

Fiat iustitia
Recht als Aufgabe der Vernunft

Festschrift für Peter Krause
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von
Maximilian Wallerath



Duncker & Humblot · Berlin

Fiat iustitia
Recht als Aufgabe der Vernunft

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1035



Bob Krum

Fiat iustitia Recht als Aufgabe der Vernunft

Festschrift für Peter Krause
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von
Maximilian Wallerath



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-11934-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

ZUM GELEIT

Freunde, Kollegen und Schüler widmen diese Festschrift Peter Krause zum 70. Geburtstag. Sie enthält Beiträge, in denen sich sein langjähriges Wirken als Forscher, Hochschullehrer und Richter widerspiegelt.

Peter Krause wurde am 27. Februar 1936 in Osnabrück geboren. Nach Schulbesuchen in Königshütte/Oberschlesien, Stadtoldendorf und Holzminden an der Weser studierte er Rechtswissenschaften und Philosophie, Soziologie und Geschichte in Saarbrücken. Zwischen erstem und zweitem juristischem Staatsexamen (2. Juni 1962 bzw. 21. Oktober 1966) promovierte Peter Krause am 26. April 1966 mit dem Thema „Die Lehre von der Arbeit in der Philosophie des Deutschen Idealismus und ihre Bedeutung für das Recht“ bei Joachim Kopper. Am 8. Februar 1973 wurde er für die Fächer Staats- und Verwaltungsrecht sowie Sozialrecht habilitiert. Nach Lehrtätigkeiten an den Universitäten Mainz und Mannheim sowie einer Professur für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Sozialrecht an der Universität Saarbrücken bekleidete er von 1975 bis zu seiner Emeritierung am 31. März 2004 die ordentliche Professur für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Trier. Dort leitet er seit vielen Jahren die Forschungsstelle „Vernunftrecht und Preußische Rechtsreform“.

Peter Krause ist ein Hochschullehrer und Forscher „alter Schule“ – eine Entpflichtung vor Vollendung des 67. Lebensjahrs wäre undenkbar für ihn gewesen. Bei wechselnden Forschungsschwerpunkten, die sich im Laufe der Zeit herausbildeten, sind es die gleich bleibende Schaffenskraft und das nie erlahmende Engagement, die ihn als leidenschaftlichen Forscher und ambitionierten Lehrer des Rechts kennzeichnen. Bei aller wissenschaftlichen Distanz zum Gegenstand war und ist sein persönlicher Einsatz unübersehbar. Das zeigt sich nicht nur in der Übernahme der alle Kräfte beanspruchenden Aufgabe der Edition von neun Bänden zum Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preußischen Staaten, sondern auch in der Bereitschaft zur Bekleidung akademischer Ämter. So war Peter Krause zweimal Dekan des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Trier, Vorsitzender der Versammlung der Universität (Großer Senat) sowie abgeordneter Gründungsdekan an der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

Peter Krause verstand und versteht es, verschiedene Zugänge zum Recht zu nutzen. Durch und durch als Jurist dogmatischer Analyse verschrieben, genügt

ihm dennoch nicht die ausschließliche Befassung mit dem positiven Recht. Seine Liebe galt und gilt nicht zuletzt der Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte, die in den letzten Jahren den Schwerpunkt seiner Arbeit bildeten.

Dabei ist es seine Sache nicht, sich wichtigen gesellschaftlichen und rechtspolitischen Entwicklungen zu entziehen. Schon seine 1966 erschienene Dissertation über die Lehre von der Arbeit befasste sich mit einem Untersuchungsgegenstand, der seit jeher größte gesellschaftliche Aufmerksamkeit genoss und heute nicht aktueller sein könnte. Sein lebhafter Geist drängt darauf, wo nötig klar Stellung zu beziehen. Aus dem Grundzug unbedingter Aufrichtigkeit erwuchs seine hohe Glaubwürdigkeit, die jeder, der Peter Krause kennt, zu schätzen gelernt hat. Sie geht einher mit einer prinzipiellen, nicht zuletzt durch seine Beschäftigung mit philosophischen Fragestellungen gespeisten Werteorientierung, die fern von rigoristischem Denken ist. Das legt eine Traditionslinie offen, die bis auf Immanuel Kants Philosophischen Entwurf „Zum Ewigen Frieden“ zurückführt, in dem sich dieser dafür ausspricht, den Bestand „eines mit Ungerechtigkeit behafteten öffentlichen Rechts“ solange zu respektieren, bis „zur völligen Umwälzung alles entweder von selbst gereift oder durch friedliche Mittel der Reife nahe gebracht worden“ sei.

Von dieser Grundeinstellung geleitet hat sich Peter Krause anspruchsvollen Aufgaben auch außerhalb der Universität gestellt und diese stets engagiert wahrgenommen. 23 Jahre war er im zweiten Hauptamt als Richter am Landesozialgericht in Mainz tätig, seit 2000 ist er stellvertretendes Mitglied des Verfassungsgerichtshofes Rheinland-Pfalz. Lange Zeit war er Landesvorsitzender des Deutschen Hochschulverbandes, Vorsitzender des gemeinsamen Schiedsamtes nach § 89 Abs. 5 SGB V sowie Mitglied der Ethikkommission der Caritas-Trärgesellschaft, in der er seit kurzem auch den Vorsitz führt. So fand er in unterschiedlichen Rollen Gelegenheit, Entscheidungsfreude mit dem Sinn dafür zu verbinden, wissenschaftliches Denken in die Praxis konkreter Problembewältigung überzuführen.

Dem beeindruckend breiten Spektrum seines wissenschaftlichen Interesses und seines Engagements entsprechen die Beiträge dieser Festschrift. Deren Aufbau folgt den unterschiedlichen Schwerpunkten, die Peter Krause in seiner wissenschaftlichen Arbeit im Lauf der Jahre gesetzt hat. An der technischen Realisierung der Festschrift haben Christian Rühr und Edna Rasch maßgeblich mitgewirkt; ihnen gebührt ein besonderer Dank.

Autoren und Herausgeber freuen sich, Peter Krause mit dieser Festschrift ihre Wertschätzung und ihren Dank bekunden zu können.

Greifswald, im Februar 2006

Maximilian Wallerath

INHALTSVERZEICHNIS

Erster Teil: Recht der sozialen Sicherung

HANS FRIEDRICH ZACHER	
Entwicklung einer Dogmatik des Sozialrechts	3
BERND VON MAYDELL	
Sozialversicherung – ein Modell für das 21. Jahrhundert?	37
PING-CHENG CHUNG	
Die Sozialversicherung in Taiwan. Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte	47
KERSTIN ODENDAHL	
Die „offene Koordinierung“ der Alterssicherungssysteme in der Europäischen Gemeinschaft	61
PETER AXER	
Soziale Versicherungsträger als Thema der grundgesetzlichen Kompetenzordnung. Verfassungsrechtliche Fragen der Errichtung und Organisation sozialer Versicherungsträger	79
INGWER EBSEN	
Die ambulante ärztliche Versorgung als Sachleistung der GKV im Überschneidungsfeld von Sozialversicherung und ärztlichem Berufsrecht sowie von Bundes- und Länderkompetenz zur Gesetzgebung.....	97
GERHARD IGL	
Wirtschaftlichkeits- und Wirksamkeitsprüfungen von Pflegeleistungen aus sozial- und verfassungsrechtlicher Perspektive	115
OTTO ERNST KRASNEY	
Hilfsmittel im Krankenversicherungs- und Pflegeversicherungsbereich – zwei Problemfelder	133

MICHAEL RUPPELT	
Künstler ohne Kunst	153
HERMANN PLAGEMANN	
Persönliches Budget – Chance für mehr Teilhabe	171
MAXIMILIAN WALLERATH	
Paradigmenwechsel in der sozialen Sicherung? Eine Nachlese zum Projekt „Hartz“	187
Zweiter Teil: Europarecht, Staats- und Verwaltungsrecht	
MATTHIAS RUFFERT	
Überlegungen zu den Rechtsformen des Verwaltungshandelns im euro- päisierten Verwaltungsrecht	215
CHRISTIAN BALDUS UND FRIEDERIKE VOGEL	
Gedanken zu einer europäischen Auslegungslehre: grammatikalisches und historisches Element	237
REINHARD HENDLER	
Innovative Impulse für das deutsche Umweltrecht durch europäisches Gemeinschaftsrecht	253
MAXIMILIAN FUCHS UND ALEXANDRA RUTZ	
Die Geltung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Beamte	267
WOLFGANG RÜFNER	
Die Richtlinie 2000/78/EG und das kirchliche Arbeitsrecht in Deutschland	283
JOSEF ISENSEE	
Verfahrensfragen der Volksgesetzgebung – Überlegungen zum Landesverfas- sungsrecht	303
RÜDIGER BREUER	
Gemeinschaftsaufgaben und Mischfinanzierung – eine Crux des Bun- desstaates	325
MEINHARD SCHRÖDER	
Die Verantwortung der Verfassungsorgane bei der auf Auflösung des Bundes- tages gerichteten Vertrauensfrage. Zum Urteil des BVerfG vom 25.08.2005 ...	349

MICHAEL REINHARDT

- Der Hochschullehrer als Richter. Anmerkungen zu einer parallelen Tätigkeit
in Exekutive und Judikative 361

HANS-WERNER LAUBINGER

- Die Untersuchung von Vorwürfen wissenschaftlichen Fehlverhaltens 379

GERHARD ROBBERS

- Bemerkungen zum Religionsunterricht in Berlin 411

THOMAS WÜRTEMBERGER

- Gewissen und Recht 427

MICHAEL KLOEPFER

- Verkehrslärmschutz als Verfassungsabwägung 443

ULRICH BATTIS

- Risikoentscheidungen durch Bauordnungsrecht – Wirkungen im Verhältnis
zu Zivil- und Strafrecht 455

CHRISTIAN HEITSCH

- Zum Recht auf Akteneinsicht in Bauleitplan- und Raumordnungsplan-
verfahren 465

Dritter Teil: Geschichte, Philosophie

DETLEF MERTEN

- Zur Staatsphilosophie im aufgeklärten Potsdam 483

FRANZ DORN

- Die napoleonische Gesetzgebung aus der Sicht von Ernst Ferdinand Klein und
Christoph Göbler 503

GUNTHER FRANZ

- „Ad magistratus Germaniae hoc tempore necessarius“. Christliche Obrigkeit,
Staat und Menschenrechte bei Friedrich Spee 533

JÖRG WOLFF

- Christian Otto Mylius – nicht nur ein preußischer Militärjurist 549

HANS WIELING

Possessorisch und petitorisch 571

THOMAS FINKENAUER

Lohn für die Rettungstat? 589

GERHARD LINGELBACH

Gottlieb Christian Schüler – ein Jenaer Rechtsgelehrter 611

NORBERT HINSKE

Kants Warnung vor dem Wohlfahrtsstaat und sein Plädoyer für den
Sozialstaat 627

LUDGER HONNEFELDER

Selbstbestimmung und Verantwortung 639

RAINER ZACZYK

„Fiat iustitia, pereat mundus“ – Zu Kants Übersetzung der Sentenz 649

Verzeichnis der Schriften von Peter Krause 665

Verzeichnis der Autoren 683

Erster Teil:
Recht der sozialen Sicherung

Entwicklung einer Dogmatik des Sozialrechts

Von *Hans Friedrich Zacher*

I. Die Anfänge des Sozialrechts und die dogmatische Blüte des Sozialversicherungsrechts

Der Name „Sozialrecht“¹ gewann in der Mitte des 19. Jahrhunderts erstmals Substanz.² Um 1800 ist das Ancien Régime zusammengebrochen. Seitdem mühen sich die deutschen Staaten mit sehr unterschiedlicher Entschlossenheit und Geschwindigkeit um den Aufbau eines modernen bürgerlichen Rechts- und Verfassungsstaates. Das Wort „sozial“ dringt von Frankreich her in die deutsche Sprache ein. Es wird in seinen drei elementaren Deutungsmöglichkeiten verstanden, die teils isoliert, teils sich überlappend und spezifisch verstanden werden: erstens, als allgemein gesellschaftsbezogen; zweitens, als allgemein gemeinschaftsverpflichtet; und, drittens, als Kritik an unangemessenen Wohlstandsunterschieden. Letzteres ist der Sinn, der mit der „sozialen Frage“ gemeint ist. Da es auf sie lange Zeit keine wesentliche rechtliche Antwort gibt, gibt es zunächst auch kein „Sozialrecht“ im Sinne von Normenkomplexen, die der „sozialen Frage“ abhelfen. Zwar gibt es, seit dem Ende des 19. Jahrhunderts verstärkt, die Armenfürsorge. Aber sie ist primär Armenpolizei: Abwehr der Gefahren, die von der Armut ausgehen. Zwar verdichtet sich das Netz begrenzter öffentlicher Einrichtungen, mittels derer – wie vor allem durch Hilfskassen – Ansätze sozialer Sicherheit organisiert werden. Aber im Verhältnis zur Not der Zeit bleiben sie partikular, wenn nicht marginal.

Anders ist es mit dem ersten Wortsinn: dem allgemeinen Gesellschaftsbezug. Die Zivilisation verändert sich rasch – vor allem das Wirtschaftsleben. Und nicht weniger rasch entwickeln sich die Praktiken der gesellschaftlichen

¹ Der Jubilar hat zur Entwicklung einer Sozialrechtsdogmatik außerordentlich viel und Wesentliches beigetragen. Darum sei ihm dieser Beitrag gewidmet. Um den Anteil, den Peter Krause an der Entwicklung der Sozialrechtsdogmatik genommen hat, zur Geltung zu bringen, wird im Folgenden vor allem auf seine einschlägigen Veröffentlichungen hingewiesen. Im Übrigen konzentriert sich der Apparat auf einige wenige Schlüsselhinweise.

² *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003; *Tennstedt*, Geschichte des Sozialrechts, in: Baron von Maydell/Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 3. Aufl. 2003, S. 24 ff.

Interaktion sowie der Nutzung, Produktion und Verteilung der Güter. Die alten Ordnungsinstrumente des Standes und des individuellen Privilegs taugen nicht mehr. Nur das allgemeine Gesetz und eine am Gesetz orientierte Verwaltungspraxis können die Autonomie der Gesellschaft und die komplexe Vielfalt der Interaktionen, die sich in ihr vollziehen, sinnvoll organisieren. Gesellschafts-, Handels- und Gewerberecht, Wasser-, Berg- und Baurecht, Ordnungen für das Kreditwesen usw. werden neu geschaffen oder neu formuliert. Und immer wieder werden Felder, auf denen das Recht in besonderem Maße dazu beiträgt, Gesellschaft zu integrieren, als „Sozialrecht“ begriffen und benannt. Hermann Roesler³ und Otto von Gierke⁴ vertreten diese Richtung. Aber letztlich sind alle Ordnungen, durch die transprivate Aktivitäten privater Subjekte geregelt werden, „Sozialrecht“ in diesem Sinne. Die „soziale“ Gemeinsamkeit dieser vielen Rechtsgebiete ist schwächer als das jeweils Besondere etwa des Aktienrechts oder des Gewerberechts, etwa des Genossenschaftsrechts oder des Wasserrechts. Der Auftrag des „Sozialrechts“ bleibt Idee. Der Einfluss auf die Entwicklung des Rechts ist schwer zu fassen.

Erst in der Zeit Bismarcks entsteht mit dem Projekt einer Arbeiterversicherung ein Corpus spezifischen Sozialleistungsrechts. Dieses Recht ist „sozial“ im Sinne einer Kritik an unangemessenen Wohlstandsunterschieden. Es will eine direkte Antwort auf die soziale Frage geben: Auch die Arbeiter sollten eine Chance – wenn auch zunächst minimaler – sozialer Sicherung haben. In der Zeit von 1883 bis 1889 entstanden die grundlegenden Gesetze über die Krankenversicherung, die Unfallversicherung und die Invaliditäts- und Altersversicherung. Sie entstanden in einer Zeit, in der nicht nur die Qualität der Gesetzgebung, sondern auch ihre dogmatische Erklärung und Einbettung einen hohen Stand erreicht hatte. Und so entstand rasch eine Literatur, die sich um ein kohärentes Verständnis des neuen Rechts bemühte. Freilich dominierten dabei die speziellen Ansätze. In jedem Fall blieben die Grenzen der drei Versicherungszweige maßgeblich. Da die neue Versicherung jedoch eine Arbeiterversicherung war, entstanden auch dogmatische Arbeiten, die am Status des Arbeiters – den die Versicherungsgesetze beträchtlich verändert und erweitert hatten – ansetzten und so eine übergreifende Ganzheit vergegenwärtigten. Zu den gesetzgeberischen Eigentümlichkeiten der Zeit zählte ferner die Kodifikation. Durch sie trug der Gesetzgeber selbst dazu bei, übergreifende, möglichst ganzheitliche Zusammenhänge sichtbar zu machen. 1911 erfasste das Prinzip der Kodifikation auch das Arbeiterversicherungsrecht: in Gestalt der Reichsversicherungsordnung. Damit war ein entscheidender Impuls gesetzt, das Sozialversicherungsrecht literarisch als eine dogmatische Einheit zu entwickeln. Freilich

³ Zu Hermann Roesler s. *Rauscher*, Die soziale Rechtsidee und die Überwindung des wirtschaftsliberalen Denkens, 1969.

⁴ Zu Otto v. Gierke s. *Thieme*, Gierke. In: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. 2, 7. Aufl. 1986, Sp. 1063 f.

irritierte, dass neues reichsgesetzliches Sozialversicherungsrecht weiterhin auch außerhalb der Reichsversicherungsordnung entstand: mit dem Angestelltenversicherungsgesetz (1911), dem Reichsknappschaftsgesetz (1923) und der Arbeitslosenversicherung (Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung von 1927). Die Literatur hielt sich zuweilen an die weiter ausgreifende Einheit der Sache, zuweilen an die engere Einheit der Kodifikation. So entstand in dem halben Jahrhundert zwischen 1883 und 1933 – um aus der nicht unbeträchtlichen Schar von Rechtswissenschaftlern, die diese Entwicklung maßgeblich trugen, die zwei leuchtendsten Namen zu nennen: zwischen Heinrich Rosin und Lutz Richter – eine Dogmatik des Sozialversicherungsrechts von hohem Niveau.⁵

Damit vertiefte sich aber auch der Graben zwischen der rechtsdogmatischen Kultur des Sozialversicherungsrechts auf der einen Seite und der rechtsdogmatischen Kultur der Frühformen anderer Sozialleistungszweige, die heute unter „Sozialrecht“ mit verstanden werden, auf der anderen Seite. Die Dogmatik des Sozialversicherungsrechts hatte im nicht-sozialversicherungsrechtlichen „Sozialrecht“ nicht ihresgleichen. Das gilt vor allem für die Fürsorge, die auch nach ihrer Reform (1924) primär *Staatsaufgabe* und nur ausnahmsweise auch ein Anspruch der Bedürftigen war. Als „gehobene Fürsorge“ war sie zudem extrem zersplittert. Der Vorrang der Aufgabe vor dem Anspruch beherrschte auch die Jugendhilfe. Die Kriegsopferversorgung war zu einem Teil zwar als Anspruch geregelt, der in einem besonderen Rechtsweg durchgesetzt werden konnte. Weite Bereiche der Hilfe für die Kriegsopfer aber waren als „gehobene Fürsorge“ auf eine Weise geregelt und organisiert, die dem Versuch einer nützlichen, relevanten dogmatischen Erklärung nur allzu große Widerstände entgegensetzte. Genug der Beispiele. Als 1933 der Rechtsstaat zusammenbrach, gehörten zu seinem Nachlass auch eine wohl entwickelte Rechtsdogmatik des Sozialversicherungsrechts, aber allenfalls Spurenelemente einer Rechtsdogmatik allen weiteren Sozialrechts. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich in der Weimarer Zeit auch wieder weitere, umfassendere Konzepte eines „Sozialrechts“ geltend machten: so eine zentrale Orientierung des Rechts an der Lebenssituation der Arbeitnehmer (Nußbaum, Sinzheimer)⁶ oder im Sinne einer postindividualistischen Gesellschaft und einer ihr gemäßen, der Entfaltung und der Einbindung der Menschen dienenden Rechtsordnung (Radbruch).⁷ Der Abstraktionsgrad dieser Konzepte war allemal zu hoch, um daraus wirkungsvoll eine differenzierte Rechtsdogmatik entfalten zu können.

⁵ Mikešić, Sozialrecht als wissenschaftliche Disziplin, 2002.

⁶ Clemens Zacher, Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, 2002, S. 142 ff., 151 ff.

⁷ Radbruch, Vom individualistischen zum sozialen Recht. In: Gustav Radbruch, Gesamtausgabe, Bd. 2: Rechtsphilosophie II, bearbeitet von A. Kaufmann, 1993, S. 485 ff.