

DAS AKZEPTIERTE GRUNDGESETZ

FESTSCHRIFT
FÜR GÜNTER DÜRIG
ZUM
70. GEBURTSTAG

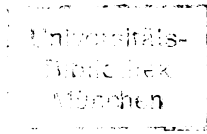
HERAUSGEGEBEN VON
HARTMUT MAURER

IN VERBINDUNG MIT
PETER HÄBERLE, WALTER SCHMITT GLAESER,
WOLFGANG GRAF VITZTHUM



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1990

25043653



ISBN 3406342523

Satz, Druck und Bindung: Passavia Druckerei GmbH Passau

90 p 406

INHALT

I. Grundsätzliches und Allgemeines

Professor Dr. PETER HÄBERLE, Bayreuth/St. Gallen Das Grundgesetz und die Herausforderungen der Zukunft – Wer gestaltet unsere Verfassungsordnung?	3
Professor Dr. JOSEF ISENSEE, Bonn Gemeinwohl und Bürgersinn im Steuerstaat des Grundgesetzes – Gemeinnützigkeit als Bewährungsprobe des Steuerrechts vor der Verfassung	33
Professor Dr. HANS F. ZACHER, München Verfassung und Sozialrecht – Aspekte der Begegnung	67
Professor Dr. WALTER SCHMITT GLAESER, Bayreuth Die Beurteilung politisch motivierter Privatgewalt durch das Bundesverfassungsgericht	91
Professor Dr. FELIX ERMACORA, Wien Dürigs Deutschlandthese „1954 und seither“	109
Professor Dr. HANS v. MANGOLDT, Tübingen Zur heutigen Bedeutung der Entscheidung des Grundgesetzes für die deutsche Staatsangehörigkeit	119
Professor Dr. WALTER RUDOLF, Mainz Das akzeptierte Grundgesetz, Europa und die Länder.	145
Professor Dr. HANS PETER IPSEN, Hamburg Über Verfassungs-Homogenität in der Europäischen Gemeinschaft	159

II. Grundrechte

Professor Dr. WOLFGANG GRAF VITZTHUM, Tübingen Gentechnik und Grundgesetz – Eine Zwischenbilanz	185
Professor Dr. Dr. h. c. KLAUS STERN, Köln Das Gebot zur Ungleichbehandlung	207
Professor Dr. ARMIN DITTMANN, Hohenheim Gleichheitssatz und Gesetzesvollzug im Bundesstaat – Föderative Ungleichheiten beim Vollzug von Steuergesetzen	221

Professor Dr. MARTIN HECKEL, Tübingen	
Art. 3 III GG. Aspekte des Besonderen Gleichheitssatzes	241
Professor Dr. THEODOR MAUNZ, München	
Gestaltungsfreiheit des Lehrers und Schulaufsicht des Staates . .	269
Professor Dr. GÜNTER PÜTTNER, Tübingen	
Schulrecht und Schulkämpfe unter dem Grundgesetz	279
Professor Dr. HARTMUT MAURER, Konstanz	
Enteignungsbegriff und Eigentumsgarantie	293
Professor Dr. Dres. h. c. OTTO BACHOF, Tübingen	
Hände weg vom Grundgesetz – Änderungen von Rechtsweggarantie und Asylrecht?	319
Professor Dr. JOST PIETZCKER, Bonn	
Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff	345

III. Staatsorganisation

Professor Dr. RUPERT SCHOLZ, München	
Verfassungswidriges Ausländerwahlrecht	367
Professor Dr. HANS HEINRICH RUPP, Mainz	
Bemerkungen zur Bundeseigenverwaltung nach Art. 87 III 1 GG	387
Professor Dr. PETER LERCHE, München	
Verfassungsfragen der Bundeswehrverwaltung	401
Professor Dr. Dr. h. c. THOMAS OPPERMANN, Tübingen	
Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau – Neue Perspektiven nach zwei Jahrzehnten	411
Professor Dr. ROMAN HERZOG,	
Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe	
Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts	431
Professor Dr. FERDINAND KIRCHHOF, Tübingen	
Finanztransfers aus Separathaushalten im Bundesstaat – Sozialversicherung, Rundfunk, European Recovery Program	447
Professor Dr. Dr. h. c. THOMAS FLEINER-GERSTER, Freiburg (Schweiz)	
Der Bundesrat: Das „Direktorium der Eidgenossenschaft“	469
Bibliographie Günter Dürig	489

HANS F. ZACHER

Verfassung und Sozialrecht

Aspekte der Begegnung

Wie zu so vielen Dingen, so hat *Günter Dürig* mit der ihm eigenen Sicherheit auch zum Sozialstaat schon früh Wesentliches gesagt: Schon 1953 formulierte er, „daß ‚sozial‘ nicht gleich ‚sozialistisch‘ oder sonst im Sinne einer bestimmten Sozialtheorie zu lesen ist“, daß vielmehr „die Entscheidung des Grundgesetzes ... eine Entscheidung für das der gesamten Sozialbewegung Gemeinsame“ ist.¹ Er hat damit so etwas wie beurkundet, daß und wie das Sozialstaatsprinzip „akzeptiertes Grundgesetz“ wurde. *Günter Dürig* hat den Zusammenhang zwischen Verfassung und sozialer Verantwortung und Leistung des Staates immer wieder auf den Punkt gebracht.² So ist es nicht nur gerechtfertigt, sondern geschuldet, ihm in dieser Festgabe einen Versuch auch zu diesem Thema zu widmen.

I. Das Sozialrecht als Herausforderung für die Verfassung

Sozialrecht³ gilt als ein Chaos.⁴ Und in der Tat: es ist ein Chaos.⁵ Nun liegt in dem „chaotischen“ Charakter des Sozialrechts auch Unvermeidliches, ja sogar Nützliches. Man kann die Relativierung und Vermischung

¹ *Dürig*, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, 193 ff., 196.

² S. dazu die Nachweise zum folgenden Text.

³ S. *Bley*, Sozialrecht, 6. Aufl. 1988, S. 2 ff. m. w. Nachw. Zur Sichtweise des Verfassers s. Artikel „Sozialrecht“, in: Staatslexikon 7. Aufl., Bd. 5, 1980.

⁴ Gelegentlich hat der Verfasser freilich den Eindruck, daß der chaotische Charakter des Sozialrechts für viele auch ein lieber Vorwand ist, um sozialpolitische Vorurteile vor der zersetzenden Einwirkung sozialrechtlicher Systembildung zu schützen.

⁵ S. z. B. *Katzenstein*, Über die Sozialgesetzgebung unserer Zeit, in: Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat. Festgabe zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 139 ff.; *von Maydell*, Zum Stil sozialpolitischer Gesetzgebung, in FS zum 12jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 407 ff.; *Zacher*, Der gebeutelte Sozialstaat in der wirtschaftlichen Krise, Sozialer Fortschritt 1984, S. 1 ff.; je m. w. Nachw.

von Prinzipien, die sich darin ausdrückt, nicht entbehren.⁶ Sie macht einzelne Leistungssysteme oft erst sinnvoll und praktikabel. Auch wird keine Sozialpolitik je ein komplettes Sozialrecht neu auf dem Reißbrett zeichnen können, ohne auf dem Gestein der vorgegebenen Entwicklungen aufbauen zu müssen und ohne das, was sie schafft, dem Strom der Änderungen überlassen zu müssen, die sich an kein System halten. Gleichwohl bleibt das Ärgernis, daß das Sozialrecht in einem vielfältigen Widerspruch der Zwecke, die es verfolgt, der Prinzipien, nach denen es gestaltet wird, und der Techniken, derer es sich bedient, lebt, und sich dieses Gefüge und Geschiebe voneinander ebenso ergänzenden wie widersprechenden Zwecken, Prinzipien und Techniken permanent verändert. Wie soll da die Verfassung Maß anlegen?⁷ Dabei steht das Sozialrecht zwischen zwei Polen der Verfassung. Der eine Pol ist der des verfassungsrechtlichen Impulses: das Sozialstaatsprinzip. Der andere Pol ist der der verfassungsrechtlichen Maßgaben: das Rechtsstaatsprinzip, der Gleichheitssatz, die besonderen Gleichheitssätze, die Freiheitsrechte.

Dazu liegt ein erratischer Block in der Landschaft: die Zuständigkeitsnormen,⁸ die an historisch vorgegebenen Institutionen anknüpfen wie die Sozialversicherung (Art. 74 Nr. 12, 87 II, 120 I Satz 4 GG) oder die Fürsorge (Art. 74 Nr. 7 GG). Weil es vor allem der Bund ist, der sozialrechtliches Neuland betritt, während sich niemand so recht mit der Alternative abfinden mag, daß sozialrechtliche Gestaltungen, die der Bund nicht realisieren kann, eben Sache der Länder seien (Art. 30, 70 GG), werden sie immer wieder – und zu Unrecht – in die Rolle institutioneller Vorgaben der Sozialpolitik an sich gedrängt. Sie stellen sie vor ein Sonderproblem, das hier nicht weiter verfolgt werden kann.

Bleiben wir bei der Polarität zwischen dem sozialen Programm der Verfassung auf der einen, den verfassungsrechtlichen Maßgaben seiner Verwirklichung auf der anderen Seite. Das Sozialrecht steht zwischen diesen Polen. Und so ist die Frage die, in welcher Beziehung die Gestaltungsmaximen des Sozialrechts zu diesen Polen stehen.

⁶ Zacher, Sozialrecht und soziale Gerechtigkeit, in: Rechtsstaat und Menschenwürde. FS für Werner Maihofer, 1988, S. 669 ff. (insbes. S. 690 f.) m. w. Nachw.

⁷ Zur Auseinandersetzung über die Begegnung zwischen Verfassung und Sozialrecht s. das Material bei Zacher, Das soziale Staatsziel, in: *Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. I, 1987, S. 1045 ff. (S. 1090 Fn. 312). Späteres Material s. insbes. bei *Papier*, Der Einfluß des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht, in: *von Maydell/Ruland* (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 1988, S. 114 ff. Zur gesamten Thematik s. Zacher, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, 1980.

⁸ S. dazu *Papier* (Fn. 7), S. 118 ff. m. w. Nachw.

II. Das Sozialrechtsprogramm der Verfassung

Was „sozial“ ist, – also: was das Sozialstaatsprinzip meint – ist in Wahrheit ebenso offen und ungewiß, wie es vordergründig selbstverständlich zu sein scheint. Um das, was „sozial“ ist, einigermaßen operational sichtbar zu machen, muß der Zugang über zwei Paradigmen genommen werden, die einander ebenso überlagern, wie ergänzen.

Das erste dieser Paradigmen erscheint selbstverständlich: „sozial“ meint „soziale Gerechtigkeit“.⁹ „Soziale“ Leistungen sollen, soweit sie in der Verantwortung des Gemeinwesens stehen, Ausdruck sozialer Gerechtigkeit sein. Soziale Gerechtigkeit aber folgt immer drei verschiedenen Maßstäben: der Bedarfsgerechtigkeit, der Leistungsgerechtigkeit und der Besitzstandsgerechtigkeit.¹⁰ Keiner dieser Maßstäbe allein macht eine Gesellschaft sozial gerecht und menschlich erträglich. Die Maßstäbe müssen einander ergänzen. Zugleich aber rivalisieren sie, ja widersprechen sie sich.¹¹

Doch auch wenn wir um diese Ausdifferenzierung „sozialer Gerechtigkeit“ wissen, fehlt diesen Maßstäben alles „Stoffliche“, alles Technische. Wie soll „soziale“ Politik, wie soll „soziales“ Recht konkret aussehen? Um einer Antwort auf diese Frage näherzukommen, müssen wir uns des zweiten Paradigmas bedienen: des historisch gewachsenen *Aufgabenkatalogs des Sozialstaats*. Er trägt von der öffentlichen Armenfürsorge her un-aufgebar die Verantwortung für ein Existenzminimum für jeden.¹² Er ist seit der Herausforderung der Arbeiterfrage auf mehr – interpersonelle – Gleichheit, vor allem durch die Beseitigung oder Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen und die Minderung von Wohlstandsunterschieden verpflichtet. Er hat sich seit der Erfindung der Sozialversicherung die „soziale Sicherheit“ auch über das Existenzminimum hinaus, ja sogar die Sicherheit jeweils besserer und also ungleicher Lebensverhältnisse zu eigen gemacht. Und er hat sich schließlich, nachdem die Konzentration

⁹ BVerfGE 1, 97, 100; 5, 85, 198.

¹⁰ S. Kerber/Westermann/Spörlein, Gerechtigkeit, in: Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft, Teilband XVII, 2. Aufl. 1981, S. 44 ff.

¹¹ S. dazu Zacher (Fn. 6), S. 682 ff. m. w. Nachw.

¹² Der Sicherung des Existenznotwendigen durch den Sozialstaat hat Günter Dürig seine ganz besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Für ihn ist die Sicherung des Existenzminimums einerseits eine Forderung der Menschenwürde: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AÖR Bd. 81 (1956), 117 ff. 132 f.; Maunz/Dürig, GG, Art. 1 I Rdnr. 43 f. Zum anderen ist es ihm eine Forderung des Rechts auf Leben (Art. 2 II 1 GG): Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat (Fn. 1), S. 198; Maunz/Dürig, Art. 2 II Rdnr. 26 ff.

auf „Armenfrage“ und „Arbeiterfrage“ überwunden war, dem Ziel zugewandt, den Wohlstand der ganzen Gesellschaft zu mehren und auszubreiten. Keine der älteren Aufgaben wurde durch die späteren jedoch überflüssig. So können wir heute den *Zielkatalog des Sozialstaats* definieren wie folgt: *Garantie des Existenzminimums, Herstellung von mehr Gleichheit, Gewährleistung von Sicherheit und Eröffnung von Wohlstandsteilhabe*.¹³ Aber auch diese Ziele ergänzen sich nicht nur. Sie können – wie etwa die Gleichheit und die soziale Sicherung ungleicher Lebensstandards – einander widersprechen. Zumindest: auch sie rivalisieren untereinander.

Dieser Zielkatalog ist keine Alternative zur sozialen Gerechtigkeit. Die Dimensionen der sozialen Gerechtigkeiten und die Ziele des Sozialstaats verschränken sich vielmehr. Sie sind einander ergänzende Versuche, das sozial Richtige zu konkretisieren. Und so verschränken sich auch ihre Unterschiede und Gegensätze. Schon dieses Verhältnis der Komplementarität und der Verschränkung der Maximen sozialer Gerechtigkeit und der Maximen sozialstaatlicher Zielsetzung macht die extreme Komplexität der Maßstäbe deutlich, an denen „soziale“ Politik und „soziales“ Recht gemessen werden können und auch zu messen sind.

Die so umschriebene Verantwortung des Sozialstaats wäre gleichwohl mißverstanden, wenn sie als ein Auftrag zu unmittelbarer und umfassender Realisation durch den Staat selbst interpretiert würde. Der Sozialstaat des Grundgesetzes ist ein *freiheitlicher Sozialstaat*. Er setzt die Dialektik von Staat und Gesellschaft voraus.¹⁴ Er ist darauf angelegt, sich in dieser Dialektik zu realisieren, nicht aber, diese Dialektik zu überwinden. Die Freiheitsrechte eröffnen den Menschen die Möglichkeit, sich die soziale Teilhabe, die sie haben wollen, selbst zu verschaffen. Und sie legen ihnen die Verantwortung auf, davon auch Gebrauch zu machen.¹⁵ Die Verantwortung des Staats geht ebenso darauf, das „Soziale“ durch autonome soziale Prozesse zu ermöglichen, wie darauf, das „Soziale“ unmittelbar dort zu bewirken, wo die gesellschaftlichen Prozesse das nicht –

¹³ S. Obermayer, *Der Sozialstaat als Herausforderung zur Menschlichkeit*, R. d. A. 1979, 8 ff.; Zacher, *Das soziale Staatsziel* (Fn. 7), S. 1060 f.; je m. w. Nachw.

¹⁴ S. zur Notwendigkeit dieser Dialektik unvergeßlich eindrucksvoll Dürig in seinem Diskussionsbeitrag zu „Das demokratische Prinzip im Grundgesetz“, VVDStRL. Bd. 29 (1971), 126 ff., 127: „Wenn man nämlich im Demokratisierungsrausch erst einmal alle Lebensbereiche demokratisiert, politisch gemacht hat, wenn Staat und Gesellschaft deckungsgleich werden, dann, meine Herren, gehen mal wieder die Lichter aus.“ Selten hat der Verfasser die personale Kraft, die hinter allem wissenschaftlichen Wirken Günter Dürigs steht, so verspürt, wie bei diesem Beitrag. – S. allgemeiner zur Dialektik von Staat und Gesellschaft Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, 1976.

¹⁵ S. dazu höchst eindrucksvoll Dürig in seinem Diskussionsbeitrag zu „Grundrechte im Leistungsstaat“, VVDStRL. Bd. 30 (1972), 154 f., 155.

jedenfalls nicht allgemein und verlässlich genug – tun.¹⁶ Das taucht die Trias von Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsgerechtigkeit und Besitzstandsgerechtigkeit ebenso in ein schärferes Licht wie die Quadriga von Existenzsicherung, Gleichheit, Sicherheit und Wohlstandsteilhabe. Sie müssen die Spannung zwischen den Möglichkeiten der Freiheit und den Notwendigkeiten der Gleichheit reflektieren. Sie müssen der Individualität ebenso Raum geben wie dem Allgemeinen.

III. Die sozialrechtliche Realisation

1. Die Problemfelder sozialer Leistung und Gefährdung

Dem Prinzip gesellschaftlicher Realisation des „Sozialen“ entspricht die zentrale Grundannahme allen Sozialrechts, daß jeder Erwachsene die Möglichkeit hat und auch darauf verwiesen ist, den Lebensunterhalt für sich und seine Familie durch (abhängige oder selbständige) Arbeit zu verdienen.¹⁷

Die Grundannahme vollzieht sich über drei zentrale Wirkungs- und Problemfelder: (1) *Arbeit und Einkommen*: die gesellschaftliche Organisation von Arbeit und der Vermittlung von Einkommen durch Arbeit; (2) *Bedarfsdeckung*: die privatwirtschaftliche und administrative Bereitstellung von Gütern zur Deckung der Bedarfe; und (3) *Unterhaltsverband*: in ihm wird nicht nur Einkommen als Unterhalt weitergereicht, in ihm werden auch Bedarfe durch tätigen Unterhalt – wie etwa Erziehung, Pflege usw. – befriedigt. Das *Recht* gab und gibt den drei genannten Wirkungs- und Problemfeldern *je ihre Ordnung*. (1) Im Feld *Arbeit und Einkommen* finden wir das Arbeitsrecht, aber auch die Regelungen, die sich mit dem selbständigen Einsatz persönlicher Leistungen befassen (wie etwa das Landwirtschaftsrecht oder das Recht der freien Berufe). (2) Im Feld der *Bedarfe und ihrer Befriedigung* stoßen wir auf das tief gestaffelte System der Rechtsnormen des öffentlichen und privaten Rechts, welche der privatwirtschaftlichen Versorgung mit Nahrungsmitteln, Kleidung, Dienstleistungen, Wohnungen etc. den Rahmen geben. Daneben liegen Bereiche, in

¹⁶ S. dazu *Zacher*, Das soziale Staatsziel (Fn. 7), S. 1061 ff., insbes. Rdnr. 26, 28, 29, 31, 39, 45, 51 ff. Weitere Nachw. s. dort.

¹⁷ S. dazu und zum folgenden *Zacher*, Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts, in: *Kübler* (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1984, S. 11 ff., 23 ff.

denen die Verantwortung des Gemeinwesens von vornherein größeres Gewicht hat (bei der Bereitstellung von Erziehung, Ausbildung, medizinischer Behandlung usw.). (3) Das Feld des *Unterhaltsverbandes* wird traditionell vom Familienrecht geregelt. Zwischen diesen Feldern vollzieht sich die Grundannahme. In und zwischen ihnen lauern aber auch soziale Gefährdungen, ergeben sich soziale Defizite.

Dazu eine Ergänzung: Zwischen den Feldern Arbeit/Einkommen, Unterhaltsverband und Bedarfsdeckung liegt – etwas erratisch – das Feld des *Vermögens*. Soweit Vermögen vorhanden ist, kann es Einkommen ersetzen oder ergänzen und also auch Arbeit erübrigen. Bedarfe des einzelnen und seines Unterhaltsverbandes können entsprechend aus Vermögen gedeckt werden. „Vermögen“ aber bedeutet nicht nur Aktiva, sondern auch Passiva: So wie Aktiva zwischen das „Spiel“ von Arbeit/Einkommen, Bedarfsdeckung und Unterhalt treten können, indem sie die Relevanz von Arbeit und Einkommen für die Felder des Unterhalts und der Bedarfsdeckung verändern (relativieren, aufheben), so können auch Schulden dazwischentreten und den Zufluß von Feld Arbeit/Einkommen zu den Feldern von Unterhalt und Bedarfsdeckung mindern oder unterbrechen.

Alle diese Rechtsbereiche teilen sich in den *Auftrag, den Vollzug der Grundannahme zu ermöglichen*. Sie verwirklichen diesen Auftrag primär durch die *Integration ihrer „Eigentlichkeit“*: dadurch, daß sie in sich funktionsgerecht gestaltet werden und wirken. Das kann jedoch nicht immer genügen, um sozialen Gefahren entgegenzuwirken, soziale Defizite zu vermeiden oder gar sie zu kompensieren. Das *Recht kann*, ja muß deshalb *auch sozial verändert werden*. Das klassische, wenn mittlerweile auch schon historische Beispiel ist die Veränderung des Dienstvertragsrechts zum modernen Arbeitsrecht. Doch sind solchen Anpassungen Grenzen gesetzt. Soziale Veränderungen können die Eigengesetzlichkeit eines Regelungsbereichs überfordern. Sozialer Schutz (etwa ein besonderer Kündigungsschutz zugunsten gewisser Gruppen) kann in Diskriminierung umschlagen. Das wesensgerechte Funktionieren eines Regelungsbereiches selbst kann geschädigt werden. Sozial gemeinte Preisbindungen etwa heben regelmäßig die Allokationswirkung der Preise auf und erschweren die Versorgung – auch für die sozial Geschützten –, statt sie zu erleichtern. Letzter Ausweg ist dann die Übernahme der Bedarfsdeckung in öffentliche (administrative, politische) Verantwortung. So wichtig die Grenzen sind, so unvermeidlich ist es, das vorfindliche Recht selbst „sozial“ zu gestalten. Oft kann die „Eigentlichkeit“ vorfindlichen Rechts nur durch diese spezifisch soziale Gestaltung zur Geltung gebracht werden.

2. Zwei Gattungen sozialer Problemlösungen: Internalisierung versus Externalisierung

Dieser Weg sozialer Rechtsgestaltung sei hier als „internalisierend“ bezeichnet, weil er die *soziale Korrektur und Kompensation in das vorfindliche Recht hinein* „internalisiert“. Aber internalisierende Lösungen kommen nicht nur an die Grenzen, die sich aus dem Wesen, der „Eigentlichkeit“, des vorfindlichen Rechts ergeben. Sie kommen auch an die Grenzen, die sich aus der Leistungsfähigkeit der Wirkungsfelder selbst ergeben. Einfachstes Beispiel: wer keine Familie hat, dem kann das Recht des Unterhaltsverbandes nicht helfen. Somit kommen wir zum *Befund sozialer Defizite, die in den vorfindlichen Regelungsbereichen selbst nicht verhindert oder aufgefangen werden können oder sollen*. Sollen sie kompensiert werden, so muß diese *Kompensation aus den vorfindlichen Rechtsfeldern heraustreten und auf spezifische, besonders zum Zwecke dieser Kompensation geschaffene Ordnungen hin* „externalisiert“ werden.

Diese „Externalisierung“ kann zunächst auf *gesellschaftliche Träger* hin geschehen, wie das für die *Privatversicherung* typisch ist. Auch *altruistische Wohlfahrtsverbände* sind Beispiele gesellschaftsimmanenter Externalisierung. Doch ist die Externalisierung auf (genossenschaftliche oder unternehmerische) Träger der Privatversicherung durch die Kräfte derer begrenzt, die sich in dieser Weise zur gemeinsamen Lastentragung zusammenschließen. Die Externalisierung auf altruistische Wohlfahrtsverbände hin hängt von der objektiven Verfügbarkeit und subjektiven Bereitschaft gesellschaftlicher Kräfte ab. Von größerer, entscheidender Bedeutung ist es deshalb, wenn die Kompensation der Defizite vom *Gemeinwesen* übernommen wird – sei es von den vorgegebenen Ebenen des Staates, der Gemeinden usw., sei es von besonderen Solidarverbänden, die (wie in der Sozialversicherung) gerade für diesen speziellen sozialen Zweck geschaffen werden. Rechtlich gesehen: wenn die Verantwortung auf das öffentliche Recht übergeht.

Der freiheitliche Sozialstaat hat zunächst also ein *privatrechtliches* Programm. Das Privatrecht muß der freien Teilhabe Raum geben. Aber es muß sich den sozialen Gefahren wehren und den sozialen Defiziten entgegenwirken. Dabei ist abzuwägen, daß die soziale Veränderung privatrechtlicher Institute deren Wirksamkeit ebenso schwächen wie stärken kann.¹⁸ Desgleichen ist abzuwägen, wie der soziale Zweck wirkungsvoller verfolgt werden kann: internalisierend oder externalisierend. An der

¹⁸ S. dazu *Zacher*, Zur Anatomie des Sozialrechts, SGB 1982, 329 ff., 332.

Schwelle zur Externalisierung steht die Rechtsordnung erneut vor einer Alternative: Soll die Externalisierung in den gesellschaftlichen, privatrechtlichen oder in den staatlichen, öffentlichrechtlichen Raum gehen.

Gewiß hat der Gesetzgeber hinsichtlich aller dieser Fragen ein sehr weites Ermessen,¹⁹ so daß es scheint, als wäre nur von Rechtspolitik die Rede. Wenn man aber bedenkt, was dies alles nicht nur für die Verwirklichung des „Sozialen“, sondern auch für die verfassungsrechtlichen Garantien des freien Erwerbs (Art. 2 I, 12 I GG) und des freien Konsums (Art. 2 I GG), für die Freiheit kollektiver Betätigung und Interessenwahrung (Art. 9 GG),²⁰ für die Familie (Art. 6 GG),²¹ schließlich aber für die Funktion des Eigentums (Art. 14 GG)²² bedeutet,²³ so kann nicht bezweifelt werden, daß es hier auch um Verfassungsrecht geht.

¹⁹ S. z. B. BVerfGE 29, 221, 235; 49, 192, 207.

²⁰ Das gilt einerseits im Sinne der Koalitionsfreiheit und der Tarifhoheit (Art. 9 III GG), andererseits aber auch im Sinne kollektiver Selbsthilfe (Genossenschaften, Selbsthilfegruppen) sowie altruistischer Fremdhilfe (Wohlfahrtsverbände, altruistischer „Selbsthilfegruppen“). Der nun schon ein Vierteljahrhundert zurückliegende Streit um Jugendwohlfahrt und Sozialhilfe (BVerfGE 22, 180) liegt insofern freilich am Rande. Dort ging es um die Beteiligung freier Wohlfahrtsverbände am Vollzug staatlichen Rechts.

²¹ S. dazu *Zacher*, Ehe und Familie im Sozialrecht, in: Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck, 1989, S. 955 ff. Die Alternative zwischen internalisierenden und externalisierenden Lösungen befindet sich hinsichtlich Ehe und Familie in einem mehrdimensionalen Spannungsfeld. Ob Sozialpolitik das einzelne Familienmitglied oder die Familie als Ganzes im Blick hat, hat grundrechtlich – im Gegenüber der Individualgrundrechte der Ehepartner, Eltern und Kinder *und* des „kollektiven“ Schutzes von Ehe und Familie durch Art. 6 GG – wie sozial je eigene Relevanz.

²² Besonders bedeutsam ist auch der komplexe grundrechtliche Hintergrund der Unternehmensfreiheit (Art. 2 I, 12 I, 14, evtl. auch 9 I GG). Für sich und in Verbindung mit der grundrechtlichen Basis des Arbeitsrechts (Art. 2 II, 12 I, 9 III GG). Internalisierende wie externalisierende Lösungen – also Lösungen, die dem Betrieb (Unternehmen) und damit auch dem Arbeitsverhältnis und seiner individualvertraglichen oder kollektivrechtlichen Ordnung ein Mehr an sozialen (sozialen Defiziten vorbeugenden oder sie kompensierenden) Funktionen vorbehalten und/oder zumuten oder die sozialen (soziale Defizite kompensierenden) Funktionen aus dem Zusammenhang von Betrieb (Unternehmen) und Arbeitsverhältnis herausnehmen und auf eine andere Ebene übertragen – haben je ihre eigene integrierende und/oder desintegrierende Wirkung auf die betriebliche und arbeitsrechtliche Grundrechtsverwirklichung.

²³ Besonders scharf wird die Notwendigkeit internalisierender Lösungen für die soziale Sicherung der Beamten, Richter und Soldaten gesehen. (Zur Rechtslage s. etwa *Ruland*, Möglichkeiten und Grenzen einer Annäherung der Beamtenversorgung an die gesetzliche Rentenversicherung. Anlage Bd. B zum Gutachten der Sachverständigenkommission Alterssicherungssysteme, veröffentlicht durch die Bundesregierung. Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, 1983, S. 5 ff.) Statt sich diese Eigenart der Beamtenversorgung als eine internalisierende Lösung (s. dazu *Zacher*, Die Versorgung der Beamten, Richter und Soldaten, 1984, S. 1 ff.) zunutze zu machen, zieht es das beamtenrechtliche Schrifttum jedoch in aller Regel vor, die funktionale Analogie zwischen Beamtenversorgung und sozialer Sicherheit überhaupt zu leugnen.

3. Externalisierung: Differenzierung des Programms – Differenzierung der Modalitäten.

a) Ausgangspunkte

Ist schließlich die Schwelle zur Externalisierung überschritten, so macht sich das Spiel des freiheitlichen Sozialstaates auf neue Weise geltend: in der Verantwortung für das „Soziale“ in all seiner Widersprüchlichkeit und Vielfalt; in der Verantwortung dafür, daß das „Soziale“ sich zuerst in Freiheit verwirklicht; in der Verantwortung dafür, daß der Staat das „Soziale“ bewirkt, wo die Freiheit es nicht bewirkt; und in der Verantwortung dafür, daß dies gleichwohl doch wieder die Freiheit respektiert.²⁴ In der Gleichzeitigkeit von Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsgerechtigkeit und Besitzstandsgerechtigkeit, von Gewährleistung des Existenzminimums, Mehrung der Gleichheit, sozialer Sicherung und Wohlstandsteilhabe – in der Gleichzeitigkeit der Komplementarität *und* der Widersprüchlichkeit dieser Ziele²⁵ – muß sich eben diese doppelte Verantwortung niederschlagen: die Verantwortung für die gesellschaftliche *und* die staatliche Realisation des „Sozialen“.

Diese Komplexität des „Sozialen“ unter der Prämisse der Freiheit stellt die Gestaltung externalisierender Lösungen vor eine weitere Alternative: die Alternative zwischen Allgemeinheit und Individualität, zwischen abstrakter Regelung und konkreter Entscheidung. Abstrahierende Leistungsgestaltung erscheint als ein Mehr an Freiheit. Konkrete Leistungsgestaltung läßt ein Mehr an sozialer Richtigkeit zu – wo das abstrakt Richtige das im Einzelfall Richtige sonst verfehlen würde.²⁶

Die Natur der Sache hat so dazu geführt, daß sich eine Reihe von Grundtypen²⁷ herausgebildet hat, in denen die Komplementarität der „sozialen“ Ziele hervortritt, während ihre Widersprüche in dem Nebeneinander der unterschiedlichen Typen aufgehoben sind. Man könnte auch sagen: die Unterschiede zwischen den Typen gestehen die Widersprüche ein; diese werden aber – tendenziell – aus dem Binnenraum ein und desselben Typs hinausverlagert in die Kombinatorik der Typen zu einem Gesamtsystem.

²⁴ Zacher, Das soziale Staatsziel (Fn. 7), S. 1260 ff.

²⁵ S. oben II.

²⁶ S. Zacher, Verrechtlichung (Fn. 17), S. 60 ff., 62 ff., 64 f. Weitere Nachw. s. dort.

²⁷ S. ergänzend zum folgenden Zacher, Art. „Sozialrecht“ (Fn. 3).

Vorsorgesysteme (Hauptbeispiel: Sozialversicherung)²⁸ sind in erster Linie der Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit verpflichtet. Bedarfsgerechtigkeit ist grundsätzlich nicht ihr Thema. Für den, der durch Vorsorge geschützt ist, soll sich das Problem der Bedarfsgerechtigkeit möglichst nicht stellen. Unter den Aufgaben des Sozialstaats erfüllt Vorsorge vor allem die der Sicherheit. Zur Gewährleistung des Existenzminimums verhält sie sich ähnlich wie zur Bedarfsgerechtigkeit: das Problem des Existenzminimums soll sich, wo Vorsorge eingreift, eben nicht mehr stellen. Aber es ist nicht das Ziel der Vorsorgesysteme, ein Existenzminimum für jedermann zu gewährleisten. Der Gleichheit dient die Vorsorge, indem sie die Chance zur Sicherheit verallgemeinert. Dagegen besagt Vorsorge für sich noch nicht, daß auch interpersoneller Ausgleich geschaffen wird. Wohlstandsteilhabende können Vorsorge erhalten, nur in Grenzen aber erweitern.

Auch soziale *Entschädigungssysteme* (Hauptbeispiel: Kriegsoferversorgung)²⁹ sind zunächst der Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit verpflichtet, indem sie den Schaden als Einbruch in einen Besitzstand und

²⁸ *Sozialversicherung* (Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung) ist externalisierende, öffentlichrechtliche (oder zumindest öffentlich regulierte, kontrollierte und garantierte) Vorsorge gegen soziale Risiken. Von diesem Grundtypus der sozialen Sicherung weichen *Institutionen analoger Funktion* auf unterschiedliche Weise ab. (1) Externalisierende öffentlichrechtliche Vorsorge durch „echte“ *Versicherung* (wie zum Teil die berufsständischen Versorgungseinrichtungen). (2) Externalisierende privatrechtliche Parallelen: *Privatversicherung, betriebliche Alterssicherung durch Pensionskassen und Direktversicherung*. (3) *Internalisierende Parallelen* können (a) öffentlich-rechtlicher Natur sein wie die *dienstrechtlichen Vorsorgesysteme* im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse von Beamten, Richtern und Soldaten. Und sie können (b) privatrechtlicher (arbeitsrechtlicher) Natur sein wie die *betriebliche Alterssicherung durch die Direktzusage des Arbeitgebers*. Beide Fälle haben gemeinsam, daß das Dienstverhältnis/Arbeitsverhältnis auch das Vorsorgeverhältnis und das Leistungsverhältnis umfaßt. Anders als bei der Sozialversicherung wird das Vorsorgeverhältnis nicht gesondert ausgewiesen. Natürlich gehören hierher auch die Möglichkeiten der Vermögensbildung (Sparen usw.).

²⁹ *Soziale Entschädigung* (Kriegsoferversorgung; Wehrdienstentschädigung usw.; Impfpförentschädigung; Entschädigung von Verbrechenopfern; „unechte“ Unfallversicherung für Polizeihelfer, Lebensretter, Zeugen usw.) ist öffentlich-rechtlicher, externalisierender Ausgleich von Schäden, für die das Gemeinwesen verantwortlich ist und die Verantwortung von Rechts wegen übernimmt. Entschädigungssysteme haben (1) internalisierende öffentlich-rechtliche Parallelen: die *Dienstunfallversorgung der Beamten, Richter und Berufssoldaten*. Und sie haben (2) internalisierende privatrechtliche Parallelen in Gestalt privatrechtlicher *Haftung*. Diese können (3) sozialrechtlich externalisiert werden. Das klassische Beispiel ist die „echte“ *Unfallversicherung* – eine „Kreuzung“ von Vorsorge- und Entschädigungssystem (kausale Vorsorge): die Verantwortung des Arbeitgebers für Betriebsunfälle wird in der umfassenderen Vorsorge für alle Betriebsunfälle aufgehoben. Die Arbeitgeber tragen deshalb auch die Beiträge.

das Opfer als Leistung zur Geltung bringen.³⁰ Unter den Aufgaben des Sozialstaats stehen ihnen sowohl Gleichheit als auch Sicherheit nahe. Wohlstandsteilhabe erhalten sie, ohne sie zu mehren. Zur Bedarfsgerechtigkeit und zur Gewährleistung des Existenzminimums verhalten sie sich analog zu den Vorsorgesystemen: sie helfen Not vermeiden, ohne direkt im Dienst ihrer Lösung zu stehen.

Situationsbezogene Systeme (s. das allgemeine Hilfs- und Förderungssystem der Sozialhilfe; die besonderen Hilfs- und Förderungssysteme wie Wohngeld, Kindergeld etc.)³¹ zielen auf Bedarfsgerechtigkeit. Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit wollen sie allenfalls durch die Erhaltung

³⁰ Der Entschädigung hat *Dürig* besondere Aufmerksamkeit gewidmet: Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems, JZ 1955, 521 ff. (zur sozialen Verallgemeinerung insbes. S. 524f.); Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, in FS für Apelt, 1958, S. 13 ff. = *Schmitt Glaeser/Häberle* (Hrsg.), *Günter Dürig*. Gesammelte Schriften 1952–1983, 1984, S. 247 ff. (zitiert nach der zuletztgenannten Stelle: insbes. S. 283 ff.). Dabei trifft *Dürig* vor allem den wesentlichen Unterschied zwischen der rechtswidrigen oder rechtmäßigen Schädigung des Bürgers im allgemeinen Staats- und Verwaltungsbetrieb auf der einen Seite und der sozialstaatlich notwendigen Übernahme von Schäden durch das Gemeinwesen auf der anderen Seite (s. insbes., *Der Staat*, aaO S. 286 f.). In Wahrheit ist es wohl so, daß es sowohl im öffentlichen als auch im privaten Recht drei Ausgangspunkte gibt: (1) Den rechtswidrig zugefügten Schaden, der durch allgemeine und umfassende Regelung dem (schuldhaften) Verursacher zugerechnet werden muß: im Privatrecht kraft Deliktshaftung; im öffentlichen Recht kraft Amtshaftungsanspruch. (2) Die Rechtfertigung – tendenziell oder potentiell – schädigenden Verhaltens durch die Koppelung der Zulassung mit Entschädigungspflichten: im Privatrecht die Verbindung riskanten Handelns mit gesteigerter Haftpflicht; im öffentlichen Recht die Verbindung von Eingriffsermächtigungen mit Entschädigungspflichten, prototypisch die Koppelung von Enteignungsermächtigung und Entschädigungsregelung durch die Junktim-Klausel (Art. 14 III 1 und 2 GG). (3) Die konstitutive Anerkennung der Verantwortung eines Dritten oder des Gemeinwesens für Schäden, die einzelne unter typischen Bedingungen erlitten haben: im Privatrecht entsprechende Haftpflichterweiterung oder Versicherungspflichten; im öffentlichen Recht „soziales Entschädigungsrecht“ im weiteren Sinn (nicht nur im versorgungsrechtlichen Sinn des § 5 SGB AT). In Wahrheit sind freilich die Übergänge fließend. S. zur Problematik *Schulin*, *Soziale Entschädigung als Teilsystem kollektiven Schadensausgleichs*, 1981.

³¹ Allgemeine Hilfs- und Förderungssysteme (Sozialhilfe) und besondere Hilfs- und Förderungssysteme (Erziehungsgeld, Kindergeld, Unterhaltsvorschuß, Ausbildungsförderung, Berufsförderung; Arbeitsvermittlung und Arbeitsförderung; Arbeitslosenhilfe; Wohngeld) sind externalisierender, öffentlich-rechtlicher Natur. Die Parallelen dazu sind auffallend schwach ausgebildet. (1) Internalisierende öffentlich-rechtliche Parallelen könnten individuelle (nicht, wie die Beihilfen, in welcher Form auch immer allgemein geregelte) Fürsorgeleistungen des Dienstherrn an Beamte, Richter und Soldaten sein. Entsprechende Fürsorgeleistungen kommen in anderen Sonderrechtsverhältnissen in Betracht. (2) Im Privatrecht kommen als (a) internalisierende Parallelen vor allem betriebliche Fürsorgeleistungen an einzelne Arbeitnehmer (Notstandsdarlehen etc.), an (b) externalisierenden Parallelen vor allem Wohlfahrtsverbände und Selbsthilfegruppen in Betracht.

und Vermittlung von Chancen ermöglichen. Unter den Aufgaben des Sozialstaates ist es vor allem die Gleichheit, der Hilfs- und Förderungssysteme nahestehen. Begrenzt können sie auf Sicherheit und Wohlstandsteilhabe zielen. Für die Gewährleistung des Existenzminimums ist vor allem das allgemeine Hilfs- und Förderungssystem der Sozialhilfe unentbehrlich.

b) Die Differenziertheit der Maximen – die Differenziertheit der Gestaltungen

Sieht man näher hin, so zeigt sich freilich, daß die Gestaltungsmaximen sozialen Rechts, die hier zugrunde gelegt werden, nur sehr globale Namen für eine sehr vielfältige Sache sind. Sozialpolitik und Sozialrecht stehen vor sehr viel differenzierteren Bedürfnissen. Projiziert man diese Beobachtungen auf die Prinzipien der Bedarfsgerechtigkeit, der Leistungsgerechtigkeit und der Besitzstandsgerechtigkeit oder auf die Prinzipien der Existenzsicherung, der Gleichheit, der Sicherheit und der Wohlstandsteilhabe, so zeigt sich, daß sie Varianten aufweisen, in denen diese Vielfalt aufgehoben werden kann.

aa) Varianten der Bedarfsgerechtigkeit und ihr Verhältnis zu den Zielen des Sozialstaats.

(1) Bedarfsgerechtigkeit kann auf *minimale (notwendige) Bedarfe* zielen. Dem entsprechen die Mindestnormen der Sozialhilfe.³² Sie realisieren die sozialstaatliche *Garantie des Existenzminimums*. Die Sicherheit, die so gewährleistet wird, ist die *Sicherheit des Notwendigen*. Die Vorstellung der *Gleichheit*, die dahintersteht, ist komplizierter: daß niemand so ungleich sein darf, daß ihm nicht wenigstens das Existenzminimum gewährt wird. Ähnlich ist das Verhältnis zum Ziel der *Wohlstandsteilhabe*: niemand darf ganz von den Lebensmöglichkeiten der Allgemeinheit ausgeschlossen werden.

(2) Bedarfsgerechtigkeit kann ferner auf *individuell (konkret) angemessene Bedarfe* zielen. Sozialhilfe geht – da sie ja mehr will als das bloße Existenzminimum³³ – grundsätzlich in diese Richtung. Das Ziel des *Existenzminimums* wird dabei nach oben relativiert. Speziellere Beispiele finden sich in der Jugendhilfe und – ein Zugeständnis der grundsätzlich generalisier-

³² S. §§ 25 II, 120 II 4 BSHG.

³³ S. § 9 SGB AT, § 12 BSHG.

renden sozialen Entschädigung an die Individualität der Betroffenheit – in der Kriegsofopferfürsorge.³⁴ Die *Gleichheit nach Maßgabe der Bedarfe* findet in diesen Fällen eine *individualisierende Ausprägung*. *Sicherheit* bedeutet, daß die *konkret bestehenden Bedarfe gedeckt* werden (Sicherheit des individuell Angemessenen). Das geschieht auf Kosten jener Sicherheit der Entscheidung (der Eindeutigkeit der Zusage und der Gewißheit ihrer Einlösung), wie sie abstrakten (typisierenden) Regelungen gemäß ist. Das ist nicht das, was man in der internationalen Tradition als „soziale Sicherheit“ versteht. In der Sache ist es gleichwohl ein wesentlicher Ausdruck von „sozialer Sicherheit“.³⁵ Wie weit Leistungsprogramme dieser Art der *Wohlstandsteilhabe* dienen, hängt sehr von ihrer konkreten Gestalt ab.

Dienstleistungsprogramme (wie z. B. die Krankenpflege der Krankenversicherung ebenso wie die entsprechenden Leistungen der Unfallversicherung, der Kriegsofopferversorgung oder der Sozialhilfe) sind ihrem Inhalt nach („der Höhe nach“) immer in diesem Sinne individuell (konkret) bedarfsorientiert.³⁶ Ihr Leistungsgrund dagegen kann konkret oder abstrakt gestaltet sein.

(3) Bedarfsgerechtigkeit kann abstrahierend auf *generell (abstrakt) angemessene* (typische, durchschnittliche) *Bedarfe* gerichtet sein. Das ist die Regel bei besonderen Hilfs- und Förderungssystemen (Kindergeld, Wohngeld, Unterhaltsvorschuß; Ausbildungsförderung, Berufsförderung; mit der bemerkenswerten Variante der Anknüpfung an die Einkommensverhältnisse auch Arbeitsförderung und Konkursausfallgeld). Die Typisierung kann sich zur Vereinheitlichung steigern (Erziehungsgeld). Zum Ziel des *Existenzminimums* haben diese Varianten ein unterschiedliches Verhältnis, je nachdem, ob sie Unterhalt oder Einkommen ersetzen (Unterhaltsvorschuß, Ausbildungsförderung, Berufsförderung, Arbeitslosenhilfe) oder ergänzen sollen (Kindergeld, Wohngeld; ambivalent wohl das Erziehungsgeld). Jedenfalls wird das angemessene Existenzminimum dabei standardisiert. Auch die *Gleichheit wird generalisiert*. Vorstellungen über allgemeine Grundrenten³⁷ gehen dabei bis zur „Gleichheit nach

³⁴ S. §§ 25 ff. BVG.

³⁵ Zur Offenheit des Ziels der „Sicherheit“ s. *F.-X. Kaufmann*, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, 2. Aufl. 1973, insbes. S. 120 ff. Zur internationalen Tradition s. *F. Schmid*, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, 1981.

³⁶ Obwohl es auch hier Unterschiede gibt. Die Krankenversicherung „normalisiert“ die Leistung innerhalb einer gewissen Bandbreite des ausreichenden, angemessenen Notwendigen usw. (s. §§ 12, 70 I, SGB V). Die Unfallversicherung dagegen verlangt Heilbehandlung „mit allen geeigneten Mitteln“ (§ 556 I RVO).

³⁷ S. zur Diskussion etwa *Biedenkopf*, Die neue Sicht der Dinge, 1985, S. 400 ff.; *Miegel/Wahl*, Gesetzliche Grundsicherung, private Vorsorge – Der Weg aus der Renten-

Köpfen“. Je weiter die Generalisierung (Abstrahierung) Leistungsgrund und Leistungsinhalt (Leistungshöhe) erfaßt, desto mehr ist die Sicherheit, die solche Leistungsprogramme gewähren, primär die *Sicherheit der Entscheidung* (Eindeutigkeit der Zusage und Gewißheit ihrer Einlösung). Ob die individuellen, konkreten Bedarfe wirklich gedeckt werden, ist dagegen nicht gesagt. Abstrahierende Regelungen gewähren typisch Richtiges auf die Gefahr hin, daß das individuell (konkret) Richtige verfehlt wird. Dieses Verfehlen kann darin liegen, daß das Richtige unterschritten, kann aber auch darin liegen, daß das Richtige überschritten wird. Der *Wohlstandsteilhaber* dienen abstrakte, typisierend-bedarfsorientierte Leistungen je nach ihrer Gestaltung, mitunter freilich auch „blind“, indem sie in Kauf nehmen, daß im Einzelfall das konkret Richtige überschritten wird.

bb) Varianten der Leistungsgerechtigkeit und ihr Verhältnis zu den Zielen des Sozialstaats

Mit dem Übergang von der Bedarfsgerechtigkeit zur Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit verändern sich die Prämissen, unter denen von Gleichheit und Sicherheit die Rede ist. Die soziale *Gleichheit* verliert die Spannweite der allgemeinen Solidarität. Sie begnügt sich – ähnlich dem Gleichheitssatz im Sinne des Art. 3 I GG – mit der Gleichbehandlung nach gleichen sachlichen Kriterien. Das ist ihr Zugeständnis an die Vorgabe der Freiheit, die ohne ein Nebeneinander von Ungleichheit und Gleichheit nicht auskommt. Wir stehen so vor einer Spaltung der sozialen Gleichheit: dem Nebeneinander der „großen“ Gleichheit aller mit allen und der „kleinen“ Gleichheit innerhalb der je engeren Regelungszusammenhänge: etwa der Gleichheit nach gleichen Beiträgen, nach gleicher Ausbildung usw. Diese hat *auch* ihren sozialen Sinn. Aber der kritische Maßstab der „großen“ Gleichheit bleibt. Die „kleine“ Gleichheit muß sich an ihr messen lassen.

Die *Sicherheit* gewinnt ein neues Ziel: die Sicherheit des Erreichten, des Erworbenen, des Lebensstandards, die Sicherheit durch Vorsorge. Das bedeutet: Sicherheit auch, ja gerade des Vorteils – und damit des Ungleichen. Die Gleichheit akzeptiert diese Ungleichheit. Das kann sie nicht unbegründet als „große“, sie kann es aber als „kleine“ Gleichheit. Die

krise, 1985; *Opielka/Zander* (Hrsg.), Freiheit von Armut, Das grüne Grundsicherungsmodell in der Diskussion, 1988; *Dahlmann/Engels/Frickhöffer/Krause/Miegel/Neumann* u. a., Die Zukunft der Alterssicherung: Grundsicherung und private Vorsorge, 1988.

Sicherheit ist die Schwester der „kleinen“ Gleichheit.³⁸ Das hat mit einem realistischen Konzept auch der „großen“ Gleichheit zu tun: mit der Ausbreitung der Chance zu mehr Sicherheit. Aber das ist dann, weil es die Sicherheit des Lebensstandards nicht anders gibt, die Sicherheit des ungleichen Lebensstandards. Sicherheit des Ungleichen ist, wie die „kleine“ Gleichheit, aber auch eine Konsequenz der Vorgabe der Freiheit: sie schreibt die durch Freiheit ungleichen Lebensverhältnisse, die in Freiheit ungleiche Vorsorgefähigkeit und Vorsorgebereitschaft in den Risikofall (der Krankheit, der Invalidität, des Alters) hinein fort.

Leistungsgerechtigkeit ist also *Gleichheit und Sicherheit nach Maßgabe der Leistung*. Welcher Leistung? Jedenfalls einer auf die Vorsorge bezogenen Leistung – einer Beitragsleistung, die sich in Versicherungsleistungen, einer Dienstleistung, die sich in Versorgungsleistungen umsetzt. Aber auch einer anderen „gleichwertigen“ Leistung. Vorsorge, Vorsorgeaufwand und vorsorgegerechte Leistungen bilden einen in sich geschlossenen Regelkreis, der verlässliche Entsprechungen erlaubt.³⁹ Alle Gleichstellung anderer Leistungen mit Vorsorgeaufwendungen erfordert zusätzliche Entscheidungen über die Gleichstellung (Anerkennung, Bewertung, Wirkung), die Unklarheit und politische Verfügbarkeit bedeuten. Leistungsgerechtigkeit zielt somit im Kern auf *Sicherheit durch Vorsorge und nach Maßgabe der Vorsorge*. Zum Problem des *Existenzminimums* hat Vorsorge nach Maßgabe der Leistung kein direktes Verhältnis. Natürlich: die leistungsgerechte Vorsorge soll das Problem, daß das Existenzminimum gefährdet ist, erst gar nicht entstehen lassen. Aber wo Leistung keine oder nur eine unzulängliche Alterssicherung erbringt, bleibt das Problem der Sicherung des Existenzminimums daneben bestehen. Das Verhältnis

³⁸ Das ist ein Grundgesetz vor allem der Sozialversicherung. Da sie von gleichartiger Vorsorgefähigkeit und -bedürftigkeit ausgeht (und ausgehen muß) ist sie von vornherein auf Gruppen hin (selektionistisch) angelegt. Damit dominiert der „Binnenvergleich“ unter den jeweils Versicherten (etwa der allgemeinen Rentenversicherung, der knappschaftlichen Rentenversicherung, der landwirtschaftlichen Alterssicherung, der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst, der berufsständischen Versorgungswerke usw.), während die allgemeineren Vergleichsbezüge zwischen (1) den Vor- und Nachteilen der verschiedenen Versicherungszweige für die in ihnen Versicherten und (2) den Vor- und Nachteilen, welche die haben, die von diesen Zweigen nicht erfaßt sind, kaum mehr begriffen werden können.

³⁹ Das gilt in erster Linie für die „echte“ Versicherung. Die Sozialversicherung ist schon Varianten ausgesetzt. S. dazu etwa statt Älterer *Baumann*, Abgrenzung von Sozialversicherung und Privatversicherung in der sozialen Marktwirtschaft, in Festgabe für Ulrich von Lübtow, 1980, S. 667 ff.; *Schmäbl* (Hrsg.), Versicherungsprinzip und soziale Sicherung, 1985; *Zacher*, Artikel „Sozialversicherung, Soziale Sicherheit“, in: Handwörterbuch der Versicherung, 1988, S. 795 ff. (insbes. S. 801 f., 803 f.). Weitere Nachweise s. dort.

leistungsgerechter Vorsorge zur *Wohlstandsteilhabe* ist differenziert. Wo soziale Sicherung auf Vorsorgeaufwand aufbaut, vertieft, „verlängert“ sie den Stand der Wohlstandsteilhabe in die Leistungsphase hinein. Wo die Leistungsgerechtigkeit auch andere Leistungen als Vorsorgeaufwendungen meint, kann leistungsgerechte Vorsorge auch eine Mehrung von Wohlstandsteilhabe bedeuten.

(1) Leistungsgerechte Sicherung meint als *Leistung* jedenfalls also den *Vorsorgeaufwand* (insbesondere also Beitrag). Dem entsprechen *Gleichheit und Sicherheit nach Maßgabe der Vorsorge*. Sparen, Vermögensbildung, Versicherung, wesentlich auch Sozialversicherung sind die Beispiele.

Entsprechen Vorsorgeaufwand und Vorsorge dem Einkommen, so kommt das Ziel der *Sicherung eines einkommensgerechten Lebensstandards* in Sicht.⁴⁰ *Gleichheit und Sicherheit* bestehen dann nach Maßgabe einkommensgerechter Vorsorge.

(2) Soziale Sicherung kann aber auch *Arbeit (Dienste)* als Leistung anerkennen. Beispiele finden sich sowohl in der Beamten-, Richter- und Soldatenversorgung als auch in der betrieblichen Alterssicherung.⁴¹ Der Gedanke ist der, daß die soziale Sicherung einen Bestandteil des Entgelts für die Arbeits-/Dienstleistung darstellt und sich das Arbeits-/Dienstverhältnis in den Risikofall hinein erstreckt. Leistungsgerechte soziale Sicherung dieser Art bedeutet *Gleichheit nach Maßgabe der Arbeit/der Dienste und des arbeits-/dienstgerechten Einkommens*. Und sie bedeutet *Sicherheit des entsprechenden Lebensstandards*.

(ad 1/2) In beiden Fällen schreibt leistungsgerechte soziale Sicherung grundsätzlich die individuelle Position der *Wohlstandsteilhabe* in den Risikofall hinein fort.

(3) Einen wesentlichen Schritt weiter geht die Leistungsgerechtigkeit, wenn sie, wie das in der Sozialversicherung oft und in vielfältiger Ausprägung vorkommt, *Lebensleistungen* einbezieht, *die sich weder in Vorsorgeaufwendungen noch in Einkommen niederschlagen*: private, jedoch gesellschaftlich anerkannte Leistungen (wie lange Ausbildung,⁴² Kindererziehung⁴³ etc.;

⁴⁰ Das Verhältnis zwischen Einkommen, Lebensstandard, Vorsorgeaufwand und Vorsorgewirkung (Sicherungsziel) ist höchst kompliziert. Man denke etwa an die Problematik der Unterschiede zwischen Brutto-Einkommen und Netto-Einkommen (unterschiedliche Steuer- und Beitragsbelastung des aktiven Einkommens und des Sozialeinkommens). Das kann hier nicht vertieft werden.

⁴¹ Der Unterschied, daß die Beamten-, Richter- und Soldatenversorgung eine Vollsicherung ist, während die betriebliche Alterssicherung nur zur allgemeinen Rentenversicherung hinzutritt, sei damit nicht vernachlässigt.

⁴² S. z. B. § 1259 I Nr. 4 RVO.

⁴³ S. sowohl § 1251 a als auch §§ 1227 a, 1385 VI RVO, s. aber auch §§ 62 ff. ArVNG.

oder Lasten im Interesse des Gemeinwohls wie Militärdienst).⁴⁴ Noch weiter vom realen Ansatz der Vorsorgeaufwendungen oder des Einkommens entfernt sich Leistungsgerechtigkeit dann, wenn sie *Vorsorgeleistungen unterstellt oder substituiert*, wo sie aus persönlichen (Krankheit)⁴⁵ oder gesellschaftlichen (Arbeitslosigkeit)⁴⁶ Gründen nicht erbracht werden konnten. Die Ausfallzeiten der Rentenversicherung bieten Beispiele dafür.

Die *Gleichheit* wird dabei nach Maßgabe der gesellschaftlich wertvollen *Lebensleistung* verwirklicht oder als *Ausgleich von sozialen Nachteilen* verstanden. Das muß nach zwei Seiten gerechtfertigt werden: positiv gegenüber denen, die „echte“ Vorsorgeleistungen (insbesondere Beiträge) erbracht haben; negativ gegenüber denen, die trotz ähnlicher Leistungen nicht gleichgestellt werden. *Sicherheit* wird in der Weise bewirkt, in der die *Rechtsordnung* diese Leistungen gleichstellt. Es soll eine Sicherheit hergestellt werden, die – mehr oder weniger – der entspricht, die ohne Opfer erreicht worden wäre, wenn anstelle der gesellschaftlich wertvollen, jedoch nicht zur Vorsorge befähigenden eine zur Vorsorge befähigende Leistung erbracht worden wäre, bzw. die Sicherheit, die erreicht worden wäre, wenn der soziale Nachteil nicht dazwischen getreten wäre. Der Spielraum, den das Recht hinsichtlich des Ob und des Wie der Gleichstellung hat, mag dabei auf den Grad dieser Sicherheit zurückwirken. Die Gleichstellung von gesellschaftlich wertvollen Leistungen mit Vorsorgeleistungen will die *Wohlstandsteilhabe im Risikofall über das Maß hinaus steigern*, das sich bei einer der Vorsorgefähigkeit entsprechenden Vorsorge sonst ergeben würde. Auch haben sie die Tendenz, der Unzulänglichkeit der sozialen Sicherung entgegenzuwirken, die sich aus einer Beschränkung der Sicherungsbasis auf erwerbswirtschaftliche Leistungen ergäbe. Sie haben damit eine Affinität auch zur Gewährleistung des *Existenzminimums*.

(4) *Opfer als Leistung* anzuerkennen, ist eine elementare Rechtfertigung der *Entschädigungssysteme*, wenn – wie in der Kriegsopferversorgung, der Wehrpflichtigenversorgung, analog auch bei der Dienstunfallversorgung der Beamten, Richter und Berufssoldaten, aber auch bei Impfschäden – die Unterwerfung unter öffentliche Pflichten zu Schäden geführt hat. Entschädigung dient der *Gleichheit* in Gestalt der Lasten- und Opfergleichheit. Sie bedeutet *Sicherheit* gegen die Minderung der Lebensverhältnisse, in die der Schaden eingebrochen ist. Sie will die *Wohlstandsteilhabe*, die ohne den Schaden gegeben wäre, mehr oder minder erhalten und vermeiden, daß der Geschädigte im *Existenzminimum* bedroht ist.

⁴⁴ S. § 1251 I Nr. 1 RVO.

⁴⁵ S. § 1259 I Nr. 1 RVO.

⁴⁶ S. §§ 1259 I Nr. 3 und Nr. 3a, 1385a RVO.

cc) *Varianten der Besitzstandsgerechtigkeit und ihr Verhältnis zu den Zielen des Sozialstaats*

Besitzstandsgerechtigkeit scheint auf den ersten Blick ein Fremdkörper im „Sozialen“ zu sein. In Wahrheit aber ist sie gerade als „soziale Gerechtigkeit“ selbstverständlich. Wie hätte sonst die Forderung allgemein Anerkennung gefunden, daß soziale Sicherung den erreichten Lebensstandard schützen soll? Auch die „kleine“ Gleichheit hat keine Schwierigkeiten, den *Besitzstand* – allgemeiner: die Dinge so, wie sie sind, – als einen ersten *Ansatz, um Gleiches von Ungleichem zu unterscheiden*, anzuerkennen. Die „große“ Gleichheit freilich verlangt die Korrektur der so gegebenen Verteilung. Besitzstandsgerechtigkeit zielt auf die „natürlichste“ aller Sicherheiten: die *Sicherheit nach Maßgabe des Vorhandenen, des Erworbenen, des Ersparten*. Noch deutlicher als leistungsgerechter Vorsorge fehlt der besitzstandsgerechten Vorsorge ein direktes Verhältnis zur sozialstaatlichen Garantie des *Existenzminimums*. Besitzstandsgerechte soziale Sicherung soll dieses Problem erübrigen. Wo das nicht geschieht, überläßt sie die Lücken der leistungsgerechten, letztlich der bedarfsgerechten, sozialen Sicherung. Eindeutig ist das Verhältnis zum sozialstaatlichen Ziel der *Wohlstandsteilhabe*. Besitzstandsgerechte soziale Sicherung schreibt die individuell erreichte Wohlstandsteilhabe in die Risikophase hinein fort.

(1) Der einfachste Fall der Besitzstandsgerechtigkeit ist der *Besitzstand des Vermögens* (des Ersparten, Erworbenen), das hier freilich nur interessieren kann, soweit es Instrument der Vorsorge ist. In kollektive, *gesellschaftliche Bezüge* tritt Besitzstandsgerechtigkeit ein, *wenn Institutionen der Vorsorge* (Versicherung, Sozialversicherung, betriebliche Alterssicherung) *Besitzstände eröffnen*. Dem entsprechen *Gleichheit nach Maßgabe der Vorsorge und Sicherheit nach Maßgabe der Vorsorge*.

(2) Besitzstandsgerechtigkeit meint aber auch *etwas grundlegend anderes: den Schutz des Lebensstandards*. *Gleichheit wird hier nach Maßgabe des Lebensstandards realisiert und die Sicherheit ist die Sicherheit des Lebensstandards*. Individualisierende Vorsorge (Versicherung, Sozialversicherung, betriebliche Alterssicherung, Beamtenversorgung) hat in der Regel dieses Ziel.

(3) Besitzstandsgerechtigkeit ist schließlich auch eine Rechtfertigung sozialer *Entschädigung*. Sie kompensiert die Minderung dessen, was ohne den Schaden wäre. Ihre *Gleichheit* ist auch insofern *Opfer- und Lastgleichheit*, ihre *Sicherheit* ist *Sicherheit, dessen, was ist oder ohne den Schaden sich entwickeln würde*.

4. Die Last der institutionellen Integration und Bündelung

Alle diese Ansätze haben eigene Konsequenzen für ihre institutionelle Realisation: für die Bestimmung des Personenkreises⁴⁷ und der Leistungen,⁴⁸ für die Finanzierung⁴⁹ und für die Organisation.⁵⁰ Das kann leicht an „reinen“ Grundtypen verdeutlicht werden:

- Bedarfsgerechtigkeit realisiert sich prototypisch in *situationsbezogenen Hilfs- und Förderungssystemen*, die „universalistisch“ an jedermann leisten, bei dem eine gewisse Bedarfssituation gegeben ist. Tatbestand und Leistung werden von allgemeinen Maßstäben her gemessen, mit denen die individuelle Situation in Vergleich gebracht wird.⁵¹ Die Finanzierung erfolgt aus allgemeinen Steuer- (Haushalts-)mitteln. Die Verwaltung liegt beim Staat oder bei allgemeinen Gebietskörperschaften.
- Am Vorsorgeaufwand orientierte Leistungsgerechtigkeit und Besitzstandsgerechtigkeit treffen sich im Prototyp der *Versicherung*, die „selek-

⁴⁷ S. dazu *Böckenförde*, Diskussionsbeitrag zu „Die Grundrechte im Leistungsstaat“, VVDStRL. Bd. 30 (1972), 162 ff. (insbes. 167); *Friauf*, Öffentliche Sonderlasten und Gleichheit der Staatsbürger, in: FS für Hermann Jahrreiß, 1974, S. 45 ff., insbes. S. 50; *Isensee*, Rechtswissenschaftliche Untersuchung, in: *Zacher* (Hrsg.), Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung, 1980, S. 461 ff., insbes. S. 484 f.; BVerfGE 44, 70, 90.

⁴⁸ Die allgemeinen Lehren über den Zusammenhang zwischen den Leistungen und den anderen Systemelementen sind wenig entwickelt. Auf der einen Seite werden zwar die Spielräume untersucht, in denen die Sozialversicherung vom Äquivalenzprinzip der Privatversicherung abweichen darf. S. BVerfGE 53, 313, 328; 75, 108, 157; *Bley* (Fn. 3), S. 112 f.; aus dem ökonomischen Schrifttum s. z. B. *Neubauer*, Was ist das „Soziale“ an „sozialen Leistungen“?, in: FS für Helmut Meinhold, 1980, S. 95 ff., insbes. S. 101; *Rolf* u. a. (Hrsg.), Sozialvertrag und Sicherung – Zur ökonomischen Theorie staatlicher Versicherungs- und Umverteilungssysteme, 1987. Die ganz andere Frage, wie die Leistungen bei situationsbezogenen Systemen gestaltet werden dürfen, ist dagegen kaum erörtert. Ihre Finanzierung aus allgemeinen Steuermitteln und ihre universalistische Abgrenzung des Personenkreises erlaubt nur die Zumessung der Leistungen nach allgemeinen, von außen herangetragenen Maßstäben (mit denen die individuelle Situation in Vergleich zu setzen ist).

⁴⁹ Zur Finanzierung s. grundsätzlich *Zacher* (Hrsg.), Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung, 1980; *Wegemann*, Transfervverfassungsrechtliche Probleme der Sozialversicherung, 1987. Zur Finanzierung der Sozialversicherung s. neuerdings auch BVerfGE 75, 108.

⁵⁰ Die Lehre von der konsequenten Organisation von Sozialleistungssystemen ist ebenfalls kaum diskutiert. S. etwa *H. Bogr*, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, 1973, S. 31 ff.; *Schnapp*, Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, in FS Georg Christoph von Unruh, 1983, S. 881 ff.

⁵¹ Zu dieser „Veröffentlichungs“-Wirkung steuerfinanzierter, situationsbezogener Systeme s. *Hobmann-Dennhardt*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1. Jh. (1947), 112 ff.; *Zacher*, Ehe und Familie (Fn. 21), S. 972 f. Die besondere Rechtfertigung für die individuelle Lohnbezogenheit der Einkommensersatzleistungen der steuerfinanzierten Arbeitslosenhilfe wäre zu diskutieren.

tionistisch“ die schützt, die unter gleichen Bedingungen der Vorsorgebedürftigkeit und -fähigkeit, eventuell⁵² auch der Vorsorgewilligkeit vorgesorgt haben. Die Leistungen richten sich nach der Vorsorge. Die Finanzierung erfolgt durch Beiträge. Die Verwaltung liegt bei spezifischen Trägern.

- Gegenüber Schäden, die in der Verantwortung des Gemeinwesens liegen, realisiert sich Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit prototypisch durch *Entschädigungssysteme*. Die Leistungen werden „universalistisch“ jedem gewährt, der geschädigt wurde. Sie bestimmen sich – nach Maßgabe der rechtlichen Ordnung, durch die das Gemeinwesen die Verantwortung übernommen hat, – nach dem Schaden.⁵³ Finanziert wird aus allgemeinen Haushaltsmitteln des Gemeinwesens. Dieses verwaltet auch.

Diese Grundtypen reichen jedoch nicht aus, um der Vielfalt der Zwecke zu genügen, die verwirklicht werden sollen. So kommt es zu *Vermischungen*. Die bedeutsamste ist die *Sozialversicherung*,⁵⁴ die – obwohl von einer am Vorsorgeaufwand orientierten Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit ausgehend – auch der Bedarfsgerechtigkeit dient: sei es durch soziale Umverteilung, sei es durch die Gewährleistung von Dienst- und Sachleistungen.⁵⁵ Zugleich ist sie in den Dienst jener Leistungsgerechtigkeit gestellt, die nicht an Vorsorgeaufwand und Einkommen, sondern an andere Lebensleistungen und soziale Nachteile anknüpft.⁵⁶ Das führt vor allem zu Problemen der Finanzierung.⁵⁷ Es muß aber auch die Frage

⁵² In den Fällen freiwilliger Versicherung oder freiwilliger Bestimmung der Höhe einer Sicherung.

⁵³ S. noch einmal Fn. 30.

⁵⁴ S. Fn. 39, 48. Ergänzend s. auch *Wertenbruch*, Sozialversicherung?, in: Im Dienst des Sozialrechts, FS für Georg Wannagat, 1981, S. 687 ff.; *Bley* (Fn. 3), S. 34 ff.

⁵⁵ Daß die Beiträge in der Krankenversicherung und in der Rentenversicherung gleichermaßen am Einkommen der Versicherten orientiert sind, während nur die Rentenversicherung einkommensproportional sichert, die Krankenversicherung aber gespalten ist – in die einkommensproportionale Sicherung des Krankengeldes und in die – sehr viel bedeutsamere – nichteinkommensproportionale Absicherung des Dienst- und Sachleistungsbedarfes –, bedürfte dringend genauerer Wertung. Die Beitragserhebung der Krankenversicherung müßte entweder am Risiko orientiert sein (primär also im Sinne einer Kopfquote für jeden Versicherten) oder an der Leistungsfähigkeit (die dann aber nicht an einer Beitragsbemessungsgrenze enden dürfte, sondern grundsätzlich im Unendlichen verlaufen müßte).

⁵⁶ S. noch einmal Fn. 42–46.

⁵⁷ Die komplexe Problematik der Finanzierung der Sozialversicherung entzieht sich jeder kurzen Skizze. Ganz generell kann hier nur gesagt werden: Die „Fremdaufgaben“ der Sozialversicherung (*Kranse*, Fremdlasten der Sozialversicherung, VSSR 1980, 115 ff.; *Kolb*, Möglichkeiten zukünftiger Alterssicherung durch die gesetzliche Renten-

auslösen, wie die Anerkennung „sonstiger Lebensleistungen“ dann erfolgt, wenn der Zugang zu einer Solidargemeinschaft der Sozialversicherung fehlt. Ein anderes Beispiel der Vermischung ist die *Arbeitsförderung*. Während für die Arbeitslosenversicherung Personenkreis und Finanzierung konsequent im Sinne vorsorgebezogener Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit geregelt ist, gehen im übrigen der Kreis der Leistungsdestinatäre, der Inhalt der Leistungen und die Finanzierung, teils aus Beiträgen, teils auch aus Steuermitteln, in nicht immer einleuchtender Weise auseinander.⁵⁸

Das können hier nur Beispiele sein. Aber sie machen ein wichtiges Spannungsverhältnis deutlich. Einerseits ist die Vermutung gerechtfertigt, daß die Beschränkung der Sozialpolitik und des Sozialrechts auf in sich konsequente, „reine“ Grundtypen unrealistisch wäre. Sie würde – das kann hier nicht ausgebreitet werden – zu sozialpolitischen Defiziten führen. Andererseits läuft auch und gerade der Pragmatismus der Mischlösungen die Gefahr ungleichgewichtiger Verfolgung der Ziele des Sozialstaats.

IV. Die Maßgabe der Verfassung

Die Frage, welche Typenvielfalt angestrebt und welche Typenmischung verhindert werden soll, kann nicht allein vom Sozialstaatsprinzip her beantwortet werden. Es wäre damit sowohl hinsichtlich seiner Bestimmtheit als auch hinsichtlich seiner Geltungskraft überfordert. Die Frage muß von der „sonstigen“ Verfassung her gestellt werden. Wie – das kann hier nur angedeutet werden.

Eine wichtige Rolle müssen die *Freiheitsrechte* einnehmen.⁵⁹ Sie verlangen nach einer Möglichkeit, Eigenes zu erwerben, zu haben und zu verbrauchen. Und das Grundrecht des Eigentums hat das zu schützen.⁶⁰

versicherung, DRV 1985, 494 ff., insbes. 498 ff.) scheinen auf die Notwendigkeit einer Ergänzung aus allgemeinen Steuermitteln hinzudeuten. Die Ergänzungsfinanzierung aus allgemeinen Steuermitteln (insbes. der Bundeszuschuß zur Rentenversicherung) ist jedoch im Hinblick auf den „selektionistischen“ Ansatz der besonderen Solidargemeinschaft mehr als problematisch. Insbesondere der derzeit geforderte Ausgleich der Generationenproblematik der Rentenversicherung aus allgemeinen Steuermitteln scheint a priori ein Verstoß gegen die soziale Gleichheit zu sein.

⁵⁸ S. dazu etwa *Franke*, Die Bundesanstalt für Arbeit im System der sozialen Sicherung, 1985; BVerfGE 53, 313, 323.

⁵⁹ S. noch einmal oben zu Fn. 14–16.

⁶⁰ S. dazu grundlegend *Dürig*, Der Staat (Fn. 30), S. 278. Zur weiteren Entwicklung s. *Papier* (Fn. 7), S. 126 ff.; *Stober*, Eigentumsschutz im Sozialrecht, SGB 1989, 53 ff.; weitere Nachweise s. dort.

Aber jenseits der Leistungsgerechtigkeit gegenüber dem Vorsorgeaufwand und der Besitzstandsgerechtigkeit gegenüber dem Erworbenen, muß Art. 14 GG versagen.⁶¹ Vom Sozialstaat her gesehen heißt das: so notwendig es ist, daß Sozialleistungssysteme der Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit auf eine Weise dienen, die mit dem Sinn des Art. 14 GG korrespondiert, so wenig darf jene Leistungsgerechtigkeit, die damit nichts zu tun hat, so wenig darf vor allem Bedarfsgerechtigkeit vernachlässigt werden.⁶² Für das Sozialrecht ist es deshalb wichtiger, auf die Gesamtheit der Freiheitsrechte zu sehen.⁶³ Sie verlangen nach einem Gleichgewicht zwischen den Sozialleistungssystemen, die – wie Vorsorge- und Entschädigungssysteme – individuelle Lebensverhältnisse aufnehmen, und solchen, die – wie Hilfs- und Förderungssysteme – von allgemeinen Maßstäben her zuteilen. Das gilt gerade auch für die Familie, der nicht nur als einer Bedarfsgemeinschaft von Allgemeinen her zugeteilt werden darf, die vielmehr auch als individuelle Vorsorgegemeinschaft Ausdruck finden muß.⁶⁴ Freiheit verlangt aber auch nach einer sachgerechten Wahl zwischen abstrakter Zusage und konkreter Bewilligung von Leistungen.⁶⁵ Diese ist notwendig, damit das konkret Richtige nicht verfehlt wird. Jene aber gibt der Freiheit, vor allem dem Planen des Handelns und des Lebens den größeren Spielraum und der Privatheit größeren Schutz.

Eine nicht minder wichtige Rolle müssen die *Gleichheitssätze* spielen.⁶⁶ Das Feld freilich ist in höchstem Maße komplex. Schwierig ist zunächst das Gegenüber zwischen der „sozialen Gerechtigkeit“, die das Sozialstaatsprinzip fordert, und der Gleichheit des Gleichheitssatzes (Art. 3 I

⁶¹ S. schon *Dürig*, *Der Staat* (Fn. 30), S. 287 f. und passim.

⁶² Der besondere verfassungsrechtliche Schutz der „eigentumsfähigen“ Systeme kann allzu leicht zu einem Ungleichgewicht in der Gesamtheit der Sozialleistungssysteme führen.

⁶³ S. dazu *Zacher*, *Sozialpolitik und Verfassung* (Fn. 7), S. 935 ff., 1017 ff.; *Zacher/Peltner*, *Der Verfassungssatz von der Menschenwürde und die nichtwirtschaftlichen Freiheitsrechte*, in: *Sozialrechtsprechung. Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat. FS zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts*, 1979, S. 695 ff. Weitere Nachweise s. dort.

⁶⁴ S. noch einmal Fn. 21.

⁶⁵ Anders ausgedrückt: Sicherheit des konkret Notwendigen bei Unsicherheit der konkreten Entscheidung einerseits und Sicherheit von Zusage und Entscheidung unter der Gefahr, daß das konkret Notwendige/Angemessene verfehlt wird, andererseits.

⁶⁶ *Rüfner*, *Der Gleichheitssatz im Sozialrecht und die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung*, SGB 1984, 147; *Bieback*, *Gleichbehandlungsgrundsatz und Sozialrecht*, SGB 1989, 46 ff. Weitere Nachweise s. dort.

GG).⁶⁷ Über nichts anderes so sehr wie über den Wertungs- und Abwägungsprozeß des Gleichheitssatzes wird das soziale Programm der Verfassung zum effektiven Verfassungsrecht. Aber das gilt für das ganze soziale Programm der Verfassung: nicht nur für die Bedarfsgerechtigkeit, sondern auch für die Leistungsgerechtigkeit und die Besitzstandsgerechtigkeit; nicht nur für die Leistungsgerechtigkeit, die auf einen Beitrag aufbaut, sondern auch für die Leistungsgerechtigkeit, die an unentgeltliche Arbeit, an Opfer und Nachteile anknüpft; nicht nur für die „große“ Gleichheit, sondern auch für die Sicherheit und die ihr verschwisterte „kleine“ Gleichheit; für die Gleichheit im Typischen ebenso wie für die Gleichheit in der ganz konkreten Situation. Und der Gleichheitssatz hat noch mehr zu leisten als eben das soziale Programm der Verfassung umzusetzen.⁶⁸ Die Sachstrukturen des Sozialrechts so aufzubereiten, daß die Vergleichspaare richtig gebildet und bewertet werden, daß auch die Räume der Systemgerechtigkeit⁶⁹ richtig erstreckt werden können, ist leider eine Aufgabe, die noch nicht hinreichend in Angriff genommen ist.⁷⁰ Aber die Begegnung des Gleichheitssatzes mit dem Sozialrecht muß, je länger je mehr, Direktiven dafür geben, wohin – zu welchen Entsprechungen von Zielen und Zwecken, Solidargemeinschaften, Leistungsbemessung, Finanzierung und Organisation – die institutionelle Integration der sozialen Zwecke führen soll und darf, wohin dagegen sie sich nicht verirren sollte.⁷¹ Dann aber sind erst noch die besonderen Gleichheitssätze⁷² zu bedenken.

Schließlich muß das *Rechtsstaatsprinzip* dem Sozialrecht wesentlich

⁶⁷ S. Rüsner, aaO S. 148 f. m. w. Nachw. Zur späteren Diskussion und Rechtsprechung s. etwa Robbers, Der Gleichheitssatz, DÖV 1988, 749 ff., 756 f.; Bieback, aaO; je mit weiteren Nachweisen. S. dazu auch Zippelius, „Der Gleichheitssatz“, VVDStRL. Bd. 47 (1989), 7 ff. (insbes. S. 29) sowie G. Müller, ebd., 37 ff. (insbes. S. 45 f., 53 f.).

⁶⁸ S. noch einmal Fn. 66, 67.

⁶⁹ S. dazu Dürig, in: Mannz/Dürig, Art. 3 I Rdnr. 311, 313a, 326. – Zur neueren Entwicklung s. Papier (Fn. 7), S. 147 ff. m. w. Nachw.; differenziert zum Sozialrecht: Bieback (Fn. 66), insbes. S. 49 ff.

⁷⁰ Einer hinreichenden Durchdringung der Binnensystematik des Sozialrechts kommt dafür grundlegende Bedeutung zu. S. dazu Bley (Fn. 3, S. 7 ff. und seine Nachw.). Daher kann etwa von Maydell (Einführung, in: von Maydell/Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 1988, S. 47 ff., 52) nicht zugestimmt werden, wenn er meint, die Einteilung in Sozialversicherung, Versorgung und Fürsorge könne beibehalten werden, auch wenn man sich „damit abfinden muß, daß es einige zusätzliche Systeme gibt, die neben diesen drei Bereichen des Sozialrechts existieren“.

⁷¹ S. noch einmal Fn. 47–50.

⁷² S. Rüsner (Fn. 66), S. 148; Papier (Fn. 7), S. 145 f.; je m. w. Nachw.

Gestalt geben.⁷³ Vor allem Rechtssicherheit und Vertrauensschutz⁷⁴ stellen Forderungen. Soziale Sicherheit ist immer auch Rechtssicherheit.⁷⁵ Freilich nicht nur in der Sicherheit abstrakter Zusage. Auch die Gewähr des individuell Richtigen durch konkrete Entscheidung kann und muß Rechtssicherheit verwirklichen. Eine zentrale Kategorie des Sozialrechts ist die Zeit.⁷⁶ Das gilt mit dem größten Gewicht für die Vorsorgesysteme, in denen Vorsorgeschichte und Leistungsgeschichte ineinander übergehen und ein ganzes Leben begleiten können.⁷⁷ Hier ist Verlässlichkeit und Konsequenz über die Zeit hin entscheidend. Aber auch die situationsbezogenen Systeme haben ihre Zeithorizonte, in denen sie Erwartungen auslösen und Lebensplanung gewährleisten sollen. Stetigkeit und Wandel im Zeitverlauf zu bewältigen, ist ein Problem der Freiheit, die Perspektiven voraussetzt. Es ist auch ein Problem der Gleichheit,⁷⁸ die gerade auch über die Zeit hin vergleichen muß. Am Unmittelbarsten aber ist es ein Problem der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes.

Nach vier Jahrzehnten ist, wie der Titel dieser Festschrift meint, das Grundgesetz akzeptiert. Wie Sozialrecht und Grundgesetz sich entsprechen, ist immer noch eine Aufgabe.

⁷³ S. *Scholler*, Rechtsstaatsprinzip, Demokratie und bundesstaatliche Ordnung, in: Sozialrechtsprechung, Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat. FS zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 1979, S. 733 ff. m. w. Nachweisen. Zum älteren Diskussionsstand s. *Zacher*, Sozialpolitik und Verfassung (Fn. 7), S. 396 ff.; s. a. *Zacher*, Das soziale Staatsziel (Fn. 7), S. 1101 ff. m. w. Nachw.

⁷⁴ S. *Papier* (Fn. 7), S. 147 f. m. w. Nachw.

⁷⁵ S. *Dürig* in: *Maunz/Dürig*, Art. 3 I Rdnr. 326.

⁷⁶ S. *Dürig*, Zeit und Rechtsgleichheit, in: *Gernhuber* (Hrsg.), FS gewidmet der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500jährigen Bestehen 1977, S. 21 ff. = *Schmitt Glaeser/Häberle* (Hrsg.) (Fn. 30), S. 292 ff.

⁷⁷ S. *Rische/Terwey*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Gestaltung des Rechts der gesetzlichen Rentenversicherung, Deutsche Rentenversicherung, 1983, S. 273 ff., insbes. S. 285 f. m. w. Nachw.

⁷⁸ S. noch einmal *Dürig* (Fn. 75) und seine Nachweise.