

Buchbesprechungen

Friedhelm Hase, *Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich – Eine Studie zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des deutschen Sozialversicherungsrechts*, Tübingen (Mohr Siebeck, Jus Publicum, Bd. 64) 2000, 470 Seiten, DM 198,-.

Expansion und permanente Leistungssteigerung haben die Sozialversicherung nicht nur in außerordentlich beunruhigende Finanzierungsprobleme verstrickt, sondern sie werfen vor allem auch die Frage nach den Legitimationsgrundlagen der Einrichtung »Sozialversicherung« als solcher auf, mit denen die soziale Sicherung in der heutigen Gesellschaft immer weitere Bereiche der individuellen Existenz durchdringt (S. 1). Die zentrale Frage, der Hase in seiner Habilitationsschrift nachgeht, ist, wodurch ein solches Wachstum öffentlich institutionalisierter und auf unwiderruflichen Rechtszwang gestützter Vorsorgeeinrichtungen gerechtfertigt ist (S. 2). Daß Sozialversicherung Versicherung und nicht nur eine Einrichtung zur Verteilung wohlfahrtsstaatlicher Gratifikationen ist, scheint nach Hase zuletzt in Vergessenheit geraten zu sein (S. 2). Die »Erwerbstätigerversicherung« ist, in der sozialpolitischen Programmatik und ein Stück weit auch in der sozialrechtlichen Realität, Hase zufolge zu einer Art sozialer Sicherung für alle, einer Sicherung »des Staatsbürgers« umgeformt worden (S. 3). In der Sanierung der sozialen Vorsorgesysteme wird, quer durch die sozialen Gruppierungen und die politischen Parteien, eine der vordringlichsten Aufgaben geschen; für die Beitragspflichtigen werden die Lasten zu schwer, die das Sozialversicherungsrecht auferlegt; zugleich werden die Vorteile zweifelhaft, die das Sozialversicherungsverhältnis erschließt: Dieses erscheint zunehmend als Fessel, die eine Nutzung effektiver und preiswerten Absicherungsmöglichkeiten innerhalb des privaten Sektors

verhindert (S. 3). Hase sieht hier einen erheblichen Nachholbedarf in der rechtswissenschaftlichen Diskussion der damit aufgeworfenen Frage nach dem verfassungsrechtlich zulässigen Umfang der Sozialversicherung als Zwangsversicherungssystem. Ausgangspunkt für die Überlegungen Hases ist, daß für die vorherrschende Auffassung die Sozialversicherung eine rechtliche Gestaltung ist, die von den beiden gegenläufigen Grundprinzipien des Versicherungsprinzips und des sozialen Ausgleichs beherrscht wird (S. 5). Hase steckt sich das Ziel herauszuarbeiten, daß die Sozialversicherung als solche, in ihren durch das Versicherungsprinzip wie in den durch den sozialen Ausgleich bestimmten Regelungszusammenhängen, als Versicherung begriffen werden muß, die in jeder Hinsicht eigenständig ist, mit der Privatversicherung also weder den Ausgangspunkt teilt noch durch gemeinsame Prinzipien verbunden ist (S. 6).

Die Arbeit gliedert sich in sieben Kapitel. Im ersten Kapitel stellt Hase die Stellung der Sozialversicherung zwischen Privatversicherung und öffentlicher Fürsorge und Vorsorge dar. Nach Hase findet die Sozialversicherung ihre Rechtfertigung erst im Versagen des Marktes und in Begrenzungen derjenigen Absicherungsmöglichkeiten, über die der Einzelne in der Privatrechtsordnung verfügt. Mit ihrem Regelwerk und ihrer Funktionsweise präsentiert sich die Sozialversicherung als Alternative zu den Mechanismen des Marktes: Einkommensdifferenzen werden, so das vorherrschende Verständnis, durch Vorkehrungen des sozialen Ausgleichs relativiert, Einschränkungen individueller Leistungs- oder Vorsorgefähigkeit durch eine Vielzahl sehr unterschiedlicher Vorkehrungen kompensiert (S. 16). Sozialversicherung wird als ein Sicherungstyp verstanden, in dem Elemente der Privatversicherung und des Marktes mit solchen einer wohlfahrts-

staatlichen Fürsorge verschmelzen, in dem die ersteren durch letztere wesentlich modifiziert worden sind (S. 18). Es fehlt Hase zu folge bisher an theoretischen Ansätzen, mit denen auch die Versicherungsqualität der sozialen Vorsorge als Spezifikum dieser Sicherungseinrichtung zu begreifen ist, mit denen deren Eigenart also nicht bloß aus sozialen Elementen erklärt wird, die die Privatversicherung modifizieren (S. 37). An die Stelle des auf die Vertragsform fixierten juristischen Versicherungsbegriffs ist für Hase ein funktionales Verständnis der Einrichtung Versicherung getreten, das wiederum im Kern durch ökonomische Kategorien strukturiert wird (S. 40). Schon aus grundsätzlichen methodischen Gesichtspunkten ist es für ihn aber nicht erlaubt, Rechtsbegriffe aus ökonomischen, sozialwissenschaftlichen, psychologischen usw. Bestimmungen herzuleiten (S. 40 f.). Daß solche Definitionsansätze – für Hase fälschlicherweise – in der Debatte über die Sozialversicherung das Feld beherrschen, ist der für die Fragestellung dieser Arbeit entscheidende Gesichtspunkt (S. 42). Hase gesteht ein, daß für ihn in gewissem Sinne diese herrschende Betrachtungsweise nicht verkehrt ist, denn auch im Rahmen der Sozialversicherung werden individuelle Risiken durch die Zusammenfassung gleichartig Bedrohter zu berechenbaren Größen (S. 43). Aber das, was die Aufgabenstellung der Sozialversicherung in ihrer Spezifik bestimmt, was dieser vor allem auch in der rechtlichen Perspektive das Gepräge gibt, kommt für Hase in solchen begrifflichen Ableitungen überhaupt nicht vor, und es ist ihm zufolge auch nicht zu erfassen, indem einem – durch das Modell der Privatversicherung geprägten – Versicherungselement weitere Komponenten (Fürsorge, Versorgung) hinzugefügt werden (S. 44).

In diesem Kontext lotet Hase in einem ersten Zugriff – dieser Aspekt wird im weiteren Fortgang der Untersuchung noch mehrfach aufgegriffen und spezifiziert – den Gehalt der verfassungsrechtlichen Vorsorgefreiheit des Art. 2 I GG aus: Wer durch gesetzliche Anordnung als Versicherter in die Sozialversicherung einzogen wird, ist bereits in seiner Wahl- und Entscheidungsfreiheit betroffen; solche Beeinträchtigungen müssen aber immer, gemessen an den mit den jeweiligen Regelungen verfolgten Zielen, geeignet, erforderlich und angemessen sein; die Begrenzungen, die sich daraus für das Sozialversiche-

rungsrecht ergeben, sind für Hase allerdings in Rechtsprechung und Literatur bislang häufig nicht deutlich genug gesehen worden (S. 50 f.). Bei freiheitsbeschränkenden Regelungen, die er auf der Grundlage der Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 I Nr. 12 GG („...Sozialversicherung...“) realisiert, ist der Gesetzgeber letztlich immer nur durch das Interesse der betroffenen Versicherten legitimiert; er muß, wenn er im sozialen Bereich andere Zwecke verfolgt, Gestaltungen finden, durch die nicht allein die Beitragszahler der Sozialversicherung belastet werden (S. 54). Dem Einzelnen sollen durch den Eingriff in die Vorsorgefreiheit Vorsorgemöglichkeiten eröffnet werden, Grundrechtsbeschränkung darf hier nie – dies ist eine grundrechtsdogmatische Kernaussage Hases – etwas anderes als ein Mittel der Grundrechtsausgestaltung sein (S. 56). Es ist demnach für Hase der paradoxe und nur bei strikter Begrenzung auf einen sehr genau definierten Anwendungsbereich erträgliche Gedanke eines Freiheitsgewinns durch Freiheitsbeschränkung, der im Sozialversicherungsrecht Realität geworden ist (S. 56). Von einem Freiheitszugewinn (einer Verbesserung der Bedingungen individueller Persönlichkeitsentfaltung) durch Sozialversicherungsrecht kann nach Hase aber nur die Rede sein, wenn der Einzelne durch das Versicherungsverhältnis wirklich Absicherungsmöglichkeiten erhält, die für ihn innerhalb der Privatrechtsordnung unerreichbar sind: Nur soweit dies der Fall ist, kann die Einschränkung individueller Vorsorgefreiheit als erforderlich gerechtfertigt werden (S. 56). Diese Überlegungen führen Hase zu einem juristischen Verständnis der Sozialversicherung, das andere, nämlich schärfere Akzente als die seit Jahrzehnten in Rechtsprechung und Literatur vorherrschende Meinung setzt. Das Verbot des Ausgreifens auf Belange der Vorsorge, denen der Einzelne selbst Rechnung tragen kann, ist für Hase von der Lehre und mehr noch der Rechtsprechung in der Vergangenheit nicht sehr ernst genommen worden (S. 70). In den Kapiteln 2 und 3 untersucht Hase das versicherungstechnische Äquivalenzprinzip und – anhand vieler einfachgesetzlicher Beispiele (S. 113–145) –, wie Beitragspflichten und Leistungsanrechte im Sozialversicherungsrecht einander zugeordnet sind; die Hauptthese, die Hase hier herausarbeitet, ist, daß sich das Versicherungsprinzip nicht aus einem der Sphären der Privatversicherung

entstammenden Äquivalenzprinzip herleiten läßt, wie dies die Literatur zumeist tut. Im vierten Kapitel untersucht Hase die verfassungsnormativen Dimensionen des Versicherungsprinzips. Auch hier macht Hase deutlich, daß er die verfassungspolitische Ausrichtung und Entwicklung der Sozialversicherung in den letzten Jahren und Jahrzehnten für z. T. bedenklich erachtet. Zwar sind die Schwierigkeiten, denen die soziale Sicherung heute gegenübersteht (Wandel des Altersaufbaus der Bevölkerung, Umstrukturierungen in der Arbeitswelt etc.) nur zu einem Teil den Systemen selbst anzulasten, die Sozialversicherung scheint aber die Bewältigung der Probleme insofern zu erschweren, als sie insbesondere die Grenzen, die jedweder Risikovorsorge vorgegeben sind, nicht (hinreichend) erfaßt (hat). Bei günstigen wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen gerät aus dem Blick, welche Zwänge und Gefahren den enormen Möglichkeiten gegenüberstehen, die das auf staatlichem Rechtszwang beruhende Umlagefinanzierungsverfahren eröffnet; solange die Wirtschaft prosperiert, die Arbeitseinkünfte steigen und neue Beitragss Zahlergruppen belastet werden können, tendiert der politische Prozeß erfahrungsgemäß stark zu einer Ausweitung und Optimierung der Leistungen (S. 147). Die mit der Erhebung neuer und höherer Sozialversicherungsabgaben zwangsläufig verknüpften – möglicherweise aber erst nach Jahrzehnten einzulösenden – Verpflichtungen werden ebenso vernachlässigt wie die ungünstigeren Verhältnisse, die sich mit Sicherheit irgendwann einstellen werden (S. 147 f.). Die heutige Situation der Sozialversicherung selbst wirft demnach in aller Schärfe die Fragen auf, was die Versicherungsträger den Versicherten, die als Beitragzahlung an der Finanzierung der Versicherungsleistungen beteiligt (gewesen) sind, unter allen Umständen schuldig sind, wo daher auch Grenzen verlaufen, die bei jedweder Abänderung der für das Versicherungsverhältnis maßgebenden Bestimmungen respektiert werden müssen (S. 149). Genau dies aber sind für Hase die Fragen nach der Geltung und dem Gehalt des Versicherungsprinzips in der Sozialversicherung. Hase erkennt eine verfassungsnormative Dimension des Versicherungsprinzips nach drei Richtungen und versucht, sie auch zu konkretisieren: Erstens ist Sozialversicherungsrecht – dies leitet Hase aus Art. 74 I Nr. 12, Art. 2 I, Art. 3 I GG ab (S. 162) –, bei aller Vielfalt der gesetzlichen

Gestaltungsmöglichkeiten, immer dadurch gekennzeichnet, daß seine Regelungen sich in Beitragspflichten und Leistungsberechtigungen niederschlagen, die durch ein konkretes Versicherungsverhältnis miteinander verknüpft sind. Alle Begünstigungen müssen potentiell für jeden von ihnen vorteilhaft sein, jeder muß, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, alles erhalten können, was der Beitragsbelastung in den leistungrechtlichen Bestimmungen gegenübergestellt ist (S. 163). Zweitens müssen die Sozialversicherten Leistungen desjenigen Typus erhalten können, den das Recht vorgegeben hat, unter dessen Herrschaft die für sie bestimmte Vorsorge geleistet worden ist (oder noch geleistet wird). Drittens schließlich müssen auch die nach dem Eintritt des Versicherungsfalles gegebenen Leistungsberechtigungen in gewissen Grenzen rechtlich gesichert sein (S. 162). Der Gesetzgeber darf nach Hase Ansprüche nicht in ihrer Eigenart negieren, er darf sie nicht durch Abwandlung des für sie maßgebenden Regelwerks in ihrer Typizität verändern, soweit dies für die Berechtigten nachteilige Wirkungen hätte; er ist also auch in dieser Hinsicht dem letztlich bereits aus dem Kompetenzbegriff »Sozialversicherung« in Art. 74 I Nr. 12 GG zu erschließenden Gebot unterworfen, die Kohärenz der rechtlichen Regelungselemente zu gewährleisten, die im einzelnen Versicherungs- und Leistungsverhältnis wirksam werden (S. 138). Im fünften Kapitel behandelt Hase den sozialen Ausgleich in der Sozialversicherung. Insgesamt bleibt für Hase das Bild des sozialen Ausgleichs in der juristischen Debatte ähnlich diffus wie das des Versicherungsprinzips; auch hier kritisiert er, daß die Begriffklärung herkömmlich fälschlicherweise von ökonomischen Denkkategorien bestimmt wird (S. 254). Hase rückt hierbei die Frage in den Mittelpunkt, wie es überhaupt zu erklären und zu rechtfertigen ist, daß im Rahmen und aus den Mitteln der Sozialversicherung bestimmte Vorsorgedefizite der Versicherten aufgefangen, Sicherungsbelangen ihrer Angehörigen Rechnung getragen und, in einem beschiedenen Umfang, Ansprüche niedrigverdienender Versicherter aufgestockt werden (S. 289). Der Erklärung bedarf für ihn insbesondere, warum es Sache der Sozialversicherung (und damit der jeweils in Anspruch genommenen Beitragsträger) ist, für die jeweiligen Schwierigkeiten einzustehen (S. 289 f.). Nach Hase gelingt diese Erklärung

– sozialer Ausgleich ist aus der Aufgabenstellung der Sozialversicherung zu erklären, seine Begünstigungen als spezielle Vorteile ihrer Versicherten zu identifizieren (S. 301). Das sechste Kapitel überschreibt Hase mit dem Titel »umfassender sozialer Ausgleich« und führt damit einen neuen Begriff in die Sozialrechtsdogmatik ein. Nach Hase ist beim umfassenden sozialen Ausgleich das gesamte sozialrechtliche Regelungswerk auf die Problematik der Vorsorgeschwäche der Versicherten zentriert: Diese erscheint hier als ubiquitäre Bedrohung, der zu wehren Aufgabe der Sozialversicherung ist (S. 335). Von einer solchen Perspektive ist nach Hase das Krankenversicherungsrecht überwiegend, das Pflegeversicherungsrecht vollständig bestimmt; »umfassender« sozialer Ausgleich ist durch das Regelungsmuster »gleicher Anspruch trotz einkommensabhängiger Beitragsbelastung« charakterisiert, wobei die Ansprüche jeweils auf Naturalleistungen oder auf Geldleistungen gerichtet sind, die an deren Stelle treten (S. 335). Die Besonderheit des »umfassenden« sozialen Ausgleichs ist nach Hase darin zu sehen, daß er dem Maß der Eigenvorsorge jeden Einfluß auf das Leistungsrecht, dem Ausmaß der Risikobelastung jeden Einfluß auf die Beitragshöhe nimmt. Der Einzelne hat, wo der umfassende soziale Ausgleich regiert, mit der Begründung des Versicherungsverhältnisses immer schon die innerhalb des Systems denkbare leistungsrechtliche Optimalposition erreicht (S. 336). Damit eröffnet der umfassende soziale Ausgleich vielen Versicherten die Möglichkeit, Versicherungsschutz bei einer Kostenbelastung weit unter derjenigen zu erlangen, die sie in der Privatversicherung zu tragen hätten. Die entscheidende Frage für Hase ist, ob im Lichte des Grundrechts aus Art. 2 I GG ein Ausgleich dieser Reichweite denen gegenüber als erforderlich zu legitimieren ist, die von den mit seiner Realisierung zwangsläufig verbundenen Rechtsingriffen und finanziellen Belastungen betroffen sind; die Frage kann für Hase nur verneint werden (S. 346). Es muß nämlich Gesichtspunkte geben, warum der öffentlich organisierten Vorsorge einer innerhalb der Privatrechtsordnung ansetzenden Form der Problembehandlung gegenüber der Vorzug gegeben wird – warum diese im Vergleich mit jener als die »bessere«, »sinnvollere« Lösung erscheint: Eine rigorose Beschränkung des Regelungszugriffs der Sozialversicherung in diesem Bereich ist nach Hase

verfassungsrechtlich geboten (S. 349). Auch hier betont er wiederum die Reichweite von Art. 2 I GG (S. 351).

Das siebte Kapitel widmet Hase der unechten Sozialversicherung. Neben der unechten Unfallversicherung – als bekanntester und klassischer Fall der unechten Versicherung – zählt Hase auch die Anrechnung von Kindererziehungszeiten im Rentenversicherungsrecht (S. 375–379) und die Absicherung der Pflegepersonen (S. 379–382) systematisch zur unechten Sozialversicherung. Das »Uechte« an der Anrechnung von Kindererziehungszeiten im Rentenversicherungsrecht ist nach Hase im wesentlichen nur noch an speziellen Finanzierungsvorschriften zu erkennen (S. 375). Hase erscheint die unechte Sozialversicherung als ein verfehlter und auf unüberwindliche verfassungsrechtliche Probleme stößender Versuch, nicht erwerbstätige Personen innerhalb der als Sicherungsform Erwerbstätiger spezifizierten sozialen Vorsorgesysteme mit Erwerbstätigen gleichzustellen (S. 382). So darf nach Hase – wie bei der unechten Unfallversicherung geschehen – die Kompetenzmaterie »Sozialversicherung« in Art. 74 I Nr. 12 GG für solche Vorschriften nicht in Anspruch genommen werden. Daneben sieht Hase auch durchgreifende grundrechtliche Probleme im Hinblick auf Art. 2 I, 3 I und 14 GG (S. 384–391).

Hase hat sich in seiner Schrift einer Thematik angenommen, die schon seit längerer Zeit einer so grundsätzlich angelegten Untersuchung bedürft hätte. Mit der Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen der Sozialversicherung und insbesondere deren Versicherungspflicht, die für den Bürger immer häufiger als ein »lästiger Zwangsbeglückungsapparat« erscheint, der individuelle Dispositionsfreiheiten und -möglichkeiten einengt, ist ein rechts- und verfassungspolitisches Thema ersten Ranges angesprochen. Hase sieht die Reichweite der Regelungsbereiche der Sozialversicherung insgesamt als aus dem Ruder gelaufen an; durchgehende These ist, daß die Sozialversicherung viele Dinge (in einer Weise) regelt, die (so) nicht mehr zu ihren grundgesetzlichen Aufgaben gehören bzw. häufig grundrechtlich bedenklich sind. Bei vielen Fragestellungen verläßt Hase ausgetretene Pfade und stellt sich – entsprechend seinem Anliegen, das Wesen und die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Sozialversicherungsrechts an der Wende zum dritten Jahrtausend neu herauszuarbei-

ten – häufig gegen verbreitete Ansichten (so z. B., daß er für die unechte Unfallversicherung durchgreifende Probleme hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz und auch viele grundrechtliche Probleme sieht – S. 384 ff. – oder daß er den »umfassenden« sozialen Ausgleich als (vermeintlich?) eigene Kategorie herausarbeitet – S. 335 ff.).

So richtig in der Gesamtdiagnose die Kritik am »Wildwuchs der Sozialversicherung« ist und so gern man ihr daher im Grundsatz geneigt ist zuzustimmen, so sehr laden gleichwohl die einzelnen Thesen, zu denen Hase gelangt, sowohl was die Herleitung als auch das Ergebnis anbelangt, zur kritischen Auseinandersetzung ein: Die gesamte argumentatorische Grundanlage der Arbeit ist sehr (man könnte fast sagen: liberalistisch) von der Vorsorgefreiheit in Art. 2 I GG bestimmt. Wie erwähnt, überprüft Hase viele sozialversicherungsrechtliche Regelungstechniken anhand von Art. 2 I GG und kommt – insoweit in der Regel gut nachvollziehbar und zutreffend – dazu, daß diese verfassungsrechtlich problematisch sein könnten. Was man aber bisweilen vermißt, ist die Einbeziehung anderer verfassungsrechtlicher Normen – insbesondere des Sozialstaatsprinzips – in die Argumentation. Wenn Hase beispielsweise die Reichweite des nach ihm sog. »umfassenden« sozialen Ausgleichs im Hinblick auf Art. 2 I GG kritisiert und exemplarisch für das Krankenversicherungsgesetz ausführt, statt der Gewährleistung eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes auch für solche, die nur geringe Beiträge entrichten, könnte man sich eine Krankenversicherung vorstellen, in der nur noch ein – wie auch immer noch näher zu umreißender – Mindeststandard gewährleistet wird (vgl. S. 350ff.), dann drängt sich schon die Frage auf, ob eine solche Bevorteilung »kleiner« Beitragsträger nicht über Art. 20 I GG (Sozialstaatsprinzip) verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann oder ob eine solche Bevorteilung nicht gar (verfassungspolitisch oder gar -rechtlich?) zu fordern ist.

Überhaupt findet das Sozialstaatsgebot bei Hase insgesamt nur sehr zurückhaltend Eingang in die Argumentation. Zu Beginn (S. 9) bemerkt er, daß dem Sozialstaatsgebot in der Untersuchung keine systematischen Ausarbeitungen gewidmet sind, daß es aber doch in der Argumentation thematisch präsent sei. Diese Präsenz hält sich allerdings in Grenzen. Was man vor allem vermißt, ist die Heraus-

arbeitung der möglichen Stoßrichtung(en) des Sozialstaatsprinzips (auch) auf die Grundrechtsprüfungen. Nach herrschender Doktrin kann das Sozialstaatsprinzip ein einen Grundrechtseingriff rechtfertigender Topos sein – mithin ein Verfassungsgut, das den gesetzgeberischen Handlungsspielraum erweitern kann. Insofern könnten sich auch im Hinblick auf Art. 2 I GG andere Ergebnisse ergeben.

Bei einer Untersuchung, die sich einem gesellschaftspolitisch so brisanten Thema annimmt wie die von Hase, ist häufig eine Gravierung von verfassungspolitischer und verfassungsrechtlicher Argumentation gegeben. Hase leitet Ergebnisse ab, die als verfassungsrechtliche proklamiert werden, bei denen sich beim Leser aber eher – insbesondere aufgrund ihrer Begründungsherleitung – der Charakter verfassungspolitischer Erkenntnisse aufdrängt. Dies ist nicht zuletzt auch im argumentatorischen Duktus der Arbeit begründet: Die Darstellung ist häufig weit ausholend und – dem Grundaufgaben der Arbeit entsprechend – über weite Passagen sehr abstrakt gehalten. Es gibt gewiß, z. T. auch längere, Passagen, in denen der Autor sozialversicherungsrechtliche Regelungstypen und -techniken sehr anschaulich und ausführlich anhand der einsachgesetzlichen Rechtslage verdeutlicht (so z. B. S. 113–144 oder S. 267–287), aber diese stehen nicht immer in enger argumentativer Verknüpfung mit den sodann gefundenen verfassungsrechtlichen Ergebnissen. Exemplarisch kann man hier die Ausführungen zu der Frage anführen, ob durch die Sozialversicherung auch ein bestimmtes Leistungsniveau gewährleistet wird (S. 240ff.): Wie ausgeführt, kommt Hase hier zu dem Ergebnis, daß sich u. a. aus der begrenzten Aufgabenstellung der Sozialversicherung ergebe, daß eine Absenkung des Leistungsniveaus der Sozialversicherung in der Zukunft geboten sei. Die dogmatische Untermauerung dieser Erkenntnis ist sehr rudimentär, und die Ausführungen haben hier mehr verfassungs- und rechtspolitische Züge. Von diesen Kritikpunkten abgesehen, ist es Hase gelungen, eine (längst fällige) Untersuchung vorzulegen, die dem verfassungsrechtlichen Wesen und den verfassungsrechtlichen Grenzen des Sozialversicherungsrechts auf den Grund geht. Mit den z. T. provozierenden Thesen hat die Arbeit das Argumentationsarsenal für die künftige sozialpolitische, sozial- und verfassungsrechtliche Debatte um

die Zukunft des Sozialstaates erheblich erweitert. Nicht zuletzt deshalb ist der Arbeit eine rasche und breite Beachtung zu wünschen.

Timo Hebeler

Christian Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, München (C. H. Beck, Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Bd. 84) 2000, 618 Seiten, DM 164,80

Rolfs hat sich mit seiner Habilitationsschrift das Ziel gesetzt, ausgehend von den europäischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen die ordnungspolitischen Grundsatzentscheidungen, die Versicherungstechnik der Sozialversicherung und exemplarisch Einzelfragen aus den verschiedenen Versicherungszweigen auf ihre versicherungsdogmatische Konsistenz und das Sozialversicherungsrecht auf übereinstimmende tragende Strukturprinzipien hin zu untersuchen und Parallelen, aber auch Wesensverschiedenheiten mit dem Privatversicherungsrecht herauszuarbeiten (Vorwort und S. 2).

Die Arbeit ist in fünf Teile untergliedert. Im ersten Teil (»Grundlegung«) gibt Rolfs einen historischen Abriss über die historische Entwicklung der Versicherungsordnung in Deutschland und untersucht Schnittpunkte von Sozialversicherung und Privatversicherung.

Im zweiten Teil arbeitet Rolfs die europäischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Sozialversicherungsrechts heraus und widmet hierbei sowohl der Bedeutung der VO (EWG) 1408/71 für die soziale Versicherung als auch der Bedeutung des europäischen Wettbewerbsrechts für die Sozialversicherung breite Beachtung. Für Rolfs unterliegen die deutsche Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung jedenfalls in den Kernbereichen ihrer Ausgabenwahrnehmung nicht dem Wettbewerbsrecht (S. 97), da sie im wesentlichen nicht nach denselben Prinzipien wie die private Versicherungswirtschaft arbeiten, sondern durch sozialen Ausgleich und Gedanken der Solidarität geprägt sind; er arbeitet aber insoweit problematische einzelne Institute der genannten Sozialversicherungszweige heraus (S. 93–97) und sieht für die gesetzliche Unfallversicherung das Wettbewerbsrecht als anwendbar an, erachtet sie aber letztlich für europarechtskonform (S. 91–93). Bei den verfassungsrechtlichen

Grundlagen widmet Rolfs der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 I Nr. 12 GG (»...Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung«) breite Beachtung und arbeitet die markanten Merkmale des Begriffs »Sozialversicherung« heraus (u.a. daß die Sozialversicherung nur diejenigen Wechselseile des Lebens abdeckt, die mit der Verwendung der persönlichen Arbeitskraft als Quelle des Familieneinkommens in Zusammenhang stehen; daß Sozialversicherung sich daher immer nur auf bestimmte Bevölkerungskreise erstrecken kann; daß Sozialversicherung grundsätzlich Zwangsversicherung ist und Sozialversicherungsleistungen Rechtsanspruchscharakter haben; vgl. S. 99–123). Breiten Raum räumt Rolfs auch der Eigentumsgarantie für sozialversicherungsrechtliche Ansprüche ein. Hierbei folgt Rolfs nicht immer der herrschenden Ansicht, sondern entwickelt interessante eigenständige Ansätze; so sieht er bei der – äußerst umstrittenen und komplizierten – Frage, was im Rentenrecht genau durch Art. 14 GG geschützt ist (nur ein Anspruch dem Grunde nach, die Rentendynamisierung, die sog. Rangstelle und gar ein bestimmtes Rentenleistungsniveau?), die Methode der Berechnung des aktuellen Rentenwertes nach § 68 SGB VI als geschützt an (S. 161 f.). Ferner sind nach ihm auf Schutzbereichsebene generell zwei Bestandteile einer Rentenanwartschaft streng voneinander zu trennen, und der Teil der Anwartschaft, der auf staatlicher Leistung beruht, soll nicht von Art. 14 GG geschützt sein (S. 158 f.). Bei Art. 3 I GG erachtet Rolfs den Aspekt der Systemgerechtigkeit als für das Sozialversicherungsrecht bedeutsam und führt dies näher am Beispiel der Frage nach der Einkommensanrechnung auf Hinterbliebenenrenten aus (S. 181–191).

Den dritten Teil widmet Rolfs den gemeinsamen Prinzipien der Sozialversicherungszweige. In einem ersten Schritt arbeitet Rolfs hier die ordnungspolitischen Grundlagen des Sozialversicherungsrechts heraus. Dabei geht er ausführlich auf die (äußerst diffizile) Problematik nach der Klärung des Begriffs der »versicherungsfremden Leistungen« ein und entwickelt einen eigenen Lösungsansatz (S. 211). Es werden ferner das Umlageverfahren oder das Kapitaldeckungsverfahren als die Finanzierungsalternativen für die Sozialversicherung untersucht, wobei sich Rolfs mit guten Argumenten dagegen wendet, sich

vom Kapitaldeckungsverfahren allzu große Vorteile bei der Überwindung der Finanzierungsprobleme der Sozialversicherung zu erhoffen (vgl. S. 233 f.). Schließlich werden die verschiedenen Regelungsmechanismen hinsichtlich der Äquivalenzbeziehungen von Beitrag und Leistung dargestellt (Beitragspflichten ohne Versicherungsschutz, ungleiche Leistungen bei gleichem Beitrag, ungleicher Beitrag bei gleichen Leistungen, ungleiche Leistungen bei gleichem Beitragssatz und ungleicher Beitragssatz bei gleichen Leistungen). In einem zweiten Schritt untersucht Rolfs im dritten Teil die Versicherungstechnik des Sozialversicherungsrechts. Dabei wird der Begründung, dem Ende und dem Inhalt des Versicherungsverhältnisses breiter Raum eingeräumt. Rolfs spricht sich beispielsweise – im Einklang mit der neuen Rechtsprechung – gegen die Figur des mißglückten Arbeitsversuchs aus und kommt dazu, daß das geltende Recht keinen effektiven Schutz gegen mißbräuchliche Begründung von Beschäftigungsverhältnissen zum Zwecke der Inanspruchnahme von sozialversicherungsgerechtlichen Leistungen gibt (S. 318). Sehr interessant sind die Ausführungen zu dem Unterpunkt »Wettbewerb und Regulierung – Zur Vergleichbarkeit von sozialer und privater Versicherung« (S. 291–304). Rolfs arbeitet in diesem Zusammenhang heraus, daß die §§ 110 f. SGB XI für die soziale Pflegeversicherung so weitreichende Normen über den Kontrahierungzwang, den Inhalt der Versicherungsverträge und das Verbot der Kündigung statuieren, daß die Grenzen zwischen Privat- und Sozialversicherung kaum noch erkennbar sind und dies ein Beispiel dafür ist, daß die strukturellen Unterschiede zwischen Privat- und Sozialversicherung nicht so groß sind, daß eine Vergleichbarkeit der beiden Systeme generell ausgeschlossen ist (S. 301–303).

Im vierten Teil geht Rolfs auf die einzelnen Zweige der Sozialversicherung ein. Neben den die einzelnen Zweige verbindenden Gemeinsamkeiten, die im dritten Teil behandelt wurden, geht es ihm hier um versicherungszwegspezifische Teilprinzipien und Einzelfragen. Dabei beschränkt er sich auf ausgewählte Einzelprobleme, die entweder in der Vergangenheit besondere wissenschaftliche Beachtung gefunden haben oder die für den jeweiligen Zweig paradigmatisch sind (S. 399). Die Spannweite der Aspekte, die Rolfs hier anspricht, ist äußerst groß: Für die Krankenversicherung behandelt er beispielsweise den

Konflikt von Schulmedizin und Außenseitermedizin (mit der These, daß das Leistungsrecht in der Krankenversicherung einen umfassenden Anspruch auf Behandlung und Versorgung normiert, der einschränkenden Auslegungen und untergesetzlichen Normierungen kaum zugänglich ist, vgl. S. 412–414), für die Rentenversicherung greift er die Probleme des Versorgungsausgleichs und der Anrechnung von Einkommen auf Versichertenrenten und Hinzuerdienstgrenzen heraus (mit interessanten rechtpolitischen Überlegungen zur Frage, ob man die Hinzuerdienstgrenzen auf Altersrenten nach Vollendung des 65. Lebensjahres erstrecken sollte, S. 459–461). Bei der Pflegeversicherung gibt Rolfs zu bedenken, ob diese insbesondere angesichts der Umstände, daß Pflegebedürftigkeit ein erwerbsuntypisches Risiko ist und daß die Pflegeversicherung eine Quasi-Volksversicherung geschaffen hat, noch »Sozialversicherung« ist (S. 478 ff.).

Im fünften Teil gibt Rolfs eine Zusammenfassung und einen Ausblick. Er übt hier – unter Berücksichtigung, daß es als Ausnahmefall auch Situationen geben mag, die kurzfristiges legislatives Tätigwerden erfordern – Kritik an der »Gesetzgebungshektik« im Bereich des Sozialrechts, deren Nachteile (Unsicherheiten bei Beitragspflichtigen, Leistungsberechtigten, Versicherungsträgern und – so wird man wohl Rolfs wohl ergänzen müssen – auch denen, die sich wissenschaftlich mit dem Sozialrecht beschäftigen) die Mißstände, die beseitigt werden sollen, nicht selten überwiegen (S. 542). Rolfs mahnt ferner eine bessere Koordinierung von sozialer und privater Versicherung an (S. 548) – eine Ermahnung, die sich nicht zuletzt angesichts des derzeitigen unsäglichen Gerangel um die private Alterszusatzvorsorge als sehr bedeutsam und aktuell erweist – und gibt zu bedenken, daß sich die Sozialversicherung darüber klar werden muß, daß der europäische Binnenmarkt und die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft territorialen Beschränkungen der Leistungsansprüche generell entgegensteht, so daß die Beschränkung des Versicherungsschutzes auf inländische Leistungsinanspruchnahme damit in weiten Teilen ihre Bedeutung verlieren wird (S. 549).

Haben Rolfs und Hase (siehe die Besprechung in diesem Heft S. 240) – die Titel der beiden Untersuchungen könnten diese Vermutung nahelegen – mit ihren Arbeiten das

gleiche Thema doppelt behandelt? Ja und Nein: Zwar hat Rolfs ebenso wie Hase eine Arbeit vorgelegt, die den derzeitigen Status quo der deutschen Sozialversicherung untersucht, und auch Rolfs kommt ähnlich wie Hase zu der – wohl nicht zu bestreitenden – (Ausgangs-)Bestandsaufnahme, daß der moderne Sozialstaat es sich zur Aufgabe gemacht hat, möglichst alle seine Bürger umfassend gegen die Grundrisiken des Lebens abzusichern (S. 3). Der Aufbau, die Argumentationsführung, der Stil, die Schwerpunktsetzung und die Ergebnisse sind aber so unterschiedlich, daß beide Arbeiten als aliud anzusehen sind. Rolfs' Haupterkenntnisinteresse geht nicht dahin, die Ausuferung der (Zwangs-)Institution «Sozialversicherung» auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand zu stellen, sondern die Versicherungstechnik der Sozialversicherung (insbesondere immer auch mit Blick auf und in Abgrenzung zu der Privatversicherung) herauszuarbeiten; die Arbeit hat insofern einen stärker deskriptiven Charakter.

Die Arbeit von Rolfs wird man als »großen Wurf« und Fixpunkt, wenn nicht gar als Standardwerk der deutschen Sozialversicherungsrechtssliteratur einstufen müssen: Das Arsenal der angesprochenen Probleme ist so reichhaltig, die Untersuchung so umfassend angelegt, die Sprache und die Gedankenführung so klar und eingängig, das Wechselspiel zwischen allgemeinen Überlegungen und deren Veranschaulichung an konkreten Beispielen so gut abgestimmt, die Gedankenfülle im Hinblick auf die Entwicklung eigenständiger Lösungsansätze so reichhaltig, die Einbeziehung auch der sozial- und rechtpolitischen Perspektive an den geeigneten Stellen so gut dosiert und das Verständnis der Probleme fördernd, daß man von einem »kompletten Werk« sprechen muß. Die Untersuchung verläßt – auf sehr positive Weise – die in Dissertations- und mehr noch Habilitationsschriften bisweilen anzutreffende »abgehobene« Argumentationsstruktur, und beim Lesen hat man bisweilen das Gefühl, ein – auf höchstem Niveau angesiedeltes – Großlehrbuch zu den allgemeinen Lehren des deutschen Sozialversicherungsrechts in den Händen zu halten; insofern könnte man meinen, Wannagats bis heute noch als Standardwerk zu bezeichnendes »Lehrbuch zum Sozialversicherungsrecht, 1. Band« von 1965 habe nach 35 Jahren eine Zweitausgabe in Form einer kompletten Neubearbeitung erlebt.

Es ist daher zu hoffen, daß das Werk über die für eine Habilitationsschrift üblichen Leserkreise hinaus auch in weiten Teilen der Sozialrechtspraxis und allgemein bei sozialrechtlich Interessierten (auch Jurastudenten) Beachtung finden wird; diejenigen, die sich wissenschaftlich mit Fragen zum deutschen Sozialversicherungsrecht beschäftigen, werden bei den meisten Fragestellungen ohnehin an der Schrift von Rolfs nicht vorbeikommen.

Timo Hebel

Astrid Wallrabenstein, *Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, Baden-Baden (Nomos) 1999, 262 S., DM 79,-

In Zeiten, in denen Globalisierung oder zumindestens Europäisierung und der Rückzug des Nationalstaates allenthalben im Vordergrund stehen, mag die Beschäftigung mit nationalem Staatsangehörigkeitsrecht anachronistisch wirken. Bei Lichte besehen ist dies jedoch nicht so,¹ vielmehr gilt es gerade unter sich so verändernden Bedingungen, die Grundlagen der Zugehörigkeitsregeln zu einem Gemeinwesen zu reflektieren. Ein Beispiel für eine in diesem Sinne weiterführende Analyse der verfassungsrechtlichen Bedeutung des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts liegt nun mit der Arbeit von Wallrabenstein vor.

In einem ersten Teil arbeitet Wallrabenstein zunächst die rechtlichen Folgen von Staatsangehörigkeit für den einzelnen Menschen heraus. Das macht zum einen die Probleme transparenter und begegnet möglichen Einwänden, die Staatsangehörigkeit sei in den Zeiten von Unionsbürgerschaft und europarechtlicher Freizügigkeit zweitrangig, wenn nicht sogar irrelevant geworden.² Eine umfassende und realitätsnahe Analyse von Staatsangehörigkeit darf nicht nur die Erwerbsregeln in den Blick nehmen, sondern muß ihre Rechtsfolgen mit einschließen (S. 12–14). Die Rechtsfolgen sind zum anderen der Schlüssel zu der verfassungsrechtlichen Dimension der Staatsangehörigkeit. Dem Grundgesetz liegt nicht unmittelbar eine Konzeption von Staatsangehörigkeit zugrunde. Die Ausgestaltung der Staatsangehö-

¹ Siehe auch P. Schuck, Citizenship in Federal Systems, *AJCL* 2000, S. 193.

² In einem weiteren Kontext siehe auch S. Legomsky, Why citizenship?, 35 *Va. J. Int'l. L.* 279 (1994) und Schuck (Fn. 1), S. 210.

rigkeitsregeln ist also gerade nicht von einer solchen Konzeption determiniert, sondern wird einfach gesetzlich bestimmt. Die verfassungsrechtliche Bedeutung von Staatsangehörigkeit erschließt sich daher aus den an sie anknüpfenden Rechtsfolgen und deren Rückwirkung auf die Legitimation des staatlichen Gemeinwesens.

Mit Detailkenntnis und Gespür für die praktische Relevanz wird so die Rechtsstellung von Ausländern in den Bereichen Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, politische Teilnahme, soziale Sicherheit, Bildung und Ausweisungsschutz untersucht. Als wichtigste Rechtsfolgen, die an die Staatsangehörigkeit geknüpft sind, werden das Wahlrecht und die Gewährung eines absoluten Ausweisungsschutzes³ identifiziert. Zutreffend ist Wallrabensteins Bewertung, daß die drohende Ausweisung auch für Unionsbürger trotz aller rechtlichen Einschränkungen immer noch möglich und auch praktisch relevant ist. Dies konnte anlässlich der Ausweisung von italienischen Staatsbürgern aus Deutschland, bei der zudem diese Einschränkungen noch unterlaufen wurden, wiederum beobachtet werden.⁴ Wallrabensteins Sinn für die notwendige Beschränkung zeigt sich an der Erörterung der europarechtlichen Gleichstellung von Unionsbürgern (S. 42–45). Die wesentlichen Modifikationen werden angesprochen, und trotz aller Kurze geht der kritische Blick nicht verloren.⁵

Im zweiten Kapitel entwickelt Wallrabenstein die theoretischen Grundlagen für die Beurteilung der verfassungsrechtlichen Bedeutung von Staatsangehörigkeit. Kernproblem ist dabei der Umgang mit dem Legitimationsdefizit, das sich aus dem Auseinanderfallen von territorialer Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt und personaler Zugehörigkeit zu diesem Staat ergibt. Wallrabenstein zeichnet hier die beiden großen Debatten in diesem Bereich noch einmal gründlich nach, nämlich die Frage der Grundrechtsgewährung für Nicht-Staatsangehörige und den Ausschluß derselben von der demokratischen Partizipation (S. 52).

Obwohl die Diskussion der Grundrechtsgewährung für Nicht-Staatsangehörige schon eine Generation alt ist und die dogmatische

Lösung über Art. 2 Abs. 1 GG in Ausbildung und Praxis festgestellt ist, liegt der Ertrag ihrer grundrechtstheoretischen Aufarbeitung darin, daß sie den Blick auf eine wesentliche Funktion von Staatsangehörigkeit lenkt, nämlich die vollständige Gewährleistung des Grundrechtsschutzes.

Als bestimmendes Element der Diskussion identifiziert und kritisiert Wallrabenstein die Unterscheidung von positivierten Menschenrechten und darüber hinausgehenden Staatsangehörigkeitsrechten, deren Gewährleistung nicht menschenrechtlich bedingt sei. Dieser Differenzierung wird als analytische Alternative eine Konzeption gegenübergestellt, bei der alle Grundrechte aus der Menschenrechtsidee abgelitet werden, die allerdings durch die Staatsangehörigkeit mediativiert werden (S. 53/54). Auf dieser Folie bildet Wallrabenstein die Diskussion ab. Gelegentliche Unschärfe bei der Einordnung – z. B. bei der Analyse von Dürig und Bachof, die einerseits alle Grundrechte als Positivierung der Menschenrechte sehen, aber trotzdem der ersten Alternative zugewiesen werden (S. 60 f.) – sind damit zu erklären, daß nicht weiter zwischen Jedermann- und Deutschen-Grundrechten einerseits sowie Menschenrechten und staatlich verliehenen Rechten andererseits unterschieden wird.

Wallrabenstein kritisiert insbesondere die These, jedes Grundrecht enthalte einen Menschenrechtskern, der auch Ausländern im Bereich der Deutschen-Grundrechte zusteht. Diese sieht sie zum einen durch die Rechtswirklichkeit widerlegt, da bei der Bedürfnisprüfung für die erstmalige Erteilung einer Arbeitsgenchmigung menschenrechtliche Aspekte keine Rolle spielen. Der mögliche Einwand, daß diese Praxis verfassungswidrig sein könnte, wird mit der Bemerkung verworfen, dieser Schluß sei noch nicht gezogen worden (S. 75). Weiterhin sieht Wallrabenstein in der Ausweisung den vollständigen Entzug der Grundrechte und ihres Menschenrechtskerns (S. 76, zurückhaltender bei S. 172, 174). Eine so zugesetzte Perspektive verengt jedoch etwas den Blick auf die Gewährleistung von Menschenrechten in dem aktuellen Aufenthaltsstaat. Schließlich muß auch jede Ausweisungsentscheidung oder Abschickung die Frage der Menschenrechte berücksichtigen. Insofern wird die Erkenntnis, daß effektiver Grundrechtsschutz ohne Staaten, die sie schützen, leerläuft,⁶ mit der Fokussierung

³ Dies gilt im wesentlichen auch nach der kürzlichen Änderung des Art. 16 Abs. 2 GG, der lediglich eine Auslieferung in bestimmten Fällen ermöglicht.

⁴ Pressemeldung der Kommission vom 11.7.2000, IP/00/747.

⁵ Sieht die Diskussion der Berufung auf Deutschen-Grundrechte durch Unionsbürger, S. 45.

⁶ E. Denninger, Die Wirksamkeit der Menschenrechte in der

auf die Mediatisierungsfunktion der Staatsangehörigkeit etwas überbetont.

Auch wenn man Wallrabensteins grundrechtstheoretischen Ausführungen nicht in jedem Detail folgt, überzeugt der Kern ihrer Argumentation. Dieser liegt in der Erkenntnis, daß grundrechtsdogmatische Konstruktionen das beschriebene Legitimationsdefizit nicht auflösen können, sondern die Frage des Zugangs zum Grundrechtssystem lediglich abmildern.

Zur Reduzierung des aufgrund ständiger Migrationsbewegungen nie vollständig vermeidbaren Legitimationsdefizits zeigt Wallrabenstein zwei Alternativen auf. Zum einen kann die rechtliche Ungleichbehandlung im Grundrechtsbereich weitgehend reduziert werden. Zum anderen kann aber durch niedrigere Einbürgerungsschwellen sowie durch die Einführung eines *ius soli* auch eine zeitliche Beschränkung des Legitimationsdefizits erreicht werden.

Gewichtiger für die verfassungsrechtliche Bedeutung von Staatsangehörigkeit ist die Debatte um demokratische Partizipation von Ausländern.

Zunächst unterzieht Wallrabenstein die grundlegenden Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum kommunalen Ausländerwahlrecht⁷ einer eingehenden Analyse. Sie kritisiert insbesondere drei unbegründete Setzungen, nämlich den Staatszentrismus der Demokratie, die Überhöhung der Staatsangehörigkeit und das Verbot der Ausländerbeteiligung (S. 112–121). Dann beleuchtet sie das im Hintergrund dieser Setzungen aufscheinende nationalstaatliche Demokratieverständnis.

Im Anschluß an Bryde und Weiler arbeitet Wallrabenstein die Inadäquanz eines ausschließlich nationalstaatlichen Demokratieverständnisses heraus. Die Herausforderungen der Europäisierung und innerstaatlicher Pluralisierung müssen auch von der Demokratietheorie konzeptionell verarbeitet werden. Diese Erweiterung des Blickwinkels dient als Grundlage für die Vorstellung alternativer Demokratiemodelle, die das Individuum als Ausgangspunkt wieder in den Vordergrund rücken und die Verbindung von Nationalstaat und Demokratie als historische, aber nicht zwingende Verknüpfung begreifen (S. 138–143). Überzeugend weist

Wallrabenstein darauf hin, daß Demokratie stets Partizipation in geschlossenen Systemen bedeutet. Die Bestimmung derjenigen, die zum »demos« gehören, liegt damit außerhalb des Demokratieprinzips und findet unter dem Grundgesetz seinen Ausgangspunkt in Art. 1 GG. Historisch gesehen unterlag sie durchaus dem Wandel (S. 144 f.): Frauenwahlrecht, Wahlrecht der nicht weißen Bevölkerung der USA oder auch die Unabhängigkeit des Wahlrechts von Einkommensverhältnissen sind nur einige Beispiele.⁸

Nachdem Wallrabenstein dargelegt hat, daß das Grundgesetz offen ist für alternative Demokratiemodelle neben einem nationalstaatlichen Verständnis (S. 159), werden die Folgerungen für die Staatsangehörigkeit ebenfalls unter alternativen Prämissen untersucht.

Das nationalstaatliche Modell kann das Legitimationsdefizit beim Auseinanderfallen von personaler und territorialer Herrschaftsbeziehung nur durch veränderte Staatsangehörigkeitsregeln reduzieren. Ein menschenrechtliches Modell könnte hingegen auch das Wahlrecht an territoriale Voraussetzungen knüpfen und damit einer allgemeinen Tendenz folgen (S. 160–163). Anzufügen wäre, daß diese Erkenntnis interessante Implikationen für die Ausgestaltung demokratischer Partizipation auf europäischer Ebene hat. Da Demokratie in der Europäischen Union gerade jenseits des Nationalstaates erfolgt, spräche dies eventuell für eine Verleihung des Wahlrechts auch an diejenigen Drittstaatsangehörigen, die ihren Wohnsitz in der Europäischen Union haben.

Unterschiede zeigen sich auch bei der Aufstellung von Homogenitätsanforderungen. In der Tendenz wird im nationalstaatlichen Modell die Staatsangehörigkeit nach erfolgter Erfüllung der Homogenitätsbedingungen verliehen. Für eine alternative Demokratiekonzeption ist der Staatsangehörigkeitserwerb hingegen nur ein Element eines umfassenderen Integrationskonzepts. Er ist also eher Ausdruck einer positiven Integrationsprognose (S. 168 f.). Eindrücklich zeigt Wallrabenstein auch, daß das nationalstaatliche Modell mit einer Spannung zwischen zwei Prinzipien umgehen muß. Einerseits kann das Legitimationsdefizit nur durch Einbürgerung reduziert werden, andererseits sollen die Homogenitätsvorstellungen gewahrt bleiben (S. 173 f.).

deutschen Verfassungsrechtsprechung, JZ 1998, S. 1129, 1135.

⁷ BVerfGE 83, 37 und 60.

⁸ Siehe hierzu auch R. J. Steinfeld, *Property and Suffrage in the Early American Republic*, 41 Stanford L. R. 335 (1989).

Das dritte Kapitel dient dann der Kristallisation der Prinzipien des Staatsangehörigkeitsrechts vor dem entwickelten verfassungsrechtlichen Hintergrund. *Wallrabenstein* identifiziert drei Bereiche, in denen sich grundsätzliche Unterschiede zwischen einer nationalstaatlichen Konzeption und einer menschenrechtlich-individualistischen Konzeption manifestieren. Dies sind die Zuerkennung von Staatsangehörigkeit bei der Geburt, die Grenze für das Vorliegen eines Einbürgerungsanspruchs sowie die Bestimmung von Anforderungen für die Einbürgerung. Auf dieser Folie analysiert *Wallrabenstein* sowohl die zum Abschluß der Arbeit geltenden Regeln⁹ über die Zuerkennung von Staatsangehörigkeit bei der Geburt und den Erwerb durch Einbürgerung als auch die Reformentwürfe seit den 1980er Jahren auf die hinter ihnen aufscheinende Konzeption von Staatsangehörigkeit.

Wallrabenstein gelingt es, die Gemengelage verschiedener Konzeptionen und Konstellationen zu strukturieren. Ein Prinzip ist die erfolgreiche Integration, die allerdings immer stärker von einer positiven Integrationserwartung abgelöst wird. Erhellend ist der Hinweis, daß dies bei der Zuerkennung von Staatsangehörigkeit bei der Geburt sowohl bei ius sanguinis als auch bei ius soli zugrunde gelegt wird. Insofern besteht also kein prinzipieller Gegensatz, sondern lediglich eine unterschiedliche Gewichtung der Integrationsfaktoren (S. 186 f.). Zweites und für *Wallrabenstein* wesentliches Prinzip ist die Vermeidung von Staatenlosigkeit und die Herstellung von Gleichheit und Rechtssicherheit.

Im Rahmen der rechtspolitischen Betrachtung zweier Konflikte, die dann auch die Reformdiskussion bestimmt haben, werden die herausgearbeiteten Argumentationslinien noch einmal deutlich.

Der erste Streitpunkt betrifft die Aufnahme von ius soli-Prinzipien in das Staatsangehörigkeitsrecht. Zunächst stellt *Wallrabenstein* klar, daß Versuche, dieses verfassungsrechtlich zu verhindern, ohne tragfähige Grundlage sind. Dagegen kann das Auseinanderfallen von Wohnbevölkerung und Staatsangehörigen durch die Einbringung von ius soli-Elementen reduziert werden, so daß rechtspolitisch viel für eine solche Regelung spricht.

⁹ Im Januar 1999. Das jetzt geltende Staatsangehörigkeitsrecht wurde erst im Mai 1999 verabschiedet und trat am 1. 1. 2000 in Kraft.

Schärfert wird die Diskussion um die Hinnahme von Mehrstaatigkeit geführt. Als Hauptargument der Gegner einer verstärkten Hinnahme von Mehrstaatigkeit identifiziert *Wallrabenstein* eine Reihe postulierter Loyalitätskonflikte. Treffend weist sie darauf hin, daß in der Debatte oft außer acht gelassen wird, daß schon nach der alten Rechtslage in einer beträchtlichen Anzahl von Fällen Mehrstaatigkeit hingenommen wurde. Dramatisierende Stellungnahmen sind daher fehl am Platz. Wichtig ist auch der Hinweis *Wallrabensteins*, daß viele rechtliche Konfliktkonstellationen für Migranten unabhängig von Mehrstaatigkeit bestehen und für die bisherigen Fälle von Mehrstaatigkeit auch schon rechtliche Lösungen notwendig waren und gefunden wurden. In der Zusitzung der unterstellten Loyalitätskonflikte sieht *Wallrabenstein* einen »sakralen Zug des nationalstaatlichen Modells« (S. 217).

Den Kern der Sache trifft *Wallrabensteins* Hinweis, daß doppelte Zugehörigkeiten soziologisch gesehen Realität sind, und zwar unabhängig davon, ob die ursprüngliche Staatsangehörigkeit aufgegeben wird oder nicht. Von einem menschenrechtlich geprägten Ansatz aus plädiert *Wallrabenstein* daher für konstruktive Lösungen, um die bekannten Problemkonstellationen in den Griff zu bekommen. Dabei nimmt sie Bezug auf Modelle einer je nach Wohnsitz aktiven bzw. »ruhenden« Staatsangehörigkeit. Dies wäre sicherlich eine umfassende und Klarheit schaffende Lösung.

In einem Nachtrag stellt *Wallrabenstein* die am 1. Januar 2000 in Kraft getretene Reform des Staatsangehörigkeitsrechts vor und unterzieht diese einer ersten verfassungsrechtlichen Bewertung. Besonders umstritten ist in dieser Hinsicht zunächst das sogenannte Optionsmodell (S. 220–225), das als Kompromißlösung den veränderten Mehrheitsverhältnissen im Bundesrat Rechnung trug.

Ordnet man das Optionsmodell in eine kulturnationale Konzeption von Staatsangehörigkeit ein, stellt es sich als eine nachhaltige Einbürgerungsentscheidung bei Erreichen der Volljährigkeit dar. Mit überzeugenden Argumenten hält *Wallrabenstein* eine solche Zielsetzung für nicht mit Art. 3 Abs. 3 GG vereinbar.¹⁰ Sie schlägt daher vor, die Optionspflicht als Mittel zur Vermeidung von Mehrstaatigkeit zu verstehen. Dies entspricht auch besser den menschenrechtlichen Über-

¹⁰ So auch M. Zuleeg, AK (3. Auflage i. E.), Art. 16, Rz. 22.

Iegungen, die die Zuerkennung der Staatsangehörigkeit bei Geburt iure soli kennzeichnen.

Beachtung verdient vor allem die Diskussion der Differenzierung zwischen Mehrstaatern aufgrund des *ius soli*-Prinzips und solchen aufgrund des *ius sanguinis*-Prinzips, die keiner Optionspflicht unterliegen, unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 Abs. 3 GG. Man könnte dies ebenfalls wegen einer unzulässigen Anknüpfung an die Herkunft der Eltern für verfassungswidrig halten.¹¹ Die differenzierte Lösung Wallrabenstein's stellt auf die von Art. 6 GG geschützte familiäre Verbundenheit zu einem deutschen Staatsangehörigen ab. Sie macht zudem deutlich, daß eine verfassungskonforme Auslegung der Optionspflicht in § 29 StAG auch Fälle von dieser ausnehmen muß, bei der die familiären Bindungen an einen deutschen Staatsangehörigen erst nach der Geburt entstanden sind (z. B. durch spätere Einbürgerung eines Elternteils sowie durch Ehegatten oder Kinder deutscher Staatsangehörigkeit).

Auch bei der Neufassung der Einbürgerungsstatbestände weist Wallrabenstein den Kompromißcharakter der Teilreform nach (S. 225 ff.). So wurde die Frage nach dem Einwanderungscharakter der Bundesrepublik ausgeblendet, und es finden sich kulturelle Elemente neben individuell-menschenrechtlichen. Vor diesem Hintergrund ist es nicht erstaunlich, daß die Einwanderungsdebatte im politischen Raum immer noch geführt wird.

Ein Federstrich des Gesetzgebers kann sprichwörtlich ganze Bibliotheken veralten lassen. Jedoch wird nach einer Reform auch deutlich, ob das theoretische Gerüst einer Konzeption tragfähig ist. Die Analyse der Gesetzesänderungen zeigt, daß Wallrabenstein's Blick auf das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit auch unter den veränderten Bedingungen und für anstehende Reformdiskussionen erkenntnisfördernd ist.

Felix Arndt

¹¹ So B. Martenczuk, Das Territorialitätsprinzip, die Mehrstaatigkeit und der Gleichheitsatz, *KritV* 2000, S. 194, 215 f.