvolle, aber zugrunde gegangene Republik, dass es ohne verantwortliche Sozialpolitik nicht geht. Wenn eine freiheitliche Verfassung die gesellschaftlichen Grundlagen der mitmenschlichen Fürsorge und Erziehung ausschließlich den Prinzipien eines der *utilitas singularum* dienenden Privatrechts überlässt, gefährdet sie sich selbst.

#### IV. Die externalisierte (außerordentliche) Stellung des Sozialrechts nach kaiserlichem Recht (seit Augustus) und kirchlichem Recht (von Konstantin bis zum Beginn der Neuzeit)

Mit der Kaiserzeit, die nicht ohne symbolische Ausdruckskraft mit dem einen auguralen Namen tragenden Augustus beginnt, setzen sofort sozialpolitische Maßnahmen ein, aber stets mit dem Gepräge des Außerordentlichen. Sie sind nach unseren Maßstäben ganz ungenügend, aber für damalige Verhältnisse sehr eingreifend und systematisch kennzeichnend.

28 Die Einordnung ist naturrechtlich gedacht. Denn das *bona fide servire* verweist auf ein Rechtsverhältnis, das von der *bona fides*, dem die naturrechtliche Menschheitsgesellschaft zusammenhaltenden Leitprinzip, erzeugt worden ist. Vgl. Cicero, de officiis III 17,70. In ihm arbeitete der Freie wie ein Sklave, konnte dafür aber auch erwarten, als lebenslanger Lohnarbeiter (*mercennarius perpetuus*, Seneca, de beneficiis III 22,1) behandelt zu werden, d. h. als Gegenleistung zumindest seinen Lebensunterhalt zu empfangen.

29 Vgl. ALFRED SÖLLNER, Irrtümlich als Sklaven gehaltene freie Menschen und Sklaven in unsicheren Eigentumsverhältnissen – *Homines liberi et servi alieni bona fide servientes* = Teil XI des von JOHANNES MICHAEL RAINER herausgegebenen „Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei“ (CRSRS); siehe auch DERS., *Bona fides – guter Glaube?*, Savigny-Zeitschrift, Rom. Abt. 122 (2005) S. 1–61.

30 Vgl. das Polybios-Zitat bei Cicero, De re publica IV,3,3; zu einer Einordnung siehe den Artikel von ERICH ZIEBARTH, Schulen (Rom), in: PAULY-WISSOWA, Realenzyklopädie, 1921, Sp. 763 ff.

Berühmt sind nach ersten censorischen Aufrufen des Augustus, doch die Ehescheu zu überwinden, die auf Motive der Naturrechtsepoche zurückgriffen, die von Augustus veranlassten Ehegesetze, welche die bedrohliche demographische Entwicklung bekämpften: Ehe- und Kinderlosigkeit wurden mit erheblichen Nachteilen, Kinderreichtum ab drei oder fünf Kindern mit erheblichen Prämien versehen. Wie schon unter Caesar begonnen, für den auch eine Siedlungspolitik zugunsten bereits Kinder aufweisender Familien überliefert ist,<sup>31</sup> kommt es zu sehr umfangreichen Veteranenansiedlungen. Es beginnen auch die sozialpolitisch begründeten Rechtssetzungen zum Schutz der Sklaven.<sup>32</sup> Schon vorher hatte wieder Caesar bestimmt, dass auf den ländlichen weidwirtschaftlichen Betrieben eine Mindestzahl von freien Arbeitern beschäftigt werden müssten<sup>33</sup>. Sehr bedeutend sind schließlich die seit Nerva mit Vorläufern bei Augustus beginnenden Alimentarstiftungen, große öffentliche Kapitalien, deren Zinserträge die Gemeinden Italiens instand setzten, Kinder bedürftiger Eltern zu unterstützen. Forschungsgeschichtlich ist interessant, dass es früher als selbstverständlich galt, dass diese Alimentarstiftungen, die „Oligoteknie“, die Kinderarmut im älteren, bevölkerungspolitischen Sinn, bekämpfen sollten. Eine neuere Darstellung aus dem letzten Jahrzehnt des vergangenen Jahrhunderts versucht das mit dem entwaffnenden Hinweis zu bestreiten, so etwas hätten die römischen Kaiser nie im Auge gehabt.<sup>34</sup> Auffällig ist, dass im Rahmen dieser sehr nachhaltigen und, wie die Inschriften zeigen, auch propagandistisch eingesetzten Maßnahme der kaiserlichen Alimentarstiftungen aus dem Gesichtspunkt des sozial tätigen Staats das isolierte Kind in den Vordergrund gezogen wurde,<sup>35</sup> wie in dem Wort „Kinderarmut“ neuerer Bedeutung, in der das arme Kind grundsätzlich als Einzelphänomen erfasst wird, ohne seine (wo das Wort „Waise“ [*orphanus*] nicht verwendet wird) in der Regel gegebene Einordnung in eine wie auch immer beschaffene Klein- oder Kleinstfamilie in den Blick zu

31 Boden in Italien, darunter der ager Campanus, wird an 20.000 Bürger verteilt, soweit sie drei oder mehr Kinder hatten. Vgl. Sueton, *divus Julius* 20.

32 Vgl. insofern meine Untersuchung „Prinzipat und Sklavenrecht. Zu den geistigen Grundlagen der augusteischen Verfassungsschöpfung“, in: OKKO BEHREND, *Institut und Prinzip I*, 2004, S. 417 ff.

33 Vgl. Sueton, *divus Julius* 42. Ein Drittel der Hirten müssen mündige Freigeborene sein.

34 WILLEM JONGMANN, Groningen, schreibt in der Enzyklopädie der Antike „Der neue Pauly“, Band 1, 1996/1999, Sp. 492 im Artikel „Alimenta“: „*Principes betrieben jedoch normalerweise auch keine Bevölkerungspolitik*“. Vgl. dagegen WOLFGANG WALDSTEIN/JOHANNES MICHAEL RAINER, *Römische Rechtsgeschichte*, 10. Aufl. 2005, S. 159 zur augusteischen Ehegesetzgebung: Sie bekämpfte zielstrebig die Kinderarmut der Oberschicht, aber auch die „bedrohliche Entvölkerung“ im Allgemeinen.

35 Vgl. nur Aurelius Victor, *Epitome de Caesaribus* 12 zum Kaiser Nerva (96–98 n. Chr.): *puellas puerosque natos parentibus egestosis sumptu publico per Italiae oppida ali iussit. (Er befahl, dass Mädchen und Knaben, die von bedürftigen Eltern abstammten, mit öffentlichen Mitteln von den Gemeinden Italiens Unterhalt empfangen sollten.)*

nehmen. Der Sozialstaat hat offenbar die Tendenz, durch die von ihm beanspruchte Elternrolle die beiden Eltern, den alleinerziehenden Elternteil oder die nach Familienrecht an ihre Stelle tretenden, vertretenden Personen auszublen- den.

Seit der konstantinischen Wende<sup>36</sup> geht dann immer mehr Sozialrecht, unterstützt durch Gesetze, in die Verantwortung der immer mächtiger und reicher werdenden Kirche über. Dieser gerade auch in seinen Anfängen gut erforschte Prozess<sup>37</sup> dauerte bis in die Neuzeit an. Durch Alters- und Invali- denheime, Kranken- und Waisenhäuser und last but not least das Schulwesen entstand hier ein eigener, maßgebender, sozialrechtlicher Schwerpunkt. Das gilt auch, wenn man die sozialrechtliche Bedeutung der Stadtgemeinden – erst in der Antike, dann im Mittelalter – und die der – in der Antike nicht vorbildlosen – Zünfte und Genossenschaften nicht übersieht.

Sowohl die Rolle des Kaisers wie die der Kirchen nach der konstantinischen Wende betont die Stellung des Sozialrechts außerhalb der Dichotomie. Das kaiserliche Sozialrecht war schon verfassungsrechtlich *extra ordinem* eingeordnet, da es außerhalb der von Augustus wiederhergestellten Republik stand, die, in der republikanischen Magistratur gipfeln, weiterhin von der das Sozialrecht delegitimierenden Dichotomie des *ius privatum* – *ius publicum* des klassischen *ordo iuris* beherrscht wurde.<sup>38</sup> Unter der außerordentlichen, naturrechtlich-re- ligiös begründeten Rechtsherrschaft des Prinzepts stand nicht nur die wieder- hergestellte Republik Roms, sondern darüber hinaus auch das ganze Reich mit allen seinen ehemals selbständigen, jetzt der (kaiserlichen oder senatorischen) Provinzialverwaltung unterstellten Städten, deren Bürger sich immer mehr als Reichsbürger empfanden, bis hin zur Verallgemeinerung des römischen Bür- gerrechts im Jahre 212 n. Chr.

Das kirchliche Sozialrecht wiederum gehörte, soweit es wissenschaftlich bearbeitet wurde, zum zweiten Teil des *ius utrumque*, war also Domäne nicht der Legisten, sondern der die *aequitas canonica* verwaltenden Kanonisten, von deren Standpunkt aus es möglich war, das formale Privateigentum des römi-

---

36 Zu ihr zuletzt GÉRARD GUYON, Der Gesetzesbegriff der christlich gedeuteten römischen Monarchie unter besonderer Berücksichtigung der Wende Konstantins, in: OKKO BEHREND (Hrsg.), Der biblische Gesetzesbegriff. Auf den Spuren seiner Säkularisierung, 2005, S. 73–97.

37 Vgl. nur die gute Zusammenfassung in dem Artikel von ILSETRAUT HADOT, Kirchenbesitz, in: Der neue Pauly, Band 6, 1990, Sp. 477 f. mit weiteren Nachweisen; siehe auch ihren Artikel „Xenodocheion“ Band 12/2, 2002, Sp. 615 f. zu einer kirchlichen Ein- richtung der christlichen Spätantike, die „bald allgemein Bedürftigen als Pilgerherberge, Krankenhaus, Alters-, Witwen- und Waisenheim oder Armenanstalt kostenfreie Unterkunft“ bot.

38 Siehe dazu meinen Beitrag „Princeps legibus solutus“ in: RAINER GROTE u. a. (Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit, Festschrift für Christian Starck zum siebenzigsten Geburtstag, 2007, S. 1–20.



schen Rechts jedenfalls moralisch als *iniquitas* zu bezeichnen<sup>39</sup> und es an seine Sozialpflichtigkeit zu erinnern. Das zeigt schon an dieser Stelle, wie alt die „Externalisierung“ (Zacher) des Sozialrechts ist.<sup>40</sup>

## V. Der neuzeitliche Staat und die Fortdauer der Externalisierung des Sozialrechts

Mit der Enteignung der Kirchengüter, in großem Stil zuerst in England unter Heinrich VIII., geht das Sozialrecht auf den modernen Staat über und wird zu einem gesetzlich geregelten, von den Gemeinden verwalteten Individualrecht des Bedürftigen, das inhaltlich dem jeweils erreichten Lebensniveau angepasst wird. Alexis de Tocqueville hat sich insbesondere dieses System näher angesehen und daran die immer noch bedenkenswerte Bemerkung geknüpft:

Toute mesure qui fonde la charité légale sur une base permanente et qui lui donne une forme administrative crée donc une classe oisive et paresseuse, vivant aux dépens de la classe industrielle et travaillante. (Jede Maßnahme, welche die gesetzliche Wohlthätigkeit auf eine beständige Grundlage gründet und ihr eine administrative Form gibt, erzeugt eine untätige und arbeitsscheue Schicht, die auf Kosten der gewerbetreibenden und arbeitenden Schichten lebt.)

Alexis de Tocqueville, *Mémoire sur le paupérisme* (1835), Oeuvres I, S. 1170 (Édition Gallimard, 1999)

Die Worte heben, nicht ohne Einseitigkeit,<sup>41</sup> eine bedeutende, in der menschlichen Natur und nicht nur in ihr liegende Teilwahrheit hervor, da es keinem zur Selbständigkeit fähigen Lebewesen gut tut, unter Bedingungen gestellt zu werden, die diese Fähigkeit nicht fordern. Lehrreich ist auch das Ergebnis von Tocquevilles auf seine eigene Beobachtung gegründeten Vergleichs zwischen dem damals unvergleichlich fortschrittlichen England – er nennt es den Garten Eden der damaligen Zivilisation – und den zurückgebliebenen Ländern wie Spanien und Portugal, nämlich die Feststellung, dass mit dem Lebensstandard auch die Zahl der Bedürftigen proportional zur Bevölkerung sehr stark an-

---

39 Vgl. RUDOLF WEIGAND, Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus, 1967, S. 336 ff. (360). Die Geltung des Privateigentums wird auf Gewohnheitsrecht zurückgeführt, aber moralisch als „*iniquitas*“ angesehen, weil es „der ursprünglichen, natürlichen Billigkeit und Gleichheit entgegengesetzt“ sei. Von manchen radikalen Stimmen wird es geradezu als „Unrecht“ und „Sünde“ bezeichnet.

40 Vgl. HANS F. ZACHER, Anatomie des Sozialrechts. Die Sozialgerichtsbarkeit, 1982, S. 329 ff.

41 Unerwähnt bleibt in dieser Kritik, dass öffentliche Hilfe in Bedürfnislagen die Fortexistenz von Haushaltungen ermöglicht, und zwar sowohl mit ihren Erziehungs- und Fürsorgeleistungen nach innen als auch in ihrer Rolle als Marktteilnehmer nach außen.

steigt.<sup>42</sup> Er erklärt diese bis heute fortdauernde Entwicklung überzeugend einerseits aus dem Ansteigen der nach allgemeiner Überzeugung notwendig zu befriedigenden Lebensbedürfnisse, die einen relativen Armutsbegriff erzeugen, und andererseits durch die stärkere Konjunkturanfälligkeit aller neueren, nicht mehr ländlichen Beschäftigungsformen, die den sich immer mehr verfeinern, aber auch stetem Wandel unterliegenden Bedürfnissen des höheren Konsums dienen. Letztlich ist es ein Phänomen, das sich aus der – natural- und subsistenzwirtschaftliche Verhältnisse beendenden – Entfaltung von Geldwirtschaft und industrieller Güterproduktion erklärt und daher bis heute andauert. In unserer unmittelbaren Gegenwart kommt hinzu, dass die durch die modernen Medien erzeugte Informationsdichte es kaum noch jemandem erlaubt, in kargen Verhältnissen aufzuwachsen, ohne das Unterschreiten des erreichten Konsumstandards als schweren Mangel und als erniedrigende Benachteiligung zu erleben.

Der moderne Staat übernahm die sozialstaatliche Aufgabe von der Monarchie und erhob sie zu – programmatischen – Grundrechten, erstmals exemplarisch vier Jahre nach 1789 in der Jakobinischen Verfassung vom 24. Juni 1793, welche die öffentlichen Hilfen (*les secours publics*) zu einer heiligen Verpflichtung (*dette sacrée*) erhebt. Es heißt: „Die Gesellschaft schuldet den unglücklich in Not geratenen Bürgern Unterstützung, indem sie ihnen entweder Arbeit oder die notwendigen Existenzmittel verschafft.“<sup>43</sup> Wesentliche Ausprägungen der sozialen Grundrechte, die sich in einigen geschriebenen europäischen Verfassungen finden, sind die Rechte auf Arbeit, soziale Sicherung und Familienförderung.<sup>44</sup> Das Grundgesetz kennt keine sozialen Grundrechte, die in seinem System Ansprüche begründen würden, wohl aber das Sozialstaatsprinzip und im Rahmen der institutionellen Garantien der wesentlichen Privatrechts-

---

42 A.a.O. I, S. 1155: „Lorsqu'on parcourt les diverses contrées de l'Europe, on est frappé d'un spectacle très extraordinaire et en apparence inexplicable. Les pays qui paraissent les plus misérables sont ceux qui, en réalité, comptent le moins d'indigents, et chez les peuples dont vous admirez l'opulence, une partie de la population est obligée pour vivre d'avoir recours aux dons de l'autre. Pénétrez [...] dans l'intérieur des communes (d'Angleterre); examinez les registres des paroisses, et vous découvrirez avec un inexprimable étonnement que le sixième des habitants de ce florissant royaume vit aux dépens de la charité publique [...]. Vous rencontrerez (en Portugal) sur vos pas une population mal nourrie, mal vêtue, ignorante et grossière, vivant au milieu de campagnes à moitié incultes et dans des demeures misérables; en Portugal cependant le nombre des indigents est peu considérable. M. de Villeneuve estime qu'il se trouve dans ce royaume un pauvre sur vingt-cinq habitants. Le célèbre géographe Balbi avait précédemment indiqué le chiffre d'un indigent sur quatre-vingt-dix-huit habitants.“

43 Der Art. 21 lautet vollständig: „Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler.“

44 EICHENHOFER (Anm. 1), S. 58.

institute auch die besondere Verpflichtung auf Ehe und Familie, d. h. auf die in das klassische Privatrecht integrierten sozialrechtlichen Institute.

Alle die hier sichtbaren sozialrechtlichen Forderungen entsprechen – trotz der gewaltigen Veränderungen in den wirtschaftlichen und kulturellen Verhältnissen – dem Grundgedanken der bewussten materialen, d. h. leistenden Privatrechtspflege des Anfangs. Sie beruhen letztlich auf der insofern durchgehaltenen und bewährten Erkenntnis, dass die Ermöglichung und Pflege des Privatrechts durch öffentlich-rechtliche Leistungen ein fundamentaler Zweck menschlicher Verbandsbildung ist.

Diese Rückkehr war auch nicht ganz unbewusst, da die Beschwörung der guten Anfänge zu den großen Motiven der neuzeitlichen Epoche gehörte und es nur streitig war, wie sie im Einzelnen ausgesehen haben und wo man sie lokalisieren sollte. Savignys Historische Rechtsschule, welche die berechtigten Motive der Französischen Revolution stets anerkannt hat, aber gleichzeitig die republikanischen Freiheiten wahren wollte, kam bei dieser Suche nach dem „wahren“, d. h. dem menschlich Richtigen entsprechenden Sozialmodell nach meinem Urteil bis heute am weitesten.<sup>45</sup>

Savignys Historische Rechtsschule hat denn auch an der Entwicklung hin zum heutigen Zustand, in dem das Privatrecht als auf eigenen Prinzipien beruhend dasteht und das Sozialrecht die nach Privatrecht lebenden Haushalte von dem entlastet, was sie neben ihren anderen Aufgaben nicht leisten können, systematisch einen bedeutenden Anteil. Im Zentrum seines Rechtsbegriffs steht die „*Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freyheit des Menschen*“. Sie ist Bezugspunkt allen Rechts. Aber die „*väterliche Vorsorge für das Wohl des Einzelnen*“ ist bei Savigny als ein Leitprinzip der Inanspruchnahme der Freiheit durch andere Zwecke ausdrücklich genannt,<sup>46</sup> und zwar durch Zwecke,

---

45 Vgl. OKKO BEHREND, Geschichte, Politik und Jurisprudenz in F. C. v. Savignys System des heutigen römischen Rechts, in: OKKO BEHREND u. a. (Hrsg.) (Anm. 4), S. 257–321, zuletzt DERS., Das staatliche Gesetz in biblischer und römischer Tradition, in: OKKO BEHREND (Hrsg.), Der biblische Gesetzesbegriff. Auf den Spuren seiner Säkularisierung, 2006, S. 326 ff.

46 FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts I, 1840, S. 55 f. Savigny fasst den Umstand, dass von diesem Prinzip (wie von zwei weiteren) eine Inanspruchnahme ausgeht, in eine entsprechende Begrifflichkeit. Das Recht, das die überall gleiche sittliche Würde und Freiheit des Menschen organisiert, ist das Recht in seiner „*reinsten und unmittelbaren*“ Erscheinung, „*mittelbar und gemischterer Natur erscheint das allgemeine Rechtselement*“ in drei Fällen, 1. bei der Beachtung sittlicher Zwecke (*boni mores*) einschließlich im neuesten Recht kirchlicher Zwecke, was Savigny nicht weiter erläutert, 2. Beachtung des Staatsinteresses (*publica utilitas, quod reipublicae interest*), man denke an Enteignungen und 3. die erwähnte väterliche Vorsorge. Savigny nennt „*Beförderung des Verkehrs, Schutz einiger Klassen, wie Frauen und Minderjährige, gegen besondere Gefahren*“. Systematisch ist hier für jede Sozialpolitik Raum geschaffen, auch für den Schutz der arbeitenden Klasse.

die nicht minder rechtlich sind, da nach Savigny das allgemeine, von nationalen Besonderheiten freie, „auf die *Gemeinsamkeit der menschlichen Natur*“ gegründete Recht korrigierende Zwecke zulässt.<sup>47</sup> Von diesem Korrektiv des freiheitlichen Rechts, das eigenen Zwecken folgt, aber „das *allgemeine Ziel* (sc. der sittlichen Freiheit) *mit ihm gemeinsam*“ hat,<sup>48</sup> kann, wie Savigny betont, „jede Art von *utilitas*“ geltend gemacht werden, und zwar, wie Savigny ebenfalls nachdrücklich betont, regelmäßig durch positive Gesetze.<sup>49</sup> Mit diesem Systementwurf war alles, was die Geschichte an sozialrechtlichen Leistungen aufzuweisen hatte und was die Zukunft noch bringen konnte, integriert oder integrierbar.

Savignys System war also selbstverständlich für Sozialrecht offen, im Prinzip in der gleichen Weise wie das auf Grundrechten aufbauende System des heutigen sozialen Rechtsstaats. Es war daher zutiefst unberechtigt, als Otto Bähr in einer einflussreichen Stilisierung Savigny auf einen Vertreter der reinen Dichotomie *ius publicum* – *ius privatum* reduzierte und deswegen gegen ihn mit unabsehbaren Folgen das eingangs bereits erwähnte genossenschaftliche Staatsrecht in Stellung brachte, das er – in weithin unbewusster und zugleich

---

47 SAVIGNY, System I (Anm. 46), S. 52.

48 Dies kann Savigny sagen, weil er vorher auf die prägende Bedeutung hingewiesen hatte, die das Christentum rechtskulturell bei der Ausformulierung dieses gemeinsamen Ziels gehabt hat. Vgl. System I (Anm. 46) S. 53 f.: „*Jene allgemeine Aufgabe alles Rechts nun läßt sich einfach auf die sittliche Bestimmung der menschlichen Natur zurück führen, so wie sich dieselbe in der christlichen Lebensansicht darstellt; denn das Christenthum ist nicht nur von uns als Regel des Lebens anzuerkennen, sondern 1541 es hat auch in der That die Welt umgewandelt, so dass alle unsre Gedanken, so fremd, ja feindlich sie demselben scheinen mögen, dennoch von ihm beherrscht und durchdrungen sind.*“ – Für Savigny ist die sittliche Freiheit unabhängig davon, wie viel Glücksgüter die Volkswirtschaft bereitstellt, so willkommen ihm Fortschritte hier sind. Daher sagt er, es gebe keinen Grund aus dem sittlichen Prinzip unter dem Namen des öffentlichen Wohls ein davon unabhängiges staatswirtschaftliches Prinzip anzunehmen. Sein Grund hat seine Geltung nicht verloren: „*Denn indem dieses auf Erweiterung unserer Herrschaft über die Natur hinstrebt, kann es nur die Mittel vermehren und veredeln wollen, wodurch die sittlichen Zwecke der menschlichen Natur zu erreichen sind. Ein neues Ziel aber ist darin nicht enthalten.*“ Damit ist der Verbesserung der äußeren Lebensbedingung ihr Wert zuerkannt, ihr aber zugleich deutlich ein dienender Ort angewiesen.

49 SAVIGNY, System I (Anm. 46), S. 56: „*hier kann die gesetzgebende Gewalt dem unsichtbar arbeitenden Volksgeist die wohlthätigste Hilfe leisten*“. Die folgenden, etwas priesterlich klingenden, darum aber nicht falschen Beschwörungen Savignys zielen auf die mit jeder sozialstaatlichen Intervention verbundenen Freiheitsbeschränkungen: „*Aber in keinem Geschäft ist auch so viel Behutsamkeit 1571 nöthig, damit nicht die einseitige Meynung und Willkühr das lebendig waltende und fortschreitende Recht verdränge. Hier vorzüglich ist dem Gesetzgeber der Sinn für wahre Freiheit wichtig, der oft bey denen am meisten vermißt wird, die ihn vor Anderen im Munde führen.*“

naturalisierender Wiederaufnahme des antiken Naturrechts<sup>50</sup> – auf einen als gewaltige Abstammungsgemeinschaft interpretierten Staat zurückführte, hervorgewachsen, wie er sagte, aus der „*Genossenschaft*“ der Familie, die in seinen Worten bisher „*rechtlich unentwickelt geblieben*“ sei.<sup>51</sup> Der Mensch wird in diesem Staatsrecht – so wörtlich – durch die Stellung als „*organisches Glied je eines größeren Ganzen*“ berechtigt und verpflichtet.<sup>52</sup> Das war unter den Bedingungen des modernen, durch die Französische Revolution dynamisierten Staates eine fatale Generalklausel, da sie in die Hand dessen, der einen solchen organischen Sozialkörper leitete, eine ungeheure, berechtigende und entrechende Interpretationsmacht legte, deren Wirkung sich danach bestimmt, welche Vorstellungen bezüglich der Frage, was die normativ richtige Gestalt des Sozialkörpers ist, gerade zur Macht gekommen waren. Auch die Familie ist in diesem Rechtsbild kein geschützter Verantwortungsraum mehr, was sie in der Ausprägung, die sie in der Dichotomie erfahren hat, im Zweifel grundsätzlich ist, und zwar mit sehr frühen Wurzeln.

Das sozialrechtliche Schlagwort der Französischen Revolution, die Brüderlichkeit, ist hier lehrreich. Denn es zeigt, wie schon oben (Anm. 11) kurz angedeutet worden ist, anschaulich, dass die von diesem Prinzip erfasste, sozialrechtliche Ausgliederung von Aufgaben, welche die Leistungsfähigkeit der Kleinfamilie zerstören würde, einen sehr alten innerprivatrechtlichen Vorläufer hat. Denn ein berechtigendes *ius fraternitatis* gab es in den Anfängen unserer Rechtskultur zwischen den Kleinfamilien gerade nicht. Gesamthänderisch berechtigende Brüderlichkeit galt in den Sonderbeziehungen der ausnahmsweise fortgeführten Haus- und Erbgemeinschaft, die aber gerade nicht auf Dauer, sondern – im Interesse der Gründung selbständiger Kleinfamilien – rechtlich

---

50 Es war schon in der römischen Revolutionszeit politisch virulent geworden und dem europäischen Bewusstsein nicht zuletzt durch Ciceros Schriften immer lebendig geblieben. Ausgehend von der Französischen Revolution wurde es zunehmend nationalstaatlich-nationalistisch gedeutet.

51 BÄHR (Anm. 6), S. 18 f.

52 BÄHR (Anm. 6), S. 19: „*Wir halten es für eine unvollkommene Anschauung, den Gegensatz zu dem Privatrecht ausschließlich in dem Staatsrechte gegeben zu finden. Dem Privatrecht, d. h. demjenigen Rechtsgebiet, in welchem das Individuum als solches in Betracht kommt, läßt sich ein allgemeineres Rechtsgebiet gegenüber stellen, in welcher der Mensch als organisches Glied je eines größeren Ganzen in Betracht gezogen wird, so dass hieraus Rechte und Pflichten für ihn entstehen. Wir können diese **Begriffs-Ganzen**, in welcher der Einzelne organisch sich einreihet, so dass er dadurch eine eigenthümliche rechtliche Stellung gewinnt, Genossenschaften nennen. Die wichtigste dieser Genossenschaften bildet allerdings der Staat. Aber er bildet nicht die einzige. Und für die Klärung unserer Begriffe dürfte es von höchster Bedeutung sein, recht zu erkennen, wie das Staatsrecht nur eine einzelne Art jenes allgemeinen, bisher in seinem ganzen Umfange weniger beachteten Rechtsgebiets bildet, welches wir ‚Genossenschaftsrecht‘ nennen können.*“ (Die nichtkursivierten Worte im Original gesperrt.).

entschieden auf Auseinandersetzung angelegt waren. Ein geschwisterliches Unterhaltsrecht war damit schon den Anfängen unbekannt. Und dabei ist es geblieben. In der entschiedenen Art, in der die Vermögensauseinandersetzung zwischen den Geschwistern stattfand, liegt eine frühe, bewusste und weise, und praktisch dauernd festgehaltene Entscheidung zugunsten der Lebensbedingungen der Kleinfamilie, die die Grundeinheit der römischen Privatrechtspolitik war. Ein Bruder ist sozialrechtlich solidarischer Mitbürger, nicht vorrangig unterhaltsverpflichtetes oder -berechtigtes Familienmitglied. Die grundsätzlich berechtigten Tendenzen, auch die moderne, nunmehr von einer Doppelspitze geleitete Kleinfamilie von Sozialleistungen ganz oder teilweise zu entlasten, die sie überfordern und ihre beiden Leiter für ihre Aufgaben im Beruf untauglich machen würden – von der Pflegeversicherung bis zu den Krippenplätzen – stehen so betrachtet in einer alten Tradition.

Überhaupt ist es aus heutiger Sicht deutlich zu erkennen, dass die von der neuesten Rechtsgeschichte als solche erkannte Ideologie der Großfamilie und Sippe<sup>53</sup>, die zu der unheilvollen Idee geführt hat, das Staatsvolk als Abstammungsgemeinschaft zu definieren, das eigentliche Profil und die zentrale Bedeutung der Kleinfamilie verkennt, nämlich ihre – nicht nur in den Fällen eines alleinerziehenden Elternteils – Verortung unter die Prinzipien eines von Natur und Kultur aus familienfähigen Individualismus und Personalismus. Die zu schützende und zu gewährleistende Kleinfamilie ist – anders als der perennierende Staatsverband – wie das Individuum selbst eine vorübergehende Erscheinung, ein stets auf einen Haushalt bezogenes, von Natur und Kultur getragenes Sozialgebilde, in dem das – sterbliche – Individuum herrscht, als erziehende und erzogene, als arbeitende und lernende einzelne Person. Das was aus ihr hervorgeht, ist zur Selbständigkeit bestimmt, in wieder eigenen Haushalten und in ihnen möglichen Familien, in denen diejenigen leben, die in Gesellschaft, Wirtschaft und den beide sichernden Verfassungs- und Verwaltungsstrukturen einschließlich der sozialrechtlichen Leistungsträger tätig sind. Der in den Quellen bewahrte Satz, dass die Mutter Anfang und Ende ihrer

---

53 Eine Zusammenfassung der gegenüber dem überkommenden Meinungsstand sehr kritischen neueren Forschung der deutschen Rechtsgeschichte gibt EKKEHARD KAUFMANN, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte IV (1990) s.v. Sippe, Sp. 1688 ff. Im römischen Recht ist der ursprünglich bis in den sechsten Grad reichende kognatische Verwandtschaftsverband allein von dem Bestreben hervorgebracht, Verwandtschaftsheiraten zu verhindern, der davon zu unterscheidende, agnatische Verwandtschaftsverband ist ebenso wenig ein politischer oder vermögensrechtlich bedeutsamer Verband, sondern vom Intestaterbrecht hervorgebracht, das als solches das der Gens zurückdrängt (ähnlich wie das heute das Verwandtenerbrecht des BGB tut, welches das Erbrecht des Staates mit großer Konsequenz in die Subsidiarität abschiebt). Die römische Gens schließlich ist kein Verwandtschaftsverband, sondern als Urbild der Kolonialsiedlung eine Ordnung nicht verwandter Kleinfamilien, die in Rom selbst bis zum Prinzipat als Kult- und Begräbnisgenossenschaften fortlebte.

Familie ist,<sup>54</sup> gilt genauso für den Vater, sobald man dessen Stellung in der Kleinfamilie von der aus dem römischen Ahnenkult stammenden, ebenfalls mit dem Terminus „Familie“ belegten Strukturidee einer Fortsetzung des männlichen Stammes unterscheidet und damit von dem daraus folgenden patriarchalischen, potentiell die Generationenfolge von Jahrhunderten umfassenden Familienbegriff befreit.<sup>55</sup> Die Kleinfamilie beginnt<sup>56</sup> und endet stets mit den Eltern oder dem jeweils alleinerziehenden Elternteil. Das gilt unbeschadet der Vernetzungen, die zu Lebzeiten der Großeltern zwischen ihren sich auflösenden Familien und denen, die sich in der Kindergeneration neu gebildet haben, bestehen und die durch Unterhaltungspflichten bestärkt sind, und den aus der Seitenverwandtschaft und Schwägerschaft neu entstehenden Beziehungen, deren Tragweite freier menschlicher Sozialität überlassen ist.

## VI. Ein Menschenbild des Sozialrechts?

Zusammenfassend kann man sagen, dass das heutige Sozialrecht einen historisch gewachsenen Ausgleich vermittelt zwischen der klassisch republikanischen Dichotomie *ius publicum* und *ius privatum*, die Sozialpolitik abwehrt, einerseits

54 Vgl. D 50,16,195,5 (Ulpian 46 ad edictum): *Mulier autem familiae suae et caput et finis est (Die Frau ist Anfang und Ende ihrer Familie)*. Im Rahmen der hier gemeinten Kleinfamilie gilt der Satz *familiae suae et caput et finis est* für den Ehemann nicht weniger. Vgl. den Text und die folgende Anm.

55 Vgl. D 50,16,195,4 (Ulpian 46 ad edictum): *Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte <eodem ortae> [E. quodam memoriae, corr. MOMMSEN]. (Ebenso spricht man von einer „Familie“ in Bezug auf mehrere Personen, die vom Blut des am weitesten entfernten Erzeugers abstammen [so wie wir von der julischen Familie sprechen], als gleichsam aus derselben Quelle hervorgegangen.)* Die julische Familie, die sich über den von den C. Julius Caesar an Sohnes Statt angenommenen späteren Augustus im julisch-claudischen Kaiserhaus fortsetzte, geht nach einer in dieser Tradition (auch bei Vergil) anerkannten Sichtweise auf Julius, den Sohn des mit seinem Vater dem brennenden Troja entkommenen Aeneas, d. h. auf die denkbar ungewisseste Vorzeit zurück. Das Blut ist nach der hier wirkenden vorklassischen Lehre der Same, zu dessen aktiver Weitergabe nur dem Mann die Fähigkeit zugeschrieben wird; nur er kann danach consanguine Verwandtschaft erzeugen, die Frau nur uterine. Vgl. zu diesem (vom klassischen Recht erfolgreich bestrittenen, aber nicht vollständig beseitigten) Glauben meine Erläuterungen in: OKKO BEHREND/S/ROLF KNÜTEL/BERTHOLD KUPISCH/HANS HERMANN SEILER, *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, I Institutionen*, 2. Aufl. 1997, S. 285 f. sowie HANS VON ARNIM, *Stoicorum Veterum Fragmenta I*, S. 36 Nr. 128; II, S. 212 Nr. 746, 747.

56 Insofern gilt in der sozialen Wirklichkeit immer noch das (von der rechtlichen Volljährigkeitsregel verdeckte) Prinzip der *emancipatio Saxonica*, demzufolge die Gründung eines Haushalts mit neuer Klein- oder Kleinstfamilie einen eigenen Verantwortungsbereich erzeugt.

und einem Rechtsverständnis andererseits, wie es sich in machtvoller Weise zuerst zu Beginn der römischen Revolution gezeigt hat, das die Durchsetzung solidarischer Sozialität in beiden Bereichen zum Prinzip macht. Dieses vor-klassische Rechtsverständnis wirkt ergänzend und ausdifferenziert wohlütig, wird jedoch überall dort, wo es sich in seiner vollen, auf bereits verteilte Verhältnisse zugreifenden Potentialität geltend macht, als revolutionär und bedrohlich empfunden. Denn in seiner letzten Konsequenz sieht der reine, die Dichotomie aufhebende Sozialstaat in der die Gesellschaft beherrschenden Hand, wie zutreffend gesagt worden ist, „*die volle Disposition über Erziehung, Arbeitskraft und Güterverteilung ihrer Mitglieder*“.<sup>57</sup>

Die Art und Weise, in welcher der Kompromiss sich ergeben hat, enthält die Aussage, dass hier zwei gleichermaßen berechnete Forderungen aufeinandertreffen, die nach einem Koexistenz ermöglichenden Ausgleich verlangen, und zwar in der Weise, dass der Wert der individuellen und personalen Freiheit des erwachsenen und zur Selbständigkeit fähigen Menschen die Führung erhält und die Solidaritäts- und Fremdnützigkeitsanforderungen ihre berechtigten Anforderungen in beiden Bereichen unter Schonung des Kernanliegens des ersten durchführen. Das geschieht dadurch, dass im sozialen Privatrecht die fremdnützigen Prinzipien wie Sorgfalts-, Veranlassungs- und Vertrauensprinzip nicht das Verschuldens- und Vertragsprinzip aufheben und im öffentlichen Sozialrecht die Solidarität ein breit ausgefächertes System steuer- oder umlagefinanzierter Entlastungen und helfender Leistungen entwickelt, das den individuellen, vom Privatrecht geordneten Wirkungskreis entlastet und ihm nötigenfalls zur Hilfe kommt, ihn aber in der Regel als eigenen Verantwortungsbereich respektiert und fördert.

Erkennt man auf diese Weise das erwachsene und zur Selbständigkeit fähige Individuum als Leitbild des Rechts an, so wird deutlich, dass das Sozialrecht einen Aspekt des Menschen in den Blick nimmt, unter dem er von den Bürgern, zu denen er zählt oder mit denen er lebt, Rücksicht und Solidarität benötigt und, um das schöne *jeu de mot* von Herrn Eberhard Eichenhofer noch einmal aufzugreifen, nicht mehr als *solitaire*, sondern als *solidaire*, leben will und muss.<sup>58</sup> Es ist ein Aspekt, der biographisch zur *condicio humana* gehört. Jeder ist einmal jung, immer mehr werden sehr alt und hilfsbedürftig, viele vorübergehend oder dauernd arbeitsunfähig oder arbeitslos; und jeder ist am Anfang seines Lebens und in dessen Verlauf informationsbedürftig. Es sind aber doch jeweils besondere Verhältnisse, die bei dem Betroffenen Rechte auslösen. Macht man sich den Ausnahmecharakter dieser sozialrechtlichen Bedürfnislagen klar, erkennt man, dass es unzulässig ist, diese Reflexe zum Kern des normativen Bildes vom Menschen zu erheben.

57 Vgl. WIEACKER (Anm. 4), S. 360.

58 Vgl. EICHENHOFER (Anm. 8).



Eben dies hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zur Strafzumessungslehre aus dem Jahre 1978 getan, die unter dem Thema „Das strafende Gesetz im Sozialstaat“ Gegenstand des nächsten Symposiums der Göttinger Akademiekommission werden wird. Indem das Gericht das am Existenzminimum ausgerichtete Leben in Freiheit, das der Sozialstaat kraft Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip zu gewähren verpflichtet ist, wo immer dies möglich ist, als „*die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Menschen*“ beschreibt, weil sie ein „*menschenwürdiges Dasein*“ überhaupt erst ausmache, gelangt es dazu, eine sozialstaatliche Idee der Menschenwürde in die Prämisse seiner Argumentation zu setzen. Aus einer „*so verstandenen Menschenwürde*“ folge, dass der Staat kraft seines Strafanspruchs nicht durch Verhängung einer effektiv lebenslangen Strafe in die Sozialexistenz eines Menschen eingreifen dürfe, ohne durch die Bereitstellung eines gesetzlich geregelten Verfahrens eine rechtlich geordnete Chance zu eröffnen, die Freiheit wiederzuerlangen; die Begnadigung reiche dafür nicht aus.<sup>59</sup> Es geht hier nicht um eine rechtspolitische Bewertung dieser Rechtsprechung und der von ihr bewirkten Folgen; sie werden Gegenstand jenes Symposiums sein.<sup>60</sup> Hier ist nur kritisch anzumerken, dass das Gericht in dieser Argumentation die Menschenwürde vom Sozialstaat her definiert und damit zu etwas erklärt, was dem Einzelnen nicht schon kraft seines Menschseins zu-

---

59 Vgl. BVerfGE 45, S. 228: „Mit einer so /229/ verstandenen Menschenwürde wäre es unvereinbar, wenn der Staat für sich in Anspruch nehmen würde, den Menschen zwangsweise seiner Freiheit zu entkleiden, ohne dass zumindest die Chance für ihn besteht, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden.“ Vgl. weiter den Leitsatz: „Zu den Voraussetzungen eines menschenwürdigen Strafvollzugs gehört, dass dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleibt, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden. Die Möglichkeit der Begnadigung ist nicht ausreichend; vielmehr gebietet das Rechtsstaatsprinzip, die Voraussetzungen, unter denen die Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren gesetzlich zu regeln.“

60 Vgl. insofern nur RENATE ELF, Die Relativierung der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord durch die rechtsgestaltende Wirkung der Rechtsprechung des BVerfG und der Straferichte, NStZ 1992, S. 468 f.; HARTMUT-MICHAEL WEBER, Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Für eine Durchsetzung des Verfassungsanspruchs, 1999. Grundsätzliche Einwände sind, dass die Vernichtung der Sozialexistenz des Opfers, die der Vernichtung der biologischen Existenz folgt, grundsätzlich nicht leichter wiegt als die Einschränkung der Sozialexistenz, die den Täter im Strafvollzug trifft; denn jene ist in jedem Fall uneingeschränkt und endgültig, diese nicht. Ferner dient der präventive Zweck des Strafrechts im Bereich der Tötungsdelikte nicht dem Schutz der Sozial-, sondern der biologischen Existenz. Schließlich bedeutet die früh gewonnene Einsicht, dass die Entziehung des Lebens dem Staat als Strafe nicht zur Verfügung steht (so schon Caesar bei Cicero, in *Catilina* IV 4,7), nicht, dass eine Straftat, die einem anderen vorsätzlich das Leben nimmt, an Unrechtsgehalt verliert. Der Tod sei, so Caesar, von den unsterblichen Göttern nicht als Strafzweck (*supplicii causa*) geschaffen worden, sondern als eine mit der menschlichen Existenz verbundene Naturnotwendigkeit.

kommt. Das kann nicht richtig sein, schon deshalb nicht, weil der Mensch und seine Würde nicht notwendig von einer selbst erarbeiteten oder gewährten freien Sozialexistenz begleitet ist, sondern auch dann bewahrt bleibt, wenn pflegebedürftiges Alter, schwere Krankheit oder auch der Strafvollzug sie aufheben oder weitgehend einschränken.

Quelle und Kern von Individualität und Personalität, von Willens- und Verantwortungsfähigkeit, liegen nicht in der vom Staat verliehenen Sozialexistenz. Das hieße den Staat, ein Geschöpf des Menschen, zum Schöpfer machen. Seine natürliche Freiheit hat der Mensch nicht vom Staat, der überdies außerstande ist, sie ihm gegenüber den Gefahren, die von Mitmenschen ausgehen (von Krankheit, Behinderung und Altersgebrechlichkeit zu schweigen), zu jeder Zeit effektiv zu schützen. Die Sozialexistenz, das Leben von Menschen unter Menschen, wird nicht von der staatlichen Rechtsordnung gewährt, sondern es gibt die staatliche Rechtsordnung und die von ihr ermöglichten Existenzbedingungen, weil es verantwortungsfähige Menschen gegeben hat und gibt, die in der Lage waren und sind, die komplexen öffentlichen, privaten und sozialen Strukturen und Prinzipien der Rechtsordnung zu schaffen, in Geltung zu setzen und immer wieder neu hervorzubringen und zu gewährleisten. In dieser Ordnung kommt dem Privatrecht als dem existentiellen Ort, in dem all diese Menschen wurzeln, ein zentraler Platz zu.<sup>61</sup> Es beschreibt die primäre Existenzform der Bürger, die zugleich Träger (mit ihrer Steuerkraft) und primäre Destinatäre des Sozialrechts sind.<sup>62</sup> Kraft dieser Stellung besitzen auch die zentralen Einrichtungen des Privatrechts Verfassungsrang. Daher gibt es ein

---

61 Der Satz von EICHENHOFER (Anm. 1), S. 80: „*Privatrecht ordnet nur die Minimalgesellschaft.*“ (Fettdruck im Original) ist bezeichnenderweise formuliert ohne Blick auf die für Wirtschaft und Gesellschaft tragenden Einrichtungen Haushalt und Unternehmen. Die abstrakten „*Beziehungen von Verkäufer und Käufer, Eigentümer und Besitzer, Schädiger und Geschädigtem*“ bilden nur einen Ausschnitt des Privatrechts und blenden die tragenden Elemente Haushalt und Unternehmen aus.

62 Die menschenrechtliche Erweiterung des Sozialrechts auf Ausländer ist nicht unbedeutend, trägt aber positiven Ausnahmecharakter. Der primäre Solidarverband sind die Bürger. Kritisch dazu MICHAEL STOLLEIS/GUDRUN SCHLAMELCHER, Zur Verfassungsmäßigkeit des § 120 BSHG, NDV 65 (1985), S. 309–317; siehe auch STOLLEIS (Anm. 2) S. 227. Wenn die Leistungen für Ausländer (§ 120 BSHG; heute: § 23 SGB XII und AsylbLG), um aus finanziellen und integrationspolitischen Gründen den Zustrom von Ausländern im allgemeinen und von Asylsuchenden im besonderen einzudämmen, herabgesetzt und in einem eigenen Gesetz ausgestaltet werden, entstünden Spannungen zu dem Leitprinzip der Sozialhilfe, die in § 1 BSHG (heute: § 1 SGB XII) die Wahrung der „Menschenwürde“ verspreche, ohne dies vom ausländerrechtlichen Rechtsstatus oder sonstigen Zusatzkriterien abhängig zu machen. Man darf darauf entgegen, dass die Menschenwürde auch verlangt, die existentiellen Folgen zu beachten, die für die Identität jedes Einzelnen aus der Gliederung der Menschheit in verschiedene Staaten folgt.

„Privatrecht mit Verfassungsrang“,<sup>63</sup> welches die gelegentliche Einstufung des Privatrechts als das Einfachrechtliche als Produkt einer verfehlten etatistischen Perspektive sichtbar macht. Und daher ist es die vornehmste Aufgabe des Sozialrechts, als besonderer Teil des öffentlichen Rechts dem Privatrecht überall dort, wo es dessen bedarf, *in der Form einer staatlichen, materialen, d. h. leistenden Privatrechtspflege* zur Hilfe zu kommen. Es steht damit in einer sehr alten und ehrwürdigen Tradition.

## VII. Ergebnisse

1. Eine Bestimmung aus der römischen Königszeit kann den Anspruch erheben, die älteste technisch ausformulierte und organisatorisch sichergestellte sozialrechtliche Norm zu sein. Sie sah vor, dass bei Drillingsgeburten die betroffene Familie bis zur Volljährigkeit der Kinder einen Zuschuss von der „öffentlichen Hand“ erhielt.

2. Das Sozialrecht erscheint in dieser frühen Epoche der okzidentalen Rechtsentwicklung in seiner typischen Gestalt als materiale (durch Zuwendungen und kontrollierende Eingriffe erfolgende) Privatrechtspflege durch die den Verband vertretende Gewalt. Diese Praxis behandelt die Trennwände, welche die selbstverantwortlichen Räume des Privatrechts erzeugen, als durchlässig und gehorchte dem gleichen Prinzip wie die hoheitliche Zuweisung von Siedlungsland an Siedlerfamilien in den Ursprungssiedlungen und Kolonien. Nur ist in ihr an die Stelle der Anfangsausstattung die von Fall zu Fall notwendige, durch inhaltliche Leistungen zu erbringende Hilfe getreten.

3. Die materiale Privatrechtspflege steht neben der formalen Privatrechtspflege der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Ziel der klassischen, streitentscheidenden Rechtspflege ist Sicherung des äußeren Rechtsfriedens zum Schutz der bestehenden Privatrechte; das der materialen Privatrechtspflege ist auf unterstützende Gewährung und Sicherung ihrer Gehalte gerichtet.

4. In der Rechtswissenschaft der römischen Republik, deren Signum eine sich immer schärfer ausprägende Ausdifferenzierung zwischen den Formen der von Wahlmagistraturen getragenen hoheitlichen Herrschaft und den Regeln einer freien Eigentümergeellschaft war, dominierte die Tendenz, sozialrechtlichen Problemen den Charakter öffentlicher Aufgabe abzuerkennen, sie allein der – im

---

63 Vgl. CHRISTIAN STARCK, in: HERMANN MANGOLDT/FRIEDRICH KLEIN/CHRISTIAN STARCK (Hrsg.), GG I, Art. 1, Rn. 31 mit Hinweis auf PETER A. WINDEL, Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene des einfachen Rechts, in: Der Staat 37 (1998), S. 385 ff.

Okkupationsbesitz sämtlicher dem privaten Nutzen dienender Güter gesehenen – Privatrechtsgesellschaft zu überweisen und so weithin ungelöst zu lassen.

5. Die in der Mitte des 2. Jahrhunderts v. Chr. zur Herrschaft kommende Naturrechtslehre verpflichtete dagegen die Herrschaft darauf, das Vermögen des Gemeinwesens zur Förderung des Gemeinwohls, das hieß damals vor allem für Siedlungsprojekte, einzusetzen (und stellte im Privatrecht alle Rechtsausübung unter soziale Rücksichtsprinzipien). Die dadurch entstehenden Konflikte lösten den Beginn der bis Augustus dauernden Revolutionszeit (133–27 v. Chr.) aus, ferner als rechtswissenschaftliche Reaktion die Ausformulierung der an die Neuzeit weitergegebenen klassischen Dichotomie *ius publicum* und *ius privatum*, in der – erneut – für ein von der „öffentlichen Hand“ verwaltetes Sozialrecht kein Platz war.

6. Die römischen Kaiser gewährleisteten einerseits mit dem Programm der *Res publica restituta* die Geltung der klassischen Dichotomie *ius publicum* und *ius privatum*, übernehmen aber andererseits zugleich kraft eines umfassend gedachten naturrechtlichen Herrschaftsauftrags in Ergänzung und außerhalb der republikanischen Ordnung (*extra ordinem*) alle sich der damaligen Zeit stellenden sozialrechtlichen Aufgaben. Bekannte Beispiele sind die Gesetze zur Förderung von Eheschließung und Kinderzeugung, Sklavenschutzrecht, Alimentarstiftungen für Waisenkinder und – als Phänomen einer schweren Fehlentwicklung – die als Herrschaftslegitimation schon aus der Zeit der Gracchen stammende unentgeltliche Versorgung der Bürger der Hauptstadt mit Korn und Spielen.

Hier zeigt sich zum ersten Mal das in der Entwicklung am Ende festgehaltene Phänomen der Externalisierung des Sozialrechts: Es ist nicht Teil des klassischen *ius publicum*, sondern ein außerordentliches, der Herrschaft und dem – damals kaiserlichen – *Fiscus* nahes Recht der Förderung der Bedingungen der Zivilgesellschaft durch Eingriffe und Leistungen.

7. Diese Externalisierung gewinnt einen zusätzlichen Akzent, als seit Konstantin sozialrechtliche Leistungen zunehmend zu einer karitativen Aufgabe der immer reicher und organisatorisch leistungsfähiger werdenden Kirche werden. Diese auch durch Gesetze ausgesprochene Aufgabenzuweisung zugunsten von Witwen und Waisen, Armen, Kranken, Invaliden und Alten blieb bekanntlich bis in die frühe Neuzeit (neben den Leistungen sozialrechtlicher Einrichtungen anderen Ursprungs) sehr bedeutend.

8. Mit der Enteignung der Kirchengüter, zuerst in England unter Heinrich VIII., geht das Sozialrecht auf den Staat über und wird zu einem gesetzlichen, Ansprüche begründenden Rechtssystem, das in seinen Leistungen dem jeweils

erreichten Lebensstandard angepasst wird. Die hier noch einmal eingerückte, einseitig kritische Bemerkung Tocquevilles beruht auf der Anschauung des frühen englischen Modells.

Toute mesure qui fonde la charité légale sur une base permanente et qui lui donne une forme administrative crée donc une classe oisive et paresseuse, vivant aux dépens de la classe industrielle et travaillante. (Jede Maßnahme, welche die gesetzliche Wohltätigkeit auf eine beständige Grundlage gründet und ihr eine administrative Form gibt, erzeugt eine untätige und arbeitsscheue Schicht, die auf Kosten der gewerbetreibenden und arbeitenden Schichten lebt.)

9. Das sozialrechtliche Schlagwort der Französischen Revolution „fraternité“ symbolisiert eine schon im Privatrecht ansetzende Externalisierung des Sozialrechts. Denn kraft einer sehr frühen, durchweg festgehaltenen Entscheidung gibt es kein privatrechtliches, zu Unterhalt verpflichtendes *ius fraternitatis*. Die Jakobinische Verfassung vom 24. Juni 1793 verheißt *subsistance aux citoyens malheureux* im Namen des Staates und legt sie nicht dem „Bruder“ auf. Man kann darin ein frühes Beispiel für die Erkenntnis sehen, dass die Kleinfamilie als selbständiger Verantwortungsraum, um ihre Rolle erfüllen zu können, der Entlastung bedarf.

10. Die heutige Stellung des Sozialrechts entspricht im systematischen Grundzug dem augusteischen Kompromiss zwischen klassischer, von der Dichotomie *ius publicum* – *ius privatum* geprägten Republik und dem um gesellschaftliche Wohlfahrt bemühten Kaisertum. Dieser Kompromiss hat sich gegenüber dem Versuch, das Sozialrecht in ein homogenisierendes „genossenschaftliches“ Staatsverständnis einzubetten, mit Recht behauptet.

