

III. Materiale Grundrechtsgehalte

Der Grundrechtekatalog im Grundgesetz beschränkt sich auf klassisch liberale Grundrechte. Trotz dieser Beschränkung lässt sich seit der Nachkriegszeit die Entwicklung verschiedener Grundrechtfunktionen beobachten, die über ein rein formales Grundrechteverständnis hinausgehen und sich mit dem Begriff der Materialisierung fassen lassen.¹⁹⁴ Diese Entwicklung reagiert auch auf die Kritik an einer liberalen Freiheitsordnung und deren relativer Blindheit für die materiellen Voraussetzungen grundrechtlicher Freiheit und Gleichheit. In der liberalen Freiheitskonzeption drohe Ungleichheit, so die Kritik, in Unfreiheit umzuschlagen, weshalb die materialen Voraussetzungen als Teil grundrechtlicher Freiheit selbst gedacht werden müssten.¹⁹⁵ E.W. Böckenförde sieht in der Idee sozialer Grundrechte daher eine sachlogische Konsequenz veränderter gesellschaftlicher Bedingungen: »Sie ist Ausdruck dafür, daß die Freiheit nicht mehr *vor* sozialen Einbindungen und Rechtsbeziehungen, als Bereich von Autarkie, sondern *in* solchen Einbindungen und Rechtsbeziehungen ihre Wirklichkeit hat und erhält.«¹⁹⁶

Als Teil eines grundrechtlichen Materialisierungsprozesses sollen im Folgenden Ansätze sozialer Grundrechte im Hinblick auf die Adressierbarkeit von Klasse rekonstruiert werden. Dafür sind drei Entwicklungen in der Grundrechtsdogmatik maßgeblich: die Materialisierung des Eigentums und die Einbeziehung von Sozialversicherungsansprüchen in den Schutzbereich von Art. 14 GG, die Egalisierung des Rechtsschutzes über Art. 3 Abs. 1 GG sowie das aus der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum.

Das Thema der sozialen Gleichheit anhand sozialer Grundrechte hat Ulrike Davy ausführlich in ihrem Referat für die Staatsrechtslehrertagung im Jahr 2008 diskutiert. Sie hat dafür die bundessozialrechtliche und verfassungsrechtliche Rechtsprechung, die auf die Gesetzgebungsprogramme der rot-grünen Agenda 2010 folgten, in den Bereichen der Altersvorsorge, der gesetzlichen Krankenversicherung und der Grundsicherung untersucht und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass es dem deutschen Verfassungsrecht an einem Sensorium für soziale Ungleichheit fehlt. Sie geht außerdem davon aus, dass der »verfassungsrechtliche Standard« sich gegenwärtig

194 Dazu umfassend Wrase, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, insbes. Teil D.

195 Ebenda; Häberle, in: VDStRL, Grundrechte im Leistungsstaat; Grimm, in: Hassemer, Grundrechte und soziale Wirklichkeit; Grimm, in: ders., Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?

196 Böckenförde, in: ders./Jekewitz/Ramm, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, S. 9.

unterhalb des ehemaligen Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) befindet.¹⁹⁷ Leistungskürzungen oder Leistungsausschlüsse können verfassungsrechtlich kaum Grenzen gesetzt werden, so Davy, da Finanzierungsargumente regelmäßig die grundrechtliche Position überbieten. Auf Schutzbereichsebene seien existenzsichernde Rechte zum Teil zwar anerkannt, sie könnten sich jedoch nicht auf der Rechtfertigungsebene durchsetzen.

Im Folgenden wird zunächst die Entwicklung von einem abwehrrechtlichen zu einem materialen Grundrechteverständnis nachgezeichnet (1.), um anschließend der Thesen Davys anhand drei grundrechtlicher Dimensionen – Abwehr (2.), Gleichheit (3.), Leistung (4.) – näher nachzugehen.

1. Genese materialer Grundrechtsgehalte

1.1 Kritik des liberalen Grundrechteverständnisses

In der Wissenschaft haben die staatsbegrenzende Funktion der liberalen Grundrechte und die damit verbundene bürgerliche Freiheitsordnung immer wieder zu Diskussionen über »das richtige« Grundrechtsverständnis geführt.¹⁹⁸

Als Ausdruck eines liberalen Freiheitsverständnisses stellte Carl Schmitt in seiner Verfassungslehre ein Verteilungsprinzip auf, nach dem die Freiheit der einzelnen Individuen grundsätzlich unbeschränkt bestehe, staatliche Akteure demgegenüber prinzipiell beschränkt seien.¹⁹⁹ Dieses individualisierende Freiheitsverständnis als ein abstrakt-negatives ist zunehmend in die Kritik geraten.²⁰⁰ Im Kern lautet der Vorwurf, dass, wie eingangs in Marx Auseinandersetzung mit den Menschenrechtserklärungen der Französischen Revolution beschrieben, eine liberale Grundrechtskonzeption die ungleiche Verteilung ökonomischer Macht nicht problematisiere, oder – etwas weniger scharf formuliert – blind gegenüber den materialen Voraussetzungen grundrechtlicher Freiheit sei.

197 Davy, in: VDStRL, Soziale Gleichheit, S. 175 f.; aktualisierte und gekürzte Neuveröffentlichung Davy, ZSR 2010, 295.

198 Hoffmann-Riem, in: Bäuerle u.a., Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?; Dreier, Dimensionen der Grundrechte, S. 41 ff.

199 Schmitt, Verfassungslehre, S. 126, 159.

200 Mit verschiedenen Akzenten: mit Fokus auf der Freiheitsermöglichung Dreier, Dimensionen der Grundrechte; sozialstaatlich Grimm, in: ders., Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?; zu Schutzpflichten und Dreieckskonstellationen Wahl/Masing, JZ 1990, 553; prozedural Vesting, in: Grabenwarter u.a., Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus.

Vertragsfreiheit, Eigentum und formale Rechtsgleichheit sichern eine Wirtschafts- und Sozialordnung, in der die Freiheit der ökonomisch Starken gewährleistet sei und über das Erbrecht familiär weitergegeben werde, Besitzlose aber auf die Schaffung von staatlichen Institutionen zur Freiheitsrealisierung angewiesen seien. Daher erlaube das liberale System infolge der Privatautonomie, so Dieter Grimm, die Akkumulation gesellschaftlicher Macht und produziere kontinuierliche Freiheitsgefahren. In diesem Sinne sei es freiheitlich prekär bzw. grundrechtliche Freiheit drohe leer zu laufen.²⁰¹

Die Kritik am liberalen Grundrechteverständnis hat Peter Häberle auf den polemischen Begriff des Eingriffs- und Schrankendenkens gebracht.²⁰² Bernhard Schlink greift diesen Begriff wieder auf und argumentiert für die Rehabilitierung dieses Modells. Dennoch sieht er durchaus, dass abwehrrechtlich konzipierte Grundrechte zu einer Reihe von Fallstricken und politischen Instrumentalisierungen, wie etwa die Naturalisierung rechtlich vermittelter Institutionen (Markt, Geld, Eigentum), sowie zu einer Invisibilisierung gesellschaftlich vermittelter Machtpositionen führen können. Daher bestehe die Gefahr, dass ein klassisches Grundrechtsverständnis und die damit verbundene Idee einer naturwüchsigen, vorstaatlichen Freiheit zur Sicherung gesellschaftlicher Besitzstände und Machtansprüche beitrage und dass nicht der gesellschaftliche Status quo, sondern dessen Transformation unter grundrechtlichen Rechtfertigungsdruck gerate. Er argumentiert dennoch für dieses Modell, gerade in Abgrenzung zu einer wertbasierten Grundgesetzinterpretation der 1950er Jahre, da zwar die Transformation des Status quo rechtfertigungsbedürftig, jedoch nicht unrechtfertigbar sei. Als Lösung schlägt Schlink die Integration der neuen Grundrechtsfunktionen in das abwehrrechtliche Verständnis vor.²⁰³

Hinter der Diskussion um ein erweitertes Grundrechteverständnis stehen zwei verschiedene Verständnisse von Verfassung, die sich um die Frage drehen, ob es sich bei einer Verfassung um eine rechtsstaatliche

201 Grimm, in: ders., *Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?*, S. 229. Mit der Forderung nach einer sozialwissenschaftlich informierten Grundrechtstheorie Grimm, in: Hassemer, *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, S. 53 ff.; mit einer institutionell-sozialstaatlichen Deutung der Grundrechte Häberle, in: *VDStRL, Grundrechte im Leistungsstaat*.

202 Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, S. 3, 163 ff.

203 Schlink, *EuGRZ* 1984, 457 (463 ff.). Für einen engen nicht-traditionellen Eingriffsbegriff Lübke-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, S. 72 ff., 150 ff., 205 ff.; für ein reflexives Abwehrrechtsverständnis in mehrpoligen Grundretekonnstellationen Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, S. 315 ff.; Callies entwickelt einen Vorschlag für die Prüfung von Schutzpflichten Callies, in: Merten/Papier, § 44 Schutzpflichten, S. 974 ff., 979 ff.

Rahmenordnung oder eine materiale Grundordnung handelt.²⁰⁴ Als formale Rahmenordnung beschränkt sich die Verfassung auf die Begründung und Ausgestaltung der staatlichen Institutionen und den schrankenziehenden Grundrechten. Auf diese Weise soll die Verfassung eine Garantiefunktion für individuelle Freiheit und gesellschaftliche Autonomie übernehmen und auf die rechtliche Ausgestaltung der Beziehungen der als Marktteilnehmer*innen konzipierten Bürger*innen durch programmatische Direktiven verzichten. Gesellschaftliche Autonomie wird hier allein über ein negativ konzipiertes Freiheitsverständnis und diese respektierende Institutionen gesichert.

Als materiale Grundordnung verstanden geht eine Verfassung über die technische Seite der Staatsorganisation und des Grundrechtesschutzes hinaus und formuliert Richtlinien für alle Lebens- und Rechtsbereiche. In dieser Konzeption wird dem Staat die zentrale Garantenrolle für die aktive Gestaltung und Verwirklichung der Freiheits- und Gleichheitsvoraussetzungen entsprechend eines positiven Freiheitsverständnisses zugeschrieben. Ein solches Verfassungsverständnis zielt folglich auf eine umfassende Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, also auf die Ausrichtung der gesamten Rechtsordnung auf die Verfassung. Im Gegensatz zum ersten Verständnis kommt der Verfassungsgerichtsbarkeit in diesem Modell eine stärkere Position zu, da sie über die Konkretisierung der materiellen Verfassungsvorgaben im Einzelfall wachen kann; insbesondere kann sie über die Kontrolle der Fachgerichte ihren Zugriff auf das einfache Recht ausweiten und den Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung einschränken.²⁰⁵

1.2 Böckenfördes Kritik

In der Wissenschaft wurde die Herausbildung von materialen Grundrechtsgehalten insbesondere von E. W. Böckenförde nachverfolgt und kritisch kommentiert. In seiner Kritik der sozialstaatlich-institutionellen Grundrechtsinterpretation von Peter Häberle zeigt sich dies exemplarisch.²⁰⁶ Um reale Freiheit zu gewährleisten, stellen Grundrechte für Häberle auch verfahrensrechtlich-orientierte Teilhabe- und Leistungsrechte

²⁰⁴ Für eine formale Position *Böckenförde*, in: ders., Grundrechte als Grundsatznormen, S. 193 ff., 198; für eine materiale Position *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, S. 53 ff.; *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit.

²⁰⁵ *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, S. 25 f., 33 f.

²⁰⁶ *Böckenförde*, in: ders., Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, S. 136 ff.; *Böckenförde*, in: ders./Jekewitz/Ramm, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, S. 12 f.; *Böckenförde*, in: ders., Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht.

dar. Damit geht es Häberle nicht primär darum, originäre Leistungsrechte zu vermitteln, sondern darum, die staatliche Verpflichtung zu begründen, Verfahren für die Entstehung von Ansprüchen gesetzlich zu regeln und damit Grundrechtsträger*innen prozessorientiert einzubinden. Grundrechte als Leistungsrechte sind für ihn daher objektive Verfassungsaufträge oder Maßgabengrundrechte, die nur im Ausnahmefall in echte Leistungsrechte umschlagen.²⁰⁷

Auch wenn Böckenförde die Kritik an einem liberalen Grundrechtsverständnis nachvollziehen kann, sieht er in einer objektiv-rechtlichen Grundrechtsinterpretation, wie sie Häberle vorschlägt, die Gefahr einer generellen Abwertung der Grundrechte zu bloßen Verfassungsaufträgen. Es drohe ein Verlust an Normativität sowie die Juridifizierung politischer Auseinandersetzungen. In Anschluss an seinen Lehrer Carl Schmitt verwendet Böckenförde den Begriff des Jurisdiktionsstaats, in welchem Verteilungsfragen dem demokratischen Prozess entzogen und durch eine übermächtige Verfassungsgerichtsbarkeit beantwortet werden. Politik sei dann nur noch Ausführungsvollzug.²⁰⁸

Böckenförde selbst sieht die liberale Grundrechtstheorie durch das Sozialstaatsprinzip als ausreichend modifiziert an. Die Blindheit dieser sei daher relativiert: »Der Staat ist zur Intervention in die ›freien‹ gesellschaftlichen Abläufe gehalten, zur fortdauernden Relativierung der in der Gesellschaft immer neu entstehenden sozialen Ungleichheit, darüber hinaus auch zur (globalen) Steuerung der gesellschaftlichen Entwicklung und des gesellschaftlichen Wohlstands als der (sozialen) Freiheitsbasis für alle.«²⁰⁹ Dem Staat komme aufgrund des Sozialstaatsprinzips daher die Aufgaben zu, Freiheit sozial zu unterfangen und zu kompatibilisieren. Da der demokratischen Gesetzgebung Regelungs- und Eingriffsbefugnisse zugewachsen sind, reiche die demokratische Politik aus, um den Gefahren einer grundrechtlichen Freiheits- und Machtausdehnung zu begegnen. Eine Umdeutung der liberalen Grundrechte in objektive Grundrechtsgehalte oder gar soziale Rechte lehnt Böckenförde aufgrund der von ihm konstatierten Gefahren ab.²¹⁰

Böckenförde hält jedoch die Aufnahme von sozialen Verfassungsaufträgen für eine mögliche Alternative. Als sachliche Konkretisierungen des Sozialstaatsprinzips könnten diese ebenso verbindliche Ziele für den politischen Prozess festlegen, evidente Vernachlässigungen oder ersatzlose Aufhebungen problematisierbar machen und im Ausnahmefall

207 Häberle, in: VDStRL, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 108 ff., 112 ff.

208 Böckenförde, in: ders., Grundrechte als Grundsatznormen, S. 190, 194; Schmitt, Legalität und Legitimität, S. 8 f.; auch Böckenförde, in: ders./Jeke-witz/Ramm, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, S. 13 f.

209 Böckenförde, in: ders., Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, S. 144.

210 Ebenda, S. 143 ff.

in subjektive Abwehrrechte umschlagen. Der Kampf um soziale Rechte müsse jedoch weiterhin in der Arena der Politik unter Beteiligung der Öffentlichkeit geführt werden.²¹¹

Böckenförde verteidigt daher eine rein abwehrrechtliche Grundrechtskonzeption gegen den Versuch, Grundrechte als Wertentscheidungen, objektive Direktiven oder Grundsatznormen für die einfache Rechtsordnung zu deuten. Für ihn ist die Verfassung eine formale, rechtsstaatliche Rahmenordnung und keine materiale Grundordnung. Ansonsten würden die Juridifizierung des Politischen und die verfassungsrechtliche Einschränkung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit drohen.²¹²

1.3 Von der objektiven Wertordnung zu materialen Grundrechtsfunktionen

In der Verfassungspraxis beginnt der Materialisierungsprozess mit dem Lüth-Urteil. Das Bundesverfassungsgericht begründete mit diesem eine für die weitere Grundrechtsentwicklung prägende Rechtsprechungslinie, da es zum ersten Mal feststellte, dass Grundrechte zwar in erster Linie subjektive Abwehrrechte seien, dass ihnen aber darüber hinaus ein objektiver Gehalt zukomme, der für die gesamte Rechtsordnung maßgeblich sei. In Verbindung mit der Menschenwürde manifestieren sich in den Grundrechten, so das Bundesverfassungsgericht, verfassungsrechtliche Wertentscheidungen, eine objektive Wertordnung, die in das einfache Recht ausstrahle.²¹³ Dabei seien alle staatlichen Akteure auf die Grundrechte verpflichtet und erhielten von ihnen Richtlinien und Impulse für die Rechtsanwendung. Auch jede bürgerliche Norm sei im Lichte dieser auszulegen und anzuwenden.²¹⁴

²¹¹ Böckenförde, in: ders./Jekewitz/Ramm, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, S. 14; Böckenförde, in: ders., Grundrechte als Grundsatznormen, S. 194.

²¹² Demokratietheoretisch mag diese Position prima facie einleuchten. Auf den zweiten Blick wird jedoch erkennbar, dass die wirtschaftlichen Grundrechte als negative Rechte, wie die wissenschaftlichen Debatten um die Begrenzung sozialstaatlicher Gesetzgebung und Maßnahmen in den 1970er/1980er Jahren zeigen, gerade im sozialen Bereich zur Abwehr sozialstaatlicher Projekte der Gesetzgebung herangezogen wurden. Das Urteil zur Vermögensteuer ist ein eingängiges Beispiel dafür. Ausführlich zu Böckenfördes Vorbehalten Wrase, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, S. 297 ff., zur Gefahr einer Ubiquität des Grundrechtsschutzes, S. 312 ff.

²¹³ Kritisch zu dieser umstrittenen Werte-Judikatur Böckenförde, in: ders., Grundrechte als Grundsatznormen.

²¹⁴ BVerfGE 7, 198 (205 f.), Lüth (1958).

Mit dieser Ausstrahlungswirkung begründete das Gericht einerseits den verfassungsrechtlichen Zugriff auf die Privatrechtsordnung und damit die mittelbare Bindung Privater an die Verfassung. Andererseits transformierte das Gericht das Grundgesetz zu einer auch die gesellschaftlichen Beziehungen bestimmenden Grundordnung und reagierte damit auf den Umstand, dass Freiheitsbeschränkung auch durch private Macht drohen kann. Das Bundesverfassungsgericht stellte mit dieser Entscheidung also schon früh die Weichen für eine Konstitutionalisierung der Rechtsordnung und die Entwicklung materialer Grundrechtsgehalte.

Seitdem haben sich über die Figur der objektiven Wertordnung verschiedene objektive Grundrechtsdimensionen bzw. -funktionen entwickelt.²¹⁵ Auf die Funktionen der Schutzpflicht und Gewährleistungsfunktion (1.3.1.) und der Teilhabe- und Leistungsrechte (1.3.2.) soll nun im Hinblick auf soziale Grundrechte näher eingegangen werden.

1.3.1 Schutzpflichten und Gewährleistungsfunktion

Schutzpflicht für das Leben und die Gesundheit

In der ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch leitete das Bundesverfassungsgericht aus dem objektiven Gehalt des Art. 2 Abs. 2 GG eine umfassende staatliche Schutzpflicht für das Leben ab.²¹⁶ In dem Fall ging es um die gesetzlich angestrebte Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs in den ersten zwölf Wochen einer Schwangerschaft. Das Gericht argumentierte, dass der Höchstwert des Lebens dem Staat gebiete, sich schützend vor das Leben zu stellen und rechtswidrige Angriffe von privater Seite zu verhindern. Da ein Schwangerschaftsabbruch die Vernichtung des werdenden Lebens bedeute, komme eine Abwägung mit dem Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau nicht in Betracht, vielmehr müsse die strafrechtliche Sanktionierung zum Schutz des Embryos bestehen bleiben. An dieses Urteil anschließend nahm das Gericht die Figur der staatlichen Schutzpflicht immer wieder für Fälle auf, in denen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit

²¹⁵ Dreier, Dimensionen der Grundrechte, S. 27 ff.; Jarass, in: Merten/Papier, § 38 Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, S. 626; institutionelle Garantien für die Presse und den Rundfunk, BVerfGE 20, 162 (175 f.), *Spiegel* (1966); 74, 297 (350 f.), *Rundfunk V* (1987); Schutz durch Verfahren und Organisation, BVerfGE 35, 79 (113 f.), *Hochschulstreit* (1973); 53, 30 (57), *Mühlheim-Kärlich* (1979).

²¹⁶ BVerfGE 39, 1 (36 ff., 41 f.), *Schwangerschaftsabbruch I* (1975), kritisch Rupp-von Brünneck und Simon in ihrem Sondervotum, S. 68 ff.; 88, 203, *Schwangerschaftsabbruch II* (1993).

von privater Seite bedroht wurden²¹⁷, weitete die staatliche Schutzpflicht dann auf andere Lebensbereiche aus, wie etwa Machtasymmetrien im Privatrecht und geschlechtliche Diskriminierung im Arbeitsleben, und verallgemeinerte die Schutzpflicht schließlich zu einer, inzwischen anerkannten, Grundrechtsfunktion.²¹⁸

An der Schutzpflichtenkonstruktion wird exemplarisch deutlich, dass die Verletzung des objektiven Grundrechtegehalts in eine vor dem Bundesverfassungsgericht rügbare subjektive Grundrechtsverletzung umschlagen kann. Dies kann zur Verfassungswidrigkeit einer gerichtlichen Entscheidung, einer staatlichen Maßnahme oder zu einer Nachbesserungspflicht der Legislative führen. Gertrude Lübke-Wolff argumentiert daher, dass Schutzpflichten der Sache nach soziale Grundrechte sind. Denn die produktive Funktion dieser sei es, erstens im Sinne von Gestaltungsaufträgen als Auslegungshilfen zu dienen, zweitens Bestandsschutz vor Verschlechterungen zu bieten, und drittens Grundrechtseingriffen zum Schutz Dritter zu rechtfertigen.²¹⁹

Regulierung des Privaten: Privatautonomie

Seit den 1990er Jahren wurde die Schutzpflichtenkonstruktion zunehmend im Privatrecht und damit auch für die Ungleichheitsachse Klasse relevant. Im Privatrecht gerät die Fiktion freier und gleicher Marktsubjekte, die über das Zivilrecht ihre Angelegenheiten regeln, aufgrund der gesellschaftlich bestehenden, strukturellen Ungleichheitsverhältnisse – insbesondere im Arbeitsrecht und Familienrecht – an ihre Grenzen. Das Spannungsverhältnis zwischen formaler und materialer Freiheit, wie es in den Debatten um das Sozialstaatsprinzip diskutiert wurde, taucht in der Diskussion um die Reichweite und Grenzen der Privatautonomie daher erneut auf.²²⁰

217 BVerfGE 46, 160 (164), *Schleyer* (1977); 49, 89 (142), *Kalkar I* (1978); 53, 30 (57), *Mühlheim-Kärlich* (1979); *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit; *Calliess*, in: Merten/Papier, § 44 Schutzpflichten.

218 BVerfGE 97, 125 (146), *Caroline von Monaco I* (1998).

219 *Lübke-Wolff*, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge 2005, 1 (3, 10 ff.).

220 Daher sei »eine Auswirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr unverzichtbar«, *Papier*, in: ders./Merten, § 55 Drittwirkung der Grundrechte, Rn. 22; »Der moderne Verfassungsstaat schätzt zwar den Wert privatrechtlicher Institute und weiß, dass sie selbst eine unentbehrliche Voraussetzung der Freiheit darstellen, aber weder die Idylle der bürgerlichen Gesellschaft noch die wichtige geistige Konstruktion einer Tauschgesellschaft der Freien und Gleichen dürfen die materiale Entscheidung der Verfassung für den Sozialstaat in die praktische Unwirksamkeit drängen.«,

Die verfassungsrechtliche Rechtsprechung hat für eine sozialstaatliche Deutung der Privatautonomie das Konzept der gestörten Vertragsparität entwickelt. Zwar diene die Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG einer selbstbestimmten, freiheitlichen Lebensweise des Einzelnen, jedoch müsse sichergestellt sein, dass bei einem fehlenden Kräftegleichgewicht nicht das Recht des Stärkeren gelte und Selbstbestimmung in die Fremdbestimmung der schwächeren Vertragspartei umschlage. In der Handelsvertreter-Entscheidung stellte das Bundesverfassungsgericht daher fest, dass das arbeitsvertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbot gegen die Berufsfreiheit des Handelsvertreters verstoße, weil es bei Verträgen mit Handelsvertreter*innen typischerweise an einem annähernden Kräftegleichgewicht mit der Arbeitgeberseite fehle.²²¹

Bei typisierbaren Machtasymmetrien und einseitig belastenden Verträgen geht das Bundesverfassungsgericht also von einer sozialstaatlichen Gewährleistungspflicht aus, die auf die gesellschaftliche Realität ökonomisch unterschiedlich mächtiger Subjekte reagiert. Die Fachgerichte dürfen sich dieser Rechtsprechung zufolge nicht mit dem Vertragsschluss begnügen, sondern müssen in der Tradition von Lüth die Grundrechte in der Privatrechtsordnung zur Geltung bringen und die Privatautonomie strukturell unterlegenen Subjekte gewährleisten.²²²

Privatautonomie wird in dieser Interpretation relational konzipiert: Die unterschiedliche Verteilung von Marktmacht wird verfassungsrechtlich als Problem schwächer positionierter Subjekte und die Vertragsfreiheit für Ausnahmefälle als institutionelles Arrangement ökonomischer Subordination gedacht. Der verfassungsrechtliche Korrekturanpruch soll asymmetrische Relationen im Ausnahmefall korrigieren und diese in symmetrische Rechtsbeziehungen transformieren. Um den paternalistischen Zug dieser Argumentation zu umschiffen und ökonomisch Schwächeren nicht per se vertragliche Selbstbestimmungsfähigkeit abzusprechen, entsteht ein grundrechtlicher Korrekturanpruch nur in Ausnahmefällen. Methodisch, dies zeigen die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, gelingt dies maßgeblich durch die Verfolgung einer

Di Fabio, Art. 2 Abs. 1 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 39, Juli 2001, Rn. 115.

221 BVerfGE 81, 242 (254 f.), *Handelsvertreter* (1990). »§ 32 UrhG soll insbesondere Urhebern mit schwacher Verhandlungsposition und niedrigem Einkommen helfen, ihr Urheberrecht auch wirtschaftlich zu realisieren. Die Gesetzesnovelle kann damit den Schutzzweck des Art. 14 Abs. 1 GG und des Sozialstaatsprinzips für sich in Anspruch nehmen (...).«, BVerfGE 134, 204 (255), § 32 *UrhG* (2013).

222 BVerfGE 89, 214 (234), *Familienbürgschaften* (1993); 103, 89 (101), *Inhaltskontrolle Eheverträge* (2001); kritisch dazu Zöllner, AcP 1996, 1; Adomeit, NJW 1994, 2467; mit Darstellung der Literatur Dauner-Lieb, AcP 2001, 295.

Betroffenenperspektive, die die nachteiligen Effekte einer abstrakten Privatautonomie thematisiert und als verfassungsrechtlich problematisch qualifiziert.

Familiäre Nahbeziehungen: Bürgschaften und Eheverträge

An die Handelsvertreter-Entscheidung anschließend hat das Bundesverfassungsgericht in zwei weiteren Fallkonstellationen die Privatautonomie sozialstaatlich ausgelegt, um vor dem Hintergrund familiärere Abhängigkeitsbeziehungen Bürgschaften und Eheverträge einer verfassungsrechtlichen Kontrolle zu unterziehen.

Der Bürgschafts-Entscheidung lagen Kreditverträge mit Banken zugrunde, für die sich eine Tochter und eine Ehefrau, beide vermögenslos und einkommensschwach, verbürgt hatten. Diese gängigen Familienbürgschaften dienten nicht zur Vergrößerung des Haftungsvermögens, sondern sollten allein die Verschiebung von Vermögen innerhalb der Familie zuungunsten der Bankinstitute verhindern. Die Tochter und die Ehefrau wurden aufgrund der Bürgschaften zivilgerichtlich zur Zahlung der Kreditschulden verurteilt. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass die Zivilgerichte aufgrund von § 138 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG hätten prüfen müssen, ob eine gestörte Vertragsparität vorliegt. Denn es bestehe Einigkeit darüber, dass die Vertragsfreiheit nur bei einem ausgeglichenen Kräfteverhältnis taue und es zu den Hauptaufgaben des Zivilrechts gehöre, eine gestörte Vertragsparität auszugleichen. In Fallkonstellationen, in denen eine typisierbare strukturelle Unterlegenheit der einen Vertragsseite zu erkennen sei und der Vertrag zu einer ungewöhnlich hohen Belastung führe, könne aufgrund einer sozialstaatlich ausgedeuteten Privatautonomie ein verfassungsrechtlicher Vertragskorrekturanspruch bestehen.²²³ Daher haben die Fachgerichte die Pflicht, dies bei der Anwendung von zivilrechtlichen Generalklauseln zu prüfen.

Im Fall der bürgenden Tochter kritisierte das Bundesverfassungsgericht den Bundesgerichtshof dafür, dass dieser den Vertragsschluss nicht hinterfragt und allein auf die Eigenverantwortung der volljährigen Tochter abgestellt hatte. Schon bei Vertragsschluss sei ersichtlich gewesen, dass die Tochter, obwohl sie über kein eigenes wirtschaftliches Interesse am Kredit verfüge, ein sehr hohes Haftungsrisiko eingegangen sei und sie im Haftungsfall die Schuldenlast bis zu ihrem Lebensende nicht werde tilgen können. Das Risiko sei seitens der Bank jedoch als harmlose Formalie dargestellt und heruntergespielt worden. Daher habe die Bank die schwache Situation der Tochter ausgenutzt und den Vertragsinhalt

²²³ BVerfGE 89, 214 (233 f.), *Familienbürgschaften* (1993).

einseitig bestimmt. Aus diesen Gründen sah das Gericht einen verfassungsrechtlichen Korrekturanpruch für gegeben an.

Demgegenüber beanstandete das Bundesverfassungsgericht die Bürgschaft im zweiten Fall nicht. Es handele sich um einen vergleichsweise geringen Konsumkredit, an dem die Ehefrau ein eigenes wirtschaftliches Interesse habe; für ein Beratungsverschulden seitens der Bank bestünden keine Anhaltspunkte und auch die Fachgerichte hätten sich mit der Bedeutung der zivilrechtlichen Generalklauseln eingehend befasst.²²⁴

Sieben Jahre später griff das Bundesverfassungsgericht die Argumentationslinie der gestörten Vertragsparität bei Eheverträgen wieder auf und argumentierte für eine, diesmal gleichstellungsorientierte, Inhaltskontrolle. In dem Fall ging es um eine Frau, die aufgrund ihrer Schwangerschaft einen Ehevertrag unterschrieben hatte, der ihren Ehemann im Fall der Scheidung stark bevorteilte. Der Vertrag sah vor, dass sie nach einer Scheidung keinen Unterhalt bekommen würde und der Unterhalt für das gemeinsame Kind nicht mehr als 150 DM betragend dürfe. Das Bundesverfassungsgericht sah auch hier ein typisierbares Machtungleichgewicht und ein einseitiges Aufbürden von vertraglichen Lasten.

Zwar hätten die Ehegatten das Recht, ihr Eheleben und familiäre Verantwortlichkeiten frei zu gestalten, es sei aber das Gleichstellungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG zu beachten: »Dabei ist zu berücksichtigen, dass die eheliche und familiäre Freiheitssphäre ihre verfassungsrechtliche Prägung auch durch Art. 3 Abs. 2 GG erfährt. Verfassungsrechtlich geschützt ist deshalb eine Ehe, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen (...).« Der Staat habe daher von Verfassungs wegen dort Grenzen zu setzen, »wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt.«²²⁵ Darüber hinaus begründete das Gericht die Inhaltskontrolle von Eheverträgen mit dem einzigen im Grundgesetz ausdrücklich vorgesehenen sozialen Grundrecht, dem staatlichen Schutz von Müttern gemäß Art. 6 Abs. 4 GG.

In der Schwangerschaft sieht das Gericht ein Indiz für ungleiche Verhandlungsmacht, wenn sich schwangere Frauen vor die Wahl gestellt sehen, entweder einen für sie stark nachteiligen Ehevertrag zu akzeptieren oder zukünftig alleine für das Kind sorgen zu müssen. Dabei weist das Gericht auf die ökonomisch oftmals abhängige und prekäre Position von Schwangeren hin: »Eine nicht verheiratete Mutter sieht sich insofern schon im frühen Alter des Kindes generell vor das Problem gestellt, Kinderbetreuung und eigene Existenzsicherung gleichermaßen sicherzustellen. Besonders gravierend ist in der Regel die ökonomische

²²⁴ Ebenda, S. 235 f.

²²⁵ BVerfGE 103, 89 (101), *Inhaltskontrolle Eheverträge* (2001).

Perspektive für Mütter nichtehelicher Kinder. Nach der Geburt des Kindes sinkt ihr Einkommen wegen der alleinigen Verantwortung für das Kind meist auf weniger als die Hälfte ihres vorherigen Einkommens. Dies führt dazu, dass etwa ein Drittel von ihnen für sich und ihre Kinder nur eine finanzielle Absicherung hat, die unter oder auf Sozialhilfeniveau liegt, während lediglich 15 Prozent der ehelichen Kinder in ebenso begünstigten Verhältnissen leben (...).²²⁶ Aus diesen Gründen wertet das Bundesverfassungsgericht eine Schwangerschaft jedenfalls als Indiz für eine gestörte Vertragsparität und erkennt daher in der Ehe und in Eheverträgen ein institutionelles Arrangement, in dem sich ökonomische und geschlechtliche Ungleichheit überkreuzen. Methodisch wird dies durch eine Betroffenenperspektive sowie der detaillierten kontextuellen Erörterung der ökonomischen Situation von schwangeren Frauen, u. a. durch die Einbeziehung von Sozialdaten, erreicht.

Es ist es nicht zufällig, dass das Bundesverfassungsgericht die Privatautonomie von strukturell schwächer positionierten Subjekten gerade im Kontext von familiären Nahbeziehungen weiterentwickelt hat. Familien und Ehen sind aufgrund emotionaler Nähe und dem weiterhin gängigen Alleinernährer- oder Zuverdienerinnenmodell Institutionen, die Beziehungen ökonomisch-geschlechtlich asymmetrisch zuungunsten weiblicher Subjekte strukturieren. Der objektive Gehalt der Grundrechte bzw. deren Gewährleistungsfunktion sind daher Argumentationsstrategien, die, sofern sie nicht in staatlichen Paternalismus umschlagen, ökonomisch asymmetrische Beziehungen im Kontext geschlechtlicher Arbeitsteilung als Machtungleichheit adressieren können.

1.3.2 Teilhabe- und Leistungsrechte

Grundrechte als Teilhabe- und Leistungsrechte wurden in der Rechtsprechung bisher für die Bereiche Bildung, Gesundheit und Existenzsicherung erörtert und erneut aus dem objektiven Grundrechtegehalt, insbesondere der staatlichen Gewährleistungs- und Schutzpflicht, hergeleitet.²²⁷ Zwar sind sie bisher absolute Ausnahmefälle geblieben, dennoch zeigt sich bereits an den Gegenstandsbereichen Bildung, Gesundheit und Existenzsicherung, dass es sich dabei um Ansätze einer sozialen Verfassungspraxis handeln könnte.

Im *numerus clausus*-Urteil formulierte das Bundesverfassungsgericht das erste Mal ein Teilhaberecht.²²⁸ Aus dem objektiven Gehalt der

²²⁶ Ebenda, S. 103 f.

²²⁷ Rüfner, in: Merten/Papier, § 40 Leistungsrechte; Starck, in: Merten/Papier, § 41 Teilnahmerechte.

²²⁸ BVerfGE 33, 303, *numerus clausus* (1972).

Ausbildungsfreiheit aus Art. 12 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip leitete das Gericht das Recht auf gleichen Zugang zu den staatlichen Universitäten ab. Sofern der Staat Leistungen anbiete, gebieten es die Grundrechte an diesen Lebenschancen prinzipiell gleichberechtigt partizipieren zu können, weshalb dort, wo der Staat Einrichtungen geschaffen habe und insbesondere dort, wo er ein faktisches Monopol halte, ein Recht auf gleichen Zugang bestehe.²²⁹

Während sich Teilhaberechte auf den Zugang zu staatlichen Einrichtungen und Ressourcen und damit auf die Abwehr von Ausschlüssen richten, werden Leistungsrechte als Rechte auf originär staatliche Leistungen verstanden.²³⁰ Sie sind bislang absolute Ausnahmefälle geblieben.

Leistungsrechte wurden zunächst als institutionelle Garantie der Privatschule entwickelt.²³¹ Aus der Gewährleistung der Privatschule in Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG leitete das Bundesverfassungsgericht eine staatliche Schutzpflicht ab, die im Falle der Existenzbedrohung des Ersatzschulwesens in einen Subventionsanspruch bzw. eine Handlungspflicht umschlage: »Der Staat darf sich nicht darauf zurück ziehen, die Tätigkeit der privaten Ersatzschulen lediglich zuzulassen. Vielmehr muss er ihnen die Möglichkeit geben, sich ihrer Eigenart entsprechend zu verwirklichen.«²³² Aufgrund der soliden staatlichen Finanzierung öffentlicher Schulen könnten Privatschulen ohne staatliche Zuschüsse nicht mit öffentlichen Schulen konkurrieren, jedenfalls nicht, wie es Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG formuliert, im Hinblick auf eine drohende Sonderung der Schüler*innen nach den Besitzverhältnissen der Eltern. So müssten auch private Schulen allgemein zugänglich sein und ohne Rücksicht auf die finanziellen Verhältnisse der Schüler*innen besucht werden können. Privatschulen dürften sich nicht zu Standeschulen entwickeln. Einschränkend stellte das Gericht fest, dass die Förderpflicht erst dann ausgelöst werde, wenn das Ersatzschulwesen als Institution gefährdet ist. Im Übrigen sei es die Aufgabe der Gesetzgebung die Existenzsicherung des schulischen Pluralismus gesetzlich auszugestalten.²³³

Im sogenannten Nikolausbeschluss von 2005 setzte sich das Bundesverfassungsgericht mit dem »Recht auf Gesundheit« auseinander und verhandelte Leistungsansprüche gegen die gesetzliche

229 Ebenda, S. 330 ff.

230 Jarass, in: Merten/Papier, § 38 Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, S. 645.

231 BVerfGE 75, 40 (62 ff.), *Privatschulfinanzierung I* (1987); 90, 107 (114 ff.), *Waldorfschule Bayern* (1994); 112, 74 (84), *Privatschulfinanzierung II* (2004).

232 BVerfGE 75, 40 (63), *Privatschulfinanzierung I* (1987).

233 Ebenda, S. 63 ff.

Krankenversicherung bei einer lebensbedrohlichen Erkrankung.²³⁴ In dem Fall ging es um einen Beschwerdeführer, der an der seltenen Krankheit der Duchenne'schen Muskeldystrophie leidet. Für diese unheilbare Krankheit existierte keine anerkannte und den medizinischen Standards entsprechende Heilbehandlung, weshalb die gesetzliche Krankenkasse nur symptomlindernde Leistungen vorsah. Die Eltern des Beschwerdeführers hatten privat mit über 10.000 Euro eine bisher noch nicht anerkannte Behandlungsmethode, die sich positiv auf den Krankheitsverlauf auswirkte, finanziert und forderten nun die Kostenübernahme durch die gesetzliche Krankenkasse. Das Bundesverfassungsgericht sah es als mit den Grundrechten des Beschwerdeführers für unvereinbar an, bei lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Krankheiten bisher nicht anerkannte Therapiemaßnahmen nicht zu übernehmen, wenn eine nicht ganz entfernte Chance auf Heilung oder positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf bestehe. Damit schuf das Bundesverfassungsgericht einen grundrechtlichen Leistungsanspruch, der das übliche Verfahren im Gesundheitsrecht, nachdem der Gemeinsame Bundesausschuss über die Aufnahme von Behandlungsmethoden in den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen entscheidet, umgeht bzw. die Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, entgegen der bundessozialgerichtlichen Rechtsprechung, der gerichtlichen Kontrolle unterwirft.²³⁵

In der Begründung stellt das Gericht vorrangig auf die Zwangsmitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenkasse und die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ab. Da sich insbesondere untere und mittlere Einkommensgruppen dem Zwangssystem nicht entziehen könnten und sich die Beiträge nach dem Solidarprinzip am Einkommen orientieren, ginge die Gesetzgebung davon aus, dass finanzielle Mittel für eine zusätzliche private Vorsorge regelmäßig nicht zur Verfügung stünden. Daher sei die Vorenthaltung von Leistungen zur Behandlung einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen verlaufenden Krankheit besonders rechtfertigungsbedürftig.

Die vorenthaltende Leistung misst das Gericht anschließend am Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. So ergebe sich aus diesem Recht zwar nicht die Übernahme einer konkreten

234 BVerfGE 115, 25 (41 ff.), *tödliche Erkrankung* (2005); Wenner, SozSich 2006, 174; Kingreen, NJW 2006, 877; auch BVerfG, Kammerbeschluss v. 26.2.2013, 1 BvR 2045/12, Rn. 15; Kammerbeschluss v. 26.3.2014, 1 BvR 2415/13, Rn. 14; BVerfGE 140, 229 (236), *Medizinprodukt* (2015); BVerfG, Kammerbeschluss v. 11.4.2017, 1 BvR 452/17, Rn. 21 ff.

235 Zu möglicherweise fehlenden demokratischen Legitimation des GBA BVerfG, Beschluss v. 10.11.2015, 1 BvR 2056/12, Rn. 22; Kingreen, NJW 2006, 877 (879 f.); Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, S. 493 ff.

Leistung, jedoch folge aus der staatlichen Schutzpflicht für das Leben, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu stellen und daher in besonderen Fällen eine grundrechtsorientierte Interpretation des Krankenversicherungsrechts zu verfolgen. Aus der verpflichtenden Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung ergebe sich daher ein Recht auf eine Leistungserbringung, die dem Schutz des Lebens gerecht werde. Im Falle von tödlich verlaufenden Krankheiten könne sich daraus ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Therapieübernahme ergeben.²³⁶

Seinen vorläufigen Abschluss hat die Entwicklung von verfassungsrechtlichen Leistungsrechten im Bereich der Existenzsicherung erhalten. Im Hartz IV-Urteil stellte das Bundesverfassungsgericht im Konsens mit der wissenschaftlichen Literatur fest, dass aus der Menschenwürde ein Recht auf ein physisches und soziokulturelles Existenzminimum folge.²³⁷ Zwei Jahre später konkretisierte das Gericht in der Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz das menschenwürdige Existenzminimum als ein Menschenrecht, das unabhängig vom Aufenthaltsstatus und der Staatsangehörigkeit bestehe. Als zwingendes Verfassungsrecht sei dieses nicht durch migrationspolitische Erwägungen relativierbar.²³⁸ Damit hat dem Bundesverfassungsgericht zufolge grundsätzlich jeder Mensch einen Anspruch auf finanzielle staatliche Unterstützung, sofern die eigene Existenz nicht selber gesichert werden kann. Dass dies eine sehr umkämpfte Position ist, zeigt die rechtliche Diskussion um den Zugang von Unionsbürger*innen zur Grundsicherung (dazu im Abschnitt 4. mehr).

2. Abwehr: Eigentum

Die Bedeutung des Eigentums für die eigene Existenzsicherung hat in der arbeitsteiligen Gesellschaft einen Wandel erfahren. Nicht mehr die eigene Scholle oder – wie Ernst Forsthoff es ausdrückte²³⁹ – der individuell beherrschte Lebensraum, sondern die Arbeit und Sozialversicherungsansprüche sind für die Mehrheit der Bevölkerung zum Kern der Existenzsicherung geworden. Diesen gesellschaftlichen Wandel hat auch die Rechtsprechung zum Eigentum mitvollzogen, indem sie das Eigentum

²³⁶ BVerfGE 115, 25 (44 ff., 49), *tödliche Erkrankung* (2005); inzwischen einfachgesetzlich in § 2 Abs. 1a SGB V geregelt.

²³⁷ BVerfGE 125, 175, *Hartz IV* (2010); *Isensee*, Der Staat 1980, 367 (371); *Axer*, in: VDStRL, Soziale Gleichheit: Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, S. 198; *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, S. 318 ff.

²³⁸ BVerfGE 132, 134 (173), *AsylBLG* (2012).

²³⁹ *Forsthoff*, in: ders., Verfassungsprobleme des Sozialstaats, S. 146 ff.

im Hinblick auf seine soziale Funktion deutet (2.1.) und seit 1980 sozialversicherungsrechtliche Anwartschaften in den Schutzbereich des Eigentums einbezogen (2.2.) hat.

2.1 Soziale Funktion des Eigentums

Die Materialisierung des Eigentums beginnt mit der Auseinandersetzung um das Mitbestimmungsgesetz von 1976. Dieses sorgte gesellschaftlich wie auch verfassungswissenschaftlich für Furore, wurde doch die Unternehmensfreiheit zugunsten der Mitbestimmung der Arbeitnehmer*innen eingeschränkt. Gleichwertige und gleichgewichtige Mitbestimmung – und damit die Umverteilung von Macht zwischen Anteilseigner*innen und Arbeitnehmer*innen – war das erklärte Ziel des Gesetzes, wobei sich die schließlich eingeführten Regelungen auf eine paritätische Besetzung des Aufsichtsrats beschränkten.²⁴⁰

Im Urteil zum Mitbestimmungsgesetz zog sich das Bundesverfassungsgericht gegenüber den Beschwerdeführern aus dem Unternehmens- und Arbeitgeberlager auf die Position zurück, dass die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats nicht zu einer umfassenden paritätischen oder gar überparitätischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer*innen führe und die Mitbestimmung daher eine angemessene Konkretisierung der Sozialbindung des Eigentums sei.²⁴¹

In seiner Argumentation streicht das Gericht die soziale Eingebundenheit und die soziale Funktion des Unternehmensanteilseigentums heraus, das konträr zum Sacheigentum einen schwächeren personalen Bezug aufweise und über die klassische individuell-freiheitssichernde Funktion im vermögensrechtlichen Bereich hinausgehe.²⁴² Schließlich stärke die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer*innen den Sozialbezug des Anteilseigentums: »Es hat indessen ebenfalls die Aufgabe, die mit der Unterordnung der Arbeitnehmer unter fremde Leitungsgewalt und Organisationsgewalt in größeren Unternehmen verbundene Fremdbestimmung durch die institutionelle Beteiligung an den unternehmerischen Entscheidungen zu mildern (...) und die ökonomische Legitimation der Unternehmensleitung durch eine soziale zu ergänzen (...).«²⁴³ Die Abwägung der grundrechtlichen Positionen der Arbeitgeber*innen- und der Arbeitnehmer*innenseite erfolgt also über die soziale Funktion des Eigentums.

²⁴⁰ Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, BT-Drucks. 7/2172.

²⁴¹ BVerfGE 50, 290 (232 f., 340 ff.), *Mitbestimmung* (1979).

²⁴² Ebenda, S. 340 f., 348.

²⁴³ Ebenda, S. 350.

Eigentum wird nicht ausschließlich als privates Herrschaftsrecht gedeutet, vielmehr kommt es darauf an, welche Funktion es erfüllt und wie es in das gesellschaftliche Beziehungsgeflecht eingebunden ist. Je weniger es der eigenen Freiheitssicherung dient und je stärker andere von diesem betroffen sind, desto mehr Gewicht erhält das Sozialstaatsgebot und damit die Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung.

Über die Funktion des Eigentums rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht auch die Einbeziehung des Besitzrechts von Mieter*innen in den Eigentumsschutz. Begründet hat das Gericht die Entscheidung mit der existentiellen Bedeutung von Wohnraum einerseits und der ungleichen Verteilung von Wohneigentum andererseits: »Der Wohnraum ist für jedermann Mittelpunkt seiner privaten Existenz. Der Einzelne ist auf ihren Gebrauch zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Freiheitssicherung und Entfaltung der Persönlichkeit angewiesen. Der Großteil der Bevölkerung kann zur Deckung seines Wohnbedarfs nicht auf Eigentum zurückgreifen, sondern ist gezwungen, Wohnraum zu mieten. Das Besitzrecht des Mieters erfüllt unter diesen Umständen Funktionen, die typischerweise dem Sacheigentum zukommen.«²⁴⁴ Das Gericht begründet die Ausweitung des Eigentumsschutzes also mit der strukturell schwächeren Positionierung von Mieter*innen und beschreibt den Konflikt als einen zwischen gleichrangigen Grundrechtspositionen.

Es lässt sich also feststellen, dass über den Maßstab der sozialen Funktion des Eigentums ökonomische Macht- und Ressourcenasymmetrien als Klassenungleichheit im Verfassungsrecht grundsätzlich adressierbar werden. Dieser Maßstab dient – ähnlich wie beim Sozialstaatsprinzip – jedoch primär dazu, die Gestaltungsfreiheit der sozialregulierenden Gesetzgebung zu begründen und zu konkretisieren, nicht aber dazu, subjektivrechtliche Ansprüche herzuleiten.

2.2 Eigentumsschutz der Sozialversicherungsansprüche

Ein materialisierter Eigentumsbegriff dient auch im Kontext der Sozialversicherung als Argumentationsfigur. Dabei spielen insbesondere die privatnützige, leistungsbasierte Vermögensposition im Schutzbereich und die soziale Funktion des Eigentums in der Rechtfertigung die bestimmende Rolle. Während es in den Entscheidungen zum Mitbestimmungsgesetz und zum sozialen Mietrecht um Konstellationen typisierbarer ökonomischer Machtasymmetrien ging, die auf einer ungleichen Eigentumsverteilung basieren, also um die asymmetrischen Beziehungen zwischen Arbeitgeber*innen und Arbeitnehmer*innen einerseits

²⁴⁴ BVerfGE 89, 1 (6), *Besitzrecht des Mieters* (1993).

und Vermieter*innen und Mieter*innen andererseits, stehen in den Konflikten um den verfassungsrechtlichen Schutz von Sozialversicherungsansprüchen einzelne Subjekte und die Sicherung ihres Lebensunterhalts im Fokus. Es geht weniger um typisierbare Machtungleichgewichte als um die Abhängigkeit der individuellen Existenzsicherung von staatlichen Sicherungssystemen in der Arbeitsgesellschaft.

2.2.1 Begründung des Eigentumsschutzes

Die Rechtsprechungslinie beginnt mit dem Urteil zum Versorgungsausgleich.²⁴⁵ In dieser Entscheidung zog das Bundesverfassungsgericht zum ersten Mal öffentlich-rechtliche Rentenanwartschaften in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie ein. Das Gericht begründete die Erweiterung des Eigentumsbegriffs auf Sozialversicherungsansprüche mit der Bedeutung sozialstaatlicher Institutionen für die Existenzsicherung und dem Erfordernis eines gewandelten Eigentumsverständnisses. Rentenversicherungsrechtliche Positionen erfüllen eine existenzsichernde Funktion im Alter, »deren Schutz Aufgabe der Eigentumsgarantie ist.«²⁴⁶ Wie das klassische Privateigentum, sichern sie persönliche Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich und damit eine eigenverantwortliche Lebensführung: »In der heutigen Gesellschaft erlangt die große Mehrzahl der Staatsbürger ihre wirtschaftliche Existenzsicherung weniger durch privates Sachvermögen als durch den Arbeitsertrag und die daran anknüpfende solidarisch getragene Daseinsvorsorge, die historisch von jeher eng mit dem Eigentumsgedanken verknüpft war (...). Insoweit sind die Anrechte des Einzelnen auf Leistungen der Rentenversicherung an die Stelle privater Vorsorge und Sicherung getreten.«²⁴⁷ Daher müsse diesen derselbe Grundrechtsschutz zukommen. Eine andere Auffassung würde zu einem Funktionsverlust der Eigentumsgarantie führen, weil es mit dem Schutz des Eigentums im sozialen Rechtsstaat nur schwer vereinbar sei, »wenn [er] vermögensrechtliche Positionen nicht umfaßte, die für die große Mehrzahl der Bevölkerung die wichtigste und oft einzige Grundlage ihrer Daseinsicherung sind, und wenn der Schutz der Garantie auf die im Zuge der dargelegten Entwicklung geringer gewordene Zahl überkommener Eigentumspositionen beschränkt bliebe.«²⁴⁸

Sozialrechtliche Ansprüche fallen dann unter den grundrechtlichen Eigentumsschutz, wenn sie als vermögenswerte Rechtspositionen der

²⁴⁵ BVerfGE 53, 257 (289 ff.), *Versorgungsausgleich* (1980); dazu *Sonnevend*, Eigentumsschutz und Sozialversicherung, Teil 1; *Adam*, Eigentumsschutz in der gesetzlichen Rentenversicherung, S. 59 ff., 114 ff.; kritisch *Depenheuer*, AöR 1995, 417.

²⁴⁶ BVerfGE 53, 257 (290), *Versorgungsausgleich* (1980).

²⁴⁷ Ebenda, S. 290; ähnlich BVerfGE 100, 1 (32), *Rentenüberleitung I* (1999).

²⁴⁸ BVerfGE 53, 257 (294), *Versorgungsausgleich* (1980).

Grundrechtsträgerin privatnützig zuzuordnen sind und auf nicht unerheblichen Eigenleistungen beruhen. Sozialversicherungsrechtliche Anwartschaften müssen also als Äquivalent einer nicht unerheblichen eigenen Leistung qualifiziert werden können, damit sie als eigentumsrechtliche Position Schutz erfahren. Daraus folgt, dass sozialstaatliche Leistungen der Fürsorge, Hilfe und Unterstützung grundsätzlich nicht unter Art. 14 GG fallen.²⁴⁹ Auf der Schutzbereichsebene ist daher die Differenzierung zwischen beitragsfinanzierten und steuerfinanzierten Leistungen entscheidend. Bei steuerfinanzierten Leistungen wird die Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit bzw. des Vertrauensschutzprinzips aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG geprüft.²⁵⁰ In der Entscheidung zur Abschaffung der Arbeitslosenhilfe wurde z.B. bereits das Vorliegen einer vertrauensschutzwürdigen Position verneint, da es sich bei der Arbeitslosenhilfe um eine zeitlich immer nur befristete Leistung handelte: »Der Anspruch auf Arbeitslosenhilfe hatte durch die Rechtsordnung keine Ausgestaltung erfahren, die über das Ende des jeweiligen Bewilligungsabschnitts hinaus eine verfestigte Anspruchsposition begründete. (...) Eine unabhängig vom Bewilligungsakt bestehende Erwartung des Bürgers, er werde – den Fortbestand der jeweiligen Rechtslage vorausgesetzt – in einer bestimmten zukünftigen Sachlage leistungsberechtigt sein, ist mangels hinreichender Konkretisierung kein solches geschütztes Recht.«²⁵¹

Auf der Ebene der Rechtfertigung nahm das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Versorgungsausgleich das Kriterium der sozialen Funktion des Eigentums wieder auf und leitete aus dem starken sozialen Bezug des Sozialversicherungssystems eine weite Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung ab: »Die Berechtigung des einzelnen ›Eigentümers‹ läßt sich von den Rechten und Pflichten anderer nicht lösen. Sie ist vielmehr eingefügt in einen Gesamtzusammenhang, der auf dem Gedanken der Solidargemeinschaft und des ›Generationenvertrages‹ beruht (...).«²⁵² Modifikationen und Abschaffungen von sozialstaatlichen Leistungen müssten zwar dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen, dennoch bestehe ein weiterer legislativer Gestaltungsspielraum.²⁵³

249 Ebenda, S. 290 ff.; BVerfGE 69, 272 (300), *Krankenversicherung für Rentner* (1985); 72, 9 (18 f.), *Arbeitslosengeld* (1986); 100, 1 (32 f.), *Rentenüberleitung* (1999); 128, 90 (101 ff.), *Abschaffung der Arbeitslosenhilfe* (2010); Kriterium der eigenen Leistung offengelassen beim Krankengeldanspruch, BVerfGE 97, 378 (385), *Krankengeldanspruch* (1998); eigene Leistung verneint in BVerfGE 97, 271 (284), *Hinterbliebenenrente II* (1998); 116, 96 (120 ff.), *Fremdrentengesetz* (2006).

250 BVerfGE 97, 271 (285 ff.), *Hinterbliebenenrente II* (1998); 128, 90 (105 ff.), *Abschaffung Arbeitslosenhilfe* (2010).

251 BVerfGE 128, 90 (107), *Abschaffung der Arbeitslosenhilfe* (2010).

252 BVerfGE 53, 257 (292 f.), *Versorgungsausgleich* (1980).

253 Ebenda, S. 293; BVerfGE 100, 1 (37 f.), *Rentenüberleitung I* (1999).

Auf das Solidarprinzip und die Gestaltungsfreiheit als rechtfertigende Gründe stellte das Gericht auch in den anderen rentenrechtlichen Entscheidungen ab. Es sieht den Eigentumsschutz von Rentenanwartschaften von Anfang an durch den Umstand gemindert an, dass in bestehenden Anwartschaften »vornherein die Möglichkeit von Änderungen in gewissen Grenzen angelegt ist«, da die gesetzliche Rentenversicherung entgegen einer privaten Altersvorsorge nicht auf dem reinen Vertragsprinzip, sondern auf den Prinzipien der Solidarität und des sozialen Ausgleichs basiere.²⁵⁴

2.2.2 Eigene Leistung oder wirtschaftliche Existenz

Ein strukturelles Problem der Adressierung von Sozialversicherungsansprüchen über das Eigentumsrecht liegt in der engen Verbindung zur persönlichen Leistung. Darin zeigen sich sowohl die bürgerliche Vorstellung »normaler« Erwerbsbiografien als auch die von den ökonomiekritischen Autor*innen kritisierte Perspektivität eines unabhängigen Marktsubjekts.

Die Erwerbsbasierung der Sozialversicherung und die sich daraus ergebende ökonomische Bedürftigkeit von »abhängigen« Subjekten bleiben dabei unberücksichtigt. Wie das Urteil zur Hinterbliebenenversorgung von 1998 zeigt, wurde die Hinterbliebenenrente deswegen nicht in den Schutzbereich von Art. 14 GG einbezogen, weil sie nicht auf dem eigenen Einkommen der Begünstigten, sondern auf dem Einkommen des verstorbenen Versicherten basiert. Die Hinterbliebenenrente erfülle daher nur eine Unterhaltersatzfunktion.²⁵⁵ Dennoch kann sie – je nach Bedürftigkeit der Hinterbliebenen – in dieser Funktion Freiheitssicherung im vermögensrechtlichen Bereich bedeuten bzw. fundamental für die Existenzsicherung der Hinterbliebenen sein. Es ist daher festzustellen, dass die sich in der Unterhaltsfunktion manifestierende Trennung von Erwerbs- und Reproduktionsarbeit in der Maßstabsbildung des materialisierten Eigentumsschutzes nicht thematisiert wird. Daher bleibt dethematisiert, dass die rentenrechtlichen Anwartschaften der Verstorbenen regelmäßig erst durch die Übernahme von Sorgearbeit durch die oftmals nicht selbstständig versicherten, typischerweise weiblichen, Hinterbliebenen ermöglicht werden.

Die Konstruktion über Art. 14 Abs. 1 GG führt darüber hinaus zu einer grundrechtlichen Privilegierung von beitragsfinanzierten gegenüber steuerfinanzierten Leistungen. Nur das selbst Erworbene soll geschützt

²⁵⁴ BVerfGE 116, 96 (125), *Fremdrentengesetz* (2006); 117, 272 (Zitat 293, 294), *Beschäftigungsförderungsgesetz* (2007); 122, 151 (175), *Rentenkürzung Frührente* (2008); 128, 138 (148), *Erwerbsminderungsrente* (2011).

²⁵⁵ BVerfGE 97, 271 (284 ff., 287), *Hinterbliebenenrente II* (1998); BVerfG, Kammerbeschluss v. 1.3.2010, 1 BvR 2584/06.

werden.²⁵⁶ Dies spiegelt eine spezifische abstrakt-individualisierende Perspektivität wider. Exemplarisch zeigt sich dies in der Entscheidung zur ersatzlosen Abschaffung der Arbeitslosenhilfe. Entgegen der zum 1. Januar 2005 eingeführten Grundsicherung orientierte sich die Arbeitslosenhilfe auf der Rechtsfolgenreihe an dem vorherigen Nettoeinkommen der Grundrechtsträgerin; für Arbeitslose über 58 Jahren galten zudem erleichterte Bezugsbedingungen, um den Umstand zu würdigen, dass diese oftmals jahrelang in die Arbeitslosenversicherung eingezahlt hatten. Zwar wurde die Arbeitslosenhilfe aus Steuermitteln finanziert, dennoch bestand eine Verbindung zur Arbeitslosenversicherung, weil die Arbeitslosenhilfe das Bestehen einer Anwartschaft auf Arbeitslosengeld voraussetzte.²⁵⁷

Das Bundesverfassungsgericht wertete jedoch nur das Arbeitslosengeld als Äquivalent zur Beitragszahlung der Arbeitslosenversicherung und verneinte den eigentumsrechtlichen Schutz für die Arbeitslosenhilfe, da diese eine aus Steuermitteln finanzierte Entgeltsatzleistung darstelle. Im Ergebnis sei die Arbeitslosenhilfe daher keine grundrechtlich geschützte Position.²⁵⁸

Dies führt zu der Frage des grundrechtlichen Schutzes von Leistungen, die zwar steuerfinanziert, aber dennoch existenzsichernd sind. Wiltraut Rupp-von Brünneck war auch im Bereich des öffentlich-rechtlichen Eigentumsschutzes ihrer Zeit voraus und konstatierte schon 1971 in ihrer abweichenden Meinung zum Ausschluss der »Österreichfälle« aus der Entschädigung für Verfolgungsschäden in den Vertriebenengebieten: »Wenn der Eigentumsschutz ein Stück Freiheitsschutz enthält, insofern er dem Bürger die wirtschaftlichen Voraussetzungen einer eigenverantwortlichen Lebensgestaltung sichert, so muß er sich auch auf die öffentlich-rechtlichen Berechtigungen erstrecken, auf die der Bürger in seiner wirtschaftlichen Existenz zunehmend angewiesen ist.« Sie gestand zu, dass die Dogmatik Differenzierungspotential, etwa anhand der Leistung, beinhalte, beschrieb den Entschädigungsanspruch jedoch zugleich als einfachen Geldleistungsanspruch, der eine Vermögensposition für die Begünstigten darstelle. Für den Eigentumsschutz stellte sie folglich nicht primär auf die Eigenleistung, sondern die wirtschaftlichen Voraussetzungen der eigenen Existenzsicherung ab und fasste den eigentumsrechtlichen Schutz von sozialrechtlichen Geldleistungsansprüchen deutlich

256 Mit anderem Akzent argumentiert Marauhn für die Heranziehung des Sozialstaatsprinzips anstatt des Eigentumsrechts für die Gewährleistung einer angemessenen Altersversorgung. Mit diesem Maßstab ließen sich die verschiedenen Interessen besser berücksichtigen, *Marauhn*, Rekonstruktion sozialer Grundrechte als Normkategorie, S. 381.

257 BVerfGE 128, 90 (102), *Abschaffung Arbeitslosenhilfe* (2010).

258 Ebenda, S. 101, 106 f.; anders mit Blick auf ältere Arbeitslose *Mayer*, NZS 2005, 568.

weiter.²⁵⁹ Entgegen der Senatsmeinung kam sie daher durch eine am Sozialstaatsprinzip orientierten Interpretation des Vertrauensschutzes zu dem Ergebnis, dass der Ausschluss der »Österreichfälle« aus der staatlichen Entschädigungsverpflichtung unzulässig sei.

2.2.3 Finanzierbarkeit der Sozialversicherungssysteme

Man könnte im Sinne Gertrud Lübbe-Wolffs sagen, dass der Eigentumschutz sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche zu einem relativen Bestandsschutz geführt hat, der Leistungssenkungen oder die Abschaffung von Leistungen als Ausdruck sozialer Rechte jedenfalls unter Rechtfertigungsdruck setzt: »Wo der Gesetzgeber im Interesse der Umsetzung sozialer Grundrechte oder Verfassungsaufträge einmal tätig geworden ist, hat er seine Gestaltungsfreiheit genutzt und damit eine verfassungsrechtlich fundierte einfachgesetzliche Rechtslage geschaffen, die nun in strukturell gleicher Weise wie grundrechtliche Freiheiten mit rein kassatorischen Sprüchen gegen Eingriffe geschützt werden kann.«²⁶⁰

Die in der Rechtfertigung den weiten Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung betonende Praxis des Bundesverfassungsgerichts scheint derzeit im Ergebnis aber dazu zu führen, dass die Einbeziehung sozialversicherungsrechtlicher Anwartschaften in den Schutzbereich des Eigentums weitgehend konsequenzlos geblieben ist.²⁶¹ Die Schwäche dieses Grundrechtsschutzes zeigt sich in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechungsanalyse von Ulrike Davy zur Alterssicherung und dem Absenken des

259 BVerfGE 32, 111 (143), *Ausschluss der »Österreichfälle«* (1971).

260 Lübbe-Wolff, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge 2005, I (23).

261 Axer, Art. 14 GG, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Rn. 57; *Sonnevend*, Eigentumsschutz und Sozialversicherung, S. 151. Ein Verstoß gegen Art. 14 GG wurde im Fall der Verdoppelung der Anwartschaftszeit für einen Anspruch auf Arbeitslosenhilfe angenommen, weil eine Übergangsregelung für Versicherte fehlte, die bereits bei Eintritt der Gesetzesänderung die Voraussetzungen der alten Regelung erfüllt hatten, BVerfGE 72, 9 (21 ff.), *Arbeitslosengeld* (1986). Ebenso wurde ein Verstoß gegen Art. 14 GG in BVerfGE 100, 138 (182 f., 184 ff.), *Rentenüberleitung IV* (1999) festgestellt, sofern die Bewertung der Einkommen zu DDR-Zeiten bzw. die Begrenzung bestimmter Renten auf einen Höchstbetrag keine bedürftigkeitsunabhängige Rente ermöglichte. Eine verfassungskonforme Auslegung für § 10 Abs. 1 S. 2 Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetz wurde in BVerfGE 100, 1 (38 ff., 43 ff.), *Rentenüberleitung I* (1999) gefordert. Auf die Schaffung ergänzender Regelungen zum Versorgungsausgleich verpflichtete das BVerfG die Gesetzgebung in BVerfGE 53, 257 (300 ff.), *Versorgungsausgleich* (1980).

Niveaus der gesetzlichen Rente. Der Schutz aus Art. 14 Abs. 1 GG führe deshalb nicht weiter, weil in der Verhältnismäßigkeitsprüfung dem Ziel der Finanzierbarkeit der Rentenversicherung überragendes Gewicht beigemessen werde. Daher sehe das Bundesverfassungsgericht auch erhebliche Leistungsabsenkungen als verfassungsrechtlich zulässig an.²⁶² Weil sich auf der Rechtfertigungsebene durchgängig Finanzierungs- und Wirtschaftlichkeitsargumente durchsetzen könnten, schlussfolgert Davy, existiere kein materieller Rechtsschutz oder eine untere Grenze für erhebliche Leistungsabsenkungen und Leistungsausschlüsse. Begrenzt wird die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit allein durch ein Unzumutbarkeitskriterium. Zwar fragt das Bundesverfassungsgericht danach, ob eine Leistungsabsenkung die Betroffenen in unzumutbarer Weise belastet, dennoch hat es dies nur im Ausnahmefall bejaht.²⁶³

Die Argumentationslinie, die auf die Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Rentenversicherung abstellt, verfolgt das Bundesverfassungsgericht auch in einer aktuelleren Entscheidung zur Erwerbsminderungsrente: »Die Neuregelung (...) dient dem Ziel, die Finanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung zu sichern und damit die Funktionsfähigkeit des Systems der gesetzlichen Rentenversicherung im Interesse aller zu erhalten, zu verbessern und den veränderten wirtschaftlichen Bedingungen anzupassen.«²⁶⁴ Es konkretisiert den Maßstab dabei dahingehend, dass nicht jegliche Sanierungsziele als Rechtfertigung herangezogen werden können, dass dennoch nicht willkürliche gesetzliche Änderungen, insbesondere solche, die an kausale Ursachen für eine schlechte Finanzlage anknüpfen, zulässig sind.²⁶⁵ Da dies bei der Absenkung von Leistungen

262 Davy, in: VDStRL, Soziale Gleichheit, S. 145 f. Davy gibt dazu folgende Absenkungen in Fn. 76 an: Neubewertung von Ausbildungszeiten, Minderung der Rente bis zu 15 % (BVerfGE 58, 81 (109 ff.); Abflachung der Rentenanpassung, Minderung der Rente um 13 % (BVerfGE 64, 87 (97 ff.); Änderung der Regeln über Ersatz- und Ausfallzeiten, Kürzung der Rente um 25 % (BVerfGE 70, 101 (110 ff.); Einführung des Multiplikators von 0,6 im Fremdretenrecht, Minderung der Renten um bis zu 30 % (BVerfGE 116, 96 (126 ff.); Neubewertung der ersten Berufsjahre, Minderung der Rente um 12 % (BVerfGE 117, 272 (292 ff.).

263 Unzumutbarkeit bejaht in: BVerfGE 72, 9 (23), *Arbeitslosengeld* (1986); verneint in: BVerfGE 75, 78 (104), *Berufsunfähigkeit/Erwerbsunfähigkeit* (1987); 117, 272 (300), *Beschäftigungsförderungsgesetz* (2007); 122, 151 (180), *Renten Kürzung Frührente* (2008); 128, 138 (153), *Erwerbsminderungsrente* (2011).

264 BVerfGE 128, 138 (149), *Erwerbsminderungsrente* (2011).

265 »Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG erlaubt es nicht, durch ihn geschützte Rentenanwartschaften allein auf der Grundlage eines allgemeinen Wunsches einer Sanierung der Staatsfinanzen zu kürzen. Daher sind der Absenkung von Renten ungeachtet des legitimen Ziels, die Funktionsfähigkeit der

bzw. bei der Verschärfung von Anspruchsvoraussetzungen jedoch regelmäßig der Fall sein wird, stellt sich die Frage nach einem differenzierten Maßstab.²⁶⁶

2.3 Zusammenfassung

Zusammenfassend ist also klassenbasierte Ungleichheit, wie sie sich im Arbeitnehmer-, Mieter- und Besitzlosenstatus manifestiert, über einen materialisierten Eigentumsbegriff auf Schutzbereichsebene adressierbar. Jedoch dient ein materialisierter Eigentumsbegriff überwiegend der Rechtfertigung sozialregulierender Gesetzgebung. Der Bezug auf diesen scheitert beim Versuch, die Absenkung oder Streichung von Sozialleistungen, die der eigenen Existenzsicherung dienen, abzuwehren. Die gesellschaftliche Privilegierung der Erwerbsarbeit in der Sozialversicherung und die sich darin zeigende Trennung von Erwerbsarbeit und Reproduktionsarbeit werden in dieser Maßstababildung nicht berücksichtigt.

Methodisch zeigt sich dies in einer Perspektivität, die die »Normalität« von Leistungsfähigkeit und Erwerbstätigkeit sowie Rechtfertigungsgründen der Finanzierbarkeit verfolgt und auf diese Weise die Perspektive der Betroffenen und deren soziale Lage in den Hintergrund treten lässt.

3. Gleichheit: ungleich Egalisierung

Konträr zur Eigentumsgarantie ist keine grundsätzliche Materialisierung der Rechtsgleichheit zu beobachten. Im Fall von ökonomischer Ungleichheit ist die Rechtsgleichheit jedoch nicht unwichtig, da, wie bereits die abweichenden Meinungen zum Sozialstaatsprinzip gezeigt haben, sozialstaatliche Regelungen primär am allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gemessen werden.²⁶⁷ Staatliche Akteure dürfen Einzelne nicht

gesetzlichen Rentenversicherung zu gewährleisten, verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt (...).«, ebenda, S. 151.

²⁶⁶ Für Vorschläge aus der Literatur für einen abgestuften Eigentumsschutz bzw. einem Kernbereich siehe m.w.N. *Sonnevend*, Eigentumsschutz und Sozialversicherung, S. 100 ff. *Sonnevend* teilt die hier formulierte Einsicht: »Der Überblick über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts legt den Schluß nahe, daß der Eigentumsschutz ins Leere läuft, wenn der Gesetzgeber Leistungskürzungen mit dem Erhalt der Sozialversicherung ›im Interesse aller‹ oder mit der Sanierung des Bundeshaushalts begründet.«, S. 151.

²⁶⁷ BVerfGE 6, 257 (264), *Unterlassen* (1957); 97, 35 (44), *Hamburger Ruhelgeldgesetz* (1997); 102, 68, (87 ff.), *Krankenversicherung für Rentner*

willkürlich von Sozialleistungen ausschließen. Das Inklusionspotential des allgemeinen Gleichheitssatzes zeigt sich insbesondere in der minderheitenschützenden Funktion, z. B. bei der Gleichstellung von Lebenspartnerschaften mit Ehen im Steuer- und Sozialrecht.²⁶⁸

3.1 Rechtsgleichheit und ökonomische Ungleichheit

Über die formale Rechtsgleichheit hinaus wird in den Gleichheitssatz kein Egalisierungsauftrag hineingelesen. Dies entspricht der gängigen Deutung des Grundgesetzes als einer liberalen Freiheitsordnung, die sozialstaatliche Absicherung, aber keine ausgeprägte Berücksichtigung von Ungleichheitslagen oder gar eine egalitäre Distribution von Ressourcen oder Lebenschancen erfordert.²⁶⁹ Wie die sozialstaatlich orientierte Interpretation der »Herkunft« in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG von Hans-Peter Ipsen aus den 1950er Jahren verdeutlicht, handelt es sich dabei jedoch um keine selbstverständliche Position. Nach Ipsen könne das Merkmal der Herkunft durch das Sozialstaatsprinzip ein »Gebot zu ökonomischer Egalisierung empfangen« und ein Rechtsinstitut der Daseinsvorsorge begründen. Dieses könne »an seiner egalisierenden Kraft gegenüber sozialen Unterschieden nicht vorübergehen.«²⁷⁰

Historisch wurde der Gleichheitssatz schon in der Weimarer Zeit im Hinblick auf dessen Egalisierungspotential kontrovers diskutiert. In dieser Zeit entwickelte Gerhard Leibholz die Deutung der Gleichheit (Art. 109 WRV) als Willkürverbot, nach der Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden müsse. Dieses Gleichheitsverständnis reagierte auf die neue Rolle des Parlaments in der Weimarer Ordnung und zielte darauf, parlamentarischer Umverteilungspolitik verfassungsrechtliche Grenzen zu setzen.²⁷¹ Otto Kirchheimer kritisierte diese Gleichheitsinterpretation daher als »Bollwerk des alten bürgerlichen Rechtsstaates«, als rückläufige Tendenz, die die »vorwärts tendierende Funktion« der Weimarer Ordnung infrage stellen solle. Es liege nicht »im Sinn der Weimarer Verfassung, wenn nun mehr im Namen der Gerechtigkeit Gesetze, die scheinbar eine Belastung einer wirtschaftlichen Klasse sind, als Willkür verworfen werden. Gerade die scheinbare Ungerechtigkeit

II (2000); 103, 225 (235 ff.), *Pflegeversicherung* (2000); 106, 166 (177), *Zählkinderklausel* (2002).

268 BVerfGE 124, 199, VBL (2009); 126, 400, *Erbschaft- und Schenkungsteuer* (2010); 131, 239, *Familienzuschlag* (2012); 133, 59, *Sukzessivadoption* (2013); 133, 377, *Ehegattensplitting* (2013).

269 Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, S. 148 ff.

270 Ipsen, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Gleichheit, S. 173 f.

271 Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, Einleitung und S. 72 ff.; Meinel, in: Kaiser, Eine »revolutionäre Umschichtung unseres Rechtsdenkens«.

erfüllt die Gerechtigkeitsordnung, die dem sozialen System der Weimarer Verfassung innewohnt.«²⁷² Mit Verweis auf Leibholz kritisierte Kirchheimer den »Versuch, den gegenwärtigen Status quo zu garantieren«, indem »jede Gesetzgebung zugunsten der arbeitenden Klasse für unwirksam erklärt« werde.²⁷³

In der Nachkriegszeit wurde die Bedeutung der Gleichheit im Hinblick auf Klasse prominent von T. H. Marshall herausgearbeitet. In seinem Vortrag »Citizenship and Social Class« machte er auf die Potentiale des Bürgerschaftskonzepts für die Adressierung von Klassenungleichheit aufmerksam. Im Bürgerschaftskonzept sei konträr zur kapitalistischen Ökonomie eine egalisierende Logik angelegt: »(T)here is a kind of basic human equality associated with the concept of full membership of a community – or, as I should say, of citizenship.«²⁷⁴ So habe die Bürgerschaft durch die starke normative Idee einer grundlegenden Gleichheit der Menschen zuerst die Infragestellung des Feudalsystems im 18. Jahrhundert befördert, dann die demokratische Wahlgleichheit im 19. Jahrhundert forciert und schließlich zu den sozialstaatlichen Politiken des 20. Jahrhunderts beigetragen. Für den englischen Kontext beobachtete Marshall daher eine dreistufige Entwicklung von der bürgerlichen, über die politische zur sozialen Bürgerschaft. Zwar würde die durch die Sozialbürgerschaft erreichte Inklusion im 20. Jahrhundert nicht die klassenbasierte Ungleichheit abschaffen, sie würde jedoch helfen, diese problematisierbar und kritisierbar zu machen. Diese von Marshall gezogene Verbindung zwischen konstitutioneller Gleichheit und gleicher gesellschaftlicher Mitgliedschaft wird seither in der sozialwissenschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Forschung herangezogen, um gesellschaftliche und rechtliche Inklusion Marginalisierter normativ einzufordern.²⁷⁵

Auch heute noch geht es in der Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes um den Vergleich von Gruppen, wenn auch nicht um Klassen. Der Staat darf grundsätzlich zwischen sozialen Gruppen differenzieren und verschiedene Leistungen anhand von nicht willkürlich ausgewählten »Gruppenmerkmalen« gewähren oder versagen; man denke an die

272 Kirchheimer, Funktion des Staates und der Verfassung, S. 256 f.; ebenso kritisch Neumann, in: ders., Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung, S. 62, 66.

273 Kirchheimer, Funktion des Staates und der Verfassung, S. 257 f.

274 Marshall, Citizenship and Social Class, S. 6; aus feministischer Sicht dazu Rubio-Marín, International Journal of Constitutional Law 2014, 4.

275 Marshall, Citizenship and Social Class, S. 45; soziologisch Stichweh, in: ders./Windolf, Leitgesichtspunkte einer Soziologie der Inklusion und Exklusion; rechtswissenschaftlich Irving, Gender and the Constitution; Kingreen, EuR - Beiheft 1 2007, 43; Davy, ZSR 2010, 295; Mangold, in: Schlachter/Heinig, § 4 Sozial- und arbeitsrechtliche Relevanz der Unionsbürgerschaft.

Privilegien der Ehe oder die des Beamtentums. Dies entspricht dem konservativen Sozialstaatsmodell, in welchem konträr zum universalistischen Sozialstaatstyp Leistungen an Erwerbsarbeit und Status geknüpft werden und daher staatliche Sozialleistungen durchaus zu ungleichen ökonomischen Lebenslagen beitragen.

Eine Rechtspraxis, die in Anschluss an Wolfgang Abendroth, Gleichheit nicht auf Ressourcengleichheit, sondern als demokratische Gleichheit interpretiert und damit die Ermöglichung demokratischer Beziehungen in den Blick nimmt, ist heute kaum auszumachen. In einer solchen Perspektive würde es um eine in den konkreten ungleichheitsproduzierenden Dynamiken der Marktgesellschaft verortete soziale Gleichheit gehen.²⁷⁶ Diese demokratische Funktion sozialer Gleichheit scheint in den Sondervoten von E. W. Böckenförde und von Reinhard Gaier, Johannes Masing und Susanne Baer durch, wenn sie vor den demokratiegefährdenden Effekten ökonomischer Machtkonzentration warnen und letztere eine Verbindung zwischen dem Sozialstaatsprinzip und dem Gleichheitssatz ziehen.

3.2 Gleicher Zugang zum effektiven Rechtsschutz

Eine Ausnahme zur formalen Gleichheitspraxis stellt die Rechtsprechung zum gleichen Zugang zum effektiven Rechtsschutz dar. In dieser zeigt sich die normative Stärke des Rechtsstaats und dem daraus abgeleiteten Justizgewährungsanspruch gegenüber sozialstaatlichen Verfassungssätzen. Wenn Personen aufgrund ihrer schlechten ökonomischen Situation der Zugang zu den Gerichten und damit zum Rechtsschutz verwehrt ist, wird über Art. 3 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG eine Egalisierung des effektiven Rechtsschutzes durch einen Anspruch auf Prozesskostenhilfe erreicht: »Das Grundgesetz gebietet eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes. Art. 3 Abs. 1 GG stellt die Beachtung dieses Gebots der Rechtsschutzgleichheit unter grundrechtlichen Schutz.«²⁷⁷ Begründet wird diese Egalisierungswirkung über Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG mit der Verwiesenheit der Einzelnen auf die gewaltfreie Konfliktlösung durch die Gerichte und dem in Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Rechtsschutz. Daraus folge, dass der Staat Gerichte einzurichten und auch »Unbemittelten« den Zugang zu diesen durch »Vorkehrungen«, wie etwa der Prozesskostenhilfe nach §§ 147 ff. ZPO, zu ermöglichen habe. Die Reichweite dieses Rechts auf gleichen Zugang zum Rechtsschutz erfordere allerdings keine vollständige,

²⁷⁶ Henning, ZSR 2010, 329.

²⁷⁷ BVerfGE 81, 347 (Ls. 1), *Rechtsschutzgleichheit* (1990).

sondern nur eine weitgehende Angleichung: »Der Unbemittelte braucht nur einem solchen Bemittelten gleichgestellt zu werden, der seine Prozeßaussichten vernünftig abwägt und dabei auch das Kostenrisiko berücksichtigt«, weshalb die Gewährung der Prozesskostenhilfe von hinreichenden Erfolgsaussichten abhängig gemacht werden darf.²⁷⁸ Darüber hinaus umfasse das Recht auch außergerichtliche Beratungshilfe.²⁷⁹

Die Verfassungspraxis zu Art. 3 Abs. 1 GG führt hiernach nicht nur wie in der *numerus clausus*-Entscheidung zu einem gleichen Zugang zu knappen staatlichen Ressourcen, sondern geht über ein solches derivatives Teilhaberecht hinaus. Sie vermittelt durch die Zielrichtung auf den tatsächlichen Zugang zum Rechtsschutz einen originären Leistungsanspruch durch eine gleichheitsrechtliche Auslegung des Justizgewährungsanspruchs. Die starke Normativität der rechtsstaatlichen Logik führt also dazu, dass trotz der einhelligen Auffassung, aus Art. 3 Abs. 1 GG folge kein Egalisierungsauftrag, ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf ein gewisses Maß an ökonomischer Gleichheit zur Kompensation realer Klassenungleichheit abgeleitet wird.

3.3 Keine Egalisierung im Gesundheitsbereich

Wenn wir den Bereich rechtsstaatlicher Gleichheit verlassen und uns den Bereich sozialer Gleichheit anschauen, wird die Schwäche des Gleichheitsrechts für die Thematisierung von Klasse deutlich. Für den Gesundheitsbereich hat dies Ulrike Davy eingehend beobachtet.²⁸⁰ Obwohl das System der gesetzlichen Krankenkassen besonders stark durch die Prinzipien der Umverteilung und Solidarität geprägt sei, könne der Zusammenhang zwischen Gesundheit und ökonomischen Verhältnissen nicht durchbrochen werden.²⁸¹ Die Verteilung von Gesundheit und Tod sei weiterhin schichtspezifisch.²⁸²

Über einkommensorientierte Beiträge soll das System der gesetzlichen Krankenkasse eigentlich zu einer lückenlosen, kollektiv-solidarischen Gesundheitsversorgung führen. Dieses egalitäre System wird jedoch

²⁷⁸ Ebenda, S. 357.

²⁷⁹ BVerfGE 88, 5, *gewerkschaftliche Beratungshilfe* (1992); 122, 39, *außergerichtliche Rechtsberatung* (2008).

²⁸⁰ Davy, ZSR 2010, 295 (298 ff.).

²⁸¹ Ein gegenläufiger Trend ist die Förderung des Wettbewerbs der gesetzlichen Krankenkassen. Mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz von 2007 wurden Wahltarife ermöglicht, die mehr Ungleichheiten im Gesundheitswesen befürchten lassen, Axer, in: VDStRL, Soziale Gleichheit, S. 202 f.; zu Umverteilung im Recht der Krankenversicherung Wallrabenstein, Versicherung im Sozialstaat, S. 335 ff.

²⁸² Davy, ZSR 2010, 295 (297).

durch Leistungsausschlüsse und Leistungsbegrenzung durchbrochen. So sind notwendige, aber nicht verschreibungspflichtige Medikamente genauso wie Sehhilfen aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeschlossen, da es sich um vergleichsweise günstige Produkte handeln soll. Leistungsbegrenzungen für kostenintensive Maßnahmen existieren z.B. bei kieferorthopädischen Behandlungen, die nur bis zum 18. Lebensjahr übernommen werden, und bei künstlicher Befruchtung, bei der die Kostenübernahme auf 50 Prozent der Kosten begrenzt ist.²⁸³

Davy zeigt, dass in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts Leistungsausschlüsse, Leistungsbegrenzungen und Zuzahlungspflichten von ökonomisch schwächer Positionierten immer wieder unter Gleichheitsgesichtspunkten verhandelt werden, dass diese gleichheitsrechtliche Argumentation bisher jedoch nicht erfolgreich war, da das Bundessozialgericht Finanzierungs- und Belastbarkeitsargumente sowie das Ziel der Verhaltenssteuerung durchgehend akzeptiere. Das Argument der besonderen Belastung von ökonomisch Schwächeren könne in der Rechtsprechung nicht greifen, so Davy, da ansonsten aus Art. 3 Abs. 1 GG ein originärer Leistungsanspruch folge. Der Gleichheitsmaßstab ist für Davy daher zu grob und ungeeignet für den Rechtsschutz von ökonomisch schwach Positionierten.²⁸⁴ In dieser individualrechtlichen Hinsicht ist Klasse im Gesundheitsbereich keine verfassungsrechtlich erfolgreich verhandelbare Ungleichheitsachse.

283 BSG, Urteil v. 9. 12.1997, 1 RK 11/97; BSG, Urteil v. 19.11.2007, B 1 KR 6/07 R. Zu Leistungsbegrenzungen und -ausschlüssen in der gesetzlichen Krankenversicherung, u. a. mit Blick auf die Grundsicherung nach dem SGB II, siehe *Wenner*, *GesR* 2009, 169; *Wenner*, in: Wallrabenstein/Ebsen, Konkretisierung des Leistungsniveaus der Gesundheitsversorgung durch die Rechtsprechung. Zur medizinischen Versorgung von Grundsicherungsbezieher*innen stellt der 1. Senat des BSG fest: »Benötigten Versicherte krankheitsbedingt Mittel, die verfassungskonform nicht dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung unterfallen, sichern die bei Hilfebedürftigkeit eingreifenden Teile des Sozialsystems das verfassungsrechtlich garantierte Existenzminimum.«, BSG, Urteil v. 6.3.2012, B 1 KR 24/10 R, Rn. 36. Dies schließt der 14. Senat des BSG aber aus: »Die übrigen Kosten für Gesundheitspflege, die unter anderem für medizinisch notwendige, aber nicht von der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkasse abgedeckte OTC-Präparate unter dem Gesichtspunkt der Eigenverantwortung der GKV-Versicherten auch von Hilfebedürftigen nach dem SGB II selbst zu zahlen sind, sind in der Regelleistung abgebildet und lösen damit grundsätzlich keinen Bedarf nach § 73 SGB XII aus«, BSG, Urteil v. 26.5.2011, B 14 AS 146/10 R, Rn. 25.

284 *Davy*, *ZSR* 2010, 295 (300).

4. Leistung: Menschenwürde

Leistungsrechtlich wird die Achse Klasse anhand des Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip adressiert. Ein subjektives Recht auf staatliche Fürsorge wurde verwaltungsrechtlich bereits in den Anfangsjahren der Bundesrepublik formuliert und einfachgesetzlich mit dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG) im Jahr 1962 eingeführt.²⁸⁵ Verfassungsrechtlich leitete das Bundesverfassungsrecht den Leistungsanspruch aus der Menschenwürde im Hartz IV-Urteil vom 9. Februar 2010 her und stellte die Existenz eines verfassungsrechtlich garantierten physischen und sozio-kulturellen Existenzminimums fest: »Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.«²⁸⁶

4.1 Das menschenwürdige Existenzminimum

In der Entscheidung urteilte das Bundesverfassungsgericht über das neu eingeführte System der Grundsicherung für Erwerbsfähige.²⁸⁷ Konkret ging es um die Verfassungsmäßigkeit der Regelsatzhöhe nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II). Der Lebensunterhalt von Erwerbsfähigen wurde bis zum 31. Dezember 2004 über die Arbeitslosenhilfe nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch und der Sozialhilfe nach dem BSHG gesichert. Dieses duale System wurde mit der Reform zum 1. Januar 2005 aufgegeben. Die Arbeitslosenhilfe wurde ersatzlos gestrichen und die Grundsicherung für erwerbsfähige Personen neu im SGB II geregelt.

²⁸⁵ Als Begründung gilt die Entscheidung BVerwG, Urteil v. 24.6.1954, V C 78.54, da das BVerwG zum ersten Mal Bedürftigen ein subjektives Recht auf Fürsorge zuspricht und nicht mehr als bloße Untertanen behandelt. Einfachgesetzlich wurde dieser Anspruch mit dem Bundessozialhilfegesetz v. 30.6.1961, BGBl. I 1961, S. 1875, eingeführt.

²⁸⁶ BVerfGE 125, 175 (Ls. 1), *Hartz IV* (2010); dazu mit umfangreichen Nachweisen zur wissenschaftlichen Diskussion und zur Sozialgerichtsrechtsprechung *Berlit*, KJ 2010, 145; *Schnath*, NZS 2010, 297; *Wenner*, SozSich 2010, 69; *Hörmann*, Rechtsprobleme des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums; *Nolte*, Der Staat 2013, 245; *Kingreen*, NVwZ 2010, 558.

²⁸⁷ Überblick bei *Steck/Kossens*, FPR 2005, 424; zu älteren Erwerbslosen *Mayer*, NZS 2005, 568.

Das BSGH wurde aufgehoben und in das Zwölfte Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) überführt, das seither die Sozialhilfe für Nichterwerbsfähige, also für Alte und Erwerbsgeminderte, normiert.²⁸⁸

Mit dieser Reform wurde ein Paradigmenwechsel vollzogen. Während die alte Sozialhilfe Leistungen nach dem individuellen Bedarf gewährte, die Regelsätze durch Rechtsverordnungen auf Länderebene regional festgelegt wurden und die Arbeitslosenhilfe zusätzliche Leistungen, die sich am alten Einkommen orientierten, ermöglichte, sieht das SGB II einen gesetzlich festgelegten Regelsatz vor, der den durchschnittlichen Bedarf von allen Erwerbsfähigen gleichermaßen decken soll und von dem nicht zugunsten individueller Bedürfnisse abgewichen werden kann. Konträr zur Sozialhilfe ist eine individuelle Erhöhung des Regelsatzes bei der Grundsicherung für Arbeitssuchende daher nicht vorgesehen. Die Gesetzgebung geht stattdessen davon aus, dass »die nach diesem Buch vorgesehenen Leistungen« den Bedarf decken (§ 3 Abs. 3 SGB II). Mit der Neuregelung der Arbeitslosensicherung ist also von einer Individualisierung zu einer Pauschalierung gewechselt worden: Die neuen Regelsätze sollen pauschal den gesamten Lebensunterhalt umfassen und damit auch Kosten für Anschaffungen, die zuvor durch einmalige Beihilfen gedeckt wurden, wie etwa Elektrogeräte oder Kleidung.²⁸⁹ Die Bedarfe für Kinder und Jugendliche wurden durch die Reform pauschal auf 60 Prozent bzw. 80 Prozent des Regelbedarfs für Erwachsene festgesetzt.

In seinem Urteil erklärte das Bundesverfassungsgericht die Regelsätze für unvereinbar mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Die Menschenwürde begründe den verfassungsrechtlichen Anspruch; ergänzend erteile das Sozialstaatsprinzip der Gesetzgebung den Auftrag, das Existenzminimum zu sichern und gewähre dafür einen Gestaltungsspielraum, insbesondere für Wertungen über die konkrete Regelsatzhöhe.²⁹⁰

Mit der Verankerung des Anspruchs in der Menschenwürde betont das Gericht die grundlegende Bedeutung und Unverfügbarkeit des Existenzminimums. Über die inhaltliche Ausfüllung macht das Bundesverfassungsgericht jedoch keine konkretisierenden Ausführungen, da dies »nicht unmittelbar aus der Verfassung« abgeleitet werden könne. Stattdessen sei es die Aufgabe der demokratischen Gesetzgebung, die Grundsicherung an den jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens sowie die bestehenden Lebensbedingungen auszurichten und immer wieder

288 Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 24.12.2003, BGBl. I 2003, S. 2954.

289 Entwurf eines Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch, BT-Drucks. 15/1514, S. 59 zu § 29.

290 BVerfGE 125, 175 (225 f.), *Hartz IV* (2010).

erneut anzupassen. Dabei müsse neben der physischen Existenz auch die Möglichkeit, zwischenmenschliche Beziehungen zu pflegen und am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben in einem Mindestmaß teilhaben zu können, von der Gesetzgebung berücksichtigt werden.²⁹¹ Mehr materiell-rechtliche Vorgaben für die Konkretisierung des Umfangs formulierte das Gericht nicht. Das Bundesverfassungsgericht stellt daher zunächst nicht viel mehr als die Existenz eines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Transferleistungen fest, ohne diesen inhaltlich zu konkretisieren. Für die weitere Prüfung geht es dazu über, Rationalitätsanforderungen an das Verfahren der Regelsatzfestlegung zu stellen und diese als Hilfsmaßstab zu formulieren.²⁹²

4.2 Hilfsmaßstäbe: Evidenzkontrolle und ein rationales Verfahren

Die Schwierigkeit verfassungsrechtlicher Leistungsrechte, das zeigt sich hier in der Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts deutlich, besteht in ihrer Quantifizierung. Eine Verfassungsdogmatik, die für verfassungsrechtliche Leistungsansprüche argumentative Wege zur Verfügung stellt, wurde in der Rechtspraxis bisher nicht entwickelt. Das Bundesverfassungsgericht greift daher auf einen formalen Hilfsmaßstab zurück. Die Gesetzgebung dürfe – im Sinne einer rechtsstaatlichen Logik – Regelsätze nicht einfach »ins Blaue hinein« festlegen; vielmehr müsse die Höhe durch ein transparentes und schlüssiges Verfahren bestimmt werden. Das Verfahren müsse sachgerecht, nachvollziehbar, konsistent und auf Grundlage realitätsgerechter Zahlen erfolgen. Die Methode könne die Gesetzgebung frei wählen. Während früher das Warenkorbmodell verwendet wurde, wird derzeit ein Statistikmodell auf Grundlage der Einkommens- und Verbraucherstichprobe des Statistischen Bundesamtes benutzt. Dies sei zulässig, es müssten sich darin jedoch alle existenznotwendigen Aufwendungen wiederfinden.²⁹³

Neben dieser formal-prozeduralen Vertretbarkeitskontrolle führt das Gericht eine materiale Evidenzprüfung als eine eng begrenzte Ergebniskontrolle durch und fragt, ob die Regelsätze evident nicht für ein menschenwürdiges Existenzminimum ausreichen. Im Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz hat das Bundesverfassungsgericht diesen Maßstab wieder aufgenommen und ihn konkretisiert, indem es erstens auf den letzten Zeitpunkt der Regelsatzfestsetzung und zweitens auf einen Vergleich mit dem regulären System der Grundsicherung nach dem SGB II

291 Ebenda, S. 222 ff.

292 Kritik daran *Nolte*, *Der Staat* 2013, 245.

293 BVerfGE 125, 175 (235 f.), *Hartz IV* (2010).

und SGB XII abgestellt hat: Da die Regelsätze nach dem Asylbewerberleistungsgesetz seit 1993 nicht angehoben worden waren und die Leistungen mehr als 35 Prozent unter dem der Sozialgesetzbücher lagen, stellte das Bundesverfassungsgericht einen evidenten Verstoß gegen das unabhängig vom Aufenthaltsrecht geltende menschenwürdige Existenzminimum fest.²⁹⁴

In der Hartz IV-Entscheidung argumentierte das Bundesverfassungsgericht, dass die Höhe des Regelsatzes zwar nicht evident verfassungswidrig sei, dass aber der Regelsatz aufgrund eines inkonsistenten Verfahrens verfassungswidrig ermittelt worden sei. Von den Strukturprinzipien des Statistikmodells sei mehrfach abgewichen und durchschnittliche Bedarfe ohne empirische Grundlage festgesetzt worden.²⁹⁵ Das Statistikmodell ermittelt den durchschnittlichen Bedarf für das Existenzminimum anhand des Konsumverhaltens der Haushalte mit geringem Einkommen (die »unteren 20-Prozent«). Aus dieser Verbraucherstichprobe der unteren Einkommensgruppe wurden einzelne Ausgabenposten, etwa im Bereich Mobilität und Strom, pauschal gekürzt, ohne den tatsächlich regelleistungsrelevanten Verbrauch empirisch zu ermitteln. Der Bereich Bildung sowie außerschulischer Unterricht in Sport und Musik wurde vollständig ausgenommen. Darüber hinaus wurde der Bedarf für Kinder und Jugendliche nicht empirisch ermittelt und damit kinder- und altersspezifische Bedarfe sowie Schulbedarf nicht berücksichtigt. Wie das Bundesverfassungsgericht zutreffend feststellt: »Kinder sind keine kleinen Erwachsenen.«²⁹⁶

Die aufgrund des Hartz IV-Urteils erforderliche Neuregelung des Verfahrens zur Festsetzung der Regelsatzhöhe sieht nun vor, dass nicht mehr die »untersten 20-Prozent«, sondern nur noch die »untersten 15-Prozent« als Referenzhaushalte, darunter auch »Aufstocker«-Haushalte und studentische Haushalte,²⁹⁷ für die Bestimmung des Existenzminimums herangezogen und zusätzlich einige Posten, in Anlehnung an das Warenkorbmodell, aus der Berechnung der Regelsatzhöhe

294 BVerfGE 132, 134 (166 ff.), *AsylBLG* (2012); *Wallrabenstein*, KritV 2012, 433. § 1a Abs. 2 *AsylBLG* in der am 23.10.2015 verkündeten Neufassung, BGBl. I 2015, S. 1722 ff., sieht für bestimmte Personengruppen die Kürzung des soziokulturellen Existenzminimums vor, kritisch dazu *Brings/Oehl*, ZAR 2016, 22.

295 BVerfGE 125, 175 (238), *Hartz IV* (2010).

296 Ebenda, S. 246.

297 »Aufstocker«-Haushalte sind solche, die aufgrund ihres geringen Einkommens auf zusätzliche Leistungen nach dem SGB II angewiesen sind; die Inklusion von »Aufstocker«-Haushalten und studentischen Haushalten, die Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz erhalten, kritisierte eines der vorlegenden Gerichte in BVerfGE 137, 34, *existenzsichernder Regelbedarf* (2014).

herausgenommen werden.²⁹⁸ Als das Bundesverfassungsgericht die Neuregelungen 2014 überprüfte, stellte es fest, dass diese Verfahrensweise eine Gefahr der Unterdeckung berge und verpflichtete daher die Gesetzgebung dazu, Vorkehrungen zu treffen.²⁹⁹ Die Legislative müsse die Entwicklung der tatsächlichen Lebenshaltungskosten im Auge behalten und die Aktualisierung der Regelsatzhöhe sicherstellen. Da die Neuregelung diesen Anforderungen noch nachkomme, u. a. auch weil die Sozialgerichte bei einer drohenden Unterdeckung Normen, die einmalige Leistungszuschüsse vorsehen, verfassungskonform auslegen müssten, sei kein Verfassungsverstoß feststellbar.³⁰⁰ Dennoch sei bei der derzeitigen Regelsatzhöhe, die wegen der Herausnahme einzelner Ausgabeposten nur zu einer Deckung von 72 Prozent der Konsumausgaben der »unteren 15-Prozent«-Gruppe führt, die Grenze des gerade noch Zulässigen erreicht.³⁰¹

4.3 *Atypische Bedarfe und Pauschalierung*

Das Bundesverfassungsgericht sieht darüber hinaus ein verfassungsrechtliches Problem im Regelungsinstrument der Pauschalierung in Verbindung mit dem Statistikmodell. Mit der Neuregelung des Arbeitslosengeldes hatte sich die Gesetzgebung dafür entschieden, die Regelsatzhöhe nicht mehr am individuellen Bedarf zu orientieren, sondern im Gesetz einheitlich festzulegen. Alle Arbeitssuchenden, seien sie noch so unterschiedlich in ihren Bedürfnissen, bekommen denselben Regelsatz. 2005 betrug der Regelsatz 345 Euro für alleinstehende Erwachsene. Die Gesetzgebung darf im Sozialrecht grundsätzlich mit Techniken der Pauschalierung arbeiten, um Verwaltungsabläufe bei Massenphänomen zu vereinfachen, dem Statistikmodell ist es jedoch inhärent, dass auf den durchschnittlichen Verbrauch und damit auf »normale« Subjekte und ihre gängigen Bedürfnisse abgestellt wird.

Die Gesetzgebung geht also davon aus, dass individuelle Abweichungen vom Durchschnittsverbrauch ausgleichbar sind: Individueller Mehrbedarf an der einen Stelle soll durch geringeren Bedarf an der anderen Stelle, also durch Verhaltenssteuerung, ausgeglichen werden.³⁰² Darüber hinaus werden für typische Mehrbedarfe wie etwa eine

298 Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch v. 24.3.2011, BGBl. I 2011, S. 453.

299 BVerfGE 137, 34 (59 f., 76, 90 ff.), *existenzsichernder Regelbedarf* (2014).

300 Ebenda, S. 77 ff.

301 Ebenda, S. 92 f.

302 Besondere Bedarfe für z. B. Neugeborene, Medikamente oder Kosten für die Ausübung des Umgangsrechts mit den eigenen Kindern müssen vom Regelbedarf gedeckt werden, LSG BB, Beschluss v. 3.3.2006, L 10 B 106/06 AS

Schwangerschaft zusätzliche Leistungen vorgesehen. Diese typischen Fälle waren jedoch abschließend im SGB II aufgezählt. Für kurzfristige Sonderbedarfe bestand daher allein die Möglichkeit eines Darlehens. Langfristige atypische Bedarfe waren in diesem System überhaupt nicht vorgesehen.

Da aber Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip »jedem Einzelfall« ein menschenwürdiges Existenzminimum gewährleiste – auch Menschen mit stark abweichenden Bedürfnissen –, bestehe, so das Bundesverfassungsgericht, im Ausnahmefall ein zusätzlicher Anspruch, um Unterversorgung zu verhindern.³⁰³ Das Gericht forderte daher eine Härtefallregelung für atypische Bedarfe, die inzwischen mit § 21 Abs. 6 SGB II genauso wie ein Bedarf für Bildung und Teilhabe § 28 SGB II gesetzlich geschaffen wurde.

4.4 Kritik: Individualisierung statt Relationierung

4.4.1 Abstrakte Würde

Die Sicherung des Lebensunterhalts durch das System der Grundsicherung wird in der Hartz IV-Entscheidung auf eine Art und Weise verhandelt, die das einzelne Subjekt und seinen Anspruch auf eine menschenwürdige Existenz in den Mittelpunkt stellt. Die starke Individualisierung scheint hier aus der Maßstabswahl der Menschenwürde zu folgen, denn das Gericht wiederholt mehrmals, dass es um jeden Einzelfall oder um jede individuelle hilfsbedürftige Person und nicht etwa um soziale Gerechtigkeit, materiale Freiheit, den Vergleich mit ökonomisch Privilegierten oder Umverteilung gehe und der Anspruch auf staatliche Existenzsicherung aus der menschlichen Würde folge.³⁰⁴

Dabei erfolgt die Begründung eines solchen Anspruchs der »Hilfsbedürftigen« vergleichsweise ahistorisch und ohne Bezüge zu den Kontextbedingungen einer modernen arbeitsteiligen Marktgesellschaft. Es entsteht der Eindruck, dass das Bundesverfassungsgericht zwar das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum als ein Moment moderner Verfassungsstaatlichkeit mit der Menschenwürde normativ stark formulieren, aber wegen der politischen Brisanz der Regelsatzhöhe keine Aussagen von Verfassungs wegen über den Umfang

ER; LSG BB, Beschluss v. 24.4.2007, L 19 B 400/07 AS ER; BSG, Urteil v. 7.11. 2006, B 7b AS 14/06 R.

303 Z. B. chronische Erkrankungen, Behinderung, besonders schwierige Lebenslagen, *Kirchhof*, NZS 2015, 1.

304 BVerfGE 125, 175 (222 f., 253), *Hartz IV* (2010).

dieses Anspruchs machen wollte.³⁰⁵ Grundrechtsträger*innen können nun durch die Verfassungsbeschwerde ihr Existenzminimum überprüfen lassen, die materialen Inhalte sind jedoch über eine schwache Evidenzkontrolle hinaus der demokratischen Politik überlassen.

Dementsprechend fehlen jegliche Ausführungen zum Sinn und Zweck des Würdeschutzes und des Sozialstaatsprinzips. Der Würdebegriff bleibt im Bereich der Sozialpolitik normativ unkonkretisiert und stellt keinerlei Bezug zu klassenbedingter Ungleichheit her. Diese Strategie der Detachmentisierung des Sinn und Zwecks sozialstaatlicher Instrumente wurde bereits bei den Mehrheitsmeinungen zum Sozialstaatsprinzip sichtbar und scheint sich hier zu wiederholen, wenn auch mit anderer politischer Stoßrichtung.

4.4.2 Existentielle Abhängigkeit und Anerkennung

Die abstrahierende Individualisierung führt zu einigen Leerstellen. Es fehlt eine relationale Perspektive, die möglicherweise Impulse für die Maßstabsbildung hätte setzen können. Eine relationale Perspektive kann durch ihren Fokus auf asymmetrische Beziehungen es erleichtern, existentielle Abhängigkeiten zu thematisieren. Bei staatlicher Existenzsicherung unterscheidet sich die Konstellation zu ausgrenzenden Freiheitsrechten z. B. dahingehend, dass Menschen, die Transferleistungen beziehen, in den Fürsorgebereich des Staates einbezogen werden und sich die Beziehung zum Staat grundlegend anders gestaltet als es in der staatsausgrenzenden klassischen Eingriffs-Abwehr-Logik zum Ausdruck kommt. Ihre Beziehung kennzeichnet sich nämlich durch ein existentielles Abhängigkeitsverhältnis zum Staat.³⁰⁶ Von dieser Form der Abhängigkeit droht paternalistische und punitive Sozialpolitik, wie sie sich etwa in den Sachleistungen oder in den Sanktionsmöglichkeiten gemäß §§ 31–31b SGB II manifestiert.³⁰⁷

Das Bundesverfassungsgericht verliert dementsprechend wesentliche materiell-rechtliche Fragen aus dem Blick, insbesondere die Frage nach Geld- oder Sachleistungen in einer geldbasierten Ökonomie. So müsse

³⁰⁵ Nach Schnath erschöpft sich das neue Grundrecht daher darin, ein Recht auf *abgesicherte* Armut zu sein, *Schnath*, NZS 2010, 297 (298). Positiv zum Urteil *Merold*, Freiheit durch den Staat, Kap. D.

³⁰⁶ *Nedelsky*, Law's Relations, Kap. 3.

³⁰⁷ Das SG Gotha hatte dem BVerfG einen Fall vorgelegt, indem es um die Kürzung des Arbeitslosengeldes II um 30 % und schließlich 60 % ging, SG Gotha, Beschluss v. 26.5.2015, S 15 AS 5157/14. Das BVerfG sah die Vorlage jedoch als nicht ausreichend begründet an, BVerfG, Kammerbeschluss v. 6.5.2016, 1 BvL 7/15. Eine erneute Vorlage des SG Gotha ist anhängig und wird im Laufe des Jahres 2019 entschieden (1 BvL 7/16).

die Gesetzgebung das Existenzminimum zwar realitätsgerecht bestimmen, die erforderlichen Wertungen bleiben ihr jedoch vollständig überlassen, so auch die Frage, ob das Existenzminimum durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen gesichert wird.³⁰⁸ Trotz des starken Bezugs auf die Menschenwürde wird also der sozialrechtliche Grundsatz, dass zur Sicherung einer selbstbestimmten Lebensführung Hilfe als Geldleistung gewährt wird, nicht erörtert. Die Autonomie der Bedürfnisbefriedigung wird für Arbeitssuchende daher verfassungsrechtlich nicht abgesichert.³⁰⁹

Wenn Geld aber das notwendige Mittel zur Inklusion in diverse gesellschaftliche Teilsysteme darstellt, dann drängt sich eigentlich die Frage auf, ob Gutscheine und Sachleistungen als möglicherweise stigmatisierende und infantilisierende Geldersatzleistungen mit der Menschenwürde vereinbar sind oder – in den Worten von Nancy Fraser – zu einer kulturellen Hierarchisierung von Grundsicherungsbezieher*innen führen. Beim Recht auf Existenzsicherung geht es ja nicht nur um Umverteilung, sondern auch ganz wesentlich um die Anerkennung als Gleiche, weil durch Sozialleistungen nicht nur staatliche Gelder verteilt, sondern auch soziale Positionen konstituiert werden.

Nicht-monetäre Leistungen, wie Gutscheine und Sachleistungen, basieren aber auf Stereotypen, nach denen Arme oder Nichterwerbstätige faul oder verantwortungslos sind und es daher negativer Anreize zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bedarf. C.B. Macphersons hat in seiner Kritik des Besitzindividualismus aufgezeigt, dass die kulturelle Abwertung der Armen und Arbeitslosen mit der Entstehung der Privateigentumsgesellschaft entsteht und in den Grundbegrifflichkeiten der bürgerlichen Ordnung verwurzelt ist. Schon zu John Lockes Zeiten galten Arme nicht in gleicherweise als Vernünftige und wurden nicht als gleichwertige Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft, sondern als disziplinierungs- und aktivierungsbedürftig betrachtet. Stephan Lessenich hat dies auch für den gegenwärtigen deutschen Sozialstaat beobachtet. Er kritisiert die Genese eines aktivierenden Sozialstaats, der Armut bzw. Erwerbslosigkeit zunehmend individualisiert, eine die Sozialsysteme nicht belastende Lebensführung fordert und dies durch Sanktionen absichert.³¹⁰

Bei der Existenzsicherung geht es also nicht nur darum, wie hoch staatliche Leistungen sind, sondern auch auf welche Art und Weise sie gewährt werden. Eine relationale Perspektivität hätte die kulturelle Abwertung von Erwerbslosen, die potentiell in Geldersatzleistungen und

308 BVerfGE 125, 175 (224), *Hartz IV* (2010); 137, 34 (97), *existenzsichernder Regelbedarf* (2014).

309 Schnath, NZS 2010, 297 (299).

310 Das Prinzip des sanktionsabgesicherten Forderns und Förderns ist in §§ 2, 15 f., 31 ff. SGB II verankert.

Sanktionen liegt, problematisieren und auch bei Umverteilungskonflikten eine Anerkennungsdimension in Gestalt eines stereotypensensiblen Maßstabes einführen können. Methodisch wäre dafür die Betroffenenperspektive weiterführend gewesen. Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte für die Entwicklung einer relationalen Perspektive, die auch eine Anerkennungsdimension umfasst, hätten ein antidiskriminierungsrechtliches Würdeverständnis oder der Schutz vor Benachteiligung aufgrund der sozialen Herkunft aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geboten. Zwar geht es bei der Kategorie der sozialen Herkunft um die hergebrachte familiäre Klassenzugehörigkeit und damit um soziale Durchlässigkeit,³¹¹ dennoch erscheint es mir nicht völlig abwegig, den Diskriminierungsschutz auch auf die aktuelle Klassenzugehörigkeit zu beziehen und in diese Richtung weiterzuentwickeln, gerade wenn man bedenkt, dass Klassenzugehörigkeit regelmäßig familiär weitergegeben wird.

4.4.3 Die »Überflüssigen« und das Sozialstaatsprinzip

Eine über den abstrakten Individualismus hinausgehende Perspektive hätte möglicherweise auch eine stärkere Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips, beispielsweise in Verbindung mit dem Gleichheitssatz, eröffnen können.³¹² Da die Dogmatik des Sozialstaatsprinzips aber davon ausgeht, dass dieses ein Mindestmaß an sozialer Gerechtigkeit und sozialem Ausgleich erfordert, scheint das Bundesverfassungsgericht genau diese Argumentationslinie durch den ständigen Verweis auf die Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung umgehen zu wollen. Vielmehr spricht das Bundesverfassungsgericht in abstrakter, ahistorischer Weise von Eigenverantwortung. So bestehe ein Leistungsanspruch dann, wenn »einem Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlen, weil er sie weder aus seiner Erwerbsfähigkeit, noch aus eigenem Vermögen noch durch Zuwendungen Dritter erhalten kann.«³¹³ Dem Staat kommt danach zwar eine subsidiäre Verpflichtung zu, die Existenz zu gewährleisten,³¹⁴ auf die Ursachen von ökonomischer Hilfebedürftigkeit geht das Gericht jedoch nicht ein und argumentiert »ohne jeden verfassungsrechtlichen Blick auf

³¹¹ Baer/Markard, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 502 f. (7. Aufl. i.E.).

³¹² Zur sozialen Dimension des Gleichheitssatzes Ipsen, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Gleichheit, S. 173 f.; die Sondervoten zu BVerfGE 36, 237 (249 f.), *Nachentrichtung* (1973); 138, 136 (25), *Unternehmenserbrecht* (2014).

³¹³ BVerfGE 125, 175 (222), *Hartz IV* (2010).

³¹⁴ BVerfGE 142, 353 (381 f.), *Bedarfgemeinschaft* (2016).

die tatsächlichen und/oder möglichen Reichtümer«. ³¹⁵ Dem brisanten Thema der gesellschaftlichen Verteilung von Reichtum und den damit einhergehenden ökonomischen Privilegien verweigert sich das Gericht durch eine individualisierende-abstrakte Argumentation.

Eine relationale Perspektive hätte demgegenüber die Rezeption von Sozialdaten über die Reichtums- und Armutsentwicklung in Deutschland oder sozialwissenschaftlicher Literatur über die strukturelle Dimension der »Überflüssigen« in der Marktgesellschaft nahegelegt. Dies kann die Chance bieten, den systemischen Charakter von Arbeitslosigkeit und Nichterwerbstätigkeit in Lohnarbeitsgesellschaften rechtlich greifbar zu machen und das Recht auf Transferleistungen nicht auf ein subjektives Recht einzelner, am Markt gescheiterter Subjekte zu reduzieren, sondern als Problem der Ordnung von Sozialbeziehungen oder gar als Gegengewicht zu Eigentumsprivilegien zu verstehen.

Noch vor den Reformen der Agenda 2010 sah Brun-Otto Bryde im Sozialstaatsprinzip nicht nur die Sicherung der materiellen Existenz, sondern auch den Schutz davor verankert, bei Arbeitslosigkeit zum Teil einer »Reservearmee« zu werden. ³¹⁶ Solche arbeitsmarktpolitischen Überlegungen bezieht das Bundesverfassungsgericht ebenfalls nicht unter Rückgriff auf das Sozialstaatsprinzip ein. Da die neue Grundsicherung, dies zeigt die Abschaffung der Arbeitslosenhilfe, vom gesetzgeberischen Ziel eines verschärften Drucks auf Erwerbslose bzw. einer verschärften Angst vor Arbeitslosigkeit getragen war, hätten solche Überlegungen ebenso weiterführend sein können. Dafür bedarf es methodisch wie beim Beispiel des Geldersatzes der Reflexion der Effekte von sozialstaatlichen Leistungen, also die Einnahme der Betroffenenperspektive.

Auch thematisiert das Bundesverfassungsgericht nicht die Beziehung zwischen Statistikmodell und arbeitsmarktpolitischen Entscheidungen der Gesetzgebung. Hierfür wäre ebenfalls die Rezeption von Sozialdaten hilfreich gewesen, die die Entwicklung des inzwischen größten Niedriglohnsektors in Europa hätte sichtbar machen können. Der »Entwicklungsstand des Gemeinwesens«, an dem sich die Gesetzgebung für die Bestimmung der Regelsatzhöhe orientieren soll, ist keine naturwüchsige Angelegenheit, sondern selbst durch gesetzgeberische Regulierungen geprägt. Hier drängt sich die Frage auf, ob das Statistikmodell, das sich an der untersten Einkommensgruppe orientiert und von einem Lohnabstandsgebot ausgeht, eine Abwärtsspirale befördert. ³¹⁷

³¹⁵ Schnath, NZS 2010, 297 (299).

³¹⁶ Bryde, in: Evers, Das Sozialstaatsprinzip als Programm, Deskription und Norm, S. 47.

³¹⁷ Schnath, NZS 2010, 297 (300); ebenso kritisch zum Lohnabstandsgebot m.w.N. Berlitz, KJ 2010, 145 (158).

4.4.4 Multiple Exklusion

Über die materiell-rechtlichen Fragen hinaus bestehen abschließend formale und prozessuale Hürden für die verfassungsrechtliche Adressierung von Klasse. Ulrike Davy bezeichnet dies als Problem der multiplen Exklusion.³¹⁸ Die rot-grüne Sozialpolitik habe in der Gesamtschau zu einer Exklusion aus mehreren Funktionssystemen geführt: »Die Ausgrenzungen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung werden weder durch die Sozialhilfe noch durch die Grundsicherung aufgefangen. Einzelne Bedarfe des Lebensunterhalts, die bis Ende 2004 durch Öffnungsklauseln des Sozialhilferechts gedeckt waren, waren ab 1. Januar 2005 aus der Regelleistung zu bestreiten.«³¹⁹ Leistungskürzungen in einem Bereich werden nicht notwendigerweise durch das Sozialhilfe- und Grundsicherungsrecht ausgeglichen. Da unterschiedliche Zuständigkeiten und Bedarfe nicht immer zeitgleich bestehen, existiere kein ausreichender Rechtsschutz, der im Einzelfall überprüfen könne, ob die untere Grenze des Existenzminimums gewahrt bleibe, so die Kritik von Davy: »Aus Gründen der Zuständigkeit, aber auch weil Bedarfe nicht zeitgleich entstehen, sind der Ausschluss der Sehhilfen aus dem SGB V im Verfahren A, der besondere Hygienebedarf im Verfahren B, die Kosten des Umgangsrechts im Verfahren C und die Notwendigkeit eines Ersatzkühlschranks im Verfahren D geltend zu machen, zum Teil vor verschiedenen Leistungsträgern.«³²⁰

Verfassungsrechtlich sei multiple Exklusion nicht thematisierbar, weil eine Gesamtbetrachtung von Exklusionserfahrungen im Bereich der Grundsicherung im Verfahren einer Verfassungsbeschwerde kaum möglich sei. Auch sei der Evidenzmaßstab des Bundesverfassungsgerichts zu unterkomplex. Das Gericht habe für die Bewertungen darauf abgestellt, dass die Regelleistungen insbesondere für Lebensmittel ausreichend sei und dabei unberücksichtigt gelassen, dass jeglicher Bedarf aus der Regelleistung zu finanzieren und der volle Satz aufgrund der Notwendigkeit des Ansparens für bestimmte Bedarfe in der Regel nicht zur Verfügung stehe. Weil gegen diese multiplen Formen der Exklusion kein effektiver Rechtsschutz bestehe, kommt Davy zu dem Schluss, dass es keine Instanz gäbe, die »die Einhaltung der Menschenwürde-Garantie verlässlich prüfen kann.«³²¹

318 Davy, ZSR 2010, 295 (304); auch *Kirchhof*, NZS 2015, 1 (7) (additiver Grundrechtseingriff).

319 Davy, ZSR 2010, 295 (304).

320 Ebenda, S. 304 f.

321 Ebenda, S. 305.

4.4.5 Die Gestaltungsfreiheit der Politik

Gegen diese Kritiklinie kann eingewendet werden, dass Sozialpolitik wie alle politischen Entscheidungen Sache der demokratischen Gesetzgeberin ist und die Höhe des Regelsatzes kein originär verfassungsrechtliches Problem – keine Verfassungsfrage – darstellt. Dies reflektiert jedoch nicht ausreichend, dass es keineswegs selbstverständlich ist, welche politischen Entscheidungen als verfassungsrechtlich thematisierbar gelten und zu einer Verfassungsfrage werden und welche nicht. Was in einer Verfassungsordnung plausibel sagbar ist und welche Argumentationslinien durch den Verweis auf die Gesetzgebung aus einer intelligiblen Verfassungspraxis ausgeschlossen werden können, sind ja gerade keine selbstverständlichen, naturhaften Gegebenheiten, sondern verfassungsrechtlich umkämpfte Angelegenheiten. Dass verfassungsrechtlich bisher nur wenige soziale Verfassungsgarantien formuliert wurden, verweist auf die Hegemonie einer rechtsstaatlich-liberalen Verfassungsrationalität, die für die Adressierung ökonomischer Ungleichheit keine Sprache entwickelt hat.