

Soziale Rechte mit Verfassungsrang?

JOSEF ISENSEE

I.

Es besteht ein auffälliger Kontrast zwischen der Anerkennung, welche die sozialen Grundrechte auf der Ebene des internationalen Rechts unter den Mitgliedern der Staatengemeinschaft (die Bundesrepublik Deutschland eingeschlossen) gefunden haben, und der Zurückhaltung, welche die Bundesrepublik übt, wenn es darum geht, den sozialen Grundrechten Eingang in den Verfassungstext zu verschaffen. Die Zurückhaltung ist aus mancherlei Gründen erstaunlich.

Der Staat des Grundgesetzes legitimiert sich aus der Idee der Menschenrechte – „als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“. Er gewährleistet Grundrechte des klassisch liberalen Typus mit singulärem Maß an politischem Ernst und an rechtspraktischer Konsequenz. Es besteht Konsens darüber, daß das menschenrechtliche Staatsziel sich nicht darin erschöpft, die Staatsgewalt zu begrenzen und dem einzelnen wie der Gesellschaft Freiräume der Entfaltung zu sichern. Vielmehr obliegt dem Staat auch positive Verantwortung dafür, daß reale Bedingungen der Freiheitsentfaltung vorhanden sind. Die grundrechtliche Freiheit ist unter den heutigen Verhältnissen nicht naturwüchsig, sondern wesentlich auch Werk staatlicher Pflege. Die liberale Komponente des Grundrechtsschutzes wird ergänzt durch die soziale der Grundrechtsermöglichung und Grundrechtsförderung.

Den Grundrechten ist ihre soziale Dimension nicht deshalb zugewachsen, weil der Bonner Verfassungsgeber die hergebrachten Staatstypus-Bezeichnungen „Bundesstaat“ und „Rechtsstaat“ um das Adjektiv „sozial“ angereichert und der Verfassungs-exeget dieses zum „Sozialstaat“ hypostasiert hat. Die Klausel „sozial“ kriert keine neue Sache, sondern gibt nur einem vorgegebenen Staatsziel den Namen. Die Sozialversicherung, also jene Institution, über die sich das soziale Staatsziel prototypisch verwirklicht, reicht mit ihrer hundertjährigen Geschichte durch verschiedene Verfassungsepochen hindurch zurück in die Blütezeit des Liberalismus. Die „Arbeiterversicherung“ bedeutete die Korrektur des liberalen Systems durch staatliche Fürsorge. Diese Wende erschien den Zeitgenossen (jedenfalls den inländischen) nicht als revolutionär. Vielmehr wahrte die Tendenz, die sich hier institutionalisierte – der konservative Paternalismus –, nur eine deutsche Überlieferung: das Ethos staatlicher Fürsorge, das unterschiedlich fortwirkte seit der Ära des aufgeklärten Absolutismus mit seiner Doktrin von der „guten Policy“, seit den älteren Fürstenspiegeln und noch von weiter her aus christlichen Lehren¹. Hier zeigt sich ein Kontinuum deutschen Staatsdenkens. Es verknüpft den monarchischen Wohlfahrtsstaat des 18. Jahrhunderts mit dem demokratischen Wohlfahrtsstaat des 20. Jahrhunderts. Unter der Flagge der grundgesetzlichen „Sozial“-Klausel vereinen sich christliche, sozialkonservative Tradition und sozialdemokratische Gegenwart. Das soziale Staatsziel

¹ Vgl. Hans Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 1966.

darf geradezu als der eigentlich originelle (wohl auch der einzig originelle) Beitrag angesehen werden, den Deutschland in die Entwicklung des modernen westlichen Staates eingebracht hat².

Deutschland konnte sich in der Tat guten Gewissens dem Bekenntnis anschließen, das die Präambel des Uno-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 enthält: daß „das Ideal vom freien Menschen, der frei von Furcht und Not lebt, nur verwirklicht werden kann, wenn Verhältnisse geschaffen werden, in denen jeder seine wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte ebenso wie seine bürgerlichen und politischen Rechte genießen kann“.

Die Bundesrepublik ist den internationalen Vereinbarungen über soziale Rechte beigetreten, deren prominenteste die Europäische Sozialcharta von 1961 und der genannte Sozialpakt der Vereinten Nationen von 1966 sind³. Die sozialen Grundrechte haben in Deutschland auch eine gewisse Tradition. Die verfassungspolitische Diskussion flammte bereits 1848 in der Frankfurter Paulskirche auf. Die Weimarer Reichsverfassung enthielt ein reiches Repertoire an sozialen Verbürgungen⁴. Das gilt nicht minder für die Landesverfassungen nach 1945, die dem Grundgesetz vorausgegangen sind. Die legislatorische Phantasie der Verfassungsgeber äußerte sich vornehmlich in der Formulierung sozialer Grundrechte wie in Entwürfen von Kultur-, Sozial- und Wirtschaftsordnungen; die Bewegung erfaßte Länder jedweder politischer Couleur von Bayern bis Bremen, von Hessen bis Rheinland-Pfalz⁵.

Das Grundgesetz, das sich den sozialen Grundrechten verschließt, steht also im Vergleich zum internationalen Recht wie im innerdeutschen Verfassungsvergleich eigentümlich isoliert da.

II.

Liegt die Erklärung dieser Besonderheit in der Entstehungsgeschichte?

Der Parlamentarische Rat klammerte die Regelungsmaterie einer Wirtschafts- und Sozialordnung aus, mit ihr die der sozialen Grundrechte⁷. Zwei Gründe traten in den Beratungen hervor:

- der provisorische Charakter, angesichts dessen es sich empfehle, keine endgültige Gestaltung der Lebensordnungen zu versuchen⁸,
- und die Unabsehbarkeit der Entwicklung, angesichts derer es leichtfertig und hoffärtig sei, die „sozialwirtschaftliche Struktur“ der Zukunft in die Verfassung hineinzuschreiben⁹.

² S. Hans *Maier*, Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition, 1966, S. 24–27.

³ Zum Schutz der Sozialrechte im internationalen Recht: Jörg P. *Müller*, Soziale Grundrechte in der Verfassung? in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht N. F.* 92 (1973), S. 942–964.

⁴ Zu dem primär liberalen Charakter der Frankfurter Grundrechte und den ersten sozialen Diskussionsansätzen: *Scheuner*, in: FS-E. R. Huber, 1973, S. 150 (Anm. 55); Ernst Rudolf *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 2, 1960, S. 776 f. – Zur Geschichte der sozialen Grundrechte allgemein: *Oestreich*, in: GR I/1, 1966, S. 92–103; *Krause*, Die Entwicklung der sozialen Grundrechte (Typoskript).

⁵ Analyse der Weimarer Grundrechte: *Hensel*, Grundrechte und politische Weltanschauung, 1931; Carl *Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 169 f.; ders., Grundrechte und Grundpflichten (1932), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 194–199.

⁶ Dazu zählt auch das Saarland, das sich mit seiner Verfassung von 1947 in den Bahnen der deutschen (nicht etwa der französischen) Verfassungsentwicklung hält; das gilt nicht zuletzt hinsichtlich seiner zahlreichen sozialen Garantien. – Die Grundrechts-Phantasie ist in den nachgrundgesetzlichen Landesverfassungen weitgehend erloschen. Einzelne soziale Grundrechte finden sich noch in den Verfassungen Berlins von 1950, Nordrhein-Westfalens von 1950 und Baden-Württembergs von 1953.

⁷ Dazu Werner *Weber*, in: *Der Staat* 4 (1965), S. 411–416.

⁸ So der Abg. Carlo *Schmid* (SPD), zit. nach JöR N. F. 1, S. 43.

⁹ So der Abg. *Heuss* (FDP), zit. nach JöR N. F. 1, S. 43.

Es regen sich Zweifel daran, ob hier die eigentlichen Beweggründe aufscheinen, ob nicht die Bonner Verfassungsväter aus der Not mangelnder Konsensfähigkeit eine Tugend, die Tugend der Selbstbescheidung, gemacht haben. Immerhin spricht für eine solche Mutmaßung jener Einwand, der gegen eine Wiederaufnahme von Friedrich Naumanns Experiment, über die klassischen Individualrechte hinauszugehen und Gemeinschaftsordnungen in den Grundrechtskatalog aufzunehmen, erhoben wurde: für einen solchen Versuch sei die Zeit ebensowenig reif wie 1918; er könne leicht dazu führen, daß die Grundrechte „einen höchst heterogenen Niederschlag verschiedener Parteiprogramme“ darstellten, ohne daß sich eine einheitliche Auffassung über die Substanz des neuen Staates oder der neuen Gesellschaft herausbilde¹⁰.

In diesen Worten wird der nüchterne Geist des Grundgesetzes vernehmlich, der auf klare politische Entscheidung und juristische Durchsetzbarkeit ausgeht, der abrückt von der teils hochfliegenden, teils platten Volkskatechese, wie sie sich in den Grundrechtskatalogen der frühen Landesverfassungen findet, mit ihrer Unbekümmertheit um innere Konsequenz und um Praktikabilität.

Das Argument der Vorläufigkeit reicht jedenfalls heute nicht mehr aus, um die Abstinenz des Grundgesetzes über drei Jahrzehnte hinaus zu erklären. Längst hat sich das Provisorium auf Dauer eingerichtet und seine Staatlichkeit auch verfassungsrechtlich komplettiert. Die Lücken der Wehrverfassung und der Notstandsverfassung sind inzwischen geschlossen worden. Die Lücke der sozialen Grundrechte ist geblieben.

Die „sozialwirtschaftliche“ Entwicklung allerdings ist wie eh und je unabsehbar. Dieses Argument hat seine Kraft behalten. Es richtet sich letztlich gegen die Möglichkeit sozialer Verfassungsrechte schlechthin¹¹.

III.

Die These, das Grundgesetz enthalte keine sozialen Grundrechte, bedarf der genaueren Betrachtung und der Differenzierung.

An sich enthält das Bundesrecht soziale Gewährleistungen und Ansprüche in Fülle. Ihr Ort ist aber das einfache Gesetzesrecht. Auf Verfassungsebene, auf jener Stufe der Normenhierarchie also, auf der die liberalen Grundrechte ihren Platz haben, sind sie nur spärlich vertreten. Drei Regelungen von schmalen sachlichem und persönlichem Geltungsbereich können als „soziale Rechte“ gewertet werden: die Institutionsgarantie des Mutterschutzes (Art. 6 IV GG), der Gesetzgebungsauftrag zur Gleichstellung der unehelichen Kinder (Art. 6 V GG) und das grundrechtsgleiche Recht der Beamten auf Fürsorge, das in die institutionelle Gewährleistung des Berufsbeamtentums eingebettet ist (Art. 33 V GG)¹². Diese Spezialtatbestände prägen das Gesamtbild des Grundgesetzes nicht; sie können im folgenden vernachlässigt werden.

¹⁰ So der Abg. *Zinn* (SPD), zit. nach JöR N. F. 1, S. 44. *Zinn* wiederholt hier übrigens die hergebrachte Kritik am Weimarer Grundrechtskatalog (s. Carl *Schmitt*, Grundrechte, N 5, S. 195 f.).

¹¹ Zur Problematik sozialer Rechte mit Verfassungsrang: Hans *Huber*, Soziale Verfassungsrechte? (1948), in: Forsthoff (Hg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 1–15; *Müller* (N 3), S. 825–828; S. 1080–1091; *Tomanál*, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, 1967, S. 24–42; Georg *Brunner*, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971; *Novak*, Das Problem der sozialen Grundrechte, 1972; *Wildhaber*, in: FS-Imboden, 1972, S. 371–391; *Denninger*, Staatsrecht II, 1979, S. 162–168. – Umfangreiche Bibliographie in: *Hernekamp*, Soziale Grundrechte, 1979, S. 235–252.

¹² Vgl. *BVerfGE* 17, 337 (355): Art. 33 V GG als „spezielle Konkretisierung der Sozialstaatsklausel“.

Eine Abstraktionsstufe oberhalb der Grundrechte, auf der Stufe der höchsten Ziel- und Formprinzipien der Verfassung, finden sich dagegen einschlägige Verfassungsdi- rektiven, die, für sich genommen, zwar keine sozialen Rechte darstellen, wohl aber solche hervorbringen, rechtfertigen, absichern oder begrenzen können. Dazu gehö- ren: der Satz von der Menschenwürde, die Ideen von Freiheit und Gleichheit, das soziale Staatsziel und die Rechtsstaatlichkeit, das haushaltspolitische Programm des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts¹³.

Die „Würde des Menschen“ ist an sich kein Grundrecht, sondern der Grund der Grundrechte: der Sinn, um dessen willen die einzelnen Grundrechte da sind; der Boden, auf dem sich neue, ungeschriebene Menschenrechte, auch solche sozialer Natur, entwickeln können, wenn die geschriebenen Grundrechte den Erfordernissen eines menschenwürdigen Daseins nicht genügen. Ein solches Gewächs ist etwa das Recht auf Gewähr des Existenzminimums, ein Recht, das von der Judikative aufge- wiesen und später von der Legislative anerkannt worden ist¹⁴.

Heute schießen die verfassungsexegetischen Ansätze üppig ins Kraut, die darauf abzielen, aus den abstrakten Leitgedanken des Grundgesetzes konkrete soziale Grundrechte zu deduzieren, die klassischen Freiheitsrechte zu sozialen Garantien auszubauen und einfachgesetzliche Leistungsansprüche in das Verfassungsrecht zu projizieren¹⁵. Kaum taucht ein sozialpolitisches Programm am Horizont auf, so findet sich auch ein Verfassungsinterpret, der ein entsprechendes „Grundrecht auf . . .“ plakatiert¹⁶. Das Studium der Literatur erweckt den Eindruck, daß die Verfassungsex- ege nachholte, was die Verfassungsgebung versäumt habe; daß die materielle Verfassung (also die real verstandene, akzeptierte und vollzogene Grundordnung) geradezu an sozialen Grundrechten überquellte.

Jedoch besteht nur in wenigen Auslegungsfragen Konsens. Das ungeschriebene Grundrecht auf Fürsorge bildet eine Ausnahme, welche die Regel der Interpretations- unsicherheit bestätigt. Beispielhaft ist das richtungenweisende Numerus-clausus- Urteil des Bundesverfassungsgerichts¹⁷ – „richtungenweisend“ insofern, als es gleich- zeitig in zwei entgegengesetzte Richtungen weist. Zu Anfang fährt es schweres Geschütz auf, um einen sozialstaatlichen Auftrag zur Bereitstellung ausreichender Ausbildungskapazitäten zu begründen und sogar dem einzelnen Studienbewerber einen einklagbaren Anspruch auf Schaffung eines Studienplatzes zu deduzieren. Es fallen herbe Worte: von der „krassen Ungleichheit“, zu welcher der absolute Numerus clausus führe, und vom „Rande des verfassungsrechtlich Hinnehmbaren“, an dem er sich bewege. Doch alsbald formieren sich die Gegenargumente: der Vorbehalt des Möglichen, die Haushaltssouveränität des Gesetzgebers, die Berück-

¹³ Mit Ausnahme der Zielformel des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ (Art. 109 IV GG) heben sich die genannten Normen nicht nur in ihrer Abstraktion, sondern auch in ihrem normativen Rang über reguläre Verfassungsnormen (wie die Grundrechte) hinaus, weil sie an der formellen Unantastbarkeitsgarantie (Art. 79 III GG) teilhaben und zum Fundament materialer Gerechtigkeit gehören.

¹⁴ Bahnbrechend für das Menschenrecht auf Fürsorge: *BVerwGE* 1, 159 (161 f.). Dazu: Walter *Bogs*, in: *Verh.* 43. DJT, 1962, G 14–27; *Breuer*, FS-BVerwG, 1978, S. 95–98.

¹⁵ Dazu etwa: *Scheuner*, DÖV 1971, 505–513; *Martens* und *Häberle*, in: *VVDStRL* 30 (1972), S. 7–42, 43–141; *Böckenförde*, NJW 1974, 1535–38; *Friesenhahn*, in: *Verh.* 50. DJT (1974), G 22–35; *Badura*, *Der Staat* 14 (1975), S. 17–48; *Müller* (N 3), S. 812–825; *Ossenbühl*, NJW 1976, 2104 f.; *Grabitz*, Frei- heit und Verfassungsrecht, 1976, S. 37–47; *Breuer* (N 14), S. 89–119.

¹⁶ S. etwa die Postulate eines „Grundrechts auf Bildung“ oder „auf Umweltschutz“: Bibliographien dazu bei *Hernekamp* (N 11), S. 247–251.

¹⁷ *BVerfGE* 33, 303 (332–336). – Literarisches Echo des Urteils: Nachw. bei *Breuer* (N 14), S. 112–117.

sichtigung konkurrierender Gemeinschaftsbelange, Funktionsfähigkeit und Gleichgewicht des Ganzen, die Unvereinbarkeit eines unbegrenzten, subjektiven Anspruchsdenkens auf Kosten der Allgemeinheit mit dem Sozialstaatsgedanken. Das praktische Ergebnis: die Verteilung knapper Studienplätze müsse dem Gleichheitssatz in seiner strengsten Form folgen¹⁸. Die magere Feststellung hätte des heiklen Aufstiegs in die nebligen, unausgegorenen Theoreme einer Staatsrechtslehrerdiskussion¹⁹ nicht bedurft. Die hamlethhaft schwankende Entscheidung möchte der einen Seite Hoffnung machen und die andere damit beruhigen, daß sie noch einmal davongekommen sei. Der Effekt ist hier Enttäuschung und dort Erschrecken.

In der Ambivalenz des Numerus-clausus-Urteils spiegelt sich die prinzipielle Ambivalenz sozialer Grundrechte, und zwar der im Zuge der Auslegung zu erschließenden wie der ausdrücklich gewährleisteten Grundrechte.

IV.

Was sind ‚soziale Grundrechte‘?

Die Auffassungen darüber, was im einzelnen dazu zählt, gehen auseinander. Einzeligkeit besteht wenigstens über einen Bestand typischer ‚sozialer Grundrechte‘. Zentrum und Urbild ist das Recht auf Arbeit. Ihm gesellen sich zu die Rechte auf Fürsorge, auf soziale Sicherheit, auf Wohnung, auf Gesundheit, auf Bildung, auf Umweltschutz und auf anderes mehr. Nur Rechte dieses Typs verdienen das Prädikat ‚sozial‘. Denn nur sie unterscheiden sich von den liberalen Grundrechten, deren klassische Muster die Religionsfreiheit und das Habeas-corpus-Recht sind, und von demokratischen (politischen) Grundrechten wie dem Wahlrecht.

Das Assoziationsfeld des ‚Sozialen‘ ist unbegrenzt. Die ‚sozialen‘ Rechte, wie sie in den völkerrechtlichen Vereinbarungen und in der Literatur verstanden werden, greifen weit aus, decken alles ab, was sich irgendwie auf die Wirtschaft und auf das Arbeitsleben bezieht (damit auch die Berufsfreiheit und die Koalitionsfreiheit) oder was sonst Gemeinschaftscharakter hat (wie Ehe und Familie)²⁰. Hier werden aber liberale Grundrechte als ‚sozial‘ deklariert. Das Besondere des sozialen Rechts liegt darin, daß es zu seiner Erfüllung einer staatlichen Veranstaltung bedarf, sei es einer materiellen Leistung des Staates, sei es einer Inpflichtnahme von Privaten (etwa von Privatunternehmern) durch den staatlichen Gesetzgeber. Die Berufsfreiheit wie die Koalitionsfreiheit aber werden von ihren Trägern auf eigene Faust ausgeübt. Ehe und Familie sind in erster Linie staatsfreie Bereiche. Die liberale Qualität der Freiheitsrechte wird nicht dadurch aufgehoben, daß der Staat den Schutzbereich gesetzlich ausgestaltet (etwa durch Berufsordnungen, Tarifvertragsgesetz oder Familienrecht)²¹ und daß er die Grundrechtsausübung durch besondere Leistungen fördert. Die Freiheitsrechte sind nicht schlechthin der staatlichen Einwirkung entzogen. Wesent-

¹⁸ So auch *Friesenhahn* (N 15), G 32; *Ossenbühl* (N 15), S. 2104; v. *Mutius*, Verw. Arch. 64 (1973), S. 191–193. Vgl. auch *Müller* (N 3), S. 875–879. – *Breuer* dagegen sieht als positiven individualrechtlichen Ertrag die verwaltungsgerichtliche Zuweisung von Studienplätzen (N 14), S. 115.

¹⁹ S. die Kontroversen über ‚Grundrechte im Leistungsstaat‘, in: VVDStRL 30 (1972), S. 7–191.

²⁰ So verbürgt die Europäische Sozialcharta v. 1961 auch die Koalitionsfreiheit (Teil II, Art. 5) und die berufliche Freizügigkeit (Teil II, Art. 18, 19). Der UN-Pakt v. 1966 faßt ohnehin ‚wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte‘ zusammen.

²¹ Zur gesetzgeberischen Ausgestaltung der Grundrechte: *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 1972, S. 180–233. Weit. Nachw.: *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 128–151.

lich ist allerdings, daß ihre Ausübung – im Unterschied zur Aktualisierung der sozialen Rechte – nicht durchgehend auf staatliche Hilfestellung angewiesen ist. Grundet der Unterschied zwischen liberalen und sozialen Grundrechten in einem Gegensatz von Freiheit und Gleichheit?²² Hier ist Vorsicht geboten. Auch die klassischen Grundrechte werden vom Gleichheitsgedanken regiert. Sie gewährleisten jedermann die gleiche Freiheit. Die Gleichheit in der Freiheit konvergiert mit der Gleichheit vor dem Gesetz. Auf der anderen Seite sind die sozialen Grundrechte nicht indifferent gegenüber der Freiheit. Sie sind auf effektive Ermöglichung von Freiheit, auf Breitenwirkung der Freiheit angelegt²³. Die (dem Recht nach gleiche) Freiheit entbindet und legitimiert reale Ungleichheit. Ihr stellt sich die Idee der „sozialen“ Gleichheit, die sich in die Sozialstaatsklausel wie in der Idee sozialer Grundrechte verkörpert, als Korrektiv entgegen. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß die Freiheitsrechte und der soziale Gedanke eine Ehe eingehen, allerdings eine äußerst spannungsvolle Ehe.

Es wäre auch eine unzulässige Vereinfachung, wenn die liberalen Rechte pauschal dem status negativus, die sozialen allein dem status positivus zugeordnet würden. Sicher ist der ursprüngliche und der immer vorherrschende Charakterzug der Freiheitsrechte ihre Staatsabwehr. Gleichwohl gründen sie auch nach liberalem Verständnis von jeher in einer positiven Voraussetzung: der Verantwortung des Staates dafür, daß die Freiheitssubjekte in einem geordneten Nebeneinander leben und handeln können. Selbst das Staatsideal reiner Liberalität, wie es Kant und Humboldt entworfen haben, kennt einen positiven Staatszweck (aber auch nur diesen einen): Sicherheit zu gewährleisten, also dafür zu sorgen, daß die Freiheit des einen neben der Freiheit des anderen bestehen kann²⁴. Das Bundesverfassungsgericht bewegt sich also in klassisch liberalen Bahnen, wenn es den Gesetzgeber an die Pflicht erinnert, die Integrität der Grundrechtsgüter – die Koexistenz der Grundrechtssubjekte – sicherzustellen²⁵.

Diese genuin liberale Schutzpflicht des Staates wurzelt im Boden des objektiven Rechts (nicht anders übrigens als die sozialen Programme und Rechte). Zunehmend wachsen daraus dem einzelnen subjektive Ansprüche auf staatlichen Schutz zu. Das subjektive öffentliche Recht auf polizeilichen Schutz individueller Güter (einschließlich der Grundrechte) bildet ein Beispiel²⁶.

„Sicherheit“ in diesem Sinne (deren polizeirechtlicher Aspekt die „öffentliche Sicherheit“ ist) unterscheidet sich von der „sozialen“ Sicherheit, die ein wesentliches Thema der sozialen Rechte ist. Die klassische Sicherheit bezieht sich auf die Unversehrtheit der vorhandenen Rechtsgüter. Die soziale Sicherheit gilt den wirtschaftlichen Voraussetzungen, deren der einzelne bedarf, um sich gegen Schicksalsschläge

²² So sieht *Leibholz* den Unterschied zwischen liberalen und sozialen Grundrechten in der (ausgleichsfähigen) Spannung zwischen Freiheit und Gleichheit (in: *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 1967, S. 130 f.).

²³ Formel „Breitenwirkung der Grundrechte“: *Scheuner* (N 15), S. 510.

²⁴ Vgl. *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten* 1797, §§ 44, 45; ders., über den Gemeinspruch . . ., 1793; v. *Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, 1792.

²⁵ *BVerfGE* 39, 1 (36–51). Völlig verständnislos demgegenüber die Polemik des Sondervotums von *Rupp-v. Brünneck* und *Simon* (aaO., S. 70–77).

²⁶ Zum subjektiven öffentlichen Recht auf polizeilichen Schutz: *Drews/Wacke/Vogel* /Martens, *Gefahrenabwehr* I, 1975, S. 162–172; *Breuer* (N 14), S. 103–105. – Ein liberales Recht im status positivus ist auch der Justizgewährleistungsanspruch.

(wie Armut, Krankheit, Arbeitslosigkeit) behaupten zu können. „Sozial“-relevant sind nicht die Rechtsgüter in ihrem Bestand, sondern die gesellschaftlichen Bedingungen, unter denen der einzelne Rechtsgüter erlangen und genießen kann.

V.

In der Sozialstaatlichkeit wie in den sozialen Grundrechten verkörpern sich zwei entgegengesetzte politische Bedürfnisse: ein progressives und ein konservatives.

„Progressiv“ ist das Streben nach Änderung der bestehenden Gesellschaftsverhältnisse: nach mehr Gleichheit, mehr Staatsleistungen, mehr Daseins erleichterung, mehr Glück. Das soziale Staatsziel ist unersättlich und uneinholbar²⁷. Wie der Sieg der Medizin über eine Krankheit weitere Krankheiten aufdeckt, so erzeugt die Erfüllung vorhandener sozialpolitischer Bedürfnisse noch mehr Bedürfnisse. Jede Einebnung gesellschaftlicher Unterschiede schafft neue Vergleichsrelationen. Die Angleichung vergrößert das Neidpotential. Mit jedem sozialen „Fortschritt“ verschiebt sich der Horizont der sozialen Gerechtigkeit.

„Konservativ“ ist dagegen das Bedürfnis, das Erreichte zu wahren, den jeweiligen „sozialen Besitzstand“ abzusichern, Schutz gegen Abbau sozialer Rechte zu finden²⁸. (Übersetzt in die politische Rhetorik heißt ein solcher Abbau polemisch: „soziale Demontage“ oder sozial-euphemistisch: „Abschmelzung“²⁹.)

Auf dieser „konservativen“ Linie bewegt sich die Rechtsauffassung, die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes bilde den Schutzwall aller bisherigen sozialen Errungenschaften und enthalte die institutionelle Garantie des sozialrechtlichen status quo³⁰. Die bedeutendste „sozial-konservative“ Interpretationsleistung hat das Bundessozialgericht erbracht mit dem Aufweis, daß die beitragsfundierte Anwartschaft auf eine Sozialrente grundrechtliche „Eigentums“-Qualität habe³¹. Die Auslegung hat also im Umfeld des liberalen Eigentumsgrundrechts ein soziales Grundrecht erschlossen.

Die verfassungsrechtliche Betonierung des sozialen Besitzstandes kann leicht in Konflikt mit der Gleichheit – unter sozialem wie unter liberalem Aspekt – geraten. Denn der jeweilige sozialrechtliche Status quo entspricht keinem folgerichtigen Konzept. Er ist in vielem zufallsbedingt, nicht selten auch Werk sozialpolitischer und prozessualer Geschicklichkeit. (Diese Fähigkeit wird besonders Beamten und Studienbewerbern nachgesagt.) Jedenfalls bildet sich leicht eine neue Privilegienordnung unter sozialstaatlichen Vorzeichen aus.

²⁷ Zur Sozialstaatlichkeit: *Zacher*, in: FS-Ipsen, 1977, S. 256–260; *Hepp*, in: Peisl/Mohler (Hg.), Der Ernstfall, 1979, S. 142–168. – Allgemein zu modernen Staatszielvorstellungen: *Matz*, in: Hennis u. a. (Hg.), Regierbarkeit I, 1977, S. 82–102.

²⁸ Als Prototyp kann die Weimarer Verfassungsgarantie der „wohlerworbenen Rechte der Beamten“ gelten (Art. 129 I 3 WRV). Dazu u. N. 47.

²⁹ Beispiel des Sozial-Euphemismus: die „Abschmelzung“ (= Herabsetzung des Steigerungssatzes) des Knappschaftsruhegeldes – dazu *BVerfGE* 36, 73 ff.

³⁰ Für eine solche institutionelle Garantie kraft Sozialstaatsklausel: *Fechner*, RdA 1955, 166–168; E. R. *Huber*, Rechtsstaat und Sozialstaat ... (1965), in: *Forsthoff* (N 11), S. 610 f.; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 231; *Bogs*, in: Verh. 43. DJT, 1962, G 13 f. – Dagegen *BVerfGE* 39, 302 (314); *BSGE* 15, 71 (76); 19, 88 (92). – Vgl. auch *Benda*, RdA 1979, 5; ders., NJW 1979, 1003 f. – Fundamental-kritik: *Tomanđl* (N 11), S. 41–44.

³¹ Beispiele: *BSGE* 5, 40 (41–46); 9, 127 (128); 25, 170 (172 f.). Zustimmend: *BVerfG* U. v. 28. 2. 1980, NJW 1980, 692 (693 f.). Weit. Nachw., Ergänzungen und Kritik: *Werner Weber*, in: *Weber u. a.* (Hg.), Rechtsschutz im Sozialrecht, 1965, S. 279–299; *Meydam*, Eigentumsschutz und sozialer Ausgleich in der Sozialversicherung, 1973, S. 15–90; *Papier*, VSSR 1 (1973), S. 48–63; *Badura*, in: FS-BSG II, 1979, S. 673–694.

VI.

Ein naiver Leser der Sozialrechtspakte und der Verfassungstexte dürfte erstaunen, daß Industrie- und Entwicklungsländer, kapitalistische und sozialistische Staaten in der Anerkennung sozialer Grundrechte übereinstimmen. In Wahrheit liegt aber nicht viel mehr als ein Formelkonsens vor, der den Sachdissens verschleiert.

Ein solch versteckter Dissens schleicht sich auch in die rechtsstaatlichen Verfassungen ein, die einem „Recht auf Arbeit“, „auf Bildung“, „auf Wohnung“ etc. Raum geben. Das Unbestimmte dieser Formeln ist etwas anderes als jene Unschärfe, die den unjuristisch, rhetorisch gefaßten liberalen Grundrechten eigen ist. Das „Recht auf Arbeit“ steht offen für mehrere, einander unvereinbare Deutungen, darunter für utopische Verheißungen, die nicht nur über den Rahmen einer rechtsstaatlichen Verfassung, sondern sogar über den Rahmen des praktischen Möglichen hinauschießen. Freilich läßt sich dieses Grundrecht von seiner utopischen Wolkengestalt im Wege regulärer, pragmatischer Verfassungsauslegung auf einen normativen Bestand reduzieren, der sich in das System eines Rechtsstaates mit marktwirtschaftlichem Unterbau fügt. Dabei bleibt allerdings vom „Recht auf Arbeit“ nicht viel mehr übrig als Arbeitslosenversicherung, Arbeitsvermittlung, obligatorische Vollbeschäftigungspolitik, Kündigungsschutz und sonstige Institutionen des Arbeitsrechts³². Die Verheißung aber, die in der Formel „Recht auf Arbeit“ liegt und die ihr die Volkstümlichkeit gibt, geht auf mehr, nämlich darauf, daß jedermann jeden gewünschten Arbeitsplatz erhält und behält. Diese Verheißung ist juristisch nicht einzulösen.

Angesichts dieser Offenheit für systemimmanente wie systemtranszendente Gehalte kommt es nur darauf an, wer die jeweilige Kompetenz besetzt, um die sozialen Grundrechte zu definieren³³. Ein normatives Chamäleon wie das Recht auf Arbeit (auf Bildung, auf Umweltschutz) paßt sich seiner jeweiligen politischen Umgebung an.

Das Vage dieser Normen liegt nicht in der sprachlichen Form; es folgt aus der Sache. Soziale Grundrechte beziehen sich auf eine stets veränderliche Realität. Konkrete Formulierungen, die einer Situation angepaßt sind, werden rasch durch den Wechsel der Lage überholt. Dem Verfassungsgeber bleibt nur übrig, weite, elastische Formeln zu wählen, wenn er sich nicht der Notwendigkeit aussetzen will, seine Bestimmungen ständig der Entwicklung anzupassen³⁴.

³² S. etwa moderierende und differenzierende Auslegungen des „Rechts auf Arbeit“: *Badura*, in: FS Berber 1973, S. 11–45; ders. (N 15), S. 22 f.; *Brunner* (N 11), S. 14; s. auch die Analyse *Schwerdtners* (ZfA 1977, 47–86) und die nationalökonomischen Vorschläge *Gempers* (in: FS-Gleitze, 1978, S. 140–142).

Eine pragmatische Fassung von Verfassungsaufträgen („Sozialrechten“), die ein „Recht auf Arbeit“ systemkonform umsetzen, enthält Art. 26 des Entwurfs einer Schweizer Bundesverfassung von 1977 (erstellt von der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision): „Der Staat trifft Vorkehrungen, . . . damit jedermann seinen Unterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten kann, und damit jeder Arbeitnehmer vor einem ungerechtfertigten Verlust seines Arbeitsplatzes geschützt ist . . .“ Hinzu tritt Art. 31: „Mit seiner Wirtschaftspolitik soll der Staat vor allem: a) . . ., b) Arbeitslosigkeit und Teuerung verhüten und bekämpfen; . . .“

³³ Vgl. *Werner Weber* zur Definitionsmacht über die Sozialstaatsklausel: *Der Staat* 4 (1965), S. 417. Zu den Auslegungsaporien der Menschenrechtspakte: *Tomuschat*, in: *Berberich u. a.* (Hg.), *Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht*, 1979, S. 13–21. – Empfehlungen für eine marxistische Interpretationstaktik gegenüber einem Recht auf Arbeit: *Stubby*, in: *Achten u. a.* (Hg.), *Recht auf Arbeit – eine politische Herausforderung*, 1978, S. 97 f.

³⁴ S. den Einwand des SPD-Fraktionsvorsitzenden *Wehner* gegen den Vorschlag aus den Reihen der FDP-Fraktion, ein Grundrecht auf Datenschutz in der Verfassung zu verankern: ob es sinnvoll sei, das Grundgesetz in seinen grundlegenden Bestimmungen zum Katalog werden zu lassen, den man wie den Katalog einer Firma jährlich ergänze (BT-Prot. 8/205 v. 6. 3. 1980, S. 16403 [B.]).

VII.

Nach pragmatischem, systemimmanentem Verständnis enthalten die sozialen Grundrechte nur objektivrechtliche Aufträge an den Gesetzgeber³⁵. Der Wortlaut eines „Rechts auf . . .“ aber verspricht ein subjektives öffentliches Recht. Der Bewohner Bayerns, der so leichtgläubig war, seine Landesverfassung beim Wort zu nehmen und den in Art. 106 „jedem Bewohner Bayerns“ eingeräumten „Anspruch auf eine angemessene Wohnung“ vor dem Verfassungsgerichtshof einzuklagen, wurde aus der Wolke der sozialen Grundrechtsillusion auf den Boden der sozialen Tatsachen heruntergeholt: Es könne nicht Sinn einer Norm sein, ein mit der Verfassungsbeschwerde durchzusetzendes Recht auf Leistungen einzuräumen, die zu erbringen die öffentliche Hand sich außerstande sehe³⁶.

Der Bundesgesetzgeber fügt im Sozialgesetzbuch gleich selbst der sozialen Hoffnung die juristische Ausnüchterung bei. Er proklamiert vollmundig Rechte auf soziale Sicherung, zieht sie aber durch Verweisung auf die bestehenden Gesetze im wesentlichen wieder zurück und degradiert die sozialen Rechte zu schlichten Interpretations- und Ermessensrichtlinien³⁷. Der Katalog der sozialen Rechte nimmt ein umgekehrtes Schicksal wie die Emser Depesche. Erst klingt es wie Fanfare, dann tönt es wie Chamade.

In den internationalen Sozialrechtsdeklarationen waltet Vorsicht. Die Staaten sind darauf bedacht, daß die vereinbarten sozialen Rechte keine unmittelbaren juristischen Wirkungen äußern. So schafft die Europäische Sozialcharta nur zwischenstaatliche Verpflichtungen, aber keine individuellen Ansprüche, im Unterschied übrigens zur Europäischen Menschenrechtskonvention, deren liberale Rechte self-executing sind³⁸. Auch der Sozialpakt der Vereinten Nationen begründet keine einklagbaren Rechte; er beginnt wohlweislich mit einem Bekenntnis zum Selbstbestimmungsrecht der Staaten³⁹.

Nicht jedes deutsche Gericht hält sich gegenüber sozialen Rechten so zurück wie der Bayerische Verfassungsgerichtshof in der erwähnten Entscheidung. Die Gegentendenz hat sich in der Verwaltungsrechtsprechung über die Vergabe von Studienplätzen Bahn gebrochen. Dem Bewerber wird die Klagebefugnis zuerkannt, ohne Rücksicht auf den Rang der Anwartschaft, die ihm eigentlich gemäß der rechtlich geordneten Warteliste zukäme⁴⁰. Somit ist jedem Interessenten der Weg frei, seinen Anspruch auf

³⁵ Zur nur objektivrechtlichen Natur sozialer Grundrechte: *Tomanál* (N 11), S. 24–41; *Scheuner*, Menschenrechte . . . (1967), in: Schriften zum Staatskirchenrecht, 1973, S. 433; ders. (N 15), S. 513; *Wildhaber* (N 11), S. 387–390; *Badura* (N 32), S. 43; ders. (N 15), S. 25–27, 34 f., 38; *Müller* (N 3), S. 709, 899–909 und passim;

Das Konzept objektivrechtlicher Verfassungsaufträge und Staatsziele bietet der Entwurf einer Schweizer Bundesverfassung, insbes. Art. 26, 29, 30, 31, 36. Dazu: Bericht der Expertenkommission (N 32), 1977, S. 56–85.

In der bundesdeutschen Anspruchsjurisprudenz wird regelmäßig die Grundrechtsidee mit dem subjektiven öffentlichen Recht identifiziert und die ursprüngliche objektivrechtliche Natur der Grundrechte vergessen. Zum ursprünglich objektivrechtlichen Normcharakter: *Scheuner*, in: Der Staat (Beiheft 4), 1980, S. 105–109.

³⁶ *BayVerfGHE* 15, 49 (50–59).

³⁷ S. einerseits die rhetorisch gefaßten „sozialen Rechte“ der §§ 3–10 SGB I, andererseits die juristische Minimierung in § 2 SGB I.

³⁸ Vgl. Europäische Sozialcharta v. 18. 10. 1961, Teil IV, Art. 32. – Vgl. zur Geltungsform: *Menzel*, Zeitschrift für Sozialreform 1972, S. 15–17.

³⁹ Sozialpakt v. 19. 12. 1966, Teil I, Art. 1.

⁴⁰ S. *Breuer* (N 14), S. 115.

den gewünschten Studienplatz einzuklagen, falls sich freie Kapazitäten auftun, was angesichts der prekären Berechnungsmodalitäten und angesichts des sozialgestalterischen Ehrgeizes der Verwaltungsrichter leicht möglich ist⁴¹. Die dritte Gewalt, die einmal angetreten war, die Verwaltung des Mangels rechtlich einzubinden und dem Gleichheitsgebot zu unterwerfen, macht die Anspruchsrealisierung zum Glücksspiel: Gerichtsbarkeit als Lotterie der Lebenschancen.

Wenn die Richter den Vollzug der vagen Sozialprogramme übernehmen, verschieben sich die Gewichte im Gewaltenteilungssystem von der Legislative, die in der demokratischen Ordnung zur Sozialgestaltung und zur Disposition über Haushaltsmittel berufen ist, auf die dritte Gewalt⁴²; die sozialpolitische Entscheidung wandert aus dem parlamentarischen Raum aus in den der Gerichte, deren sachliche Unabhängigkeit nicht durch politische Verantwortlichkeit beschnitten wird.

VIII.

Soziale Grundrechte erstrecken sich auch auf Güter, die der Verfügungsmacht Privater unterliegen: etwa Arbeits- und Ausbildungsplätze und Lohnregelungen. Diese Verfügungsmacht ist ihrerseits durch liberale Grundrechte geschützt: durch Berufs-, Eigentums- und Koalitionsfreiheit. Der Konflikt zwischen den sozialen Grundrechten der Leistungsberechtigten und den liberalen der Leistungsträger und -mittler ist deshalb programmiert. Der Widerspruch zur Marktwirtschaft liegt auf der Hand. Die konsequente Auslegung eines Rechts auf Arbeit und Ausbildung drängt deshalb auf Sozialisierung privatwirtschaftlicher Verfügungsfreiheit, auf Ablösung grundrechtlicher Autonomie der Unternehmer durch staatliche Lenkungs Kompetenzen⁴³. Mit der Vergrundrechtlichung der Arbeitsbedingungen schrumpft auch die Reichweite der Tarifautonomie. Die Ausführungs- und Auslegungsmacht des Staates über das Recht der Arbeit, nicht zuletzt der Grundrechtsschutz durch die Gerichte, drängt die Regelungsbefugnis der Tarifparteien zurück.

Zu Ende gedachte soziale Grundrechte heben letztlich auch die liberalen Grundrechte des Leistungsempfängers auf. Grundrechtsfreiheit ohne soziales Risiko, soziale Absicherung ohne Preisgabe individuellen Beliebens sind nicht möglich. Ein „Recht auf Arbeit“, das seinen Namen verdient, ist lebensfähig „nur in einem System von Organisationen, Meldungen, ärztlichen Untersuchungen, Arbeitsnachweisen, Arbeitsanweisungen und Pflichten zur Leistung angewiesener Arbeit“⁴⁴. Individuelle, willkürliche Bedürfnisse und staatsgarantierte Leistungen können nie zur Deckung gelangen. Folgerichtig ist letztlich nur der Ausweg, den der Sozialismus vorzeichnet: die Aufhebung aller individualrechtlichen Positionen und die Verobjektivierung aller sozialen Bedürfnisse in einem zentralen Planungssystem.

⁴¹ Übersicht über die Judikatur: *Hammer/Nagel*, NJW 1976, 654–662.

⁴² Ablehnung der Judiziabilität sozialer Grundrechte und Verwiesenheit auf die „Maßgabe der Gesetzgebung“: Hans *Huber* (N 11), S. 11, 12; *Tomandl* (N 11), S. 39–41. Grundsätzlich auch: *Müller* (N 3), S. 852–857, 903–914. Differenzierend: *Wildhaber* (N 11), S. 389.

⁴³ So im Ergebnis auch: Hans *Huber* (N 11), S. 9; *Schwerdtner* (N 32), S. 61 f., 65–68. Vgl. auch *Brunner* (N 11), S. 14 f., 30–33, 36 f.

⁴⁴ Das Ergebnis wird von der marxistischen Mohrenwäsche des „Rechts auf Arbeit“ bestätigt, die *Däubler* anstellt: Privateigentum an Produktionsmitteln müsse jedenfalls insoweit ausgeschlossen sein, als es sich in gesellschaftlich relevanten Entscheidungen über Ausbildungs- und Arbeitsplätze niederschlägt; die wesentlichen Produktionsmittel müßten in ein wirtschaftsdemokratisches Zentralverwaltungssystem eingebracht werden (in: Achten u. a. [Hg.], *Recht auf Arbeit – eine politische Herausforderung*, 1978, S. 169–176). Vgl. auch *Stuby*, ebda., S. 75–103.

⁴⁴ Zitat: Carl *Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, S. 169.

In der Verfassung der DDR von 1968 versteckt das Recht auf Arbeit nicht den Pferdefuß, den es nachschleppt: die Pflicht zur Arbeit, also die Indienstrafe des einzelnen für die sozialistische Gesellschaft.

Art. 24 DDR-Verfassung:

- „1. Jeder Bürger der DDR hat das Recht auf Arbeit. Er hat das Recht auf einen Arbeitsplatz und dessen freie Wahl entsprechend den gesellschaftlichen Erfordernissen und der persönlichen Qualifikation.
2. Gesellschaftlich nützliche Tätigkeit ist eine ehrenvolle Pflicht für jeden arbeitsfähigen Bürger. Das Recht auf Arbeit und die Pflicht zur Arbeit bilden eine Einheit.
3. Das Recht auf Arbeit wird gewährleistet durch sozialistisches Eigentum an den Produktionsmitteln, durch die sozialistische Planung und Leitung des gesellschaftlichen Produktionsprozesses, durch das stetige und planmäßige Wachstum der sozialistischen Produktivkräfte und der Arbeitsproduktivität, durch die konsequente Durchführung der wissenschaftlich-technischen Revolution, durch ständige Bildung und Weiterbildung der Bürger und durch das einheitliche sozialistische Arbeitsrecht.“

Rein redaktionstechnisch gesehen, verdient die Verfassungsnorm der DDR Respekt: ob ihrer Klarheit, Entschiedenheit und Folgerichtigkeit. Sie hebt sich in dieser Hinsicht wohltuend ab von den mehrdeutigen, halbherzigen, verblühten Formulierungen der bundesdeutschen Landesverfassungen. Unter diesen verdient die Palme des Formelkompromisses die Verfassung des Landes Rheinland-Pfalz, die es fertigbringt, Pathetik und Vorsicht pfiffig zu kombinieren, jede normative Aussage durch eine Gegenaussage zu neutralisieren und sich so alle Optionen offenzuhalten.

„Jeder Arbeitsfähige hat
in Übereinstimmung mit den Forderungen des Gemeinwohls
nach seinen Fähigkeiten
das Recht
und unbeschadet seiner persönlichen Freiheit
die Pflicht
zur Arbeit“
(Art. 53 II Verf.)

IX.

Soziale Grundrechte werden relativiert durch den Vorbehalt des Möglichen⁴⁵. Sie sollen dem einzelnen die Teilhabe an den Lebensgütern sichern. Die Verteilungsmasse der Lebensgüter ist aber begrenzt. Sie entzieht sich weithin der Planbarkeit und Machbarkeit. Diesen Sachgesetzen entgeht auch die sozialistische Zentralverwaltungswirtschaft nicht, obwohl sie individuelle Freiheit und private Bedürfnisse dem zentralen Plan opfert, die Gesellschaft perfekt durchdiszipliniert, kraft der staatlichen Informationsmonopole Versorgungsengpässe wegdefinieren kann, sich also jene rechtlichen Komplikationen erspart, denen der Rechtsstaat mit wirtschaftlichen Freiheitsrechten unterworfen ist.

⁴⁵ Zum „Vorbehalt des Möglichen“ als rechtliche Kategorie. *BVerfGE* 33, 303 (333). Vgl. auch *Zacher*, Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland, 1968, S. 29; *Badura* (N 15), S. 45; *Brunner* (N 11), S. 16 f.; *Martens* (N 15), S. 25, 31; *Hüberle* (N 15), S. 107 f., 112–120; *Novak* (N 11), S. 24; *Gemper* (N 32), S. 134 f., 139 f.

Die effektive Geltung sozialer Rechte mit Verfassungsrang hängt also von der Wirtschaftskonjunktur ab. In guten Zeiten sind sie durchsetzbar; in der ökonomischen Krise fallen sie aus. Ein Lehrstück ist das Schicksal der „wohlerworbenen Rechte“ der Beamten in der Weimarer Verfassungsära. Im Ernstfall nutzte es nichts, daß die Verfassung die Rechte als „unverletzlich“ anerkannt hatte; sie mußten sich formelle Kürzung und materielle Entwertung gefallen lassen⁴⁶. Verfassungsnormen bannen nicht Wirtschaftskrisen. Wo nichts ist, da hat auch der Sozialstaat sein Recht verloren. Jedoch kann bei verfassungsrechtlichen Leistungsrechten die Wirtschaftskrise leicht zur Verfassungskrise auswachsen. Diese Gefahr besteht nicht, solange die sozialen Rechte nur auf der Ebene des einfachen Gesetzes bleiben, das sich relativ leicht den wechselnden Gegebenheiten anpassen läßt.

X.

Es ist verständlich, daß die sinnvariablen Formeln eines „Rechts auf Arbeit“, „auf Gesundheit“ usw. in völkerrechtliche Abkommen eingehen. Völkerrecht lebt aus Rhetorik, die zur Tat anfeuern, aus Formelkonsens, der sich zu Sachkonsens verdichten, aus Hoffnung, die zu praktikablem Recht erstarken kann. Die juristischen Schwächen der internationalen Sozialpakte können sich als politische Vorzüge erweisen. Jedenfalls übernimmt die Staatengemeinschaft als solche keine unmittelbare rechtliche Verantwortung gegenüber dem einzelnen, dem die sozialen Rechte zugute kommen sollen. Die Sozialpakte werden durch die Staaten mediatisiert.

Das innerstaatliche Recht steht dagegen unter strengeren Anforderungen. Der Verfassungsstaat, der seinen Bürgern glaubwürdig bleiben will, beschränkt sich auf Normen, die sich juristisch durchsetzen, ökonomisch erfüllen und politisch verantworten lassen. Diesen Bedingungen genügen die sozialen Grundrechte nicht, solange sie in ihrer rhetorisch-utopischen Urgestalt verbleiben. Die Verfassung wird zum uneinlösbaren Versprechen. Zwischen Verfassungsnorm und Verfassungswirklichkeit reißt ein unversöhnbarer Widerspruch auf. Die unerfüllte und unerfüllbare Verfassung wird zum Rechtstitel für Revolutionäre.

Wenn die sozialen Grundrechte dagegen (sei es durch ihre sprachliche Fassung, sei es durch Auslegung) pragmatisch reduziert werden, bleibt nicht viel mehr übrig als katalogisierte Selbstverständlichkeiten. Freilich können die sozialen Grundrechte auch noch in ihrer domestizierten Form dazu beitragen, politische Debatten über Arbeitsbeschaffung, Wohnungsbau und Hochschulfinanzierung in Verfassungsstreitigkeiten zu verwandeln⁴⁷.

Bedenken dieser Art können jedoch einen Verfassungspolitiker nicht beeindrucken, der wie einst Naumann die Verfassungsurkunde zum Volkskatechismus und zum

⁴⁶ Zur Weimarer Diskussion über die „Unverletzlichkeit“ der „wohlerworbenen Rechte“ nach Art. 129 I 3 WRV: *Anschtz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1933, S. 593–595; *Friesenhahn*, in: Hamburger Wirtschaftsdienst 1930, 1143–1146; Carl *Schmitt*, Wohlerworbene Beamtenrechte... (1931), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 174–180.

⁴⁷ Dem Dilemma entgeht auch nicht der verfassungspolitische Kompromiß-Vorschlag *E.-W. Böckenfördes*, soziale Grundrechte als Verfassungsaufträge in das Grundgesetz aufzunehmen und äußerlich von den klassischen Grundrechten zu trennen (FAZ v. 27. 2. 1980/Nr. 49, S. 11). Denn entweder liegen systemgerechte Verfassungsaufträge und Einrichtungsgarantien (im Stil von Art. 6 IV GG) vor – dann fehlt ihnen gerade die Zündkraft der sozialen Grundrechte. Oder sie werden trotz ihrer grundrechtsfernen Form im Wege der Auslegung zu echten sozialen Grundrechten aufgewertet – dann sprengen sie das Verfassungssystem.

Staatsgrundbekenntnis erheben möchte⁴⁸. Soziale Grundrechte werden aus solcher Sicht nicht um ihrer rechtlichen Bedeutung willen gewollt; sie werden zu säkularen Heilsbotschaften und Sinnangeboten, zu politischen Hoffnungszielen und zu sozialreligiösen Devotionalien. – Ein Ziel freilich wird eine Verfassungskatechese mittels sozialer Grundrechte nicht erreichen: die Hebung des sozialetischen Niveaus der Gesellschaft. Dieses Ziel könnte allenfalls durch eine Kodifikation sozialer Grundpflichten angegangen werden. Mit sozialen Grundrechten dagegen wird sozialethisch nur die grassierende Anspruchsegozentrik eingeseignet; jene Haltung, welche die sozialen Vorteile für sich reklamiert, aber die Lasten, die Arbeit, die Folgeverantwortung den anderen überläßt (der „Gesellschaft“).

Das Grundgesetz ist in seiner Selbstbescheidung auf das real und rechtlich Mögliche bislang gut gefahren. Die Verfassung ohne soziale Grundrechte hat Anerkennung gefunden, die in der deutschen Geschichte ihresgleichen sucht. Die Freiheitsgrundrechte und die Organisationsnormen, die Ziel- und Formprinzipien des Grundgesetzes sind in den Konsens der pluralistischen Gesellschaft eingegangen. Der Verfassungsgeber, der im Integrationserfolg den Dank für seine Redlichkeit findet, braucht nicht zu bereuen, daß er sich nicht auf die Wechselreiterei sozialer Grundrechte eingelassen hat.

XI.

Der Sozialstaat ist Schicksal der heutigen Industriegesellschaft. Die soziale Wirksamkeit ist vital. Ihr fließen stets neue politische Energien zu aus dem Wettbewerb der Parteien, die in der Hoffnung auf Wählergunst immer weiteren Ausbau der sozialen Leistungen, immer mehr „Glück für die Menschen“ versprechen. Der soziale Elan bedarf keiner zusätzlichen Verfassungsimpulse und Verfassungskrücken. Selbst wenn das Grundgesetz die Sozialstaatsklausel nicht enthielte, wäre die sozialpolitische Entwicklung der Bundesrepublik keinen Deut anders verlaufen, als es tatsächlich geschehen ist.

Ein offensives Imperium aber baut sich keinen Limes. So ist es kennzeichnend – um ein Beispiel aus einem anderen Kapitel des Verfassungsrechts zu wählen –, daß die expansiven, dynamischen Gewerkschaften sich heute scheuen, verfassungsrechtliche Definitionen zu akzeptieren – im Unterschied zu den Kirchen, die sich hinter Verfassungsgarantien verschanzen.

XII.

Aktuelle Gefahren drohen nicht der sozialen, sondern der liberalen Verfassungssubstanz. Das verfassungsrechtliche Problem der Gegenwart liegt darin, ob und wie die Freiheit des einzelnen in der sozialverwalteten Welt überleben kann. Diese rechtsstaatliche Problematik wird erst völlig deutlich, wenn man die expansive Macht des Sozialstaates erkennt und als gegeben hinnimmt.

Das soziale Staatsziel verhält sich ambivalent zur Freiheit: es ermöglicht sie, und es bedroht sie zugleich (wie denn auch das beliebte Bild vom „sozialen Netz“ doppelsinnig ist – je nachdem, ob man es auf einen Seiltänzer bezieht oder auf einen Fisch). Gefahrenzonen der Freiheit im Sozialstaat seien stichwortartig genannt:

⁴⁸ Zur „Sozialreligion“ im Recht: *Schelsky*, Die Arbeit tun die anderen, 1977, S. 376–381. – Zu den unterschiedlichen Erwartungen, die an die Verfassung herangetragen werden, zum „instrumentalen“ und zum „materialen“ Verständnis: *Müller* (N 3), S. 715–723.

- *Privatheit*, belauert von Formular-Impertinenz, Auskunftszwang, medizinischer Untersuchung, Datenspeicherung;
- *Individualität*, unter dem sanften Druck sozialstaatlicher Konfektionierung;
- *Eigeninitiative und Arbeitswille* in den Versuchungen des Entlastet- und Betreut-Werdens;
- *Verlässlichkeit* der Leistungsbeziehungen in der steten Bedrohung durch Wankelmut des Gesetzgebers, Reformleichtfertigkeit und Willkür;
- *Transparenz* des Rechts, angesichts seiner Unübersichtlichkeit und seiner Planlosigkeit;
- *Pluralität* der Leistungsträger und Leistungsmittler, bedrängt durch Gleichschaltungsdruck und Zentralisierungstendenz;
- *Zumutbarkeit* der Soziallasten angesichts drohender Überforderung.

Die rechtsstaatlichen „Entsorgungsprobleme“, die sich aus der sozialstaatlichen Aktivität ergeben, brauchen nicht den Verfassungsgeber auf den Plan zu rufen. Man mag gute Gründe dafür finden, auch in dieser Hinsicht unserer Zeit den Beruf zur Verfassunggebung abzusprechen. Unabweislich ist aber, den Fragen durch neue, vertiefte Verfassungsauslegung zu begegnen.