

## II. Das Sozialstaatsprinzip

Ein ins Auge springender verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt für die verfassungsrechtliche Adressierung der Ungleichheitsachse Klasse ist das Sozialstaatsprinzip.<sup>51</sup> Sozialstaatliche Politik wird als durch den Staat vermittelte kollektive »Verantwortung für das Wohlergehen der Gesamtbevölkerung« beschrieben.<sup>52</sup> Analytisch betrachtet liegt das Besondere sozialstaatlicher Institutionen darin, dass die alltäglichen Bedrohungen der eigenen Existenz in einer marktwirtschaftlich organisierten Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft nicht mehr als rein individuelle, sondern als systemische Unsicherheiten gedeutet werden, die einer transsubjektiven Absicherung bedürfen. Durch private, betriebliche und öffentliche Mechanismen wird das Risiko, die eigene Existenz nicht (mehr) über den Markt sichern zu können, sei es aufgrund von Krankheit oder Behinderung, Alter oder Arbeitslosigkeit, auf je unterschiedliche Weise kollektiv abgesichert.<sup>53</sup> Subjekte, die über kein relevantes Privateigentum verfügen, können durch sozialversicherungsrechtliche Ansprüche »Sozialvermögen«<sup>54</sup> erwerben und damit ihre Existenz längerfristig sichern. Auch über die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche hinaus können sozialstaatliche Leistungen existenzsichernd wirken, wenn z. B. durch Ausbildungsförderung oder Grundsicherung die eigene Existenzsicherung am Markt erleichtert oder teilweise dekommodifiziert wird. Über die Vergesellschaftung von Lebensrisiken hinaus wird der Sozialstaat heute in der Regel mit Egalisierungseffekten und Umverteilung in Verbindung gebracht, so beispielsweise von T.H. Marshall, wenn er die sozialstaatlichen Politiken des 20. Jahrhunderts als Ausdruck bürgerschaftlicher Gleichheit interpretiert.<sup>55</sup>

Der Sozialstaat ist analytisch betrachtet jedoch viel mehr als nur Existenzsicherung und Umverteilung. Es handelt sich um ein institutionelles Arrangement sozialer Relationierungen,<sup>56</sup> das verschiedene Rechte und soziale Rollen – Sozialhilfe-Bezieher\*innen, steuerbegünstigte Ehepaare,

51 In der juristischen Diskussion scheint gegenüber der sozialwissenschaftlichen weiterhin der Begriff des Sozialstaats anstatt des Wohlfahrtsstaats gängig zu sein, weshalb dieser hier verwendet wird. Für eine Kritik des Wohlfahrtsstaatsbegriffs *Castel*, *Die Metamorphosen der sozialen Frage*, S. 246 ff.

52 *Kaufmann*, *Varianten des Wohlfahrtsstaats*, S. 37 (H.i.O.).

53 *Lessenich*, *Die Neuerfindung des Sozialen*, Kap. 2.

54 *Castel*, *Die Metamorphosen der sozialen Frage*, Kap. 6, insbes. S. 271 ff.

55 *Marshall*, *Citizenship and Social Class*.

56 »The welfare state is not just a mechanism that intervenes in, and possibly corrects, the structures of inequality (...). It is an active force in the ordering of social relations.«, *Esping-Andersen*, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, S. 23.

sorgende Mütter – produziert.<sup>57</sup> So wird das deutsche Sozialstaatsmodell seiner Genese entsprechend als konservativer Wohlfahrtsstaat typisiert. Dies geht auf Gøsta Esping-Andersens »Three worlds of welfare capitalism« zurück, in dem Esping-Andersen ein liberales, ein konservatives und ein sozialdemokratisches Sozialstaatsmodell differenziert.<sup>58</sup> Der konservative Typ zeichne sich durch ein korporatistisches Sozialstaatssystem aus, das konträr zum liberalen Modell der angelsächsischen Länder über die Minimalabsicherung von Bedürftigen hinausgehe. Dennoch sei dieser Typ konträr zum sozialdemokratischen universalistisch angelegten Modell der skandinavischen Länder mit Statushierarchien verknüpft und garantiere keine sozialstaatlichen Rechte für alle Rechtssubjekte gleichermaßen. Insbesondere seien Sozialversicherungsansprüche im konservativen Modell an die Erwerbsarbeit gekoppelt. Daher würden verschiedene Statusgruppen über unterschiedliche Rechte und Pflichten (z. B. Beamtentum) verfügen und Nichterwerbstätige seien auf private Sicherungsmechanismen, wie die Kirche oder die Familie, angewiesen. Dementsprechend gehe dieses Modell mit einer Stärkung traditioneller Familienstrukturen einher. Das wohlfahrtsstaatliche Institutionenarrangement ist, dies wird mit der Typisierung von Esping-Anderson deutlich, immer Systemstabilisierung und individuelle Befähigung, Kontrolle und Bevormundung, Inklusion und Exklusion zugleich.<sup>59</sup>

Trotz dieser analytischen Ambivalenzen bleibt die zentrale Bedeutung sozialstaatlicher Institutionen für die individuelle Existenzsicherung bestehen. Das Sozialstaatsprinzip beinhaltet Potential für eine Verfassungspraxis, die die Ungleichheitsachse Klasse aus einer relationalen Perspektive thematisiert. Dass sich eine solche anhand des Sozialstaatsprinzips gerade nicht entzündet hat (1.–3.), soll im Folgenden mit der Sozialstaatsdebatte der 1950er Jahre, der Diskussion um eine Begrenzung der Sozialstaatlichkeit im Zuge der neoliberalen Wende (4.) sowie der konservativen Tradition der deutschen Sozialpolitik (5.) historisiert werden.

57 Für Deutschland wird beispielsweise eine Mittelschichtlastigkeit sozialstaatlicher Politik beobachtet: Ausbildungsförderung, Riester-Rente, Elterngeld, *Lesenich*, Die Neuerfindung des Sozialen, S. 30.

58 *Esping-Andersen*, The Three Worlds of Welfare Capitalism, Teil 1.

59 Kritiken des Sozialstaats wurden von konservativer wie progressiver Seite formuliert, ein Überblick bei *Franckenberg*, Die Verfassung der Republik, S. 164 ff.

## I. Normativ schwache Verfassungspraxis

## I.1 Verpflichtung auf soziale Gerechtigkeit

Das Sozialstaatsprinzip wird als Staatszielbestimmung charakterisiert.<sup>60</sup> Es gilt in der Verfassungsdogmatik als objektiv-rechtliche Verpflichtung der Staatsorgane, eine gerechte Sozialordnung zu verwirklichen. Diese beinhaltet die Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle Gesellschaftsmitglieder, was auch den Schutz der wirtschaftlich Starken z. B. vor einer Besteuerung des Existenzminimums impliziert.<sup>61</sup> Es umfasst außerdem den Ausgleich sozialer Gegensätze und den besonderen Schutz (sozial) Schwächerer und Benachteiligter.<sup>62</sup> Durch die Sozialversicherung wird darüber hinaus ein Mindestmaß sozialer Sicherheit für die »Wechselfälle des Lebens«<sup>63</sup> öffentlich-rechtlich für alle Arbeitnehmer\*innen abgesichert.<sup>64</sup>

60 Ipsen, in: Forstthoff, Über das Grundgesetz, S. 21.

61 BVerfGE 94, 241 (263), *Kindererziehungszeiten* (1996); 97, 169 (185), *Kleinbetriebsklausel* (1998); 110, 412 (445 f.), *Teilkindergeld* (2004); 82, 60 (80), *steuerfreies Existenzminimum* (1990); 125, 175, (222), *Hartz IV* (2010).

62 BVerfGE 100, 271 (284), *Lohnabstandsklausel* (1999). Das Sozialstaatsprinzip als Gebot des sozialen Rechtsstaats sei »in besonderem Maße auf einen Ausgleich sozialer Ungleichheiten zwischen den Menschen ausgerichtet« und diene »zuvörderst der Erhaltung und Sicherheit der menschlichen Würde.«, BVerfGE 35, 348 (355 f.), *Armenfürsorge juristischer Personen* (1973). »Von der Gemeinschaft aus betrachtet verlangt das Sozialstaatsprinzip staatliche Vor- und Fürsorge für Gruppen der Gesellschaft, die auf Grund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind (...).«, BVerfGE 35, 202, (236), *Lebach* (1973). »Das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, dass die staatliche Gemeinschaft in der Regel Lasten mitträgt, die aus einem von der Gesamtheit zu tragenden Schicksal entstanden sind und mehr oder weniger zufällig nur einzelne Bürger oder bestimmte Gruppen von ihnen getroffen haben.«, BVerfGE 102, 254 (298), *EALG* (2000); auch BVerfGE 27, 253 (283), *Kriegsfolgeschäden* (1969); 104, 74, (84), *kalte Enteignung* (2001).

63 BVerfGE 28, 324 (348), *Hinterbliebenenversorgung* (1970).

64 »Die sozialstaatliche Pflicht zu einer umfassenden Sicherung in der gesetzlichen Unfallversicherung wird auch durch das Interesse der Allgemeinheit an der Arbeitswelt als einer wesentlichen Grundlage der Volkswirtschaft begründet: die mit dem Arbeitsleben der Industriegesellschaft zwangsläufig verbundenen Risiken können nicht von dem einzelnen Arbeitnehmer getragen werden, sondern müssen durch umfassende Systeme der sozialen Sicherung wie insbesondere durch die gesetzliche Unfallversicherung aufgefangen

Sozialer Ausgleich im Sinne des Sozialstaatsprinzips wird auch als Chancengleichheit interpretiert. Im Hinblick auf die Chancengleichheit im Bildungssystem hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise im Jahr 2013 festgestellt, dass ein sozial verträgliches Ausbildungsangebot erforderlich sei, das den Zugang zum Studium »nicht von den Besitzverhältnissen der Eltern abhängig macht.«<sup>65</sup> So dürften Gebühren keine unüberwindbare soziale Barriere vor dem Hochschulzugang errichten, denn es widerspreche dem Grundgesetz, die begrenzten öffentlichen Ressourcen nur einem privilegierten Teil der Bevölkerung zukommen zu lassen oder Studierende für die Finanzierung ihrer Ausbildung auf marktübliche Kredite zu verweisen. Das Sozialstaatsprinzip verlange darüber hinaus, dass die Ausgestaltung von Studiengebühren Rücksicht auf persönliche Lebensumstände der Studierenden und etwaigen Benachteiligungen aufgrund von Behinderung, Elternschaft oder Pflegeverantwortung nehme.<sup>66</sup>

### 1.2 Konkretisierung als Aufgabe der Gesetzgebung

Das Sozialstaatsprinzip verspricht als objektiv-rechtliche Staatszielbestimmung zwar ein gewisses Maß an sozialer Gerechtigkeit, konkrete verfassungsinduzierte Vorgaben wurden bisher jedoch nicht aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleitet.<sup>67</sup> Die Konkretisierung stellt vielmehr, so haben es das Bundesverfassungsgericht und auch die Literatur immer wieder festgestellt, eine Aufgabe der demokratischen Gesetzgeberin dar.<sup>68</sup> Dem ist sie durch zahlreiche einfachgesetzliche Bestimmungen in den Bereichen der

oder doch gemildert werden.«, BVerfGE 45, 376 (387), *Unfallversicherung* (1977); auch BVerfGE 68, 193 (209), *Zahntechniker-Innungen* (1984).

65 BVerfGE 134, 1 (15), *Studiengebühren Bremen* (2013).

66 Ebenda, S. 14 f.

67 »Hilfe gegen Not und Armut und ein menschenwürdiges Existenzminimum für jedermann; mehr Gleichheit durch den Abbau von Wohlstandsdifferenzen und die Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen; mehr Sicherheit gegenüber den Wechselfällen des Lebens; und schließlich Hebung und Ausbreitung des Wohlstandes.«, *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 28 Das soziale Staatsziel, Rn. 25.

68 »Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates aber kann nur der Gesetzgeber tun (...).« BVerfGE 1, 97 (105), *Hinterbliebenenrente I* (1951); »Wie der Gesetzgeber diesen Auftrag erfüllt, ist mangels näherer Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips seine Sache (...).« BVerfGE 100, 271 (284), *Lohnabstandsklausel* (1999); auch BVerfGE 98, 169 (204), *Arbeitspflicht* (1998). *Sommerrmann*, Art. 20 GG, in: *Dreier*, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Rn. 116; *Jarass*, Art. 20 GG (Sozialstaatsprinzip), in: *ders./Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Rn. 168; *Robbers*, Art. 20 GG, in: *Dolzer/Abraham/Kahl*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 139. Aktual. 2009, Rn. 1443.

Fürsorge, der Sozialversicherung, der Steuern und Abgaben, des Arbeitsrechts, des Mietrechts, dem Verbraucherschutz, der Förderung von Ausbildung, der Kinder- und Jugendhilfe usw. nachgekommen. Verfassungsrechtlich ist die Gesetzgebung zwar auf ein (möglicherweise unbestimmbares) Mindestmaß an sozialer Politik verpflichtet, ihr kommt dabei aber ein sehr weiter Spielraum für den Umfang und die konkrete Ausgestaltung zu.<sup>69</sup>

Hinsichtlich der Chancengleichheit im Bildungssystem hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise zur Gestaltungsfreiheit der Politik konstatiert: »Wie der Gesetzgeber dem Verfassungsgebot zur sozialen Ausgestaltung allgemeiner Studiengebühren im Einzelnen Rechnung trägt, ist in weitem Umfang seiner freien Gestaltung überlassen. Er kann die von der Verfassung geforderte Chancengleichheit insbesondere durch die Höhe von Studiengebühren, durch Stipendien, spezielle Studienkredite und durch Härtefall- und Ausnahmeregelungen zu wahren suchen.«<sup>70</sup> Das Gericht verweist also auf den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum, um Gesetzgebung, die in der öffentlichen Diskussion als unsozial kritisiert wird, nicht an einem starken Sozialstaatsprinzip zu messen, sondern sozialstaatliche Entscheidungen in weitem Umfang der demokratischen Politik zu überlassen.

Darüber hinaus zieht das Bundesverfassungsgericht das Sozialstaatsprinzip heran, um gesetzgeberische Regulierungen zu rechtfertigen. So hat das Bundesverfassungsgericht z. B. in einem Beschluss vom 29. Juni 2016 auf die sozialstaatlich-gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit für die Rahmenbedingungen des Wohnungsmarktes abgestellt, als es darüber zu entscheiden hatte, ob das neu eingeführte Bestellerprinzip gegen die berufliche Vertragsfreiheit von Wohnungsvermittler\*innen (Makler\*innen) aus Art. 12 Abs. 1 GG verstößt. Mit dieser gesetzlichen Kostenverteilung reagiere die Gesetzgebung auf den, wegen des knappen Angebots an Mietwohnungen entstehenden, nicht unwesentlich hohen Kostenfaktor für Mieter\*innen. Das Sozialstaatsprinzip wird vom Bundesverfassungsgericht in einer rechtfertigenden Abwägung also als Allgemeinwohlbelang, darunter auch der Ausgleich ökonomischer Ungleichgewichte, gegen Grundrechte vorgebracht.<sup>71</sup> Dabei ist zu beachten, dass das Sozialstaatsprinzip keine unmittelbare Eingriffsgrundlage für die Beschränkung von Grundrechten darstellt, sondern es immer einer gesetzlichen

69 »Art. 20 Abs. 1 GG bestimmt nur das ›Was‹, das Ziel, die gerechte Sozialordnung, er läßt aber für das ›Wie‹, d. h. für die Entstehung des Ziels, alle Wege offen.«, BVerfGE 22, 180 (204), *Jugendhilfe* (1967); auch 100, 271 (284), *Lohnabstandsklausel* (1999).

70 BVerfGE 134, 1 (16), *Studiengebühren Bremen* (2013).

71 BVerfGE 142, 268, *Bestellerprinzip* (2016); »Um sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenzuwirken, darf der Gesetzgeber diese Freiheit zur individualvertraglichen Entgeltvereinbarung durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzen.«, BVerfGE 134, 204 (Ls. 1), § 32 *UrhG* (2013).

Grundlage bedarf, damit die Grundrechte als eine freiheitsrechtliche Grenze gegen einen paternalistischen Versorgungsstaat wirken können.<sup>72</sup>

### 1.3 Keine subjektive Dimension

Aus dem Sozialstaatsprinzip können keine subjektiven Ansprüche geltend gemacht werden. Das Sozialstaatsprinzip wird als objektiv-rechtliche Norm gedeutet und vermittelt daher grundsätzlich keinen verfassungsimmanenten Anspruch auf eine bestimmte Sozialleistung.<sup>73</sup> In den Ausnahmefällen, in denen verfassungsrechtliche Teilhabe- und Leistungsansprüche formuliert wurden, wurden diese aus grundrechtlichen Schutzdimensionen abgeleitet und das Sozialstaatsprinzip nur verstärkend herangezogen.<sup>74</sup>

Auch wird aus dem objektiv-rechtlichen Sozialstaatsprinzip kein abwehrrechtlicher Schutz vor sozialstaatlichen Leistungskürzungen oder Leistungsausschlüssen, kein sozialstaatliches Rückschrittsverbot oder eine institutionelle Garantie der Sozialversicherungssysteme abgeleitet. Abwehrrechtlicher Schutz wird vielmehr grundrechtlich über Art. 14 GG verfolgt.<sup>75</sup>

### 1.4 Entstehungsgeschichte und Völkerrecht

Die Entstehungsgeschichte gibt auch keinerlei Auskunft über einen konkreteren normativen Gehalt des Sozialstaatsprinzips. Im Herrenchiemseer Entwurf war ein soziales Staatsziel noch nicht vorgesehen, da sich

72 »Es ist jedoch nicht geeignet, Grundrechte ohne nähere Konkretisierung durch den Gesetzgeber, also unmittelbar, zu beschränken. (...) Wegen dieser Offenheit kann das Sozialstaatsprinzip den Grundrechten keine unmittelbaren Schranken ziehen.«, BVerfGE 59, 231 (263), *freie Mitarbeiter* (1982).

73 BVerfGE 94, 241 (263), *Kindererziehungszeiten* (1996) m.w.N.; 102, 254 (298), *EALG* (2000); 110, 412 (446), *Teilkindergeld* (2004).

74 BVerfGE 33, 303 (331 f.), *numerus clausus* (1972); 115, 25 (43 f.), *tödliche Erkrankung* (2005); 125, 175, (221 f.), *Hartz IV* (2010); 132, 134 (158 ff.), *AsylBLG* (2012); 137, 34, *existenzsichernder Regelbedarf* (2014).

75 BVerfGE 39, 302 (314 f.), *AOK* (1975); 128, 138, *Erwerbsminderungsrente* (2011); 128, 90, *Abschaffung der Arbeitslosenhilfe* (2010). Schiek wertet das Erfordernis sachgerechter Gründe als relatives Rückschrittsverbot Schiek, Art. 20 (Sozialstaatsprinzip), in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, Rn. 49 m.w.N.; ähnlich Hux/Ruster, Art. 20 GG, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Rn. 210.1; Sommermann, Art. 20 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Rn. 122 (sofern das Existenzminimum gewahrt bleibe); Jarass, Art. 20 GG (Sozialstaatsprinzip), in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Rn. 160.

der Verfassungskonvent darauf geeinigt hatte, in Abgrenzung zur Weimarer Reichsverfassung die wirtschaftspolitische Entwicklung offen zu halten. Erst durch die Beratungen im Parlamentarischen Rat gelangte das Adjektiv »sozial«, ohne nähere Begründung mit dem Begriff des sozialen Rechtsstaats von Hermann von Mangoldt eingebracht, in den Verfassungstext. Die Einfügung ist nicht ausführlich diskutiert worden, da ein sozialer Staat eine Selbstverständlichkeit gewesen sei, so Hans F. Zacher.<sup>76</sup>

Ebenso ist von völkerrechtlicher Seite her keine weitere Konkretisierung erfolgt. Die internationalen und europäischen Sozialpakete formulieren zwar konträr zum deutschen Verfassungstext ausdrücklich soziale Menschenrechte,<sup>77</sup> es wird allerdings davon ausgegangen, dass die internationalen Verpflichtungen, die nach einer Umsetzung durch ein Bundesgesetz gem. Art. 59 Abs. 2 GG einfachgesetzlichen Rang erhalten, nicht weiter als die deutschen konstitutionellen Gewährleistungen reichen.<sup>78</sup> In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die internationalen Menschenrechtspakte zudem abwesend. Sie werden nicht als gängige Quelle für die Konkretisierung des deutschen Verfassungsrechts herangezogen. Anders ist dies bei der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die dem Bundesverfassungsgericht zufolge für die Auslegung des Grundgesetzes relevant ist.<sup>79</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkennt jedoch nur im Ausnahmefall soziale Rechte an und hat daher bislang keinen Betrag zur Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips geleistet.<sup>80</sup>

### 1.5 Zusammenfassung

Die Verfassungsdogmatik zum Sozialstaatsprinzip verbleibt bei der Erkenntnis, dass für die Gesetzgebung die verfassungsrechtliche Verpflichtung

- 76 Zacher, in: Isensee/Kirchhof, § 28 Das soziale Staatsziel, Rn. 15 f.  
 77 Darunter z. B. das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard, Art. 11 Abs. 1 IPwskR, das Recht auf soziale Sicherheit, Art. 12 ESC, und das Recht auf Fürsorge, Art. 13 ESC; in Art. 22 AEMR ist das Recht auf soziale Sicherung vorgesehen, dazu Davy, Washington University Global Studies Law Review 2014, 201.  
 78 Sommermann, Art. 20 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Rn. 138; Grzeszick, Art. 20 GG (Sozialstaatlichkeit), in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 73 2014, Rn. 43; Rüfner, in: Merten/Papier, § 40 Leistungsrechte, S. 689.  
 79 BVerfGE 111, 307 (319 ff.), Görgülü (2004). Ob dies auch für die Europäische Sozialcharta gilt, hat das BVerfG bisher nicht entschieden, BVerfGE 88, 103 (112), Streikeinsatz Beamt\*innen (1993).  
 80 Frohwerk, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR; Iliopoulos-Stranigas, Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon.

tung besteht, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen, dass sich diese jedoch nicht – im Hinblick auf die Ungleichheitsachse Klasse – zu definitiven Einzelkonsequenzen verdichten lässt. Die allgemeine objektive Verpflichtung auf »soziale Gerechtigkeit« scheint in einer normativen Konsequenzlosigkeit zu münden und keine konkreten verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere für die zukünftige Ausgestaltung der sozialen Sicherheit- und Fürsorgesysteme, zu formulieren.<sup>81</sup>

## 2. Rationalisierung: Das Soziale als das Andere

Nach über siebenzig Jahren Grundgesetz verfügt das Sozialstaatsprinzip über einen kaum benennbaren Inhalt. Die von Wiltraut Rupp-von Brünneck im Jahr 1973 festgestellte »Scheu« vor einer verfassungsrechtlichen Ausarbeitung scheint angehalten zu haben.<sup>82</sup> Angesichts der normativen Leere stellt sich die Frage, wie eine anscheinend inhaltslose Norm die Einschränkungen von Grundrechten oder die Auslegung von Gesetzen beeinflussen kann. Darüber hinaus muss gefragt werden, warum gerade im sozialen Bereich von einer erheblich reduzierten verfassungsrechtlichen Kontrolldichte ausgegangen wird.<sup>83</sup>

Die zurückgenommene Bindungskraft wird kompetenzrechtlich damit gerechtfertigt, dass die konkrete Ausgestaltung der Sozialordnung die Aufgabe der Gesetzgebung ist und daher verfassungsrechtlich keine spezifischen Vorgaben zu formulieren sind.<sup>84</sup> Das wird insbesondere mit der diffizilen Natur des Sozialstaats begründet. Der Sozialstaat gilt konträr zum Rechtsstaat oder den Grundrechten als ein nur schwer greifbares, unkonturiertes, als politisches und ökonomisches, jedoch als kein verfassungsrechtliches Phänomen.<sup>85</sup> So wird festgestellt, dass die konkrete Gestalt des Sozialstaats im Dunkeln bleibe.<sup>86</sup> Das Sozialstaatsprinzip sei der »richterlichen Inhaltsbestimmung weniger zugänglich als die Grundrechte.«<sup>87</sup> Das Soziale sei weit und unbestimmt und könne nur durch die Legislative konkretisiert werden: »Angesichts der Weite und Unbestimmtheit dieses Prinzips lässt sich daraus jedoch regelmäßig kein Gebot entnehmen, soziale Leistungen in einem bestimmten Umfang zu gewähren (...). Wie der Gesetzgeber den Gestaltungsauftrag des

81 In Bezug auf die Rente *Hofmann*, Art. 20 GG, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, Rn. 31.

82 BVerfGE 36, 237 (248), *Nachentrichtung* (1973).

83 *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, S. 18 f.

84 *Huster/Rux*, Art. 20 GG, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, Rn. 209.1.

85 *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, Vorwort und Einleitung.

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

87 BVerfGE 65, 182 (193), *Sozialplan* (1983).

verfassungsrechtlich nicht näher konkretisierten Sozialstaatsprinzips erfüllt, ist seine Sache.«<sup>88</sup>

Doch nicht nur die Weite und Unbestimmtheit des Sozialen, sondern auch dessen Dynamik ließen eine verfassungsrechtliche Konkretisierung kaum zu. Das Soziale unterliege ständigen Wandlungsprozessen, weshalb eine verfassungsrechtliche Überfrachtung und Bindung der demokratischen Politik nicht angezeigt sei, vielmehr obliege es dieser den Interessensausgleich immer wieder erneut zu aktualisieren. Die besondere Offenheit des Sozialstaatsprinzips eröffne daher die Chance, auf die sich schnell wandelnden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen reagieren zu können.<sup>89</sup>

Das Sozialstaatsprinzip scheint in diesem Diskurs also eine andere rechtliche Qualität, eine andere verfassungsrechtliche Überprüfbarkeit sowie konträr zu den bestimmaren grundrechtlichen Freiheiten eine fehlende Greifbarkeit zu zukommen. So schreibt z. B. Hans F. Zacher als Vertreter der »herrschenden Lehre« zum Sozialstaatsprinzip im Handbuch des Staatsrechts: »Das soziale Staatsziel ist eingebunden in den Kranz der Staatsfundamentalnormen – und mit ihnen zusammen unabänderlich (Art. 20 Abs. 1–3, 79 Abs. 3 GG). Und doch unterscheidet sich dieses Staatsziel von den anderen Charakteristika des vom Grundgesetz verfaßten Gemeinwesens elementar.« So seien mit Republik, Demokratie, Bundesstaat und Rechtsstaat Organisations- und Verfahrensweisen als Bedingungen einer »richtige(n) Befindlichkeit der Gesellschaft« gemeint, mit dem Sozialstaat sei jedoch

88 BVerfGE 110, 412 (445 f.), *Teilkindergeld* (2004); auch BVerfGE 94, 241 (263), *Kindereziehungszeiten* (1996); 82, 60 (80), *steuerfreies Existenzminimum* (1990). »Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes enthält infolge seiner Weite und Unbestimmtheit regelmäßig keine unmittelbaren Handlungsanweisungen, die durch die Gerichte ohne gesetzliche Grundlage in einfaches Recht umgesetzt werden könnten. (...) (E)s zu verwirklichen ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers (...).«, BVerfGE 65, 182 (193), *Sozialplan* (1983). »Der weite Gesetzgebungsspielraum ist die Konsequenz aus der Weite und Unbestimmtheit des Sozialen. Dadurch wird das Sozialstaatsprinzip in der Abwägung zu einem schwer wägbaren Faktor.«, *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverbund, S. 144.

89 *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverbund, S. 17. Auch Sommermann: »Da der Wandel der sozialen Wirklichkeit somit nicht nur Zielverfolgung bzw. Zielverwirklichung als Prozess erscheinen lässt, sondern auch die Konkretisierung des Ziels (Zielbereichs) selbst in Bewegung hält, kann von einer doppelten Dynamik des Sozialstaats gesprochen werden. Daraus resultiert zugleich die normative Schwäche des Sozialstaatsgebots.«, *Sommermann*, Art. 20 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Rn. 106.

die »richtige Befindlichkeit der Gesellschaft« selbst gemeint. Für Zacher ist es gerade die Aufgabe der Staatsfundamentalnormen Republik, Demokratie, Bundesstaat und Rechtsstaat das soziale Staatsziel zu verwirklichen.<sup>90</sup>

Schließlich wird der Sozialstaat konträr zum Rechtsstaat, zur Demokratie oder zu grundrechtlichen Freiheiten als ressourcenintensives Phänomen beschrieben,<sup>91</sup> weshalb die sozialstaatliche Verpflichtung auf eine gerechte Sozialordnung zwar betont, im Anschluss jedoch direkt das parlamentarische Haushaltsrecht und ein Finanzierungsvorbehalt konstatiert werden. Sozialrechtliche Leistungen und Ansprüche stünden unter dem Vorbehalt des Möglichen, weshalb verfassungsrechtliche Zurückhaltung angezeigt sei. Die demokratische Gesetzgebung müsse frei über die begrenzten Finanzmittel entscheiden können und dürfe jenseits des Existenzminimums an keine verfassungsrechtliche Priorisierung gebunden werden. Bei einer subjektiv-rechtlichen Interpretation des Sozialstaatsprinzips oder einer leistungsrechtlichen Interpretation der Grundrechte drohe gefährliche Unkalkulierbarkeit und Unbegrenzbarkeit.<sup>92</sup> So kritisiert z. B. Michael Heinig den leistungsrechtlich-orientierten »Nikolausbeschluss« des Bundesverfassungsgerichts, der die Finanzierung einer wissenschaftlich nicht bestätigten Therapie durch die gesetzliche

90 Zacher, in: Isensee/Kirchhof, § 28 Das soziale Staatsziel, Rn. 2 (auch Zitat Rn. 2); Zacher, in: Stödter/Thieme, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, S. 217.

91 Heinig diskutiert die gängigen Einwände gegen Leistungsrechte (Kostenintensität, Maßlosigkeit und Unbestimmtheit, fehlende Justiziabilität, fehlende Verfügungsgewalt des Staates (z. B. bei Recht auf Arbeit), Sozialpolitik als Verfassungsvollzug, Gefährdung von Grundrechten als Abwehrrechte, die ausdrückliche Ablehnung dieser im Parlamentarischen Rat) und kommt zu dem Schluss, dass diese zwar bestehen, ihnen aber nicht ein so starkes Gewicht zukomme, dass man diese ablehnen müsse; er verweist darauf, dass auch Freiheitsrechte, z. B. der Justizgewährungsanspruch, Geld kosten, Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, S. 374 ff., 380; auch Rüfner, in: Merten/Papier, § 40 Leistungsrechte, S. 684 ff.

92 BVerfGE 33, 303 (334), *numerus clausus* (1972); Wittreck, Art. 20 (Sozialstaat), in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, Rn. 27, 40; Huster/Rux, Art. 20 GG, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Rn. 209.1, 216.1; Jarass, Art. 20 GG (Sozialstaatsprinzip), in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Rn. 168; Robbers, Art. 20 GG, in: Dolzer u. a., Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 139. Aktual. 2009, Rn. 1439, 1443; Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, S. 383 m.w.N.; Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverbund, S. 128; Martens, in: VDStRL, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 31; Zacher, in: Isensee/Kirchhof, § 28 Das soziale Staatsziel, Rn. 114.

Krankenkasse bei einer tödlichen Krankheit vorsieht, als die Fehlentscheidung der letzten Jahre und warnt vor finanzieller Unkalkulierbarkeit.<sup>93</sup>

Zwar stellen die Verwirklichung freiheitsrechtlicher, rechtsstaatlicher oder demokratischer Institutionen ebenfalls kostenintensive Angelegenheiten dar, dennoch werden ökonomische Vorbehalte und die damit verbundene demokratische Haushaltshoheit des Parlaments nicht durch das Bundesverfassungsgericht oder die Literatur als Grenze vorgebracht. Wirtschaftlichkeitsargumentationen scheinen das wesentliche Charakteristikum in der Diskussion um eine soziale Verfassungspraxis zu sein, das diese von anderen unterscheidet.

Durch die Konzeption der Finanzierbarkeit als natürliche Grenze verfassungsrechtlicher Bindungen wird die fehlende Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips plausibel. Eine andere verfassungsrechtliche Praxis, die dogmatische Figuren z. B. für die Adressierung ökonomischer Ungleichheit versucht zu erarbeiten, scheint in dieser Diskurskonstellation nur schwer entwickelbar zu sein.

Die blinde Stelle dieser Argumentation, nämlich die finanziellen Ressourcen des Staates zu naturalisieren und als objektive Größe, die nicht von politischen Entscheidungen über Einnahmen, Ausgaben und Verteilung abhängig ist zu verstehen, bleibt dabei dethematisiert. Stattdessen haben sich die rekonstruierten Argumentationsstrategien zu einer unhinterfragten Praxis verdichtet, die einer Konkretisierung der sozialen Verfassungspraxis Grenzen setzt. Sie verweisen also nicht nur auf eine Kompetenzordnung, so das Argument, sondern generieren selbst eine Grenze, die das Feld des verfassungsrechtlich Adressierbaren absteckt und das Soziale – bzw. die Ungleichheitsachse Klasse – nur sehr begrenzt zu einer Verfassungsfrage im Rahmen des Sozialstaatsprinzips werden lässt.

### 3. Drei abweichende Meinungen – drei Konkretisierungsversuche

In drei abweichenden Meinungen zu Senatsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts kann der Versuch beobachtet werden, das Sozialstaatsprinzip im Hinblick auf die Ungleichheitsachse Klasse zu konkretisieren: die Sondervoten von Wiltraut Rupp-von Brünneck zur Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen (1973), von E. W. Böckenförde zur Vermögensteuer (1995) und von Reinhard Gaier, Johannes Masing und Susanne Baer zur Steuerbefreiung bei Unternehmenserbschaften (2014). Während die abweichende Meinung von Rupp-von Brünneck die ökonomisch-vergeschlechtlichten Effekte einer

93 Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, S. 421, 426, 431.

erwerbsbasierten Sozialversicherung und Maßstäbe für eine individualrechtliche Perspektive darlegt, thematisieren die Sondervoten zur Vermögensteuer und zur Erbschaftsteuer bei Unternehmensübergängen die sozialstaatliche Bedeutung des Steuerstaats in Relation zu grundrechtlichen Freiheiten. Methodisch fällt dabei auf, dass die Mehrheitsmeinungen überwiegend über eine individualisierende, die abweichenden Meinungen demgegenüber über eine relationale Methodik argumentieren. Dass es sich bei letzteren Rechtsauffassungen um Sondervoten handelt, zeigt, dass sich inhaltliche Abweichungen auch in der Form manifestieren.

### 3.1 Sozialstaatsprinzip als soziale Gleichheit

In der ersten Entscheidung ging es um die rentenrechtliche Absicherung von Ehefrauen in der Sozialversicherung. Bis zum 31. Dezember 1967 gab es nach § 83 Angestelltenversicherungsgesetz für verheiratete Frauen, die ihre Erwerbstätigkeit zugunsten der Ehe aufgaben, die Möglichkeit, sich ihre Arbeitnehmerinnenbeiträge erstatten zu lassen. Die erstatteten Beiträge sollten jungen Ehepaaren den Aufbau einer Existenz erleichtern. Auf die sich wandelnde gesellschaftliche Stellung von Frauen reagierend, schaffte die Gesetzgebung die Erstattungsmöglichkeit zum 1. Januar 1968 ab und führte kurze Zeit später mit Art. 2 § 27 Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz die Möglichkeit ein, die erstatteten Beiträge nachzuentrichten, um den Aufbau einer eigenen Rente zu fördern.<sup>94</sup> Voraussetzung für die Nachentrichtung war, dass die weibliche Versicherte zum Zeitpunkt der Nachentrichtung mindestens 24 Monate versicherungspflichtig berufstätig gewesen war.

Im Beschluss vom 12. Dezember 1973 entschied das Bundesverfassungsgericht über die Frage, ob Erwerbsunfähige von der Nachentrichtungsmöglichkeit ausgeschlossen werden dürfen.<sup>95</sup> Die Klägerin hatte sich 1935 nach der Eheschließung ihre Versicherungsbeiträge erstatten lassen, hatte aber noch im selben Jahr ihre Berufstätigkeit wieder aufgenommen und übte diese bis 1965 aus. In diesem Jahr wurde sie erwerbsunfähig. Die Nachentrichtungsmöglichkeit wurde ihr nach Einführung von Art. 2 § 27 Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz im Jahr 1968 jedoch verweigert, weil sie zu diesem Zeitpunkt nicht mehr pflichtversichert erwerbstätig gewesen war. Das dem Bundesverfassungsgericht vorliegende Sozialgericht argumentierte, dass dies eine willkürliche Ungleichbehandlung von erwerbsunfähigen im Vergleich zu freiwillig nicht

94 BT-Drucks. V/2149, Begründung B zu Art. 1 § 1 Nr. 12 FinÄndG.

95 BVerfGE 36, 237, *Nachentrichtung* (1973); dazu *Wünnemann*, DAngVers 1974, 265; dem Sondervotum zustimmend *Bogs*, in: Zacher, *Nachversicherungsprivileg für weibliche Pflichtversicherte als Problem »sozialer Gleichheit«*; *Neumann-Duesberg*, SGB 1974, 344.

mehr pflichtversicherten Frauen sei. Da der Versicherungsfall, die Erwerbsunfähigkeit, unfreiwillig eingetreten sei, sei das Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG einschlägig.

### 3.1.1 Mehrheitsmeinung

Diese Rechtsauffassung teilte die Mehrheit des Senats nicht. Sie argumentiert, dass der Ausschluss von nicht mehr Versicherten das Versicherungskollektiv wirtschaftlich schütze, da die nacherstatteten Beiträge wegen des Wertverfalls nicht zur Deckung der entstehenden Ansprüche ausreichen würden. Die Exklusion von nicht mehr pflichtversicherten Frauen diene dazu, Anreize für einen baldigen Entschluss zur Nachversicherung zu setzen und die finanzielle Belastung der Versichertengemeinschaft zu begrenzen. Da die Erwerbstätigkeit sicherstelle, dass nur Versicherte von der Nachrichtungsmöglichkeit profitieren, sei ein sachgerechter Differenzierungsgrund gegeben. Hinsichtlich des vom Sozialgericht vorgeschlagenen Sozialstaatsprinzips machte der Senat kaum Ausführungen. Er stellte knapp fest, dass auch das Sozialstaatsprinzip die Legislative nicht dazu zwingt, alle Nachteile, seien sie auch durch Gesundheitsschäden verursacht, abzusichern. Härtefälle dürften diese vernachlässigen.

### 3.1.2 Mehrheitsmethode

Die Senatsmehrheit stützt ihre Argumentation methodisch auf eine Dethematisierung ökonomisch-geschlechtlicher Abhängigkeit und fokussiert rechtfertigende Gründe. So dethematisiert die Senatsmehrheit die Zwecke sozialversicherungsrechtlicher Institutionen und der gesetzlichen Neuregelung. Dass sozialstaatliche Absicherung gerade der Sozialisierung von Lebensrisiken wie etwa Erwerbsunfähigkeit dient, wird vom Gericht nicht erörtert. Darüber hinaus setzt sich der Senat nicht mit der offensichtlichen Geschlechterdimension der Regelung, dessen Telos einer verbesserten Altersvorsorge für Frauen, auseinander. Weder geht der Senat auf die strukturellen Hürden einer erwerbsbasierten Sozialversicherung für verheiratete (Haus-)Frauen und damit verbundene existentielle Abhängigkeiten ein, noch thematisiert er geschlechterspezifische ökonomische Ungleichheit und den darauf gerichteten Zweck der Nachversicherung.

Stattdessen verengt der Senat seine Argumentation auf die Begrenzung finanzieller Lasten für die Versichertengemeinschaft und damit auf die Norm einer ungebrochenen Erwerbsbiografie. Der Maßstab einer »normalen« Erwerbsbiografie benachteiligt systematisch Menschen, die von

Erwerbsunfähigkeit betroffen sind. Methodisch fokussiert die Mehrheit daher weniger die ungleichheitsfördernden Effekte der Regelung – die Betroffenenperspektive – als deren Rechtfertigung und nimmt damit eine Perspektive ein, die die Adressierung von Ungleichheit im Verfassungsrecht typischerweise erschwert.

### 3.1.3 Rupp-von Brünneck

In ihrem Sondervotum schloss sich Wiltraut Rupp-von Brünneck nicht der Senatsmehrheit an, sondern sah in Art. 2 § 27 Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz einen willkürlichen Ausschluss von Erwerbsunfähigen. Dies begründete sie ausführlich mit einer am Sozialstaatsprinzip orientierten Deutung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Da die Regelung Frauen, die lange Zeit in die Sozialversicherung eingezahlt hatten und dann unfreiwillig berufsunfähig wurden, von der Nacherstattung ausschloss, anderen, die nur kurzzeitig erwerbstätig waren, diese Möglichkeit jedoch eröffnete, sah Rupp-von Brünneck in ihr eine willkürliche Ungleichbehandlung.

Ihre zunächst auf einen simplen Vergleich ausgelegte Argumentation unterfüttert sie mit der besonderen Relevanz des Sozialstaatsprinzips für sozialversicherungsrechtliche Fälle und fordert eine stärkere Konkretisierung: »Obwohl das Sozialstaatsprinzip zu den tragenden Verfassungsgrundsätzen gehört, kennzeichnet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine gewisse Scheu, diesen Grundsatz für die verfassungsrechtliche Prüfung fruchtbar zu machen. (...) Gerade die mangelnde Berücksichtigung verhindert, daß das Sozialstaatsprinzip verfassungsrechtlich näher erfaßt und deutlicher konturiert wird.«<sup>96</sup> Entgegen der Mehrheitsmeinung formuliert Rupp-von Brünneck die Auffassung, dass das Sozialstaatsprinzip das allgemeine Gleichheitsgebot durchdringe. Daher müsse bei der Entscheidung darüber, ob ein Differenzierungskriterium willkürlich ist, die Wertentscheidungen der Verfassung und damit auch das Sozialstaatsprinzip Beachtung finden: »Was gleich und was ungleich, was sachgerecht und was sachwidrig ist, muß hier also am Sozialstaatsprinzip gemessen werden; es kommt auf die ›soziale Gleichheit‹ an.«<sup>97</sup> Damit geht sie einerseits über die damals noch gängige Interpretation des allgemeinen Gleichheitssatzes als Willkürformel hinaus und argumentiert noch vor der »neuen Formel« für einen (durch das Sozialstaatsprinzip) verschärften Gleichheitsmaßstab. Andererseits – und dies ist für die gegenwärtige Diskussion um einen aktivierenden Sozialstaat, der im Sinne von Fördern und Fordern den ökonomischen Druck auf Arbeitssuchende erhöht und sich

96 BVerfGE 36, 237 (248), *Nachentrichtung* (1973).

97 Ebenda, S. 250.

an sozialstaatlichen Minima orientiert, fruchtbar<sup>98</sup> – ist es ihrer Rechtsauffassung nach nicht ausreichend, aus dem Sozialstaatsprinzip nur eine staatliche Pflicht für Hilfsbedürftige abzuleiten, vielmehr müssten in einem modernen Sozialstaat alle Mitglieder eine *angemessene soziale Sicherung* für Alter und Krankheit erhalten.<sup>99</sup> Im Gegensatz zu heutigen Debatten sieht Rupp-von Brünneck daher nicht nur ein Mindestmaß, sondern eine angemessene soziale Absicherung für verfassungsrechtlich geboten und legt damit einen deutlich höheren verfassungsrechtlichen Maßstab für die Beurteilung sozialrechtlicher Leistungen an.

Schließlich komme es, entgegen der Senatsauffassung, auch auf Einzelfallgerechtigkeit an: »Eine Verbesserung der sozialen Sicherung durch den Gesetzgeber ist demgemäß nicht als unverdientes Geschenk, als ein Akt staatlicher Wohlfahrt, anzusehen, (...) [der] milderer Maßstäben unterläge. Auch eine solche Einzelregelung zugunsten der Versicherten muß (...) den Anforderungen sozialer Gerechtigkeit unterliegen.«<sup>100</sup> Dass dies hier nicht der Fall ist, begründet Rupp-von Brünneck mit einem Verweis auf die ungleichen Effekte der geschlechtlichen Arbeitsteilung. Dass viele Frauen nach ihrer Heirat aufgehört hatten zu arbeiten und sich ihre Beiträge hatten erstatten lassen, habe dazu geführt, dass Frauen auf lange Sicht jedoch erheblich benachteiligt wurden, da es ihnen trotz Erwerbsarbeit nicht mehr gelang, einen ausreichenden Versicherungsschutz für das Alter aufzubauen. Rupp-von Brünneck thematisiert daher ausdrücklich die ungleichen ökonomischen Effekte einer erwerbsbasierten Sozialversicherung: »Der Wegfall der Beitragserstattung für die Zukunft bildet insoweit bereits eine Teilmaßnahme im Rahmen der gesamten, noch im Anfang stehenden Bemühungen, die Mängel in der selbstständigen sozialen Sicherung der Hausfrauen oder früheren Hausfrauen auszugleichen.«<sup>101</sup> Vor diesem Hintergrund handele es sich nicht um einen Härtefall, sondern um einen systematischen Fehler der gesetzlichen Regelung.<sup>102</sup>

Rupp-von Brünnecks Argumentation kann als relationale gedeutet werden, da sie erstens die soziale Lage der von der Regelung Betroffenen erörtert und sich nicht auf Rechtfertigungsgründe konzentriert. Dabei diskutiert sie sowohl die kollektive Verantwortung für die einzelnen Mitglieder der Solidargemeinschaft, die von Erwerbsunfähigkeit betroffen sind, als auch einen individuellen Anspruch auf angemessene soziale Sicherung als Ausdruck moderner Sozialstaatlichkeit. Zweitens thematisiert sie den gesellschaftlichen Kontext der geschlechtlichen Arbeitsteilung und erörtert,

98 *Lessenich*, Die Neuerfindung des Sozialen, Kap. 4.

99 BVerfGE 36, 237 (250, 257), *Nachrichtigung* (1973).

100 Ebenda, S. 250.

101 Ebenda, S. 251.

102 Ebenda, S. 256 f. Zum Schutz vor Härtefälle aufgrund des Sozialstaatsprinzips siehe auch das Sondervotum von BVerfG-Richter Gaier in BVerfGE 136, 152 (184 ff.), *Versorgungsausgleich VBL* (2014).

wie dieser in einer erwerbsbasierten Sozialversicherung zu ungleichen Geschlechterbeziehungen beiträgt. Auf diese Weise reflektiert sie drittens die maßstabsetzende Norm einer ungehinderten Erwerbsbiografie.

### 3.2 Sozialstaatsprinzip als gesetzgeberische Begrenzungskompetenz

Die verfassungsrechtliche Auseinandersetzung über die Vermögensteuer führte zu einem Sondervotum von E. W. Böckenförde, in dem er sich ausführlich mit der Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die Adressierung ökonomischer Übermacht und Umverteilung auseinandersetzte.

Das Finanzgericht Rheinland-Pfalz hatte dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt, ob der in § 10 Nr. 1 Vermögensteuergesetz normierte einheitliche Steuersatz für einheitswertgebundenes und nicht einheitswertgebundenes Vermögen, bzw. von Grundeigentum und sonstigem Vermögen, gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, da Grundeigentum aufgrund der niedrigen, seit 1964 nicht mehr angepassten, Einheitswerte niedriger besteuert wurde als sonstiges Vermögen.<sup>103</sup> In ihrer Entscheidung vom 22. Juni 1995 beantwortete die Senatsmehrheit zwar auch die Vorlagefrage, entwickelte aber darüber hinaus grundrechtliche Grenzen für sozialstaatliche Umverteilung über die Vermögensteuer.<sup>104</sup>

#### 3.2.1 Mehrheitsmeinung

Die Senatsmehrheit führt zunächst aus, dass Art. 3 Abs. 1 GG eine gleichmäßige Besteuerung erfordere und die angegriffene Norm daher verfassungswidrig sei. Anschließend formulierte sie, losgelöst von der konkreten Vorlagefrage, drei verfassungsrechtliche Grenzen für die Gesetzgebung im Vermögensteuerrecht: die Sollertragsteuer, den Halbteilungsgrundsatz sowie den Schutz der wirtschaftlichen Lebensgrundlage der Ehe und Familie.

Aus der vermögensrechtlichen Handlungs- und Entfaltungsfreiheit, die sich in der Privatnützigkeit des Eigentums manifestiere, leitet die Mehrheit ein verfassungsrechtliches Gebot zur Sollertragsteuer ab. Da die Eigentumsfreiheit die Substanz schütze, könne die Vermögensteuer nicht als Substanzsteuer, sondern nur als Sollertragsteuer ausgestaltet sein, also als eine Steuer, die aus den zu erwarteten Sollerträgen des

<sup>103</sup> Zur Grundsteuer siehe auch BVerfG, Urteil v. 10.4.2018, 1 BvL 11/14 u.a.

<sup>104</sup> BVerfGE 93, 121, *Vermögensteuer* (1995); *Leisner*, NJW 1995, 2591; *Arndt/Schumacher*, NJW 1995, 2603; *Selmer*, JuS 1996, 656; *Kahrs*, KJ 1996, 201. Die neuere Rechtsprechung gab den Halbteilungsgrundsatz wieder auf, BVerfGE 115, 97 (108 ff., 144), *Halbteilungsgrundsatz* (2006).

Vermögens zu bezahlen ist. Alles andere sei eine schrittweise Konfiskation. Da die Vermögensteuer als wiederkehrende Steuer das bereits durch die Einkommensteuer und andere Steuern gekürzte Erworbenes belaste, bleibe für sie »von Verfassungs wegen nur noch ein enger Spielraum.«<sup>105</sup>

Darüber hinaus erkennt der Senat im Wortlaut des Art. 14 Abs. 2 GG einen Halbteilungsgrundsatz, nach dem das Eigentum je zur Hälfte dem privaten Subjekt und dem Allgemeinwohl dienen solle (»zugleich«). Daher müsse sich staatliche Besteuerung auch an dieser Grenze orientieren. Nur im Ausnahmezustand, wie etwa zur Finanzierung des Versailler Vertrages, sei ein Zugriff auf die Substanz des Vermögens durch die Verfassung erlaubt.<sup>106</sup>

Schließlich bilde der Schutz der Ehe und Familie aus Art. 6 GG eine verfassungsrechtliche Grenze, da auch dieser Artikel die persönliche wirtschaftliche Lebensgrundlage der Familie und eine durch das Zusammenwirken der Ehegatten erhöhte ökonomische Grundlage vor einer zu starken Belastung durch die Steuergesetzgebung schütze.<sup>107</sup>

### 3.2.2 Mehrheitsmethode

In dieser Entscheidung kommt der Perspektivität der Maßstabbildung entscheidende Bedeutung zu. Von der Senatsmehrheit wird ausschließlich die Perspektive der Vermögenden – als die der gesellschaftlich »Nicht-Markierten«, der dominanten Gruppen – verfolgt. Diese Perspektive setzt eine Normalität voraus, die die Ungleichverteilung von Eigentum (bzw. Vermögen) nicht als Privileg ökonomisch Starker ausweist, sondern als normativ unproblematisch und grundrechtlich schützenswert betrachtet. Dieser methodische Blick der Privilegierten/Normalen führt dazu, dass dogmatisch die Privatnützigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) anstatt dessen Sozialpflichtigkeit (Art. 14 Abs. 2 GG) fokussiert und die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips nicht erörtert wird. Dementsprechend bleibt der offensichtliche sozialstaatlich-umverteilende Sinn und Zweck der Vermögensteuer dethematisiert. In einer relationalen Perspektive könnte die Vermögensteuer demgegenüber als ein privilegiertenabbauendes Instrument gedeutet werden.

### 3.2.3 Böckenförde

E. W. Böckenförde stimmte der Gleichheitswidrigkeit der angegriffenen Norm zwar zu, unterzog aber die unabhängig von der Vorlagefrage

<sup>105</sup> BVerfGE 93, 121 (137), *Vermögensteuer* (1995).

<sup>106</sup> Ebenda, S. 138.

<sup>107</sup> Ebenda, S. 140 f.

formulierten verfassungsrechtlichen Grenzen einer ausführlichen Kritik. Dabei geht er nicht nur auf die klassische Dogmatik zu Art. 14 GG, sondern auch auf die grundlegende Bedeutung des Eigentums als Quelle gesellschaftlich-ökonomischer Ungleichheit ein. Böckenförde kritisiert die Mehrheitsentscheidung als unzulässige Begrenzung der gesetzgeberischen Steuerkompetenz zugunsten von Vermögenden.<sup>108</sup>

Auf dogmatischer Ebene argumentiert Böckenförde entgegen der Senatsmehrheit, dass es sich bei der Vermögensteuer wie bei allen Steuern um eine allgemeine Geldleistungspflicht handle, die nicht aus konkreten Erträgen eines isolierten Vermögens, sondern aus dem Vermögen als Ganzem zu bestreiten sei.<sup>109</sup> Daher greife weiterhin allein die Grenze eines erdrosselnden Steuerzugriffs.<sup>110</sup> Zudem würden durch den Halbteilungsgrundsatz und die Festlegung auf die Sollertragsteuer große Vermögen bevorteilt und eine degressive Besteuerung nahegelegt, weil große Vermögen bereits durch die Einkommensteuer so stark belastet seien, dass eine Vermögensteuer die 50-Prozent-Grenze übersteigen würde. Böckenförde kritisiert daher die maßstabssetzende Perspektive der Mehrheit: Der »ungleiche Eigentumsschutz schlägt sich in der Privilegierung der (Groß)Vermögenden nieder.«<sup>111</sup>

Böckenförde thematisiert darüber hinaus die Konsequenzen einer zunehmenden ökonomischen Machtkonzentration für eine demokratische Gesellschaft und den darauf gerichteten umverteilenden Zweck der Vermögensteuer. Die grundrechtliche Freiheit führe dazu, dass »gesellschaftliche Ordnungsbildung und Entwicklung weitgehend dem freien Spiel der Konkurrenz und sich hierbei bildender Unterschiede (überlassen werden). Die rechtliche Gleichheit verbunden mit der individuellen Handlungs- und Erwerbsfreiheit und der Garantie des Eigentums entbindet eine weitreichende Dynamik und führt unweigerlich zur Entstehung materieller Ungleichheit unter den Bürgern. (...) Im Eigentum gerinnt die Ungleichheit der freigesetzten Gesellschaft zur Materie und wird Ausgangspunkt neuer Ungleichheiten.«<sup>112</sup> Werde nun aber die »unbegrenzte Akkumulation« von staatlichen Zugriffen freigestellt, könne dies die »Ungleichheit potenzieren (...) und sich darüber die freiheitliche Rechtsordnung« selber aufheben.<sup>113</sup>

Abschließend kontrastiert Böckenförde die vermögensschützende Stoßrichtung des Beschlusses mit dem realen sozioökonomischen Kontext Anfang der 1990er Jahre und argumentiert für eine soziale Demokratie als Gelingensbedingung einer modernen Gesellschaft: Einerseits sei eine

108 Ebenda, S. 157.

109 Ebenda, S. 153.

110 BVerfGE 70, 219 (230), § 11 *MuSchuG* (1985); 78, 232 (243), *landwirtschaftliche Altershilfe* (1988); 82, 159 (190), *Absatzfonds* (1990).

111 BVerfGE 93, 121 (162), *Vermögensteuer* (1995).

112 Ebenda, S. 163.

113 Ebenda.

zunehmende Konzentration von Vermögen und Grundeigentum bei einer immer kleineren Gruppe von Personen festzustellen, andererseits bestehe aufgrund hoher Arbeitslosigkeit und den Kosten der Wiedervereinigung großer Bedarf für einen sozialen Ausgleich.<sup>114</sup>

Böckenförde zieht in seiner abweichenden Meinung also das Sozialstaatsprinzip heran, um existierende ökonomische Ungleichheit verfassungsrechtlich zu problematisieren und um eine Gegenperspektive zu einem individualisierenden, von gesellschaftlichen Kontexten der Ungleichheit losgelösten Eigentumsschutz zu formulieren. Auf diese Weise macht er die Konzentration gesellschaftlichen Reichtums zur Verfassungsfrage.

Das Sozialstaatsprinzip dient hier – der derzeit herrschenden Lehre und Rechtsprechungspraxis entsprechend – als Rechtfertigung für umverteilende sozialstaatliche Instrumente und reagiert damit auf die seit den 1970er laufenden Debatte um eine mögliche Begrenzung der Sozialstaatlichkeit durch die wirtschaftlichen Freiheitsrechte. Methodisch reiht sich der Verweis Böckenfördes auf den Gestaltungsspielraum der Legislative zwar in das gängige Sozialstaatsverständnis ein, dennoch setzt die Adressierung konkret existierender gesellschaftlicher Ungleichheit durch die Einbeziehung von Sozialdaten neue Impulse. Aus dem Sozialstaatsprinzip wird nicht einfach eine abstrakte Verpflichtung der Gesetzgebung auf eine gerechte Sozialordnung abgeleitet, vielmehr wird das Sozialstaatsprinzip mithilfe von Sozialdaten konkretisiert.

Es handelt sich bei Böckenfördes Position, genauso wenig wie in der folgenden abweichenden Meinung, um einen *hard case*, der wie das Sondervotum zum Nachversicherungsfall eine sozialstaatliche Inklusion subjektiv-rechtlich begründet. Dennoch zeigt sich, dass das Sozialstaatsprinzip einen normativen Anknüpfungspunkt für die Adressierung der Ungleichheitsachse Klasse und die Formulierung einer relationalen Perspektive bietet.

### 3.3 Sozialstaatsprinzip als verschärfter Kontrollmaßstab

Das dritte Sondervotum, das sich mit der Bedeutung des Sozialstaatsprinzips hinsichtlich ökonomischer Ungleichheit auseinandersetzt, haben Reinhard Gaier, Johannes Masing und Susanne Baer zur

114 »Immerhin verfügten Ende 1993 5,5 v.H. der privaten Haushalte über 31,7 v.H. bzw. 18,4 v.H. der Haushalte über 60 v.H. des gesamten Nettogeldvermögens, wobei Haushalte mit einem Jahres-Nettoeinkommen von mehr als 420.000 DM – mangels Aussagebereitschaft der Betroffenen – in diesen Zahlen noch nicht berücksichtigt sind. Die Zahlen zum Grundvermögen liegen ähnlich.«, ebenda, S. 164.

Unternehmenserbschaftsteuer-Entscheidung verfasst.<sup>115</sup> In dem Fall legte der Bundesfinanzhof dem Bundesverfassungsgericht die Frage vor, ob die seit dem 1. Januar 2009 in Kraft getretene Erbschaftsteuervergünstigung beim Übergang betrieblichen Vermögens gem. §§ 13a, 13b Erbschaftsteuergesetz eine zu weitgehende Privilegierung von Unternehmenserb\*innen im Vergleich zu Erb\*innen sonstigen Vermögens und damit einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darstellt. Die Bundesregierung hatte die steuerliche Entlastung bei Unternehmenserbschaften damit begründet, dass Kapital in der Produktion gebunden sei und kleine und mittelständische Unternehmen als Grundlage für wirtschaftlichen Wohlstand nicht durch Liquiditätserfordernisse belastet werden sollen. Das Bundesministerium der Finanzen legte für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts statistische Auswertungen vor, nachdem sich der Steuerwert des durch Erwerb von Todes wegen und Schenkung übertragenen Vermögens von 2007 bis 2012 mehr als verdoppelt hat. Seit der gesetzlichen Neuregelung im Jahr 2009 wurden 3,4 Mrd. Euro, im Jahr 2012 bereits 40,2 Mrd. Euro von der Erbschaftsteuer befreit. Die Todesfälle des Jahres 2010 verdeutlichen, dass eine kleine Gruppe von Erb\*innen von der Neuregelung profitiert: Von 858.768 Todesfällen wurden bei 2.440 die Erbschaftsteuer gesenkt oder auf Null reduziert.

### 3.3.1 Mehrheitsmeinung

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts stellte fest, dass die Steuerbefreiung von Unternehmenserb\*innen gegen den Grundsatz der Lastengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG verstoße. Zwar habe die Gesetzgebung einen weiten Entscheidungsspielraum hinsichtlich des Steuergegenstandes und der Höhe des Steuersatzes und dürfe mit dem Steuerrecht lenkend in die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Prozesse eingreifen, jedoch zeigten die Zahlen des Bundesministeriums für Finanzen, dass die Steuerbefreiung nicht nur in Einzelfällen ein erhebliches Ausmaß erreiche: Von 2009 bis 2012 sei über ein Drittel des unentgeltlich übertragenen Vermögens von der Erbschaft- und Schenkungsteuer befreit worden.<sup>116</sup> Der gesetzgeberische Zweck, kleinere und mittlere Unternehmen nicht in ihrer Existenz zu gefährden, rechtfertige die Befreiungsmöglichkeiten aus §§ 13a, 13b Erbschaftsteuergesetz, jedoch seien die Regelungen insoweit unverhältnismäßig, als auch große Betriebe ohne eine Bedürfnisprüfung bis zu 100 Prozent befreit werden könnten.<sup>117</sup>

<sup>115</sup> BVerfGE 138, 136 (252), *Unternehmenserbrecht* (2014); *Kirchhof*, DStR 2015, 1473; *Sachs*, NJW 2015, 601.

<sup>116</sup> BVerfGE 138, 136 (185), *Unternehmenserbrecht* (2014).

<sup>117</sup> Ebenda, S. 197.

## 3.3.2 Mehrheitsmethode

Das Steuerrecht ist ein Kerninstrument des Sozialstaats, um der ungleichen Verteilung von Eigentum und Vermögen entgegenzuwirken. Die Dethematisierung dieser sozialstaatlichen Zwecksetzung der Erbschaftsteuer und des Sozialstaatsprinzips durch die Senatsmehrheit ist daher erstaunlich. Die familiäre Weitergabe von Reichtum ist ja gerade die rechtliche Institution, die zu erheblich ungleichen Startbedingungen führt und gesellschaftlich-ökonomische Machtasymmetrien über Generationen hinweg tradiert. Dennoch diskutiert die Senatsmehrheit das Sozialstaatsprinzip als verfassungsrechtlich einschlägige Bestimmung nicht, sondern verengt die dogmatische Prüfung auf eine von gesellschaftlichen Ungleichheitskontexten befreite Frage der Gleichbehandlung von Privilegierten – die Gleichheit von Unternehmenserb\*innen und Vermögenserb\*innen.

## 3.3.3 Gaier, Masing, Baer

Die Bundesverfassungsrichter\*innen Reinhard Gaier, Johannes Masing und Susanne Baer stimmten dem Urteil im Ergebnis zwar zu, erweiterten die Begründung jedoch um eine abweichende Meinung. Sie erklären ihr Sondervotum damit, dass in die Entscheidungsbegründung das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG gehöre, da erst dieses die Gerechtigkeitsdimension der Erbschaftsteuer sichtbar mache. Hierbei rekurrieren sie auf die von Böckenförde formulierte Einsicht, dass sich soziale Gleichheit in einer liberalen Gesellschaft nicht einfach durch das freie Spiel der gesellschaftlichen Kräfte herstelle, sondern staatliche Interventionen dafür erforderlich seien.<sup>118</sup> Während die Mehrheit dies dethematisiert, weisen Gaier, Masing und Baer ausdrücklich auf die Funktion der Erbschaftsteuer hin, in einer Gesellschaft der weiteren Macht- und Vermögenskonzentration einer kleinen Gruppe von Menschen entgegenzuwirken.

Die dissidierenden Bundesverfassungsrichter\*innen zeigen den Zusammenhang zwischen wirtschaftlicher Macht, der ungleichen Verteilung von Lebenschancen und gesellschaftlicher Teilhabe auf. Mit Blick auf die seit Böckenfördes Sondervotum weitere Verschärfung ökonomischer Machtkonzentration argumentieren sie für die umverteilende Funktion des Sozialstaats zur Schaffung »realer« Freiheitsvoraussetzungen. Der Anstieg von Armut einerseits und die zunehmende Vermögenskonzentration andererseits hängen u. a. damit zusammen, dass »Einkommen aus Unternehmenstätigkeit und Vermögen im Vergleich zu den Arbeitnehmerentgelten überdurchschnittlich gestiegen sind.«<sup>119</sup> Die Erbschaftsteuer »wirkt damit der Gefahr entgegen, dass durch eine

118 Ebenda, S. 252.

119 Ebenda, S. 253.

zunehmende Ungleichverteilung von Mitteln die Chancen auf gesellschaftliche wie politische Teilhabe auseinanderdriften und sich so letztlich Einfluss und Macht zunehmend unabhängig von individueller Leistung verfestigen und an Herkunft gebunden sind.«<sup>120</sup>

Indem auch in dieser abweichenden Meinung Sozialdaten über die gesellschaftliche Verteilung des gesellschaftlichen Reichtums rezipiert werden anstatt sich auf rechtfertigende Gründe zu beziehen, machen die Dissidierenden die gesellschaftliche Wirklichkeit von ökonomischer Ungleichheit zu ihrer Begründungsstrategie.<sup>121</sup> Da die Erbschaftsteuer im gegenwärtigen Sozialsystem für die Herstellung eines sozialen Ausgleichs diene, müsse sich dies auch in den verfassungsrechtlichen Anforderungen für die Ausgestaltung niederschlagen. Daher unterlägen Ungleichbehandlungen bei der Erbschaftsteuer »einer umso größeren Rechtfertigungslast, je mehr sie geeignet sind, soziale Ungleichheiten zu verfestigen.«<sup>122</sup> Die drohende Verfestigung ökonomischer Ungleichheit führe aufgrund des Sozialstaatsprinzips zu einem verschärften verfassungsrechtlichen Maßstab. Befreiungen der ökonomisch Leistungsfähigen seien daher besonders rechtfertigungsbedürftig: »Werden gerade diejenigen verschont, die als erfolgreiche Unternehmer über die größten Vermögen und damit auch über erheblichen Einfluss auf das Gemeinwesen verfügen, und wird gerade ihnen ermöglicht, dieses Vermögen unter Befreiung der sonst nach Leistungsfähigkeit auferlegten Lasten an Dritte, insbesondere an Familienmitglieder weiterzureichen, ohne dass diese hierfür eigene Leistungen oder Fähigkeiten erbracht hätten, verfestigt und verstärkt dies die ökonomische Ungleichheit.«<sup>123</sup> Im Ergebnis, so die

120 Ebenda, S. 254.

121 »Verwies schon Böckenförde in seinem Sondervotum für das Jahr 1993 darauf, dass 18,4 % der privaten Haushalte über 60 % des gesamten Nettogeldvermögens verfügten, lag dieser Anteil bereits im Jahr 2007 in den Händen von nur noch 10 %. Gerade die Konzentration des Vermögens im obersten Dezil ist im vergangenen Jahrzehnt stark gestiegen, wobei das wahre Ausmaß an Ungleichheit bei der Verteilung des Vermögens auch mit diesen Zahlen noch nicht voll erfasst ist, weil die Haushalte mit dem besonders großen Vermögen mangels von den Betroffenen zu erlangender Zahlen nicht berücksichtigt werden konnten. Demgegenüber verfügten rund 28 % der erwachsenen Bevölkerung im Jahr 2012 über kein beziehungsweise ein negatives Vermögen, wobei dieser Anteil seit dem Jahr 2002 ebenfalls signifikant angestiegen ist. Der für die Vermögensverteilung international herangezogene Gini-Koeffizient ist entsprechend von 0,62 im Jahr 1993 auf 0,78 im Jahr 2012 gestiegen, sodass Deutschland gegenwärtig innerhalb der Eurozone den höchsten Grad an Ungleichheit bei der Verteilung des Vermögens aufweist.«, ebenda, S. 253, Nachweise weggelassen.

122 Ebenda, S. 254.

123 Ebenda, S. 255.

Richter\*innen wie schon Rupp-von Brünneck, strahle das Sozialstaatsprinzip in den Gleichheitssatz hinein.

Auch schon im vorangegangenen Beschluss zur degressiven Zweitwohnungsteuer hatte der Erste Senat die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als Ausdruck der Steuergerechtigkeit bzw. der gleichmäßigen Steuerlastverteilung aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet und diese gleichheitsrechtliche Argumentation mit dem Sozialstaatsprinzip abgestützt. So sei bei Steuern, die an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit anknüpfen, die »Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte nicht nur zulässig sondern geboten.«<sup>124</sup> Denn das Sozialstaatsprinzip gebiete die Rücksichtnahme auf wirtschaftlich Schwächere in der Steuerpolitik. Während der Senat in diesem Beschluss aufgrund des Sozialstaatsprinzips ein Gebot für eine progressive Steuerpolitik argumentierte, gehen Gaier, Masing und Baer in der abweichenden Meinung noch einen Schritt weiter, weil sie die drohende Verschärfung ökonomischer Ungleichheit allgemein als verfassungsrechtlich problematisch – als Verfassungsfrage – qualifizieren und daraus eine erhöhte Rechtfertigungslast ableiten. Entgegen der gängigen Argumentation, dass bei sozialstaatlichen Rechtskonflikten eine zurückgenommene verfassungsrechtliche Kontrolle angezeigt sei, argumentieren Gaier, Masing und Baer für eine Verschärfung des Kontrollmaßstabes, wenn Regelungen ökonomischer Stärke erheblich bevorteilen und Klassenungleichheit sich zu verstärken droht. Methodisch wird dies einerseits über die Einbeziehung von Sozialdaten und andererseits durch die Adressierung von Privilegien erreicht.

#### 4. Von der Grundsatzkontroverse zur begrenzten Sozialstaatlichkeit

Zu Beginn der Bundesrepublik stand die normative Bedeutungslosigkeit des Sozialstaatsprinzips noch nicht fest. Vielmehr entbrannte daran in den ersten Jahren des Grundgesetzes eine erbittert geführte Grundsatzkontroverse über das Verhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (4.1.). Dies zeigt die ursprüngliche Umkämpftheit des sozialen Staatsziels und dessen (inzwischen eingedämmte, dennoch potentielle) Brisanz, galt doch die weitere Entwicklung der Wirtschafts- und Sozialordnung zu den Anfangsjahren der Bundesrepublik als offen. Die Diskussion um die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die grundgesetzliche Ordnung wurde ab den 1970er Jahren durch stärker neoliberal geprägte Diskurse um die Begrenzung des Sozialstaats abgelöst (4.2.).

Diese Debatten sollen im Folgenden rekonstruiert werden, um die schwache Normativität des Sozialstaatsprinzips zu historisieren und

<sup>124</sup> BVerfGE 135, 126 (144), *degressive Zweitwohnungsteuer* (2014).

aufzuzeigen, dass es bei diesen weniger um die dogmatische Adressierung der Ungleichheitsachse Klasse als um die verfassungsrechtliche Einhegung bzw. Ermöglichung spezifischer Wirtschaftsordnungen ging.

#### 4.1 Systemfrage – liberaler Rechtsstaat – sozialer Rechtsstaat

Die Sozialisierungs- und Demokratisierungsideen, die in den ersten Jahren nach dem Krieg bis ins konservative Lager reichten und aufgrund des privatwirtschaftlich gestützten Nationalsozialismus die Überwindung einer bürgerlichen Wirtschafts- und Eigentumsordnung implizierten, wurden relativ schnell unter dem Eindruck des entstehenden Ost-West-Konflikts von der »sozialen Marktwirtschaft« abgelöst. Bis zu den Beratungen im Parlamentarischen Rat hatte sich der kapitalismuskritische Nachkriegskonsens der großen Parteien aufgelöst. Positionen, die verfassungsrechtlich auf eine weitreichende wirtschaftliche und soziale Neuordnung zielten, konnten sich im Parlamentarischen Rat nicht mehr gegen die Adenauer-CDU durchsetzen.<sup>125</sup> Im Ergebnis wurde ein Verfassungskompromiss erarbeitet, der durch die Ausparung des wirtschaftspolitischen Grundkonflikts die Zustimmung der beiden großen Parteien sichern konnte. Damit wurde weder an die umfassenden Regelungen der Weimarer Reichsverfassung zum Sozialen noch an die sozialliberale, antikapitalistische Grundhaltung älterer Landesverfassungen, wie die der Hessischen Verfassung (1946) oder der Verfassung des Freistaats Bayern (1946), angeknüpft. Die Offenheit des Grundgesetzes gegenüber künftigen Wirtschafts- und Eigentumsordnungen wurde durch die demokratische Konkretisierung des Eigentums (Inhalts- und Schrankenbestimmungen, Sozialpflichtigkeit, Art. 14 Abs. 1, Abs. 2 GG), die Festlegung auf eine angemessene Entschädigung anstatt auf den Verkehrswert bei Enteignungen (Art. 14 Abs. 3 GG), die Sozialisierungsmöglichkeit in Art. 15 GG sowie durch die Verortung wesentlicher Gesetzgebungskompetenzen beim Bund gewährleistet.

Dieser Verfassungskompromiss des Grundgesetzes führte zu der Abendroth-Forsthoff-Kontroverse bekannt gewordenen wissenschaftlichen Debatte um die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips. Im Vorwort des zentralen Aufsätze dieser Kontroverse versammelnden Bandes »Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit« (1968) beschreibt Ernst Forsthoff die »Forderungen nach sozialer Sicherheit und sozialem Aufstieg« als das »Kardinalproblem der rechtsstaatlichen Verfassung«.<sup>126</sup> In der Kontroverse wurden im Wesentlichen drei Positionen vertreten, als deren Vertreter Hans Peter Ipsen und Wolfgang Abendroth (Systemfrage), Ernst

125 *Abendroth*, Das Grundgesetz, S. 63 ff.

126 *Forsthoff*, in: ders., Vorwort, S. VII.

Forsthoff (liberaler Rechtsstaat) und Ulrich Scheuner (sozialer Rechtsstaat) gelten können.<sup>127</sup>

#### 4.1.1 Ipsen und Abendroth

Hans Peter Ipsen forcierte zu Beginn der Bundesrepublik eine sozialstaatliche Interpretation der grundgesetzlichen Artikel, um im Hinblick auf die im Grundgesetz angelegte rechtsstaatliche Ordnung die Systemfrage zu stellen. Durch die starken liberalen Grundrechte, den individuellen Rechtsschutz sowie dem Fehlen von Verfassungsnormen zur Wirtschafts- und Sozialordnung sah er im Grundgesetz den, gegenüber der Weimarer Reichsverfassung rückschrittlichen, bürgerlichen Rechtsstaat angelegt. So schrieb Ipsen 1950, dass das Grundgesetz den Schutz des Einzelnen gewähre »bis zum vorstellbaren Maximum und in einer Intensität, die die Weimarer Verfassung weit hinter sich läßt.«<sup>128</sup> Ipsen verstand dies zwar als Versuch nach dem nationalsozialistischen Unrechtsregime die Macht der Exekutive und die des Bundes zu begrenzen, beschrieb die bürgerlichen Grundrechtsgewährleistungen jedoch zugleich als veraltete Rechtsformen, weshalb das Grundgesetz »die Sprache des (...) 19. Jahrhunderts« spreche und den »status quo ungleich starrer und unbeweglicher fixiere als die Weimarer Verfassung«.<sup>129</sup> Dies zeige sich u. a. am fehlenden Ausschluss der Entschädigung und des Rechtswegs bei Enteignung und Sozialisierung in den Artikeln 14 und 15 GG. Während er in späteren Jahren eine stärker wirtschaftsliberale Position entwickelte, argumentierte er 1951 in seinem Referat für die Staatsrechtslehrertagung noch, dass die grundgesetzliche Entscheidung für die Sozialstaatlichkeit sich in der Interpretation grundrechtlicher Normen widerspiegeln müsse.<sup>130</sup> Dies hieße, die Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und den Sozialisierungsartikel (Art. 15 GG) im Kontext der Grundentscheidung der Verfassung zugunsten der Sozialstaatlichkeit zu

127 Mit dieser Autorenauswahl folge ich der überzeugenden Darstellung und Einordnung von *Thurn*, *Welcher Sozialstaat?*, Kap. 2.

128 *Ipsen*, in: Forsthoff, *Über das Grundgesetz*, S. 21.

129 *Ebenda*, S. 22 f.

130 Das Parallelreferat auf der Göttinger Tagung hielt Ridder, der aufgrund der Positivierung des Sozialstaatsgebots für die Transformation des liberalen Rechtsstaats und den unbedingten Vorrang des Sozialstaatsprinzips vor dem Rechtsstaatsprinzip argumentierte, *Ridder*, in: VDStRL, *Enteignung und Sozialisierung*, S. 129; auch *Ridder*, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, S. 94 ff., insbes. 99, 107. Die von Ipsen und Ridder früh formulierten Positionen sind nach Bryde der Höhepunkt gewesen, dem Grundgesetz einen »sozialfortschrittlichen Anstrich« zu geben, *Bryde*, in: Evers, *Das Sozialstaatsprinzip als Programm, Deskription und Norm*, S. 41.

interpretieren.<sup>131</sup> So sah er in der Sozialisierungsmöglichkeit eine Chance eine fortschrittliche und inklusive Eigentumsordnung zu gestalten, die bisher unbeteiligte soziale Gruppen an der Verfügungsmacht über Eigentum beteiligen und auf legale Weise eine kapitalistische Wirtschaftsweise überwinden könne. Zwar müsse aufgrund der wirtschaftspolitischen Indifferenz des Grundgesetzes die Gesetzgebung diesen Weg nicht gehen, jedoch ging Ipsen davon aus, dass gerade aufgrund der sozialstaatlichen Wertungen des Grundgesetzes ein anderer Weg bei einer Neuordnung der Wirtschafts- und Eigentumsverhältnisse kaum offenstehe.<sup>132</sup> Schließlich interpretierte er – entgegen heutiger Positionen – das Ungleichheitsmerkmal »Herkunft« aus Art. 3 Abs. 3 GG sozialstaatlich als ökonomischen Egalisierungsauftrag.<sup>133</sup>

Der sich als Kommunist verstehende Wolfgang Abendroth verfolgte die Transformation einer kapitalistischen Ökonomie innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung und bezog sich dabei positiv auf den etatistisch-konservativen Ipsen sowie einer am Sozialstaatsprinzip orientierten Auslegung des Grundgesetzes.<sup>134</sup> Indem das Grundgesetz den demokratischen und sozialen Rechtsstaat als Verfassungsgrundsatz etablierte, sei ein Strukturprinzip der verfassungsrechtlichen Ordnung begründet, das die Demokratie, den Rechtsstaat und den Sozialstaat zu einer Einheit verbinde. Die drei Elemente würden sich gegenseitig durchdringen und seien daher einer isolierten Interpretation nicht mehr zugänglich.<sup>135</sup> Als Rechtsgrundsatz komme dem demokratischen und sozialen Rechtsstaat die Aufgabe zu, das gesamte grundgesetzliche System zu legitimieren und zu durchdringen.<sup>136</sup>

Abendroths zentrales Anliegen war es, den Rechtsgrundsatz des demokratischen und sozialen Rechtsstaates als verfassungsrechtliche Aufgabe

131 »Wenn (...) [die Sozialstaatlichkeit] (...) mehr als eine Formel bleiben soll, dann muß sie sich in bezug auf das Eigentum als Grundelement jeder Sozialordnung gerade in der Ausdeutung des Art. 14 Abs. 2 bewähren. (...) Beide Sätze sind als Ermächtigung und Direktive des Gesetzgebers aufzufassen, die Inhaltsbestimmung des Eigentums dahin auszugestalten, daß die Sozialstaatlichkeit, verstanden als Berufung zur Gestaltung der sozialen Ordnung, nicht farb- und inhaltlos verblaßt und verkümmert, sondern positiv-lösend den Weg der Gesetzgebung bestimmt.« Ipsen, in: VDStRL, Enteignung und Sozialisierung, S. 85.

132 Ipsen, in: VDStRL, Enteignung und Sozialisierung, S. 75, 102 f., 104, 106.

133 Ipsen, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Gleichheit, S. 173 f., Zitat S. 174.

134 Abendroth, in: Forsthoff, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, S. 123.

135 Ebenda, S. 115 f.

136 »Der soziale Rechtsstaat ist demokratischer und sozialer Rechtsstaat und mir scheint, daß das Grundgesetz doch mit dieser Kennzeichnung der Dinge zum Ausdruck bringen wollte, daß in der Verbindung dieser drei Momente die das grundgesetzliche System tragende Rechtsgrundlage zu erblicken

zu deuten, »die künftige Entwicklung zur sozialen Demokratie offenzuhalten« und damit die Güter- und Eigentumsverteilung auf einfachem Gesetzesweg ohne eine Verfassungsänderung durchführen zu können und zugleich festzuhalten, dass dieser Weg aufgrund Art. 79 Abs. 3 GG nicht mehr aufgehoben werden könne. Verfassungsrechtlich sei damit die Möglichkeit eröffnet, im Anschluss an Hermann Hellers Idee einer sozialen Demokratie, eine Demokratisierung der Gesellschaft und der Wirtschaft anzustreben. Der demokratische und soziale Rechtsstaat war für Abendroth damit nicht nur in der staatlichen Ordnung zu verwirklichen, sondern sollte der »im demokratischen Staat repräsentierten Gesellschaft« die Möglichkeit bieten, diesen auf die Wirtschafts- und Sozialbeziehungen auszuweiten. Das »Bekenntnis des Grundgesetzes zum demokratischen und sozialen Rechtsstaat« erlaube daher nicht einfach nur Staatsinterventionen zum Ausgleich sozialer Gegensätze, sondern »stellt grundsätzlich diese Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung selbst zur Disposition der demokratischen Willensbildung des Volkes. [Es weist ihm] die Möglichkeit zu, ihre eigenen Grundlagen umzuplanen.«<sup>137</sup>

Da sich private wirtschaftliche Macht in einer formal verstandenen Demokratie in politische Macht übersetze, argumentierte Abendroth mittels einer kollektiven Interpretation des Gleichheitssatzes für die verfassungsrechtliche Ermöglichung von Mit- und Selbstbestimmung über Eigentum und Produktionsmittel. So verlange die innere Verbindung von Demokratie und Sozialstaatlichkeit eine Gleichheitsinterpretation, die auch das Verhältnis von sozialen Gruppen zueinander adressiere und »die diese Tatbestände *in Richtung auf die Demokratisierung* der Gesellschaft ausweitet.«<sup>138</sup> Demokratische Gleichheit erstreckte sich nicht allein auf den formalen Status als Staatsbürger\*in, sondern sei auf die gesamten Lebensverhältnisse und die materiellen und kulturellen Bedürfnisse der Menschen bezogen. Solange keine Demokratisierung der Wirtschaft und Gesellschaft erfolgt sei, so gesteht Abendroth ein, werde der Rechtsgrundsatz des demokratischen und sozialen Rechtsstaats »Gegenstand des Kampfes der sozialen Gruppen« bleiben.<sup>139</sup>

ist. Zweifellos handelt es sich gerade in dieser Verbindung nicht um einen Rechtssatz, der unmittelbarer Anwendung fähig wäre, sondern um einen Rechtsgrundsatz, auf den, weil er das grundgesetzliche Rechtssystem trägt, nun allerdings das rechtsstaatliche Denken des Grundgesetzes voll bezogen werden muß.«, Abendroth zit. nach *VDS<sub>St</sub>RL*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 85 (Aussprache).

137 *Abendroth*, in: Forsthoff, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, S. 127.

138 Ebenda, S. 128 (H.i.O.); *Abendroth* in *VDS<sub>St</sub>RL*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 87 f. (Aussprache).

139 *Abendroth*, in: Forsthoff, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, S. 131, 138.

## 4.1.2 Forsthoff

Die Gegenposition vertrat Ernst Forsthoff, der ein liberales Rechtsstaatsverständnis vor einer sozialstaatlichen Überformung verteidigte.<sup>140</sup> Konträr zu Abendroth ging Forsthoff davon aus, dass sich Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit nicht zu einer Einheit verbinden ließen, es sich vielmehr aufgrund ihrer wesenhaften Unterschiedlichkeit um grundlegend verschiedene Gegebenheiten handle: »Der Rechtsstaat und der Sozialstaat sind (...) ihrer Intention nach durchaus verschieden, um nicht zu sagen Gegensätze. Der Rechtsstaat hat seine eigenen Institutionen, Formen und Begriffe. Sie sind auf Freiheit angelegt. Auch der konsequent verwirklichte Sozialstaat, der auf Teilhabe hingerichtet ist, bringt eigene Institutionen, Formen und Begriffe hervor, die wesentlich anders geartet sein müssen.«<sup>141</sup> Dementsprechend seien diese auf verschiedenen Ebenen der Staatsorganisation anzusiedeln. Verfassungen seien streng rechtsstaatlich zu verstehen. Sie sicherten individuelle Freiheit durch Ausgrenzung und Begrenzung des Staates. Den Staat verstand Forsthoff primär als Herrschaftsgewalt, die rechtsstaatlich gebändigt werden müsse und keinen verfassungsrechtlich abgesicherten Zugriff auf die Sozialität bekommen dürfe. Zugleich würden die rechtsstaatlichen Handlungsformen den Schutz des Staates vor Partikularinteressen gewährleisten.<sup>142</sup> Darüber hinaus sei der Weimarer Versuch, den Rechtsstaat und Sozialstaat zu verklammern, an den »formalen Strukturgegebenheiten der Verfassungsnorm und der Problematik ihrer Vollziehbarkeit« gescheitert.<sup>143</sup> Daher sei der soziale Rechtsstaat kein Rechtsbegriff mit einem materiellen Gehalt. Dem leistenden Sozialstaat komme grundsätzlich kein Verfassungsrang zu. Die Daseinsvorsorge sei die Aufgabe der Verwaltung und des Verwaltungsrechts, welcher Forsthoff eine wichtige Bedeutung zu sprach.<sup>144</sup> So sei es gerade die zentrale Aufgabe des modernen Staates das individuelle Dasein zu sichern, da den Menschen in

140 Forsthoff, in: VDStRL, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates; Forsthoff, in: ders., Verfassungsprobleme des Sozialstaats.

141 Forsthoff, in: VDStRL, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 19.

142 Forsthoff, in: ders., Verfassungsprobleme des Sozialstaats, S. 146, 150, 157 ff., 159.

143 Forsthoff, in: VDStRL, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 12.

144 Ebenda, S. 13 f., 24. »Unter sozialstaatlichem Aspekt betrachtet bieten somit das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht ein durchaus verschiedenes Bild. Während sich die überkommene, rechtsstaatliche, gewaltenteilende Verfassung gegenüber den Bestrebungen einer sozialstaatlichen Fortbildung im wesentlichen abweisend zeigt, hat das Verwaltungsrecht einen seine gesamte Systematik ergreifenden, in die Tiefe gehenden Prozeß der Umbildung durchlaufen als dessen Ergebnis heute der Sozialstaat in einer zwar noch nicht abgeschlossenen aber doch weit fortgeschrittenen Formung vor uns steht.«, S. 13.

der Industriegesellschaft die Möglichkeiten fehlen, ihre eigene Existenz durch den Zugriff auf natürliche Ressourcen zu sichern. Die Notwendigkeit, das eigene Dasein durch Arbeit zu reproduzieren und das damit verbundene Phänomen struktureller Arbeitslosigkeit, führe zu einer existentiellen Abhängigkeit von anderen und in letzter Instanz – insbesondere in Krisenzeiten, in denen die privatwirtschaftliche Verteilung nicht mehr funktioniere – vom Staat.<sup>145</sup> Die Verpflichtung der staatlichen Organe auf ein gewisses Maß an sozialen Maßnahmen bestehe daher auch ohne die Bekräftigung in Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. Schließlich ermögliche der Rechtsstaat durch den Steuerstaat und die rechtlich unbegrenzte Befugnis des Staates, Steuern zu erheben, den Sozialstaat. Diese Verbindung des Rechtsstaats und des Sozialstaats sei aber eine einfache Tatsache, die nicht erst hergestellt werden müsse.<sup>146</sup> Der Sozialstaat sei bereits durch das einfache Recht verwirklicht. Im Ergebnis stand Forsthoffs starker Begriff einer liberalen Rechtsstaatlichkeit Eingriffen in die bürgerliche Eigentumsordnung, wie sie von Ipsen und Abendroth forciert wurden, konträr gegenüber.

#### 4.1.3 Scheuner

In der wissenschaftlichen Literatur hat sich die dritte Position des sozialen Rechtsstaats, wie sie von Ulrich Scheuner formuliert wurde, durchgesetzt.<sup>147</sup> Scheuner interpretierte die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes vor dem Hintergrund der sich durchsetzenden sozialen Marktwirtschaft als mittleren Weg zwischen freiem Wettbewerb und staatlicher Wirtschaftsplanung.<sup>148</sup> Scheuner bezog in seinem Referat auf der Staatsrechtslehrertagung 1952 die Position, dass es sich beim Grundgesetz im Wesentlichen um eine freiheitliche Rechtsordnung handle, die private wirtschaftliche Betätigungen und auch privates Eigentum vor staatlichen Eingriffen schütze, den Staat aber zugleich zu sozialem Ausgleich verpflichte und dieser daher in einem gewissen Maße zu Interventionen berechtigt sei. Der soziale Rechtsstaat »beschränkt sich nicht mehr auf eine Aufgabe der bloßen Beaufsichtigung wirtschaftlicher Vorgänge in den Formen des Gewerberechts und der Gefahrenabwehr, sondern er möchte auch wenigstens teilweise formend und planend oder gar umgestaltend eingreifen, um die ihm vorschwebenden Ziele sozialer Gerechtigkeit zu verwirklichen.«<sup>149</sup> Er qualifizierte die Freiheitsrechte als

145 Forsthoff, in: ders., Verfassungsprobleme des Sozialstaats, S. 146 ff.

146 Forsthoff, in: VDStRL, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 29 ff.

147 Thurn, Welcher Sozialstaat?, S. 67, 55 f.

148 Scheuner, in: VDStRL, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, S. 7 ff.

149 Ebenda, S. 12.

»wichtige und grundsätzliche Entscheidungen zugunsten einer freiheitlichen Ordnung, aber versehen mit allgemeinen Vorbehalten sozialer Natur, die durch die Formeln der ›Rechte Dritter‹ und der ›verfassungsmäßigen Ordnung‹ auch in Art. 2 Abs. I GG verankert sind.«<sup>150</sup> Damit weise der soziale Rechtsstaat über den liberal-bürgerlichen hinaus. Dennoch beschrieb Scheuner viel stärker als Ipsen und Abendroth die bürgerliche Eigentumsordnung als im Grundgesetz angelegt und daher als staatlichen Eingriffen Grenzen setzend. Im Begriff des sozialen Rechtsstaats drücke sich daher der verfassungsrechtliche Vorrang der Rechtsstaatlichkeit vor der Sozialstaatlichkeit aus. Dementsprechend komme der Sozialstaatlichkeit im Grundgesetz nur eine ergänzende und ausgleichende Funktion hinsichtlich der rechtsstaatlichen Freiheitsgewährleistung zu.<sup>151</sup> Während die unternehmerische Freiheit grundsätzlich Vorrang vor sozialstaatlichen Erwägungen genieße, solle soziale Härte abgefangen und eine gemeinwohlorientierte Freiheitsbeschränkung möglich sein. Scheuner geht daher grundsätzlich vom liberalen Ideal einer natürlich-gerechten Marktverteilung aus, die nur sekundär durch staatliche Interventionen zu korrigieren ist. Damit hat Scheuner die bis heute herrschende Position formuliert und die Grundlage für ein schwach konturiertes Sozialstaatsprinzip gelegt. Die theoretische Verbindlichkeit des Sozialstaatsprinzips wird konstatiert, dogmatische Folgen oder verfassungsrechtliche Vorgaben werden jedoch nicht entwickelt.<sup>152</sup>

#### 4.2 Neoliberale Krisendiagnosen

Wurde in den 1950er Jahren noch die grundsätzliche Bedeutung der Sozialstaatlichkeit in Differenz zum liberalen Rechtsstaat in der wissenschaftlichen Debatte betont, verschob sich dieser Diskurs im Laufe der Jahre. Nach den Auseinandersetzungen um die verfassungsrechtliche Eigentumsordnung im demokratischen Rechtsstaat und anschließend um die sozialstaatlichen Dimensionen der Grundrechte,<sup>153</sup> änderte sich in den 1970er Jahren analog zur politischen auch die verfassungsrechtliche Diskussion und kulminierte, gruppiert um den Begriff des sozialen Rechtsstaats, in einem freiheitlichen Sozialstaatsdenken.<sup>154</sup> Dieses konzipiert das Sozialstaatsprinzip nicht mehr als normativen

150 Ebenda, S. 20.

151 Ebenda, S. 12, 59 ff.

152 Thurn, *Welcher Sozialstaat?*, Kap. 2.

153 Häberle, in: VDStRL, *Grundrechte im Leistungsstaat*; Martens, in: VDStRL, *Grundrechte im Leistungsstaat*.

154 Für eine eingehende Darstellung und Analyse dieses Diskursverlaufs Thurn, *Welcher Sozialstaat?*, Kap. 4.

Anknüpfungspunkt für die Möglichkeit umfassender gesellschaftlicher Neuordnungs- und Umverteilungsprozesse, sondern beschränkt dessen Bedeutung auf den Bereich der Sozialpolitik. Im Sinne eines solchen inhaltlich kaum greifbaren und auf Sozialpolitik begrenzten Sozialstaatsprinzips formulierte Hans F. Zacher Ende der 1970er/Anfang der 1980er Jahre die »herrschende Lehre« mit seinem prozesshaften Verständnis des Sozialstaats. Dieses schließt an die Figur des sozialen Rechtsstaats an und verfolgt durch seine Unterscheidung zwischen einer privatwirtschaftlichen Primärverteilung und einer ergänzenden staatlichen Sekundärverteilung eine freiheitliche Deutung des Sozialstaatsprinzips. Danach bedeute der verfassungsrechtliche Auftrag des Sozialstaatsprinzips nicht nur »die *stetige Aufgabe der Annäherung* an das Ziel von weniger Not und mehr Gleichheit. In diesem Sinne ist Sozialstaat *nicht nur ›Fortschritt‹* im Sinne von Verbesserung. In diesem Sinne ist Sozialstaat letztlich sogar *Offenheit um der Zukunft willen, Prozeß um der Veränderbarkeit willen.*«<sup>155</sup>

Nach der goldenen Zeit des Wirtschaftswunders, des expandierten Wohlfahrtsstaats und des staatlichen Planungsoptimismus wurden im Kontext der Weltwirtschaftskrise und des Ölpreisschocks von 1973 zum ersten Mal Massenarbeitslosigkeit und wirtschaftliche Stagnation in Westdeutschland erlebt. Die ökonomische Krise ging mit einer zunehmenden Kritik an sozialstaatlichen Institutionen und Gewerkschaften einher. Eine Tendenzwende wurde gefordert. Nach der sozialliberalen Zeit der Studierendenproteste gewannen wieder national- und liberalkonservative Positionen politisch an Boden. Die Krisendiagnosen sprachen davon, dass Mangel und Knappheit herrsche und die Grenzen des Sozialstaats erreicht seien; das Arbeitsrecht verfestige eine unflexible wirtschaftliche Situation; der verkrustete überregulierte Wohlfahrtsstaat sei für anhaltende Arbeitslosigkeit verantwortlich. Diese Problembeschreibung führte dazu, dass das Ende des Leistungsstaats ausgerufen und Forderungen nach Deregulierung, Privatisierung und Flexibilisierung – einem schlanken Staat – laut wurden.<sup>156</sup>

Realpolitisch wurde unter dem Sozialdemokraten Helmut Schmidt mit dem Haushaltsstrukturgesetz von 1975, das die Ausgaben im sozialen Bereich wie etwa Arbeitslosengeld, BAföG und Wohngeld beschränkte, die sozialpolitische Wende markiert und die Phase der wohlfahrtstaatlichen Expansion beendet.<sup>157</sup> Unter der Kohl-Regierung kam es

155 Zacher, in: Stödter/Thieme, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, S. 258 (H.i.O.); Zacher, in: ders., Der Sozialstaat als Prozeß; Zacher, in: Isensee/Kirchhof, § 28 Das soziale Staatsziel.

156 Einen detailreichen Überblick zu den politischen Entwicklungen dieser Zeit liefert Butterwege, Krise und Zukunft des Sozialstaats, Kap. 4.

157 Gesetz zur Verbesserung der Haushaltsstruktur v. 18.12.1975, BGBl. I 1975, S. 3091.

zu weiteren sozialstaatlichen Leistungskürzungen, zu einer steuerlichen Entlastung des Vermögens und der Spitzeneinkommen sowie zu ersten arbeitsmarktrechtlichen Liberalisierungen. Bestärkt durch den Wegfall der Systemkonkurrenz und den Kosten der Einheit wurden Standort-sicherung und internationale Wettbewerbsfähigkeit die neuen Leit-motive. Die Institutionalisierung einer vorstaatlichen Primärverteilung durch eine koordinierte Marktwirtschaft der Sozialpartnerschaft verlor ab Ende der 1980er, Anfang der 1990er zunehmend an Bindekraft. Lohnspreizungen führten zu einer weniger egalisierenden Primärverteilung. Der rot-grüne Umbau des Sozialstaats forcierte zudem eine weniger egalisierende staatliche Sekundärverteilung.<sup>158</sup>

Diese politische Verschiebung, die mit dem Begriff des Neoliberalismus beschrieben wird, machte sich auch im wissenschaftlichen Diskurs bemerkbar.<sup>159</sup> Ausgehend von den gängigen Krisendiagnosen wurden seit Mitte der 1970er Jahre verstärkt marktliberale Positionen im wissenschaftlichen Diskurs artikuliert. So wurden die verfassungsrechtlichen Begrenzungsmöglichkeiten sozialstaatlicher Politik, etwa durch die wirtschaftlichen Grundrechte, Wirtschaftlichkeitsgebote oder Finanzierungsvorbehalte, vermehrt erörtert. Das Mitbestimmungsgesetz von 1976 löste darüber hinaus eine erneute Debatte über die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes aus. Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht bereits 1954 die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes postuliert und damit der Gesetzgebung einen weiten Gestaltungsspielraum zugesprochen,<sup>160</sup> dennoch wurden in einer institutionell gedeuteten Eigentums-garantie und in der Unternehmensfreiheit ein Schutz vor sozial-staatlichen Maßnahmen, wie etwa Mitbestimmung, Umverteilung oder Besteuerung, gesehen.<sup>161</sup>

Ein Beispiel für die Begrenzungsversuche aus der Literatur sind die Ansichten von Paul Kirchhof, dessen Rechtsinterpretation, wie die dargestellte Senatsentscheidung zur Vermögensteuer zeigt, jedenfalls

158 *Leibfried*, in: Boysen/Kaiser/Meinel, Zum Strukturwandel des Sozialstaats und zur Umleitung seiner Energien und Verteilungsströme, S. 2 f.

159 Überzeugende Darstellung bei *Thurn*, Welcher Sozialstaat?, Kap. 4 m.w.N.

160 BVerfGE 4, 7 (17 f.), *Investitionshilfen* (1954); 50, 290 (337), *Mitbestimmung* (1979). Aus der umfassenden Literatur z. B. *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten; *Badura u. a.*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz.

161 *Kirchhof*, in: VDStRL, Besteuerung und Eigentum; *Arnim*, in: VDStRL, Besteuerung und Eigentum, S. 316; *Mußgug*, in: VDStRL, Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht, S. 128 ff.; *Papier*, in: Benda/Maihofer/Vogel, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung; *Badura*, in: Benda/Maihofer/Vogel, Eigentum; dagegen *Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, S. 94 ff.; *Abendroth*, Das Grundgesetz, S. 68.

punktuell Eingang in die Steuerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefunden hat.<sup>162</sup> Angesichts einer für ihn ausufernden Sozialstaatlichkeit argumentierte er für die Begrenzung des Steuerzugriffs durch die Eigentumsfreiheit und – eine Formulierung aus dem *numerus clausus*-Urteil aufgreifend<sup>163</sup> – für einen Vorbehalt des finanziell Möglichen für Leistungs- und Teilhaberechte zur Begrenzung der Staatsverschuldung.<sup>164</sup>

Um einen »finanziell handlungsfähigen Rechtsstaat« zu gewährleisten, biete einerseits das Privateigentum eine Grenze, da diese »eine eigentumschonende Deckung des staatlichen Finanzbedarfs« erforderlich mache.<sup>165</sup> Die Sozialstaatlichkeit müsse andererseits im Bereich der parlamentarischen Haushaltsplanung und Leistungsverwaltung durch Wirtschaftlichkeitsgebote kontrolliert werden. Dafür schlug er eine »staatsorganisatorische Planbefolgungspflicht« vor, die »den mittelfristigen Finanzplan als Obergrenze für leistungsstaatliches Handeln anerkennt« und in der Konsequenz individuelle Leistungsansprüche oder finanzstaatliche Teilhaberechte unter den Vorbehalt des finanziell Möglichen stellt. Während grundrechtliche Freiheiten durchgehend rechtsstaatlichen Schutz genießen sollen, gelte dies für sozialstaatliche Leistungen nur, wenn diese auf einer eigenen Leistung der Einzelnen beruhe oder der elementaren Existenzsicherung diene. Darüber hinausgehende staatliche Ausgaben könnten nur bei einem leistungsfähigen Finanzstaat gewährt werden.<sup>166</sup> Daher könne ein Vorbehalt des Möglichen bewirken, dass bei »Deckungslücken im Staatshaushalt sämtliche

162 Siehe sein Halbteilungsgrundsatz BVerfGE 93, 121 (138), *Vermögensteuer* (1995).

163 »Auch soweit Teilhaberechte nicht von vornherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind, stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann. Dies hat in erster Linie der Gesetzgeber in eigener Verantwortung zu beurteilen, der bei seiner Haushaltswirtschaft auch andere Gemeinschaftsbelange zu berücksichtigen und nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 109 Abs. 2 GG den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen hat.«, BVerfGE 33, 303 (333), *numerus clausus* (1972). Kritisch zum Vorbehalt des Möglichen *Nußberger*, ZSR 2010, 335 (343), es gehe nicht um die Frage des Möglichen oder Unmöglichen, sondern um die Prioritätensetzung.

164 *Kirchhof*, NVwZ 1983, 505 (507, 510); *Kirchhof*, in: von Arnim/Littmann, Grenzen der Staatsverschuldung in einem demokratischen Rechtsstaat, S. 273; *VDStRL*, Der Gleichheitssatz, S. 201 ff. (Aussprache).

165 *Kirchhof*, in: *VDStRL*, Besteuerung und Eigentum, S. 281.

166 *Kirchhof*, NVwZ 1983, 505 (510, 511 Fn. 59); ähnliche auch *Arnim*, in: *VDStRL*, Besteuerung und Eigentum, S. 310 ff.; *Mußnug*, in: *VDStRL*, Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht, S. 128 ff.

Staatsleistungen an private Hand in einem bestimmen Rahmen gekürzt werden dürfen.«<sup>167</sup> Einen solchen Vorbehalt wollte Kirchhof im Verhältnismäßigkeitsprinzip verorten.<sup>168</sup> Das Bundesverfassungsgericht nahm solche wissenschaftliche Impulse in seinem Urteil 1989 zum Haushaltsgesetz von 1981 nicht auf und entschied, dass wegen fehlender verfassungsrechtlicher Bestimmungen die Kreditfinanzierung konsumtiver Ausgaben nicht an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden sei.<sup>169</sup>

#### 4.3 Freiheitliche Sozialstaatlichkeit

Zusammenfassend zeigt sich sowohl in der Bundesverfassungsrechtsprechung als auch in der wissenschaftlichen Debatte, dass die fehlende Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips der Konstellation der sozialen Marktwirtschaft in der Bonner Republik und dem rechtsstaatlichen Verfassungskonsenses entsprach. Linke oder sozialliberale Positionen, wie sie noch in den Anfangsjahren formuliert wurden, gerieten schon früh in den Hintergrund. So sind etwa Rechtsinterpretationen wie die Wolfgang Abendroths, es handele sich bei dem Sozialstaatsgrundsatz um einen Demokratisierungsauftrag, in der gegenwärtigen Debatte nicht mehr zu finden.

Die in der Verfassungspraxis konstatierte Andersartigkeit und Begrenztheit des sozialen Staatsziels wurde zunächst durch die politökonomische Konstellation des befriedeten Sozialkonflikts in der Nachkriegszeit und anschließend durch die Schwächung sozialer Positionen im Zuge der neoliberalen Sozialstaatskritik gestützt.

### 5. Etatistisch-konservative Sozialstaatlichkeit

Versucht man die Schwäche des Sozialstaatsprinzips – insbesondere im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Adressierbarkeit von Klasse – zu historisieren, dann manifestiert sich darin nicht nur ein freiheitliches Sozialstaatsverständnis, sondern auch die etatistisch-autoritäre Geschichte deutscher Sozialpolitik.<sup>170</sup>

167 *Kirchhof*, in: von Arnim/Littmann, Grenzen der Staatsverschuldung in einem demokratischen Rechtsstaat, S. 281.

168 *Kirchhof*, NVwZ 1983, 505 (505, 515).

169 BVerfGE 79, 311 (341 f.), *Haushaltstrukturgesetz* (1989).

170 Für einen Überblick über die christlichen, kommunalen sowie berufsständischen Wurzeln europäischer Sozialstaatlichkeit *Eichenhofer*, Geschichte des Sozialstaats in Europa, S. 20 ff.; *Ritter*, Der Sozialstaat, Kap. 2.

Im Zuge der Auflösung traditionaler Lebens- und Sicherungsformen im Übergang von einer Agrar- zu einer Industriegesellschaft verarmte die Arbeiter\*innenschaft massiv im 19. Jahrhundert bedingt durch Bevölkerungswachstum, Binnenwanderung und Urbanisierung. Die soziale Frage führte im Vormärz zu ersten Aufständen und Forderungen nach einer sozialen Revolution.<sup>171</sup> In den deutschen Ländern wurden ideengeschichtlich (5.1.) und politisch (5.1.) verstärkt staatliche Lösungen für die sozialen Probleme und die Daseinsvorsorge gefordert. Diese Tradition setzte sich im Ordoliberalismus des 20. Jahrhunderts fort (5.3.) und manifestiert sich in der Gegenwart in einer schwachen verfassungsrechtlichen Bindung der Sozialpolitik (5.4.).

### 5.1 *Materialer Rechtsstaat und soziale Demokratie*

Im Anschluss an die obrigkeitsstaatliche gute Policey, die dem Staat die Aufgabe für »Wohlfahrt, Glückseligkeit und Sicherung der gesellschaftlichen Ordnung« zuschrieb, wurde im 19. Jahrhundert die ideengeschichtliche Weiterentwicklung zu einem sozialen Rechtsstaat versucht.<sup>172</sup> So reagierte Robert von Mohl mit seinem materialen Rechtsstaatsbegriff auf die soziale Frage. Entgegen wirtschaftsliberalen Positionen seiner Zeit sah er den Staat in der Verantwortung für die aktive Gestaltung des Sozialen. Zwar sei die Freiheit der Einzelnen das oberste Prinzip des Rechtsstaats, dennoch solle der Staat die gesellschaftlichen Entwicklungen steuern, Hindernisse für Entfaltungsmöglichkeiten beseitigen und Wohlfahrt für die Allgemeinheit und die Einzelnen befördern. Es sei die Aufgabe des Rechtsstaats »das Zusammenleben des Volkes so zu ordnen, daß jedes Mitglied desselben in der möglichst freie und allseitigen Übung und Benützung seiner sämtlichen Kräfte unterstützt und gefördert werde.«<sup>173</sup>

Konträr zu Robert von Mohl verfolgte Georg Friedrich Hegel eine dialektische Konzeption von Gesellschaft und Staat. Nach dieser gestalte und ordne der Staat nicht einfach das Soziale, sondern transformiere als sittliche Ordnung die Unzulänglichkeiten der egoistisch-bürgerlichen Gesellschaft. Da die bürgerliche Gesellschaft nach Kapitalakkumulation strebe und durch eine ungleiche Verteilung von Eigentum bestimmt sei, seien Armut und die »Abhängigkeit und Not« der lohnabhängigen, besitzlosen Klassen deren Kehrseite. Materielle Unsicherheit begründe daher auch die »Unfähigkeit des Empfindens und des Genusses«

171 *Eichenhofer*, Geschichte des Sozialstaats in Europa, S. 51.

172 *Ritter*, Der Sozialstaat, S. 47, 67 ff.

173 *Mohl*, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats, Bd. I, S. 6 ff., 8.

der bürgerlichen Freiheiten.<sup>174</sup> Hegel zeichnete also kein Bild einer sich selbstregulierenden bürgerlichen Gesellschaft. Vielmehr sei das aus der altruistischen, die subsistenzsichernden Institution der Familie herausgelöste Individuum in der durch Vereinzelung, Partikularinteressen und Konkurrenz bestimmten bürgerlichen Gesellschaft einerseits in ein »System allseitiger Abhängigkeit« eingebunden, andererseits davon bedroht, die eigene Existenz alleine nicht mehr sichern zu können. Staatliche Regulierung und Daseinssicherung seien daher notwendig in einer staatlichen Ordnung der Sittlichkeit.<sup>175</sup>

Auf Hegels Verständnis aufbauend begründete Lorenz von Stein die Anfänge des socialen Staates. Es sei die Aufgabe eines »Königtum(s) der gesellschaftlichen Reform«<sup>176</sup> auf die zeitgenössische Unfreiheit und Abhängigkeit der besitzlosen Lohnarbeiter\*innenschaft zu reagieren und deren materielle Basis als Grundlage für Freiheit zu gewährleisten. So sei es die Aufgabe des Staates das Entstehen von Rechtsklassen »aus jenen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Klassenunterschieden« zu verhindern. Der Staat müsse einerseits »die absolute Gleichheit des Rechts gegenüber all jenen Unterschieden für die einzelne selbst bestimmte Persönlichkeit durch seine Gewalt aufrechterhalten, und in diesem Sinne nennen wir ihn *Rechtsstaat*.« Der Staat müsse aber andererseits »mit seiner Macht den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Fortschritt aller seiner Mitglieder fördern, (...) in diesem Sinne sprechen wir von (...) dem socialen Staate.«<sup>177</sup> Mit Blick auf die französische Februarrevolution 1848 sah er ähnlich wie Karl Marx in der Differenz zwischen einer besitzenden und einer besitzlosen Klasse die wesentliche Konfliktursache in einer industriellen Gesellschaft, die in sozial-revolutionären Bewegungen gipfeln könne. Zur Integration der arbeitenden Klasse, aber auch zur Gewährleistung ihrer Interessen und Freiheiten, forderte von Stein die Entwicklung hin zu einer sozialen Demokratie, die diese Gegensätze in einer Ordnung des gegenseitigen Interesses versöhne (und nicht wie bei Marx überwinde): »Denn wenn die industrielle Reaktion siegt, so wird eine definitive Herrschaft des Kapitals und eine auch rechtliche Unterwerfung der Arbeit daraus hervorgehen; siegt die soziale Demokratie, so beginnt – vielleicht freilich erst nach sehr blutigen Zeiten – die Gesellschaftsordnung des gegenseitigen Interesses.«<sup>178</sup>

174 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 243.

175 Ebenda, §§ 158 ff., Zitat § 183, § 238, §§ 241 ff., § 249.

176 *Stein*, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. 3, S. 40 f.

177 *Stein*, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, S. 215 (alle drei Zitate).

178 *Stein*, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. 3, S. 408.

Auf diese Idee einer sozialen Demokratie, die die gegensätzlichen Interessen des Bürgertums und der Arbeiter\*innenschaft integrieren soll, baute Hermann Heller während der Weimarer Zeit in seiner Schrift »Rechtsstaat oder Diktatur« auf. Vor dem Hintergrund des aufsteigenden Faschismus im Kontext der Weltwirtschaftskrise stellte Heller die Frage nach dem Verhältnis des demokratisch verfassten Staats zur kapitalistischen Marktwirtschaft. Er forderte die Transformation in einen sozialen Rechtsstaat bzw. in eine soziale Demokratie, da ansonsten die Diktatur drohe. Soziale Demokratie hieße dabei nichts anderes als die Ausweitung des materiellen Rechtsstaats auf die Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen. Mit dieser Schrift forderte Heller das Bürgertum auf, anstatt für die eigene Machtssicherung gegenüber der Arbeiter\*innenschaft einer unberechenbaren Diktatur zu folgen, zu erkennen, dass »die rechtsstaatliche Vergesetzlichung der Wirtschaft« die zu ergreifende Alternative sein müsse.<sup>179</sup>

### 5.2 Rechtsstaatlich-konservativer Interventionsstaat

Die Anfänge des sozialen Staates fallen nicht nur wissenschaftlich, sondern auch realgeschichtlich in das 19. Jahrhundert, also in die Zeit des Übergangs zur kapitalistischen Ökonomie, zur arbeitsteiligen Gesellschaft und zum, wie Michael Stolleis ihn nennt, verfassten Interventionsstaat. Diese Zeit des Übergangs war geprägt durch die altständische Ordnung der agrarischen Feudalgesellschaft, die noch überdauerte und erst sukzessive durch die industrielle Ordnung ersetzt wurde. Politisch scheiterte das Bürgertum 1848 mit dem Versuch der politischen Machtübernahme. Im Zuge der Weltwirtschaftsrezession gerieten sowohl das Bürgertum als auch die Lohnarbeitenden in eine ökonomische Krise und forderten staatliche Interventionen. Das Bürgertum setzte erfolgreich die Einführung von staatlichen Schutzzöllen durch. Zur Befriedung und Integration der Arbeitenden in die noch junge Reichsordnung führte Otto von Bismarck die Sozialversicherung ein und verbot zeitgleich die Sozialdemokratie und die Gewerkschaften als politisch unliebsame Kräfte.<sup>180</sup> Die Einführung der Sozialversicherung wird folglich als eine staatsgerichtete Politik der inneren Stabilisierung bzw. als innere Reichsgründung beschrieben.<sup>181</sup>

Weltweit war die Sozialversicherung ein Novum und markierte den Übergang zu einer modernen Sozialstaatlichkeit. Die öffentliche Sozialversicherung wurde durch die Beiträge von Arbeitnehmerschaft und Arbeitgeberschaft sowie durch staatliche Zuschüsse finanziert und griff damit

179 Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, S. 25 f.

180 Stolleis, in: ders., *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, S. 255 f.

181 Eichenhofer, *Geschichte des Sozialstaats in Europa*, S. 54.

auf Konzepte früherer Formen der Daseinsversorgung und Risikoabsicherung, wie etwa die genossenschaftlichen und berufsständischen Kassen, zurück. Das Versicherungsprinzip wurde jedoch, und hierin liegt das moderne Moment, einheitlich auf alle Arbeiter\*innen erstreckt.<sup>182</sup> Damit wird zwar einerseits mit der öffentlich-rechtlich getragenen Sozialversicherung der Übergang zu einer modernen Sozialstaatlichkeit markiert, andererseits setzt sich in der Zwangsversicherung die deutsche Tradition aufgeklärt-absolutistischer Wohlfahrtstaatlichkeit fort.<sup>183</sup> Für das Überdauern der wohlfahrtsstaatlich-paternalistischen Tradition macht Dieter Grimm die ausgebliebene politische Revolution verantwortlich.<sup>184</sup>

Nicht nur die Einführung der Sozialversicherung, sondern die parallele, aber differente Entwicklung von Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit bestimmte für Stolleis die Entwicklung zum Interventionsstaat. Während der Kaiserzeit entstand ein Rechtsstaatsverständnis, das zwar den Einzelnen ausgrenzende Freiheiten garantierte, das aber die austeilende und verteilende Seite des Staates nicht rechtsstaatlich einhegte. Während individuelle Freiheit durch rechtsstaatliche Eingriffsabwehr gewährleistet war und verwaltungsrechtlich der Begriff des Verwaltungsakts (Otto Mayer) Konturen annahm, wurde die leistungsrechtliche Seite des Staates keinen rechtsstaatlichen Bindungen unterworfen: »Verwaltungshandeln, das sich nicht als ›Eingriff‹ in Freiheit oder Eigentum deuten ließ, zog nur geringes Interesse auf sich. Das bedeutet, daß die im letzten Drittel des Jahrhunderts beginnende staatliche Interventionstätigkeit weitgehend außerhalb des Blickfelds bleiben mußte (...).«<sup>185</sup> Distributives Staatshandeln wurde also in keine legitimationsbedürftige Handlungsform überführt.<sup>186</sup> Diese rechtliche Lücke verlängerte sich zur Diskussion über die rechtsstaatliche Bindung der Leistungsverwaltung, die bis in die Gegenwart reicht.<sup>187</sup>

### 5.3 *Ordoliberalismus*

Das etatistisch-konservative Sozialstaatsverständnis der Kaiserzeit setzte sich im deutschen Ordoliberalismus fort. Diese spezifisch deutsche Strömung des ökonomischen Liberalismus entstand in den 1920er Jahren

182 Zu den Kontinuitäten und Neuerungen *Ritter*, *Der Sozialstaat*, S. 63 f.

183 *Stolleis*, *Geschichte des Sozialrechts*, S. 34 ff.

184 *Grimm*, in: ders., *Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat*, S. 152.

185 *Stolleis*, in: ders., *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, S. 274.

186 *Meinel*, in: ders./Boysen/Kaiser, *Verteilung als Verfassungsfrage*, S. 25.

187 *Einen Überblick zum Gesetzesvorbehalt in der Leistungsverwaltung gibt Haverkate*, *Verfassungslehre*, S. 287 ff.

als Freiburger Schule und bestimmte die Nachkriegsdiskussion.<sup>188</sup> Zu den prägenden Autoren gehören Walter Eucken, Wilhelm Röpke und Alexander Rüstow. Sie verknüpften liberale Ordnungsideen mit politischem Konservatismus. Während der englische Liberalismus des 19. Jahrhunderts noch von natürlich funktionierenden Märkten, die nicht durch staatliche Interventionen aus dem Gleichgewicht gebracht werden dürfen, ausgegangen war, nahmen die Vertreter der Freiburger Schule an, dass der Staat die Ökonomie ordnen, d.h. die Rahmenbedingungen für einen funktionierenden Wettbewerb setzen muss. In der wirtschaftlichen Ordnungspolitik wurde daher die zentrale staatliche Aufgabe gesehen, die auch die Sozialpolitik als Ordnungspolitik umfasste. Auf diesen Ideen aufbauend entwickelte Alfred Müller-Armack den Begriff der sozialen Marktwirtschaft, den Ludwig Erhard schließlich zum Leitbild der westdeutschen Wirtschaftspolitik machte.

Der Ordoliberalismus als Variante des ökonomischen Liberalismus war mit keiner freiheitlichen, sondern einer konservativen Perspektive auf Kultur und Familie sowie einer starken, autoritären Staatskonzeption verbunden. So wurden von Röpke und Rüstow gegen gesellschaftliche »Verfallserscheinungen« kommunitaristisch-konservative Politiken wie etwa eine dezentralisierte Siedlungspolitik und der Erhalt von Familie und Eigenheim empfohlen. In Anlehnung an Carl Schmitts Parlamentarismuskritik wurde ein starker Staat zur Verwirklichung der Ordnungspolitik für erforderlich gehalten, der gesellschaftlichen Sonderinteressen standhalten könne und zu einer eigenen Willensbildung fähig sei. Eine konservative Gesellschaftsordnung sollte als Rahmen für eine wirtschaftliche Entwicklung ohne Klassenkämpfe dienen.

Realpolitisch wurde unter der Adenauer-Regierung eine konservativ-korporatistische Sozialpolitik mit einer öffentlich-rechtlichen Sozialversicherung, traditionellen Familienbildern und einer starken Sozialpartnerschaft zwischen den Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden betrieben. Aufgrund dieses konservativen Kräfteverhältnisses der Nachkriegszeit verwundert es nicht, dass die Sozialisierungsoption in Art. 15 GG nie praktische Umsetzung erfahren hat.<sup>189</sup>

#### 5.4 Schwache verfassungsrechtliche Bindung

Die skizzierte kulturell konservative Ordnung, die sich nach dem Kaiserreich mit dem Ordoliberalismus in der Nachkriegszeit fortsetzen konnte

<sup>188</sup> Biebricher, Neoliberalismus, S. 38 ff.

<sup>189</sup> Zum hessischen Sozialisierungstreit und Art. 41 HessVerf siehe HessStGH, Urteil v. 20.7.1951, P.St. 76; Schmitt, Rechtsstaatlicher Vollzug; Dürig, DÖV 1954, 129.

und die einen weitgehenden staatlichen Handlungsspielraum für die Gestaltung des Sozialen ohne übermäßige rechtliche Bindungen vorsah, spiegelt sich in der Schwäche der gegenwärtigen sozialen Verfassungspraxis wider.

Da die Freiheitsgrundrechte wenig Schutz vor umverteilenden Zugriffen bieten – das Vermögen als solches wurde früh aus dem Schutzbereich des Eigentums exkludiert und damit dem Steuerzugriff relativ frei ausgesetzt,<sup>190</sup> der Naßauskiesungsbeschluss setzte der Theorie des Sonderopfers ein Ende –, hat sich der Gleichheitssatz im Sozialrecht, Steuerrecht und Vergaberecht zum wichtigsten Maßstab für Verteilungs- und Umverteilungskonflikte entwickelt. Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich dabei auf die nachträgliche Überprüfung der Sachgerechtigkeit und Nachvollziehbarkeit von Verteilungsentscheidung.

Florian Meinel interpretiert die schwachen verfassungsrechtlich Bindung der Sozialstaatlichkeit, wie sie sich in der nachvollziehenden Kontrolle der Sachlichkeit, Nachvollziehbarkeit und Willkürfreiheit manifestiert, als einen verfassungsrechtlichen Zwilling des deutschen Sozialstaates: »Gerade auf diesem Wege wurde das Instrumentarium verfassungsgerichtlicher Kontrolle an die Realitäten des sich entwickelnden demokratischen, aber nach wie vor in der autoritär-korporatistischen Tradition stehenden Sozialstaats«<sup>191</sup> und damit, so möchte ich anfügen, der Realität der sozialen Marktwirtschaft des Ordoliberalismus angepasst.

Gegenwärtig wurde im Vertrag von Lissabon die soziale Marktwirtschaft als Leitmotiv aufgegriffen und in Art. 3 Abs. 3 EUV eine im hohen Maße »wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft« zum Ziel der Europäischen Union erklärt. Daher lässt sich fragen, ob die europäischen Grundfreiheiten und das Binnenmarktprojekt über Art. 23 GG eine marktwirtschaftliche Wirtschaftsverfassung festschreiben und was dies für die weitere Entwicklung des grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzips bedeuten wird.<sup>192</sup>

Vor dem Hintergrund des massiven Wohlstandsgefälles innerhalb der Europäischen Union und innerhalb Deutschlands stellt sich auch

190 Als Grenzen gelten ein erdrosselnder Steuerzugriff und das Existenzminimum, BVerfGE 87, 153, *steuerfreies Existenzminimum* (1992).

191 Meinel, in: ders./Boysen/Kaiser, *Verteilung als Verfassungsfrage*, S. 33, 37 f.; Thurn, *Welcher Sozialstaat?*, S. 552.

192 Zur Priorisierung der unternehmerischen Grundfreiheiten gegenüber kollektiven Arbeitnehmer\*innenrechten, EuGH, Urteil v. 11.12.2007, C-438/05, *Viking*; Urteil v. 18.12.2007, C-341/05, *Laval*; Urteil v. 3.4.2008, C-346/06, *Rüffert*; Urteil v. 19.6.2008, C-319/06, *Luxemburg*; Urteil v. 18.7.2013, C-426/11, *Alemo-Herron*; teilweise relativiert in EuGH, Urteil v. 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*; Urteil v. 18.7.2017, C-566/15, *Erzberger*; eine kritische Besprechung liefern die Beiträge von Schmid (S. 33 ff.),

für das Verfassungsrecht die Frage nach der verfassungsrechtlichen Garantie sozialstaatlicher Umverteilung und Existenzsicherung jenseits eines Existenzminimums.<sup>193</sup> Derzeit scheint das Sozialstaatsprinzip dogmatisch dafür keinen Beitrag zu leisten. Vielmehr stellen gegenwärtig – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – materialisierte Grundrechtsgelände (III.) und das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit (IV.) die relevanten verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkte dar.

*Kocher* (S. 161 ff.) und *Buckel/Oberndorfer* (S. 272 ff.) in Fischer-Lescano u. a., Europäische Gesellschaftsverfassung.

193 Zum Anwachsen sozialer Ungleichheiten siehe die aktuellen Daten *OECD, Society at a Glance 2014: OECD Social Indicators*; *OECD, Crisis Squeezes Income and Puts Pressure on Inequality and Poverty*; *OECD, Divided We Stand*; zu Deutschland *Grabka/Westermeier*, DIW Wochenbericht Nr. 9, 2014, 151; zu Kapitalismus und Ungleichheit *Piketty*, Das Kapital im 21. Jahrhundert.