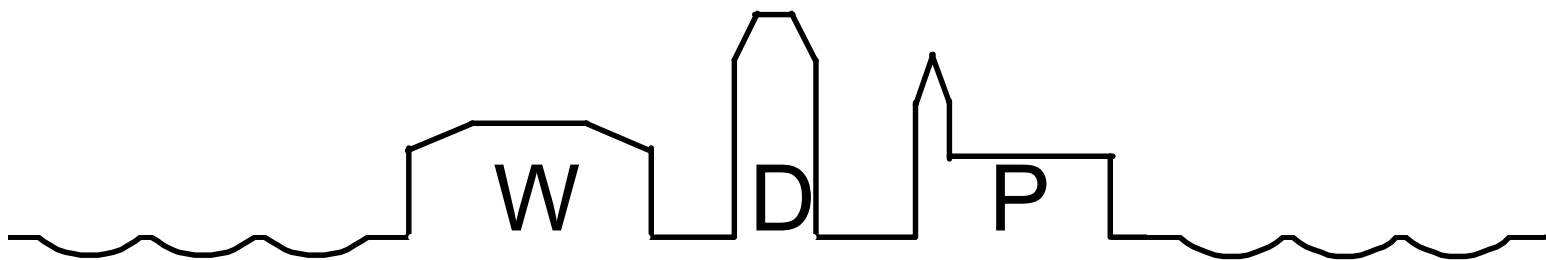


Bodo Wiegand-Hoffmeister

Optimierung der Sozialstaatlichkeit
durch Grundrechtsschutz
- Analyse neuerer Tendenzen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu sozialen Implikationen der Grundrechte -

Heft 13 / 2003



Wismarer Diskussionspapiere / Wismar Discussion Papers

Der Fachbereich Wirtschaft der Hochschule Wismar, Fachhochschule für Technik, Wirtschaft und Gestaltung bietet die Studiengänge Betriebswirtschaft, Management sozialer Dienstleistungen, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht an. Gegenstand der Ausbildung sind die verschiedenen Aspekte des Wirtschaftens in der Unternehmung, der modernen Verwaltungstätigkeit im sozialen Bereich, der Verbindung von angewandter Informatik und Wirtschaftswissenschaften sowie des Rechts im Bereich der Wirtschaft.

Nähere Informationen zu Studienangebot, Forschung und Ansprechpartnern finden Sie auf unserer Homepage im World Wide Web (WWW): <http://www.wi.hs-wismar.de/>.

Die Wismarer Diskussionspapiere / Wismar Discussion Papers sind urheberrechtlich geschützt. Eine Vervielfältigung ganz oder in Teilen, ihre Speicherung sowie jede Form der Weiterverbreitung bedürfen der vorherigen Genehmigung durch den Herausgeber.

Herausgeber: Prof. Dr. Jost W. Kramer
Fachbereich Wirtschaft
Hochschule Wismar
Fachhochschule für Technik, Wirtschaft und Gestaltung
Philipp-Müller-Straße
Postfach 12 10
D – 23966 Wismar
Telefon: ++49 / (0)3841 / 753 441
Fax: ++49 / (0)3841 / 753 131
e-mail: j.kramer@wi.hs-wismar.de

ISSN 1612-0884

ISBN 3-910102-38-7

JEL-Klassifikation K10

Alle Rechte vorbehalten.

© Hochschule Wismar, Fachbereich Wirtschaft, 2003.

Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

I. Vorbemerkung	5
II. Das "Soziale" im Verfassungsgefüge des Grundgesetzes	6
1. Staatsstrukturprinzipien	7
2. Kompetenzvorschriften	8
3. Grundrechte	8
a) als Abwehrrechte	8
b) als Leistungsrechte	9
c) als Teilhaberechte	10
4. Soziale Umverteilung als Verfassungsauftrag	10
III. Das grundsätzliche Dilemma sozialer Gehalte in Verfassungen	11
1. Die Rangfrage	11
2. Die Kollisionsfrage	11
3. Die Konkretisierungsfrage	12
IV. Optimierung der Sozialstaatlichkeit durch Grundrechtsschutz	13
1. Maßgeblichkeit der Grundrechtstheorie	14
a) liberales Modell	14
b) institutionelles Modell	15
c) diskursives Modell	15
d) Grundrechte als Bestandteil einer Gegenseitigkeitsordnung	16
2. Grundrechte als Prinzipien	16
V. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	16
1. Der Gleichheitssatz als Instrument sozialer Umverteilung	17
a) Freiheit und Gleichheit	17
b) Die sogenannte "neue" Formel	18
c) Reichweite im Verhältnis Bürger – Staat	18
aa) Die Entscheidung zur Kriegsopferversorgung	18
bb) Anerkennung faktischer Leistungsansprüche als Gleichheitsgebot	19

4

2. Reichweite im Verhältnis der Bürger untereinander	20
a) Die Entscheidung zum Diskriminierungsverbot Behinderter	20
b) Geltung der Grundrechte im Verhältnis der Bürger zueinander	21
c) Kritik der Rechtsprechung	21
d) Zum maßgeblichen Begründungsansatz	22

VI. Resümee: Soziale Pflichten im Gegenseitigkeitsverhältnis als implizierte Begrenzung grundrechtlicher Freiheit	23
--	-----------

Autorenangaben	24
-----------------------	-----------

I. Vorbemerkung*

Wie kein anderer Begriff ist der Begriff der Sozialstaatlichkeit ein Grenzbegriff, in welchem sich verschiedene wissenschaftliche Deutungsebenen kreuzen. Die Sozialstaatlichkeit als solche ist Gegenstand vielfältiger Disziplinen, voran der Soziologie und Politikwissenschaft mit Blick auf die Sozialpolitik, sodann der Ökonomie mit Blick auf die volks- aber auch betriebswirtschaftliche Relevanz sozialer Leistungen und Kosten und schließlich auch der Rechtswissenschaft, zum einen auf die Frage abzielend, was unter sozialer Gerechtigkeit zu verstehen sei, zum anderen auf die positivrechtliche Deutung von Normen, welche auf die Sozialstaatlichkeit Bezug nehmen bzw. diese rechtlich verbindlich begründen. Auf den ersten Blick scheinen die Ansprüche der jeweils beteiligten Wissenschaftsdisziplinen nach Maßgabe der einschlägigen Methodik erklärbar zu sein. Bei genauem Hinsehen zeigt sich aber, daß eine hermeneutisch-konkretisierende Vorgehensweise zur Erklärung dessen, was Sozialstaatlichkeit ausmacht, den Blick über die mit der jeweiligen Disziplin verbundenen Erklärungsmöglichkeiten hinaus zu erheben und insoweit integrativ vorzugehen hat.

Aus rechtswissenschaftlichem Blickwinkel zeigt sich das insbesondere daran, daß die Sozialstaatlichkeit begründenden Normen vor allem des Grundgesetzes nicht selten mit Ansprüchen verbunden werden, die sich juristisch kaum aus der zur Verfügung stehenden Begrifflichkeit ableiten lassen. Gleichwohl wird sich in der politischen Diskussion gerade in der Bundesrepublik Deutschland zur Stützung eigener politischer Anliegen vor allem auch juristischer Argumentation bedient. Und es ist insbesondere das Grundgesetz, das hier für Vieles herhalten muß, gerade betreffend die Sozialstaatlichkeit. Vielfach wird - so als würde etwas allein dadurch richtig, indem man es stramm behauptet und im Bedarfsfall gebetsmühlenartig wiederholt - in die einschlägigen rechtlichen Begriffe das hinein gelesen, was politisch gerade opportun ist. So wird sich gewiß niemand mehr sonderlich wundern, wenn in Wahlkampfzeiten aus den Wörtchen "die Bundesrepublik Deutschland ist ein sozialer Rechtsstaat", am besten noch *more geometrico* abgeleitet würde, es sei verfassungsrechtlich geboten, den Beitragssatz zur gesetzlichen Krankenversicherung um 0,3478 Prozentpunkte zu senken, gerade so, als befänden wir uns noch in der Hochblüte barocker Naturrechtslehren.

Während dergleichen im politischen Tagesgeschäft wohl noch mit Achselzucken hingenommen werden muß und sicherlich auch kann, ist die Frage nach den Bedingungen der Möglichkeit juristischer Erkenntnis nicht zuletzt im

* Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der Verfasser im Rahmen der am Fachbereich Wirtschaft der Hochschule Wismar statt findenden Antrittsvorlesung gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

Bereich der Sozialstaatlichkeit dann von eminenter Bedeutung, wenn es um verbindliche Rechtsprechung geht, hier vor allem diejenige des Bundesverfassungsgerichts. Dort genau geht es um die schwierige Abgrenzung der Reichweite rechtlicher Erkenntnis von den dahinter liegenden Konkretisierungsspielräumen der Sozialpolitik. Die Frage nach Möglichkeiten zur Optimierung der Sozialstaatlichkeit durch Verfassungsrechtsprechung ist damit die Gretchenfrage der Abgrenzung zwischen gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt. Über dieses zunächst bipolare Verhältnis zwischen Recht und Politik noch hinaus geht die Frage nach der Reichweite sozialrechtlicher Durchdringung des gesellschaftlichen Bereichs, mit anderen Worten, wo die Grenze anzusiedeln ist, hinter der an sich vielleicht ethisch begründete oder begründbare soziale Pflichten gegenüber den Mitmenschen zugleich auch rechtliche Verbindlichkeit und damit auch einen staatlich garantierten Durchsetzungsanspruch erhalten.

Vor solchem Hintergrund möchte ich zunächst im Grundsätzlichen das "Soziale" im Verfassungsgefüge des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland heraus arbeiten und sodann das grundsätzliche Dilemmata sozialer Gehalte in Verfassungen ansprechen. Ein zum Thema überleitender Punkt widmet sich der Frage nach der Optimierung der Sozialstaatlichkeit durch Grundrechtsschutz, wobei auf die unterschiedlichen Grundrechtstheorien einzugehen ist. Damit dürfte der Boden bereitet worden sein für eine Analyse zweier neuerer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu sozialen Dimensionen der Grundrechte sowie für eine kritische, im Ergebnis aber zustimmende Betrachtung derselben. Als Ergebnis möchte ich bereits an dieser Stelle vorweg schicken, daß in Konsequenz der Rechtsprechung Grundrechte einen Gegenseitigkeitsbezug aufweisen, der im Rahmen einer positiven Komponente auch soziale Pflichten mit Gegenseitigkeitsbezug impliziert, die sich mit Blick auf Freiheitsrechte als Begrenzung grundrechtlicher Freiheit auf der einen und als Leistungsanspruch auf der anderen Seite darstellen können.

II. Das "Soziale" im Verfassungsgefüge des Grundgesetzes

Der verfassungsrechtliche Textbefund betreffend das "Soziale" im Verfassungsgefüge des Grundgesetzes ist prima facie dürftig. Nach Art. 20 Abs. 1 GG ist die Bundesrepublik Deutschland ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. Art. 28 Abs. 1 GG schreibt vor, daß die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des "sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes" entsprechen muß. Nach Art. 23 Abs. 1 GG "wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die ... sozialen ... Grundsätzen" verpflichtet ist. Abgesehen von der Kompetenzvorschrift des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG für die "Sozialversicherung" hat es, was die Verwendung des Wortes "sozial" anbelangt, sein Bewenden. Sucht man über die reine Verwendung des Wortes "sozial" hinaus in der Verfassung nach

sozialen Gehalten, stößt man auf Erklärungsschwierigkeiten, den Kontext zum "Sozialen" herstellen zu müssen und gerät dabei in Gefahr, über das Ziel hinaus zu schießen und alles mögliche jenseits seriöser Methodik mit sozialen Gehalten anzureichern. Gleichwohl besteht auch bei gebotener Selbstbeschränkung Einigkeit, daß soziale Gehalte auch anderen Verfassungsbestimmungen immanent sind. Allen voran zu nennen ist Art. 14 Abs. 2 GG, der vorschreibt, daß der Gebrauch des Eigentums zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen müsse. Dieser Passus wird gemeinhin als Sozialbindung des Eigentums bezeichnet. Unbestrittene soziale Gehalte weist ferner Art. 109 Abs. 2 GG auf, der die Haushaltswirtschaft an die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts koppelt, was jedenfalls nach dem Stabilitätsgesetz das magische Viereck und damit ein hohes Beschäftigungsniveau anspricht, egal wie viele Ecken dieses Viereck nach moderner ökonomischer Erkenntnis wirklich hat. Soziale Themen kommen schließlich auch in Art. 1 Abs. 1 - Menschenwürdegarantie - und Art. 6 GG - Schutz von Ehe und Familie, Fürsorge für Mütter - augenscheinlich zum Ausdruck. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG spricht schließlich gleichfalls für sich. All das zeigt aber, daß das "Soziale" für das Grundgesetz ein ernstes und durch und durch rechtliches Thema ist, rechtlich allein indes nicht letztlich erschlossen werden kann. Es ist ferner zu sehen, daß soziale Gehalte auf verschiedene Normtypen verteilt sind, die aufgrund ihrer verschiedenartigen Funktion eben auch eine unterschiedliche rechtliche Bindungswirkung aufweisen. Das sei kurz erläutert.

1. Staatsstrukturprinzipien

Mit Blick auf Art. 20 Abs. 1 GG ist die Terminologie unterschiedlich. Nach hiesiger Auffassung handelt es sich beim Sozialstaatsprinzip um ein Staatsstrukturprinzip, welches gemäß der Vorschrift des Art. 79 Abs. 3 GG einer Verfassungsänderung entzogen ist. Vom Grad der Bindungswirkung her gesehen wird das Sozialstaatsprinzip überwiegend als ein Staatsziel angesehen, welches sich in erster Linie an den Gesetzgeber richtet und diesen verpflichtet, im Sinne sozialer Gerechtigkeit zu handeln. Subjektive Rechte einzelner, wie sie den Grundrechten zu eigen sind, seien, so die ganz vorherrschende Auffassung, aus Staatszielen nicht ableitbar. Die Verwirklichung des sozialen Staatsziels sei damit nach Maßgabe einer Abwägungsentscheidung etwa im Konflikt mit anderen Staatszielen oder Grundrechten zu treffen. Von daher nimmt es nicht Wunder, daß das Sozialstaatsprinzip weniger eine eigenständige Rolle spielt als vielmehr heran gezogen wird zur verfassungsorientierten Interpretation einfachgesetzlichen Rechts sowie zur Legitimation von Grundrechtseingriffen.

2. *Kompetenzvorschriften*

Kompetenzvorschriften dienen im Bundesstaat der Verteilung von Aufgaben zwischen den einzelnen Verwaltungsträgern, vornehmlich dem Bund und den Ländern. Von daher sind sie formeller Natur. Für die Sozialstaatlichkeit bedeutsam wird damit allein die Frage, ob Kompetenzvorschriften darüber hinaus auch materielle Gehalte zukommen, die den Gesetzgeber zu einer bestimmten Disposition zwingen. Das ist derzeit mit Blick auf eine Bestandsgarantie der Sozialversicherungsträger in der Diskussion. Richtiger Weise muß eine solche materielle Komponente und damit eine Bestandsgarantie aber abgelehnt werden. Interessanter ist der Blick auf Art. 72 Abs. 2 GG, der im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern eine Bundesregelung nur zuläßt, wenn es die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse erfordert. Vor der Verfassungsreform 1994 sprach die Vorschrift noch von einheitlichen Lebensverhältnissen. Es liegt auf der Hand, daß mit Blick auf diesen Passus die Begehrlichkeiten nicht nur mit Blick auf das soziale Niveau in Bezug auf die West-Ost-Angleichung groß sind. Juristisch läßt sich aber allenfalls annehmen, erst recht nach der weicheren Fassung der Vorschrift, daß Unterschiede zwischen den Bundesländern verfassungsrechtlich legitimiert sind - hinzuweisen ist auch darauf, daß der Gleichheitssatz nicht für Sachverhalte zwischen den Ländern gilt - und der Bund nur dann eine Regelung treffen darf, wenn es Richtung Angleichung geht. Faktisch gesehen wird das schon aus politischen Gründen dazu führen, daß Bundesregelungen in jenem Bereich nur wahrscheinlich sind, wenn der schlechtere Status an den besseren angehoben wird. Rechtlich zwingend ist das aber nicht und daher darf Art. 72 Abs. 2 GG nicht überschätzt werden.

3. *Grundrechte*

Rechtlich betrachtet spielen nach all dem die Grundrechte für die Verwirklichung der Sozialstaatlichkeit die zentrale Rolle. Während rechtspolitisch und rechtstheoretisch nach wie vor eine nicht zuletzt von divergierenden Vorverständnissen beeinflusste leidenschaftliche Diskussion um die Reichweite grundrechtlicher Regelungsgehalte in sozialen Belangen geführt wird, die später an den einschlägigen Grundrechtstheorien festgemacht werden wird, sollen an dieser Stelle zunächst die verschiedenen Funktionsebenen grundrechtlicher Gewährleistungen und ihre Bedeutung für die Optimierung der Sozialstaatlichkeit angesprochen werden.

a) *als Abwehrrechte*

Als klassisch anzusehen ist die mit Grundrechten verbundene Funktion, als Menschen bzw. Bürgern zustehende rechtliche Gewährleistung Eingriffe

durch den Staat abwehren zu können. Grundrechte sind demnach - oder verbunden mit der Floskel "in erster Linie" - Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat. Für die Verwirklichung der Sozialstaatlichkeit erscheint das auf den ersten Blick wenig ergiebig, weil es hier um eine rein negatorische Funktion geht. In sozialen Fragen geht es offenbar weniger darum, abwehren zu können, daß der Staat wegnimmt, was man ohnehin nicht hat. Bei genauem Hinsehen läßt sich indes auch die negatorische Funktion für die Sozialstaatlichkeit fruchtbar machen. Hierher gehört etwa die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Steuerfreiheit des Existenzminimums: der Bürger hat einen Abwehranspruch darauf, nicht mit Steuern belegt zu werden, die nach Abzug Sozialhilfeansprüche auslösen würden. Des weiteren spielt die Abwehrfunktion im Sozialversicherungsrecht eine gewisse Rolle, weil Ansprüche auf Leistungen der Sozialversicherungsträger dann im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Eigentum sind, wenn sie wesentlich auf Eigenleistungen des Versicherten beruhen.

b) als Leistungsrechte

Heftig umstritten und im Rahmen der jüngsten Grundgesetzreform als klärende Ergänzung gescheitert ist die Funktion der Grundrechte als Leistungsrechte. Die diesbezügliche Diskussion ist nicht immer eindeutig, doch geht es dabei um Ansprüche des Bürgers gegen den Staat auf ein positives Tun, genau betrachtet um die Verpflichtung des Staates, die tatsächlichen Voraussetzungen für das Gebrauchmachen eines Freiheitsrechts mit zu liefern. Eine solche Deutung der Grundrechte, die vor allem in den neuen Bundesländern und dort vor allem in bestimmten Kreisen viele Anhänger hat, würde also aus Art. 13 Abs. 1, der die Unverletzlichkeit der Wohnung garantiert, einen Anspruch auf Zuteilung einer Wohnung im Falle der Obdachlosigkeit begründen - eben damit man dann eine Wohnung hat, in der man sein Grundrecht aus Art. 13 GG ausüben kann. Noch evidenter wird die angesprochene Funktion bei Art. 12 Abs. 1 GG, der Berufswahlfreiheit. Als Leistungsrecht gedeutet führt dieses Grundrecht zu einem Rechtsanspruch auf Arbeit.

Die vielerorts unsachlich, oft auch mit langatmig wiederholten stereotypen Argumenten geführte Diskussion möchte ich an dieser Stelle nicht aufgreifen. Allgemein anerkannt und auch vom Wortlaut der Verfassung belegbar sind allenfalls Leistungsansprüche einer Mutter aus Art. 6 Abs. 4 GG.

Nicht mit dieser allgemeinen Diskussion zu verwechseln ist indes die Problematik, ob Grundrechte nach Maßgabe einer Konkretisierung im Einzelfall im Sinne eines Leistungsanspruchs wirken können. Jene Thematik bewegt sich auf einer anderen Ebene und wird noch näher zu hinterfragen sein.

c) als Teilhaberechte

Nicht zu unterschätzen ist schließlich die Funktion der Grundrechte als Teilhaberechte zur Optimierung der Sozialstaatlichkeit jedenfalls mit Blick auf die Herstellung sozialer Gerechtigkeit. Eine Deutung der Grundrechte als Teilhaberechte nimmt bezug auf die Verteilung staatlicher Güter in einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung. Die Ursprünge jener Grundrechtsfunktion liegen damit in der Verteilungsproblematik, die auftritt, wenn es für eine staatliche Leistung mehr Bewerber gibt, als summenmäßig befriedigt werden können. Im Rahmen dieser Grundrechtsfunktion wird auch der enge Zusammenhang zwischen Freiheit und Gleichheit deutlich. Bei der Verteilung knapper Güter und bei Ablehnung originärer Leistungsansprüche aus den Freiheitsgarantien selbst entsteht so ein Grundrecht auf chancengleiche Teilhabe an staatlichen Leistungen, die zur Ausübung eines Freiheitsrechts unerläßliche Voraussetzung sind. Ausgangspunkt hierzu bildet die Numerus-Clausus-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die bei der Vergabe von Studienplätzen mit Bewerberüberhang die Länder zu einer chancengleichen Verteilung verpflichtete, die etwa nicht mehr gegeben war, wenn ein Land einseitig Landeskinder bevorzugt. Sofern die Reihe vernünftiger, einsichtiger Differenzierungskriterien zur Entscheidung ob Teilhabe oder nicht sich dem Ende zuneigt, wie etwa die Note, Eignungstests, Berücksichtigung sozialer Härtefälle, dann bleibt auch einem Rechtsstaat nur das Losverfahren, auch wenn vielfach die Anerkennung des Zufallsprinzips als Grundlage staatlicher Entscheidung verwundern mag; es kann indes sein, daß nur das Losverfahren in gleichen Fällen jedenfalls mathematisch echte Chancengleichheit vermitteln kann. Man wird sehen, ob die Einberufung zum Wehrdienst künftig diesem Prinzip wird folgen müssen.

4. Soziale Umverteilung als Verfassungsauftrag

Betrachtet man abschließend die sozialen Gehalte des Grundgesetzes, so wird sich als Fazit feststellen lassen, daß Art. 20 Abs. 1 GG erheblichen politischen Gestaltungsspielraum dadurch schafft, daß jedenfalls am Leitgedanken sozialer Gerechtigkeit orientierte Umverteilung gesellschaftlicher Mittel legitim ist; auch läßt sich annehmen, daß den Grundrechten sozialpolitisch instrumentalisierbare Funktionen innewohnen. Damit sind hinreichend Anhaltspunkte ersichtlich, welche insbesondere dem Gesetzgeber die Steuerung sozialer Sachverhalte erlauben und sie in vielen Fällen, von der Diskussion um echte Leistungsrechte einmal abgesehen, auch erfordern. Damit fangen die eigentlichen Schwierigkeiten einer rechtlich gebundenen Sozialpolitik aber erst an. Sie müssen daher nunmehr in den Mittelpunkt der Betrachtung rücken, weil die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Gewaltenteilungsgefüge nur die Rechtsfragen, nicht aber die politischen entscheiden darf.

III. Das grundsätzliche Dilemma sozialer Gehalte in Verfassungen

Das damit augenscheinliche grundsätzliche Dilemma sozialer Gehalte in Verfassungen wurde eingangs angedeutet. Der Sache nach geht es um die Reichweite rechtlicher Erkenntnis und damit auf der anderen Seite der Medaille um die Reichweite politischer Gestaltungsfreiheit. Das Dilemma rechtlich gebundener Optimierung von Sozialstaatlichkeit läßt sich in drei grundsätzliche Fragen ausdifferenzieren. Dabei handelt es sich zum einen um die Frage des Rangs der Sozialstaatlichkeit gegenüber anderen Staatsstrukturprinzipien bzw. Staatszielen, um die im Grundrechtsbereich vor allem interessante Frage der Lösung von Kollisionen und schließlich um die Konkretisierungsfrage.

1. *Die Rangfrage*

Die Frage nach dem Rang der Sozialstaatlichkeit betrifft die Möglichkeiten einer Optimierung sozialer Gehalte im Kern. Ausgehend von den Entwicklungen liberaler Rechtsstaatlichkeit im 19. Jahrhundert war vor allem das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes ein "Neuling". Prompt war eine der ersten Reaktionen, daß in einem Konfliktfall zwischen Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit erstere Vorrang genieße. Bei derartigen Auffassungen spiel(t)en freilich noch eine ganze Menge alter, vor allem seit 1848 in Europa umgehender Gespenster eine Rolle. Man sah in der Sozialstaatlichkeit eine Gefahr zur Aushebelung bürgerlicher Freiheit und hier vor allem des Grundrechts auf Eigentum. Trotz skurriler Wiederbelebung des Ganzen unter dem Stichwort Bodenreform und Rückgabeansprüche und einer gewissen Verlagerung auf das unhaltbare platte plakative Schlagwort "Freiheit geht vor Gleichheit" erweist sich aus aktueller Sicht und bei nüchterner Herangehensweise die Sozialstaatlichkeit des Grundgesetzes als dessen homogener Bestandteil. Jedenfalls apriorisch läßt sich kaum mehr von einem Nachrang gegenüber anderen Prinzipien, aber auch nicht von einem Vorrang sprechen. Neben der anerkannten wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes innerhalb der Eckpfeiler einer sozialen Marktwirtschaft geht es heute weniger um abstrakte Gewichungen denn um die Lösung konkreter Konfliktfälle; hierbei ergeben sich freilich andere Schwierigkeiten.

2. *Die Kollisionsfrage*

Wenn Umverteilung das Mittel sozialpolitischer Steuerung darstellt, ergeben sich regelmäßig Kollisionen konfligierender Rechtsprinzipien. Hier sind vor allem zwei Konstellationen denkbar: zum einen kann die Förderung eines Verfassungsgutes dadurch erfolgen, daß unmittelbar in ein anderes eingegriffen wird. Jene Konstellation tritt im Sozialbereich vor allem im sozialen Arbeitsrecht auf. Regelmäßig wird dort der Arbeitgeber durch einen Eingriff in

Grundrechtspositionen aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG beschränkt, etwa bei der Mitbestimmung oder beim Mutterschutz. Dort etwa liegt ein Kollisionsfall zwischen Art. 6 Abs. 4 GG und den genannten Grundrechten vor. Es ist dann im Einzelfall abzuwägen, welches Verfassungsprinzip überwiegt. Ob der Gesetzgeber die Kollision zutreffend gelöst hat, ist grundsätzlich justiziabel.

Die andere Fallgruppe ist schwieriger zu bewerten. Dort treten eigentlich keine echten Kollisionen im Sinne von Leistung durch Eingriff auf. Vielmehr erfolgt ein Grundrechtseingriff ohne unmittelbare Verknüpfung mit einer Leistung. Besonders augenfälliges Beispiel bildet zur Zeit die ökologische Steuerreform. Die Erhöhung von Steuern stellt einen Eingriff zumindest in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG dar. Die dadurch bezweckte oder momentan beabsichtigte Möglichkeit einer Senkung oder zumindest Stabilisierung der Sozialversicherungsbeiträge stellt lediglich eine *politische* Absichtserklärung dar. In jenen Fällen verwehrt das Bundesverfassungsgericht den Betroffenen zu Recht die Berufung darauf, einen ursprünglich oder aktuell beabsichtigten Zweck einklagen zu können. Zwar muß der Gesetzgeber zur Rechtfertigung des Eingriffs vorweisen können, einen legitimen öffentlichen Zweck mit verhältnismäßigen Mitteln zu verfolgen, ausreichend ist aber, daß, salopp gesagt, das Bundesverfassungsgericht überhaupt einen legitimen öffentlichen Zweck vorfindet und das Mittel geeignet, erforderlich und angemessen ist. Die *rechtliche* Überprüfung der *politischen* Kausalität ist indes den Betroffenen nicht möglich.

Welche Konsequenzen das hat, sei an einem Beispiel aus dem Sozialrecht gezeigt, und zwar anhand von Klagen eines Großunternehmens gegen die zur Zahlung von Konkursausfallgeld erhobene Umlage. Hier sah das Bundessozialgericht keine Möglichkeit der Arbeitgeber, die in der Zahlung des Konkursausfallgeldes möglicher Weise liegende Beihilfe der Konkurrenz als grundgesetz- und europarechtswidrig zu rügen: denn die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Leistung war nicht unmittelbar verknüpft mit der Frage nach der Rechtmäßigkeit der Erhebung der Umlage. Nur mit Bezug auf dieses Rechtsverhältnis aber waren die Arbeitgeber im konkreten Fall betroffen.

3. Die Konkretisierungsfrage

Die Konkretisierungsfrage ist schließlich eine weitere zentrale Frage nach der Abgrenzung zwischen demokratisch legitimierter Zuständigkeit des Parlaments für politische Entscheidungen und derjenigen des Bundesverfassungsgerichts für die Prüfung eben jener Entscheidungen auf ihre verfassungsrechtliche Legalität hin. Während aus juristischer Sicht zahlreiche Begriffe des Grundgesetzes einer näheren Erschließung nach Maßgabe juristischer Methodik zugänglich sind, scheint der Begriff des Sozialstaats zu schillernd sein und sich üblichen Erkenntnismöglichkeiten zu entziehen. Von daher wird

denn auch keine allgemeingültige abstrakte Lösung angestrebt; vielmehr betont das Bundesverfassungsgericht seit jeher in seinen die Sozialstaatlichkeit betreffenden Entscheidungen, der Gesetzgeber habe gerade hier einen besonders großen Entscheidungsspielraum. Wo aber genau die Grenzen liegen, obliegt der Absteckung im Einzelfall. Jedenfalls die Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts, finanzwirksame Entscheidungen selbst zu treffen, scheint endgültig aufgegeben zu sein. Die letztverbindliche Konkretisierungskompetenz zwischen Sozialpolitik und Verfassungsrecht ist nach wie vor eine offene und wohl auch eine nicht klärbare Frage. Der kritische Punkt dürfte jedenfalls dann nahe sein, wenn sich das Bundesverfassungsgericht zu zuweilen erstaunlich detaillierten Hinweisen an den Gesetzgeber für eine künftige Neuregelung veranlaßt sieht. Ob sie überschritten ist in den Fällen, in denen selbst der Bereich der Hinweise verlassen und der Gesetzgeber zu konkreten Leistungen verpflichtet wird - womit die Entscheidung dann einen positiven Regelungsgehalt aufweist - wird anhand eines jüngeren Falles zu hinterfragen sein.

Freilich trägt gerade das Dilemma der Unschärfe der Abgrenzung richterlicher und politischer Zuständigkeiten zur Optimierung der Sozialstaatlichkeit bei. Denn obwohl das Bundesverfassungsgericht eigentlich nur eine negative Kompetenz zur Kassation von Entscheidungen hat, führt die verfassungsrechtliche Beanstandung einer Regelung etwa mit Blick auf eine soziale Benachteiligung unter Mitberücksichtigung politischer Sachzwänge doch regelmäßig zur Besserstellung der Benachteiligten. Denn wenn beispielsweise das Bundesverfassungsgericht häufig eine Regelung wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz beanstandet und die willkürfreie rechtliche Gleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte fordert, so scheidet eine Angleichung auf dem jeweils schlechteren Nenner doch regelmäßig aus. Denn eine solche Lösung würde reflexartig Freiheitsrechte derjenigen, die abgeben müssen, auf den Plan rufen können und ohnehin politisch kaum zu verkaufen sein. Damit möchte ich zu Fragen der Optimierung der Sozialstaatlichkeit durch Grundrechtsschutz überleiten.

IV. Optimierung der Sozialstaatlichkeit durch Grundrechtsschutz

Wie gezeigt, spielen für die Optimierung der Sozialstaatlichkeit die Grundrechte praktisch eine größere Rolle als das Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 GG. Die Diskussion nach der Leistungsfähigkeit der Grundrechte für eine Optimierung der Sozialstaatlichkeit, gipfelnd in der Auseinandersetzung um Leistungsrechte, ist auf das engste verknüpft mit der hinter den Grundrechten stehenden Grundrechtstheorie und damit letztlich dem philosophischen Verständnis von Freiheit und Gleichheit. Um die sogleich darzustellenden jüngsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht zu Aspekten der Sozialstaatlichkeit erfassen und einordnen zu können, seien die wichtigsten Grundrechtstheorien kurz vorgestellt.

1. *Maßgeblichkeit der Grundrechtstheorie*

Grundrechtstheorien sind abgesehen von vor allem im kirchlichen Bereich noch eine erhebliche Rolle spielenden naturrechtlichen Konzeptionen - übrigens mit echten Leistungsansprüchen - ein Ausschnitt der Gesellschaftstheorie. Aus heutigem Blickwinkel sind nach wie vor präsent das liberale oder neoliberale Modell, das institutionelle Modell und zunehmend das diskursive Modell. Gerade für den Sozialbereich von großer Bedeutung ist ferner ein kommunitaristische Züge tragendes Verständnis der Grundrechte als Grundlage einer Gegenseitigkeitsordnung freier Individuen.

a) *liberales Modell*

Das klassische liberale Modell beschränkt ausgehend von den Ideen *John Lockes* den Anwendungsbereich der Grundrechte auf die Abwehr von Eingriffen des Staates in einen mehr oder weniger ursprünglichen Freiheitsbereich der Bürger. Der Staat wird bekanntlich auf eine reine Überwachungs- und Sicherungsfunktion zurückgeführt. Das freie Spiel der gesellschaftlichen Kräfte führt, sich selbst überlassen, zur Optimierung des öffentlichen Wohls und damit auch nicht wirklich zu sozialen Fragestellungen gegenüber dem dafür ohnehin nicht zuständigen Staat. Es versteht sich von selbst, daß derartige Vorstellungen zu einer gewissen Betonung wirtschaftlicher Grundfreiheiten wie der Berufs-(im 19. Jahrhundert: Gewerbe-) sowie der Eigentumsfreiheit führten. Noch heute resultiert aus jener Sicht die harsche Ablehnung wie auch immer gearteter Leistungsansprüche aus Grundrechten sowie eine ebenso harsche Ablehnung irgendeiner Geltung der Grundrechte zwischen Privatpersonen.

Bekanntlich ist dieses Modell schon im 19. Jahrhundert in die Kritik geraten, welche bis heute vornehmlich aus dem linken Lager anhält. Mit kurzem Verweis auf die Zustände der Industrialisierung wird das philosophische Konzept der "invisible Hand" als grundlegend gescheitert betrachtet und einer Neuorientierung das Wort geredet. Die eigentliche Frage aber ist: ist die philosophische Idee wirklich gescheitert und bedarf es wirklich einer grundlegenden Neukonzeption? Schon die erste Frage muß zumindest offen bleiben. Das Wirken der "invisible Hand" war zu keinem Zeitpunkt möglich, weil es nie gleichermaßen garantierte Freiheit gab und der "invisible hand" schon prophylaktisch auf die Finger geklopft wurde. Liberale Freiheitsrechte waren schon rechtlich von Anfang an ungleich verteilt: auf der einen Seite Gewerbe- und Eigentumsfreiheit, auf der anderen Seite aber plutokratisches politisches System, also Wahlrechtsungleichheit zu Gunsten der Besitzenden (auch nach Immanuel Kant sollten übrigens Friseur keine Wahlrecht besitzen), keine Koalitionsfreiheit für Arbeitnehmer, wohl aber für Arbeitgeber, keine Vereins- und nur eingeschränkte Meinungsfreiheit, einen Höhepunkt in den Sozialistenge-

setzen erreichbar. Von daher hatte schon die Theorie nie eine wirkliche Chance. Damit wird aber der empirisch begründete Schluß zweifelhaft, es müsse eine völlige Neukonzeption erfolgen. Klar erscheint daher nur, daß der moderne Staat als Interventionsstaat nicht bei dem ursprünglich liberalen Modell verharren kann; aufgegeben werden kann und muß es nicht. Vielmehr bedarf es einer Korrektur dahin gehend, liberale Freiheit durch echte Chancengleichheit anzureichern. Von daher geht der Streit um die Optimierung der Sozialstaatlichkeit heute eher darum, ob die Chancengleichheit mehr als Garantie tatsächlicher Chancengleichheit oder lediglich als rechtliche Chancengleichheit zu begreifen ist. Genau betrachtet bewegt sich staatliche Umverteilung zur Optimierung von Sozialstaatlichkeit zwischen jenen beiden Polen. Dann aber sind Freiheitsprobleme immer zugleich auch Gleichheitsfragen und Gleichheitsfragen sind immer auch Fragen der Gesellschaftspolitik. Dabei nach altliberaler Manier einfach zu sagen, Freiheit gehe vor Gleichheit, natürlich um Umverteilung Erfolg versprechender abwehren zu können, geht am eigentlichen Problem vorbei.

b) Institutionelles Modell

Die institutionelle Grundrechtstheorie bricht mit der tradierten Vorstellung eines unabhängig von Gesellschaft und Staat jedem einzelnen zukommenden Freiheitsraums. Grundrechtliche Freiheit erscheint von daher bedingt durch die tatsächlichen gesellschaftlichen Rahmenbedingungen. Grundrechte sind nach dieser Sicht Einrichtungen der Gesellschaft als Eckpfeiler gesellschaftlicher Entfaltung oder, anders gewendet, der Entfaltung des Menschen durch die Menschen. Damit verengen Grundrechte von vorne herein nicht den Blickwinkel auf das Verhältnis Individuum-Staat, sondern rücken die Funktion der Ermöglichung von Entfaltung durch Freiheit in den Mittelpunkt. Wenn es aber um die Entfaltung durch Freiheitschancen geht, stellt sich auch der Aspekt der tatsächlichen Voraussetzungen des Freiheitsgebrauchs anders dar. Institutionell betrachtet wird staatliche Ver- und Umverteilung notwendige Voraussetzung des Freiheitsgebrauchs. Da sie dergestalt in den Grundrechten mit angelegt ist, stellen sich auch einzelne Leistungsansprüche nicht zwingend als systemwidrig dar.

c) Diskurstheoretische Begründung

Seit kürzerer Zeit in der Diskussion ist eine diskurstheoretische Grundlegung der Grundrechte. Grundrechte erscheinen so insbesondere nach der Diskurstheorie von Jürgen Habermas als grundlegende Verbürgungen, welche sich die Rechtsgenossen zu Beginn des Diskurses zwecks Sicherung seiner Rahmenbedingungen zuerkennen müssen. Bei genauem Hinsehen erhalten Grundrechte damit eine eigentlich kontraktualistische Grundlage. Für meine später ver-

folgten Zwecke reicht an dieser Stelle der Hinweis, daß damit ein Verständnis der Grundrechte als einer sogenannten objektiven Wertordnung mit hieraus folgender eingeschränkter Verbindlichkeit auch im Verhältnis von Privatpersonen zueinander unvereinbar ist.

d) *Grundrechte als Element einer Gegenseitigkeitsordnung*

Mit ähnlicher Konsequenz, aber mit einem eher historischen Begründungsansatz, der die Grundrechte auf ursprüngliche Entwicklungen zurückführen möchte, versteht der Staats- und Sozialrechtler *Görg Haverkate* die Grundrechte als Bestandteil einer Gegenseitigkeitsordnung zur Optimierung möglichst freier und vor allem chancengleicher Gegenseitigkeit. Die nähere Begründung kann ich hier nicht nachzeichnen. Konsequenz ist die Absicherung einer funktionellen Erweiterung der Grundrechtsgewährleistungen über das liberale Abwehrmodell hinaus in Richtung einer auch unmittelbaren Bürgergerichtetheit, vor allem dann, wenn diese freie Gegenseitigkeit der Individuen ermöglicht, fördert oder formt.

2. *Grundrechte als Prinzipien*

Mit den theoretischen Erklärungen, vielleicht abgesehen von der klassisch liberalen, ist ein Verständnis der Grundrechte als Prinzipien kompatibel. Als Prinzip begriffen beinhaltet ein Grundrecht ein Optimierungsgebot, das angesprochene Freiheits- oder Gleichheitsthema möglichst optimal zu verwirklichen. Kommt es dabei zu Kollisionen zwischen Optimierungsgeboten, hat eine Abwägung zu erfolgen, deren Ergebnis eine rechtliche Regel, durchaus im Sinne eines binären Codes, darstellt. Im Gegensatz zur ursprünglichen Deutung der Grundrechte als Leistungsrechte stellt sich rechtstheoretisch die Annahme eines Leistungsanspruchs aus Grundrechten heraus als zwar nicht zwingende, so aber doch theoretisch mögliche regulative Lösung eines Prinzipienkonflikts dar. Die hier mehrfach skizzierte Problematik sozialstaatlicher Entscheidungen focussiert damit auf die vorzunehmende Abwägung, für die in erster Linie der demokratisch legitimierte Gesetzgeber zuständig ist. Ob und in welchem Umfang sie fehlerhaft ist, unterliegt dann der Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts.

V. **Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**

Vor dem dergestalt aufbereiteten Hintergrund soll nunmehr die Rechtsprechung zur Optimierung der Sozialstaatlichkeit in den Mittelpunkt der Betrachtungen gerückt werden.

1. *Der Gleichheitssatz als Instrument sozialer Umverteilung*

Aus dem Katalog der vom Bundesverfassungsgericht heran gezogenen Grundrechte spielt mittlerweile der Gleichheitssatz des Grundgesetzes - Art. 3 Abs. 1 GG - die entscheidende Rolle. Hierbei ergeben sich indes, wie zu zeigen sein wird, besondere Probleme betreffend das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, insbesondere mit Blick auf die Rechtsprechung betreffend das Vorenthalten von Begünstigungen. Dazu soll nachfolgend kurz auf das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit aus Sicht der Rechtsprechung eingegangen werden, sodann auf die sogenannte neue Formel des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung des Gleichheitssatzes und schließlich auf die konkrete Entscheidung vom 14. März 2000 zur Kriegsopferversorgung in den neuen Bundesländern.

a) *Freiheit und Gleichheit*

Die historische Unterscheidung zwischen Freiheitsrechten einerseits und Gleichheitsrechten andererseits hat vielfach zu einer strikten Trennung beider Gewährleistungen und, wie erwähnt, oft zu dem Pauschalurteil geführt, Freiheit genieße vor Gleichheit den Vorrang. Das Bundesverfassungsgericht hat sich freilich diese Formel nie ernsthaft zu eigen gemacht. Dennoch überwogen früher Entscheidungen, welche ausgehend von einem Freiheitsgrundrecht Gleichheitserwägungen im Rahmen der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Prüfung einbezogen. Dem gegenüber prüft das Bundesverfassungsgericht seit geraumer Zeit Art. 3 Abs. 1 GG öfter selbständig und bezieht in die Prüfung der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung Aspekte des zu Freiheitsrechten entwickelten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein. Ein Beispiel für die erste Praxis bildet etwa die Pflichtexemplarentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Dort ging es um die Verpflichtung zur kostenfreien Abgabe von Druckwerken an die Deutsche Bibliothek. Das Bundesverfassungsgericht sah hier für die Hersteller von teuren Faksimiléausgaben in geringer Stückzahl einen Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG als gegeben an. Bei genauem Hinsehen aber lag deshalb ein unverhältnismäßiger Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG vor, weil Hersteller teurerer Druckwerke in geringer Auflage gegenüber den Herstellern von Massenartikeln ungleich behandelt wurden und genau diese Ungleichbehandlung unverhältnismäßig war. Der Unterschied zur neueren, von Gleichheitsrechten ausgehenden Rechtsprechung zeigt sich, wenn es um den Bereich des gleichheitswidrigen Vorenthaltes staatlicher Leistungen geht. Denn die (schrittweise) Emanzipation des Gleichheitssatzes von der liberal negatorischen Funktion der Freiheitsrechte vermag dann in der Tat zu bei Freiheitsrechten grundsätzlich abgelehnten sozial motivierten Leistungsansprüchen zu führen, wie nun zu zeigen sein wird.

b) *Die sogenannte "neue" Formel*

Nach der angesprochenen, inzwischen gefestigten "neuen Formel" zu Art. 3 Abs. 1 GG verletzt der Gesetzgeber das Grundrecht, wenn er bei Regelungen, die Personengruppen betreffen, eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Dabei sind dem Gesetzgeber Differenzierungen nicht schlechthin verwehrt. Entscheidend ist, daß die Differenzierung einen legitimen öffentlichen Zweck verfolgt und zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.

c) *Reichweite im Verhältnis Bürger - Staat*

Nach allen oben kurz angesprochenen Grundrechtstheorien bindet diese Formel den Gesetzgeber im Verhältnis zwischen Bürger und Staat. Um jenes Verhältnis ging es in der Entscheidung vom 14. März 2000, in welcher das Bundesverfassungsgericht die Unterschiede der Berechnung bestimmter Leistungen nach dem Bundesversorgungsgesetz für Kriegsoffer in West- und Ostdeutschland als mit dem Gleichheitssatz unvereinbar erklärt hat.

aa) *Die Entscheidung zur Kriegsofferversorgung*

In dem entschiedenen Fall hatte sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage zu befassen, ob die Vorschrift des § 84a BVG, welcher ein unterschiedliches Niveau der Kriegsofferversorgung in den alten und neuen Bundesländern festschreibt, verfassungskonform ist. Im Ergebnis hat das Bundesverfassungsgericht die Unterschiede zunächst als gerechtfertigt angesehen. Unvereinbar sei es aber bei einer Personengruppe, deren Entschädigungsansprüche an einen Tatbestand noch vor der deutschen Teilung angeknüpft werden, dergestalt an den späteren Wohnsitz anzuknüpfen, daß die ostdeutschen Kriegsoffer über eine einigungsbedingte Übergangsphase hinweg keine gesetzliche Perspektive erhielten, daß die jeweils für Deutschland erbrachten Lasten trotz gleicher Gesundheitseinbußen zu gleichen Entschädigungen führten. Insbesondere bemängelte das Bundesverfassungsgericht die fehlende Perspektive nach Angleichung sowie den Umstand, daß zahlreiche Anspruchsberechtigte den Fall der Angleichung nicht mehr erleben würden. Im Rahmen einer Fußnote möchte ich anmerken, daß die Frage nach der Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf Besoldungsfragen im öffentlichen Dienst mit höchster Vorsicht zu stellen ist. Denn mehr als deutlich wird die besondere Situation der Kriegsoffer dargelegt, daß es insoweit um die Perspektive geht, die Angleichung zu Lebzeiten noch erleben zu können, um so zu erfahren, daß der Gesetzgeber die damals einheitlich erlittenen Schädigungen unbeschadet des

späteren Wohnsitzes in Ost- oder Westdeutschland auch moralisch anerkennt und rechtlich gleichbehandelt. Das dürfte zumindest derzeit noch bei der Lohndebatte fehlen, selbst dann, wenn man das Sondervotum zur Entscheidung betrachtet, das anstelle des allgemeinen Gleichheitssatzes eine Diskriminierung wegen der (ostdeutschen) Herkunft nach Art. 3 Abs. 3 GG annehmen will.

bb) Anerkennung faktischer Leistungsansprüche als Gleichheitsgebot

Das eigentlich spektakuläre der Entscheidung ist vielmehr die ziemlich genaue Bestimmung des Ablaufs der Schonfrist für den Gesetzgeber für Ungleichbehandlungen auf einen Zeitraum vor der Entscheidung, nämlich den 31. Dezember 1998, nach deren Ablauf die Ungleichbehandlung verfassungswidrig wurde. Daß insoweit eine zunächst verfassungskonforme Lage durch Zeitablauf in eine verfassungswidrige Lage umschlagen kann, ist freilich nichts neues. Bemerkenswert ist jedoch die Aufgabe einer gewissen zurückhaltenden Praxis, im Bereich sozialer Leistungen den Gesetzgeber zu einer künftigen Neuregelung anzuhalten, oft mit mehr oder weniger großzügigen Übergangsfristen und oft mit den erwähnten Hinweisen für die künftige Regelung verbunden. Diese früher häufige Praxis, eine Regelung nicht rückwirkend zu verwerfen, führt aber zu einem echten rechtlichen, nur vielleicht politisch nicht vorhandenen Spielraum. Denn wenn festgestellt wird, daß eine Differenzierung verfassungswidrig ist und der künftigen Neuregelung bedürfe, hat der Gesetzgeber rechtlich den Spielraum, die Differenzierung zu beseitigen, indem er die Fälle entweder an das höchste Niveau angleicht, oder an ein gemeinsames niedrigeres Niveau, wobei es dann "nur" um sogenannte unechte Rückwirkung zu Gunsten der Abgebenden geht, oder aber indem er eine dritte, völlig neue Regelung trifft.

Genau dieser, wenn auch hauptsächlich rechtliche Spielraum wird dem Gesetzgeber nunmehr gleichsam genommen. Denn die Verpflichtung zur rückwirkenden Gleichbehandlung läßt, zumindest für die Zwischenzeit, ausschließlich die erste Variante, die der Angleichung auf hohem Niveau zu. Denn eine Absenkung der Leistungen nach unten ist als echte Rückwirkung mit Wirkung für die Vergangenheit und den diesbezüglichen Vertrauensschutz undenkbar; ebenso dürfte eine dritte Variante, die zu Einbußen führt, nicht zulässig sein. Damit aber hat das Bundesverfassungsgericht zumindest faktisch über Art. 3 Abs. 1 GG ein echtes soziales Grundrecht geschaffen, ein Grundrecht auf staatliche Leistung im Sinne einer Angleichung an das höhere Niveau.

Damit stellt sich die Frage nach der Kritik. Sie kann zum einen in die Richtung gehen, das Bundesverfassungsgericht überschreite den Bereich der rechtssprechenden Gewalt zu Lasten der unmittelbar demokratisch legitimierten Politik des Gesetzgebers. Zum anderen findet sich der Verweis auf das Budget-

recht des Parlaments, welches über eine jüngst zunehmende finanzwirksame Rechtsprechung ausgehebelt würde. Beide Fragen sind sehr ernst zu nehmen, erscheinen mir aber nicht durchschlagend. Denn die Frage ist doch, ob es unmittelbare Folge einer Kassationsentscheidung ist, wenn dem Gesetzgeber aus rechtsstaatlichen Gründen nur die Angleichung auf hohem Niveau bleibt. Das ist gerade nicht der Fall und der Gesetzgeber hat sich diesen Spielraum wegen der vielleicht nicht erforderlichen Überbegünstigung selbst genommen. Der zweite Aspekt ist ernster zu beurteilen, aber gleichfalls zu Gunsten des Bundesverfassungsgerichts zu entscheiden. Denn das Budgetrecht der Vergangenheit ist nicht betroffen. Das Budgetrecht der Zukunft wird belastet mit inzwischen erwiesenen rechtlichen Verpflichtungen, was haushaltsrechtlich etwas selbstverständliches ist. Die eigentliche und mit Rechtsargumenten verbrämte Tragik liegt allein im politischen Bereich, wenn eine möglicherweise neue Regierung die kalte verfassungsgerichtliche Dusche für Säumnisse einer alten abbekommt. Aber: c'est la vie!

Insgesamt gesehen ist der Entscheidung damit beizupflichten. Sie ist motiviert vom Gedanken echter Sozialität im Sinne einer Anerkennung gleicher, für die Gemeinschaft erbrachter Lasten. Ob die Grenze zur politischen Entscheidung wirklich eingehalten wurde, den Zeitpunkt zwischen noch verfassungskonformer und schon verfassungswidriger Lage auf genau den 31. Dezember 1998 festzusetzen, sei einmal offen gelassen; eine faktische Crux der Angelegenheit liegt hier offenbar auch in einer steten Überlastung des Gerichts, dessen lange Verfahrensdauer eine nicht zu unterschätzende Ursache für die Notwendigkeit rückwirkender finanzwirksamer Entscheidungen darstellt.

2. *Reichweite im Verhältnis der Bürger untereinander*

Noch brisanter als die Begründung sozialer Ansprüche im Verhältnis Bürger-Staat stellt ist die sogenannte Drittwirkung, also die Geltung im Verhältnis Privater untereinander. Sie soll anhand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2000 zum Verbot der Benachteiligung Behinderter angesprochen werden.

a) *Die Entscheidung zum Diskriminierungsverbot Behinderter*

Die nun anzusprechende Entscheidung der 1. Kammer des 1. Senats betraf folgenden Fall: Der Beschwerdeführer lebte in Berlin im zweiten Stock zur Miete. Er war verheiratet mit einer gehbehinderten Ehefrau. Als mit zunehmendem Alter die Praxis, die Frau zu tragen, zu mühsam wurde, bat er den Vermieter um die Zustimmung zum Einbau eines Treppenliftes auf eigene Kosten. Der Vermieter lehnte dies ab, da hierdurch das Treppenhaus schmaler würde und er sich möglicherweise Haftungsrisiken aussetze. Das Landgericht

Berlin prüfte nach, ob der Vermieter durch seine Ablehnung gegen das Schikaneverbot verstoßen habe und lehnte das ab, so daß die Klage erfolglos war. Auf die gegen das Urteil gerichtete Verfassungsbeschwerde des Ehemannes hob das Bundesverfassungsgericht das Urteil auf, weil es von Grundrechts wegen einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung als gegeben ansah: bei der Abwägung zwischen dem Besitzrecht des Mieters aus Art. 14 Abs. 1 GG und dem Eigentumsrecht des Vermieters aus Art. 14 Abs. 1 GG müsse die Wertentscheidung des Art. 3 Abs. 3 GG - Verbot der Benachteiligung Behinderter - den Ausschlag geben. Damit geht es der Sache nach um Optimierung von Sozialstaatlichkeit im Verhältnis Privater untereinander. Das führt zur Frage einer hinreichenden Begründung einer Privatrechtsgeltung der Grundrechte am Maßstab der vorliegenden Entscheidung.

b) Geltung der Grundrechte im Verhältnis der Bürger zueinander

Die einzige Vorschrift aus dem Grundrechtskatalog, die zum Verhältnis der Geltung der Grundrechte im Verhältnis der Bürger untereinander etwas aussagt, ist Art. 9 Abs. 3 Satz 2. Das alte juristische Spielchen ist, ob man nun einen Analogieschluß oder einen Umkehrschluß oder keinen von beiden zieht. Das Bundesarbeitsgericht traut sich erstgenannte Lösung zu und gelangt zur unmittelbaren Geltung der Grundrechte auch im Verhältnis Privater zueinander. Nach liberaler Tradition bleibt nur der Umkehrschluß und Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG ein Fremdkörper. Das Bundesverfassungsgericht hat sich für einen dritten Weg entschieden: die Grundrechte gelten zunächst nur im Verhältnis Bürger-Staat. Den Grundrechten sei aber darüber hinaus eine objektive Wertordnung (ursprünglich inspiriert durch materiale Wertethiken) immanent, die auch im Verhältnis Privater zueinander eine Rolle spiele. Deren Verhältnis zueinander habe aber grundsätzlich der Zivilgesetzgeber geregelt, so daß die diesbezüglichen Regelungen einschlägig seien. Die Wertordnung der Grundrechte komme aber dann zur Geltung, wenn es um die Auslegung solcher Vorschriften gehe, die offen für Wertfragen seien. Das seien vor allem die Vorschriften des § 242 BGB, wonach Verträge nach Treu und Glauben zu erfüllen seien, sowie § 138 BGB, der auf die guten Sitten Bezug nehme. An dieser wertbegründeten Theorie der mittelbaren Drittwirkung hält das Bundesverfassungsgericht offenbar bis heute fest.

c) Kritik der Rechtsprechung

Die Kritik an der einmal mehr bestätigten Entscheidung, wonach das Besitzrecht des Mieters grundrechtlich geschütztes Eigentum nach Art. 14 Abs. 1 GG ist, möchte ich nicht aufgreifen. Ich halte die Kritik für unberechtigt. Das eigentlich bemerkenswerte an der hier erörterten Entscheidung ist die prinzipielle Übertragung grundrechtlicher Leistungsansprüche aus dem innerhalb

einer Freiheitsgarantie mitberücksichtigtem Art. 3 Abs. 3 GG. Nahezu erstaunlich ist dabei, daß das Bundesverfassungsgericht die strittige Frage, ob Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nur die Benachteiligung Behinderter verbiete oder den Staat aktiv zu positivem Tun zum Ausgleich von Nachteilen verpflichte, offen gelassen hat. Ohne dies zu klären, soll das Ergebnis aber im Verhältnis Privater zueinander über die Figur der mittelbaren Drittwirkung erreicht werden können. Philosophisch ist aber inzwischen weitgehend geklärt, daß derartige Kollisionsfragen nicht unter Hinweis auf eine durch die Grundrechte statuierte objektive Wertordnung auch moralischer Natur, die gerade wegen ihrer moralischen Natur in Begriffen wie Treu und Glauben und gute Sitten wirksam werde, lösbar sind. Von daher vermag die Entscheidung in ihrer Begründung kaum zu überzeugen, erst recht nicht, wenn man die sogenannte objektive Wertordnung klassisch als Annex der gegen den Staat gerichteten Grundrechtsgarantie ansieht. Zumindest dann hätte klargemacht werden müssen, daß es schon auf dieser Ebene um die Frage eines Leistungsrechts - und zwar aus Art. 14 Abs. 1 GG ging. Das durfte nicht offen bleiben und das Zitieren der Wertordnung vermag keinen Ersatz für Gründe abzugeben, warum gerade das Recht eines Mieters hier den ebenfalls grundrechtlich als Eigentümer geschützten Mieter zu einer Leistung im Sinne des Duldens einer baulichen Veränderung seines Eigentums zwingt. Das Dilemma der Deutung der Grundrechte als Wertordnung ist eben nicht die Ermittlung dessen, was ein Wert ist, sondern welchen Wert der Wert hat.

Insoweit ist zu offensichtlich, daß sich das Bundesverfassungsgericht um das Dilemma, daß die Frau Trägerin des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, aber nicht Mieterin, der Mann Mieter und Vertragspartner, der als Beschwerdeführer nur sein Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG ins Feld führen konnte, aber nicht behindert war, ersichtlich mühevoll herumogelt. Einfach zu sagen, das Recht auf Zugang zur Wohnung gelte auch für Angehörige, ist zivilrechtlich richtig, erklärt aber immer noch keinen Anspruch auf einen behindertengerechten Treppenausbau. Hier gerät das Bundesverfassungsgericht offenkundig in die Fallstricke seiner Theorie der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte nur im Rahmen zivilrechtlicher Generalklauseln.

d) Zum maßgeblichen Begründungsansatz

Überzeugender erscheint demgegenüber ein Begründungsansatz, welcher von einer unmittelbaren und originären Geltung der Grundrechte aufgrund eines diskursiven Verständnisses oder eines Verständnisses als Gegenseitigkeitsordnung unter Einbeziehung der institutionellen Grundrechtsbegründung ausgeht. Denn dann wäre die aus Art. 3 Abs. 3 GG folgende Pflicht, Behinderte wegen ihrer Behinderung nicht zu benachteiligen, eine schon unmittelbar zwischen Privaten geltende rechtlich verbindliche soziale Pflicht, die auf Seiten des Vermieters und seines Eigentümergrundrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG die So-

zialbindungsklausel des Art. 14 Abs. 2 GG auslöst. *Deshalb* muß dann sein Grundrecht im Rahmen einer Abwägung hintanstehen. Läßt sich diese - prinzipielle - Pflicht ferner nicht anders als durch eine Leistung erfüllen, so sollte die Konsequenz der Anerkennung von neben dem zivilen Mietrecht ergänzend bestehenden grundrechtlichen Leistungsansprüchen auch gezogen werden.

Geht man schließlich angesichts der Tatsachen davon aus, daß nur die Zustimmung zum Einbau des Treppenlifts die Sozialpflicht zum Verbot von Benachteiligungen wegen einer Behinderung zu erfüllen vermag, führt das damit im Ergebnis zu einer reflexiven Anerkennung eines Leistungsanspruchs auf Seiten der Ehefrau und aufgrund ihrer Begünstigung durch den Mietvertrag auch auf Seiten des Mieters. Diesen, freilich sehr fortschrittlichen Weg wollte das Bundesverfassungsgericht indes nicht gehen. Fortschrittliche Ergebnisse aber mit alten Begründungen zu erreichen suchen, verdient zumindest den Vorwurf der Halbherzigkeit. Richtig an all dem ist es natürlich, die gesellschaftspolitische Entscheidung zum Abbau von Benachteiligungen Behinderter auch mit Hilfe der Rechtsordnung umzusetzen. Insoweit liegt keine unzulässige Politik durch Verfassungsrechtsprechung vor.

VI. Resümee: Soziale Pflichten im Gegenseitigkeitsverhältnis als implizierte Begrenzung grundrechtlicher Freiheit

Als Resümee ist nach all dem festzuhalten, daß die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wesentlich zur Optimierung der Sozialstaatlichkeit beiträgt. Gerade die Entscheidung zum Diskriminierungsverbot zeigt aber den zentralen Aspekt, mit Hilfe des Arguments tatsächlicher Chancengleichheit, die in dem entschiedenen Fall freilich rechtlich intendiert ist, echte Leistungsansprüche nicht nur gegenüber dem Staat, sondern sogar im Verhältnis Privater zueinander anzuerkennen. Das allein läßt sich nach hergebrachter Dogmatik nur schwerlich mit dem Instrument der mittelbaren Drittwirkung vereinbaren, die ursprünglich nicht auf Leistungen gerichtet war. Auch die Rechtsprechung zum Anbringen von Satellitenanlagen, die ebenfalls die Grundrechtsgeltung im Privatbereich betrifft, ging bereits in die Richtung, aus einem Grundrecht - hier der Informationsfreiheit - Rechte im Privatrecht herzuleiten. Der Sache nach ging es schon hier um Ansprüche auf tatsächliche Ermöglichung von Freiheit. Da dogmatisch die Drittwirkung der Grundrechte aber über sogenannte Generalklauseln und damit über den Gesetzgeber staatlich vermittelt wird, müßte sich ernsthaft die Frage stellen, ob die Grundrechte in ihrer Privatrechtsgeltung mehr gewährleisten als gegenüber dem Staat. Da hierzu den sogenannten Generalklauseln wie Treu und Glauben, den guten Sitten und anderen Formeln kaum etwas zu entnehmen sein dürfte, bleibt nur mehr die Erklärung, Grundrechte von vorne herein als institutionalisierte Gegenseitigkeitsordnung auch innerhalb der Gesellschaft wirkend zu begreifen. Schon die Anerkennung der tatsächlichen Voraussetzungen von Freiheit als

Schutzgegenstand der Grundrechte auch im Rahmen einer Privatrechtsgeltung korrespondiert dergestalt reflexartig mit sozialen Pflichten - hier des Vertragspartners - die dessen kollidierendes Freiheitsrecht auf Eigentum bereits implizit begrenzen.

Als These möchte ich nach all dem festhalten, daß damit soziale Pflichten im Gegenseitigkeitsverhältnis als Voraussetzung grundrechtlicher Freiheit zugleich als implizierte Begrenzung grundrechtlicher Freiheit erscheinen können und zur Herstellung von gegenseitiger Chancengleichheit auch Leistungsansprüche begründen können. Genau hierin liegt eine wirkmächtige Optimierung von Sozialstaatlichkeit durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Die Begründungsansätze sind freilich noch defizitär. Moderne Begründungsmöglichkeiten sind indes vorhanden; sie sollten genutzt werden.

Autorenangaben

Prof. Dr. Bodo Wiegand-Hoffmeister
Fachbereich Wirtschaft
Hochschule Wismar
Philipp-Müller-Straße
Postfach 12 10
D – 23966 Wismar
Telefon: ++49 / (0)3841 / 753 671
Fax: ++49 / (0)3841 / 753 131
E-mail: wiegand-hoffmeister@wi.hs-wismar.de

WDP - Wismarer Diskussionspapiere / Wismar Discussion Papers

- Heft 01/2003 Jost W. Kramer: Fortschrittsfähigkeit gefragt: Haben die Kreditgenossenschaften als Genossenschaften eine Zukunft?
- Heft 02/2003 Julia Neumann-Szyszka: Einsatzmöglichkeiten der Balanced Scorecard in mittelständischen (Fertigungs-)Unternehmen
- Heft 03/2003 Melanie Pippig: Möglichkeiten und Grenzen der Messung von Kundenzufriedenheit in einem Krankenhaus
- Heft 04/2003 Jost W. Kramer: Entwicklung und Perspektiven der produktivgenossenschaftlichen Unternehmensform
- Heft 05/2003 Jost W. Kramer: Produktivgenossenschaften als Instrument der Arbeitsmarktpolitik. Anmerkungen zum Berliner Förderungskonzept
- Heft 06/2003 Herbert Neunteufel/Gottfried Rössel/Uwe Sassenberg: Das Marketingniveau in der Kunststoffbranche Westmecklenburgs
- Heft 07/2003 Uwe Lämmel: Data-Mining mittels künstlicher neuronaler Netze
- Heft 08/2003 Harald Mumm: Entwurf und Implementierung einer objektorientierten Programmiersprache für die Paula-Virtuelle-Maschine
- Heft 09/2003 Jost W. Kramer: Optimaler Wettbewerb - Überlegungen zur Dimensionierung von Konkurrenz
- Heft 10/2003 Jost W. Kramer: The Allocation of Property Rights within Registered Co-operatives in Germany
- Heft 11/2003 Dietrich Nöthens/Ulrike Mauritz: IT-Sicherheit an der Hochschule Wismar
- Heft 12/2003 Stefan Wissuwa: Data Mining und XML. Modularisierung und Automatisierung von Verarbeitungsschritten
- Heft 13/2003 Bodo Wiegand-Hoffmeister: Optimierung der Sozialstaatlichkeit durch Grundrechtsschutz - Analyse neuerer Tendenzen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu sozialen Implikationen der Grundrechte -