

THORSTEN KINGREEN

Das Sozialstaatsprinzip
im europäischen
Verfassungsverbund

Jus Publicum

97

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 97



Thorsten Kingreen

Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund

Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse
auf das deutsche Recht
der gesetzlichen Krankenversicherung

Mohr Siebeck

Thorsten Kingreen, geb. 1965; 1986–1992 Studium der Rechtswissenschaften in Marburg und Genf; 1994–1996 Rechtsreferendariat in Düsseldorf und Tel Aviv; 1995 Promotion; 1996–2001 Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Münster bei Prof. Dr. Bodo Pieroth; 2001 Habilitation; seit 2002 Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bielefeld.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

ISBN 3-16-147962-9

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

978-3-16-158115-1 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

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

© 2003 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Eine Publikation über den Sozialstaat schließt derzeit am besten mit den Worten: Fortsetzung folgt. Die adäquate Publikationsform ist die austausch- und ergänzbare Loseblattsammlung. Denn nichts erscheint derzeit mehr von der Dauer, auf die ein gebundenes Werk hoffen lässt. Es vergeht kaum eine Woche ohne neue Zahlen über die Entwicklung von Staatsverschuldung, Arbeitslosen und Sozialversicherungsbeiträgen, ohne neue Erkenntnisse von neuen Expertenkommissionen und ohne neue Gesetzentwürfe, jeweils begleitet von der organisierten Empörung in Gestalt der bewährten Lobbygruppen. Viele Gesetze erreichen noch nicht einmal die Mindesthaltbarkeitsdauer eines Arzneimittels. Hinzu treten ständig neue Entscheidungen insbesondere des Europäischen Gerichtshofes (EuGH), die das Sozialstaatsprinzip als Element des europäischen Verfassungsverbundes zunehmend mitgestalten. Nach der Reform ist vor der Reform, so könnte man also die derzeitige Situation in Erinnerung an den unvergessenen Fußballphilosophen Sepp Herberger charakterisieren.

Dass diese Untersuchung dennoch in gebundener Form erscheint, verdankt sie ihrem Entstehungsgrund: Es handelt sich um meine im Wintersemester 2001/2002 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster angenommene Habilitationsschrift. Und dass sie nicht mit ‚Fortsetzung folgt‘ endet, sondern mit den Lieblings-Bibelworten meiner Großmutter Luise Kingreen, die am 10. Dezember 2001, einen Tag vor dem Abschluss meines Habilitationsverfahrens, 100 Jahre alt geworden wäre, mag die Hoffnung auf eine gute Fortsetzung für den freiheitlichen Sozialstaat in Europa zum Ausdruck bringen.

Die Erstellung der Arbeit hat mir viel Freude bereitet. Das verdanke ich vor allem meinem akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Bodo Pieroth, der auch das Erstgutachten im Habilitationsverfahren erstellt hat. Das positive Bild, das er mir von der Universität und der Wissenschaft vermittelt hat, hat mich überhaupt erst davon überzeugt, diesen Weg zu beschreiten. Sein Humor und seine Liberalität haben meine Assistentenjahre ebenso begleitet wie seine scharfsinnige, immer sachliche Kritik. Dafür und für das Wohlfühlen in der Wilmergasse bin ich sehr dankbar, und in diesen Dank schließe ich besonders auch Frau Irmgard Zengeley ein, die die positive Atmosphäre am Institut für Öffentliches Recht und Politik wesentlich mitgeprägt hat.

Ein großer Dank gebührt ferner Herrn Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer. Er hat nicht nur in kürzester Zeit ein weiter führendes Zweitgutachten erstellt, sondern mir auch mit großem Engagement die Welt des Sozialrechts erschlossen. Besonders erwähnen möchte ich ferner alle Öffentlich-Rechtler der Rechtswissenschaftlichen Fakultät. Sie haben mir die Gelegenheit gegeben, die Arbeit in einem fortgeschrittenen Stadium nochmals ausführlich zu diskutieren. Davon wie überhaupt von der angenehmen Atmosphäre in diesem Kreis habe ich sehr profitiert. Ein bedeutender Schritt auf dem Weg zur Fertigstellung war ferner die Präsentation im Rahmen des Arbeitskreises „Geschichte, Methode und Dogmatik des öffentlichen Rechts“ im Januar 2001.

Im September 2002 habe ich die kurze Phase der Untätigkeit des deutschen Gesetzgebers zum Ende der Legislaturperiode genutzt, die Arbeit zu aktualisieren. Dabei hat mir Frau Katja Fahlbusch als engagierte Diskussionspartnerin viele wichtige Hinweise gegeben. Die Drucklegung der Arbeit hätte noch länger gedauert als ihre Erstellung, wenn sich nicht die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des Verlages und die studentischen Hilfskräfte an meinem Bielefelder Lehrstuhl, Frau Anita Bischoff und Herr Havran Debe, engagiert des halbgarigen Textes in Gestalt der Druckfahnen angenommen hätten. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat die Entstehung und Drucklegung der Arbeit durch ein Habilitationsstipendium und einen großzügigen Druckkostenzuschuss gefördert.

Mein wichtigster Förderer war meine Familie. Dankbar bin ich meinen Eltern dafür, dass sie mich stets von neuem zum Nachhaken und Hinterfragen von vermeintlichen Gewissheiten animieren, dass sie mir über all die Jahre das große Geschenk Familie vorgelebt haben und dass sie als engagierte Großeltern da waren, wenn die (An-)Forderungen von Beruf und Familie unvereinbar zu werden drohen. Ich widme das Buch Stephanie, Philipp, Anna und Lea: Sie haben auf liebevolle, im übrigen aber ganz unterschiedliche, weil altersgemäße Weise dieses Buch mitgeschrieben und -durchlitten. Das war viel, viel mehr als ich hier zu sagen vermag.

Münster/Bielefeld, 13. Mai 2003

Thorsten Kingreen

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
1. Teil: Der freiheitlich-demokratische Sozialstaat des Grundgesetzes . .	13
A. Sozialstaatsprinzip und sozialer Status	15
B. Geschichtliche Grundlagen und geistige Wurzeln	22
I. Individuum und Gemeinschaft	22
II. Die Begründung des neuzeitlichen Kontraktualismus durch Thomas Hobbes	26
III. Der Einfluss des Polisideals auf das Vertragsdenken im älteren deutschen Naturrecht	39
IV. Das liberale und partizipatorische Potential der Lehren vom Gesellschaftsvertrag	50
V. Freiheit durch soziale Sicherheit	64
C. Das verfassungsrechtliche Umfeld des Sozialstaatsprinzips	120
I. Der freiheitliche Sozialstaat	121
II. Der demokratische Sozialstaat	147
D. Zwischenbilanz und Überlegungen für den Fortgang der Untersuchung .	156
2. Teil: Das Solidarprinzip in der Sozialversicherung	165
A. Die Sozialversicherungsgesetzgebung	167
I. Kollektive Daseinsvorsorge vor Beginn der Sozialversicherungsgesetzgebung	168
II. Die Entstehung der Sozialversicherung	170
III. Die Sozialversicherung zwischen gesellschaftsvertraglicher Selbsthilfe und sozialstaatlicher Fürsorge	176
B. Die Dialektik des Sozialstaatsprinzips in der Sozialversicherung	183
I. Der funktionale Zugriff	184
II. Der rechtstatsächliche Ausgangsbefund: Die Knappheit der Güter .	187
III. Der Sozialstaat als Mittel politischer Inklusion	197
IV. Der Sozialstaat als funktionales Pendant interpersoneller Verhältnisse	207
V. Natürliche Person und juristische Person	218
C. Solidarität und Solidarprinzip	244

I. Die Mikroebene: Solidarität als interpersonelles Verhältnis	244
II. Die Makroebene: Das Solidarprinzip als Rechtsprinzip	253
D. Zwischenbilanz und Überlegungen für den Fortgang der Untersuchung .	275
3. Teil: Solidarprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrecht	283
A. Entwicklungslinien der europäischen Sozialpolitik	285
I. Gemeinsamer Markt und Sozialpolitik	285
II. Die Etappen europäischer Sozialpolitik	289
B. Die Verteilung der Rechtsetzungskompetenzen im Bereich des Kranken- versicherungswesens	295
I. Harmonisierungskompetenzen	295
II. Koordinierungskompetenzen	308
C. Die Gewährleistung der Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit im EG-Vertrag	311
I. Kartellrecht (Art. 81ff. EGV)	311
II. Beihilferecht (Art. 87f. EGV)	351
III. Grundfreiheiten (Art. 29, 39, 43, 49, 59 EGV)	354
D. Das Solidarprinzip im europäischen Verfassungsverbund	378
I. Vorfragen zum Einbau und zur Verortung des Solidarprinzips	378
II. Der Status des Einzelnen im europäischen Verfassungsverbund	380
III. Dogmatische Integration des Solidarprinzips	438
E. Zwischenbilanz und Überlegungen für den Fortgang der Untersuchung .	451
4. Teil: Das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung im europäischen Binnenmarkt	459
A. Überblick: Grundtypen der Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten . . .	461
B. Grundstrukturen des deutschen Rechts der gesetzlichen Kranken- versicherung	463
I. Beteiligte	463
II. Rechtsbeziehungen und Rechtsetzung	468
C. Integration gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben in das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung	482
I. Angebotskonstellationen	484
II. Nachfragekonstellationen	500
D. Zwischenbilanz und Überlegungen für den Fortgang der Untersuchung .	577
5. Teil: Ausblick: Sozialstaat und Bürgergesellschaft in Europa	585
A. Europäischer Sozialstaat oder Sozialstaat in Europa?	587
B. Die (europäische) Bürgergesellschaft als sozialpolitische Perspektive? . .	600
Literaturverzeichnis	607
Personen- und Sachverzeichnis	653

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
1. Teil: Der freiheitlich-demokratische Sozialstaat des Grundgesetzes	13
A. Sozialstaatsprinzip und sozialer Status	15
B. Geschichtliche Grundlagen und geistige Wurzeln	22
I. Individuum und Gemeinschaft	22
II. Die Begründung des neuzeitlichen Kontraktualismus durch Thomas Hobbes	26
1. <i>Die wissenschaftstheoretische Neuorientierung</i>	26
2. <i>Der moderne Staat als Bezugspunkt der Vertragslehren</i>	27
3. <i>Die vertragliche Begründung staatlicher Herrschaft bei Thomas Hobbes</i>	32
a) Homo homini lupus	32
b) Die Nachwirkungen von Hobbes' politischer Philoso- phie	35
III. Der Einfluss des Polisideals auf das Vertragsdenken im älteren deutschen Naturrecht	39
1. <i>Die Philosophie des wohlfahrtsstaatlichen Absolutismus</i>	39
2. <i>Wohlfahrt und Glückseligkeit: Die deutsche Tradition einer sozialen Reform von oben</i>	42
a) Der Aufgabenzuwachs des Staates	43
b) Glückseligkeit als Schlüsselbegriff der Kameralwissen- schaft	46
c) Perspektiven für den freiheitlichen Sozialstaat	47
IV. Das liberale und partizipatorische Potential der Lehren vom Gesellschaftsvertrag	50
1. <i>John Locke</i>	51
2. <i>Jean-Jacques Rousseau</i>	53

3. Die Stabilisierung des Freiheitsbegriffs im neueren deutschen Naturrecht	58
V. Freiheit durch soziale Sicherheit	64
1. Aufklärung, Industrialisierung und soziale Frage	64
2. Soziale Sicherheit als neue verfassungsstaatliche und bürger- schaftliche Dimension	71
3. Die wissenschaftliche Thematisierung der sozialen Frage im 19. Jahrhundert	74
a) Die antikontraktualistische Kritik: Georg Wilhelm Friedrich Hegel	74
aa) Methodische Grundlagen der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft	74
bb) Die dialektische Triade: Familie – bürgerliche Gesell- schaft – Staat	76
(1) Familie	77
(2) Bürgerliche Gesellschaft	78
(a) Das System der Bedürfnisse	78
(b) Polizei und Korporationen	81
(3) Staat	83
b) Der Wohlfahrtsstaat als Rechtsstaat: Robert von Mohl	86
c) Der freiheitliche Sozialstaat: Lorenz von Stein	89
aa) Steins politische Dialektik	89
bb) Das soziale Fundament wirtschaftlicher Freiheit	91
cc) Das soziale Königtum	96
4. Daseinsvorsorge als Aufgabe des Staates	101
a) Ursprung und Konzeption der Daseinsvorsorge bei Ernst Forsthoff	102
aa) Die Wurzeln im deutschen Idealismus	102
bb) Daseinsvorsorge und Staatsaufgabendiskussion	107
b) Daseinsvorsorge und services publics	114
c) Die europäische Perspektive	116
C. Das verfassungsrechtliche Umfeld des Sozialstaatsprinzips	120
I. Der freiheitliche Sozialstaat	121
1. Rechtsstaatsprinzip und Sozialstaatsprinzip: Die Forsthoff- These und ihre Nachwirkungen	121
2. Struktur und Funktionen der Freiheitsrechte	126
3. Das Sozialstaatsprinzip als Ermächtigung zur Verwirklichung der Grundrechtsvoraussetzungen	128
a) Der Sozialstaat als enabling state	128
b) Grundrecht und Grundrechtsvoraussetzungen	131

aa)	Normtheoretische Einordnung der Grundrechts- voraussetzungen	132
bb)	Endogene Schutzpflicht und exogene Grundrechts- voraussetzungen	133
	(1) Zur Notwendigkeit der Abgrenzung	133
	(2) Einzelfragen zur Abgrenzung	137
	(3) Die europäische Dimension	139
4.	<i>Sozialstaatsprinzip und Rechtfertigung von Grundrechtsein- griffen</i>	141
a)	Dogmatische Funktion des Sozialstaatsprinzips in der Rechtfertigungsprüfung	141
b)	Das Sozialstaatsprinzip in der Abwägung	143
II.	Der demokratische Sozialstaat	147
1.	<i>Verteilungsgerechtigkeit durch demokratische Teilhabe</i>	147
2.	<i>Der Parlamentsvorbehalt</i>	152
D.	Zwischenbilanz und Überlegungen für den Fortgang der Untersuchung	156
2.	Teil: Das Solidarprinzip in der Sozialversicherung	165
A.	Die Sozialversicherungsgesetzgebung	167
I.	Kollektive Daseinsvorsorge vor Beginn der Sozialversicherungs- gesetzgebung	168
II.	Die Entstehung der Sozialversicherung	170
1.	<i>Politische Rahmenbedingungen</i>	170
2.	<i>Der Staat als Träger der sozialen Reform</i>	171
III.	Die Sozialversicherung zwischen gesellschaftsvertraglicher Selbsthilfe und sozialstaatlicher Fürsorge	176
1.	<i>Das Versicherungsprinzip</i>	177
2.	<i>Modifikationen durch das Solidarprinzip</i>	178
B.	Die Dialektik des Sozialstaatsprinzips in der Sozialversicherung	183
I.	Der funktionale Zugriff	184
II.	Der rechtstatsächliche Ausgangsbefund: Die Knappheit der Güter	187
1.	<i>Knappheit als Mangelzustand</i>	187
2.	<i>Der Sozialstaat als Steuerungs- und Umverteilungsstaat</i>	192

a) Öffentliches Gut und staatliche Netzverantwortung	192
b) Die Auswirkungen der Knappheit auf die Struktur des Sozialstaatsprinzips	196
III. Der Sozialstaat als Mittel politischer Inklusion	197
1. <i>Formen gesellschaftlicher Differenzierung</i>	197
a) Vormoderne Differenzierungsformen	198
b) Die funktionale Differenzierung der Gesellschaft	200
2. <i>Die Inklusion der Teilsysteme in der funktional differenzierten Gesellschaft</i>	204
IV. Der Sozialstaat als funktionales Pendant interpersoneller Verhältnisse	207
1. <i>Reorganisation familiärer Steuerungsmechanismen</i>	208
2. <i>„Hic Rhodus, hic saltus“: Zeitgebundenheit und Zeitlosigkeit</i> .	210
V. Natürliche Person und juristische Person	218
1. <i>Inklusion durch Organisation: die juristische Person</i>	218
a) Die industrielle Gesellschaft: eine organisierte Gesell- schaft	218
b) Zur Rechtsnatur juristischer Personen	220
c) Die juristische Person als überindividuelle Zurechnungs- und Zugehörigkeitsebene	224
d) Die Träger der Sozialversicherung als Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung	226
aa) Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung	226
bb) Der Körperschaftsstatus der Sozialversicherungsträger als Baustein des enabling state	228
2. <i>Die personale Substanz der juristische Person</i>	229
a) Die juristische Person als gekorenes Rechtssubjekt	230
b) Anwendungsfälle	231
aa) Die Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person	231
bb) Die strafrechtliche Verantwortung der juristischen Person	236
cc) Die Treuepflicht unter den Mitgliedern einer Aktien- gesellschaft	239
C. Solidarität und Solidarprinzip	244
I. Die Mikroebene: Solidarität als zwischenmenschliches Verhältnis	244
1. <i>Begriffliche Fixierung</i>	244
2. <i>Das Problem der Verallgemeinerung</i>	246

II. Die Makroebene: Das Solidarprinzip als Rechtsprinzip	253
1. <i>Das Solidarprinzip als maßgebliches Verteilungsprinzip in der funktional differenzierten Gesellschaft</i>	253
2. <i>Solidarität – Freiheit – Solidarprinzip</i>	258
a) Gruppenhomogenität und Gruppensolidarität	260
b) Solidarprinzip und Subsidiaritätsprinzip	261
aa) Die Realisierung des Solidarprinzips als Grundrechts- eingriff	261
bb) Rechtfertigungsansätze	262
(1) Soziale Schutzbedürftigkeit	263
(2) Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft	265
3. <i>Die Solidarprinzip in der gesetzlichen Krankenversicherung</i>	268
a) Typologie des Ausgleichs	269
b) Einzelheiten zum sozialen Ausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung	271
D. Zwischenbilanz und Überlegungen für den Fortgang der Untersuchung	275
3. Teil: Solidarprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrecht	283
A. Entwicklungslinien der europäischen Sozialpolitik	285
I. Gemeinsamer Markt und Sozialpolitik	285
II. Die Etappen europäischer Sozialpolitik	289
B. Die Verteilung der Rechtsetzungskompetenzen im Bereich des Krankenversicherungsrechts	295
I. Harmonisierungskompetenzen	295
1. <i>Art. 137 EGV</i>	296
a) Aufbau der Vorschrift	296
b) Der Kompetenztitel Art. 137 Abs. 2 S. 1 lit. b) i. V. m. Abs. 1 lit. c) EGV (soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer)	296
aa) Vorüberlegung zu den Auslegungsmethoden	298
bb) Wortlaut	300
cc) Systematik	301
2. <i>Art. 152 EGV</i>	303
3. <i>Art. 94, 95 EGV</i>	303
4. <i>Art. 308 EGV</i>	307

II. Koordinierungskompetenzen	308
1. Art. 42 EGV	308
2. Art. 40 EGV	309
3. Art. 47 EGV	310
C. Die Gewährleistung der Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit im EG-Vertrag	311
I. Kartellrecht	311
1. Anwendbarkeit der Art. 81ff. EGV	312
2. Tatbestandsvoraussetzungen (Art. 81, 82, 86 Abs. 1 EGV)	313
a) Unternehmen/Unternehmensvereinigung	313
aa) Der funktionale Unternehmensbegriff	313
(1) Wirtschaftliche Betätigung	313
(2) Die Bindung des hoheitlich handelnden Staates an das Kartellrecht	316
bb) Einschlägige Judikatur im Bereich der sozialen Sicher- heit	318
(1) Rechtsprechung des EuGH	319
(a) Höfner/Elser	319
(b) Poucet und Pistre	319
(c) Fédération française	321
(d) Albany u.a.	323
(e) INAIL	325
(f) Fazit	327
(2) Deutsche Rechtsprechung	329
(a) Die Theorie von der Doppelnatur hoheitlichen Handelns	329
(b) Europäisches Kartellrecht vor deutschen Zivil- gerichten	331
(aa) Festbetragsregelungen	331
(bb) Negativlisten	334
b) Verbotene Verhaltensweisen	336
aa) Art. 81 EGV	336
(1) Verbotenes Zusammenwirken	336
(2) Spürbare Wettbewerbsbeschränkung	337
(a) Das geschützte Wettbewerbsverhältnis	337
(b) Spürbare Beschränkung	340
(3) Grenzüberschreitende Handelsbeeinträchtigung	341
bb) Art. 82 EGV	342
(1) Marktbeherrschende Stellung	342
(2) Missbräuchliche Ausnutzung	343

(3) Grenzüberschreitende Handelsbeeinträchtigung	344
cc) Art. 86 Abs. 1 EGV	344
3. <i>Rechtfertigung (Art. 86 Abs. 2 EGV)</i>	344
a) Aufbau und Bedeutung der Vorschrift	344
b) Voraussetzungen	346
aa) Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	346
bb) Verhinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe	349
cc) Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs (Art. 86 Abs. 2 S. 2 EGV)	350
4. <i>Rechtsfolgen</i>	350
II. Beihilferecht	351
1. <i>Beihilfe</i>	351
2. <i>Verfälschung des Wettbewerbs</i>	353
3. <i>Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels</i>	353
4. <i>Befreiung nach Art. 87 Abs. 2, 3 EGV</i>	354
5. <i>Rechtfertigung, Art. 86 Abs. 2 EGV</i>	354
III. Die Grundfreiheiten	354
1. <i>Vorüberlegungen zur Struktur der Grundfreiheiten</i>	354
2. <i>Anwendungsbereich</i>	356
3. <i>Tatbestandsvoraussetzungen</i>	358
a) Schutzbereich	358
b) Beeinträchtigung	361
aa) Beeinträchtigungsformen	361
bb) Leitlinien der Rechtsprechung	363
cc) Einschlägige Judikatur im Bereich der sozialen Sicherheit	368
4. <i>Rechtfertigung der Beeinträchtigung</i>	373
a) Schranken	373
b) Schranken-Schranken	377
D. Das Solidarprinzip im europäischen Verfassungsverbund	378
I. Vorfragen zum Einbau und zur Verortung des Solidarprinzips	378
II. Der Status des Einzelnen im europäischen Verfassungsverbund	380
1. <i>Der europäische Verfassungsverbund als verfassungstheoretischer Rahmen für einen ganzheitlichen Ansatz</i>	381
a) Einheit des Staates und europäische Verfassung	381
b) Koordinations- und Kooperationsregeln im europäischen Verfassungsverbund	390

aa)	Die materiell-rechtliche Verklammerung: Die Struktursicherungsklauseln (Art. 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 EUV, Art. 23 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG)	390
bb)	Die verfahrensrechtliche Verklammerung: Das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit	392
2.	<i>Strukturen und Elemente einer europäischen Bürgerschaft</i>	394
a)	Zur Entwicklung eines sozialen Bürgerstatus	396
b)	Unionsbürgerschaft, Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft	402
c)	Die Aufspaltung des Bürgerstatus im europäischen Verfassungsverbund	406
aa)	Bürgerlicher Status	407
bb)	Politischer Status	410
cc)	Sozialer Status	411
(1)	Soziale Leistungsrechte	412
(a)	Begriff und Abgrenzung	412
(b)	Die soziale Dimension der Unionsbürgerschaft	414
(2)	Sozialstaatliche Anknüpfungspunkte im primären Gemeinschaftsrecht?	418
(a)	Art. 2 EGV	418
(b)	Solidarität und Solidarprinzip	422
3.	<i>Das sozialstaatliche Fundament supranationaler Freiheit</i>	425
a)	Unteilbarkeit der bürgerlichen, politischen und sozialen Rechte	425
aa)	Die Unionsbürgerschaft (Art. 17 EGV) als materielle Ausprägung des Verbundgedankens	425
bb)	Art. 16 EGV	428
b)	Vorrang des Gemeinschaftsrechts und Unteilbarkeit der Rechte	433
III.	Der dogmatische Standort des Solidarprinzips	438
1.	<i>Kartell- und Beihilferecht</i>	438
2.	<i>Grundfreiheiten</i>	442
a)	Rechtfertigungslösungen	442
b)	Tatbestandslösungen	444
aa)	Beschränkung der Grundfreiheiten auf ökonomische Transaktionen?	444
bb)	Die Grundfreiheiten als besondere Gleichheitssätze	445
(1)	Ungleichbehandlung	445
(2)	Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit/des Grenzübertritts	447

E. Zwischenbilanz und Überlegungen für den Fortgang der Untersuchung	451
4. Teil: Das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung im europäischen Binnenmarkt	459
A. Überblick: Grundstrukturen der Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten	461
B. Grundstrukturen des deutschen Rechts der gesetzlichen Krankenver- sicherung	463
I. Beteiligte	463
1. <i>Versicherter Personenkreis</i>	463
2. <i>Krankenkassen</i>	464
3. <i>Leistungserbringer</i>	465
a) Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten	465
b) Krankenhäuser	466
c) Sonstige Leistungserbringer	468
II. Rechtsbeziehungen und Rechtsetzung	468
1. <i>Das Mitgliedschaftsverhältnis</i>	470
2. <i>Das Leistungserbringungsverhältnis</i>	473
a) Leistungserbringung durch Ärzte/Zahnärzte/Psycho- therapeuten	473
b) Leistungserbringung durch Krankenhäuser	478
c) Leistungserbringung durch sonstige Leistungserbringer	479
3. <i>Das Erfüllungsverhältnis</i>	480
C. Integration gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben in das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung	482
I. Angebotskonstellationen	484
1. <i>Das Krankenversicherungsmonopol</i>	484
a) Art. 86 Abs. 1, 87 Abs. 1 EGV	485
b) Art. 49 EGV	491
2. <i>Die freiwillige Krankenversicherung</i>	492
a) Art. 86 Abs. 1 EGV	493
aa) Öffentliches oder privilegiertes Unternehmen	493
bb) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	495
b) Art. 87 EGV	499
c) Art. 49 EGV	499

II. Nachfragekonstellationen	500
1. Grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen	500
a) Positiv-rechtliche Durchbrechungen der territorialen Beschränkung für die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen	502
aa) §§ 17, 18 SGB V	502
bb) Art. 13–22 VO/EWG 1408/71	503
(1) Anwendungsbereich, Art. 2ff. VO/EWG 1408/71	503
(2) Koordinierung, Art. 13ff., 19ff. VO/EWG 1408/71	504
b) Weitergehende Ansprüche aus den Grundfreiheiten	508
aa) Schutzbereich	509
(1) Der Schlussantrag des Generalanwaltes in der Rechtssache Smits/Peerbooms: Keine Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf Sachleistungssysteme?	509
(2) Einwände gegen die Nichtanwendbarkeit der Grundfreiheiten	511
(a) Grundfreiheitsdogmatische Einwände	511
(b) Inhaltliche Einwände	512
bb) Beeinträchtigung	516
(1) Ungleichbehandlung	517
(a) Der Leistungskatalog	517
(b) Der anwendbare Tarif	520
(2) Kausalität	521
cc) Rechtfertigung	522
(1) Öffentliche Gesundheit	522
(a) Qualitätssicherung	522
(b) Sicherstellung einer flächendeckenden medizinischen Versorgung	526
(2) Öffentliche Ordnung	527
(a) Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung	528
(b) Verknappungsentscheidungen	529
(aa) Bedarfsplanung und finanzielles Gleichgewicht des Gesundheitssystems	530
(bb) Mengensteuerung im Bereich der Vergütung ärztlicher Leistungen	532
(cc) Lösungsansatz: Grenzüberschreitende Erstreckung des Sachleistungsprinzips durch vertragliche Vereinbarungen	534

dd) Ergebnis	539
2. <i>Ausgewählte Probleme aus dem Leistungserbringungsrecht</i> . .	541
a) Ärztliche Leistungserbringung	541
aa) Leistungserbringung durch EG-Ausländer im Inland	541
(1) Gegenseitige Anerkennung und Koordinierung bei Befähigungsnachweisen	541
(2) Zulässigkeit von Niederlassungsbeschränkungen .	542
bb) Leistungserbringung aus dem Ausland	546
b) Leistungserbringung durch pharmazeutische Unterneh- men	547
aa) Festbetragsregelungen	548
(1) Begriff und Verfahren	548
(2) Art. 81f. EGV	551
(a) Unternehmen/Unternehmensvereinigung . . .	551
(aa) Eigenständigkeit	552
(bb) Wirtschaftliche Betätigung	555
(cc) Konsequenzen für die Adressatenstel- lung des Staates	560
(b) Verbotene Verhaltensweisen	561
(aa) Koordinierte Wettbewerbsbeschrän- kung	561
(bb) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	564
bb) Negativlisten für Arzneimittel	566
(1) Begriff und Verfahren	566
(2) Art. 81f. EGV	567
(3) Art. 28 EGV	575
D. Zusammenfassung und Überlegungen für den Fortgang der Unters- uchung	577
5. Teil: Ausblick: Sozialstaat und Bürgergesellschaft in Europa . .	585
A. Europäischer Sozialstaat oder Sozialstaat in Europa?	587
B. Die (europäische) Bürgergesellschaft als sozialpolitische Perspektive?	600
Literaturverzeichnis	607
Personen- und Sachverzeichnis	653

Einleitung

Der Sozialstaat ist in aller Munde, doch er hat keine Konjunktur. Während die mittel- und osteuropäischen Länder bemüht sind, die Folgen der sozialistischen Planwirtschaft und Rundumversorgung zu überwinden, um die Voraussetzungen für den Beitritt zur Europäischen Gemeinschaft zu erfüllen, ist man in den westeuropäischen Staaten zu dem Schluss gekommen, dass man sich die vorhandenen Systeme sozialer Sicherheit in dem bisherigen Umfang nicht mehr leisten kann.

In Deutschland, wo eine besonders ausgeprägte Neigung zu bestehen scheint, den Staat mit dem menschlichen Körper zu vergleichen, haben anthropomorphe Schönheitsvorstellungen Einzug gehalten in die Diskussion darüber, wie der Staat im 21. Jahrhundert auszusehen hat: Schlank soll er sein, so hört man seit einigen Jahren landauf, landab.¹ Der Staat, den wir alle bilden, wird so einer von uns. Er teilt unser Schicksal: Wie für viele von uns, so gilt auch für ihn, dass seine Figur dem hehren Schlankheitsziel derzeit nicht entspricht; mit dem kleinen Unterschied, dass nicht Schokolade, sondern unter anderem eine ausufernde Sozialpolitik² als Ursache für sein störendes Fettpolster gilt. Nachdem er in den letzten Jahrzehnten mächtig angesetzt hat, setzt der Staat nun an, sich wieder vermehrt zurückzunehmen: Schlagworte wie „Deregulierung“, „Privatisierung“ oder „Outsourcing“ verheißen eine veränderte Aufgabenverteilung zwischen dem zu verschlankenden (Sozial-)Staat und der Gesellschaft, zwischen Politik und (globalisierter) Wirtschaft. Der Staat muss, so die Diagnose, „auf Diät“³ gesetzt werden. Das Soziale, so scheint es, stört dieses jugendlich-dynamische Bild des Staates. Dem Sozialstaat wird Verkalkung attestiert,⁴ und die durch ihn erzeugten Begehrlichkeiten gelten als Störfaktor für die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft. Seine Reputation auf den Finanzmärkten der Welt ist schlecht. Das Bild des zur Milchkuh mutierten Leviathan,⁵ der im sozialstaatlichen Überfluss sein eigentliches Ziel, „die wirklich Bedürftigen“ gegen die Wechselfälle des Lebens zu sichern, nicht mehr erreicht, ist ebenso allgegenwärtig wie ein allgemei-

¹ Vgl. dazu den Abschlussbericht des Sachverständigenrates „Schlanker Staat“, Bonn 1997; ferner *Scholz*, FS-Zacher, S.987ff. sowie die Beiträge in *Schuppert*, Jenseits von Privatisierung und „schlankem Staat“, 1999.

² *Scholz*, in: FS-Zacher, S.992f.

³ Vgl., allerdings tendenziell kritisch, *Kämmerer*, JZ 1996, 1042ff.

⁴ *Adomeit*, NJW 2000, 3186f.

⁵ *Gehlen*, S.110.

nes, nicht genau zu spezifizierendes Unbehagen an der sozialen Sicherung⁶ und ganz allgemein daran, dass der Staat sich überall einmischt, überall präsent ist.⁷

Zugleich häufen sich die Forderungen, dass nicht mehr allein die Höhe des Kindergeldes, der Beitragsätze oder des Rentenniveaus, sondern insgesamt die Fundamente des sozialstaatlichen Arrangements und die Möglichkeiten und Formen gesellschaftlicher Solidarität neu überdacht werden müssen. Die Indizien für diesen Befund sind Legion: So passt sich etwa die Sozialversicherung den demografischen und gesamtgesellschaftlichen Veränderungen zwar zögernd an, bleibt aber mit der traditionellen Anknüpfung an das Beschäftigungsverhältnis weiterhin am Produktionssektor orientiert, während sie ihre „Reproduktionsfundamente“⁸ in geradezu sträflicher Weise vernachlässigt.⁹ Noch immer könnte ein Lehrbuch der Volkswirtschaftslehre zieren, was Friedrich List der liberalistischen Nationalökonomie bereits 1841 in polemischer Absicht entgegengesetzt hat: „Wer Schweine erzieht, ist ein produktives, wer Menschen erzieht, ein unproduktives Mitglied der Gesellschaft.“¹⁰ Zu dieser transferrechtlichen Schiefelage, die auch das Bundesverfassungsgericht als verfassungsrechtliches Problem thematisiert,¹¹ treten das nach wie vor ungelöste Problem der Massenarbeitslosigkeit und eine sich wandelnde Arbeitswelt, in der an die Stelle der klassischen Erwerbsbiographien zunehmend variabelere Arbeitsformen treten. Politische Durchhalteparolen („Die Rente ist sicher!“) werden angesichts dieser grundlegenden Veränderungen zunehmend hinterfragt. Der Gesundheitsbereich muss sich zudem den außerordentlichen Folgekosten eines medizinischen Fortschritts stellen, der gerade im Begriff ist, mit den Möglichkeiten der Biogenetik ein neues Kapitel in der Menschheitsgeschichte aufzuschlagen. So werden auch in der gesetzlichen Krankenversicherung die Zeitabstände zwischen den „Strukturreformen“¹² (ein Be-

⁶ Dazu etwa *Ebsen*, DVBl. 1992, 1140 (1140); *Schulin*, Gutachten, E 8ff.

⁷ Schon 1956 bemerkte *Jahrreiss*, S. 6, das Bedenkliche an dieser Haltung sei, dass man trotz dieses Unbehagens „gleich darauf [...] in anderer Sache [ruft]: Wo bleibt denn da der Staat?“ Der Ruf nach dem schlanken Staat geht offensichtlich dort am leichtesten über die Lippen, wo man das Martyrium des Abnehmens nicht selbst ertragen muss.

⁸ *Mayer*, Aus Politik und Zeitgeschichte 35–36/2000, 3 (5).

⁹ Vgl. etwa *Kirchhof*, Essener Gespräche zum Thema Kirche und Staat 21 (1986), 117 (119): „Ungeheuerlichkeit“; *Suhr*, Der Staat 29 (1990), 69 (69): „verfassungsrechtlicher GAU“; ferner *Zeidler*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, S. 588ff.

¹⁰ *List*, S. 231.

¹¹ BVerfGE 87, 1ff.; insbesondere BVerfGE 103, 242 (265f.): „Wenn [...] ein soziales Leistungssystem ein Risiko abdecken soll, das vor allem die Altengeneration trifft, und seine Finanzierung so gestaltet ist, dass sie im Wesentlichen nur durch das Vorhandensein nachwachsender Generationen funktioniert, die jeweils im erwerbsfähigen Alter als Beitragszahler die mit den Versicherungsfällen der vorangegangenen Generationen entstehenden Kosten mittragen, dann ist für ein solches System nicht nur der Versicherungsbeitrag, sondern auch die Kindererziehungsleistung konstitutiv.“ Vgl. ferner etwa BVerfGE 82, 60ff.; 99, 216ff., 246ff., 268ff., 273ff.; umfassend *Pechstein*, S. 317ff.

¹² BT-Drucks. 14/24, S. 1; BT-Drucks. 14/157, S. 1.

griff, der an sich Grundlegendes und Beständiges verheißt) immer kürzer¹³ und die Verteilungskämpfe zwischen den Betroffenen immer heftiger. Wer daher heute über den Sozialstaat spricht und nicht als altmodisch gelten will, beeilt sich, seinen Umbau zu propagieren.

Doch nicht nur nach innen wird die Steuerungskraft des Sozialstaates zunehmend in Frage gestellt; auch seine äußeren Grenzen werden immer durchlässiger: Als Nationalstaat entstanden, galt er über Jahrzehnte als wichtigster Garant für den sozialen Ausgleich, ja er zog seine Legitimation gerade aus dieser bei ihm monopolisierten Fähigkeit.¹⁴ In den letzten Jahren ist er aber konfrontiert mit der zunehmenden Tendenz, staatliche Funktionen auf supranationale Akteure zu verlagern, die aufgrund ihrer Kompetenzen, ihres Organisationsgrades und ihrer Entscheidungsverfahren nicht mehr nur als bloße völkerrechtliche Zusammenschlüsse, aber auch noch nicht als Staaten angesehen werden können,¹⁵ etwa der Internationale Währungsfonds (IWF) oder die Welthandelsorganisation (WTO). Diese zunehmende „funktionale Dezentralisation“¹⁶ des Politischen, die das in Europa seit den Religionskriegen gewachsene, hierarchische Steuerungsmonopol des Staates in Frage stellt, wird begleitet und befördert durch die als Globalisierung bezeichnete Internationalisierung der Wirtschafts- und Währungsbeziehungen, durch die ständig neue „global players“ entstehen, die eine bislang ungeahnte Fähigkeit entwickeln, sich den traditionellen Steuerungsmechanismen der Nationalstaaten durch grenzüberschreitende Fusionen und strategische Verlagerungen zu entziehen. Durch die Globalisierung wird – so lautet die gängige Hypothese – ein ökonomischer Strukturwandel in Gang gesetzt, der den Standortwettbewerb verstärken wird und den Anpassungsdruck auf die nationalen Arbeitsmärkte sowie die Steuer- und Sozialsysteme erheblich verstärken wird. Schon macht die Vision vom Ende der nationalstaatlichen Wirtschafts-, Finanz- und Sozialpolitik die Runde¹⁷ und werden dezentrale Steuerungskonzepte entwickelt, die versuchen, der Abkehr von der hierarchischen Gesamtsteuerung durch den Staat Rechnung zu tragen.¹⁸ So fehlt es denn auch nicht an Voraussagen, die dem Sozialstaat nur eine Zukunft prophezeien, wenn supranational handlungsfähige Instanzen aufgebaut werden, die an die Stelle der überforderten Nationalstaaten treten.¹⁹ Mancher sieht in der Globalisierung gar den Boten, „der die Nachricht vom Ende des

¹³ Treffend daher der Titel von *Muckel*, JuS 1999, 946: „Das Krankenversicherungsrecht in der ständigen Reform“.

¹⁴ Wobei zu betonen ist, dass die Synthese von Nationalstaat und Sozialstaat niemals auf einer ethnischen Homogenität aufbaute (*Zacher*, FS-Vogel, S. 68), sondern dem Bedürfnis der Staaten entsprang, auf ihrem Territorium für Frieden und Sicherheit zu sorgen.

¹⁵ *Grimm*, Staatsaufgaben, S. 9.

¹⁶ *Wahl*, in: FS-Hollerbach, S. 209.

¹⁷ *Rodemer/Dicke*, S. 294ff.

¹⁸ *Halterm*, Der Staat 37 (1998), 591 (600ff.).

¹⁹ *Habermas*, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 187.

Sozialstaates übermittelt.²⁰ Nationalstaat und Sozialstaat könnte also, so legen solche Voraussagen nahe, das gleiche Schicksal ereilen. Ihre historische Allianz, für die in Deutschland der Name Bismarck steht, ist brüchig geworden. So wie sie im 19. Jahrhundert gemeinsam und sich wechselseitig legitimierend die Weltbühne mit dem Ziel der Integration nach innen und der Stabilisierung nach außen betreten haben, so könnten sie diese auch gemeinsam wieder verlassen. Denn als „local heroes“²¹ sind sie, wenn man einer mittlerweile verbreiteten Einschätzung folgt, dem Internationalisierungsprozess von Wirtschaft und Gesellschaft nicht mehr gewachsen, sehen sie sich mit dem Vorwurf fehlender Steuerungsfähigkeit konfrontiert.

Die europäische Integration ist nicht nur Bestandteil und Mitverursacherin dieses Prozesses, sondern auch und vor allem der wichtigste Beitrag des alten Kontinents zu seiner Bewältigung: Die Gestaltungsspielräume, die die Mitgliedstaaten durch die Einbindung in die supranationale Marktordnung verloren haben, gewinnen sie als offene Verfassungsstaaten durch zwischenstaatliche Kooperation zurück.²² So erscheinen der gemeinsame Markt und die die Nationalstaaten ergänzende supranationale Hoheitsgewalt heute als frühe Antwort auf die Herausforderungen der Globalisierung. Und es fehlt auch nicht an Voraussagen, dass sich die Geschichte wiederholen wird und der Sozialstaat als supranationale Kategorie überlebt: Analog zur Entwicklung der Nationalstaaten im 19. und 20. Jahrhundert werde dem gemeinsamen Markt eine gemeinsame Sozialpolitik nachfolgen,²³ die aufgrund ihrer zusammenhangstiftenden Wirkungen als konstitutiv für den Fortgang des Integrationsprozesses angesehen wird. Unabhängig von der Wahrscheinlichkeit dieses Szenarios wird jedenfalls deutlich, dass mit der – zuletzt auf dem Gipfel von Nizza nur vor den Konferenztoren thematisierten – Frage nach einer Europäisierung der Sozialpolitik fundamentale Weichenstellungen für das europäische Projekt verbunden sind, die in ihrer Tragweite nur noch mit den klassischen nationalen Reservaten der Steuer- und Finanzpolitik sowie der Außen- und Verteidigungspolitik vergleichbar sind. Es geht an den Kern der nationalen Souveränität, den – so scheint es derzeit – die Mitgliedstaaten in dem Maße wieder entdecken, in dem der Integrationsprozess voranschreitet.

Bereits ein flüchtiger Blick auf den normativen status quo offenbart allerdings, dass der „souveräne Sozialstaat“ im Geltungsbereich des Europäischen Gemeinschaftsrechts ohnehin der Vergangenheit angehört. Souveräne Sozialstaaten können

²⁰ *Berthold*, zitiert nach FAZ Nr. 262 vom 11. 11. 1997, S. 18; vgl. auch *dens.*, *Der Sozialstaat im Zeitalter der Globalisierung*, S. 9: Der Sozialstaat gleiche „einem Dinosaurier, der mit den veränderten internen und externen Gegebenheiten nicht mehr zurechtkommt“.

²¹ *Willke*, S. 362ff.

²² In diesem Sinne auch *Schmidt*, FS-Vogel, S. 43; ferner *Münch*, S. 38ff.

²³ Vgl. etwa *Bieback*, EuR 28 (1993), 150 (172).

- „ihre Leistungen auf die eigenen Bürger beschränken (Kontrolle über die Leistungsempfänger),
- darauf bestehen, daß die Leistungen auf ihrem eigenen Territorium verbraucht werden (räumliche Kontrolle des Verbrauchs),
- verhindern, daß andere wohlfahrtstaatliche Systeme auf ihrem eigenen Territorium mit ihnen in Konkurrenz treten (territoriale Ausschließlichkeit der Geltung),
- jeden Leistungszuschnitt wählen, seien es monetäre Transfers oder Sachleistungen (Kontrolle des wohlfahrtsstaatlichen Leistungsmixes),
- verlangen, daß nur die eigenen Behörden – und nicht die Behörden anderer Nationalstaaten – den Status „Leistungsempfänger“ festlegen (administrative Bestimmungsgewalt im Einzelfall) und
- bestimmen, welche auf die jeweilige „Wohlfahrtskultur“ abgestimmten Professionen sozialstaatliche Leistungen erbringen dürfen (Kontrolle des Zugangs zum Status eines Leistungserbringers).“²⁴

Keines der Elemente dieses Idealtypus „souveräner Sozialstaat“ trifft auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft mehr zu. Schon seit jeher enthält der EG-Vertrag, insbesondere zur Gewährleistung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Ermächtigungen zur Koordinierung auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit, von denen die Gemeinschaft bereits frühzeitig Gebrauch gemacht hat. Über diese Koordinierungsbefugnis geht die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft allerdings nicht hinaus. Das europäische Sekundärrecht kann die sozialen Sicherungssysteme nur miteinander verknüpfen, darf sie aber nicht im Sinne einer Angleichung harmonisieren. Die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Gestaltung des Sachrechts bleibt damit im Prinzip unberührt. Darin dürfte der Grund dafür liegen, dass das Sozialrecht, dem bereits das Attribut des „verfassungs- und verwaltungsrechtliche[n] Späentwickler[s]“²⁵ anhaftet, lange Zeit meinte, auch das Gemeinschaftsrecht kaum zur Kenntnis zu nehmen zu müssen.

Mittlerweile hat sich aber der Wind gedreht, nachdem die Grundfreiheiten und die europäischen Wettbewerbsregeln in einem verstärkten Maße Einfluss auf die nationalen Sozialversicherungssysteme nehmen. Promotor dieses Prozesses sind – mangels Kompetenz – nicht die europäischen Rechtsetzungsorgane, sondern der Europäische Gerichtshof (EuGH) und in zunehmendem Maße auch die deutschen Sozial- und Zivilgerichte. Den Anfang machte eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 1991, in dem dieser dem Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit einen Verstoß gegen europäisches Kartellrecht bescheinigte.²⁶ Obwohl der EuGH auch in der Folgezeit keinen Zweifel daran ließ, dass Grundfreiheiten und Kartellregeln trotz der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten

²⁴ Leibfried/Pierson, S. 64f.

²⁵ Schnapp, MedR 1996, 418 (418) m. w. N. für diese Diagnose.

²⁶ EuGH, Slg. 1991, 1979ff. – Höfner und Elser.

auch das nationale Sozialversicherungsrecht erfassen, lösten 1998 die beiden Urteile *Kohll* und *Decker* zum Teil erhebliche Überraschung aus: In der Rechtssache *Decker*²⁷ wurde eine luxemburgische Regelung, die den Erwerb medizinischer Erzeugnisse im Ausland von einer vorherigen Genehmigung abhängig machte, als Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV) angesehen und im Fall *Kohll*²⁸ sah der EuGH, ebenfalls in einem luxemburgischen Verfahren, in der Weigerung der Kostenerstattung für eine Zahnbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV). Nachdem die Relevanz dieser Urteile für das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung wegen des dort geltenden Sachleistungsprinzips zunächst noch gelehnet worden war,²⁹ hat der EuGH diese Grundsätze nunmehr prinzipiell auch auf Sachleistungssysteme ausgedehnt.³⁰ Möglicherweise noch größeres Konfliktpotential steckt in einigen Entscheidungen deutscher Zivilgerichte, die in bestimmten Steuerungsinstrumenten im Bereich des Arzneimittelmarktes (etwa in der Festsetzung von Festbeträgen für Arznei- und Hilfsmittel durch die Krankenkassen) Verstöße gegen europäisches Kartellrecht erblicken und damit möglicherweise das Monopol der Krankenkassen als Nachfrager von Gesundheitsleistungen insgesamt in Frage stellen.³¹ In allen genannten Bereichen herrscht deshalb eine große Rechtsunsicherheit,³² die derzeit die Reformvorhaben in der gesetzlichen Krankenversicherung erheblich behindert.

Hinter diesen Einzelfällen steckt ein grundsätzlicheres Problem, das sich auf den Umstand zurückführen lässt, dass der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts (hier also der Grundfreiheiten und des Kartellrechts) im Bereich der Sozialpolitik weiter reicht als die Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinschaft. Dadurch kann die Gemeinschaft im Bereich des Sozialrechts zwar nicht selbst rechtsetzend tätig werden, das Gemeinschaftsrecht kann aber die Gestaltungsfreiheit der zuständigen Mitgliedstaaten gleichwohl erheblich einschränken. In der

²⁷ EuGH, Slg. 1998, 1831 ff. – *Decker*.

²⁸ EuGH, Slg. 1998, 1931 ff. – *Kohll*.

²⁹ Bundesministerium für Gesundheit, Eine Auszehrung der deutschen Krankenversicherung muss verhindert werden, Presseerklärung Nr. 28 vom 28. 4. 1998. Die Irritation war aber offenbar so groß, dass Überlegungen angestellt wurden, auf europäischer Ebene Initiativen zur Begrenzung des Gemeinschaftsrechts zu starten, vgl. *Domscheit*, Die Krankenversicherung 1998, 246 (250); *Neumann-Duesberg*, Gesundheit und Gesellschaft 1998, 22 (24).

³⁰ EuGH, Slg. 2001, 5473 ff. – *Smits und Peerbooms*.

³¹ Vgl. etwa OLG Düsseldorf, EuZW 1999, 188 ff.

³² Diese Unsicherheit beruht auch darauf, dass mit dem europäischen Wirtschaftsrecht, insbesondere dem Kartellrecht, und dem Sozialrecht zwei einander ziemlich fremde Welten aufeinander treffen (vgl. zu diesem Entdeckungsprozess *Steinmeyer*, FS-Sandrock, S. 943 ff.): Kartellrechtler entdecken das Sozialversicherungsrecht und müssen den deprimierenden Eindruck gewinnen, das gesamte Sozialversicherungsrecht mit seiner Vielzahl von Ausschüssen, Verbänden und Gremien sei ein einziges Kartell; umgekehrt mag für manchen Sozialrechtler das Kartellrecht einem unbekanntem Flugobjekt gleichen, dessen Absturz im Bereich des Sozialrechts es möglichst zu vermeiden gilt.

Politikwissenschaft spricht man in diesem Zusammenhang von einer Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration.³³ Während die negative Integration die zur Herstellung des freien Binnenmarktes notwendige Beseitigung nationaler Handelshemmnisse meint, sind Maßnahmen der positiven Integration Folge einer positiv gestaltenden Politik der Gemeinschaft, etwa im Bereich des Umwelt- und Verbraucherschutzes. Insbesondere in den Anfangsjahren der Gemeinschaft dominierte die negative Integration, die durch Einzelentscheidungen des Europäischen Gerichtshofes und der Kommission unter Rückgriff auf unmittelbar geltendes Primärrecht (insbesondere die Grundfreiheiten und die Wettbewerbsregeln) gekennzeichnet ist. Die positive Integration schritt hingegen zunächst wegen des Einstimmigkeitserfordernisses im Ministerrat und selbst nach dessen partieller Aufgabe durch die Einheitliche Europäische Akte nur langsam voran.

Der (vermeintliche) Vorteil der negativen gegenüber der positiven Integration bestand darin, dass sie gewissermaßen hinter dem Rücken der gerade in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts nicht sehr konsensfähigen europäischen Politik die Implementierung des Gemeinschaftsrechts in den nationalen Rechtsordnungen befördern und damit ganz wesentlich zur Etablierung des Binnenmarktes beitragen konnte. Denn negative Integration vollzieht sich jenseits von Kompetenzverteilungsnormen und oftmals mühseliger politischer Konsenssuche allein nach Maßgabe der Binnenmarktrechte. Ihre Reichweite hängt allein davon ab, wie die materiellen Prüfungsmaßstäbe der sie tragenden Normen justiert werden; jede Veränderung führt hier zu einer neuen Austarierung der vertikalen und horizontalen Gewaltenbalance.³⁴ Gerade in den Bereichen, in denen die positive Integration kaum vorangeschritten ist, werden die Auswirkungen der negativen Integration allerdings als besonders einschneidend wahrgenommen. Die Asymmetrie zwischen der immer weiter fortschreitenden negativen Integration und der im Sozialbereich kaum vorankommenden positiven Integration führt zu einer problematischen Aufspaltung der Gemeinwohlvorsorge, die sich als Abbild der abnehmenden Steuerungsfähigkeit der Nationalstaaten im Internationalisierungsprozess darstellt: Der Gemeinschaft fehlt die Kompetenz zu positiver Rechtsetzung, weil die Mitgliedstaaten um ihre Souveränität fürchten; diese verlieren aber aufgrund des weiten Verständnisses der Binnenmarktrechte, insbesondere der Grundfreiheiten, zunehmend die Fähigkeit, auf sozial unerwünschte Nebenfolgen grenzüberschreitender Transaktionen zu reagieren. Diese Asymmetrie könnte, so diagnostiziert etwa Ernst-Wolfgang Böckenförde, „die einstmals mühsam erkämpfte Einheit von Staatsraum, geregelter Wirtschaftsraum und Sozialraum, eine Geschäftsgrundlage des modernen Wohlfahrtsstaates und sozialer Marktwirtschaft,“³⁵ in Frage stellen. Sie produziert ein vermehrt artikuliertes Unbeha-

³³ *Scharpf*, Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt, S. 109ff.

³⁴ Vgl. *Lukes*, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B. II. Rn. 86ff.

³⁵ *Böckenförde*, Welchen Weg geht Europa?, S. 25.

gen, dass das Integrationsprojekt sich nicht allein auf die Herstellung einer Wirtschafts- und Währungsunion beschränken darf, sondern auch die soziale Dimension des Binnenmarktes im Auge behalten muss. Zur Lösung des Problems stehen prinzipiell zwei Wege zur Verfügung: Entweder schreitet die positive Integration durch Kompetenzübertragungen auf die Gemeinschaft weiter voran oder die Reichweite der negativ integrierenden Normen wird auf ein Maß zurückgestutzt, die den Mitgliedstaaten in ihrem Zuständigkeitsbereich die erforderliche Gestaltungsfreiheit belässt. Die erste Alternative fällt in den Zuständigkeitsbereich der Politik, die zweite ist eine Frage der Rechtsanwendung und -auslegung. Ihr allein ist daher hier im wesentlichen nachzugehen.³⁶

Bei der Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration handelt es sich um ein klassisches Problem föderaler Mehrebenensysteme. Für die Gleichheit der Rechtsunterworfenen ist der föderal gegliederte Herrschaftsraum eine „offene Flanke“³⁷; die unterschiedliche Behandlung der Bürger von Gliedstaat zu Gliedstaat ist geradezu die begriffliche Folge föderaler Systeme. Daraus erwachsen föderale Gefährdungslagen, denn jeder Gliedstaat versucht erfahrungsgemäß, den Wettbewerb mit anderen Gliedstaaten durch Bevorzugung seiner Mitglieder zu beeinflussen. Diesen föderalen Gefährdungslagen wird in allen föderativen Verfassungen mit gesamtstaatlichen subjektiven Rechten (Mehrebenennormen) begegnet, die ebenenübergreifend eine Benachteiligung der die gliedstaatlichen Grenzen überschreitenden gegenüber innerstaatlichen Sachverhalten verbieten, etwa in Art. III Abs. 4 GATT, in der interstate privileges and immunities clause (Art. IV Section 2.1) der US-amerikanischen Verfassung, in Art. 43 Abs. 2 und 4 der Schweizer, in Art. 139 Abs. 1 der spanischen Verfassung und schließlich auch in Art. 33 Abs. 1 GG. Durch Gewährleistung solcher gliedstaatenübergreifender Gleichheits- und Teilhabeansprüche sollen die Defizite kompensiert werden, die daher rühren, dass Nichtmitgliedern eines Gliedstaates durch das fehlende Wahlrecht ein wesentliches Element der demokratischen Gestaltung der Wirtschafts- und Sozialordnung dieses Gliedstaates fehlt. Aufgrund dieser partizipatorisch integrierenden Funktion stehen sie allerdings in dem durch die Begriffe der negativen und positiven Integration umrissenen Spannungsverhältnis: Sie sind zwar Ausgleichsnormen für föderale Gefährdungslagen und reagieren in diesem Zusammenhang auf mehrebenenspezifische Belastungen, ohne aber die föderale Gliederung selbst aufheben zu dürfen. Im Gegenteil setzt ihre Funktion als Ausgleichsnormen in einem heterogenen Rechtsraum das Fortbestehen disparater Rechtsordnungen gerade voraus. So konnte Paul Laband bereits für die Vorgängernorm von Art. 33 GG in der Reichsverfassung von 1871 feststellen, dass „die praktische Bedeutung des Art. 3 in materieller Hinsicht die Fortdauer der Partikularrechte der Einzelstaaten zur wesentlichen Voraussetzung hat und daß die

³⁶ Zu den Perspektiven für eine europäische Sozialstaatlichkeit vgl. aber den 5. Teil A.

³⁷ *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 3 Abs. 1 Rn. 233.

praktische Bedeutung in demselben Umfange aufhört, als die Ausbildung des gemeinen Rechts fortschreitet.“³⁸

Laband sollte recht behalten: Im „unitarischen Bundesstaat“³⁹, als der sich die Bundesrepublik Deutschland heute darstellt, ist das Spannungsverhältnis zwischen gesamtstaatlichen subjektiven Rechten und gliedstaatlichen Kompetenzen mittlerweile in Vergessenheit geraten.⁴⁰ Doch gehörten die unitarisierenden Wirkungen gesamtstaatlicher Grundrechte noch zu den wesentlichen Motiven für den Verzicht der Bismarckschen Reichsverfassung auf einen eigenen Grundrechtskatalog.⁴¹ Reichhaltiges Anschauungsmaterial findet sich insbesondere in der US-amerikanischen Verfassungsgeschichte und -gegenwart: Hier dokumentierte der ursprüngliche Verzicht auf Bundesgrundrechte ein erhebliches Misstrauen gegenüber der neugegründeten Zentralgewalt, und auch die spätere Inkorporationsdebatte im Supreme Court war von dem Versuch geprägt, die unitarisierenden Wirkungen der *due process clause* des 14. amendment mit der Eigenständigkeit der Einzelstaaten in Einklang zu bringen.⁴² Bis heute umstritten ist die Auslegung der US-amerikanischen *interstate privileges and immunities clause* (Art. IV Section 2.1), die mit ihrem gesamtstaatlichen Gleichbehandlungsanspruch regelmäßig in Konflikt mit einzelstaatlichen Kompetenzen gerät.⁴³ Schließlich wird in der Debatte um die europäische Charta der Grundrechte auch gefragt, ob in den nicht nur als Abwehrrechte, sondern auch als Schutzaufträge zu verstehenden Grundrechten trotz des Bekenntnisses in Art. 52 Abs. 2 der Charta eine schleichende, durch Richterrecht herbeigeführte Kompetenzerweiterung zugunsten der Gemeinschaft liegt.⁴⁴

Im demokratischen und föderalen Verfassungsstaat ist die Kompetenz, insbesondere die Rechtsetzungskompetenz, aufs Engste mit der Befugnis zur Gemeinwohlbestimmung verbunden.⁴⁵ Kompetenznormen berechtigen die für zuständig erklärte staatliche Stelle, staatliche Aufgaben⁴⁶ nach Maßgabe weiterer formeller und materieller normativen Vorgaben zu definieren und wahrzunehmen.⁴⁷ Ohne

³⁸ Laband, Staatsrecht Bd. I, S. 186.

³⁹ Hesse, Der unitarische Bundesstaat, 1962.

⁴⁰ Vgl. aber BVerfGE 33, 303 (352ff.) sowie Kisker, FS-Bachof, S. 52ff. und Pfütze, S. 194ff.

⁴¹ Vgl. etwa Stern, Staatsrecht Bd. V, S. 362.

⁴² Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten, S. 45ff.

⁴³ Dazu Tribe, S. 528ff.

⁴⁴ Vgl. zur Diskussion etwa Calliess, EuZW 2001, 261 (266ff.); Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 6 EUV Rn. 46; Lindner, DÖV 2000, 543ff.; Rengeling, in: FS-Rauschnig, S. 243ff.

⁴⁵ Stettner, S. 72f.

⁴⁶ Vgl. zur Abgrenzung der staatlichen von den öffentlichen Aufgaben, welche auch durch gesellschaftliche Gruppen oder Verbände erfüllt werden können, etwa Isensee, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. III, § 57 Rn. 136ff.

⁴⁷ Im einzelnen besteht wenig (terminologische) Einigkeit über das Verhältnis von Kompetenz, Aufgabe und Befugnis. Hier wird „Kompetenz“ als die Bezogenheit eines Gegenstandes auf ein Subjekt verstanden, wobei der Gegenstand aus Aufgaben und Befugnissen besteht (Pieroth, AöR 115 [1990], 422 [433f.]; ders., in: Jarass/Pieroth, Art. 30 Rn. 3).

Kompetenz kann eine Aufgabe nicht erfüllt werden;⁴⁸ umgekehrt setzt das Gebrauchmachen von einer Kompetenz die staatliche Aufgabe voraus.⁴⁹ Kompetenznormen dienen „der Hervorbringung berechenbarer staatlicher Macht“, sie sollen die „dauerhafte, versteh- und durchschaubare Zuweisung von Aufgaben und Hoheitsmitteln an bestimmte ausgesuchte und beauftragte Stellen“ ermöglichen, „die dann auch die Verantwortung für die Ausführung ihres Auftrags übernehmen.“⁵⁰ Für den Einzelnen steht damit ein Adressat insbesondere für den Fall zur Verfügung, dass der Gemeinwohlauftrag verfehlt wird und politische und rechtliche Sanktionsmechanismen greifen sollen. Verantwortlichkeit ist also die Kehrseite der Kompetenz.

Trotz ihrer konstitutiven Bedeutung für die Gemeinwohlbestimmung sind die Kompetenzverteilungsnormen selbst für die Begrädigung der Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration unergiebig, denn die Rechtsetzungskompetenz entbindet nicht von der Verpflichtung zur Beachtung der für die Rechtsetzung geltenden materiellen Maßstäbe. Die Gesetzgebungskompetenzen bilden keine Zusammenstellung notwendiger Staatsaufgaben,⁵¹ die per se dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts entzogen wären. Das europäische Primärrecht bindet die Mitgliedstaaten daher auch und gerade in den Bereichen, in denen sie in Ausübung ihrer Kompetenzen Recht setzen und anwenden. Anknüpfungspunkt für eine Befassung mit der Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration kann daher nicht die Kompetenz selbst sein, sondern allein der Gegenstand, auf den sie sich bezieht, die *Aufgabe*. Im Verfassungsstaat, in dem die Verfassung dem Staat vorgeordnet ist, Staatsgewalt also nur nach Maßgabe der Verfassung ausgeübt werden darf, sind Staatsaufgaben Verfassungsaufgaben.⁵² Diese werden durch Aufgabennormen konkretisiert, die den Staat oder seine Untergliederungen „zu einem zielgerichteten Tätigwerden auf einem bestimmten Sachgebiet ermächtigen.“⁵³ Prototyp einer solchen verfassungsrechtlichen Aufgabennorm ist das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG), das in der Sozialversicherungsgesetzgebung seine wichtigste Ausprägung erfährt.

Da die Bestimmung der Verfassungsaufgabe im Fall des Sozialstaatsprinzips nur sehr allgemeine Aussagen zutage fördert, gilt es, in einem zweiten Schritt die Aufgabe materiell zu charakterisieren und dabei die spezifische Steuerungsverantwortung des Staates *funktional* herauszuarbeiten. Denn die Eigenschaft als Verfassungsaufgabe besagt noch nicht, dass diese nicht auch durch Private oder

⁴⁸ Sommermann, S. 366.

⁴⁹ Bull, Staatsaufgaben, S. 53.

⁵⁰ Stettner, S. 303, 306.

⁵¹ Gramm, S. 66.

⁵² Schulze-Fielitz, Staatsaufgabenentwicklung, S. 11, 15.

⁵³ Sommermann, S. 365. Dabei ist allerdings zu betonen, dass im verfassungsrechtlichen Aufgabenbegriff das Pflicht-Moment nicht – wie im Verwaltungsrecht üblich – mitgedacht werden darf; näher Pieroth, AöR 115 (1989), 422 (434, 448ff.)

zumindest unter deren Mitwirkung erfüllt werden kann.⁵⁴ Vielfach, auch in der Sozialversicherung, ist der Staat weniger Leistungs-, denn aktivierender, koordinierender und organisierender Steuerungsstaat,⁵⁵ der gesellschaftliche Prozesse nicht ersetzt, sondern durch Produktion und Durchsetzung verbindlicher Entscheidungen anschiebt. Daraus folgt zweierlei: Erstens kann die spezifisch staatliche Steuerungsverantwortung bei der Produktion eines öffentlichen Gutes nicht allein unter Hinweis auf die Aufgabe, sondern nur durch eine analytische Betrachtung der Funktion ermittelt werden, die der Staat bei ihrer Erfüllung übernimmt. Zweitens ist eine zeitlose Richtigkeit beanspruchende Bestimmung von Verfassungsaufgaben jenseits der normativen Vorgaben wegen der Abhängigkeit vom gesellschaftlichen Status quo unmöglich. So lässt sich zwar feststellen, ob ein bestimmtes öffentliches Gut auch ohne staatliche Mitwirkung in gleicher Menge und Güte produziert werden kann, aber nicht, ob dieses Gut auch tatsächlich produziert werden soll.⁵⁶ Die Entscheidung darüber wird im demokratischen Verfassungsstaat dem politischen Prozess überlassen. Hier schließt sich der Kreis für den Problemaufriss: Ein wesentlicher Beweggrund für die Begradigung der Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration besteht nämlich gerade darin, diesen politischen Prozess, in dem über die Bereitstellung öffentlicher Güter entschieden wird, am Leben zu erhalten statt ihn durch eine hypertrophe Auslegung supranationaler, Vorrang beanspruchender subjektiver Rechte zu lähmen.

Damit ist das Feld abgesteckt, auf dem sich die vorliegende Untersuchung bewegt. Sie verfolgt das Ziel, auf der Folie des bereits im Begriff „Sozialstaat“ angelegten Gegenübers von Staat und Gesellschaft das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes interpretatorisch zu entfalten, auf dieser Grundlage die spezifische Steuerungsfunktion des Staates im Bereich der Sozialversicherung herauszuarbeiten, um dann am Beispiel des deutschen Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung den Einfluss des Gemeinschaftsrechts zu untersuchen. Daraus ergibt sich das folgende Arbeitsprogramm:

Der 1. Teil der Untersuchung gilt dem freiheitlich-demokratischen Sozialstaat des Grundgesetzes, der – übersetzt in Zustände des Einzelnen gegenüber dem Staat – mit dem bürgerlichen, dem politischen und dem sozialen Status die drei wesentlichen Elemente des Bürgerstatus im modernen Nationalstaat abbildet. Der soziale Status soll durch einen funktionalen Ansatz konkretisiert werden, der zunächst die historische Entwicklung und Begründung der sozialen Steuerungsfunktion des Staates in dialektischer Gegenüberstellung zu den Funktionsbedingungen der Gesellschaft herausarbeiten soll. Die sich anschließende Ausleuch-

⁵⁴ Dazu, dass gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung heute oft eng ineinander greifen und zu den unterschiedlichen Stufen und Formen der Wahrnehmung staatlicher Verantwortung etwa *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (277ff.); *Mayntz/Scharpf*, S. 9ff. und *Schuppert*, Die Verwaltung 31 (1998), 415 (421ff.); *Trute*, DVBl. 1996, 950ff.

⁵⁵ Vgl. auch *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 152ff.

⁵⁶ *Engel*, Die Verwaltung 30 (1997), 429 (460f.).

tung des verfassungsrechtlichen Umfeldes des Sozialstaatsprinzips verknüpft den sozialen Status mit den anderen Elementen des Bürgerstatus. Im 2. Teil wird die Steuerungsfunktion des Sozialstaates für den Bereich der Sozialversicherung herausgearbeitet. Dies geschieht, indem das Gegenüber von Gesellschaft und Staat auf der einfach-rechtlichen Ebene, nämlich in der Sozialversicherung, abgebildet wird mit der Unterscheidung zwischen der Solidarität als gesellschaftlicher Kategorie und dem Solidarprinzip als durch staatliches Recht entstandenem Rechtsprinzip. Im 3. Teil soll das Solidarprinzip in den gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Rahmen integriert werden. Dieses Vorhaben wird geleitet von der Überlegung, dass die primär ökonomische Ausrichtung der europäischen Gemeinschaftsverfassung der Werkidee des europäischen Einigungsprozesses geschuldet ist, aber nicht im Sinne einer Präponderanz des weitgehend europäisierten bürgerlichen gegenüber dem überwiegend in den Mitgliedstaaten verwirklichten sozialen Status verstanden werden darf. Dem soll ein integrativer und ganzheitlicher Ansatz Rechnung tragen, der in der Figur des die europäische und die innerstaatlichen Verfassungen verklammernden Verfassungsverbundes zum Ausdruck kommt und insbesondere in der Unionsbürgerschaft (Art. 17 EGV) einen normativen Bezugspunkt findet. Auf dieser Grundlage lässt sich das Solidarprinzip jeweils in die Tatbestände der Wettbewerbsregeln und der Grundfreiheiten integrieren. Im 4. Teil des Projektes soll das entwickelte Konzept dann auf einzelne Konfliktfelder im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung angewendet werden. Die Untersuchung endet im 5. Teil mit einer perspektivischen Betrachtung europäischer Sozialstaatlichkeit.

Die ersten vier Abschnitte enden jeweils mit einem Abschnitt „Zusammenfassung und Überlegungen für den Fortgang der Untersuchung“. Diese Abschnitte erfüllen zwei Funktionen: Sie sollen, hintereinander gelegt, dem eiligen Leser einen Überblick über den Gang der Untersuchung und eine Zusammenfassung ihrer Kernthesen ermöglichen; sie bilden zugleich jeweils die Verklammerung zwischen den einzelnen Teilen der Untersuchung.

1. Teil

Der freiheitlich-demokratische Sozialstaat des Grundgesetzes

A. Sozialstaatsprinzip und sozialer Status

Das Grundgesetz weist die Bundesrepublik Deutschland in Art. 20 Abs. 1–3 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG als freiheitlich-demokratischen Sozialstaat aus. Übersetzt man dessen Komponenten, das Rechtsstaats-, das Demokratie- und das Sozialstaatsprinzip, in Zustände des Einzelnen gegenüber dem Staat, so werden die drei wesentlichen Elemente des (Staats-)Bürgerstatus sichtbar, die sich – beginnend mit der Französischen Revolution – als Anknüpfungspunkte für subjektive Rechte herausgebildet haben: der bürgerliche, der politische und der soziale Status.¹ In ihrer Gesamtheit stehen sie für eine besondere Zugehörigkeitsbeziehung zwischen Bürger und politischem Gemeinwesen. Die verfassungsrechtliche Besonderheit des sozialen Status liegt in dem Umstand begründet, dass er, anders als die anderen Elemente des Bürgerstatus, im Grundgesetz nicht durch subjektive Rechte ausgeformt wird, sondern im Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG) den einzigen normativen Bezugspunkt findet. Hier muss daher die verfassungsrechtliche Analyse ansetzen.

Das Sozialstaatsprinzip wird – anders als die übrigen in Art. 20 Abs. 1 GG enthaltenen Staatszielbestimmungen – bisweilen mit einem Fragezeichen versehen. „Was können *wir* über das Sozialstaatsprinzip wissen?“, haben namhafte Verfassungs- und Sozialrechtler sich und ihre Leser immer wieder gefragt.² Das persönliche Fürwort *wir* meint Rechtswissenschaft und -praxis, die sich dem nach 1949 neuen verfassungsrechtlichen Begriff „sozialer Staat“ anfangs nur sehr zögernd näherten. Dabei soll das Fragezeichen allerdings nicht das Sozialstaatsprinzip selbst in Frage stellen, sondern lediglich die Möglichkeiten, dieses mit den Mitteln der Hermeneutik zu konkretisieren. So sehr uns der Sozialstaat überall im Alltag begegnet, so unnahbar ist er, wenn es um seine interpretatorische Entfaltung geht. Für Herbert Krüger bleibt die konkrete Gestalt des Sozialstaates „im Dunkeln“³, für Ernst Forsthoff ein „indefinibles definiens“⁴; Wilhelm Grewe hat ihn gar als „substanzlosen Blankettbegriff“⁵ bezeichnet, was wohl bedeuten soll, dass seine Konkretisierung nicht in die Zuständigkeit der Rechtswissenschaft fällt. Andere wiederum verstehen das Sozialstaatsprinzip als verfassungsrechtlichen Joker, der

¹ Grundlegend: *Marshall*, S. 33ff.; ausführlicher unten 3. Teil D. II. 2.

² Vgl. nur *Schnapp*, JuS 1998, 873ff.; *Zacher*, FS-Ipsen, S. 207ff.

³ *Krüger*, Rechtsstaat – Sozialstaat – Staat, S. 25.

⁴ *Forsthoff*, Verfassungsprobleme des Sozialstaates, S. 146.

⁵ *Grewe*, DRZ 1949, 349 (351).

immer sticht, wenn es gilt, sozialpolitische Wünsche zu realisieren oder soziale Utopien zu formulieren.⁶

Doch finden sich auch schon frühe Stimmen, die dafür eintraten, das Sozialstaatsprinzip und damit auch den sozialen Status des Einzelnen ernster zu nehmen. Hans-Peter Ipsen eröffnete sein Referat auf der Göttinger Staatsrechtslehre-ertragung im Jahre 1951 mit den Worten: „Wenn die Entscheidung des Grundgesetzes zum Sozialstaat etwas Wesentliches und Tieferes sein will als eine wohlfeile Formel aus Kompromiß oder Konzession oder auch nur eine unverbindliche Verheißung, so bedeutet sie Bereitschaft und Verantwortung, Aufgabe und Zuständigkeit seines Staates zur Gestaltung der sozialen Ordnung.“⁷ Insbesondere die Kommentarliteratur der beiden letzten Jahrzehnte hat sich der Aufgabe der Konkretisierung und Systematisierung des Sozialstaatsprinzips angenommen.⁸ Doch wird auch dort betont, dass das Sozialstaatsprinzip „dem Verfassungsinterpreten und insbesondere der Verfassungsgerichtsbarkeit die größten Schwierigkeiten bereitet“⁹ und sich „kaum zu definitiven Einzelkonsequenzen“¹⁰ verdichten lasse. Namentlich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird aus beruflichem Munde „eine gewisse Scheu, diesen Grundsatz für die verfassungsrechtliche Prüfung fruchtbar zu machen,“¹¹ attestiert. Und auch im Bundessozialgericht, wo man ein besonders intimes Wissen über das Sozialstaatsprinzip vermuten könnte, wird es mit juristischen Samthandschuhen behandelt: Oft als Auslegungshilfe bemüht und frühzeitig zu einem tragenden Grundsatz des Staates erklärt¹² hat es doch in keinem Fall konstitutive Bedeutung für Anspruchsbegründung oder -begrenzung erlangt.¹³ So lässt sich auch nach über 50 Jahren Grundgesetz mit einer gewissen Berechtigung rasonieren, dass das Sozialstaatsprinzip ein letztlich „unbewältigte Staatsgrundnorm“¹⁴ geblieben ist.

Das normative Material ist karg: Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG bezeichnen die Bundesrepublik Deutschland als sozialen Staat; eine Änderung des Grundgesetzes darf diesen Grundsatz nicht berühren (Art. 79 Abs. 3 GG). Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG bindet die Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland bei der Verwirklichung eines vereinten Europas an „soziale Grundsätze“, die freilich ebenfalls „in ihrem konkreten Gehalt kaum bestimmbar sind.“¹⁵ Das Substantiv „So-

⁶ Vgl. etwa *Hartwich*, S. 352ff.

⁷ *Ipsen*, VVDStRL 10 (1952), 74 (74f.).

⁸ Vgl. neben den Standardkommentaren zum Grundgesetz insbesondere *Zacher*, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. I, § 25.

⁹ *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 20 VIII Rn. 1.

¹⁰ Vgl. etwa *Sachs*, in: *Sachs*, Art. 20 Rn. 47.

¹¹ *AbwM von Brünneck* BVerfGE 36, 237 (248).

¹² BSGE 6, 213 (219).

¹³ Rechtsprechungsübersicht bei *Reiter*, in: FS-Zacher, S. 777ff.

¹⁴ *Leisner*, NJW 2001, 1329 (1330).

¹⁵ *Pernice*, in: Dreier Bd. II, Art. 23 Rn. 67. *Classen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck Bd. II, Art. 23 Abs. 1 Rn. 43, thematisiert zwar mögliche Konflikte durch den Einfluss der Grundfrei-

zialstaat“ findet man nirgends. Soziale Grundrechte, die den sozialen Status des Bürgers ausformen und durch Leistungsansprüche konkretisieren, gibt es nicht. Zwar kann man das eine oder andere Grundrecht durchaus in einen Kontext mit dem sozialen Staat stellen,¹⁶ etwa den Schutzauftrag zugunsten werdender Mütter (Art. 6 Abs. 4 GG), das Verbot von Benachteiligungen wegen einer Behinderung (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) oder die Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Doch steht auch hinter diesen Normen kein geschlossenes Konzept sozialer Grundrechte, zumal auch sie nicht besagen, wie man die werdende Mütter schützt, behinderte Menschen vor Benachteiligungen bewahrt oder die Gemeinwohlbezogenheit des Eigentums aktiviert. Während Demokratie-, und Rechtsstaatsprinzip durch eine Vielzahl verfassungsrechtlicher Ausprägungen konkretisiert und dadurch auch operationalisierbar werden,¹⁷ bleibt es für den sozialen Status des Staatsbürgers im wesentlichen bei Art. 20 Abs. 1 GG.

Seine Offenheit verweist das Sozialstaatsprinzip nicht auf die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, sondern auf den Gesetzgeber. In der „anthropologischen Unmöglichkeit eines statischen Verständnisses des Sozialstaates“¹⁸ liegt das Eingeständnis, dass in der parlamentarischen Demokratie niemand zeitlose Wahrheit und das Monopol zur Beurteilung sozialer Gerechtigkeit beanspruchen kann, sondern dass vielmehr jede auf Zeit gewählte Mehrheit immer wieder von neuem über den Interessenausgleich innerhalb der Gesellschaft entscheiden muss. Darin liegt eine vernünftige Selbstbeschränkung: Eine Verfassung soll das durch sie verfasste Gemeinwesen in seinen Grundzügen ordnen und den eine Gesellschaft kennzeichnenden Grundkonsens markieren.¹⁹ Sie verbindet Offenheit und Weite der rechtlichen Normierung mit verbindlicher Festlegung von Leitprinzipien wie der Unantastbarkeit der Würde des Menschen, den Prinzipien der Demokratie, des sozialen Rechtsstaates und dem Bundesstaatsprinzip (vgl. Art. 79 Abs. 3 GG); aus dieser nur scheinbaren Polarität erfährt sie ihre Stabilität.²⁰ Die stabilisierende Funktion ihrer Leitprinzipien kann die Verfassung näm-

heiten, ohne aber konkrete Grenzen zu formulieren. Vgl. zu den „sozialen Grundsätzen“ im Sinne des Art. 23 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG unten 3. Teil D. II. 1. b) aa).

¹⁶ Vgl. *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn. 123; *Gröschner*, in: Dreier Bd. II, Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 58f.

¹⁷ *Bieback*, Jura 1985, 229 (229); *Ipsen*, DÖV 1952, 217 (218); vgl. zu den „elementaren Unterschieden“ zwischen Sozialstaat einerseits und Bundesstaat, Rechtsstaat und Demokratie andererseits auch *Zacher*, VSSR 2000, 185 (205): „Der Sozialstaat ist Auftrag und Sache. Bundesstaat, Rechtsstaat und Demokratie meinen in erster Linie Institutionen. Dem Sozialstaat ist nichts mitgegeben, um selbst seinen Sinn zu entfalten. Den Sozialstaat zu verwirklichen, ist dem Bundesstaat, dem Rechtsstaat und der Demokratie anvertraut“ [...].

¹⁸ *Zacher*, FS-Ipsen, S. 257.

¹⁹ Zur Funktion der Verfassung insbesondere *Böckenförde*, NJW 1976, 2089 (2098f.); *Grimm*, Verfassungsfunktion, S. 319ff.; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 16ff.; *Schuppert*, AÖR 120 (1995), 32ff.; *Wahl*, Der Staat 20 (1981), 485 (505ff.).

²⁰ *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 36; vgl. ferner *Schuppert*, AÖR 120 (1995), 32ff. („Rigidität und Flexibilität“).

lich nur wahren, wenn sie nicht durch den Versuch beliebiger Vertiefung überfrachtet,²¹ sondern ihre Konkretisierung dem politischen Prozess überlassen wird, in den stets mehr Faktoren eingehen als eine normative Regelung bedenken kann.

Tatsächlich hat der Gesetzgeber die Sozialstaatsklausel in vielen Bereichen normativ entfaltet und damit auch den sozialen Status mit Leben gefüllt:²² durch die fünf Säulen der Sozialversicherung, das Recht der Sozialhilfe, die soziale Entschädigung, soziale Förderung (Ausbildungsförderung, Familienleistungen, Wohngeld, Kinder- und Jugendhilfe, zusätzliche Leistungen für Schwerbehinderte), Arbeitsförderung, Arbeitsschutz und überhaupt alle Einrichtungen und Erscheinungsformen der Daseinsvorsorge. Diese – erweiterbare²³ – Aufzählung vermittelt zwar einen Eindruck von der Vielfalt sozialstaatlichen Handelns. Für die Auslegung des Verfassungsbegriffs „sozial“ hilft ein solches deskriptives Vorgehen allerdings nicht weiter:²⁴ Das einfache Recht enthält Ausprägungen des Sozialstaatsgebots, ist aber als rangniederes Recht kein Parameter für dessen Auslegung. Vier der fünf Säulen der Sozialversicherung, die ohne Zweifel zu den wichtigsten Emanationen von Sozialstaatlichkeit zählt, stammen aus der Zeit vor 1949, sind also ohne die legitimierende Grundlage des Sozialstaatsprinzips entstanden und vom Grundgesetz auch nicht mit Verfassungsrang ausgestattet worden.²⁵ Umgekehrt ist die fünfte Säule, die Pflegeversicherung, erst 1994 eingeführt worden, ohne dass der bis dahin bestehende Zustand ernsthaft als verfassungswidrig eingestuft worden wäre. Die Sozialstaatsklausel vermag das staatliche Tätigwerden in den genannten Bereichen daher zwar zu legitimieren, aber nicht zwingend zu determinieren. Die Ermächtigung reicht weiter als die Verpflichtung.

Einen ersten *normativen* Zugang findet man, wenn man den Sozialstaat begrifflich in seine beiden Bestandteile zerlegt. Das lateinische *socialis* bedeutet: gesellig, gesellschaftlich, die Gesellschaft betreffend.²⁶ Im Begriff Sozialstaat ist damit einerseits die Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft angelegt, andererseits werden beide durch die Verknüpfung aufeinander bezogen und in eine noch näher zu bestimmende Relation gesetzt. Staat und Gesellschaft werden unterschieden, nicht getrennt. Dabei darf man sich Staat und Gesellschaft nicht als räumliche und jedenfalls heute auch nicht mehr als personale Kategorien vorstel-

²¹ *Wahl*, DVBl. 1996, 641 (644).

²² Vgl. nur die Aufstellungen von *Gröschner*, in: Dreier Bd. II, Art. 20 (Sozialstaat), Rn. 36ff. und *Stern* Bd. I, S. 893ff.

²³ Vgl. nur *Stern* Bd. I, S. 899ff., der dem Sozialstaatsprinzip so allgemeine Gehalte wie die „sozialstaatliche Imprägnierung der Wirtschaft“ und „aktive und fördernde Mittelstandspolitik“ zuordnet.

²⁴ *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 426; *Schnapp*, JuS 1998, 873 (876f.).

²⁵ Vgl. *Schnapp*, SGB 2000, 341 (344); ferner etwa BVerfG, NJW 1999, 2493 (2496): Das derzeitige Rentensystem genieße keinen verfassungsrechtlichen Bestandsschutz, sondern könne vom Gesetzgeber auch auf andere Grundlagen gestellt werden.

²⁶ Vgl. etwa *Krings*, Staatslexikon Bd. IV, Sp. 1210.

len. Vielmehr handelt es sich um *funktional* zu unterscheidende Modi derselben Interaktion,²⁷ die nach unterschiedlichen Ordnungsmustern funktionieren, die aber beide den Zweck haben, das menschliche Zusammenleben zu organisieren und zu strukturieren. Im freiheitlich-demokratischen Sozialstaat gehört das Individuum beiden Interaktionszusammenhängen an. Einerseits – auf der Ebene der Gesellschaft – tritt es als „Alleininhaber individueller Entschließungsfreiheit“ auf, ist aber andererseits „Mitinhaber staatlicher Gewalt.“²⁸ Staat und Gesellschaft sind also funktional zu unterscheidende Organisations- und Koordinationsprinzipien ein- und derselben menschlichen Gemeinschaft.²⁹ Die Hegel'sche Dialektik von Staat und Gesellschaft, die Hans Zacher mit Recht als die wichtigste Prämisse jeder interpretatorischen Entfaltung des Sozialstaatsprinzips bezeichnet,³⁰ ist damit bereits im Begriff „Sozialstaat“ angelegt, wenn auch nicht aufgelöst. Von dem Extremfall abgesehen, dass sich Staat und Gesellschaft nicht identitär übereinanderschieben dürfen mit der Folge einer „totalen Gesellschaft“ oder eines „totalen Staates“, ist nämlich mit der Unterscheidung allein noch nichts gewonnen.³¹

Aus dem Begriff des Sozialstaates und dem ihm zugrundeliegenden Gegenüber von Staat und Gesellschaft lässt sich aber die Erkenntnis ableiten, dass es bestimmte Merkmale und Funktionen geben muss, die den Staat aus der Mannigfaltigkeit sozialer Phänomene nichtstaatlicher Provenienz hervortreten lassen³² und ihn befähigen, in einer konkreten historischen Situation bestimmte Aufgaben zu erfüllen, die von anderen sozialen Gebilden nicht oder nicht so gut erfüllt werden können. Bereits Hermann Heller hat daher in der richtigen Bestimmung der Funktion des Staates das „Fundamentalproblem“ der Staatstheorie gesehen: „Ohne Beziehung auf die sinnhafte Funktion des Staates bleiben alle staatsrechtlichen und staatsrechtlichen Begriffe sinnentleert.“³³ Da der moderne Staat seine Rechtfertigung nicht mehr in sich trägt, kann diese Funktion nur mittels der allein bei ihm vorhandenen Fähigkeit zur Bewältigung bestimmter Aufgaben bestimmt werden.³⁴ Kollektiv verbindlicher Entscheidungen, die allein der Staat kraft seines Gewaltmonopols herbeiführen kann, bedarf es nur dort, wo es auch um kollektive Güter geht.³⁵ In einem noch sehr allgemeinen Sinne besteht die Funktion des

²⁷ Gröschner, in: Dreier Bd. II, Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 23.

²⁸ Rupp, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. I, § 28 Rn. 19.

²⁹ Forsthoff, Staat der Industrie-Gesellschaft, S. 21: „notwendige dialektische Zuordnung von zwei Modi mitmenschlichen Seins“.

³⁰ Zacher, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 25 Rn. 26; vgl. ferner Eichenhofer, Sozialrecht, Rn. 119; Gröschner, in: Dreier Bd. II, Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 21: „Grundfrage der Sozialstaatsdogmatik“.

³¹ Hesse, Staat und Gesellschaft, S. 491.

³² Vgl. auch Pauly, ARSP 85 (1999), 112 (113).

³³ Heller, Staatlehre, S. 199, 203.

³⁴ Herzog, in: FS-Söllner, S. 442.

³⁵ Willke, S. 224.

Staates daher nach Heller „in der selbständigen Organisation und Aktivierung des gebietsgesellschaftlichen Zusammenwirkens, begründet in der geschichtlichen Notwendigkeit eines gemeinsamen status vivendi für alle Interessengegensätze auf einem sie alle umgreifenden Erdgebiet, das, solange es keinen Weltstaat gibt, durch andere Gebietsherrschftsverbände gleicher Art begrenzt wird.“³⁶

Im Wege „konkreter und differenzierter Zuordnung“³⁷ ist es zwar, wie im einzelnen zu zeigen sein wird, möglich, diese staatliche Fähigkeit zur Aktivierung, Koordinierung und Organisation für einzelne Sachbereiche zu konkretisieren, nicht aber die Aufgabe selbst als eine dem Staat „von Natur aus“ aufgegebenen, gleichsam vorverfassungsrechtliche Mission. Soweit diese Einsicht nicht schon immer verfassungsstaatliches Allgemeingut war, wird sie nunmehr jedenfalls durch gemeinschaftsrechtliche Notwendigkeiten bestätigt. Das Gemeinschaftsrecht kann nämlich schon um seiner einheitlichen Anwendbarkeit willen nicht davon abhängig sein, welche Politikfelder die Mitgliedstaaten zu originären staatlichen Aufgaben erklärt haben. Hingegen akzeptiert es, dass bestimmte Aufgaben aufgrund ihrer materiellen Besonderheiten nur durch den Staat erfüllt werden können. Um dieses Potential des Staates zur Bewältigung bestimmter Aufgaben geht es (und nicht primär um die Bewertung, ob er es in der jeweiligen historischen Situation aktivieren muss, sollte oder darf³⁸), wenn die Interpretation des Sozialstaatsprinzips mit der Rückbesinnung auf seine historischen Wurzeln beginnt. Sie mögen – wenn auch im wesentlichen auf Deutschland beschränkt – einen Einblick in die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsmodells im 19. Jahrhundert geben, das die europäische Kommission heute wie folgt umschreibt: „Der Sozialschutz ist ein grundlegender Bestandteil und ein Unterscheidungsmerkmal des europäischen Gesellschaftsmodells. Diese wichtige Errungenschaft des Nachkriegs hat die europäischen Gesellschaften in die Lage versetzt, sich den Herausforderungen einer Zeit gewaltiger wirtschaftlicher und sozialer Anpassungen zu stellen. Nach wie vor besteht ein weitgehender Konsens darüber, daß es den Staaten obliegt, dafür Sorge zu tragen, daß Arme, Kranke oder Erwerbsunfähige nicht mittellos bleiben. Der soziale Zusammenhalt ist genau wie im Jahre 1945 auch jetzt ein Ziel aller europäischer Länder.“³⁹

Weitaus tiefer als die rechts- und verfassungsgeschichtlichen liegen dabei die geistesgeschichtlichen Ursprünge des sozialen Staates: Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages auf der einen und das reaktivierte, auf der antiken

³⁶ Heller, *Staatlehre*, S. 203.

³⁷ Hesse, *Staat und Gesellschaft*, S. 493.

³⁸ In diesem Sinne (für die Bestimmung des Gemeinwohls) auch *von Arnim*, *Gemeinwohl und Gruppeninteressen*, S. 5: Es gehe „nicht um die Ermittlung unwandelbarer und allgemeingültiger, allen Zeiten und Völkern gemeinsamer Inhalte und Maximen, sondern, viel bescheidender, um die Gewinnung von Richtigkeitskriterien in einer konkreten staatlichen Gemeinschaft.“

³⁹ KOM (95), 466 endg., auch wiedergegeben in ZfSH/SGB 1996, 199 (199). Vgl. ferner die Mitteilungen der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ v. 26. 9. 1996 (ABl. C 281/3ff.) und KOM (2000), 580 endg. v. 20. 9. 2000.

πόλις aufbauende Gemeinschaftsdenken auf der anderen Seite versprechen wichtige Erkenntnisse über die soziale Steuerungsfunktion des Staates und die dabei auftretenden Bezüge und Spannungen zwischen Freiheit und Sicherheit. Nur wenn diese beiden Linien wenigstens in groben Zügen verfolgt werden, wird die allmähliche Entwicklung der Zugehörigkeitsbeziehung zwischen politischem Gemeinwesen und Bürger deutlich, lassen sich die unterschiedlichen verfassungsstaatlichen Schichten aufzeigen, in denen sich die drei wesentlichen Elemente des Bürgerstatus entwickelt haben und werden schließlich die je nach Element unterschiedlichen Rollen deutlich, die die Europäische Gemeinschaft bei ihrer Verwirklichung einnimmt.

Der historisch-empirische Befund soll durch systematische Auslegung ergänzt werden, die das Sozialstaatsprinzip in seinen grundgesetzlichen Kontext einfügt und damit den sozialen Status auch in eine verfassungsrechtliche Beziehung zu den beiden anderen Elementen der Staatsbürgerschaft, dem bürgerlichen und dem politischen, setzt.⁴⁰ Im grundgesetzlichen Umfeld des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 GG) befinden sich nämlich weitere, zum Teil gegenläufige Verteilungsschlüssel für das Verhältnis von Staat und Gesellschaft: das den bürgerlichen Status beschreibende Prinzip rechtsstaatlicher Freiheit, das ausgeht von einer grundsätzlich staatsfreien Sphäre und der Fähigkeit des Einzelnen, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen, und das den politischen Status vermittelnde demokratische Prinzip, das für die Rückkoppelung zwischen dem sozialgestaltenden Staat und dem Willen der Mitglieder der Gesellschaft sorgt. Der so herausgearbeitete, traditionell im nationalstaatlichen Rahmen verwirklichte Bürgerstatus weist auch den Weg für die dogmatische Integration des Europäischen Gemeinschaftsrechts.⁴¹

⁴⁰ Dazu unten C.; vgl. ferner *Stern* Bd. I, S. 890f.; *Zacher*, in: *Handbuch des Staatsrechts* Bd. V, § 25 Rn. 23.

⁴¹ Vgl. im einzelnen 3. Teil D. II., III.

B. Geschichtliche Grundlagen und geistige Wurzeln

I. Individuum und Gemeinschaft

Der Sozialstaat ist *verfassungshistorisch* im wesentlichen eine Erfindung des 20. Jahrhunderts. Die Paulskirchenverfassung von 1849 streifte die soziale Thematik trotz deren Aktualität¹ allein unter dem Aspekt des Zugangs zu Bildungseinrichtungen,² und die Reichsverfassung von 1871 beschränkte sich auf den rhetorischen Hinweis in der Präambel, dass das Reich der „Pflege der Wohlfahrt des Deutschen Volkes“ zu dienen habe. Erst die Weimarer Reichsverfassung aus dem Jahre 1919 enthält einige Normen mit sozialstaatlichem Bezug. Gemäss Art. 151 Abs. 1 WRV musste die Ordnung des Wirtschaftslebens „den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins entsprechen“. Zwar wird der Begriff des Sozialstaates nicht verwendet, doch kann in der Bestimmung mit dem Bundesverfassungsgericht ein erster verfassungsrechtlicher Auftrag zum „Ausgleich der durch die moderne gesellschaftliche Entwicklung entstehenden Belastungen“³ gesehen werden, der durch zahlreiche Einzelbestimmungen, insbesondere die Garantie der Sozialversicherung in Art. 161 WRV,⁴ konkretisiert wurde.

Trotz dieser ersten Ansätze enthielt der Herrenchiemseer Entwurf zum Grundgesetz keinen Hinweis auf ein soziales Staatsziel. Der Begriff „sozialer Staat“ wurde erstmals in den Beratungen des Parlamentarischen Rates verwendet, dort aber nicht ausgiebig diskutiert, obwohl mit den später angenommenen Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG jedenfalls begrifflich Neuland betreten worden war.⁵ Entweder war das Sozialstaatsprinzip bereits etwas Selbstverständliches oder man konnte sich nichts Genaueres darunter vorstellen und sah die Direktivkraft der Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG als begrenzt an. Die Entstehungsge-

¹ Ausführlich zur sozialen Frage unten V. 2.

² Vgl. § 157 Abs. 2 PKV: „Unbemittelten soll auf allen öffentlichen Unterrichtsanstalten freier Unterricht gewährt werden“. Allgemein zur Verfassungsdebatte in der Frankfurter Nationalversammlung über soziale Prinzipien etwa *Dietlein*, JA 1997, 428ff.

³ BVerfGE 11, 104 (113).

⁴ Die Vorschrift lautete: „Zur Erhaltung der Gesundheit und der Arbeitsfähigkeit, zum Schutz der Mutterschaft und zur Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Schwäche und Wechselfällen des Lebens schafft das Reich ein umfassendes Versicherungswesen unter maßgebender Mitwirkung der Versicherten.“

⁵ Ausführlicher zur Entstehungsgeschichte JöR NF 1 (1951), S. 194ff., 244ff.

schichte des Sozialstaatsprinzips wird angesichts dessen allgemein als unergiebig für die interpretatorische Entfaltung des Sozialstaatsprinzips angesehen.⁶

Die im Begriff „Sozialstaat“ enthaltene, auf Hegel zurückgehende Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft ist begrifflich zwar nur wenig älter als das verfassungsrechtliche Prinzip; der Sache nach liegen die Wurzeln der Unterscheidung indes weitaus tiefer: Als im 19. Jahrhundert die traditionellen Sozialstrukturen nicht mehr ausreichen, um soziale Sicherheit zu gewährleisten, ist der Staat nämlich bereits selbstverständlicher Sicherheitsgarant, ja er bezieht seine wesentliche Legitimation gerade aus dieser Aufgabe.⁷ Die Ideengeschichte des Sozialstaates reiht sich ein in eine die Staatstheorie, die politische Philosophie, aber etwa auch die Anthropologie seit jeher umtreibende Grundsatzdebatte: das Verhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft. Im Sozialstaatsprinzip begegnen wir der offenbar zeitlosen Frage nach dem Verhältnis von Freiheit und Gleichheit, von Autonomie und Bindung, von Individual- und Allgemeininteresse, von Eigen- und Fremdnutz, von Egoismus und Altruismus, von Selbst- und Fremdbestimmung und von Subsidiarität und Solidarität. Diese Begriffspaare und die ihnen innewohnende Spannung spiegeln sich wieder in den zwei wesentlichen Traditionen der abendländischen Theorien über die politische Ordnung. Vereinfacht gesagt geht es um die Frage, ob die Gemeinschaft eine legitimationsbedürftige, wenn auch unvermeidliche Restriktion der Freiheit des Individuums ist (so die Lehren vom Gesellschaftsvertrag) oder ob der Mensch von Natur aus ein Gemeinschaftswesen ist und die Gemeinschaft als solche schon der nicht begründungsbedürftige Zweck des Menschseins ist, wie es sich die sog. Polistheorien vorstellen.

Die Lehren vom *Gesellschaftsvertrag* denken vom Individuum her. Sie gehen aus von einem vorrechtlichen Zustand, in dem die Individuen selbständig nebeneinander leben. Die Spuren der Vertragslehren lassen sich zwar bis in die Antike zurückverfolgen, doch findet das Vertragskonzept erst mit der Entstehung des modernen Staates eine einheitliche individualistische Verwurzelung und naturrechtliche Fundierung.⁸ Die Einzelnen sind danach nicht von Natur aus vergesellschaftet, staatliche Verhältnisse bedürfen daher der Rechtfertigung. Als normative Basis für die Legitimation staatlicher Herrschaft fungiert der Ur- oder Naturzustand, der die Menschen zunächst von allen Elementen staatlicher Ordnung abstrahiert.⁹ In diesem Naturzustand gilt allein das – nunmehr rationalistische, d. h. von seinen religiösen Wurzeln gelöste – Naturrecht. Dieser Kunstgriff soll die Unfähigkeit der Gesellschaft erweisen, die auftretenden zwischenmenschlichen

⁶ Vgl. nur *Stern* Bd. I, S. 878f.; *Zacher*, in: *Handbuch des Staatsrechts* Bd. I, § 25 Rn. 8ff.

⁷ Vgl. *Isensee*, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, S. 3.

⁸ Zur historischen Entwicklung ausführlich *Kersting*, *Vertrag*, S. 901ff.

⁹ Vgl. dazu *Haverkate*, *Verfassungslehre*, S. 48ff.; *Medick*, *Naturzustand und Naturgeschichte*, insbes. S. 30ff.; zu den unterschiedlichen Konzeptionen des Naturzustandes bei Hobbes, Locke und Rousseau *Maluschke*, S. 23ff., 52ff., 69ff.

Konflikte allein im Wege der Selbstregulierung in den Griff zu bekommen und sucht daraus die Notwendigkeit einer über den Individualinteressen stehenden „neutralen“ Instanz zu begründen. Die staatliche Herrschaft wird durch einen Vertrag legitimiert, der eine Ordnung installiert, die Frieden und Sicherheit für alle gewährleisten soll, und danach bestand nach den religiösen Bürgerkriegen und der Abkehr von religiös fundierten Legitimationskonstrukten erhebliche Nachfrage. Durch den Gesellschaftsvertrag entsteht eine souveräne Machtinstanz, die den Konsens zwischen den Individuen rechtsverbindlich festschreibt und Verstöße gegen diesen sanktioniert. Aus dem Naturzustand wird der bürgerliche Zustand, aus dem Menschen der Bürger. Zwar sind sich alle Vertragstheoretiker einig, dass der Naturzustand an einem nicht annehmbaren Defekt leidet. Die Vorstellungen über die Bedingungen des Naturzustandes liegen allerdings ebenso weit auseinander wie die Meinungen über die Gestaltung der politischen Ordnung, die diesem Ungenügen abhelfen soll. Während der Naturzustand bei Hobbes schlicht anarchisch im Sinne eines „Jeder gegen jeden“ ist, ist er bei Locke, Rousseau und Kant jedenfalls bis zur Entfaltung einer bürgerlichen Ökonomie friedlich. In der zeitgenössischen politischen Philosophie ist die Vertragstheorie unter dem Einfluss der „Theory of justice“ von John Rawls zu einer Theorie politischer und sozialer Verteilungsgerechtigkeit fortentwickelt worden.

Der Ausgangspunkt des *Polisdenkens* ist hingegen die Gemeinschaft, insbesondere die Familie und der Staat. In ihr herrscht ein gemeinsamer Sinn für „Gut“ und „Böse“, für „Recht“ und „Unrecht“. Nach Aristoteles ist der Mensch ein politisches Wesen (ζῷον πολιτικόν) – ein Wesen, das sein Leben in der πόλις führt. Die politische Natur des Menschen ist Folge seiner Vernunftnatur. Der Mensch ist ein politisches Lebewesen, weil er vernunft- und sprachbegabt ist. Die Vergemeinschaftung geschieht daher nicht durch eine wie auch immer geartete Übereinkunft, schon gar nicht durch einen Vertrag, der für Willkür, Egoismus und fehlende Konstanz steht. Die Gemeinschaft liegt jedem bewussten Handeln voraus, besteht ohne das eigene Zutun, „von Natur“¹⁰, wie Aristoteles sagt. Der Staat ist etwas Vormenschliches, „weil das Ganze früher sein muß als der Teil“; wer nicht in einer Gemeinschaft lebe, sei entweder ein Tier oder ein Gott.¹¹ In der πόλις verschmelzen individuelles Glück und Gemeinwohl: „Das Glück für den Einzelnen der Menschen und für die Stadt ist dasselbe.“¹² Was für die Gemeinschaft gut ist, ist auch gut für das Individuum. Eine solche Sichtweise enthebt die Gemeinschaft natürlich der Verpflichtung, sich gegenüber dem Individuum zu legitimieren, wie es der Ausgangspunkt des Kontraktualismus ist. Die Gemeinschaft, insbesondere der Staat, ist ja Zweck an sich. Sie kompensiert nicht Unzulänglichkeiten des Menschen im Naturzustand, sondern fungiert als die natürliche Form der Entfal-

¹⁰ Aristoteles, Politik, 1253a; vgl. dazu auch Höffe, Grundaussagen, S. 15f.

¹¹ Aristoteles, Politik, 1253a.

¹² Aristoteles, Nikomachische Ethik, 1094b.

tion des Menschen, und was dem Menschen von Natur mitgegeben ist, muss nicht hinterfragt werden. Schwierigkeiten, oft auch Missverständnisse entstehen dadurch, dass die Freiheit des Individuums, auch wenn sie als Zweck des Staates deklariert wird, Gefahr läuft, dem höheren Zweck des Staates selbst geopfert zu werden.¹³ Ideengeschichtlich wirken Elemente des aristotelischen Polisideals, mehr oder weniger angereichert durch die Ideen von Liberalismus und Aufklärung, bis in die Gegenwart fort. Die Vorstellung des glücklich machenden Staates wird in Deutschland durch das neuzeitliche Naturrecht wiederentdeckt (Pufendorf, Thomasius und Wolff), allerdings mit dem Vertragsgedanken verbunden und zur philosophischen Begründung des absolutistischen Wohlfahrtsstaates umfunktioniert.¹⁴ Erst Hegel bricht mit den Vertragstheorien, weil er Familie und Staat in aristotelischer Tradition als natürliche Gemeinschaften ansieht, die nicht erst noch durch das bürgerlich-rechtliche, von der Willkür der Parteien abhängige Instrument des Vertrages begründet werden müssen. Hegels dialektisches Modell, das Familie und bürgerliche Gesellschaft antithetisch gegenüberstellt und mithilfe des Staates familiäre Steuerungsmechanismen auf der Ebene der bürgerlichen Gesellschaft reaktiviert, ist grundlegend für das Verständnis der sozialen Steuerungsfunktion des Staates.¹⁵ Auch in jüngster Zeit, da allenthalben Klagen über eine zunehmende Individualisierung, Atomisierung und Solidarisierung der Gesellschaft zu vernehmen sind, steht der politische Aristotelismus hoch im Kurs, nunmehr als Argumentationsmuster, das „die Sittlichkeitskosten des Siegeszuges der Subjektivität“ und „das Gefühl des modernisierungsbedingten Sozialitätsverlustes“ in Begriffe fasst.¹⁶

Beide Traditionen der politischen Philosophie steuern wichtige Erkenntnisse über Entstehung, Struktur und normativen Kontext des Sozialstaatsprinzips und der Sozialversicherung bei. Sie beeinflussen und verschränken sich in vielfacher Weise,¹⁷ fragen – heute in Gestalt der Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus¹⁸ – danach, wer und was ein Gemeinwesen zusammenhält, legen die Konflikte offen, mit denen sich der Staat als Sozialstaat seit jeher auseinandersetzen hat und leisten damit einen wichtigen Beitrag dazu, den sozialen Status des Bürgers zu begreifen. In diesem Sinne sieht Lorenz von Stein den Kontraktualismus als Ausdruck eines allmählich erwachenden Freiheitsbewusstseins, verbindet den Freiheitsgedanken mit den Kategorien der Hegel'schen Rechtsphiloso-

¹³ Der Gemeinschaftsgedanke wurde durch seine Pervertierung während des Nationalsozialismus nachhaltig diskreditiert, vgl. nur *Stolleis*, Gemeinwohlformeln, S. 76ff.

¹⁴ Dazu unten III. 1.

¹⁵ Dazu unten V. 3. a) und 2. Teil B. III.

¹⁶ *Kersting*, Die politische Theorie des Gesellschaftsvertrages, S. 2.

¹⁷ Paradigmatisch: Die Verbindung des Polisgedankens mit dem Kontraktualismus im älteren deutschen Naturrecht (Pufendorf, Thomasius, Wolff) unten III. 1.

¹⁸ Vgl. etwa *Honneth*, Philosophische Rundschau 38 (1991), 83ff.; *Kersting*, Die politische Philosophie der Gegenwart, S. 34ff.

phie und führt beide Linien im „sozialen Staat“ zusammen.¹⁹ Auch in der zum Ende des 19. Jahrhunderts geschaffenen Sozialversicherung ist der Vertragsgedanke, hier konkretisiert durch das Versicherungsprinzip, ebenso präsent wie die Idee der (auch) staatlichen Verantwortung für das Lohiale, die im Solidarprinzip und dem darauf fußenden sozialen Ausgleich zum Ausdruck kommt.²⁰ Schließlich sieht auch das Grundgesetz Individuum und Gemeinschaft in einem gleichermaßen eng aufeinander bezogenen Miteinander und spannungsgeladenen Gegeneinander: Das verfassungsrechtliche Menschenbild ist – so das Bundesverfassungsgericht – „nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.“²¹

II. Die Begründung des neuzeitlichen Kontraktualismus durch Thomas Hobbes

1. Die wissenschaftstheoretische Neuorientierung

Das 17. Jahrhundert ist geprägt durch einen alle Bereiche des theoretischen Denkens erfassenden Bruch mit der bisherigen wissenschaftlichen Tradition. Dieser Bruch ist vor allem ein methodischer: Die naturwissenschaftliche Forschung, die Suche nach gesetzmäßigen Vorgängen im Ablauf von Naturerscheinungen, wird zu einer selbständigen wissenschaftlichen Disziplin, die die aristotelische Naturphilosophie endgültig überwindet.

Auch die Philosophie wird zunehmend durch mathematische Methoden beherrscht, die die Sicherheit des Wissens besser zu verbürgen scheinen als metaphysische oder theologische Begründungsmuster. Thomas Hobbes ist der erste, der die Methode des Messens, der mathematisch-geometrischen Demonstration, auch auf die Bereiche der Ethik und der Politik anwendet.²² Aus seiner Sicht hatte die traditionelle politische Philosophie seit Aristoteles versagt, weil sie sich zwar intensiv mit dem *summum bonum* befasst hatte, aber die Antworten auf die Überwindung des *summum malum* schuldig geblieben war.²³ Dieses Versagen hat – so Hobbes – vor allem methodische Ursachen: Wenn die Moralphilosophen ihre Aufgabe mit gleichem Geschick gelöst hätten wie „die Geometer“, so wisse er

¹⁹ Dazu unten V. 3. c).

²⁰ Dazu unten 2. Teil A. II. 3.

²¹ BVerfGE 4, 7 (15f.); vgl. weiter etwa BVerfGE 32, 98 (107f.); 33, 1 (10f.).

²² Vgl. *Hobbes*, Vom Bürger, S. 60, wonach die Philosophie methodisch auf der Geometrie, der Physik und der Moral beruht. Vgl. zur Entwicklung der wissenschaftlich-philosophischen Einheitsmethode im 17. Jahrhundert näher etwa *Maier*, Hobbes, S. 270ff.; *Weiß*, S. 33ff.

²³ *Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, S. 59.

nicht „was der menschliche Fleiß darüber hinaus noch zum Glück der Menschen in diesem Leben beitragen könnte. Denn wenn die Verhältnisse der menschlichen Handlungen mit der gleichen Gewißheit erkannt worden wären, wie es mit den Größenverhältnissen der Figuren geschehen ist, so würden Ehrgeiz und Habgier gefahrlos werden, da ihre Macht sich nur auf die falschen Ansichten der Menge über Recht und Unrecht stützt, und das Menschengeschlecht würde einen beständigen Frieden genießen.“²⁴

2. Der moderne Staat als Bezugspunkt der Vertragslehren

Als im Gefolge der Glaubensspaltung und der Religionskriege im 16. und 17. Jahrhundert die göttlich vorgegebene Ordnung endgültig zerbrochen war und der Westfälische Friede „den Zerfall einer Idee päpstlicher oder kaiserlicher Universalherrschaft und der mittelalterlichen Gemeinschaftsidee einer abendländischen *res publica christiana*“²⁵ besiegelt hatte, musste die vitale Frage, „wie ein auf immanente Selbsterhaltung gegründetes Gemeinwesen beschaffen sein müsste, das aus prinzipiell freien und daher kontingent handelnden Individuen besteht,“²⁶ neu gestellt werden. Vor dem Hintergrund mangelnder Verlässlichkeit sozialer Interaktionen und fehlender staatlicher Ordnung wird individuelle *Sicherheit* zu einem zentralen staats- und völkerrechtlichen Begriff und elementarer Bezugspunkt für die Rechtfertigung des modernen Staates.

Sicherheit hat traditionell einen starken Bezug zu Institutionen: In römischer Zeit stehen *securitas* und *pax* für das Imperium Romanum und die politische Stabilität dieser Ära (*securitas Augusti*). Oft wird die *securitas* mit dem Begriff des Glücks in Verbindung gebracht. Sie ist ein wichtiges Element des glückseligen Lebens, vielleicht sogar die Glückseligkeit selbst: „Quid est beata vita?“, fragt Seneca in einem Brief an Lucilius und antwortet: „Securitas et perpetua tranquillitas.“²⁷ Seit Nero erscheint sie als Frauengestalt auf den meisten Münzen der römischen Kaiser,²⁸ übrigens über den ersten christlichen Kaiser Constantin hinaus. Insbesondere Nero dürfte damit zwar vor allem seine eigene Sicherheit gemeint

²⁴ Hobbes, Vom Bürger, S. 60f.

²⁵ Link, JZ 1998, 1 (6).

²⁶ Makropoulos, Sp. 747.

²⁷ Seneca, 92, 3.; ferner heisst es etwa bei Cicero, Tusculanae disputationes V, 14, 42: „Securitate nunc appello vacuitatem aegritudinis, in qua vita beata posita est“. – In der theologischen Diskussion steht *securitas* hingegen in einem fortwährenden Spannungsverhältnis zur *certitudo* (vgl. Schrimm-Heins, Arch. Begriffsgesch. 34 [1991], 123 [136f.]): Bei Augustin ist die *securitas* die der Gottesfurcht entgegengesetzte negative Haltung der Christen. Luther nennt die *securitas* in unmittelbarem Zusammenhang mit der *malitia* (Bosheit, Hinterlist). „Die Sicherer“ waren für ihn diejenigen, die nicht auf Gott vertrauten. Calvin schließlich scheidet die Glaubensgewissheit (*certitudo*) von der Sicherheit, die er als Unbekümmertheit und Selbstberuhigung im Sinne eines für Christen gefährlichen Seelenzustandes versteht.

²⁸ Instinsky, S. 15ff.

haben.²⁹ Später tritt aber die *securitas populi Romani* neben das Sicherheitsbestreben für die eigene Person. *Securitas* steht damit jedenfalls in der Zeit nach Nero für die Garantenstellung des Kaisers für die Sicherheit im gesamten Imperium Romanum. Als das Imperium Romanum Zerfallserscheinungen offenbart, verliert allerdings auch die *securitas* zunehmend an Bedeutung. Nur in der starren, das Reich überdauernden kirchlichen Liturgie überlebt das Ideal des Frieden und Sicherheit garantierenden Universalreiches bis ins Mittelalter.³⁰

Nachdem die *securitas* ihren klassischen Bezugspunkt, das Imperium Romanum, verloren hatte, hatte sie als politischer Begriff zunächst weitgehend ausgedient. Das lag weniger daran, dass insbesondere die Kirche, die im Mittelalter allmählich zur bestimmenden Zentralmacht aufstieg, den Begriff der Sicherheit nicht nur positiv besetzte. Die obrigkeitliche Aufgabe, objektive Sicherheit herzustellen, stellte auch sie letztlich nicht in Frage und bediente sich dazu auch weltlicher Gewalt. Entscheidend war vielmehr, dass an die Stelle des Imperium Romanum ein kleinräumiges, kompliziertes und oft ineffektives Geflecht von kleinen Schutzgemeinschaften und das oft hemmende Nebeneinander von kirchlicher und weltlicher Zentralmacht trat. Der mittelalterliche Staat – wenn man ihn überhaupt als solchen bezeichnen möchte³¹ – hatte ein Sicherheitsproblem, das mit dem vom modernen Staatsdenken grundsätzlich abweichenden Verhältnis von Schutz und Herrschaft zusammenhängt. Dieser Unterschied beruht auf den feudalistischen Strukturen des Reiches, für die Otto Hintze drei wesentliche Merkmale ausgemacht hat: erstens den Partikularismus, dem eine weltliche hierarchische Ordnung mit durchgehender Befehlsgewalt, die moderne Trennung von Staat und Gesellschaft, zwischen Individual- und Allgemeininteresse sowie öffentlichem und privatem Recht, fremd waren, zweitens das Überwiegen des persönlichen über das anstaltliche Moment bei der Ausübung von Schutz und Herrschaft und drittens die enge Verbindung von Staat und Kirche bei der Ausübung von Herrschaft, die für die Herausbildung eines autonomen, für die Gewährung von Sicherheit allein zuständigen Staates keinen Raum ließ.³²

Die durch den göttlichen Willen legitimierte Herrschaft konnte indes nur so lange bestehen, wie der Anspruch der Kirche, den göttlichen Willen bindend zu interpretieren, außer Streit stand.³³ Die Glaubensspaltung stellte eben diese Autorität in Frage und eröffnete die Möglichkeit, „den alten Dualismus der Kirche und der Staatenwelt juristisch in ein Verhältnis des Staates zu mehreren religiösen Korporationen zu verwandeln.“³⁴ Die politische Desorientierung barg damit bei

²⁹ Instinsky, S. 22.

³⁰ Conze, Sicherheit, S. 833f.

³¹ Vgl. Isensee, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. I, § 13 Rn. 42; Volkmann, JuS 1996, 1058 (1058f.).

³² Hintze, Feudalismus, S. 86ff.

³³ Grimm, Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition, S. 55.

³⁴ Quaritsch, S. 288.

allen Verwerfungen auch eine Chance zur intellektuellen Neuorientierung, denn der Streit um die gerechte Ordnung hatte diese zerstört. Es reifte die Erkenntnis heran, dass Frieden und Sicherheit nicht durch eine Religion, sondern allein durch staatliche, säkularisierte Herrschaft, „die den jeweils interessierten Parteien mit überlegener Entscheidungsmacht gegenübertritt und ihre Entscheidungen auch gegen Widerstrebende durchzusetzen vermag,“³⁵ sichergestellt werden kann.

Paradigmatisch für diesen Neuanfang steht Jean Bodin.³⁶ Er entwirft in seinen „Six livres sur la République“ eine Theorie des Staates, dessen Bestand er durch eine zentrale Gewalt gesichert sieht. Schlüsselbegriff ist die *Souveränität*, die in seinem Gefolge zu einem interkonfessionell akzeptierten Legitimationsprinzip für staatliche Gewalt aufsteigt. Souveränität setzt Konzentration der öffentlichen Gewalt voraus:³⁷ Nur derjenige gilt ihm als souverän, „der nächst von Gott von niemandem abhängig ist.“³⁸ Souveränität bedeutet für Bodin die Befugnis, für die Rechtsunterworfenen notfalls auch ohne deren Zustimmung Recht zu setzen;³⁹ sie wird geradezu „zum Wesen der souveränen Macht und absoluten Gewalt“⁴⁰ erklärt. Souveränität ist „die dem Staat eignende absolute und zeitlich unbegrenzte Gewalt,“⁴¹ denn wer befristet, hätte ja eine höhere Gewalt. Die aus dem Souveränitätsgedanken abgeleitete Befugnis ist damit unabhängig von inneren und äußeren Einflüssen. Nach innen ist sie geschützt gegenüber den widerstreitenden Interessen der innerstaatlichen Mächte, insbesondere den Mitwirkungsansprüchen der Stände, nach außen gegenüber den konkurrierenden Herrschaftsansprüchen des Papstes oder des Kaisers.⁴²

Bodins Staatstheorie ist geprägt vom Trauma Bürgerkrieg und seinem Misstrauen gegenüber dem Menschen. Physische Sicherheit wird daher zunächst zur wesentlichen Legitimation des modernen Staates, denn sie ist jenseits aller Unterschiede und Antagonismen ein gemeinsames Interesse. Bodins Herrschaftskonzept ist allerdings noch geprägt von dem personalisierten „Schutz- und Schirm“-Denken des Mittelalters.⁴³ Die Schirmherrschaft erstreckte sich „auf alle Unterta-

³⁵ Zippelius, Staatslehre, S. 59; vgl. ferner etwa Imboden, S. 14f.

³⁶ Eine wichtige Rolle haben ferner die sog. *politiques*, eine Gruppe meist katholischer Intellektueller in Frankreich, gespielt. Ihre Auseinandersetzung mit dem Bürgerkrieg in Frankreich gilt heute als wichtiges Fundament des modernen Staatsdenkens. Bodin selbst hat ihnen zwar gedanklich nahegestanden, ja dürfte ihre Gedanken sogar wesentlich geprägt haben, wird aber wohl wegen seiner fehlenden Zugehörigkeit zu der sozialen Schicht der *politiques* in ihrem Zusammenhang nur selten erwähnt, vgl. zum Ganzen Schnur, S. 11 ff., 26 ff.

³⁷ Quaritsch, S. 255 ff.

³⁸ Bodin, Buch I, Kap. 9, Bd. I, S. 240.

³⁹ Bodin, Buch I Kap. 8, Bd. I, S. 205 ff.

⁴⁰ Bodin, Buch I Kap. 8, Bd. I, S. 222. Zu der bis ins römische Recht zurückreichenden Tradition der *potestas condendi leges* vgl. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts Bd. I, S. 174.

⁴¹ Bodin, Buch I, 8. Kap., Bd. I, S. 205.

⁴² Zu dieser „Einheit, Einzigkeit und Einseitigkeit der Staatsgewalt“ Quaritsch, S. 266 ff.

⁴³ Conze, S. 840.

nen, die einem Fürsten oder einer souveränen Herrschaft unterstehen.“ Der Fürst habe die Pflicht, „mit Mitteln der Waffengewalt und der Gesetzgebung die Sicherheit von Leib und Leben, Eigentum und Familie seiner Untertanen zu gewährleisten;“ umgekehrt schulde „der Untertan seinem Fürsten Treue, Ergebenheit, Gehorsam, Unterstützung und Hilfe.“⁴⁴ Sein entschiedenes Eintreten für eine Monarchie offenbart, dass er sich Herrschaft nur *personalisiert* vorstellen kann: Niemand als nur ein Einzelner könne nämlich im Staat souverän sein. Er ordnet die Souveränität nicht dem Staat selbst, sondern einem seiner Organe, diesem freilich ausschließlich zu. Konsequenz dieses Ausschließlichkeitsanspruchs ist es, den Souverän von den Bindungen des positiven Rechts und damit insbesondere auch von den Anordnungen seiner Vorgänger freizustellen, denn diese Bindung würde die Souveränität gefährden.⁴⁵

Erst Thomas Hobbes entwickelt aus dem Gedanken der Souveränität und der über den Einzel- und Machtinteressen der Individuen stehenden übergeordneten Instanz das Konzept eines transpersonalen Herrschaftsverbandes, der durch einen vertraglichen Zusammenschluss entsteht und unabhängig von den ihn jeweils Verkörpernden ist. Sein düsteres Bild einer wölfischen Gesellschaft, in der jeder potentiell über jeden herfallen kann, drängt die Konstruktion einer jenseits des Zugriffsbereichs der Wölfe liegenden Ebene förmlich auf. Der moderne Staat steigt in der Folgezeit zum weltweit anerkannten Modell politischer Herrschaft aus, das erst in den letzten Jahren im Zuge der Globalisierung und Europäisierung der Rechtsordnung wieder hinterfragt wird.⁴⁶ Der moderne Staat strebt nach „geschlossener Flächenhaftigkeit“⁴⁷ und erhebt den Anspruch, in dem von ihm beherrschten Raum ausschließlicher Träger der – allein weltlich begründeten – Staatsgewalt zu sein.⁴⁸ Im modernen Staat wird „politische Gewalt institutionell verstetigt, territorial monopolisiert und [...] unabhängig von anderen gesellschaftlichen Sphären.“⁴⁹ Mit ihm verbindet sich die Hoffnung, den verloren ge-

⁴⁴ *Bodin*, Buch I, 7. Kap., Bd. II, S. 187.

⁴⁵ Der Souverän sei an das positive Recht nicht gebunden, denn „ein Gesetz hängt vom Willen dessen ab, der die Souveränität innehat und damit zwar alle seine Untertanen, aber nicht sich selbst binden kann.“ (*Bodin*, Buch I, 8. Kap., Bd. I, S. 214, 216, 224). *Bodin* bejaht aber – trotz des weltlichen Fundaments seiner Souveränitätslehre – eine Bindung an das göttliche Recht (Buch I, Kap. 8; Bd. I, S. 235 und öfter; vgl. ferner *Heller*, Souveränität, S. 16; *Quaritsch*, S. 383ff.; *Schulze*, Staat und Nation, S. 66f.).

⁴⁶ Dazu unten 3. Teil D. II. 1. a) sowie 5. Teil. A.

⁴⁷ *Mitteis/Lieberich*, S. 236.

⁴⁸ *Dietlein*, Schutzpflichten, S. 21f.; *Schrimm-Heins*, Arch.Begriffsgesch. 35 (1992), 115 (204). – Die Gegenüberstellung von modernem Staat und Staat des Mittelalters ist vor allem im 19. Jahrhundert in Deutschland kontrovers diskutiert worden. Es heißt, dass sich der Staat der Neuzeit von dem des Mittelalters nur graduell unterscheide und der auf dem antiken Begriff des Imperiums fußende Gedanke immer vorhanden gewesen sei (vgl. grundlegend zu dieser Debatte *Brunner*, Land und Herrschaft, S. 146ff., der ihren Gegenstand als Scheinproblem ansieht und die Leidenschaftlichkeit des Streites mit der „glücklosen Staatsgeschichte der Deutschen“ erklärt).

⁴⁹ *Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, S. 20.

gangenen gesellschaftlichen Zusammenhalt durch Einheit und Einzigkeit zurückzugewinnen.⁵⁰ Mit der Einheit des Staates verbindet sich seine Fähigkeit, als „Entscheidungseinheit“⁵¹ Entscheidungen auch gegenüber widerstrebenden Interessen durchzusetzen und als „Friedenseinheit“⁵² den inneren Zusammenhalt des Gemeinwesens zu befördern.⁵³ Sein wichtigstes Instrument, das ihn von allen anderen sozialen Gebilden unterscheidet, ist sein Gewaltmonopol, dem das Gewaltverbot für Private korrespondiert.⁵⁴ Der Verzicht auf private Gewalt gilt unter der – vertraglich fixierten – Bedingung, dass der Staat seiner zentralen, geradezu zeitlosen Aufgabe nachkommt: der Gewährleistung des Daseins in Frieden und Sicherheit nach außen und nach innen. Diese Fähigkeit ist Grund und Rechtfertigung dafür, dass sich die Menschen ihm unterwerfen. Das Gewaltmonopol bildet im Wandel der Staatsaufgaben die prägende, allerdings mittlerweile rechtsstaatlich und demokratisch gebändigte Konstante:⁵⁵ Immer wenn eine Aufgabe seit Thomas Hobbes als allein staatliche anerkannt wird, so deshalb, weil sie nur kraft des Gewaltmonopols erfüllbar ist.

Begriffsgeschichtlich lässt sich daher die Staatsaufgabe Sicherheit, auch und vor allem unter dem Gesichtspunkt der sozialen Sicherheit, bis in die Gegenwart verfolgen.⁵⁶ So bedarf auch der Sozialstaat des Gewaltmonopols, um die erstrebte Umverteilung auch gegenüber denjenigen durchzusetzen, die nicht von ihr profitieren. Das Gewaltmonopol ist das Mittel, das es dem Staat als Sozialstaat ermöglicht, das Ziel solidarischer Umverteilung zu erreichen; deshalb sind etwa Solidarprinzip und Versicherungszwang als Ziel und Mittel untrennbar miteinander verbunden.⁵⁷ Allerdings darf – das wird der weitere Verlauf der Untersuchung zeigen⁵⁸ – die begriffsgeschichtliche Kontinuität nicht darüber hinwegtäuschen, dass die verschiedenen Aspekte der Sicherheit nicht nur verfassungs- und ideengeschichtlich, sondern auch grundrechtsdogmatisch sehr unterschiedlichen Schichten angehören, deren Scheidung für die Frage, welche Bedeutung das europäische Gemeinschaftsrecht für den sozialen Status des Unionsbürgers hat, von zentraler Bedeutung ist.⁵⁹

⁵⁰ Quaritsch, S. 266ff.

⁵¹ Böckenförde, Sittlicher Staat, S. 13f.

⁵² Böckenförde, Sittlicher Staat, S. 12f.

⁵³ Dazu jetzt ausführlich und weiterführend Möllers, S. 228ff.

⁵⁴ Isensee, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. I, § 13 Rn. 74; kritisch zu der Aussage, dass der moderne Staat das Ergebnis der Errichtung des Gewaltmonopols ist, Möllers, S. 214ff.

⁵⁵ Hermes, Infrastrukturverantwortung, S. 154.

⁵⁶ Dazu Conze, Sicherheit, S. 831ff., insbes. S. 856ff.; vgl. auch Gussy, DÖV 1996, 573ff.

⁵⁷ 2. Teil C. II. 3. b).

⁵⁸ Vgl. dazu insbes. unten V. 1. sowie C.I. 3. b).

⁵⁹ Vgl. dazu vor allem 3. Teil D. II. 2. c) cc) (1).

3. Die vertragliche Begründung staatlicher Herrschaft bei Thomas Hobbes

a) Homo homini lupus

Die politische Philosophie von Thomas Hobbes ist geprägt durch die Wirren des englischen Bürgerkriegs und den Versuch, das Chaos entfesselter menschlicher Leidenschaften durch einen starken, von der Gesellschaft separierten und ihrem Einfluss weitgehend enthobenen Staat zu bändigen, der privaten Gesinnungen ihre politischen Auswirkungen so weit wie möglich nehmen soll.⁶⁰

Ausgangspunkt ist der Naturzustand des Menschen (*status naturalis*), den Hobbes aus einer Kombination traditioneller anthropologischer Ideen und empirischer Beobachtungen entwickelt.⁶¹ Der *status naturalis* ist kein historisches Faktum,⁶² sondern eine gedankliche Konstruktion *more geometrico*, die die staatliche Kontrollinstanz aus der normalen Erfahrungswelt wegdenkt, die sich jedoch immerhin durch Erfahrung bestätigen lässt. Diese Methode wird gemeinhin als *resolutiv-kompositiv* bezeichnet.⁶³ Zunächst wird in einem Gedankenargument die *Civitas* als in viele menschliche Einzelwesen aufgelöst gedacht (*Resolutio*). Es folgt eine genaue Analyse der Beschaffenheit der Teile des Ganzen, des Naturzustandes, denn „aus den Elementen, aus denen eine Sache sich bildet, wird sie auch am besten erkannt.“⁶⁴ Über das Theorem des Sozialvertrages werden die Menschen dann im Staat zusammengeführt (*Compositio*). So kann aus der Natur des ungeselligen, feindseligen Menschen der staatliche Zusammenschluss und die Grundverfassung des Staates begründet werden. Das kontraktualistische Argument, das diesen Vorgang leitet, gilt heute als „die am weitesten reichende und wirkungsgeschichtlich erfolgreichste begründungstheoretische Innovation“⁶⁵ von Thomas Hobbes.

Beseelt von einem „anthropologischen Misstrauen“⁶⁶ ist Hobbes davon überzeugt, dass die Menschen im Naturzustand zum Zwecke der Selbsterhaltung nach dem Alleinbesitz der Güter streben und daher in einen existenzgefährdenden Konflikt geraten: *homo homini lupus!* Während die Raubgier bei Wölfen, Bären und Schlangen nicht länger dauere als ihr Hunger, mache den Menschen sogar der zukünftige Hunger hungrig.⁶⁷ Bei den meisten Tieren sei das allgemeine Gut auch

⁶⁰ Koselleck, Kritik und Krise, S. 23.

⁶¹ Vgl. Höffe, Zur vertragstheoretischen Begründung politischer Gerechtigkeit, S. 198ff.; Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, S. 64ff.; Maluschke, S. 25; Staff, S. 83. Wieacker, S. 303, bezeichnet ihn als „ersten Vollender der Rationalisierung und Säkularisierung der europäischen Gesellschaftstheorie.“

⁶² MacPherson, S. 19ff.

⁶³ Vgl. etwa Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, S. 59ff.; Maluschke, S. 18ff.; vgl. auch die methodischen Hinweise von Hobbes selbst in: Vom Bürger, S. 67f.

⁶⁴ Hobbes, Vom Bürger, S. 67

⁶⁵ Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, S. 59.

⁶⁶ Isensee, JZ 1999, 265 (271).

⁶⁷ Hobbes, Vom Bürger, S. 17.

das Gut eines jeden Einzelnen; der Mensch hingegen kenne bei allem, was er besitze, keine größere Freude, als dass andere nicht so viel haben.⁶⁸ Die Bedürfnisse des Einzelnen sind im Naturzustand unbegrenzt und führen zu einem fortwährenden Wettlauf und Konkurrenzkampf um die knappen Güter. Hobbes formuliert damit ein elementares Problem auch des Sozialstaates: die Knappheit.⁶⁹

Die permanente Lebensgefahr kann – so Hobbes – nur überwunden werden, wenn es der jeweils subjektiven Vernunft des Einzelnen gelinge, ein Gut zu entdecken, das allen gemeinsam nutzt und nur von allen gemeinsam genossen werden kann. Ein solches Gut gibt es: den Frieden. Hobbes bejaht zwar die Existenz und moralische Verbindlichkeit göttlicher Gesetze, meint aber, dass der Mensch ohne zusätzlichen Zwang den natürlichen Gesetzen nicht zu folgen bereit sei. Die Rolle des Staates folgt so aus dem Unvermögen des Menschen, einen Ausgleich unter den vielschichtigen Interessen in der Gesellschaft sozusagen im Wege der Selbstregulierung selbst zu finden. Man kann dies in die modernen Termini von privatem und öffentlichem Interesse übersetzen: Da diese anders als in der Tierwelt bei den Menschen nicht identisch sind, bedarf es einer apersonalen Instanz, die einen vernünftigen Ausgleich zwischen beiden herstellt. Während bei den Tieren die Eintracht ein Werk der Natur sei, sei sie – so Hobbes – unter den Menschen ein Werk der Kunst und der Verträge: „Was wunder also, wenn bei diesen für die beständige Dauer der Eintracht außer den Verträgen noch etwas mehr erforderlich ist, nämlich eine allgemeine Macht, die jeder Einzelne fürchtet und nach deren Anordnungen er bei seinen Handlungen das allgemeine Beste vor Augen haben muß.“⁷⁰

Hobbes' politische Philosophie ist ein deutlicher Bruch mit dem politischen Aristotelismus. Zwar kann sich auch Hobbes menschliches Zusammenleben ohne den Staat nicht vorstellen. Doch hat er ein anderes Bild vom Menschen und deshalb auch vom Staat: Dem in die Gemeinschaft eingebundenen Menschen stellt er den asozialen, bindungslosen Egoisten gegenüber, statt einer Theorie des guten Lebens bietet er eine Theorie der Selbsterhaltung.⁷¹ Schon Aristoteles wusste zwar, dass der Staat „um des Lebens willen entstanden ist und um des vollkommenen Lebens willen besteht.“⁷² Doch begründet er die Existenz des Staates aus der Gemeinschaftlichkeit des Sinnes „für Gut und Böse, für Gerech und Ungerecht und was dem ähnlich ist.“⁷³ Seine πόλις ist die natürliche Form der Gemein-

⁶⁸ *Hobbes*, *Leviathan*, Teil II, Kap. 17.

⁶⁹ Dazu näher unten 2. Teil B. II.

⁷⁰ *Hobbes*, *Leviathan*, Teil II, Kap. 17. *Hobbes* wird in seinem Misstrauen gegenüber dem Menschen durch die moderne Anthropologie gestützt (vgl. etwa *Eibl-Eibesfeldt*, S. 516ff.). Während das Tier allein durch seinen Instinkt determiniert ist, ist der Mensch ein Mängelwesen mit einer biologischen Disposition zu aggressivem Verhalten und der Staat damit gleichsam seine „Instinktprothese“ (*Eisermann*, *Der Staat* 15 [1976], 153 [164]).

⁷¹ *Kersting*, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, S. 10f.

⁷² *Aristoteles*, *Politik*, 1252b.

⁷³ *Aristoteles*, *Politik*, 1253a.

schaft, in die jeder Mensch hineinwächst. Bei Hobbes entfällt die Natur hingegen als Erklärungsgrund menschlicher Vergemeinschaftung.⁷⁴ Der Mensch ist kein ζῷον πολιτικόν mehr. Hobbes glaubt nicht an die natürliche Soziabilität des Menschen. Er versteht den Staat daher kompensatorisch, weil er bezweifelt, dass die Menschen von sich aus eine politische Ethik entwickeln, wie sie Aristoteles voraussetzt. Der Mensch, so wie ihn Hobbes wahrnimmt, hat den Staat geschaffen, um sich vor seinesgleichen zu schützen, davor, dass er seine Macht und Interessen zum Nachteil seiner Mitmenschen ausnutzt: „Alles, was die natürlichen Gesetze fordern, wie z.B. Gerechtigkeit und Billigkeit und kurz, andern das zu tun, was wir wünschen, daß es uns von anderen geschehe, ist, wenn die Furcht vor einer Zwangsmacht wegfällt, den natürlichen Leidenschaften, Zorn und Stolz und den Begierden aller Art, gänzlich zuwider.“⁷⁵ Sein Naturzustand ist der Ausnahmezustand, und es ist die Aufgabe des Staates, dessen unerträgliche Folgen abzufedern. Das ist geradezu „die Umkehrung des antiken Politikbegriffs“:⁷⁶ Der Mensch braucht den Staat nicht allein deshalb, weil er ein Gemeinschaftswesen ist; er dient nicht – im aristotelischen Sinne – der Entfaltung des Menschen, sondern der „Begrenzung der chaotischen Fülle von Möglichkeiten im Naturzustand.“⁷⁷

Die Verbindung zum Einzelnen entsteht durch den Gesellschaftsvertrag, in dem sich alle Beteiligten darauf einigen, sich dem Willen des Herrschers zu unterwerfen. Die Bereitschaft, diesen Vertrag abzuschließen, beruht auf der Einsicht, dass nur er die Probleme des Naturzustandes lösen kann und damit zu einer Besserstellung jedes Einzelnen führen wird.⁷⁸ Der Vertrag beruht also auf der Idee der Gegenseitigkeit, die auch das Versicherungsprinzip in der Sozialversicherung leitet: der Zusammenschluss resultiert aus der Wahrnehmung eines bestimmten Übels (das für den Naturzustand steht), das nur im Kollektiv beherrschbar und berechenbar ist und daher jeden Vertragspartner motiviert, auf einen Ausschnitt aus seiner Dispositionsfreiheit zu verzichten.⁷⁹ Im Vertrag wiederholt sich die atomistische Konfliktstruktur des Naturzustandes: Weil jeder mit jedem im Kriegszustand lebt, muss jeder auch Vertragspartei sein.⁸⁰ Auf diese Weise werden „alle einzelnen eine Person und heißen Staat oder Gemeinwesen. So entsteht der große Leviathan oder, wenn man lieber will, der sterbliche Gott, dem wir unter dem ewigen Gotte allein Frieden und Schutz zu verdanken haben. Dieses von allen und jedem übertragene Recht bringt eine so große Macht und Gewalt hervor, daß durch sie die Gemüter aller zum Frieden unter sich gern geneigt gemacht und zur Verbündung gegen auswärtige Feinde leicht bewegt werden. Dies macht das

⁷⁴ Riedel, *Metaphysik und Metapolitik*, S. 301.

⁷⁵ Hobbes, *Leviathan*, Teil II, Kap. 17.

⁷⁶ Nonnenmacher, S. 63 ff.

⁷⁷ Nonnenmacher, S. 66.

⁷⁸ Engländer, *Jura* 2002, 381 (382).

⁷⁹ Vgl. unten 2. Teil A. III. 1.

⁸⁰ Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, S. 82.

Wesen eines Staates aus, dessen Definition folgende ist: Staat ist eine Person, deren Handlungen eine große Menge Menschen, kraft der gegenseitigen Verträge eines jeden mit einem jeden, als ihre eigenen ansehen, damit dieselbe nach ihrem Gutdünken die Macht aller zum Frieden und zur gemeinschaftlichen Verteidigung anwende.“⁸¹ Da der Souverän selbst Partner des Vertrages ist, begründet dieser nur Rechte und Pflichten der Individuen untereinander. Über das öffentliche Staatsinteresse entscheidet der Souverän, nicht aber das Gewissen des Einzelnen: *Auctoritas, non veritas facit legem!*⁸² Der Vertrag ermöglicht durch den wechselseitig versprochenen Souveränitätsverzicht aller Vertragspartner eine klare Trennung von gesellschaftlicher und staatlicher Sphäre:⁸³ Sicherheit wird beim Staat monopolisiert und die gesellschaftliche Fähigkeit, für Sicherheit zu sorgen, vollkommen negiert.

Immerhin erwartet selbst Hobbes vom Staat nicht die Wunderdinge, die einst mit der Kirche verbunden waren: Der Staat kann nicht bekehren, den Menschen nicht gut und edel machen; er muss sich darauf beschränken, den Menschen durch Androhung von Sanktionen zu veranlassen, sein Handeln so zu beschränken, dass ein auskömmliches Miteinander entstehen kann. Der Leviathan kann die Gesellschaft im Naturzustand damit nicht inhaltlich konstituieren, sondern höchstens konditionieren, indem er dem Einzelnen die Möglichkeit eröffnet, aus dem Wettlauf der Bedürfnisse auszusteigen, ohne damit seine Existenz zu gefährden.⁸⁴ Der Befund ist ebenso bedrückend wie zutreffend: Der Staat neutralisiert die Gegensätze, die der Mensch nicht in freiwilliger Selbstverpflichtung aus der Welt zu schaffen mag, und zwar deshalb, weil er fürchtet, daß sich seine Mitmenschen nicht von selbst an ihre sittlichen Pflichten halten.⁸⁵

b) Die Nachwirkungen von Hobbes' politischer Philosophie

Thomas Hobbes zeichnet das düstere Bild eines Bürgers, dem im Bürgerkrieg seine sozialen, politischen und religiösen Bindungen abhanden gekommen sind. Sein ganzes System ist aber so angelegt, dass das Ergebnis, der moderne Staat, in den Prämissen des Bürgerkriegs bereits enthalten ist.⁸⁶ Der Mensch ist hin- und hergerissen zwischen Friedenssehnsucht und Machtbegierde und kann diesem

⁸¹ *Hobbes, Leviathan, Teil II Kap. 17.*

⁸² *Hobbes, Leviathan, Teil II Kap. 26.*

⁸³ Jedenfalls der Sache nach; die begriffliche Unterscheidung Gesellschaft-Staat entwickelte sich erst im 19. Jahrhundert; vgl. unten V. 3. a).

⁸⁴ Vgl. *Nonnenmacher, S. 271.*

⁸⁵ Vgl. auch *Böckenförde, Sittlicher Staat, S. 12f. Fn. 7:* „Das Kennzeichen und die enorme politische Leistung des Staates als *politischer Einheit* ist es, daß es ihm gelingt, alle Auseinandersetzungen und Konflikte zwischen Menschen und Menschengruppen *unterhalb* der Eskalation zu einem äußeren Gegensatz, d.h. dem Freund-Feind-Verhältnis festzuhalten und sich damit als Friedenseinheit darzustellen.“

⁸⁶ *Koselleck, Kritik und Krise, S. 18f.*

Teufelskreis nur dadurch entrinnen, dass er einer übergeordneten Instanz die Beurteilung von Gut und Böse, Frieden und Krieg überlässt.

Die von Hobbes vorgedachte Substitution „der personalen Treuebeziehung des Feudalismus durch die Unterworfenheit unter einen absoluten Staat mit eigener Rechtspersönlichkeit“ führte vom Mittelalter in die Neuzeit.⁸⁷ Die Position des Einzelnen im Verhältnis zum Gemeinwesen änderte sich zwar zunächst kaum: Er blieb als Untertan gehorsamspflichtig, und wer Untertan und damit Mitglied des Staatsverbandes war, wurde weiterhin aufgrund territorialer Kriterien (Aufenthaltsort, Wohnsitz) bestimmt. Neu war aber die Legitimationsbasis: Die Entscheidungsträger befahlen „nicht mehr aus eigenem Recht, sondern als Repräsentanten des Gemeinwesens.“⁸⁸ Es bedurfte allerdings noch der Anreicherung durch emanzipatorische, demokratische und nationale Elemente, bis der Mitgliedsstatus Gestalt annahm, der heute weltweit vorherrscht: die Mitgliedschaft im Nationalstaat, „die sich Angehörigkeitsbeziehungen zu anderen Verbänden nachordnet und andersartige Angehörigkeiten in die Gleichförmigkeit der Staatsangehörigkeit umbildet.“⁸⁹ Die im Nationalstaat verwirklichte Staatsangehörigkeit löste das mitgliedschaftliche Verhältnis des Einzelnen zum Staat endgültig von der Vermittlung durch intermediäre Gewalten und vollendete damit „die Transponierung eines Gehorsamsverhältnisses in ein formalisiertes und entpersonalisiertes gesetzspflichtiges Loyalitätsverhältnis.“⁹⁰ Aus der Zuweisung zu einer Rechtsordnung mitsamt der darin enthaltenen Rechte und Pflichten zieht sie ihre Einzigartigkeit im Koordinatensystem der Angehörigkeitsbeziehungen.⁹¹ Sie und nicht mehr ein personenrechtliches Gegenseitigkeitsverhältnis prägt die Rechtsstellung des Einzelnen. Anders als alle andere Verbandszugehörigkeiten ist die Staatsangehörigkeit einzigartig und prioritär und kann als solche auch geltend gemacht werden.⁹² Gerade wegen ihrer überragenden Bedeutung für die Grundrechte schützt Art. 16 Abs. 1 GG daher die Staatsangehörigkeit vor Entziehung und Verlust und gewährt bereits Art. 15 AEMR einen Anspruch auf Staatsangehörigkeit. Erst im beginnenden 21. Jahrhundert mit seiner Tendenz zu einer offenen Staatlichkeit wird die Staatsangehörigkeit durch supranationale Zugehörigkeiten ergänzt, die allerdings, wie die Unionsbürgerschaft (Art. 17 EGV), weiterhin an die durch die Nationalstaaten vermittelte Staatsangehörigkeit gekoppelt bleiben. Entstanden ist ein System gestufter Zugehörigkeiten, das neue und unge löste Fragen im Hinblick auf die dem Staat klassischerweise zugewiesene Gesamtzuständigkeit für das Gemeinwohl aufwirft und die daher auch für das Verhältnis

⁸⁷ *Wiessner*, S. 102f.

⁸⁸ *Wiessner*, S. 103.

⁸⁹ *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, S. 215.

⁹⁰ *Wobbe*, StW&StP 1997, 205 (218).

⁹¹ *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, S. 216.

⁹² *Wobbe*, StW&StP 1997, 205 (212).

von nationalstaatlich vermittelter sozialer Sicherheit und supranationaler Wirtschaftsfreiheit von größtem Interesse sind.⁹³

Doch zunächst zurück zu Thomas Hobbes. Sein Konzept des starken und absoluten Staates, das Europa im 17. und 18. Jahrhundert beherrschte, vermochte zwar die multiplen Zugehörigkeiten zu bündeln und ständische und lokale Verhältnisse abzulösen. Der Verzicht auf jegliche Rückkoppelung mit der Gesellschaft und die völlige Freistellung der Staatsgewalt von Rechtsbindungen hat ihm allerdings auch den Ruf eines Apologeten des Absolutismus eingebracht. Der Freiheitsraum der Bürger steht unter dem permanenten Vorbehalt sicherheitsmotivierter Interventionen des Leviathan, der zudem die Definitionsmacht im Hinblick auf die Sicherheit besitzt. Hobbes erkennt das Problem durchaus, sieht in ihm aber das geringere Übel im Vergleich zum Elend und Schrecken des Bürgerkrieges.⁹⁴ Gleichwohl lässt sich seine politische Philosophie nicht einfach als autoritär bezeichnen.⁹⁵ Denn Hobbes baut die Legitimation des Staates allein auf den Interessen der Individuen auf, sieht im Staat keinen Selbstzweck, sondern eine über den Gesellschaftsvertrag zu begründende Ordnungsmacht. Der Topos des vorstaatlichen Naturzustandes gilt heute als wesentliches Begründungselement für das Rechtsstaatsprinzip und die dem Staat vorausliegenden, unveräußerlichen Menschenrechte.⁹⁶ Indem die durch die Säkularisierung entstandene Legitimationslücke durch einen Gesellschaftsvertrag geschlossen wird, wendet sich die politische Philosophie zum Individualismus, der dem integrierten Gemeinschaftsmenschen ein souveränes, atomistisches Individuum gegenüberstellt, vor dem sich politische Herrschaft rechtfertigen muss. Diese „gesellschafts- und rechtfertigungstheoretische Inversion“⁹⁷ prägt fortan die politische Philosophie; sie bildet auch in Deutschland bis zu Kant den kategorialen Rahmen, in dem über Herrschaft, Recht und Staat diskutiert wird.⁹⁸

Allerdings desavouiert Hobbes diesen liberalen Ansatz durch eine autoritäre Staatskonstruktion, die letztlich den Staat darüber bestimmen lässt, welchen Schutzes der Einzelne bedarf. In den heutigen Kategorien der Grundrechtsdogmatik: Er reduziert das Prinzip Freiheit auf eine Schutzpflicht des Staates für Le-

⁹³ Dazu und zu den Konsequenzen für den Status als europäischer Bürger noch unten 3. Teil D. II. 2.

⁹⁴ *Hobbes, Leviathan*, Teil II Kap. 18.

⁹⁵ Vgl. etwa *Maluschke*, S. 45 ff.; *Nonnenmacher*, S. 49; kritisch gegenüber einer liberalen Hobbes-Interpretation demgegenüber etwa *Bielefeldt*, S. 41 ff.; ausführlich zu dieser Debatte jüngst *Waas*, ARSP 88 (2002), 150 ff.

⁹⁶ *Willms*, Thomas Hobbes, S. 146.

⁹⁷ *Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, S. 11.

⁹⁸ Die gerade in Deutschland intensive Rezeption (vgl. dazu etwa *Hofmann*, Bemerkungen zur Hobbes-Interpretation, S. 58 ff.; *Kuriki*, AöR 99 [1974], 556 [565 ff.]; *Link*, Herrschaftsordnung, S. 36 ff.; *Willms*, Der Weg des Leviathan, 1979) offenbart – vor dem Hintergrund der zunehmenden sozialen, ökonomischen und ökologischen Verteilungskämpfe – die ungebrochene Anziehungskraft, die von Hobbes ausgeht.

ben und Eigentum, die so weit geht, dass für den Gedanken, dass Freiheitsrechte auch Abwehransprüche gegenüber staatlicher Ingerenz beinhalten können, praktisch kaum mehr etwas übrig bleibt. Damit spielt er die Gewährleistung von Sicherheit, die bis heute als wesentliche staatstheoretische Begründung für staatliche Schutzpflichten fungiert,⁹⁹ gegen den Abwehranspruch aus. Diese Ambivalenz – Kersting nennt sie „kontraktualistischen Etatismus“¹⁰⁰ – befördert Hobbes zum Kronzeugen für ganz unterschiedliche Strömungen in der ihm nachfolgenden politischen Philosophie.

Nachdem theologisch-institutionelle Rechtfertigungen von Staat und Herrschaft nicht mehr opportun sind, wird im älteren deutschen Naturrecht zunächst die Beförderung der gemeinen Wohlfahrt zum herrschaftslegitimierenden Kerngedanken.¹⁰¹ Theoretische Grundlage ist zwar in Anlehnung an Hobbes der Vertragsgedanke, der allerdings durch die Betonung des etatistischen Moments bei Hobbes eine Verbindung mit der klassischen Polisphilosophie eingehen kann. Das hat zur Folge, dass die traditionelle Ausrichtung der Vertragslehre auf das Wohl des Einzelnen durch ein gemeinschaftsbezogenes Denken „verwässert“ wird, das den Staat als zwingende Voraussetzung für die Vervollkommnung des Menschen ansieht. Die Gemeinschaftsbezogenheit des Menschen und das aristotelische Ideal der Glückseligkeit werden zum philosophischen Bezugspunkt des absolutistischen Wohlfahrtsstaates, der die Einbindung des Einzelnen in die Gemeinschaft jedenfalls nicht primär um der Selbstbestimmung und -entfaltung des Einzelnen, sondern um der Festigung des Staates willen postuliert. Der an sich originär rechtsstaatliche Schutzpflichtgedanke verselbständigt sich zum Glauben an die Allmacht des Staates. In dieser Epoche wird die starke deutsche Tradition der sozialen Reform von oben begründet, die auch über die Aufklärung hinaus bis zu Bismarck fortwirkt.

Dem steht eine zweite, zur wohlfahrtsstaatlichen zunächst gegenläufige Richtung der politischen Philosophie gegenüber, die das in der Konstruktion des Gesellschaftsvertrages zum Ausdruck kommende liberale Moment bei Hobbes weiterentwickelt. Methodisch geschieht dies durch ein gewandeltes Verständnis vom Naturzustand, der nicht mehr nur als zu überwindendes Stadium angesehen wird, sondern bewahrensvalue Elemente enthält, die auch nach dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages nicht verloren gehen. Hier wächst die Idee einer dem Staat in unveräußerlicher Form vorausliegenden Freiheit heran, die in Deutschland vor allem von Immanuel Kant hochgehalten wird, allerdings in Konflikt mit der von oben verordneten Wohlfahrt und Glückseligkeit gerät.¹⁰² Erst seit dem

⁹⁹ Vgl. etwa Dietlein, S. 21f.; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 3ff.

¹⁰⁰ Kersting, Die politische Theorie des Gesellschaftsvertrages, S. 59.

¹⁰¹ Dazu III.; vgl. Krüger, Staatslehre, S. 33: „In der säkularisierten Welt tritt letztlich der Wohlfahrtsstaat an die Stelle Gottes.“

¹⁰² Vgl. unten IV.

Ende des 19. Jahrhunderts gelingt es allmählich, die beiden Linien unter dem Leitgedanken „Freiheit durch soziale Sicherheit“ zusammenzuführen.¹⁰³

III. Der Einfluss des Polsideals auf das Vertragsdenken im älteren deutschen Naturrecht

Methodisch erfolgt die Verbindung von Vertrags- und Polisdanken im älteren deutschen Naturrecht durch die Revision der strengen antiaristotelischen Prämissen des Hobbes'schen Naturzustandes. Der Naturzustand ist nicht mehr geprägt durch einen atomistischen Individualismus, sondern nimmt den Charakter eines geselligen Zustandes an, der freilich durch den vertraglichen Zusammenschluss noch zu festigen und qualitativ zu steigern ist.¹⁰⁴ Dadurch wandelt sich auch der Inhalt des Vertrages: individuelle Sicherheit (Hobbes) oder Freiheit (Locke) treten zugunsten der gemeinen Wohlfahrt zurück. Schlüsselbegriff ist dabei neben der Sicherheit zunehmend die Glückseligkeit und damit ein Richtwert, der seit der Antike immer wieder bei der Zweckbestimmung sozialer und politischer Ordnungen auftaucht.¹⁰⁵ Aristoteles sieht Glück als höchstes menschliches Gut, nach dem der Einzelne um seiner selbst und nicht um eines anderen, darüber hinaus weisenden Zieles willen strebt.¹⁰⁶ Doch gehört das, was im Glück erstrebt wird, nicht dem isolierten Fürsichsein des Einzelnen und seiner verschlossenen Individualität an. Sein Glück könne der Mensch vielmehr erst in der πόλις finden, hier verwirklicht sich seine Natur.¹⁰⁷ Diese klassizistische Vorstellung vom Menschen als Gemeinschaftswesen und vom glücklich machenden Staat wird zum zentralen philosophischen Bezugspunkt der Staatszwecklehre, die das „gemeinschaftliche Beste“ zum Maßstab für alles staatliche Handeln macht. So verwundert es nicht, dass sich im deutschen Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts, in seiner Verbindung von Vertrags- und Polisdanken, wichtige Elemente einer staatlichen Verantwortung für das Soziale herausbilden.

1. Die Philosophie des wohlfahrtsstaatlichen Absolutismus

Einen wesentlichen Anteil an der Entwicklung der durch den Gedanken der Geselligkeit angereicherten Vertragstheorie hat Samuel von Pufendorf. Dem pessimistischen „homo homini lupus“ von Thomas Hobbes setzt der mitten im 30-jährigen Krieg geborene Pufendorf in aristotelischer Tradition die grundsätzlich

¹⁰³ Dazu V.

¹⁰⁴ Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, S. 228ff.

¹⁰⁵ Dazu etwa Engelhardt, ZHF 8 (1981), 37ff.; Pieper, Glück, Sp. 1073ff.; Spaemann, Glück, Glückseligkeit, Sp. 679ff.

¹⁰⁶ Vgl. als Bezug Aristoteles, Nikomachische Ethik, 1095a, 1097b, 1100a; eingehend zur aristotelischen Philosophie des Glücks Ritter, VwP 32 (1956), S. 60ff.

¹⁰⁷ Ritter, VwP 32 (1956), 60 (78).

soziale Natur des Menschen (*socialitas*) und seine hilfsbedürftige Angewiesenheit auf seine Mitmenschen (*imbecillitas*) entgegen. So finden sich bei Pufendorf wichtige Aussagen zur unabdingbaren zwischenmenschlichen Solidarität: „Alles, was der Mensch an Annehmlichkeiten kennt, ist aus der gegenseitigen Hilfe entsprungen. Nächst Gott gibt es nichts auf der Welt, was dem Menschen größeren Nutzen bringt, als der Mensch selbst.“¹⁰⁸ Pufendorf betont daher auch weniger die kompensatorische, als vielmehr die gemeinschaftsbildende und -stabilisierende Funktion des Staates: Erst im Staat vervollkommne sich die menschliche Natur, werde das Naturrecht zum vollkommen geltenden und erzwingbaren Recht.¹⁰⁹ Denn allein das Naturrecht „kann den Menschen nicht gewährleisten, daß sie in gesicherter natürlicher Freiheit ihres Weges ziehen.“¹¹⁰

Pufendorf zieht allerdings aus dem Geselligkeitsprinzip keine aristotelischen Konsequenzen:¹¹¹ Die Gemeinschaftsbezogenheit des Menschen ist nicht mehr Ausfluss des Gottesgnadentums, sondern gründet in einem vertraglichen Zusammenschluss. Pufendorf versteht den Staat mit Hobbes als Gesamtperson mit einem einzigen, unteilbaren Willen, der durch den Sozialvertrag aller Einzelnen entsteht. Allerdings nimmt er es mit der Legitimation durch die Untertanen wenigstens formal ernster: Die Gründung des Staates beruhe nämlich auf zwei Verträgen, dem Gesellschaftsvertrag sowie dem Herrschaftsvertrag, aus dem die Bürger weiterhin bestimmte Rechte gegenüber dem Souverän herleiten können, wenn der Herrscher sich nicht am Gemeinwohl orientiere.¹¹² Dadurch bleibt das Volk als Subjekt des Vertrages auch nach der Übertragung seiner Rechte auf den Staat Rechts- und Vertragssubjekt. Es kann daher auf der Grundlage des Vertrages seine Rechte zurückfordern; allerdings ist die Beweisführung schwierig, weil der Herrscher durch die Übertragung der Souveränität die Entscheidung darüber erhält, was dem Staatszweck dient.¹¹³ Nur der Herrscher verkörpert den Gesamtwillen, wie bei Bodin und Hobbes steht die souveräne Staatsgewalt über den Gesetzen: „Freilich, was jetzt und hier zu diesem Zweck beiträgt, darüber steht nicht denen das Urteil zu, die die Herrschaft übertragen, sondern demjenigen, dem sie übertragen wurde. Deshalb kann der Souverän die Bürger mit Recht zu allem zwingen, was er dem Allgemeinwohl dienlich ansieht.“¹¹⁴ Wenn und soweit es der

¹⁰⁸ Pufendorf, *De officio*, 1. Buch Kap. 3, § 3.

¹⁰⁹ Vgl. Pufendorf, *De officio*, 1. Buch Kap. 3, § 7; *ders.*, *De Iure Naturae et Gentium*, 1672, 7. Buch Kap. 1 § 1.; zur Konstruktion des Naturzustandes bei Pufendorf näher Denzer, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, S. 59ff., 165ff.; Medick, *Naturzustand und Naturgeschichte*, S. 40ff.

¹¹⁰ Pufendorf, *De officio*, 2. Buch Kap. 5, § 7.

¹¹¹ Riedel, *Metaphysik und Metapolitik*, S. 298.

¹¹² Pufendorf, *De Iure Naturae et Gentium*, 7. Buch Kap. 2 § 8; Kap. 4 § 3; eingehender dazu Welzel, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, S. 62ff.

¹¹³ Denzer, in: *Handbuch der politischen Ideen Bd. III*, S. 256.

¹¹⁴ Pufendorf, *De Iure Naturae et Gentium*, 1672, 7. Buch Kap. 6 § 13; Kap. 4 § 2; näher: Denzer, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, S. 176ff.; Hammerstein, S. 185f.

Staatszweck erfordert, gibt der Bürger seine natürliche Freiheit durch den Eintritt in den Staatsverband auf. Das Ziel, Sicherheit und Ordnung zu schaffen, rechtfertigt auch die völlige Aufgabe der natürlichen Freiheit des Menschen und die bedingungslose Unterwerfung unter die Staatsgewalt: Der Souverän könne den Bürger „zu allem zwingen, was er dem Allgemeinwohl dienlich ansieht.“¹¹⁵ Pufendorf steht, obwohl er die Frage der Begrenzung der Staatsgewalt bei der Vertragskonstruktion durchaus anspricht, insoweit für die Staatstheorie des aufgeklärten Absolutismus, deren Hauptanliegen die Sicherung des Staates nach innen und nach außen ist und die dem Staat daher auch die alleinige Kompetenz zuweist, über das gemeine Wohl zu entscheiden.¹¹⁶

Während Pufendorf noch die Sicherheit in den Mittelpunkt der Staatszwecklehre stellt, gewinnt in der Folgezeit der Begriff der Wohlfahrt bzw. die dem Empfinden der Zeit wohl noch mehr entsprechende Glückseligkeit zunehmend an Bedeutung. Notwendigkeit und Funktion des Staates werden nun nicht mehr aus der Darstellung des Naturzustandes, sondern aus dem aristotelischen Vollkommenheitsprinzip abgeleitet. Bereits bei *Christian Thomasius* wird die – individualistisch verstandene – Glückseligkeit zum obersten Naturrechtsprinzip.¹¹⁷ Auch *Christian Wolff* geht davon aus, dass der Mensch erst in der Gemeinschaft in der Lage sei, sich und seine Lebensumstände zu vervollkommen. Er knüpft damit an die Tradition des *ζοοη πολιτικῶη* an mit der allerdings wesentlichen Einschränkung, dass die Gemeinschaft nicht zum Selbstzweck erhoben wird: Der Mensch ist nicht nur deshalb Gemeinschaftswesen, weil Gemeinschaft bereits da ist, sondern weil Vervollkommnung und individuelle Glückseligkeit nur in der Gemeinschaft möglich sind. Er ist, um das erstrebenswerte Ziel der Glückseligkeit zu erreichen, auf die Hilfe anderer angewiesen, muss daher auch nach besten Kräften zur Vervollkommnung der anderen beitragen.¹¹⁸ Erst durch die Vermittlung der Gesellschaft lässt sich die persönliche Vollkommenheit des Einzelnen erreichen. Die Gesellschaft habe die Aufgabe, die „Glückseligkeit [als] einen Zustand einer dauerhaften Freude“¹¹⁹ zu gewinnen und zu erhalten. Wolff erklärt daher die „Beförderung der gemeinen Wohlfahrt und Erhaltung der Sicherheit“ zum „höchsten und letzten Gesetze im gemeinen Wesen.“¹²⁰ Die Glückseligkeit, aus der die bei-

¹¹⁵ Pufendorf, *De Iure Naturae et Gentium*, 1672, 7. Buch Kap. 6 § 13; vgl. zur Einordnung Denzer, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, S. 204.

¹¹⁶ Vgl. Klippel, *Politische Freiheit*, S. 72ff.

¹¹⁷ Thomasius, *Fundamenta juris naturae et gentium*, 1. Buch Kap. 6, § 21.

¹¹⁸ Wolff, *Vernünfftige Gedanken von dem Gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen zur Beförderung der Glückseligkeit des menschlichen Geschlechts*, § 1.

¹¹⁹ Wolff, *Vernünfftige Gedanken von dem Gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen zur Beförderung der Glückseligkeit des menschlichen Geschlechts*, § 63.

¹²⁰ Wolff, *Vernünfftige Gedanken von dem Gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen zur Beförderung der Glückseligkeit des menschlichen Geschlechts*, §§ 214f. Die Anlehnung an Aristoteles ist auch hier offensichtlich; vgl. *Aristoteles*, Po-

den wesentlichen Staatszwecke Sicherheit und Wohlfahrt abgeleitet werden, ist zwar – wie überhaupt bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts¹²¹ – ein primär gemeinschaftsbezogener Begriff, und Wolff betont auch, dass das Gesamtwohl dem Wohl des Einzelnen vorgehe.¹²² Bei Wolff kommt ein Konflikt zwischen Individual- und Allgemeininteresse allerdings praktisch nicht vor, weil er sich einen Idealstaat vorstellt, der allein nach den Regeln der Vernunft und damit immer auch zum Wohl des Einzelnen regiert. Gleichwohl kann Wolff nicht einseitig als Befürworter staatlicher Allmacht gelten:¹²³ Die angeborenen Rechte (*iura connata*) haben eine größere Resistenz gegen ihre Aufhebung im Staat als etwa bei Pufendorf, weil Wolff die Pflicht zum geselligen Leben aus dem individuellen Streben der Menschen nach Vollkommenheit ableitet.¹²⁴ Sogar Ansätze für einen sozialen Bürgerstatus sind zu erkennen: Wolffs ausführliche Darlegungen zur Sozial- und Wohlfahrtspolitik belegen, dass er nicht allein auf das wirtschaftliche Wohlergehen des Staates fixiert ist, sondern auch in der Lage ist, individuelle (soziale) Interessen wahrzunehmen, die er den staatlichen Interessen im Einzelfall sogar vorzieht. Unterstützung der Armen und Elenden sind ihm wichtiger als staatlicher Reichtum, vor allem, wenn es um die Vollkommenheit des Gemeinwesens geht.¹²⁵ Er befürwortet sogar die Einrichtung von staatlichen Stellen, „die den Armen bestimmte Beiträge auszahlen sollen und die diesen garantiert sind.“¹²⁶

2. Wohlfahrt und Glückseligkeit: Die deutsche Tradition einer sozialen Reform von oben

Die Verbindung des Glückseligkeitsdenkens mit einer von oben gesteuerten Wirtschafts- und Sozialpolitik hat den zunächst auch von Friedrich II. sehr geschätzten Christian Wolff zum einflussreichsten Bezugsphilosophen des absolutistischen Wohlfahrtsstaates werden lassen.

litik 1252b: Der Staat ist eine „Gemeinschaft, die gleichsam das Ziel vollendeter Selbstgenügsamkeit erreicht hat, die um des Lebens willen entstanden ist und um des vollkommenen Lebens willen besteht.“ Später konkretisiert Wolff die beiden Staatszwecke Sicherheit und Wohlfahrt zu der Trias „vitae sufficientia“, „tranquillitas“ und „securitas“; dazu *Preu*, S. 109f.

¹²¹ *Klippel*, S. 62ff., 72ff.; *Scheuner*, GS-Conrad, S. 482.

¹²² *Wolff*, Vernünfftige Gedanken von dem Gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen zur Beförderung der Glückseligkeit des menschlichen Geschlechts, § 218: „Gemeine Wohlfahrt geht der besonderen vor“.

¹²³ *Sommerrmann*, S. 17f.

¹²⁴ Dazu *Denzer*, in: Handbuch der politischen Ideen Bd. III, S. 256; *Link*, Christian Wolff, S. 183f.; *Thomann*, S. 265ff.

¹²⁵ Vgl. *Wolff*, Vernünfftige Gedanken von dem Gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen zur Beförderung der Glückseligkeit des menschlichen Geschlechts, § 503.

¹²⁶ *Wolff*, Vernünfftige Gedanken von dem Gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen zur Beförderung der Glückseligkeit des menschlichen Geschlechts, § 385.

a) Der Aufgabenzuwachs des Staates

Nach dem 30-jährigen Krieg und bedingt durch die Unfähigkeit der altständischen Gesellschaft, Frieden, Sicherheit und Wohlstand zu gewährleisten, ist der aufsteigende, absolutistische Staat gerade in Deutschland bemüht, Aufgaben zu definieren, diese an sich zu ziehen und dadurch auch Legitimation im Verhältnis zu den alten, ja noch vorhandenen Ordnungsmächten zu erlangen. In allen Bereichen, insbesondere in der Bevölkerungs- und Wirtschaftspolitik, kommt es zu einer deutlichen Ausweitung der staatlichen Aktivitäten, die darauf gerichtet sind, die neue Ordnung zu stabilisieren.¹²⁷ Das wirtschaftliche und soziale Geschehen wird erstmals als ein Ganzes verstanden und dementsprechend gefördert. Die punktuelle, nur auf bestimmte Vorfälle reagierende „Wirtschaftspolitik“ der mittelalterlichen Landesherrn wird durch ein „in seinen Zielen und Mitteln aufeinander abgestimmtes System obrigkeitlicher Interventionen“¹²⁸ ersetzt, das vor allem das Ziel hat, durch Erhöhung der staatlichen Einnahmen die Stellung des Landesherrn zu stärken und auf diesem Wege auch zum gesamtgesellschaftlichen Wohlstand beizutragen. Diese dem absolutistischen Staat eigene dirigistische und protektionistische Wirtschaftspolitik wird später insbesondere von seinen Gegnern (Adam Smith¹²⁹) als Merkantilismus bezeichnet. Der Begriff beschreibt zwar kein in sich geschlossenes wirtschaftstheoretisches System, doch gingen alle Merkantilisten von der Grundannahme aus, dass das Wohl eines Landes von der Größe seiner Bevölkerung und damit der Zahl seiner menschlichen Produktivkräfte abhängt.¹³⁰ In Deutschland entwickelt sich als spezifische Ausprägung des Merkantilismus der *Kameralismus*: Der Wiederaufbau nach dem Krieg bezog sich nicht nur auf die Wirtschaft, sondern auch auf Justiz und Verwaltung. Da die Experten für die Bewältigung dieser Aufgaben meist aus dem Kreis der höheren Staatsdiener kamen, die durchweg dem „Kammerkollegium“ der fürstlichen Verwaltung angehörten, wurde für sie die Bezeichnung „Kameralist“ populär.¹³¹ Der Kameralismus ist aber mehr als nur eine Wirtschaftstheorie, sondern auch *die* po-

¹²⁷ Vgl. Gömmel, S. 41 ff.; Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, S. 63 ff.; Scheumer, GS-Conrad, S. 473 f.; Walter, S. 22 ff.

¹²⁸ Blaich, Deutsche Verwaltungsgeschichte Bd. I, S. 430.

¹²⁹ Smith, 4. Buch, 8. Kap.: „Das Merkantilssystem hemmt die Ausfuhr von gewerblichen Rohstoffen und Werkzeugen, um der eigenen Wirtschaft einen Vorteil zu verschaffen und um es ihr zu ermöglichen, den Export anderer Länder auf allen Auslandsmärkten zu unterbieten. Es beschränkt so den Export einzelner Waren, die durchweg billig sind, und möchte damit eine weit größere und wertvollere Ausfuhr anderer Waren erreichen. Der Merkantilismus fördert ferner die Einfuhr von gewerblichen Rohmaterialien, um die eigene Bevölkerung in die Lage zu versetzen, sie billiger zu verarbeiten, wodurch wiederum ein höherer Import auswärtiger Manufakturen verhindert wird.“ Kritisch etwa Klein, Die englischen Wirtschaftstheoretiker des 17. Jahrhunderts, S. 2, der bemerkt, das Bild des Merkantilismus sei insbesondere von seinen Gegnern gegündet und auch überzeichnet worden.

¹³⁰ Gömmel, S. 42; Walter, S. 22; eingehend: Kellenbenz, S. 4 ff.

¹³¹ Gömmel, S. 42; vgl. auch Nielsen, S. 92. Andere (vgl. etwa Walter, S. 22) leiten den Begriff aus der Zielrichtung des Kameralismus, die fürstliche Schatzkammer („camera“) zu füllen, ab.

litische Theorie, die die Verbindung der Staats- und Verwaltungslehre mit der „Wohlfahrt“ herstellt, indem sie diese zum primären Staats- und Verwaltungszweck erklärt.¹³²

Für diesen Zusammenhang steht insbesondere einer der drei Teilbereiche der Kameralwissenschaft, die Polizeiwissenschaft.¹³³ Sie wird im Laufe des 18. Jahrhunderts auch an den Universitäten zu der Wissenschaftsdisziplin, die sich mit den wirtschafts- und verwaltungspolitischen Fragen der ausgedehnten staatlichen Tätigkeit befasst.¹³⁴ Schon seit dem 15. Jahrhundert allgemein als „Zustand guter Ordnung des Gemeinwesens“ verstanden¹³⁵, wird die „Polizei“ im neuzeitlichen Staat in Analogie zu dem antiken Begriff der *πολιτεία* zum Inbegriff für die Ordnung des Gemeinwesens schlechthin.¹³⁶ Gerade die besonders dringlichen Probleme der Bevölkerungs- und Wirtschaftspolitik werden zu polizeilichen Aufgaben. Die Beschäftigung mit der aristotelischen Politik führt auch zu einer Rückbesinnung auf die dort formulierten Staatszwecke. Während die „gute Ordnung im Gemeinwesen“ bis ins 17. Jahrhundert regelmäßig darin bestand, dass die Bürger ein christliches, ehrbares, ruhiges und gesittetes Leben führen, tritt nunmehr der Sicherheits- und Wohlfahrtsgedanke in den Vordergrund.¹³⁷ Begriffe wie „Gemeinwohl“, „öffentliche Wohlfahrt“ und „öffentliche Sicherheit“, die in den geschlossenen Daseinsverbänden des Mittelalters keinen selbständigen Wert besaßen, werden vor dem Hintergrund eines von der Gesellschaft separierten, gemeinschaftsvermittelnden und gemeinwohlorientierten Staates zu selbständigen Kategorien.

Angesichts der umfassenden Pflicht der Obrigkeit, mit Hilfe der Polizei alle Gefährdungen des Lebens und des Eigentums von den Untertanen fernzuhalten, kommt es nicht von ungefähr, dass der Beginn des modernen Assekuranz- und Versicherungswesens in diese Zeit fällt. Witwen-, Waisen- und Pensionskassen entstehen und die Feuerversicherung wird selbst für diejenigen obligatorisch, die das „gemeine Beste“ nicht einsehen wollen.¹³⁸ Bereits 1697 propagiert ein Vertreter des neuzeitlichen Naturrechts, *Gottfried Wilhelm Leibniz*, die Gründung von „Assecuranzen“ und deren staatliche Förderung.¹³⁹ Vom volkswirtschaftlichen Gedanken der Erhaltung aller Werte ausgehend hält er es für einen Gedanken der

¹³² *Baum*, S. 112ff.

¹³³ *von Unruh*, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte Bd. I, S. 414, 416ff. Unter dem Einfluss von Justi und Sonnenfels verselbständigte sich die Polizeiwissenschaft später; dazu und zu Begriff und Systematik der Kameralwissenschaft näher *Maier*, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, S. 173ff.

¹³⁴ Dazu näher *Schulze*, Policy und Gesetzgebungslehre, S. 82f.; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts Bd. I, S. 374ff.

¹³⁵ Näher dazu mit Nachweisen *Knemeyer*, AöR 92 (1967), 153 (155ff.); *Preu*, S. 33ff.

¹³⁶ Vgl. dazu *Baum*, S. 95ff.; *Knemeyer*, AöR 92 (1967), 153 (166ff.); *Nitschke*, ZHF 19 (1992), 1ff.; *Schulze*, Policy und Gesetzgebungslehre, S. 14ff.; *Zobel*, Polizei, Sp. 1080ff.

¹³⁷ *Knemeyer*, AöR 92 (1967), 153 (179); *Preu*, S. 17f.

¹³⁸ Zur Entwicklung eingehend *Prölss*, Das Versicherungsarchiv 1942/43, S. 156ff.

¹³⁹ Vgl. i.e. mit Nachweisen auch aus der Sekundärliteratur *Koch*, Geschichte der Versicherungswissenschaft, S. 59ff.

Billigkeit, dass unvorhersehbare Unglücksfälle von der Allgemeinheit getragen werden: Keiner könne „sich besser einbilden, wie eine herrliche Sache es sei, als der in dergleichen Unglück gewesen und bedenkt, was für einen unaussprechlichen Trost er und die Seinigen von einer solchen Anstalt, wenn sie damals gewesen, in ihren Nöten empfunden haben würden.“¹⁴⁰ Auch in der Kameralwissenschaft entstehen zahlreiche Abhandlungen, die sich – geleitet insbesondere von bevölkerungspolitischen Erwägungen – mit dem Versicherungswesen befassen.¹⁴¹ So widmen auch *Johann Heinrich Gottlob von Justi* und *Joseph von Sonnenfels* dem Versicherungswesen jeweils eigene Abschnitte in ihren Werken über die Polizei, die maßgebliche Grundsätze des heutigen Privatversicherungsrechts vorwegnehmen.¹⁴² Insgesamt sind diese Anfänge des Versicherungswesens aus heutiger Sicht aber noch bescheiden. Der Schwerpunkt der sozialpolitischen Interventionen des Staates lag nicht in der Prophylaxe im Hinblick auf soziale Notlagen. Vielmehr suchte der Staat durch die Verbilligung lebenswichtiger Güter, durch eine gezielte Arbeitsbeschaffungspolitik und staatlichen Wohnungsbau die dringendsten sozialen Probleme zu lösen, wobei die politisch-ökonomischen Motive (Machtsteigerung des Territorialstaates) gegenüber den sozialen in der Regel überwogen haben dürften.¹⁴³

Mit dem Begriff der „Polizei“ verbindet sich also im späten 17. und jedenfalls in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts nicht mehr nur ein Rechtsbewahrungs-, sondern ein die gemeine Wohlfahrt insgesamt erfassender Gestaltungsauftrag. Die Polizeiordnungen, die im Mittelalter jeweils nur bestimmten Missständen galten, werden zu einem Instrument umfassender ökonomischer und sozialer Planung: Die Polizei ist das Mittel des Staates, mit dem dieser immer stärker in die bis dahin autonomen, durch die Stände verwalteten Sozialbereiche eindringt und damit allmählich das gesamte innere Leben der Gesellschaft seinem Gebot unterwirft.¹⁴⁴ Im Bereich der Wirtschaft, wie überhaupt in allen Lebensbereichen, dient

¹⁴⁰ Zitiert nach *Koch*, S. 60.

¹⁴¹ Ausführlich: *Schöpfer*, S. 93ff.

¹⁴² *Justi*, Die Grundsätze zu der Macht und Glückseligkeit der Staaten Bd. I, S. 221 ff., 764 ff.; *von Sonnenfels*, S. 387 ff. *Justi* etwa will durch die gezielte Förderung der Ehen den Bevölkerungszuwachs fördern und setzt sich daher mit den Ausstattungsmöglichkeiten für arme Mädchen auseinander. Wenn bereits eine Ausstattung von 50 Reichsthalern gesichert sei, „würden alle Handwerker bloß nach ihren Neigungen heirathen, die Ehen würden viel glücklicher [...] und der Staat würde viel bevölkerter seyn“. Er fordert daher die Gründung von Kassen, die jungen Mädchen eine bestimmte Ausstattung garantiere. Diese müssten unter staatlichem Einfluss stehen und dürften lediglich auf Beitragsleistungen aufbauen. Für die Verwaltungslasten will er allerdings primär den Staat und erst sekundär – falls dieser zur Zahlung nicht bereit (!) sei – die Mitglieder bzw. die Nutznießer dieser Anstalt aufkommen lassen. Damit diese Einrichtung nicht nur „vor geringe und arme Leute nutzbar seyn könnte“, sollten vermögendere Väter durch höhere Einzahlungen auch eine entsprechen höhere Aussteuersumme erlangen können; vgl. *Justi*, Die Grundfeste zu der Macht und Glückseligkeit der Staaten Bd. I, S. 221 ff.

¹⁴³ *Habermann*, ORDO 39 (1988), 91 (98f.).

¹⁴⁴ *Maier*, S. 259; ferner *Preuß*, S. 17 ff.

das vermehrte staatliche Tätigwerden allerdings nicht der Selbstverwirklichung des wirtschaftenden Individuums; vielmehr geht die „Freyheit im Wandel und Handel“ vom Herrscher aus und wird von diesem als „Erlaubniß“ gewährt.¹⁴⁵ Zusammenfassend konnte *Johann Heinrich Gottlob von Justi* zur Mitte des 18. Jahrhunderts daher feststellen: „Im weitläufigen Verstand begreift man unter der Policy alle Massregeln in innerlichen Landesangelegenheiten, wodurch das allgemeine Vermögen des Staates dauerhafter gegründet und vermehret, die Kräfte des Staates besser gebraucht und überhaupt die Glückseligkeit des gemeinen Wesens befördert werden kann.“¹⁴⁶

b) Glückseligkeit als Schlüsselbegriff der Kameralwissenschaft

Das Ideal der Glückseligkeit wird im Anschluss an Christian Wolff praktisch von allen Kameralisten als Staatszweck aufgegriffen und zur Grundlage der Wohlfahrtskompetenz des Staates gemacht.¹⁴⁷ Dabei tritt der Vertragsgedanke zunehmend in den Hintergrund.

Beispielhaft für diese Entwicklung steht *Johann Heinrich Gottlob von Justi*. Im Stand der natürlichen Freiheit besteht die Gesellschaft nach Justi nicht aus Individuen, sondern aus Familien.¹⁴⁸ Da jede Familie ihre eigene Glückseligkeit bezwecke, habe man den Staat errichtet, um größere Glückseligkeit als im Stand der natürlichen Freiheit genießen zu können.¹⁴⁹ Justi begreift den Staat als „Vereinigung der Willen und der Kräfte“ seiner Bürger, der, wenn man ihn selbst glücklich nennen wolle, zwei Haupteigenschaften benötige: „hinlänglichen Reichtum“ und „vollkommene Sicherheit“.¹⁵⁰ Der „Endzweck des Staats“ liege in der „gemeinschaftlichen Glückseligkeit“ der (als Einheit begriffenen) „Untertanen und des gesamten Staats.“¹⁵¹ Dabei fällt auf, dass eine begriffliche Präzisierung und juristische Deduktion des Staatszweckes durchweg, nicht nur bei Justi, unterbleibt, das natürliche menschliche Streben nach Glückseligkeit vielmehr als Axiom fungiert, das beliebiger staatlicher Konkretisierung zugänglich ist.¹⁵² Justi kann auf eine begriffliche Konturierung verzichten, weil er – insbesondere in seinen frühen Wer-

¹⁴⁵ *Johann Albrecht Philippi*, *Der Vergrößerte Staat*, Frankfurt/Leipzig 1759; hier zitiert nach *Klippel*, in: *Birtsch*, S. 318.

¹⁴⁶ *Justi*, *Grundsätze der Polizeiwissenschaft*, 1756, S. 4.

¹⁴⁷ Vgl. nur die Nachweise bei *Preu*, S. 113ff.

¹⁴⁸ *Justi*, *Natur und Wesen*, S. 49ff.

¹⁴⁹ *Justi*, *Natur und Wesen*, S. 62f.

¹⁵⁰ Vgl. die Einzelnachweise bei *Engelhardt*, ZHF 8 (1981), 37 (53f.).

¹⁵¹ *Engelhardt*, ZHF 8 (1981), 37 (47f.). mit diversen Nachweisen auf diese oder ähnliche Standardwendungen von *Justi*.

¹⁵² Kritisch daher bereits *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Bd. VII), S. 47 (BA 46): Der Begriff der Glückseligkeit sei „ein so unbestimmter Begriff [...], dass, obgleich jeder Mensch zu dieser zu gelangen wünscht, er doch niemals bestimmt und mit sich selbst einstimmig sagen kann, was er eigentlich wünsche und wolle“; zu Kants Ablehnung des Wohlfahrtsstaates noch unten IV. 3. Vgl. ferner *Engelhardt*, ZHF 8 (1981), 37 (48f.); *Preu*, S. 113f.

ken¹⁵³ – in aristotelischer Tradition und in Anlehnung an Christian Wolff¹⁵⁴ die Identität von Individual- und Kollektivinteressen voraussetzt. Das Wohl des Staates und das seiner Untertanen sind identisch, weil der Einzelne von Natur aus ein Gemeinschaftswesen ist und daher der Staat die Definitionskompetenz über den Weg zur Vollkommenheit besitzt. Weil sich der Zustand natürlicher Freiheit vom staatlichen Zustand nicht oder jedenfalls kaum unterscheidet, erübrigt sich auch die Frage nach der Entstehung des Staates und seiner Legitimation. *Justi* bemüht noch nicht einmal mehr den Vertrag, sondern sieht den Staat „nach und nach und sozusagen unvermerckt“¹⁵⁵ ohne einen förmlichen Zusammenschluss der Untertanen aufsteigen. Der so unpräzise herausgearbeitete Staatszweck ist zur Begrenzung der Eingriffsbefugnisse des Staates ungeeignet.¹⁵⁶ Wege, die zur Glückseligkeit führen, bedürfen keiner weiteren Rechtfertigung; was für den Staat gut ist, nützt auch dem Einzelnen: das persönliche Glück wird zur Staatsangelegenheit. Die durch die Glückseligkeit bewirkte Integration von Individualzwecken in den Staatszweck führt also nicht zu einer Stärkung der Stellung des Individuums gegenüber dem Staat, sondern reduziert den Einzelnen auf ein „Betreuungsobjekt obrigkeitlicher Glücksverwaltung.“¹⁵⁷

c) Perspektiven für den freiheitlichen Sozialstaat

Mit Blick auf die in den letzten Jahrzehnten gewaltig angeschwollene Leistungsverwaltung wird gesagt, der heutige Staat stelle „in vielfacher Hinsicht gleichsam die alte Verklammerung der absolutistisch-merkantilistischen Phase wieder her: Der Staat fungiert wieder als der große ‚Entmündiger‘, d.h. die Art und Weise, wie Menschen zusammenleben, wird – im Rahmen staatlicher Gesellschaftspolitik – wieder Gegenstand der Staatstätigkeit.“¹⁵⁸ Ferner heißt es, dass „der heutige Wohlfahrts- und Sozialstaat mit seinem Bestreben, dem einzelnen irdisches Glück – man hat es auch „Lebensqualität“ genannt – zu verschaffen, deutliche Parallelen mit dem Wohlfahrtsstaat des 18. Jahrhunderts auf[weist].“¹⁵⁹ Auch werden Parallelen zwischen der vom modernen Sozialstaat intendierten materiellen Gleichheit und dem absolutistischen Staatszweck der Glückseligkeit gezogen.¹⁶⁰

¹⁵³ Vgl. seine Grundsätze der Polizeiwissenschaft, 1756.

¹⁵⁴ Vgl. dazu *Ebihara*, ZRG GA 102 (1985), 239ff.

¹⁵⁵ *Justi*, Natur und Wesen, S. 55; vgl. *Ebihara*, ZRG GA 102 (1985), 239 (245).

¹⁵⁶ *Klippel*, ZHF17 (1990), 193 (197).

¹⁵⁷ *Kersting*, Vertrag, S. 932; vgl. ferner vor allem *Brückner*, S. 229ff. und *Klippel*, S. 57ff., insbes. S. 63.

¹⁵⁸ *Guggenberger*, S. 40; in der Tendenz ebenso: *Habermann*, ORDO 39 (1988), 91 (95ff.).

¹⁵⁹ *Scheuner*, GS-Conrad, S. 469.

¹⁶⁰ *Stolleis*, Reichspublizistik – Politik – Naturrecht, S. 11.

Die deutsche Tradition einer sozialen Reform von oben, die sich im 19. Jahrhundert etwa im „sozialen Königtum“ von Lorenz von Stein¹⁶¹ und dem Bismarck eigenen paternalistischen Denken fortsetzte, hat ihre Wurzeln ohne Zweifel im wohlfahrtsstaatlichen Denken des 17. und 18. Jahrhunderts. Dennoch erscheint es problematisch, den seit der Mitte des 18. Jahrhunderts auch in Deutschland auftretenden Konflikt zwischen staatlich verantworteter und verordneter Wohlfahrt auf der einen Seite und individueller Freiheit auf der anderen Seite als Folie für die Zielkonflikte im freiheitlich-demokratischen Sozialstaat des 21. Jahrhunderts zu verwenden. Denn dieser übernimmt die Verantwortung für das Soziale nicht mehr um seiner selbst, sondern um der Freiheit des Einzelnen willen und muss umgekehrt jede sozialstaatlich motivierte Maßnahme vor den Grundrechten rechtfertigen. Diese sind Grund und Grenze sozialstaatlichen Handelns.

Dieser Bezug des Wohlfahrtsstaates auf die individuelle Freiheit ist im 18. Jahrhundert in Ansätzen durchaus zu erkennen. In der Kameralwissenschaft, für die hier stellvertretend Justi behandelt wurde, zeigen sich zunehmend Anzeichen einer Differenzierung zwischen Einzel- und Gesamtinteresse und für das Auseinandertreten von Staat und Gesellschaft.¹⁶² Die Grenzen der Staatsgewalt werden problematisiert und die Freiheit tritt als selbständiger Zweck neben, bisweilen sogar vor die Glückseligkeit. Die Polizeiwissenschaft, die für Justi nun nicht mehr „einseitig kammerorientierte Beitreiberin der Staatseinnahmen“¹⁶³ ist, löst sich aus der Verknüpfung mit der Kameralistik und wird zur selbständigen Wissenschaft. In seinem erstmals 1760 erschienen Werk über „Die Natur und das Wesen der Staaten“ stellt er die Freiheit als selbständiges Gut neben die Glückseligkeit. Wenn sich Staaten bildeten, so müsse, „nächst dem allgemeinen Endzweck aller Staaten, der gemeinschaftlichen Glückseligkeit, die Freiheit des Bürgers das hauptsächlichste Augenmerk sein.“¹⁶⁴ An anderer Stelle meint er gar, dass „die bürgerliche Freyheit der hauptsächlichliche Endzweck sei.“¹⁶⁵ Von Justi wird daher gesagt, er habe die „für das klassisch-liberale Staats- und Gesellschaftsverständnis typischen Leitideen entwickelt.“¹⁶⁶ Auch für Christian Wolff werden diverse Nachweise dafür erbracht, dass er den politischen Liberalismus in Deutschland hoffähig gemacht habe.¹⁶⁷

In der Tat dokumentieren insbesondere die Äußerungen von Justi, dass in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts das Bewusstsein für die Notwendigkeit bürgerlicher Freiheit entsteht. Doch rücken weder Wolff noch Justi wirklich von

¹⁶¹ Vgl. unten V. 2. c) cc).

¹⁶² Vgl. zum Frontenwechsel von Justi etwa – mit unterschiedlicher Bewertung im einzelnen – Baum, S. 146ff.; Brückner, S. 229ff.; Stolte, Geschichte des Öffentlichen Rechts Bd. I, S. 379ff.; Wilhelm, Der Staat 30 (1991), 415 (418ff.).

¹⁶³ Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, S. 184.

¹⁶⁴ Justi, Natur und Wesen, S. 425.

¹⁶⁵ Justi, Natur und Wesen, S. 235.

¹⁶⁶ Wilhelm, Der Staat 30 (1991), 415 (440).

¹⁶⁷ Vgl. insbes. Thomann, S. 259ff., 269ff.