

## Staatstheorie

Bearbeitet von  
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Vesting

1. Auflage 2018. Buch. XXVII, 204 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 406 72358 2  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Staatsrecht, Verfassungsrecht > Staatsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Zentralität einer abstrakten Staatsperson beziehungsweise eines autonomen Rechtssubjekts, das allen anderen Rechtssubjekten übergeordnet ist, tritt im Wohlfahrtsstaat ein Beziehungsgefüge von häufig wechselnden Subjekten, treten gesellschaftliche Gruppen und Organisationen, die Ansprüche und Forderungen an den Staat adressieren und das Verhältnis von Staat und Gesellschaft grundlegend verändern: Die einst vertikal imaginierte Beziehung zwischen Staat und Bürger, das ursprüngliche Abhängigkeitsverhältnis des Untertanen gegenüber der öffentlichen Gewalt, wird in horizontale *Kommunikationsbeziehungen* zwischen einer Mehrzahl von Rechtssubjekten verwandelt, von denen der Staat nur noch ein Subjekt unter vielen ist. Die neue Lage zeigt sich besonders im Phänomen des kooperativen Staates: Der kooperative Staat verhandelt und paktiert mit Privaten, trifft Abreden und Absprachen, schließt Verwaltungsverträge statt Verwaltungsakte zu erlassen und treibt dadurch die Kräfte der Selbstorganisation der Wirtschaft und anderer Ordnungen jenseits des Staates voran.<sup>61</sup> Der Übergang zum Wohlfahrtsstaat verändert daher auch das soziale Substrat des Staates: Die Bürgergesellschaft, die im Verfassungsstaat als nationale (egalitäre) Gemeinschaft auftritt, wird im Wohlfahrtsstaat durch den Organisationsmenschen ergänzt und überlagert. Die Individuen sind als Staatsbürger nicht mehr nur Mitglieder der Allgemeinheit der Nation, sondern zugleich Arbeiter und Angestellte in Unternehmen oder Mitglieder von politischen Parteien oder anderer partikularer Weltanschauungsgemeinschaften oder werden durch gleichgelagerte Interessen von sonstigen Organisationen wie etwa Verbraucherschutzverbänden gruppiert. Die unterschiedlichen Loyalitäten, die daraus hervorgehen, können schnell in Widerspruch miteinander geraten, wie etwa der in der Vergangenheit teilweise äußerst scharf ausgetragene Konflikt zwischen Nationalismus und Sozialismus gezeigt hat.<sup>62</sup>

Dass Massenkultur und Industrialisierung den Übergang vom Verfassungsstaat zum Wohlfahrtsstaat antreiben, ist heute weitgehend unstrittig. In der Soziologie hat beispielsweise Niklas Luhmann verschiedentlich auf die „zunehmende politische Relevanz von formalen Organisationen“ und den damit verknüpften Wandel vom „liberalen Verfassungsstaat zum Wohlfahrtsstaat“ aufmerksam gemacht.<sup>63</sup> Der moderne Staat wandelt sich dadurch auch zu einem umfassend planenden Staat, der, wie etwa in Brasilien, selbst Hauptstädte auf dem Reißbrett entwirft und damit tief in die selbst geknüpften Netzwerke sozialer Beziehungen interveniert.<sup>64</sup> Zwar hat seit den späten 1970er Jahren eine gegenläufige Bewegung eingesetzt, in der viele Staatsaufgaben – von der Post über den Rundfunk und die Kommunen bis hin zum Justizvollzug – privatisiert oder teilprivatisiert worden sind.<sup>65</sup> Der privatisierende Staat wird häufig auch als „neoliberaler“ Staat bezeichnet und mit der Regierung von Margaret Thatcher (1979–1990) in Großbritannien und der Präsidentschaft Ronald Reagans (1981–1989) in den Vereinigten Staaten in Verbindung gebracht. In der Geschichte der Gouvernementalität Michel Foucaults wird daraus sogar eine umfassende (globale) Bewegung des (amerikanischen) „Neoliberalismus“.<sup>66</sup> Schaut man genauer hin, hat die Privatisierung von Staatsaufgaben aber keine generelle Reduktion öffentlicher Leistungen und Rechtsformen ausgelöst. Es geht weniger um einen generellen Bedeutungsverlust oder gar einen Niedergang des Staates, sondern eher um ver-

249

<sup>61</sup> Vgl. E.-H. Ritter, Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, 69 ff.; und A.-B. Kaiser, Die „Entdeckung“ der Kooperation von Staat und Gesellschaft in der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts seit den 1960er Jahren, Rg 17 (2010), 127 ff.

<sup>62</sup> Vgl. dazu zeitgenössisch H. Heller, Sozialismus und Nation (1925), in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1992.

<sup>63</sup> Vgl. nur Luhmann (Politik der Gesellschaft), 425 (im Original kursiv), 422 (Zitat).

<sup>64</sup> Vgl. Scott (Seeing like a State), 87 ff.

<sup>65</sup> Vgl. nur A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, § 1 Rn. 58 ff.

<sup>66</sup> Vgl. Foucault (Die Geburt der Biopolitik), 300 ff.

änderte oder neue Staatsaufgaben wie neue Rechtsformen, die heute etwa unter dem Stichwort des „Gewährleistungsstaates“ diskutiert werden.<sup>67</sup>

## 2. Der Ausbau der Leistungsverwaltung

- 250 Die öffentliche Verwaltung entstand in Deutschland zunächst in den Territorialstaaten und ging beispielsweise in Preußen aus dem Ausbau der aus dem dreißigjährigen Krieg stammenden Kriegskommissariate zu kollegialen Behörden, den Kriegskammern, hervor. Die Kriegskammern unterstanden erstmals unmittelbar der fürstlichen Gewalt, ohne länger von den örtlichen (ständischen) Machtverhältnissen abhängig zu sein. Eine moderne regelgebundene, unpersönliche, aktenmäßige, von Berufsbeamten und einer klaren Behördenstruktur getragene Verwaltung entwickelte sich aber kaum vor dem 19. Jahrhundert und wesentlich erst nach der militärischen Niederlage gegen Napoleon in Jena und Auerstedt (1807). Erst im bürgerlichen Rechtsstaat begann die öffentliche Verwaltung auch jenseits des militärischen Bereichs ihr Netz von sozialgestaltenden (und disziplinierenden) Maßnahmen auszudehnen. Die Einführung der staatlichen Schulpflicht seit dem späten 18. Jahrhundert ist dafür ein gutes Beispiel. Die Schulpflicht, die in Preußen maßgeblich seit dem Generallandschulreglement von 1763 verbindlich wurde, macht den Einsatz enormer sachlicher und finanzieller Mittel notwendig, wie etwa den Bau und Unterhalt öffentlicher Schulgebäude, die Einstellung von genügend Lehrpersonal, die Entwicklung von Unterrichtsprogrammen und Curricula in eigens dafür einzurichtenden Kulturministerien oder die Schaffung einer ministeriellen Aufsicht über die Schulen in der Form einer umfassenden Schulverwaltung. In Frankreich gab es bereits vor dem ersten Weltkrieg mehr als 120.000 Lehrer, die mehr als ein Viertel der gesamten Beamtenschaft ausmachten.<sup>68</sup> In Deutschland sind heute ca. 750.000 Lehrer an allgemeinbildenden Schulen beschäftigt.
- 251 Das Wachstum der staatlichen Verwaltung zieht naturgemäß höhere Staatsausgaben und Steuern nach sich. Der Wohlfahrtsstaat verwandelt den modernen Staat daher zugleich in einen Steuerstaat mit einer umfangreichen Finanzgewalt, der riesige Geldmengen einzieht, umverteilt und verbraucht.<sup>69</sup> Betrug die gesetzliche Einkommenssteuer in Preußen ab 1891 maximal 4% für Einkommen ab 100.000 Mark, sind heute Spitzensteuersätze zwischen 45% und mehr üblich, die zusätzlich durch hohe Verbrauchsteuern wie etwa die Mehrwertsteuer flankiert werden. Umgekehrt betragen allein die Ausgaben für den deutschen Sozialstaat heute mehr als 1 Billion Euro jährlich.
- 252 Mit dem quantitativen Wachstum der öffentlichen Verwaltung geht ein Prozess der Differenzierung ihrer rechtlichen Organisations- und Handlungsformen einher. Dieser Prozess wird besonders durch den Ausbau der Leistungsverwaltung seit dem frühen 20. Jahrhundert ausgelöst.<sup>70</sup> Ist die rechtsstaatliche Verwaltung wesentlich Ordnungsgarant, die etwa durch die strikte Selbstbindung der Verwaltung an das Gesetz oder die Schaffung von rechtsförmigen Haltepunkten staatlichen Handelns in Form des Verwaltungsaktes auf den Schutz der Prozesse gesellschaftlicher Selbstorganisation aus-

---

<sup>67</sup> Vgl. nur *W. Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, 20ff.; *C. Franzius*, Gewährleistung im Recht, 2009, 24ff.; *Schuppert* (Staatswissenschaft), 289ff., 441 ff.

<sup>68</sup> Vgl. *P. Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, 2010, 55.

<sup>69</sup> Ausführlicher *Schuppert* (Staatswissenschaft), 679 ff.

<sup>70</sup> Vgl. *H. Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle (Hrsg.), 2012, § 12 Rn. 14ff., 39ff.; ausführlicher *F. Meinel*, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft, 2011, S. 154ff.

gerichtet ist, wird die Verwaltung jetzt – mit der fortschreitenden Industrialisierung und Urbanisierung im Wohlfahrtsstaat – zum Leistungsträger: Formen der unternehmensartigen Bereitstellung von Gütern und Leistungen besonders in Gestalt der örtlichen kommunalen Daseinsvorsorge, der Errichtung von städtischen Wasserwerken, Straßenbaumeistereien oder Energieversorgungsunternehmen, ergänzen die rechtsstaatliche Verwaltung um neue kommunalrechtliche Institutionen wie etwa das öffentliche Unternehmen, das seinerseits wiederum als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts oder in Formen des Privatrechts ausgestaltet sein kann. Die Differenzierung der Verwaltungsformen schlägt sich auch in neuartigen halbstaatlichen Organisationen nieder, denen der Wohlfahrtsstaat weitreichende funktionale Selbstverwaltungsrechte einräumt und deren Mitglieder häufig Angestellte im öffentlichen Dienst sind, aber nicht mehr, wie ursprünglich in der rechtsstaatlichen Verwaltung, Beamte auf Lebenszeit. Die Universitätskliniken mit ihren Abteilungen und Betten zur Privatliquidation oder der öffentlich-rechtliche Rundfunk mit astronomischen Gehältern für Nachrichtensprecher sind nur zwei Beispiele für die weitreichenden Selbstverwaltungsrechte und den daraus hervorgehenden Formenreichtum. Diese wachsende innere Komplexität der staatlichen Verwaltung wird in der französischen Staats- und Verwaltungslehre teilweise schon vor dem Ersten Weltkrieg durch die Einsicht begleitet, dass der Staat nicht mehr als eine souveräne Gewalt herrsche, sondern aus einem „Zusammenwirken organisierter öffentlicher Dienste“ hervorgehe.<sup>71</sup>

Im Einzelnen muss man an dieser Stelle stark differenzieren. Die Idee einer einheitlichen (monokratischen) Staatsverwaltung wird hauptsächlich in Frankreich realisiert, wo der traditionelle Pluralismus der Verwaltungsspitzen schon während der französischen Revolution beseitigt wurde. An die Stelle des wirren Mosaiks der Verwaltung im alten Frankreich sind seitdem das sich in Fachministerien teilende Staatsministerium sowie eine vertikal gegliederte Hierarchie von Verwaltungsbezirken, Kommunen, Departments und Regionen getreten. Demgegenüber verfügte England zwar schon früh über eine zentrale (königliche) Verwaltungs- und Gerichtsorganisation und konnte seit dem 17. Jahrhundert im *King in parliament* eine Institution der Machtbalance zwischen Krone, Aristokratie und Bürgertum schaffen. Die Verwaltung blieb jedoch lange eine Verwaltung von Ehrenbeamten (Honoratiorenverwaltung) und damit an regionale Besonderheiten gebunden; noch heute ruhen die zentralen staatlichen Verwaltungsbehörden Großbritanniens auf einer mächtigen lokalen und regionalen Selbstverwaltung. Auch die Vereinigten Staaten kennen keinen zentralen einheitlichen Verwaltungsaufbau. Neben der Präsidentschaftsverwaltung und den Bundesbehörden gibt es seit dem New Deal eine Fülle von Regulierungsagenturen wie etwa die *Federal Communications Commission*, die ihre Aufgaben weitgehend autonom erledigen.<sup>72</sup> Deutschland verfügt ebenfalls über keine typisch monokratische Verwaltung mit einer festen einheitlichen, nach rechtsförmigen Kompetenzen gegliederten Amtshierarchie, wie Max Weber sie als rein bürokratische Verwaltung beschreibt.<sup>73</sup> Eher im Gegenteil ist die deutsche Verwaltung seit jeher stark dezentral aufgebaut, wozu nicht nur die Gliederung des Gesamtstaates in Bund und Länder beiträgt, sondern vor allem die für die deutsche Verwaltung charakteristische Dualität von Staatsverwaltung und Selbstverwaltung, wie sie sich besonders (aber nicht nur) in der kommunalen Selbstverwaltung niederschlägt.<sup>74</sup>

Die bunte Collage der Organisationsformen der Leistungsverwaltung verändert auch die rechtlichen Handlungsformen des modernen Staates. Es entstehen nicht zuletzt neue Schichten des Verwaltungsrechts.<sup>75</sup> Diese Bewegung verdichtet sich seit den

253

254

<sup>71</sup> Vgl. *Rosanvallon* (Demokratische Legitimität), 52.

<sup>72</sup> Ausführlicher *O. Lepsius*, § 1 Regulierungsrecht in den USA, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, S. 3 ff.

<sup>73</sup> *Weber* (Wirtschaft und Gesellschaft), 124ff., 128; *Seibel* (Verwaltung verstehen), 50, 51.

<sup>74</sup> Das betont *Seibel*, ebd., 71, 173 ff.

<sup>75</sup> Vgl. *Grimm* (Der Wandel der Staatsaufgaben), 172.

1960er Jahren zunächst in einem starken Wachstum des Planungsrechts wie etwa der Straßen- oder Bauleitplanung. Seit den 1970er Jahren wird dann deutlicher, dass das Recht des Wohlfahrtsstaates vor allem über Zwecke und strategische Zielsetzungen konturiert wird (Finalprogramme), im Unterschied zum Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, das über Grenzbegriffe wie Schaden oder Gefahr organisiert ist (Konditionalprogramme). Mit Hilfe von Zweckformulierungen und Finalprogrammen zielt das Verwaltungsrecht des Wohlfahrtsstaates in der Regel auf die Regulierung von Organisationen. Diese Strategie ist nicht per se problematisch und kann nicht pauschal als Eintrübung der Klarheit und Verlässlichkeit der verwaltungsrechtlichen Formen wohlfahrtsstaatlichen Handelns interpretiert werden. Das gilt jedenfalls für die Fälle, in denen die Verknüpfung der Finalprogramme mit den von der Massenkultur bereitgestellten Orientierungsleistungen gelingt und die Organisationsbezüge in den neuen Rechtsformen adäquat zur Geltung gebracht werden. Auch die Allgemeinheit und Bestimmtheit des Gesetzes im liberalen Verwaltungsrecht ruhte ursprünglich auf den Orientierungsleistungen der instituierten Kultur des bürgerlichen Individualismus und dessen allgemein akzeptierten Regeln und Konventionen, nicht aber in einer davon abgelösten normativen Erwartungssicherheit, die allein das staatliche Gesetz gestiftet hätte.

255 An dieser Stelle ist eine Bemerkung zum Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates in Deutschland angebracht. Auch wenn erst der Wohlfahrtsstaat und die Leistungsverwaltung zu einer stärkeren Differenzierung der Organisations- und Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung führen, so ist die weit verbreitete Ansicht, dass im Mittelpunkt des Verwaltungsrechts des liberalen Rechtsstaates der Verwaltungsakt gestanden hätte, wie er heute als Einzelverfügung in § 35 des Verwaltungsverfahrensgesetzes normiert und legal definiert ist, doch eine verkürzte, wenn nicht falsche Sicht. Das liberale Verwaltungsrecht des 19. Jahrhunderts hatte jedenfalls keine Eingriffsverwaltung in dem Sinn im Auge, mit dem Verwaltungsakt eine hoheitliche Handlungsform zum Erlass von Steuerbescheiden, Polizeiverfügungen oder Bauerlaubnissen schaffen zu wollen. Eine solche Sichtweise wäre nichts weiter als ein *seeing like a state*. Dem liberalen Verwaltungsrecht ging es nicht um hoheitliches Handeln durch Befehle statt durch Verträge, sondern um den Schutz von Prozessen gesellschaftlicher Selbstorganisation durch die *Form* des Rechts.<sup>76</sup>

256 Um den Schutz von Prozessen gesellschaftlicher Selbstorganisation durch die *Form* des Rechts zu gewährleisten, schuf beispielsweise Otto Mayer im ersten Band seines *Deutschen Verwaltungsrechts* von 1895 ein vielfach geflochtenes Band von unpersönlichen Abhängigkeiten. Dieses richtete Mayer gegen das, was er die schrankenlos gewordene Staatsgewalt des fürstlichen Absolutismus nannte. Zu diesem vielfach geflochtenen Band gehörte zuallererst die Bindung des Staatswillens an die Herrschaft des Gesetzes, an seine Festigkeit und Zuverlässigkeit. Das bedeutete für Mayer die Überwindung des Polizeistaates der Vergangenheit und die Durchsetzung des Rechtsstaates unter der Obhut selbständiger Gerichte.<sup>77</sup> Rechtsstaatlichkeit und Herrschaft des Gesetzes und nicht der Verwaltungsakt als solcher waren für Mayer das zentrale Thema des Verwaltungsrechts. Dies auch deshalb, weil erst die unpersönliche Herrschaft des Gesetzes es überhaupt ermöglichte, den Verwaltungsakt förmlich auszugestalten und unter das Gesetz zu stellen.<sup>78</sup> „Im Gegensatz zur vorausgehenden Entwicklungsstufe hat unser Rechtsstaat nicht bloß die flutende Masse der Verwaltungstätigkeit eingedämmt durch das Gesetz, sondern er läßt auch noch mitten drin fort und fort feste Punkte auftauchen, welche dem Einzelnen Halt gewähren und ihn darüber sicherstellen, wohin es geht. Die Rechteinrichtung, die das bewirkt, ist der Verwaltungsakt.“<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Dazu näher *T. Vesting*, Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungswissenschaft – „Verkehrsregeln“ und „Verkehrsströme“ in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 253 ff.

<sup>77</sup> *O. Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1924), 1969, 74.

<sup>78</sup> *Mayer*, ebd., 97.

<sup>79</sup> *Mayer*, ebd., 92, 93.

### 3. Kooperation mit Parteien und Verbänden

Während politische Parteien im Verfassungsstaat des späten 18. Jahrhunderts kaum eine Rolle spielten, öffnet sich der Wohlfahrtsstaat auch in dem Sinn für eine Welt aus Bezügen, als er für verschiedene politische Weltanschauungen wie Liberalismus, Nationalismus, Konservatismus oder Sozialismus und ihre politischen Organisationen empfänglich wird. Der Wohlfahrtsstaat akzeptiert ein Selbstbild, in dem Meinungen und Interessen entlang von Themenblöcken aggregiert werden und in dem sich politische Parteien und soziale Verbände als Sprecher bestimmter Weltanschauungen oder Interessen gegenüber der Allgemeinheit der staatlichen Willensbildung Gehör verschaffen und ihre Interesse etwa in den parlamentarischen Gesetzgebungsprozess einbringen. Im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland ist die Mitwirkung der politischen Parteien an der politischen Willensbildung sogar im Verfassungstext verankert (Art. 21 Abs. 1). Über diese formale Anerkennung hinaus fördert der Staat heute die Beteiligung politischer Parteien an der staatlichen Willensbildung, indem er diese als spezielle Organisationen demokratischer Einflussnahme gesetzlich anerkennt und ihre gesellschaftliche Existenz durch allgemeine Steuermittel (mit-)finanziert.<sup>80</sup> Schon lange haben sich die Parteien von freien gesellschaftlichen Zusammenschlüssen politischer Gesinnungsverwandter zu festen Mitgliederorganisationen und Quasi-Staatsorganen verwandelt. Der Wohlfahrtsstaat ist daher typischerweise auch ein „kooperativer Parteienstaat“.<sup>81</sup>

Der kooperative Parteienstaat hat den gesamten demokratischen Prozess weit über Wahlen und die dazugehörige Wahlvorbereitung hinaus verändert. Zwar findet man in der staatsrechtlichen Literatur – in mehr oder minder direktem Anschluss an Jean-Jacques Rousseau – noch heute Konzeptionen demokratischer Legitimation, in denen das Volk nicht nur herrscht, sondern auch regiert, und in denen die politischen Parteien so gut wie keine Rolle spielen: Parteien erscheinen etwa bei Ernst-Wolfgang Böckenförde als ein Medium demokratischer Gleichheit, die „allererst der demokratischen Legitimation von der Gesamtheit der Bürger her bedürfen.“<sup>82</sup> Das aber geht an dem Bedeutungszuwachs der politischen Parteien im Wohlfahrtsstaat vorbei. Dieser schlägt sich heute in einem über Fraktionen geordneten parlamentarischen Betrieb ebenso nieder wie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in dem die politischen Parteien bis heute einen großen Einfluss auf die Personalpolitik der Sendeanstalten haben. Die Parteien sind außerdem eine aus dem öffentlichen Dienst nicht mehr wegzudenkende Realität. Zwar bleibt ihr Einfluss auf die Besetzung von Ämtern aufgrund besonderer sachlicher Anforderungen an das Personal im öffentlichen Dienst begrenzt, aber sogar die staatlichen Gerichte, deren Unabhängigkeit in Art. 97 des Grundgesetzes verfassungsrechtlich in besonderer Weise geschützt wird, werden vom Parteienbetrieb erfasst: Die Führungspositionen in Gerichten werden heute durch gruppenpluralistisch strukturierte Richterwahlausschüsse vergeben.

<sup>80</sup> Vgl. nur *M. Morlok*, Politische Parteien, in: Vesting/Korioth (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, 2011, 333 ff.

<sup>81</sup> Vgl. *Grimm* (Ursprung und Wandel der Verfassung), 11 ff., 47 ff.

<sup>82</sup> So etwa *Böckenförde* (Demokratie als Verfassungsprinzip), 289 ff., 315; kritisch *Kersten* (Schwarmdemokratie), 149 ff.

259 Lässt sich schon die Funktion der Parteien im Wohlfahrtsstaat derart beschreiben, dass diese das in der Gesellschaft zerstreute Wissen aufnehmen und bündeln,<sup>83</sup> gilt dies umso mehr für soziale Verbände: Verbände aggregieren Erfahrungswissen in Form von gruppen- und organisationsbezogenem Wissen, um es an den Staat zu adressieren, etwa in Form von technischem Wissen zur Regulierung der zulässigen Emissionswerte in der Autoindustrie. Der Einbau von sozialen Verbänden in den Staat und die Leistungen, die Verbände durch die Kommunikation von gruppenförmigem Wissen für wohlfahrtsstaatliches Handeln und Entscheiden erbringen, ist in einer sich entwickelnden Industriegesellschaft unumgänglich. Die Komplexität der Staatsaufgaben verlangt den Ausbau kooperativer Beziehungen mit gesellschaftlichen Verbänden, weil der Staat beispielsweise das zur Überwachung von großtechnischen Anlagen notwendige Wissen nicht besitzt und nicht anders als durch Kooperation mit Privaten erzeugen kann. Konventionen, Standards und technisches Wissen müssen von der staatlichen Verwaltung rezipiert werden, wenn diese gesetzesförmig und effektiv handeln können soll. Das führt umgekehrt gesehen dazu, dass der Staat auf der Ebene der Gesetzgebung und der Verwaltung (und ein Stück weit auch auf der Eben der Gerichte) von verschiedenen Arenen professioneller Expertise abhängig wird, mit der Folge, dass die einst als abstrakt und autonom gedachte Einheit des Staates eher die Form eines *web of government* annimmt,<sup>84</sup> eines Regierungs- und Verwaltungsnetzwerks, das mit Hilfe der Kooperation mit Parteien und Verbänden ein größeres Repertoire an staatlichen Handlungsmöglichkeiten eröffnet.

#### 4. Zur Bedeutung kollektiver Freiheitsrechte

260 Weil die Lebenswelt des Organisationsmenschen durch seine multiplen Zugehörigkeiten zu Gruppen und Organisationen und die damit verknüpften Statusverhältnisse – als Angestellter, Arbeitnehmer, Mieter, Verbraucher, Sozialhilfeempfänger etc. – bestimmt wird, verändern sich die subjektiven Rechte. Diese werden jetzt um vom Staat zu gewährleistende Leistungsrechte erweitert, etwa durch die Ergänzung von typisch bürgerlichen Rechten, wie der Eigentumsfreiheit, oder durch typisch sozialistische Rechte, wie des Rechts auf Arbeit, das in Deutschland bislang allerdings nur ein einziges Mal, nämlich in Art. 163 der Weimarer Reichsverfassung von 1919, verankert wurde. Noch entscheidender für die Veränderung des subjektiven Rechts ist jedoch der Auftritt kollektiver Freiheitsrechte. An die Stelle einer ausschließlichen Verknüpfung der gesellschaftlichen Freiheitsrechte mit dem Bürger als Individuum tritt jetzt eine Erweiterung seiner Trägerschaft durch Gruppen und Organisationen. So schließen etwa die Gewerkschaften und die Vertreter der Unternehmerschaft erstmals im Vorfeld der Gründung der Weimarer Republik völlig unabhängig von staatlicher Einflussnahme eine Reihe von korporatistischen Arrangements zwischen Kapital und Arbeit, die zur Stabilisierung des Übergangs vom monarchischen zum demokratischen Staat beitragen.<sup>85</sup> Die Weimarer Reichsverfassung reagiert auf diesen Bedeutungszuwachs autonomen gesellschaftlichen Handelns, indem sie individuelle und kollektive Grundrechte unterscheidet und zum Beispiel die Versammlungsfreiheit

---

<sup>83</sup> Das betont S. Augsberg, Gesellschaftlicher Wandel und Demokratie, in: Heinig/Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, 27 ff., 42 ff.

<sup>84</sup> So der Titel eines 1947 von R. M. MacIver publizierten Buches.

<sup>85</sup> Vgl. näher H.-U. Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, 1914–1949 (Bd. 4), 2008, 116, 221.

(Art. 123) und die Vereinsfreiheit (Art. 124) als Rechte des Gemeinschaftslebens schützt. Sie normiert außerdem eine umfassende Ordnungs- und Gerechtigkeitsvorstellung für das Wirtschaftsleben, zu der etwa die Gewährleistung der Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gehört (Koalitionsfreiheit, Art. 159) sowie Elemente einer auf der Gleichberechtigung von Arbeitern, Angestellten und Unternehmern beruhenden Unternehmensverfassung (Art. 165).<sup>86</sup>

Die Formel vom Bedeutungszuwachs kollektiver Freiheitsrechte bedarf einer Klarstellung. Es ist richtig, wenn gesagt wird, dass das subjektive Recht ursprünglich ausschließlich als individuelles Freiheitsrecht verstanden wurde. Das darf aber nicht so interpretiert werden, als ginge es dabei um das Bewusstsein eines Einzelmenschen und um dessen Raum zur Selbstentfaltung. Die liberalen Freiheitsrechte haben nichts mit einer Freiheit zu tun, deren Anfangs- und Endpunkt die Selbstentfaltung von isoliert zu denkenden Individuen wäre. Im Gegenteil dienen die liberalen Freiheitsrechte dem Aufbau und der Abstützung von transindividuellen Prozessen gesellschaftlicher Selbstorganisation jenseits des Politischen und der Zentralität eines Staatssubjekts. Wenn etwa das Grundgesetz in Art. 5 Abs. 1 die Meinungsfreiheit schützt, hat der Verfassungstext die Institution einer freien Öffentlichkeit im Blick, in der die Stimme des Einzelnen von anderen gehört werden können muss, weil sein Recht auf freie Meinungsäußerung ansonsten wirkungslos bliebe; der Schutz der freien Meinungsbildung als Institution wirkt dann seinerseits auf das Individuum zurück, weil erst eine intakte Öffentlichkeit dem Individuum ermöglicht, sich angemessen zu informieren. Das bürgerliche Freiheitsrecht basiert also gerade auf der Unterstellung eines unauflöselichen Zusammenhangs zwischen einer gelingenden Subjektbildung des Menschen auf der einen Seite und der Erzeugung von objektivierten kulturellen Bedeutungsgeweben auf der anderen Seite. Es ist deshalb eine sehr einseitige Akzentuierung einer grundsätzlich richtigen Beobachtung, wenn gesagt wird, dass die „Verfasstheit gesellschaftlicher Teilbereiche“ im liberalen Konstitutionalismus zwar in gewisser Weise thematisiert, aber nur „als das Resultat individueller Freiheitsausübung gesehen“ werde.<sup>87</sup> In Wahrheit dienen gesellschaftliche Freiheitsrechte seit jeher dem Schutz des bürgerlichen Lebens und der Vielfalt seiner Lebensordnungen und Sinnregionen – und dieser kollektive Effekt der individuellen Freiheit ist bereits Autoren wie Adam Smith nicht entgangen.

Man muss also genauer zwischen der Funktion gesellschaftlicher Freiheitsrechte und ihren möglichen Trägern unterscheiden. Die Funktion des subjektiven Rechts wird im aufsteigenden Verfassungsstaat des späten 18. Jahrhunderts keinesfalls darin gesehen, eine staatlich verliehene Rechtsmacht im privaten Interesse in Bewegung zu setzen, wie im späten 19. Jahrhundert etwa bei Georg Jellinek.<sup>88</sup> Noch weniger hat das subjektive Recht ursprünglich mit der Verleihung von Klagerechten vor staatlichen Gerichten zu tun. Viel grundsätzlicher geht es im modernen Naturrecht und später,

<sup>86</sup> Zu den juristischen Konsequenzen zeitgenössisch *F. Neumann*, Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung (1931), in: *ders.*, Wirtschaft, Staat, Demokratie, 1978, 76–102.

<sup>87</sup> *Teubner* (Verfassungsfragmente), 39.

<sup>88</sup> Vgl. *Jellinek* (System der subjektiven öffentlichen Rechte), 79 (dort als Fähigkeit bestimmt „Normen des öffentlichen Rechts in seinem Interesse in Bewegung zu setzen“); vgl. auch ebd., 127 (im Kontext von Verwaltung).

im liberalen Grundrechtsdenken, um den Aufbau komplexer gesellschaftlicher Ordnung aus Prozessen der spontanen Selbstorganisation von und zwischen Individuen. Der Wohlfahrtsstaat verändert nicht diese Funktion der gesellschaftlichen Freiheitsrechte, er erweitert aber ihre möglichen Träger. Es entwickelt sich ein neues Grundrechtsverständnis, welches die individuellen Freiheitsrechte durch staatliche Leistungsrechte und kollektive Freiheitsrechte ergänzt. Letzteres hängt vor allem damit zusammen, dass der Wandel von der „individualistischen Bürgergesellschaft“ zur „industriellen Massengesellschaft“ Rechtssubjekte hervorbringt, die „in großem Umfang nicht mehr private Bürger, sondern Gruppen, Verbände und große Unternehmen“ und deren Funktionäre sind.<sup>89</sup> Der Rechtshistoriker Franz Wieacker spricht in seiner *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967) ganz ähnlich von einem Wandel zu einem Pluralismus, der nicht mehr wie der Wirtschaftsliberalismus durch „einzelne Wirtschaftssubjekte“ geprägt werde, sondern durch „kollektive Interessenvertretungen“ wie Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände.<sup>90</sup> Auch Gunter Teubner folgt diesen Analysen, wenn er den neuen wohlfahrtsstaatlichen Aggregatzustand als gesellschaftlichen Korporatismus oder manchmal auch als „Nachkriegs-Korporatismus“ bezeichnet.<sup>91</sup>

- 263 Das Aufkommen von kollektiven Freiheitsrechten trägt also entschieden zur Öffnung des Staates für eine Welt aus Bezügen bei. Es erweitert die Prozesse der staatlichen Rechtsbildung in der Massenkultur um kollektive Formen der gesellschaftlichen Selbstorganisation. Das lässt sich auch im Feld der öffentlichen Kommunikation und der Medien beobachten. So wird etwa das Urheberrecht, das anfänglich ausschließlich um das individuelle Recht des Autors und seine Schöpferkraft kreiste, mit dem Aufkommen der Photographie, des Radios, der Schallplatte und des Tonfilms in hohem Maße von seiner Verwaltung durch große Verwertungsgesellschaften abhängig. Die Montage und Produktion von Filmen ist, um ein weiteres Beispiel zu nennen, von vornherein an Kollektive, große Studios oder andere Formen des Gemeinschaftshandelns gebunden. Die daran gebundenen Freiheitsrechte können deshalb nur kooperativ und organisationsförmig ausgeübt werden.<sup>92</sup> Eine organisationsförmige Ausübung von Freiheitsrechten bestimmt schließlich auch die europäische Idee des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Der Radiokörper wird dabei von vornherein als treuhänderischer Körper konzipiert. In England ist die Gründung der *British Broadcasting Corporation* (BBC) Ausdruck dieser Idee: Die BBC wird aus der Einheit von Regierung und Verwaltung ausgegliedert und über ein Honoratiorenremium, das *Board of Governors* (jetzt *BBC Trust*), beaufsichtigt, dessen Mitglieder direkt durch den jeweiligen Premierminister ernannt werden. In Deutschland entscheidet man sich nach den Erfahrungen der Gleichschaltung des Weimarer Unterhaltungsrundfunks während des NS-Regimes für eine vergleichbare Lösung, eine staatsfreie gruppenpluralistische Anstaltsstruktur. Hier wird die Rundfunkfreiheit in die Hand der „bedeutsamen gesellschaftlichen Gruppen“ gelegt,<sup>93</sup> das heißt in die Hand eines Gruppenpluralismus, der in einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform auf den gesellschaftlichen Korporatismus zurückverweist.

---

<sup>89</sup> L. Raiser, Vertragsfreiheit heute, 1958, 3, hier zitiert nach Damler (Konzern und Moderne), 144.

<sup>90</sup> F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1996, 546.

<sup>91</sup> Teubner (Transnationale Wirtschaftsverfassung), 733 ff., 749.

<sup>92</sup> Dazu mehr bei F. Steinbauer, Das Grundrecht der Kunstfreiheit, in: Vesting/Korioth/Augsberg (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, 247 ff.

<sup>93</sup> BVerfGE, 12, 205, 261, 262.