

4. Kapitel: Universalität im Sozialen? – Das Paradox sozialer Menschenrechte

„Est igitur res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.“

(M.T.Cicero)

Der Zweck dieses letzten Kapitels ist es, die gefundenen Ergebnisse zusammenzutragen und sie für die Debatte um die sozialen Menschenrechte fruchtbar zu machen (I.). Wenn es sich bei den Menschenrechten um eine universell gültige normative Ordnung handelt, die Rechte unabhängig von der personellen Verbindung eines Individuums zu einer Gemeinschaft postuliert, dann stellt sich die Frage, welchen Platz dieses universalistische metaphysische Konstrukt im sozialen Recht finden kann.¹¹⁰⁴ Ziel der folgenden Ausführungen ist es dabei nicht, die Unmöglichkeit einer universalistischen Deutung sozialer Rechte zu begründen. Wohl aber werden die Sinnhaftigkeit eines solchen Unterfangens hinterfragt und die Schwierigkeiten herausgearbeitet (II.). Es soll gezeigt werden, dass die Menschenrechte eine sinnvollere Rolle im Rahmen der Debatte um soziale Rechte spielen können, wenn sie als Rechte auf Zugang zu einer Gemeinschaft verstanden werden. Sie sollten keinesfalls für den Versuch eingespannt werden eine überpositive moralische Utopie zu verrechtlichen, die soziale Mindeststandards für alle Menschen definieren will (III.).

I. Zwischen Souveränität und Ökonomie: Soziale Rechte als Ausdruck von Zugehörigkeit

Die Genese der sozialen Rechte lässt sich auf eine Verknüpfung von moralischen mit ökonomischen Rationalitäten zurückführen. In ihrer Entwicklung benötigten soziale Rechte stets beide Begründungsmuster. Die Versicherungsleistung des Sozialstaats stützte dabei den souveränen – histo-

1104 Zur Entwicklung des Verständnisses der Menschenrechte als globale Moralordnung ab den 1970er Jahren ausführlich *Moyn, The Last Utopia*, 2012, insb. S. 120 und passim.

risch in der Regel nationalstaatlichen – Rahmen. Zugleich formte der Diskurs um die Souveränität in zunehmendem Maße die Ausgestaltung und vor allem die äußere Begrenzung sozialer Rechte.

Aus rechtshistorischer Perspektive stellt sich die Entstehung von sozialen Rechten als Ökonomisierung einer Moralordnung dar, die daraufhin verrechtlicht wurde.¹¹⁰⁵ Die sozialen Rechte entstanden im Kontext des Rechtspositivismus. Die liberale Rechtsauffassung kannte lediglich den überpositiv postulierten freien Willen des Individuums und leitete daraus die gesamte Rechtsordnung ab. Das Recht beruhte damit lediglich auf einer einzigen moralischen Norm. Im Übrigen war das Recht der Moral gegenüber indifferent.

Das Sozialrecht hingegen bezog sich auf moralische Normen, die nicht länger die unverrückbare Freiheit eines gottgleichen Individuums schützten. Der Schutz der Schwachen vor ihrer unverschuldeten Unmündigkeit war der moralische Eckpfeiler der frühen Sozialrechtslehren. Er leitete sich letztlich aus dem utilitaristischen Prinzip smithscher Prägung ab, das die Mehrung des Glücks aller zum Zweck der Rechtsordnung erhoben hatte. Die reformorientierte Nationalökonomie hatte erkannt, dass der freie Markt zur Maximierung des Wohlstands nicht ausreichte, sondern durch Mechanismen des sozialen Schutzes ergänzt werden musste. Die Sozialwissenschaften des späten 19. Jahrhunderts und die sozialistischen Intellektuellen sahen das klassische Zivilrecht nicht mehr als sakrosankt sondern als Mittel zur Herstellung einer bürgerlich-liberalen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. Die Dekonstruktion des Individuums folgte auf dem Fuße. Nicht das Individuum war mehr der einzige Zweck des Rechts sondern, wie *Jhering* es als einer der ersten formulierte, „faktische Interessen“. Das Sozialrecht setzte an die Stelle eines statischen Rechts der Freiheit ein prozesshaftes Recht der materiellen Befreiung. Damit einher ging das Prinzip der Haftung, das zum Regulierungsprinzip der Gesellschaft wurde. An die Stelle des kontinuierlichen Verschuldens des Individuums trat die Zuteilung von Risikosphären nach dem Prinzip der sozioökonomisch kontingenten Haftung. Die Versicherung von Haftungsrisiken war die wirtschaftliche Konsequenz. Unter der Obhut des Staates erwuchs die Sozialversicherung als staatliche Zwangsversicherung von Risiken, die nicht auf individuell vorwerfbares Verschulden, sondern auf die real existierenden gesellschaftlichen Verhältnisse zurückzuführen waren.

1105 Vgl. dazu oben S. 71 und passim.

Der Staat war damit zum Vorsorgestaat geworden. Er garantierte nicht mehr nur negative bürgerliche Freiheiten und politische Partizipation der Vermögenden, sondern organisierte und verwaltete ein umfassendes Programm des Risikomanagements für die gesamte Bevölkerung, das aus Prävention und Versicherung bestand. Für den Vorsorgestaat stellte die Zugehörigkeit von Personen zum Staatsverband nunmehr ein doppeltes Problem dar.

Zum einen beruhten die juristischen und staatsphilosophischen Theorien um die Begründung der Souveränität auf dem Staatsvolk, das seit der Entstehung moderner Staatsformen nach den atlantischen Revolutionen nach außen abgegrenzt werden musste.¹¹⁰⁶ Im frühen 19. Jahrhundert kreiste die souveräne Zuordnung von Personen zu einem Herrschaftsverband vor allem um das Konzept der Staatsbürgerschaft. Diese Abgrenzung musste umso genauer und schärfer erfolgen, je mehr auf der einen Seite demokratische Mitwirkungsrechte ausgeweitet wurden und auf der anderen Seite der Aufbau und die Unterhaltung eines stehenden Militärapparats den Bürgern gesteigerte Loyalitätspflichten auferlegte. In monarchisch organisierten Staaten spielten souveräne Zuordnungen von Individuen zu einem Staat hingegen nur eine untergeordnete Rolle, weil die Legitimation von Herrschaft im monarchischen Staat auf dem Gottesgnadentum der Dynastie oder einem hobbesschen Einsetzungsvertrag beruhte und nicht einem Gesellschaftsvertrag entsprang, der sich in demokratischen Institutionen aktualisierte.¹¹⁰⁷ In diesen Staaten kreiste die politische Zugehörigkeit um den Untertanenstatus, der erst Anfang des 19. Jahrhunderts mit einem Aufenthaltsrecht verknüpft wurde.

Jenseits dieser souverän-politischen Zugehörigkeit entstand mit dem frühen Wohlfahrtsstaat auch eine ökonomische Verantwortung des Gemeinwesens für seine Bürger. Der Staat hatte ein zwecknotwendiges Interesse, den Personenkreis zu definieren, der von seinen Politiken der Wohlfahrtspflege, der Risikoversorge und des Risikomanagements erfasst wer-

1106 Vgl. dazu oben S. 95 und passim.

1107 *Balibar* etwa erkennt in der Repräsentation des Volkes in gewählten Organen gar den „Akt der Souveränität *par excellence*“, [Hervorhebung im Original], Bürger-Subjekt, in: Menke/Raimondi, *Die Revolution der Menschenrechte*, 2011, S. 411, 428.

den sollte.¹¹⁰⁸ Diese Politiken waren stets mit dem Ziel der Förderung des Allgemeinwohls und mithin mit der Stabilisierung und dem Ausbau wirtschaftlicher Aktivitäten verknüpft. Die starren Zugehörigkeitsregelungen der Souveränität erwiesen sich dafür als unbrauchbar, weil sie nicht zwischen wirtschaftlich und sozial erwünschter und unerwünschter Migration unterschieden, sondern an einem metaphysischen Konzept anknüpften. Auch aufgrund der fehlenden politischen Rechte und des monarchischen Prinzips entwickelte sich die Staatsangehörigkeit in den deutschen Staaten des 19. Jahrhunderts zunächst nicht als politischer Zuordnungsmechanismus und zeichnete sich mehr durch Flexibilität als durch statische Zuordnung aus. Die frühmoderne Staatsangehörigkeit folgte in den deutschen Staaten dem dauernden Aufenthalt jedenfalls für Personen, deren Wanderung als wirtschaftlich positiv bewertet wurde. Ihnen stand die Naturalisation in der Regel offen. Um die Armenfürsorgesysteme vor der Zuwanderung Hilfsbedürftiger zu schützen, regelte das Abstammungsprinzip die negative Kehrseite des Staatsangehörigkeitsrechts. Hilfsbedürftige fremde Staatsangehörige wurden abgeschoben. Im Verlauf des 19. Jahrhunderts wurde dieses ökonomische Angehörigkeitsverhältnis zwischen Bürger und Staat mehr und mehr durch nationalpolitische Entwicklungen überformt und fand im RuStAG von 1913 schließlich ihren nationalistischen und zugleich demokratisierten Ausdruck.

Angehörigkeitsbeziehungen zwischen Individuen und dem Staat sind daher sowohl auf souveräne als auch auf ökonomische Begründungsmuster zurückzuführen. Die Staatsbürgerschaft akzentuierte historisch eher das Recht des politisch aktiven Bürgers. Die Staatsangehörigkeit ordnete Personen dem wirtschaftlichen Verantwortungsbereich eines Staates zu. *Jellinek* vereinigte beide Angehörigkeitsbeziehungen in seiner Statuslehre. Aus ihr leitete er die juristisch nur beschreibbare aber nicht definierbare Staatsangehörigkeit bzw. *nationalité* ab, die dem Individuum Rechtspersönlichkeit verlieh. Das Maß der Zugehörigkeit wurde durch subjektive öffentliche Rechte ausgedrückt. *Jellineks* Zugehörigkeitskonzept war fließend und erlaubte dem modernen Staat die Bevölkerung nach dem Grade der Berechtigung von Gruppen oder Individuen zu strukturieren. Dabei blieben – was einen Widerspruch zu seinem Subjekt-Objekt Denken darstellte – auch bloße Unterordnungsverhältnisse möglich, in denen den Be-

1108 Die Armenpflege blieb zwar auf der Ebene der Gemeinden organisiert, allerdings fiel dem Nationalstaat im Verhältnis zum Ausland die Verantwortung für die Wohlfahrt seiner Bürger zu.

herrschten keinerlei Recht an der Herrschaft zustand. Die historischen Beispiele fand *Jellinek* in den Kolonien. Die lediglich verpflichteten Kolonialen waren von der souveränen Zugehörigkeit ausgeschlossen. Eine ökonomische Zugehörigkeit konnte ihnen nur gewährt werden, soweit dies für das vom Herrschaftszweck umfasste eigentliche Staatsvolk nützlich war. Die Kolonialen waren demnach den Ausländern durchaus ähnlich. Letzteren standen nach *Jellinek* allerdings aufgrund der menschenrechtlichen Kulturentwicklung als *cives temporarii* gewisse subjektive öffentliche Rechte zu und sie waren der Herrschaft ihres Aufenthaltsstaates in der Regel nicht dauerhaft unterworfen. Die Rationalität nach der der Staat seine Angehörigkeitsbeziehungen öffnete und erweiterte war meist die Ökonomie. Den eigentlich nicht vom Herrschaftszweck erfassten *zoē* – Ausländern und Kolonialen – wurden Rechte vor allem dann eingeräumt, wenn dies für den *bios* – die vom Herrschaftszweck erfassten souveränen Bürger – nützlich erschien.

Im Nationalstaat fielen die ökonomischen und souveränen Angehörigkeitsbeziehungen bis zum Ende des 19. Jahrhunderts zunächst weitgehend zusammen. Der Nationalismus beantwortete die Fragen, wer in das staatliche Wohlfahrtsprogramm und Risikomanagement einbezogen werden sollte und wer souveräner Bürger war, einheitlich. Beide Zuordnungen wurden bis zum Ende des 19. Jahrhunderts von der positivrechtlich geregelten Staatsangehörigkeit getroffen. Doch das aus dem frühmodernen Wohlfahrtsstaat übernommene System der Armenpflege stieß im Hinblick auf die voranschreitende Industrialisierung ebenso wie das klassisch liberale Zivilrecht an Grenzen. Die neuen Haftungsmechanismen des sozialen Rechts brachten in Deutschland erst das RHG und später die Sozialversicherungsgesetzgebung hervor. Sobald der Nationalstaat eine staatlich organisierte Zwangsversicherung geschaffen hatte, erwachsen soziale Rechte nicht mehr nur in Abhängigkeit von faktischen sozialen Risiken, sondern wurden durch den Diskurs um die Souveränität mitgeformt.

Die Gesetzgebung schritt dementsprechend bald dazu, Sonderregelungen für Ausländer in der Sozialversicherung einzuführen.¹¹⁰⁹ Sie diskriminierten zunächst In- und Ausländer beim Bezug von Renten, sofern sie sich im Ausland aufhielten. Doch je besser der internationale Zahlungsverkehr organisiert wurde, desto mehr wiederkehrende Geldleistungen wurden an Inländer mit Auslandsaufenthalt exportiert. Ausländer gingen

1109 Vgl. dazu oben S. 114 und *passim*.

dagegen meist leer aus oder wurden mit einmaligen Kapitalauszahlungen abgefunden. Damit konnte die Sozialversicherung ihre finanzielle Grundlage auf Kosten von ausländischen Versicherten stabilisieren, die in ihre Heimatländer zurückkehrten. Zugleich erhielt die Sozialversicherung eine Angehörigkeitsbeziehung zu den in das Ausland verzogenen inländischen Rentnern aufrecht und konstruierte gegenüber Ausländern Distanz, auch wenn ein ansonsten gleicher Erwerbsverlauf im Inland vorlag. Die Sozialversicherung passte auch in einen Nationalstaat, dessen Wirtschaft in Industrie und vor allem Landwirtschaft auf ausländische Arbeiter angewiesen war. Im System der Armenpflege waren Ausländer noch von sämtlichen Schul-, Kirchen- und Armenlasten befreit gewesen. Ausländische Arbeiter hatten daher einen erheblichen Wettbewerbsvorteil genossen. Die relative „Billigkeit“ der ausländischen Arbeitskraft kam zwar Unternehmerinteressen zupass, widersprach aber dem Konzept eines sozial inklusiven Nationalstaats, der sich einer Privilegierung der Inländer verschrieb und dadurch Gemeinschaft stiftete. Die Sozialversicherung war demgegenüber in der Lage, die inländischen Arbeiter vor billigerer ausländischer Konkurrenz zu schützen bzw. wenigstens deren Vorteil nicht noch zu steigern. Zu diesem Zweck unterwarf sie die ausländischen Arbeiter derselben Beitragspflicht wie Inländer. Für Saisonarbeiter, die etwa aus der Invalidenversicherung ausgeschlossen blieben, mussten die Arbeitgeber Ersatzbeiträge entrichten. Sie erfüllte damit eine Aufgabe, die die tradierte Armenpflege nicht hatte übernehmen können. Da die Leistungserbringung gegenüber Ausländern i.d.R. auf das Inland beschränkt blieb, verlieh die Sozialversicherung der imaginierten nationalen Gemeinschaft ein tatsächliches Antlitz und gestaltete zugleich die real existierenden ökonomischen Verhältnisse. Die grundsätzliche Gleichstellung von Ausländern bei der Beitragserhebung und ihre tendenzielle Diskriminierung bei Auslandswohnsitz stärkten die finanzielle Stabilität der Rentenkassen und die nationalstaatliche Wirtschaftsverfassung gleichermaßen. Die Sozialversicherung drückte damit primär ökonomische, jedoch auch stets souveräne Zugehörigkeiten aus. Ausländer waren lediglich insoweit zugehörig, wie dies für die inländische Gesellschaft als nützlich erachtet wurde. Die Zugehörigkeit der Ausländer war damit zunächst rein utilitaristisch. Ihre Angehörigkeitsbeziehungen endeten in der Regel dann, wenn sie ihren Aufenthalt im Inland beendeten. Hingegen wirkten die sozialen Rechte der Inländer über die Landesgrenzen hinaus. Inländer blieben aufgrund des metaphysischen Diskurses um die nationale Souveränität auch im Ausland dem In-

land verbunden. Inländer waren nicht nur ökonomisch sondern auch souverän zugehörig.

Die nationale Grundkonzeption der Sozialversicherung wurde bald durch zwischenstaatliche Vereinbarungen durchbrochen. Sie wurden hier detailliert am Beispiel der deutsch-polnischen Abkommen in den 1920er Jahren dargestellt.¹¹¹⁰ Durch bilaterale Verhandlungen konnten Diskriminierungen von Ausländern in der Sozialversicherung reduziert oder beseitigt werden. Für diesen Öffnungsprozess waren im deutsch-polnischen Verhältnis vor allem ökonomische Erwägungen verantwortlich. Soziale Rechte wurden portabel und endeten auch für die polnischen Arbeiter nicht mehr an der Staatsgrenze. Im Gegenzug erhielt die deutsche Landwirtschaft einen gesicherten Zustrom an saisonalen Arbeitskräften, auf die die agrarkapitalistische Produktion Ostdeutschlands angewiesen war. Eine dauerhafte Ansiedlung von Polen im ostelbischen Raum wurde zugleich verhindert. Die ökonomische Zugehörigkeit emanzipierte sich im Wanderarbeiterabkommen von 1927 von der (politischen) Staatsangehörigkeit und auch der Erwerb sozialer Rechte wurde vereinfacht, wenngleich eine starke Kopplung an das Aufenthaltsrecht bestehen blieb. Das Aufenthaltsrecht regelte in den 1920er Jahren den fremdenpolizeilichen Aspekt der Migrationssteuerung und diente in zunehmendem Maße einer planenden Arbeitsmarktpolitik. Die Beschäftigung von Ausländern war nach dem Prinzip des Inländerprimats nur akzeptabel, wenn keine geeigneten inländischen Arbeitskräfte zur Verfügung standen. Der vom Diskurs um die Souveränität vorgegebene Rahmen der Wirtschafts- und Sozialpolitik blieb weiterhin bestehen, allerdings wurde der Gleichlauf von politisch-souveräner und ökonomischer Zugehörigkeit durchbrochen. Aufenthaltsrecht und Teilhabemöglichkeiten am wirtschaftlichen und sozialen Leben waren nach dem Wanderarbeiterabkommen von der Souveränität getrennte Kategorien. Die zuvor vom Souveränitätsdiskurs geprägte ökonomische Zugehörigkeit wurde zu Gunsten Nicht-Souveräner geöffnet. Die sozialen Rechte folgten im Wanderarbeiterabkommen weitgehend dem Aufenthaltsrecht und der Arbeitserlaubnis. Die Aufnahme der polnischen Landarbeiter in die Sozialversicherung geschah dabei im Eigeninteresse der Arbeiter. Es war vom polnischen Staat in den Verhandlungen mit Deutschland artikuliert worden. Die Sozialversicherung wurde für die polnischen Landarbeiter zu einer Institution, in der sie als gleichberechtigte Versicher-

1110 Oben S. 151 und passim, 170 und passim, 199 und passim.

te im status positivus Rechte erhielten. Sie erlangten damit einen Teil der Souveränität, soweit ihnen soziale Rechte nicht mehr aufgrund gnädiger Gewährung sondern aufgrund des erfolgreichen außenpolitischen Drucks des polnischen Staates zustanden. Die teilweise Erlangung der Souveränität hatte aber keine Beteiligung am herrschaftslegitimierenden Souveränitätsdiskurs zur Folge. Die Entscheidung über das „ob“ der Zuteilung von Erwerbschancen blieb diesem ursprünglichen Souveränitätsdiskurs überlassen, der nach Kriterien des gesamtwirtschaftlichen Nutzens die Ausländerbeschäftigung regelte. Damit wurde zwar die Erwerbschance selbst, zu der auch die sozialen Rechte gehörten, nicht mehr nach den Vorgaben des Diskurses um die Souveränität ausgestaltet. Für die Frage des Zugangs kam es aber nach wie vor auf die Nützlichkeit der polnischen Arbeiter für die deutsche Volkswirtschaft an. Insofern bestätigte das Wanderarbeiterabkommen die souveräne Begrenzung des wirtschaftlichen und sozialen Raumes. Die polnischen Arbeiter wurden nur partiell zu Souveränen. Ihre Ermächtigung bzw. „empowerment“ ging nur soweit, wie ihre Arbeitsleistung in der sozioökonomischen Verteilungsarithmetik als herrschaftsnotwendig durchgesetzt werden konnte. Ihre Zugehörigkeit war damit ökonomisch begründet, weil sie aufgrund von gegenseitigem Nutzen als Teilhaber der Inlandsgesellschaft anerkannt wurden.

Der deutsch-polnische Sozialversicherungsvertrag von 1931 abstrahierte schließlich Rechte in der Sozialversicherung nicht nur von der Staatsangehörigkeit, sondern auch vom Aufenthaltsrecht.¹¹¹¹ Der Sozialversicherungsvertrag ging damit über das Wanderarbeiterabkommen weit hinaus. Die sozialen Rechte fanden sich jenseits des Souveränitätsdiskurses wieder. Sie konnten nicht mehr nur unabhängig von der Staatsangehörigkeit und dem Aufenthaltsort ausgeübt, sondern sogar unabhängig von aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen erworben werden. Der Sozialversicherungsvertrag löste soziale Rechte weitgehend aus ihrem nationalstaatlichen Entstehungskontext und erschuf durch den pro rata temporis Grundsatz eine transnationale Wanderversicherung. Diese transnationale Konstitution der sozialen Rechte vermochte dabei nur prima facie zu verbergen, dass kein universalistisches oder gar individualistisches Sozialrecht geschaffen war. Der Partikularismus des Sozialstaates wurde durchlässig für externe Elemente. Er wurde mit anderen Sozialstaaten koordiniert. Transnationale soziale Rechte blieben aber das Ergebnis eines Individualisie-

1111 Oben S. 226 und passim.

rungsprozesses auf der Ebene der nationalen Sozialstaaten. Durch die Vorschaltung einer immer ausgefeilteren arbeitsmarktpolitischen Steuerung der Ausländerbeschäftigung in Deutschland blieb das Primat der nationalen Wirtschaftsgemeinschaft erhalten. Allerdings wurden die sozialversicherungsrechtlichen Bedingungen eines Imports von Arbeitskräften völkerrechtlich verbindlich und unabhängig von konkreten Wanderungskontingenten geregelt. Dadurch erwuchsen auch Ausländern über die deutschen Grenzen hinweg individuelle Rechtspositionen in der Sozialversicherung. An die Stelle der statischen Zuordnung nach der Staatsangehörigkeit oder der ausgehandelten Verantwortung nach dem Wanderarbeitervertrag trat eine veränderbare und flexible Zugehörigkeitskonstruktion, die zu den Bedingungen einer ständigen transnationalen Arbeitsmigration passte. Die Sozialversicherung war durch individuelle Beitragskonten in der Lage von langfristigen Zugehörigkeitskonzepten zu abstrahieren. An ihre Stelle trat die Beitragsleistung pro Zeit, aus der nach Eintritt des Versicherungsfalls der Rentenanspruch errechnet wurde. Erst der international koordinierte Rentenbescheid brachte rückwirkend das Maß der Zugehörigkeit zum einen oder anderen Solidarverband zum Ausdruck. Die ökonomische Zugehörigkeit hatte ihre transnationale Form gefunden.

Dabei waren es aber keineswegs universalistische Motive, die zum wegweisenden deutsch-polnischen Sozialversicherungsvertrag und damit zu transnationalen sozialen Rechten führten. Der Ausgangspunkt war das geteilte Oberschlesien.¹¹¹² In diesem einheitlichen Industriegebiet hielt sich die Arbeitswanderung vom deutschen in den polnischen Teil und umgekehrt ungefähr die Waage. Daraus entstand auf deutscher Seite erstmals das Interesse, dass polnische Renten nach Deutschland gelangten. Das beiderseitige Interesse am Leistungsexport führte in Oberschlesien zunächst zu einem faktischen Gegenseitigkeitsverhältnis. Darauf konnten die bilateralen Verhandlungen um ein umfassendes Sozialversicherungsabkommen aufbauen.

Der internationale sozialpolitische Diskurs, der – vermittelt durch die ILO und den Völkerbund – dem Deutschen Reich eine Vorreiterrolle in der Sozialpolitik zuschrieb, sorgte zudem dafür, dass sich die Reichsregierung gegenüber internationalen sozialpolitischen Initiativen zum Schutz der Rechte der Wanderarbeiter nicht von vornherein ablehnend verhalten konnte. Dies galt auch deshalb, weil eine aktive Rolle in der internationa-

1112 Oben S. 201 und passim.

len Sozialpolitik die Chance bot, die nach dem Ersten Weltkrieg angeschlagene Reputation Deutschlands zu verbessern. Eine großzügige Haltung gegenüber ausländischen Arbeitern passte somit in die außenpolitische Agenda der Weimarer Republik. Die deutsche Regierung hatte darüber hinaus ein innenpolitisches Interesse daran, dass Renten deutscher Berechtigter, die nach dem Versailler Friedensschluss aus Polen nach Deutschland zurückgekehrt waren, von deutschen Trägern übernommen werden konnten, um ein hohes Leistungsniveau zu erhalten. Auch dieses Interesse kam in den Regelungen des Sozialversicherungsvertrags zum Tragen, indem eine entsprechende Übernahmevereinbarung getroffen wurde. Diese Übernahmeregelung widersprach dem Grundsatz des Leistungsexports und damit der transnationalen Verfasstheit der sozialen Rechte, stellte aber auf deutscher Seite die nationale Gemeinschaft der Sozialbürger wieder her.

Doch auch hinsichtlich der Vereinbarung des Leistungsexports nach Polen lässt sich ein dem Souveränitätsdiskurs zuzuordnendes außenpolitisches Interesse ausmachen. Anstatt weiter eine Sozialrentnerfürsorge im Geheimen durchführen zu müssen, konnten auch die Renten ehemaliger Deutscher, die in den an Polen abgetretenen Gebieten wohnten, auf dem höheren Leistungsniveau der deutschen Sozialversicherung exportiert werden. Dies fügte sich in das außenpolitische Kalkül der Reichsregierung, die sich als Schutzmacht der deutschen Minderheit in Stellung zu bringen vermochte.

Die Grundlage des internationalen koordinierenden Sozialrechts war die transnationale Arbeitsmigration, die durch Arbeitskraftknappheit auf der einen und Arbeitskräfteüberschuss auf der anderen Seite hervorgerufen wurde. Primär war das internationale Sozialrecht damit ökonomisch begründet. Doch auch souveräne Begründungsmuster führten immer wieder zu Veränderungen von sozialen Rechten von Ausländern. So sorgten kriegswirtschaftliche und kriegstaktische Gründe bereits während des Ersten Weltkriegs für Ein- und Ausschluss polnischer Arbeiter in bzw. aus der Unfallversicherung.¹¹¹³ Die Aufrechterhaltung eines souveränen Angehörigkeitsverhältnisses zu den deutschstämmigen Rentnern, die sich nach dem Versailler Vertrag auf der polnischen Seite der Grenze wiederfanden, veranlasste das Auswärtige Amt, eine diskrete Sozialrentnerfürsorge in

1113 Oben S. 147 und passim.

Polen ins Leben zu rufen.¹¹¹⁴ Aus dem inoffiziellen Ausgleich des Valutaunterschieds wurde letztlich auch der Leistungsexport von deutschen Renten nach Polen. Die souveräne Zugehörigkeit schloss demnach die ökonomische Zugehörigkeit gewissermaßen wesensnotwendig mit ein.

Wenngleich hier mit der Betrachtung des deutsch-polnischen Verhältnisses nur ein Ausschnitt der internationalen sozialpolitischen Beziehungsgeschichte behandelt wurde, so konnte doch gezeigt werden, dass die Verhandlung der Gewährung und Begrenzung von sozialen Rechten gegenüber Fremden auf zwei Säulen aufruhte: die Zuteilung von sozialen Rechten an Systemfremde folgte stets ökonomischen und souveränen Begründungsmustern. Die durch die Sozialversicherung zum Ausdruck kommende Zugehörigkeit bildete eine Schnittmenge aus beiden Konzepten. Obwohl das Versicherungsprinzip eigentlich nur haftungsetzend wirkte und dementsprechend für eine nationalstaatliche Überformung systematisch kein Raum war, spielten politische Überlegungen, die dem Souveränitätsdiskurs zuzuordnen waren, stets eine entscheidende Rolle für die Ausgestaltung der sozialen Rechte von Fremden und Eigenen. So zeichnete sich die bloße utilitaristische – weil nur den Nutzen für das eigentliche Staatsvolk in den Blick nehmende – Zugehörigkeit der Ausländer durch eine Schlechterstellung gegenüber Inländern aus, um der Konstruktion des Nationalstaats zu entsprechen. Als Folge von politischem Druck und wirtschaftlichen Interessen konnte jedoch die ökonomische Zugehörigkeit aufgewertet werden und sich von ihrer souveränen Überformung lösen. Als die Rechte in der Sozialversicherung den Zustand der Transnationalität erreichten, konnten sie sogar flexible – d.h. lediglich rückwirkend nach Beitragsleistung pro Zeit bemessene – ökonomische Zugehörigkeiten ausdrücken, die von der Souveränität unabhängig waren. Diese Unabhängigkeitserklärung der ökonomischen Zugehörigkeit von der Souveränität darf jedoch nicht dazu verleiten sie losgelöst vom Diskurs um die Souveränität zu betrachten. Denn für diesen Diskurs besaßen auch transnationale soziale Rechte stets eine bestimmte Funktionalität. Sie bestand zumindest darin, Arbeitskräftemangel zu beseitigen und zugleich die Kontrolle über die Ausländerbeschäftigung i.S.d. Inländerprimats zu behalten.

In der Geschichte der Sozialversicherung in ihrem Verhältnis zum Ausland zeigt sich somit die doppelte Funktionalität, die Historiker dieser In-

1114 Oben S. 192 und passim.

stitution im Allgemeinen zugeschrieben haben.¹¹¹⁵ Die Sozialversicherung war zum einen der Ausdruck der sozialreformerischen Antwort des Staates auf ein Zivilrecht, das den tatsächlichen gesellschaftlichen Verhältnissen der kapitalistischen Produktionsweise nicht mehr gerecht wurde. Sie war damit eine der Antworten auf die soziale Frage des 19. Jahrhunderts. Unter diesem Aspekt regelte und regelt die Sozialversicherung vor allem wirtschaftspolitische Fragen und stellte und stellt sich als öffentliches Wirtschaftsrecht dar.¹¹¹⁶ In dieser Hinsicht wurde in der Sozialversicherung die Frage der Berechtigung von Fremden unter dem Topos der Nützlichkeit für die bestehende Solidargemeinschaft diskutiert. Die Grenzen der bestehenden Solidargemeinschaft waren dabei vom Diskurs um die Souveränität vorgegeben. Die Sozialversicherung diente auch der Verfestigung des Nationalstaats, der mehr und mehr Legitimation aus dem Funktionieren seiner sozialen Einrichtungen schöpfte. Dementsprechend konnten Systemfremde auch aus Gründen eines überpositiven Diskurses um die Souveränität zu Berechtigten werden. Der Sozialstaat verhandelte stets Souveränität und Ökonomie. Anders gewandt, ist er der Versuch des Kompromisses zwischen Metaphysik und Faktizität.

Dadurch wird klar, dass sich die von *Marshall* entwickelte dreigeteilte Typologie der „citizenship“ zwischen bürgerlichen, politischen und sozialen Rechten nicht trennscharf aufrechterhalten lässt.¹¹¹⁷ Vielmehr ist deutlich geworden, dass soziale Rechte stets auch eine politische – d.h. am Diskurs um die Souveränität ausgerichtete – Komponente beinhalten.¹¹¹⁸ Umgekehrt rückt damit auch die Beantwortung der provokativen Frage, „was ein Pass heute noch leiste, was nicht auch eine gute Kreditkarte könne“, näher.¹¹¹⁹ Weder bedeutet die Souveränität verleihende Staatsbürgerschaft alles – im Sinne eines Rechts, Rechte zu haben nach *Arendt* –, noch ist rechtliche Zugehörigkeit „nutzlos geworden, ersetzbar durch ein Stück Plastik“. ¹¹²⁰ Vielmehr war und ist die rechtliche Zugehörigkeit, jedenfalls

1115 Vgl. etwa *Kott*, Sozialstaat und Gesellschaft, 2014.

1116 Vgl. nur *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005.

1117 *Marshall*, Citizenship and Social Class, in: ders., Class, Citizenship and Social Development, 1964, S. 65, 71 und passim.

1118 Darauf, dass sich einige wichtige Rechte ohnehin nur schwer in das Schema *Marshall's* einordnen lassen, haben auch *Giddens*, Klassenspaltung, Klassenkonflikt und Bürgerrecht, in: Mackert/Müller, Citizenship, 2000, S. 183, 189, und *Graser*, Gemeinschaften ohne Grenzen?, 2008, S. 73 f., 79, hingewiesen.

1119 *Graser*, Gemeinschaften ohne Grenzen?, 2008, S. 87 f.

1120 Ebd., S. 88.

in der Form, in der sie der moderne westliche Staat konstruierte – und auf diesen beschränkt sich die Aussagekraft dieser Studie –, stets ein Kompromiss aus ökonomisch-faktischer Planung und deduktiv begründeter Herrschermacht. Die Hybridität der sozialstaatlichen Zugehörigkeit konstituiert letztlich den Bürger als Subjekt. Durch seine rechtliche Zugehörigkeit wird, wie *Jellinek* erkannte, das soziologische Subjekt zum Rechtssubjekt. Es ist ein Subjekt, das nach *Balibar* „die paradoxe Einheit einer universellen Souveränität und einer radikalen Endlichkeit enthält“.¹¹²¹

Das Gewicht der hybriden Konstruktion des Sozialstaats kann zu Gunsten des Faktischen oder des Überpositiven verschoben werden. Es lässt sich allerdings historisch nicht belegen, dass sich der Sozialstaat gänzlich ohne das eine oder das andere Element bauen ließe. Das gilt auch für die Frage nach seiner Begrenzung nach außen. Die Sozialversicherung verhandelte souveräne und ökonomische Zugehörigkeiten selbst unter der Herrschaft einer strikten Moralordnung, die jegliches – auch soziale – Recht an einem metaphysischen Volksbegriff maß.¹¹²² So sehr der Nationalsozialismus auch in seiner überfaktischen Radikalität verfangen war, musste er dennoch den realen Verhältnissen genügend Raum lassen, um zumindest das Funktionieren des Kriegs- und Zerstörungsapparats sicherzustellen. In diesem Rahmen und zu diesem Zweck blieben auch die als rassistisch minderwertig diffamierten Polen utilitaristisch zugehörig. Zwar setzte die Sozialversicherung während des Nationalsozialismus in den besetzten und annektierten Ostgebieten eine rassehierarchische Ordnung um, die Leistungen nicht mehr nach den selbst erbrachten Beiträgen bemaß, sondern nach rassistischen und moralistischen Kriterien zuteilte. Anders als bei den polnischen Saisonarbeitern des Kaiserreichs, die zu jeder Erntesaison in Kongresspolen rekrutiert wurden und die als unbegrenzt verfügbar erschienen, konnte dem NS-Staat das Schicksal der polnischen Arbeiter jedoch nicht völlig gleichgültig sein. Da das NS-Regime für die Verwaltung der von ihm geschaffenen und unterdrückten Arbeiterklasse verantwortlich war, musste es auch in gewissem Rahmen für die Erhaltung dieser Arbeiterschaft sorgen. Im Generalgouvernement mussten die Machthaber wenigstens die nötigste medizinische Versorgung organisieren. Im Zuge des Arbeitseinsatzes im deutschen Herrschaftsraum wurde daher eine richtungsweisende und praktikable Koordinierung der Sozial-

1121 *Balibar*, Bürger-Subjekt, in: Menke/Raimondi, Die Revolution der Menschenrechte, 2011, S. 411, 441.

1122 Oben S. 249 und passim.

versicherung des Generalgouvernements mit der Krankenversicherung im Reich notwendig.¹¹²³ Damit wird klar, dass die Entwicklung und der Ausbau der internationalen sozialversicherungsrechtlichen Koordinierung und die damit einhergehende Transnationalisierung ökonomischer Zugehörigkeiten nur sehr wenig mit einer universalistischen oder gar menschenrechtlich verankerten Moralordnung zu tun hatten.¹¹²⁴

Vielmehr unterstreicht dies ein grundlegendes Problem: der Überformung des Sozialrechts mit einer metaphysischen Moralordnung sind stets faktische Grenzen gesetzt.¹¹²⁵

II. Soziale Menschenrechte als Verbindung von universeller Moral mit partikularer Ökonomie?

Daran schließt sich die Frage an, wie der Sozialstaat anhand unserer „last utopia“¹¹²⁶ des Menschenrechtsuniversalismus ausgerichtet werden kann, ohne in seiner sozioökonomischen Funktion und Wirkungsmacht beschränkt zu werden. Um diese Frage zu beantworten, ist eine Berücksichtigung der historischen Entwicklungsparameter des Sozialstaats und seines Verhältnisses zum Äußeren unabdingbar. Nimmt man diese Entwicklungsparameter ernst, kommt man zu der Einsicht, dass es einen von Gemeinschaftskonstruktionen losgelösten Sozialstaat, der sich einzig einem metaphysischen Universalismus gegenüber verpflichtet sieht, nicht geben kann.

Dennoch gibt es eine durchaus lebhafte Debatte über die sozialen Menschenrechte. Deren gegenwärtiger Stand soll zunächst skizziert werden (1.). Dann wird auf die Hindernisse, die einer Überformung der sozialen Rechte mit dem Menschenrechtsuniversalismus entgegenstehen, eingegangen. Diese Hindernisse lassen sich wiederum in metaphysische und faktische einteilen. Zum einen besteht die Souveränität als grundlegendes Konzept fort, das dem Universalismus entgegengesetzt ist (2.). Zum anderen sind soziale Rechte definitionsgemäß auf eine soziologisch begrenzte

1123 Oben S. 291 und passim.

1124 So aber *Eichenhofer*, der die Kooperation von Staaten im Rahmen von Sozialversicherungsabkommen als Ausdruck der Verwirklichung der Menschenrechte zu begreifen versucht, *Soziale Menschenrechte*, 2012, S. 207.

1125 So schon *Becker*, *The Challenge of Migration*, in: Benvenuti/Nolte, *The Welfare State*, 2004, S. 1, 24 f.

1126 *Moyn*, *The Last Utopia*, 2012, S. 1 und passim.

Gruppe beschränkt, da sie gerade als Ausdruck der relationalen Verhältnisse der Mitglieder einer Gruppe entstehen (3.).

1. Ein völlig moralisches Recht: soziale Menschenrechte

Der Ausgangs- und Kristallisationspunkt der Debatte um soziale Menschenrechte ist der Streit um ihre Justiziabilität, der auch im innerstaatlichen Recht geführt wird.¹¹²⁷ Früher war man sich über einen strukturellen Unterschied zwischen sozialen Rechten und Freiheitsrechten weitgehend einig. Freiheitsrechte seien primär Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Sie müssten zwar vom Staat respektiert und unter Umständen gegen Dritte verteidigt werden, forderten aber zunächst nur ein negatives Unterlassen des Staates und erst in zweiter Linie ein positives Tun.¹¹²⁸ Soziale Rechte hingegen seien schon in ihrer Entstehung von komplexen gesellschaftlichen Verhältnissen abhängig. Die Anforderungen an das Maß der Solidarität, die ein Individuum von der Gesamtheit beanspruchen kann, seien je nach Ort und Zeit seiner Existenz verschieden. Dies klingt zunächst plausibel. Zum Beispiel ergibt ein Recht auf eine Renten- oder Arbeitslosenversicherung in einer subsistenzwirtschaftlich organisierten Agrargesellschaft ohne kapitalistische Produktion keinen Sinn. Mangels Erwerbseinkommens können keine Beiträge in eine Versicherung gezahlt werden. Eine Pflicht, eine entsprechende Institution zu schaffen, ginge damit praktisch ins Leere.

Auch sei, so die früher herrschende Auffassung, die konkrete Ausgestaltung von sozialen Rechten deutlich schwieriger. Man war sich weitgehend einig, dass soziale Rechte „als staatsgerichtete Leistungsrechte“ stets von ökonomischen Bedingungen einer Volkswirtschaft und der Finanzkraft eines Staates abhängig sind. Ihre Umsetzung sei deshalb oft unmöglich oder nicht zumutbar.¹¹²⁹ Sie müssten außerdem legislativ konkret aus-

1127 Vgl. nur *Trilsch*, Die Justiziabilität, 2012, S. 64 und passim.

1128 *Schuler*, Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1988, S. 125 und passim; *Zacher*, Social Insurance and Human Rights, in: ders., Abhandlungen zum Sozialrecht II, 2008, S. 539 und passim; BVerfGE 7, 198, 204; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 395 und passim; *Böckenförde*, Die sozialen Grundrechte, in: ders./Jekewitz/Ramm, Soziale Grundrechte, 1981, S. 7, 9 und passim.

1129 *Schuler*, Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1988, S. 125; *Cranston*, What are Human Rights?, 1973, S. 66.

gestaltet, ergänzt, aktualisiert und präzisiert werden.¹¹³⁰ Gerichten fehlten zu dieser Präzisierung sowohl die Kapazitäten als auch die Kompetenz.¹¹³¹ Sie stünden damit unter einem „allgemeinen Ausgestaltungsvorbehalt“.¹¹³² Einen universellen Geltungsanspruch von sozialen Rechten zu konzipieren, sei damit kaum möglich.¹¹³³

Die strukturellen Unterschiede von sozialen Rechten und Freiheitsrechten sind jedoch weit weniger gewichtig, als früher angenommen wurde.¹¹³⁴ Auch Freiheitsrechte müssen ständig aktualisiert, präzisiert und ergänzt werden. Sie stehen ebenfalls unter einem „Ausgestaltungsvorbehalt“, der allerdings institutionell vor allem durch die Rechtsprechung und weniger durch die Verwaltung und Legislative umgesetzt wird. So wird kaum ein Freiheitsrecht schrankenlos gewährleistet. Vielmehr sind zu meist staatliche Gerichte dazu berufen den genauen Inhalt des geschützten Verhaltens zu bestimmen, sowie die Möglichkeiten und Grenzen eines Eingriffs in die geschützte Rechtssphäre auszuloten. Ganz ähnlich müssen soziale Rechte ausgestaltet werden, wenn sie im Rechtsalltag funktionieren sollen. Leistungen, wie etwa Behandlungsmethoden, die von Krankenversicherungsträgern erstattet werden, müssen bestimmt werden. Die Verschiebung der Ausgestaltung auf eine andere institutionelle Ebene sollte nicht die Einsicht darin versperren, dass beide Normenarten grundsätzlich der staatlich-institutionellen Prägung bedürfen, um in der Rechtswirklichkeit wirksam zu werden. Ein gutes Beispiel dafür, dass soziale Rechte grundsätzlich wie Freiheitsrechte funktionieren können, ist Art. 32 Abs. 1 der italienischen Verfassung.¹¹³⁵ Er schützt das Recht auf Gesundheit umfassend. Sämtliche Leistungsbeschneidungen in der medizinischen Versor-

1130 *Schuler*, Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1988, S. 124 f.

1131 *Brunner*, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971, S. 18.

1132 *Schuler*, Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1988, S. 125.

1133 *Tomuschat*, Die Einheit von liberalen Freiheitsrechten, in: Gander, Menschenrechte, 2009, S. 140 und passim.

1134 *Krennerich*, Soziale Menschenrechte, zfmR 2012, 166 und passim; *Lohmann*, Soziale Menschenrechte, in: Kersting, Politische Philosophie, 2000, S. 351, 356 f.

1135 *Gazetta Ufficiale* 298 v. 27.12.1947. „La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività“. Eigene Hervorhebung. Ähnlich auch die Art. 196-200 der brasilianischen Verfassung v. 5.10.1988, *Diário Oficial da União* 191-A DE, 1.

gung werden in der italienischen Dogmatik als Eingriffe in das Recht auf Gesundheit behandelt, die einer Rechtfertigung bedürfen. In Italien ist daher maßgeblich die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs für die Bestimmung von Umfang und Grenzen des medizinischen Versorgungsanspruchs an das öffentliche Gesundheitswesen verantwortlich, so wie etwa in Deutschland das Bundesverfassungsgericht maßgeblich Inhalt und Grenzen der Meinungsfreiheit bestimmt.¹¹³⁶

Auch das Abstellen auf die ökonomische Bedingtheit sozialer Rechte eignet sich nur eingeschränkt als Kriterium, um einen strukturellen Unterschied zu begründen. Denn auch die Ausgestaltung von Abwehr- und Freiheitsrechten ist von ökonomischen Überlegungen nicht unabhängig.¹¹³⁷ Die Durchsetzung und der Schutz von Eigentumsrechten setzt einen zumindest rudimentären Steuerstaat voraus, der die Eigentumsordnung institutionell zu schützen in der Lage ist.¹¹³⁸ Ein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen durchgeführter Strafprozess, der auf die Rechte des Angeklagten Rücksicht nimmt und ein faires Verfahren gewährleistet, ist wesentlich teurer als ein rechtsstaatswidriges Verfahren, das auf die Rechte der Verteidigung keine oder nur sehr eingeschränkt Rücksicht zu nehmen braucht. Die Beweiserhebung mit Zeugenaussagen, Sachverständigengutachten und anwaltlichem Schriftverkehr ist zeit- und kostenintensiver als ein unter Folter erzwungenes Geständnis. Sowohl soziale Rechte als auch justizielle Rechte sind die Folge einer ökonomischen Entscheidung, bestimmte Ressourcen für die tatsächliche Umsetzung einer Rechtsgarantie zur Verfügung zu stellen. Auch andere grundlegende Freiheitsgarantien sind nicht per se kostenneutral. Die Versammlungsfreiheit kann u.U. teure Polizeieinsätze erforderlich machen, für die entsprechende Ressourcen bereitgestellt werden müssen. Die Berufsfreiheit bedingt einen von staatlichen Eingriffen geschützten Arbeitsmarkt und macht staatliche Anforderungen bei der Berufswahl rechtfertigungsbedürftig. Freiheitsrechte weisen demnach meist einen wirtschaftlichen Bezug auf.

Häufig wird aus dieser Einsicht geschlossen, dass soziale Rechte den klassischen Freiheitsrechten wesensgleich seien.¹¹³⁹ Nimmt man dementsprechend die sozialrechtliche und damit positivistische Position ein, dass auch liberale Freiheitsrechte nicht ein dem Staat vorgängiges Individuum

1136 Riz/Happacher, Grundzüge des Italienischen Verfassungsrechts, 2013, S. 196.

1137 Grundlegend Holmes/Sunstein, The Cost of Rights, 1999.

1138 Ebd., S. 59, 61.

1139 Krennerich, Soziale Menschenrechte, zfmR 2012, 166, 174.

konstituieren, sondern genuin gesellschaftliche Zwecke verfolgen, dann ist die Annahme einer Wesensgleichheit von sozialen Rechten mit liberalen – primär abwehrenden – Freiheitsrechten konsequent.¹¹⁴⁰

Das Problem dieser Erkenntnis ist, dass sie allzu schnell auf eine universalistische, überstaatliche und damit menschenrechtliche Ebene übertragen wird.¹¹⁴¹ Eine Gesellschaftsordnung kann bestimmte Ansprüche einer Rechtsperson an die Gemeinschaft als grundlegend qualifizieren und damit gleich einem grundrechtlichen Freiheitsrecht ausgestalten. Dies weil die Festschreibung eines bestimmten Status einer Rechtsperson das Ergebnis des Individualisierungsprozesses verbindlich gegenüber den anderen Mitgliedern der Gesellschaft feststellt. Aber kann ein abstraktes und damit nicht in seiner konkreten Situation gedachtes Individuum unabhängig von seiner jeweiligen Situation Ansprüche an die Gemeinschaft haben, die darüber hinausgehen, einen bestimmten status negativus des der Sozialisation vorgängigen Einzelnen zu respektieren?

Kritiker sozialer Menschenrechte haben schon früh vorgebracht, dass liberale Freiheitsrechte universelle Kerngehalte aufweisen, die wiederum mit universellen Verpflichtungen korrespondieren, denen alle Menschen zumindest konzeptionell zu jeder Zeit und an jedem Ort unterworfen sein können.¹¹⁴² *Cranston* folgerte, dass soziale Rechte keinerlei universelle Verpflichtungen begründen können.¹¹⁴³ Er warf die Frage auf, wen die Verpflichtungen, die aus den sozialen Rechten folgen, treffen sollen. Bei sozialen Rechten, so sein Argument, sei nie klar, wen die Leistungspflicht treffe. *O'Neill* nahm sich der Frage nach der unklaren Passivlegitimation bei sozialen Rechten am Beispiel des Rechts auf Nahrung an.¹¹⁴⁴ *O'Neills* Kernargument geht dahin, dass die Verpflichtung, das Recht auf Nahrung durchzusetzen, keinem abstrakt bestimmten oder bestimmbaren Verpflichteten zugeordnet sei, was die effektive Durchsetzung des Rechts hindere.¹¹⁴⁵ Das Recht auf Nahrung kann zwar als universelles Recht erklärt, nicht aber als universelle Verpflichtung gedacht werden. Es lässt zwangs-

1140 So auch *Holmes/Sunstein*, *The Cost of Rights*, 1999, S. 35 und passim.

1141 Ein Beispiel für diese vorschnelle Übertragung findet sich bei *Eichenhofer*, *Soziale Menschenrechte*, 2012, S. 17 und passim, insb. S. 21 und passim.

1142 Vgl. zum Ganzen *Freeman*, *Conclusion*, in: Minkler, *The State of Economic and Social Human Rights*, 2013, S. 365 und passim.

1143 *Cranston*, *What are Human Rights?*, 1973, S. 67, 69.

1144 *O'Neill*, *Faces of Hunger*, 1986.

1145 Ebd., S. 100 f.

läufig offen, wen die Verpflichtung, Nahrung für die Hungernden bereitzustellen, treffen soll. Durch die fehlende Zuordnung von Verpflichtungen korrespondieren soziale Menschenrechte mit keinerlei Handlungs- oder Unterlassungspflichten. *O'Neill* schlug deshalb vor, die Debatte weg von Menschenrechten hin zu Pflichten zu verschieben.¹¹⁴⁶

Gegen *O'Neills* Kritik sind einige Argumente vorgebracht worden, die letztlich dazu geführt haben, soziale Menschenrechte nicht länger als unabdingbare Ansprüche eines jeden existierenden Individuums, sondern als politische Strategie zu verstehen. *Sen* betonte, dass die Berufung auf Menschenrechte, die er als rein moralische Rechte versteht, vor allem dazu diene, gesellschaftliche Verhältnisse zu hinterfragen.¹¹⁴⁷ Menschenrechte haben demnach nur in zweiter Linie eine juristische Dimension und sind in erster Linie ein politischer Diskurs, der sich der Rechtssprache bedient, um auf die Frage der Legitimität einer Rechtsordnung zu fokussieren.¹¹⁴⁸ In eine ähnliche Richtung hatte auch *Hart* argumentiert, der hervorhob, dass moralische Rechte vor allem dann geltend gemacht werden, wenn die Aufnahme von Personen in ein Rechtssystem begehrt wird.¹¹⁴⁹

Die juristische Dimension sozialer Menschenrechte beschränkt sich nach verbreiteter Ansicht auf die nicht einklagbaren Ansprüche gegen Staaten, Einrichtungen der sozialen Sicherheit zu schaffen und Maßnahmen gegen Hunger und medizinische Unterversorgung zu treffen. Die Verpflichtungen gehen damit dahin, die etwa noch nicht vollständig durchgesetzten WSK-Rechte in der innerstaatlichen Rechtsordnung zu etablieren und entsprechende Einrichtungen zu institutionalisieren.¹¹⁵⁰ *Nickel* hat darauf hingewiesen, dass diese menschenrechtlichen Verpflichtungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durchsetzbar sein müssen, um wirksam zu sein.¹¹⁵¹ D.h. die verpflichteten Staaten müssen zur Umsetzung dieser Rechte wirtschaftlich in der Lage sein und ihre Umsetzung darf nicht zur

1146 Ebd., S. 101.

1147 *Sen*, Human Rights and the Limits of Law, *Cardozo Law Review* 2006, 2913 und passim.

1148 Auch *Zacher* ordnete die Funktion sozialer Menschenrechte im Hinblick auf die Sozialversicherung so ein, *Social Insurance and Human Rights*, in: ders., Abhandlungen zum Sozialrecht II, 2008, S. 533, 541.

1149 *Hart*, Are There Any Natural Rights?, *The Philosophical Review* 1955, 175, 177.

1150 *Sen*, Human Rights and the Limits of Law, *Cardozo Law Review* 2006, 2913, 2924 f.

1151 *Nickel*, How Human Rights Generate, *Human Rights Quarterly*, 1993, 77, 82.

Vernachlässigung von wichtigeren Rechtspflichten – etwa des Rechts auf körperliche Unversehrtheit – führen.¹¹⁵²

Nach diesem Verständnis stehen die sozialen Menschenrechte im Prinzip jedem Menschen zu, sind aber in ihrer Ausgestaltung und Durchsetzung stets an die konkrete wirtschaftliche Potenz und gesellschaftliche Verfasstheit eines Gemeinwesens gebunden.¹¹⁵³ Dies führt zwangsläufig in ein Verständnis von sozialen Menschenrechten als „Fundament ziviliertester Staaten“.¹¹⁵⁴ Soziale Menschenrechte sind nach dieser Auffassung nicht „unmittelbar einklagbar – aber sie können eingefordert werden durch Akte der Gesetzgebung. Bei der Ausgestaltung dieser Rechte hat der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum – weil die Menschenrechte nicht nur personell universal, sondern auch dem sachlichen Gehalt nach allgemein sind – und deswegen auf gesetzgeberische Ausformung angelegt und angewiesen sind.“¹¹⁵⁵

Die Konzeption sozialer Menschenrechte als einerseits personell-universelle Individualrechte und andererseits gemeinschaftsbezogene nicht einklagbare Rechte deutet indes auf eine grundlegende Fehlkonstruktion hin. Soziale Menschenrechte sind nach allen Begründungstheorien Rechte, die jedem Einzelnen im Verhältnis zur Gemeinschaft zustehen sollen. Sie stellen damit ein Programm für eine gute Regierung dar. Um den Einzelnen mit einem moralischen Anspruch gegen die Gemeinschaft auszustatten, setzen soziale Menschenrechte jedoch zugleich notwendigerweise an der Freiheit des Einzelnen und damit am Konzept des konstanten – weil von der konkreten Gesellschaft gelöst – Individuums an.¹¹⁵⁶

Habermas hält die Leistungsrechte für „relativ begründet, nämlich mit Bezugnahme auf eine ihrerseits absolut begründete Gleichverteilung rechtlich geschützter subjektiver Handlungsfreiheiten.“¹¹⁵⁷ Damit folgt er letztlich *Alexy*, der die sozialen Leistungsrechte aus ihrer dienenden Funktion für die liberalen Abwehrrechte heraus erklärt, indem sie die tatsächlichen Voraussetzungen dafür schaffen, die Freiheit auszuüben, d.h. die materiel-

1152 *Freeman*, Conclusion, in: Minkler, The State of Economic and Social Human Rights, 2013, S. 365, 373.

1153 *Mikkola*, Social Human Rights of Europe, 2010, S. 2.

1154 *Eichenhofer*, Soziale Menschenrechte, 2012, S. 1.

1155 Ebd., S. 204.

1156 So erfasst auch *Lohmann*, Menschenrechte zwischen Moral und Recht, in: Gosepath/ders., Philosophie der Menschenrechte, 1998, S. 62, 67 und passim, die Problematik der gängigen Begründungstheorien sozialer Menschenrechte.

1157 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 485.

le Möglichkeit gewährleisten, zwischen mehreren erlaubten Verhaltensalternativen zu wählen:

„Das Hauptargument für soziale Grundrechte ist ein Freiheitsargument.“¹¹⁵⁸

Nach *Alexy* lassen sich soziale Grundrechte freiheitsrechtlich dann begründen, wenn man „auf die Wichtigkeit der faktischen Freiheit für den einzelnen“ abstellt.¹¹⁵⁹

Diese Begründung ist sehr wohl tauglich, um auf der Ebene des Verfassungsrechts einen Mindestteilhabeanspruch des Einzelnen an der Gesellschaft zu begründen. Er ist konsequent für die Begründung sozialer Grundrechte, die *Alexy* verfolgt hat, eignet sich aber nicht, ihn auf menschenrechtliche Überlegungen zu übertragen.

Alexy verdreht letztlich die Begründung sozialer Rechte in ihr Gegenteil. Das Individuum wird nicht mehr als das Ergebnis eines Individualisierungsprozesses des Sozialrechts verstanden, sondern das Individuum selbst ist die Voraussetzung für die Notwendigkeit eines sozialen Rechts und damit für seine eigene Entindividualisierung. Wenn das Sozialrecht, wie oben festgestellt,¹¹⁶⁰ das aprioristisch konstruierte Individuum aber gerade dekonstruieren will, um eine sozial gebundene, relative Rechtspersönlichkeit zu konstruieren, dann befindet sich *Alexy* in einem Zirkelschluss. Das zu Dekonstruierende kann nicht in sich selbst voraussetzen, dekonstruiert zu werden und in Sozialbeziehungen aufzugehen.

Wohl aber ist es möglich neben der sozialisierten Rechtspersönlichkeit an dem Begriff eines abstrakten Individuums festzuhalten, der die Grenzen des Sozialisierungsprozesses vorgibt.¹¹⁶¹ Das abstrakte Individuum kann von anderen aber nicht mehr verlangen, als es selbst als abstraktes

1158 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 458.

1159 Ebd., S. 460. Das Argument trägt auch die von der Völkerrechtslehre nach 1945 entwickelte Doktrin der gegenseitigen Bedingtheit und Unteilbarkeit von sozialen und politischen Menschenrechten. Dazu *Marauhn*, Social Rights Beyond, in: Benvenisti/Nolte, The Welfare State, 2004, S. 275, 278 und passim.

1160 Vgl. oben S. 71 und passim und insb. S. 90 und passim.

1161 Soziale Menschenrechte können einen Kerngehalt an abwehrrechtlichen Freiheiten dergestalt verbürgen, dass sie den Einzelnen in die Lage versetzen, seine Sozialbeziehungen frei zu gestalten. So kann etwa, wie *Erk* überzeugend aus dem Begriff der Würde des Menschen begründet hat, das Recht auf Gesundheit als Menschenrecht nur so verstanden werden, dass es gegen die Beeinflussung gesundheitsrelevanter Entscheidungen schützt, denn insoweit lässt sich ein abwehrendes Recht auf gesundheitliche Selbstbestimmung mit dem Konstrukt des außerhalb der Gesellschaft stehenden Individuums vereinen. Hingegen kann es

Individuum zu geben in der Lage ist. Das der Vergesellschaftung vorgängige Individualrecht kann demnach nur auf ein Unterlassen von Interaktion, nie auf eine Interaktion gerichtet sein. Die Abstraktheit des Individuums erfüllt in der juristischen Konstruktion gerade den Zweck, die Relativierung der Einzigartigkeit jedes Menschen Grenzen zu setzen, nicht sie zu fördern.¹¹⁶² Dem steht auch nicht entgegen, dass in einem abstrakt gedachten Individuum das Eingehen in eine menschliche Gemeinschaft dergestalt angelegt ist, dass es einen Teil seines Individualkerns oder – in der Sprache des Grundgesetzes – seines Menschenwürdekerns ausmacht, an einer Gesellschaft teilhaben zu dürfen.¹¹⁶³ Auch diesen sozialen Teilhabeananspruch als angeborenes Recht aus einem überpositiven Menschenbild abzuleiten ist möglich. Der Anspruch hat dann eine genuin moralisch-menschenrechtliche Begründung.¹¹⁶⁴ Allerdings lässt sich die Reichweite dieses Anspruchs nicht aus dem überpositiven, abstrakten Menschen mit angeborenen Rechten herleiten, sondern als sozialrechtlich ausgeformter Anspruch immer nur anhand der konkreten Position des Einzelnen im Verhältnis zu den anderen Mitgliedern einer Gesellschaft bestimmen.

Alexys Konzept ist daher dahingehend zu modifizieren, dass es neben den negativen Freiheiten, die im individuellen Würdekern jedes Menschen unveräußerlich angelegt sind, es auch eine weitere Freiheit zur Eingehung einer Gemeinschaft gibt. Diese Freiheit zur Gemeinschaft zu gehören – man könnte es auch ein Recht auf Zugehörigkeit nennen – , ist aber gerade

kein vorgesellschaftliches Recht auf Gesundheit im Sinne eines Rechts gesund zu sein geben, da es dem Individuum schlicht an der Möglichkeit der Kontrolle gesundheitsrelevanter Faktoren – Umweltbelastung, Arbeitswelt, sozialer Stress, medizinische Versorgung – und an der Definitionsmacht über das was „gesund“ und was „krank“ ist, fehlt: Health, Rights and Dignity, 2011, insb. S. 223 und passim. Das Konzept *Rawls* birgt das Problem in sich, dass die im Naturzustand hypostasierten Gesellschaftsmitglieder gar nicht wissen können, wie eine Gesellschaft funktionieren soll. Sie müssten daher in Unkenntnis der Entscheidungsgrundlagen entscheiden, d.h. ein rawlscher Gesellschaftsvertrag wäre stets wegen „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ nur bedingt bindend: *Preuss*, Die Internalisierung des Subjekts, 1979, S. 324.

1162 *Müller-Terpitz* etwa sieht in der Menschenwürde gerade „die Selbstzweckhaftigkeit“ des Einzelnen geschützt, das wiederum die Achtung seines biologischen Substrats bedingt, Recht auf Leben, in: HStR VII, 2009, § 147 Rn. 5.

1163 *Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage, in: HStR II, 2004, § 22 Rn. 80.

1164 Nach *Arendt* sogar das einzige Menschenrecht, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, in: Menke/Raimondi, Die Revolution der Menschenrechte, 2011, S. 394 und passim.

nicht die Vervollständigung der negativen Freiheiten, sondern nur strategisch komplementär.

Alexys' Ansatz eignet sich demnach zur Begründung sozialer Grundrechte bzw. zur Erklärung des Sozialstaats. Dass für ihn die Sozialisation des Individuums zur Vervollständigung der abstrakten Freiheit führt, passt zur verfassungsrechtlichen Ebene der Debatte. Die Verfassung hat als rechtsverbindlicher Ausdruck einer Gesellschaft die nötigen Messinstrumente parat, um den Zugehörigkeitswürdekern des Menschen im Verhältnis zu seiner konkreten Sozialisation zu bestimmen. Die Menschenrechte sind jedoch zwangsläufig überpositiv.¹¹⁶⁵ Als „ewige Rechte“ fehlt es ihnen an ihrer konkreten sozialen Verfasstheit. Die klassischen, negativen Freiheitsrechte können von der konkreten Sozialisation des Menschen hingegen abstrahieren. Sie können beides zugleich sein: überpositive Menschenrechte und positive Grundrechte. Soziale Rechte können zwar die Grundlage eines Gemeinwesens bilden. Sie können jedoch nur positiv existieren. Ihre menschenrechtliche Dimension beschränkt sich aufgrund der ihr eigenen Funktion auf ein Recht, überhaupt in Sozialbeziehungen aufzugehen. Die Art und Weise der sozialen Konstitution des Individuums kann das Menschenrecht nicht vorgeben, weil dazu zumindest das Vorhandensein einer universell wahren und ewigen Gesellschaft unterstellt werden müsste.¹¹⁶⁶ Die sozialen Menschenrechte können daher nur Staatstheorie, nicht aber Menschenrechtstheorie sein. Es gibt daher keine sozialen Menschenrechte, sondern nur das soziale Menschenrecht auf Zugang zu einer menschlichen Gemeinschaft. Dieses Menschenrecht auf Zugehörigkeit ist überpositiv nur postulierbar, da in einem präsozialen Zustand nicht die Zugangsbedingungen zu dieser oder jener Gesellschaft definiert werden können.

Anders und überzeugender begründet *Tugendhat* die sozialen Menschenrechte. Er geht von rein moralischen Rechten aus, die – weil sie universell gelten – zunächst alle Individuen einzeln verpflichten, die Rechte der anderen Menschen zu achten. Diese Verpflichtungen beziehen sich

1165 *Stern*, Idee der Menschenrechte, in: HStR IX, 2011, § 184 Rn. 117.

1166 In diese Richtung geht etwa *Rawls*, der die konkreten Verhältnisse einer Gesellschaft dann als „fair“ bezeichnet, wenn ihre Mitglieder in einem von ihrem konkreten gesellschaftlichen Zustand abstrahierenden Naturzustand darüber entscheiden, ob sie – in Unkenntnis ihrer eigenen Position in der konkreten Gesellschaft – die Verteilung von Gütern, Rechten und Pflichten als „gerecht“ beurteilen würden, *A Theory of Justice*, 1973, S. 164 f.

nach *Tugendhat* sowohl darauf, den abwehrrechtlichen Gehalt der Menschenrechte anderer zu respektieren, als auch darauf, den positiven menschenrechtlichen Verpflichtungen, deren Erfüllung anderen geschuldet wird, nachzukommen.¹¹⁶⁷ Da aber vor allem soziale Menschenrechte mit der Pflicht zum Aufbau sozialstaatlicher Einrichtungen korrespondieren, können sie von den Einzelnen in der Regel nicht allein erfüllt werden. Diese für den Einzelnen nicht erfüllbaren Pflichten treffen daher auf einer zweiten Ebene alle gemeinsam als Kollektiv.¹¹⁶⁸

Die Verpflichtung auf der zweiten Ebene hat nach *Tugendhat* ebenfalls ihren Ursprung in der Verpflichtung jedes Einzelnen, die Rechte der anderen durchzusetzen. Weil jedoch der Einzelne zu dieser Durchsetzung i.d.R. nicht in der Lage ist, verschiebt sich diese Pflicht „aushilfsweise“ auf die nächsthöhere Instanz.¹¹⁶⁹ Sie trifft damit Kollektive, primär institutionalisierte Gemeinschaften, die nicht notwendig staatlich verfasst sein müssen, aber häufig Staaten sind oder zumindest staatliche Funktionen wahrnehmen. Die Festlegung, wie weit die positive Verpflichtung reicht, sei wiederum von faktischen Erwägungen und moralischen Begründungen abhängig.¹¹⁷⁰ Damit folgt in der Logik *Tugendhats* aus einem universellen moralischen Recht auf bestimmte soziale Rechte letztlich die universelle moralische Verpflichtung, diese Rechte zu gewährleisten. Schließlich schreiben die sozialen Menschenrechte und auch die Bestandteile der klassisch-freiheitlichen Abwehrrechte, die der Gesamtheit Schutzpflichten für die Freiheiten des Individuums auferlegen, damit das Mindestprogramm der gesellschaftlichen Verfassung. Soziale Menschenrechte werden, da sie für alle Menschen universell gelten, zu einem moralischen Maßstab der minimal erforderlichen Ausgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse aus denen bei ökonomisch-empirischer Zumutbarkeit positive moralische Rechtspflichten resultieren. Diese Konzeption *Tugendhats* ist logisch haltbar, wenn man der Annahme folgt, dass alle Menschen unabhängig von ihrer Sozialisation abstrakt definierbare soziale Mindestbedürfnisse haben. Freilich lässt sich hinterfragen, wer eigentlich diese Mindestbedürfnisse

1167 *Tugendhat*, Vorlesungen über Ethik, 1993, S. 349.

1168 Ebd., S. 349 f.

1169 Ebd., S. 351; *Lohmann*, Soziale Menschenrechte, in: Kersting, Politische Philosophie, 2000, S. 351, 357.

1170 *Lohmann*, Soziale Menschenrechte, in: Kersting, Politische Philosophie, 2000, S. 351, 357.

definiert und wie sich beispielsweise das Recht auf „adequate housing“¹¹⁷¹ in allen Ländern der Welt universell begreifen lassen will.

Doch auf die Frage der Justiziabilität utopischer sozialer Mindeststandards soll hier nicht weiter eingegangen werden. Es geht vielmehr darum, die Diskussion um die sozialen Menschenrechte weg von einer sozialutopischen Programmatik zu führen. Was behauptet wird, ist nicht, dass es unmöglich ist, soziale Menschenrechte als moralische Postulate mit überfaktischer Begründung zu verstehen, die sodann den Aufbau eines spezifischen Gemeinwesens anleiten sollen. Es geht vielmehr darum aufzuzeigen, wie wenig sinnvoll der Gang auf diesem Weg ist, weil eine rein moralisch begründete Rechtsordnung letztlich nicht in der Lage ist, die Regulierung der Ökonomie durch Recht zu erklären.

Die Konstruktion von *Habermas* und *Alexy* schafft es auf der einen Seite, die sozialen Grundrechte nur als grundlegende Rechtsnormen einer bereits verfassten Gemeinschaft zu verstehen, und scheitert damit am universalen Geltungsanspruch der Menschenrechte. *Tugendhats* Verständnis vermag indes durch die rein moralphilosophische Begründung zwar die Universalität der Menschenrechte herzuleiten, scheitert aber insbesondere bei der Notwendigkeit ihrer positiven Umsetzung durch eine Gemeinschaft und kann sie daher nicht als soziale Teilhaberechte begreifen.¹¹⁷² Deshalb vernachlässigt *Tugendhat* politische Rechte vollständig und soziale Rechte werden nur als minimale Ansprüche auf Sicherung der Existenzbedingungen und nicht als Problem der Verteilungsgerechtigkeit erfasst.¹¹⁷³

1171 Art. 11 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, BGBl. II 1973, 1569.

1172 Zur Kritik an *Habermas* und *Tugendhat*: *Lohmann*, Menschenrechte zwischen Moral und Recht, in: Gosepath/ders., Philosophie der Menschenrechte, 1998, S. 62, 67 und passim.

1173 „Die moralische Perspektive darf ja nicht so verstanden werden, daß die Interessen der Nichtbetroffenen und Betroffenen zu einem Ausgleich, einem Kompromiß zu bringen wären – das wäre ein kontraktualistischer Standpunkt –, sondern auch der Nichtbetroffene urteilt, indem er den moralischen Standpunkt einnimmt, daß den von einem Mißgeschick Betroffenen geholfen werden muß.“ *Tugendhat*, Vorlesungen über Ethik, 1993, S. 353. Damit wird letztlich die Idee des sozialen – weil nur relativ begründbaren – Rechts über Bord geworfen.

2. Das Problem der Souveränität als widerstreitendes metaphysisches Konzept

Es ist nötig, sich vom universellen Geltungsanspruch vieler einzelner sozialer Rechte zu verabschieden und zugleich die universelle Geltung eines Anspruchs, in ein Gemeinwesen zu gehören, zu betonen. Der Menschenrechtsuniversalismus ist ein metaphysisches Konzept, das der mehr oder weniger messbaren Realität übergeordnet ist. Damit ist er nicht allein. Die Souveränität des Staates ist ein gleichsam metaphysisches Konstrukt, das dem Gedanken universeller Menschenrechte diametral gegenübersteht. Dies nicht nur, weil die Souveränität einen Staat und ein an ihn angeschlossenes Recht konstruiert, der, da sich viele Staaten die Oberfläche des Planeten teilen, notwendigerweise auf bestimmte Menschen begrenzt bleibt. Die Souveränität erfüllt für den Sozialstaat, der sich der Maximierung des Glücks seiner Bürger verschrieben hat, auch einen nicht zu unterschätzenden ökonomischen Zweck. Ein Staat, der das Wohl der ihm Zugehörigen zum Staatszweck erhebt, stellt das Wohl der seinen über das der anderen, mit denen er sonst in Berührung kommt. Die historische Erfahrung zeigt, dass der Wohlfahrtsstaat mit dem Nationalstaat symbiotisch verbunden war. Der Nationalstaat ist dabei nicht die einzige denknötwendige Kategorie der Verfasstheit des Sozialstaats. Der Sozialstaat ist aber in jedem Fall ein Staat, der seine Verantwortlichkeit in Abhängigkeit von historisch kontingenten Definitionsmodi auf bestimmte Personengruppen begrenzt. Die Verantwortlichkeit des Sozialstaats kann dabei sowohl metaphysisch als auch ökonomisch begründet und entsprechend erweitert und eingeschränkt werden. Zugehörigkeit unterteilt sich in souveräne und ökonomische Zuordnungen, die einem komplexen Wechselspiel unterliegen. In jedem Fall aber dient die Abgrenzung nach souveränen Kriterien auch der Funktionserhaltung des Sozialstaats selbst.

Im zweiten und insbesondere auch im dritten Kapitel der Arbeit wurde herausgestellt, dass dem Diskurs um die Souveränität dabei nie die völlige Überformung des Sozialstaats mit seinen metaphysischen Postulaten gelungen ist. Es ging vielmehr um die Vereinnahmung des Ökonomischen für das Souveräne und umgekehrt des Souveränen für das Ökonomische. Selbst der nationalsozialistische Staat musste auf die Nützlichkeit und die Effektivität Rücksicht nehmen. Wenn es demnach dem historisch starken metaphysischen Diskurs um die partikularistisch-souveräne Herrschaftsbe gründung nicht gelang, den Sozialstaat von der Welt des Faktischen zu entkoppeln, dann besteht kein triftiger Grund zu der Annahme, dass es

einem universalistisch-menschenrechtlichen Diskurs gelingen wird. Dies vor allem deshalb, weil der Universalismus zwar für die Begründung moralischer Normen überzeugend sein mag, er sich aber schon im Ansatz nicht für die Verfolgung positiver wirtschaftlicher Interessen eignet, die in einer Welt der knappen Güterverteilung zwangsläufig Partikularinteressen sind. Will man keinen fantastischen Weltsozialstaat konstruieren, dann ist nicht ersichtlich, wie sich die von Sozialstaaten organisierte Umverteilung von Reichtum und Risiken universalisieren lassen soll.¹¹⁷⁴

Nun lässt sich alldem entgegenhalten, dass die hier in Rede stehenden sozialen Menschenrechte auch gar keinen solchen Staat der Weltgerechtigkeit begründen wollen, sondern lediglich sicherstellen sollen, dass alle Menschen ein gewisses Mindestmaß an sozialem Schutz genießen. Dieses Ziel ist jedoch, wie die Vertreter der sozialen Menschenrechte selbst zugeben müssen, nur innerhalb einer bereits verfassten Gesellschaft zu erreichen.¹¹⁷⁵ Soziale Menschenrechte sind damit Staatszielbestimmungen oder Vorgaben für den Bau einer Gesellschaft. Weshalb sie deshalb aber als individuelle unabdingbare Ansprüche konstruiert und mit der Sprache eines Rechts transportiert werden, die auf einen universell justiziablen Charakter hindeutet, bleibt unverständlich.

1174 *Becker*, The Challenge of Migration, in: Benvenisti/Nolte, The Welfare State, 2004, S. 1, 24 f. *Gosepath* begründet soziale Menschenrechte mit einer an *Rawls* und *Dworkin* angelehnten Verteilungsgerechtigkeit, der zufolge Ungleichverteilungen nicht nur innerhalb einer Gesellschaft, sondern auf der ganzen Welt bezogen auf alle Menschen rechtfertigungsbedürftig sind. Diese Begründung sozialer Menschenrechte ist theoretisch mit der Grundlegung sozialer Rechte vereinbar, weil sie den relationalen Charakter des Sozialrechts wahrt. Zu Begründungen, in: ders./Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, 1998, S. 146, 173 und passim. Dabei befindet sich *Gosepath* aber letztlich auf dem Weg zur Schaffung eines utopischen Weltsozialstaats, wenngleich er diese Konsequenz verneint, ebd. S. 179. Denn selbst die nur moralische Hinterfragung der weltweiten Güterverteilung schafft ein an Haftungsfragen ausgerichtetes politisches Weltbewusstsein. Sollen die nach Verteilungsgerechtigkeit strebenden sozialen Menschenrechte auch juristisch und nicht nur moralisch verstanden werden, so ist die Schaffung einer umverteilenden Instanz ohnehin die logische Folge.

1175 *Eichenhofer*, Soziale Menschenrechte, 2012, S. 204.

3. Das Problem der faktischen Begründung sozialer Rechte

Das Sozialrecht setzt die Souveränität strategisch ein, um die Grundlage seiner eignen Ökonomie zu festigen. Ebenso setzt die Souveränität das Sozialrecht ein, um sich der Grundlagen ihres eigenen Diskurses zu vergewissern. Das Kernproblem, das einer tatsächlichen Universalisierung sozialer Rechte entgegensteht, ist jedoch nicht der tradierte Diskurs um die Souveränität. Das Kernproblem ist die rein rechtstatsächliche Funktionalität des Sozialrechts selbst, die mit einer Universalisierung unvereinbar ist. Diese Rechtstatsächlichkeit ist im Grunde ökonomisch und deshalb ist die Souveränität gerade dort das größte Hindernis für eine Universalisierung sozialer Rechte, wo sich ihr Diskurs mit dem der wohlfahrtsstaatlich-partikularistischen Ökonomie verbindet.

Das Sozialrecht regelt die Verantwortlichkeiten innerhalb einer Gesellschaft. Es ist im Kern Haftungsrecht.¹¹⁷⁶ Damit ist es nicht von den konkreten gesellschaftlichen Verhältnissen abstrahierbar. Es sucht und findet seinen Platz in der Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse. Dabei ist das Sozialrecht der Moral gegenüber nie indifferent. Es ist immer auch in einer überpositiven Moral begründet und kann moralische Vorstellungen – insbesondere solche über die Strukturierung einer Gesellschaft – in der Rechtswirklichkeit umsetzen. Die Möglichkeiten dieser Umsetzung sind aber immer faktisch begrenzt. Das Sozialrecht hat immer die konkreten Interessen von Gesellschaftsmitgliedern und das Gemeinwohl zum Gegenstand. Weder die Interessen der Gesellschaftsmitglieder noch das Gemeinwohl lassen sich abstrakt verallgemeinern und für eine jede beliebige Gesellschaft für gültig erklären. Sie sind daher einer überpositiven Ausgestaltung nicht zugänglich. Dies gilt selbst für den Fall, dass das Sozialrecht einer partikularistischen Moralordnung – wie dem Nationalsozialismus – dienstbar gemacht wird, die moralische Normen nur gegenüber einer bestimmten Gruppe von Menschen begründet. Denn das Sozialrecht ist immer von kontingenten sozioökonomischen Bedingungen abhängig, d.h. nicht nur seine Regelungsgegenstände, sondern auch seine Regelungszwecke liegen immer im Faktischen. Da der Zweck sozialer Rechte immer auch in der Tatsächlichkeit zu suchen ist, sind sie auch aus dem Faktischen heraus begründet. Ihre Genese ist eine Verbindung von Moral und Ökonomie, was wiederum dem Faktischen Normativität verleiht. Die Faktizität

1176 Vgl. oben S. 71 und passim und 80 und passim.

spielt sich nach der Idee des sozialen Rechts zwischen Mitgliedern verfasster und in gewisser Weise abgegrenzter Gesellschaften ab und ist stets wandelbar. Diese Abgrenzung ist für die Entwicklung des Sozialrechts unabdingbar, da die soziale Norm nur durch Beobachtung einer Gruppe gewonnen werden kann.¹¹⁷⁷ Das Sozialrecht will und kann keine self-evident-truths erklären, weil es nicht die eine Lösung einer Haftungsproblematik gibt, die sich auf alle denkbaren Gesellschaften übertragen ließe und darüber hinaus zeitlich unbegrenzt gültig wäre. Der als soziales Wesen verstandene Mensch ist nicht von der Gesellschaft losgelöst denkbar.

III. Von den sozialen Menschenrechten zum Menschenrecht auf ökonomische Zugehörigkeit

Ist es demnach wenig aussichtsreich und wenig sinnvoll die Sozialbeziehungen eines jeden Menschen a priori zu definieren, so lässt sich aber aus der Natur und Geschichte des Menschen die Notwendigkeit ableiten, überhaupt in Sozialbeziehungen zu existieren. Postuliert man daraus eine self-evident-truth in dem Sinne, dass es ein Recht auf Mitgliedschaft in einer menschlichen Gemeinschaft gibt, so ergibt nicht die Rede von sozialen Menschenrechten, aber die von dem sozialen Menschenrecht einen Sinn.

Das soziale Menschenrecht ist demnach ein Recht auf Zugehörigkeit, das sich in Fortentwicklung von *Arendts* Recht, Rechte zu haben verstehen lässt.¹¹⁷⁸ Vor dem Hintergrund der in dieser Arbeit beschriebenen Geschichte der sozialen Rechte in der Sozialversicherung lassen sich soziale Rechte als Ausdruck eines Zugehörigkeitskompromisses zwischen Souveränität und Ökonomie verstehen. Daran anschließend wird vorgeschlagen, die Ökonomie als vorrangige Methode der Öffnung und Begrenzung des sozialen Raums zu begreifen (1.). Das soziale Menschenrecht auf Zugehörigkeit muss nach dem hier vorgeschlagenen Konzept vor allem dort artikuliert, eingefordert und umgesetzt werden, wo sich der Souveränitätsdiskurs mit dem sozioökonomischen Anliegen des Sozialrechts verbindet und dadurch letztlich zu faktisch und rechtlich implementierten Objektstellungen von bestimmten Gruppen führt, die nie das Ergebnis sozioökonomi-

1177 *Ewald*, Norms, Discipline and the Law, in: *Post, Law and the Order of Culture*, 1991, S. 154 f.; vgl. auch oben S. 94 f.

1178 *Arendt*, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, in: *Menke/Raimondi*, *Die Revolution der Menschenrechte*, 2011, S. 394, 401.

scher Prozesse, sondern Ausdruck eines metaphysischen Konstrukts sind. Das Recht auf ökonomische Zugehörigkeit ist damit ein Recht auf Zugehörigkeit im Rahmen der Ökonomie, das die Funktion hat, den Einfluss der Souveränität zurückzudrängen und zugleich die sozioökonomische Verfasstheit einer begrenzten Gesellschaft zu respektieren (2.).

1. Die Ökonomie als Methode der Öffnung und Begrenzung des sozialen Raums

Die Geschichte der sozialen Rechte zeigt, dass Fremde vor allem dann in den Genuss sozialer Rechte kommen, wenn dies als nützlich für die bereits bestehende Gesellschaft angesehen wird. Utilitaristische Argumente fungieren demnach als Türöffner des Sozialstaats. Dies lässt sich im sozialpolitischen Bilateralismus ebenso beobachten wie bei der Schaffung eines Binnenmarktes durch die EU. Die Nützlichkeit sollte als Leitlinie für das Verständnis des sozioökonomischen Mechanismus der Öffnung und Abschließung einer Gesellschaft dienen. Das Kriterium der Nützlichkeit für die Gesellschaft darf jedoch dabei nicht so verstanden werden, dass die Fremden nur insoweit zu Berechtigten werden, wie dies für die Eigenen dienlich ist. Denn genau dies perpetuiert den Diskurs um die Souveränität. Der Souveränitätsdiskurs folgt historisch kontingenten Definitionsmodi wie Nationalität, Rasse, Herkunft oder Religion. Bei den souveränen Grenzziehungen geht es immer um die Schaffung von Differenz, die auf eine herrschaftslegitimierende Ratio bezogen ist. Demgegenüber ist das soziale Recht im Faktischen verankert und hat den gesellschaftlichen Risikoausgleich zum Ziel. Dem Sozialrecht geht es im Grunde zunächst nicht um die Herstellung einer Gemeinschaft oder um die Schaffung von Identität. Das Sozialrecht kümmert sich im Kern um die Verwaltung von Lebensrisiken, die aus Gründen der Effizienz und Effektivität auf die Allgemeinheit oder korporative Institutionen übertragen werden.

Das Problem des Sozialrechts ist dabei aber, dass es stets mit dem Diskurs um die Souveränität verbunden war und stets auch gemeinschaftsstiftende Funktionen übernahm. Es manifestierte, wie in dieser Arbeit gezeigt, beispielsweise nationalistische Grenzziehungen. Zugleich war das am allgemeinen Nutzen orientierte soziale Recht aber auch ein Mechanismus, der diese Grenzziehungen durchbrechen konnte. Denn das Argument der Nützlichkeit vertrug sich nie völlig mit den idealisierten Grenzziehungen des Souveränitätsdiskurses. Besonders bedrohlich wirken jene Phasen

der Geschichte, in denen der Einfluss des Souveränitätsdiskurses auf die sozialen Rechte am größten war. Aus der Geschichte des Sozialrechts zu lernen, heißt in diesem Fall den Einfluss des Souveränitätsdiskurses, der sich meist in metaphysischen Begründungen für Grenzziehungen zwischen Menschen verliert, zurückzudrängen. Insofern kann ein Menschenrecht auf soziale Zugehörigkeit dazu beitragen, die sozialen Rechte des Menschen in den Vordergrund zu stellen. Dies ist jedoch nur möglich, indem dieses Menschenrecht den Menschen, dem es zu dienen bestimmt ist, auch als soziales Wesen und nicht als abstraktes Individuum wahrnimmt.

2. Das soziale Menschenrecht als Recht auf Zugang im Rahmen der Ökonomie

Das soziale Menschenrecht ist deshalb ein Menschenrecht, das einerseits den Anspruch eines jeden Individuums, gleichberechtigter Teil einer Gesellschaft zu sein, anerkennt und andererseits die Interessen der Gesellschaft zur Geltung bringt. Als soziales Recht ist es notwendigerweise relativ. D.h. der Status, den eine Gesellschaft einem Mitglied – auch einem neuen Mitglied – einräumt, kann nicht abstrakt bestimmt werden, sondern muss sich aus den Regeln dieser Gesellschaft selbst ergeben. Zugehörigkeit ist, um bei *Jellinek* zu bleiben, nicht definierbar. Soziale Mindeststandards, die als Menschenrechte kodifiziert werden, tun letztlich genau das. Sie geben – wenngleich innerhalb der Möglichkeiten der Staaten – eine Mindestsozialverfassung vor, die nicht aus den Regeln und Bedürfnissen der Gesellschaft selbst, sondern aus einem überpositiv gesetzten Dogma folgen.¹¹⁷⁹ Soziale Mindeststandards definieren damit eine Minimalzugehörigkeit und sind damit letztlich nur eine Doktrin einer guten Herrschaft.

Demgegenüber sollte ein sozial verstandenes Menschenrecht die Möglichkeiten und Grenzen des Zugangs zu einer Gesellschaft zum Gegenstand haben. Denn Zugehörigkeitskonstruktionen lassen sich nicht überstaatlich, d.h. abstrakt von einer konkreten Gesellschaft, bestimmen. Die

1179 Wegen der Relativität sozialer Rechte, die sie von bürgerlich-politischen Rechten unterscheidet, will ihnen *Marauhn* vornehmlich eine prozedurale Rolle zuschreiben, die das Individuum in die Lage versetzen, vom Staat Maßnahmen zur Durchsetzung sozialer Rechte verlangen zu können, ohne jedoch einen Anspruch auf ein bestimmtes Ergebnis dieser Maßnahmen zu haben, *Social Rights Beyond*, in: Benvenisti/Nolte, *The Welfare State*, 2004, S. 275, 317 und passim.

Aufgabe des sozialen Menschenrechts ist es dann, die Zugangsvoraussetzungen und Zugangsbedingungen, die eine Gesellschaft für die Aufnahme Fremder stellt, an der Vereinbarkeit mit dem Prinzip des sozialen Ausgleichs zu messen und den Einfluss souverän-metaphysischer Grenzen zu minimieren. Denn souveräne Grenzen sind nicht zweckbedingt, sondern überpositiv konstruiert. Sie führen damit zu künstlichen Unterteilungen der Gesellschaft in mehr oder weniger Berechtigte. Künstlich sind diese Unterteilungen deshalb, weil sie nicht die sozioökonomische Position eines Gesellschaftsmitglieds widerspiegeln, das nach seiner empirisch bestimmten Position in der Gesellschaft mehr oder weniger bzw. diese oder jene Rechte erhält. Aufgabe eines sozialen Menschenrechts muss es sein, solche metaphysischen Grenzen in Frage zu stellen.

In dieser Hinsicht ist das soziale Menschenrecht ein Recht, Rechte zu haben im Sinne *Arendts*. *Arendt* entwickelte die Idee des Rechts, Rechte zu haben vor dem Hintergrund der massenhaften Vertreibungen und des Problems der displaced persons während und nach dem Zweiten Weltkrieg.¹¹⁸⁰ Sie bezog sich dabei vor allem auf die Existenzberechtigung des Menschen in einer politischen Gemeinschaft. Der Verlust dieser Existenzberechtigung war für *Arendt* vor allem ein „Verlust der Relevanz“, der dadurch zu Tage trat, dass ein Mensch nicht mehr in einem gemeinschaftlichen Beziehungssystem bewertet, sondern als außerhalb dieses Systems stehend, ohne an eigenen Handlungen gemessen zu werden, in einen bestimmten unveränderlichen Status verbannt wurde.¹¹⁸¹

Das Recht *Arendts*, in einer politischen Gemeinschaft zu existieren, d.h. zumindest einer Souveränität zugeordnet zu sein, lässt sich durchaus auf das soziale Recht übertragen. Es bedeutet dann, in zumindest einer sozioökonomischen Gemeinschaft zu existieren, d.h. zumindest eine ökonomische Zugehörigkeit zu besitzen. Es nimmt den Menschen allerdings nicht vornehmlich als politischen Menschen, sondern als sozialen Menschen wahr. Es geht daher nicht um den Schutz vor Staatenlosigkeit, sondern um den Schutz vor Gesellschaftslosigkeit. Diese Gesellschaftslosigkeit liegt dann vor, wenn ein Mensch entweder in keiner Gesellschaft soziale Rechte geltend machen kann oder er aber – und das dürfte der wichtigste Anwendungsfall sein – in einer Gesellschaft als soziales Wesen nur soweit anerkannt ist, wie es dem Nutzen eines souverän definierten Staatsvolks

1180 *Arendt*, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, in: Menke/Raimondi, Die Revolution der Menschenrechte, 2011, S. 394, 401.

1181 Ebd.

dient und nicht weil er selbst als gleichberechtigter Teil der sozioökonomischen Verteilungsprozesse geachtet wird.¹¹⁸² Das soziale Menschenrecht ist damit primär ein sozioökonomischer Achtungsanspruch.¹¹⁸³

Das soziale Recht stellt für die Regelungen der Außenbeziehungen einer Gesellschaft grundsätzlich andere Fragen als das souveräne Recht. Das souveräne Recht fragt in herrschaftsbegründender Manier nach dem *warum*. Das soziale Recht, das die ökonomische Zugehörigkeit konstruiert, fragt nach dem *was*. Denn nur die Frage danach, was ein Mensch zu einer Gesellschaft beitragen kann und will lässt einen Rückschluss auf seine Nützlichkeit für die Gesellschaft zu, die nach der zweckrationalen Ausrichtung des Sozialrechts ein legitimes Kriterium für die Beurteilung seiner Zugangsmöglichkeiten ist. Befindet die Gesellschaft, dass ein Nicht-Zugehöriger zu einer bestehenden Gesellschaft beitragen kann und nimmt ihn auf, dann kann er auch den gleichen sozialen Schutz erwarten, der den bisherigen Gesellschaftsmitgliedern zu Teil wird. Das ist die Kernidee des Sozialrechts, einen Menschen nach seinen tatsächlichen Verhältnissen zu behandeln und nicht aufgrund einer überpositiv begründeten Ratio in diese oder jene Kategorie einzuteilen.

Damit ist nicht gesagt, dass überpositive und damit moralische Begründungen nicht auch den Zugang zu einer Gesellschaft regeln können und sollten. Dabei muss man aber im Auge behalten, dass derartige Zugangsbedingungen, wie sie etwa im heutigen Asylrecht und in der Genfer Flüchtlingskonvention geregelt sind, eine souveräne Rationalität besitzen. Denn letztlich machen sie den Verstoß gegen bestimmte Herrschaftsvorstellungen (z.B. politische Verfolgung oder Folter) zur Zugangsvoraussetzung, die in einer lediglich abstrakten Moral begründet sind. Sie fragen nur nach dem *warum* und können damit nicht auf die faktische Verfasstheit einer Gesellschaft Rücksicht nehmen, die nur über bestimmte Aufnahmekapazitäten und Aufnahmebedarfe verfügt. Damit gerät auch die Integrationsperspektive desjenigen, der Zugang begehrt, aus dem Blick.

1182 Ebenfalls an *Arendts* Überlegungen anschließend begründet *Janda* das Entstehen von sozialen Rechten mit einer tatsächlichen Verbindung zu einer Sozialrechtsordnung, aus der dann soziale Rechte hervorgehen, Vor dem Gesetz, in: Devetzi/dies., Freiheit – Gerechtigkeit – Soziales Recht (FS Eichenhofer), 2015, 246, 267 und passim.

1183 Vgl. *Kirste*, Vom status subiectionis, in: Pfordten/Kähler, Normativer Individualismus, 2014, S. 177, 191.

Viel spricht daher dafür, moralische und ökonomische Aspekte aufeinander abzustimmen und dabei weder das Eine noch das Andere völlig aus den Augen zu verlieren.

Was den Zugang zu einer Gesellschaft angeht, kann die Aufgabe eines sozialen Menschenrechts nur sein, die Zugangsbedingungen nach dem Kriterium der Nützlichkeit für die bereits verfasste Gesellschaft zu beurteilen.

Sobald der Zugang – gleich ob aufgrund eines moralischen oder eines sozialen Anspruchs – gewährt wurde und tatsächliche Verbindungen zu einer Sozialrechtsordnung bestehen, muss das soziale Menschenrecht dafür sorgen, dass souveräne Grenzziehungen innerhalb einer Gesellschaft minimiert werden. Es hat daher den Zweck, das Wesen des Sozialrechts selbst zu schützen. Es schützt gleichsam einen Menschen, der in seiner Rechtspersönlichkeit die tatsächlichen sozialen Beziehungen zu seiner Umwelt spiegelt.

