

Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
===== **Band 64** =====

Der Sozialstaat in Deutschland und Europa

Christoph Enders, Ewald Wiederin

**Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld
von Eigenverantwortung und Fürsorge**

Rainer Pitschas, Helge Sodan

Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme

Peter J. Tettinger, Jens-Peter Schneider

Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates

Matthias Jestaedt, Gabriele Britz

Diskriminierungsschutz und Privatautonomie

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Jena vom 6. bis 9. Oktober 2004



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

Redaktion: Prof. Dr. Peter M. Huber (München)

☺ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 3-89949-219-6

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Copyright 2005 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH,
D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany
Diskettenkonvertierung: Dörlemann Satz, Lemförde
Druck: Hubert & Co., Göttingen
Einbandgestaltung: Christopher Schneider, Berlin

Inhalt

Jahrestagung 2004	5
-----------------------------	---

Erster Beratungsgegenstand

Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge

1. Bericht von Professor Dr. Christoph Enders	7
Leitsätze des Berichterstatters	49
2. Bericht von Professor Dr. Ewald Wiederin	53
Leitsätze des Berichterstatters	83
3. Aussprache und Schlussworte	85

Zweiter Beratungsgegenstand

Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme

1. Bericht von Professor Dr. Rainer Pitschas	109
Leitsätze des Berichterstatters	139
2. Bericht von Professor Dr. Helge Sodan	144
Leitsätze des Berichterstatters	169
3. Aussprache und Schlussworte	175

Dritter Beratungsgegenstand

Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates

1. Bericht von Professor Dr. Peter J. Tettinger	199
Leitsätze des Berichterstatters	232
2. Bericht von Professor Dr. Jens-Peter Schneider	238
Leitsätze des Berichterstatters	269
3. Aussprache und Schlussworte	274

Vierter Beratungsgegenstand

Diskriminierungsschutz und Privatautonomie

1. Bericht von Professor Dr. Matthias Jestaedt	298
Leitsätze des Berichterstatters	351
2. Bericht von Professorin Dr. Gabriele Britz	355
Leitsätze der Berichterstatterin	399
3. Aussprache und Schlussworte	403
 Verzeichnis der Redner	 437
 Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	 439
 Satzung der Vereinigung	 533

Jahrestagung 2004

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer tagte im Jahre 2004 vom 6. bis zum 9. Oktober in der alten Universitätsstadt Jena und damit zum fünften Male nach der deutschen Wiedervereinigung in den „neuen“ Bundesländern. Sie kehrte damit an den Ort zurück, an dem vor 80 Jahren, nämlich im April 1924, die erste formelle Tagung der zwei Jahre zuvor in Berlin gegründeten Vereinigung mit mehreren Referaten zu verschiedenen Gegenständen, allgemeiner Aussprache und anschließender Dokumentation in einem Tagungsband stattgefunden hatte. Hieran erinnerte auch der Dekan der Juristischen Fakultät, Prof. Dr. *Hartmut Oetker*, bei seiner Begrüßungsansprache am Donnerstagvormittag.

Tagungsort war im Jahre 2004 die Aula des Universitätshauptgebäudes am Fürstengraben, die durch das von Ferdinand Hodler zu Beginn des 20. Jahrhunderts geschaffene monumentale Wandbild („Auszug deutscher Studenten in den Freiheitskrieg von 1813“) in besonders eindrucksvoller Weise geschmückt und geprägt wird. An der Tagung nahmen mehr als 300 Mitglieder teil, des weiteren mehr als 150 Begleitpersonen und Gäste, unter ihnen auch zahlreiche ausländische Kollegen.

Bei der Mitgliederversammlung am Mittwochnachmittag gedachte die Vereinigung ihrer seit der letzten Tagung verstorbenen Mitglieder *Christoph Trzaskalik*, *Hans Marti* und *Albert Bleckmann*, denen sie stets ein ehrendes Andenken bewahren wird. Der Vorsitzende konnte mehr als 40 neue Mitglieder begrüßen, die sich der Versammlung kurz vorstellten. Mittlerweile zählt die Vereinigung mehr als 600 Mitglieder.

Das wissenschaftliche Programm stand unter dem Gesamthema „Der Sozialstaat in Deutschland und Europa“. Insgesamt acht Berichte zu den vier Einzelthemen griffen zentrale Aspekte verfassungs- wie verwaltungsrechtlicher Art auf und fanden ein durchweg lebhaftes Echo in der Aussprache, die der vorliegende Band neben den Vorträgen selbst wiedergibt.

Eingerahmt wurden die Berichte und Diskussionen durch abendliche Empfänge. Am Mittwochabend hießen der Rektor der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Herr Prof. Dr. *Klaus Dicke*, sowie der Oberbürgermeister der Stadt Jena, Herr Dr. habil. *Peter Röhlinger*, die Teilnehmer in der Campus-Mensa der Universität willkommen. Der Empfang der thüringischen Landesregierung am folgenden Abend fand nicht in Jena, sondern im geschichtsträchtigen Gebäude des Weimarer Nationaltheaters statt,

Tagungsort der Weimarer Nationalversammlung im Jahre 1919. Dort wurde die Vereinigung vom Justizminister des Freistaats, Herrn *Harald Schliemann*, begrüßt. Im Anschluß genoß man gemeinsam Giacomo Puccinis Einakter „Gianni Schicchi“.

Der traditionelle Samstagsausflug führte nach Erfurt, wo bei herrlichem Wetter Dom und Severi-Kirche sowie weitere Sehenswürdigkeiten der eindrucksvoll restaurierten Altstadt besichtigt wurden.

Ein besonders herzlicher Dank gilt den Kolleginnen und Kollegen aus Jena für die außergewöhnlich zeitintensive Vorbereitung und perfekte Durchführung der Tagung, allen voran Frau Prof. Dr. *Martina Haedrich*, die als kooptiertes Vorstandsmitglied die Hauptlast zu tragen hatte. Dankbar vermerkt wurde auch der Einsatz der Ehegatten bei den verschiedenen Punkten des Begleitprogramms, das sich mit seinen Führungen und Exkursionen regen Zuspruchs und großen Beifalls erfreute. Die Tagung fand insgesamt in einer zugleich entspannten wie konzentrierten Atmosphäre statt, in der – wie schon in seinem Tagungsbericht 1924 *Fritz Stier-Somlo* vermerkt hatte – „an die Arbeit zu gehen eine Freude war“.

Horst Dreier

Erster Beratungsgegenstand:

Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge

1. Bericht von Prof. Dr. *Christoph Enders*, Leipzig

Inhalt

	Seite
I. Einleitung: Der Sozialstaat des Grundgesetzes als Traditionsgut	9
II. Das Vorbild im historischen Modell des sozialen Rechtsstaats	14
1. Der soziale Impetus wechselseitiger Solidarität im Modell des „reinen“ Rechtsstaats	14
2. Die Entwicklung vom Polizeistaat zum Sozialstaat	17
a) Öffentliche Fürsorge im Rechtsstaat	17
b) Die Fortentwicklung zum vorsorgenden Sozialstaat	22
3. Das unvollendete Programm des Weimarer Sozialstaats	25
III. Sozialstaatliche Entwicklung und wohlfahrtsstaatliche Entgrenzung unter dem Grundgesetz	27
1. Die Fortentwicklung des Für- und Vorsorgegedankens und seine Ausdehnung auf die gesamte Staatstätigkeit in drei Stufen	27
a) Die Fortentwicklung des Für- und Vorsorgegedankens im Sozialrecht	27
b) Die Erstreckung des Sozialstaatsgrundsatzes auf die Rechtsbeziehungen Privater	29
c) Das Ausgreifen des Fürsorge- und Vorsorgegedankens auf die gesamte Staatstätigkeit	30
2. Unterstützende und gegenläufige Einflüsse und Tendenzen	31
a) Die Bekräftigung der sozialen Idee durch das Völker- und Europarecht	31
b) Die europaweite Stärkung des Für- und Vorsorgegedankens	32
c) Gegenläufige Tendenzen?	32

3.	Der verfassungsrechtliche Rahmen staatlicher Für- und Vorsorge	35
	a) Der entwickelte Sozialstaat	35
	b) Für- und Vorsorge als Prinzip des Wohlfahrtsstaates . .	45
	c) Absolute Grenzen für- und vorsorglichen Staatshandelns	46
IV.	Resümee: Das Prinzip der Freiheit als Grenze der Wohlfahrt	48

I. Einleitung: Der Sozialstaat des Grundgesetzes als Traditionsgut

Der Sozialstaat des Grundgesetzes versteht sich in Ergänzung zum Rechtsstaat (vgl. Art. 28 Abs. 1 GG). Denn dieser wird wesentlich durch die Grundrechte geprägt, die, als „echte, klassische“ Grundrechte,¹ ihre Durchschlagskraft aus einer fundamentalen Abstraktion beziehen: Von der empirisch-zufälligen Wirklichkeit menschlicher Existenz sehen sie bewusst ab. Sie orientieren sich ausschließlich an der jedem Menschen als Menschen gleichermaßen eigenen Möglichkeit, frei verantwortlich (autonom) zu handeln, an der Abstraktion und letztlich Fiktion seines Personseins, die man vernunftphilosophisch auf den Begriff der *Würde des Menschen* gebracht hat.² So garantieren sie³ die Realisierung des mit Art. 1 GG ausdrücklich⁴ anerkannten und feierlich zum Endzweck und

¹ Dazu A. Zinn 3. Sitzung des Grundsatzausschusses des Parlamentarischen Rats vom 21. September 1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. V, 1993, 33 (34, 35, 36); auch T. Heuss ebenda, 45; H. v. Mangoldt 22. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 18. November 1948, ebenda, 594; C. Schmid 9. Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rats vom 6. Mai 1949, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. IX, 1996, 437, mit kritischer Tendenz H. Renner ebenda, 460f.

² I. Kant entwickelt den Gedanken in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Weischedel (Hrsg.) Immanuel Kant. Werke, Bd. IV, 1983, 60, 68, 69 und fasst ihn zusammen in der Metaphysik der Sitten, ebenda, Tugendlehre, § 11, 569: „Allein der Mensch als *Person* betrachtet, d.i. als Subjekt einer moralisch-praktischen Vernunft, ist über allen Preis erhaben; denn als ein solcher ... ist er nicht bloß als Mittel zu anderer ihren, ja selbst seinen eigenen Zwecken, sondern als Zweck an sich selbst zu schätzen, d.i. er besitzt eine *Würde* (einen absoluten innern Wert), wodurch er allen andern vernünftigen Weltwesen *Achtung* für ihn abnötigt“.

³ Primär als Abwehrrechte; zu diesem Charakter aus der Entstehungsgeschichte L. Bergsträsser 3. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 21. September 1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. V, 29: „Die Grundrechte sind aus der Idee entstanden, die Einzelpersönlichkeit gegen den Staat abzugrenzen“; A. Zinn ebenda, 37: „Wenn man ... nur wenige klassische Grundrechte in das Staatsgrundgesetz aufnimmt, dann werden diese Grundrechte keine andere Bedeutung haben als eine Beschränkung der Staatsgewalt“; J. Schrage ebenda, 39: „Die Grundrechte haben ihren Ursprung in der Freiheit der Persönlichkeit und in dem Schutz dieser Freiheit gegen den Eingriff des Staates und seiner Verwaltung“; vgl. BVerfGE 7, 198 (204f.). Vgl. K. Stern Die Idee der Menschen- und Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (HGR), Bd. I, 2003, § 1 Rn. 59.

⁴ Das ist ein Novum in der Verfassungsgeschichte: Die Verfassung der Republik Irland vom 1. Juli 1937 nennt in ihrer Präambel zwar die Menschenwürde, stellt sie jedoch gleichrangig neben die Zielwerte u.a. der Freiheit des Individuums und einer gerechten

Ordnungsprinzip dieses vom Grundgesetz verfassten Staates erklärten⁵ *allgemeinen Rechtsanspruchs des Menschen*, als Träger von Rechten und Pflichten, respektiert zu werden.⁶

Es liegt in der Konsequenz dieser Abstraktion,⁷ dass das neben Freiheit und Gleichheit dritte Glied der überkommenen revolutionären Losung,

sozialen Ordnung. Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 wiederum statuiert mit dem „Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins“ lediglich ein die Wirtschaftsfreiheit begrenzendes Prinzip der staatlichen Ordnung des Wirtschaftslebens, Art. 151 Abs. 1 WRV, vgl. *G. Anschütz* Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. 1933, Art. 151 Anm. 1, 699; ähnlich Art. 41 Abs. 2 der Verfassung der Italienischen Republik vom 27. Dezember 1947. Auch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen (vom 10. Dezember 1948) kommt noch nicht zu einem Rangverhältnis zwischen Würde und Rechten. Dagegen wollte man im Parlamentarischen Rat nach *L. Bergsträsser* 4. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 23. September 1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. V, 63 „an die Spitze der Grundrechte einige Sätze ... stellen, die Absicht, Sinn und Grund der Grundrechte ganz kurz deutlich machen“; *H. v. Mangoldt* bezeichnet daher in der 22. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 18. November 1948 die „allgemeinen Ausführungen des Art. 1“ als „mehr präambelmäßig für die ganzen Grundrechte“, ebenda, 594; näher *C. Enders* Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, 404ff., insbesondere 416, 424f.

⁵ *C. Schmid* (Fn. 1), 437: „Letztlich ist der Staat dazu da, die äußere Ordnung zu schaffen, deren die Menschen zu einem auf der Freiheit des einzelnen beruhenden Zusammenleben bedürfen. Aus diesem Auftrag allein stammt letztlich die Legitimität seiner Machtausübung“; Garanten dieser Zweckbindung sind die Grundrechte, „deren der Einzelmensch bedarf, wenn anders er in Würde und Selbstachtung soll leben können“. Vgl. BVerfGE 5, 85 (204); 50, 290 (338): Ohne grundrechtliche Garantien sei „nach der Konzeption des Grundgesetzes ein Leben in menschlicher Würde nicht möglich“. Das BVerfG spricht darum auch von den „aus der Menschenwürde folgenden und ihren Schutz gewährleistenden Grundrechte“, BVerfGE 35, 202 (235).

⁶ Bereits BVerwGE 1, 159 (161); VG Hamburg, NVwZ 1988, 1058. Zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit des Menschen durch verfassungsmäßige Grundrechte *D. Grimm* Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft, in: ders. (Hrsg.) Die Zukunft der Verfassung, 1991, 67 (88); zur darauf bezogenen Grundlegungsfunktion des Art. 1 GG *C. Enders* (Fn. 4), 392, 427–432, 501 ff.; ebenso *K. Seelmann* Haben Embryonen Menschenwürde?, in: Kettner (Hrsg.) Biomedizin und Menschenwürde, 2004, 63 (67).

⁷ Die Wirklichkeit genießt als solche keine besondere Dignität und bietet umgekehrt keinerlei Grundlage für Rechtsansprüche. Nicht weil der Mensch physiologisch ein Lebewesen ist, gewährleistet ihm das Grundgesetz etwa das „Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit“ (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), sondern, ganz anthropozentrisch gedacht, weil der Mensch als Person (Rechtssubjekt), anders als die belebte wie unbelebte Natur im allgemeinen, einen Anspruch auf Achtung seines Integritätsinteresses hat, vgl. *J. Simon* Die fremde Vernunft und die Sprache der Philosophie, 2003, 405. Darum sind Männer und Frauen keineswegs, weil einander *tatsächlich* gleich, gleich zu behandeln; sie sind vielmehr *gleich berechtigt* (Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG).

die *Solidarität* (fraternité), da sie auf *tatsächliche* Bedürfnisse reagiert, unter der idealisierenden Voraussetzung von Freiheit und Gleichheit der Menschen⁸ schlechterdings nicht thematisiert werden kann.⁹ Im Parlamentarischen Rat hat man deshalb nur kurz erwogen, „Rechte wirtschafts- oder sozialpolitischer Art“ in das Grundgesetz aufzunehmen,¹⁰ um sich dann deutlich gegen verfassungsrechtlich verbindliche und vor allem: subjektiv berechtigende Aussagen zu den „sogenannten (scil. sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen) Lebensordnungen“ zu entscheiden.¹¹

⁸ *J. Locke* Zwei Abhandlungen über die Regierung, herausgegeben von Euchner, 8. Aufl. 2000, T. II, § 54, 232f.; *E. J. Sieyes* Was ist der Dritte Stand?, herausgegeben von Dann, 1988, 105.

⁹ Es sei denn in rechtlich unverbindlichen Programmsätzen; vgl. Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948: „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geist der Brüderlichkeit begegnen“ und dazu *H. v. Mangoldt* (Fn. 1), 596: „Etwas Derartiges können wir nicht aufnehmen. Das folgt daraus, daß die Menschenrechte der Vereinten Nationen einen ganz anderen Sinn haben ... Hier sind ... die Grundrechte mehr im Sinne eines Programms zu verstehen, während wir in Art. 1 gerade sagen: Wir wollen kein Programm ...“; ähnlich in der 26. Sitzung des Grundsatzausschusses, ebenda, 742: „Die Vereinten Nationen können sich das leisten, weil sie nur Programmsätze aufstellen und weil der Gesetzgeber dadurch nicht gebunden wird“; zu sozialen Grundrechten dann *ders.* 27. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 1. Dezember 1948, ebenda, 776 und 30. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 6. Dezember 1948, ebenda, 855 sowie, zum Recht auf (Aus-)Bildung, ebenda, 873.

¹⁰ *A. Zinn* (Fn. 1), 37.

¹¹ So *C. Schmid* und *H. v. Mangoldt* bereits in der 8. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 7. Oktober 1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. V, 217; *H. v. Mangoldt* 27. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 1. Dezember 1948, ebenda, 777: „Entweder bleiben wir bei den Menschheitsrechten, die wir kurz gefaßt haben, oder wir gehen in die Einzelheiten, dann müssen wir einen großen Abschnitt über die soziale und kulturelle Ordnung bringen“; *ders.* 30. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 6. Dezember 1948, ebenda, 855, 859f., 868. Auch etwa *W. Menzel* 27. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rats vom 15. Dezember 1948, in: Parlamentarischer Rat (Hrsg.) Verhandlungen des Hauptausschusses, 1948/49, 314, mit Kritik von *H.-C. Seebohm* ebenda, 316: „Schließlich sollen wir mit unserer Arbeit vor das Volk treten. Das wird außerordentlich schwer sein, da unser Werk nicht einmal die magersten Grundsätze über die soziale, wirtschaftliche und kulturelle Lebensordnung enthält“. Sodann *C. Schmid* (Fn. 1), 437, mit Kritik von *H. Renner* (Fn. 1), 460f., mangels sozialer und wirtschaftlicher Grundrechte könne das geschaffene Staatsgebilde nicht als „sozialer Staat“ gelten. Zum Ganzen auch *W. Cremer* Freiheitsgrundrechte, 2003, 366f. Zum spezifischen Charakter sozialer Grundrechte: *E.-W. Böckenförde* Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: *ders.* (Hrsg.) Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 146ff.; *D. Grimm* Soziale Grundrechte für Europa, in: *ders.* (Hrsg.) Die Verfassung und die Politik, 2001, 275 (insbesondere 279f.); *J. Isensee* Verfassung ohne soziale Grundrechte, Der Staat 19 (1980), 367ff. In an-

Demgemäß hat man das anfangs erwogene (Grund-), „Recht auf Sicherheit“ von vornherein nicht als Leistungsrecht aufgefasst und schließlich ganz entfallen lassen, da es so doch nur Ausfluss der persönlichen Freiheit sei.¹² Auch die ins Auge gefasste Garantie des Existenzminimums sollte in negativer Diktion lediglich die missbräuchliche Verweigerung des Mindestmaßes „der zum Leben notwendigen Nahrung, Kleidung und Wohnung“ ausschließen.¹³ Da eine solche Vorschrift ein Regime öffentlicher Bewirtschaftung voraussetzte, wurde sie in die Übergangsvorschriften verbannt und dort am Ende gestrichen.¹⁴

derer Weise entwickelt ein Recht auf soziale Teilhaberechte aus dem Gedanken der Teilhabegerechtigkeit im Privatrechtsverhältnis *M. Köhler* Freiheitliches Rechtsprinzip und Teilhabegerechtigkeit in der modernen Gesellschaft, in: Landwehr (Hrsg.) Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit, 1999, 103 (116f.).

¹² Vgl. *H. v. Mangoldt* 32. Sitzung des Grundsatzausschusses, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. V, 924; es blieb darum, ebenda, 925f., bei dem Eingriffsvorbehalt des Art. 2 Abs. 3, heute Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG. Stellungnahme des Allgemeinen Redaktionsausschusses vom 13. Dezember 1948 (Drucks. 370), in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. VII, 1995, 135 sowie ebenda (Drucks. 543), 205. Das „Recht auf Sicherheit“ war Bestandteil der verschiedenen Menschenrechtskataloge der französischen Revolution – Art. 2 der Erklärung der Rechte des Menschen und Bürgers vom 26. August 1789; Art. 1, 2 und 8 der Verfassung vom 24. Juni 1793; Art. 1 und 4 der Verfassung vom 22. August 1795 – und lief hier auf die Gewährleistung der allgemeinen Rechtsordnung hinaus, wie sie sich – als Schranke! – in Art. 2 Abs. 1 GG wiederfindet. Dazu auch *R. Herzog* Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, AöR 86 (1961), 194 (201). Mit Blick auf die grundrechtlichen Schutzpflichten weitergehend dann *J. Isensee* Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; ferner *W. Cremer* (Fn. 11), 258ff., 262 Fn. 466, 268.

¹³ Das blieb hinter einem Petitum *E. Forsthoffs* noch zurück, der außerdem einen Teilhabeanspruch gefordert hatte, vgl. *H. v. Mangoldt* 27. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 1. Dezember 1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. V, 780f., 783. Vgl. die Fassung der ersten Lesung im Hauptausschuss vom 10. Dezember 1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. VII, 802.

¹⁴ Vgl. zunächst Stellungnahme des Allgemeinen Redaktionsausschusses vom 13. Dezember 1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. VII, 135 sowie zustimmend *F. Eberhard* 32. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 11. Januar 1949, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. V, 925; ferner Fassung der 2. Lesung des Hauptausschusses vom 20. Januar 1949, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. VII, 281 (Art. 138 c-1: „Die im Rahmen einer öffentlichen Bewirtschaftung von Nahrung und Kleidung allgemein festgesetzten Bezugsberechtigungen dürfen einem Deutschen nicht verweigert werden“). Gemäß den Vorschlägen des Allgemeinen Redaktionsausschusses (Drucks. 751), ebenda, 526, wurde die Vorschrift in der vierten Lesung

Das *Grundrechtssystem* des Grundgesetzes enthält sich demnach – abgesehen von Programmsätzen zur tatsächlichen Gleichstellung (Art. 6 Abs. 4 und Abs. 5 GG; neuerdings Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG)¹⁵ – sozialer Maßgaben.¹⁶ Die Sorge für die persönlichen Mittel und Kräfte überlässt es der individuellen Eigenverantwortung in den Grenzen des gesetzlich bestimmten Gemeinwohls. Darin erweist sich das Grundgesetz als eine Verfassung primär rechtsstaatlicher Prägung.¹⁷ Fehlt es hier an Aussagen zu den Chancen tatsächlicher Entfaltung der jedermann gleich garantierter Freiheit, so erfüllt die Statuierung der Sozialstaatlichkeit des verfassten Gemeinwesens (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) offenkundig eine kompensatorische, eine *Ergänzungsfunktion*.¹⁸ Sie schließt durch eine prinzipielle Maßgabe auf der Ebene objektiven Verfassungsrechts die Lücke in der normativen Bestimmung der Staatstätigkeit, die sich im axiomatischen Rückgang auf die abstrakte Freiheitsidee aufturn musste. In dieser Ergänzungsfunktion negiert das Sozialstaatsprinzip nicht die grundlegende Fiktion gleicher menschlicher Freiheit. Aber es markiert ihr wesentypisches Defizit und verpflichtet den Staat, im Interesse materialer Gerechtigkeit auch für die *tatsächlichen* Voraussetzungen und Bedingungen der Freiheitsausübung Sorge zu tragen. Im Grundsatz soll allen die *wirkliche Chance* der Entwicklung ihrer Anlagen, des Gebrauchs ihrer Fähigkeiten und der Teilhabe am gemeinen Ganzen eröffnet werden.¹⁹ In diesem Sinne verankert der Sozialstaatsgrundsatz auch die So-

des Hauptausschusses ohne weitere Diskussion gestrichen, Fassung der vierten Lesung des Hauptausschusses vom 5. Mai 1949, ebenda, 532 ff. Teils anders *W. Cremer* (Fn. 11), 378 ff.

¹⁵ Weitergehend *H. F. Zacher* Das soziale Staatsziel, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 37.

¹⁶ Bei alledem war klar, so bereits *H. v. Mangoldt* in der 36. Sitzung des Grundsatzsausschusses vom 27. Januar 1949, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. V, 1041, „daß man volle Freiheit nicht gewähren kann, vielmehr die Freiheitsrechte sozial gebunden sind“. Wenn man ganz besonders das „soziale Eingebundensein“ des Eigentums betonte, wurde damit die – im Kern sittliche – Grundpflicht zum Ausdruck gebracht, „daß derjenige der Eigentum hat, dieses Eigentum auch so gebrauchen soll, daß damit den Zielen der Gesamtheit gedient und genützt wird“, *ders.*, 26. Sitzung des Grundsatzsausschusses vom 30. November 1948, ebenda, 1041. Dennoch wird hier insgesamt lediglich der hemmungslose Egoismus – unter gleichzeitigem Respekt vor Freiheit und Eigentum – in die gesetzlichen Schranken der Gemeinverträglichkeit gewiesen; vgl. auch die darauf bezogene Rede vom „Menschenbild des Grundgesetzes“, BVerfGE 4, 7 (15 f.); 45, 187 (227 f.).

¹⁷ *E. Forsthoff* Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12 (1954), 8 (21 ff.).

¹⁸ *E. Forsthoff* (Fn. 17), 31, 33.

¹⁹ *H. F. Zacher* (Fn. 15), § 28 Rn. 21; vgl. auch *E.-W. Böckenförde* Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: *ders.* (Hrsg.) Recht, Staat, Freiheit, 1991, 143 (159, 161 f.).

zialgestaltung als positives Ziel der Staatstätigkeit auf Verfassungsebene, die in den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten und den Kompetenzvorschriften nur als Möglichkeit aufleuchtet. Das Staatshandeln wird in den Grenzen des Rechtsstaats (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) für materiale Gehalte geöffnet und dynamisiert.

Über diese materialen Gehalte, über die Bereiche und die Art und Weise ihrer Verwirklichung sagt die Zielbestimmung jedoch nichts. Die Entstehungsgeschichte gibt keine Auskunft; das soziale Element der Staatsverfassung wurde nie diskutiert.²⁰ Dieser Umstand erlaubt indessen einen *Umkehrschluss*:²¹ Der Grundgesetzgeber verstand den Sozialstaat offenkundig als etwas historisch Selbstverständliches.²² Den tradierten Standard sozialer Zielsetzungen, Einrichtungen und Instrumente wollte er nicht völlig neu definieren, sondern an ihn als ein Traditionsgut anknüpfen, wo die Entwicklung abgebrochen war.

Es ist darum in einem ersten Schritt in historischer Perspektive zu rekonstruieren (II.), welche „selbstverständlichen“ Erscheinungsformen der Sozialstaatlichkeit dem Grundgesetz, vor allem mit Rücksicht auf seine rechtsstaatliche Rahmenordnung, zum Vorbild dienen konnten. Daraus erschließen sich normative Eckdaten der Sozialstaatlichkeit. In einem zweiten Schritt (III.) erweist sich, dass unter dem Grundgesetz nicht nur die Entwicklung der Sozialstaatlichkeit in mancher Hinsicht zur Vollendung gekommen ist. Die Ausdehnung des Sozialstaatsgrundsatzes und schließlich die Entgrenzung des Für- und Vorsorgegedankens führen neue Problemlagen herauf. Am Ende ist daher nach den Schranken zu fragen, die die Verfassung der Entfaltung des Sozialstaats und der mit ihm etablierten und legitimierten Denk- und Handlungsformen zieht.

II. Das Vorbild im historischen Modell des sozialen Rechtsstaats

1. *Der soziale Impetus wechselseitiger Solidarität im Modell des „reinen“ Rechtsstaats*

Kann der Rechtsstaat *als solcher* überhaupt in einer sozialstaatlichen Tradition stehen? Nach einer gängigen These ist der bürgerliche Rechtsstaat in seinem ursprünglichen philosophischen Begriff durch völlige Enthalt-

²⁰ Vgl. H. F. Zacher (Fn. 15), § 28 Rn. 15; bereits W. Weber Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat 4 (1965), 411 ff.

²¹ Er findet in den Regelungen vor allem der Gesetzgebungskompetenz seine Bestätigung, H. F. Zacher (Fn. 15), § 28 Rn. 17.

²² So auch H. F. Zacher (Fn. 15), § 28 Rn. 12, 22.

samkeit auf dem Gebiet des Sozialen geprägt:²³ ein Staat, der die Rechtsordnung der bürgerlichen Gesellschaft nicht gezielt gestaltet, sondern voraussetzt und dessen Daseinszweck sich im Schutz dieser auf Privatautonomie gegründeten Ordnung und in der Wahrung ihrer Grundprinzipien der Freiheit und Gleichheit erfüllt (Rechts- und Sicherheitszweck). Die allgemeine Wohlfahrt ist nicht Konstruktionsprinzip, damit auch nicht Ziel der Staatstätigkeit, sie ist Resultat, das sich im freien Gehen- und Gesehenlassen von selbst herstellt.

Überprüft man die These an dem für sie in Anspruch genommenen Rechtsstaats-Modell *Immanuel Kants*, so bedarf sie der Präzisierung: In der Tat konstruiert *Kant* den bürgerlichen oder staatlichen Zustand aus dem *Rechtsbegriff der gleichen Freiheit jedes Einzelnen*, mit der die *bürgerliche Rechtsgleichheit* einhergeht und zu der die *bürgerliche Selbständigkeit* hinzutreten muss.²⁴ Die Herrschaft des allgemeinen Gesetzes²⁵ verbürgt diese gleiche äußere Freiheit.²⁶ Zu diesem durchgängigen Konstruktionsprinzip der Freiheit passt, dass das (Rechts-)Verhältnis der Staatsgewalt zum Bürger nicht auf Wohlwollen gebaut werden kann. Der stetige Bezugspunkt muss die Selbstbestimmung bleiben. Andernfalls würde Unmündigkeit zum Prinzip erkoren: Das wäre die paternalistische Umkehrung des Grundgedankens der freien Selbstbestimmung.²⁷

²³ Hierzu *E.-W. Böckenförde* (Fn. 19), 147f.

²⁴ *I. Kant* Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: Weischedel (Hrsg.) *Immanuel Kant. Werke*, Bd. VI, 1983, 125 (144ff.).

²⁵ Zu dem ein jeder Adressat – idealiter, dem Modell nach (!) – seine Beistimmung gegeben hat; *I. Kant* Streit der Fakultäten, in: Weischedel (Hrsg.) *Immanuel Kant. Werke*, Bd. VI, 1983, 261 (359, Anm.): „Aber dieses Recht (scil.: der Menschen) ist doch immer nur eine Idee ...“.

²⁶ *I. Kant* Metaphysik der Sitten (Fn. 2), §§ 46, 47; vgl. bereits ebenda, 329f. Das Gesetz ist in der Republik selbstherrschend, das „Oberhaupt der Staatsverwaltung“ repräsentiert nur den im Gesetz formulierten allgemeinen Willen, *ders.* ebenda, § 52, 464; ferner vor allem *ders.* Zum ewigen Frieden, in: Weischedel (Hrsg.) *Immanuel Kant. Werke*, Bd. VI, 1983, 207. Maßgeblich für die Bildung des allgemeinen Willens und damit Staatsbürger (citoyens) sind freilich, kraft „Fähigkeit der Stimmgebung“, nach *I. Kant* Metaphysik der Sitten (Fn. 2), Rechtslehre, § 46, nur die Selbständigen, denen „bürgerliche Persönlichkeit“ zukommt, „in Rechtsangelegenheiten durch keinen anderen vorgestellt zu werden“.

²⁷ *I. Kant* (Fn. 24), 145f.; besonders deutlich *ders.* (Fn. 25), 261 (359, Anm.): Auf „das Prinzip kommt es an ... Wohlfahrt aber hat kein Prinzip, weder für den, der sie empfängt, noch der sie austellt ... Ein mit Freiheit begabtes Wesen kann und soll also, im Bewußtsein dieses seines Vorzuges vor dem vernunftlosen Tier, nach dem formalen Prinzip seiner Willkür keine andere Regierung für das Volk, wozu es gehört, verlangen, als eine solche, in welcher dieses mit gesetzgebend ist: d.i., das Recht der Menschen, welche

Damit ist freilich nur gesagt, dass Wohltätigkeit von hoher Hand als durchgängiges Konstruktionsprinzip des Staatsrechtsverhältnisses ausscheidet, nicht aber, dass sie in diesem nicht auch ihren Platz hätte. Der „allgemeine Volkswille“ vereinigt sich nämlich nach *Kant* „zu einer Gesellschaft ... , welche sich immerwährend erhalten soll, und zu dem Ende sich der inneren Staatsgewalt unterworfen (hat), um die Glieder dieser Gesellschaft, die es selbst nicht vermögen, zu erhalten“. Daraus ergibt sich nun doch ein *Verhältnis von Recht und Pflicht*: Der Staat hat das Recht, sich auf den Zweck dieser Unterwerfung unter die Staatsgewalt zu berufen und in Verfolgung des Erhaltungszwecks zwangsweise Abgaben zu erheben. Dem korrespondiert die Pflicht der vermögenden Staatsbürger Abgaben zu leisten, aus denen diejenigen erhalten werden können, die dazu „selbst den notwendigsten Naturbedürfnissen nach“ nicht in der Lage sind. Diese zur solidarischen Rechtspflicht gesteigerte Verantwortung eines jeden für die Erhaltung der Mitbürger erlaubt die „Versorgung der Armen durch laufende Beiträge, so daß jedes Zeitalter die Seinigen ernährt“.²⁸

Auch das Modell des „reinen“ Rechtsstaats kommt also nicht aus ohne das soziale Moment der wechselseitigen solidarischen Erhaltung der Gesellschaftsglieder.²⁹ Weil es ihm aber in erster Linie darum geht, die Möglichkeit bürgerlicher Freiheit zu konstruieren und den Staat als ihre mit Zwangsgewalt verbundene Garantie,³⁰ fehlt es dem Modell an der Vorstellung einer weitergehenden, aktiven Sozialgestaltung. Der soziale Impetus wechselseitiger Solidarität betätigt und erschöpft sich daher im wesentlichen in den bestandserhaltenden und ausgleichenden *Aktivitäten des Steuerstaats*, namentlich der Armenfürsorge.³¹

gehoren sollen, muß notwendig vor aller Rücksicht auf Wohlfinden vorhergehen, und dieses ist ein Heiligtum, das über allen Preis (der Nützlichkeit) erhaben ist, und welches keine Regierung, so wohlthätig sie auch immer sein mag, antasten darf“.

²⁸ *I. Kant* *Metaphysik der Sitten* (Fn. 2), *Rechtslehre*, § 49, *Allgem. Anmerkung C*, 446f., mit gleichzeitiger Kritik an frommen Stiftungen. Vgl. Art. 21 der Französischen Verfassung vom 24. Juni 1793.

²⁹ *I. Kant* zieht darüber hinaus sogar eine „Besteuerung der Hagestolzen beiderlei Geschlechts“ in Erwägung, Sonderabgaben also für vermögende Ledige, aus denen Findelhäuser zur Unterbringung ausgesetzter Kinder finanziert werden sollen, *Metaphysik der Sitten* (Fn. 2), *Rechtslehre*, § 49, *Allgem. Anmerkung C*, 447.

³⁰ Das so verstandene öffentliche Recht enthält „nicht mehr oder andere Pflichten der Menschen unter sich, als in jenem (scil. vorstaatlichen Zustand des Privatrechts) gedacht werden können; die Materie des Privatrechts ist eben dieselbe in beiden“, *I. Kant* *Metaphysik der Sitten* (Fn. 2), *Rechtslehre*, § 41, 424. Schon die polizeimäßige Verwaltung kommt nur ganz am Rande vor, ebenda, § 49, *Allgem. Anmerkung B und C*, 445f., 448.

³¹ Zum Steuerstaat vgl. *J. A. Schumpeter* *Die Krise des Steuerstaates*, in: *Schneider/Spiethoff* (Hrsg.) *Joseph A. Schumpeter. Aufsätze zur Soziologie*, 1953, 1 (21); *K. Vogel*

2. Die Entwicklung vom Polizeistaat zum Sozialstaat

a) Öffentliche Fürsorge im Rechtsstaat

Ein Blick auf die *Geschichte* zeigt nun, dass auch der sozial abstinentere liberale Ordnungsstaat als reale Erscheinungsform des Rechtsstaats³² in Wirklichkeit nie existiert hat. Denn der *Rechtsstaat* der bürgerlichen Gesellschaft hat den obrigkeitlichen *Polizeistaat*, gegen den er sich richtete, historisch nur allmählich und nicht in jeder Hinsicht überwunden. Der staatsrechtliche Gegensatz ist freilich signifikant;³³ Der Polizeistaat fand seine *Legitimationsgrundlage* am *Zweck der umfassenden Sorge für das gemeine Wohl*.³⁴ Sicherheit und Wohlfahrt der Untertanen (die „gute Polizey“)³⁵ oblagen der originären Definitionsgewalt der monarchischen Exekutive. Der Einzelne begegnete ihr als Objekt der Realisierung des Gemeinwohlzwecks, sie trat ihm nicht in einem Rechtsverhältnis gegenüber.³⁶ Demge-

Rechtfertigung der Steuern – eine vergessene Vorfrage, *Der Staat* 25 (1986), 481 (494 ff); vgl. auch *E. Forsthoff* (Fn. 17), 31: „Der moderne Rechtsstaat ist Sozialstaat wesentlich in seiner Funktion als Steuerstaat“.

³² Die verfassungshistorische These vom liberalen Ordnungsstaat bei *D. Grimm* Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, in: ders. (Hrsg.) *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, 197 (200 ff.) und ähnlich *ders.* *Die Zukunft der Verfassung*, ebenda, 397 (401 ff.). Es handelt sich freilich auch hier, wie *D. Grimm* ebenda, 399 Fn. 4 betont, um ein Modell. Das impliziert, dass bestimmte Strukturen in zweckdienlicher Überzeichnung sich deutlich abheben, andere in den Hintergrund treten. Noch pointierter spricht *C. Schmitt* Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: *Anschütz/Thoma* (Hrsg.) *HbDStR II*, 1932, § 101, 572 (580 Fn. 24) von dem „Prinzip einer freien, den Staat als ihre Schutzorganisation aus sich herausstellenden Gesellschaft“.

³³ Zu diesem politisch wie staatsrechtlich maßgeblichen Gegensatz *O. Mayer* *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, 3. Aufl. 1924, 38 ff., 203 ff.; *W. Martens* in: *Drews/Wacke/Vogel/Martens* (Hrsg.) *Gefahrenabwehr*, 9. Aufl. 1986, 4 ff.; vgl. auch *C. Enders* *Die Privatisierung des Öffentlichen durch die grundrechtliche Schutzpflicht*, *Der Staat* 35 (1996), 351 (371 f., 373 f.).

³⁴ Zur zugleich begrenzenden Funktion dieser Zweckbestimmung *T. Württemberg* *Von der Aufklärung zum Vormärz*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.) *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. I, 2003, § 2 Rn. 57 ff.

³⁵ Außerhalb der Bereiche Justiz, Finanzen, Militär; vgl. *H. Boldt* *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. II, 1990, 22, 29; *E. R. Huber* *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. I, rev. Nachdruck der 2. Aufl. 1990, 106 (zum PrALR), 175 f.

³⁶ *O. Mayer* (Fn. 33), 39 („Das Recht hat nichts damit zu tun“), 47 Fn. 17, 107 Fn. 7; zusammenfassend *C. Enders* (Fn. 33), 370 Fn. 99, 373 f. Die hoheitlichen Maßnahmen wurden daher nach rechtlich ungebundenem Ermessen und im polizeistaatlichen Schluss vom Zweck auf die Mittel getroffen; nach *C. v. Rotteck* *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, Bd. III, 1834, 3. Teil, § 7, 289, darf und soll die Polizei „alles dasjenige thun, anordnen, befehlen, was der *Staatszweck* (und zwar insbesondere die innere Sicherheit, und wenn man will, auch die Wohlfahrt ...) erheischt oder rätlich macht“; vgl. *O. Mayer* (Fn. 33), 204, 225 Fn. 21, zum polizeistaatlichen Schluss vom Zweck auf die

genüber fußte der *Rechtsstaat* auf dem Prinzip der gleichen gesetzlichen Freiheit aller, vor dem staatliches Handeln sich zu legitimieren hatte.³⁷ Damit ging auch das Postulat einher, dass *allein der Sicherheitszweck* (Gefahrenabwehr) mit polizeilichem Befehl und Zwang verfolgt werden solle, die Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt sich anderer Mittel zu bedienen habe, weil man auf diesem weitläufigen Gebiet besonders die Bevormundung des Staates befürchtete.³⁸ Da sich aber das *Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung* erst spät, mit Einführung der Verwaltungsrechtsprechung durchsetzte, blieb das Verwaltungshandeln ungebunden und diese Grenze zwischen Sicherheits- und Wohlfahrtszweck im Fluss,³⁹ bis die Wohlfahrtspflege aus der allgemeinen polizeilichen Zwangsgewalt durch Richterspruch verbannt wurde und damit *Eingriffs- und Leistungsverwaltung* kategorial geschieden waren.⁴⁰

Mittel. Weil die Bürger auch als latente Gefahr für die ungehinderte Realisierung des Staatszwecks erschienen, war vorsorglich verboten, was nicht ausdrücklich erlaubt wurde. Also konnte die „Begrenzung“ der Polizeigewalt allein aus ihrem *Begriff* gefolgert werden, wo nicht eine äußere Rechtsschranke ausdrücklich und ausnahmsweise formuliert wurde, etwa *G. Anschütz* Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, *VerwArch* 5 (1897), 1 (100). Vgl. *T. Nipperdey* Deutsche Geschichte 1800–1866, 1983, 401.

³⁷ *C. v. Rotteck* Art. Freiheit, in: ders./Welcker (Hrsg.) Das Staats-Lexikon, Bd. V, 2. Aufl. 1847, 179 (184, 185); zu den Beratungen in der Paulskirche auch der Nachweis der Äußerung des Abgeordneten *C. Spatz* in: Scholler (Hrsg.) Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche, 2. Aufl. 1982, 131 f.; ferner *G. Anschütz* Die Verfassungs-Urkunde für den preußischen Staat, Bd. I, 1912, Vorbem. zu Titel II Anm. 3, 97, Art. 5 Anm. 3, 133 f. *C. Schmitt* Verfassungslehre, 1928, 126 f. spricht später mit Blick auf dieses Vorrangverhältnis und die staatliche Rechtfertigungslast vom „rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip“. Damit ist überhaupt erst ein *Rechtsverhältnis* zwischen Staat und Bürger begründet.

³⁸ *O. Mayer* (Fn. 33), 205 Fn. 8 mwN. Ob die Beschränkung der polizeilichen Zwangsgewalt auf den Sicherheitszweck wirklich bereits in § 10 II 17 PrALR festgeschrieben ist, so *W. Martens* (Fn. 33), 4f. im Anschluss an *P. Badura* Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaats, 1967, 34f., ist zweifelhaft, vgl. *O. Mayer* (Fn. 33), 82 Fn. 3 sowie *E. R. Huber* (Fn. 35), 175 Fn. 1.

³⁹ Zur „rechtsstaatlichen“ Wirklichkeit polizeistaatlicher Wohlfahrtspflege *W. Martens* (Fn. 33), 5f.; ferner *M. Stolleis* Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, 30.

⁴⁰ Insbesondere PrOVGE 9, 353 vom 14. Juni 1882 (restriktiver) Uminterpretation von § 10 II 17 PrALR. *C. Brinkmann* Besprechung von K. Wolzendorf, Der Polizeigedanke des modernen Staates, *Schmollers Jahrbuch* 42 (1918), 388 (390) spricht insofern von der „herrschende(n) liberalisierende(n) Neigung der heutigen Praxis, die Polizeigewalt von den fördernden auf die schützenden Tätigkeiten zurückzudrängen“; darauf rekurriert auch BVerwGE 1, 159 (160f.). Die mit dieser Überlegung verbundene zentrale Differenzierung zwischen hoheitlichem Zwang und Leistungserbringung für die moderne Verwaltung beschreibt *E. Forsthoff* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. 1973, 368ff., 370 Fn. 3; angelegt ist sie bereits im berühmten Diktum von *F. J. Stahl* Die Phi-

Angesichts dieser fließenden Übergänge zwischen Sicherheits- und Wohlfahrtszweck kann von sozialgestalterischer Enthaltbarkeit des Rechtsstaats historisch nicht die Rede sein. Das *Armenwesen* jedenfalls blieb angesichts des mit der Überbevölkerung einsetzenden *Pauperismus*⁴¹ auch für den aufkommenden Rechtsstaat „einer der allerwichtigsten Gegenstände der Staatsfürsorge“.⁴² Diese öffentliche Fürsorge,⁴³ die im Falle echter individueller Bedürftigkeit das zur Erhaltung absolut Unentbehrliche gewähren sollte,⁴⁴ oblag – aus der Perspektive des Sicher-

losophie des Rechts, Bd. II, Zweite Abtheilung, 3. Aufl. 1856, 138f., nach dem die Rechtsstaatlichkeit sich nicht in Ziel und Inhalt staatlicher Betätigung äußere, sondern nur in „Art und Charakter dieselben zu verwirklichen“. Mit dieser Unterscheidung kommt auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit als rechtliche (rechtsstaatliche) Grenze hoheitlicher Eingriffe zum Tragen *O. Mayer* (Fn. 33), 223; *F. Fleiner* Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, 404f.

⁴¹ Zum Pauperismus *T. Nipperdey* (Fn. 36), 219ff.

⁴² *C. v. Rotteck* Art. Armenwesen, in: ders./Welcker (Hrsg.) Das Staats-Lexikon, Bd. I, 2. Aufl. 1845, 670. Hierzu und zum folgenden mit teilweise anderer Akzentuierung auch *M. Stolleis* (Fn. 39), 23ff.

⁴³ Sie oblag zunächst den Gemeinden etwa gem. der Preußischen Städteordnung von 1808 (PrGS 1806–1810, 324) §§ 179 lit. c, 186. Die „Armendirektion“ (mit den vier Hauptzweigen Unterhalt, Krankenpflege, Beschäftigung und Erziehung) verfügte hiernach nicht über einen eigenen Etat, sondern erfüllte ihre Aufgabe im Regelfall durch Überwachung der mildtätigen Stiftungen und im Rückgriff auf private Spenden; nur wenn damit die „Erhaltung der ganz hilflosen Einwohner“ nicht erreicht werden konnte, musste die Stadtverordnetenversammlung Mittel gewähren; die Gemeinden standen unter staatlicher Aufsicht; dazu *E. R. Huber* (Fn. 35), 176; vgl. bereits §§ 1, 10, 27, II 19 PrALR. Ferner dann vor allem Preuß. Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. Dezember 1842 (PrGS 1843, 8); insbesondere § 1. Zur sachlichen Begründung der Zuständigkeit der Gemeinden vgl. *C. v. Rotteck* (Fn. 42), 670 (676f., 679: „Denn die Gemeinde ist ein Staat im Kleinen ...“); zur Erlangung der Mittel, ebenda, 675, 676; zur Staatsaufsicht mit Blick auf die Armenpflege, ebenda, 678f. Vgl. sodann im Anschluss an das Bundes-Gesetz über die Freizügigkeit vom 1. November 1867 (BGBl 55) das Gesetz des Norddeutschen Bundes über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 (BGBl 360) in der Fassung des Reichsgesetzes vom 12. März 1894 (RGBl 259) und dazu Preuß. Gesetz betreffend die Ausführung des Bundesgesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 8. März 1871 (PrGS 130) und Abänderungs- und Ergänzungsgesetz vom 23. Juli 1912 (PrGS 195) mit Ablösung des ursprünglichen „Heimatrechts“ und Zuständigkeit der Ortsarmenverbände und (hilfsweise) der Landarmenverbände; dazu *F. Fleiner* (Fn. 40), 110f.; ferner *L. v. RönnelP. Zorn* Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie, Bd. II, 5. Aufl. 1906, 170ff. Die Rechtslage in Bayern beschreibt *M. Seydel* Staatsrecht des Königreichs Bayern, 1888, 252ff., 257f.

⁴⁴ Zum dergestalt begrenzten Umfang bereits *I. Kant* Metaphysik der Sitten (Fn. 2), 446 („den notwendigsten Naturbedürfnissen nach“). Vgl. dann vor allem § 33 des Preuß. Gesetzes über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. Dezember 1842 (PrGS 1843, 8) und die dazu von Regierungsseite erläuterte „Kardinalmaxime der Armenverwaltung ... , nicht mehr als das äußerste Bedürfnis zu gewähren und nichts weiter als das wirkliche

heits- wie des Wohlfahrtszwecks – dem Gemeinwesen *als solchem* – gegenüber der Gesamtheit seiner Mitglieder. Die Pflicht der staatlichen Gemeinschaft, ihre Glieder zu erhalten, bestand insofern *allein im öffentlichen Interesse*.⁴⁵ Sie begründete auch im Rechtsstaat kein Verhältnis der gegenseitigen Rechte und Pflichten. Die gewährte Begünstigung war bloße Wohltat, auf die *kein Rechtsanspruch* bestand.⁴⁶ Der Hilfsbedürf-

Umkommen im Elende verhüten zu wollen“; bereits in Begründung eines Gesetzesentwurfs vom 15. Dezember 1825 war ausgeführt worden, es sei die „Unterstützung auf Verschaffung des nothdürftigen Lebensunterhalts zu beschränken“, was der Praxis der Verwaltungsbehörden entsprach, dass „bei der öffentlichen Armenpflege von den Kommunen nur der *zur Lebensfristung unentbehrliche* Unterhalt zwangsweise geleistet werden dürfe“, zitiert nach *F. Arnoldt* Die Freizügigkeit und der Unterstützungswohnsitz, 1872, 688, 689 Fn. *). In diesem Sinne noch Entscheidungen des Bundesamts für das Heimathwesen, Heft 33 (1901), 39 (42).

⁴⁵ Dem Inhalt nach war dieses Öffentliche Interesse klar; etwa Entscheidungen des Bundesamts für das Heimathwesen, Heft 33 (1901), 39 (41: „Dieses [scil.: öffentliche] Interesse geht dahin, daß Niemand, weil er außer Stande ist, sich den nothdürftigen Lebensunterhalt selbst zu beschaffen, zu Grunde gehe“). Die Begründung fiel unterschiedlich aus. Die Armenpflege konnte als ein Mittel zur Erreichung des Sicherheitszwecks (Vorsorge gegen die Zerrüttung des bürgerlichen Rechtszustands und revolutionäre Erhebung) oder zur Wahrung der öffentlichen Ordnung aufgefasst werden. Oder man verstand die Beförderung des Wohlstands wie die Bekämpfung von Armut als Elemente des allgemeinen gesellschaftlichen Lebenszwecks des größtmöglichen Wohlstands Aller. Zum Ganzen – auch zur Unterdrückung der Bettelei – *C. v. Rotteck* (Fn. 42), 670 (670f., 673, 678). Über Sicherheit und Ordnung musste im zuletzt genannten Sinne vor allem eine Sicht hinausweisen, nach der der Staat auch Anstalt zur Vervollkommnung des Menschengeschlechts und zur Realisierung der sittlichen Bestimmung der Menschheit sei, etwa *F. Murhard* Der Zweck des Staats, 1832, 406, der Staat sei nicht nur Rechtsanstalt, sondern „für die *Staatsbürger* ein Institut zur Begründung und Förderung ihrer zeitlichen Wohlfahrt und zur Verfolgung ihrer höheren Bestimmung, und für das *Menschengeschlecht* eine Erziehungsanstalt ...“; ähnlich *O. v. Gierke* Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, 1915 (Nachdruck der in *ZgesStW* 1874 erschienenen Abhandlung), 107.

⁴⁶ Nach *C. v. Rotteck* (Fn. 42), 672f., nimmt „nur das *Interesse der Gesamtheit* die Versorgung der Armen in Anspruch ... die Armen haben *kein selbstständiges strenges Recht* auf Unterstützung“. Dieser Grundsatz entfalte „wohlthätige Wirkung. Er ermuntert einerseits oder fordert auf die Armen zur thunlichsten Anstrengung ihrer eigenen Kraft behufs der Befriedigung ihrer Bedürfnisse, und er verstärkt andererseits den Antrieb der Wohlhabenden zur Unterstützung der Armuth, weil, was man aus Rechtsschuldigkeit thut, in der Regel minder eifrig getan wird ...“ So auch die ministerielle Klarstellung zum Zweck des § 33 des Preuß. Gesetzes über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. Dezember 1842 (PrGS 1843, 8): In „diesem Zweige der öffentlichen Ordnung ... sei gar kein Recht, *kein im Rechtswege verfolgbarer Anspruch des Armen* auf Unterstützung anzuerkennen, sondern nur die eventuelle Verpflichtung der Kommunen und resp. Provinzen als eine Verpflichtung, die ihnen und dem Staat gegenüber, nicht aber gegen die einzelnen Armen obliege, zu statuiren“; wiedergegeben nach *F. Arnoldt* (Fn. 44), 688. Dieser Vorschrift ent-

tige erschien als Gegenstand der Fürsorge, nicht als ihr eigentlicher Zweck.⁴⁷

Die *Wechelseitigkeit des Staat-Bürger-Verhältnisses* kam erst auf der *Pflichtenseite*, in Gestalt der *Arbeitspflicht*, zum Ausdruck: Schon frühzeitig war klar, dass die für arbeitsfähige Hilfsbedürftige wie Gemeinschaft gleichermaßen beste Fürsorge in der *Beschaffung von Arbeit* bestehe.⁴⁸ Die gemeinschaftliche Verantwortung konnte nur subsidiär neben die potentielle Fähigkeit, damit auch Verpflichtung eines Jeden treten, für sich selbst zu sorgen.⁴⁹ Für eine *offene Armenpflege* nach dem Grundsatz „Arbeit statt Almosen“ bedeutete dies, dass der hilfsbedürftige, arbeitsfähige Arme jede seinen Kräften entsprechende, angemessene Arbeit anzunehmen hatte.⁵⁰ Deutlicher noch trat das Pflichtenverhältnis in der *geschlossenen Armenpflege* hervor. Dort bestand die Möglichkeit zwangsweiser Unterbringung in öffentlichen Arbeitsanstalten und des *Arbeitszwangs*.⁵¹

sprach § 63 des Preuß. Ausführungsgesetzes (zum Unterstützungswohnsitzgesetz) vom 8. März 1871. *M. Stolleis* (Fn. 39), 28f.

⁴⁷ *G. Jellinek* System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, 73. Entscheidungen des Bundesamts für das Heimathwesen, Heft 33 (1901), 39 (41: Der Hilfsbedürftige sei „Objekt einer den Armenverbänden im öffentlichen Interesse auferlegten Verpflichtung“). Folgerichtig wurde die Fürsorge antragsunabhängig von Amts wegen gewährt. Vgl. § 2 der Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 4. Dezember 1924 (RGBl I 765) in der Fassung des Gesetzes vom 8. Juni 1926 (RGBl I 255) und die Amtlichen Erläuterungen bei *P. A. Baath* Verordnung über die Fürsorgepflicht v. 13. Februar 1924, 5. Aufl. 1927, §§ 2, 3 Anm. 1, 67; ferner *BadVGH, RuPrVerwBl.* Bd. 49 (1928), 6.

⁴⁸ Sei es durch die Veranstaltung von öffentlichen Arbeiten (insbesondere Straßenbau), sei es durch individuelle Anweisung von Arbeit, *C. v. Rotteck* (Fn. 42), 671, 675; grundsätzlich zur Bedeutung der Arbeit in diesem Zusammenhang auch *G. W. F. Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts (1819), in: *Moldenhauer/Michel* (Hrsg.) *Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Werke*, Bd. VII, 1970, § 245, 390. Vgl. bereits §§ 2, 3, 18, II 19 *PrALR* sowie Art. 21 der Französischen Verfassung vom 24. Juni 1793. Zum Ganzen auch *W. Ruffner* Sozialhilferecht, in: *Achterberg/Püttner/Württemberg* (Hrsg.) *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. II, 2. Aufl. 2000, § 28, Rn. 88.

⁴⁹ Dazu in historischer Perspektive *BVerwGE* 29, 99 (100); ferner *M. Stolleis* (Fn. 39), 29.

⁵⁰ Etwa nach Art des Elberfelder Modells (1852/53), *C. Sachße/F. Tennstedt* Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1998, 214ff. (216f., 288, 289 dort die Instruktion für die Bezirks-Vorsteher und Armenpfleger in Elberfeld, § 2: „Der hilfsbedürftige, aber arbeitsfähige Arme ... ist verpflichtet, die ihm angewiesene, seinen Kräften angemessene Arbeit zu verrichten“). Der Grundsatz „Arbeit statt Almosen“, dazu auch *BVerwGE* 29, 99 (100f.), trug neben dem Gemeininteresse dem Ehrgefühl der Einzelnen Rechnung, auch wurde der unerwünschten Konkurrenz von privater und öffentlicher Arbeit begegnet, zu beiden Aspekten *G. W. F. Hegel* (Fn. 48), § 245, 390.

⁵¹ Wenn auch auf gesetzlicher Basis und in den Grenzen des Zumutbaren; besonders deutlich in Art. 12 des Preuß. Gesetzes vom 21. Mai 1855 zur Ergänzung der Gesetze vom 31. Dezember 1842 (*PrGS* 311): „Auch solche Personen, welche die Armenpflege in

Die im öffentlichen Interesse geschuldete Fürsorgeleistung stand so unter der Bedingung der wechselseitigen Pflichterfüllung durch den Hilfsbedürftigen. In seiner Beschränkung auf die Pflichtenseite⁵² bewahrte das Fürsorgeverhältnis auch im Rechtsstaat den überkommenen polizeistaatlichen Charakter.

b) *Die Fortentwicklung zum vorsorgenden Sozialstaat*

Ungeachtet solch öffentlicher Fürsorge und trotz des Rückgangs der Massenarmut mit der Hochphase der Industrialisierung blieb aber während des 19. Jahrhunderts insgesamt eine große soziale Unsicherheit bestimmend für das Leben breiter Bevölkerungsschichten, insbesondere der Fabrikarbeiterschaft. Viele lebten ständig derart am Rande des Existenzminimums, dass sie diese Grenze schon bei kurzzeitigen Verdienstaufschlägen unterschritten.⁵³ Das nahmen bereits die Zeitgenossen als Problem nicht nur *wirtschaftlicher* Subsistenzerhaltung, sondern einer tiefgreifenden sozialen Desintegration wahr. Ihrer ständisch-traditionalen Einordnung und Orientierung beraubt, fanden jene mittellosen Schichten doch keinen Platz in der bürgerlichen Gesellschaft, deren Möglichkeiten ihnen vorenthalten blieben. Das führte zu einer Ausgrenzung, die die „soziale Frage“ aufwarf:⁵⁴ Wie war die delegitimierende Kluft zwischen den

Anspruch nehmen, sich aber weigern für die ihnen gewährte Unterstützung die ihnen von der Obrigkeit, sei es im Orte oder auswärts, angewiesene ihren Kräften angemessene Arbeit ordnungsgemäß zu verrichten, können, so lange sie der Unterstützung bedürfen und bei ihrer Weigerung beharren, in einer Arbeitsanstalt untergebracht werden“. Vgl. sodann, diese Regelung ablösend § 1 Abs. 2 des Preuß. Gesetzes betr. die Ausführung des Bundesgesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 8. März 1871 (PrGS 130) und zur zwangsweisen Unterbringung in einer öffentlichen Arbeitsanstalt das Preuß. Gesetz über die Abänderung und Ergänzung der Ausführungsgesetze zum Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 23. Juli 1912 (PrGS 195), Art. 1, § 1a: „Wer ... aus öffentlichen Armenmitteln unterstützt wird, kann auch gegen seinen Willen ... für die Dauer der Unterstützungsbedürftigkeit in einer öffentlichen Arbeitsanstalt ... untergebracht werden; der Untergebrachte ist verpflichtet, für Rechnung des Armenverbandes die ihm angewiesenen Arbeiten nach dem Maße seiner Kräfte zu verrichten“.

⁵² *W. Jellinek Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1931, 537: „Pflichtsubjekt, nicht ... Rechtssubjekt“. Vgl. *G. W. F. Hegel* (Fn. 48), § 238, 386 und § 240, Zusatz, 387: „Weil die bürgerliche Gesellschaft schuldig ist, die Individuen zu ernähren, hat sie auch das Recht, dieselben anzuhalten, für ihre Subsistenz zu sorgen“.

⁵³ Vgl. *C. v. Rotteck* (Fn. 42), 671 („Alle diese Leute sind in der Regel hilfsbedürftig, wenn auch nur einen Tag oder eine Woche lang ihr Arbeitsverdienst stockt ...“); *T. Nipperdey* (Fn. 36), 226, 236ff., insbesondere 240.

⁵⁴ Zu dieser und der allseits befürchteten Demoralisierung, sittlichen Entwurzelung, „Proletarisierung“ und schließlich Radikalisierung *E. R. Huber* *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. IV, rev. Nachdruck der 2. Auflage 1994, 1124ff., 1191ff.; *T. Nipperdey* (Fn. 36), 226, 240ff. Einen wichtigen zeitgenössischen Diskussionsbeitrag hat insb.

politisch-rechtlich anerkannten Prinzipien der Freiheit und Gleichheit einerseits und der ökonomischen Ungleichheit der Erwerbsbedingungen andererseits zu überwinden?⁵⁵

Um die Arbeiterschaft – neben und anstelle der durch die Sozialistengesetze geübten Repression – gezielt zu re-integrieren, musste ihren Angehörigen ein *eigener Standpunkt im Recht* geschaffen werden,⁵⁶ der die soziale Unsicherheit ausgleichen und darüber hinaus den der Armenfürsorge anhaftenden Makel des mildtätigen Almosens beseitigen konnte. Aus dem Hilfsbedürftigen und bloßen Objekt der Fürsorge sollte der Inhaber eines gesetzlichen *Rechtsanspruchs* auf soziale Sicherheit werden.⁵⁷ Das besagte die Kaiserliche Botschaft, die Reichskanzler *Bismarck* am 17. November 1881 im Reichstag verkündete⁵⁸ und deren sozialstaatliches

L. v. Stein mit seiner Geschichte der sozialen Bewegungen in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage (1850) geleistet, dazu *E.-W. Böckenförde* Lorenz v. Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, in: ders. (Hrsg.) *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, 170 ff.; *E. R. Huber* Lorenz v. Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats, in: Forsthoff (Hrsg.) *Gesellschaft – Staat – Recht*, 1972, 495; ferner *A. Wagner* *Allgemeine oder theoretische Volkswirtschaftslehre*, Erster Theil. Grundlegung, 1876, 361 ff.

⁵⁵ Der Natur der Sache nach war dieser Situation (mangels finanzieller Spielräume) nicht mit privaten Versicherungsvereinen, die jedem Mitglied ein „wirklich gutes, nemlich contractmäßiges Recht“ verliehen hätten, *C. v. Rotteck* (Fn. 42), 674 f., beizukommen, aber auch nicht flächendeckend durch Unterstützungskassen (Kranken-, Sterbe- und Hilfskassen), wie sie z. B. in Preußen auf Basis der Gewerbeordnung für hilfsbedürftige Lehrlinge, Gesellen und Gehilfen (§ 169 Abs. 2 PrGewO), später auch für Fabrikarbeiter §§ 56, 58 Abs. 1 (VO vom 9. Februar 1849, PrGS 93) und unter Beitragspflicht der Unternehmer nach Ortsrecht obligatorisch gemacht werden konnten, *T. Nipperdey* (Fn. 36), 247. Hierzu auch *M. Stolleis* (Fn. 39), 43 ff.

⁵⁶ Das allgemeine Privatrecht mit den Garantien von Privatautonomie und Eigentum bildete die Grundordnung der bürgerlichen Gesellschaft, die man, ungeachtet spezialgesetzlicher, vom Gedanken sozialer Gerechtigkeit getragener Einschränkungen der Vertragsfreiheit im wesentlichen unangetastet ließ; vgl. etwa die PrAGewO vom 17. Januar 1845 (PrGS 41): Während § 134 die Vertragsfreiheit festsetzt, sieht § 136 ortspolizeiliche Kontrollen ausreichenden Gesundheitsschutzes vor und erlaubt vor allem § 169 ortrechtliche Einschränkungen der Vertragsfreiheit, ferner dazu VO vom 9. Februar 1849 (PrGS 93) mit dem Verbot von Sonn- und Feiertagsarbeit in § 49 Abs. 2 und dem Truckverbot in §§ 50 ff.; dazu *T. Nipperdey* (Fn. 36), 274. Später §§ 105 ff. GewO des Norddeutschen Bundes vom 21. Juni 1869 (RGBl 245). Im Übrigen fehlte es dann dem BGB bekanntlich am „Tropfen sozialistischen Öls“, so *O. v. Gierke* *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889) in: Wolf (Hrsg.) *Deutsches Rechtsdenken*, Heft 12, 1948, 10. Zu den spezialgesetzlichen Schutznormen auch *M. Stolleis* (Fn. 39), 89 ff.

⁵⁷ Zum Problem *E. R. Huber* *Deutsche Verfassungsgeschichte* (Fn. 54), 1130, 1198. Zur rechtlichen Beurteilung *G. Jellinek* (Fn. 47), 73 Fn. 3; vgl. *P. A. Baath* (Fn. 47), § 1 Anm. 1, 45.

⁵⁸ Dazu *M. Stolleis* (Fn. 39), 58.

Gesetzgebungsprogramm zu den später in der Reichsversicherungsordnung (vom 19. Juli 1911)⁵⁹ zusammengefassten Zweigen der *Sozialversicherung* (mit der Kranken-, der Unfall- und der Invaliditäts- und Altersversicherung) führte. Mit ihr wendete der Staat seine wohlfahrtsstaatlichen Vorsorge-Bemühungen⁶⁰ dem Gebiet der wirtschaftlich begründeten oder ausgeprägten individuellen Notlagen zu, deren Vermeidung die Versicherungsbeiträge dienten.⁶¹ Zur steuerfinanzierten – und subsidiären – Armenfürsorge trat die (von der Bedürftigkeit unabhängige) beitragsfinanzierte Sozialvorsorge hinzu.

Der Vorsorgezweck des sozialstaatlichen Programms konnte allerdings nur erreicht werden, wenn nicht einfach freibleibende Angebote unterbreitet wurden. Das Leistungsmoment wurde darum vom Gesetz mit dem Eingriffsmoment gekoppelt, was in den wichtigsten Bereichen (Kranken-/Unfallversicherung) auf einen Versicherungszwang hinauslief. Der Rechtsvorteil der Subjektstellung war, teils im öffentlichen, teils im wohlverstandenen Eigeninteresse, aufgezwungen, um die notwendige Solidarität, vor allem auch zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern rechtswirksam zu realisieren. Der Vorsorgezwang wird so zum typischen Handlungsmittel des sozialen Rechtsstaats. Auch *nach* der rechtsstaatlichen Scheidung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung ist der hoheitliche Eingriff keineswegs der Verfolgung des Sicherheitszwecks vorbehalten, die sozialstaatliche Wohlfahrtspflege erschöpft sich nicht in Leistungsgewähr.⁶² Werden Leistungen durch Eingriff verabreicht, stehen sie unter den allgemeinen rechtsstaatlichen Bindungen. Angesichts der seinerzeit

⁵⁹ RGBl I 509.

⁶⁰ Vgl. *A. Wagner* (Fn. 54), 257: Der „Staat fortschreitender Völker ... hört immer mehr auf, einseitig *Rechtsstaat*, im Sinne der möglichst alleinigen Verwirklichung des Rechts- und Machtzwecks, zu sein und wird immer mehr *Cultur- und Wohlfahrtsstaat*, in dem Sinne, dass gerade seine Leistungen auf dem Gebiete des Cultur- und Wohlfahrtszwecks sich beständig mehr ausdehnen und einen reicheren und mannigfaltigeren Inhalt gewinnen“; sodann 260 ff., zum „Gesetz der wachsenden Ausdehnung der Staatstätigkeiten“ und insbesondere auch 274 ff. zu der mit der Entwicklung von Volkswirtschaft und Kultur zwangsläufig zunehmenden Prävention; *E. Forsthoff* *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938, 20. Zum Begriff der Daseinsvorsorge, ebenda, 7, 47; *ders.* (Fn. 40), 368 ff. Teils andere Abgrenzung von Daseinsvorsorge und spezifisch sozialstaatlicher Wohlfahrtspflege bei *H. F. Zacher* (Fn. 15), § 28 Rn. 35, 64 ff.

⁶¹ RVO vom 19. Juli 1911 (RGBl I 509) Hinzu kam noch das Versicherungsgesetz für Angestellte vom 20. Dezember 1911 (RGBl I 998). Zum Ganzen *E. R. Huber* *Deutsche Verfassungsgeschichte* (Fn. 54), 1191 ff.; auch *W. Jellinek* (Fn. 52), 539 ff.

⁶² Vgl. *A. Wagner* (Fn. 54), 257; zum Zwangsprinzip in der Sozialversicherung *M. Stollis* (Fn. 39), 64 ff., 67. Dagegen ist die Daseinsvorsorge ieS nach *E. Forsthoff* (Fn. 60), 40, durch Freiwilligkeit gekennzeichnet.

unbestrittenen Allmacht des Gesetzgebers⁶³ beschränkt sich die Kontrolle damit auf das gesetzmäßige Handeln der Verwaltung.

3. *Das unvollendete Programm des Weimarer Sozialstaats*

Mit der Weimarer Republik scheint der soziale Rechtsstaat unter der nun verwirklichten Volkssouveränität auf Verfassungsebene angekommen. Denn die Weimarer Reichsverfassung widmet sich in einem eigenen Abschnitt ausführlich dem Wirtschaftsleben und dessen menschenwürdiger und sozial gerechter Gestaltung (Art. 151 WRV). Gerade diesen Regelungen des Zweiten Hauptteils und insbesondere dem Leitgedanken des Art. 151 WRV wurde freilich von Anfang an ein programmatischer, nicht unmittelbar verbindlicher Charakter attestiert.⁶⁴

Zwar schuf der Gesetzgeber als weiteren Zweig der Sozialversicherung (1927) die Arbeitslosenversicherung.⁶⁵ Andererseits sollte nach allgemeiner Auffassung aus der Fürsorgegarantie des Art. 163 Abs. 2 WRV⁶⁶ ein Grundrecht des hilfsbedürftigen Arbeitslosen auf den „notwendigen Unterhalt“⁶⁷ doch nur „dem Grundsatz nach“ folgen. Die Durchführung des Grundsatzes, auch die Frage der subjektiven Berechtigung stand zur Dis-

⁶³ G. Jellinek (Fn. 47), 96f.; G. Anschütz (Fn. 37), 94; R. Thoma Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im Allgemeinen, in: Nipperdey (Hrsg.) Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, 1929, 1 (45).

⁶⁴ Etwa G. Anschütz (Fn. 4), Art. 151 Anm. 2, 700: „Wie der erste, so ist auch der zweite Abs. dieses Artikels ein lediglich an die Adresse des Gesetzgebers sich richtendes Programm“; ferner C. Schmitt (Fn. 32), 594. Nach W. Apelt Geschichte der Weimarer Reichsverfassung, 1946, 357 (vgl. auch 366) blieb die gerechte Sozialordnung „Programm, ein Wechsel auf eine künftige Reichsgesetzgebung, der nur mit einem geringen Betrag eingelöst worden ist“. Insgesamt verharrte – nach zeitgenössischer Einschätzung – der Arbeitnehmer wirtschaftlich in der Untertanenstellung, wurde nicht vollwertiger „Wirtschaftsbürger“, G. Radbruch Rede auf der Verfassungsfeier der Reichsregierung am 11. August 1928, in: Poscher (Hrsg.) Der Verfassungstag, 1999, 81 (85).

⁶⁵ Mit dem Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 16. Juli 1927 (RGBl I 187); geändert durch Gesetz vom 12. Oktober 1929 (RGBl I 162). Zu weiteren Gesetzgebungsprojekten W. Apelt (Fn. 64).

⁶⁶ Zum „naturrechtlichen“ Charakter O. Weigert Betätigungspflicht und Arbeitslosenhilfe, in: Nipperdey (Hrsg.) Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. III, 1930, 485 (506f.).

⁶⁷ Zur Voraussetzung eines echten Bedürfnisses G. Anschütz (Fn. 4), Art. 151 Anm. 4, 740; zu dieser und zur (tradierten) Begrenzung des Leistungsumfanges auf das Existenzminimum O. Weigert (Fn. 66), 507f. Ferner §§ 1 und 5 der Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge (Fn. 47) und dazu P. A. Baath (Fn. 47), 55.

position des ausführenden Gesetzgebers,⁶⁸ der einen Fürsorgeanspruch des Hilfsbedürftigen nach wie vor nicht anerkannte.⁶⁹ Auch dass die staatliche Unterstützung⁷⁰ von der Bereitschaft des Hilfsbedürftigen abhing, gemeinnützige Arbeit zu leisten,⁷¹ wurde nicht als Widerspruch zur strikt formulierten Fürsorgepflicht empfunden (Art. 163 Abs. 2 S. 2 WRV). Stattdessen ließ sich auf die tradierten und durch das Unterwerfungsverhältnis der öffentlichen Fürsorge gerechtfertigten Beschränkungen der persönlichen Freiheit verweisen.⁷² Die sittliche Verpflichtung gegenüber dem Gemeinwesen, an die Art. 163 Abs. 1 WRV – analog zur Sozialbindung des Eigentums – ja auch erinnerte, brauchte nicht bemüht zu werden.

⁶⁸ G. Anschütz (Fn. 4), Art. 163 Anm. 3, 740; O. Weigert (Fn. 66), 499, 506f., 509.

⁶⁹ Die Fürsorge wurde weiter von Amts wegen gewährt. P. A. Baath (Fn. 47), § 1 Anm. 2, 46, auch § 3 Anm. 4, 51 sowie ferner die Amtl. Erläuterungen zu §§ 2, 3 der Reichsgrundsätze, ebenda, 67. F. Fleiner (Fn. 40), 174 Fn. 29, 175f.; W. Jellinek (Fn. 52), 202, 537; O. Mayer Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 3. Aufl. 1924, 386 Fn. 16; R. Piloty/F. Schneider Grundriß des Verwaltungsrechts in Bayern und dem Deutschen Reiche, 3. Aufl. 1927, 154; BadVGH, RuPrVerwBl. 49 (1928), 6; Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte, RuPrVerwBl. 52 (1931), 982: „Es ergibt die geschichtliche Entwicklung der öffentlichen Wohlfahrtsmaßnahmen, der Armenpflege, des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz, endlich der Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. Februar 1924, daß dem Unterstützungsbedürftigen gegen den Verpflichteten ein im Rechtswege verfolgbare Anspruch niemals zusteht“. Hierzu und zum folgenden M. Stolleis (Fn. 39), 133 ff.

⁷⁰ Vgl. BVerwGE 29, 99 (101 f.) zur erzieherischen Absicht der Maßnahmen.

⁷¹ § 19 der Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. Februar 1924 (RGBl I 100), sowie dazu §§ 5, 7 der Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge (Fn. 47) sah für Fürsorgeempfänger (gemeinnützige) Pflichtarbeit und Fürsorgearbeit vor. Zur späteren Neuregelung im BSHG BT-Drucks. 3/1799, 40, 41 (zu § 17 des Entwurfs). Nach § 20 der Verordnung über die Fürsorgepflicht kam bei sittlichem Verschulden die zwangsweise Unterbringung „arbeitsscheuer“ Hilfsbedürftiger zur Arbeit in Betracht; vgl. Fn. 51 und dazu P. A. Baath (Fn. 47), 74. § 90 AVAVG regelte dagegen aus dem Gedanken der Eigenverantwortung heraus die Pflicht des Empfängers von Arbeitslosenunterstützung, zumutbare Arbeit anzunehmen, wollte er nicht andernfalls der Unterstützung verlustig zu gehen. Insoweit betont O. Weigert (Fn. 66), 497, es entspreche gerade Art. 163 Abs. 2, „daß dem Arbeitslosen Möglichkeiten wirtschaftlicher Arbeit gegeben werden“.

⁷² O. Weigert (Fn. 66), 497.

III. Sozialstaatliche Entwicklung und wohlfahrtsstaatliche Entgrenzung unter dem Grundgesetz

1. Die Fortentwicklung des Für- und Vorsorgegedankens und seine Ausdehnung auf die gesamte Staatstätigkeit in drei Stufen

a) Die Fortentwicklung des Für- und Vorsorgegedankens im Sozialrecht

Als dann das Bonner Grundgesetz das „Ideal der sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaates“ in der Verfassung verankerte,⁷³ behielt die dem Staat aufgebene „aktive Sozialgestaltung“⁷⁴ aus der historischen Vorbestimmung des überkommenen Ideals ihre tradierte Ausrichtung. Allerdings gab es Zeichen der Erneuerung und Vollendung: Das Bundesverwaltungsgericht entwickelte (1954) aus den „Leitgedanken des Grundgesetzes“, die den Menschen, auch wo er staatlicher Gewalt unterworfen ist, als Rechtssubjekt erweisen, einen verfassungsrechtlichen Auslegungsgrundsatz. Unter diesem erschien der Normzweck der fürsorgerechtlichen Bestimmungen in neuem Licht. Wo man bislang ausschließlich ein öffentliches Interesse an der Abwendung individueller Notlagen gesehen hatte, war man nun auf den Eigenwert des Menschen verwiesen, der es gebot, der gesetzlichen Fürsorgeverpflichtung einen Rechtsanspruch des Begünstigten gegenüberzustellen. Das Bundesverfassungsgericht ging später noch einen Schritt weiter und leitete „aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsgrundsatz“ die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Staats ab, dem Mittellosen die für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbaren Mindestvoraussetzungen erforderlichenfalls durch Sozialleistungen zu sichern, eine Verpflichtung, die man in der Literatur vielfach als verfassungsrechtlichen „Anspruch“ auf das Existenzminimum verstand.⁷⁵

⁷³ BVerfGE 5, 85 (198). Der formale Rechtsstaat wird dadurch nicht in unmittelbar zu vollziehender Weise materiell interpretiert und institutionell ausgeformt, zutreffend insoweit *E. Forsthoff* (Fn. 17), 27, 29; dagegen spricht *E. R. Huber* Deutsche Verfassungsgeschichte (Fn. 54), 1132, von der „Sozialverfassung“, die erst den „Charakter eines Sozialstaats in verfassungstypologischer wie auch in rechtlicher Bedeutung“ ausmache.

⁷⁴ Zu dieser Aufgabe bereits BVerfGE 1, 97 (105); BVerwGE 23, 149 (153); 27, 58 (62f.).

⁷⁵ BVerfGE 82, 60 (85); bereits BVerfGE 40, 121 (133f.); 45, 187 (228); 75, 348 (360) zum grundrechtlichen Anspruch (offenlassend). Frühe literarische Äußerungen bei *O. Bachof* Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), 37 (42, 51f.); Art. 2 Abs. 2 S. 1 mit Art. 1 Abs. 1 GG; *H. C. Nipperdey* Die Würde des Menschen, in: Neumann/ders./Scheuner (Hrsg.) Die Grundrechte, Bd. II, 1954, 1 (6); *G. Dürig* in: Maunz/ders. GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 43f. (Stand: 1958): Art. 1 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. der Sozialstaatsentscheidung. Aus der neueren Literatur etwa *H. Dreier* in: ders. (Hrsg.) GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 1 I Rn. 61, 148, 158; *C. Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) GG I, 4. Aufl. 1999, Art. 1 Abs. 1 Rn. 36. In der Tat erscheint es mit der Vorstellung

Abgesehen davon aber blieben die Grundstrukturen des Sozialrechts, in seiner klassischen Dreigliederung nach Sozialfürsorge (Sozialhilfe, Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG), Sozialversorgung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 10 GG) und Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, vgl. auch Art. 120 GG) erhalten,⁷⁶ die Regelungen galten fort (vgl. Art. 125 Nr. 1 GG). Der Gesetzgeber, dem es zuvörderst oblag, den ausgestaltungsbedürftigen Sozialstaatsgrundsatz mit Inhalt zu erfüllen und zu entfalten,⁷⁷ wich von der vorgegebenen Ausrichtung des Sozialrechts wenig ab.⁷⁸ Neu auftretende oder wahrgenommene Gerechtigkeitslücken wurden geschlossen.⁷⁹ Das Grundanliegen blieb aber die „Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit“ durch Sozialleistungen⁸⁰ und damit im Kern unver-

menschlicher Würde unverträglich, Mitmenschen sehenden Auges verhungern zu lassen, bereits *H. v. Mangoldt* in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. V, 782.

⁷⁶ Zur „klassischen Trias“, vgl. etwa *B. Schulz/G. Igl* Sozialrecht, 7. Aufl. 2002, Rn. 74. Näher *H. F. Zacher* (Fn. 15), § 28 Rn. 17 a.E.

⁷⁷ *E. Forsthoff* (Fn. 17), 27, 29; dazu *E.-W. Böckenförde* (Fn. 19), 160ff. Aus der Rspr. BVerfGE 1, 97 (105); 5, 85 (198, 206); 22, 180 (204); 75, 348 (359f.); 82, 60 (79f.).

⁷⁸ Zu den hierfür verantwortlichen historischen Umständen *M. Stolleis* (Fn. 39), 209ff., insbesondere 213f.

⁷⁹ U.a. wurde der von der Rechtsprechung konstruierte individuelle Rechtsanspruch auf die Fürsorgeleistung, BVerwGE 1, 159 (161f.), im Bundessozialhilfegesetz positiviert, § 4 Abs. 1 S. 1 BSHG. Dabei bleibt diesem Anspruch, weil er nur auf aktuelle Bedürftigkeit reagiert, eine „spezifische Existenzschwäche“ eigen, BVerwGE 96, 18 (20). Unterhalt für die Vergangenheit wird nach wie vor nicht gewährt, bereits Entscheidungen des Bundesamts für das Heimathwesen, Heft 33 (1901), 39 (40, 41); PrOVGE 89, 146 (155); *W. Rißner* (Fn. 48), Rn. 46. Weiter wurde etwa die Arbeitslosenhilfe etabliert, wofür Ausgangspunkt die „Krisenunterstützung“ nach § 101 AVAVG (vom 16. Juli 1927, RGBI I 187) war, aus der zunächst die „Arbeitslosenfürsorgeunterstützung“ (Gesetz über die Bemessung und Höhe der Arbeitslosenfürsorgeunterstützung vom 29. März 1951, BGBl I 221) und dann die „Arbeitslosenhilfe“ hervorging (Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. April 1956, BGBl I 243), dazu BVerfGE 9, 20 (22). Das AVAVG wurde durch das Arbeitsförderungsgesetz (vom 25. Juni 1969, BGBl I 582), später SGB III abgelöst. Schließlich entdeckte man z. B. die Ausbildung als Gegenstand staatlicher Fürsorge, damit des Sozialrechts, vgl. BVerwGE 27, 58 (61), im kompetenzrechtlichen Rahmen des Art. 74 Nr. 7 aF, nunmehr Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 (Ausbildungsbeihilfen).

⁸⁰ § 1 Abs. 1 S. 1 SGB I: „Das Recht des Sozialgesetzbuchs soll zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit Sozialleistungen einschließlich sozialer und erzieherischer Hilfen gestalten ...“ Vgl. §§ 3 bis 10 SGB I (Allgemeiner Teil); nicht geregelte Ausnahmen sind durch die tradierte Staats- und Verwaltungsorganisation oder historische Sondersituationen bedingt oder als Einzelfälle zu deklarieren. Die allmählichen Erweiterungen ließen freilich eine mehr zeitgemäße Systematisierung des Gebiets wissenschaftlich angezeigt erscheinen. Der „klassischen Trias“ setzt daher *H. F. Zacher* Einführung in das Sozialrecht, 3. Aufl. 1985, 20ff., in mehr funktionaler Differenzierung die

ändert. Die progressive *Tendenz auf dieser ersten Stufe* der Entwicklung ist die Tendenz zur stetigen *Ausdehnung der Solidaritätsbasis*. Sie führt, wie die Beispiele der Pflegeversicherung oder der nun diskutierten Bürgerversicherung belegen, nicht nur zur Überschreitung hergebrachter Regelungsschemata, sondern zur nahezu zwangsläufigen Einbeziehung möglichst aller Bürger.⁸¹

b) *Die Erstreckung des Sozialstaatsgrundsatzes auf die Rechtsbeziehungen Privater*

Dass der Sozialstaat heute aber auch über das Sozialrecht hinaus wirkt, hat Gründe, die außerhalb des Sozialstaatsgrundsatzes liegen. Denn dessen konkretisierungsbedürftiges Gebot „sozialer Aktivität“ trifft sich mit der Lehre vom materialen Rechtsstaat, der eine material gerechte Ordnung errichtet.⁸² Und die Lehre von der Grundsatzwirkung und Schutzfunktion der Grundrechte benennt die hierfür erforderlichen materialen Orientierungswerte. An dieser Stelle geht die *Entwicklung* über den tradierten Stand der Sozialstaatlichkeit in *einer zweiten Stufe* hinaus: Indem die Grundrechte in ihrer Schutzfunktion den „fördernden und schützenden“ Staat verlangen, weisen sie nicht nur darauf hin, dass eine für- und vorsorgende Sozialgestaltung auch der Verletzung von Grundrechtsgütern, die durch gesellschaftlichen Machtmissbrauch ermöglicht wird, vorzubeugen hat.⁸³ Sie geben zugleich der Verfassungsrechtsprechung das Mittel an die Hand, den abstrakten Sozialstaatsgrundsatz verbindlich zu interpretieren. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb aus den Grundrechten und dem Sozialstaatsgrundsatz eine Pflicht zum Ausgleich struktureller Ungleichheit (im Privatrecht) abgeleitet⁸⁴ und unter diesem

„neue Trias“ von Vorsorge, Sozialer Entschädigung sowie Sozialer Hilfe und Förderung (mit dem „Basissystem“ der Sozialhilfe) entgegen.

⁸¹ Zur Pflegeversicherung BVerfGE 103, 197 (216, 221, 223). Zur Bürgerversicherung kritisch *J. Isensee* „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung, NZS 2004, 393 ff.; *F. Kirchhof* Verfassungsrechtliche Probleme einer umfassenden Kranken- und Renten-„Bürgerversicherung“, NZS 2004, 1 ff.; auch *F. Hufen* Grundrechtsschutz der Leistungserbringer und privaten Versicherer in Zeiten der Gesundheitsreform, NJW 2004, 14 (18: Ausdehnung des „Versicherungsmonopols des Staates“).

⁸² Etwa *J. M. Wintrich* Zur Problematik der Grundrechte, 1957, 18, insbesondere 29; auch *K. Hesse* Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (Nachdruck) 1999, Rn. 192; zur Kritik *E.-W. Böckenförde* (Fn. 19), 164 ff.; *C. Enders* in: Friauf/Höfling (Hrsg.) GG I, vor Art. 1. Rn. 49 f. (Stand: Dezember 2003).

⁸³ *C. Enders* (Fn. 82), vor Art. 1 Rn. 66 f.; *G. Hermes* Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, 227 f., 236.

⁸⁴ BVerfGE 81, 242 (254 f.): Privatautonomie setze voraus, dass „die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind ... Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sach-

Gesichtspunkt etwa Bürgschaften unter verwandtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnissen oder Eheverträge kontrolliert.⁸⁵ Darin drückt sich die verstärkte Aufmerksamkeit aus, die jetzt allgemein den gesellschaftlich determinierten Verhältnissen *rechtlicher* Gleichheit, jedoch *tatsächlicher* Benachteiligung und Diskriminierung gilt.⁸⁶

c) *Das Ausgreifen des Fürsorge- und Vorsorgegedankens auf die gesamte Staatstätigkeit*

Nicht allein die Gefahr sozialer Benachteiligung wird aber unter Geltung des Grundgesetzes vermehrt als Herausforderung wahrgenommen. Der Staat hat das Risikopotential der technischen Entwicklung, die zunehmend sichtbare Bedrohung der natürlichen Lebensgrundlagen und allenthalben Knappheitsprobleme zu bewältigen. Auf einer weiteren, *dritten Stufe* emanzipiert sich darum der sozialstaatlich etablierte und legitimierte Für- und Vorsorgegedanke (wieder) vom Sozialstaatsgrundsatz, auch dies vielfach im Zeichen der Schutzpflicht: Vorverlagerte Gefahrenabwehr und gerechte Zuteilung von Nutzungschancen gehen dabei, namentlich im Planungs- und Umweltrecht, Hand in Hand.⁸⁷ Auf diese Bereiche

gerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten“. Ausgangspunkt ist die Rspr. des BVerfG zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht, BVerfGE 7, 198 (205); deutlich etwa auch BVerfGE 34, 269 (281, 282).

⁸⁵ BVerfGE 89, 214; BVerfG, NJW 1994, 2749; BVerfGE 103, 89, hier allerdings stützt das Gericht die Kontrollbefugnis dann allein auf die Grundrechte (auf Art. 2 Abs. 1 mit Art. 6 Abs. 4 GG sowie auf Art. 6 Abs. 2 GG). Vgl. bereits *H. C. Nipperdey* Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: *Bettermann/ders.* (Hrsg.) *Die Grundrechte*, Bd. IV/2, 1962, 741 (756).

⁸⁶ Vgl. – zu Art. 3 Abs. 2 GG aF – bereits BVerfGE 85, 191 (insbesondere 207); nunmehr Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG und hierzu *B. Pieroth/B. Schlink* Grundrechte – Staatsrecht II, 19. Aufl. 2003, Rn. 450. Zum Ganzen Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, in: *Deutscher Bundestag* (Hrsg.) *Zur Sache 5/93*, 1993, 96 ff. (BT-Drucks. 12/6000; BR-Drucks. 800/93). Hinzu tritt eine Gesetzgebungstätigkeit, die Antidiskriminierungs-, Gleichstellungs- und Schutzmaßnahmen zugunsten situations- und gruppentypisch Benachteiligter vorsieht, etwa Behindertengleichstellungsgesetz vom 27. April 2002, BGBl I 1467; Gewaltschutzgesetz vom 11. Dezember 2001, BGBl I 3513. Um *tatsächliche* Probleme der Benachteiligung/Diskriminierung unter Privaten handelt es sich, weil und solange die einschlägigen Verhaltensumstände (einfach-)rechtlich nicht geregelt, insoweit rechtlich irrelevant sind.

⁸⁷ Im Bauplanungsrecht etwa steht ursprünglich das Verteilungsproblem (gemeinverträgliche Nutzung des Bodens) im Vordergrund, mittlerweile spielt dabei aber der Umweltschutz eine gewichtige Rolle, vgl. § 1a BauGB. Im Immissionsschutzrecht herrscht anfangs der Gefahrenabwehrgedanke, der aber nunmehr – mit Blick auf Rechtsvorgaben der EG – stärker auf Umweltqualitätsmaßstäbe bezogen, dazu *H. D. Jarass* Luftqualitätsrichtlinien der EU und die Novellierung des Immissionsschutzrechts, NVwZ 2003, 257 ff. und vor allem (für CO₂-Emissionen) durch den Bewirtschaftungsansatz des Emissions-

bleibt die Vorsorgetätigkeit indessen nicht beschränkt, wenn man an die Gesetze im Dienst des „Gesundheits- und Lebensschutzes“ denkt (Infektionsschutz-Gesetz, Transplantations-Gesetz, Embryonenschutz-Gesetz, Stammzell-Gesetz,⁸⁸ bald vielleicht ein Gendiagnostik-Gesetz⁸⁹). Nicht zuletzt steht unter dem Eindruck der Europäisierung und Globalisierung der Kriminalität längst die Polizeiarbeit im Zeichen der Vorsorge, weil ohne ausgedehnte Sicherheitsvorsorge auch die allgemeine Wohlfahrt Not leidet.

2. *Unterstützende und gegenläufige Einflüsse und Tendenzen*

a) *Die Bekräftigung der sozialen Idee durch das Völker- und Europarecht*

Das so aus der Perspektive der nationalstaatlichen Verfassung gezeichnete Bild bleibt ohne die völker- und europarechtlichen Einflüsse unvollständig, für die das Grundgesetz nach seiner normativen Anlage teils offen, auf die es teils – im Falle der europäischen Integration – nachgerade angelegt ist. Diese Einflüsse scheinen die auf Verfassungsebene so knapp entwickelte soziale Idee stark zu machen. Denn völker- und europarechtlich spielen die national fehlenden *sozialen Grundrechte* eine bedeutsame Rolle, nicht zuletzt in der Grundrechte-Charta der EU, die sich ausdrücklich auch die „Solidarität“ auf die Fahnen geschrieben hat.⁹⁰ Das unterstreicht zunächst das umfassende Rechtsverständnis der normgebenden Institutionen, obwohl oder weil diese als solche nicht oder doch nur eingeschränkt demokratisch legitimiert sind. Eben darin liegt dann auch ein Defizit allfälliger Leistungsrechte: Die fehlende Reziprozität der Verantwortlichkeit für die *Anspruchsgewährung* einerseits, die *Anspruchserfüllung* andererseits, schwächt ihre Durchsetzungskraft. Darum sind sie

handels (TEHG vom 08. Juli 2004, BGBl I 1578) ergänzt ist. Auf die Bewirtschaftung hob von vornherein das WHG für die knappe Ressource Wasser ab. Für den gesamten Bereich des Umweltschutzes markiert seit 1994 die Vorschrift des Art. 20a GG das allgemeine Handlungsprogramm zukunftsgerichteter Fürsorge, Gesetz vom 27. Oktober 1994, BGBl I 3146.

⁸⁸ IfSG vom 20. Juli 2000, BGBl I 1045; TPG vom 5. November 1997, BGBl I 2631; ESchG vom 13. Dezember 1990, BGBl I 2746; StZG vom 28. Juni 2002, BGBl I 2277.

⁸⁹ S. den Bericht zum Gesetzgebungsvorhaben in der FAZ vom 28. September 2004, 1 und 37.

⁹⁰ Bereits Art. 22 ff. der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948; ferner Art. 6 ff. IPWSK vom 19. Dezember 1966; Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961; Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. Dezember 1989; Präambel, Art. 27 ff. der Grundrechte-Charta der EU (unter dem Titel „Solidarität“), die freilich insgesamt noch nicht verbindliches Gemeinschaftsrecht geworden ist.

selbst auf europäischer Ebene, dort wo es um echte Leistungsansprüche gegenüber dem Gemeinwesen geht, als Programmsätze formuliert, die den Handlungsspielraum der Einzelstaaten kaum verengen (vgl. Art. 51, 52 Grundrechte-Charta der EU).⁹¹

b) Die europaweite Stärkung des Für- und Vorsorgegedankens

Ganz anders verhält es sich mit dem nicht auf (Sozial-)Leistungsverhältnisse im engeren Sinne bezogenen und beschränkten Für- und Vorsorgegedanken, den gerade das europäische Gemeinschaftsrecht in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen implementiert oder verstärkt. Das geschieht mit Blick auf Antidiskriminierungsmaßnahmen (Art. 13 EG), namentlich die Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Art. 2, 3 Abs. 2 EG).⁹² Auch das Umweltrecht erfährt vom Gemeinschaftsrecht (Art. 174ff. EG) eine spezifische Prägung im Sinne einer vorsorgend-zuteilenden Benutzungsordnung.⁹³ Und allgemein bieten Querschnittsklauseln und die Harmonisierung im Interesse des Gemeinsamen Marktes Gelegenheit, der Für- und Vorsorge zugunsten gemeinschaftsrechtlich anerkannter Schutzgüter eine breites Anwendungsfeld zu schaffen (etwa Gesundheits- und Verbraucherschutz, Art. 152, 153 EG).⁹⁴

c) Gegenläufige Tendenzen?

Aber setzt nicht der europaweite Prozess der Privatisierung, Deregulierung und Liberalisierung Zeichen in eine gegenläufige Richtung? Die vom europäischen Gemeinschaftsrecht angestoßene Privatisierung der

⁹¹ Deutlich bei den „Zugangs-Rechten“ des Solidaritäts-Kapitels der Grundrechte-Charta der EU als derivativen Teilhaberechten, Art. 29, 34, 35 S. 1, 36 und den Aufgaben- und Zielbestimmungen, Art. 35 S. 2, 37, 38; weitergehend Art. 30–32, 33 Abs. 2, wobei letztere Vorschrift ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Mutterschaft enthält. Zum Ganzen *O. Schulz* Grundlagen und Perspektiven einer Europäischen Sozialpolitik, 2003, 112ff., 125f., 185ff.; *T. Kingreen* in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV Rn. 46, 183ff., 188: „Ausprägungen eines europäischen Sozialstaatsprinzips“.

⁹² Im engeren Zusammenhang der Sozialpolitik (Art. 3 Abs. 1 lit. j EG) stehen die Grundsätze der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Arbeitsleben (Art. 136, 137, 141 Abs. 3 EG).

⁹³ IVU-Richtlinie, Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24. September 1996, ABl. EG 1996 Nr. L 257/26; Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003, ABl. EU 2003 Nr. L 275/32, zum Emissionshandel.

⁹⁴ Vgl. z.B. Tabakwerbeverbot, Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998, ABl. EG 1998 Nr. L 213/09 (nichtig nach EuGH, NJW 2000, 3701) und Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003, ABl. EU 2003 Nr. L 152/16.

„öffentlichen Daseinsvorsorge“ (vgl. Art. 87f GG)⁹⁵ bezeichnet nur einen Aspekt einer überall festzustellenden Entwicklung, die den Staat in einer nurmehr regulierenden Aufsichtsfunktion zeigt und auf Dauer Freiheit und Eigenverantwortung gesellschaftlicher Akteure zu stärken scheint („regulierte Selbstregulierung“).⁹⁶

Dennoch bedeutet dieses Programm eines „schlanken Staats“ nicht das Ende hoheitlicher Einflussnahme, weil es nicht das Ende des öffentlichen Interesses der Selbsterhaltung des Gemeinwesens bedeutet. Dass das Gemeinwohl immer weniger autonom einzelstaatlich definiert wird, verschlägt nichts. Es wird jedenfalls nicht zum unbesetzten Begriff.⁹⁷ Freiheit und Eigenverantwortung stehen insoweit unverändert unter dem Vorbehalt ihrer Gemeinverträglichkeit – ob diese nun durch Befehl und Zwang oder auf indirekte Weise sichergestellt wird.

Das bildet sich exemplarisch im plakativen sozialrechtlichen Grundsatz des „Förderns und Forderns“ ab, mit dem das zum 1. Januar 2005 in Kraft tretende Zweite Buch des Sozialgesetzbuches⁹⁸ die Rückkehr zum Vorrang des Freiheitsmoments vor einer allzu engmaschigen staatlichen Fürsorge signalisiert.⁹⁹ Bei näherem Hinsehen erweist sich die Rede vom

⁹⁵ Art. 16, 86 EG, auch Art. 36 Grundrechte-Charta der EU: „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“. Mit diesem Rückzug des Staates aus der fürsorglichen Erfüllungsverantwortung zugunsten bloßer Gewährleistungsverantwortung wird auch die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht fragwürdig, vgl. *J. Masing* Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, *Die Verwaltung* 36 (2003), 1 (31).

⁹⁶ Zum ganzen *M. Schmidt-Preuß* und *U. Di Fabio* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *VVDStRL* 56 (1997), 160ff. und 235ff.; *M. Heintzen* und *A. Voßkuhle* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *VVDStRL* 62 (2003), 220ff. und 266ff.; zusammenfassend *J. Masing* (Fn. 95). Zur Begrifflichkeit auch *A. Voßkuhle* Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform, *VerwArch* 93 (2001), 184ff. und *ders.* „Regulierte Selbstregulierung“ – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, *Die Verwaltung* Beiheft 4, 2001, 197ff.

⁹⁷ *J. Hellermann* Kommunale Dienstleistungen zwischen Demokratie und finanziellen Zwängen, in: *Lange* (Hrsg.) Füllhorn oder Büchse der Pandora? GATS, der europäische Binnenmarkt und die Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen in Deutschland (Locumer Protokolle 64/03), 2004, 263 (271f.); vgl. bereits *E. Forsthoff* (Fn. 60), 49f.

⁹⁸ Verabschiedet als Art. 1 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003, *BGBI* I 2954.

⁹⁹ „Fördern und Fordern“ lautet die Überschrift des 1. Kapitels des SGB II. § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB II besagt, dass die „Grundsicherung für Arbeitsuchende ... die Eigenverantwortung von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen ... stärken und dazu beitragen (soll), dass sie ihren Lebensunterhalt unabhängig von der Grundsicherung aus eigenen Mitteln und Kräften bestreiten können. Sie soll erwerbsfähige Hilfebedürftige bei der Aufnahme oder Beibehaltung einer Erwerbstätigkeit unterstützen und den Lebensunterhalt sichern, soweit sie ihn nicht auf andere Weise bestreiten können“.

„Fördern und Fordern“ als ein Bekenntnis zum überkommenen *Prinzip der Subsidiarität* staatlicher Fürsorge (vgl. § 2 Abs. 1 BSHG; künftig §§ 1, 9 SGB II), die seit jeher Eigenverantwortung und -initiative weder ersetzen konnte noch sollte.¹⁰⁰ Allerdings hat der Gesetzgeber diese Grundbestimmung der Fürsorge nochmals deutlich betont: Künftig hängen die Leistungen der „Grundsicherung für Arbeitsuchende“¹⁰¹ (§ 1 SGB II) von einem Antrag ab (§§ 37 Abs. 1 SGB II; § 41 Abs. 1 SGB XII). Gleichzeitig sind sie an die *Erfüllung von Obliegenheiten*¹⁰² gebunden, die nach dem Wortlaut des Gesetzes nahezu den Rang selbständiger Pflichten der erwerbsfähigen Hilfebedürftigen einnehmen (§ 2 SGB II). Das Gesetz *betont* nicht nur die Eigenverantwortung, es will zu eigenverantwortlichem Handeln durch den sonst drohenden Leistungsentzug anhalten: Dazu statuiert es unter anderem (vgl. §§ 15, 31 Abs. 1 Nr. 1 SGB II) die *Arbeitspflicht*, als Pflicht, eine zumutbare Arbeit aufzunehmen (§§ 2 Abs. 1 S. 1, 31 Abs. 1 Nr. 1 lit. c SGB II; bereits §§ 18 Abs. 1, 25 Abs. 1 BSHG) und schließlich auch zumutbare gemeinnützige (zusätzliche) Arbeiten auszuführen (§§ 2 Abs. 1 S. 3, 16 Abs. 3 S. 2, 31 Abs. 1 Nr. 1 lit. d SGB II; bereits §§ 18 Abs. 2 S. 2, 19 Abs. 2, 25 Abs. 1 BSHG). Die Verletzung dieser Pflicht (vgl. § 31 Abs. 3 SGB II) ist sanktioniert durch Absenkung und Wegfall des Arbeitslosengeldes II, das Lebensunterhalt und Unterkunft des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen sicherstellen soll (§§ 31, 19 SGB II).¹⁰³

Dass der Staat seine Unterstützungsleistung nicht völlig voraussetzungslos gewährt, verwundert nicht. Aber es fällt doch auf, dass sich der Staat mit seinem Anreiz- und Sanktionssystem einen sehr weitgehenden Einfluss auf die persönliche Lebensführung einräumt. Und man mag fragen, ob hier nicht Eigenverantwortung staatlich veranstaltet wird und namentlich die Arbeitspflicht¹⁰⁴ auf ein reines Pflichtenverhältnis rekurriert, wie

¹⁰⁰ Vgl. bereits oben im Text unter II. 2. a. Ferner *P. A. Baath* (Fn. 47), § 1, Nr. 1, 60 zu § 6, Nr. 1 77; *O. Weigert* (Fn. 66), 507f. Es geht damit um den überkommenen Grundsatz der „Hilfe zur Selbsthilfe“, *M. Stolleis* (Fn. 39), 135; vgl. BVerwGE 11, 252 (254); 23, 149 (153); 27, 58 (63); 29, 99 (101f., 104, 107); 67, 1 (5, 6); 98, 203 (205, 208, 209). Auch *H. C. Nipperdey* (Fn. 75), 7; *V. Neumann* Menschenwürde und Existenzminimum, NVwZ 1995, 426 (428); *W. Riefner* (Fn. 48), Rn. 25, 39.

¹⁰¹ Das sind Leistungen zur „Eingliederung in Arbeit“ sowie zur „Sicherung des Lebensunterhalts“, § 4 i.V.m. §§ 14ff., 19ff. SGB II.

¹⁰² Sie sind nicht selbständig durchsetzbar, vgl. VG Weimar, LKV 2000, 557 (558) und gehen den allgemeinen Mitwirkungspflichten nach §§ 60ff. SGB I vor, BVerwGE 98, 203.

¹⁰³ § 25 BSHG wurde stets als „Hilfenorm“ angesehen, BVerwG, Buchholz 436.0, § 19 BSHG Nr. 1; BVerwGE 98, 203 (204); OVG Münster, DVBl 1996, 319 (321); vgl. BVerwGE 67, 1 (6). Dagegen ist nun Kapitel 3, Abschnitt 2, Unterabschnitt 3 des SGB II überschrieben: „Anreize und Sanktionen“.

¹⁰⁴ Insofern weist *W. Riefner* (Fn. 48), Rn. 103, 109, richtig darauf hin, es gehe gerade für die Pflicht zu gemeinnütziger Arbeit weniger um das Nachrangprinzip und den Er-

es vom Grundgesetz selbst im Namen der Fürsorge nicht (mehr) gewollt und gedeckt wird.

3. *Der verfassungsrechtliche Rahmen staatlicher Für- und Vorsorge*

Damit ist die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlicher Für- und Vorsorge aufgeworfen. Nachdem diese sich auf den gesamten Bereich des Staatshandelns ausgedehnt hat, begründen Rechts- und Sicherheitszweck einerseits, Wohlfahrtszweck andererseits keine entscheidenden Gegensätze mehr. Für- und Vorsorge kommen hier wie dort vor, in beiden Bereichen finden sich Eingriff und Leistung.¹⁰⁵ Demgemäß haben Begriffsbildungen, die die (gewähr-)leistend vorsorgliche Staatstätigkeit vom „klassischen“ Eingriffsregime abgrenzen wollten (etwa: „öffentliche Daseinsvorsorge“), ihre rechtsdogmatisch systembildende oder gar unmittelbar rechtliche Bedeutung verloren.¹⁰⁶ In dieser Situation bleibt nur übrig, das Handeln des Staates (auf den oben III. 1. dargelegten drei Entwicklungsstufen) an den allgemein verbindlichen verfassungsrechtlichen Maßstäben zu überprüfen und sich vor allem darüber zu vergewissern, was aus der *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers* folgt, die dem Vorbild-Modell des sozialen Rechtsstaats unbekannt war.

a) *Der entwickelte Sozialstaat*

aa) Die *klassischen Eingriffe*, mit denen der Gesetzgeber die Einzelnen zum Zweck der Vorsorge gegen die Wechselfälle des Lebens in einen öffentlich-rechtlichen Verband zwangsweise eingliedert, unterliegen mit Rücksicht auf ihre sozialstaatliche Motivation auch unter dem Grundgesetz keinen strengen Rechtfertigungsanforderungen. Das soziale Staatsziel verbürgt im Zweifel ohne weiteres die Legitimität des Handelns zu Vorsorgezwecken¹⁰⁷ und eröffnet dem Gesetzgeber eine umfassende Einschätzungsprärogative und Gestaltungsfreiheit – auch für allfällige Um-

werb, als vielmehr um „Hilfe zur Selbstverwirklichung“, was für die gemeinnützige Arbeit bedeute, „die Pflicht zur Arbeit um des Hilfsbedürftigen selbst willen durchzusetzen“; ebenso BVerwGE 29, 99 (100ff.); 67, 1 (6).

¹⁰⁵ Die Leistung ist heute auch in den angestammten Residuen des Sicherheitszwecks präsent durch den allgemein anerkannten „Anspruch auf Einschreiten“, vgl. BVerwGE 11, 95 und die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht, die jeweils einen Anspruch auf Eingriffshandeln des Staates statuieren, C. Enders (Fn. 33).

¹⁰⁶ Anders E. Forsthoff (Fn. 40), 368ff., 370 Fn. 3.

¹⁰⁷ BVerfGE 10, 359 (363) unter Hinweis auf BVerfGE 10, 89 (102); 78, 320 (330f.). Entsprechend zur privaten Pflege-Pflichtversicherung für die das BVerfG die Grundsätze des Sozialrechts in der Sache übernimmt, BVerfGE 103, 197 (221, 223).

verteilungsmaßnahmen.¹⁰⁸ Vor allem rechtfertigt es die Organisation wohlverstandener Eigenverantwortung,¹⁰⁹ indem es dem Gesetzgeber anheim stellt, die Optimierung des Nutzens für die Versicherten, zugleich aber immer: für die Allgemeinheit objektiv zu definieren und zur Begründung des Freiheitseingriffs in die Abwägung einzustellen.¹¹⁰ Diese umfassende Definitionsgewalt des Sozialgesetzgebers ermöglicht ihm nahezu voraussetzungslose Eingriffe, auch über den engeren öffentlich-rechtlichen Zusammenhang hinaus, weil das „Baugesetz der Solidarität“¹¹¹ tendenziell immer aufs Ganze zielt und seine Rechtfertigung in sich trägt. Dadurch wird auch die Frage nach der Verhältnismäßigkeit ein Stück weit beliebig. Freilich lässt sich ein weiterer Grund benennen, weshalb der soziale Zwang verfassungsrechtlich hinnehmbar erscheint: Die Solidarität zielt auf *wirtschaftlichen* Ausgleich. Die Pflichtigkeit erschöpft sich daher in einem begrenzten Einriff lediglich in das Vermögen (Art. 2 Abs. 1 GG)¹¹².

¹⁰⁸ Etwa BVerfGE 10, 359 (371); 29, 221 (235); zur Umverteilung auch BVerfGE 11, 105 (115).

¹⁰⁹ Im Sinne selbstverständlicher Grenzen verantwortlicher Freiheitseinfaltung, BVerfGE 29, 221 (235f.); deutlich auch BVerwGE 23, 149 (153); vgl. andeutungsweise auch BVerfGE 103, 197 (223, 224).

¹¹⁰ Insbesondere BVerfGE 29, 221 (235f., 240ff.) zu den Gründen des Ausschlusses selbstverantwortlicher Eigenfürsorge, die u. a. auch die Folgen eines möglichen völligen Ausbleibens individueller Eigenfürsorge anführen können und im Übrigen dem (wohlverstandenen) Interesse Aller Rechnung tragen. Die Begründung in BVerfGE 103, 197 (223), das Risiko, pflegebedürftig zu werden, sei „allgegenwärtig“ und könne sich „bei jedem Menschen verwirklichen“, lässt sich offenkundig verallgemeinern. Allgemein zu solcher Rechtfertigung von Zwangsverbänden BVerwGE 109, 97; BVerfG, NVwZ 2001, 190. Zu verfassungsrechtlichen Grenzen solchen Vorsorgezwangs mit unterschiedlicher Akzentuierung *J. Isensee* (Fn. 81), 393; *F. Kirchhof* (Fn. 81), 1; *W. Spellbrink* Ist die Beitragspflicht in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung verfassungsrechtlich noch zu rechtfertigen?, JZ 2004, 538ff.

¹¹¹ Dazu *A. Hense* Mehrperspektivische Annäherungen an das Phänomen Solidarität und das Solidarprinzip, FS Krawietz, 2003, 525 (543).

¹¹² BVerfGE 29, 221 (236); 78, 320 (330f.); 103, 197 (224). Zur eigentumsrechtlichen Grenze des Vermögenseingriffs, der als solcher, vorbehaltlich „erdrosselnder Wirkung“, die Eigentumsgarantie nicht berühren soll BVerfGE 4, 7 (17f.); mit Blick auf sozialversicherungsrechtliche Zusammenhänge BVerfGE 75, 108 (154); einen Ansatz zu weiterer Einschränkung bringt BVerfGE 93, 121 mit dem – umstrittenen – Halbtteilungsgrundsatz. Zum Problem *E. Forsthoff* (Fn. 17), 31f.; *E.-W. Böckenförde* (Fn. 19), 163; *U. Volkmann* Sicherheit und Risiko als Probleme des Rechtsstaats, JZ 2004, 696 (700). Stattdessen wäre – im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG – an eine Stärkung des Verhältnismäßigkeitsaspekts der Sachgerechtigkeit zu denken, vgl. – in jeweils anderem Zusammenhang, aber übertragbar – BVerfGE 55, 159 (165f.); *U. Di Fabio* (Fn. 96), 260: Die „erdrosselnde Wirkung“ widerspricht dem erklärten Versicherungszweck und entlarvt die Absicht der Umgehung rechtsstaatlicher Eingriffskautelen als eigentliches Motiv.

bb) Enthält sich der Sozialgesetzgeber auf dem Gebiet der *Leistungsverwaltung* von vornherein des Eingriffs, wie bei Gewährung der Sozialhilfe oder nunmehr des ALG II, ist er von verfassungsrechtlichen Kautelen noch weitergehend freigestellt.¹¹³ Dennoch wird das Gesetz die staatliche Leistung nicht von völlig beliebigen Bedingungen abhängig machen dürfen. Es liegt nahe, dass – im Sinne eines (*relativen*) *verfassungsrechtlichen Koppelungsverbots*¹¹⁴ – nur mit Rücksicht auf das soziale Staatsziel sachgerechte Verpflichtungen des Leistungsadressaten in Betracht kommen. So leuchtet eine *Verpflichtung* (des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen), *zumutbare Arbeit anzunehmen* (§§ 2 Abs. 1, 18 Abs. 1 mit § 25 BSHG; §§ 2 Abs. 2, 9 Abs. 1 Nr. 1 mit § 31 Abs. 1 Nr. 1 lit. c SGB II) aus dem Gedanken der Eigenverantwortung und dem Prinzip des Nachrangs der staatlichen Fürsorge ein.¹¹⁵ Dagegen könnte die *Pflicht zu gemeinnütziger zusätzlicher Arbeit* (§§ 18, 19 Abs. 2, 25 Abs. 2 BSHG; §§ 2 Abs. 1 S. 3, 16 Abs. 3 S. 2, 31 Abs. 1 Nr. 1 lit. d SGB II), gerade soweit kein Entgelt geleistet, sondern weiter staatliche Fürsorge (nebst Aufwandsentschädigung) gewährt wird, auf eine sachfremde Bevormundung des Leistungsempfängers hinauslaufen. Weil „Arbeiten als solches“ das Selbsthilfestreben fördert, soll der Hilfebedürftige beschäftigt und dadurch „auf den Weg zur Selbsthilfe“ geführt werden.¹¹⁶ Mit *dieser* Begründung wird freilich die Bedeutung der Arbeit für Würde und Persönlichkeitsentfaltung in eine Pflicht verkehrt. Das überzeugt auch unter den Voraussetzungen des Leistungsverhältnisses nicht: Die sittliche Pflicht eines jeden, seine Freiheit eigenverantwortlich wahrzunehmen, kann nicht als äußere Rechtspflicht formuliert werden, ohne in Widerspruch mit sich selbst zu geraten.

Von der Arbeitspflicht bliebe also nichts übrig als eine sachfremde und verbotene Beschäftigungstherapie, ließe sich nicht zur Rechtfertigung auch dieses Aspekts der Pflichtenseite das Prinzip des Sozialstaats in sei-

¹¹³ BVerfGE 17, 210 (216); es bleibt insbesondere die Bindung an den Gleichheitsgrundsatz.

¹¹⁴ Vgl. den Rechtsgedanken der §§ 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG; 55 Abs. 1 S. 2 SGB X, auch §§ 36 Abs. 2, Abs. 3 VwVfG, 32 Abs. 2 und Abs. 3 SGB X.

¹¹⁵ Vgl. BVerwGE 11, 252 (254); BVerwG, Buchholz 436.0, § 19 BSHG Nr. 1, 2. Dogmatisch dürfte es sich bei § 25 BSHG und § 31 Abs. 1 Nr. 1 lit. c SGB II um Spezialregelungen gegenüber den allgemeinen Anspruchsnormen handeln, die sich in der Sache aus der fehlenden Hilfebedürftigkeit rechtfertigen.

¹¹⁶ Die „mittelbar(e) Hilfe zur Selbsthilfe“ liegt, wo eine Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt nicht in Aussicht steht, allenfalls noch darin, dass „der Arbeitsentwöhnung vorgebeugt und der Hilfebedürftige auf die Übernahme einer Erwerbstätigkeit vorbereitet“ wird, BVerwGE 67, 1 (5f.); OVG Münster, DVBl 1996, 319 (320); vgl. bereits BVerwGE 29, 99 (101f.).

ner vom Grundgesetz vorausgesetzten und anerkannten Ausformung anführen: Denn seit jeher wurde solche Arbeitsleistung, auch soweit sie gerade nicht als Gegenleistung im engeren Sinne ausgestaltet war,¹¹⁷ als vom Einzelnen wechselseitig für die fürsorgliche Erhaltung durch das Gemeinwesen geschuldeter Solidarbeitrag eingefordert.¹¹⁸ In diesem vom Grundgesetz aufgenommenen Rahmen tradierter sozialstaatlicher Zielsetzungen darf die Eigenverantwortung fürsorglich auf das Gemeinwesen, dem sie ihre Existenz verdankt, orientiert werden.

Verstößt eine derartige Pflicht zu gemeinnütziger Arbeit gegen das absolute *Verbot des Arbeitszwangs* (nach Art. 12 Abs. 2 GG)?¹¹⁹ Auch diese Frage ist zu verneinen. Zwar sind heute *mittelbar-faktische Grundrechtseingriffe* anerkannt.¹²⁰ Aber das ändert nichts daran, dass hier der mittelbar-faktische Zwang nicht auf die Arbeitsleistung als solche abzielt, sondern auf den Beitrag zum Solidarverband. Gerade im Lichte des Sozialstaatsprinzips erweist sich das Verhältnis des Hilfebedürftigen zum Staat als ein Verhältnis der (wechselseitigen) Leistung, nicht des Eingriffs.¹²¹ Gleich-

¹¹⁷ Die Arbeit wird außerhalb eines regulären Arbeitsverhältnisses geleistet und als solche nicht entlohnt, vgl. § 19 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BSHG; § 16 Abs. 3 SGB II; vgl. BVerwG, Buchholz 436.0, § 19 BSHG Nr. 1, 3; *W. Rüfner* (Fn. 48), Rn. 106. Bereits *O. Weigert* (Fn. 66), 497, keine „wirtschaftliche Arbeit“ iSv Art. 163 Abs. 2 S. 1 WRV.

¹¹⁸ Auch unter der rechtsstaatlich-demokratischen Weimarer Reichsverfassung, vgl. *O. Weigert* (Fn. 66), 497; vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs in BR-Drucks. 919/01 (Anlage), 8; dazu *R. Rothkegel* Arbeit und Sozialhilfe, in: ders. (Hrsg.) Handbuch des Sozialhilferechts, Manuskript (erscheint 2005), T. II, Kap. 11, Rn. 29. Dagegen überzeugt es mangels eines regulären Arbeitsverhältnisses nicht, hier mit der vorrangigen Beschaffung des notwendigen Lebensunterhalts unmittelbar durch Einsatz der Arbeitskraft zu argumentieren, so aber BVerwGE 11, 252 (254), BVerwG, Buchholz 436.0, § 19 BSHG Nr. 1, 2f.; anders OVG Münster, DVBl 1996, 319 (320).

¹¹⁹ Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine (objektiv-rechtliche) Schranke von Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit *B. Pieroth/B. Schlink* (Fn. 86), Rn. 866, denn es geht hier, selbst wenn man eine „negative“ Berufsfreiheit anerkennen wollte, um nicht berufsbezogene Arbeit; anders mit *O. Bachof* Freiheit des Berufs, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.) Die Grundrechte, Bd. III/2, 1958, 155 (257) die wohl hM, etwa *R. Breuer* Freiheit des Berufs, HStR VI, § 147 Rn. 92.

¹²⁰ *B. Pieroth/B. Schlink* (Fn. 86), Rn. 240; *H. Bethge* Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), 7 (40); *W. Cremer* (Fn. 11), 147 ff.; *C. Enders* (Fn. 82), vor Art. 1 Rn. 106 ff.; *D. Grimm* (Fn. 32), 197 (208 f., 214).

¹²¹ *O. Bachof* (Fn. 119), 256 ff., 259 f.; *C. Gusy* Arbeitszwang – Zwangsarbeit – Strafvollzug – BVerfGE 74, 102, JuS 1989, 710 (714); ansatzweise auch *R. Breuer* (Fn. 119), Rn. 92; anders *G. Manssen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) GG I, 4. Aufl. 1999, Art. 12 Abs. 2 u. 3, Rn. 296, 303 (verfassungsrechtlich durch immanente Schranken gerechtfertigter Eingriff). *Bachofs* Sicht findet Bestätigung in der Entstehungsgeschichte, vgl. *A. Zinn* 5. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 29. September 1948, in: *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und

wohl gibt es auch hier Grenzen. Sie verlaufen dort, wo auf die Leistung ein vorbehaltloser Rechtsanspruch besteht, der nicht von Gegenleistungen abhängig gemacht werden darf (*absolutes verfassungsrechtliches Kopplungsverbot*).¹²² Für das hier diskutierte Sozialleistungsverhältnis kommt es darauf an, ob das Grundgesetz wirklich einen Mindest-Leistungsanspruch auf Gewährung des Existenzminimums anerkennt. Dass die herrschende Auffassung diesen aus der Menschenwürde ableitet,¹²³ überzeugt nicht: Die staatliche Verpflichtung zum Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG) belegt nur, dass der Anspruch auf rechtliche Behandlung auch staatliche Schutzvorkehrungen verlangt. Darüber hinaus weist die Menschenwürde als Grund und Sinn solcher Vorkehrungen keinen eigenständigen Gehalt auf.¹²⁴ Weil zufällige Schicksalsschläge keine Missachtung des aus der Menschenwürde folgenden Rechtsanspruchs bedeuten,¹²⁵ bieten aber auch die einzelgrundrechtlichen Konkretisierungen dieses Rechtsanspruchs keine allgemeine Versicherung gegen Risiken des täglichen Lebens.¹²⁶ Solche Leistungsansprüche werden von sozialen Grundrechten garantiert, die das Grundgesetz zu normieren mit Bedacht vermieden hat.

Richtigerweise folgt die staatliche Pflicht zur Gewährung des Existenzminimums aus dem Sozialstaatsprinzip.¹²⁷ Das Grundgesetz hat mit ihm nicht nur formal festgeschrieben, dass der Staat die tatsächliche Entfaltung gleicher Freiheit befördern muss. Das Prinzip weist auch *verfassungsge-*

Protokolle, Bd. V, 89; vgl. dazu auch 8. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 7. Oktober 1948, ebenda, 216 Fn. 52. Am fehlenden Eingriffscharakter ändert die Tatsache nichts, dass nun das SGB II, anders als bislang das BSHG, von „Sanktionen“ spricht (Fn. 103).

¹²² Vgl. den Rechtsgedanken der §§ 55 Abs. 2, 32 Abs. 1 SGB X; §§ 56 Abs. 2, 36 Abs. 1 VwVfG.

¹²³ *O. Bachof* (Fn. 75), 42, 51 f.; *W. Cremer* (Fn. 11), 386 ff. In BVerfGE 82, 60 (85) primär als objektiv-rechtlicher Schutz vor (steuerlicher) Entziehung des Existenzminimums verstanden; ferner BVerfGE 99, 216 (233, 240); 99, 246 (259 f.).

¹²⁴ Gegenstand und Maß des Schutzanspruchs werden vielmehr durch die Einzelgrundrechte selbst näher (und abschließend) bestimmt, BVerfGE 88, 203 (251).

¹²⁵ Insoweit iE ebenso mit anderer Begründung *W. Cremer* (Fn. 11), 262 Fn. 466, 268, der die Menschenwürde jedoch als lückenschließende Anspruchsnorm versteht, ebenda, 254 f., 388. Das ist in sich nicht konsistent, wenn die Schutzfunktion der Grundrechte auch aus der Menschenwürde (im Übrigen aus einem gerade nicht normierten Recht auf Sicherheit) abgeleitet wird, ebenda, 264.

¹²⁶ Also ungeachtet eines erst sekundär begrenzenden „Vorbehalts des Möglichen“, BVerfGE 33, 303 (330 f., 333); zutreffend insoweit BVerfGE 1, 97 (104 f.); etwa noch *G. Hermes* (Fn. 83), 119 f., 221 f. Anders *G. Robbers* Sicherheit als Menschenrecht, 1987, 124, 127 und die wohl hA.

¹²⁷ Im Ergebnis auch BVerfGE 82, 60 (80).

wohnheitsrechtliche Gehalte auf:¹²⁸ Es sind dies eben die Wechselseitigkeit der Pflichten im Solidarverhältnis (1), die für den Einzelnen stets unter der Bedingung der Zumutbarkeit steht (2) und, als Kern staatlicher Fürsorge, die staatliche Pflicht, einem jeden, der sich nicht selbst zu erhalten vermag, das zur Erhaltung der Existenz absolut Unerlässliche zu gewähren (3). Ein subjektives öffentliches Recht auf staatliche Fürsorge lässt sich freilich (verfassungs-)gewohnheitsrechtlich gerade nicht begründen. Art. 1 Abs. 1 GG bietet aber einen Anhaltspunkt für die entscheidende Frage, ob sich der Einzelne auf die gesetzliche (pflichtgemäße) Anerkennung seines Individualinteresses soll rechtlich berufen können:¹²⁹ Er stützt die Interpretation, der Einzelne müsse die Einhaltung derjenigen einschlägigen Rechtssätze (des einfachen Rechts), die in ihrer Gesamtheit dazu dienen, seine existenzielle Notlage abzuwenden, gerade insoweit verlangen können, als umgekehrt diese Fürsorgeleistung bedingungslos an die Erfüllung von Rechtspflichten des Begünstigten gebunden ist. Denn damit beruft sich der Staat selbst auf die Wechselseitigkeit des Solidarverhältnisses.¹³⁰ Der Destinatär staatlicher Fürsorge ist unter diesen Voraussetzungen zugleich als Rechtsträger angesprochen, weil er andernfalls entgegen seinem allgemeinen Rechtsanspruch zum reinen Pflichtsubjekt also bloßen Objekt staatlichen Handelns degradiert würde.¹³¹

¹²⁸ Die Möglichkeit von Verfassungsgewohnheitsrecht ist insbesondere zu bejahen, soweit der Sozialstaatsgrundsatz nicht von der „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG erfasst wird, dazu *E. Wiederin* Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, in diesem Band. Auch ungeachtet dessen sind die materialen Gehalte des Grundsatzes aber zweifelsohne dem historisch-sozialen Wandel unterworfen und stehen nicht je für sich unveränderlich fest.

¹²⁹ Zu den Elementen des subjektiven öffentlichen Rechts BVerwGE 92, 313 (317); 107, 215 (220).

¹³⁰ Ähnlich wie für die Erhebung von Steuern, aus denen folgerichtig diese Leistungen auch finanziert werden. Zum steuerrechtlichen „Gegenseitigkeits“-Verhältnis, in dem die Steuer gleichfalls nicht als Gegenleistung unmittelbar für individuell empfangene Leistungen vorzustellen ist, *K. Vogel* (Fn. 31), 503, 516f. Weitergehend in diesem Zusammenhang *M. Köhler* (Fn. 11), 117, 120f. Dagegen leitet *V. Neumann* (Fn. 100), 431f., aus Art. 1 GG ein Gegenseitigkeitsverhältnis im engeren Sinne ab und die Pflicht des Staates, in Gestalt von Arbeitsgelegenheiten den bedürftigen Leistungsempfängern die Möglichkeit würdegemäßer Gegenleistung zu schaffen. Handelt es sich jedoch wirklich um eine (von Rechts wegen geschuldete) Gegenleistung, ist es inkonsequent, die Pflichtenseite zu leugnen und – so *Neumann* – eine Arbeitspflicht als „sanktionsbewehrte Pflicht zur Leistung von Würde“ zu verurteilen.

¹³¹ Der Anspruch selbst ist einfachrechtlicher Natur, bereits BVerwGE 1, 159 (161f.). Dieser Interpretation entspricht die Formulierung in § 4 Abs. 1 BSHG: „Auf Sozialhilfe besteht ein Anspruch, soweit dieses Gesetz bestimmt, daß die Hilfe zu gewähren ist. ...“. Auf den ersten Blick hat es allerdings den Anschein, als bestehe dann gerade im Umfang des *unbedingt* (ohne entsprechende Pflicht auf Seiten des Empfängers) geschuldeten ab-

Die *Arbeitspflicht* des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen ist nach diesem Maßstab verfassungsrechtlich unbedenklich. Würde allerdings die Gewährung des verfassungsrechtlich garantierten (absoluten, nicht konventionellen) Existenzminimums vom Staat an die Bedingung geknüpft, Arbeitsleistungen zu erbringen, verstieße dies gegen Art. 12 Abs. 2 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip (absolutes verfassungsrechtliches Koppelungsverbot). Das ist aber nicht der Fall: Die Regel-Unterhaltsleistung kann bei Arbeitsverweigerung abgesenkt werden (§ 31 SGB II¹³²; vgl. § 25 Abs. 1 BSHG). Damit wird jedoch noch nicht das zum Lebensunterhalt absolut Unerlässliche verweigert, auf das allein sich die Verfassungsgarantie erstreckt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das vom Gesetz in diesem Zusammenhang der Behörde eingeräumte Ermessen, ergänzende Sachleistungen zu erbringen (§ 31 Abs. 3 S. 3 SGB II, vgl. § 31 Abs. 5 S. 2 SGB II), sich auf Null reduziert, wenn dieser Punkt erreicht sein sollte. Selbst Arbeitsunwillige darf der Staat nicht verhungern lassen.¹³³

cc) Außerhalb der originären Einflußzone des Sozialstaatsgrundsatzes galt bislang, nach dem Leitbild autonomer Mündigkeit des Bürgers,¹³⁴ Eigenverantwortung unangefochten als individuell definiertes und als solches grundrechtlich geschütztes Freiheitsbelieben (Art. 2 Abs. 1 GG). Doch die grundrechtsgarantierte „Bestandskraft“ des Autonomiegedankens ist schwach ausgeprägt. Freilich sind von vornherein die Fälle auszuscheiden, in denen die Gemeinschaft nach allgemeiner Übereinkunft ihren

absoluten Existenzminimums kein Anspruch des Hilfebedürftigen. Indessen wird die Verweigerung der Leistung regelmäßig mit der Pflichtverletzung, unter Berufung auf das wechselseitige Pflichtenverhältnis also, begründet werden. Insoweit besteht auch ein Rechtsanspruch. Dass damit am Ende ein Bedürfnis verrechtlicht wird, verschlägt nichts, da nach der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht ein jedes Interesse vom Gesetzgeber als Anspruch ausgestaltet werden kann, *G. Jellinek* (Fn. 47), 71, 73 Fn. 3. Gegen die hier vorgeschlagene Konstruktion insbesondere *W. Cremer* (Fn. 11), 254, 382ff., der aus der Menschenwürde iVm dem Sozialstaatsprinzip einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf das Existenzminimum ableitet.

¹³² Diese Absenkung kann auch die Leistungen für Unterkunft und Heizung erfassen, § 31 Abs. 3 Satz 2 SGB II.

¹³³ Denn der Hilfebedürftige wird infolge Arbeitsverweigerung und Sanktion nicht aus der fürsorglichen Betreuung entlassen, BVerwGE 11, 252 (255); 29, 99 (101, 104f.); BVerwG, Buchholz 436.0, § 19 BSHG, Nr.1, 2; BVerwGE 67, 1 (6); 98, 203 (204f.). Das ist Folge des Umstands, dass seit jeher die Zuweisung von Arbeit das Fürsorgeverhältnis nicht beendet. Zu eng etwa *W. Riefner* (Fn. 48), Rn. 110.

¹³⁴ Zum Privatrecht klassisch *G. Dürig* Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Schmitt Glaeser/Häberle/Maurer (Hrsg.) Günter Dürig. Gesammelte Schriften, 1984, 215 (216f.), vgl. etwa BVerfGE 81, 242 (254f.), hier allerdings Art. 12 Abs. 1 GG; 89, 214 (231); 103, 197 (215). Zum Polizei- und Ordnungsrecht *W. Martens* (Fn. 33), 230f.; *V. Götz* Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2001, Rn. 104.

„Schutzgenossen“ in deren wohlverstandenen Eigeninteresse die Konsequenzen einer vollen Rechte- und Pflichtenstellung vorenthält, weil und solange es an der aktuellen Fähigkeit zur Selbstbestimmung fehlt, z. B. durch die Abstufungen der Geschäftsfähigkeit im bürgerlichen Recht (§§ 104 ff. BGB). Auf diese Weise zollt der Rechtsstaat den realen Entfaltungsbedingungen seines Freiheitsideals den unvermeidlichen Tribut. Erst wenn eine aktuell voll verantwortungsfähige Person gegen ihren Willen vor sich selbst geschützt würde, läge darin eine Bevormundung, die zum Freiheitsprinzip des Rechtsstaats in diametralem Gegensatz steht.¹³⁵ Häufig tragen wenigstens auf den zweiten Blick Gemeinwohlintressen die Freiheitsbeschränkung.¹³⁶ Dennoch zeigt sich, dass es dem Gesetzgeber vermehrt auch darum geht, den Grundrechtsträger – wie z. B. bei der Beschränkung der Lebend-Organspende auf Verwandtschafts- und Näheverhältnisse (im Transplantations-Gesetz) – vor sich selbst in Schutz zu nehmen.¹³⁷

¹³⁵ Vgl. BVerfGE 22, 180 (219 f.); auch BVerwGE 82, 45 (48 f.). Das (erste) Peep-Show-Urteil des BVerwG ist darum weithin auf Ablehnung gestoßen, weil hier unter dem Titel der Menschenwürde an objektiven Richtigkeitsvorstellungen (eines bestimmten Menschenbilds) ausgerichtetete Freiheit verordnet wurde. BVerwGE 64, 274; dazu mwN C. Enders (Fn. 4), 368 f. Das Verbot des „Zwergenweitwurfs“ VG Neustadt, NVwZ 1993, 98 (bejaht); des „Laserdromes“ BVerwGE 115, 189; vgl. jetzt EuGH vom 14. Oktober 2004, C-36/02 (bejaht); des „Paintball“-Spiels VG Dresden, NVwZ-RR 2003, 848 und VGH Mannheim, GewArch 2004, 327 (jeweils verneint); aber auch das Verbot von Gewaltvideos (§ 131 StGB), BVerfGE 87, 209 (bejaht) und die Diskussion über die TV-Reality-Show „Big Brother“ gehören hierher, vgl. U. Di Fabio Der Schutz der Menschenwürde durch allgemeine Programmgrundsätze, 2000, insbesondere 45 ff.; W. Frotscher „Big Brother“ und das deutsche Rundfunkrecht, 2000, insbesondere 41 ff. Vgl. H. Dreier Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 201 (217 ff.); auch B. Schlink Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes, 2002, 10 f.

¹³⁶ Etwa in den Fällen von Impfpflicht, Helm- oder Gurtpflicht, vgl. BVerfGE 59, 275 (278); BVerwGE 53, 83 (85 f.); BGHZ 74, 25 (34); vgl. auch VGH Mannheim, VBIBW 1998, 25. Selbst die Beschränkung der Organspende (unter Lebenden) auf Verwandtschafts- und Näheverhältnisse kann für sich u. a. ins Feld führen, auch eine naheliegende Missbrauchsgefahr (der Kommerzialisierung) zu steuern, BVerfG, NJW 1999, 3399.

¹³⁷ Dass durch § 8 Abs. 1 S. 2 TPG die Organspende unter Lebenden derart beschränkt wird, soll auch die „echte“ Freiwilligkeit des Spenderentschlusses sicherstellen. Denn finanzielle Erwägungen, die sich dem Verdacht der Fremdsteuerung ausgesetzt sehen, werden dadurch weitestgehend unterbunden. BVerfG, NJW 1999, 3399 (3403: „Es entspricht dem Bild des Grundgesetzes von der Würde und Selbstbestimmung des Menschen, dass eine so weitreichende Entscheidung wie die Spende eines Organs auf einem freiwilligen, von finanziellen Erwägungen unberührten Willensentschluss beruhen muss“). Selbst über das Standardproblem eines (polizei-/ordnungsrechtlichen) Verbots der frei verantwortlich beschlossenen Selbsttötung besteht kein Konsens, vgl. einerseits etwa: G. Hermes (Fn. 83), 228; andererseits W. Martens (Fn. 33), 230; Württenberger/Heckmann/Riggert

Hier begegnet eine im Vordringen begriffene Sicht auf die Beziehungen Privater: Normativer Dreh- und Angelpunkt ist nicht länger das autonome Rechtssubjekt, der mündige Bürger. Richtmaß ist der zwar rechtlich gleiche, jedoch strukturell unterlegene, tatsächlich benachteiligte Vertragspartner, der aufklärungsbedürftige Verbraucher, überhaupt: der Mensch als hilfsbedürftiges Mängelwesen. Das relativiert zwangsläufig die (Selbst-)*Bindung an die Freiheit*, weicht also die Zurechnungsebene auf,¹³⁸ oder stellt die *Freiheit zur Bindung* (den Bindungswillen) unter materiale Kautelen.¹³⁹ Aus dieser Sicht liegt nahe, dass dann auch die freie geistige Einwirkung auf Dritte deren struktureller Unreife Rechnung zu tragen hat und mit Rücksicht darauf ggf. ganz unterbleiben muss (Alkohol-/Tabakwerbeverbot).¹⁴⁰

Die Einzelgrundrechte haben dieser Relativierung des Autonomiegedankens nichts entgegenzusetzen. Vor allem sind sie in ihrer *Abwehrwirkung* außerstande, spezifisch auf den fürsorglichen Schutz zu reagieren, den der Gesetzgeber der Hilfsbedürftigkeit durch *Eingriff in Drittrechtspositionen* zuwendet. Die Selbstbestimmung des Subjekts liegt zwar der Grundrechtsberechtigung (mit Art. 1 GG) durchweg als Idee zugrunde. Aber die *Schutzgüter* der Grundrechtseingriffe definiert der Gesetzgeber davon unabhängig, orientiert an *tatsächlich-empirischen* Wirkungszusammenhängen. Allein ob er *diese* zutreffend einschätzt oder prognostiziert,

(Hrsg.) Polizeirecht in Baden-Württemberg, 5. Aufl. 2002, Rn. 401 f. Anerkannt dürfte allenfalls sein, daß ein Verbot der Selbstgefährdung nicht auf die *Generalklausel* des Polizei- und Ordnungsrechts gestützt werden darf, V. Götz (Fn. 134), Rn. 104.

¹³⁸ BVerfGE 81, 242; 89, 214; BVerfG, NJW 1994, 2749; BVerfGE 103, 89.

¹³⁹ Vgl. die Antidiskriminierungs- und Gleichstellungsrichtlinien des Europäischen Gemeinschaftsrechts: Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976, ABl. EG 1976 Nr. L 39/40; Richtlinie 2000/43/EG 2000 des Rates vom 29. Juni 2000, ABl. EG 2000 Nr. L 180/22; Richtlinie 2000/78/EG 2000 des Rates vom 27. November 2000, ABl. EG 2000 Nr. L 303/16; Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002, ABl. EG 2002 Nr. L 269/15. Dazu die Auseinandersetzung S. Baer „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, ZRP 2002, 290 ff. mit F.-J. Säcker „Vernunft statt Freiheit“ – die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, ZRP 2002, 286 ff.

¹⁴⁰ Ob auch Wirtschaftswerbung die grundrechtsgeschützte freie Einwirkung auf Dritte, BVerfGE 7, 198 (208, 210), für sich beanspruchen kann, ist fraglich, bejahend G. Manssen (Fn. 121), Rn. 274; vgl. BVerfGE 71, 162 (175). Vgl. auch H. Siekmann Verfassungsmäßigkeit eines umfassenden Verbots der Werbung für Tabakprodukte, DÖV 2003, 657 ff. Dass und wie schließlich Vorgänge in der gesellschaftlich privaten Sphäre (häusliche Gewalt) vermehrt in den Rang des öffentlichen Interesses gerückt werden, findet partiell ebenfalls seine Erklärung im veränderten Verständnis von der Grundverfassung des Menschen, die von der Gemeinschaft den (sach-)gerechten Ausgleich individueller situations- oder gruppentypischer Nachteile und eine entsprechende Ausformung des Rechtsstatus verlangt, vgl. das Gewaltschutzgesetz vom 11. Dezember 2001, BGBl I 3513; ferner die neuen Betretungsverbote im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht der Länder, etwa § 21 Abs. 3 SächsPolG.

fragt die Eingriffskontrolle. Nur den Schutz der Geistesfreiheit gewährleistet das Grundgesetz weithin unabhängig von ihren Wirkungen (etwa Art. 5 Abs. 2 GG); aber dieser Schutz hält dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts nicht stand.¹⁴¹ Umgekehrt gilt für die *Schutzfunktion der Grundrechte*: Ist die Förderung des Individualinteresses aus Gründen der Schutzpflicht erst einmal zum Schutzgut erhoben, ist es der Verfügung des Geschützten weithin entzogen, dessen Wille jedenfalls für die Rechtfertigung der Prävention nur noch von nachrangiger Bedeutung ist.¹⁴²

¹⁴¹ Soweit Wirtschaftswerbung (auch) durch die Meinungsfreiheit geschützt ist, stellen Werbeverbote unzulässiges Sonderrecht dar, C. Enders Offene Staatlichkeit unter Souveränitätsvorbehalt, FS Böckenförde, 1995, 29 (40f.); auch S. Huster Das nationale Alkoholverbot, JuS 2002, 262ff.; anders H. Siekmann (Fn. 140), 662.

¹⁴² Dies belegt die Praxis der Betretungsverbote zum Schutz vor häuslicher Gewalt. Diese Rechtsprechung sieht – für die Prognoseentscheidung und Ermessensausübung – vom Versöhnungswillen des Opfers ab, das insoweit „vor sich selbst“ (wenn auch nicht durch Eingriff in seine Rechtsposition) geschützt wird: Opfer einer „stabilisierten Gewaltbeziehung“ neigten „typischerweise“ und zumal bei wirtschaftlicher Abhängigkeit dazu, „das Geschehen zu verharmlosen oder die betroffene Person sogar gegenüber der Polizei in Schutz zu nehmen“, VG Köln vom 7. Februar 2002, 20 L 284/02; eine „wirklich freie“ Entscheidung scheint darum unmöglich. In diesem Sinne auch B. Schweikert/S. Baer Das neue Gewaltschutzrecht, 2002, 20f., 128; U. Petersen-Thrö Die Wohnungsverweisung nach § 21 Abs. 3 SächsPolG, SächsVBl 2004, 173 (180). Kritisch P. Collin Das polizeiliche Betretungsverbot bei häuslicher Gewalt – Anwendungsprobleme einer neuen Standardermächtigung, DVBl 2003, 1499 (1503f.). Von vornherein folgt indessen aus den *Freiheitsrechten*, namentlich Art. 2 Abs. 1 GG, keine Schutzpflicht zur Ausgleichung tatsächlicher („struktureller“) Benachteiligung in Privatrechtsverhältnissen – entgegen der Rechtsprechung des BVerfG zur gestörten Vertragsparität, oben Fn. 138. Denn hier geht es um die tatsächlichen Entfaltungsvoraussetzungen individueller Freiheit, die gerade nicht von den (auf der Fiktion abstrakt gleicher Freiheit basierenden) Grundrechten gewährleistet werden sollen und können, sondern vom Sozialstaatsgrundsatz dem Gesetzgeber zur Konkretisierung übertragen sind (oben im Text I.). Soweit dabei Handlungsfreiheit gegen Handlungsfreiheit steht, ist ein rechtlich praktikabler Abwägungsmaßstab nicht ersichtlich und hat der Einzelne die Ergebnisse gesetzgeberischer Abwägung klaglos zu akzeptieren. Die Selbstverständlichkeit der Privatrechtsordnung kann heute der sozialgestaltende Gesetzgeber als Regelungstitel für sich beanspruchen; BVerfGE 4, 7 (16); 7, 198 (220); dazu C. Enders (Fn. 4), 490f.; ders. (Fn. 82), vor Art. 1 Rn. 148. Anderes muss für die besonderen *Gleichheitssätze* gelten: Adressieren die Grundrechte, vor allem die Gleichheitsrechte, traditionell zugleich ein Programm der Sozialgestaltung an den Staat (deutlich insbesondere § 137 Abs. 1 bis 3 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 28. März 1849), das nach heute hA in vollziehbare Schutzpflichten mündet, D. Grimm (Fn. 6), 67 (84f.), so gehört es zu deren Wesen, dass der Staat die Rechtsgleichheit auch zwischen Privaten gegen überkommene gesellschaftliche Strukturen, Übungen und Vorurteile durchzusetzen hat, soweit sie sich nicht über das nivellierende Kriterium der finanziellen Leistungskraft von allein realisiert. Der Staat muss also nach der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten auch allfälliger Diskriminierung im Privatrechts-

b) Für- und Vorsorge als Prinzip des Wohlfahrtsstaates

Auch die Entgrenzung des Für- und Vorsorgedenkens schließlich, die sich als Prinzip des Wohlfahrtsstaates erweist,¹⁴³ wird von den Einzelgrundrechten kaum behindert. Es fehlt an einem substantiellen Rechtfertigungszwang.¹⁴⁴ Der Vorsorgegedanke immunisiert die *Gefahrenabwehr* weitgehend gegenüber rechtlicher Kontrolle: Das öffentliche Recht kennt mittlerweile zahlreiche Duldungs- und Mitwirkungspflichten, die weder nur dem Störer gelten, noch eine Entschädigungspflicht nach sich ziehen, sondern jedermann treffen, um Gefahrenlagen überhaupt erst aufdecken zu können.¹⁴⁵ Das tatsächliche Ausbleiben von Verdachtsmomenten widerlegt hier nicht ex post den guten Nutzen der Vorsorgevorkehrung, sondern entfaltet geradezu affirmative Wirkung. Die Frage nach dem angemessenen Verhältnis von Zweck und Eingriffsmittel geht ins Leere, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verliert ob der Umkehrung des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips seine ermessensbegrenzende Kontroll-

verkehr effektiv vorbeugen; dagegen *M. Jestaedt* Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in diesem Band, Leitsätze 15, 16.

¹⁴³ Auch sie geht konform mit dem Schutzpflichtgedanken, *G. Hermes* (Fn. 83), 227f.; BVerfGE 49, 89 (142); 53, 30 (58, 65f.).

¹⁴⁴ Das Problem liegt weniger in der vielfach nurmehr indirekten staatlichen Ingerenz (auf der Eingriffsebene), wenn man nur von der überholten Vorstellung des Verwaltungsprivatrechts Abschied nehmen wollte, um den informell oder privatrechtlich handelnden Staat stattdessen an die allgemeine Rechtsordnung zu binden, vgl. *C. Enders* Die Exmitierung von Obdachlosen als Problem der Folgenbeseitigung?, *Die Verwaltung* 30 (1997), 29 (38 Fn. 45). Insoweit anders *D. Grimm* (Fn. 32), 197 (207f., 214f.).

¹⁴⁵ Das trifft nicht das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip, das die Gefahrenschwelle aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse für bestimmte umweltrelevante Verhaltensmodalitäten vorverlagert und hierbei insbesondere an die abstrakte Gefahr des Anlagenbetriebs anknüpfen kann. Hierher gehört aber die polizeiliche Befugnis zur Identitätskontrolle an Kontrollstellen und in Kontrollbereichen und insbesondere bei der „Schleierfahndung“ (etwa § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 5, 6 SächsPolG), mit jeweils den weitreichenden Folgebefugnissen des Festhaltens, der Ingewahrsamnahme, der Durchsuchung etc., näher *V. Götz* (Fn. 134), Rn. 279ff. Vor allem der Zweck der „vorbeugenden Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität im (30-km-)Grenzgebiet“ bedeutet keine konditional einschränkende Tatbestandsvoraussetzung, sondern benennt nur den Grund, der ausnahmslos jede Identitätskontrolle bei Vorliegen der übrigen (vornehmlich ortsbezogenen) Tatbestandsmerkmale rechtfertigt; vgl. auch *H. Lissen* Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen, NVwZ 1998, 22ff.; *K. Waechter* Die „Schleierfahndung“ als Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung durch Abschreckung und Verunsicherung, DÖV 1999, 138 (142). Die strafprozessualen Mittel entwickeln sich in die nämliche Richtung, etwa § 111 StPO, dazu *L. Meyer-Goßner* Strafprozeßordnung, 47. Aufl. 2004, § 111 Rn. 11; vgl. auch BVerfGE 103, 21 (30f.) zur strafprozessualen Strafverfolgungsvorsorge nach § 2 DNA-IFG iVm § 81g StPO.

funktion.¹⁴⁶ Diese solidarische Inklusion auf der Pflichtenseite, die sich nicht mehr auf Vermögenseingriffe beschränkt, lässt sich nicht eindeutig begrenzen und doch scheint sie im Zeichen der Vorsorge stets dem Grunde nach gerechtfertigt.¹⁴⁷

c) *Absolute Grenzen für- und vorsorglichen Staatshandelns*

Konsequente Für- und Vorsorge kennt also keine festen Grenzen. Gibt es angesichts dieser Gesetzmäßigkeit überhaupt noch verfassungsrechtliche Haltepunkte? In der Tat hat das Grundgesetz mit Art. 1 Abs. 3 GG als rechtsstaatlich unabdingbaren Maßstab formuliert, dass die gesamte Staatsgewalt, einschließlich der Gesetzgebung, ihr Wirken vor dem Menschen als Rechtssubjekt zu rechtfertigen hat.¹⁴⁸ Die gebotene Rechtfertigung misslingt, wenn die dem Einzelnen auferlegte Pflichtenstellung seine Eigenständigkeit als mögliches Glied eines Rechtsverhältnisses von wechselseitigen Rechten und Pflichten ausschließt (daher das Verbot der Sklaverei¹⁴⁹).¹⁵⁰ Sie misslingt ferner, wenn der Einzelne allein um der hö-

¹⁴⁶ Ähnlich *D. Grimm* (Fn. 32), 197 (198); *ders.* (Fn. 32) 397 (436).

¹⁴⁷ Vgl. *U. Di Fabio* (Fn. 96), 260; *U. Volkmann* (Fn. 112), 702f. Auch die Versagung von Schutz lässt sich unter dem Aspekt der Solidarität rechtfertigen: Solidarität fordert der Staat vom Entführungsoffer ein, das zur Erhaltung Aller den Entführern preisgegeben wird, BVerfGE 46, 160 (165); Solidarität wird in gewissem Umfang dem Einzelnen auch mit Blick auf die postmortale Organspende abverlangt, die nur durch entgegenstehende Erklärung zu Lebzeiten sicher ausgeschlossen werden kann, vgl. BVerfG, NJW 1999, 858; und Solidarität soll im Angesicht embryonenverbrauchender Forschung auch der Embryo der Gemeinschaft und ihrem berechtigten Interesse an wissenschaftlicher Vorsorge schulden, so *B. Schlink* (Fn. 135), 12, 19.

¹⁴⁸ *C. Enders* (Fn. 4), 433, 438f., 440; zur Unabänderlichkeit des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips auch *H. Hofmann* Grundpflichten und Grundrechte, HStR V, 2. Aufl. 2000, § 114 Rn. 50.

¹⁴⁹ Aus der Perspektive des Freiheitsprinzips eine Selbstverständlichkeit, vgl. etwa *J. Locke* (Fn. 8), T. II, §§ 23, 24, 214f.; *I. Kant* Metaphysik der Sitten (Fn. 2), Rechtslehre, § 49 Allgem. Anmerkung D, 451; *G. W. F. Hegel*, Philosophie der Weltgeschichte, herausgegeben von Lasson, Bd. II-IV, 1988, 745f. Zur Weimarer Reichsverfassung: *O. Weigert* (Fn. 66), 494, 495; zum Bonner Grundgesetz (im Zusammenhang mit der persönlichen Gleichheit): *H. v. Mangoldt* 26. Sitzung des Grundsatzausschusses v. 30. 11. 1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.) Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. V, 743. Dem entsprechen die ausdrücklichen Verbote in Art. 4 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948; Art. 4 EMRK vom 4. November 1950; Art. 8 IPbürgR vom 19. Dezember 1966. Dieser Gedanke, der auf ein *Verzweckungsverbot* hinausläuft, bildet auch den Hintergrund der Erwägung in BVerfGE 88, 203 (255), es dürfe das Lebensrecht, nicht „der freien, rechtlich nicht gebundenen Entscheidung eines Dritten ... überantwortet“ werden; vgl. *Seelmann* (Fn. 6), 67.

¹⁵⁰ Im Lichte dieser Formel klären sich einige Problemfälle: Der Notstandsstörer ist in der Entschädigungspflichtigkeit als Rechtssubjekt anerkannt. Der polizeiliche Rettungs-

heren Wahrheit willen (heteronom) einem bestimmten materialen Tugend- und Ordnungsideal sich zu fügen hat; der Staat ist keine Besserungsanstalt.¹⁵¹ Schließlich ist dem Staat ausnahmslos untersagt, sich anderweit der Rechtfertigungslast zu entziehen, indem er rechtsfreie Räume schafft oder selbstzweckhafte, d.h. sich selbst rechtfertigende Eingriffsmaßnahmen erlässt. Um solche handelt es sich, wenn, wie im Falle verdachts- und anlassunabhängiger Identitätskontrollen, die Individualpflicht im Einzelfall (ex ante) in keinem konkret-kausalen Zusammenhang mit der Gefahrenabwehr oder Störungsbeseitigung steht. Diese Eingriffe sind verfassungswidrig, nicht weil sie unverhältnismäßig, sondern weil sie *stets* verhältnismäßig sind. Denn das Grundgesetz geht mit seiner Freiheitsvermutung gerade nicht von der empirischen Wahrheit aus, dass jedes Verhalten potentiell schädlich und darum generell verdächtig ist.¹⁵² Eingriffsmaßnahmen, deren Tatbestand unge-

schuss reagiert als letztes Mittel auf die Überschreitung der gesetzlichen Nichtstörungspflicht und negiert damit nicht die nur in den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung und mit Rücksicht auf die gleiche Freiheit anderer bestehende Subjektstellung des Störers. Die Schutzpflichtkonstellationen sind von den Eingriffskonstellationen zu unterscheiden und gesondert zu würdigen: Die Entscheidung der Bundesregierung, im Schleyer-Fall das Leben des Entführten zur Not zu opfern, lässt sich damit rechtfertigen, dass ansonsten der Bestand der Rechtsordnung als solcher, damit die Möglichkeit von Freiheit und Basis aller Rechtsverhältnisse überhaupt in Frage gestellt worden wäre.

¹⁵¹ BVerfGE 22, 180 (219f.). Darum darf nicht „wohlverstandene“, wahre Freiheit zur Norm erhoben werden, vgl. *D. Grimm*, (Fn. 6), 67 (70), was auch den „Schutz vor sich selbst“ ausschließt. Dagegen richten sich namentlich die Gewährleistungen der Geistesfreiheit in Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2 und 3 GG, *C. Enders* (Fn. 82), vor Art. 1 Rn. 109, 145. Zum damit einhergehenden Indoktrinationsverbot BVerfGE 47, 46 (77); BVerwGE 79, 298 (301 f.) und in der Sache auch BVerfGE 93, 1. Damit ist noch kein Verdikt ausgesprochen über die allgemeine Freiheitsschranke der „guten Sitten“ oder der „öffentlichen Ordnung“, da hier (im Grundsatz auch vor der Verfassung, Art. 2 Abs. 1 GG) legitime und bewährte Verhaltensregeln mit Rücksicht auf ein erträgliches Zusammenleben sanktioniert, nicht aber schlechthin Heilsmaßstäbe oktroyiert werden, vgl. *H. Dreier* (Fn. 75) Art. 1 I Rn. 153 Fn. 509. Das zeigt zugleich, wie sorgfältig diese Grenzen jeweils bestimmt werden müssen.

¹⁵² Vgl. *H. Liskén* (Fn. 145), 24; gegen ihn *J. Schwabe* „Kontrolle ist schlecht, Vertrauen allein der Menschenwürde gemäß“, NVwZ 1998, 709 ff.; auch *H. Dreier* (Fn. 75), Art. 1 I Rn. 147. Bereits *G. W. F. Hegel* (Fn. 48), §§ 232–234, 383 ff., konstatierte, es sei „keine Grenze *an sich* vorhanden, was schädlich oder nicht schädlich, ... , was verdächtig oder unverdächtig sei“, § 234. Daher kann die Polizei „bei sehr gebildeter Reflexion die Richtung nehmen, alles Mögliche in ihren Bereich zu ziehen; denn in allem läßt sich eine Beziehung finden, durch die etwas schädlich werden könnte ...“, § 234, Zus., 383 f. Nach *G. W. F. Hegel* ebenda, muss darum u.a. der „Geist der übrigen Verfassung“ die Bestimmung geben. Das richtet sich auch gegen *J. G. Fichte* Grundlagen des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre, in: I. H. Fichte (Hrsg.) Fichtes Werke, Bd. III,

achtet dessen durch den Zweck umfassender Vorsorge bestimmt ist, zielen nach ihrem tieferen, aber verbotenen Sinn auf den stets nützlichen Solidarbeitrag jedes Einzelnen zur staatlichen Aufgabenbewältigung.¹⁵³

IV. Resümee: Das Prinzip der Freiheit als Grenze der Wohlfahrt

Das Sozialstaatsprinzip dynamisiert das Staatshandeln. Dessen Zweckbestimmung ist es danach, ökonomisch begründete oder sich ausprägende Hemmnisse der Persönlichkeitsentfaltung zu beseitigen, um möglichst allen die Teilhabe am gemeinen Ganzen zu eröffnen. Die rechtsstaatlichen Bindungen des Staates, namentlich des Gesetzgebers, werden freilich unter der Weite der verfassungslegitimen Zweckbestimmung entformalisiert und büßen erheblich an Schärfe ein. Immerhin erfährt die sozialstaatliche Betätigung durch ihren traditionellen Zweck gewisse Einschränkungen. Die wohlfahrtsstaatliche Entgrenzung der Für- und Vorsorge auf das gesamte Gebiet der Staatstätigkeit dynamisiert dagegen den Rechtsstaat als solchen in seiner Limitierungsfunktion. Sie gibt ihn auf, wenn die wenigen absoluten Grenzen aus dem Blick geraten. Am Ende zeigt sich, dass das Grundgesetz mit Bedacht selbst einen demokratischen Gesetzgeber unabänderlich an das Prinzip der Grundrechte als solches, die gleiche Freiheit aller, gebunden wissen wollte. Würde das wohlfahrtsstaatliche Anliegen umfassender Für- und Vorsorge nämlich zum alles beherrschenden Konstruktionsprinzip, läge ein demokratischer Polizeistaat keineswegs mehr jenseits des Vorstellbaren. Denn der Polizeistaat garantiert noch immer die vollkommenste Wohlfahrt. Das wäre ein hoher und vom Grundgesetz nicht einkalkulierter Preis einer an materialen Maßstäben orientierten Sozialordnung.

1971, 302: „In einem Staate von der hier aufgestellten Constitution ... (weiss) die Polizei ... so ziemlich, wo jeder Bürger zu jeder Stunde des Tages sey und was er treibe“.

¹⁵³ Dabei bleibt zu unterscheiden zwischen konkret gefahren(abwehr)bezogenen Duldungs- und Mitwirkungspflichten (etwa: die Auskunftspflicht bei Befragung durch die Polizei; die Pflicht, auf Platzverweis einen bestimmten Ort zu verlassen, um Feuerwehr-/Rettungseinsätze nicht zu behindern) und verdachtsunabhängig selbstzweckhaften, auch von der typischen Gefährlichkeit des Verhaltens losgelösten Aufsichts- und Überwachungsmaßnahmen. Letztere hat das BVerfG als umfassende (polizeistaatliche) Instrumentalisierung des Bürgers stets abgelehnt, vgl. (zur Berufsfreiheit) BVerfGE 41, 378 (397); 65, 116 (129); 86, 28 (44). Anders C. Möllers Polizeikontrollen ohne Gefahrverdacht – Ratio und rechtliche Grenzen der neuen Vorsorgebefugnisse, NVwZ 2000, 382 (385f.), der zur Rechtfertigung verdachtsunabhängiger Maßnahmen auf das Beispiel der Meldepflicht rekurriert, die aber nach Funktion und Ausgestaltung den Bürger gerade nicht unter Generalverdacht stellt und nicht seine „Rechtstreue“ ermitteln will.

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge

I. Einleitung: Der Sozialstaat des Grundgesetzes als Traditionsgut

(1) Der Sozialstaatsgrundsatz des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) erfüllt im Verhältnis zum Rechtsstaatsprinzip und dessen Ideal abstrakt gleicher Freiheit des Menschen eine kompensatorische Ergänzungsfunktion. Er verpflichtet den Staat, im Interesse materialer Gerechtigkeit auch für die tatsächlichen Voraussetzungen und Bedingungen der Freiheitsausübung Sorge zu tragen, um allen eine reale Freiheitschance und die Teilhabe am gemeinen Ganzen zu eröffnen.

(2) Das Staatshandeln wird dadurch in den Grenzen des Rechtsstaats (insbesondere Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) für materiale Gehalte geöffnet und dynamisiert.

(3) Der Grundgesetzgeber verstand den Sozialstaat offenkundig als etwas historisch Selbstverständliches; er wollte an den tradierten Standard moderner sozialstaatlicher Errungenschaften anknüpfen.

II. Das Vorbild im historischen Modell des sozialen Rechtsstaats

1. Der soziale Impetus wechselseitiger Solidarität im Modell des „reinen“ Rechtsstaats

(4) Auch das Modell des reinen Rechtsstaats (Kant) kommt nicht aus ohne das soziale Moment der wechselseitigen solidarischen Erhaltung der Gesellschaftsglieder. Der soziale Impetus wechselseitiger Solidarität betätigt und erschöpft sich im Wesentlichen in den bestandserhaltenden und ausgleichenden Aktivitäten des Steuerstaats, namentlich der Armenfürsorge.

2. Die Entwicklung vom Polizeistaat zum Sozialstaat

(5) Die Pflicht der staatlichen Gemeinschaft, ihre Glieder zu erhalten, bestand im Polizeistaat wie im frühen Rechtsstaat allein im öffentlichen Interesse. Sie begründete kein Rechtsverhältnis der gegenseitigen Rechte und

Pflichten, sondern war Wohltat, auf die kein Rechtsanspruch bestand. Der Hilfsbedürftige war Objekt staatlicher Fürsorge.

(6) Die staatliche Fürsorgeleistung stand in Gestalt der Arbeitspflicht unter der Bedingung der wechselseitigen Pflichterfüllung durch den Hilfsbedürftigen. In dieser Beschränkung auf die Pflichtenseite bewahrte das Fürsorgeverhältnis auch im Rechtsstaat seinen polizeistaatlichen Charakter.

(7) Mit der Sozialversicherung trat am Ende des 19. Jahrhunderts zur steuerfinanzierten und subsidiären Armenfürsorge als weitere Maßnahme sozialstaatlicher Wohlfahrtspflege die von der Bedürftigkeit unabhängige, beitragsfinanzierte Sozialvorsorge hinzu, die dem Versicherten ein subjektives öffentliches Recht einräumte.

(8) Der Vorsorgezwang wird zum typischen Handlungsmittel des sozialen Rechtsstaats, das unter rechtsstaatlichen Kautelen steht, aber im Übrigen dem Ermessen des (verfassungs-)rechtlich ungebundenen Gesetzgebers überantwortet ist.

3. Das unvollendete Programm des Weimarer Sozialstaats

(9) Obwohl die Sozialversicherung um die Arbeitslosenversicherung ergänzt wird, bleibt im Übrigen das anspruchsvolle sozialstaatliche Programm der Weimarer Reichsverfassung, insbesondere im Hinblick auf die Rechtsstellung des Einzelnen, vielfach uneingelöst.

III. Sozialstaatliche Entwicklung und wohlfahrtsstaatliche Entgrenzung unter dem Grundgesetz

1. Die Fortentwicklung des Für- und Vorsorgegedankens und seine Ausdehnung auf die gesamte Staatstätigkeit in drei Stufen

(10) Der spezifisch mit dem Sozialstaat verbundene, durch ihn etablierte Für- und Vorsorgegedanke entfaltet sich unter der Ordnung des Grundgesetzes in drei Stufen.

(11) Während die Stellung des Einzelnen im Lichte des Grundgesetzes deutlich gestärkt wird, bleiben die Strukturen des Sozialrechts zunächst im Wesentlichen unverändert. Die progressive Tendenz auf der ersten Stufe der Entwicklung ist die Tendenz zur stetigen Ausdehnung der Solidaritätsbasis.

(12) Indem die Grundrechte (als Schutzpflichten) den „fördernden und schützenden“ Staat verlangen, weisen sie – auf der zweiten Stufe der Entwicklung – darauf hin, dass der sozialgestaltende Staat auch der Verletzung von Grundrechtsgütern zu begegnen hat, die durch den Missbrauch gesellschaftlicher Macht ermöglicht wird und in der tatsächlichen Benachteiligung der rechtlich gleichen Grundrechtsträger liegt. Sie geben zugleich der Verfassungs-

rechtsprechung das Mittel an die Hand, den Sozialstaatsgrundsatz verbindlich zu interpretieren.

(13) Auf einer dritten Stufe emanzipiert sich der sozialstaatlich etablierte und legitimierte Für- und Vorsorgegedanke vom Sozialstaatsgrundsatz und greift auf die gesamte Staatstätigkeit aus, bis hinein in die Gefahrenabwehr nach dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht.

2. Unterstützende und gegenläufige Einflüsse und Tendenzen

(14) Die unterstützenden Einflüsse und Tendenzen, die vom Völker- und vor allem Europarecht ausgehen, sind aus strukturellen Gründen auf der Ebene der eigentlichen sozialen Grundrechte schwach ausgeprägt und bleiben mehr ideeller Art. Dagegen wird der Gedanke der (auch sozialgestaltenden) Für- und Vorsorge durch das Europäische Gemeinschaftsrecht deutlich gestärkt und erhält zusätzliche Impulse.

(15) Die europaweit gegenläufige Tendenz zur „regulierten Selbstregulierung“ stärkt dem Programm nach die gesellschaftliche Freiheit, führt aber nicht zu einem Regime der gemeinwohlfreien Eigenverantwortung. Der Grundsatz der Eigenverantwortung mündet immer wieder in hoheitliche Kontrolle und fürsorgliche Inpflichtnahme. Dies belegt das Beispiel der Arbeitspflicht nach dem neuen SGB II („Fördern und Fordern“).

3. Der verfassungsrechtliche Rahmen staatlicher Für- und Vorsorge

(16) Angesichts der Ausdehnung staatlicher Für- und Vorsorge auf den gesamten Bereich des Staatshandelns haben Begriffsbildungen, die die (gewähr-) leistend vorsorgliche Staatstätigkeit vom Eingriffsregime abgrenzen wollten („öffentliche Daseinsvorsorge“), ihre rechtsdogmatisch systembildende oder gar unmittelbar rechtliche Bedeutung verloren. Das Handeln des Staates ist an den allgemeinverbindlichen verfassungsrechtlichen Maßstäben zu überprüfen.

(17) Der klassische Eingriff, mit dem der Gesetzgeber zur Versicherung gegen die Wechselfälle des Lebens zwingt (vgl. oben Leitsatz 11), wird durch den Sozialstaatsgrundsatz und den mit ihm verbundenen Gedanken der Solidarität aller mit allen in weitem Umfang – nahezu voraussetzungslos – gerechtfertigt, selbst über einen öffentlich-rechtlichen Zwangsverband hinaus. Das hängt auch damit zusammen, dass die Solidarität hier auf wirtschaftlichen Ausgleich, der Eingriff daher auf das Vermögen zielt.

*(18) Auf dem Gebiet der eingriffsfreien Leistungsverwaltung (hier: Sozialhilfe bzw. Arbeitslosengeld II; vgl. oben Leitsatz 11) ist die gesetzgeberische Sozialgestaltung noch weniger verfassungsrechtlich beschränkt. Aus dem Sozialstaatsgrundsatz, nicht aus Art. 1 Abs. 1 GG, folgt die verfassungsge-
wohnheitsrechtlich anerkannte, rein objektiv-rechtliche Verpflichtung zur Ge-*

währung des Existenzminimums. Diese Leistung von Arbeitsleistungen des Hilfebedürftigen abhängig zu machen, verstößt gegen Art. 12 Abs. 2 GG iVm dem Sozialstaatsgrundsatz. Dagegen ist es unterhalb dieser Schwelle mit dem Sozialstaatsgrundsatz (in der gebotenen verfassungsgewohnheitsrechtlichen Deutung) vereinbar, allgemein staatliche Fürsorge nur unter der Bedingung zumutbarer Arbeitsleistungen zu gewähren.

(19) Soweit der Gesetzgeber Fürsorgeleistungen vorsieht und sie im Sinne umgekehrter Solidarität von der Erfüllung wechselseitiger Pflichten (Leitsatz 18) abhängig macht, folgt daraus ein (gesetzesvermitteltes) subjektives öffentliches Recht des Einzelnen auf Fürsorge (vgl. § 4 BSHG), Art. 1 Abs. 1 GG.

(20) Die Ausdehnung der sozialstaatlichen Für- und Vorsorge auf die Beziehungen Privater (oben Leitsatz 12) geht nicht mehr vom Leitbild autonomer Mündigkeit des Bürgers aus, sondern vom Menschen als hilfsbedürftigen Mängelwesen. Die Einzelgrundrechte haben dem aus Strukturgründen weder als Abwehrrechte noch als Schutzpflichten etwas entgegenzusetzen. Etwa verbleibende Reservate stehen unter dem Anwendungsvorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts.

(21) Die Entgrenzung des Für- und Vorsorgegedankens über den Bereich der vom Sozialstaatsgrundsatz getragenen Sozialgestaltung hinaus (oben Leitsatz 13) beruft sich vornehmlich auf die zur Gewährleistung der Wohlfahrt unabdingbare Sicherheit und die hierfür gebotene umfassende Vorsorge, der es auch darum gehen muss, mögliche Gefahrenlagen überhaupt erst aufzudecken. Sicherheits- und Wohlfahrtszweck gehen (wieder) ineinander auf. Auch hier bieten die Einzelgrundrechte wenig Widerstand. Namentlich die Frage nach einem angemessenen Verhältnis des Eingriffsmittels zum Zweck geht, wenn der Zweck die anlass- und verdachtsunabhängige Vorsorge ist, ins Leere.

(22) Allgemeine, absolute Grenzen gesetzlicher Für- und Vorsorge ergeben sich aus Art. 1 Abs. 3 GG, nach dem die gesamte staatliche Gewalt ihr Wirken vor dem Menschen als Rechtssubjekt zu rechtfertigen hat. Darum sind u. a. sich selbst rechtfertigende, verdachtsunabhängige Eingriffe verboten.

IV. Resümee: Das Prinzip der Freiheit als Grenze der Wohlfahrt

(23) Angesichts der geschilderten Ausdehnungstendenzen zeigt sich, dass der Grundgesetzgeber mit Bedacht auch den Gesetzgeber an das Prinzip der Grundrechte gebunden wissen wollte.

Erster Beratungsgegenstand:

Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge

2. Bericht von Prof. Dr. *Ewald Wiederin*, Salzburg*

Inhalt

	Seite
I. Mittelalterliche Unterscheidungen und ihre neuzeitlichen Folgen	54
II. Verfassungsgeschichte	57
1. 1789: Im Paradies der Rechte – die Nation als Familie . . .	57
2. 1848: Nach der Vertreibung – jeder ist seines Glückes Schmied	61
3. 1919: Wiedergewinn von Symmetrie – die Ordnung des gegenseitigen Interesses	63
4. 1936: Im Reich der Werktätigen – die Verfassung der Arbeit	65
III. Verfassungsvergleichung	66
1. B-VG 1920: Not nach dem Krieg	69
2. GG 1949: Inflation der Deutungen	72
3. BV 1999: Wenig in harter Währung	75
4. Divergenz der Texte, Konvergenz der Deutungen	78
IV. Verfassungswirklichkeit	79
1. Irrelevanz der Sozialverfassungen	79
2. Die Macht der Institutionen	80
3. Der Einfluss von Homogenität	81
V. Ergebnis	82

* Für familiären Beistand, brüderliche Hilfe und schwesterlichen Rat sage ich Dank:
*Walter Aichreiter, Ute Brinckmann, Ulrike Davy, Michael Holoubek, Reinhard Klaushofer,
Benjamin Kneihls, Robert Krammer, Georg Lienbacher, Franz Merli, Magdalena Pöschl,
Claudia Priewasser, Walter Scherrer, Dagmar Seebacher, Susanne Unger, Roland Winkler.*

„Il faut convenir que, pour être heureux en vivant dans le monde, il y a des côtés de son âme qu'il faut entièrement *paralyser*.“
(*Nicolas Chamfort, Produits de la Civilisation perfectionnée*)

I. Mittelalterliche Unterscheidungen und ihre neuzeitlichen Folgen

In einer der ältesten Bettelordnungen, die uns in deutscher Sprache erhalten ist, können wir Folgendes lesen:

„Erstens soll niemand vor den Kirchen, noch in der Stadt bitten, und es soll auch niemand in den Kirchen und in der Stadt betteln, es sei denn er besitze das Zeichen der Stadt. Und dieses Zeichen soll Pignot Weigel im Auftrag des Rates vergeben.

Des Weiteren soll man auch niemandem ein Zeichen geben, noch ihn betteln und bitten lassen vor den Kirchen, es sei denn er bringe mindestens zwei oder drei Personen zu dem vorher genannten Pignot mit, die auf ihren Eid nehmen, dass jener des Almosens bedürfe. Wenn es aber dem genannten Pignot so vorkommt, als ob da Leute wären, die gut handeln oder arbeiten könnten und des Almosens nicht bedürften, dann soll man denen nicht zu betteln erlauben, noch das Zeichen überreichen.

Wenn da Leute wären, die ohne des Pignot Weigels Erlaubnis bettelten und kein Zeichen hätten, sollen die vier Knechte und die Büttel sie sofort zu dem Pignot Weigel bringen. ...

Wenn der Pignot Weigel jemandem ein Zeichen gibt, dann soll er dessen Namen in einem Buch verzeichnen. ...

Wenn fremde Landstreicher oder unverschämte Abbtler kommen, die länger als drei Tage hier verweilen, soll man sie hindern und auf ein Jahr aus der Stadt verweisen.“

Diese Anordnungen der Stadt Nürnberg aus dem späten 14. Jahrhundert¹ entstammen einer Zeit, die weder von Eigenverantwortung noch von Fürsorge wusste.² Die Obrigkeit beschränkt sich darauf, das knappe Gut der christlichen Mildtätigkeit durch einen Regulator möglichst effizient zu lenken und „Marktversagen“ zu korrigieren. Und doch sind alle wesentlichen Unterscheidungen, die die Sozialpolitik bis heute prägen, in dieser Ordnung schon enthalten. Sie behält das Betteln den ansässigen Armen

¹ Zitiert nach: C. Sachße/F. Tennstedt *Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland. Vom Spätmittelalter bis zum Ersten Weltkrieg*, 1980, 63 f.

² Als im heutigen Sinn verwendeter Begriff kommt Fürsorge im 16. Jahrhundert (Abspaltung von der Vorsorge), Eigenverantwortung erst im 20. Jahrhundert auf.