

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 267

**Die Sozialstaatsklausel
des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab
im Normenkontrollverfahren**

**Justitiabilität und Justitiabilisierung
der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes**

Von

Klaus-Albrecht Gerstenmaier



Duncker & Humblot · Berlin

KLAUS-ALBRECHT GERSTENMAIER

**Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes
als Prüfungsmaßstab im Normenkontrollverfahren**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 267

Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab im Normenkontrollverfahren

Justitiabilität und Justitiabilisierung der
Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes

Von

Dr. Klaus-Albrecht Gerstenmaier



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 03407 4

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

Teil A

Einleitung und Problemstellung	15
---------------------------------------	-----------

Teil B

Inhaltliche Bedeutung der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes	17
--	-----------

1.	Historische Entwicklung der Sozialstaatsidee	17
1.1.	Im Mittelalter	17
1.1.1.	Im jütischen Recht	17
1.1.2.	Armenpflege kein Element der Sozialstaatlichkeit	18
1.2.	Die Auffassung Wilhelm v. Humboldts	18
1.3.	Erste Formulierungen der Sozialstaatsidee	18
1.3.1.	Rodbertus und Radowitz	19
1.3.2.	Lorenz von Stein	19
1.4.	Erste Positivierungen unter Bismarck	20
1.5.	Der Sozialstaatsgedanke in der Weimarer Verfassung	21
1.6.	Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes — reformatio in peius?	22
2.	Die Entstehungsgeschichte der grundgesetzlichen Sozialstaats- klausel	22
2.1.	Tauglichkeit der Entstehungsgeschichte als Interpretationshilfe	23
2.2.	Fehlen gemeinsamer Vorstellungen im Parlamentarischen Rat ..	24
3.	Diskussion der Sozialstaatsklausel im Schrifttum: „Indefinibles“ Beiwort oder selbständige Verfassungsentscheidung	24
3.1.	Der Begriff der Sozialstaatlichkeit als Erweiterung des Rechts- staatsprinzips	25
3.1.1.	Die Auffassung Grewes	26
3.1.2.	Die Auffassung Kleins	27
3.1.3.	Die Auffassung Ipsens	27

3.1.4.	Die Auffassung Forsthoffs	28
3.1.5.	Die Auffassung Bachofs	29
3.1.6.	Die Auffassung Scheuners	30
3.1.7.	Die Auffassung Mengers	31
3.1.8.	Die Auffassung Leibholz'	32
3.2.	Die modernere Lehre: Selbständige Bedeutung des Sozialstaats- prinzips im Verfassungssystem	33
3.2.1.	Sozialstaatsprinzip als unmittelbare Anspruchsgrundlage	34
3.2.2.	Die Auffassungen Lerches und W. Webers	34
3.2.3.	Die Auffassung Hartwichts	34
4.	Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung	35
4.1.	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes	35
4.1.1.	Die Urteile und Beschlüsse im einzelnen	35
4.1.2.	Zusammenfassung	42
4.2.	Die Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte	43
4.2.1.	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes	43
4.2.2.	Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes	44
4.2.3.	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	45
4.2.4.	Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes	46
4.2.5.	Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes	47
4.2.6.	Zusammenfassung	49
5.	Eigene Beurteilung	49
5.1.	Die Sozialstaatsklausel als unverbindliches Postulat oder gel- tendes Recht?	49
5.2.	Die formale Struktur der grundgesetzlichen Sozialstaatsklausel	52
5.2.1.	Sedes materiae	52
5.2.2.	Rechtssatz — Rechtsgrundsatz — verfassungsgestaltende Grund- entscheidung	53
5.2.2.1.	Die Sozialstaatsklausel als Rechtssatz?	53
5.2.2.2.	Die Sozialstaatsklausel als Rechtsgrundsatz?	54
5.2.2.3.	Die Sozialstaatsklausel als verfassungsgestaltende Grundent- scheidung?	57
5.2.2.3.1.	Die Lehre Wolffs von den verfassungsgestaltenden Grundent- scheidungen	57
5.2.2.3.2.	Kritische Bemerkungen zur Wolffschen Lehre	58
5.2.3.	Zusammenfassung	61
5.3.	Der materielle Gehalt der Sozialstaatsklausel — Grundlagen —	62
5.4.	Einzelfunktionen der Sozialstaatsklausel — allgemeines —	63
5.5.	Sozialstaatsklausel und Legislative	66

5.5.1.	Legislative und statisch-konservierende Funktion der Sozialstaatsklausel	66
5.5.1.1.	Verbot der ersatzlosen Abschaffung des Systems der sozialen Sicherung und anderer Institutionen	67
5.5.1.2.	Grenzen und Inhalt der konservierenden Funktion	68
5.5.2.	Legislative und dynamisch-repressive Funktion der Sozialstaatsklausel	69
5.5.2.1.	Pflicht des Gemeinwesens, äußere Not zu beseitigen	69
5.5.2.2.	Grenzen der staatlichen Eingriffsverpflichtung zugunsten des einzelnen — Prinzip der Subsidiarität	70
5.5.2.3.	Staatlicher Eingriff zugunsten sozialer Gruppierungen	71
5.5.2.4.	Korrespondierender Einzelanspruch auf legislative Aktivität ..	72
5.5.3.	Legislative und dynamisch-progressive Funktion der Sozialstaatsklausel	73
5.5.3.1.	Pflicht zur Errichtung zeitgerechter sozialer Ordnungen	74
5.5.3.2.	Kontinuierliche Anpassung anstelle radikaler Umgestaltung	74
5.6.	Sozialstaatsklausel und Verwaltung	75
5.6.1.	Verwaltung als Leistungsträger	75
5.6.2.	Soziale Zielsetzung des Verwaltungshandelns	76
5.6.2.1.	Soziale Zielsetzung bei der Festlegung unbestimmter Rechtsbegriffe	76
5.6.2.2.	Soziale Zielsetzung bei der Ausübung von Ermessen	77
5.7.	Sozialstaatsklausel und rechtsprechende Gewalt	77
5.7.1.	Bindung der Rechtsprechung durch die Sozialstaatsklausel	78
5.7.1.1.	Sozialstaatsklausel als Auslegungsregel	78
5.7.1.2.	Gefahren der Anwendung der Sozialstaatsklausel als Auslegungsregel	80
5.7.1.3.	Korrekturfunktion der Rechtsprechung auf der Basis der Sozialstaatsklausel	80
5.7.2.	Normenkontrolle im Bereich der statischen Funktion der Sozialstaatsklausel	81
5.8.	Zusammenfassung	81

Teil C

**Die Sozialstaatsklausel als Prüfungsmaßstab
im Normenkontrollverfahren**

1.	Justitiabilität der verfassungsgestaltenden Grundentscheidung für den sozialen Rechtsstaat	83
1.1.	Allgemeine Voraussetzungen der Justitiabilität	84
1.1.1.	Justitiabilität einer Verfassungsbestimmung	84
1.1.2.	„Negative“ Justitiabilität	86

1.1.3.	Justitiabilität der Verfassungsbestimmung auch unter Verzicht auf die intermediäre Funktion einfachen Gesetzesrechts	87
1.1.4.	Unmittelbare Anwendbarkeit trotz notwendiger Weite	87
1.2.	Justitiabilität der Sozialstaatsklausel (Lehre und Rechtsprechung)	88
1.2.1.	Die Auffassungen der Lehre	88
1.2.1.1.	Sozialstaatsklausel nicht justitiabel	89
1.2.1.2.	Begrenzte Justitiabilität der Sozialstaatsklausel	89
1.2.1.3.	Uneingeschränkte Justitiabilität der Sozialstaatsklausel	91
1.2.2.	Die Auffassung der Rechtsprechung	92
1.2.2.1.	Die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes	92
1.2.2.2.	Die Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes	93
1.3.	Justitiabilität der Sozialstaatsklausel (Eigene Ansicht)	98
1.3.1.	Justitiabilität der Sozialstaatsklausel bei Verletzung des Kernbereiches	98
1.3.2.	Justitiabilität des Bereichs des Halbschattens der Sozialstaatsklausel	99
1.3.2.1.	Die „Probleme des Halbschattens“	99
1.3.2.2.	Durchdringung des Bereichs des „Halbschattens“ durch Legislative oder Jurisdiktion	100
2.	Justitiabilisierung der Sozialstaatsklausel	101
2.1.	Justitiabilisierung durch legislatives Handeln	101
2.1.1.	Justitiabilisierung durch einfaches Gesetz	101
2.1.2.	Justitiabilisierung durch Verfassungsgesetz: Bestehende verfassungsgesetzliche Konkretisierungen der Sozialstaatsklausel	104
2.1.2.1.	Art. 14 GG	105
2.1.2.2.	Art. 9 GG	106
2.1.2.3.	Art. 12 GG	106
2.1.2.4.	Art. 15 GG	107
2.1.2.5.	Art. 3 Abs. 1 GG	108
2.1.3.	Exkurs: Sozialstaatsklausel und Gleichheitssatz	110
2.1.3.1.	Formale und materielle Gleichheit	111
2.1.3.1.1.	Verschiedenartige Pflichten des Staates	111
2.1.3.1.2.	Deprivation — Diskriminierung	112
2.1.3.2.	Verstöße gegen formale und materielle Gleichheit	113
2.1.3.3.	Formale und materielle Gleichheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	116
2.1.4.	Zusammenfassung	117
2.2.	Justitiabilisierung durch Rechtsprechung	118
2.2.1.	Der Grundsatz der Trennung der Gewalten	119
2.2.2.	Die Funktion der dritten Gewalt im modernen Verfassungsstaat	123

2.2.3.	Rechtsschöpfung durch die dritte Gewalt im angelsächsischen Rechtskreis	126
2.2.3.1.	Die Relevanz angelsächsischer Praxis für die Klärung der Befugnisse deutscher Gerichte, insbesondere des Bundesverfassungsgerichtes	127
2.2.3.2.	Die Spruchfähigkeit angelsächsischer Gerichte, insbesondere des US-Supreme Court	128
2.2.3.2.1.	Umfang und Grenzen richterlicher Rechtsschöpfung	132
2.2.3.2.2.	Verfassungswandlung durch Zeitablauf	135
2.2.3.2.3.	Richterliche Umdeutung der Verfassung vor Stellungnahme der öffentlichen Meinung	137
2.2.3.2.4.	Zusammenfassung	139
2.2.4.	Befugnis des Richters zu schöpferischer Rechtsfindung	140
2.2.4.1.	Der Richter als „Phonograph“	141
2.2.4.2.	Abkehr von der Doktrin der reinen Gewaltentrennung	142
2.2.4.3.	Befugnis des (Verfassungs-)Richters zur Rechtsfortbildung auf der Basis verfassungsimmanenter Wertvorstellungen	143
2.2.4.4.	Befugnis des (Verfassungs-)Richters zur Rechtsfortbildung auf der Basis der in der Sozialstaatsklausel enthaltenen Wertvorstellungen	143
2.2.4.4.1.	Feststellbarkeit gesetzlicher oder konstitutioneller Wertvorstellung	143
2.2.4.4.2.	Eingriffspflicht des Staates bei freiheitsbedrohender Deprivation	145
2.2.4.5.	Befugnis des Verfassungsrichters zur Justitiabilisierung der Sozialstaatsklausel	148
2.2.4.5.1.	Justitiabilisierung durch Anerkennung existenter zeitgemäßer Formen sozialer Sicherung	149
2.2.4.5.2.	Justitiabilisierung im Wege der Neugestaltung der sozialen Ordnung	150
2.2.5.	Zusammenfassung und Ergebnis	151

Teil D

Schluß	152
---------------	------------

Literaturverzeichnis	155
-----------------------------	------------

Abkürzungsverzeichnis

Am. Bar. Ass. J.	= American Bar Association Journal
Am. Journal of Comp. Law	= American Journal of Comparative Law
AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts
Ariz.	= Arizona (Reports)
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	= Betriebsberater
Betrieb	= Der Betrieb
BFH	= Bundesfinanzhof
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BSHG	= Bundessozialhilfegesetz
BSozG	= Bundessozialgericht
BSozGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Calif.	= California (Reports)
Can. Bar Rev.	= Canadian Bar Review
CDU	= Christlich Demokratische Union
Co.	= Company
DC	= District of Columbia
DDR	= Deutsche Demokratische Republik
diss.	= dissenting
diss. op.	= dissenting opinion
DJT	= Deutscher Juristentag
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DRZ	= Deutsche Rechtszeitschrift
DRiZ	= Deutsche Richterzeitschrift
DVB1	= Deutsches Verwaltungsblatt
E	= Entscheidungen (Band und Seite der amtlichen Sammlung)

EVG	= Europäische Verteidigungsgemeinschaft
FamRZ	= Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	= Freie Demokratische Partei
F. Supp.	= Federal Reporter Supplement
GG	= Grundgesetz
GMH	= Gewerkschaftliche Monatshefte
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
JÖR (NF)	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts (Neue Folge)
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
KgfEG	= Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz
KPD	= Kommunistische Partei Deutschlands
LSozG	= Landessozialgericht
Mich. Law Rev.	= Michigan Law Review
Miss.	= Mississippi (Reports)
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NY	= New York (Reports)
OLG	= Oberlandesgericht
RdA	= Recht der Arbeit
Rev.	= Review
RVO	= Reichsversicherungsordnung
scil.	= scilicet
Sect.	= Section
Sp. Ct. Rep.	= Supreme Court Reporter
SPD	= Sozialdemokratische Partei Deutschlands
sten.	= stenographisch
Univ. Colorado L. Rev.	= University of Colorado Law Review
USA	= United States of America
US	= United States Supreme Court Reports
v.	= versus
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WRV, WV	= Weimarer Reichsverfassung
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb
ZGStW	= Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZSR	= Zeitschrift für Schweizerisches Recht

TEIL A

Einleitung und Problemstellung

„Wo nichts gemeint ist, läßt sich nichts interpretieren¹.“ Das harte Wort Forsthoffs zur Sozialstaatsklausel der Artikel 20 und 28 des Grundgesetzes läßt von allem Anfang an fraglich erscheinen, ob nicht jede Erörterung dieses Teils der Verfassung im wörtlichen Sinne gegenstandslos ist oder bestenfalls fernab jeder juristischen Methodik in Sphären der Philosophie und Metaphysik abgeleitet².

Das „Soziale“ des Rechtsstaats, wäre es nur ein geistesgeschichtlich-politisches Phänomen, entzöge sich der rechtlichen und insbesondere der verfassungsrechtlichen Analyse; dem Juristen zumindest stellte es sich als „Adjektiv dubiosen Sinngelalts“³ dar.

Die Betrachtung der Geschichte des gegenwärtigen und des vergangenen Jahrhunderts wird zeigen, daß es sich in der Tat bei der Idee des sozialen Staats zunächst um eine Staatsphilosophie und keineswegs um eine Staatsform gehandelt hat. Während in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts das Gottesgnadentum den Klassenstaat mit durch erste Verfassungen nur wenig geschmälerter Macht beherrschte, verfocht Rodbertus, einer der beiden frühen Theoretiker des Sozialstaates, bereits einen heutigen Ohren revolutionär klingenden Staatssozialismus.

Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts setzte ein Prozeß der Verdichtung des philosophischen Theorems zum rechtlich klassifizierbaren System ein. Den heutigen Stand dieser Entwicklung festzustellen wird Aufgabe der Erörterungen sein. Die Klassifizierung allerdings ist mühsam. Schon die Vielzahl der noch immer vertretenen Meinungen⁴ bringt das deutlich zum Ausdruck.

Kenntnis von Wesen und Inhalt der Sozialstaatsklausel ist aber notwendige Voraussetzung für eine fruchtbare Untersuchung des Hauptproblems: Bietet eine in 2 Worten der Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 des Grundgesetzes kristallisierte Idee dem Verfassungsgericht einen

¹ Forsthoff, *Umbildung*, S. 161.

² Eine Gefahr, die nicht nur Forsthoff zu drohen scheint, vgl. Benda, S. 60.

³ Forsthoff, *Umbildung*, S. 102.

⁴ Vgl. die Aufzählung bei Kontiades, S. 80.

ausreichend konkreten Maßstab zur Kontrolle einfacher Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit? Mit anderen Worten: Ist die Sozialstaatsklausel im Verfassungsstreit justitiabel?

Der erste Anschein minimaler Positivierung läßt vermuten, daß Justitiabilität nicht ohne konkretisierendes Gesetz oder richterliche Aktivität erreicht werden kann. Beide Verfahren könnten sich als problematisch erweisen: Dem Richterrecht droht im Rechtsstaat die Kollision mit dem Prinzip der Gewaltentrennung während die Applizierung einfachen Rechts zur Bestimmung der Sozialstaatsklausel die Vorrangigkeit des Verfassungsgesetzes in Frage stellen könnte⁵.

Im letzten Teil der Arbeit sollen daher Maß und Grenzen möglicher Justitiabilisierung der Sozialstaatsklausel durch Gesetzgeber und Verfassungsgericht erörtert werden. Auf idealtypische Vorstellungen von Gewaltentrennung wird allerdings nicht einzugehen sein. Denn in reiner Form ist die Gewaltentrennung in der historischen Realität nie praktiziert worden und auch im heutigen Staat scheint die scharfe Trennung der Gewalten entlang theoretischer Grenzen der Funktion gerade eines Rechtsstaates nicht förderlich zu sein⁶.

Nur dort, wo die *gesamten* Befugnisse eines Zweiges der Staatsgewalt durch Machsträger ausgeübt werden, denen die alleinige Berechtigung zur Ausübung einer zweiten Teilgewalt zugeordnet ist, sind Prinzipien des rechtsstaatlichen Systems mit Sicherheit verletzt. Eine gewisse Teilhabe der einen an der anderen Gewalt ist zunächst durchaus denkbar. Innerhalb dieser Grenzen muß daher der heutige Machtbereich der einstigen „Hilfsgewalt Rechtsprechung“⁷ erkundet werden.

⁵ Vgl. *Leisner*, JZ 64, 201.

⁶ Vgl. *Vile*, S. 318; *Ueberschaer*, S. 20.

⁷ *Werner*, Funktion, S. 72.

TEIL B

Inhaltliche Bedeutung der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes

1. Historische Entwicklung der Sozialstaatsidee

1.1. Im Mittelalter

Im Schatten der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes gedeiht nur an wenigen Stellen übereinstimmendes Gedankengut. Inhaltliche Bedeutung und rechtliche Tragweite dieser Klausel wenigstens partiell mit Hilfe von Interpretationsgrundsätzen festzustellen, die aus staatsphilosophischer und verfassungshistorischer Quelle hergeleitet sind, mag den Vorzug haben, sich auf unbezweifelte Quellen stützen zu können. Allgemein wird denn auch angenommen, die Sozialstaatsidee entstamme der frühen industriellen Gesellschaft der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts¹ und sei 1842 erstmals in dem epochalen Werk Lorenz von Steins „Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage“² formuliert worden.

1.1.1. Im jütischen Recht

Hamann allerdings³ will Sozialstaatlichkeit bereits im jütischen Recht von 1241 entdeckt haben, wo die Pflicht des Staates, sozial Schutzbedürftigen beizustehen, verankert sei⁴.

Abgesehen davon, daß es sich dabei nicht um einen Rechtssatz, sondern lediglich um eine Vorrede handelt, enthält die zitierte Kodifizierung auch keineswegs sozialstaatliches Gedankengut. Den Herrschern wird dort die Einhaltung und Durchsetzung des Rechts ohne Ansehen der Person zur Aufgabe gemacht; Anfänge rechtsstaatlicher Ordnung werden hier sichtbar.

¹ Vgl. u. a. *Born*, S. 81; *E. R. Huber*, DÖV 56, S. 203.

² Vgl. Band II, Nachdruck Darmstadt 1959.

³ NJW 55, S. 972.

⁴ Vgl. Vorrede zum jütischen Gesetzbuch von 1241 (*Jyske Lov*): „Das ist das Amt des Königs und der Fürsten, die im Lande sind, die Urteile zu überwachen und Recht zu setzen und diejenigen zu befreien, die mit Gewalt unterdrückt werden, wie es Witwen und Waisen und vormundlose Kinder, Pilger und Ausländer sind, denen am häufigsten Gewalt geschieht ...“
Zitiert nach der Übersetzung v. See's aus dem Altdänischen, S. 25.