

---

RECHTSSTAATLICHKEIT UND SOZIALSTAATLICHKEIT

Author(s): Dieter Suhr

Source: *Der Staat*, 1970, Vol. 9, No. 1 (1970), pp. 67-93

Published by: Duncker & Humblot GmbH

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/43640033>

---

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact [support@jstor.org](mailto:support@jstor.org).

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Der Staat*

JSTOR

## BERICHTE UND KRITIK

### RECHTSSTAATLICHKEIT UND SOZIALSTAATLICHKEIT\*

Von Dieter Suhr, Berlin

#### I.

Als der Herrgott es Mephisto überlassen hatte, Faust auf seinem Wege sacht zu führen, wandte er sich an die echten Göttersöhne und ermunterte sie, sich an der lebendig reichen Schöne zu erfreuen: „Und was in schwan-kender Erscheinung schwebt, / Befestiget mit dauernden Gedanken!“ — In schwebender Erscheinung hat der Grundgesetzgeber den sozialen Staat gelassen. So wird der Staatsrechtler ständig in Versuchung geführt, sich vom Werdenden, das ewig wirkt und lebt, umfassen zu lassen und, im heimlichen Hochgefühl der Teilhabe an verfassungsformender Gewalt, zum konstitutionellen Göttersohn sich aufzuschwingen. Widersteht er aber und hält sich streng an die rechtsstaatlichen Strukturen der Verfassung, trifft ihn der Vorwurf, sich dem richtigen Verständnis des Grundgesetzes zu verschließen<sup>1</sup>. Zwischen verfassungsrechtlicher Anmaßung und verfassungsrechtlichem Ungehorsam führt der schmale Pfad hindurch zum Begriff des sozialen Rechtsstaats. —

Der soziale Rechtsstaat wartet nach wie vor auf die monographische Behandlung großen Stils, so daß man gern den Sammelband zur Hand nimmt, den Ernst *Forsthoff* in der Reihe „Wege der Forschung“ herausgegeben hat<sup>2</sup>. Die Auswahl der Beiträge ist sicher nicht leicht gefallen. Nur wenige Arbeiten haben den Doppelbegriff vom sozialen Rechtsstaat ausdrücklich zum Gegenstand. Die Reihe der Untersuchungen aber, deren Thematik in den Bereich des sozialen Rechtsstaates hineinfällt oder sich damit überschneidet, erforderte eine eigene ausführliche Bibliographie<sup>3</sup>.

---

\* Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays. Hrsg. von Ernst *Forsthoff*. Wege der Forschung, Band CXVIII. Darmstadt 1968, Wissenschaftliche Buchgesellschaft. 618 S. DM 49,—. — Zahlen im folgenden Text beziehen sich auf die Seiten dieses Bandes.

<sup>1</sup> Vgl. *Scheuner* (465) gegenüber *Forsthoff*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für C. Schmitt (1959), S. 61.

<sup>2</sup> Bedauerlicherweise sind die Seitenzahlen der Originalfundstellen im Text nicht kenntlich gemacht. Auf diese drucktechnische Kleinigkeit sollte in wissenschaftlichen Sammelbänden nicht verzichtet werden.

<sup>3</sup> Schrifttumszusammenstellungen findet der Leser bei Werner *Weber* (529) und in: Verfassungsrechtliche Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat 4 [1965], S. 419). Zur Rechtsprechung außer Alfred *Hueck* (411—430):

Wenn daher in den Band nicht nur Arbeiten aufgenommen worden sind, die, wie es im Vorwort des Herausgebers heißt, das Gesamtthema Rechtsstaat und Sozialstaat behandeln, sondern auch solche, deren Gegenstände unter dem Gesamtthema „nur“ zu berücksichtigen sind, besteht kein Anlaß zur Kritik. Wohl aber zeigt schon diese Auswahl an, daß die Fragen um den sozialen Rechtsstaat wie sonst nur noch die Fragen um die Grundrechte in so gut wie alle Rechtsgebiete hineinreichen, und zwar nicht zuletzt in das der Grundrechte — ohne daß freilich über Ausmaß und Tiefenwirkung dieser Bezüge auch nur annähernd Einigkeit besteht. Das erklärt, warum die umfassende monographische Untersuchung noch fehlt, erhellt aber zugleich, daß sich das Thema nur mit monographischem und interdisziplinärem Aufwand (innerhalb der Rechtswissenschaft und im Verhältnis wenigstens zur Soziologie und Sozialgeschichte) mit Aussicht auf einigermaßen zufriedenstellende Antworten bewältigen läßt.

Anthologien nutzen weniger den Meistern ihres Fachs, die das wissenschaftliche Schicksal des Gegenstandes miterlebt oder mitbestimmt haben, als vielmehr den Wißbegierigen, die sich den Überblick erst erarbeiten wollen. Für diese empfiehlt es sich m. E. nicht, der historischen Anordnung der Beiträge zu folgen, sondern an Hand der konzentrierten ideen- und gesellschaftsgeschichtlichen Partien in den Arbeiten von *Menger*<sup>4</sup> und *Scheuner*<sup>5</sup> sich zunächst einen Überblick über die Entwicklung von Idee und Praxis des Rechtsstaats zu verschaffen. In diese Entwicklung paßt sich Hans *Hubers*<sup>5a</sup> Aufsatz von 1948 ein als Rückblick auf die Weimarer Verfassung und als vorausschauende Vorwegnahme des späteren Verzichts des Grundgesetzgebers auf einen Katalog sozialer Grundrechte (1—15). Auch sonst wirkt Hubers Arbeit wie eine Overtüre auf die späteren Auseinandersetzungen, in der die Hauptthemen zusammengefaßt sind: die Antinomie zwischen individuellen Sozialrechten und rechtsstaatlichem Freiheitsschutz; die Gegenüberstellung des gewährleistenden Rechtsstaats und des gewährenden Sozialstaats und die Überzeugung, daß soziale Gehalte nicht in der Verfassung selbst, sondern durch einfaches Gesetz zu positivieren seien. *Ipsens* auftaktartige Position ergibt sich dann nicht nur aus seiner Hamburger Rede<sup>6</sup>, sondern vor allem aus dem (im Band nicht enthaltenen) Plädoyer für die interpretatorische

---

*Badura*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 92 (1967), S. 382 ff.; Werner *Weber*, a.a.O., S. 419—429; *Zacher*, Soziale Gleichheit. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip, AöR 93 (1968), S. 341 ff. Nach Abschluß des Manuskripts erschien E. W. *Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Festschrift für A. Arndt (1969), S. 53—76.

<sup>4</sup> Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, 1953.

<sup>5</sup> Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860—1960, Bd. II (1960), S. 229—262.

<sup>5a</sup> Soziale Verfassungsrechte? Aus: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht. Zürich (1948), S. 149—160.

<sup>6</sup> H. P. *Ipsen*, Über das Grundgesetz. Hamburger Universitätsreden 9, 1950, S. 7—43.

Verbreiterung und Vertiefung der Sozialstaatsentscheidung auf der Göttinger Staatsrechtslehrertagung von 1951<sup>7</sup>.

*Forsthoff* hingegen lehnt strikt jede extensive Auslegung des Wortes „sozial“ in den Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG ab, hält mit größter Konsequenz an einer betont formalen Deutung des Rechtsstaates fest<sup>8</sup> („ein institutionelles Gefüge oder, um es kraß zu formulieren, ein System rechtstechnischer Kunstgriffe zur Gewährleistung gesetzlicher Freiheit“<sup>9</sup>) und wirft seinen Kritikern nicht ganz zu unrecht vor, daß sie ihm nur eine abweichende Begrifflichkeit entgegen-, sich aber nicht mit seinen Argumenten auseinandersetzen<sup>10</sup>. Er hält ihnen sogar vor, keine logischen Bemühungen angesetzt zu haben, die sich noch als Interpretation verstehen ließen<sup>11</sup>. Hier muß der Leser sich der Auseinandersetzung stellen, und zwar auch der Auseinandersetzung mit C. *Schmitt*<sup>12</sup> (95—113), dessen Vorstellungen und Begriffe bei *Forsthoff*<sup>13</sup> (145—200, vgl. 186 Anm. 27) wiederkehren.

In seinem „Versuch, die Grundfragen jeder Wirtschafts- und Sozialordnung vom *Nomos* her richtig zu stellen“, geht C. *Schmitt* von den drei Bedeutungen des griechischen *Nemein*, der Verbalform von *Nomos*, aus: Nehmen, Teilen, Weiden. Als dritte Bedeutung wird auch genannt: „Nutzen“. Diese Übersetzung bringe den Vorteil, daß sowohl Produktion als auch Konsum miteinbegriffen seien. „Der Einfachheit halber“ beschränkt *Schmitt* sich jedoch im folgenden darauf, von Produktion zu sprechen (99 Anm. 2). Seine Grundfragen lauten dementsprechend: Wie, wo und in welcher Reihenfolge wird hier genommen, geteilt und produziert?

Diese Fragen bewähren sich am Imperialismus und Sozialismus, liefern aber keine Anhaltspunkte für das Grundproblem, wie und wo genommen, geteilt und produziert werden soll. Mir erscheint auch zweifelhaft, ob sich mit ihnen auch nur die soziologischen Voraussetzungen für die Lösung dieser Sollensfrage genau genug erfragen lassen. Da jedoch hinter den drei Bedeutungen von *Nomos* wirklich ein wahrheitserschließender Systemzusammenhang verborgen zu sein scheint, müßte es schon weiterführen, wenn man der Reihe „Nehmen, Teilen, Weiden“ eine korrespondierende Reihe von Begriffen zuordnet: *Nehmen* und *Geben*; *Teilen* und *Verbinden*. Zu „Weiden“ bzw. „Nutzen“ läßt sich der ent-

<sup>7</sup> H. P. *Ipsen*, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL Heft 10 (1952), S. 74 ff.

<sup>8</sup> Zuletzt: Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, Festgabe für C. *Schmitt*, 1968, Bd. II, S. 193.

<sup>9</sup> Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, Festschrift für C. *Schmitt*, 1959, S. 35—62, 61.

<sup>10</sup> *Forsthoff*, Von der Staatsrechtswissenschaft zur Rechtsstaatswissenschaft, Studium Generale 21 (1968), S. 699.

<sup>11</sup> a.a.O. (Anm. 9), S. 48.

<sup>12</sup> Nehmen / Teilen / Weiden, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 bis 1954, 1958, S. 489—504.

<sup>13</sup> Verfassungsprobleme des Sozialstaats. 2. Aufl., 1961, und: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Heft 12 (1954), S. 8—36.

sprechende *Gegensatz* nicht bilden. Hier überschneiden sich nämlich die beiden Reihen: „Nutzen“ heißt „Säen und Ernten“, also „Geben und Nehmen“ oder heute „*vereinigtes* Geben (Kapital, Arbeit, Management) und *geteiltes* Nehmen (Rendite, Lohn, Vergütung)“. — Nehmen, Teilen, Konsumieren ist einfacher als Geben, Verbinden, Produzieren. Diese letzteren Begriffe und die Frage nach dem *Zusammenhang* zwischen Geben und Nehmen, zwischen gemeinsamer Leistung und geteiltem Nutzen, stellen dem *ordnenden Verstand* die größeren, langfristigen Probleme. Vom Standpunkt *politischer Macht* allerdings rückt der status quo (das Resultat vergangenen Gebens und Nehmens) ins Blickfeld (und die Bequemlichkeit ins Reich der Möglichkeiten, etwas zu nehmen, ohne zu geben). Oder es taucht die Frage auf, Mißverhältnisse zwischen dem vergangenen Geben und Nehmen *am Ergebnis* (durch Nehmen und Zurückgeben) zu revidieren.

So viel Schmitt dem Wort *Nomos* entnimmt, so unvermittelt gibt er sich bei dem Wort „sozial“ ohne philologisches Tiefschürfen zufrieden. Es genügt ihm, daß das Wort nicht erst beim radikalen Sozialismus oder Kommunismus, sondern bei allen politischen Parteien der heutigen Demokratien in Europa sowie in Stellungnahmen der Staatsrechtslehre auf Teilen und Neuverteilen Bezug nimmt. So paßt „sozial“ ohne erörternswerten Rest in das einheitliche *Nomos-Fragensystem* hinein. Hätte es nicht nahelegen, wenigstens andeutungsweise zu versuchen, einem ursprünglichen Begriff von „sozial“ auf die Spur zu kommen? So jedenfalls läßt Schmitt ungeprüft, ob seine folgenden Sätze (109; gemünzt auf Stimmen zum Thema „Einheit der Welt“) nicht auch für das Wort „sozial“ zutreffen: „Weit verbreitete und überaus schlagkräftige, aber wissenschaftlich durchaus oberflächliche Vereinfachungen sind hier am Werk. Sie suggerieren uns fiktive Einheiten. Ihre Vereinfachungen lassen sich nur durch die tiefere Einfachheit ursprünglicher Begriffe überwinden.“

Forsthoff schiebt gleich zu Beginn seines Referates das Grundgesetzwort „sozial“ in einem Satz mit der Erwägung beiseite, sein zweimaliger adjektivischer Gebrauch könne schwerlich die Vermutung<sup>14</sup> wachrufen, „daß damit eine grundsätzliche Aussage über die Grundstruktur der Verfassung gegeben werden sollte“. Das Thema stelle sich vielmehr, weil der Sozialstaat eine Gegebenheit sei. Es werde dementsprechend behandelt „nur von einem Standpunkt, der sich außerhalb des geschriebenen Verfassungsrechts befindet“ — ein Programm, das später allerdings nicht streng eingehalten wird (183 ff.). Der gleiche methodische Weg wird in dem ebenfalls abgedruckten Vortrag eingeschlagen (Verfassungsprobleme des Sozialstaats). Dieser Weg führt zwar zu einem Schwerpunkt der Problematik, aber er führt zunächst einmal am Verfassungsgesetz vorbei: Die Verfassungswirklichkeit dient als begriffsfüllende Station für den Begriff „Sozialstaat“. Dann erst richtet sich der Blick auf die Verfassung,

<sup>14</sup> Auch die Tatsache, daß „sozial“ im unveränderlichen Teil des Grundgesetzes steht, wird mit der Vermutung relativiert, es sei „doch wohl mehr oder weniger zufällig“ dort hineingeraten: Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, 1961, S. 29 Anm. 4; vgl. auch a.a.O. (Anm. 9), S. 49: „Adjektiv dubiosen Sinngehalts“.

soweit sie den Staat rechtsstaatlich ausgestaltet und die sich nun als immun gegen die Transformation der sozialen Gegebenheiten und Wünsche ins Verfassungsrecht erweist. In der Tat: Die Gegebenheiten und Wünsche sind keine Wirklichkeit auf der Ebene der Verfassungsnorm in dem Sinne, daß sie sich schon aus dem Grundgesetz herleiten oder sich auf dem Wege über ein rangwandelndes Verfassungswort pauschal in das Grundgesetz (GG) hineininterpretieren ließen. Ebensowenig läßt sich in das GG ein Katalog sozialer Grundrechte hineinlesen, den der Verfassungsgeber gerade nicht aufgenommen hat.

Die an späterer Stelle nachgeholte Auslegung des Wortes „sozial“ (183 ff.) führt zu der Feststellung, es weise, weil im GG nicht konkretisiert, über das GG hinaus und könne nur von außerverfassungsrechtlichen Bereichen her spezifischen Gehalt gewinnen: z. B. vom Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht her. „Aber keiner dieser Sinngehalte des Sozialen läßt sich ohne weiteres in eine Verfassung hineintragen.“ — „Ohne weiteres“ sicher nicht; aber gerade Forsthoffs eigener Hinweis auf die von Martin Wolff am Eigentum exemplifizierte Erkenntnis, daß Verfassungsbegriffe eine Eigenständigkeit besitzen, die sich der Prägung durch eine Spezialmaterie des Rechts entzieht (185), hätte Anlaß sein müssen, mit weiteren Erwägungen und vielleicht unter Zuhilfenahme einer differenzierenden<sup>15</sup> Rechtstechnik des Verfassungsrechts Gehalte des Sozialen zu erarbeiten, die verfassungsrechtliche Wirkungen entfalten, ohne mit rechtsstaatlichen Verfassungsstrukturen in unlösbareren Konflikt zu geraten: Das Beispiel „Eigentumsinstitut“ zeigt, daß bei aller Eigenständigkeit und Offenheit eines Verfassungsbegriffs handfeste verfassungsrechtliche Wirkungen von ihm ausgehen können, Wirkungen freilich, die nicht die *Totalität* der spezialgesetzlichen Wirklichkeit erfassen. — Wenn Forsthoff kurz darauf die andere, über den status quo hinausweisende, polemische Betrachtungsvariante von „sozial“ näher bestimmt als „gegen die bestehende Güterverteilung gewandt“, wird die Fragestellung bereits im Sinne von Nehmen, Teilen, Umverteilen verkürzt. Die Auseinandersetzung mit dieser polemischen Interpretation ist sehr kurz und endet bei der Alternative: entweder gewährleistender Rechtsstaat oder „Vernichtung des Rechtsstaats“, nämlich Gewährleistung nur noch nach dem Willen der jeweiligen Parlamentsmehrheiten. Diese stufenweise Zuspitzung auf eine extreme Alternative halte ich wegen der ebenso stufenweisen begrifflichen Verkürzungen des Aussagegehaltes von „sozial“ für methodisch unzulässig<sup>16</sup>. Daß die Konsequenzen, vor denen Forsthoff eindringlich warnt (Grundrechte nur noch nach Maßgabe der Gesetze), bereits als verfassungsrechtliche Forderung vertreten werden<sup>17</sup>, vermag die metho-

<sup>15</sup> Vgl. Kritik und Ansatz bei Gerber, S. 378.

<sup>16</sup> Ähnliche methodische Kritik bei Hesse, 566, und Hollerbach, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? AöR 85 (1960), S. 248.

<sup>17</sup> Forsthoff bringt ein Beispiel (186). Auch Abendroth (122) zitiert *Ipsens* Formulierung, das Eigentum reiche nicht mehr weiter und gebe nicht mehr her als seine gesetzliche Inhaltsbestimmung vorsehe, und fügt hinzu: „Diese Überlegung kann sich aber keineswegs nur auf die Inhaltsbestimmung des Eigen-

dische Kritik und daher auch die Zweifel an Forsthoffs Ergebnissen nicht zu entkräften. Ein konsequent hermeneutischer Ansatz hätte nicht zunächst am Verfassungsgesetz vorbeiführen und unter Weglassung anderer Bedeutungsgehalte des Sozialen sogleich auf den hoheitlichen Verteilerstaat in seiner extremsten Alternative zusteuern dürfen, sondern hätte mit größerer Ausdauer versuchen müssen, dem Bereich zwischen den Extremen etwas abzugewinnen, ehe er sich im Zuge der eigenen Argumentation in die Enge eines Entweder-Oder hätte zwingen lassen. So entsprechen die Ergebnisse (188 f.) dem methodischen Gang der Untersuchung und der Zuspitzung der Fragestellungen auf Alternativen: Der soziale Rechtsstaat ist kein Rechtsstaat von eigener, institutioneller Prägung und spezifisch materiellem Gehalt; aus ihm lassen sich weder Rechte noch Pflichten (unmittelbar) ableiten, noch Institutionen begründen oder ausschließen. Schließlich, in einer Anmerkung, heißt es sogar, daß „das Adjektiv ‚sozial‘ für die juristische Begriffsbildung unbrauchbar“ sei. Trotzdem wird dem Bekenntnis des GG „nicht jede rechtliche Bedeutung abgesprochen“, sondern im Anschluß an Ipsen eine Funktion als Staatszielbestimmung beigemessen, die den Gesetzgeber, die Rechtsprechung und die Verwaltung unmittelbar binde und die eine „extrem individualistische Ausdeutung der Grundrechte“ verwehre. Da der Sozialstaat bei Forsthoff nur den ökonomischen Bereich betrifft, und zwar unter Ausklammerung der Macht (151; 186 Anm. 25), also auch der entsprechenden Freiheitsfragen, kann die programmatische Komponente der Staatszielbestimmung nur an den Gesetzgeber adressiert sein, der Eigentum und Vermögen regelt, und hier auch nur an den Abgabengesetzgeber, da, wiederum nach Forsthoff, das Eigentum in Art. 14 Abs. 2 GG seine eigene, spezielle Sozialklausel besitzt. Inwiefern schließlich wenigstens der einzig erwähnte gesetzgeberische Adressat, der Steuergesetzgeber, durch die Staatszielbestimmung wirklich gebunden (und nicht nur aufgerufen und ermächtigt) wird, bleibt unerörtert<sup>18</sup>.

## II.

Eine Auslegung, die vom Wortlaut der Verfassung ausgeht und die alten Regeln der juristischen Hermeneutik beachtet<sup>19</sup>, darf dem „komplexen Begriff des Sozialen“ (Forsthoff, 146) weder über die Gegebenheiten noch durch Zuspitzungen ausweichen, und sie darf auf systematische Zusammenhänge erst zurückgreifen, wenn die Auslegung über den Wortlaut und den Sinn der Textstelle nicht zum Ziele führt<sup>20</sup>. Man

---

tums beschränken, sondern muß den ganzen Kreis der klassischen liberalen Grundrechtsvorstellungen ergreifen.“

<sup>18</sup> Folgte man Kötting (445), würde die Steuergewalt als unmittelbares Werkzeug der Sozialpolitik des Bundes aus Kompetenzgründen sowieso ausscheiden.

<sup>19</sup> Forsthoff, a.a.O. (Anm. 14), S. 28 f., 34, 39.

<sup>20</sup> Forsthoff, a.a.O. (Anm. 9), S. 40/41.

kommt also nicht daran vorbei, daß der Begriff „sozial“ sich jedem Versuch entzieht, ihn eindeutig zu definieren<sup>21</sup>. Ob man das bedauert oder mit Erleichterung aufnimmt: Hier muß eine systematische Begrifflichkeit zum sozialen Rechtsstaat ansetzen. So absurd es auf den ersten Blick anmuten mag, ausgerechnet die Unbestimmtheit und Vieldeutigkeit eines Verfassungswortes rechtlich auswerten zu wollen, so trivial erscheint es bei näherem Zusehen.

1. „Sozial“ ist ein *offener Begriff*<sup>22</sup>. Um dies festzustellen, braucht man dem Wort keine Bedeutungsgehalte zu amputieren. Offenheit bedeutet freilich weder, daß der Begriff ohne Gehalt, noch, daß er ohne richtungsweisende Struktur ist, sondern nur, daß er eine Mannigfaltigkeit von Möglichkeiten miteinbegrift.

Sprachliche Nuancen des Verfassungstextes, die in Richtung auf eine solche Offenheit der Staatszielbestimmung deuten, kommen erst wieder zu Tage, wenn man die Substantivierung des „sozialen Staats“ zum „Sozialstaat“ im Sprachgebrauch einmal beiseite läßt<sup>23</sup>: Ähnlich dem Wort „Rechtsstaat“ läßt nämlich das Substantiv „Sozialstaat“ die Vorstellung von etwas verhältnismäßig Fertigen anklingen, das zudem einen kaum veränderlichen Inhalt hat, mag dieser Inhalt selbst auch noch so vage oder umstritten sein. „Sozial“ hingegen kann ein Staat in sehr unterschiedlichem Ausmaß und auf vielerlei Art und Weise sein. Solche Klangunterschiede für sich sind zwar nicht sehr aussagekräftig, bestätigen aber den obigen Ansatz und stimmen immerhin damit überein, daß das GG selbst den substantivischen „Rechtsstaat“ als etwas verhältnismäßig Durchgebildetes liefert, für den sozialen Staat aber fast alles offen gelassen hat. — Schließlich hat auch *Heller*, der die Wortverbindung „sozialer Rechtsstaat“ wohl erstmals verwendet hat<sup>24</sup>, dessen Vorstellungswelt also ein gutes Indiz für den Assoziationsgehalt des Doppelbegriffs liefert, den Staat als eine „offene Gestalt, durch welche die Zeit hindurchgeht“, begriffen<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> z. B. *Forsthoff*, S. 146: indefinibles definiens; ders., Daseinsvorsorge im technischen Zeitalter, Festschrift für Kyriapoulos, Tessaloniki 1966, S. 196: ungeheuer vieldeutig. — *Bachof*, S. 203: ermangelt der Eindeutigkeit; *Bogs*, S. 516: kein bestimmtes Rezept; verschiedene Formen möglich, aber alle müssen sozial sein; „wir müssen unsere Phantasie bemühen und Gestaltungskraft zeigen“; *Hettlage*, VVDStRL Heft 14, S. 94 f.: erschreckend vieldeutig; *C. Schmitt*, S. 105: vieldeutig; *W. Weber*, a.a.O. (Anm. 3), S. 417: Vieldeutigkeit.

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 5, 85 [197]; 22, 180 [204]; *Abendroth*, S. 140, 143 f.; *Bachof*, S. 210; *Köttgen*, S. 441. — *Jahrreiss*, Freiheit und Sozialstaat, 1957, S. 23: „Den Sozial-Rechtsstaat verwirklichen, ist eine Aufgabe, bei deren Erfüllung Unsicherheiten, ja, Mißgriffe unvermeidlich sind.“ — Hingewiesen sei hier noch auf die Arbeit von L. H. A. *Geck*, Über das Eindringen des Wortes sozial in die deutsche Sprache, 1963.

<sup>23</sup> Ähnlich vorsichtig verfährt *Geiger*, Was heißt sozialer Rechtsstaat nach dem Grundgesetz?, in: *Geiger/Nawroth/von Nell-Breuning*, Sozialer Rechtsstaat, Wohlfahrtsstaat, Versorgungsstaat (o. J., 1962?), S. 9.

<sup>24</sup> *Heller*, Rechtsstaat oder Diktatur? 1930, S. 9 f., 26.

<sup>25</sup> *Heller*, Staatslehre. Leiden 1934, S. 99 und 50 ff.



Es besteht Einigkeit, daß der Wille des historischen Verfassungsgesetzgebers nichts hergibt für einen konkret-bestimmten Begriffsinhalt des Wortes „sozial“<sup>26, 27</sup>. Um so mehr Beachtung verdient die Tatsache, daß ins GG nicht wieder sozialstaatliche Einzelbausteine wie etwa die Art. 151, 155—157, 162—165 WRV aufgenommen worden sind. Insoweit bleibt das GG hinter der WRV zurück (*Ipsen*, 21). Es geht jedoch über sie hinaus, indem es die Aufgabe, „den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern“<sup>28</sup>, aus der Präambel herausgenommen und als Bekenntnis zum sozialen Staat in verfassungsänderungsfesten Zusammenhang von verbindlichen Verfassungsbegriffen hineingestellt hat. Der Weg über Einzelbestimmungen hatte sich — aus welcherlei Gründen auch immer<sup>29</sup> — nicht bewährt, so daß der Grundgesetzgeber nicht an den Weimarer Modellen weitergebaut hat. Wenn allerdings *Menger* (61/62) aus diesem Verzicht mehr oder weniger ausdrücklich eine Entscheidung *gegen* den (rechtsstaatlich organisierten) Wohlfahrtsstaat ableiten will, wird dem Unterschied der beiden Verfassungen mehr entnommen, als sich zwanglos daraus ergibt. Das GG setzt sich einen sozialen Staat zum Ziel, den es selbst noch nicht verwirklicht und auch noch nicht durch konkrete Konstruktionspläne im einzelnen entworfen hat. Die soziale Richtung wurde verallgemeinert und — durch Hineinnahme in den Bezugsbereich des Art. 79 Abs. 3 GG — bekräftigt, die verfassungsrechtliche Verhärtung der Mittel aber nicht wiederholt. Der sozialen Phantasie (vgl. *Bogs*, 517) sind keine Fesseln<sup>30</sup> durch konstitutionalisierte Sozialmodelle angelegt.

Für die Grundstruktur einer jeden Verfassung ist es von fundamentaler Bedeutung, ob das Staatsziel begrifflich eng fixiert und eingegrenzt („engstirniger“ Staat) oder als ein dauerhaftes und immer wieder ergebliches Regulativ angegeben ist, das sich nicht so schnell als verfassungspolitischer Irrtum erweisen kann (offener Staat). Das GG hat sich für den offenen Staat entschieden und stellt damit die Staatsrechtslehre vor die anspruchsvolle Aufgabe, der Staatszielbestimmung für die Staatspraxis Sozialregeln abzugewinnen, die den Staat nicht um seine Offenheit bringen.

Diese Aufgabe verlangt zunächst einmal, daß man sich schon im gedanklichen Vorfeld verfassungsrechtlicher Begriffsbildungen zum sozia-

<sup>26</sup> Ausführlich *W. Weber*, a.a.O. (Anm. 3), S. 409—416. — Außerdem *Forsthoff*, a.a.O. (Anm. 9), S. 48 und *Menger*, S. 72.

<sup>27</sup> Ergiebiger sind schon die Programme der an der Entstehung des GG beteiligten Parteien, s. *Abendroth*, S. 134 f.; *Bachof*, S. 205.

<sup>28</sup> Zum sozialstaatlichen Gehalt dieser Formulierung aus der Präambel der Weimarer Verfassung s. *Köttgen*, S. 430 f.

<sup>29</sup> Vgl. etwa die Prognosen von *Heller*, a.a.O. (Anm. 24), auf der einen und auf der anderen Seite die Neigung, die Nichtverwirklichung des sozialrechtlichen Gehalts der Weimarer Verfassung als Werk des Konstitutionalismus zu betrachten, der das Fremde aus der Verfassung ausmerzt (*Hans Huber*, S. 10): Beurteilungsunterschiede, die heute etwa bei *Abendroth* und *Ridder* auf der einen und *Forsthoff* auf der anderen Seite fortleben.

<sup>30</sup> Mit den seltener beachteten *föderalen* Zügeln, die der sozialen Phantasie angelegt sind, setzt *Köttgen*, S. 447 f., sich auseinander.

len Staat mit verkürzenden Vorstellungen und mit nicht sogleich wieder aufgelösten alternativen Zuspitzungen zurückhält: mit dem Schwarzweiß-Bild vom freien, aber verhungerten Menschen und vom wohlgenährten Sklaven<sup>31</sup> ebenso wie z. B. mit der Neigung, „nicht mehr vom Sozialstaat, sondern vom Verteilerstaat zu sprechen, weil das präziser und eindeutiger ist und manche Verschwommenheiten vermeidet, die in dem Begriff ‚sozial‘ liegen“<sup>32</sup>. Einengend wirkt auch die Unterscheidung zwischen dem „gewährleistenden Rechtsstaat“ und dem „gewährenden Sozialstaat“<sup>33</sup>. Mit solchen Bildern und Begriffen mag man Auswüchse oder Schwerpunkte der heutigen Sozialstaatlichkeit treffend zur Vorstellung bringen. Es geht jedoch nicht an, diese Vorstellungen im Wege terminologischer oder auch nur gedanklicher Substituierungen in die Verfassung hineinzuprojizieren<sup>34</sup> und dadurch etwaige andere, vielleicht rechtsstaatsfreundlichere Bedeutungsgehalte des Sozialen zu verdrängen. Soziale Ordnungen brauchen sich durchaus nicht in ausgeklügelten Systemen staatlichen Gewährs zu erschöpfen. Das sozial ausgestaltete Kündigungsrecht von Arbeits- und Wohnungsmietverhältnissen liefert handgreifliche Beispiele dafür, wie durch soziales Ordnen wahrscheinlich so mancher „gewährende“ Sozialhilfe- und Wohnraumbewirtschaftungskontakt zwischen Staat und Bürger gerade vermieden werden kann. Prima vista spricht also einiges dafür, daß sehr viel Richtiges in *Bettermanns*<sup>35</sup> Überzeugung ist, die entscheidende Schlacht für den sozialen Gedanken werde auf dem Boden des Privatrechts ausgetragen und das Ausmaß der Rechtsstaatlichkeit hänge geradezu davon ab, wieweit das Soziale mit den Mitteln nicht des Verwaltungs-, sondern des Privatrechts verwirklicht werde.

2. Für die Antwort auf die Frage, was am Begriff „sozial“ nicht offen ist, liefern die übrigen in den Band aufgenommenen Beiträge ein überreiches Gedankenangebot. Durchweg wird der soziale Rechtsstaat als Entscheidung des GG gegen den bloß formalen und für den materiellen Rechtsstaat verstanden<sup>36</sup>. Es dürfte sich empfehlen, bei der weiteren Lektüre die allgemeineren Stellungnahmen vorwegzunehmen: von *Menger*, *Bachof*<sup>37</sup>, *Gerber*<sup>38</sup> mit ausführlicher Schilderung des Sach- und Streit-

<sup>31</sup> *Menger*, S. 63, zurückhaltend demgegenüber *Bachof*, S. 212.

<sup>32</sup> *Forsthoff*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL Heft 14 (1956), S. 84.

<sup>33</sup> *Hans Huber*, S. 11; *Forsthoff*, S. 145.

<sup>34</sup> *Forsthoffs* Warnung vor einer Aufweichung des Verfassungsgesetzes durch interpretatorische „Sinnggebung von außen her“ (185) gilt nicht nur gegenüber einer extensiven Geltungsförderung des Verfassungsrechts, sondern mit mindestens gleichem Recht gegenüber einer restriktiven Geltungsrückbildung des Verfassungsrechts durch Sinnwegnahme von außen her.

<sup>35</sup> *Bettermann*, Grundfragen des Preisrechts für Mieten und Pachten, 1952, S. 120 f.; zustimmend *Bachof*, S. 214, 236.

<sup>36</sup> *W. Weber*, a.a.O. (Anm. 3), S. 431, allerdings sieht *Forsthoffs* Vorstellungen durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im wesentlichen bestätigt.

<sup>37</sup> Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Heft 12 (1954), S. 37–84.

<sup>38</sup> Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR 81 (1956), S. 1–54.

standes per 1955, *Scheuner* bis zu *Hesse*<sup>39</sup> und *E. R. Huber*<sup>40</sup>. *Abendroth*<sup>41</sup> bietet zu diesen Autoren gewissermaßen das auf Demokratisierung der Gesamtgesellschaft zielende Kontrastprogramm, während *Köttgen*<sup>42</sup> auf sonst weniger beachtete föderalistische Kompetenzhemmnisse für den Sozialstaat hinweist. Eine allen diesen Beiträgen gerecht werdende Detailauseinandersetzung scheidet im Rahmen einer Rezension aus. Stattdessen bietet es sich an, die vielerlei Anregungen, die die Lektüre eines so reichhaltigen Programms verschafft, dazu zu verwenden, die Gesamtinformation des Sammelbandes in *einer* m. E. nützlichen Richtung zu ergänzen und zu präzisieren. Vielleicht erweist sich dabei, daß die Auffassung vom Rechtsstaat als einer Einrichtung zum Schutz gesetzlicher Freiheit gar nicht so weit von der Vorstellung vom Staat sozialer Gerechtigkeit entfernt ist. Dazu muß man der Freiheit auf den Grund gehen, und zwar nicht so sehr auf den philosophischen, sozialetischen oder sonst mehr oder weniger verschwommenen, sondern auf den rechtstechnischen.

a) Wenn Forsthoff sich in seinem Referat sogleich den Gegebenheiten zuwendet oder feststellt, der moderne Staat könne sich den Bedürfnissen seiner Bürger nicht ohne Selbstgefährdung entziehen (149), wenn Bachof (213) ähnlich wie *Abendroth* (129) befürchtet, die tatsächliche Entwicklung im sozialen Bereich könne unter bestimmten Bedingungen dazu führen, daß der Rechtsstaat hinweggefegt werde, und wenn man sich erinnert, welche soziologische Diagnose und Prognose *Heller*<sup>43</sup> dazu geführt hat, dem bürgerlich-liberalen Rechtsstaat und dem faschistischen Staat als dauerhafte Alternative den sozialen Rechtsstaat gegenüberzustellen, oder wenn *Ipsen*<sup>44</sup> die interpretatorische Verbreiterung und Vertiefung der Entscheidung für den sozialen Staat damit motiviert, den Realitäten unseres Daseins gerecht zu werden, so wird hinter diesen Erwägungen bei aller Verschiedenheit der Standpunkte ein allgemeiner Gedanke sichtbar: Dem Staat darf seine *soziale Wirklichkeit* nicht gleichgültig sein. Der Staat des GG — bundesstaatlich gliedert, rechtsstaatlich in Selbstbeherrschung genommen und als parlamentarische Demokratie spontaneisiert — wird durch das Wort „sozial“ auf seine Wirklichkeit, insbesondere auf seine zwischenmenschliche Wirklichkeit verwiesen: Er ist diesseits- und wirklichkeitsbezogen. Die Staatszielbestimmung „sozial“ fungiert dabei als Verknüpfungsglied zwischen dem Staat, der nach Gestalt, Form und Verfahren durchorganisiert ist, und seinen sozialen Lagen. Sie

<sup>39</sup> Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend, 1962, S. 71—95.

<sup>40</sup> Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, in: *E. R. Huber*, Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, S. 249—272.

<sup>41</sup> Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Geschichte und Politik, Festschrift für Bergstraesser, 1954, S. 279—300.

<sup>42</sup> Der soziale Bundesstaat, in: Neue Wege der Fürsorge, Festgabe für Muthe-  
sius, 1960, S. 19—45.

<sup>43</sup> a.a.O. (Anm. 24).

<sup>44</sup> a.a.O. (Anm. 7), S. 74.

beugt so der Gefahr vor, daß die Organisation „Staat“ ein sozial-blindes und sich selbst gefährdendes Eigenleben entfaltet.

Ohne Wirklichkeitsbezug, ohne Aufmerksamkeit für seine sozialen Lagen, kann freilich kein Staat sein. Insbesondere die Daseinsvorsorge ist eine *staatliche* Selbstverständlichkeit. Auch ein *unsozialer* Staat muß für Verkehrsmittel und Kommunikationsmöglichkeiten, für Ausbildung, Trinkwasser und Energie, für Geländeaufschließung und Müllabfuhr sorgen. Was demgegenüber der Sozialstaat heute an *sozialen* Leistungen erbringt, läßt sich in einer Vielzahl der Fälle genauer als mit dem Wort *Daseinsvorsorge* als *Daseinsnachsorge* beschreiben: Der Sozialstaat ist bemüht, so gut es geht und soweit entgegenstehende Interessen es eben gestatten, mit einigem Abstand hinter dem „Vorsprung der sozialen Notstände“ hinterherzureparieren (*Gehlen*, 326 f.), und zwar sowohl, was die globalen Folgeerscheinungen der industriellen Revolution<sup>45</sup>, als auch, was die Auswirkungen von kurzfristigeren industriellen Umschichtungen oder kriegerischen Auseinandersetzungen, von Katastrophen oder staatlichen und individuellen Planungsmängeln betrifft.

Mit dem Wort „Daseinsnachsorge“ soll die Tätigkeit des „reaktiven“<sup>46</sup> Sozialstaats weder bespöttelt noch ihre Notwendigkeit bestritten werden. Wenn aber das GG den von ihm verfaßten Staat ausdrücklich auf seine sozialen Lagen verweist, so bedeutet das über die bloße Bekräftigung einer staatlichen Selbstverständlichkeit (*Forsthoff*, 191)) und über den Auftrag zu bloßen Sozial-Reparaturen hinaus, daß das Gemeinwesen sich nachhaltig und mit dem Willen zu dauerhaften Lösungen mit seinen sozialen Gegebenheiten auseinandersetzen muß. Ein Staat nämlich, der nur an den Symptomen herumkuriert, ist alles andere als schon sozial; er findet sich vielmehr mit der Pathologie<sup>47</sup> seiner sozialen Wirklichkeit ab. Genau dem will die Verfassung entgegenwirken, wenn sie den sozialen Staat verlangt und damit die Wissenschaft und die Rechtspolitik herausfordert, den *Wurzeln* der sozialen Probleme und Folgeprobleme auf die Spur zu kommen, um die Sozialordnung möglichst *schon dort* zu heilen.

b) Da sich die Wurzeln der langfristigen sozialen bzw. unsozialen Prozesse nur durch soziologische Beobachtung der Gegebenheiten moderner Staatlichkeit erkennen lassen, ist es zu begrüßen, daß ein einschlägiger Beitrag von *Arnold Gehlen*<sup>48</sup> in den Band aufgenommen worden ist.

Es mag polemisch ausgedrückt sein und daher etwas über das Ziel hinauschießen, trifft aber im Kern zu, daß unser Staat mit der Produktivität

<sup>45</sup> Herbert *Krüger*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL Heft 12, 1954, S. 111, und *Allgemeine Staatslehre*, 1964, S. 810.

<sup>46</sup> *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 9. Aufl. 1966, S. 59.

<sup>47</sup> Vgl. *Köttgen*, S. 443 und 455: Staatssubventionen als „Krücke“ unter den sozialpolitischen Mitteln; Sozialhilfeleistungen, die sich an der „Pathologie eines sozialen Zustandes“ orientieren.

<sup>48</sup> Soziologische Voraussetzungen im gegenwärtigen Staat, in: Probleme der Sozialordnung. Referate des 21. Staatswissenschaftlichen Fortbildungskurses der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer. Beilage zur Staatszeitung für Rheinland-Pfalz Nr. 1 v. 15. Januar 1956.

seiner Industrie vorhandene Klassengegensätze in Wohlstand ertränkt und soziale Spannungen gewissermaßen in Zuckerwasser auflöst, indem er Teile des Sozialprodukts, die er als Steuerstaat vereinnahmt, als sozialer Wohltäter wieder verteilt (328). Von einem solchen Staat ist kaum große Deformations- und Zerreißfestigkeit unter Belastungen zu erwarten, mag die Subventions- und Verteilungsordnung noch so beständig sein. Reflektiert man diese „stationäre Subventionsordnung“ kritisch, so drängt der makrosoziologische Befund die Frage auf, *ob und warum* derart große Teile des Sozialprodukts den *Umweg* über den Staat, also den *Umweg* über *Eingriffsverwaltung* und *Subventionsverwaltung* nehmen *müssen*. Der direkte Weg, der die doppelte Berührung mit dem Staat samt ihrer Gefahr einer Konversion von Sozialfunktion in Herrschaft (Forsthoff, 151, 152) vermeidet, führt über das Privatrecht, das Arbeitsrecht, das Unternehmensverfassungsrecht. Gelingt es, den ökonomischen Bereich des Sozialen *unterhalb* der staatlichen Ebene so zu programmieren, daß sich das Sozialprodukt, und zwar auch und gerade in Form von Produktionsvermögen, bei allen Produktionsbeteiligten schon im richtigen Verhältnis an Ort und Stelle niederschlägt, so kann der Sozialstaat seine Nachsorge eher auf die Fälle beschränken, die eine ad-hoc- oder sonstige Sonderlösung erfordern und daher dem Privatrecht weniger zugänglich sind. Wehrt man sich gegen privatrechtliche Lösungen (etwa unter Berufung auf die Unantastbarkeit des Eigentums), so bedeutet das eine konkludente Stellungnahme *für* dauerndes hoheitliches Nehmen (nämlich von Eigentumswert durch Steuern) und *für* dauerndes hoheitliches Geben<sup>49</sup>. Mit C. Schmitt würde die Frage lauten: Wo und wie soll hier das Sozialprodukt, soweit es sich im Produktionsvermögen wieder niederschlägt, genommen und verteilt werden, auf hoheitlicher Ebene und mit den Mitteln des Verwaltungsrechts oder im Privatrecht? — Die Antwort liegt auf der Hand: Soziales Ordnen bedeutet auf lange Sicht die gegenüber sozialstaatlichem Nehmen und Geben rechtsstaatsfreundlichere Lösung. Eine Regel des sozialen Rechtsstaats könnte also lauten: Zwar geht wegen der Dringlichkeit (und soweit die Umprogrammierung im Recht der Wertschöpfungsveranstaltungen sich noch nicht auswirkt) aus faktischen Gründen Gewähren vor Ordnen, langfristig aber geht Ordnen vor Gewähren<sup>50</sup>. Insoweit wohnte dem sozialen Staat der Auftrag inne, den Verteilerstaat zu reduzieren.

c) Einen weiteren ergiebigen Ansatzpunkt zu den Wurzeln des sozialen Prozesses, der sowohl auf sozial-geschichtlichen und mikrosoziologischen Beobachtungen als auch auf Vorstellungen beruht, die in der rechtsstaatlichen Doktrin zu Hause sind, liefert Forsthoff mit seiner Unterscheidung zwischen „beherrschtem“ und „effektivem“ Lebensraum (146 f.)<sup>51</sup>: Der be-

<sup>49</sup> Vgl. Heller, a.a.O. (Anm. 24), S. 21 (gegenüber der korporativen und berufsständischen Staatsideologie): „In Wahrheit richtet sich ihr Angriff nicht gegen die Ausdehnung der Staatsverwaltung, sondern gegen die Ausdehnung der Staatsgesetzgebung auf das sozial-ökonomische Gebiet.“

<sup>50</sup> Ähnlich Menger, S. 69 f.

<sup>51</sup> Ebenso schon in: Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 4 ff.

herrschte Lebensraum, in dem und über den der einzelne selbst verfügt, ist seit Beginn des vorigen Jahrhunderts ständig geschrumpft. Der heutige effektive Lebensraum wird durch die Technik zwar in ungeahntem Ausmaße erweitert; der einzelne ist jedoch weitestgehend abhängig geworden von organisierten Vorkehrungen und umfangreichen Versorgungsapparaturen.

Es lohnt sich, der rechtstechnischen Seite dieser Schwerpunktverlagerung *genau* nachzugehen. Nimmt man als Modellfall für den beherrschten Lebensraum den Eigentümer (Haus, Hof und Brunnen<sup>52</sup>) und vergleicht damit den heutigen durchschnittlichen effektiven Lebensraum, so bedeutet das zwar eine Stilisierung<sup>52a</sup> der sozialgeschichtlichen Entwicklung, aber eine Stilisierung, die charakteristische Züge des rechtsstaatlichen Denkens gut veranschaulichen kann. Verglichen mit dem Bürger, dessen effektiver Lebensraum weitgehend mit seinem beherrschten Lebensraum übereinstimmt, ist der einzelne heute Teilnehmer eines umfassenden Versorgungsverkehrs: eingespannt in ein *Netz* von privat- und öffentlich-rechtlichen, von vertraglichen und gesetzlichen Beziehungen nach *allen*<sup>53</sup> Seiten hin. Dieses Netz begleitet ihn ständig. Wie der Eigentümer mit seinem Hof beschäftigt war, so ist der Bürger heute damit beschäftigt, das Bündel der Rechtsbeziehungen, die bei ihm zusammenlaufen, zu knüpfen oder abzuwickeln. Dieser Lebensraum „im Netz der Rechtsbeziehungen“, für den das begriffliche Kürzel noch fehlt, sei im folgenden bezeichnet als: „sozialer Lebensraum“. Dieser Begriff korrespondiert mit der „sozialen Bedürftigkeit“ im Sinne Forsthoffs: Die — von der ökonomischen Lage abstrahierbare — allgemeine Bedürftigkeit, in der sich befindet, wer „sich die notwendigen oder über das Maß der notwendigen hinaus erstrebten Lebensgüter nicht durch Nutzung einer eigenen Sache sondern im Wege der Appropriation (Max Weber) . . . zugänglich machen muß“<sup>54</sup>.

Alle Bedeutungsvarianten von „sozial“ enthalten noch etwas von seinem ursprünglichen ontologischen Sinn, den Menger mit „gesellt“, „mit einem oder mehreren zusammensein“ und Fechner mit „das Verhältnis der Glieder einer Gemeinschaft zueinander und zum Ganzen“ betreffend umschreibt (64, 78). Soweit im politischen und verfassungsrechtlichen Sprachgebrauch bei „sozial“ an Teilungs- und Verteilungsprobleme bzw.

---

<sup>52</sup> Forsthoff, S. 147 und a.a.O. (Anm. 51).

<sup>52a</sup> Unberücksichtigt bleibt insbesondere die Thematik „from status to contract“ (*Maine*). Dazu *Rehbinder*, Wandlungen der Rechtsstruktur im Sozialstaat, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, Sonderheft 11 (1967) der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, S. 197—222.

<sup>53</sup> Die Formulierung, der Mensch ohne beherrschten Lebensraum lebe nicht mehr *im*, sondern *vom* Staat (Forsthoff, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen [1958], S. 17) setzt einen zutreffenden Akzent, ist aber zu eng.

<sup>54</sup> Forsthoff, a.a.O. (Anm. 51), S. 5. — Vgl. auch R. v. Mohl, Polizeywissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats, 1832/37, Bd. II, S. 15, und dazu Weinacht, „Staatsbürger“, Der Staat 8 (1969), S. 53, 59 f., 62.

an Hilfe für Schwache<sup>55</sup> oder an Daseinsvorsorge gedacht wird, geht man stillschweigend von der Voraussetzung aus, daß Menschen miteinander leben, zwischen denen geteilt, auf die verteilt oder deren Existenz gesichert werden soll.

Wenn daher der einzelne heute weniger denn je unabhängig und selbstherrlich auf einer Parzelle fruchtbaren Grund und Bodens steht, sondern an vertraglichen und gesetzlich geknüpften (oder auch nur durch „faktisches Verhalten“ zustande gekommenen) Fäden im Netz der zwischenmenschlichen Rechtsbeziehungen hängt, so ist sein Lebensbereich ein sozialer Lebensraum im wahrsten ontologischen Sinn des Wortes. Auch die Beziehung zum Staat ist in diesem Sinne zwischenmenschlich, sozial: sie verbindet den einzelnen mit dem Gemeinwesen aller. — Der Begriff vom „sozialen Rechtsstaat“ trifft mithin genau die menschliche und zwischenmenschliche Wirklichkeit, mit der der Rechtsstaat es heute zu tun hat.

Der Verlust des beherrschten Lebensraumes setzt den Bürger dem Staate aus, aber nicht nur dem Staate. Wie schon der beherrschte Lebensraum (Modellfall Eigentum) nicht nur vom Staat (Enteignung), sondern auch von Dritten (Eigentumsstörung und -schädigung) bedroht wurde, und wie schon der schlichte Rechtsstaat den beherrschten Lebensraum in beiden Richtungen gesetzlich schützte, genau so stellt sich die Aufgabe des sozialen Rechtsstaates in doppelter Hinsicht: Dieser Staat muß sich gegenüber den sozialen Lebensräumen einer entsprechenden Selbstbeherrschung befleißigen, wie der bürgerliche Rechtsstaat gegenüber dem Eigentum; und er muß den sozialen Lebensraum des einzelnen in der Drittrichtung in entsprechender Weise schützen wie das Eigentum gegen Störungen und Schädigungen Dritter. Es versteht sich von selbst, daß hier keine blinden Analogien möglich sind. Wenn es ein Arsenal rechtstechnischer Kunstgriffe zum Schutze der Freiheit in sozialen Lebensräumen gibt, so dürfte es wenigstens zum Teil andersgeartet sein als der einfache Eigentumsschutz. Wird der Rechtsstaat als sozialer Staat nämlich auf seine *ganze* Wirklichkeit bezogen, so verlagert sich der Schwerpunkt der Schutz-Problematik: *in der Drittrichtung* vom Sachenrecht ins Schuldrecht, also von den §§ 903, 906, 1004 BGB ins Arbeitsrecht, Unternehmensrecht, Wohnraummietrecht; *in der Staatsrichtung* vom Eingriffsrecht (Enteignung, Polizeiverfügung, klassisches Steuerrecht) ins Recht des Verkehrs zwischen Staat und Bürger (Daseinsvorsorge, Zwangsanleihe, Koppelungsgeschäfte, Gebührenrecht, Vertrauensschutz<sup>56</sup>). Bei der Daseinsvorsorge kommt es weniger auf die Selbstverständlichkeit an, daß sie überhaupt erbracht wird, sondern auf die Art und die Bedingungen ihrer Gewährung (*Bogs*, 518), auf „Freiheit in der Teilhabe“ (*Bachof*, 228 Anm. 40 im Anschluß an *Flume*<sup>57</sup>).

<sup>55</sup> Kritisch gegenüber dieser Beschränkung *Fechner*, S. 76; *Köttgen*, S. 443; *E. R. Huber*, S. 599; *Herbert Krüger*, *Allgemeine Staatslehre*, S. 810 f.

<sup>56</sup> Vgl. *Forsthoff*, a.a.O. (Anm. 9), S. 51.

<sup>57</sup> *Flume*, *Steuerwesen und Rechtsordnung*, Festschrift für Smend, 1952, S. 96 Anm. 78.

Wie die rechtstechnischen Kunstgriffe aussehen müssen oder können, die es dem Rechtsstaat ermöglichen, seinen erweiterten Aufgaben gerecht zu werden, läßt sich erst sagen, wenn die Unterschiede klargestellt sind, die zwischen der Freiheit im beherrschten Lebensraum und der Freiheit im sozialen Lebensraum bestehen. Vorher aber empfiehlt es sich, das Gesagte an Hand der allgemein geläufigen Entwicklung einer typisch rechtsstaatlichen Einrichtung zu veranschaulichen. Es gibt nämlich ein sehr lehrreiches Beispiel für die Blick- und Aufgabenerweiterung des Rechtsstaates: das Enteignungsrecht, von dem *Scheuner* (500) nicht ohne Grund bemerkt, seine heutige Entwicklung stehe unter sozialstaatlichem Aspekt. Im Enteignungsrecht entsprach es ganz den bürgerlichen Interessen, wenn der Rechtsstaat den ersten Schritt in Richtung auf den Schutz sozialer Lebensräume setzte, und es fiel aus dem gleichen Grunde auch nicht weiter auf, daß es sich dabei um erste, einfache Antworten auf erste, einfache Probleme des *sozialen* Rechtsstaats handelte. Indem der Rechtsstaat nämlich schon sehr früh seine eigentumserschützende Aufmerksamkeit nicht mehr nur dem Idealtyp des beherrschten Lebensraumes, dem Grundeigentum, widmete, sondern sie auf alle vermögenswerten Rechte des Privatrechts erstreckte, bezog er auch die schuldrechtlichen Stränge im Netz der vermögensrechtlichen Beziehungen der Bürger untereinander in sein Aufgabenfeld mit ein. Seitdem umfaßt das Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne auch diese Beziehungen zu Dritten, die sich oben als Konstruktionsfäden der sozialen Lebensräume erwiesen hatten. Welche außerordentlich weitreichenden Konsequenzen diese Entwicklung unabhängig von der Sozialstaatsklausel für den Begriff, die Dogmatik und das Institut des verfassungsrechtlichen Eigentums hat, habe ich an anderer Stelle eingehend dargelegt<sup>58</sup>. Wie sehr zum Eigentum der soziale Kontakt hinzugerechnet wird, zeigt auch die Rechtsprechung zu Schäden wegen Geschäftsrückganges in den U-Bahn- und Straßenbau-Fällen<sup>59</sup>. Schutz wird hier gewährt gegenüber Wirkungen, die den Betroffenen um die Chance bringen, in gleichbleibendem Umfang vermögensrechtliche Verträge abzuschließen. Gewährleistet wird praktisch die Teilhabe an Appropriationsvorgängen. Damit wird zugleich eine Rechtstechnik zur Gewährleistung von „Freiheit in der Teilhabe“ exemplifiziert, und zwar unabhängig davon, ob sie in diesem Fall verfassungsrechtlich oder auch nur rechtspolitisch geboten war. — Es liegt auf der Hand, daß sich auch der Schutz der erdienten subjektiven Vermögensrechte des öffentlichen Rechts in die dargestellte Entwicklungslinie einordnen läßt: das Bundessozialgericht<sup>60</sup> hat die durch Beitragszahlung erworbenen Rentenansprüche mit der kennzeichnenden Erwägung als verfassungsrechtliches Eigentum anerkannt, daß es sich dabei um eine „spezifische Form“ handele, „in der der auf Verwendung seiner Arbeits-

<sup>58</sup> *Suhr*, Eigentumsinstitut und Aktieneigentum, 1966, S. 16—54; spezieller: Eigentum und Mieterrechte, Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 1967, S. 227—230. Außerdem vor allem *Luhmann*, Grundrechte als Institution (1965), S. 120 ff.

<sup>59</sup> BGH DVBl. 1965, 908 (Buschkrugbrücke); BGH MDR 1964, 656 (Bärenbaude).

<sup>60</sup> BSGE 9, 127 [128].



kraft als Existenzgrundlage angewiesene Einzelne heute überwiegend ‚Besitz‘ erwerbe“ (*Bogs*, 518). Eigentumsschutz war von Anfang an *Vermögensschutz*: Eigentumswertgarantie *in der Form* des Schutzes von *Eigentumsgegenständen*. Heute sieht sich der Rechtsstaat mit einer Wirklichkeit konfrontiert, in der Vermögen breiter Bevölkerungsschichten dem Staat anvertraut wird und sich für den Einzelnen nicht mehr in Sachen, sondern in Ansprüchen, und zwar auch und gerade in Ansprüchen gegen den Staat vergegenständlicht. Geblieben ist die Aufgabe, der Sphäre von Eigentum und Vermögen berechenbaren Schutz angedeihen zu lassen: eine Berechenbarkeit, die einst im wesentlichen die Interessen des Industriebürgertums befriedigte und den Erfordernissen einer rationalen kapitalistischen Wirtschaft entsprach, die aber heute der Staatsbürger ganz allgemein für den Schutz seiner finanziellen Vorsorge mit gutem Recht verlangt. Mußte der Rechtsstaat einst Selbstbeherrschung gegenüber den Sachen seiner Bürger üben, in denen sich ihr Vermögen niedergeschlagen hatte, so muß er heute Selbstbeherrschung auch gegenüber der Versuchung üben, vermögenswerte subjektive (öffentliche) Rechte zu liquidieren, in die der Bürger sein Vermögen — oft nicht einmal freiwillig — investiert. Ob es wirklich richtig ist, den Schutz vermögenswerter subjektiver öffentlicher Rechte rechtstechnisch über Art. 14 GG zu verwirklichen, oder ob es angemessener wäre, hier öffentlich-rechtliche Regeln des Rechtsstaats mit schuldrechtlichem Charakter zu erarbeiten, soll hier nicht weiter untersucht werden. Soviel aber dürfte deutlich geworden sein: daß die Aufgabe des Rechtsstaats sich gewandelt hat und daß für den Schutz der Freiheit im Kontext sozialer Lebensräume das *Ausgrenzungsdenken*<sup>61</sup>, das sich am Schutz der beherrschten Lebensbereiche ausgebildet hat, nicht mehr ergiebig genug ist.

### III.

Die Freiheit ist für den sozialen Rechtsstaat *das Kernproblem*. Es wird durch die Aufnahme gleich dreier einschlägiger Beiträge in den Sammelband durchaus nicht überrepräsentiert (*Fechner*, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat<sup>62</sup>; *Erbe*, Freiheit im sozialen Rechtsstaat<sup>63</sup>, und *Bogs*, Das Problem der Freiheit im sozialen Rechtsstaat<sup>64</sup>). *Erbes* Beitrag berührt Fragen kultureller Freiheit in Schule und Hochschule, behandelt also ebenfalls einen Bereich der Freiheit, in dem Kooperation zwischen Staat und Bürger erforderlich wird. Im übrigen zieht sich durch die Bei-

<sup>61</sup> *Forsthoff*, S. 177; kritisch *Hamel*, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957, S. 25; *Hesse*, S. 574—578. — Ebensovienig genügt die Kategorie der Rücksichtnahme (*Menger*, S. 65, 68, 72), um Form und Technik der Freiheit in sozialen Lebensräumen gerecht zu werden; zutreffende Kritik bei *Fechner*, S. 78.

<sup>62</sup> Erschienen in der Reihe: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 174 (1953).

<sup>63</sup> Staatsanzeiger für Baden-Württemberg, Nr. 93, 1956, S. 1—2.

<sup>64</sup> Gesellschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Lenz, 1961, S. 307—320.

träge als roter Faden die Überzeugung von der Zusammengehörigkeit von Freiheit und Verantwortung hindurch. Dieser Faden müßte bei einer groß angelegten Untersuchung ins sozialrechtliche, deutsch-rechtliche und genossenschaftsrechtliche Denken zurückverfolgt werden. Wahrscheinlich könnte der heutige Rechtsstaat sich dort (vor allem bei Otto v. Gierke) wertvolle Erkenntnisse über die Freiheit holen, um die es geht<sup>65</sup>. Bei Freiheiten, die der Bürger „im Alleingang“ wahrnehmen konnte, genügt es, auch die Verantwortung als Alleinverantwortung zu verstehen. Freiheiten aber, zu deren Wahrnehmung der Bürger des Mitbürgers oder gar des Staates als eines kooperierenden Partners bedarf, setzen ein vielschichtigeres, schuld- oder (im ontologischen Sinne) sozialrechtliches Freiheits- und Verantwortungsdenken voraus. Wo man bislang vor allem in *Freiheitspyramiden* mit Individuen an der Spitze dachte, muß man heute in *Brücken und Verbindungswegen* denken, und zwar in Brücken und Verbindungswegen, auf denen nicht nur Einbahnverkehr herrscht.

Die Unterscheidung von „Freiheitsrechten des *isolierten* Individuums“ und „Freiheitsrechten des Einzelnen *in Verbindung mit anderen* Einzelnen“ ist allerdings durchaus nicht neu<sup>66</sup>. Aber in dieser Aufteilung erscheint bislang die Vertragsfreiheit nicht und das Eigentum, also das unter sozialem Blickwinkel gewichtigste und spannungsträchtigste Grundrecht, noch immer unter der Rubrik: „Freiheitsrechte des *isolierten* Individuums“, einer Rubrik, in die nur das reine *Sacheigentum* des Bürgerlichen Gesetzbuches hineinpaßt. Der *Kapitaleigner*, der sein Kapital nutzen möchte, kann damit *ohne andere* buchstäblich nichts anfangen und schon gar nicht ein Unternehmen aufziehen. „Vermögen“ ist stets Vermögen im Rechtsverkehr, und *Sacheigentum*, das nicht höchst eigenhändig „gebraucht“, sondern wie auch immer mit Hilfe anderer genutzt wird, ist ein Freiheitsmedium des einzelnen in Verbindung mit anderen einzelnen. Wirklich „formal“<sup>67</sup> kann der Grundrechtsschutz des Rechtsstaates nur dort und nur solange sein, wie die einzelnen Freiheitsbereiche ähnlich wie im formenstrengen Sachenrecht als Objekt, als Bereich oder als Raum vorgestellt und behandelt werden. Vor der Freiheit des sozialen Kontakts kann ein solcher formaler Rechtsstaat nur kapitulieren oder — sich regenerieren.

Solange bei „Freiheit“ vor allem an beherrschte Lebensbereiche gedacht wurde, konnte sich die Rechtsstaatslehre mit einer sehr einfachen Vorstellung von Freiheit begnügen. Haus, Hof und Brunnen sind Sachen, die „nach Belieben“ behandelt werden durften (§ 903 BGB). Der Mitmensch und Nachbar taucht nur am Rande auf als Anlaß und zur Begründung von *Freiheitsgrenzen*, *-schränken* und Pflichten. Besteht der Lebens-

<sup>65</sup> Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953. — Vgl. auch Bachof, S. 211, 216, und Krüger, a.a.O. (Anm. 55), S. 503 f.

<sup>66</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, 4. Aufl. 1965, S. 165, 170.

<sup>67</sup> Zur Auflösung des Rechtsformalismus mit treffenden Beobachtungen von Max Weber Forsthoff, a.a.O. (Anm. 9), S. 52 f.

raum aber nicht mehr nur aus Sachen, die nach Gutdünken behandelt werden dürfen, sondern aus zwischenmenschlichen Beziehungen, nimmt die Freiheitsfrage eine komplexere, aber durchaus noch exakt erfassbare Gestalt an. Der Mensch und Nachbar taucht nicht mehr nur am Rande auf als Anlaß und zur Begründung von Freiheitsschranken, sondern als ganz konkrete *Bedingung* dieser Art von Freiheit überhaupt.

Damit ist mehr und viel Konkreteres gesagt als in dem berühmten Satz des BVerfG im Investitionshilfe-Urteil: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten, souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum — Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten<sup>68</sup>.“ Dieser Satz beschreibt im Grunde doch nur ein Individuum, das in seiner Einsamkeit frei und durch das Zusammenleben mit anderen nur gebunden ist, nicht eines, dem der Nächste und dem das Gemeinwesen aller auch ganz konkret (rechtstechnisch) zur Bedingung der Freiheit und zum Freiheitsverstärker werden können.

1. Freiheitsentfaltung von Menschen in sozialen Lebensräumen ist in höchst präziser Weise rechtstechnisch ein zwischenmenschliches Unternehmen: keine „einsame“, monokratische Herrschaft, vielmehr ein bilateraler oder multilateraler Prozeß. Idealtyp dieser Freiheit ist neben den besonderen (noch „sozialeren“) Freiheiten der Assoziation und Koalition (Art. 9 GG) die schlichte Vertragsfreiheit. Der Vertragsabschluß stellt sich dar als rechtstechnisch formalisiertes und rechtlich anerkanntes Aufeinander-Eingehen und Einander-Anerkennen im gemeinsamen Wollen. Da zum Vertrag nicht nur *ein* Wille gehört, der etwas in seiner Einsamkeit „nach Belieben“ verrichten will, sondern mindestens *zwei* Willensäußerungen, denen es „beliebt“, etwas *gemeinsam* zu wollen, muß man einander entgegenkommen: im idealtypischen Fall im Wege von Vertragsverhandlungen ebenbürtiger Vertragspartner. Bei stereotypen Verträgen muß sich das wechselseitige Entgegenkommen in der Form einer Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen (des beiderseitigen Freiheitsbedürfnisses) niederschlagen, so daß man wenigstens hypothetisch einander entgegengekommen und aufeinander eingegangen ist. Verglichen mit dieser anspruchsvollen, *mehrseitigen* Form und Rechtstechnik der Freiheit erscheinen die Sachherrschaft und alle mehr oder weniger nach ihrem Vorbild vorgestellten Freiheiten geradezu als Vorstufe der Freiheit, nämlich als Freiheit, die noch nicht gewohnt ist und es daher erst lernen muß, mit Menschen als Menschen umzugehen.

Die Vorliebe für Freiheitsvorstellungen sachherrschaftlicher Art erklärt sich unabhängig von der Sozialgeschichte und auch ohne Ideologiekritik recht einfach: bei der Sachherrschaft besteht keine nennenswerte Differenz zwischen dem, was man darf (nach Belieben verfahren), und dem, was man gerne möchte (nämlich nach Belieben handeln). Daher die Neigung, aus sozialen Kontakten Kontakte nach Art der Eigentümer-

<sup>68</sup> BVerfGE 4, 7 [15]; vgl. dazu *Forsthoff*, a.a.O. (Anm. 8), S. 192.

freiheit, also „beherrschte“ Kontakte zu machen, oder, wo soziale Kontakte auf Grund nachzüglerischer Rechtstechnik noch nach dem Vorbild des Eigentums ausgestaltet sind, sie in dieser Form zu erhalten. Wann immer der Begriff „Eigentum“ ins Feld geführt wird, um schuldrechtliche, gesellschaftsrechtliche oder unternehmensrechtliche Rechtstechniken kooperativer Freiheit zu bekämpfen, handelt es sich regelmäßig um Versuche, die bequemen und rücksichtsärmeren Verhaltensstrukturen, die für die Freiheit in beherrschten Lebensräumen gelten, in den Kontext der zwischenmenschlichen Beziehungen hinüberzuretten. Der *soziale Rechtsstaat* hat demgegenüber dafür zu sorgen, daß Eigentum und Vertragsfreiheit nicht aufgefaßt werden als „Ellenbogenfreiheit, der die Selbstbestimmung des Nächsten nichts und die eigene alles gilt“ (vgl. Hans Huber 269).

Es ist verhältnismäßig einfach, das Eigentum im Privatrecht gegen Übergriffe Dritter und im öffentlichen Recht gegen solche des Staates abzusichern. Eigentumsstörungen, Grenzverletzungen und Eingriffe in das Eigentum sind regelmäßig optisch sichtbar, gegenständlich faßbar und für jedermann als Einbuße oder Schaden bei dem Verletzten erkennbar. Viel subtiler aber sind die Einwirkungen in dem sozialen Lebensraum. Sie geschehen meist in der Weise, daß der Betroffene wirtschaftlichem Druck *nachgeben*, daß er sich wegen irgendwelcher Abhängigkeit *in etwas fügen* muß usw. Objekt der Einwirkung ist dabei das weiche und nachgiebige Medium der subjektiven Entschlußfassung. Die Wirkungen sind weitgehend unsichtbar, dafür aber um so spürbarer; denn die Eigentumsstörung trifft zunächst die Sache und nur mittelbar den Eigentümer — der Zwang auf die Entschließungsmöglichkeiten trifft den Betroffenen sofort direkt. Die faktischen Möglichkeiten, diese Eingriffe zu reklamieren, stehen dazu in genau umgekehrtem Verhältnis: Der offensichtliche Eingriff ins Eigentum läßt sich propagandistisch gut zur Schau stellen; die Einwirkung auf die Beschlußfassung hingegen indiziert Schwäche; wer laut darüber klagt, wirkt eher lächerlich, als daß er, wie der Eigentümer mit seiner Klage über Eigentumsverletzungen, Sympathien in der Empörung erwecken könnte.

Kommt es also auf die Entschließungsfreiheit an, muß der Schutz sozialer Lebensräume sich auf die Dynamik, nicht auf die Statik konzentrieren: bestehende Rechte zu Dritten sind eigentlich noch (oder schon) beherrschbare Beziehungen; den sozialen Lebensraum schützen, heißt dagegen vor allem, dafür Sorge tragen, daß das Bündel von Rechtsbeziehungen, die den sozialen Lebensraum ausmachen, zu freiheitsfreundlichen Bedingungen aufgebaut, ausgenutzt, fortgebildet, erhalten und umgestaltet werden kann. Die Knotenpunkte dieses Geschehens sind: das Zustandekommen von Rechtsbeziehungen; die Erfüllungsbedingungen; die Regelung des Kontaktes bei Dauerbeziehungen und die Beendigung von Rechtsverhältnissen. Auf diese Knotenpunkte pflegt der Staat häufig nicht direkt einzuwirken (Ausnahme: z. B. Wohnraumbewirtschaftung oder Leistungen der Verwaltung selbst), sondern auf dem Umweg über Privatrechtsgesetze oder noch „unauffälliger“ durch Rechtsregeln,

die Lehre und Rechtsprechung entwickeln und anwenden. Insoweit bleibt der Staat im Hintergrund. Aber er ist doch der *große mittelbare Täter und Vollstreckungsgehilfe*, der die Privaten gesetzlich gewähren läßt oder nicht und seinen Vollstreckungszwang zur Verfügung stellt.

2. Dem Rechtsstaat, der noch nicht sozial war, mochte es freistehen, so zu tun, als sei die Freiheit im großen und ganzen eine *einseitige* (durch die Existenz anderer nur begrenzte) Angelegenheit. Der soziale Rechtsstaat aber muß Freiheit stets für alle wollen, die an einem *bi- oder multilateralen* Prozeß gesellschaftlicher Freiheitsentfaltung beteiligt sind. Damit ergibt sich eine erste allgemeine Sozialregel: ein allgemeines Mehrseitigkeitsgebot für die rechtliche Regelung oder sonstige Beurteilung von Freiheitsprozessen im Kontext sozialer Lebensräume.

Der Freiheitsvorsprung freilich, den allein schon der Besitz von Vermögen verschafft, läßt sich nicht durch rechtstechnische Kunstgriffe aus der Welt schaffen, sondern nur durch wirksame Vermögensbildungspolitik mildern, insbesondere durch effektive Weichenstellung im Recht der Wertschöpfungsveranstaltungen (leistungsparitätische Vermögenszuwachsverteilung). Wohl aber kann der Staat dafür sorgen, daß zu dem faktischen Freiheitsvorsprung, den Vermögen verschafft, nicht noch ein weiterer Freiheitsvorsprung kraft Rechtsregel hinzukommt. Ebensovienig darf der Staat den faktischen Freiheitsrückstand, der mit dem Mangel an Vermögen einhergeht, durch sein Recht verschärfen, etwa indem er Bestimmungen in privatrechtlichen Verträgen gerichtlich gutheißt und vollstrecken hilft, die in den Vertrag nur kraft „Überlegenheit des Könnens, Durchsetzens und Herrschens im wirtschaftlichen Bereich“ hineingekommen sind<sup>69</sup>. Aus dem obigen Mehrseitigkeitsgebot und aus der allgemeinen Einsicht, daß der Rechtsstaat nicht als Schutzburg der beati possidentes mißbraucht werden darf (Forsthoff, 197), folgt eine zweite, schon wesentlich konkretere Sozialregel: ein allgemeines Verschärfungsverbot bei vermögensbedingtem Freiheitsvorsprung des Stärkeren und Freiheitsrückstand des Schwächeren.

Dieses Verschärfungsverbot kann in besonders „hautnahen“ Rechtsgebieten in ein Gebot umschlagen, die Freiheitsdifferenz zwischen Vermögendem und Nichtvermögendem zu mildern, vor allem, was den Verkehr des Bürgers mit dem Staat selbst betrifft. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur prozeßrechtlichen Stellung einer Partei, der das Armenrecht bewilligt worden ist, wie überhaupt die Armenrechtsregeln zeigen den richtigen Weg an<sup>70</sup>. Die einschlägige Sozialregel läßt sich als *Milderungsgebot* in Fällen besonders einschneidender Auswirkungen eines vermögensbedingten Freiheitsrückstandes formulieren.

Die drei erwähnten Sozialregeln sind Konkretisierungen der sozialen *iustitia normans*: Sozialregulative, die, wie es die *offene* Staatszielbestimmung erfordert, dem Gesetzgeber alle Freiheit bei der Ausgestaltung ein-

<sup>69</sup> Nach Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz Art. 74 Erl. 92.

<sup>70</sup> BVerfGE 9, 124 [129 ff.]; BVerfG DRiZ 1967, 235.

zelter Rechtsgebiete belassen und ihm nur solche Regelungen versagen, die aus recht genau angegebenen und nachprüfaren Gründen das Prädikat „unsozial“ verdienen. Auch diese Sozialregeln enthalten zwar noch kein im einzelnen durchgeformtes *ius normatum*, wohl aber Maßstäbe mit Verfassungsrang, an dem niederrangiges *ius normatum* gemessen und korrigiert werden kann<sup>71</sup>. Da sich häufig höchst verschiedenartige Freiheiten im sozialen Kontakt miteinander entfalten, sind die Sozialregeln auch nicht bereits in Art. 3 GG mitenthalten: wenn z. B. im Wohnraummietrecht die Vermögensinteressen des Vermieters und das Bedürfnis des Mieters, wenigstens einen letzten, kleinen beherrschbaren Lebensraum zu bewohnen, aufeinandertreffen, so sind zwar zwei Arten von Freiheit mit im Spiel, aber keine „wesentlich gleichen“ Sachverhalte.

3. Es gibt kein allgemeingültiges Rezept, das für jeden Typus von sozialem Kontakt die optimale Rechtstechnik für bi- und multilaterale Freiheit fertig liefert. Die Kontakte zwischen Staat und Bürger erfordern andere Lösungen als die der Bürger oder Gruppen untereinander. Punktuelle Kontakte erfordern andere Behandlung als lang andauernde, intensive („hautnahe“) andere als flüchtige, bilaterale andere als multilaterale, Freiheit im Unternehmen andere als Freiheit im Verband oder in der Universität.

a) Angesichts dieser Vielfalt von Konstellationen erscheint ein allgemeines Demokratisierungsgebot, wie *Abendroth* (126 ff.) und noch dezidiierter *Ridder*<sup>72</sup> es der Entscheidung des GG für den sozialen und demokratischen Rechtsstaat entnehmen, als zu pauschal, selbst wenn man berücksichtigt, daß dieses Gebot seine Grenze finden soll, „wo die Staatsbezogenheit der freien Gesellschaft aufhört“<sup>73</sup>. So richtig die zum verfassungsrechtlichen Allgemeingut gehörende Erkenntnis ist, daß Verfassungsbestimmungen nicht isoliert ausgelegt werden dürfen, daß also auch sozialer und demokratischer Staat keine beziehungslos nebeneinander stehende Begriffe sind, so unzulässig ist die generelle Übertragung des Modells „Demokratie“, von dem es vielerlei Arten gibt und das der Verteilung der *politischen* Freiheit auf Staatsbürger und Staatsführung dient, auf andere, sei es auch auf eminent politische Zusammenhänge innerhalb der Gesellschaft. Methodisch erarbeitet *Ridder* sich diese gesellschaftsdemokratisierende Dimension des Sozialstaats, indem er den Art. 20 Abs. 1 GG im Sinne eines gegen die nationalsozialistischen Praktiken gerichteten „Generalanliegens“ der Verfassung auslegt. Dieser Ansatz birgt die Gefahr, daß durch die weitgehende bloße Umkehrung einer abgelehnten Ordnung deren Mängel unter anderem Vorzeichen wieder auftauchen. Solch antithetisches Denken überwindet die Kategorien, mit denen es sich auseinandersetzt, nicht wirklich. Gleichwohl ist zu bedauern, daß *Ridder* in dem Sammelband nicht zu Worte kommt. Hier

<sup>71</sup> Dies zu *Forsthoff*, a.a.O. (Anm. 46), S. 67. Zwischen *iustitia normans* und *ius normatum* sind vielerlei Normen für die Normsetzung bzw. Normfindung denkbar.

<sup>72</sup> Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften nach dem Grundgesetz, 1960, S. 17 ff.

<sup>73</sup> a.a.O., S. 24, 28.

hätte sich auch neben Werner *Webers* thematisch verwandtem, sachlich aber grundverschiedenem Beitrag<sup>74</sup> ein auszugsweiser Abdruck der allgemeinen Partien des Gutachtens angeboten.

b) Aus dem Bereich des Verkehrs zwischen Staat und Bürger soll hier nur ein Komplex kurz berührt werden. Die Staatsrechtslehre hat in *Koppelungsgeschäften* der Verwaltung zwar stets eine Gefahr für den Rechtsstaat gesehen, nimmt ihnen gegenüber jedoch eine eher resignierende Haltung ein<sup>75</sup>. Hier vermögen die obigen Sozialregeln dem Rechtsstaat zu helfen, die Anpassungsfähigkeit seines am Eingriffsrecht ausgebildeten Instrumentariums jedenfalls für bestimmte Typen von Verkehrsgeschäften zu erkennen. Einen solchen Typus stellen die gebührenpflichtigen Leistungen dar. Je stärker der Bürger auf gebührenpflichtige Leistungen der Daseinsvorsorge angewiesen ist, desto erheblicher wird das Gebührenrecht unter sozialstaatlichem Gesichtspunkt. Zur Zeit kann die Verwaltung den Brotkorb der Daseinsvorsorge, schaut man nur auf die Maßstäbe für die Benutzungsgebühren, durch hohe Gebühren weit höher hängen, als es die Kosten erfordern: Leistungen der Daseinsvorsorge haben für den Bürger regelmäßig einen hohen Wert, eben weil es sich um Vorsorge für sein Dasein handelt. Nach dem „Äquivalenzprinzip“ darf die Gebühr nicht in einem groben Mißverhältnis zum Wert der Leistung stehen. In der Praxis bedeutet das leicht: je dringender der einzelne einer Leistung bedarf oder auf sie angewiesen ist, desto größer ihr Wert also für ihn ist, desto höher dürfen auch die Gebühren sein. Das ist zwar zugespitzt formuliert, trifft aber genau die sozialstaatswidrige Tendenz des subjektiv fast beliebig manipulierbaren<sup>76</sup> Äquivalenzprinzips. Nun hätte an sich das rechtsstaatliche Gewissen schon auf Grund des Erforderlichkeitsgebots anschlagen müssen. Doch erst die Anwendung der Sozialregel „Verschärfungsverbot bei vermögensbedingtem Freiheitsrückstand“ zeigt mit letzter Genauigkeit die verfassungsrechtliche Unzulänglichkeit des Äquivalenzprinzips. Die gebührenpflichtige Leistung *erfordert* stets einen mehr oder weniger genau abschätzbaren Aufwand. Daher kann sie sich nur leisten, wer den Aufwand bezahlen kann und wer damit schon über einen faktischen Freiheitsvorsprung verfügt. Jede Erhöhung der Gebühr über das Erfordernis der Kostendeckung

<sup>74</sup> Die Sozialpartner in der Verfassungsordnung, in: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, 1961, S. 239–261.

<sup>75</sup> *Ipsen*, S. 25; *Forsthoff*, S. 150, 152; *Bachof*, S. 227; *Bogs*, S. 514; *Hesse*, S. 567. Weniger besorgt hinsichtlich der Gefahr einer Konversion von Sozialfunktion in Herrschaft ist *Gehlen*, S. 338.

<sup>76</sup> Etwa durch rhetorisch-beispielhafte Einführung eines geeigneten Kontrastbeispiels: „Wird z. B. die Errichtung eines Staudammes für ein Kraftwerk genehmigt, das zehn Millionen DM oder fünfzig Millionen DM kostet, so könnte eine Gebühr von 10 000 DM oder 50 000 DM angemessen sein, während eine Gebühr von einer Million DM das Äquivalenzprinzip verletzen dürfte. Indem der Kläger die Erhöhung der Grundgebühr (für einen Fernsprechaufanschluß, D. S.) um 50 % beanstandet, verkennt er, daß auch die absolute Höhe dieser Gebühr in Betracht zu ziehen ist. Bei dem hohen Wert, den ein Fernsprecher für seinen Benutzer hat, kann eine Gebühr von monatlich 18 DM nicht beanstandet werden“ (BVerwG, MDR 1969, S. 168).

hinaus verschärft den Freiheitsrückstand des weniger Vermögenden. Sie bringt ihn um seine Freiheit in der Teilhabe an Appropriationsvorgängen oder sie rückt diese Freiheit doch wenigstens in eine einstweilen nicht erreichbare Ferne. — Da z. B. der zwischenmenschliche Verkehr weiträumig geworden ist und da die Kommunikation über Distanzen hinweg häufig an die Stelle des Gesprächs im kleinen Lebensraum tritt, wächst das Bedürfnis der Bürger nach Kommunikationsmitteln, die die Entfernung am wenigsten spüren lassen. Wenn nun die Verwaltung dieses Bedürfnis der Bürger nach einem Telefon ausnutzt, um Einnahmen zu erzielen, die den Aufwand um wenigstens 50 % übersteigen, so liefert sie den Modellfall dafür, wie es nicht sein soll. Nachträglich fällt es nun nicht schwer, rechtsstaatliche *Eingriffsmaßstäbe* auf zweiseitige *Verkehrsgeschäfte* zwischen Staat und Verwaltung zu übertragen: so wie der *einseitige* Eingriff von einem Zweck her nach Anlaß und Ausmaß legitimiert sein muß (Erforderlichkeit), so muß auch die an eine Begünstigung gekoppelte Last von ihrem Zweck her nach Anlaß und Ausmaß der Belastung legitimiert sein. Den Anlaß für die Gebühr liefert die Inanspruchnahme der besonderen Leistung der Verwaltung. Soll dieser Anlaß nun nicht Gelegenheit für eine Konversion von Sozialfunktion in Herrschaft (nämlich in rechtsstaatlich-steuerrechtlich nicht gebundene Fiskalgewalt) werden, dürfen zur Rechtfertigung der Eingriffstiefe nur Zwecke zugelassen werden, die mit der besonderen Leistung in sachlichem Zusammenhang stehen (leistungsakzessorische Zwecke)<sup>77</sup>.

c) Für den sozialen Kontakt der Bürger untereinander überlagern sich die obigen Erwägungen zur Rechtstechnik bei bi- und multilateraler Freiheit mit den unter dem Stichwort „Drittwirkung der Grundrechte“ zusammenfaßbaren Bestrebungen. Es ist eine Aufgabe für sich nachzuprüfen, wie weit die einzelnen Grundrechte davon berührt werden, daß sie nicht nur durch das Zusammenleben mit anderen begrenzt sind, sondern in vielen Fällen einen oder mehrere Partner in der Grundrechtsausübung voraussetzen. Dabei würden die Beiträge von Hans *Huber* (Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen<sup>78</sup>), von *Krause* (Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates<sup>79</sup>) und von Alfred *Hueck* (Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts<sup>80</sup>) reiches Material und vielfältige Anregungen liefern. Von dem hier eingenommenen Standpunkt sei nur auf eines hingewiesen: Wenn Freiheit im Kontext sozialer Lebensräume auch erfordert, aufeinander einzugehen, einander entgegenzukommen und einander anzuerkennen, so bedeutet das nicht zuletzt, daß man einander seine Individualität, genauer seine Willkür, seine Eigenheiten und seine Launen zugestehen muß, und zwar um so vorbehaltloser, je privater und intimer der einschlägige Kon-

<sup>77</sup> Im einzelnen *Suhr*, Fernsprechgebühren — Luxusabgaben auf die Daseinsvorsorge? BB 1968, S. 611—613.

<sup>78</sup> In: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, N.F. 74 (1955), Sonderheft „Aktuelle Verfassungsprobleme“, S. 173—207.

<sup>79</sup> In: BB 1955, S. 265—269.

<sup>80</sup> In: Staat und Bürger. Festschrift für Apelt, 1958, S. 57—72.



taktbereich für den Betroffenen ist. Man könnte hier geradezu von einer negativen Drittwirkung sprechen, wobei dieser Terminus kein Rechtsbegriff sein soll, sondern nur der Plausibilitätsvermittlung dient.

4. Es besteht ein Zusammenhang zwischen individuellem Lebensraum und „individueller Daseinsverantwortung“. Forsthoff hat diesen Zusammenhang und die Entwicklung von individueller über kollektive zur staatlichen Daseinsverantwortung beschrieben. Dabei kamen und kommen m. E. die zwischen der individuellen und der staatlichen Daseinsverantwortung liegenden Möglichkeiten zu kurz. Nicht nur die Koalition bietet eine Einrichtung, in der Daseinsmöglichkeiten durch die Solidarität der Gruppe gesichert werden. Auch und vor allem im Unternehmen, in dem der einzelne tätig ist und seinen Lebensunterhalt verdient, läßt sich sachnahe Daseinsverantwortung lokalisieren. Praktisch jeder Gedankengang, der sich um sachgerechte Formen der Verantwortung bemüht, führt auf den Selbstverantwortungs-, Genossenschafts- und Mitbestimmungsgedanken hin<sup>81</sup>. Das Sacheigentum war ein Freiheitsmedium typisch individueller Verantwortung. Als Organisationsgrundlage für große Unternehmen aber ist es längst zum Kapitaleigentum und zum Medium multilateraler, kooperativ wahrgenommener Möglichkeiten geworden, ohne daß das rechtsstaatliche Freiheitsdenken mit dieser Entwicklung in jeder Hinsicht Schritt gehalten hätte<sup>82</sup>. Die *Freiheitsfunktionen* des Eigentums (Gebrauchsfunktion, Tauschwertfunktion, Verfügungsmacht) sind bei größerem wirtschaftlichen Eigentum längst auf viele Beteiligte verteilt (vergemeinschaftet). Es handelt sich um sozialbedingtes Eigentum im wahrsten, oben erläuterten Sinne des Begriffs, um ein Eigentum, das im Alleingang gar nicht genutzt werden kann, sondern erst im Zusammenwirken aller Beteiligten zu dem wird, was es ist: zu wirtschaftlich genutztem Eigentum. Auch die Verantwortung ist schon weitgehend verteilt (vergemeinschaftet): Das Schicksal des Unternehmens trifft die Kapitaleigner an ihrem Anteil, die Verwaltung an ihren Posten und die Arbeitnehmer an ihrem Arbeitsplatz, und man kann sich darüber streiten, wen die Last des Risikos, des wirtschaftlichen Auf und Nieder am spürbarsten trifft. Der faktischen und rechtlichen Verteilung der Funktionen und der faktischen Verteilung der Verantwortung hat die rechtliche Verteilung der Freiheiten nachzuzufolgen, wenn der Konnex erhalten bleiben soll, der ursprünglich zwischen Eigentümerfunktionen und Eigentümerverantwortung bestand, und wenn nicht faktischer Freiheitsvorsprung rechtlich konserviert werden soll. Durch solche Gedanken wird durchaus nicht nur der Marsch in den Kollektivismus „mit intellektueller Begleitmusik illustriert“<sup>83</sup>. Das große wirtschaftliche Eigentum hat den Marsch in die Kollektivierung des Gebrauchs, der Nutzung und der Verantwortung längst hinter sich. Man kann sich nun dieses Ergebnis anschauen, auf kollektive (gewerkschaftliche) Gegenmacht verweisen und im übrigen hinnehmen, daß sachherrschaftliche Freiheitsvorstellungen

<sup>81</sup> Fechner, S. 93; Abendroth, S. 128; Bachof, S. 211 ff.; Bogs, S. 524 f.

<sup>82</sup> Vgl. zum folgenden meine Untersuchungen zum aktienrechtlich organisierten Eigentum (oben Anm. 58).

<sup>83</sup> Forsthoff, a.a.O. (Anm. 8), S. 195.

nach wie vor die Behandlung der Freiheitsverteilung im Unternehmen entscheidend mitbestimmen, oder man kann sich überlegen, ob das der Sinn der Eigentumsgarantie ist und ob dadurch wirklich die Freiheit geschützt wird. Hier strikt am überkommenen Grundrechtsverständnis festhalten, in der gutgläubigen Überzeugung, damit das Seine und das einzig Richtige für die Freiheit zu tun, kann sich eines Tages erweisen als unterlassene intellektuelle Hilfeleistung für die Freiheit, falls diese nämlich auf einem Gebiet und an der Front fallen sollte, die auf der Generalstabkarte vom formalen Rechtsstaat gar nicht eingezeichnet sind.

#### IV.

Es hat sich gezeigt: Bei bilateralen sozialen Kontakten muß der Rechtsstaat nach Möglichkeit für beide Beteiligten Freiheit wollen, bei multilateralen für alle Beteiligten. Bei Kontakten zwischen dem Bürger und dem Gemeinwesen schließlich sieht sich der Staat sogar in der Rolle, die Freiheit des einen und die Freiheit aller auf einen Nenner bringen zu müssen. Freiheit aller — d. h. Freiheit für das Gemeinwesen aller, also Freiheit für den Staat (vgl. *Fechner* 84). In dieser letzten Konstellation erkennt man leicht das vertraute Bild: hier die individuelle Freiheit des Bürgers und dort die Notwendigkeiten des Gemeinwesens und des Zusammenlebens. Dieses Verteilungsprinzip hat nur einen Sonderfall der Freiheitsverteilung zum Gegenstand, nämlich die Konstellation, in der sich Staat und Bürger gegenüberstehen. Hier läßt sich die Freiheit aller mehr oder weniger exakt aufspalten in individuellen Bewegungsspielraum hier und staatliche Gewalt dort. Wer den Rechtsstaat auf diesen Spezialfall der Freiheitsverteilung beschränken will, schuldet der Freiheit Rechenschaft: darüber, warum es dem Rechtsstaat gleichgültig ist, wie die Freiheit *im übrigen* verteilt wird, insbesondere, wenn Freiheit, die an sich mehrseitig ist, in einseitige Freiheit (nichtstaatliche Macht) und einseitige Unfreiheit (nichtstaatliches Unterworfensein) aufgespalten und in dieser aufgespaltenen Form gewährleistet wird. Klammert man, wie Forsthoff, diese Fragen (durch das „Verteilungsprinzip“) aus dem Rechtsstaat und (durch Beschränkung des Sozialen auf das Ökonomische; 151, 186) auch aus dem sozialen Staat aus, so wird der Freiheit in der Gesellschaft ein Platz zwischen den Stühlen angewiesen, wo sie sich durch Ausgrenzung vor den Blicken der Staatsrechtslehre wohl abgeschirmt, in Macht und Abhängigkeit spalten und zersetzen kann<sup>84</sup>.

Die Freiheit des Staates als eines sozialen Rechtsgestaltungsstaates<sup>85</sup> wird mit sozialen Eingriffs- und Gestaltungstoleranzen im Rahmen der

<sup>84</sup> Bei C. *Schmitt*, a.a.O. (Anm. 66), wird zwar festgestellt, Freiheiten verlieren ihren unpolitischen Charakter und mit ihrer individualistisch-menschlichen Eigenart auch die Absolutheit ihres Schutzes, sobald sie Macht verschaffen und nicht mehr dem Verteilungsprinzip entsprechen. Dabei richtet sich der Blick aber zu ausschließlich auf die Macht sozialer Verbände im Außenverhältnis. Doch auch im Innenverhältnis z. B. des sozialen Verbandes „Unternehmen“ verlieren die Grundrechte leicht ihren rein individualistischen Charakter und verschaffen Macht einzelner gegenüber anderen einzelnen, ohne daß diese Macht den sozialen Bereich verläßt und schon in den politischen hineinreicht.

Grundrechtsschranken und bei Ausgestaltung der Kooperationsbereiche sozialer Freiheit mit einer für die Betroffenen wertvollen Münze bezahlt. Es wäre daher ein Widerspruch in sich, dem Staat diese Freiheit durch eine enge Interpretation des Wortes „sozial“ wieder zu nehmen, die darauf hinausliefe, den sozialen Staat auf die Funktion des Verteilerstaats zu beschränken. Mit dieser Erwägung schließt sich der systematische Kreis, der bei der hermeneutischen Erkenntnis seinen Ausgang genommen hatte, daß „sozial“ ein zwar richtungweisender und nicht inhaltsloser, aber doch offener Begriff ist.

Wenn durch die Staatszielbestimmung bei aller Offenheit eine soziale Richtung gewiesen wird, so läßt sich die Marschrichtung des Gesetzgebers daran messen. Damit stellt sich die Frage nach der Verfassungsrechtstechnik, mit der die Einhaltung des Staatsziels sichergestellt werden kann. Diese Frage erledigt sich nicht durch die Erkenntnis, daß der Prozeß, in dem sich der Sozialstaat entwickelt, ohnehin faktisch irreversibel ist<sup>86</sup>; denn die eigentliche Frage lautet, ob die faktische Entwicklung in jeder Hinsicht in der Richtung verläuft, die die Staatszielbestimmung angibt. Daher scheint mir auch die Annahme einer institutionellen Garantie<sup>87</sup> für die Grundstrukturen des überlieferten Systems der sozialen Sicherheit (Versorgung, Versicherung, Fürsorge) der offenen Staatszielbestimmung nicht ganz angemessen. Sachgerechter dürfte die Annahme eines sozialen Rückschrittsverbots sein<sup>88</sup>. Die Schwierigkeit, im Streitfall den Rückschritt vom Versuch anderer Lösungen zu unterscheiden, dürfte kaum größer sein als die Schwierigkeit, Inhalt und Umfang der institutionellen Gewährleistungen zu bestimmen<sup>89</sup>. Immerhin ließe die Annahme eines Rückschrittsverbots den Versuch einer anderen Lösung zu, hätte also den Vorzug größerer Elastizität und Offenheit. In jedem Fall muß die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers (dazu *Scheuner* 505) respektiert werden. In der Kontrolle des Gesetzgebers kommt bekanntlich ein Mißtrauen der Verfassung gegenüber dem Parlament zum Ausdruck. Von diesem Gedanken her müssen auch die Ansatzpunkte und

<sup>85</sup> Vgl. Herbert *Krüger*, a.a.O. (Anm. 55), S. 706, 709.

<sup>86</sup> *Forsthoff*, a.a.O. (Anm. 8), S. 193, sowie (Anm. 14), S. 30.

<sup>87</sup> E. R. *Huber*, S. 610; W. *Weber*, a.a.O. (Anm. 3), S. 416.

<sup>88</sup> Vgl. zu Art. 15 GG Herbert *Krüger*, *Sozialisierung*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), *Die Grundrechte III 1* (1958), S. 310. — Ausdrücklich Thilo *Ramm*, *Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes* (1965), S. 58.

<sup>89</sup> Wie problematisch eine Rückschrittssperre ist, zeigt unbeabsichtigt *Lenz*, *Die unbehagliche Nähe der Koalitionsgarantie zum Sozialstaat*, in: H. *Maus* (Hrsg.), *Gesellschaft, Recht und Politik*, 1968, S. 228 ff., der auf dem Weg über Art. 9 III GG und ein „Verbot der sozialen Konterrevolution“ seine Vorstellung von *gewerkschaftlicher* Mitbestimmung in einzelnen Unternehmen zum gesicherten Besitzstand des sozialen Rechtsstaates und zum verfassungsänderungsfesten Kernbereich umfunktionieren möchte. In Konsequenz seiner Argumentation müßte *Lenz* den Arbeitgeberverbänden ein gleiches unmittelbares Mitbestimmungsrecht in den einzelnen Unternehmen einräumen, so daß von der Autonomie des Unternehmens samt seiner Arbeitnehmer nicht mehr viel übrig bliebe: viel Fremd- und wenig Selbstbestimmung verfassungsrechtlich petrifiziert.

Grenzen der richterlichen Parlamentskontrolle entwickelt werden. Hier kann jedoch der Frage, unter welchen Gesichtspunkten der Verfassungsgesetzgeber dem einfachen Gesetzgeber für den Sachbereich des Sozialen Mißtrauen entgegenbringen darf, nicht weiter nachgegangen werden. — Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gilt schließlich auch gegenüber Konkretisierungen des Sozialen durch die Exekutive und die Gerichte: die so erarbeiteten Rechtsvorschriften haben zunächst einmal den Rang des einfachen Gesetzes<sup>90</sup>.

Hinsichtlich der einzelnen Ausprägungen des Sozialen kann man wohl davon ausgehen, daß es rechtsstaatsfreundliche, schlicht rechtsstaatsverträgliche und schließlich rechtsstaatsunverträgliche Erscheinungsformen des Sozialen gibt. Durch Kumulation oder Kombination einzelner sozialstaatlicher Bausteine kann sich diese Beurteilung verschieben, und zwar bis hin zum Sozialstaatsexzeß, der für den Rechtsstaat tödlich und daher ausgeschlossen ist. Die Frage nach der Verträglichkeit von sozialem Staat und Rechtsstaat, auf welcher Normebene auch immer, kann daher nicht pauschal, sondern nur noch konkret, d. h. bezogen auf bestimmte Wirklichkeiten oder auf bestimmte Vorhaben gestellt werden. Außerdem darf der soziale Staat sich mit seinen Konkretisierungen nicht selbst im Wege stehen. Es dient also gerade auch dem sozialen Anliegen der Verfassung, wenn sie sich auf die Normierung eines Sozialregulativs beschränkt und auf die Sozialgesetzgebung verzichtet hat. —

Sieht man zu, wie der soziale Rechtsstaat sich heute mühsam Freiheitsbegriffe erarbeiten muß, die schon auf den Zustand bei Ausgang des vorigen Jahrhunderts gepaßt hätten, wird einem der Vorsprung der sozialen bzw. unsozialen Entwicklung so recht bewußt. Die heutige wissenschaftliche und medizinische, technische, kybernetische und industrielle Wirklichkeit verlangt wahrscheinlich ein Freiheitsdenken, von dem noch kaum vage Vorstellungen vorhanden sind. Doch ehe die Probleme von heute und morgen erfolgversprechend in Angriff genommen werden können, müssen die von gestern und vorgestern wenigstens begrifflich verarbeitet werden. Mehr als einen knappen Hinweis selbst hierzu konnten die vorstehenden Erwägungen nicht geben. Sie teilen das Schicksal der Gedanken, die in den Beiträgen des Sammelbandes vorgetragen werden: Sie holen den Vorsprung der Fakten nicht ein. Um aber der Wirklichkeit einen Weg in die Freiheit zu weisen, müßten die Gedanken sie überholen. — Was die Fakten vorantreibt, ist, neben wissenschaftlichem Wissensdurst, vor allem: Macht, in welcher Art auch immer sie auftreten mag. Wir können uns nur bemühen, daß die Freiheit nicht ganz den Anschluß an diese buchstäblich mächtigen Kräfte verliert. Sie verliert ihn bestimmt, wenn sie weiterhin mehr oder weniger wie Eigentümerbelieben vorgestellt wird. Es muß ernst gemacht werden mit der Erkenntnis: Der Nächste, die anderen und der Staat sind nicht nur potentielle Freiheitsgegner; der Staat ist auch nicht nur aktueller Freiheitshüter und -garant; der Nächste, die anderen und der Staat sind vielmehr auch Freiheitsbedingung, Freiheitspartner und Freiheitsgehilfen.

<sup>90</sup> W. Weber, a.a.O. (Anm. 3), S. 416.