

# Buchbesprechungen

Helmar Bley, *Sozialrecht*, Alfred Metzner Verlag GmbH, Frankfurt a. M. 1975, 317 S., 24,80 DM;

Arnt Richter / Alfred Frei, *Grundzüge des Sozialrechts. Mit einer geschichtlichen Einführung*, Wilhelm Goldmann Verlag, München 1975, 278 S., 16,- DM;

Wilhelm Wertenbruch, *Sozialverfassung – Sozialverwaltung. Ein exemplarischer Leitfaden, zugleich eine Einführung in das Vorhaben eines Sozialgesetzbuches*, Athenäum Verlag, Frankfurt a. M. 1974, XVIII, 257 S., 38,- DM.

## I.

»Sozialrecht ist eine besonders aktuelle Rechtsmaterie, seitdem von einem ›Sozialgesetzbuch‹ (SGB) die Rede ist und mit der Kodifikation begonnen wurde. Die Arbeit an der Kodifikation erfordert den Überblick über das Ganze.«<sup>1</sup>

Literatur zum Sozialrecht, die einen für Studienzwecke geeigneten »Überblick über das Ganze« vermittelt, ist auf dem reichhaltigen Markt juristischer Ausbildungsliteratur im-

mer noch Mangelware. Dagegen existiert im Sozialrecht »eine nahezu unübersehbare, im Niveau sehr unterschiedliche (und nicht selten von der Sehweise bestimmter Interessenstandpunkte beeinflusste) Kommentar- und Praktikerliteratur«<sup>2</sup>. Angesichts des Schattendaseins, welches das Sozialrecht in der Juristenausbildung wie auch in der universitären Forschung fristet, kann diese Literaturlage nicht überraschen: »Eine systematische Befassung mit dem Sozialrecht bleibt nach wie vor eine seltene Ausnahme.«<sup>3</sup> Daraus resultiert ein »dogmatische(s) Defizit des Sozialrechts«: »Die Schwäche der Sozialrechtswissenschaft liegt in der Ausbildung von Kategorien und Institutionen, die unmittelbar der Verallgemeinerung der konkreten positiven Regelungen dienen könnten.«<sup>4</sup>

Sozialrechtler aus Hochschule und Praxis sowie interessierte Organisationen beklagen diesen Zustand seit langem und fordern nachdrücklich eine stärkere Berücksichtigung des Sozialrechts in Juristenausbildung und Forschung.<sup>5</sup> Zur Begründung wird dabei meist auf »die allgemeine und existenzbe-

<sup>1</sup> So heißt es im Vorwort zu einem der hier besprochenen Sozialrechts-Lehrbücher (Wertenbruch, S. V).

<sup>2</sup> H. Weber, in: JuS 1972, S. 174 ff. (179). Vgl. die Literaturübersicht bei W. Wertenbruch, Sozialverwaltungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, hrsg. v. I. v. Münch, 4. Auflage, Berlin/New York 1976, S. 333 ff. (333 ff.). Systematische Darstellungen des Sozialrechts für Studienzwecke finden sich außer in den hier besprochenen neueren Lehrbüchern vor allem in dem vorstehend zitierten Beitrag von Wertenbruch und in H. J. Wolff, Verwaltungsrecht III, 3. Auflage, München 1973, §§ 137–153; ein mehr sozialpolitisch orientierter Überblick über das System sozialer Sicherung in der BRD findet sich in: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.), Übersicht über die soziale Sicherung, 9. Auflage, Bonn 1974 (vergriffen).

<sup>3</sup> Weber, a. a. O., Fn. 2, S. 174. Umfangreiches Material hierzu bietet die Schrift von H. F.

Zacher, Die Lehre des Sozialrechts an den Universitäten in der Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden 1968, die u. a. eine Auswertung von Vorlesungsverzeichnissen enthält; vgl. auch W. Wertenbruch, in: Festschrift für H. Jahrreiß, Köln etc. 1974, S. 335 ff. (338). Zur geringen Bedeutung des Sozialrechts in der Referendar-ausbildung vgl. P. Caesar, in: Die Sozialversicherung, 1972, S. 169 ff. (170).

<sup>4</sup> H. F. Zacher, Materialien zum Sozialgesetzbuch (Loseblattsammlung), Stand April 1976, Einführung, S. A–34–, ebenso H. Bley, in: Zeitschrift für Sozialreform, 1976, S. 69 ff. (70 f.).

<sup>5</sup> Vgl. Zacher, a. a. O., Fn. 3; die bei Zacher, S. 91 ff. abgedruckten Stellungnahmen des Deutschen Sozialgerichtsverbandes; Literaturhinweise aus den Jahren 1959–1966 bei Zacher, S. 109; aus jüngster Zeit Wertenbruch, a. a. O., Fn. 3 und G. Wannagat, in: Zeitschrift für Sozialreform, 1973, S. 575 ff.

stimmende Bedeutung des Sozialrecht(s)« für den größten Teil der Bevölkerung verwiesen.<sup>6</sup> Die Verdrängung des Sozialrechts aus dem akademischen Betrieb steht in der Tat in einem merkwürdigen Kontrast zur sozialen Relevanz dieses Rechtsgebiets<sup>7</sup>, der um so frappierender erscheint angesichts der Tatsache, daß in allen Bundesländern etwa die Grundzüge des Erbrechts Pflichtfach in der universitären Juristenausbildung sind, während – in den einzelnen Ländern unterschiedlich – die Grundzüge des Sozialrechts oder auch nur des Sozialversicherungsrechts allenfalls als Wahlfach gelehrt werden.<sup>8</sup> Zu den Ursachen dieser Verdrängung des Sozialrechts finden sich einige bemerkenswerte Ausführungen bei Zacher<sup>9</sup>, der neben der Schwierigkeit und verwirrenden Vielfalt der Materie auch pekuniäre Gründe nennt: »Umgekehrt aber zum Arbeitsaufwand, den die Befassung mit dem Sozialrecht fordert, verhält sich die Chance, damit Geld zu verdienen [...]. Aber auch in bezug auf den öffentlichen Dienst erweckt das Sozialrecht [...] nicht die Assoziation dynamischer Karrieren [...]. Und er (der Student, R. K.) vernachlässigt das Sozialrecht um so eher, als er es auch nicht in direkter Anwendung auf sich als ein Element seiner Selbstentfaltung ansieht. Auf soziale Leistungen angewiesen zu sein, ist eine Situation, die er, wenn er sie überhaupt in Rechnung stellt, entweder durch seine akademische Ausbildung zu überwinden hofft oder mit der Vorstellung von Katastrophen verknüpft. Um diese Negation seiner Hörer weiß auch der Hochschullehrer [...]. Schließlich sei [...] nicht verschwiegen, daß ihm auch nur selten jene lockenden Gutachtaufträge in das Sozialrecht hineinverleiten, denen manche andere Rechtsgebiete ihre oft unverhältnismäßige

Entfaltung verdanken. Doch genug der Einzelheiten. Hinter ihnen allen steht noch die unbeirrbar Bürgerlichkeit einer Gesellschaft und ihres Juristenstandes, für die »das Soziale« links ist, etwas für arme Leute, in dem man sich nicht engagiert, ohne in diesem oder jenem Sinne rot zu werden oder schon zu sein.«

Die im einleitenden Zitat von Wertenbruch angesprochene Aktualität des Sozialrechts bietet die Chance, trotz der genannten restriktiven Bedingungen das Sozialrecht stärker in der Juristenausbildung und der Forschung zu verankern. Nicht bloß – wie Wertenbruch meint – das Vorhaben einer Kodifikation, deren Allgemeiner Teil schon in Kraft getreten ist<sup>10</sup>, ist Ursache der Aktualität des Sozialrechts; die Kodifikationsbestrebungen sind nur ein Moment der Intensivierung staatlicher Sozialgesetzgebung, die seit der Beteiligung der SPD an der Bundesregierung stattgefunden hat.<sup>11</sup> Angesichts struktureller Krisenentwicklung werden Konflikte um das »Netz der sozialen Sicherheit« (»Ausbau« oder »Privatisierung der Lebensrisiken«) auf lange Sicht im Zentrum sozialer Auseinandersetzungen stehen; Probleme des Sozialrechts stoßen daher auf verstärktes öffentliches Interesse.

Besser als in der herkömmlichen (»zweiphasigen«) Juristenausbildung, in der das Sozialrecht auf der Universität allenfalls als Wahlfach gelehrt wird<sup>12</sup>, sind die Möglichkeiten einer verstärkten Einbringung des Sozialrechts in einigen »einstufigen« Reformstudiengängen. Hier kann – im einzelnen unterschiedlich – in der »Spezialisierungsphase« das Sozialrecht stärker verankert werden denn als bloßes Wahlfach. So gibt es im »Modell Hannover« einer einstufigen Juristenausbildung im Rahmen der Spezialisie-

6 So z. B. Zacher, a. a. O., Fn. 3, S. 15. H. Neumann-Duesberg, in: Die Sozialgerichtsbarkeit, 1966, S. 65 ff., lehnt diese prosaische Sichtweise ab und begründet die Forderung nach Sozialrechtsvorlesungen mit dem »juristischen Bildungswert« (S. 67).

7 In dem 1968 erschienen Buch von Zacher, a. a. O., Fn. 3, S. 15, heißt es, »etwa neun Zehntel der Bevölkerung sind aktuell berechtigt, – laufend oder fallweise – Leistungen aus dem System der sozialen Sicherheit in Anspruch zu nehmen«. Umfangreiches neueres empirisches Material hierzu in: Übersicht über die soziale Sicherung, a. a. O., Fn. 2.

8 Vgl. Bericht über die Juristenausbildung in den Ländern, Bundestagsdrucksache 7/3604 v. 7. 5. 75, S. 18 f., 88 ff. Diese Situation wirkt sich

natürlich auch auf den Bestand an Ausbildungsliteratur aus: Ganz im Gegensatz zur o. beschriebenen desolaten Lage im Sozialrecht finden sich im Schrifttumsverzeichnis bei H. Brox, Erbrecht, 4. Auflage, Köln etc. 1975, 26 Lehrbücher und Grundrisse zum Erbrecht (S. 19 f.).

9 A. a. O., Fn. 3, S. 15 f.

10 G. v. 11. 12. 1975, BGBl. I, S. 3015; zahlreiche Literaturnachweise zum SGB bei Zacher, a. a. O., Fn. 4, Teil B.

11 Vgl. Übersicht über die soziale Sicherung, a. a. O., Fn. 2, S. 15 ff., 339 f.

12 Vgl. Bericht über die Juristenausbildung in den Ländern, a. a. O., Fn. 8, S. 88 ff., Wertenbruch, a. a. O., Fn. 3, S. 341 ff.; H. Buchner, in: JuS 1975, S. 132 ff. (135).

rungsphase (10.–12. Semester) den Schwerpunktbereich »Wirtschaft, Arbeit und soziale Sicherheit«<sup>13</sup>.

Für die Lehre des Sozialrechts sowohl in der Juristenausbildung als auch an Fachhochschulen (z. B. in Studiengängen für Sozialarbeiter) existiert, wie oben dargelegt, bislang kaum geeignete Studienliteratur. Ob und inwieweit die drei in jüngster Zeit im Zuge verstärkter Aktualität des Sozialrechts erschienenen Lehrbücher von Bley, Richter/Frei und Wertenbruch diesem Mangel abhelfen können, soll im folgenden untersucht werden.

## II.

Nimmt man als Maßstab der Beurteilung die Brauchbarkeit für einen sozialwissenschaftlich »integrierten« Rechtsunterricht, der über bloße »Rechtskunde« hinaus Genese und Funktion des Sozialrechts<sup>14</sup> thematisiert, so sind Richter/Frei und Wertenbruch nicht und Bley nur bedingt zu empfehlen.

1. Richter/Frei stellen ihre Haltung zur Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Zusammenhänge gleich im ersten Absatz des Vorworts klar: »Dieses Übel (Unwissenheit und Besserwisserie, R. K.) wird noch vermehrt dadurch, daß sich brotlose Allerweltswissenschaften einen sozialen Anstrich geben und mit möglichst viel Fremdwörtern alles in Nebel hüllen.« (S. 13) Daß der erste Abschnitt des Buches zur »Entwicklung des Sozialrechts« (S. 16–52) sich auf eine Normen- und Institutionengeschichte beschränkt und die sozioökonomischen Zusammenhänge ausblendet, kann somit nicht überraschen. Ohne daß dies für ihre Darstellung Konsequenzen hätte, zitieren die Verfasser einen Ausspruch Bismarcks zur Reichsversicherung: »Solche Gesetze entstehen nicht aufgrund theoretischer Willkür, die darüber grübelt, was wohl zu machen sei, sie haben vielmehr ihre Genesis, ihre Vorgeschichte, aus der sie entstehen!« (S. 46 f.) Immerhin bleibt nicht unerwähnt, daß der Arbeiter »bei Verdienstausschlag infolge Krankheit oft dem »wirtschaftlichen Tode« ausgeliefert (war)« (S. 47). Das ist alles, was Richter/Frei zur sozialen Frage des 19. Jahrhunderts mitzuteilen haben.

Die historische Darstellung dient dem Nachweis, »daß Schutz des einzelnen durch die Gemeinschaft, der Inbegriff des Sozialen, bereits seit Anbeginn als vielleicht glückhafter Teil unserer Geschichte bestand« (S. 13). Zustimmend wird der Ausspruch eines »jüdische(n) Schriftgelehrte(n)« zitiert: »Es ist alles schon einmal dagewesen.« (S. 16) Da waren beispielsweise die »Schutzverbände der Germanen« (S. 17), »die Zünfte als Schutzverband« (S. 29) und die Bismarcksche Sozialgesetzgebung (S. 46 ff.). Daß es sich nicht um eine ungebrochene Entwicklung immer nur leicht modifizierter sozialer Schutzeinrichtungen handelt, wird nur in einem Satz angedeutet: »Im Zuge der Gewerbefreiheit wurden die Zunftprivilegien mit ihren Vorsorgeeinrichtungen abgeschafft.« (S. 45)

Die Traditionsverbundenheit der Verfasser bringt es mit sich, daß die »stoffliche Gliederung sich bewußt an eine geschichtlich gewachsene, mithin »überkommene« Unterscheidung in Versicherung, Versorgung und Fürsorge (hält)« (S. 13). Die Abgrenzung erfolgt durch das »für das jeweilige Leistungsgebiet kennzeichnende Merkmal«, nämlich für die (Sozial)-Versicherung die »Eigenvorsorge«, für die Versorgung der »Ausgleich« eines von der Allgemeinheit zu verantwortenden Schadens (z. B. Kriegsoferversorgung) oder einer wirtschaftlichen Belastung (z. B. Kindergeld) und für die Fürsorge »die Beseitigung eines Notstandes oder einer sozialen Schlechterstellung« (z. B. Sozialhilfe, Wohngeld). (S. 58 f.) Daß dieses Kategoriensystem die neuere Rechtsentwicklung nicht adäquat erfassen kann, hat dazu geführt, daß in der Literatur zunehmend neue Systematisierungsversuche diskutiert werden (s. u. zu Wertenbruch und Bley) oder daß wenigstens der herkömmlichen Dreiteilung ein vierter Bereich der »Sozialförderung« hinzugefügt wird, der bestimmte, den überkommenen Kategorien nur schwer subsumierbare Leistungen des Staates, wie etwa Kindergeld, Wohngeld u. a., erfassen soll<sup>15</sup>. Richter/Frei nehmen die Kritik an der tradierten Begrifflichkeit nicht zur Kenntnis und werfen statt dessen dem Entwurf eines Sozialgesetzbuches vor, daß er von dieser

<sup>13</sup> Vgl. § 45 Abs. 2, Ziff. 4 Ausbildungs- und Prüfungsordnung für die einstufige Juristenausbildung in Niedersachsen v. 15. 1. 1975 (GVBl. S. 4 ff.); auch in den Schwerpunktbereichen »Ziviljustiz« und »Staat und Verwaltung« sind sozialrechtliche Lehrveranstaltungen vorgese-

hen, vgl. Modell Hannover . . ., Bericht der Reformkommission beim Nds. Min. d. Justiz, 1972, S. 30 ff. Zu anderen einstufigen Modellen vgl. Buchner, a. a. O., Fn. 12, S. 132 f.

<sup>14</sup> Vgl. dazu U. Mückenberger, in diesem Heft.

<sup>15</sup> Weber, a. a. O., Fn. 2, S. 176.

abweiche und sie durch ein »bezugloses Aufzählen einzelner Rechtsgebiete« ersetze (S. 59); merkwürdigerweise behaupten sie an anderer Stelle zwecks Absicherung ihrer Position, die überkommene Einteilung »soll auch im künftigen Sozialgesetzbuch beibehalten werden« (S. 13). Daß Richter/Frei so verbissen am tradierten Kategoriensystem festhalten und allenfalls die Existenz gewisser »Mischformen« (S. 62) zugestehen, ist nur konsequent angesichts der Ausblendung der sozioökonomischen Zusammenhänge. Denn erst vor dem Hintergrund einer Analyse von Genese und Funktion des Sozialrechts ließen sich Kriterien für eine Systematisierung gewinnen, die der verwirrenden Vielfalt sozialrechtlicher Normen und Institutionen eine Struktur gegen könnte<sup>16</sup>.

Trotz des ideologiefreien Anstrichs, den das Buch sich gibt, ist das politische Vorverständnis der Verfasser klar erkennbar. Unter »Verfassungsrechtliche Grundentscheidungen« heißt es, das Sozialstaatsprinzip verpflichte den Staat zu »Schutz und Hilfe« für den »Schwächeren«. Aber: »Der Schutzgedanke verbietet eine allgemeine gleichmachende Versorgung [...]« (S. 55), »[...] da hierbei das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verletzt wäre« (S. 57). An einer der ganz wenigen Stellen des Buches, an denen mit ein paar Daten auf die wirtschaftlichen Hintergründe eingegangen wird, fordern die Verfasser, angesichts einer drohenden Weltwirtschaftskrise, die »die Inanspruchnahme der Arbeitslosenversicherung zwangsläufig noch erhöhen wird«, sei »zu prüfen, ob die im Arbeitsförderungsgesetz gebotenen Aufgaben noch den zeitlichen Erfordernissen entsprechen« (S. 202). Daher müsse die Ausbildungsförderung erheblich eingeschränkt werden (S. 203).

Insgesamt handelt es sich bei dem Buch von Richter/Frei um eine recht schlichte Rechtskunde des Sozialrechts, die sich nicht einmal auf der Höhe der zeitgenössischen juristisch-immanenten Diskussion befindet.

2. Von einem konservativen Sozialstaatsverständnis, welches eine »zu weit« gehende soziale Sicherung als Bedrohung der Freiheit beschwört, ist auch der »Leitfaden« Wertenbruchs geprägt: »Diese verfassungsrechtliche Basis zwingt [...] u. a. den Staat, [...] keinen Menschen verhungern oder sonstwie ver-

kümmern zu lassen [...]« (S. 18). Jedoch »wird man einem überzogenen Sozialstaat den Vorwurf machen müssen, daß er die Individualität des Menschen, seine moralische und rechtliche Freiheit, zu kurz kommen läßt« (S. 17). »Ein sozialrechtlicher würde ebenso wie ein wirtschaftlicher *Dinismus* dem Gemeinwohl schädlich sein, weil Privatinitiative, die ständig neue Kräfte weckt, erlahmen würde, und ein Sozialrecht lediglich zum Wohle menschlicher Freiheit Spannungen *ausgleichen* soll« (S. 174).

Wertenbruchs Darstellung der historischen Entwicklung des Sozialrechts (S. 7–13) ist zwar überwiegend Normen- und Institutionengeschichte, aber immerhin sind ihm die sozioökonomischen Hintergründe nicht ganz aus dem Blick geraten, so etwa wenn er bemerkt, der Staat im 19. Jahrhundert »muß schließlich politisch gezwungen werden, sich gesetzgeberisch und verwaltungsmäßig für soziale Tatbestände zu engagieren« (S. 8 f.), oder wenn es heißt: »Angetrieben durch die sozialistische Reaktion (Karl-Heinrich Marx, Friedrich Engels, Ferdinand Lassalle) auf den »bürgerlichen Rechtsstaat«, bekennt sich schließlich das wiedererstandene *Reich* zu einer sozialen Gesetzgebung [...]« (S. 10). Derartige Hinweise bleiben allerdings vereinzelt. So behandelt Wertenbruch in relativer Ausführlichkeit die sozialrechtlichen Normen der Weimarer Reichsverfassung (S. 10 ff.), ohne daß die um diese geführten Auseinandersetzungen auch nur erwähnt würden. Übrigens betont Wertenbruch im Gegensatz zu Richter/Frei, daß das gegenwärtige Sozialrecht mit antiken oder mittelalterlichen »Phänomenen kaum etwas gemein« hat (S. 7 f.).

Wertenbruch orientiert die Darstellung des geltenden Rechts stark an der Systematik des Allgemeinen Teils des Sozialgesetzbuches (bzw. dem z. Zt. des Erscheinens des Buches vorliegenden Regierungsentwurf); sein »Leitfaden« soll nicht nur »einen Gesamt-Überblick über das Sozialrecht« vermitteln, sondern auch »den Leser einführen in Intentionen, die mit dem kommenden SGB zusammenhängen [...]« (S. V). Anders als Richter/Frei geht er davon aus, daß der hergebrachte »sozialrechtliche »Dreiklang« (Sozialversicherung, Versorgung, Fürsorge; s. o., R. K.) nicht mehr intakt ist. Die einzelnen Zweige sind bereits seit Jahrzehnten der terminologischen und sachlichen Umdisponierung unterworfen [...]. Weitere Spezial-

<sup>16</sup> Vgl. Mückenberger, in diesem Heft.

institute des Sozialrechts bilden sich [...]» (S. 22)

Im Zusammenhang der Abgrenzung des Sozialrechts von anderen Rechtsgebieten reflektiert Wertenbruch seine soziale Funktion. Neben der Sicherung eines menschenwürdigen Daseins und freier Entfaltung des Einzelnen solle das »*Gemeinwohl*« nicht nur gefördert, »sondern auch durch eine im einzelnen ausgleichende Güterverteilung [...] *stabilisiert* werden (Gemeinwohlfunktion). Ferner soll das Sozialrecht einen *Produktivitätsbeitrag* leisten, indem es durch eine gemeinschaftsbezogene, individuelle Leistungsschwächen verhindernde Güterverteilung den (allgemeinen) Konsum erhalten hilft und darüber hinaus etwa durch die »Eingliederung Behinderter«, durch Ausbildungs- und Umschulungshilfen zur Produktivitätssteigerung beiträgt (ökonomische Funktion). So dient das Sozialrecht nicht nur dem einzelnen Menschen, sondern auch der Sicherung des *Staates*, der sich mit seiner Hilfe u. a. präventiv vor sozialen Spannungslagen oder vor wirtschaftlichen Rückschlägen zu bewahren versucht.« (S. 27 f.)

Die Äußerungen zur ökonomischen und legitimatorischen Funktion des Sozialrechts bleiben allerdings abstrakt und unvermittelt. Denn die den Hauptteil des Buches ausmachende Darstellung des geltenden Rechts ist eine reine Normen- und Institutionenkunde, bei der die sozioökonomischen Hintergründe ausgeblendet sind; nur in einigen Fußnoten finden sich spärliche empirische Daten zur Inanspruchnahme einzelner Sozialleistungen (z. B. S. 131, Fn. 283). Insofern ist Wertenbruchs »Leitfaden« den »Grundzügen« von Richter/Frei vergleichbar, aber seine Darstellung bewegt sich – wie etwa die Ausführungen zur begrifflichen Einteilung des Sozialrechts zeigen (s. o.) – juristisch immanent gesehen auf einem höheren Niveau. Das Buch ist freilich nicht leicht lesbar. Wenn es sich auch an »alle Studierenden« (»an Hochschulen, Fachhochschulen oder an Schulen der beteiligten Verbände«) richtet (S. V), so wird doch gerade dem Anfänger und dem Nichtjuristen durch eine Fülle von Details und laufende Verweise auf nicht näher erläuterte Paragraphen und Paragraphenkettungen der »Überblick über das Ganze« (S. V) erschwert.

3. Das Lehrbuch Bleys unterscheidet sich von den beiden anderen hier besprochenen zunächst einmal dadurch, daß seine »Einfüh-

rung« einen längeren Abschnitt über »Begriff und Funktion staatlicher Sozialpolitik« (S. 26 ff.) enthält. »Das Sozialrecht ist seit langem eines der wichtigsten Instrumente staatlicher Sozialpolitik, so daß man es als zur Norm verfestigte »staatliche Sozialpolitik« bezeichnen kann. Für das Verständnis sozialrechtlicher Normen ist es daher häufig erforderlich, auf die ihnen zugrundeliegenden sozialpolitischen Zwecke des Gesetzgebers zurückzugreifen, um auf diese Weise »Sinn und Zweck« der Norm zu erfassen und für die Rechtsanwendung nutzbar zu machen. Dies wiederum setzt voraus zu erkennen, was Sozialpolitik ist und vor allem, welche Funktion ihr zukommt.« (S. 26) Bley thematisiert in diesem Zusammenhang u. a. die Sozialpolitik und ihre »Beziehungen zur Konjunkturpolitik« (S. 29 f.), ihre »Beziehungen zu Beschäftigungs- und Wachstumspolitik« (S. 30), ihre »Beziehungen zur Strukturpolitik« (S. 30 f.), »Sozialpolitik als Umverteilungspolitik« (S. 31 f.) und die »Sozialplanung« (S. 27 f.). Er hebt sich von der übrigen sozialrechtlichen Studienliteratur schon dadurch positiv ab, daß derartige Zusammenhänge überhaupt behandelt werden. Allerdings stellen seine Ausführungen zur Sozialpolitik nur einen knappen Problemaufriss dar, der nicht ausreicht, um einen über Sozialpolitik nicht vorinformierten Studenten in diese Materie einzuführen. Im übrigen käme es vor allem darauf an, den zu Recht postulierten engen Zusammenhang von Sozialrecht und Sozialpolitik bei der Analyse einzelner Normen oder Normenkomplexe, ihrer Genese und Funktion, wenigstens exemplarisch konkret aufzuzeigen.

Ansätze zu einer derartigen Analyse finden sich am ehesten in Bleys Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Sozialversicherung (S. 63 ff.). So heißt es dort zur kommunalen Armenpflege im 19. Jahrhundert: »Einen Anlaß zur Einflußnahme sah der preußische Staat erst, als die Funktionsfähigkeit der örtlichen Armenpflege durch die Konzentration der für Armut besonders anfälligen Lohnarbeiterschaft in den Städten gefährdet war.« (S. 63 f.) Und generell zu den sozioökonomischen Hintergründen der Sozialgesetzgebung des 19. Jahrhunderts: »Die mit der ersten industriellen Revolution entstandene Lohnarbeiterschaft bedurfte eines wesentlich stärkeren Schutzes gegenüber den Lebensrisiken als die Erwerbstätigen früherer Jahrhunderte. Der Lohnarbeiter entbehrte

der Fähigkeit, die Folgen dieser Risiken aus eigener Kraft zu bewältigen, weil er weder von Haus aus über eigenes Vermögen verfügte, noch infolge der niedrigen Löhne, die häufig nicht das Existenzminimum erreichten, Ersparnisse ansammeln konnte [...]. Die Lösung der sozialen Frage stand im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts nicht mehr im Belieben der Träger staatlicher Gewalt, sondern wurde ihnen durch die politischen Verhältnisse auferlegt.« (S. 66 f.)

Für die weitere Rechtsentwicklung scheinen dann die »politischen Verhältnisse« keine Rolle mehr gespielt zu haben. Jedenfalls handelt Bley die Geschichte des Sozialversicherungsrechts seit Beginn des 20. Jahrhunderts auf rein normativ-institutioneller Ebene ab (S. 66 ff.).

Vollends ohne Konsequenz bleibt Bleys Betonung des Zusammenhangs von Sozialrecht und Sozialpolitik sowie der Relevanz der letzteren für die Gesetzesauslegung (s. o.) bei seiner »systematische(n)« Darstellung (S. 5) des geltenden Rechts. Diese ist mehr um die Entwicklung einer »dogmatische(n) Basis« (S. 5) bemüht als um die Einbeziehung sozioökonomischer Zusammenhänge. Selbst empirische Daten, etwa zum Umfang der Inanspruchnahme einzelner Sozialleistungen, sucht man vergebens.

Die Bedeutung des Buches von Bley liegt denn auch weniger in seiner Brauchbarkeit für einen sozialwissenschaftlich integrierten Rechtsunterricht, als vielmehr in seinem Beitrag zur Überwindung des »dogmatischen Defizits des Sozialrechts« (s. o.). So stellt Bley der überholten kategorialen Einteilung (s. o.) einen neuen »Systematisierungsversuch« entgegen (S. 25) und bemüht sich, durch »Vorschaltung allgemeiner Lehren eine dogmatische Basis (zu) schaffen, die als Ausgangspunkt und Orientierungshilfe für die Bewältigung aller Sozialleistungsbereiche gedacht ist und den Lernenden vor dem Gefühl der Orientierungslosigkeit, das angesichts der Stofffülle naheliegt, bewahren soll« (S. 5).

Insgesamt ist von allen vorliegenden Gesamtdarstellungen das Lehrbuch von Bley als brauchbarer systematischer Überblick über die Rechtsmaterie (mit Ansätzen der Einbeziehung der Sozialwissenschaften in der Einführung) noch am ehesten als Hilfsmittel zu Unterrichtszwecken geeignet.

Rainer Keßler

*Hans F. Zacher, Internationales und Europäisches Sozialrecht. Eine Sammlung weltweiter und europäischer völkerrechtlicher und supranationaler Quellen und Dokumente, Verlag R. S. Schulz, Percha am Starnberger See 1975, 1000 Seiten, DM 45,-*

Mit der Herausgabe des Quellen- und Dokumentenbandes über den derzeitigen Stand des Internationalen und Europäischen Sozialrechts hat Hans F. Zacher zweifellos eine Lücke geschlossen. Wer sich für die Inhalte und Tendenzen internationalen Sozialrechts und internationaler Sozialpolitik interessiert, mußte bisher in mühsamer und zeitraubender Kleinarbeit die Materialien, Quellen und Dokumente zusammentragen und war dann nicht einmal sicher, auch die maßgebliche deutsche Fassung vor sich zu haben.

Zacher hebt zwei Gründe hervor, weshalb der Sammelband so lange auf sich warten ließ: Einmal erinnert er an die mangelnde unmittelbare Alltagsgeltung vieler internationaler Abmachungen bzw. Verträge, zum andern macht er die technischen Schwierigkeiten, einen solchen Band zusammenzustellen, dafür verantwortlich. Ein weiterer Grund dürfte wohl auch sein, daß das Interesse der Rechts- und Sozialwissenschaften an Fragen der internationalen und europäischen Sozialpolitik noch immer sehr zu wünschen übrig läßt. Ein Blick in die Vorlesungsverzeichnisse unserer Hochschulen genügt, um festzustellen, daß nicht einmal das nationale Sozialrecht den Rang einnimmt, den es seiner wachsenden Bedeutung entsprechend einnehmen müßte. Internationales und europäisches Sozialrecht wird von Rechts- und Sozialwissenschaftlern nach wie vor nur am Rande behandelt. So ist es nicht zuletzt Hans F. Zacher zu verdanken, wenn nun – nachdem er diese Sammlung an Quellen und Dokumenten zu diesem Problembereich zugänglich gemacht hat – die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Fragen des internationalen und europäischen Sozialrechts erleichtert und das Interesse der Forscher und Lehrer, sich damit kritisch auseinanderzusetzen, gefördert wird.

Es ist unmöglich, die gesamte Materialfülle hier vorzustellen. Der Dokumententeil des Bandes enthält z. B. einen Auszug der Verfassung (Charta) der Vereinten Nationen, die allgemeine Erklärung der Menschenrechte, das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung.

rung, den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie den über bürgerliche und politische Rechte. Ferner enthält die Sammlung zahlreiche gut ausgewählte und systematisch geordnete Dokumente der Internationalen Arbeitsorganisation (z. B. betreffend die Abschaffung der Zwangsarbeit, das Verbot der Diskriminierung, arbeitsrechtliche Vereinbarungen, allgemeine Sozialpolitik, soziale Sicherheit, einzelne Versorgungssysteme, Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung, Gesundheitsschutz, Rehabilitation, Beschäftigungspolitik und Berufsausbildung) sowie anderer Organisationen, nämlich der WHO (Weltgesundheitsorganisation), der Internationalen Entwicklungsorganisation und last not least auch noch Dokumente zur Bekämpfung der Sklaverei und des Menschenhandels wie des Flüchtlingsproblems.

Der systematische Aufbau des Bandes erlaubt eine schnelle Orientierung, die Auswahl, Anordnung und – wo möglich – auch Kürzung der Quellen und Dokumente verdient Anerkennung. Unvermeidliche Lücken sind durch Hinweise zu ertragen. Der hohe Gebrauchswert des Bandes beruht jedoch nicht allein auf der Auswahl der Quellen und Dokumente sowie ihrer systematischen Ordnung, sondern auch auf dem ausführlichen Stichwortverzeichnis, mit dessen Hilfe ein Themenkomplex mit allen seinen Querverbindungen mühelos angegangen werden kann.

Unbefriedigend ist allerdings die von Zacher angebotene Einführung. Sie ist – im Verhältnis zu den angesprochenen Problemen – viel zu kurz und wenig hilfreich. Ganze Passagen verschleiern mehr als sie enthüllen. Auf nicht einmal 11 Seiten versucht Zacher, sein zweifellos großes Wissen über den nationalen und internationalen Charakter des Sozialrechts, über die Begriffe »Sozialrecht« und »internationales Sozialrecht« sowie über das Problem, daß »Dokumente des Rechts« nicht notwendig auch Recht sind, im Sinne einer Einführung zusammenzufassen. Aber keines der vielen angesprochenen Probleme wird wirklich ausgeleuchtet; Beziehungen zu den Quellen und Dokumenten werden so gut wie überhaupt nicht hergestellt. Zacher hätte gut daran getan, sich auf einige wichtige Fragen zu konzentrieren, statt eine Einführung zu verfassen, die sich vorwiegend in Andeutungen erschöpft. Gerade dort, wo man auf seine Antwort besonders gespannt ist, bleibt sie in

der Regel orakelhaft dunkel und nichtssagend. Ein Beispiel: Zacher sagt, die Zeiten seien vorbei, in denen internationales Recht von Staaten dominiert war, die sich »in gewissen Grundwerten einig waren«, und daß die Wertvorstellungen, die heute in der Völkergemeinschaft artikuliert werden, mehr als je zuvor divergieren. Diese Feststellung ist richtig und wichtig. Aber statt einer Analyse dieses Prozesses zu liefern, orakelt Zacher nur vom steten Tropfen, der den Stein höhle. Ergebnis: Das internationale Sozialrecht sei nicht nur eine Hoffnung, es bedürfe auch besorgter Beobachtung. Die hier kritisierte Passage seiner Einführung lautet wörtlich: »In der gegenwärtigen historischen Stunde darf freilich eines nicht übersehen werden. Internationales Recht war lange Zeit von Staaten dominiert, die sich in gewissen Grundwerten« (welchen wird nicht gesagt) »eingewaren. Das ist nicht der aktuelle Stand. Zwischen der Dreieit der freien, industriestaatlichen Welt, der sozialistischen Industrieländer und der Entwicklungsländer gibt es gewiß viele Übergänge. Aber die Wertvorstellungen, die in der Völkergemeinschaft artikuliert werden, divergieren mehr als je zuvor. Und die wachsenden Möglichkeiten der Durchsetzung – mögen sie nun qualitativ zu gewichten oder quantitativ zu zählen sein – liegen insoweit offenkundig. ›Steter Tropfen höhlt den Stein‹. Das gilt auch für das internationale Sozialrecht. Die Wertvorstellungen, die in der Völkergemeinschaft artikuliert werden, divergieren mehr als je zuvor. Und die wachsenden Möglichkeiten der Durchsetzung – mögen sie nun qualitativ zu gewichten oder quantitativ zu zählen sein – liegen insoweit offenkundig. ›Steter Tropfen höhlt den Stein‹. Das gilt auch für das internationale Sozialrecht. Die Wertvorstellungen, die in internationale sozialrechtliche Dokumente einfließen, sind Faktoren der Meinungsbildung in internationalen Gremien, in zwischenstaatlichen Auseinandersetzungen und in nationalen Entscheidungen. Das internationale Sozialrecht ist also nicht nur eine Hoffnung. Es bedarf auch besorgter Beobachtung.« (S. XXXII) Was soll der Leser mit solchen Orakelsprüchen anfangen? Will Zacher sagen, es bestehe die Gefahr, daß die Völker der »freien, industriestaatlichen Welt« durch die »sozialistischen Industrieländer« und/oder die »Entwicklungsländer« dominiert werden könnten? Oder fürchtet er, den Entwicklungsländern könnten Wert-

vorstellungen aufgezwungen werden, die sie nicht wünschen? Zum Beispiel könnte er meinen, daß Entwicklungsländer, die sich gegen die »freie, industriestaatliche Welt« wenden und sozialistische Wertvorstellungen in das internationale Sozialrecht einbringen, von den »sozialistischen Industrieländern« dazu gezwungen werden. Was Zacher wirklich meint, bleibt offen.

Zachers Andeutungen bleiben aber nicht nur deshalb unverständlich, weil er darauf verzichtet, die angeschnittenen Probleme analytisch und in entsprechend klarer Diktion darzulegen. Seine Befürchtungen, wie immer sie gemeint sein mögen, sind auch aufgrund seiner Feststellung schwer zu begreifen, viele der »Rechtsnormen«, die von den internationalen Gremien (Vereinte Nationen, Internationale Arbeitsorganisation, Weltgesundheitsorganisation etc.) artikuliert und verabschiedet werden, seien unverbindlich, hätten also – um mit seiner Definition zu argumentieren – überhaupt keinen »Rechtscharakter«. Dies bedeutet, wie Zacher selbst bemerkt, daß diese Normen zwar für die verschiedenen Staaten »wichtige Hilfen der sozialpolitischen und sozialrechtlichen Orientierung« sein können, daß aber letztlich kein Staat seine nationalen Interessen ohne Not verleugnen wird. Auch nach Zachers Ansicht ist trotz zu beobachtender internationaler Tendenzen »Sozialrecht eine eminent nationale Materie geblieben«. (S. XXX) Wenn es also besorgter Beobachtung des internationalen Sozialrecht bedarf, dann doch zuerst im Hinblick auf seine Mißachtung durch die Nationalstaaten. Aber darüber verliert Zacher kein Wort.

In diesem Zusammenhang stellt sich fast von selbst die Frage, welches denn die treibenden Kräfte sind, die das Sozialrecht über die Grenzen des Nationalstaates hinausdrängen. Zachers humanistisch-idealistischer Ansatz führt zu der Antwort: »Die Gleichheit alles dessen, was Menschenantlitz trägt, tendiert zur globalen Einheit des Sozialrechts.« (S. XXIX) Selbstverständlich sieht auch er, daß äußere Bedingungen herangereift sein müssen, wenn das Gleichheitsprinzip virulent werden soll. So registriert er, daß die Welt »kleiner«, der Informationsfluß besser geworden sei. Dadurch werde der internationale Vergleich leichter und provoziere den Wunsch nach Gleichheit. Darüberhinaus folge aus der freiwilligen oder erzwungenen Mobilität der Menschen das Verlangen, den

Ortswechsel (Zacher denkt hier wohl hauptsächlich an die Gast- und Wanderarbeiter) »möglichst wenig mit sozialrechtlichen Reibungen und Nachteilen zu belasten«. Dabei spielt Zacher einen ganz wichtigen Faktor ungebührlich herunter: den des internationalen Wettbewerbs der nationalen Wirtschaften. Zwar erwähnt er ihn, behauptet aber, ohne einen Beleg anzuführen, früher habe er eine größere Rolle gespielt. Wörtlich: »Früher mehr als heute unterstützten Aspekte des internationalen Wettbewerbs im Sinne einer Angleichung der sozialpolitischen Bedingungen der nationalen Wirtschaften Annäherung und Austausch.« Auch hier wäre eine klarere Sprache hilfreich gewesen; noch hilfreicher jedoch eine Begründung dieser These. Ist denn die internationale Konkurrenz heute weniger scharf als früher? Wilhelm II. hatte, wie Bismarck in seinen Gedanken und Erinnerungen (Buch 3, Kap. 6) für die Nachwelt als Beispiel des Problems internationaler Sozialpolitik festgehalten hat, im Jahre 1890 gesagt: »Die in der internationalen Konkurrenz begründeten Schwierigkeiten der Verbesserung der Lage unserer Arbeiter lassen sich nur durch internationale Verständigung der an der Beherrschung des Weltmarktes beteiligten Länder, wenn nicht überwinden, doch abschwächen.« Welcher zur Zeit in Regierungsverantwortung stehende Politiker der auf den Weltmärkten konkurrierenden Staaten würde die Gültigkeit dieses Satzes auch für die Gegenwart ernsthaft leugnen? Er gilt – behaupte ich – mehr als je zuvor. Fast täglich finden sich in den Zeitungen Berichte über die – oftmals vergeblichen – Versuche der EG-Mitgliedstaaten, sich über die nationalen Grenzen hinweg über Maßnahmen zur Verbesserung der Lage ihrer Lohn- und Gehaltsabhängigen zu verständigen. Woran sie in der Regel scheitern, sind die ökonomischen Interessen der nationalen wie der internationalen Kapitale. Erstere wollen, sofern ihr Staat sich an höheren Standards benachbarter Staaten orientieren soll, dies aus verständlichen Gründen nicht zulassen, letztere profitieren auf jeden Fall vom internationalen Gefälle der Löhne und sozialen Leistungen. Hätte Zacher die ökonomischen Aspekte des internationalen und europäischen Sozialrechts berücksichtigt, wären viele seiner einführnden Bemerkungen aufschlußreicher ausgefallen. Deutet Zacher im Zusammenhang mit der Frage, welches denn die Kräfte seien, die zur globalen Einheit des Sozial-



rechts drängen, wenigstens noch an, daß auch ein ökonomischer Aspekt mit im Spiel ist, so unterschlägt er vollständig die Rolle der nationalen und internationalen Arbeiterbewegung im Kampf um soziale Gleichheit und Gerechtigkeit. Niemand hätte von ihm erwartet, die Verdienste der sozialistischen Arbeiterparteien und der Gewerkschaften über Gebühr hervorzukehren. Aber es ist wissenschaftlich unredlich, sie einfach totzuschweigen. Zacher weiß doch ganz genau und sagt es auch, daß Sozialpolitik Verteilungspolitik ist und des Machthintergrundes des Staates bedarf. Warum also ignoriert er die Bedeutung der Arbeiterbewegung im nationalen und internationalen Verteilungskampf? Rechtspositivistisches Denken allein erklärt diese Haltung meines Erachtens nicht. Noch weniger kann es zur Entschuldigung angeführt werden. Dies zeigt, daß hier wieder einmal einer der wesentlichsten Faktoren unserer sozialen Wirklichkeit systematisch tabuiert wurde.

Nationales Sozialrecht ist nun einmal das Produkt des Grundwiderspruchs zwischen dem Interesse der Kapitalverwerter (sowie ihrer politischen Repräsentanten) an günstigen Verwertungschancen und hohen Renditen auf der einen, dem Interesse der Lohn- und Gehaltsabhängigen an rechtlich garantierten besseren Lebensbedingungen auf der anderen Seite. Insofern stellt es sich bei realistischer Einschätzung dar als ein stets zu erneuernder und immer wieder in Frage zu stellender Kompromiß der gesellschaftlichen Klassen. Internationale Dimensionen erhält das Sozialrecht durch den internationalen Wettbewerb, die Ausweitung der Märkte von der lokalen Ebene, auf der sie im Mittelalter ihre größte Bedeutung hatten, zur nationalen im 19., zur europäischen und weltweit-internationalen im 20. Jahrhundert. Die von Zacher konstatierte Tatsache, internationales Sozialrecht sei, sobald es einen größeren Kreis von Staaten anspreche, entweder aussageschwach oder es fixiere Normen, die von einem Teil der angesprochenen Staaten noch nicht – oder nicht mehr – verwirklicht werden (können), läßt sich doch nur erklären, wenn man die sozialökonomischen und politischen Verhältnisse der verschiedenen Länder, die in den internationalen Gremien vertreten sind, unter dem Aspekt ihres jeweiligen Entwicklungsstandes, ihrer innenpolitischen Kräfteverhältnisse und ihrer ökonomischen Machtstellung im internationalen Kon-

kurrenzkampf untersucht. Ja sogar die strategische Bedeutung eines Landes spielt hier – wenn auch indirekt – eine unübersehbare Rolle. Daß Zacher dies weiß, verraten zahlreiche mehr zwischen als in den Zeilen zu lesende Andeutungen.

Zacher hat seine »Einführung«, die – wo sie rechtsdogmatische Überlegungen anstellt – sehr gescheite Gedanken formuliert, durch die Vernachlässigung oder durch das Ausklammern wesentlicher Aspekte, die zum Verständnis der Probleme des internationalen und supranationalen Sozialrechts gehören, stark entwertet. Sie ist keine wirkliche Hilfe für denjenigen, der sich in die schwierige Materie auf der Grundlage der von Zacher und seinen Mitarbeitern zusammengestellten und herausgegebenen Quellen und Dokumente einarbeiten möchte. Sollte der Sammelband eine Neuauflage erfahren, wäre zu wünschen, daß Zacher die hier gegebenen Anregungen positiv aufgreift und seine Einführung noch einmal – diesmal aber etwas sorgfältiger – schreibt. Völker- und Staatsrechtler, Arbeits- und Sozialrechtler, Politikwissenschaftler, vor allem aber auch Sozialpolitiker in Parteien und Gewerkschaften, die in zunehmendem Maße mit Problemen des internationalen und europäischen (sprich, sofern es die E(W)G betrifft: supranationalen) Sozialrechts konfrontiert werden, wären dafür bestimmt sehr dankbar.

Hans See

*25 Jahre Bundesgerichtshof, hrsg. von Gerda Krüger-Nieland, unter Mitwirkung von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Beamten der Bundesanwaltschaft und Rechtsanwälten beim Bundesgerichtshof, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1975, 391 Seiten, 6 Abb. In Leinen DM 78.-.*

Der Bundesgerichtshof (BGH), am 1. Oktober 1975 ein Vierteljahrhundert alt, hat zu diesem Jubiläum eine Art Rechenschaftsbericht verfaßt, der in den juristischen Bibliotheken unter den Festschriften eingereiht werden wird. Dafür, daß der Jubilar nicht in einer Woge von Selbstlob ertrinken konnte, haben Mitglieder des BGH, der Rechtsanwaltschaft und der Rechtsanwaltskammer beim BGH gesorgt, die zum großen Teil streng nach Zuständigkeit und dem Prinzip des gesetzlichen Richters dürre Rechtsprechungsübersichten geliefert haben. So soll

denn die Geschäftsverteilung vor allem bei den privatrechtlichen Beiträgen die Sachzusammenhänge konstituieren, während auf dem strafrechtlichen Sektor die Aufsätze zum Teil auch nach kompetenzübergreifenden Rechtskomplexen oder nach Einzelfragen des materiellen und Prozeßrechts formuliert sind. Den naheliegenden Verdacht, daß sich der BGH seit je nicht mit gesellschaftlichen Problemen beschäftigt, sondern nur mit jeweils zugewiesenen, zum Teil schon älteren Paragraphen herumgeschlagen habe, versucht indessen der Präsident des BGH, Dr. Robert Fischer, in seinem Vorwort wenigstens durch den Verweis auf die »stürmische Entwicklung und Veränderung der gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, sozialen und technischen Verhältnisse« auszuräumen, »die unser Leben bestimmen . . .«. Wenn der Schutz »des einzelnen Bürgers in seiner Privatsphäre« und die Entwicklung »der sozialen Schutzfunktion des Rechts zur Abwehr wirtschaftlicher und intellektueller Macht« von ihm als Leistungen des BGH genannt werden, dann wäre es freilich folgerichtig gewesen, die Entwicklung der grundrechtsrelevanten Bürgerfreiheiten vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht bis zum Angeklagtenstatus und die sozialstaatlichen Uminterpretationen insbesondere des Privatrechts kohärent zu thematisieren. Nichts davon, nur die – lückenhafte – Addition kompetenzgerechter Einzelsubsumtionen. So schwebt denn der Jubilar nach seinem vorgelegten Selbstzeugnis dem ersten Anschein nach über den gesellschaftlichen Konflikten der Bundesrepublik, als hätte er sie stets nur auf Einrede zu berücksichtigen.

Wie die Außenpolitik trotz des Prozessualisten Hallstein letztlich nicht nach den Regeln der Zivilprozeßordnung funktionierte, ist auch die Rechtsausformung und -fortbildung durch die Auslegungskanon, die Urteils- und Relationstechnik bekanntlich nicht gerade hinreichend determiniert. Darum sei den Selbsterklärungen des BGH ein stichworthafter Querschnitt seiner Rezeptionen gesellschaftlicher Entwicklung und seiner therapeutischen Vorschläge angefügt.

### *I. Wirtschaft*

Mit den Hauptlinien der wirtschaftlichen Entwicklung hatten es insbesondere der 1. Senat in seiner Rechtsprechung zum gewerb-

lichen Rechtsschutz und Urheberrecht (das Patentrecht hat der 10. Senat übernommen), der 2. insbesondere für Gesellschaftsrecht zuständige und der Kartellsenat zu tun. »Wiederaufbau und zunehmende Normalisierung der Wirtschaft« erlaubten dem BGH dabei die Anknüpfung an die vielfach bewährte Rechtsprechung des Reichsgerichts (von Gamm, S. 2). Auf die kapitalistische Wirtschaftsstruktur, die wiedergewonnene Normalität, deren Rechtskategorien Eigentum und Vertragsfreiheit auch während des Faschismus prinzipiell unangetastet geblieben waren, wirken Wertvorstellungen des Grundgesetzes, soweit sie überhaupt für relevant erklärt werden (so von Gamm a. a. O.), nur durch einzelne Interessenabwägungen ein. Ratlosigkeit scheint darüber zu herrschen, ob und zwischen wem sich der Wettbewerb in der Bundesrepublik verschärft hat. Bei einem Gericht, das sich bisher mit relativ kargen Ausnahmen in den Dienst einer umfassenden Organisation der Warenabsatzsysteme durch die jeweils ökonomisch dominanten Hersteller oder auch Handelsorganisationen über mehrere Wirtschaftsstufen hinweg gestellt und der wirtschaftlichen Konzentration insoweit vielfältige Hilfestellung geleistet hat, wirken die Klagen über die Aggressivität des Wettbewerbs (v. Gamm S. 2) wie die Stoßseufzer unverstandener Ehrenmänner. Das im freien Spiel der Kräfte verfehlte Allgemeininteresse wird dem Gericht in Zukunft notwendig nicht nur punktuelle Verbraucherschutzerklärunen abnötigen, wie dies etwa zum Recht des unlauteren Wettbewerbs, der Konsumentengeschäfte und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im besonderen geschehen ist (hier haben der 3. Zivilsenat beim Abzahlungskauf, siehe dazu Hussla S. 46, der 8. Zivilsenat für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, siehe dazu Hiddemann S. 131, und der 6. Zivilsenat durch die Einführung der Produzentenhaftung in BGH 51, 91 den richtigen Weg eingeschlagen), sondern auch zunehmend stereotyp die Überlegung aufgeben, ob die Beibehaltung weit gefaßter wirtschaftlicher Schutzrechte nur einem Monopolisten oder Oligopolisten zusätzliche Machtabsicherung erlaubt oder nicht. Greift man nur etwa die für jeden Verbraucher plastische Konzentration des Nahrungsmittelhandels heraus, die mit dem Sterben der vielfältig gebundenen Einzelhändler in kurzer Zeit zu unerträglichen Versorgungsproblemen führen muß, so

ist deutlich, daß die justizielle Billigung umfassender privatrechtlicher Bindungssysteme zu Lasten des Einzelhandels und der Verbraucher hier einen maßgeblichen Beitrag zu dieser Strukturveränderung erbracht hat.

Vom Kartellsenat im besonderen sind, wenn man der Darstellung von Hill (S. 173 ff.) folgt, für die künftige wirtschaftliche Entwicklung kaum wesentliche Impulse zu erwarten. Den überwiegend in anderen Senaten beschäftigten Mitgliedern des Kartellsenats fehlt im Hinblick auf die geringe Zahl der Entscheidungen »die Breite des Anschauungsmaterials«; von ökonomischen Vorkenntnissen also wenig geplagt, haben sie sich dementsprechend zeitweilig auf eine stärkere methodische Berücksichtigung der historischen Kompromisse in der Wirtschaftsgesetzgebung eingeschworen (Schallplatten-Urteil BGH 46, 74) und im Teerfarben-Urteil (BGH St 24, 54) ein internationales Preisdiktat mit den Mitteln der Pandektistik traktiert. Auch nach der wettbewerbsfreundlicheren Entscheidung zu den Marktinformationsverfahren (BGH NJW 75, 788) wird sich an der noch vorhandenen Wettbewerbszugluft der hochkonzentrierten Branchen kein Konzernherr mehr rheumatische Beschwerden holen.

In den Bahnen einer über hundert Jahre alten ungebrochenen Entwicklung fühlt sich vor allem der 2. Zivilsenat (Stimpel, S. 13), der – insbesondere bei den Personalgesellschaften – der Vertragsfreiheit am radikalsten ihren Lauf gelassen hat und für den sozialstaatliche Elemente offenbar nur einen Fremdkörper bedeuten würden. Unsoliden Manipulationen vor allem mit der GmbH und Co KG sind im Namen der Vertragsfreiheit Tür und Tor geöffnet. Der vom übermächtigen Kommanditisten vorgeschobene vermögenslose persönlich haftende Gesellschafter war für den Senat ebensowenig eine Perversion (BGH 45, 204 – Rektorfall), wie er der Unterkapitalisierung der Gesellschaften mbH klare Grenzen gezogen hat. Welchen Sturm freilich mittlerweile auch der kleinste Eingriff in das unternehmerische Gestaltungsbelieben auslösen kann, mußte der 2. Senat erfahren, als sich eine Interessentenmeute auf seine Entscheidung (BGH 62, 216) stürzte, nach der auch bei einer (etwa von einem Einzelkaufmann) abgeleiteten Firma gegebenenfalls deutlich werden muß, wenn es sich in Wahrheit um eine GmbH und Co KG handelt. Diesen Erwartungshorizont hat die Recht-

sprechung jedoch selbst begründet, nicht nur den Kleineren die Mittel heiligend, welche ihnen auch immer recht waren. – Nichts Nennenswertes ist dagegen aus dem Aktien- und Konzernrecht zu erwähnen, sieht man einmal von dem vielfach aufgeputzten Kostüm ab, der Spaltgesellschaft, in dem vor allem die in der SBZ entschädigungslos enteigneten Aktionäre ihr Westvermögen bergen konnten.

So bleibt insgesamt eine Ziviljustiz zu konstatieren, die gegenüber den tiefgreifenden ökonomischen Strukturveränderungen weitgehend und zum Teil voller Stolz mit den traditionellen Rechtskategorien früherer kapitalistischer Phasen angetreten ist und deren punktuelle Eingriffe in die konsolidierten Absatzsysteme und Marktaufteilungen einer von der Monopolisierung geprägten Nachkriegswirtschaft wie der Versuch wirken müssen, ein stürmisch bewegtes Meer mit Tranquillizern zu glätten.

## II. Politik und Geschichte

Die Politik nach dem 2. Weltkrieg gerät kaum ins Visier der BGH-Privatrechtsjustiz. Eine Ausnahme bildet der Entschädigungssenat, dessen Auftrag Kurt Wüstenberg als sittliche Notwendigkeit bezeichnet (S. 145) und dessen Verdienste bei der Wiedergutmachung des durch nationalsozialistische Gewaltmaßnahmen begangenen Unrechts unbestreitbar sind. Sieht man einmal von gewissen Zügen des Kalten Krieges in der Entschädigungsgesetzgebung und -judikatur ab, so hat der Senat durch Auslegungs- und Beweislastregeln, die dem Wiedergutmachungszweck entsprachen, durch die Einbeziehung derjenigen, die wegen ihrer Beziehungen zu jüdischen Mitbürgern verfolgt worden waren, durch die teilweise Hintansetzung von Rechtskraftwirkungen gegenüber dem Gebot materieller Gerechtigkeit bei der Korrektur ablehnender Entscheidungen der Wiedergutmachungspolitik Konsequenz gegeben. Demokratische Substanz weist die Rechtsprechung des Entschädigungssenats auch insoweit auf, als sie – nach anfänglichen Fehlgriffen – den Verfolgungsschaden aufgrund eines aussichtslosen Widerstandsversuchs ebenfalls als entschädigungsfähig anerkannt hat, Opfer im Widerstand somit nicht als Privileg der Mächtigen deklarierend. Von der im Faschismus zum Teil schwer belasteten Rechtswis-

senschaft ist der Entschädigungssenat nicht unterstützt worden (Wüstenberg S. 147). Den Mangel spürt man nicht.

In der politischen Säuberungsperiode des Kalten Krieges mußte dagegen vor allem die Strafrechtsjustiz in die Schranken. Darüber wird keineswegs der Mantel des Vergessens gebreitet. Vielmehr versuchen Exbundesanwalt Wagner und der Bundesrichter Willms, letzterer in eigener Sache, vehement eine Apologie des 6. Strafsenats, der unter seinem Vorsitzenden Geier zeitweilig dem KPD-Verbot die strafrechtliche Würze gab. Gewiß hat der Senat nicht schlicht jedes Tatbestandsmerkmal des Staatsschutzrechts damals weit ausgelegt, was ihm auch niemand vorgeworfen hat; gewiß erlaubte das Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. August 1951 auch die Verfolgung geistig-politischer Handlungen. Der 6. Senat mußte also nicht mehr viel hinzutun. Festzuhalten ist vor allem, daß die Staatsschutzrechtsprechung letztlich in das Urteil des 3. Senats mündete, in dem das an sich legale Handeln für eine politische Partei bestraft wurde, auch soweit es vor dem Verbotsurteil des Bundesverfassungsgerichts gelegen hatte (BGH St 11, 233). Diese unerträgliche Beschränkung der freien politischen Auseinandersetzung durch den BGH, dem das Bundesverfassungsgericht dann Einhalt gebot (BVerfGE 12, 296), haben die Apologetiker des damaligen Staatsschutzes denn auch nicht mehr der Erwähnung für wert befunden. Wie sie die Gemeinschaft der damaligen Staatsschutzrichter mit ihren gemeinsamen »Grunderlebnissen« schildern, wie sie auch heute noch in der Kritik an den Rechtsprechungsergebnissen eine Art Verschwörung am Werk sehen (S. 268), das bestätigt die Befürchtung, daß in der Justiz Reserven vorhanden sind, die den politischen Verkehrsformen des Kalten Krieges wieder Geschmack abzugewinnen vermöchten. Demgegenüber soll das seit 1968 geltende Staatsschutzrecht ein »politisches Friedensrecht« sein. Krauth billigt denn auch »das Zurücktreten der Strafverfolgungsbehörden bei der Bekämpfung verfassungsfeindlicher Organisationen hinter das politische Zweckmäßigkeit verpflichtete Eingreifen anderer Staatsorgane« wie Bundestag und Bundesrat (S. 248), hält deren Versagen aber für möglich (was dann, Herr Krauth?). So recht politisch wollen sich Mayer und Träger mit der Linken aber doch nicht auseinandersetzen (S. 229 ff.).

Zwar wird den »Roten Zellen« Straffreiheit für das Anstreben eines friedlichen »sozialistischen Umsturzes« eingeräumt. Der DKP jedoch wird die Verfassungskonformität mit dräuenden Anführungszeichen vorenthalten, natürlich ohne eine Begründung, die sich ja mit dem Parteiprogramm beschäftigen müßte. Die Diskussion über das Programm der durch Bundesverfassungsurteil von 1956 aufgelösten KPD darf nach BGHSt 23, 226 nicht durch dessen Verbreitung befördert werden. Die Grundrechte der Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit müssen hier ein wenig zurücktreten (in BGHSt 23, 226 sind die diesbezüglichen Erwägungen nicht mit abgedruckt). Die rechte Traute zur politischen Auseinandersetzung mit Kommunisten will den Staatsschützern nicht kommen, auch soweit deren Gewaltverzicht nicht in Abrede gestellt werden kann. Notfalls muß eben wieder Stalin durch Zitate aus dem KPD-Verbotsurteil des Jahres 1956 menetekeln. Im übrigen hilft gegen Linke ohnehin die Ausdehnung des Gewaltbegriffs (so erneut Generalbundesanwalt a. D. Martin zum Sitzstreik im Straßenverkehr, S. 211 ff.) als mobile Legitimation für strafrechtliche Interventionen.

Das Gewissen der Linken ist rechtlich irrelevant, das stellen Schulte und Träger (S. 251 ff.) für die neuere Geschichte der Bundesrepublik fest. Das gelingt über die scharfe Distinktion zwischen Überzeugungstätern als rein kriminologischem Phänomen und Straftätern aus Glaubens- und Gewissensgründen. Lediglich Ersatzdienstverweigerern vor der Zweitbestrafung, bestimmten Sekten, die etwa Bluttransfusionen verweigern, oder religiösen Eidesverweigerern wird in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für ihr abweichendes Verhalten eine verfassungs- und strafrechtlich bedeutsame Gewissensentscheidung zugebilligt, weil sie sich an den »letzten Maßstäben von gut und böse« orientierten. Überzeugungstäter dagegen, die typischerweise »aus politischen und ökonomischen Beweggründen« handeln, verfallen der Strenge des Strafgesetzes. Eine Sonderstellung kann ihnen allenfalls bei Strafzumessung und -vollzug zukommen; die letzten Jahre lehren, welche. Auf diese Weise setzt sich die BGH-Strafjustiz mit der Studentenbewegung und ihren Folgen auseinander, durchaus bewußt. »Der innere Bau der Bundesrepublik ist gefestigt . . . Aus dem

»Provisorium« ist eine Ordnung geworden, die sich, mag manches noch zu verbessern sein, als Rechts- und Sozialstaat bewährt hat. Gleichwohl beginnen einige Wirkköpfe, ein Evangelium der Gewalt zu verkünden . . . ; und die Unterschluß gewährenden Sympathisanten verstehen ihre Unterstützungshandlungen als zwingende Folgerungen aus dem Gebot zur Solidarität oder gar zur christlichen Mitmenschlichkeit«. Bundesanwälte sind es, die die fast totale Affirmation des gesellschaftlichen status quo damit verbinden, daß sie seine Gegner in die Nähe der Geisteskrankheit rücken. Hier ist plötzlich vom Sozialstaat die Rede, den die BGH-Justiz bei ihren Entscheidungen so wenig bemüht hat. Hier hat er sich bewährt, ein für allemal, auch wenn es z. B. seit Jahrzehnten nicht mehr so viele jugendliche Arbeitslose gegeben hat. Hier wird eine Differenz zwischen radikalen Kritikern mit und ohne Gewaltprogramm nicht gemacht – jedenfalls nicht explizit. Und auch das Christentum ist an den status quo verpackt. Bei so einfachem Weltbild muß es eine Lust sein, die Verfolgung aufzunehmen.

### III. Einzelne Problemfelder

1. *Bauen und Wohnen* fallen in den Geschäftsbereich mehrerer Senate. Der 5. Zivilsenat (dazu Augustin S. 79 ff.) ist mit seiner starren Interpretation der Formvorschrift des § 313 BGB für den Grundstückserwerb den Bedürfnissen der Eigenheimaspiranten bis zum späteren Einschreiten des Gesetzgebers gegen Erwerbsverpflichtungen nicht gerecht geworden, somit eine unschwer mögliche soziale Tat schuldig geblieben. Die uferlose Anerkennung der schuldrechtlichen Anpassungsklauseln in Erbbauverträgen, durch die die Erbbauberechtigten vielfach zu Leidtragenden leistungsloser Bodenwertsteigerungen wurden, ist ebenfalls kein Ruhmesblatt der BGH-Judikatur (siehe dazu jetzt § 9 a ErbbRVO). Zum Teil verbraucherfreundlicher war die Rechtsprechung des 7. Zivilsenats zum Bau- und Architektenrecht, auch wenn die Mutmaßungen Heimann-Trosiens (S. 116) über den »echten paritätischen« Interessenausgleich in der Verdingungsordnung für die Ausführung von Bauleistungen an der Inäquivalenz und Inhomogenität der Auftraggeber-Vertretung vorbeigehen. Was nachbarrechtliche Umweltzumutungen

angeht, war der 5. Senat ohne gesetzgeberisches Eingreifen vielfach überfordert. Wenn er etwa 1972 (BGH 59, 378, von Augustin, S. 83 f. nicht erwähnt), einem Bauern zumutete, 1962 vorauszusehen, daß angesichts der Maschinen- und Waffentechnik auf dem benachbarten Flugplatz in absehbarer Zeit auch Maschinen eingesetzt werden könnten, deren Senkflug früher beginnt und die einen weiteren Anflug erfordern, dann wird seine Schwierigkeit deutlich, menschliche Erträglichkeitsnormen gegen Verkehrsabläufe mit wirtschaftlicher Priorität zu sichern. Großzügigkeit kennzeichnete dagegen vielfach die Enteignungsrechtsprechung des 3. Zivilsenats, mit dessen Hilfe mancher von staatlicher Planung betroffene Grundeigentümer die Preise hochtreiben konnte.

2. *Person und Familie*: Der 6. Zivilsenat hat die Persönlichkeit entdeckt und seinen Schutz vor allem Illustriertenheldinnen und sensiblen Herrenreitern angedeihen lassen, die nunmehr im Gegensatz zu Arbeitern, denen selbst bei schwersten Arbeitsunfallschäden wie Querschnittslähmungen kein Schmerzensgeld zusteht, vermögensmäßige Genugtuung auch bei bloßer Prestige-Unbill erlangen können. Im Rahmen der Familie kommt der Persönlichkeitsschutz in geringerem Maße zum Tragen; so ist die Ehefrau seit 1952 lediglich in ihrem räumlichgegenständlichen Bereich geschützt, um etwa das Eindringen von Ehestörern in die Familienwohnung zu verhindern.

Welchen bevölkerungspolitischen Wert die extrem scheidungsunfreundliche Rechtsprechung des BGH bis 1960 hatte, ist noch nicht recht geklärt. Die kriegs- und nachkriegsbedingten Ehestörungen wurden jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt rechtlich nicht anerkannt. Die seither größere Scheidungsbereitschaft wurde auch durch die Novelle zu § 48 Ehegesetz nicht mehr maßgeblich gebremst (Johannsen, S. 49). Die stattdessen notwendige Verstärkung der ökonomischen Position der Ehefrau hat der BGH aber vor der Eherechtsreform weder bei der beruflichen Mitbestimmung noch etwa beim Ehegattenerbrecht maßgeblich vorangetrieben. So hat BGH 42, 182 der überlebenden Ehefrau den großen Pflichtteil versagt, wenn sie nicht Erbe wird und ihr kein Vermächtnis zusteht. Die gesetzlich verbesserte Stellung nichtehelicher Kinder hat der 4. Zivilsenat ergänzt durch eine Ausschöpfung der ohnehin perfekter gewordenen Beweismittel im Vater-

schaftsprozess (vgl. BGH 61, 172). An die Stelle manch dubiosen Zahlvaters wird also der Staat treten müssen, angesichts des bevölkerungspolitischen Maßnahmendefizits wahrhaftig keine Zumutung mehr.

Im Erbrecht schließlich kann nun auch die Lebensgefährtin freier bedacht werden. Das Gericht denkt jetzt bei den für sie bestimmten Zuwendungen von Todes wegen nicht mehr nur an Unzucht (BGH 53, 377) und respektiert insbesondere, wenn dem Erblasser eine Freundin näher stand als etwa Geschwister. Hier wird in der Rechtsprechung des 3. und 4. Zivilsenats der Rückzug des Staates aus der Gestaltung der privaten Intimbeziehungen besonders plastisch. Sozialstaatlichem Anspruch kann solche begrüßenswerte Liberalität nur genügen, wenn sie durch öffentliche Einrichtungen und Hilfen keinem Betroffenen ein ökonomisches Desaster auferlegt.

3. *Um mehr soziale Sicherheit* haben sich insbesondere die mit den öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüchen und mit dem Versicherungsrecht befaßten Senate bemüht (s. Hussla, S. 33 ff. bzw. Bukow, S. 65 ff.). Daß ein Häftling bei einem haftbedingten Gesundheitsschaden immer noch regelmäßig keinen Entschädigungsanspruch hat, kennzeichnet jedoch die Inkonsequenz des 3. Zivilsenats. Der ältere Untersuchungshäftling, dem in der Gemeinschaftszelle von einem als rabiat bekannten Mithäftling ein Auge ausgeschlagen wurde (siehe BGH 60, 302), muß also weiterhin auf die kleineren Verbesserungen warten, deren (nach Schulte und Träger) auch die Bundesrepublik noch fähig ist. – Demgegenüber ist anzuerkennen, daß die gegenüber den Versicherungskonzernen zunächst sehr schüchterne versicherungsrechtliche Rechtsprechung durch Entschärfung von Obliegenheiten des Versicherten und die Einschränkung des »Alles- oder Nichts-Prinzips« bei der Kraftfahrtversicherung (Bukow, S. 73) einen Beitrag zur sozialen Sicherung geleistet hat.

4. *Freizeit, Reise und Auto*: Den Reiseveranstaltern geht der 7. Zivilsenat endlich stärker ans Leder (vgl. BGH NJW 75, 40; siehe dazu Heimann-Trosien S. 114). Der erreichte Stand der Massentouristik und Divergenzen zwischen Werbung und Leistung geben dafür auch genügend Anlaß. Es ist zu hoffen, daß der Reproduktionswert der Freizeit für die Arbeitskraft rechtlich vollends faßbar gemacht wird.

Charakteristisch ist freilich, daß hier an die Rechtsprechung zur Entschädigung wegen unfallbedingt entgangener Kraftfahrzeugnutzung angeknüpft wird, Arbeitskraft und Auto also parallelisiert worden sind. Die Nutzungsentschädigung nach Autounfällen auch für denjenigen, der kein Ersatzfahrzeug benutzen mußte, hat dem Auto die letzte soziale Politur gegeben (siehe Nüssgens S. 102 ff.). Der seinem Mercedes nachtrauernde Fußgänger schreitet dementsprechend teurer ins Büro als andere. Die Versicherten-gemeinschaft trägt's bis zur Kostenexplosion. Diese Original-Fehlentwicklung des BGH fördert darüber hinaus die Unfallhai-Mentalität, gibt dem bellum omnium contra omnes der westdeutschen Straßen einen zusätzlichen Schauplatz. Pelze und Schmuck harren der Gleichbehandlung.

#### IV. Juristenleben beim Bundesgerichtshof

Karlsruher Richtersessel locken die Spitzen der Länderrechtsprechung seit langem nur mäßig. Der Länderproporz fördert auch rechtstechnisches Mittelmaß. Dabei bietet Karlsruhe insbesondere in den Kernbereichen des klassischen Privatrechts manch scharfsinnigen Diskurs. Dem »besonderen Verhältnis« des Juristen zum Buch (er liest nicht sehr viel, schlägt aber überall oft nach) wird Hildebert Kirchner (S. 341 ff.) mit seinen Leuten in vorzüglicher Weise gerecht. Die mündliche Verhandlung in der Revisionsinstanz für Zivilsachen läßt nicht nur nach Möhring und Nirk (S. 305 ff.) eine heile Prozeßwelt erstehen, in der noch plädiert und argumentiert wird, wie es im mediokren business der Unterinstanzen ganz unbekannt ist. Ein ganz exquisiter Kreis sind schließlich die Anwälte beim BGH, deren bekanntester, ein bedeutender Unternehmer, noch auf dem vorletzten Juristentag die Vertragsfreiheit gegen die AGB-Kontrolle hochleben ließ. »Sorge bereitet uns die Entwicklung unserer wirtschaftlichen Lage«, schreibt für diese Anwälte Herr v. Stackelberg (S. 302). Freilich reicht es noch zum alljährlichen Festessen im »Erbprinze« \*\*\*\*\* zu Ettlingen mit dem Präsidenten des BGH und dem Generalbundesanwalt. Da fällt »die Liebe zur Sache und die Liebe zum Menschen« (v. Stackelberg S. 303) doch noch leicht.

Peter Derleder