

## Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition

### I. Die Krise der mittelalterlichen Herrschaftsordnung und die Entstehung des absoluten Staates

#### I. Der Staat als Grundbegriff kontinentaler Politik

Seit annähernd fünf Jahrhunderten finden auf dem europäischen Kontinent Völker die Form ihrer politischen Einheit im Staat. Er erscheint als abstraktes und überpersonales Gebilde, das weder mit den Herrschern noch den Beherrschten identisch ist, aber beide umgreift. Dieses Gebilde mag als lebendiger Organismus, als juristische Person, als Anstalt, als Apparat, als Wirkungszusammenhang oder als soziales System begriffen werden. In jedem Fall zeichnet es sich durch die höchste und unwiderstehliche Gewalt über die Bewohner eines bestimmten Territoriums aus. Diejenigen Personen, welche diese Gewalt ausüben, handeln im Namen des überpersonalen Staates und fungieren lediglich als dessen Organe. Ihre Macht kann auf unterschiedlichen sozialen Grundlagen beruhen: der Verfügung über das Militär, der Unterstützung einer herrschenden Klasse, allgemeinem Konsens, und sie kann auf verschiedene Weise ausgeübt werden: beschränkt oder unbeschränkt, konzentriert in einer einzigen Person oder verteilt auf mehrere Institutionen. Immer bleibt der Staat der Bezugspunkt für legitime Gewalt in der Gesellschaft. In dieser Tradition ist er nicht nur ein theoretisches Konstrukt zur Erfassung der politischen Realität, sondern selbst eine Realität. Die kontinentaleuropäische Politik kann nicht verstanden werden, wenn die staatliche Dimension unberücksichtigt bleibt. Politische Institutionen wie Parteien und Behörden, politische Prozesse wie Gesetzgebung und Regierungskontrolle haben unterschiedliche Bedeutung in Gesellschaften mit oder ohne Staatstradition. Umgekehrt wäre es freilich auch verfehlt, im Staat eine universale Gegebenheit zu sehen, wie es einige Autoren unter dem Eindruck der Prominenz des Staates in der politischen Tradition ihres eigenen Landes taten. Der Begriff des Staates im Sinn eines abstrakten Gebildes, dem die Ausübung von Herrschaft zukommt, war über lange Zeiträume völlig unbekannt

und ist in einer ganzen Reihe von Ländern bis heute von geringer Bedeutung. Der moderne Staat verdankt seine Existenz vielmehr einer ganz bestimmten historischen Konstellation, in der er als notwendiges Mittel zur Lösung neuartiger Probleme erschien. Diese Konstellation war die Krise der mittelalterlichen Ordnung, die im 13. Jahrhundert einsetzte und im späten 15. und frühen 16. Jahrhundert ihren Höhepunkt erreichte.

## 2. Die vorstaatliche mittelalterliche Ordnung

In der mittelalterlichen Welt galt die Sozialordnung in ihrer Gesamtheit einschließlich der moralischen, religiösen, kulturellen, politischen, rechtlichen und ökonomischen Elemente als Bestandteil des göttlichen Schöpfungsplans. Sie diente dem ewigen Heil der Menschen und durchdrang daher alle Lebensbereiche. Gegenüber dieser auf göttliche Wahrheit gegründeten Ordnung gab es keine individuelle Freiheit, und auch jede geistliche und weltliche Autorität war ihr untergeordnet. Eine solche Vorstellung von Sozialordnung ließ aus verschiedenen Gründen keinen Raum für die Entstehung des Staates. Der göttliche Ursprung der Ordnung machte einen autonomen Bereich des Politischen, der sich von anderen sozialen Funktionen unterschied und nach ihm eigenen Kriterien entwickelte, unmöglich. Die Politik blieb vielmehr von der Offenbarung abhängig, und die Kirche als diejenige Institution, welche zur Deutung und Verwirklichung des göttlichen Willens auf Erden berufen war, beanspruchte die Führungsrolle in der Gesellschaft. Der umfassende und ausschließliche Charakter der Ordnung machte die Unterscheidung zwischen einer öffentlichen Sphäre, in der das Gemeinwohl verfolgt wurde, und einer privaten Sphäre, in der jeder seinen subjektiven Interessen nachgehen durfte, unmöglich. Jedermann war sozusagen an seinem Platz funktionsmäßig der objektiven Ordnung. Da Gott selbst als Urheber der Ordnung betrachtet wurde, konnte keine irdische Gewalt eine Position über dieser Ordnung für sich beanspruchen. Infolge ihres göttlichen Ursprungs war die geltende Ordnung vielmehr zugleich die gerechte Ordnung. Irdische Autoritäten dienten nur der Aufrechterhaltung und Durchsetzung dieser Ordnung. Mit ihrer Herstellungs- oder Veränderung hatten sie nichts zu tun. Überdies verhinderten die unentwickelten Kommunikationsverhältnisse, daß die Rechtsdurchsetzungsbefugnis zentralisiert wurde. Sie war vielmehr auf

zahlreiche, voneinander unabhängige und untereinander gleichberechtigte lokale Gewalten verteilt, die Konflikte untereinander im Wege der Fehde austrugen, ohne darin von Papst und Kaiser als Rudimenten einer Zentralgewalt wirksam beschränkt zu werden. Schließlich übten die Autoritäten ihre Rechtsdurchsetzungsaufgabe nicht als eigenständige Funktion, für die sie eingesetzt und ausgerüstet waren, sondern als Annex eines bestimmten sozialen Status aus, der meistens durch Grundeigentum vermittelt wurde.

## 3. Die Krise der mittelalterlichen Ordnung

Die Funktionsfähigkeit einer so beschaffenen Sozialordnung hing an einer Reihe von Voraussetzungen. Als eine auf göttliche Offenbarung gegründete konnte sie nur so lange bestehen, wie der göttliche Wille oder zumindest die Autorität der Kirche, ihn bindend zu interpretieren, außer Streit standen. In ihrer Unverfügbarkeit war sie von relativ statischen Verhältnissen abhängig, so daß neuartige Probleme, die im Rahmen der bestehenden Ordnung unlösbar erschienen, nicht auftauchten. Mit ihrer segmentierten Obrigkeit verwies sie auf kleinräumige Lebensbeziehungen und ein geringes Maß an grenzüberschreitender Kommunikation. Die Krise der mittelalterlichen Ordnung ist nichts anderes als die allmähliche Veränderung dieser Voraussetzungen. Die Kreuzzüge und später die Entdeckungen weiteten die Kommunikation aus und brachten Fernhandel und Frühformen des Kapitalismus hervor. Die Erfindung des Schießpulvers führte zu einer Umwälzung der Kriegstechnik und untergrub langfristig die soziale Funktion des Adels und damit die Basis des Feudalsystems und der dezentralisierten Obrigkeit. Der Buchdruck ermöglichte eine schnellere Verbreitung von Nachrichten und Ideen. Die Probleme, die diese Veränderungen schufen, ließen sich im Rahmen der bestehenden Ordnung nur schwer lösen. Ihre Lösung setzte vielmehr eine räumliche und funktionale Ausweitung politischer Herrschaft voraus. Daher läßt sich bereits seit dem 13. Jahrhundert eine Ansammlung von Hoheitsrechten in der Hand der Fürsten beobachten. Ihr Bestreben war eine Beschränkung des Fehderechts und die Erstreckung des inneren Friedens auf größere Bereiche. Das setzte freilich eine Machtbasis voraus, die sie von der Lehnfolge unabhängig machte. In dieser Absicht begannen sie mit der Bildung einer professionellen Verwaltung und eines stehenden Heeres. Auch kam es,

immer häufiger zu gesetzgeberischen Eingriffen in die auf Gott zurückgeführte oder gewohnheitsrechtlich begründete Ordnung. Die Folge dieser Veränderungen war freilich auch ein wachsender Geldbedarf, den die Fürsten indes nicht ohne Zustimmung der Stände zu decken vermochten, die als Vertreter des Landes das Steuerbewilligungsrecht innehatten. Die wachsende Bedeutung der Fürsten ging auf diese Weise mit einer wachsenden Bedeutung der Stände einher, die diese Position nutzten, um sich auch Einfluß auf die entstehende gesetzgebende Gewalt zu verschaffen.

#### 4. Der moderne Staat als Produkt der konfessionellen Bürgerkriege

Setzten diese Veränderungen die mittelalterliche Ordnung unter Anpassungsdruck, so war das Ereignis, an dem sie schließlich zerbrach, die Glaubensspaltung des frühen 16. Jahrhunderts. Die Glaubensspaltung darf nicht nur als religiöses oder theologisches Phänomen verstanden werden. Da die gesamte Sozialordnung auf der göttlichen Offenbarung beruhte, wie die Kirche sie vermittelte, mußte Streit über den Inhalt der Offenbarung oder über die Bedeutung des Papstes, sie authentisch zu interpretieren, die Ordnung selbst in Frage stellen. Während England den damit verbundenen Bruch schnell überwand, weil sich die neue Konfession vergleichsweise reibungslos durchsetzte, führte die Glaubensspaltung auf dem Kontinent und namentlich in Frankreich zu erbitterten Bürgerkriegen. Es ist für das Verständnis der kontinentalen politischen Ordnung von grundlegender Bedeutung, daß die Konzentration und Freisetzung der Herrschaftsgewalt, die den modernen Staat begründete, ein Produkt dieser Situation war. Die konfessionellen Bürgerkriege hoben die elementaren Voraussetzungen des menschlichen Zusammenlebens auf und setzten Leib und Leben einer permanenten Bedrohung aus. Dennoch fehlte es an Verständigungsbereitschaft, weil Konflikte über Wahrheit im Gegensatz zu Interessenkonflikten nicht durch Kompromisse zu schlichten sind. Die konfessionellen Kriege konnten unter diesen Umständen nur beendet werden, wenn es einer Konfessionspartei gelang, die andere auszurotten, oder wenn ein Dritter sich über die Bürgerkriegsparteien erhob und sie mit Gewalt zu friedlicher Koexistenz zwang. In Deutschland mit seiner Vielzahl politischer Herrschaften unter dem Dach des Heiligen Römischen Reiches kam es zu

1578 Am...  
einer gemäßigten Version der ersten Lösung: der Fürst erhielt die Befugnis, die Konfession innerhalb seines Territoriums zu bestimmen, während Dissidenten das Recht zum Auswandern erhielten. In dem weitgehend zentralisierten Frankreich war ein solcher Weg nicht gangbar. Daher griff hier im 16. Jahrhundert eine Gruppe von Theoretikern, die wegen ihres Eintretens für eine politische statt einer konfessionellen Beendigung des Konflikts »les politiques« genannt wurde, die zweite Lösung auf. Für die Entstehung des modernen Staates war es von ausschlaggebender Bedeutung, daß sich Heinrich IV. 1598 entschloß, diese Lösung zu übernehmen.

#### 5. Souveränität als Kennzeichen des Staates

In der Folge dieser Entscheidung kam es zu einem radikalen Bruch mit dem überkommenen Herrschaftssystem. War Herrschaft bis dahin in eine ihr vorgegebene und transzendental legitimierte Ordnung eingebunden, die nicht zur Disposition des Herrschers stand, sondern seiner nur zur Durchsetzung bedurfte, so veränderte sich diese Situation nun grundlegend. Da die alte Ordnung ein friedliches Zusammenleben der Menschen nicht mehr gewährleistete, mußte eine geeignete neue Ordnung bereitgestellt werden. Diese konnte dann freilich nur irdischen Ursprungs sein. Dadurch erhob sich politische Herrschaft zunächst in einem formalen Sinn über die Ordnung, indem sie diese in Geltung setzte. Sie trat aber auch materiell betrachtet über die Sozialordnung, indem sie über ihren Inhalt bestimmte. Sollte die Ordnung nämlich ihren Sinn: friedliche Koexistenz unter den Bedingungen konfessioneller Gegensätze zu ermöglichen, erfüllen, dann mußte sie die Wahrheitsfrage offen lassen. Die Religion verlor dadurch ihre Führungsrolle und wurde von der Basis der gesamten Sozialordnung zu einer Frage persönlicher Präferenz, wie es sich bereits im Investiturstreit angekündigt hatte. Aus dieser Entkoppelung von Religion und Herrschaft ging ein eigenständiger Bereich des Politischen hervor, in dem der Herrscher auch über den Inhalt der Ordnung nach genuin politischen Kriterien entscheiden konnte. Das bedeutete nicht weniger als die Erstreckung der Herrschaftsbefugnis von der Rechtsdurchsetzung auf die Rechtsetzung. Dadurch zerbrach die mittelalterliche Einheit von Recht und Gerechtigkeit. Das Recht wurde positiv und als solches zugleich kontingent, während die Gerechtigkeitsfrage von einem höherrangigen, rechtlich aber nicht bin-

denen Naturrecht beantwortet wurde. Schließlich änderten sich aber auch die Rechtsdurchsetzungsbedingungen. In der Bürgerkriegssituation konnte die neue Ordnung nur erfolgreich durchgesetzt werden, wenn die verschiedenen weitgefächerten und verstreuten Hoheitsrechte in einer Person vereinigt wurden, während umgekehrt alle übrigen ihren Anteil an der politischen Gewalt gegen die grundlegenden Werte des Zusammenlebens, inneren Frieden und persönliche Sicherheit, eintauschten. Das Ergebnis war eine umfassende und unwiderstehliche Macht, für die Bodin den Begriff der Souveränität prägte und als das ausschließliche Recht des Herrschers definierte, Recht im allgemeinen und im besonderen zu setzen, ohne dabei selbst rechtlich gebunden zu sein.

### 6. Souveränität als Attribut des Fürsten

Es ist die so verstandene Souveränität, die den modernen Staat von der mittelalterlichen Herrschaft unterscheidet. Unter der vorgegebenen göttlichen Ordnung war eine souveräne Gewalt nicht denkbar gewesen. Der gelegentlich anzutreffende Versuch, Souveränität im Mittelalter dem Recht selbst zuzuschreiben, läßt sich nicht aufrechterhalten. Wenn Souveränität ursprünglich die Befugnis bedeutet, zu entscheiden, was als Recht gelten soll, dann kann diese Befugnis nicht dem Produkt der Entscheidung zustehen. Als handlungsbezogener Begriff bedarf sie vielmehr eines personalen Trägers. In der historischen Lage, die den Begriff der Souveränität hervorbrachte, konnte die souveräne Gewalt nur beim Monarchen anfallen. An der Spitze der feudalen Pyramide stehend, hatte er bereits eine zentrale Position inne, mit der sich eine vergleichsweise große Zahl von Hoheitsrechten verband. Diese beiden Eigenschaften erhoben den Monarchen über alle anderen Gewalten im Land, die entweder nur lokale Bedeutung hatten oder, wenn sie zentrale Funktionen wahrnahmen wie die Stände, nicht die Einheit, sondern die divergierenden Kräfte des Landes repräsentierten, die mittels der Souveränität gerade überwunden werden sollten. Souveränität entstand daher, bedingt durch die Situation, die sie hervorbrachte, als Monarchenrecht. Dieser Umstand machte es den Zeitgenossen freilich schwer, sogleich zwischen Monarch und Staat zu differenzieren. Die souveräne Gewalt trat ja nicht als systematische Konstruktion, sondern als Ergebnis eines historischen Prozesses ins Leben, in dessen Verlauf die bereits vorhandenen

monarchischen Prärogativen nach und nach ausgeweitet und schließlich zur allumfassenden obersten Gewalt verdichtet wurden. Die Souveränität verband sich so mit ihrem sichtbaren Inhaber und erschien als Attribut der Landesherrschaft, das ebenso wie die älteren Einzelrechte nach den Regeln des Erbrechts erworben und übertragen, wie andere Privatrechte ausgeübt und vom Dienstpersonal des Herrschers verwaltet wurde. Der moderne Staat entstand unter diesen Umständen nicht als unpersönliche, abstrakte Anstalt, die von dem jeweiligen Herrscher unterschieden war, sondern als Patrimonium des Herrschers, während sich die Unterscheidung von Person und Institution als vergleichsweise späte Errungenschaft erweist.

### 7. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Folge

Die neuartige Konzentration politischer Gewalt in einer Hand teilte die universale mittelalterliche Gemeinschaft in zwei verschiedene Sphären: eine kleine, die aus dem Fürsten und seinem militärischen und zivilen Stab bestand und durch das Monopol der legitimen Zwangsgewalt charakterisiert war, und eine große, die alle übrigen Einwohner umfaßte, die dieser Gewalt unterworfen waren. Für den ersten Bereich kam eben zu dieser Zeit der Begriff des Staates auf, der bis dahin nur attributivisch, nämlich als Status von etwas, verwandt worden war. Für den zweiten Bereich blieb es beim älteren Begriff der Gesellschaft. Gesellschaft meinte aber nicht mehr die gesamte Gemeinschaft unter Einschluß der politischen Autoritäten, sondern die Gemeinschaft abzüglich des Staates. Die Konzentration aller politischen Gewalt in der Hand des Herrschers fand also ihre Entsprechung in der Privatisierung der Gesellschaft, und in ihrem privaten Status waren alle Gesellschaftsmitglieder ohne Rücksicht auf die sonstigen Unterschiede im rechtlichen und sozialen Status gleich. Der Bereich des Privaten bezeichnete freilich unter der absoluten Herrschaft keine Sphäre individueller Selbstbestimmung, die gegen politische Eingriffe abgeschirmt war, sondern lediglich den Status der Unterworfenheit unter den staatlichen Willen ohne Anteil an seiner Bildung oder Ausübung. Ebenso wenig ließen sich die privaten Angelegenheiten von den öffentlichen durch vorgegebene Kriterien abgrenzen. Privat waren vielmehr diejenigen Gegenstände, an denen momentan kein öffentliches Interesse bestand. Einen dem staatlichen Zugriff

Dieter Grimm  
Recht und Staat  
der bürgerlichen  
Gesellschaft

Der Autor (Jahrgang 1937) ist nach mehreren Jahren als Referent für Verfassungsgeschichte und Geschichte der politischen Theorien am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt seit 1979 Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bielefeld und seit 1985 dort auch Direktor des Zentrums für interdisziplinäre Forschung.

Die in diesem Band veröffentlichten Arbeiten befassen sich mit Entstehung, Wirkungsweise und Folgeproblemen der bürgerlichen Gesellschaft in ihren rechtlichen Äußerungsformen. Die bürgerliche Rechts- und Verfassungsordnung wird in ihren sozialen, kulturellen, ökonomischen und politischen Entstehungs- und Wirkungszusammenhang eingeordnet und auf diese Weise als Produkt wie auch als Faktor gesellschaftlicher Prozesse sichtbar gemacht. Besonderes Gewicht liegt dabei auf dem Zusammenhang von verfassungs- und privatrechtlichen Normen, die selten in ihrer wechselseitigen Abhängigkeit behandelt werden, sowie auf der politischen Funktion der Rechtswissenschaft, die in der traditionellen Rechtsschichte ebenfalls zu kurz kommt.

Subrkamp

Umschlagbild: Zug des deutschen Parlaments  
nach der Paulskirche in Frankfurt a. M.  
am 18. Mai 1848  
Mit freundlicher Genehmigung des Stadtarchivs  
Frankfurt a. M.

## Inhalt

Vorwort .....	7
I. Grundlagen des Systems	
1. Bürgerlichkeit im Recht .....	11
II. Funktion des Staates	
2. Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition .....	53
3. Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland .....	84
4. Kulturauftrag des Staates .....	104
5. Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat .....	138
III. Verfassung und Privatrecht	
6. Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit .....	165
7. Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung .....	192
8. Das Verhältnis von politischer und privater Freiheit bei Zeller .....	212
9. Soziale Voraussetzungen und verfassungsrechtliche Gewährleistungen der Meinungsfreiheit .....	232
10. Die Entwicklung des Enteignungsrechts unter dem Einfluß der Industrialisierung .....	264
IV. Rolle der Rechtswissenschaft	
11. Die deutsche Staatsrechtslehre zwischen 1750 und 1945 .....	291
12. Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts .....	308
13. Methode als Machtfaktor .....	347
14. Die »Neue Rechtswissenschaft« – Über Funktion und Formation nationalsozialistischer Jurisprudenz .....	373

suhrkamp taschenbuch 1358

Erste Auflage 1987

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1987

Suhrkamp Taschenbuch Verlag

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das  
des öffentlichen Vortrags, der Übertragung  
durch Rundfunk und Fernsehen

sowie der Übersetzung, auch einzelner Teile  
Satz: Memminger Zeitung, Memmingen

Druck: Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden  
Printed in Germany

Umschlag nach Entwürfen von  
Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

I 2 3 4 5 6 - 92 91 90 89 88 87

prinzipiell entzogenen Bereich gab es nicht. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, privater und öffentlicher Sphäre spiegelte sich auch im Rechtssystem wider. Das universale mittelalterliche Recht zerfiel in zwei verschiedene Komplexe, das Privatrecht, das die Beziehungen der Gesellschaftsglieder untereinander ordnete, und das öffentliche Recht, das die Beziehungen zwischen dem Staat und dem Staat regelte. Die Unterscheidung selbst war nicht neu, sondern findet sich bereits im römischen Recht. Sie hatte dort jedoch nur lehrhaft-theoretische Bedeutung gehabt. Im absoluten Staat gewann sie praktische Relevanz, indem sie den Bereich des Rechtsschutzes festlegte. Die Zuständigkeit der Gerichte wurde auf privatrechtliche Angelegenheiten beschränkt, während öffentlichrechtliche Materien sich der gerichtlichen Beurteilung entzogen.

## 8. Die Grundlagen der monarchischen Souveränität

Die Souveränität war ihrer Intention nach keine Ermächtigung zu fürstlicher Willkür. Sie blieb vielmehr auf des gemeine Beste bezogen. Diese Formel oder ihre Synonyme hatten ältere Ursprünge, gewannen aber in der Entstehungsphase des modernen Staates neue Bedeutung. Das Gemeinwohl bildete keine in der göttlichen Offenbarung beschlossene unveränderliche Größe mehr, sondern konnte nach Zeit und Umständen variieren. Dadurch wurde es von einer Sache der Erkenntnis zu einer Sache der Entscheidung. Diese Entscheidung oblag dem Herrscher, der überlegene Einsicht in das Gemeinwohl für sich beanspruchte, wenngleich er dabei den Rat anderer nicht verschmähen sollte. Die Umstellung von Erkenntnis auf Entscheidung vergrößerte freilich den staatlichen Machtbedarf, und zunehmend wurde die Gemeinwohlformel auch im Sinne von Staatsräson verstanden. In der Formationsphase des modernen Staates war Macht vor allem eine Frage der Unabhängigkeit von rivalisierenden Gewalten. In der Erringung dieser Unabhängigkeit bestand daher das vordringliche Anliegen der absoluten Monarchen. Ein stehendes Heer sollte die Unabhängigkeit von der Lehnfolge des Adels, eine professionelle Verwaltung die Unabhängigkeit von lokalen Gewalten garantieren. Dabei setzte der Staat zunehmend auf Juristen, die im römischen Recht ausgebildet waren. Das römische Recht als Recht eines fortgeschrittenen und rational konstruierten Reiches hatte in der ka-

tholischen Kirche überlebt. Nicht zufällig drang es gerade zu jenem Zeitpunkt in die weltliche Herrschaft ein, als diese zentralisierte rationale Strukturen nach dem Vorbild der kirchlichen Hierarchie zu entwickeln begann. Die Rezeption des römischen Rechts auf dem Kontinent erklärt sich primär aus seiner überlegenen Rationalität und größeren Unabhängigkeit von lokalen und ständischen Gewalten, die es zu einer Zeit zur Verfügung stellte, in der die Fürsten von ihrem Gesetzgebungsrecht mangels einer entwickelten Gesetzgebungstechnik noch keinen ausgreifenden Gebrauch machen konnten. Zur Ausbildung seines Verwaltungsspersonals gründete der Staat bald zahlreiche Universitäten, die ihn von der kirchlichen Erziehung unabhängig machten. Angesichts der Mittel, die der Ausbau einer unabhängigen Machtbasis verschlang, wurde die Finanzfrage freilich zum Kernproblem des absoluten Staates. Auf ein unbeschränktes Besteuerungsrecht und die Hebung der Wirtschaftskraft des Landes richtete sich daher auch sein Hauptbestreben.

## 9. Der englische Vergleichsfall

Der moderne Staat entstand in Gestalt des absoluten Staates, und zwar nicht aus dem Machtstreben der Fürsten und der Unachtsamkeit der Gesellschaft, sondern aus der geschichtlichen Lage, die die konfessionellen Bürgerkriege heraufbeschworen hatten. Staat und Souveränität waren die neuen Begriffe, mit denen die veränderte politische Wirklichkeit erfaßt wurde. Das erklärt zugleich, warum in England weder der Begriff des Staates und der Souveränität noch die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, öffentlichem und privatem Recht in derselben Weise aufkommen konnten. Es fehlte am realen Substrat dieser Begriffe. Die englische Krone besaß Prärogativen, aber keine oberste Gewalt. Es erhielt sich vielmehr eine Anzahl unabhängiger Gewalten, und vor allem das common law und sein Sachwalter, die Gerichte, konnten eine von der Krone relativ unabhängige Position behaupten. Der wichtigste Grund dafür liegt in einem frühzeitigen Verfall des Feudalsystems mit der Konsequenz, daß Adel und Bürgertum sich nicht scharf gegeneinander abgrenzten und infolgedessen das Land als Ganzes ein Gegengewicht zum Herrscher bildete. Das Parlament entwickelte sich unter diesen Umständen von der Ständevertretung zum Repräsentanten der Gesellschaft,

die stets an der politischen Gewalt teilhätte. Überdies machte die Insellage Englands ein stehendes Heer für die Zwecke der Verteilung unnötig. Der markanteste Unterschied zum europäischen Kontinent liegt jedoch darin, daß in England die Reformation nicht in einen Bürgerkrieg mündete, so daß auch keine historische Notwendigkeit für die Schaffung einer absoluten Staatsgewalt bestand. Im Gegenteil fand es Heinrich VIII. nützlich, sich für den Bruch mit Rom der Unterstützung des Parlaments zu versichern. Die Reformation, die auf dem Kontinent zum Absolutismus führte, stärkte auf diese Weise in England den Parlamentarismus. Die Versuche der Stuarts, eine Machtposition zu errichten, die der französischen Könige ähnelte, fand keine historische Legitimation. Daher widerstanden Adel und Bürgertum gemeinsam diesen Plänen. Während die kontinentalen Bürgerkriege dem Absolutismus vorangingen, der als einziges Mittel der Wiederherstellung des Friedens erschien, ging in England der Absolutismus dem Bürgerkrieg voran, und dieser wurde geführt, um den Absolutismus zurückzuweisen und die traditionelle Ordnung wiederherzustellen.

#### 10. Die unabgeschlossene Staatsbildung auf dem Kontinent

Allerdings kam es auch nicht in allen kontinentalen Ländern zur Herausbildung der absoluten Monarchie und des modernen Staates. Das Heilige Römische Reich entwickelte überhaupt keine geballte Hoheitsgewalt, und auch viele kleinere Territorien bewahrten hinter einer absolutistischen Fassade die alten Strukturen. Andere entwickelten republikanische Strukturen, wie die Niederlande nach der Erringung der Unabhängigkeit. Ebensowenig erreichten alle Länder, die sich dem Absolutismus zuwandten, dieses Ziel zur selben Zeit oder in demselben Maß wie Frankreich. Aber nicht einmal in Frankreich als führendem kontinentalen Land vermochte der Monarch alle öffentlichen Funktionen in seiner Hand zu konzentrieren und unbeschränkt auszuüben. Im Ausbau des Absolutismus erscheint das Rußland des 17. Jahrhunderts fortgeschrittener als jeder westeuropäische Staat. Als absolutistisch gilt vielmehr ein Regime schon dann, wenn es sich von der Mitsprache der Stände in finanzieller und gesetzgeberischer Hinsicht frei gemacht und in einem stehenden Heer eine eigene Machtbasis verschafft hatte. Keine vollständige Macht wurde dagegen

über die Gerichte gewonnen. Die französischen Gerichtshöfe, die sog. parlements, behielten die Befugnis, bestimmte gesetzgeberische Akte des Königs anzuerkennen oder zu verwerfen, und die Gerichte der meisten anderen Länder beanspruchten das Recht, königliche Eingriffe in wohlerworbene Rechte der Untertanen zu überprüfen. Zudem gewann kein absoluter Staat jemals vollständige Herrschaft über alle in seinem Herrschaftsgebiet lebenden Personen. Während der absolute Staat die privilegierten Stände ihrer politischen Mitspracherechte weitgehend entkleidete, ließ er die ständisch-feudale Sozialstruktur im wesentlichen unberührt, so daß die Bauern Untertanen ihrer Grundherren blieben und nicht Untertanen des Staates wurden. Angelegenheiten, die eng mit der Religion verbunden waren wie das Familienrecht oder die Erziehung, befanden sich noch immer unter der Aufsicht der Kirche. Die Bürokratie durchdrang keineswegs das gesamte Staatsgebiet. Sie bildete einen Stab bei Hofe, während die meisten Ämter auf dem Land käuflich waren. Gesetze wurden unter diesen Umständen zwar häufig erlassen, aber schlecht durchgeführt, und erst spät gelang es den absoluten Staaten, größere Teile des Rechts in Kodifikationen nach ihren Bedürfnissen neu zu ordnen.

#### 11. Die Krise des Absolutismus und der liberale Staat

##### 1. Der Sozialvertrag als Rechtfertigung des Staates

Die unerhörte Machtkonzentration in weltlicher Hand verlangte alsbald nach Rechtfertigung. Da eine transzendente Rechtfertigung nicht mehr zur Verfügung stand, suchte die Sozialphilosophie sie auf Vernunftgründe, die jedermann ungeachtet seines Glaubens zugänglich sein mußten, zu stützen. Politische Herrschaft wurde als legitim betrachtet, wenn sie vor der Vernunft Bestand hatte, und als Prüfstein galt die hypothetische Zustimmung jedes vernünftigen Menschen. Herrschaft war dann nicht mehr auf göttliche Einsetzung gegründet, wie die Monarchen nach wie vor beanspruchten, sondern auf einen gedachten Vertrag. Die Bedeutung der vertraglichen Legitimation politischer Herrschaft lag in der Leugnung originärer Herrschaftsbefugnisse. Herrschaft leitete sich vielmehr von der Zustimmung der Beherrschten ab. Damit war nicht notwendig eine Abkehr vom monarchischen Absolutis-



mus verbunden. Unter dem Eindruck der konfessionellen Bürgerkriege konnte es im Gegenteil als vernünftiger erscheinen, alle natürlichen Rechte an den Staat abzutreten, wenn nur so Leben und Eigentum gesichert werden konnten, wie Hobbes lehrte. Auf diese Weise lieferte die Vertragstheorie anfangs eine Rechtfertigung des Absolutismus und trug zur Machtsteigerung des Staates bei. Die Vertragstheorie war freilich für verschiedene Inhalte offen. In Holland, wo die Generalstände 1581 die Unabhängigkeit von der spanischen Krone erklärt hatten, wurde die Souveränität schon früh beim Volk und nicht beim Fürsten angeknüpft. Auf lange Sicht unterhöhle die Vertragstheorie auch in anderen Ländern die absolute Gewalt des Monarchen. Je besser dieser seine Funktion der Wiederherstellung des inneren Friedens erfüllte, desto unplausibler mußte es ja erscheinen, daß er über unbegrenzte Macht verfügte. Daher veränderte sich in der jüngeren Vertragstheorie der Inhalt des Sozialvertrags. Angesichts einer im Grunde friedlichen und harmonischen Gesellschaft verlangte die Vernunft nur noch die Abtretung jener natürlichen Rechte, die der Staat benötigte, um Freiheit und Selbstbestimmung jedes Einzelnen gegen externe Störungen abzusichern. Mit diesem Inhalt entfaltete die Vertragstheorie ein kritisches Potential gegen den unbegrenzten Verfügungsanspruch des absoluten Monarchen und die Entmündigung der Gesellschaft.

## 2. Der aufgeklärte Absolutismus als Übergangsperiode

Als diese Version der Vertragstheorie Ende des 17. Jahrhunderts von Locke formuliert wurde, konnte sie als Ausdruck der tatsächlichen Zustände der englischen Monarchie nach der Glorious Revolution erscheinen. In der kontinentalen europäischen Situation mußte sie dagegen revolutionär wirken und fand erst Resonanz, nachdem ein wohlhabendes und selbstbewusstes Bürgertum entstanden war, das sich durch die alte Ordnung der Standesschranken und des staatlichen Dirigismus im Bereich der Wirtschaft eingeeignet sah und daher für eine Theorie empfänglich wurde, die Veränderungen rechtfertigte. So verhielt es sich seit der Mitte des 18. Jahrhunderts in Frankreich, während die große Mehrheit des deutschen Bürgertums aufgrund des wirtschaftlichen Entwicklungsrückstands für den Liberalismus noch nicht hinreichend vorbereitet war. Die führende Position des Staates wurde in Deutsch-

land nicht grundsätzlich in Frage gestellt, und auch das Vernunftrecht behielt seinen etatistischen Zug. In der Tat waren es in Deutschland die Monarchen der fortgeschrittensten Staaten, Österreich und Preußen, die aus eigener Initiative zur Überwindung des Feudalsystems und zur Modernisierung der Gesellschaft ansetzten. Die Sozialphilosophie der Aufklärung sah daher hier in den absoluten Monarchen ihre natürlichen Verbündeten. Unter dem Einfluß der aufklärerischen Theorie begannen diese nun, zwischen Herrscher und Staat zu unterscheiden und ihre Funktion als Dienst am Staat zu verstehen, dessen Wohl nicht mehr mit dem Interesse der Dynastie in eins fiel. Ebenso wandelte sich der Begriff des Gemeinwohls. Es bestand nicht mehr ausschließlich in der Staatsmacht, sondern umfaßte auch die individuelle Glückseligkeit. Damit ging eine gewisse Lockerung der bestehenden Bindungen einher. Der Staat schickte sich nicht nur an, seine Untertanen von feudalen, korporativen und kirchlichen Bindungen zu befreien, sondern erlegte auch sich selbst gewisse Beschränkungen im Interesse größerer Individualfreiheit auf. Die Herrscher waren aber nicht bereit, dem Einzelnen die ungeteilte Entscheidung über sein eigenes Glück zuzugestehen oder ihn gar an der Bestimmung des Gemeinwohls zu beteiligen. Der Staat behielt vielmehr die alleinige Einsicht in das Gemeinwohl, während die Vorstellungen der Gesellschaft ohne Belang für ihn blieben. Daran zeigt sich, in welchem Maß auch der aufgeklärte Absolutismus immer noch Absolutismus war.

## 3. Die Entstehung des liberalen Staates

Im Gegensatz dazu blieb der physiokratische Einfluß auf den französischen Staat eine kurzlebige und erfolglose Episode. Die absolute Monarchie verteidigte vielmehr die alte Ordnung desto hartnäckiger, je stärker sie vom Dritten Stand angegriffen wurde. Die Aufklärung ging daher in Frankreich eine Allianz mit dem Bürgertum gegen den Staat ein. Dessen Unwilligkeit und Unfähigkeit zur Reform drängte den Dritten Stand schließlich auf den Weg der Revolution. Revolution bedeutete dabei nichts anderes als die gewaltsame Übernahme der Staatsgewalt. Die Französische Revolution wäre allerdings mißverstanden, wenn man sie vornehmlich unter staatlich-politischem Blickwinkel interpretierte. Das eigentliche Ziel des französischen Bürgertums war die Umstellung der

Gesellschaftsordnung von ständisch-feudalen Bindungen auf individuelle Freiheit, weil dadurch jene Selbststeuerungsmechanismen zum Zuge kamen, die nach der liberalen Doktrin automatisch wirtschaftlichen Wohlstand und soziale Gerechtigkeit hervorbrachten. Die politische Macht war nur das unerlässliche Mittel zur Erreichung dieses Zwecks. Allerdings hatte der Wandel der Sozialordnung Konsequenzen für die Gestaltung des politischen Systems, weil individuelle Freiheit und absolute Staatsmacht unvereinbar waren. Daher konnte der Staat nicht unverändert bleiben, wenn die Sozialreform erfolgreich sein sollte. Traf es zu, daß soziale Gerechtigkeit die von selbst eintretende Folge individueller Selbstbestimmung war, dann verlor der Staat seine umfassende Verantwortung für das Glück des Einzelnen und die Wohlfahrt der Gesamtheit. Seine Funktion reduzierte sich vielmehr darauf, die Voraussetzungen der Zielerreichung, nämlich individuelle Freiheit, zu garantieren. Mittels der Verfassung sollte gesichert werden, daß er diese Funktion nicht überschritt. Daher begrenzten Grundrechte seinen Aktionsradius zugunsten individueller Freiheit, und das Staatsorganisationsrecht band die Staatsmacht an die Gesellschaft zurück, und zwar so, daß jeder Inhaber öffentlicher Gewalt einer direkten oder indirekten gesellschaftlichen Beauftragung, die durch die Wahl vermittelt wurde, und jeder Akt öffentlicher Gewalt einer gesellschaftlichen Ermächtigung, die durch das parlamentarisch beschlossene Gesetz vermittelt wurde, bedurfte.

#### 4. Die Beibehaltung der Souveränität

Mit der Vorstellung, daß die Gesellschaft auch ohne einen allmächtigen Staat zu Wohlstand und Gerechtigkeit gelangen könne, entfiel die historische Rechtfertigung für Souveränität. Dennoch war das französische Bürgertum nicht bereit, auf die Souveränität zu verzichten. Der Grund lag in dem Widerstand, den die privilegierten Stände des Ancien régime den liberalen Reformen entgegensetzten. Angesichts dieses Widerstands hing der Erfolg der Revolution von einer in ihrer Durchsetzungskraft eher noch gesteigerten öffentlichen Gewalt ab, die die sozialen und politischen Reformen sicherstellen konnte. Darin liegt auch die Erklärung für den offenkundigen Unterschied zwischen den Verfassungen, die aus der Französischen Revolution einerseits, der amerikanischen

Revolution andererseits hervorgingen. Obwohl beiden dieselben theoretischen Prämissen zugrundelagen, lief die französische Verfassung auf einen souveränen Staat hinaus, die amerikanische dagegen nicht. In Amerika, wo es Standesschranken, Feudalismus und Merkantilismus nie gegeben hatte, bestand auch kein Bedürfnis nach einer liberalen Sozialreform. Die amerikanische Revolution konnte sich nach dem Bruch mit England auf eine Veränderung des Regierungssystems und die Errichtung von Sicherungen gegen den Mißbrauch der Staatsgewalt beschränken. In Frankreich mußte die öffentliche Gewalt dagegen denjenigen Zustand, der in Amerika wie die naturgemäße Ordnung erscheinen mochte, erst schaffen. Aus diesem Grunde zerstörte die Französische Revolution zwar die absolute Monarchie, aber nicht den souveränen Staat. Sie wechselte nur das Subjekt der Souveränität aus und übertrug sie vom Monarchen auf das Volk, in dessen Namen fortan alle staatlichen Funktionen ausgeübt wurden. Der Patrimonialstaat war damit endgültig überholt. An seine Stelle trat der Staat als abstrakte Größe. Seine Konstruktion nach Vernunftgesichtspunkten und auf der Basis einer geschriebenen Verfassung vollendete die vom Absolutismus nicht zum Abschluß gebrachte Konzentration der öffentlichen Gewalt, indem alle intermediären Gewalten, die sich im Ancien régime zwischen Staat und Individuen geschoben hatten, aufgelöst wurden, die Gerichte ihre Befugnis zur Rechtmäßigkeitskontrolle von Staatsakten, insbesondere Gesetzen, verloren, ein effektiver, nicht käuflicher öffentlicher Dienst und ein öffentliches Schulsystem errichtet wurden. Staat und Souveränität behielten auf diese Weise auf dem Kontinent ihre zentrale Bedeutung auch im Liberalismus.

#### 5. Die Rangverkehrung von Staat und Gesellschaft

Nachdem die Sozialreform abgeschlossen war, konnte sich auch der französische Staat auf den Freiheitsschutz zurückziehen. Vergleichlichen mit dem absoluten Staat bedeutete das nicht nur eine Funktionsbeschränkung, sondern auch einen Rangverlust. Die liberale Prämisse von dem Bedingungsverhältnis zwischen individueller Freiheit und allgemeiner Wohlfahrt mußte ja die hergebrachte Rangfolge von öffentlichen und privaten Interessen umkehren. Sorgte eine »invisible hand« dafür, daß alle ihre Einzelinteressen verfolgt werden konnten und am Ende doch immer das Ge-

samtinteresse dominierte, dann blieb für em über den Freiheitschutz hinausgehendes öffentliches Interesse kein Raum mehr. Das öffentliche Interesse, das früher das Betätigungsfeld des privaten abgesteckt hatte, empfing nun von diesem seine Bestimmung. Damit war aber auch der Staat als Sachwalter des Gesamtinteresses seiner Leitungsfunktion für die Gesellschaft entkleidet und trat in eine dienende Rolle. Desgleichen blieb dem öffentlichen Recht, das bis dahin dem privaten vorgegangen war, nur noch eine Schutzfunktion für dieses. Das galt selbst für die Verfassung, die dem Privatrecht zwar formal übergeordnet war, jedoch nur im Interesse seines desto wirksameren Schutzes gegen die Staatsmacht. Diese hatte sich ja durch die Abkehr vom Absolutismus in ihrer Substanz nicht geändert. Der Staat benötigte vielmehr auch für seine reduzierte Funktion das Monopol legitimer physischer Gewalt und unterschied sich gerade darin von der Gesellschaft, die ihrerseits von Herrschaft befreit und auf freiwillige Kooperation verwiesen war. Die Priorität der Gesellschaft blieb aber insofern gewahrt, als sie es war, die dem Staat die Bedingungen des Einsatzes der öffentlichen Gewalt vorschrieb. Ihre gewählten Repräsentanten legten im Parlament gesetzlich fest, wann und wie der Staat zum Zweck des Freiheitsschutzes in die individuelle Freiheit eingreifen durfte. Dabei garantierte, wie Rousseau dargelegt hatte, die gleichberechtigte Mitwirkung aller an politischen Entscheidungen und die gleichmäßige Betroffenheit aller von diesen Entscheidungen, daß der Staat nicht in den Dienst von Partikularinteressen treten konnte, sondern auf das Gemeinwohl bezogen blieb.

## 6. Die Wendung zum Klassenstaat

Die gerechtigkeitsverbürgenden demokratischen Prinzipien wurden von der liberalen Praxis allerdings weitgehend desavouiert. Die Beschränkung des Wahlrechts auf die besitzenden und gebildeten Schichten, wie sie in allen liberalen Staaten üblich war, wirkte sich in einer Gleichsetzung des Gesamtinteresses mit den bürgerlichen Interessen aus. Vor allem die französische Juli-Monarchie liefert dafür reiches Anschauungsmaterial. Zu dieser Zeit war die Konstellation von 1789, in der sich das Bürgertum noch überzeugend als Vertreter gesamtgesellschaftlicher Interessen ausgeben konnte, freilich längst Vergangenheit. Die Industrielle Re-

volution hatte den Vierten Stand hervorgebracht, der gerade durch den Mangel an Besitz und Bildung gekennzeichnet war und in einem über den Markt gesteuerten System nur seine Arbeitskraft verwerten konnte. Da diese wohlfeil war, setzten sich unter dem Schutz der Vertragsfreiheit Ausbeutung und Not in der Gesellschaft fest. Der grundlegenden Annahme des Liberalismus, daß individuelle Freiheit automatisch soziale Gerechtigkeit verbürge, war dadurch der Boden entzogen. In Wahrheit konnte das liberale Sozialmodell mit seinen über individuell ausgehandelte Verträge gesteuerten Sozialbeziehungen seine Verheißung nur einlösen, wenn der rechtlichen Gleichheit der Vertragspartner ein annäherndes faktisches Gleichgewicht entsprach. Daran fehlte es aber seit der industriellen Revolution endgültig. Unter diesen Umständen war das Verhalten des Staates bei der Nicht-Intervention kein Ausdruck seiner Neutralität, sondern Parainnahme für die stärkere Seite. Der Staat diente Klasseninteressen. Diese Erfahrung löste eine antistaatliche Wendung in der politischen Theorie aus, und es ist kein Zufall, daß diese Bewegung gerade unter den Sozialisten und Syndikalisten Frankreichs besondere Verbreitung fand. Viele von ihnen erblickten das eigentliche Hindernis sozialer Gerechtigkeit nicht in der Eigentumsverteilung oder in den Wahlrechtsbeschränkungen, sondern im Staat als solchen. Unabhängig von der Marx'schen Theorie wurde soziale Gerechtigkeit für sie zu einer Frage der Abschaffung des Staates. Aber auch Marx' Theorie vom Staat als Agent von Klasseninteressen, der absterben mußte, sobald die Klassenspaltung überwunden war, ist ein Resultat des Anschauungsmaterials, das die französische Juli-Monarchie bot.

## 7. Das deutsche Modell der Trennung von Staat und Gesellschaft

Anders als in Frankreich bestand unter den deutschen Liberalismus-Kritikern eine starke Neigung, soziale Gerechtigkeit von vermehrter Staatstätigkeit zu erwarten. Diese Erwartung hatte ihre empirische Grundlage in dem Umstand, daß der deutsche Staat nie in demselben Ausmaß wie der französische bürgerlicher Staat geworden war. Das deutsche Bürgertum hatte die Französische Revolution begrüßt, jedenfalls vor der Hinrichtung Ludwigs XVI., war aber nicht in der Lage, selbst zur Revolution zu schreiten. Die Verfassungen, die nach und nach auch in Deutschland Verbrei-

tung fanden, wurden nicht vom Volk erkämpft, sondern von den Fürsten freiwillig gewährt. Sie sicherten mittels Grundrechten eine staatsfreie Sphäre privater Interessenverfolgung, in die die Regierung nur aufgrund einer zuvor erteilten Ermächtigung durch parlamentarisches Gesetz eingreifen durfte. Dessen ungeachtet beanspruchten die Fürsten die Staatsgewalt aber weiterhin ungeteilt für sich. Das führte dazu, daß die Volksvertretungen, obwohl verfassungsmäßige Organe, genau genommen außerhalb des Staates standen, der weiterhin vom Monarchen sowie seiner Verwaltung und seinem Heer gebildet wurde. Die Volksvertretung gewann keinen Einfluß auf die dem Staat vorbehaltenen Bereiche. Da es dem deutschen Bürgertum nicht gelungen war, den Staat seinem Willen zu unterwerfen, wurde es auf denjenigen Bereich verwiesen, den der Staat freigegeben und privater Initiative überlassen hatte. Freiheit bedeutete unter diesen Umständen nicht Teilhabe an der Bildung des Gemeinwillens, sondern Abwesenheit von staatlicher Lenkung. Einerseits verlor der Staat die vollständige Herrschaft über die Gesellschaft, die er im Absolutismus beansprucht hatte. Andererseits gewann die Gesellschaft nicht die Oberhand über den Staat, wie sie die Volkssouveränität vermittelte. Es war diese Konstellation, die zu der Trennung von Staat und Gesellschaft führte, die typisch für die deutsche politische Tradition im 19. Jahrhundert wurde und in dieser Form weder in Frankreich noch in den angelsächsischen Ländern bestand. Die Kompensation für das demokratische Defizit wurde im Rechtsstaat gesucht, der die Privatsphäre gegen staatliche Interventionen abschirmte, und die Vollendung des Rechtsstaats rückte zum wichtigsten politischen Anliegen des deutschen Bürgertums nach der fehlgeschlagenen Revolution von 1848 auf.

## 8. Die Überhöhung des Staates

In diesem dualistischen Konzept erschien die Gesellschaft als Ansammlung partikularer Interessen. Ohne den Staat war sie nicht fähig, zum Gemeinwohl zu gelangen. Erst recht bedurfte sie seiner, um zu einer unter einem Prinzip oder einer Idee geeinten Gemeinschaft zu werden. Der Staat verkörperte so alle höheren Werte des menschlichen Lebens, und nur unter seiner Führung und Hilfe konnte auch der Einzelne seine Bestimmung erreichen. Die Über-

höhung und Idealisierung des Staates, wie sie in Hegels Philosophie kulminierte, war die zwangsläufige Konsequenz der gänzlich privaten Vorstellung von Gesellschaft in Deutschland. Diese Auffassung begünstigte eher einen substantiellen als einen funktionalen Staatsbegriff. Diesem Anspruch hielt weder der westeuropäische Staat stand, der einige Dienstleistungen für eine im Prinzip sich selbst genügende Gesellschaft erbrachte, noch der bloße Garant individueller Freiheit, wie er von der liberalen Theorie gefordert wurde, sondern nur ein Staat, der die Erfüllung aller höheren Bestrebungen des nationalen Lebens versprach. Ein solcher Staat konnte freilich nicht mit der zufälligen Person des Herrschers identifiziert werden. Die Annahme, daß es der Monarch sei, von dem alle staatlichen Entscheidungen ausgingen, war ohnehin von der Realität überholt worden. Die Möglichkeit des persönlichen Regiments setzte wesentlich einfachere Verhältnisse voraus. Die Theorie folgte der veränderten Wirklichkeit nach und gab im Lauf des 19. Jahrhunderts die Vorstellung vom Patrimonialstaat preis. Auch in Deutschland wurde der Staat nun als eigenständiges Gebilde, für welches der Monarch nur als oberstes Organ auftrat, begriffen, wobei organische Deutungen dieses Gebildes vorherrschten. Obwohl in Deutschland nie Zweifel an der Existenz der Souveränität aufgekommen waren, warf diese Umdeutung doch die Frage nach ihrem Träger auf. Ohne Zweifel schied, anders als in Frankreich, das Volk als Träger der Souveränität aus. Ebensowenig war es freilich möglich, die Souveränität dem Organ einer anderen Einheit zuzuschreiben. Daher kam die deutsche Theorie gegen Ende des 19. Jahrhunderts zu dem Schluß, daß es der Staat als solcher sei, dem die Souveränität zustehe, eine Lösung, die freilich wenig half, wenn die Ausübung von Souveränitätsrechten zwischen verschiedenen Organen des Staates in Streit geriet.

## 9. Der Aktionsradius des deutschen Staates

Die eigentümliche Stellung des deutschen Staates spiegelte sich nicht nur in der Theorie wider, sondern hatte durchaus praktische Konsequenzen. Der Umstand, daß das alte monarchische System nicht durch eine erfolgreiche Revolution überwunden, sondern nur durch konstitutionelle Zugeständnisse modifiziert worden war, ermöglichte es dem Staat, weiterhin die alleinige Verantwortung für das Gemeinwohl zu beanspruchen. Dieses ließ sich dann

weder mit den Interessen einer herrschenden Klasse identifizieren noch als Resultante der Auseinandersetzung verschiedener gesellschaftlicher Interessen ansehen. Das Gemeinwohl blieb vielmehr eine Größe oberhalb der partikularen Interessen, der nur von dem selbst interessenfreien Staat erkannt werden konnte. Damit ist nicht gesagt, daß der Staat die vorgebliche Neutralität gegenüber den partikularen Interessen tatsächlich wahrte oder eine unparteiliche Politik betrieb. Aber der Staat genoß eine gewisse Unabhängigkeit von den partikularen Interessen, die in Ländern, welche verfassungsrechtlich weiter fortgeschritten waren als Deutschland, keine Parallele fand. Der deutsche Staat ließ sich auch soziologisch betrachten nie in einem solchen Maß dem Bürgertum zuschreiben wie das für einige seiner westlichen Nachbarn zutraf. Wenn er ökonomischen Liberalismus praktizierte, blieb dieser doch dem Staatsinteresse untergeordnet. Er diente als Mittel zur Modernisierung der Gesellschaft im staatlichen Interesse. Daher konnte er auch eingeschränkt oder aufgegeben werden, wenn das staatliche Interesse andere Mittel erforderte. Es ist daher kein Zufall, daß sich soziale Ideen in Deutschland viel weniger gegen den Staat richteten als in Frankreich. Die Lösung der sozialen Frage wurde im Gegenteil vom monarchischen Staat erwartet. Diese Erwartung stimmte mit der paternalistischen Haltung überein, die für den absoluten Staat kennzeichnend gewesen und auch im konstitutionellen Staat nie gänzlich abgelegt worden war. Sie ließ sich wiederbeleben, als eine ganze Klasse der Gesellschaft in Not geriet und dadurch zur Bedrohung für das System wurde. Abhilfe für die Not der Arbeiterklasse war auch in anderen Industrienationen gefordert worden, aber das offenkundige Scheitern der Bemühungen dort und ihr erstaunlicher Erfolg hier finden ihre Erklärung gerade in dem unterschiedlichen Typ von Staatlichkeit. Die Tatsache, daß Deutschland trotz seiner konstitutionellen Rückschrittlichkeit führend in der Sozialpolitik wurde, liegt gerade in der Position des Staates in diesem Land begründet.

#### 10. Die Identität des liberalen Staates

Der Wechsel vom Absolutismus zum Liberalismus, der den Abstand zwischen England und dem Kontinent verringerte, veränderte zwar die Funktion und Konstruktion, nicht aber die Natur des kontinentalen Staates. Im Gegenteil trat er in seiner Abstrakt-

heit und Unpersönlichkeit erst jetzt unverstellt zutage, vollendete das Gewaltmonopol und zog daraus seine Identität im Gegensatz zur Gesellschaft. Indessen wechselte die Grundlage der Identität. Im Absolutismus beruhte die Identität des Staates auf dem Monopol des Politischen, das die Gesellschaft von jeder aktiven Teilhabe ausschloß und sie politisch in eine gänzlich passive Rolle drängte. Dieses Monopol verschwand, als das Volk in die Politik eintrat: entweder als Souverän, der nun seinerseits die Aktionen des Staates bestimmte wie in Frankreich, oder als Teilhaber an bestimmten politischen Entscheidungen wie in Deutschland. Da das Volk jedoch aus sich heraus zu organisiertem politischen Handeln unfähig ist, entstanden zur selben Zeit nichtstaatliche politische Institutionen wie Parteien und Verbände, Presse und öffentliche Meinung. Politik ließ sich seitdem unter Beschränkung auf den Staat nicht mehr zureichend beschreiben. Trotz des Verlustes seiner Monopolstellung blieb der Staat aber auch im Liberalismus eine unterscheidbare Größe. In Deutschland erlaubte die Trennung von Staat und Gesellschaft, die das Produkt einer Situation war, in der der Absolutismus von den Fürsten nicht länger aufrechterhalten und die Demokratie vom Volk noch nicht errungen werden konnte, eine verhältnismäßig klare gegenständliche Scheidung zwischen öffentlichen und privaten Angelegenheiten. In denjenigen Ländern, die den Staat auf die Volkssouveränität gründeten und so den deutschen Typ der Trennung von Staat und Gesellschaft nicht zuließen, war der Staat gleichwohl durch seine Funktionen unterscheidbar. Diese hoben sich ja für den Liberalismus klar von denjenigen der Gesellschaft ab. Während die Gesellschaft in ihren Aktivitäten grundsätzlich keiner Beschränkung unterlag, war der Staat auf die Wahrung von Sicherheit und Ordnung beschränkt. Die Erfüllung dieses Auftrags erforderte das Monopol physischer Gewalt, das umgekehrt die Gesellschaft als herrschaftsfreie Sphäre, die nur durch vertragliche Beziehungen koordiniert war, zurückließ. Obwohl Grenzüberschreitungen vorkommen konnten, stand die Grenze als solche doch außer Frage.

### III. Die Krise des Liberalismus und der Wohlfahrtsstaat

#### 1. Die Identitätsprobleme des gegenwärtigen Staates

Die Gewißheit früherer Jahrhunderte über den Staat ist mittlerweile verloren gegangen. Seine einstige Identität resultierte aus der Differenz zur Gesellschaft als einer auf Herrschaft angewiesenen Sphäre. Diese Differenz war in der Epoche des Absolutismus evident. Sämtliche Herrschaftsfunktionen verdichteten sich zu einer umfassenden obersten Gewalt, die einem persönlichen Träger, dem Monarchen, zustand, der sie als originäres und unbegrenztes Recht ausübte und weder des Konsenses noch der Mitwirkung der Herrschaftsunterworfenen bedurfte. Der Staat zeichnete sich durch das Gewaltmonopol aus. Dieses Kriterium zog die Linie zwischen zwei verschiedenen Personengruppen, so daß es möglich schien, zwischen Staat und Gesellschaft geradezu auf einer physischen Basis zu unterscheiden: der Staat bestand aus Personen mit öffentlicher Gewalt, die Gesellschaft aus Personen ohne öffentliche Gewalt. Nachdem die Einheit von Staat und Herrscher zerbrochen war und der Staat als abstrakte, unpersönliche Größe erschien, entfiel die Möglichkeit, zwischen Staat und Gesellschaft auf einer physischen Basis zu unterscheiden. Das galt vollends, wenn die Souveränität dem Volk zugeschrieben wurde. Die Differenz ließ sich dann nur noch auf einer funktionalen Ebene aufrechterhalten. Die liberale Theorie der Staatsaufgaben erleichterte freilich eine solche Unterscheidung. Nach dieser Theorie bestand die einzige Aufgabe des Staates in der Wahrung einer vorausgesetzten Ordnung, und das bedeutete im wesentlichen den Schutz der Bevölkerung vor auswärtigen Angriffen und die Rechtsdurchsetzung im Inneren. Für diesen begrenzten Zweck war der Staat mit allen nötigen Zwangsmitteln ausgerüstet, während sämtliche Tätigkeiten, die keine Gefahr für den inneren Frieden bildeten, der Gesellschaft überlassen blieben, die ihrerseits wiederum keinerlei Recht zur Gewaltanwendung beanspruchen konnte. Diese Unterscheidung von Funktionen und Mitteln erlaubte weiterhin eine klare Identifizierung des Staates. Wenn die gegenwärtige Unsicherheit über den Staat eine tatsächliche Grundlage hat, so muß diese in den funktionalen Beziehungen

zwischen Staat und Gesellschaft zu finden sein. Die Zweifel, die aufgetaucht sind, legen die Vermutung nahe, daß hier seit der Blüte des Liberalismus einige Veränderungen eingetreten sind.

#### 2. Die Industrielle Revolution und die Soziale Frage

Die Rechtfertigung für die Begrenzung der Staatsfunktionen lag in der liberalen Annahme begründet, daß soziale Gerechtigkeit und wirtschaftlicher Wohlstand am besten durch individuelle Freiheit gewährleistet würden. Die Regulierung der gesellschaftlichen Beziehungen wurde unter diesen Umständen dem Marktmechanismus überlassen, während staatliche Reglementierungen diesen Mechanismus stören mußten und daher das Gemeinwohl beeinträchtigten. Die Richtigkeit dieser Annahme geriet nach der Industriellen Revolution zunehmend in Zweifel. Die unmittelbare Folge der Industriellen Revolution bestand darin, daß in zahlreichen Gebieten der Marktmechanismus den von ihm erwarteten gerechten Interessenausgleich nicht mehr zu verbürgen vermochte. Das traf zunächst für den Arbeitsmarkt zu, von dem in der Industriegesellschaft mehr und mehr Menschen abhingen. Das Ergebnis war die Entstehung des Proletariats, dessen Not nicht, wie der Liberalismus einkalkuliert hatte, auf persönlichem Versagen beruhte, sondern strukturell bedingt und daher auch durch persönliche Anstrengung nicht behebbare war. In dem Prozeß wirtschaftlicher Konzentration, der der Industriellen Revolution folgte, wiederholte sich der Vorgang für große Teile des Warenmarktes. Allgemeiner gewendet, machte die Industrielle Revolution endgültig klar, daß individuelle Freiheit nur unter der zusätzlichen Bedingung eines annähernden Kräftegleichgewichts der Individuen zu sozialer Gerechtigkeit führte. Die Existenz eines solchen Gleichgewichts war die stillschweigende Voraussetzung der liberalen Theorie gewesen, die sich unter vorindustriellen Bedingungen ausgebildet hatte. Im selben Maß, wie die vorausgesetzte Chancengleichheit verschwand, konnten Eigentums- und Vertragsfreiheit den vernünftigen Interessenausgleich nicht mehr garantieren. Das Prinzip der Freiheit entfaltete seine intendierte Wirkung zwar weiterhin in der Begrenzung des Staates. In der sozialen Dimension entpuppte es sich dagegen als Unterdrückungsmittel in der Hand der Stärkeren. In die von staatlicher Macht befreite Sphäre zogen soziale Machtstrukturen ein. Das liberale Ziel allge-

meiner Wohlfahrt und sozialer Gerechtigkeit war mit den liberalen Mitteln nicht mehr erreichbar.

### 3. Die wachsende Komplexität der Industriegesellschaft

Zu dieser unmittelbaren Konsequenz der Industriellen Revolution gesellten sich auf längere Sicht weitere Folgen, die die liberale Staatsvorstellung in Mitleidenschaft zogen. In unserem Zusammenhang ragt dabei der nach wie vor anhaltende wissenschaftliche und technische Fortschritt hervor. Der Bereich natürlicher Entwicklungen verkleinert sich dadurch, während mehr und mehr ehedem natürliche Verläufe vom Menschen beherrscht werden können. Es findet eine generelle Zunahme des Machbaren statt. Für die Staatsfunktion ist das von Bedeutung, weil Machbarkeit stets verschiedene Wege eröffnet und die Richtung, die eingeschlagen werden soll, in den meisten Fällen umstritten und daher entscheidungsbedürftig ist. Von einem bestimmten Grad der Strittigkeit an werden die Probleme als politisch empfunden und dem Staat zur Lösung übertragen. Insofern besteht ein direkter Zusammenhang zwischen der technischen Entwicklung und den staatlichen Aufgaben. Die Reichweite der Politik hat sich verglichen mit der Epoche des Absolutismus dadurch erheblich ausgeweitet. Die Industrielle Revolution bringt daneben aber auch eine ebenfalls anhaltende Spezialisierung der sozialen Funktionen mit sich. Das hat einen doppelten Effekt. Zum einen erhöht die funktionale Spezialisierung die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft. Zum anderen steigert sie aber auch die gesellschaftliche Interdependenz und damit zugleich die Störungsanfälligkeit. Das binäre Modell der Regulierung sozialer Beziehungen mittels frei ausgehandelter individueller Verträge scheint für den erreichten Grad sozialer Interdependenz nicht komplex genug zu sein. Das System bringt vielmehr Folge- und Nebenwirkungen hervor, die die Kontrolle der Vertragspartner übersteigen und dann als externe Kosten anfallen, die der Gesamtgesellschaft aufgebürdet werden. Auch deswegen resultiert die freie private Interessenverfolgung nicht mehr automatisch in dem Gemeinwohl. Die Fähigkeit der Gesellschaft, soziale Integration und soziale Gerechtigkeit durch eine »invisible hand« zu gewährleisten, ist im Schwinden begriffen. Im gleichen Maß steigt der Bedarf an staatlicher Lenkung.

### 4. Die Ausweitung der Staatsaufgaben

Während die Erfahrung des Absolutismus die Forderung nach dem Rückzug des Staates aus der Gesellschaft hervorgerufen hatte, führte die Erfahrung des Liberalismus zum Ruf nach seiner Rückkehr. Vom Staat wird seitdem wieder erwartet, daß er Verantwortung für soziale Gerechtigkeit und wirtschaftlichen Wohlstand übernimmt. Je mehr die Negierung dieser Erwartung seine Legitimität bedrohte, desto weniger vermochte er sein anfängliches Zögern aufrechtzuerhalten. Seit dem späten 19. Jahrhundert läßt sich eine kontinuierliche Ausweitung des öffentlichen Sektors beobachten. Dabei können drei Schritte unterschieden werden. Zunächst begann der Staat die offenkundigsten Mißbräuche ökonomischer Freiheit, namentlich auf dem Gebiet der Arbeitsbeziehungen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs, zu korrigieren. Sein Instrument war das Gesetz, das die Grenzen wirtschaftlicher Freiheit enger zog und eben dadurch den schwächeren Gliedern der Gesellschaft erhöhten Schutz bot. Die zweite Etappe folgte der sozialen und wirtschaftlichen Krise nach dem Ersten Weltkrieg. Angesichts dieser Krise und bedingt durch allgemeines Wahlrecht und Demokratie beschränkte sich der Staat nicht mehr auf gesetzgeberische Korrekturen des laissez-faire, sondern sprang zur Überwindung ökonomischer Engpässe und sozialer Notlagen ein. Aufgaben dieser Art ließen sich freilich nicht allein durch Gesetzgebung erfüllen, sondern verlangten tatsächliche Hilfsmaßnahmen finanzieller und sächlicher Art. Nach und nach entwickelte der Staat so ein ganzes System von Vorsorge für die Risiken von Armut, Arbeitslosigkeit, Unfall, Obdachlosigkeit, Krankheit etc. Angesichts der wachsenden Komplexität und Verflechtung fortgeschrittener Industriegesellschaften erwiesen sich jedoch die auf eine vorausgesetzte Ordnung bezogenen nachträglichen und punktuellen Korrekturen des Staates bald als ungenügend. Daher wird vom Staat in der dritten Etappe erwartet, daß er drohende Krisen antizipiert und durch geeignete Vorkehrungen vermeidet, für eine günstige Infrastruktur sorgt, technologischen Fortschritt initiiert und die gesellschaftliche Entwicklung auf bestimmte Ziele hin aktiv steuert. Überdies verlangt die Logik des Wohlfahrtsstaats nach Kompensation für alle Arten individueller Benachteiligung, so daß man dem Staat heute wieder die umfassende Verantwortung für die soziale und kulturelle Wohlfahrt der Gesellschaft zuschreiben kann, dieervorderliberalen Ära besaß.



## 5. Machtverlust durch Funktionszuwachs

Diese Abfolge der Ausweitung von Staatsaufgaben darf nicht so verstanden werden, als hätte eine neu hinzutretende Funktion die vorhergehenden ersetzt. Der Prozeß verlief vielmehr kumulativ und führte zu einer enormen Ausweitung des Verwaltungspersonals und des staatlichen Finanzvolumens. Es erscheint allerdings fraglich, ob diese Zunahme auch zur Stärkung des Staates beitragen hat. Im Gegensatz zu dem kleinen und homogenen Stab des absoluten Herrschers und selbst des konstitutionellen Monarchen ist der gegenwärtige öffentliche Dienst so angewachsen, daß er weder von einem Zentrum aus steuerbar noch für einen konzentrierten Einsatz geeignet erscheint. Vielmehr erstrecken sich die sozialen Spannungen und Widersprüche in den Staat selbst und verringern seine Kohärenz. Dasselbe gilt für die Vielzahl der Staatsfunktionen. Je mehr Bereiche der staatlichen Steuerung geöffnet werden, desto mehr Zielkonflikte sieht er sich ausgesetzt. Häufig verfolgen verschiedene Verwaltungszweige wesentlich oder absichtslos unvereinbare Zwecke oder verursachen unvorhergesehene Folgewirkungen in anderen Ressorts. Der Bedarf an Koordination, den die Ausweitung der Staatsstätigkeit begründet, übersteigt bei weitem die Kapazität des politischen Systems. Zwar ist der öffentliche Dienst mit wenigen Ausnahmen immer noch in eine hierarchische Organisation eingebettet. Indessen wird die Spitze der Hierarchie von einer bestimmten Größe an mit Verantwortlichkeiten dermaßen überlastet, daß die politische Führung der Verwaltung nur noch symbolische Bedeutung hat. Überdies ist das moderne Instrumentarium des Staates wie die Planung künftiger Entwicklungen oder die Prävention gegen unerwünschte Zustände einer hierarchischen Organisation weniger zugänglich als die traditionelle Repressionsfunktion. Gesetzliche Bindungen der Verwaltung vermögen diese Lücke nicht ausreichend zu schließen. Während nämlich die rechtliche Determinierung der punktuell und retrospektiv wirkenden Ordnungsverwaltung verhältnismäßig dicht ausfällt, haben die auf flächendeckende und prospektive Planungen bezogenen Normen eine wesentlich geringere Bindungskraft. Dadurch zerfällt die Staatsgewalt mehr und mehr in unzusammenhängende Partikel. Das macht es schwer, im gegenwärtigen Staat dasjenige homogene Handlungsobjekt zu sehen, als das er lange Zeit gelten konnte.

## 6. Der Abbau der Zwangsgewalt

Obwohl der moderne Wohlfahrtsstaat im Umfang seiner Tätigkeit den absoluten Staat erreicht oder gar übertrifft, sieht er sich, was die Mittel anbelangt, weit stärker beschränkt als dieser. Das spezifische Mittel des Staates zur Erfüllung seiner Funktion ist Befehl und Zwang. Ohne Befehl und Zwang läßt sich die öffentliche Ordnung nicht gegen Störungen aufrechterhalten. Bei der Wahrnehmung seiner Globalverantwortung für wirtschaftliche Entwicklung und soziale Wohlfahrt kann der Staat aber keinen unbegrenzten Gebrauch von diesen Mitteln machen. Die Wirtschaft ist vielmehr grundrechtlich autonom gestellt, und diese Autonomie schließt eine zwangsweise durchsetzbare Steuerung nach politischen Maßstäben im Kernbereich aus. Auf der Autonomie, die es sozialen Subsystemen wie der Wirtschaft erlaubt, sich ihren spezifischen Rationalitätskriterien gemäß zu entwickeln, beruht ihre Leistungsfähigkeit. Daß der Staat von dieser Leistungsfähigkeit abhängt, begrenzt direkte Staatseingriffe womöglich wirksamer, als Verfassungsnormen es können. Die Folge ist, daß der Staat seine Ziele insoweit nur unter Verwendung indirekt wirkender Mittel wie Überzeugung, finanzielle Anreize und Abschreckungen oder Veränderung von Rahmenbedingungen wirtschaftlicher und sozialer Entwicklung verfolgen kann. An Zahl haben diejenigen Staatsfunktionen, die mit indirekten Mitteln wahrgenommen werden, die klassischen Bereiche der Eingriffsverwaltung bereits übertrifft. Während deren Anteil am öffentlichen Dienst und an den Staatsausgaben relativ konstant bleibt, steigen die Werte für die planende und gestaltende Verwaltung schnell an. Die quantitative Zunahme geht mit einer Bedeutungssteigerung einher. Die Bedingungen des sozialen Lebens und die Chancen individueller Entfaltung werden regelmäßig von den nicht-imperativen Staatsstätigkeiten weit stärker beeinflusst als von punktuellen Eingriffen. Ungeachtet des Volumens und der Bedeutung indirekt wirkender Mittel fördert die partielle Preisgabe der staatlichen Zwangsgewalt ebenfalls die Erosion des Staates. Indirekt wirkende Mittel unterscheiden sich nicht grundsätzlich von dem Instrumentarium, das der Gesellschaft zur Verfügung steht, und tragen daher dazu bei, den Staat aus seiner hierarchischen Position zu verdrängen und auf die gleiche Ebene mit der Gesellschaft zu stellen.



## 7. Die Abhängigkeit von gesellschaftlicher Kooperation

Der zunehmende Einsatz indirekt wirkender Mittel hat freilich noch einen weiteren und nachhaltigeren Einfluß auf die Möglichkeit der Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft und der Identifizierung des Staates. In denjenigen Bereichen, in denen der Staat darauf beschränkt ist, Motivationsdaten für gesellschaftliches Verhalten zu setzen, hängt die Erreichung der Staatsziele nicht nur vom effektiven Wirken des Staates selbst, sondern zusätzlich von der Folgebereitschaft nicht-staatlicher Entscheidungsträger ab. Die Angewiesenenheit des Staates auf deren Kooperation verschafft ihnen eine privilegierte Position, von der aus sie ihre spezifischen Interessen begünstigt wahrnehmen können. Sie werden in den Stand versetzt, vom Staat entweder Gegenleistungen für ihre Kooperation zu verlangen oder gesteigerten Einfluß auf politische Entscheidungen auszuüben, so daß politische Maßnahmen in diesem Bereich, die formell betrachtet vom Staat ausgehen, in Wirklichkeit das Ergebnis eines Zusammenwirkens staatlicher und privater Akteure bilden. In extremen Fällen kann das als staatlich etikettierte Handeln nur das Ergebnis äußerer Bestimmung sein. Das Problem wird gewöhnlich unter dem Gesichtspunkt privilegierten Einflusses auf den Staat behandelt. Indessen erscheint es fraglich, ob es sich auf diese Weise noch angemessen erfassen läßt. Einfluß, wie stark er auch sein mag, verharnt auf der Schwelle zum Staat und dringt nicht in das Entscheidungszentrum ein. Die Entscheidungsbefugnis bleibt allein den staatlichen Akteuren vorbehalten. Wenn sich der Staat die Entscheidungsmacht aber mit privaten Akteuren teilen muß, dann verlassen diese den Bereich der Gesellschaft und überschreiten die Schwelle zum Staat. Im Maße, wie das geschieht, steht das Monopol der öffentlichen Gewalt als wichtigstes Charakteristikum des modernen Staates auf dem Spiel. Das System entwickelt sich in Richtung auf eine modifiziert korporative Ordnung, und wo korporative Strukturen sich ausbreiten, schwinden klare Abgrenzungen zwischen Staat und Gesellschaft. Einige Züge des vorstaatlich-dezentralen mittelalterlichen Systems tauchen so im politischen System der Gegenwart wieder auf.

## 8. Die externe Auflösung der Staatsmacht

Die interne Auflösung der obersten Gewalt hat eine externe Parallele. Der moderne Staat fand seine stärkste Ausprägung in den Nationalstaaten des 19. Jahrhunderts. Im Nationalstaat kulminierte die souveräne Gewalt. Äußere Souveränität diente dem Schutz der inneren. Dieses System beruhte auf einer annähernden Kongruenz von Problemlagen und Problemlösungseinheiten. Das schloß die Existenz grenzüberschreitender Probleme nicht aus. Doch mußten sie sich nach Art und Zahl in einem Rahmen halten, der bilaterale Regelungen im Vertragsweg erlaubte. Im Laufe des 20. Jahrhunderts nahm aber durch die wachsende Verflechtung der Wirtschaft, die zunehmende Verdichtung des Kommunikationssystems und die Reichweite und Kraft der modernen Waffen die Zahl derjenigen Probleme erheblich zu, die nicht mehr im Rahmen der Nationalstaaten gelöst werden können. Für eine Vielzahl dieser Probleme bieten internationale Verträge keine ausreichende Abhilfe, weil ihnen eine übernationale Administration fehlt, die die Durchsetzung der Verträge garantieren könnte. Deswegen sind auf regionaler Basis supranationale Organisationen entstanden, denen die Nationalstaaten eine Reihe von Hoheitsrechten übertragen haben. Dabei handelt es sich um einen Vorgang, der mit der bekannten faktischen Aushöhlung der Souveränität kleinerer Staaten nicht vergleichbar ist und sich auch von der Selbstbeschränkung der Nationalstaaten durch vertragliche Bindungen unterscheidet. Verträge lassen die ausschließliche Gewalt des Staates über ihre Bürger unberührt und halten so das wesentliche Charakteristikum der Staatlichkeit aufrecht. Dagegen üben supranationale Organisationen legislative, administrative und sogar judikative Funktionen aus, die ihre rechtlichen Wirkungen ohne Transformation in die Mitgliedstaaten erstrecken und im selben Maß die staatlichen Kompetenzen zurückdrängen. Auf diese Weise gehen Hoheitsrechte, die früher als genuin staatlich und unveräußerlich betrachtet wurden, an externe Einrichtungen über. Das Ergebnis kommt demjenigen nahe, das bereits auf der innerstaatlichen Ebene zu beobachten war: der Staat konzentriert nicht mehr die gesamte legitime Zwangsgewalt in sich, sondern teilt sie mit anderen, nicht staatlichen, aber auch nicht privaten Institutionen. Die Erosion der Staatsgewalt schreitet also von zwei Seiten voran.

## 9. Das Ende des Staates?

Die verschiedenen Auflösungserscheinungen haben eine Reihe von Autoren bewegt, das Ende des Staates anzukündigen, während andere den Begriff des Staates stillschweigend fallen lassen und nur noch vom politischen System sprechen. Die erste Position wird häufig auf einen Vergleich zwischen der klassischen Theorie und der gegenwärtigen Realität des Staates gestützt. Vergleiche man stattdessen die frühere und die heutige Realität, so fielen das Ergebnis weniger dramatisch aus. In der absolutistischen Epoche beanspruchte der Herrscher zwar ein unbegrenztes Verfügungsrecht über die Sozialordnung, aber es gelang ihm nicht einmal, unmittelbare Hoheitsgewalt über sämtliche Einwohner seines Territoriums zu gewinnen. Die Ausdehnung der Staatsgewalt auf die Gesamtheit der Bewohner war erst das Werk der Französischen Revolution und des liberalen Staates, die alle intermediären Gewalten abschafften und ein unmittelbares Staatsbürgerverhältnis begründeten. Indessen beanspruchte der liberale Staat nicht die unbegrenzte Verfügungsbefugnis über die Gesellschaft. Er respektierte vielmehr die Autonomie der sozialen Subsysteme und suchte seine Aufgabe in der Gefahrenabwehr. Gerade in dieser Beschränkung entfaltete er seine spezifische Stärke. Der gegenwärtige Staat hat seine Funktionen beträchtlich ausgeweitet, kann aber nicht alle unter Einsatz der spezifischen staatlichen Zwangsgewalt erfüllen. Indessen bleiben große Bereiche unbezweifelbarer und effektiver öffentlicher Gewalt bestehen, und auch im Verhältnis zu den supranationalen Organisationen liegt das Schwergewicht der Souveränität immer noch bei den Staaten. Die stillschweigende Ersetzung des Staatsbegriffs reflektiert die offenkundige Tatsache, daß die politische Wirklichkeit unter Beschränkung auf den Staat nicht mehr angemessen begriffen werden kann. Damit ist aber nicht die Frage beantwortet, ob der Staat auch als unterscheidbares Subsystem innerhalb des politischen Systems nicht mehr vorkommt. Stellt man diese Frage, so fällt auf, daß im politischen System einige Akteure das Recht haben, kollektiv verbindliche Entscheidungen zu fällen und mit Gewalt durchzusetzen, andere dagegen nicht. Die letzteren mögen an der Entscheidungsvorbereitung beteiligt sein, selbst den Entscheidungsinhalt maßgeblich bestimmen. Dennoch bleiben sie auf die staatlich verfaßten Organe und Verfahren angewiesen, was ebenfalls darauf hindeutet, daß es vor-

eilig ist, vom Wegfall des Staates auszugehen, wenn der Maßstab für Staatlichkeit nicht unrealistisch hoch angesetzt wird.

## 10. Die Notwendigkeit einer Neubestimmung des Staates

Es erscheint aber an der Zeit, die Position und Funktion des Staates neu zu bestimmen. Seine traditionelle Rolle bestand darin, das Gemeinwohl gegenüber den partikularen Interessen durchzusetzen. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, war der Staat der Gesellschaft übergeordnet und mit höchster Gewalt ausgestattet. Mittlerweile hat sich die Grenze zwischen Gemeinwohl und partikularen Interessen verwischt. Auf der einen Seite ist der demokratische Parteienstaat selbst nicht frei von Eigeninteressen. Auf der anderen Seite kann auch die Verfolgung partikulärer Interessen dem Gemeinwohl dienen. Zum Problem wird aber die Eigenschaft spezialisierter Teilsysteme, hohe Sensibilität für die eigenen Angelegenheiten mit weitgehender Indifferenz für alle übrigen zu kombinieren. Die steigenden externen Kosten dieser unvermeidlichen Reduktion erfordern eine Institution, die die fehlende Aufmerksamkeit der autonomen Subsysteme für ihre Umwelt kompensiert. Darin scheint heute die spezifische Aufgabe des Staates in entwickelten Industriegesellschaften zu bestehen. Die Autonomie der anderen Teilsysteme begrenzt freilich den Einsatz der staatlichen Zwangsgewalt. Der Staat hat nur dann eine Chance, autonome Akteure zu beeinflussen, wenn er sich seinerseits ihrem Einfluß öffnet. Er handelt dann aber weder als alleiniger Repräsentant des Gemeinwohls noch aus einer überlegenen Position. Freilich verdient er seinen Einfluß auf die autonomen Subsysteme auch hier noch dem Umstand, daß er als einziger über die Ressource rechtlichen Zwangs verfügt, während alle anderen Teilsysteme nur Sachzwänge schaffen können. Insoweit bleibt auch ein Kern traditioneller Staatlichkeit erhalten. Wie die anglo-amerikanische Tradition zeigt, muß diese Funktion nicht als Staat begriffen werden. Die Betonung kann auch auf die verschiedenen öffentlichen Funktionen, Institutionen und Verfahren statt auf das abstrakte Zurechnungssubjekt hinter ihnen gelegt werden. Die Frage ist allerdings, ob diese Konzeption ein besseres Verständnis des Phänomens gestattet. Die Antwort würde eine eingehende Analyse der Vor- und Nachteile beider Modelle voraussetzen, die den Rahmen dieser historischen Skizze sprengt.

## Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland

### I

In seiner Kritik am Entwurf eines Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten hält Johann Georg Schlosser den Verfassern unter anderem vor, sie hätten öffentliches und privates Recht miteinander vermengt.<sup>1</sup> Beide Rechtsarten seien aber so verschieden, daß sie nicht in einem Gesetzbuch zusammengefaßt werden dürften. Die privatrechtlichen Gesetze wollten verbindlich fixieren, was zwischen den Staatsbürgern Recht und Unrecht sei. Die öffentlichrechtlichen sollten bestimmte politische Ziele erreichen. Mit der privatrechtlichen Gesetzgebung erfülle der Staat seinen eigentlichen Auftrag, Gerechtigkeit herzustellen. Die öffentlichrechtlichen Normen verdankten ihre Existenz dem Umstand, daß die Regierungen meist unter dem Vorwand des Gemeinwohls noch weitere – willkürliche – Zwecke verfolgten. Einem solchen außerrechtlichen Zweck dienstbar, seien sie aber wie dieser Zweck selbst willkürlich und wandelbar. Anders die privatrechtlichen Normen. Ihr Zweck liege allein in der Gerechtigkeit, sie teilten deren Eigenschaften und unterlägen weder Wandel noch Willkür. So erst genügten sie den Erfordernissen des Gesetzes, worunter Schlosser nicht weniger versteht als einen »Satz, der das Wesen und die Verhältnisse der Dinge angibt, wie sie sind.«<sup>2</sup> Zur besseren Unterscheidung schlägt er darum vor, im publizistischen Bereich nur von Verordnungen zu sprechen. Wenn sich aber schon nicht verhindern lasse, daß das Gesetz auch als Mittel der Politik benutzt werde, so müsse man mindestens öffentliches und privates Recht reinlich trennen, damit nicht der Abglanz der absoluten Gerechtigkeit auch das politische Gesetz verkläre und aufwerte.

Eine solch scharfe Konfrontation von Privatrecht und öffentlichem Recht hatte es vor Schlosser in Deutschland nicht gegeben. Zwar kennt die Jurisprudenz den Unterschied seit alters. Doch

1 J. G. Schlosser, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere, Frankfurt 1789, S. 113 ff.

2 Ebenda, S. 120. Zur Tradition der Unterscheidung von rechtlichen und politischen Gesetzen vgl. R. Grawert, Historische Entwicklungslinien des neuzeitlichen Gesetzesrechts, Der Staat 11 (1972), S. 111 ff.

war er bis dahin nie mehr als eine lehrhafte Einteilung des Rechtsstoffs unter anderen gewesen.<sup>3</sup> Schlosser steigert ihn zum Wesensgegensatz. Die Bedeutung des Vorgangs bleibt freilich hinter Schlossers theoretischer Argumentation weitgehend verborgen. In Wahrheit hat aber, was sich wie eine rechtsphilosophische Distinktion ausnimmt, entschieden politische Stoßrichtung. Schlosser war Anhänger der Aufklärung, politisch dem süddeutschen Liberalismus verbunden, Mitglied des Illuminatenordens.<sup>4</sup> Das Ziel des Liberalismus, die Emanzipation der bürgerlichen Gesellschaft aus der fürstlichen Bevormundung, lenkt auch Schlossers Kritik am Entwurf des ALR. Wenn sich das Privatrecht dadurch auszeichnet, daß es die absolute Gerechtigkeit einfängt und so zeitlichem und politischem Wandel nicht unterliegt, dann folgt daraus mühe-los, daß der Fürst in diesem Bereich Recht nicht schaffen, sondern nur deklarieren darf. Genau diese Konsequenz zieht Schlosser.<sup>5</sup> Im selben Augenblick, da sich der absolute Staat anschiekt, seine seit langem in Anspruch genommene Gesetzgebungsgewalt erstmals in großem Stil auf das Privatrecht anzuwenden, entsteht die Lehre vom autonomen Privatrecht. Letztlich bedeutet sie nicht weniger als den vollständigen Rückzug der Politik aus der Gesellschaft.

Schlosser kehrt damit freilich nur eine Entwicklung um, die der Absolutismus selbst angebahnt hatte. Bevor er das Privatrecht aus dem Zugriff des Staates lösen wollte, hatte dieser das öffentliche Recht der Kontrolle der Gesellschaft zu entziehen getrachtet. Ja, genauegenommen sind die Begriffe Staat und Gesellschaft, öffentlich und privat, erst das Produkt dieser Entwicklung.<sup>6</sup> In Deutschland wurde sie von den Landesfürsten getragen, nicht vom Kaiser. Im Verhältnis zum Reich weiter den feudalen Bindungen verhaftet, suchten sie diese Bindungen in ihren Territorien abzuschütteln und sich Stände und Bevölkerung zu unterwerfen. Gleichzeitig begannen sie, äußere Macht aufzubauen, um sich in der nunmehr entstehenden Staatengemeinschaft behaupten zu können. Die Instrumente des fürstlichen Machtstrebens waren Heer und Beamtenschaft. Sie standen im persönlichen Dienst des Landesherrn,

3 Vgl. M. Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart 1968, S. 13-36.

4 Zur Biographie Schlossers vgl. R. Jung, ADB 31, S. 544, ferner E. Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, III, 1 (Noten), München und Leipzig 1898, S. 297.

5 Schlosser (Anm. 1), S. 120.

6 Vgl. O. Brunner, Land und Herrschaft, Nachdruck der 5. Aufl., Darmstadt 1970, S. 111 ff., 120 ff.

der sich nicht als Organ des Staates, sondern durchaus als den Staat selbst begriff und die neu geschaffene Staatsgewalt aus eigenem Recht in Anspruch nahm. Die theoretische Formel für diese Erscheinung fand Bodin im Begriff der Souveränität. »Souveränität bedeutet für Bodin ... die Existenz einer nicht nur höchsten und rechtlich unabhängigen, sondern einer zugleich einzigen, juristisch nicht weiter ableitbaren und schlechterdings weltlichen »Gewalt« innerhalb eines begrenzten Raumes, die durch ihr Dasein den Staat konstituiert und erhält, und deren Substanz im wesentlichen durch die Befugnisse gekennzeichnet ist: »donner loy à chacun en general & à chacun en particulier«, ohne durch Regeln irdischer Instanzen gehemmt zu sein.«<sup>7</sup>

Wenn aber neues Recht nicht mehr wie im Mittelalter im Eignungswege entstand<sup>8</sup>, sondern einseitig vom Souverän gesetzt werden durfte, dann war das universale mittelalterliche Ordnunggefüge zerstört. Das Rechtsband, das bisher jeden umspannt hatte, verlor die Geltung für den Fürsten. Die Gemeinschaft der allesamt unter dem Recht Stehenden und insofern Gleichen spaltete sich in Herrscher und Untertanen. Einem Fürsten gegenüber, der sich zum alleinigen Repräsentanten des öffentlichen Interesses emporgehoben hatte, fielen jene auf den Status von Privaten zurück. Freilich ließ der umfassende Herrschaftsanspruch des Souveräns das Private nicht als autonome Sphäre zu. Unter den Bedingungen des Absolutismus konnte es vielmehr nur jeweils negativ vom Öffentlichen her definiert werden.<sup>9</sup> Privatmann war, wer nicht an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilhatte, Privatsache, was der Fürst nicht für seine Regelungsbefugnis in Anspruch nahm. Die Spaltung der mittelalterlichen Gemeinschaft mußte sich in der Rechtsordnung widerspiegeln. Es gab hinfort zwei Arten von Rechtsbeziehungen, die zwischen Fürst und Untertanen und die zwischen Untertanen unter sich. Die erste galt als öffentlich, die zweite als privat; hier wurde vereinbart, dort befohlen.

Es gehört zum Begriff der Souveränität, daß es gegen die Befehle des Herrschers keine Berufung gibt. Indessen versagte dieser Grundsatz zunächst vor den Gerichten. Sie prüften, ob der Kläger

in seinen wohlverworbenen Rechten beeinträchtigt war, ohne auf den Urheber der Beeinträchtigung Rücksicht zu nehmen. Die Souveränität drohte an den wohlverworbenen Rechten zu scheitern, und die Justiz, die sich als Bestandwahrerin begriff, verkörperte dieses Hindernis. Die Fürsten mußten darum versuchen, die Rechtsbeziehungen zwischen sich und den Untertanen der gerichtlichen Kontrolle zu entziehen. »Regierungssachen sind keine Justizsachen«. Das gelang in Preußen bereits unter dem Großen Kurfürsten in dem Landtagsrezeß von 1653<sup>10</sup> und wurde im Resortreglement von 1749 befestigt.<sup>11</sup> Danach gehörten vor die Gerichte alle Sachen, »welche das Interesse privatum ... betreffen«, während die Behörden selbst über »Königliche Intraden und Domänen, ferner die den Statum Oeconomicum et Politicum angehende und überhaupt in das Interesse Publicum einschlagenden Sachen« entschieden. Österreich folgte 1751, wobei Haugwitz, auf den die endgültige Regelung zurückgeht, sich ausdrücklich auf das preußische Vorbild berief und vortrug, daß die Erledigung von Rechtsstreitigkeiten, die das öffentliche Interesse berührten, »niemalen mit einer verlässlichkeit geschehen kann, wenn die dahin gehörige Untersuchungen einer judicialstelle, welche alles nach den gewöhnlichen juris formalitibus zu tractiren, aus jeder auch noch so tief in das publicum einschlagenden sach einen ordentlichen process zu formiren und dadurch solche gar keine moram leidende agenda durch viele jahre hin zu verzögern pflegen, einge-raumt werden solten.«<sup>12</sup>

Die Sonderstellung des öffentlichen Rechts, die die politischen Verhältnisse in den Territorien reflektierte, war damit auch organisatorisch abgesichert und konnte nun ihrerseits dazu beitragen, die fürstliche Macht weiter zu stabilisieren. Dennoch wäre es verfrüht, schon für diesen Zeitraum von einer Trennung zwischen

10 Dazu E. Loening, Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen, Halle 1914, S. 25.

11 Reglement, was für Justizsachen denen Krieges- und Domänenkammern verbleiben und welche vor die Justiz-Collegia oder Regierungen gehören, de dato Potsdam, den 19. Jun. 1749, CCM Cont. IV, Sp. 163; abgedruckt auch bei W. Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749 bis 1842, Bonn 1962, S. 187.

12 Vortrag des Direktors vom 12. Dezember 1750, in H. Kretschmayr, Die österreichische Zentralverwaltung, 1, 2 (Aktenstücke), Wien 1925, S. 306. Die Trennung von Justiz und Verwaltung hatte bereits 1749 stattgefunden, die Beschränkung der Justiz auf privatrechtliche Streitigkeiten folgte jedoch erst 1751; die einschlägigen Dokumente bei Kretschmayr, S. 269 ff.

7 H. Quaritsch, Staat und Souveränität, Frankfurt 1970, S. 41.

8 Vgl. W. Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 2. Aufl. Göttingen 1958, S. 42 ff., insbes. S. 45.

9 So auch J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2. Aufl. Neuwied 1965, S. 21, 28, 86.

öffentlichem und privatem Recht zu sprechen. Beide Rechtskreise waren zwar unterschieden, aber so wie der Fürst Souveränität über die Gesellschaft beanspruchte, forderte das öffentliche Recht Priorität vor dem privaten. Privat war das vom Öffentlichen gerade nicht okkupierte Terrain. Insofern liegt in der absolutistischen Epoche nicht eigentlich ein Dualismus vor, sondern eine Hierarchie. Allerdings konnte sie sich nicht völlig ausbreiten, solange das Reich bestand. Wie sehr auch die politische Macht des Kaisers über die Fürsten geschwunden sein mochte, die rechtlichen Bindungen wirkten fort. Insbesondere blieben die Territorialherren der Gerichtsbarkeit des Reiches unterworfen.<sup>13</sup> Hier war aber die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht ohne Belang, wie die zeitgenössischen Autoren bis zum Ende des Reiches übereinstimmend feststellen.<sup>14</sup> Der Rechtsweg zu einem der Reichsgerichte stand vielmehr offen, wenn der Kläger behauptete, durch den Landesherrn in seinen subjektiven Privatrechten verletzt worden zu sein. Dabei verstand man unter einem subjektiven Privatrecht jede Rechtsposition, die einem Privatmann zustehen konnte, unter Rechtsverletzung jeden Eingriff, gleich ob er durch einen gesetzgebenden Akt oder durch Einzelmaßnahme erfolgte. Es lag nahe, daß die Fürsten diese Souveränitätsschranke zu besetzen trachteten. Ihre gelegentlich mit drastischen Mitteln unternommenen Versuche, den Untertanen den Weg zu den Reichsgerichten zu verstellen<sup>15</sup>, brachten jedoch keinen dauerhaften Erfolg.

## II

Als mit dem Untergang des Reiches das letzte Hindernis der fürstlichen Souveränität fiel, neigte die Zeit indessen bereits einem anderen Ideal zu. Gemeint ist das Naturrecht der Aufklärung. Auf das

<sup>13</sup> Das *privilegium de non appellando*, das im 18. Jahrhundert nahezu alle Landesfürsten besaßen, änderte daran nichts, weil es nur den Rechtszug von einem Landesgericht zu den Reichsgerichten hinderte, nicht die erstinstanzliche Klage vor einem Reichsgericht. Eine Fülle von Beispielen dafür, daß vor den Reichsgerichten gerade öffentlichrechtliche Streitigkeiten ausgetragen wurden, bei F. Hertz, Die Rechtsprechung der höchsten Reichsgerichte im römisch-deutschen Reich und ihre politische Bedeutung, *MIÖG* LXIX (1961), S. 331.

<sup>14</sup> Dazu ausführlich Rümer (Anm. 11), S. 27 ff. mit allen Nachweisen aus der Literatur zum Reichsstaatsrecht.

<sup>15</sup> Beispiele bei Hertz (Anm. 13), S. 351 ff.

Verhältnis von Privatrecht und öffentlichem Recht hat es beträchtlichen Einfluß genommen. Angesichts der Auflösung der mittelalterlichen Ordnung stellte sich der Philosophie die Frage nach der Legitimation von Herrschaft neu. Ihre Antwort war die Lehre vom Sozialvertrag. Diese hat – wengleich in ihren Anfängen bei Hobbes darauf aus, die Herrschermacht aufs Äußerste zu steigern – langfristig doch ihr Fundament erschüttert, indem sie sie nicht mehr als Macht aus eigenem Recht gelten ließ, sondern auf die Zustimmung der Individuen gründete. Die Konzentration der Staatsgewalt beim Landesherrn litt darunter nicht notwendig, aber sie war nun durch vertraglich vorgegebene Staatszwecke begrenzt. Das wurde offenkundig, als die späteren Vernunftrechtler dem Sozialvertrag einen anderen Inhalt gaben als Hobbes. Die Individuen treten nur noch so viel Macht an den Herrscher ab, wie zur Verbesserung des Naturzustandes nötig erscheint. Es bleibt also eine Sphäre zurück, in der der Urzustand fortbesteht, das heißt, der Einzelne sein Verhalten nach seinem Willen bestimmt. Das Private ist als autonomer Sachbereich behauptet, der die Regierenden nichts angeht. Bei Locke führt diese Theorie nachgerade zur Umkehr des frühabsolutistischen Modells. Er hat eine ebenso harmonische wie leistungsfähige Naturgesellschaft vor Augen, in der die Individuen ihre Bedürfnisse aus eigener Kraft befriedigen und ihr Glück ohne Anleitung finden können. Der Staat wird hier nicht zur Ermöglichung, sondern nur zur Erleichterung des gesellschaftlichen Lebens gebraucht: er hat allein zum Schutz der Privatsphäre Daseinsberechtigung. Das Öffentliche wird vom Privaten her definiert.

Es ist nur eine Nutzanwendung der Lockeschen Ideen, wenn Schlosser für das Privatrecht Priorität vor dem öffentlichen Recht beansprucht.<sup>16</sup> Nachdem dies in Preußen unerreichbar erschien, zog er einen Zustand ohne Gesetzbuch dem Kodex eines absoluten Monarchen vor.<sup>17</sup> Dieses Motiv hat sein Kritiker Klein, selbst Mitarbeiter des ALR, nicht durchschaut und Schlosser den Helfershelfern des Despotismus zugeschlagen.<sup>18</sup> In Wahrheit fiel Schlosser

<sup>16</sup> Schlosser (Anm. 1), S. 115.

<sup>17</sup> So auch Landsberg (Anm. 4), III, 1 (Text), S. 471.

<sup>18</sup> E. F. Klein, Nachricht von den Schlosserschen Briefen über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des Preussischen Gesetzbuchs insbesondere, welche zu Frankfurt am Mayn im Fleischerischen Verlage, im Jahre 1789 erschienen sind, *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten*, IV, 2. Aufl. Berlin 1796, S. 326. Klein setzt sich in seiner ansonsten sehr

nicht hinter das ALR zurück, sondern ging über es hinaus. Zwar waren die Kodifikationspläne selbst ein Ausdruck der politischen Wirkung, die die Aufklärung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts erlangt hatte. Im Gegensatz zu England oder Frankreich kam jedoch in Deutschland kein Bündnis von Naturrecht und Gesellschaft gegen den Monarchen zustande. Die Koalition wurde vielmehr zwischen der Obrigkeit und der Philosophie geschlossen, die so zur Staatsphilosophie im doppelten Sinn des Wortes avancierte. Dazu hatten freilich die neuen Wirtschaftstheorien des Adam Smith und der Physiokraten das Ihre beigetragen, so daß es späte Äußerungen gibt, wonach die Aufgeklärtheit der Fürsten nur in der Einsicht in die Bedeutung des Wirtschaftslebens für die Erhaltung der Machtverhältnisse bestand.<sup>19</sup>

Mit den Beteiligten war allerdings auch das Programm bestimmt. In Deutschland prägte weniger die extrem gesellschaftlich orientierte Lockesche als vielmehr die stärker obrigkeitlich ausgerichtete Pufendorfsche Version des Naturrechts die Entwicklung.<sup>20</sup> Zu einer Verselbständigung des Privatrechts konnte es unter diesen Umständen nicht kommen.<sup>21</sup> Zwar hatte der Begriff des Privatrechts zu dieser Zeit bereits jene Gestalt angenommen, in der er uns geläufig ist. Im Gegensatz zum *alten ius privatum*, dem alle Normen zugerechnet wurden, die überhaupt den Bürger betrafen, also neben dem Zivilrecht modernen Verständnisses auch das Prozeßrecht, das Strafrecht und weite Teile des Verwaltungsrechts<sup>22</sup>, bedeutete nun Privatrecht das Recht der Privatleute untereinander.

gründlichen Kritik zwar ausführlich mit Schlossers Forderung auseinander, Privatrecht und Strafrecht zu trennen, geht jedoch nicht auf die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht ein.

19 P. Badura, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, Göttingen 1967, S. 31.

20 Zum Verhältnis von öffentlichem und privatem Recht bei Pufendorf vgl. Bullinger (Anm. 3), S. 32 ff.

21 Zur preussischen Gesetzgebung vgl. H. Conrad, Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794, Köln 1958; ders., Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staates, Berlin 1965; F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 322 ff.; R. Koselleck, Preußen zwischen Reform und Revolution, Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848, Stuttgart 1967, S. 23 ff., 143 ff.

22 Vgl. z. B. das 1760 in Göttingen erschienene Lehrbuch von J. H. C. von Seichow, wo unter dem Titel »Anfangsgründe des Braunschweigisch-Lüneburgischen Privatrechts« all diese Materien behandelt werden; dazu die bestätigende Bemerkung bei Landsberg (Anm. 4), III, 1 (Noten), S. 228.

der Suarez, der Schöpfer des ALR, verstand Privatrecht durchaus in diesem neuen Sinn.<sup>23</sup> Durchdrungen von der Aufklärung, erkannte er auch die »Privatglückseligkeit« als legitimes Ziel menschlichen Strebens an; er war bereit, den Staat diesem Ziel dienbar zu machen. Jedoch lag ihm der Gedanke noch fern, daß die Gesellschaft aus sich fähig sei, diesen Zustand zu erreichen. Vielmehr bedarf der Einzelne auch auf dem Weg zur Privatglückseligkeit der Unterstützung des Staates. Diese Einschätzung entsprach ganz den sozialen Realitäten. Von einer eigenständigen und ihrer selbst bewußten bürgerlichen Gesellschaft kann am Ausgang des 18. Jahrhunderts in Preußen noch kaum die Rede sein.<sup>24</sup> Für ein Trennungsgedanken fehlte da die Grundlage. Das ALR strebte eine umfassende Sozialordnung an, in der Öffentliches und Privates miteinander verwoben blieben. Wie allerdings die Ränge verteilt sein sollten, verrät der Umstand, daß das Gesetz keinerlei politische Rechte für die Bürger vorsah.

Immerhin beschränkten die Fürsten unter dem Eindruck der Aufklärung vorübergehend ihre Machtfülle. Das drückte sich in einem Abbau der Sonderstellung des öffentlichen Rechts aus. Hatte sich im frühen Absolutismus die Staatsräson vor die Gerechtigkeit geschoben, so wurde jetzt wieder die Gerechtigkeit als oberster Staatszweck proklamiert. Damit ging eine Aufwertung der Justiz einher. Die Gerichte erhielten ihre Kompetenz auch über Verwaltungsstreitigkeiten zurück. In Österreich geschah das durch die josephinische Gerichtsordnung von 1781, in Preußen (nachdem sich die Gewichte schon vorher ständig zugunsten der Justiz verschoben hatten)<sup>25</sup> durch das neue Ressortreglement von 1797.<sup>26</sup> Auf der Gesamtebene ist dieser Zustand freilich Episode geblieben. Schon im ersten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts rückte das öffentliche Recht wieder in seine alte Position ein, die nach dem Wegfall der Reichsgerichte nun vollkommen unangefochten war. In Preußen markiert die Verordnung vom 26. Dezember 1808 die Wende;

23 C. G. Suarez, Vorträge über Recht und Staat, hg. von H. Conrad und G. Kleinheyer, Köln 1960, insbes. S. 215 ff. Dazu die in Anm. 21 Genannten.

24 Vgl. W. Conze, Das Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft im Vormärz, in ders. (Hg.), Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz, Stuttgart 1962, S. 212.

25 Dazu ausführlich Rüfner (Anm. 11), S. 82 ff., Zusammenfassung S. 115 ff.

26 Österreichische Allgemeine Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781, Josef II. Gesetze und Verfassungen im Justizfache 1780-84, S. 6; Preußisches Ressortreglement vom 3. März 1797, NCC 1797, Sp. 949.

in Österreich wurde die Allzuständigkeit durch eine Fülle von Einzelregelungen wieder beschnitten.<sup>27</sup> Schlosser fand sich hierbei bestätigt: Zur Begründung der preußischen Verordnung trug ihr Verfasser, Friese, vor, die Verwaltung könne nicht ausschließlich auf die Gerechtigkeit sehen, sondern müsse sich bei ihren Maßnahmen oft nach Erfordernissen des öffentlichen Wohls richten.<sup>28</sup> Tendenziell fiel jetzt alles, was das Verhältnis des Herrschers zu seinen Untertanen betraf, aus der Kompetenz der Gerichte. Den Justizbehörden blieb die Streitentscheidung unter Privatleuten vorbehalten. Im einzelnen ist die Entwicklung weder einheitlich noch zügig verlaufen. Dazu sei hier auf die Spezialuntersuchungen, insbesondere zur Entwicklung des Verwaltungsrechtsschutzes, verwiesen.<sup>29</sup>

Die Beurteilung dieses Vorgangs ist gelegentlich dadurch getrübt worden, daß man ihn am Ideal eines lückenlosen Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt gemessen hat.<sup>30</sup> Der Rechtsstaat modernen Verständnisses hängt aber von der Existenz einer zumindest relativ autonomen bürgerlichen Gesellschaft ab. Ansätze dazu zeigen sich in Deutschland indessen erst als Folge der Niederlage gegen Napoleon, und bezeichnenderweise gingen sie, in Preußen zumal, von der liberal gesinnten Beamtenschaft aus.<sup>31</sup> Sie strebte nach 1806 die Entfeudalisierung des Landes, den Abbau der Privilegien und eine gewisse gesellschaftliche Autonomie an. Auf sie auch, nicht die Anhänger des monarchischen Absolutismus, ging die Verordnung von 1808 zurück, die die Justiz wieder aufs Privatrecht beschränkte. Das wird erklärlich, wenn man die politische

27 Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden, vom 26sten Dezember 1808, NCC. xii, Sp. 679. Eine Zusammenstellung der österreichischen Regelungen bei J. Wessely, Handbuch der westgalizischen Gerichtsordnung vom 19. Dez. 1796, I, 2. Aufl. Innsbruck 1839, S. 1 ff. 28 Frieses Begründung ist in einem unveröffentlichten Gutachten enthalten, das er seinem Entwurf des Ressortreglements beigab. Zum Inhalt des Gutachtens vgl. Loening (Anm. 10), S. 130 ff., ferner O. Hintze, Preußens Entwicklung zum Rechtsstaat, Gesammelte Abhandlungen, III, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 147 ff.

29 Außer den bereits genannten Werken von Loening (Anm. 10), Hintze (Anm. 28) und Rüfner (Anm. 11) vgl. vor allem die materialreiche Abhandlung von J. Poppitz, Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit, AöR 72 (1943), S. 158, und 73 (1944), S. 3, mit weiterer Literatur, insbesondere zu den einzelnen Territorien; ferner F. Tezner, Die landesfürstliche Verwaltungsrechtspflege in Österreich, Wien 1902; H.-J. Feist, Die Entstehung des Verwaltungsrechts als Rechtsdisziplin, München 1968.

30 Dies etwa die Tendenz des Loeningschen Werks.

31 Zum Folgenden Koselleck (Anm. 21), S. 52 ff., 153 ff.

Rolle der Justiz in dieser Zeitspanne betrachtet.<sup>32</sup> Die liberalen Ziele, die in Frankreich durch revolutionären Akt ohne Rücksicht auf alte Rechte erreicht worden waren, begegneten in Deutschland dem Widerstand der Kräfte des ancien régime. Sie beriefen sich auf ihren Besitzstand und fanden mit diesem Argument in der Justiz eine natürliche Verbündete. In der Vorstellung der »wohlerworbenen Rechte« ausgebildet und befangen, ohne Kenntnis des (als wissenschaftliche Disziplin noch nicht konstituierten) Verwaltungsrechts, drohte sie zur Bremse der liberalen Reform zu werden. Der Vergleich der Verwaltungs- mit den Justizjuristen drängte sich der damaligen Zeit auf, und es war ausgemacht, wie sich Fortschritt und Konservativismus verteilten. Zumindest für die kurze Zeit der Liberalisierung trat also die Verselbständigung des öffentlichen Rechts in den Dienst der Freiheitsbestrebungen. Sie bedeutete in der Tat eine Verkürzung des Rechtsschutzes, aber eines Rechtsschutzes, der den Nutznießern des Feudalismus und des Absolutismus zugute kam und die Emanzipation des Bürgertums hemmte.

Freilich änderte sich diese Zielrichtung, als die Reaktion nach 1810 wieder zur Herrschaft gelangte. In diesem Funktionswandel zeigt sich aber, wie die einseitige Abschirmung des öffentlichen Rechts gegen Kontrolle nicht notwendig Attribut eines Systems ist, sondern Werkzeug ganz verschiedener Ideen werden kann. In der Begründung der Exemption von Verwaltungssachen unterscheiden sich darum auch beide Richtungen nicht.<sup>33</sup> Hier wie dort trifft man als Argument, daß die Einmischung der Gerichte die erforderlichen Maßnahmen unerträglich verlangsamt oder gar lähme und daß es den Justizjuristen an jener Sachnähe fehle, die die Voraussetzung einer Verwaltungskontrolle sei. Sie denke in den Bahnen der Einzelfall-Gerechtigkeit, nicht des Gemeinwohls. »Mit welchem Erfolg«, rief der bereits erwähnte Friese aus, »mit welchem Mut können die Kammerbehörden ihr Amt verwalten, sobald sie beinahe bei jedem ihrer Schritte befürchten müssen, daß ihre Verfügungen, wenn auch nicht auf der Stelle, so doch hinterher, von der Justiz aufgehoben werden können und obenein wohl noch gar Regreßklagen über sie kommen?«<sup>34</sup> Aretin lieferte nur die Kurzformel für eine verbreitete Ansicht nach, als er forderte, wer Verwal-

32 Dazu ausgiebig Hintze (Anm. 28), S. 109 ff., 145 ff., 153, 157 f.

33 Ausführliche Zusammenstellung bei Poppitz (Anm. 29), S. 5 ff., und Rüfner (Anm. 11), S. 131 ff.

34 Zitiert aus dem o. a. Gutachten bei Hintze (Anm. 28), S. 148.



tungshandeln beurteilen solle, müsse »kunsuverständlich und zuverlässig« sein.<sup>35</sup> Weder der Liberalismus noch der Absolutismus trauten das der Justiz im frühen 19. Jahrhundert zu.

### III

Unterdessen gewann Schlossers Forderung nach einem reinen Privatrecht neue Aktualität. Das geschah jedoch nicht in Preußen, dem Adressaten seiner Kritik, sondern in Österreich. Zwar war die Emanzipation der bürgerlichen Gesellschaft in Österreich nicht weiter fortgeschritten als in Preußen.<sup>36</sup> Doch fanden seine Ideen dort eine günstigere Zeit, weil mittlerweile Kant der Maxime von der Selbstbestimmung der Individuen auch in Deutschland zur Herrschaft verholfen hatte. Unter seinem mittelbaren Einfluß ist das österreichische ABGB ein Privatrechtsgesetzbuch im modernen Sinn geworden.<sup>37</sup> Gerade diese Eigenschaft des Gesetzes war allerdings heftig umstritten. Wohl beabsichtigte man in Österreich von vornherein eine Trennung von bürgerlichem Gesetzbuch und politischem Kodex. Das bedeutete aber noch keine Entscheidung zugunsten eines autonomen Privatrechts. Die Aufteilung hatte ihren Grund vielmehr in pragmatischen Rücksichten. Im habsburgischen Vielvölkerstaat stieß die Sammlung und Vereinheitlichung des Verwaltungsrechts auf weit größere Schwierigkeiten und Widerstände als die Vorbereitung eines gemeinsamen Zivilgesetzbuches. Überdies legte die damalige Behördenorganisation eine Aufgabenteilung nahe. Das Zivilgesetzbuch sollte unter Leitung der obersten Justizbehörde entstehen, die Ausarbeitung des öffentlichen rechtlichen Kodex oblag der politischen Verwaltung. Zwischen beiden entwickelte sich in Gesetzesfragen eine Rivalität, die deswegen über bloße Ressortquerelen hinausreichte, weil hinter ihr

35 J. C. von Arctin, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, II, 2. Aufl. bearbeitet von Rotteck, Altenburg 1840, S. 236.

36 Conze (Anm. 24), S. 240f.

37 Zur österreichischen Kodifikation vgl. Ph. H. Ritter von Harrasowsky, Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes, Wien 1868; Wiaker (Anm. 21), S. 335 ff., H. Conrad, Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preußens und Österreichs am Ende des 18. Jahrhunderts, Köln 1961; Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 2 Bde, Wien 1911; darin in unserem Zusammenhang besonders S. Adler, Die politische Gesetzgebung in ihren geschichtlichen Beziehungen zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, I, S. 84.

divergierende Prinzipien für die Kodifikation sichtbar wurden. Der alte Gegensatz von Gemeinwohl und Gerechtigkeit, den Schlosser aus der Literatur des 18. Jahrhunderts kannte und mit dem Unterschied von öffentlichem und privatem Recht identifiziert hatte, wurde hier in der Gesetzgebungskommission selbst ausgetragen. Die Debatte enthüllt die politische Bedeutung der Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht besonders klar und soll deswegen eingehender geschildert werden.

Die Arbeiten an dem Zivilgesetzbuch traten in ein konkretes Stadium, als Leopold II. 1790 Martini mit der Redaktion betraute. Martinis Anschauungen glichen ganz denen Suarez'.<sup>38</sup> Auch erging vom Naturzustand und Gesellschaftsvertrag aus und gelangte von dort zur Anerkennung eines privaten Bereichs, steigerte ihn aber ebensowenig wie Suarez zur Privatautonomie, sondern gestand dem Staat auch im gesellschaftlichen Raum eine Führungsrolle, wenschon zum privaten Wohl, zu. Nachdem in Österreich die Regelung der gesamten Sozialordnung in einem einzigen Gesetz nicht in Frage kam, wollte Martini wenigstens die Grundsätze des Verhältnisses von Staat und Individuen dem Gesetzbuch voranzustellen.<sup>39</sup> Gegen diese Absicht wandte sich Sonnenfels.<sup>40</sup> Sonnenfels war eigentlich federführend für den politischen Kodex. Diese Arbeit drohte aber gerade jetzt wie bereits mehrfach zu stagnieren, so daß Sonnenfels vorübergehend dem Zivilrecht größere Aufmerksamkeit schenkte. Er, der stets als Anhänger aufklärerischer Ideen gegolten und beim Regierungsantritt Leopolds II. eine von der Französischen Revolution stark beeinflusste Denkschrift überreicht hatte, stellte nun Martinis Einleitung als staatsgefährdend hin, weil sie den Geist der Revolution atme. Er legte selbst einen Gegenentwurf vor, der sich freilich ebenfalls nicht aufs Privatrecht beschränkte, sondern statt der Martinischen die Sonnenfelschen Verfassungsvorstellungen enthielt. Gleichzeitig deutete Sonnenfels, der weiter an seinem politischen Kodex hing, die Hoffnungen, dieses Gesetzbuch vielleicht einmal zu einem umfassenden auszudehnen.

38 Vgl. K. A. von Martini, Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts, Wien 1783-84. Dazu Conrad, Rechtsstaatliche Bestrebungen (Anm. 37), S. 27 ff.

39 Bürgerliches Gesetzbuch nach dem Entwurf Martinis, §§ 1-8, abgedruckt bei Ph. H. von Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, v. Wien 1886, S. 3.

40 Hierzu ausführlich Adler (Anm. 37), passim, insbes. S. 112 ff. Zu Sonnenfels vgl. K.-H. Osterloh, Joseph von Sonnenfels und die österreichische Reformbewegung im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus, Lübeck 1970.



Dieses Ziel durchzieht Sonnenfels' Einleitung.<sup>41</sup> Im Gegensatz zur Martinischen stellt sie eine Rechtfertigung der absoluten Monarchie dar. Die bei Martini erreichte Legitimierung des Privaten wird zurückgenommen. Das bürgerliche Recht umgreift nicht mehr wie im Urentwurf die Rechte und Pflichten der Bürger »unter sich«, sondern »nach ihren mannigfaltigen Verhältnissen«. Es besteht in der Garantie, das gesetzlich Erlaubte tun zu dürfen. Eine weitergehende Freiheit wäre gleichbedeutend mit dem Recht, den Mitbürgern zu schaden. In der Begründung spielt das Verhältnis von Privatrecht und öffentlichem Recht eine wichtige Rolle. Sonnenfels führt aus, daß oberste Richtschnur der Gesetzgebung das Gemeinwohl sein müsse. Dieses erkenne der Herrscher. Es gebe wenig Gegenstände, die sich ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit, ohne Rücksicht auf das Gemeinwohl, realisieren ließen. Auch im Privatrecht spreche allenthalben das Interesse des Staates mit. Ein universales Privatrecht sei deswegen ein Übel. Privatrecht wurzele im öffentlichen Recht und müsse sich ihm fügen. »Wenn die Nothwendigkeit, Gesetze . . . zu erlassen, eintritt, so spricht die Regierung niemals: Ich will *gerechte* Gesetze geben – und dann erst: diese Gesetze sollen aber zugleich *nützlich* sein; sie spricht im Gegentheil: Ich will dieses dem gemeinen Wohl *nützliche* Gesetz erlassen – und setzt dann hinzu: Doch nur, wenn es der *Gerechtigkeit nicht entgegen* ist. Die Gesetzgebung wird also zwar beständig Recht nicht weniger als Zuträglichkeit vor Augen haben . . . aber bei dieser Verbindung ist Zuträglichkeit, d. i. Übereinkommen mit dem gesellschaftlichen Wohl, welches nur nach politischen Verhältnissen beurtheilt werden kann, Beweggrund und Gegenstand; das Recht ist bloß unumgängliches Bedingniß (*conditio sine qua non*).«<sup>42</sup> Folgerichtig kehrt er Schlossers Forderungen um und verlangt, daß Gesetze stets von der politischen Verwaltung ausgearbeitet und von der Justizverwaltung nur überprüft werden.

Dieser Argumentation, die sich gegen den Dualismus der beiden Rechtsbereiche stemmte, trat Zeiller entgegen, der 1797 Nachfol-

41 Der Sonnenfelssche Gegenentwurf samt erläuternden »Bemerkungen« befand sich in den Archiven des österreichischen Justizministeriums, ist dort aber wahrscheinlich beim Brand des Wiener Justizpalastes im Juli 1927 vernichtet worden.

Ein Referat des Gegenentwurfs bei Adler (Anm. 37), S. 117 ff. Die »Bemerkungen« sind auszugsweise abgedruckt bei L. Pfaff und F. Hofmann, Excursus über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht, I, Wien 1877, S. 27 f., Anm. 2. 42. Ebenda.

ger Martinis in der Hofkommission für Gesetzessachen wurde. Eine Generation jünger als Martini, war Zeiller bereits durch Kants Rechtslehre maßgeblich beeinflusst.<sup>43</sup> Von seinem Lehrer Martini distanzierte er sich mit dem Bemerken, dieser sei von einem inzwischen überholten philosophischen Standpunkt ausgegangen, der noch nicht zwischen Moral und Recht trenne.<sup>44</sup> Grundannahme der Zeillerschen Rechtslehre ist eine Gesellschaft freier und vernünftiger Individuen. Sie können nur zusammenleben, wenn jeder so viel Freiheit aufgibt, daß alle in den gleichen Genuß der Freiheit gelangen. Der Inbegriff des Rechts ist so die Freiheitsbeschränkung. Sie darf aber nicht weiterreichen, als es zum Nebeneinanderbestehen der Bewegungsfreiheit aller Gesellschaftsglieder unbedingt nötig ist. Das Recht hat unter freien und vernünftigen Wesen nicht die Aufgabe, Sittlichkeit zu verwirklichen, es schafft nur noch die Bedingungen, unter denen sie sich entwickeln kann. Der Gesetzgeber sei zwar Vater seiner Untertanen, aber vollbürtige Kinder dürften nicht am Gängelband geführt werden.<sup>45</sup>

Aus dieser Lehre zieht Zeiller keine staatsrechtlichen Schlüsse über die Beschränkung der Staatsgewalt oder die Beteiligung der Bürger an ihrer Ausübung. Vielmehr setzt er sie in die Konstruktion eines reinen, staatsisolierten Privatrechts um. Sollre der Monarch sich darauf einlassen, so mußte freilich Sonnenfels widerlegt und das Privatrecht politisch unverdächtig gemacht werden. Zu diesem Zweck führt Zeiller die Argumente Schlossers an, dessen Briefe er beifällig erwähnt.<sup>46</sup> Gegenstand des Privatrechts seien die Beziehungen der Individuen unter sich, Ziel die Sphärenabgrenzung zwischen ihnen. Diese Aufgabe stelle sich, sobald eine menschliche Gesellschaft existiere, den Staat setze sie nicht vor-

43 Vgl. insbesondere Zeillers Vortrag zur Eröffnung der Beratungen über das bürgerliche Gesetzbuch vor der Hofkommission in Gesetzssachen vom 21. Dezember 1801, wiedergegeben bei J. Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, I, Wien 1889, S. 1 ff.; auch bei Pfaff-Hofmann, Excursus I (Anm. 41), S. 36 ff. Weiter jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft, I, Wien 1806, S. 1; Das natürliche Privatrecht, 3. Aufl. Wien 1819, S. 26 ff.; Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, I, Wien 1811, S. 12 ff.

44 Sitzung der Hofkommission vom 21. Dezember 1801, Ofner, Berathungs-Protokolle I (Anm. 43), S. 13; vgl. auch Adler (Anm. 37), S. 142.

45 Ofner, S. 5.

46 Ofner, S. 7.

aus. Sie könne ohne seine Intervention durch Betätigung der Vernunft bewältigt werden. Prinzipiell gleichen sich deswegen die privatrechtlichen Regeln in allen Staaten. Mit der Staatsräson kämen die Privatbeziehungen der Bürger nicht in Konflikt, so daß hier die absolute Gerechtigkeit, von allen Rücksichten der Zweckmäßigkeit ungetrübt, zur Geltung kommen müsse. Auch für Zeiller stellt darum der Herrscher im Bereich des Privatrechts die Gesetze nur fest, aber er macht sie nicht. Zeiller hat sich mit dieser Auffassung gegen den Sonnenfelschen Prioritätsanspruch der Politik durchgesetzt. Der »allerunterthänigste Vortrag der treuehorsaamsten Hofcommission in Gesetzessachen« vom 19. Januar 1808<sup>47</sup> ist ein Résumé seiner Thesen. Sonnenfels schwieg, weil er wieder auf die Verwirklichung des politischen Kodex hoffen konnte.

Im übrigen Deutschland tat nicht der Gesetzgeber, sondern die Wissenschaft den Schritt zum autonomen Privatrecht. Auch das geschah unter Kantischem Einfluß, und zwar durch Savigny.<sup>48</sup> Wie Zeiller knüpft Savigny seine Rechtslehre am Individuum, nicht der Gesellschaft an. Die Aufgabe des Rechts ist es nicht, die Gesellschaft als solche zu vollenden, sondern ein System zu errichten, indem der Einzelne in Freiheit seiner persönlichen Vollendung nachstreben kann. Das bedeutet aber, daß das Recht von der Privatsphäre her definiert wird, als deren Begrenzung zum Zwecke ihres desto sichereren Genusses es in Erscheinung tritt. Das Recht bildet auch hier nur den Rahmen, nicht die Richtschnur individueller Betätigung. So kann Savigny definieren, daß im Gegensatz zum öffentlichen Recht »in dem Privatrecht der einzelne Mensch für sich Zweck ist, und jedes Rechtsverhältnis sich nur als Mittel auf sein Daseyn oder seine besonderen Zustände bezieht«. <sup>49</sup> Allerdings ist dieses Recht nicht wie bei Schlosser und Zeiller schon universal vorgegeben und durch bloße Vernunft erfassbar, sondern wie die Sprache ein Produkt des jeweiligen Volksgeistes. Politisch-funktional gesehen läuft das freilich aufs selbe hinaus – die Beschränkung des politischen Gesetzgebers. Er hat auch bei Savigny Recht nicht zu erfinden, sondern allenfalls festzustellen. »Das Gesetz ist das Organ des Volksrechts.« <sup>50</sup> Bemächtigt sich die Politik

47 Abgedruckt bei Pfaff/Hofmann, Excurse I (Anm. 41), S. 49.

48 F. C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, I, Berlin 1840, S. 6 ff., 331 ff.

49 Ebenda, S. 23.

50 Ebenda, S. 39.

des Privatrechts, so droht es zu korrumpieren, weil »höhere politische Zwecke« die wahre Rechtsquelle zudecken. Schlossers Befürchtung taucht in neuem Gewand wieder auf, wenn Savigny darlegt, die politisch motivierte Gesetzgebung benutze nur die Form des Rechts, ohne inhaltlich Recht zu sein.<sup>51</sup>

#### IV

Als intern juristisches oder gar im Wesen des Rechts schon immer angelegtes Phänomen, wie zu lehren bald gang und gäbe wurde, läßt sich also die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht nicht verstehen. Sie hatte politische Aufgaben zu erfüllen. Mit der Sonderstellung des öffentlichen Rechts sollte die Macht des souveränen Fürstenstaates gegen den widerstrebenden Adel und später das liberale Bürgertum abgeschirmt werden. Hinter der Errichtung eines autonomen Privatrechts stand die Absicht, aus dem Machtbereich des absoluten Staates einen Freiraum für die bürgerliche Gesellschaft auszugrenzen. Da diese Ziele einander widerstritten, blieb es nicht aus, daß der Konflikt auch auf die beiden Teile der Rechtsordnung übertragen wurde. Für öffentliches und privates Recht nahm man alsbald gegensätzliche Leitprinzipien in Anspruch, die den Widerspruch der beiden Bereiche sinnfällig machen und ihre Rangfolge präjudizieren sollten. War es bei Schlosser noch der im 18. Jahrhundert geläufige Kontrast von Gerechtigkeit und Gemeinwohl gewesen, der die Trennung rechtfertigen mußte, so trat im 19. Jahrhundert ein anderes Begriffspaar an seine Stelle. Das Privatrecht erschien nun als das Recht der Freiheit<sup>52</sup>, sein Fehlen führe zu »trostlosen Folgerungen«. <sup>53</sup> Das öffentliche Recht stand als Recht des Zwangs da, unentbehrlich zwar, aber möglichst auf eine Dienerrolle zu reduzieren.

In der Tat genoß der Einzelne unter den neuen Privatrechtssystemen eine weit größere Freiheit als zuvor. Sie mobilisierten das Ei-

51 F. C. von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, in J. Stern (Hg.), Thibaut und Savigny, Darmstadt 1959, S. 80.

52 Vgl. Savigny, System I (Anm. 48), S. 331 ff., II, Berlin 1840, S. 2. Besonders prägnant auch C. von Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften, I, 2. Aufl. Stuttgart 1840, S. 107: »Das Prinzip des Privatrechts ist die äußere Freiheit aller Einzelnen.«

53 Rotteck, S. 104.

gentum und erkannten den Individualwillen als rechtserheblich an. Verpflichtungen konnten infolgedessen nicht mehr äußerlich imponiert, sondern nur noch freiwillig übernommen werden. Die Vertragsfreiheit stieg zum Grundsatz, der Kontrakt zur beherrschenden Rechtsfigur des Privatrechts auf. Seine Vorschriften waren überwiegend dispositiver Natur. Diese Grundsätze ließen sich freilich genaugenommen nur im Vermögensrecht realisieren, und die Tatsache, daß das Vermögensrecht gewissermaßen zum Privatrecht par excellence ernannt wurde, erlaubt einen Rückschluß darauf, welche Freiheit gemeint war: die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit. Ja, »der positive Sinn von »privat« bildet sich überhaupt am Begriff der freien Verfügung über kapitalistisch funktionierendes Eigentum.«<sup>54</sup>

Auf diese Weise hing freilich die Richtigkeit der Identifikation von Privatrecht und Freiheit davon ab, in welchem Maße es gelang, den Staat aus dem gesellschaftlichen Bereich, besonders dem ökonomischen Prozeß, zu verdrängen. Nun weiß man, daß dieser Versuch in Deutschland nur partiellen Erfolg hatte.<sup>55</sup> So sehr die Existenz privater Zonen anerkannt war und sich besonders im wirtschaftlichen Sektor auch mühelos mit dem Staatsinteresse vereinbaren ließ, so wenig hat doch die Beamtenschaft des monarchischen Staates darauf verzichtet, die Grenzen der Privatsphäre jeweils selbst abzustecken und erforderlichenfalls auch ins Wirtschaftsleben steuernd einzugreifen. Sollte gleichwohl die »Reinheit« des Privatrechts gewahrt bleiben, schien es nur einen Weg zu geben: die konsequente Ausklammerung aller Beschränkungen der Privatautonomie. Zeiller hat ihn bewußt beschritten. Um das bürgerliche Gesetzbuch vor einer Einmischung der Politik zu bewahren, war er bereit, einige Materien durchaus privatrechtlichen Charakters an das öffentliche Recht abzutreten, weil sie gerade als politisch interessant galten. Ein besonders augenfälliges Beispiel

54 Habermas (Anm. 9), S. 87. Zur Übereinstimmung des neuen Privatrechts mit den Interessen der auf ungehinderte wirtschaftliche Expansion bedachten Unternehmensmacht ebenda, S. 100 f.; ferner Wieacker (Anm. 21), S. 343; ders., Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, S. 8. Vgl. auch die Bemerkung von H. Kelsen, Reine Rechtslehre, Leipzig und Wien 1934, S. 114, das sogenannte Privatrecht sei »nur die besondere, der kapitalistischen Wirtschaftsordnung entsprechende Rechtsform der ökonomischen Produktion und der Verteilung der Produkte; eine eminent politische, eine Herrschaftsfunktion also«.

55 Vgl. U. P. Ritter, Die Rolle des Staates in den Frühstadien der Industrialisierung, Berlin 1961; Koselleck (Anm. 21), S. 609 ff.

ist das Dienstvertragsrecht, das Sonnenfels für sein Ressort beanspruchte.<sup>56</sup> Aber auch bei Savigny finden sich Andeutungen, die zeigen, daß er die Reinheit des Privatrechts nur deswegen aufrecht erhalten konnte, weil das öffentliche Recht korrigierend hinzutrat. So heißt es im Zusammenhang mit der privatrechtlichen Natur des Vermögensrechts: »Daher kann der Reiche den Armen untergehen lassen durch versagte Unterstützung oder harte Ausnutzung des Schuldrechts, und die Hilfe, die dagegen Statt findet, entspringt nicht auf dem Boden des Privatrechts, sondern auf dem des Öffentlichen Rechts.«<sup>57</sup> Freilich geniet das Privatrecht nun mit seiner eigenen Definition in Widerspruch: obwohl es die Beziehungen der Bürger unter sich regeln wollte, und zwar vollständig, ließen sich diese doch nicht allein aus dem Privatrecht ablesen, sondern erst aus der Verbindung von privatem und öffentlichem Recht ergab sich auch der private Status des Bürgers ganz.<sup>58</sup>

In einem gegenständig beschränkten Privatrecht hatte aber das Freiheitsprinzip nur noch beschränkten Aussagewert. Von der politischen Gesetzgebung mit ihren Veräußerungshindernissen, Preisbindungen, Arbeitsschutzregelungen, Bauordnungen etc. abstrahierend, vermochte die Wissenschaft zwar ein in sich stimmiges und höchst subtiles Begriffssystem zu errichten, mußte es aber hinnehmen, daß Begriff und Wirklichkeit sich nicht nahtlos deckten. Das gereinigte Privatrecht spiegelte eine private Bewegungsfreiheit vor, die tatsächlich nicht im selben Maß bestand. Erscheinen Privatrecht und Freiheit dennoch als eins, so wird eine Teilwahrheit verabsolutiert und nimmt insoweit ideologische Züge an. Die Überlegung erweist, daß sich die Priorität des Privaten eben nicht durch den Rückzug aufs Private garantieren ließ. Dazu wäre es vielmehr erforderlich gewesen, daß sich die Privatleute zur Öffentlichkeit konstituiert und den Staat ihren Bedürfnissen dienstbar gemacht hätten. Insofern ist in den antipolitischen Bestrebungen nach gesellschaftlicher Autonomie zugleich der Drang nach politischer Macht angelegt. Das haben die Theoretiker des Privatrechts nicht erkannt. Ihrem politischen Ziel, das mit der Ver-

56 Vgl. Zeillers Vortrag vom 19. Januar 1808, Pfaff/Hofmann, Excurse I (Anm. 41), S. 55; weiter seine Äußerungen in der Sitzung der Hofkommission vom 8. Juli 1805, Ofner, Berathungs-Protokolle II (Anm. 43), S. 102 f. Vgl. auch Adler (Anm. 37), S. 137.

57 Savigny, System I (Anm. 48), S. 371.

58 Hierzu und zum Folgenden vgl. Bullinger (Anm. 3), S. 37 ff.; Wieacker (Anm. 21), S. 447 f.; Kelsen (Anm. 54), S. 113 f.

selbständigkeit des Privatrechts avisiert worden war, blieben sie auf diese Weise fern. Im Nebeneinander des auf Freiheit und Gleichheit basierenden ABGB mit einer streng restaurativen Ordnung nach 1815 liegt dafür das beste Beispiel.

Auf der anderen Seite unternahmen es nun auch die Befürworter der Priorität des Öffentlichen, ihre Position zu untermauern, und versuchten das, was als Maßnahme der politischen Zweckmäßigkeit eingeführt und mit pragmatischen Argumenten begründet worden war, theoretisch zu rechtfertigen und als allgemeingültig hinzustellen. Die Argumente stammten aus dem Begriff von Staatlichkeit und Souveränität. Das hatte sich schon bei Gönnern angeleitet. Gönnern beschränkte die richterliche Gewalt auf die privaten rechtlichen Streitigkeiten der Bürger, »weil der Herrscher den Gerichten nicht unterworfen sein kann, da diese sonst über ihn, also der eigentliche Herrscher wären.«<sup>59</sup> Vertieft kehrt diese Begründung bei Stahl wieder.<sup>60</sup> Stahl sieht im Staat nicht einen bloßen Zweckverband von und für Individuen, sondern ein sittliches Reich über ihnen. Er ist dazu bestimmt, die Menschen »zu Einem Gesamtdaseyn zu verbinden und dieses als solches zu vollenden.«<sup>61</sup> Das kann nur gelingen, wenn er Herrschergewalt über sie besitzt. Deren Summe ist das öffentliche Recht, das an der Dignität des höheren Zwecks teilnimmt. Wären die Glieder berechtigt, das Ganze vor Gericht zu ziehen, so stünden sie ihm damit als Subjekt unabhängig und gleichartig gegenüber. Seine Handlungen verlor den Autoritätscharakter. Das sittliche Ganze Staat wäre zerrissen. »Das was Gegenstand der Verwaltung, der Autorität der Staatsregierung ist, kann demnach niemals ... zur Justizsache werden. Beide Gebiete sind schlechterdings voneinander unabhängig.«<sup>62</sup>

Den Unterschied zwischen dem – justiziablen – Privatrecht und dem – nicht justiziablen – öffentlichen Recht hatte die Staatsrechtslehre bis dahin immer in den verschiedenen Interessen erblickt, die die beiden Rechtsarten befriedigen sollten. Zum Privatrecht zählte danach, was dem Nutzen des Einzelnen diene; öffentliches Recht war, was dem Wohl der Gesamtheit zugute

kam. Gegen dieses Kriterium wendet sich Stahl.<sup>63</sup> Mit der Kategorie des Interesses sei das Wesen der beiden Bereiche nicht zu erfassen. »Das Öffentliche ist nicht bloß das, was dem Nutzen Aller, sondern was einer *höheren Ordnung* über allem Nutzen dient.«<sup>64</sup> Da diese nicht dem Belieben der Individuen anheimgegeben sein kann, sind sie insoweit dem Herrscher unterworfen. Das Verhältnis der Über- und Unterordnung kennzeichnet das öffentliche Recht. An die Stelle der Interessentheorie tritt die Subjektionstheorie. Damit hatte die Wissenschaft zwar zu veränderten politischen Wirklichkeit aufgeschlossen. Indessen war sie ihrer nicht auch schon Herr geworden. Wo staatlich mit hoheitlich identifiziert wurde, hätte nämlich nur derjenige Staat der Theorie entsprochen, der seinen Bürgern ausschließlich befehlend begegnet wäre. Da das nicht der Fall war, wurde auch die Reinigung des öffentlichen Rechts mit einer folgenreichen Blickverengung bezahlt: die gesamte nichthoheitliche Tätigkeit des Staates, Wohlfahrts- und Kulturpflege, Wirtschaftsförderung etc., entging der Aufmerksamkeit der Wissenschaft. Den Profit hatten die obrigkeitlichen Verwaltungen, die sich in diesem Bereich rechtlicher Bindungen weitgehend ledig sahen.

So bestätigt sich Otto Brunners Bemerkung, daß die übliche Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht einen präzisen Sinn erst unter der Voraussetzung des neuzeitlichen Souveränitätsbegriffs und der vom Staat getrennten Gesellschaft gewinnt.<sup>65</sup> Andererseits war dieser Zustand nicht schon mit der Scheidung der beiden Rechtsbereiche hergestellt. Im gleichen Maß, wie die Trennung von öffentlichem und privatem Recht die Trennung von Staat und Gesellschaft garantieren sollte, war sie doch auch ihr Ausdruck. Sie konnte nur soweit und solange Bestand haben, als sie in der Realität eine Entsprechung fand. Mit der Umwandlung des politischen Postulats in ein juristisches Dogma geriet diese Interdependenz aus dem Blickfeld. Die politische Herkunft ließ sich gleichwohl nicht verleugnen. Das übersteigerte Trennungsdenken wurde, indem es die Wirklichkeit schließlich mehr verschleierte als erhellte, zur Stütze des politischen und sozialen status quo und hat die Erkenntnis seiner wachsenden Fragwürdigkeit lange verzögert.

63 Stahl (Anm. 60), II, 1, S. 304.

64 Ebenda, S. 302.

65 Brunner (Anm. 6), S. 123 f.

59 N. T. Gönnern, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, II, 2. Aufl. Erlangen 1804, S. 22 f. Weitere Nachweise bei Poppitz (Anm. 29), S. 16 ff.

60 F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, II, 1, in der hier benutzten 3. Aufl. Heidelberg 1854, S. 300 ff.; II, 2, 5. Aufl. Tübingen 1878, S. 607 ff.

61 Stahl (Anm. 60), II, 1, S. 301.

62 Stahl (Anm. 60), II, 2, S. 608.

## Kulturauftrag des Staates

### I. Historisch

#### 1. Entstehung kultureller Autonomie

Als Staat und Kultur zu Beginn des 19. Jahrhunderts in der Formel vom Kulturstaat erstmals begrifflich miteinander verknüpft wurden<sup>1</sup>, befanden sich ihre traditionellen Bindungen gerade in Auflösung. Die Entwicklung war von der Kultur ausgegangen, die im Staat ein ihr fremdes Prinzip verkörpert sah und sich als System mit eigener Zweckbestimmung und eigener Sachlogik von ihm abzugrenzen begonnen hatte. Der Ablösungsprozeß war im Bereich der Kunst am weitesten vorangeschritten, ergriff aber auch Bildung und Wissenschaft und berührte ebenfalls die Religion. Er verlief parallel zur Ausdifferenzierung der Wirtschaft und teilte mit ihr den Grund: die Emanzipation des Bürgertums. So wie seit der Mitte des 18. Jahrhunderts das Feudalsystem, die Zunftordnung und das Privilegienwesen als Hemmnis ökonomischen Wachstums steigender Kritik begegneten, geriet auch die externe Steuerung von Kunst, Wissenschaft, Religion und Erziehung als Barriere kultureller Entfaltung zunehmend in Verruf. Freilich konnte sich der neue Anspruch nur im Verhältnis von Staat und Kunst unmittelbar durchsetzen, weil die Kunst im Gegensatz zu den anderen Kulturbereichen, aber auch zum Wirtschaftssystem, dem Staat nicht institutionell, sondern nur faktisch verbunden war, so daß sich mit einer Veränderung der tatsächlichen Bedingungen auch das Verhältnis selbst ändern mußte, während in den anderen Fällen die erstrebte Unabhängigkeit nur über Reform oder Revolution erreicht werden konnte.

Bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts war die Kunst typischerweise höfisch oder sakral geprägt.<sup>2</sup> Damit sind weniger bestimmte Sujets

1 Bei J. G. Fichte, Die Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters, 1806, in: Sämtliche Werke (Hg. I. H. Fichte), Bd. VII, 1846, S. 189, 200 f. Zur Begriffsgeschichte vgl. I. Baur, Die Geschichte des Wortes »Kultur« und seiner Zusammensetzungen, Diss. phil. München 1951; O. Jung, Die Entwicklung des Kulturstaatsbegriffs von J. G. Fichte bis zur Gegenwart, Diss. iur. Würzburg 1973; ders., Zum Kulturstaatsbegriff, 1976.

2 Zusammenfassende Darstellung bei A. Hauser, Sozialgeschichte der Kunst und Literatur, 2 Bde., 1953; ders., Kunst und Gesellschaft, 1973, S. 153 ff. Ferner

oder Stile als soziale Abhängigkeiten gemeint. Die Künstler standen überwiegend in höfischen Diensten und produzierten im Auftrag, zumindest aber für den bekannten, oft sogar kodifizierten Geschmack eines kleinen und homogenen Abnehmerkreises. Das Kunstwerk trug für diesen Kreis seinen Wert nicht in sich, sondern bezog ihn aus der Verherrlichung Gottes, der Darstellung fürstlicher oder kirchlicher Macht, der Erbauung des Volkes und der Unterhaltung und Zerstreuung der höfischen Gesellschaft. Es erfüllte Gebrauchsfunktionen und verdankte diesen seine Förderung. Das betrifft mit Nuancen alle Sparten der Kunst, Musik und Literatur ebenso wie die bildenden und darstellenden Künste, von der Architektur ganz zu schweigen. Für den Künstler war dieser Zustand nicht freigewählt, sondern Folge der Tatsache, daß es außerhalb von Kirche und Hof nicht genügend Konsumenten von Kunst gab, die ihm den Lebensunterhalt zu sichern vermochten hätten. Andererseits hatte der Zustand, solange er alternativlos blieb, für den Künstler nichts Entwürdigendes oder Kunstwidriges an sich, wie es ja auch keineswegs ausgeschlossen war, innerhalb dieses Rahmens Größe und Individualität zu entfalten und neue Formen und Inhalte auszubilden.

Etwa seit der Jahrhundertmitte erwuchs dem Hof aber eine bürgerliche Konkurrenz, die nicht nur für Kunst Geld ausgeben konnte, sondern im Kunstwerk auch Aufschluß über ihre eigene Identität und Bestimmung suchte und es also wegen seines ideellen, nicht wegen des unterhaltenden oder repräsentativen Wertes schätzte.<sup>3</sup> Für den Künstler schuf erst diese Ausweitung der Trägerschicht die Möglichkeit einer auftragsunabhängigen Produktion.

J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1962; N. Elias, Die höfische Gesellschaft, 1969; R. Vierhaus, Deutschland im Zeitalter des Absolutismus, 1978, S. 81 ff.; Detailangaben in Fn. 3.

3 Da für Einzelheiten hier der Platz fehlt, werden die Nachweise in diesem Punkt etwas ausführlicher gehalten. Vgl. generell etwa L. Balzer/E. Gerhard, Die Verbürgerlichung der deutschen Kunst, Literatur und Musik im 18. Jahrhundert (1936), Neuausg. 1973; W. H. Bruford, Deutsche Kultur der Goethezeit, 1965; Th. Nipperdey, Deutsche Geschichte 1800-1866, 1983, S. 533 ff.; W. Benjamin, Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit, Gesamte Schriften, Bd. 1/1, 1974, S. 431, 471; J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1962; U. Scheuner, Die Kunst als Staatsaufgabe im 19. Jahrhundert, in: E. Mat/St. Waetzold (Hg.), Kunstverwaltung, Bau und Denkmalpolitik im Kaiserreich, 1981, S. 13; H. Maier, Anstöße, 1978, S. 149 ff. Speziell zur Literatur: H. J. Haferkamp, Zur Entstehung der bürgerlich-literarischen Intelligenz und des Schriftstellers in Deutschland zwischen 1750 und 1800, in: Literaturwissenschaft und Sozialwissenschaften 3 (1974), S. 113; P. Bürger, Institution Kunst als literatursoziologische Kategorie. Romanistische Zeitschrift für Litera-

tion, die zuvor stets Ausnahme gewesen war. Der freie Schriftsteller, Komponist, Virtuose ist ein Produkt dieser Epoche, die den Künstler zum Genie erhob und damit die Trennung von hoher und trivialer Kunst, Kunst und Handwerk erst einleitete. Die Kehrseite des Vorgangs lag darin, daß Künstler und Publikum nicht mehr persönlich miteinander verkehrten, sondern der Vermittlung durch den Markt bedurften. Kunstwerke nahmen Warencharakter an. »Ein Krämer kann kein Mäzen sein«, sagte der Verleger Göschen<sup>4</sup>, bei dessen Nachfolgern die Veröffentlichungen der Staatsrechtslehrervereinigung erscheinen. So betrachtet, handelt es sich nur um einen Austausch von Abhängigkeiten, wie den Künstlern der Umbruchzeit durchaus nicht verborgen blieb.<sup>5</sup> Doch unterschied sich die neue von der alten Abhängigkeit darin, daß sie angesichts des erweiterten und anonymisierten Interessentenkreises größere Möglichkeiten zuließ und der Kunst vor allem den von Nutzerwünschen entbundenen Selbstzweck nicht streitig machte. Insofern konnte Kant am Ende dieses Prozesses zum Wesensmerkmal von Kunst erheben, was kurz zuvor weder Realität besessen noch Verständnis gefunden hätte: ihre zweckfreie Wohlfälligkeit.<sup>6</sup>

Gleichzeitig drangen Autonomiebestrebungen auch im Bereich von Erziehung und Wissenschaft vor.<sup>7</sup> Erziehung war bis dahin

turgeschichte I (1977), S. 50ff.; Ch. Bürger, Der Ursprung der bürgerlichen Institution Kunst im höfischen Weimar, 1977; H. Kiesel/P. Münch, Gesellschaft und Literatur im 18. Jahrhundert, 1977; P. U. Hohendahl, Literarische Kultur im Zeitalter des Liberalismus, 1985; J. Schulte-Sasse, Die Kritik an der Trivialliteratur seit der Aufklärung, 1971, S. 44ff.; R. Engelsing, Analphabetentum und Lektüre, 1973; R. Jentsch, Der deutsch-lateinische Büchermarkt nach den Leipziger Ostermeßkatalogen, 1912, S. 148ff.; zur Musik: H. Schwab, Konzert. Öffentliche Musikdarbietung vom 17. bis 19. Jahrhundert, 1971; C. Dahlhaus, Die Musik des 19. Jahrhunderts, 1980; J. Rehm, Zur Musikrezeption im vormärzlichen Berlin, 1983; zur bildenden Kunst: F. Haskell, Patrons and Painters, 1971; G.F. Koch, Die Kunstaustellung, 1967; N. Pevsner, Academies of Art, Nachdruck 1973; zur darstellenden Kunst: H. Knudsen, Deutsche Theatergeschichte, 1970; J. Gregor, Kulturgeschichte der Oper, 1950; zur Baukunst: W. Braunfels, Abendländische Stadtbaukunst, 1976.

4 S.L. Gerhardt (Hg.), Briefwechsel zwischen S.J. Göschen und K.A. Boettiger, 1911, S. 26.

5 Vgl. etwa F. Schiller, Briefe (Hg. F. Jonas), 1892, Bd. 3, S. 179, 216; Bd. 4, S. 382, und dazu Haferkamp (Fn. 3), S. 163ff.

6 I. Kant, Kritik der Urteilskraft, 1790, hier zitiert nach der Weischedel-Ausgabe, Bd. v, 1970, S. 279ff., bes. 319.

7 Zur Erziehung vgl. W. Roessler, Die Entstehung des modernen Erziehungswesens in Deutschland, 1961; P. Lundgreen, Sozialgeschichte der deutschen Schule im Überblick, 1980; N. Luhmann/K.-E. Schorr, Reflexionsprobleme im Erzie-

noch vorwiegend eine Funktion des Hauses gewesen. Soweit sie von eigenen Bildungseinrichtungen wahrgenommen wurde, befanden sich diese in kirchlicher oder ständischer Hand und verfolgten die Zwecke ihrer Träger. Als Unterrichtsgegenstand herrschte die Glaubenslehre, als Methode das Auswendiglernen vor. Dagegen erhoben sich jedoch in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts sowohl in der Schulpraxis wie auch in der Staatswissenschaft Reformforderungen, die hier eher auf Verbreitung nützlicher Kenntnisse, dort eher auf Modernisierung des Unterrichts und Professionalisierung der Lehrer zielten.<sup>8</sup> Beide Richtungen trafen sich aber im Appell an den absoluten Staat, der als einziger solche Reformen durchzusetzen vermochte und in der Erkenntnis der Bedeutung von Erziehung für die Ziele des Landesausbaus und der Ständeangleichung noch im 18. Jahrhundert zur Verstaatlichung des Schulwesens schritt.<sup>9</sup> Die Gegner sahen darin freilich gerade einen Autonomieverlust. Doch betraf er weniger das Erziehungswesen, das kaum Autonomie genossen hatte, als seine bisherigen Träger, voran die Kirchen. Verglichen damit versprach die funktionale Verselbständigung im Staat in der Tat das größere Maß an Autonomie. Die Pädagogik blieb bei diesem von der Staatsraison bestimmten Maß indessen nicht stehen, sondern proklamierte, von Rousseau aufgeklärt, von Pestalozzi angeleitet, ausgangs des Jahrhunderts statt der Nützlichkeit des Unterthanen die Entfaltung des Menschen als Erziehungsziel.<sup>10</sup>

hungssystem, 1979; N. Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. II, 1981, S. 105; M. Heinemann, Schule im Vorfeld der Verwaltung, 1974; Th. Nipperdey, Volksschule und Revolution im Vormärz, in: ders., Gesammelte Aufsätze zur neueren Geschichte, 1976, S. 206; K.-E. Jeismann, Das preußische Gymnasium in Staat und Gesellschaft, 1974.

8 Vgl. von Seiten der Schule etwa M. Ehlers, Gedanken von den zur Verbesserung der Schulen notwendigen Erfordernissen, 1766; H. Stephani, Grundriß der Staaterziehungswissenschaft, 1797; von Seiten der Staatswissenschaft etwa J.H.L. Bergius, Polizey- und Cameralmagazin, Bd. 8, 1791, S. 108ff.; K.S. Zachariä, Über die Erziehung des Menschengeschlechts durch den Staat, 1802.

9 In Preußen, das das deutsche Bildungswesen prägte, mit dem General-Land-schulregulativ von 1763 (NCC Bd. III, S. 265) über die Errichtung des Ober-schulkollegiums 1787 als nicht mehr geistlicher, sondern staatlicher Schulaufsichtsbehörde bis zur Befestigung im Allgemeinen Landrecht von 1794, das Schulen und Universitäten zu Veranstaltungen des Staates erklärte (ALR II, 12, §§ 1, 2 und 9). Zur Entwicklung L. v. Rönne, Das Unterrichtswesen des preußischen Staates, Bd. I, 1854.

10 J.-J. Rousseau, Emile, 1762; zu Pestalozzi vgl. etwa F. Delekat, Johann Heinrich Pestalozzi, 1968; B. Gebhardt, Die Einführung der Pestalozzischen Methode in

Ging es hier um die inhaltliche Freigabe der Pädagogik bei fortbestehender staatlicher Schulträgerschaft, so entsprach dem in der Wissenschaft die Autonomie von Forschung und Lehre. Dafür gab es im Gegensatz zur Schule frühe Ansätze, die auch in den korporativen Freiheiten der Universität ihren Ausdruck fanden. Doch hatten sich diese noch nicht zum Prinzip zweckfreier Erkenntnis verdichtet.<sup>11</sup> Die Universitäten fungierten vielmehr als Ausbildungsstätten für Staatsdiener und richteten ihren Betrieb an den Bedürfnissen der Landesherren aus. Die alte Artistenfakultät erfüllte ohnehin nur propädeutische Funktionen, aber auch die Professoren der übrigen Fakultäten wurden nicht als Forscher, sondern als Vermittler eines tradierten Bestandes an gesichertem Wissen auf der Basis autorisierter Lehrbücher betrachtet, wie ihr Lehrdeputat von über zwanzig Wochenstunden indiziert. Wesentliche wissenschaftliche Leistungen kamen unter diesen Umständen außerhalb der Universitäten zustande. Die fortbestehende Bindung an die Religion äußerte sich in einem Primat der theologischen Fakultät, der mit Aufsichts- und Zensurbefugnissen verbunden war. Auch hier kündigte sich aber nach Anfängen in Halle vor allem durch die Gründung Göttingens im Jahre 1737 eine Wende an.<sup>12</sup> In Göttingen herrschte Lehrfreiheit, die Professoren pflögen den freien Vortrag in deutscher Sprache, und das Aufsichtsrecht der theologischen Fakultät wurde nicht mehr ausgeübt. Der darauf beruhende Erfolg der Göttinger Universität machte auch die Autonomie der Wissenschaft zu einer Forderung der Zeit.

Anders als Kunst, Erziehung und Wissenschaft war die Religion keine treibende Kraft im Ausdifferenzierungsprozeß kultureller Lebensbereiche. Sie erlitt ihn eher, weil er sie aus ihrer Funktion sinnhafter Weltdeutung und gesellschaftlicher Integration zunehmend verdrängte.<sup>13</sup> Diese Entwicklung hatte bereits im Mittelalter

Preußen, 1896. Generell Th. Ballauf/K. Schaller, Pädagogik – Eine Geschichte der Bildung und Erziehung, Bd. II, 1970; W. Roessler, Pädagogik, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. IV, 1978, S. 623; G. Snyders, Die große Wende der Pädagogik, 1971; N. Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. II, S. 105.

<sup>11</sup> Vgl. F. Paulsen, Geschichte des gelehrten Unterrichts, 2 Bde., Nachdruck 1965; H. Roessler/G. Franz (Hg.), Universität und Gelehrtenstand 1400-1800, 1970.

<sup>12</sup> Vgl. E. F. Roessler, Die Gründung der Universität Göttingen, 1855; W. Ebel, Die Privilegien und ältesten Statuten der Georg-August-Universität zu Göttingen, 1962.

<sup>13</sup> Vgl. N. Luhmann, Funktion der Religion, 1977; E.-W. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Staat – Gesellschaft – Freiheit, 1976, S. 42; K. Schlaich, Kollegialtheorie, Kirche, Recht und Staat in

eingesetzt und ihre für die Kirche entscheidende Wende mit der Glaubensspaltung genommen, die eine religiöse Legitimierung politischer Herrschaft nicht mehr erlaubte und zur Ausdifferenzierung des Staates auf säkularer Grundlage zwang. Gleichwohl blieb unter der Herrschaft des *cuius regio eius religio* eine enge Verbindung zwischen Staat und Religion erhalten, die den Kirchen auch eine Reihe öffentlicher Funktionen beließ. Indessen trugen diese ihren einstigen Führungsanspruch nicht mehr, sondern führten im Gegenteil dazu, daß der erstarkende Staat die Kirchen zunehmend in seine säkularen Zwecke einplante. Die neuen Autonomiebestrebungen von Kunst, Wissenschaft und Erziehung bestritten ihnen auch noch diesen Restbereich öffentlicher Funktionen und reduzierten die Religion endgültig auf ein kulturelles Teilsystem unter anderen. Ihre funktionale Spezialisierung ergab sich sozusagen als Nebeneffekt der Verselbständigung anderer Systeme. Die Religion blieb als Sinngabe für das rational Unerklärbare und die Grenzsituationen des Menschen zurück. Sie wurde dadurch tendenziell privatisiert und aus dem Alltag verdrängt. In dieser Beschränkung konnte sie nun ihrerseits eine eigene Autonomie ausbilden.

Die Französische Revolution zog diese kulturübergreifende Entwicklung auf ein Grundprinzip zusammen: die Individualfreiheit. Der Staat büßte dadurch seine umfassende Verantwortung für die Lebensführung des Einzelnen und das Wohlergehen der Gesamtheit ein. Dieses ergab sich vielmehr aus dem Zusammenspiel subjektiver Interessen automatisch, so daß jene als Privatsache gelten konnte, solange sie nicht die Freiheit anderer bedrohte. Der Staat wurde nur noch zur Abwehr von Freiheitsgefahren benötigt, während seine sonstigen Aufgaben in individuelle Verfügung übergingen. Deutschland rezipierte dieses Modell zunächst nur theoretisch, nämlich in Gestalt der kantischen Philosophie. Kant hielt zwar an der Sittlichkeit als Bestimmung des Menschen fest, bestand aber darauf, daß Sittlichkeit nicht das Ergebnis staatlichen Zwangs, sondern individueller Freiheit sei. Folglich hatte auch für ihn der Staat Sittlichkeit nicht zu bewirken, sondern nur zu ermöglichen. Dies geschah eben durch die Gewährleistung gleicher Freiheit, in der seine einzige Aufgabe bestand.<sup>14</sup> Auch für die Kultur galt nach diesem Verteilungsprinzip grundsätzlich, daß sie auf die

der Aufklärung, 1969; U. Scheuner, Kirche und Staat in der neueren deutschen Entwicklung, in: ders., Schriften zum Staatskirchenrecht, 1973, S. 121.

<sup>14</sup> I. Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber



Seite der Gesellschaft wechselte und an deren Autonomie partizipierte. Ja, auf der Grundlage dieser Autonomie bildete sich der Begriff der Kultur in seinem eigenständigen und vorwiegend auf den geistig-ästhetischen Bereich bezogenen Sinn erst gegenüber dem älteren Sprachgebrauch heraus, der das Wort Kultur nur attributiv verwandt und mit jedweder menschlichen Natureinwirkung verbunden hatte.<sup>15</sup>

## 2. Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Kultur

Die Entstehung kultureller Autonomie machte eine Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Kultur erforderlich. Fichte, von dem der Begriff des Kulturstaats stammt, konnte sich dieses Verhältnis zu Anfang allerdings nur negativ vorstellen. Kultur als Weg zur Freiheit hat für ihn zwar am Endzweck des Menschen teil, aber »niemand wird kultiviert, sondern jeder hat sich selbst zu kultivieren«.<sup>16</sup> Der einzige Beitrag des Staates zur Kultur lag dann in der Abstinenz von jeder kulturellen Betätigung. Fichte entwickelte hier theoretisch, was man in Amerika seit der Unabhängigkeit praktizierte.<sup>17</sup> Einen Hof als Träger kultureller Einrichtungen hatte es dort ohnehin nie gegeben. Die alten Staatskirchen wurden früher oder später ein Opfer der neuen Verfassungen. Das wenig entwickelte Schulwesen war in der Revolution weitgehend zusammengebrochen. Verschiedene Einzelstaatsverfassungen sahen daraufhin zwar öffentliche Schulen vor, doch unterblieb die Errichtung weitgehend. Noch 1830 besaß kein Staat ein funktionierendes öffentliches Schulwesen. Ein professionalisierter Lehrerstand fehlte völlig. Von den Colleges, noch keine Universitäten im euro-

nicht für die Praxis (1793), Weischedel-Ausgabe Bd. VI, S. 143 ff.; ders., Die Metaphysik der Sitten (1797), ebenda, Bd. IV, S. 336 ff., 429 ff.

15 Vgl. R. Williams, *Culture and Society*, 1958 (deutsch 1972); H. P. Thurn, *Soziologie der Kultur*, 1976, S. 10 ff.

16 J. G. Fichte, Beitrag zur Berichtigung der Urteile des Publikums über die französische Revolution, 1793, in: *Sämtliche Werke* (Fn. 1), Bd. VI, S. 80.

17 Zusammenfassend T. H. Williams/R. N. Current/F. Freidel, *A History of the United States*, Bd. 1, 1960, S. 217 ff.; S. E. Morison/H. St. Commager/W. E. Leuchtenburg, *A Concise History of the American Republic*, 1977, S. 214 ff. Einzelheiten bei P. Monroe, *The Founding of the American Public School System*, 1940; F. Rudolph, *The American College and University*, 1965; R. Hofstadter/W. Metzger, *The Development of Academic Freedom in the United States*, 1965; A. P. Stokes/L. Pfeffer, *Church and State in the United States*, 1964.

päischen Sinn, unterhielt der Staat nur die wenigsten. Selbst traditionell staatlich kontrollierte Berufe wie Jurist oder Arzt wurden in der Praxis erlernt. Lehrfreiheit war unbekannt, wissenschaftliche Forschung Liebhaberei. Staatliche Kunsteinrichtungen wie Theater, Museen, Bibliotheken oder staatliche Kunstförderung lagen vollends außerhalb amerikanischer Vorstellungen.

Während Amerika von diesem Weg im Verlauf des 19. Jahrhunderts zusehends abwich, war er in Europa gar nicht erst beschritten worden, auch nicht von der Französischen Revolution, zu deren Verteidigung Fichte seine Kultur und Staat strikt trennende Frühschrift 1793 publiziert hatte. Zwar gab es einen 1792 auch ins Deutsche übersetzten Plan Mirabeaus, der Unterricht als eine Art privates Geschäft betrachtete. »Der Verkäufer sucht seine Ware loszuwerden. Der Käufer würdigt und wünscht sie für den wohlfeilen Preis.«<sup>18</sup> Die Mehrheit der Revolutionäre war sich aber bewußt, wie sehr der Erfolg der Revolution auf Dauer von einer Erneuerung des bisher kirchlich beherrschten Bildungswesens abhing. Daher sah die Verfassung von 1791 im Ersten Titel die Einrichtung eines öffentlichen Schulwesens vor, das für alle Bürger gleich und auf der Grundstufe kostenlos sein sollte. Der bedeutendste Erziehungsplan der Revolution, den in Ausführung des Verfassungsauftrages Condorcet als Berichterstatter des Unterrichts Komitees 1792 der *Assemblée législative* vorlegte<sup>19</sup>, ordnete das gesamte Bildungswesen von der Volksschule bis zur wissenschaftlichen Forschung im Interesse der Verfassungsgrundsätze von Freiheit und Gleichheit staatlich, ohne Privatschulen völlig zu verbieten. Eine Zeit, in der die fortschreitende Aufklärung öffentlichen Unterricht überflüssig macht, erscheint zwar als Fernziel. Doch ist es gerade Sache des Staates, die kulturellen Voraussetzungen hierfür erst zu schaffen.

Auch in Deutschland wurde eine Trennung von Staat und Kultur nicht als notwendige Folge der neuen Staatsauffassung betrachtet. Man kann vielmehr beobachten, daß Kants Theorie zwar die Staatszwecklehre rasch veränderte, den staatlichen Kulturauftrag

18 Abgedruckt bei R. Alt, Erziehungsprogramme der Französischen Revolution, 1949, S. 31, das Zitat S. 40 f. Vgl. zur französischen Situation auch J. Godechot, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, 1968, S. 444 ff.; K. Rauhut, *Die pädagogischen Theorien der französischen Revolution*, Diss. phil. Halle 1934; L.-H. Parias (Hrsg.), *Histoire générale de l'enseignement et de l'éducation en France*, Bd. 3, 1981.

19 Ebenfalls bei Alt (Fn. 18), S. 61.



aber im Kern unberührt ließ. Der Kulturauftrag war bis dahin aus dem neben Friedens- und Rechtszweck stehenden Wohlfahrtszweck des Staates abgeleitet worden, der nicht nur das wirtschaftliche, sondern auch das geistige Wohl der Untertanen umfaßte.<sup>20</sup> Kants Kritik am Absolutismus betraf aber gerade die auf den Wohlfahrtszweck gestützte Bevormundung der Bürger. Für die Staatszwecklehre bedeutete das eine Abkehr vom Wohlfahrtszweck und eine Beschränkung des Staates auf Gefahrenabwehr und Rechtswahrung. Indessen war die Polizeiwissenschaft, die die Staatszwecke konkretisierte, nicht bereit, mit dem Wohlfahrtszweck auch die staatliche Kulturvorsorge aufzugeben. Selbst Autoren, die bei der Bestimmung des Staatszwecks vorbehalten auf die kantischen Prämissen einschwenkten, wollten dem Staat doch nicht das Recht streitig machen, sich um die Bildung und Religiosität der Bürger zu kümmern. Ein Liberaler wie Behr, der die Lehre vom Kulturzweck des Staates mit ausgesprochener Schärfe bekämpfte und die Ansicht vertrat, daß stets nur Verkehrtheiten heraussäen, wo Regierungen sich in den Gang der Kultur mischten, konnte doch ohne Schwierigkeit an einer Erziehungspolizei festhalten und diese sogar zur Veranstaltung erhebender Vergnügungen und sonntäglicher Gesetzesunterweisungen ermuntern.<sup>21</sup>

Freilich ließ sich der Kulturauftrag, wenn der Staatszweck sich in der Rechtswahrung erschöpfte, nur noch aus dieser ableiten. Eben das war der Weg, den die liberale Staatsrechtslehre einschlug. In der Sorge für die Rechtsordnung wurde der Staat nicht auf die Sanktion geschwehener Rechtsverletzungen beschränkt und also nur mit repressiven Mitteln ausgestattet. Diese erschienen lediglich als ultima ratio, während die wirksamere Verfolgung des Rechtszwecks in der Vorbeugung lag. Vorbeugend wirkte aber am besten eine Erziehung zu rechtlicher Gesinnung. Der Wohlfahrtszweck verschwand also nicht, er büßte nur seine Selbständigkeit

<sup>20</sup> Vgl. H. Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, <sup>2</sup>1980, bes. S. 157 ff.; D. Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, bes. S. 50 ff., 60 ff., 131 ff.; Ch. Link, Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit, 1979, S. 132 ff.; U. Scheuner, Die Staatszwecke und die Entwicklung der Verwaltung im deutschen Staat des 18. Jahrhunderts, Gedächtnisschrift für H. Conrad, 1979, S. 467; P. Preuß, Polizeibegriff und Staatszwecklehre, 1983.

<sup>21</sup> Siehe W. J. Behr, System der angewandten allgemeinen Staatslehre, Bd. 1, 1810, S. iv ff., 44 ff., bes. 63 ff., 77 ff.; Bd. III, 138 ff., bes. 142 ff. (mit Anm. b). Die Idee einer Gesetzesunterweisung schon bei Condorcet (Fn. 19), S. 66 f., 72 f. Nationale Feste sah die französische Verfassung von 1791 (Titre premier, al. 8) vor.

ein und kehrte als Annex zum Rechtszweck wieder.<sup>22</sup> Selbst daraus wurde aber kein liberales Dogma. Rotteck beispielsweise hielt es zwar für möglich, aber doch recht künstlich, alle kulturellen und ökonomischen Aufgaben des Staates unter den Rechtszweck zu subsumieren. Vielmehr seien sämtliche Lebenszwecke der Menschen, die sich gar nicht oder nicht gut genug allein erreichen ließen, im Staatszweck enthalten und dürften vom Staat verfolgt werden, sofern sie nur seinen Hauptzweck, Recht und Sicherheit, nicht störten.<sup>23</sup> Auf diesem Umweg konnte dem Staat sogar eine Verantwortung für Religion und Kunst erhalten werden, die zwar ihre Autonomie nicht wieder verlieren, aber wegen ihres Einflusses »auf Säufgung der Sitten und Veredlung des Charakters« vom Staat doch »liebende Pflege« erfahren sollten.<sup>24</sup>

Obwohl damit auch für den Liberalismus eine kulturelle Verantwortlichkeit des Staates erhalten blieb, waren die Beziehungen doch äußerlicher Natur. Der Staat machte die Kultur nicht wie das Recht zu seinem Inhalt, sondern nahm sie in den Dienst des Rechts. Insofern war er nicht Kulturstaat in dem Sinne, wie Fichte ihn mittlerweile in Abkehr von seiner früheren Position forderte.<sup>25</sup> Die Bereitschaft, sich auf eine solche innere Verbindung von Kultur und Staat einzulassen, erwuchs in Preußen, und zwar nach der Niederlage gegen Napoleon 1806. Das war kein Zufall, denn seiner militärischen Stärke verlustig gegangen und nur durch russische Fürsprache noch existent, aber um die Hälfte seines Staatsgebiets und seiner Bevölkerung reduziert und von enormen Reparationsforderungen belastet, konnte Preußen nur auf die verbliebene Ressource Geist setzen, um seine bedrohte Existenz zu wahren und sich materiell zu regenerieren. Das erklärt auch den hohen Rang der Bildungsreform im gesamten Reformwerk.<sup>26</sup> Ihr Novum lag darin, daß sie sich von dem utilitaristischen Verständnis distanzierte, das der Absolutismus, aber nicht weniger die Aufklärung

<sup>22</sup> Vgl. Maier, Staats- und Verwaltungslehre (Fn. 20), S. 203 ff.

<sup>23</sup> C. v. Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften, Bd. II, 1840, S. 64.

<sup>24</sup> Rotteck, Lehrbuch (Fn. 23), Bd. III, 1834, S. 310 ff., bes. 326 f., 361, dort auch das Zitat.

<sup>25</sup> Vgl. J. G. Fichte, Reden an die deutsche Nation (1808), Sämtliche Werke (Fn. 1), Bd. VII, S. 259. Zur Entwicklung von Fichtes Staatslehre vgl. F. Schnabel, Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert, Taschenbuch-Ausg. 1964, Bd. 2, S. 28 ff.; Z. Batscha, Gesellschaft und Staat in der politischen Philosophie Fichtes, 1970; K. Hahn, Staat, Erziehung und Wissenschaft bei Fichte, 1969.

<sup>26</sup> Dazu E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1, <sup>2</sup>1967, S. 260 ff.

der Kultur gegenüber eingenommen hatten. Von einem höheren Standpunkt als dem der Nützlichkeit aus betrachtet, seien Wissenschaft und Kunst »der Ausdruck des höchsten Zustandes der Menschheit«, hieß es in der Rigaer Denkschrift.<sup>27</sup> Wenn der Staat die Menschheit bei ihrer Höherentwicklung zu unterstützen habe, dann könne das nicht ohne Kulturpflege geschehen.

Dadurch änderte sich der Bezugspunkt von Staat und Kultur. Er lag nicht mehr im Staat, sondern in den Menschen, die durch die staatliche Kulturpflege ihrer Bestimmung nähergebracht wurden. Der Staat bediente sich dann der Kultur nicht, sondern trat in ihren Dienst, profitierte davon aber selbst wieder, indem er durch eine kultivierte Nation seine eigene Stärke steigerte, die ihn allen ungeistigen Staatsgebilden überlegen machen mußte.<sup>28</sup> Die geistige Erneuerung konnte freilich nur stattfinden, wenn es gelang, die in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts entstandene Kulturautonomie mit dem Kulturauftrag des Staates in Übereinstimmung zu bringen. Das war die konstruktive Aufgabe, vor der die preussischen Reformen standen, und zwar stärker als diejenigen deutschen Staaten, die unter der Rückendeckung Napoleons zur selben Zeit Modernisierungen der Gesellschaft durchführten. Altenstein, später erster preussischer Kultusminister, entwickelte dazu eine Reihe von Vorschlägen.<sup>29</sup> Für Kunst und Wissenschaft verlangte er die Beseitigung aller positiven Meinungs- und Lehrvorschriften, die Aufgabe der Zensur sowie aktive Unterstützungsmaßnahmen. Bei der Schule sollte sich der staatliche Zwang nur auf den Schulbesuch beziehen, dagegen dürfte es keine Beschränkung der Freiheit im Unterricht geben. Bezüglich der Religion verwarf er einerseits die Identifikation des Staates mit einer Glaubenslehre, andererseits aber auch jene Indifferenz, die sich für die Religion nur unter dem Gesichtspunkt der Volksberuhigung interessiere.

Die Formel für das Verhältnis von Kultur und Staat fand Hum-

boldt als erster Leiter der Sektion für Kultus und Unterricht im preussischen Innenministerium. Ihm ging es darum, daß der Staat die Kultur nicht mehr für außerhalb ihrer selbst gelegene Zwecke einsetzte und dadurch verfälschte, sondern um ihrer selbst willen in den Staatszweck aufnahm, damit seinerseits notwendig freierlicher Staat werdend. In seinem Organisationsplan für die höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin hieß es, der Staat dürfe von seinen Universitäten und Gymnasien »nichts fordern, was sich unmitttelbar und geradezu auf ihn bezieht, sondern die innere Überzeugung haben, daß, wenn sie ihren Endzweck erreichen, sie auch seine Zwecke, und zwar von einem viel höheren Gesichtspunkt aus, erfüllen.«<sup>30</sup> In verfassungsrechtliche Begriffe übersetzt, handelt es sich um eine Grundrechtslösung, die allerdings die Freiheit von vornherein nicht gegen den Staat, sondern im Staat begründete. Es ist bekannt, daß sie nur bruchstückhaft verwirklicht wurde und verfassungsrechtliche Formen erst viel später annahm.<sup>31</sup> Die zunächst einsetzende Entwicklung beschreibt Koselleck als »schleppende Geschichte des schwindenden Geistes«. <sup>32</sup> Damit ist ein Rückfall auf den utilitaristischen Standpunkt gemeint, der sich vereinzelt zu Mißachtungen der Kulturautonomie steigern konnte. Ihre völlige Leugnung blieb freilich dem Nationalsozialismus vorbehalten, der alle kulturellen Lebensbereiche wieder politischen Zielen unterordnete, wenn schon nicht durchgehend verstaatlichte.

## II. Systematisch

### I. Interdependenz von Staat und Kultur

Ich verfolge die historischen Linien hier nicht weiter, weil bereits dieser kurze Blick auf das ausgehende 18. und beginnende

27 W. v. Humboldt, *Gesammelte Schriften*, Bd. x, 1903, S. 255.

28 Das zielte zunächst auf Napoleon. Die Überzeugung, daß es der Geist war, »der allein die Einheit sicherte einem Staat, dem die konfessionelle, ethnische, sprachliche, rechtliche, ja sogar die geographische Einheit abging«, blieb aber auch nach den Befreiungskriegen erhalten, s. R. Koselleck, *Preußen zwischen Reform und Revolution*, 2, 1975, S. 398 ff., das Zitat auf S. 399; ders., *Staat und Gesellschaft in Preußen*, in: W. Conze (Hg.), *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz*, 1963, S. 89 ff.

29 Abgedruckt bei Winter (Fn. 27), S. 453 ff., 457 ff., 489 ff., und generell 369 ff.

19. Jahrhundert für die systematische Erörterung des Themas einen dreifachen Ertrag abgeworfen hat. Zum einen erweist sich das Problem der Zuordnung von Staat und Kultur als Folge des Prozesses funktionaler Differenzierung der Gesellschaft. Daher muß auch die Frage nach dem Kulturauftrag von den spezifischen Funktionen der Kultur her angegriffen werden. Zweitens ist für die Antwort aus dem historischen Material eine Skala von Möglichkeiten angefallen, die in ihren Grundmustern komplett zu sein scheint: Trennung von Staat und Kultur (wie in der Frühgeschichte der Vereinigten Staaten, dualistisches Modell); staatliche Kulturpflege im Interesse anderer als kultureller Staatszwecke (wie im aufgeklärten Absolutismus, aber auch im Liberalismus, utilitaristisches Modell); staatliche Kulturpflege um der Kultur selbst willen (wie in der preußischen Reformära, kulturstaatliches Modell); staatliche Steuerung der Kultur nach politischen Kriterien (wie im Nationalsozialismus, dirigistisches Modell). Kombinationen sind wegen der Kumulierbarkeit von Zwecken und der Binnendifferenzierung der Kultur bis zu einem gewissen Grad möglich. Der historische Überblick läßt indes drittens vermuten, daß die beiden Pole der Skala, Trennung und Identifikation, offenbar nicht erreicht werden, was darauf hindeutet, daß der Staat zwar auf Leistungen der Kultur angewiesen ist, diese aber nicht in demselben Sinn zur Staatstätigkeit machen kann wie beispielsweise die Verbrechensbekämpfung oder die Postbeförderung.<sup>33</sup>

Voraussetzung der verfassungsrechtlichen Diskussion des Kulturauftrags ist also die Frage, welche Bedeutung Kultur und Staat überhaupt füreinander haben. Eine nähere Bestimmung des Verständnisses von Kultur, die bisher nur in ihren traditionellen Teilbereichen aufgesucht wurde, läßt sich dann freilich nicht länger umgehen. Hier besteht wenig Klarheit. Am stärksten arbeitet die moderne Anthropologie mit dem Kulturbegriff. Für sie umfaßt Kultur alle nicht natürlich determinierten, insbesondere alle naturverändernden Aktivitäten des Menschen.<sup>34</sup> Ausdruck von Kultur ist dann nicht nur eine Höhlenzeichnung, sondern auch ein Kochgeschirr. Es handelt sich dabei um denselben unspezifischen

<sup>33</sup> Dazu schon G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 7. Neudruck 1960, S. 260.

<sup>34</sup> Eine besonders anschauliche Darstellung bei C. Kluckhohn/W. H. Kelly, *The Concept of Culture*, in: Kluckhohn, *Culture and Behavior*, 1962, S. 19.

Kulturbegriff, der auch im heutigen Sprachgebrauch anzutreffen ist, wenn man von Agrikultur, Wohnkultur, Eßkultur etc. spricht. Kulturphänomene sind dann aber auch Staat und Recht selbst. Offenkundig läßt sich die Frage nach dem Verhältnis von Staat und Kultur auf dieser Grundlage nicht präzise genug diskutieren und noch weniger in einen rechtlichen Zusammenhang überführen. Auf der anderen Seite dispensiert sich die Rechtswissenschaft gewöhnlich von der Begriffsbildung und geht stillschweigend oder erklärtermaßen davon aus, daß die Kultur aus Bildung, Wissenschaft und Kunst, wohl auch, aber schon als Sonderfall betrachtet, aus Religion bestehe.<sup>35</sup> Indessen ergibt die Addition von Bestandteilen noch keinen Begriff. Ausgehend von diesen anerkannten Bestandteilen müßte er sich aber gewinnen lassen, wenn es gelingt, die ihnen spezifischen Gemeinsamkeiten aufzudecken.

Ist es das Kennzeichen entwickelter Gesellschaften, daß sie sich nicht mehr segmentär oder stratifikatorisch, sondern funktional differenzieren<sup>36</sup>, dann muß das spezifische Merkmal, das die genannten Bereiche verbindet und zugleich von anderen gesellschaftlichen Teilsystemen unterscheidet, in ihrer Funktion zu suchen sein. Für gewöhnlich bereitet die Bestimmung von Systemfunktionen keine besonderen Schwierigkeiten. So ist es akzeptiert, daß das politische System auf die Herstellung und Durchsetzung kollektiv verbindlicher Entscheidungen spezialisiert ist, das Gesundheitssystem auf die Erhaltung oder Wiederherstellung körperlichen Wohlbefindens, das Wirtschaftssystem auf die materielle Reproduktion der Gesellschaft. Die Kulturbereiche erscheinen demgegenüber recht heterogen. Im Vergleich mit anderen Systemen zeichnet sich aber ab, daß sie es nicht primär mit physischen, sondern mit geistigen Objekten zu tun haben, auf deren Hervorbringung oder Überlieferung sie gerichtet sind. Ich möchte deswegen vorschlagen, die Funktion von Kultur in der ideellen Reproduktion der Gesellschaft zu sehen. Zur Kultur wäre dann alles zu zählen, was sich auf Weltdeutung, Sinnstiftung, Wertbegründung, -tradierung und -kritik sowie deren symbolischen Ausdruck bezieht, sogenannte Gegen- und Subkulturen eingeschlossen.<sup>37</sup> Die

<sup>35</sup> Repräsentativ Th. Oppermann, *Kulturverwaltungsrecht*, 1969, S. 8 f.

<sup>36</sup> Zur Begriffsklärung vgl. N. Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 1, 1980, S. 25 ff.

<sup>37</sup> Verwandte Umschreibungen bei A. L. Kroeber/T. Parsons, *The Concepts of Culture and of Social System*, *American Sociological Review* 23 (1958), S. 582; Th. Adorno, *Kultur und Verwaltung*, *Gesammelte Schriften*, Bd. 8, 1972, S. 123;

ser Begriff umfaßt die herkömmlich der Kultur zugeordneten Lebensbereiche, von denen er ausging, fällt mit ihnen jedoch nicht notwendig zusammen, sondern kann weitere umfassen, wenn sie dieselbe Funktion erfüllen.

Eine solche Begriffsbestimmung offenbart sogleich ihren Vorteil, denn sie erlaubt eine genauere Ausrichtung auf den Kulturauftrag als ein bereichsbezogener Ansatz, der das Thema schnell in die geläufigen Fragestellungen nach Staat und Kunst, Staat und Kirche, Staat und Universität, Staat und Schule zurückzuschieben droht und damit das grundlegende Problem, in welchem Verhältnis Staat und Kultur überhaupt zueinander stehen, gar nicht erfaßt. Ohne eine Klärung dieses Problems muß aber die Suche nach dem Kulturauftrag ziellos bleiben. Die Voraussetzungen für eine Klärung sind freilich ungünstig, weil sich die Sozialwissenschaften von der Kulturproblematik weitgehend abgewandt haben. Autoren, die davon eine Ausnahme machen, erörtern die Bedeutung von Kultur meist in einem handlungs- oder kommunikationstheoretischen Rahmen. Die Kultur wird dann in Bezug gesetzt einerseits zur Gesellschaft insgesamt, also dem kollektiven, in sozialen Institutionen repräsentierten Handlungssystem, das den Staat einschließt, andererseits zur Einzelperson, also dem individuellen Handlungssystem, und die Frage lautet, inwiefern individuelles oder kollektives Handeln kulturell bestimmt ist und inwieweit umgekehrt die Kultur ihrerseits personale und soziale Voraussetzungen hat.<sup>38</sup> Die Frage zielt auf wechselseitige Abhängigkeiten

J. Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, 1973, S. 16; für einen weiteren Kulturbegriff auch, aber in den Umrissen weniger deutlich P. Häberle, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat, 1980, S. 13 ff.; ders., Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, in: ders. (Hg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, 1982, S. 30 ff.; ders., Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1982, S. 10 ff. Zu Häberle jetzt B. Pieroth, Kultur als juristisches Spiel ohne Grenzen, Der Staat 22 (1983), S. 394.

<sup>38</sup> Ich beziehe mich insbesondere auf T. Parsons, Culture and the Social System, in: T. Parsons/E. Shils/K. D. Naegle/J. R. Pitts (Hg.), Theories of Society, 1965, S. 961; T. Parsons, The Structure of Social Action, 1937; ders., Societies, 1966, S. 6 ff.; T. Parsons/E. Shils, Toward a General Theory of Action, 1967; J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. II, 1981, S. 173-443; ders., Legitimationsprobleme (Fn. 37); ders., Handlung und System, in: W. Schluchter (Hg.), Verhalten, Handeln und System, 1980, S. 68; W. Schluchter, Gesellschaft und Kultur, in: ders. (Hg.) Verhalten, Handeln und System, 1980, S. 106. Dahinter stehen ältere Überlegungen von M. Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1973, bes. S. 146 ff., ferner S. 215 ff., 400 ff., 475 ff., 541 ff.; ders., Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie, Bd. I-3, 1920-21, sowie von

und folglich auch die Möglichkeit von Störungen im Leistungsaustausch und deren Konsequenzen. Dafür gibt es freilich im Verfassungsrecht Entsprechungen, so daß die Ergebnisse auch der juristischen Diskussion zugute kommen könnten.

Geht man zunächst vom Einzelnen aus, so stellt Kultur als überpersonales System von Interpretationen, Werten und Ausdrucksformen ihm bestimmte Deutungsmuster und Sinnentwürfe für die Welt und seine eigene Befindlichkeit in ihr zur Verfügung und vermittelt ihm damit zugleich Orientierungsweisen und Vorzugsmittel, auf die er in Kommunikations- und Entscheidungssituationen zurückgreifen kann. Indem jeder Einzelne in ein solches, zwar nicht statisches, aber ihm zunächst doch vorgegebenes Kultursystem hineingeboren wird, sichert Kultur einen Grundvorrat an Wissen, Sinnerleben und Verhaltensformen, der als gemeinsamer vorausgesetzt werden darf und daher intersubjektive Verständigung und sinnhaftes soziales Handeln erst ermöglicht. Man kann formelhaft auch sagen, die Lebenswelt des Einzelnen sei kulturell konstituiert. Diese kulturellen Muster werden im Prozeß der Sozialisation überliefert und einverleibt. Geglückte Sozialisation zeigt sich an der Übernahme kultureller Muster und Werte durch den Einzelnen, die dieser dann im Vollzug ständig wieder reproduziert und erneuert, während eine mißlungene Sozialisation den Einzelnen sozusagen außerhalb der Kultur stellt, auf die er dann selbst wieder gefährdend zurückwirken kann. Umgekehrt führt eine Verknappung oder Umwertung handlungsgerichteten Sinns in der Regel zu Orientierungslosigkeit, Motivationskrisen und Kommunikationsstörungen, die die Persönlichkeitsentwicklung erheblich zu beeinträchtigen drohen. Symptome dieser Art zeigen sich seit einiger Zeit vor allem im Moral- und im Erziehungssystem.

Kulturell ausgelöste Krisen dieser Art betreffen freilich nicht nur den Einzelnen, sondern üben zugleich desintegrierende Wirkung auf die Gesellschaft insgesamt aus. Darin deuten sich bereits die Funktionen der Kultur für die soziale Integration an. So wie die Lebenswelt des Einzelnen kulturell konstituiert wird, ist auch der

E. Durkheim, Le suicide, 1897; ders., Education et sociologie, 1912; ders., L'éducation morale, 1925; ders., Les formes élémentaires de la vie religieuse, 1912. Interessante Bemerkungen auch bei P. L. Berger/Th. Luckman, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, Taschenbuchausg. 1980, bes. S. 98 ff.; R. Loewenthal, Gesellschaftswandel und Kulturkrise, 1979, bes. S. 26 ff., 101 ff.

gesellschaftliche Zusammenhalt auf intersubjektiv wirksame Deutungsmuster und Verhaltensformen gegründet. Kultur konstituiert nicht nur die Lebenswelt des Individuums, sondern schafft auch eine Art kollektiver Identität. Davon zehren die integrationswirksamen sozialen Institutionen einschließlich der staatlichen, und zwar hinsichtlich ihrer Genese nicht weniger als hinsichtlich ihres Bestandes und ihrer Funktionsfähigkeit. Genetisch betrachtet, macht die kulturelle Tradition bestimmte politische Institutionen erst möglich. So ist beispielsweise die für die Demokratie konstitutive Öffentlichkeit aus der literarischen hervorgegangen und die Gründung des deutschen Nationalstaats durch die ausgangs des 18. Jahrhunderts hergestellte Einheit der Kulturnation vorbereitet worden.<sup>39</sup> Was Bestand und Funktionieren angeht, so liegt der wesentliche Beitrag der Kultur darin, daß sie Institutionen als sinnvoll zu erklären und damit gegenüber ihrer Umwelt zu legitimieren vermag. Diese Legitimation, die eine politisch-soziale Ordnung als im großen und ganzen rechtmäßig erweist, bildet die Grundlage für die fraglose Hinnahme der großen Mehrzahl staatlicher Entscheidungen, ohne die keine komplexe Sozialordnung überleben kann.

Wird die Legitimation verweigert, so sind politische Krisen die Folge. Legitimationsdefizite müssen ihre Ursache allerdings nicht notwendig in einem Versagen des kulturellen Systems finden. Sie können auch auf die politischen und sozialen Institutionen zurückgehen, die einer sinnvollen Interpretation nicht mehr fähig erscheinen. So war es für Hegel um die Verfassung des Heiligen Römischen Reiches bestellt; so verhielt es sich mit den Institutionen des Ancien régime vor Ausbruch der Französischen Revolution, und so empfanden es selbst Anhänger des parlamentarischen Systems in der Endphase der Weimarer Republik.<sup>40</sup> Ungeachtet seines Bedarfs an kultureller Legitimation kann der Staat sie jedoch nicht erzwingen. Insoweit wirkt der kollektiv eingewurzelte und generationsübergreifende Charakter kultureller Traditionen immunisierend. Der staatliche Legitimationsbedarf läßt sich aber auch nicht im politischen System selbst decken. Politische Systeme

<sup>39</sup> Zur Öffentlichkeit vgl. J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1962, S. 41; zur Kulturnation F. Schnabel, *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, Taschenbuchausg. Bd. 2, 1964, S. 17 ff.

<sup>40</sup> C. W. F. Hegel, *Die Verfassung Deutschlands*, 1802; E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, 1789; H. Brüning, *Memoiren*, 1970.

können fehlende Legitimation vielmehr nur durch Zwang kompensieren oder durch Konsum verschleiern. Beides hat offensichtlich seine Grenzen. Insofern bleibt der Staat von der Kultur abhängig. Umgekehrt erlangen die kulturell begründeten Deutungen und Normen tatsächliche Geltung nur in dem Maß, wie sie individuell internalisiert oder sozial institutionalisiert sind. Dazu fehlt jedoch der Kultur das Vermögen. In dieser Hinsicht ist sie deswegen auf andere Institutionen, namentlich den Staat, angewiesen, der in der Absicherung der grundlegenden Identitätsverbürgenden Werte und Verhaltensmuster seine wichtigste Leistung für die Kultur erbringt.

## 2. Kulturauftrag im Verfassungsrecht

Diese Überlegungen zum Verhältnis von Person, Staat und Kultur lassen sich meines Erachtens in einen verfassungsrechtlichen Bezugsrahmen einfügen. Die Scharniere müssen freilich erst sichtbar gemacht werden, denn ein exakter normativer Ansatzpunkt, etwa in Gestalt einer Kulturstaatsklausel, wie sie die bayerische Verfassung in Art. 3 enthält, oder eines allgemeinen Verfassungsauftrages, wie ihn Art. 18 der nordrhein-westfälischen Verfassung vorzieht, oder schließlich konkreter Aufgabennormen, wie sie sich beispielsweise in Art. 17 und 18 der DDR-Verfassung finden, fehlt dem Grundgesetz. Es enthält vielmehr nur verstreute Bestimmungen, die sich schützend oder kompetenzzuweisend auf einzelne Kulturbereiche beziehen, so im Grundrechtsteil Art. 4, 5 und 7, im Organisationsteil Art. 74 Nr. 5 und 13, 75 Nr. 1a und 2, 91 a Abs. 1 Nr. 1, 91b. Zusammengekommen zeigen sie zwar an, daß das Grundgesetz vom Staat keine kulturelle Abstinenz erwartet, begründen aber auch noch keinen verfassungsrechtlichen Kulturauftrag. Andererseits lehrt ein Blick in die öffentlichen Haushaltspläne, in welchem Umfang der Staat sich tatsächlich kulturell betätigt, und eine Durchmusterung des geltenden Rechts bringt zutage, in welchem Ausmaß ihm die Beachtung kultureller Gesichtspunkte, beispielsweise in der Raumordnung und im Städtebau (§§ 1, 2 RaumOG, §§ 1, 3 StBauFG), aber auch in der Sozialhilfe und der Zwangsvollstreckung (§ 12 BSozHG, § 811 Nr. 10 ZPO), auferlegt ist.

Fragt man sich in verfassungsrechtlicher Absicht, aus welchem Grund der Staat zu diesen Aktivitäten berechtigt oder verpflichtet

ist<sup>41</sup>, so können die Ergebnisse der vorausgegangenen Analyse normative Relevanz gewinnen. Evidentlich liegen danach im kulturellen Bereich Voraussetzungen für die Erfüllung der Staatsaufgaben. Die soziale Integration, die der Staat zu gewährleisten hat, hängt nicht allein vom Funktionieren seiner Institutionen, sondern auch von der Existenz einer kulturell gegründeten Integrationsbasis ab, und selbst das Funktionieren der Institutionen beruht nicht ausschließlich auf staatlicher Leistung, sondern bedarf zusätzlich gesellschaftlicher Legitimation, die wiederum kulturell erzeugt wird. Diese Zusammenhänge machen rückblickend auch klarer, warum der Staat den Prozeß der Vervollständigung von Kultur zunächst als bedrohlich empfinden mußte: in Bestand und Funktion auf kulturelle Vorleistungen angewiesen, hatte er bei autonomer Kultur seine eigenen Existenzbedingungen nicht mehr in der Hand. Darin liegt zugleich der Grund für die ständige Verbreitung des kulturstaatlichen Modells. Andererseits darf Autonomie nicht mit Autarkie verwechselt werden. Auf funktionaler Spezialisierung beruhende Autonomie geht stets mit erhöhter Abhängigkeit einher. Die auseinandergetretenen Teilsysteme bleiben auf Leistungsaustausch angewiesen, wie gerade das Beispiel der preußischen Reformen besonders eindringlich zeigt.

Für den Staat folgt daraus, daß er sich kulturell nicht indifferent verhalten kann. Insofern ihm die Erfüllung seiner verfassungsrechtlichen ausdrücklich zugewiesenen Aufgaben nur unter bestimmten kulturellen Bedingungen möglich ist, wird deren Sicherung selbst zur Staatsaufgabe. Das mag auf der Grundlage einer als selbstverständlich unterstellten oder gar unbemerkt vorhandenen Übereinstimmung zwischen politischem und kulturellem System

41 Die Frage wird häufig offengelassen oder verschwommen beantwortet. Begründungen aus Art. 5 Abs. 3 GG etwa bei M. Heckel, Staat-Kirche-Kunst, 1968, S. 90 ff., R. Scholz in Th. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz, Rdnr. 8 zu Art. 5 Abs. 3, und BVerfGE 35, 79 (114), 36, 321 (331), wobei das BVerfG aber nicht mittel-, auf welche Weise daraus über den Kunstförderungsauftrag hinaus der Kulturstaat »im Sinne einer Staatszielbestimmung« folgt; dagegen und statt dessen an die kulturstaatlichen Normen der Landesverfassungen anknüpfend, weil diese das Verfassungsbild der Bundesrepublik mitprägen, W. Knieps, Kunst und Recht, in: Bitburger Gespräche 1977/78, S. 154; ähnlich, aber zusätzlich abgestützt auf anthropologische Gründe, namentlich die Kulturbedürftigkeit des Menschen und der Freiheit, Häberle, Kulturstaat (Fn. 37), S. 36 f., 20 ff.; auf einen wesensmäßigen Zusammenhang von Staat und Kultur abhebend E. R. Huber, Zur Problematik des Kulturstaats, 1958.

längere Zeit verdeckt bleiben wie beispielsweise in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten, kommt aber zum Vorschein, sobald das Einverständnis-brüchig wird oder das kulturelle System seine Leistungen für andere soziale Systeme schlecht erbringt, etwa der Wirtschaft keine hinreichend vorgebildeten Kräfte zur Verfügung stellt, und dann im Interesse der sozialen Integration staatliche Interventionen herausfordert. Ein Kulturauftrag besteht also, unabhängig davon, ob ihn der Verfassungstext ausdrücklich formuliert oder nicht. Diese Aussage ist nicht nur staatsrechtlich, sondern durchaus verfassungsrechtlich gemeint. Methodologisch beruht sie darauf, daß Normen unter dem Anspruch der Verwirklichung stehen, aber nicht alle Voraussetzungen, von denen ihre Realisierung abhängt, in den Normtext aufnehmen können. Das Realisierungsgebot äußert sich dann in der Erstreckung der rechtlichen Garantie auf diese Voraussetzungen. Das wird auch in der Verfassungsinterpretation anerkannt und ständig praktiziert.<sup>42</sup>

Noch schärfer läßt sich der Kulturauftrag herausarbeiten, wenn man von der verfassungsrechtlichen Stellung des Einzelnen ausgeht. Das Grundgesetz spricht ihm an der Spitze seiner Bestimmungen eine unantastbare Würde zu. Die Funktion des Staates wird auf die Menschenwürde bezogen. Diese Grundentscheidung konkretisiert sich sowohl in den Grundrechtsgarantien als auch in der Staatsorganisation. Die Grundrechte konstruieren einen Bereich individueller Freiheit, in dem sich personale Würde realisieren kann. Ihr Ziel ist die Selbstbestimmung des Einzelnen. Diese schützt die Verfassung aber, wie insbesondere die Sozialstaatsklausel zeigt, nicht nur als formale, sondern unter Einschuß ihrer materiellen Voraussetzungen. Die Grenze bildet allein die, freilich ebenfalls materiell verstandene, gleiche Freiheit der anderen. Indem das Grundgesetz die Ausübung politischer Herrschaft an einen befristeten gesellschaftlichen Auftrag bindet, auf verschiedene, in ihren Entscheidungen unabhängige Organe verteilt und gleichzeitig den Entscheidungsprozeß transparent und offen ge-

42 Vgl. nur K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. 1982, Rdnr. 34, 45 ff., 75, praktiziert z. B. bei den ungeschriebenen Bundeskompetenzen, vgl. etwa BVerfGE 3, 407 (421) als Beginn einer langen Reihe, aber auch beim Grundsatz der Bundestreue, vgl. BVerfGE 12, 205 (254 ff.) und den Grundrechten, s. etwa BVerfGE 33, 303 (330 ff.), und E. W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1976, S. 1530 f., 1538.

staltet, versucht es auch organisatorisch sicherzustellen, daß die aus der individuellen Freiheit folgenden Meinungs- und Interessenunterschiede nicht unter ein vorgegebenes Gemeinwohl gezwungen werden, sondern die gleichwohl unerläßliche Einheitsbildung in einem diskursiven Prozeß vor sich geht, der prinzipiell unabgeschlossen ist und prinzipiell nicht die Freiheit aufheben darf.

Dieses anspruchsvolle Modell hat ebenfalls eine Reihe von Gelingensvoraussetzungen, die nicht durchweg in der Verfassung festgehalten sind. Unter diesen Voraussetzungen interessieren hier diejenigen, welche im kulturellen Bereich liegen. Sie werden in der Regel weniger beachtet als die ökonomischen. Das erscheint als Reaktion auf die Freiheitsgefahren, die von dem ökonomisch verkürzten Freiheitsverständnis des Liberalismus ausgingen, erklärlich, bleibt aber gerade darin der liberalen Einseitigkeit verhaftet. Um der anderen Seite näherzukommen, muß man sich daran erinnern, daß Individualität die menschliche Existenz nicht wie eine Naturgegebenheit prägt. Zahlreiche Gesellschaftsformen haben vielmehr das Bewußtsein von Individualität nicht entwickelt, sondern die Gattungsmerkmale in den Vordergrund gestellt. Nicht die Gesellschaft, sondern der Einzelne erscheint dann als Abstraktion. Sein Wert kommt ihm nicht als Person zu, er bezieht ihn vielmehr aus der Gliedstellung. Auch Rechte besitzt er dann nicht als Subjekt, sondern aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer gesellschaftlichen Statusgruppe. Noch in der ständisch-feudalen Sozialordnung, deren Auflösung sich in Deutschland bis weit ins 19. Jahrhundert hinein zog, erhielten sich solche Vorstellungen. In der Soziologie und der Sozialanthropologie gilt es daher seit Max Weber, Durkheim und Parsons als gesichert, daß Individualität eine spezifisch kulturell vermittelte Errungenschaft ist, die in dieser Form nur unter den besonderen Bedingungen Europas entstand und selbst dort relativ spät auftrat.<sup>43</sup>

43 Vgl. für Weber die Nachweise in Fn. 38, dazu W. Brügger, *Menschenrechtsethos und Verantwortungspolitik*. Max Webers Beitrag zur Analyse und Begründung der Menschenrechte, 1980; für Durkheim und Parsons ebenfalls Fn. 38, zusätzlich T. Parsons, *Social Structure and Personality*, 1965 (deutsch 1968); ders., *Durkheim's Contribution to the Theory of Integration of Social Systems*, in: K.H. Wolff (Hg.), *Emile Durkheim*, 1960, S. 118, bes. 146; heute vor allem N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 1974, S. 49 ff., und Häberle, *Kulturstaat* (Fn. 37), S. 21. Als Kontrast vgl. K. E. Müller (Hg.), *Menschenbilder früherer Gesellschaften*, 1983.

Ist das Selbstverständnis der Menschen als Individuen aber durch den kulturellen Entwicklungsstand der Gesellschaft bedingt, dann ergeben sich daraus Rückwirkungen auf eine Verfassung, die vom Individuum ausgeht und den Staat der personalen Freiheit dienlich macht. Die Verfassungsinterpretation muß einkalkulieren, daß diejenigen Bestimmungen, welche das Grundgesetz zum Schutz der Individualität trifft, ihren Zweck verfehlen und im Extremfall obsolet werden können, wenn die kulturellen Grundlagen der Individualität nicht mitgesichert werden. Das betrifft namentlich die Grundrechte als wichtigste Garantien von Personalität und Individualität. Was hinsichtlich der sozialen Defizite des klassischen Grundrechtsverständnisses theoretisch heute großenteils aufgeholt ist, steht für ihren kulturellen Aspekt noch weitgehend aus. Darin liegt die Berechtigung der von Häberle geforderten kulturstaatslich erweiterten Grundrechtstheorie.<sup>44</sup> Es können aber auch die Staatszielbestimmungen und ihre Konkretisierung in den Organisationsnormen berührt sein, soweit sie die Konstituierung, Kompetenz und Prozedur der Staatsorgane gerade im Hinblick auf die Wahrung individueller Freiheit regeln. Die verfassungsrechtliche Entscheidung für Individualfreiheit enthält also gleichzeitig eine Anerkennung des staatlichen Kulturauftrags. Die Stelle einer Kulturstaatsklausel, die im Grundgesetz nicht ausdrücklich vorkommt, nehmen gewissermaßen stellvertretend Art. 1 und 2 Abs. 1 GG ein.

Eine ausdrückliche Kulturstaatsklausel, wie sie die Sachverständigenkommission »Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge« jetzt in Ergänzung von Art. 20 und 28 GG vorschlägt, hätte unter diesen Umständen keine konstitutive Bedeutung. Sie schließt eine Textlücke, aber keine Rechtslücke. Davon geht auch die Kommission aus, wenn sie ihre Empfehlung als »grundsätzliche Verdeutlichung des kulturellen Auftrags des Gesamtstaats« versteht und unter anderem mit der Vollständigkeit der Verfassung rechtfertigt.<sup>45</sup> Was rechtlich gilt, soll auch textlich vorkommen. Indessen könnte die deklaratorisch gemeinte Änderung angesichts der Vernachlässigung kulturstaatlicher Gesichtspunkte in

44 Zuletzt P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 1983, S. 385 ff.

45 Bericht der Sachverständigenkommission »Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge«, 1983, S. 97 ff., das Zitat S. 112, das Argument der Vollständigkeit der Verfassung S. 122.



der Verfassungsinterpretation faktisch durchaus verstärkende und appellative Wirkungen entfalten, die vorwiegend der Grundrechtsinterpretation zugute kämen. Die Erfahrungen mit der dogmatisch kaum fruchtbar gemachten bayerischen Kulturstaatsklausel<sup>46</sup> sprechen nicht notwendig dagegen, weil das Landesverfassungsrecht ebenfalls stiefmütterlich behandelt und gerade im Grundrechtsbereich fast ganz vom Grundgesetz überlagert wird. Der verstärkende Effekt böte zugleich eine gewisse Kompensation für die Durchsetzungsschwäche kultureller Interessen, die als solche gar keine Vertretung besitzen, sich vielmehr nur sektoral organisieren lassen und auch dann nur gewichtig auftreten können, wenn sie ausnahmsweise über ein Verweigerungspotential verfügen, das das öffentliche Leben oder die wirtschaftliche Entwicklung spürbar stört.

### III. Exemplarisch

#### 1. Rundfunk als kulturelle Institution

Der verfassungsrechtliche Kulturauftrag bezieht sich auf die Sicherung der kulturellen Grundlagen von Person und Gesellschaft, die Ermöglichung kreativer kultureller Prozesse und die Verbreitung kultureller Güter. Er enthält also konservative, innovative und distributive Elemente. Dabei ergeben sich bezüglich der Intensität staatlicher Kulturvorsorge freilich Abstufungen. Der kreative Prozeß, gleichgültig, ob er sich weltanschaulich, wissenschaftlich, künstlerisch oder religiös äußert, ist in seinem Kernbereich gar nicht staatlich administrierbar. Staatlicherseits können vielmehr nur Rahmenbedingungen geschaffen werden, die ihn begünstigen und von kulturelternen Einflüssen, insbesondere dem Zwang zu wirtschaftlicher Verwertung, möglichst unabhängig machen sowie Wirkungshindernisse abbauen. Dagegen bedarf die Sicherung und Verbreitung der Kultur intensiverer staatlicher Mitwirkung, weil sie von personalen und sozialen Voraussetzungen abhängt, die weder als gegeben unterstellt werden können noch über hinreichende Eigenantriebe gesichert sind, wie sie etwa das Wirtschaftssystem im Gewinnstreben besitzt. Daraus ergibt sich eine Reihe

<sup>46</sup> Dazu O. Jung, Zum Kulturstaatsbegriff, 1976, S. 79 ff., die bayerische Judikatur ist dargestellt auf S. 103 ff.

von Grundsätzen für die Art und Weise der Erfüllung des Kulturauftrags, die anhand der verschiedenen kulturell relevanten Grundrechte entwickelt und differenzierend auf die staatlich institutionalisierten, die von staatlich organisierten Wirkungsmöglichkeiten abhängigen und die staatsunabhängigen Kulturbereiche angewandt werden müßten.<sup>47</sup>

Da ein solches Programm hier indes nur andeutungsweise erfüllbar wäre, scheint es mir zweckmäßiger, das kulturverfassungsrechtliche Konzept exemplarisch auf einen Einzelfall anzuwenden. Ich wähle dafür ein Problem, das einerseits von erheblicher kultureller Tragweite ist, andererseits aber nur am Rande unter kulturellen Gesichtspunkten diskutiert zu werden pflegt, nämlich die Neuordnung des Rundfunks. Daß der Rundfunk »jedenfalls auch ein kulturelles Phänomen ist«, hat das Bundesverfassungsgericht bereits im ersten Fernsehurteil ausgesprochen.<sup>48</sup> Die Lehre folgt dem zumindest insoweit, als der Rundfunk bildende oder künstlerische Werke selbst produziert oder verbreitet.<sup>49</sup> Geht man von dem hier entwickelten Kulturbegriff aus, wird diese Beschränkung aber fragwürdig. Bei allen Meinungsverschiedenheiten über die Wirkung von Massenmedien<sup>50</sup> gilt in den Kommunikations-

<sup>47</sup> Vgl. dazu etwa Häberle, Kulturstaat (Fn. 37), S. 34 ff.; W. Maihofer, Kulturelle Aufgaben des modernen Staates, in: E. Benda/W. Maihofer/H.J. Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S. 988 f.; R. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 40 ff., 79 ff.; F. Hufen, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, 1982; H. Graul, Künstlerische Urteile im Rahmen der staatlichen Förderungstätigkeit, 1970; U. Scheuner, Die Bundesrepublik als Kulturstaat, in: Bitburger Gespräche 1977/78, S. 113 ff.; E. Stein, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1967; M. Stock, Pädagogische Freiheit und politischer Auftrag der Schule, 1971; F. Hufen, Gleichheitssatz und Bildungsplanung, 1975; F. Ossenbühl, Erziehung und Bildung, AöR 98 (1973), S. 361.

<sup>48</sup> BVerfGE 12, 205 (229).

<sup>49</sup> Vgl. etwa Oppermann, Kulturverwaltungsrecht, 1969, S. 137 f., 495 f., bes. 512.  
<sup>50</sup> Vgl. Arbeitsgemeinschaft für Kommunikationsforschung (Hg.), Mediennutzung/Mediennutzung, 1980; M. Gurevitch u. a. (Hg.), Culture, Society and the Media, 1982; K. Lüscher, Medienökologie: Vorschläge für ein übergreifendes Verständnis von »Mediennwirkungen«, in: W. Hassemer u. a. (Hg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 1982, S. 127; ders., Gesellschaftspolitische Aspekte des Kabelfernsehens, Publizistik 24 (1979), S. 344; P. Hunziker, Gesellschaftliche Wirkungen der Medien. Materialien zur [schweizerischen] Mediengesamtkonzeption, 1980; E. Noelle-Neumann, Die Schweigespirale, 1980; H. Kellner, Fernsehen als Sozialisationsfaktor, 1979; K. Berg/M. L. Kiefer (Hg.), Massen-kommunikation. Eine Langzeitstudie zur Mediennutzung und Medienwirkung, 1978; K. Renckstorf, Neuere Perspektiven in der Massenkommunikationsfor-



wissenschaften doch als gesichert, daß das Fernsehen zu einem wesentlichen Faktor der Sozialisation von Kindern und Jugendlichen geworden ist, aber auch Erwachsenen einen Großteil der zur Orientierung in der Welt nötigen Informationen und Interpretationen liefert. Wenngleich das Fernsehen dabei vorhandene Einstellungen eher zu bestärken als zu verändern scheint, entfaltet es doch dort prägende Kraft, wo der Einzelne noch keine eigene Meinung ausgebildet hat oder nicht auf eigene Erfahrungen zurückgreifen kann. Damit wird der Rundfunk aber als ganzes zur Kultureinrichtung, wie ja auch die Schule oder die Universität ihren kulturellen Charakter nicht einbüßt, sobald sie Natur- oder Wirtschaftswissenschaften lehrt.

Gleichwohl sind dogmatische Konsequenzen aus der Kulturzuhörigkeit des Rundfunks selten anzutreffen. Dem Bundesverfassungsgericht diente die Einordnung des Rundfunks in den Kulturbereich zur Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern. Für die materielle Deutung der Rundfunkfreiheit gewann sie dagegen kein eigenständiges Gewicht. Den Inhalt der Rundfunkfreiheit leitete das Gericht vielmehr aus der Bedeutung eines freien Kommunikationsprozesses für das demokratische System ab.<sup>51</sup> Dieser Aspekt steht auch für die Literatur im Vordergrund, und sofern zusätzlich kulturstaatliche Gesichtspunkte erwähnt werden, hat es meist mit einem Hinweis sein Bewenden.<sup>52</sup> Es geht nun nicht darum, diesen Ansatz gegen einen kulturrechtlichen auszutau-

schung, 1977; J. Hackforth, Massenmedien und ihre Wirkungen, 1976; P. Hunziker/K. Lüscher/R. Fauser, Fernsehen im Alltag der Familie, RuF 23 (1975), S. 284; J. Blumler/E. Katz, The Use of Mass Communications, 1974; F. Ronneberger (Hg.), Sozialisation durch Massenkommunikation, 1971, sowie die Aufsätze in Publizistik 27 (1982), Heft 1-2.

51 BVerfGE 12, 205 (259 ff.).

52 Zum Beispiel bei P. Lerche, Rundfunkmonopol, 1970, S. 14 f.; P. Badura, Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung, 1980, S. 25; W. Hoffmann-Riem, Massenmedien, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S. 393; M. Stock, Das Hörfunk- und Fernsehsystem in der Bundesrepublik Deutschland, in: M. Seidel (Hg.), Hörfunk und Fernsehen im Gemeinsamen Markt, 1983, S. 57, 74. Als wichtige Ausnahme vgl. F. Kübler, Kommunikation und Verantwortung, 1973; ders., Medienverantwortung als Rechtsproblem, in: Grundrechte und soziale Wirklichkeit (Fn. 50), S. 105; ferner mit dem Ziel, die Berücksichtigung kultureller Verbände im Rundfunkrat des NDR zu begründen, H.P. Schneider, Rundfunkvielfalt und Gruppenrelevanz im Kulturstaat, RuF 30 (1982), S. 425. Ausdrücklich für Nachrichtenrelevanz kulturstaatlicher Gesichtspunkte M. Bullinger, Elektronische Medien als Marktplatz der Meinungen, AöR 108 (1983), S. 189.

schen. Die Rundfunkfreiheit wird in der Tat im Interesse der individuellen Meinungsbildungsfreiheit und des auf sie angewiesenen demokratischen Prozesses gewährleistet und muß daher im Rekurs auf diese interpretiert werden. Insoweit aber Individualfreiheit und demokratischer Prozeß ihrerseits auf kultureller Grundlage ruhen, ist diese von der Gewährleistung mit umfaßt. Der kulturelle Aspekt verdrängt also nicht die übrigen, für die Deutung der Rundfunkfreiheit konstitutiven Prinzipien, sondern tritt ergänzend und möglicherweise modifizierend hinzu. Er verlangt, daß die Ordnung des Rundfunks als kultureller Institution in einer Weise gestaltet wird, die den im Grundgesetz enthaltenen kulturellen Anforderungen nicht widerspricht.

Damit wird dem Grundgesetz nicht etwa ein neuartiger Aspekt aufgepfropft, sondern ein überkommener in Erinnerung gebracht. Im Gegensatz zu den USA ist Rundfunk in Deutschland nach 1945 nicht als Mittel individueller Meinungsäußerung oder unternehmerischer Erwerbstätigkeit, sondern gleich Schulen, Museen und Bibliotheken als öffentliche Aufgabe verstanden und in den Dienst kultureller Integration gestellt worden.<sup>53</sup> In dieser Form fand ihn das Grundgesetz vor, und auf diesen Zustand bezog sich die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Der grundrechtliche Schutz sollte die Rückkehr zu einem für staatliche Zwecke instrumentalisierten Rundfunk ausschließen, nicht aber die um der kulturellen Integration willen bestehende öffentlichrechtliche Struktur ändern. Sinn der Regelung war es, den Rundfunk als öffentlichen frei zu verfassen. Damit gleicht die Rundfunkfreiheit älteren kulturellen Freiheiten wie denen aus Art. 5 Abs. 3 GG, die ebenfalls keine staatsausgrenzende Funktion im klassisch-liberalen Sinn erfüllen sollten und daher nicht notwendig mit privater Struktur identisch sind.<sup>54</sup> Umgekehrt legt Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG den Rundfunk aber auch nicht auf die öffentlichrechtliche Organisationsform fest. Der Umstand, daß das Grundgesetz von ihr ausging, verbietet es lediglich, den öffentlichrechtlichen Integrationsrundfunk nun als verfassungswidrig hinzustellen.<sup>55</sup> Er erzwingt

53 Vgl. Kübler, Medienverantwortung (Fn. 52), S. III; W. Schmidt, Die Rundfunkgewährleistung, 1980, S. 68 ff. Zur Situation in der Weimarer Republik vgl. W. D. Lerg, Die Entstehung des Rundfunks in Deutschland, 1970; H. Bausch, Rundfunkpolitik nach 1945, Teil 1-2, 1980.

54 So auch Scholz in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Rdnr. 8 zu Art. 5 Abs. 3; Badura, Grundfunkgesetzgebung (Fn. 52), S. 30.

55 So aber R. Herzog in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Rdnr. 236 zu Art. 5 Abs. 1

aber kein Monopol. Verfassungsrechtlicher Fixpunkt ist vielmehr allein die Freiheit des Rundfunks, während jede damit vereinbare Organisationsform gewählt werden kann.<sup>56</sup>

Entscheidende Bedeutung gewinnt dann freilich das Freiheitsverständnis in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Problematik wird hier indessen nicht in ihrer ganzen Breite, sondern nur hinsichtlich des vernachlässigten kulturellen Aspekts aufgerollt. Da die Eigenart der Kultur auf ihren ideellen Funktionen beruht, beziehen sich auch die kulturellen Freiheiten primär auf Kommunikationsvorgänge und ihre spezifischen künstlerischen, wissenschaftlichen, religiösen Ausdrucksformen und nur mittelbar auf deren materielle, technische und organisatorische Voraussetzungen. Die Grundrechte erkennen damit eine dem jeweiligen Kulturbereich innewohnende Eigengesetzlichkeit an, die sich nur unter Autonomiebedingungen entfalten kann.<sup>57</sup> Die Funktion der kulturellen Grundrechte beschränkt sich dann nicht auf die Staatsabwehr, sondern besteht umfassender im Schutz vor externer, also kultur-fremder Steuerung, wovon die politische nur eine Erscheinungsform unter anderen bildet. Beim Rundfunk schlägt sich der geistige Prozeß im Programm, und zwar im gesamten, nieder; seine spezifische Form gewinnt er in der Publizistik. Das Programm und die es konstituierenden publizistischen Tätigkeiten bilden daher den Gegenstand der Rundfunkfreiheit. Nicht dagegen kann Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als unternehmerische Freiheit gedeutet werden. Insoweit muß auf Art. 12 Abs. 1 GG zurückgegriffen werden.<sup>58</sup>

und 2; nur bezogen auf das öffentlichrechtliche Monopol z. B. W. Rudolf, Über die Zulassung privaten Rundfunks, 1971; H. H. Klein, Die Rundfunkfreiheit, 1978, S. 62 ff.; ders., Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit, Der Staat 20 (1981), S. 185 ff.; W. Schmitt Glaeser, Kabelkommunikation und Verfassung, 1979, S. 136 ff., 143 ff.; Ch. Starck, Kommunikationsfreiheit und Rundfunkorganisation hierzulande und anderswo, JZ 1980, S. 436; R. Scholz, Das dritte Fernseh-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1981, S. 566; K. Stern, Neue Medien – neue Aufgaben des Rechts?, DVBl. 1982, S. 1116; zum Ganzen P. Lerche, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: M. Bullinger/F. Kübler (Hg.), Rundfunkorganisation und Kommunikationsfreiheit, 1979, S. 15.

<sup>56</sup> So auch BVerfGE 57, 295 (321).

<sup>57</sup> Zur Eigengesetzlichkeit vgl. vor allem Hüfen, Freiheit der Kunst (Fn. 47), S. 180 ff.; BVerfGE 30, 173 (190).

<sup>58</sup> So auch Schmidt, Rundfunkgewährleistung (Fn. 53), S. 23; Kübler, Medienverantwortung (Fn. 52), S. 110; Badura, Rundfunkgesetzgebung (Fn. 52), S. 47 ff. Zur Eigenständigkeit von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als spezifisch publizistischer Freiheit vor allem M. Stock, Zur Theorie des Koordinationrundfunks, 1981.

Rundfunkunternehmerfreiheit ist wegen Art. 12 GG grundsätzlich möglich, kann aber nur in dem Maß zum Zuge kommen, wie sie das Schutzziel von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, die publizistische Freiheit, nicht nachteilig beeinflusst.

Da die als Programmfreiheit gedeutete Rundfunkfreiheit kulturell begründet ist, schließt sie nicht die Freiheit zu akultureller Verwendung ein. Das nächst der Schulbildung wichtigste Mittel der Kulturtradierung und -verbreitung darf nicht kulturell brachgelegt werden. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet daher auch ein kulturell angemessenes Gesamtprogramm. Die Angemessenheit bezieht sich sowohl auf die Vermittlung der kulturellen Grundlagen individueller Entfaltung und sozialer Integration als auch auf den Anteil kultureller Sendungen im engeren Sinn. Der Kulturauftrag beschränkt sich freilich auf die Angebotsseite, er verwandelt sich nicht unter der Hand in einen Kulturzwang für den Rezipienten. In dessen Freiheit wurzelt letztlich die Rundfunkfreiheit, und diese bleibt ihm beim Empfang erhalten. Vom Empfänger aus betrachtet, erscheint die Rundfunkfreiheit als Wahlfreiheit bei der Nutzung des Rundfunks. Wahlfreiheit darf allerdings nicht nur formal verstanden werden, sondern schließt, wie heute in der Grundrechtstheorie allgemein anerkannt, die Realbedingungen von Wahl ein. Die bloße Existenz mehrerer nebeneinander gesendeter Programme schafft noch keine reale Wahlmöglichkeit, wenn nicht auch kulturelle Sendungen wählbar sind. Deren Wahl darf ferner nicht mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden sein. Kulturelle Sendungen müssen deswegen unter Bedingungen angeboten werden, die nicht faktisch zum Ausschluß breiter Bevölkerungskreise führen. Das ist eine Frage der Programmstruktur, auf die sich deswegen das kulturrechtliche Grundrechtsverständnis ebenfalls noch erstreckt.

Läßt die Rundfunkfreiheit als kulturelle Freiheit zwar nicht offen, ob überhaupt ein kulturell angemessenes Programm angeboten wird, so ist es doch Sache der Kommunikatoren, auf welche Art und Weise sie den kulturellen Auftrag erfüllen. Insoweit nimmt der Rundfunk an der Autonomie teil, die das Grundgesetz in den kulturell relevanten Grundrechten schützt. Diese Autonomie ist das rechtliche Korrelat kultureller Eigengesetzlichkeit. Sie verlangt, daß der kulturelle Kommunikationsprozeß offengehalten

Zur Differenz zwischen kommunikativen und ökonomischen Grundrechtsaspekten schon BVerfGE 25, 256 (264f.).

ten wird und seine Ergebnisse pluralistisch ausfallen können.<sup>59</sup> Soweit Kultur zur Betätigung oder Wirkung auf den Rundfunk angewiesen ist, muß er deshalb den verschiedenen Richtungen offenstehen. Aus diesem Grund nimmt die grundrechtliche Freiheit hinsichtlich des vom Staat zu ordnenden Rundfunks die Gestalt eines Neutralitätsgebots an, wie es für die staatliche Kulturpflege im traditionellen Sinn seit langem anerkannt ist.<sup>60</sup> Der Rundfunk als wichtiger Kulturproduzent und Kulturvermittler darf nicht Partei für oder gegen eine Richtung ergreifen. Die Erfüllung des Kulturauftrags hat von dirigistischen Absichten freizubleiben. Verfassungsrechtlich liegt aber nicht fest, in welchen Organisationsformen diese Postulate verwirklicht werden. Sicherzustellen ist lediglich, daß im Rundfunksystem insgesamt die kulturelle Versorgung des Publikums stattfindet und die tatsächliche kulturelle Vielfalt im Programm wiederkehrt. Läßt sich dieses Ziel in verschiedenen Rundfunkordnungen erreichen, so genießt der Gesetzgeber insoweit Wahlfreiheit.<sup>61</sup>

## 2. Kulturverfassung und kommerzieller Rundfunk

Zur verfassungsrechtlich entscheidenden Frage wird unter diesen Umständen, wie sich die verschiedenen Rundfunkmodelle auf die aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ableitbaren kulturrechtlichen Anforderungen auswirken. Da die verbesserten technischen Möglichkeiten und die unbestreitbaren Mängel des bestehenden Rundfunksystems allenthalben die Auflösung der öffentlichrechtlichen Monopole und eine Zulassung privater Veranstalter begünstigen, ist besonders nach den kulturellen Auswirkungen des kommerziellen Systems zu fragen. Die vernachlässigte kulturrechtliche Komponente kann dabei möglicherweise Wirklichkeitsbefunden, die bisher juristisch irrelevant erschienen oder ohne rechtssystematische Verortung benutzt wurden, Gewicht verleihen. Sie tragen freilich größtenteils prognostische Züge und können sich vorerst nur auf wenige empirische Erhebungen und auch nur unter dem Vorbehalt vergleichbarer Rahmenbedingungen auf ausländische Erfahrung-

<sup>59</sup> Dazu Hufen, *Freiheit der Kunst* (Fn. 47), S. 239 f.; Häberle, *Kulturstaat* (Fn. 37), S. 30 ff.; ders., *Verfassungslehre* (Fn. 37), S. 16 f.; Scholz in: *Maunz/Dürig, Grundgesetz*, Rdnr. 8 zu Art. 5 Abs. 3.

<sup>60</sup> Vgl. K. Schlaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972.

<sup>61</sup> Vgl. *BVerfGE* 57, 295 (321).

gen stützen. Ein Teil der verfassungsrechtlichen Kontroversen findet hierin seinen Grund. Mit einiger Sicherheit kann man aber davon ausgehen, daß die Aufhebung des Monopols zu einer Ausweitung des Programmangebots führen und der dazu erforderliche Geldbedarf hauptsächlich aus Rundfunkwerbung bestritten wird. Da die Akquisition der Werbemittel von der Anziehungskraft der Programme abhängt, bedeutet das zugleich eine verschärfte Konkurrenz um die Zuschauergunst. Als Erfolgskriterium erscheint dabei, wenn Werbeeinnahmen das Unternehmensziel sind, die Einschaltquote, die auf diese Weise Leitfunktion für die Programmgestaltung gewinnt.

Die kulturellen Konsequenzen dieses Systems sind umstritten. Während die Befürworter von einem reichhaltigeren Programmangebot und von einer zuverlässigeren Orientierung an Publikumsbedürfnissen ausgehen, prognostizieren die Gegner eine qualitative Verarmung der Programme und eine Ausrichtung am anspruchslosen Durchschnittsgeschmack. Eine gewisse empirische Kontrollmöglichkeit bietet das amerikanische Rundfunksystem, das dem kommerziellen Muster weitgehend folgt.<sup>62</sup> Das Beispiel lehrt, daß sich in einem privatwirtschaftlich betriebenen Rundfunk ökonomische Imperative in erheblichem Umfang auf Kosten kultureller Postulate durchzusetzen vermögen. Da kulturelle Sendungen nicht dieselben Einschaltquoten erzielen wie Unterhaltungsprogramme und also auf Sponsoren weniger Anreiz ausüben, verschwinden sie weitgehend aus dem Angebot. Soweit die Federal Communications Commission auf einen bestimmten Anteil drängt, wird er in der Regel mit kulinarischer Kultur gefüllt oder in Randzeiten abgedrängt. Dominant ist die Unterhaltung. Auch im Unterhaltungsprogramm herrscht aber weniger qualitative als quantitative Vielfalt. Erfolgreiche Muster werden kopiert und führen zu einer Vermehrung des Gleichartigen. Da der Zuschauer durch das Programm für die Werbebotschaft empfänglich gemacht werden muß, sind selbst Stoff und Dramaturgie der Programme auf die Werbung zugeschnitten. Das verhindert zum einen kritische oder Minderheiten berücksichtigende Inhalte und verlangt zum anderen eine auf den Werbespot hinführende stereotype Abfolge von Höhepunkten.

<sup>62</sup> Dazu W. Hoffmann-Riem, *Kommerzielles Fernsehen*, 1981; ders., *Kommerzielles Fernsehen in den USA, Media Perspektiven* 1980, S. 362; H.-J. Kleinsteuber, *Fernsehen und Geschäft*, 1973.

Diese Auswirkungen lassen sich nicht durchweg auf eine typisch amerikanische Mentalität zurückführen, so daß sie schon deswegen für einen interkulturellen Vergleich ungeeignet wären. Sie treten vielmehr als Folge eines nicht an publizistisch-kulturellen, sondern ökonomischen Rationalitätskriterien ausgerichteten Rundfunksystems ein, in dem das Programm als kulturrechtliches Schutzgut seine Autonomie einbüßt und zum Vehikel außerkultureller Zwecke wird. Ähnliche Konsequenzen müssen daher bei vergleichbaren Strukturen auch in Deutschland einkalkuliert werden. Es ist damit zu rechnen, daß die wichtige Kulturinstitution Rundfunk unter kommerziellen Bedingungen ein kulturelles Defizit hinterläßt.<sup>63</sup> Dieses bestünde zum einen darin, daß der Rundfunk für die Produktion und Verteilung kultureller Güter weitgehend ausfiele. Dafür blieben nur die traditionellen Kultureinrichtungen übrig, die sich aber, soweit sie Breitenwirkung entfalten wie die Schule, auf das Kindes- und Jugendalter beschränken, und, soweit sie lebensbegleitend operieren wie Theater, Museen, Volkshochschulen, keine Breitenwirkung erzielen. Da das Fernsehprogramm indes auch in seinen nicht kulturellen Teilen kulturelle Effekte hat, besteht zum anderen die Gefahr, daß es Weltverständnis und Einstellungsmuster fördert, die dem Anspruchsniveau, welches eine komplexe Gesellschaft voraussetzt und auch in ihren Bildungsinstitutionen zu vermitteln sucht, gerade zuwiderlaufen.

Für den Einzelnen, der sich die nicht persönlich erfahrbare Umwelt vorwiegend am Fernsehgerät erschließt, entstünde durch ein solches, auf informative, kritische und bildende Sendungen weitgehend verzichtendes Fernsehen ein verzerrtes Weltbild, das die Orientierung in der Gegenwart und die Deutung der eigenen Befindlichkeit nicht erleichtert.<sup>64</sup> Da das erweiterte und anreizendere Programmangebot den Fernsehkonsum zudem eher vergrößert als verringert, fördert es die Tendenz zu passiver Nutzung der ebenfalls noch wachsenden Freizeit. Insbesondere dürfte die mit dem Fernsehen verbundene Schwächung der Lesebereitschaft und Lesefähigkeit weiter zunehmen. Indessen werden Einblicke in komplizierte Zusammenhänge und adäquate Deutungen für umgebende Realitäten noch immer größtenteils sprachlich vermittelt

63 Vgl. Kübler, Medienverantwortung (Fn. 52), S. 117.

64 Vgl. U. Saxer, Führt ein Mehrangebot an Programmen zu selektivem Rezipientenverhalten?, *Media Perspektiven* 1980, S. 395; J. G. Blumler, Integrationsfunktion und Rundfunkordnung, *Media Perspektiven* 1980, S. 156.

und lesend angeeignet. Intensive Nutzung eines kulturell verarmten Fernsehens beeinträchtigt deswegen die kulturellen Voraussetzungen der Persönlichkeitsentfaltung. Daran erweist sich erneut, daß die Mündigkeit des Staatsbürgers, die zur Legitimation des Marktmodells gern herangezogen wird, bei der Gestaltung des Rundfunksystems nicht als Gegebenheit vorausgesetzt werden darf, sondern als vom Rundfunksystem mitkonstituiertes Produkt zu verstehen ist.<sup>65</sup> Der demokratische Staat steht dann bei der Ordnung des Rundfunkwesens vor dem Problem, die Mündigkeit des Bürgers einerseits zugrundelegen und andererseits doch ständig stützen zu müssen. Es kann ohne Bevormundung nur gelöst werden, wenn sich die Stützungsmaßnahmen selbst wieder aus dem Verfassungsziel personaler Entfaltung legitimieren.

Auf der Ebene der sozialen Integration droht durch ein vorwiegend auf anspruchslöse Unterhaltung gerichtetes Fernsehen eine Vernachlässigung der kulturellen Traditionen, aus denen sich die kollektive Identität von Gesellschaften und Nationen speist. Das hat desintegrierende Wirkungen, die sich in Krisenzeiten destabilisierend bemerkbar machen. Sie werden dadurch noch verschärft, daß sich die nachteiligen Folgen mangelnder kultureller Stützung der individuellen Handlungskompetenz schichtenspezifisch verteilen.<sup>66</sup> Während ein Großteil der Bevölkerung, der seine kulturelle Reproduktion vorwiegend dem Fernsehen überläßt, sich ständig im eigenen Nichtwissen bestätigt, hebt sich ein kleiner Kreis überlegen Informierter immer weiter von der Menge ab. Damit wird die Wissensklüft in der Gesellschaft vertieft und die Gleichheit als Prämisse demokratischer Willensbildung auf ihr formales Element reduziert und damit real demontiert. Dagegen ist die stabilisierende Wirkung eines Fernsehens, das eher zur Ablenkung als Bewußtmachung von Problemen neigt, nur schwach verankert. Langfristig bereitet es vielmehr Enttäuschungen vor, die dann zum Ausbruch kommen, wenn sich die Probleme krisenartig zuspitzen und die Diskrepanz von Welt und Scheinwelt unübersehbar wird. Steht in solchen Situationen nicht genügend kulturell

65 Dazu W. Hoffmann-Riem, *Medienfreiheit*, in: ders. (Hg.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. II, 1977, S. 56 ff.; J. P. Müller, *Grundrechtliche Aspekte der Mediengesamtkonzeption*, *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 99 (1980), S. 311; P. Hunziker, *Das Publikum als Marktpartner im »publizistischen Wettbewerb«*, 1981.

66 Vgl. U. Saxer, *Medienverhalten und Wissensstand*, in: Bertelsmann *Texte* 7, *Buch und Lesen*, 1978, S. 35 ff.

vermittelter Sinn zur Verfügung, droht dem politischen System der Entzug von Legitimation, auf die gerade der seine Machtmittel zugunsten individueller Freiheit begrenzende demokratische Staat in besonderem Maße angewiesen ist.

Freilich ist die kulturelle Austrocknung des Rundfunks nicht das Ziel der Befürworter einer privatwirtschaftlichen Rundfunkstruktur. Daß auch sie die Gefahr aber nicht gänzlich ausschließen können, wird an der Forderung sichtbar, den öffentlichrechtlichen Rundfunk als Kulturreserve und Garanten einer Grundversorgung der Bevölkerung neben dem privatrechtlichen beizubehalten.<sup>67</sup> Es fragt sich aber, ob in einem solchen dualistischen System der öffentlichrechtliche Rundfunk seine Aufgabe noch zu erfüllen vermag. Das amerikanische Beispiel des Public Broadcasting System<sup>68</sup>, das in der Machart dem kommerziellen Fernsehen unterlegen ist und nur sehr geringe Einschaltquoten erzielt, spricht dagegen. Doch handelt es sich hier um einen nachträglich zum privaten hinzutretenden, mangelhaft ausgestatteten Rundfunk, dessen Wettbewerbsfähigkeit von vornherein nicht gewährleistet war. In den europäischen Ländern, die ein dualistisches System praktizieren, trat das private Fernsehen dagegen zu einem ausgebauten und funktionstüchtigen öffentlichen System hinzu. Doch zeigt sich auch hier wie ebenfalls in Japan, daß die öffentlichen Anstalten erhebliche Zuschauereinbußen erlitten, die nur durch Niveauanpassungen wieder aufgefangen werden konnten.<sup>69</sup> Den Preis zahlt die Kultur. Die Wettbewerbsfähigkeit eines neben dem kommerziellen Fernsehen bestehenden öffentlichen Rundfunks wird daher von den Autoren, die sich diese Frage stellen, größenteils skeptisch beurteilt.<sup>70</sup>

Ausschlaggebend ist damit, ob privatwirtschaftlich betriebener Rundfunk in ein ordnungspolitisches Konzept einbezogen werden

67 Vgl. Klein, Rundfunkfreiheit (Fn. 55), S. 79; M. Bullinger, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation, 1980, S. 93 ff.; dazu Stock, Koordinationsrundfunk (Fn. 58), S. 96 ff.

68 Vgl. Carnegie Commission on the Future of Public Broadcasting, 1979; Hoffmann-Riem, Media Perspektiven 1980, S. 363.

69 Vgl. J. Heyn/H. J. Weiß, Das Fernsehprogramm von ITV und BBC. Zum Einfluß des kommerziellen auf das öffentlichrechtliche Fernsehen, Media Perspektiven 1980, S. 145; zu Japan K. Winckler, Ökonomie und Ideologie des Fernsehens, 1977.

70 Vgl. B.-P. Lange, Kommerzielle Ziele und binnenpluralistische Organisation von Rundfunkveranstaltern, 1980, S. 71 ff.; Schmidt, Rundfunkgewährleistung (Fn. 53), S. 63.

kann, das die kulturellen Anforderungen des Grundgesetzes gegen die ökonomischen Imperative durchsetzt. Dabei geht es weniger um die Möglichkeit des Erlasses entsprechender Normen als um ihre Steuerungsfähigkeit. Auch hier weckt das amerikanische Beispiel Zweifel.<sup>71</sup> Eine zuverlässige Beantwortung der Frage für die andersartige deutsche Situation erscheint derzeit aber noch nicht möglich. Indessen enthalten die bereits vorliegenden Entwürfe für Landesmediengesetze nicht einmal auf der normativen Ebene hinreichende kulturelle Gewährleistungen. Der niedersächsische Gesetzentwurf<sup>72</sup> stellt an die privaten Veranstalter keinerlei kulturelle Anforderungen, sondern verlangt in seinen Programmrichtlinien nur publizistische Fairness. Der baden-württembergische Entwurf<sup>73</sup> nennt als Ziel des privaten Rundfunks zwar »vielfältige Möglichkeiten der Information, Bildung und Unterhaltung«, hält dieses Ziel aber offenbar allein durch die Existenz privater Veranstalter für gesichert und trifft deswegen keine Vorsorge für seine Realisierung. Bezüglich der Werbung sind beide Entwürfe bemüht, amerikanische Verhältnisse zu vermeiden. Doch verfehlt die zentrale Vorschrift, daß die Werbeträger keinen Einfluß auf das Programm nehmen dürfen<sup>74</sup>, die Realität, in der dieser Einfluß nicht personell, sondern systemstrukturell durch die Marktbedingungen verankert ist. In Ergänzung der vom FRAG-Urteil beanstandeten Mängel<sup>75</sup> verdienen daher auch die kulturellen Defizite der erkennbaren künftigen Rundfunkordnung verfassungsrechtliche Aufmerksamkeit.

71 Vgl. W. Hoffmann-Riem, Fernsehkontrolle als Ritual?, JZ 1981, S. 73; Lange, Kommerzielle Ziele (Fn. 70), S. 46 ff.

72 Landtagsdrucksache 10/1120 vom 5. 5. 1983.

73 Hektogramm des Staatsministeriums Baden-Württemberg vom 4. 7. 1983.

74 Baden-Württemberg § 26 Abs. 1 Nr. 1; Niedersachsen § 38 Abs. 3. Vgl. Hoffmann-Riem, Media Perspektiven 1980, S. 369.

75 BVerfGE 57, 295.

## Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat

### I. Die Auflösung des älteren Systems sozialer Sicherheit im entstehenden Verfassungsstaat

Der Verfassungsstaat war seinem Ursprung nach kein Sozialstaat. Er löste im Gegenteil die vielfältigen sozialen Sicherungen der vor-konstitutionellen Ordnung auf, ohne sie durch andere zu ersetzen. Vielmehr kennzeichnet es die aus den bürgerlichen Revolutionen hervorgegangenen Verfassungen, daß sie dem Staat die Verantwortung für Wohlstand und Gerechtigkeit, die er bis dahin stets beansprucht hatte, entzogen und zur Privatsache machten. Dahinter stand die philosophisch und ökonomisch begründete und den Interessen des Bürgertums entgegenkommende Überzeugung, daß nationaler Wohlstand und soziale Gerechtigkeit nicht das Ergebnis planvoller staatlicher Bewirkung, sondern die automatische Folge gesellschaftlicher Autonomie seien. Voraussetzung war nichts anderes als Freiheit und Gleichheit der Individuen. Sie sollten für Wohlstand sorgen, weil die Beseitigung der ständisch-korporativen Eigentums- und Betätigungsbindungen und die Abschaffung des staatlichen Dirigismus Talent und Fleiß des Einzelnen freisetzen und im Wettbewerb zu höchster Leistungskraft steigern würden. Gerechtigkeit sollte sich ausbreiten, weil in einem solchen System der Wille des Einzelnen für seine sozialen Beziehungen maßgeblich würde, so daß an die Stelle heteronomer Pflichten freie Vereinbarungen traten, die einen subtileren Interessenausgleich ermöglichten, als zentrale staatliche Steuerung ihn zu bewirken vermochte. Dabei verband sich mit Wohlstand und Gerechtigkeit freilich nicht die Verheißung sozialer Gleichheit. Im Gegenteil mußte Privatautonomie ohne die Möglichkeit staatlicher Korrekturen soziale Ungleichheit notwendig produzieren und schloß auch existentielle Not nicht aus. Doch konnten Ungleichheit und Not in einem System individueller Freiheit nicht als extern auferlegt gelten, sondern erschienen persönlich zurechenbar und insofern nicht ungerecht. Daher bedurften sie auch keiner politischen Bearbeitung. Not war privatisiert. Der Staat wurde in diesem System nicht überflüssig, weil auch die auf Freiheit und

Gleichheit gegründete Gesellschaft in hohem Maße störungsanfällig ist, die Störungen mangels kollektiver Handlungsfähigkeit aber nicht aus eigener Kraft beheben kann. Es entfiel jedoch der Wohlfahrtszweck des Staates, und seine Funktionen reduzierten sich auf den Rechtswert. Auch diesen erfüllte er aber nicht mehr durch die Herstellung einer gerechten Sozialordnung, sondern nur noch durch die Garantie ihrer natürlichen Voraussetzungen – eben Freiheit und Gleichheit.

Im Zuge der Umstellung der Rechtsordnung von objektivem Gemeinwohl auf subjektives Belieben verschwanden oder verkümmerten die meisten Einrichtungen sozialer Sicherheit, die mit der ständisch-korporativen Gesellschaftsordnung und der staatlichen Wohlfahrtsvorsorge verbunden waren. Das betraf insbesondere die im Feudalsystem und in der Zunftverfassung enthaltenen Gewährleistungen, aber auch die Anstalten der staatlichen, kommunalen und kirchlichen Armenpflege.<sup>1</sup> Mochte das Feudalsystem seine innere Berechtigung wegen der Inkongruenz von Leistung und Gegenleistung ausgangs des 18. Jahrhunderts auch bereits verloren haben, so bildete es doch immer noch einen wichtigen Faktor sozialer Sicherheit auf dem Lande. Der Grundherr genoß nämlich nicht nur die Dienste und Abgaben seiner Bauern, sondern hatte seinerseits eine Reihe von Fürsorgepflichten im Fall bürgerlicher Not, deren er sich nicht entledigen konnte, weil der Einzug von Bauernstellen und die Abstufung von Bauern zu Landarbeitern untersagt waren. Das Ausmaß der dadurch gewährleisteten sozialen Sicherheit geht aus dem Umstand hervor, daß zu

<sup>1</sup> Vgl. zum Feudalsystem O. Brunner, *Land und Herrschaft*, 5. Aufl. Wien 1965, S. 240ff.; F. W. Henning, *Das vorindustrielle Deutschland*, Paderborn 1976, S. 29f., und als Beispiel einer gesetzlichen Fixierung der Fürsorgepflicht ALR 2. Teil, 7. Titel, 3. Abschnitt, §§ 122-132; zur Zunftverfassung K. v. Rohrscheidt, *Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit*, Berlin 1898; W. Fischer, *Handwerksrecht und Handwerkswirtschaft*, Berlin 1955; zur Armenpflege E. Münsterberg, *Die deutsche Armengesetzgebung*, Leipzig 1887; Ch. Sachße/F. Tennstedt, *Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland*, Stuttgart 1980; F. Tennstedt, *Sozialgeschichte der Sozialpolitik in Deutschland*, Göttingen 1981; G. Ratzinger, *Geschichte der kirchlichen Armenpflege*, Freiburg 1868; zum Wohlfahrtsverständnis des Staates generell H. Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft)*, 2. Aufl. München 1980. Zur Rolle der Verfassungslehre der alten Ordnung vgl. D. Grimm, *Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung*, in diesem Band S. 192, ders., *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung*, in: Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. III/1, München 1982, S. 17-173.

jener Zeit immer noch 80 % der Bevölkerung auf dem Lande lebten, von denen nur etwa 20 % der unterständischen Landarbeiterschicht angehörten. Ähnlich wirkte die Zunftverfassung. So sehr sie auch mit allen wirtschaftlichen Nachteilen des Monopolismus behaftet war und durch ihre vielfältigen Produktions- und Vertriebsbeschränkungen, Auflagen und Rituale innovationshemmend wirkte, so erfolgreich leistete sie doch nach wie vor die soziale Einbindung und Sicherung der Handwerker, und zwar sowohl der Gesellen, die in den Familienverband des Meisters aufgenommen wurden und dort im Fall von Notlagen auch versorgt werden mußten, als auch der arbeitsunfähigen Meister oder ihrer Hinterbliebenen. Von den für die unterständische Armut zuständigen Institutionen war insbesondere die Kirche betroffen, deren nunmehr säkularisiertes Vermögen stets auch im Dienste ihrer karitativen Aufgabe gestanden hatte. Dagegen blieb die staatliche und gemeindliche Armenpflege als öffentliche Einrichtung erhalten, machte aber einen Wandel durch. Zum einen mußte sie in einem auf Privatautonomie umgestellten System ohne flankierende Maßnahmen – wie etwa Preisbindung für Grundnahrungsmittel – auskommen. Zum anderen ließ sie sich unter den Bedingungen von Freizügigkeit nicht mehr nach dem Heimatprinzip organisieren. Damit wuchs nicht nur die Belastung zahlreicher Gemeinden, sondern auch die Versuchung, ihr durch Abschieben der Armen zu entgehen. Die Armenpflege fiel unter diesen Umständen vorerst wieder in jenes polizeilich-repressive Verständnis zurück, aus dem sie sich im aufgeklärten Absolutismus gerade zu befreien begonnen hatte.

Verfassungsrechtlicher Ausdruck der neuen Ordnung waren die Grundrechte. Ausgehend von dem autonomen Individuum besetzten sie alle statusbedingten Abhängigkeiten und intermediären Gewalten und begründeten die allgemeine Staatsbürgerschaft. Erst damit war das vom Absolutismus angestrebte Ziel der Monopolisierung aller Herrschaftsbefugnisse beim Staat endgültig erreicht. Zugleich nahmen sie aber die Staatsmacht auf den Schutz von Freiheit und Eigentum zurück und trafen im Gesetzesvorbehalt Vorsorge, daß die zu diesem Zweck erforderlichen Grundrechtseingriffe nur aufgrund parlamentarischer Ermächtigung erfolgten. Die Grundrechte fungierten auf diese Weise als Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, vermittelten ihm aber keinerlei staatliche Leistungen. Das Ergebnis der individuellen Frei-

heitsbetätigung war vielmehr vom Staat als Ausfluß der ihm vorgeordneten Privatautonomie hinzunehmen. Die Freiheit löste sich dadurch von den Mitteln ihres Gebrauchs und wurde abstrakt. Hatte sie bis dahin immer an Besitz von Grund und Boden oder einem existenzverbürgenden Äquivalent gehangen, hatte umgekehrt das Fehlen eines solchen auch Unfreiheit bedeutet, so konnte nun Freiheit auch ohne materielle Grundlage vorkommen. Die Freiheit war zwar verallgemeinert, dafür aber nur noch Chance. Mit der Eigentumsgarantie ging kein Anspruch auf Besitz, mit der Berufsfreiheit kein Recht auf Arbeit, mit der Unverletzlichkeit der Wohnung kein Anrecht auf Obdach einher. War andererseits Eigentum bisher immer sozialpflichtig, Freiheit also mit Fürsorgepflichten für Abhängige verbunden gewesen, so erhob es sich nun zum absoluten Recht. Wer Eigentum hatte, konnte damit nach Belieben verfahren, wie art. 544 *Code Napoléon* pointiert formuliert. Die Rechtfertigung lag darin, daß es jedem freistand, Eigentum zu erwerben, und wer dieses Grundrecht nicht nutzte, war für die Folgen selbst verantwortlich. Insoweit begünstigten sich die Grundrechtskataloge mit einem Auftrag zur staatlichen Armenpflege, der aber selbst dann, wenn er zur »dette sacrée« erklärt wurde wie in der jakobinischen Verfassung von 1793, keinen Rechtsanspruch vermittelte und nur das Überleben sicherte. Auch als nach den Erfahrungen der jakobinischen Exzesse die Direktorialverfassung von 1795 die Grundrechte um Grundpflichten ergänzte, handelte es sich nicht etwa um soziale Rückbindungen der Individualfreiheit, sondern um Mahnungen zur Gesetzestreue und moralisierende Parolen wie die, daß ein guter Bürger auch ein guter Ehemann und Vater sei.

## II. Die Soziale Frage als Legitimationsproblem des bürgerlichen Verfassungsstaats

Das bürgerliche Sozialmodell, das in den Verfassungen Ausdruck fand, hat seine Verheißungen nur zum Teil erfüllt. Zwar waren persönliche Freiheit, rechtliche Gleichheit und konstitutionelle Beschränkung der Staatsmacht Errungenschaften von größter Bedeutung. Auch kam es infolge der Freigabe der Wirtschaft zu einer kräftigen Hebung des Wohlstands. Doch trat der gerechte Interessenausgleich, dessen erwartete Automatik die Einrichtungen der



staatlichen und gesellschaftlichen Gemeinwohlvorsorge überflüssig erscheinen ließen, nicht ein. Daran zeigt sich der voraussetzungsvolle Charakter des Liberalismus. Sind alle gleich frei und also zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse auf Verträge angewiesen, dann kann sich daraus ein gerechter Interessenausgleich nur ergeben, wenn der gleichen rechtlichen Freiheit auch ein annäherndes materielles Kräftegleichgewicht entspricht. Andernfalls ist Vertragsfreiheit gleichbedeutend mit dem Recht des Stärkeren. Diese im bürgerlichen Sozialmodell stillschweigend vorausgesetzte Balance ging nicht erst, wie vielfach angenommen wird, infolge der Industriellen Revolution verloren. Sie fehlte vielmehr von Anfang an. Es gab schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts ein ganz erhebliches Elend, das seine Ursache nicht in der Industrialisierung hatte, sondern zum sogenannten »type ancien« gehörte und durch den Erntezyklus ausgelöst wurde. In Deutschland bezeichnet man die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts geradezu als Zeit des Pauperismus.<sup>2</sup> Ohne daß die Armut in ihrem vollen Ausmaß bereits erforscht wäre, läßt sich jedenfalls sagen, daß es sich nicht um die im bürgerlichen Sozialmodell einkalkulierte Art individueller Not handelte, die auf persönlichem Versagen innerhalb einer Ordnung, die jedem die gleiche Chance des Wohlstands bot, beruhte. Wie schon eine zeitgenössische Enzyklopädie bemerkte, ging es beim Pauperismus nicht um die sogenannte natürliche Armut, die eine Folge angeborener Nachteile oder unversuldeter Unglücksfälle war. Der Pauperismus sei vielmehr da vorhanden, »wo eine zahlreiche Volksklasse sich durch die angestrengteste Arbeit höchstens das notdürftigste Auskommen verdienen kann, auch dessen nicht sicher ist, in der Regel schon von der Geburt an und auf Lebenszeit solcher Lage geopfert ist und keine Aussichten auf Änderung hat.«<sup>3</sup> Im Gegensatz zu den Prämissen des Liberalismus war dieses Elend nicht individuell zurechenbar, sondern entstand teils als vorhersehbare Folge politischer Entscheidungen, teils infolge unvorhersehbarer sozialer Entwicklungen und besaß daher politisch-verfassungsrechtliche Relevanz.

2 Vgl. W. Abel, Massenarmut und Hungerkrisen im vorindustriellen Deutschland, 2. Aufl. Göttingen 1977; ders., Massenarmut und Hungerkrisen im vorindustriellen Europa, Hamburg 1974; W. Fischer, Armut in der Geschichte, Göttingen 1982; K. J. Matz, Pauperismus und Bevölkerung, Stuttgart 1980; R. Engelsing, Zur Sozialgeschichte deutscher Mittel- und Unterschichten, 2. Aufl. Göttingen 1978; der Begriff der Krise vom »type ancien« bei E. Labrousse, Esquisse du mouvement des prix et des revenus en France au 18<sup>e</sup> siècle, Paris 1933.  
3 Brockhaus, Conversations-Lexikon, Bd. 11, 4. Aufl. Leipzig 1846, S. 15.

Zu den politischen Entscheidungen, die das vorindustrielle Elend förderten<sup>4</sup>, zählte eine in weiten Teilen Deutschlands nicht völlig gelungene Bauernbefreiung und Grundentlastung. Anders als in Frankreich, wo die Bauern bereits in der ersten Revolutionsphase das von ihnen genutzte Land zu freiem Eigentum erhielten, in der zweiten Phase von der Entschädigungspflicht freigestellt wurden und zusätzlich ihren Besitz durch den Erwerb von Kirchen- und Emigrantenland abrunden konnten, mußten die preußischen Bauern, soweit sie überhaupt in den Genuß der Ablösungsgesetzgebung kamen, ihre Grundherren in Land entschädigen und blieben daher vielfach auf Flächen beschränkt, die zu klein und ertragsarm waren, um eine Familie zu ernähren. Da mit der Liberalisierung der Agrarverfassung auch der Bauernschutz entfiel, sanken zahlreiche rechtlich befreite Bauern in wirtschaftliche Abhängigkeit zurück. Erst die nach den Aufständen von 1830 ergangenen Ablösungsgesetze der mitteldeutschen Staaten zogen daraus die Konsequenzen. Ferner vermehrte der zumindest in Preußen kompromißlose Übergang zur Gewerbefreiheit das vorindustrielle Elend. Er führte zu einer plötzlichen Überbesetzung des Handwerks, der alsbald zahlreiche selbständige Gewerbetreibende zum Opfer fielen. Diese wie auch das Landproletariat drängten auf den Arbeitsmarkt, der als vorindustrieller noch nicht genügend Aufnahmekapazität besaß – erst der in den dreißiger Jahren einsetzende Eisenbahnbau schaffte eine gewisse Erleichterung – und als freier ausbeuterischen Verträgen keine Grenzen setzte. Zu den nicht vorhersehbaren Entwicklungen gehört die erhebliche Bevölkerungvermehrung, die, mitbedingt durch die schrankenbeseitigenden Reformen des Liberalismus, in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ganz Europa erfaßte.<sup>5</sup> Die europäische Bevölkerung stieg in dieser Zeit um etwa 40 % von 188 auf 267 Mio. Deutschland verzeichnete einen Zuwachs von 24 auf 35 Mio., wobei die große Zahl der Auswanderer nicht berücksichtigt ist. Aber auch innerhalb des

4 Vgl. R. Koselleck, Preußen zwischen Reform und Revolution, 2. Aufl. Stuttgart 1975; B. Vogel (Hg.), Preußische Reformen 1807-1820, Königstein 1980; W. Hubatsch, Die Stein-Hardenberg'schen Reformen, Darmstadt 1977; K. Bosl/E. Weis, Die Gesellschaft in Deutschland, Bd. 1, München 1976, S. 237ff.; Ch. Dipper, Die Bauernbefreiung in Deutschland, Stuttgart 1980; W. Abel, Handwerksgeschichte in neuer Sicht, Göttingen 1970; I. Miteck, Preussische Gewerbepolitik in Berlin, Berlin 1965.

5 Vgl. W. Köllmann, Bevölkerung in der industriellen Revolution, Göttingen 1974; ders./P. Marschalck (Hg.), Bevölkerungsgeschichte, Köln 1972.

Landes führten Existenznot und Bevölkerungsvermehrung zu starker Mobilität, die zusätzlich den bisherigen Sicherheitsfaktor der Familiengemeinschaft zerstörte. Armut ließ sich unter diesen Umständen nicht privatisieren. Sie wurde im Gegenteil zum politischen Problem. War sie zuvor dezentralisiert aufgetreten und von zahlreichen intermediären Gewalten, die sich zwischen Staat und Individuum geschoben hatten, aufgefangen worden, so stellte sie sich jetzt als Massenphänomen dar und wurde gleichzeitig staatsunmittelbar.

Die industrielle Revolution gab dem Problem lediglich eine neue Dimension.<sup>6</sup> Durch die von der Technik bewirkte Veränderung der Produktionsbedingungen verdrängte die abhängige Arbeit allmählich die selbständige Kleinwarenproduktion als vorherrschenden Produktionstyp und machte die Familie auch als Produktionsgemeinschaft funktionslos. Unter den Bedingungen von Vertragsfreiheit einerseits, Arbeitsplatzmangel andererseits wirkte sich dieser Wandel zu Lasten der Arbeiter aus. Der Unternehmer konnte Arbeitslohn, Arbeitszeit und Arbeitsbedingungen unter dem Deckmantel einer freien Vereinbarung nach Belieben bestimmen. Anstößig war dabei oft weniger die Lohnhöhe als die Zahlungsweise: Waren aus der Produktion des Unternehmers, die der Arbeiter zu verkaufen, oder Forderungen an dubiose Schuldner, die er einzutreiben versuchen mußte. Anstößig war ferner die Ausbeutung der Arbeitskraft ohne Rücksicht auf körperliche Konstitution, Alter, Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz. In der von staatlicher Herrschaft befreiten Sphäre individueller Autonomie konnte sich auf diese Weise ungehindert gesellschaftliche Herrschaft ausbreiten. Auf der Grundlage rechtlicher Freiheit und Gleichheit verfestigte sie sich zu einer neuen Klassentrennung, die freilich nicht mehr Standes- sondern Besitzlinien folgte und so, wie vordem die Standesschranken juristisch aufrechterhalten worden waren, jetzt ökonomischen Halt fand. Ihre rechtliche Stütze lag darin, daß der Liberalismus die Rechtsgleichheit nur privatrecht-

6 Vgl. F. W. Henning, *Die industrielle Revolution in Deutschland*, 3. Aufl. Paderborn 1976; K. Borchardt, *Die industrielle Revolution in Deutschland*, München 1972; W. Fischer (Hg.), *Wirtschafts- und sozialgeschichtliche Probleme der frühen Industrialisierung*, Berlin 1968; J. Kuczynski, *Die Geschichte der Lage der Arbeiter unter dem Kapitalismus*, 38 Bde., Berlin 1960-1972; W. Conze/U. Engelhardt (Hg.), *Arbeiter im Industrialisierungsprozeß*, Stuttgart 1979; H. Pohl (Hg.), *Forschungen zur Lage der Arbeiter im Industrialisierungsprozeß*, Stuttgart 1978; W. Fischer/G. Bajot, *Die soziale Frage*, Stuttgart 1967.

lich verwirklicht hatte und das Wahlrecht den Besitzenden vorbehielt, wie auch die Vereinigungsfreiheit entweder gar nicht gewährleistet war oder jedenfalls die Koalitionsbildung ausschloß. Lohnarbeit wurde für lange Zeit unter Einschluß der Nachkommen unentrinnbar und insofern »Stand«.<sup>7</sup> Die nur als Abwehrrechte gegen den Staat verstandenen Grundrechte sicherten die Freiheit nicht rundum. Dem liberalen Modell war damit die Grundlage entzogen. Sollten personale Selbstbestimmung, allgemeiner Wohstand und soziale Gerechtigkeit als Ziel gültig bleiben, mußten die Mittel geändert werden. Das Gemeinwohl war nicht mehr durch staatliche Abstinenz erreichbar, sondern verlangte wieder staatliche Aktivität. Insofern diese von den Grundrechten, dem Wahlrecht und der Reichweite der Parlamentsbefugnisse abhing, war die Soziale Frage auch Verfassungsfrage.<sup>8</sup>

### III. Arbeiterschutzgesetze als Beginn einer staatlichen Sozialpolitik

Die Einsicht in die sozialen Defizite des Liberalismus und die Notwendigkeit von Reformen reicht weit ins 19. Jahrhundert zurück und war keineswegs auf sozialistische Theoretiker beschränkt.<sup>9</sup> Marx schlug lediglich die radikalste Abhilfe vor, indem er die Grundrechte als Instrument gesellschaftlicher Herrschaft und Ausbeutung gänzlich verwarf und soziale Gerechtigkeit nur von einer Ordnung erwartete, in der die Produktionsmittel vergesellschaftet und die Differenz zwischen Staat und Gesellschaft wieder eingegeben war. Umgekehrt konnten sich die Betroffenen soziale Sicherheit häufig nur in den Formen der alten Arbeitsverfassung vorstellen, wie man an den im Vormärz nicht abreißen lassen Bitten der Handwerkerschaft um Wiedereinführung des Zutritzwangs

7 G. Briefs, *Das gewerbliche Proletariat*, Tübingen 1926, S. 148.

8 Vgl. E.-W. Böckenförde (Hg.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, 2. Aufl. Königstein 1981, S. 17 ff., 373 ff.

9 Vgl. C. Jantke/D. Hilger (Hg.), *Die Eigentumslosen*, Freiburg 1965; J. Kuczynski, *Bürgerliche und halbfeudale Literatur aus den Jahren 1840 bis 1847 zur Lage der Arbeiter*, Berlin 1966; E. Pankoke, *Soziale Bewegung – Soziale Frage – Soziale Politik*, Stuttgart 1970; P. Mombert, *Aus der Literatur über die soziale Frage und über die Arbeiterbewegung in Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung 9 (1921), S. 169; A. Kaiser, *Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Gesellschaftsordnung während des 19. Jahrhunderts*, Diss. iur. Berlin 1972.

ablesen kann. Dagegen schwebte den meisten Autoren ein reformatorischer Mittelweg vor, der auf der Grundlage der bestehenden Ordnung den Staat reaktivierte und zu mißbrauchverhütenden Einschränkungen der Privatautonomie sowie zur sozialen Integration der Arbeiterschaft verpflichtete. Trotz der breiten öffentlichen Diskussion der Sozialen Frage und trotz einiger aufsehenerregender Erhebungen über die Lage der Arbeiter waren politische und rechtliche Reaktionen in der ersten Jahrhunderthälfte die Ausnahme. Die Gründe dafür sind zum Teil selbst wieder in den Verfassungen zu suchen, die den besitzlosen Klassen keine legale Möglichkeit eröffneten, ihre Interessen im politischen System zur Geltung zu bringen. Nirgends war diese Haltung so ausgeprägt wie im Frankreich der Juli-Monarchie. Ihr Parlament, zu dem bei einer Bevölkerung von 30 Mio. 1831 167000 und 1846 248000 Bürger Wahlrecht hatten, beschloß zwar alle Maßnahmen, die die Entfaltung des Kapitalismus begünstigten, begegnete aber jedem Hinweis auf die Soziale Frage mit dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Doch auch in Staaten wie Preußen, die noch gar kein Parlament besaßen, sondern dieses durch eine in ihren ökonomischen Auffassungen liberale Bürokratie substituierten, wurde die Soziale Frage häufig als Übergangsschwierigkeit interpretiert, die nicht Reformen, sondern Durchhaltevermögen verlangte. Die Verwaltung überrah dabei freilich, daß sie mit ihrem Beharren auf dem wirtschaftlichen Liberalismus in den dreißiger und vierziger Jahren nicht mehr ein international rückständiges Unternehmertum zur Modernisierung zwang, sondern eine breite Unterschicht dem Elend preisgab. Daran wird sichtbar, wie sehr sich der Freiheitsbegriff inzwischen von seinem humanen Ziel gelöst hatte und dogmatisch geworden war.

Die Revolution von 1848 hatte daher in Frankreich bereits starke, aber auch in Deutschland unübersehbare soziale Motive.<sup>10</sup> Während die Revolution in Deutschland die bürgerliche Gesellschaft durch endgültige Überwindung des Feudalsystems erst vollenden und ihr eine nationale und konstitutionelle Form geben mußte, ging es in Frankreich bereits um eine Anreicherung des

10 Vgl. R. Stadelmann, Soziale und politische Geschichte der Revolution von 1848, 2. Aufl. München 1970; V. Valentin, Geschichte der deutschen Revolution 1848-1849, Berlin 1930/31; K. Obermann, Die deutschen Arbeiter in der Revolution von 1848, Berlin 1953; J. Droz, Les Révolutions allemandes de 1848, Paris 1957; P. Robertson, Revolutions of 1848, 2. Aufl. Princeton 1971.

sechzig Jahre zuvor erreichten bürgerlichen Verfassungsstaats mit sozialen Inhalten. Als erste Maßnahme in einer Zeit, zu der ein Drittel der französischen Arbeiterschaft auf Armenhilfe angewiesen war, diente die Einrichtung sogenannter Nationalwerkstätten, die aber nicht nur eine momentane Not lindern, sondern auf lange Sicht die Überlegenheit der Staatswirtschaft über den Kapitalismus beweisen sollten. In den Verfassungsberatungen schlugen sich die sozialen Bestrebungen in der Forderung nach einem Grundrecht auf Arbeit nieder. Damit erhielt die Verfassungsdiskussion eine neue Wendung. War es im Jahr 1789 dem vermögenden Dritten Stand um eine Begrenzung der Staatsaufgaben zugunsten individueller Freiheit gegangen, so ging es 1848 dem besitzlosen Vierten Stand um eine soziale Reaktivierung des Staates zu Lasten bürgerlicher Freiheit. Aber auch in der deutschen Revolution traten bereits radikaldemokratische und sozialistische Kräfte hervor, die sich mit dem raschen Zugeständnis der verfassungspolitischen Forderungen des Bürgertums nicht zufriedengeben wollten und die Revolution mit weiterreichendem Ziel fortsetzten. Es ist bekannt, daß die sozialen Ansprüche des Vierten Standes die Revolution spalteten und das Bürgertum in Deutschland wie in Frankreich in die Arme alter oder neuer konservativer Gewalten trieben, während der Vierte Stand nicht stark genug war, seine Ziele auch ohne bürgerliche Unterstützung durchzusetzen. Insbesondere entfaltete das 1848 eingeführte allgemeine Wahlrecht in einer Zeit gerade beginnender Industrialisierung noch keine hinreichende Schubkraft zugunsten des Vierten Standes. Als die Verfassungen verabschiedet wurden, war die soziale Revolution bereits niedergeschlagen. In Frankreich erinnerte die Präambel zwar noch an gleichmäßigere Verteilung der gesellschaftlichen Lasten und Vorteile. Im übrigen hieß es aber nur, daß die Gesellschaft die Entwicklung der Arbeit ermutige und fördere und daß zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern Rechtsgleichheit herrsche. Indessen war damit lediglich ein Rückfall selbst hinter den Stand von 1789 korrigiert, während ein sozial vorwärts weisendes Element in der Verfassung nicht sichtbar wird. Der Grundrechtskatalog der Paulskirche vollendete die Auflösung der ständisch-feudalen Ordnung und stellte bürgerliche Freiheit her, reagierte aber auf die Soziale Frage überhaupt noch nicht.<sup>11</sup>

11 Vgl. zur französischen Verfassungsdiskussion M. Deslandres, Histoire constitutionnelle de la France, Bd. II, Paris 1932, S. 32-3; zu den deutschen Grundrechten

Immerhin trat der Staat nach der Revolution von 1848 sozialpolitisch stärker in Erscheinung als vorher. Als einzig bedeutsame soziale Maßnahme der vorrevolutionären Periode läßt sich das preußische Regulativ über die Kinderarbeit von 1839 nennen<sup>12</sup>, zu dem freilich weniger soziale Motive als Besorgnisse über die abnehmende Wehrauglichkeit der Jugend den ersten Anstoß gegeben hatten. Das Regulativ fand ein Vorbild in der englischen Fabrikgesetzgebung von 1833, übertraf diese aber an Regelungintensität. Die Beschäftigung von Kindern unter neun Jahren in Fabriken wurde vollständig verboten. Jugendliche unter sechzehn Jahren mußten vor der Anstellung einen mindestens dreijährigen Schulbesuch nachweisen und durften nicht länger als zehn Stunden täglich und zwischen 21 und 5 Uhr sowie an Sonn- und Feiertagen gar nicht arbeiten. Für die übrigen Beschäftigten ließ es die Gewerbeordnung von 1845 bei der unspezifizierten Pflicht der Arbeitgeber, auf Gesundheit und Sittlichkeit Rücksicht zu nehmen, und einer Erlaubnis zur Gründung gegenseitiger Unterstützungskassen bewenden. Ein Kinderschutzgesetz erging nach erbitterter parlamentarischer Auseinandersetzung, in der die Gegner im Namen der Vertragsfreiheit und der väterlichen Gewalt auftraten, 1841 auch in Frankreich, doch unter Streichung der Fabrikinspektion, so daß es praktisch wirkungslos blieb. Nach 1848 nahm die Sozialgesetzgebung zu, wenngleich sich am Charakter punktueller Mißbrauchskorrekturen nichts änderte. Im wesentlichen war sie Arbeitsschutzgesetzgebung, machte aber auch tastende Ansätze zur Herstellung sozialer Sicherheit. Im einzelnen ist sie aus den Novellen zur Gewerbeordnung ablesbar.<sup>13</sup> 1849 kam es zu der

H. Scholler (Hg.), Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche, 2. Aufl. Darmstadt 1982; E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. II, 2. Aufl. Stuttgart 1968, S. 773 ff.

<sup>12</sup> Vgl. G. K. Anton, Geschichte der preußischen Fabrikgesetzgebung, Leipzig 1891; J. Kuczynski, Geschichte der Kinderarbeit in Deutschland, Berlin 1958; R. Meinert, Die Entwicklung der Arbeitszeit in der deutschen Industrie, Diss. phil. Münster 1958.

<sup>13</sup> Vgl. H. Volkmann, Die Arbeiterfrage im preußischen Abgeordnetenhaus 1848-1869, Berlin 1968; K. v. Rohrscheidt, Die Gewerbeordnung für das deutsche Reich, Berlin 1901, S. 1 ff.; A. Körtgen, Stichwort »Gewerbegesetzgebung«, in: L. Elster u. a. (Hg.), Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. IV, 4. Aufl. Jena 1927, S. 1000 ff.; J. Lingnau, Das System sozialer Hilfeleistungen für die Bergarbeiter in der Knappschaftsversicherung des Ruhrbergbaus 1767-1961, Opladen 1965; A. Gladen, Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland, Wiesbaden 1974; Übersichten bei G. Erdmann, Die Entwicklung der deutschen Sozial-

seit langem geforderten Pflicht, Löhne bar auszuzahlen, dem sogenannten Truckverbot. Dieselbe Novelle bezog Arbeitnehmer in die Gewerbetätigen ein, die an innerbetrieblichen Arbeitszeitregelungen mitwirken und Arbeitskonflikte schlichten sollten. Außerdem ermächtigte sie die Gemeinden, unter bestimmten Voraussetzungen Zwangsversicherungen für gewerbliche Arbeiter mit obligatorischer finanzieller Beteiligung der Arbeitgeber einzurichten. Durchgreifendere Unterstützungsregelungen ergingen etwas später für die Bergarbeiter in dem preußischen Knappschaftsgesetz von 1854 und dem allgemeinen Berggesetz von 1865. 1853 wurde der Kinderschutz erheblich ausgeweitet, 1878 erstmals ein Frauen- und Mutterschutz eingeführt. Im selben Jahr entstand die obligatorische staatliche Gewerbeaufsicht zur besseren Durchsetzung der gesetzlichen Schutzvorkehrungen.

#### IV. Der Übergang zu Staatsinterventionismus und Gewährleistung sozialer Sicherheit

Die Rückwendung zu sozialer Wohlfahrt als Staatsaufgabe vollzog sich gut dreißig Jahre nach der Revolution von 1848 und war, ähnlich wie die großen Reformen des Jahrhundertanfangs, in Deutschland von oben verordnet. Dementsprechend zielte sie weniger auf eine Veränderung des Systems als auf die Bewahrung seiner Grundstrukturen. Im Gegensatz zur Herstellung des bürgerlichen Verfassungsstaats, ja selbst zur Industrialisierung, die in Deutschland vergleichsweise spät erfolgten, ging das Reich sozialpolitisch allen anderen Ländern voran. Den Hintergrund bildete eine Veränderung der wirtschaftlichen Problemlage, die bald nach der Reichsgründung eintrat.<sup>14</sup> Hatte zu dieser Zeit Hochkonjunktur geherrscht, in der die Gesetzgebung des Reiches und seines

gesetzgebung, 2. Aufl. Göttingen 1957; M. Stolleis, Quellen zur Geschichte des Sozialrechts, Göttingen 1976; H. Lampert, Sozialpolitik, Berlin 1980, S. 121 ff.

<sup>14</sup> Vgl. H. Rosenberg, Große Depression und Bismarckzeit, Berlin 1967; H. Böhme, Deutschlands Weg zur Großmacht, 2. Aufl. Köln 1977; H. A. Winkler (Hg.), Organisierter Kapitalismus, Göttingen 1974, (darin vor allem H. U. Weber, Der Aufstieg des organisierten Kapitalismus und Interventionen in Deutschland, S. 36); L. Gall, Liberalismus und »bürgerliche Gesellschaft«, HZ 220 (1975), S. 324; ders., Zu Ausbildung und Charakter des Interventionsstaats, HZ 227 (1978), S. 552; K. G. Faber, Strukturprobleme des deutschen Liberalismus im 19. Jahrhundert, Der Staat 14 (1975), S. 201.

kurzlebigen Vorläufers, des Norddeutschen Bundes, mit der nationalliberalen Mehrheit des Parlaments zunächst das rechtliche Instrumentarium wirtschaftlicher Entwicklung geschaffen hatte, so leitete der Wiener Börsenkrach von 1873 eine Epoche weltweiter Rezession ein, die mit Schwankungen und kurzen Erholungspausen bis 1895 andauerte. In diesem Zeitraum stagnierte die Bevölkerungszunahme bei den Selbständigen, während die Arbeiterfamilien weiter wuchsen. Die Arbeitslosigkeit nahm erheblichen Umfang an, und die Not, die die Industrialisierung vorübergehend gelindert hatte, vergrößerte sich wieder. Für den deutschen Liberalismus markiert das Jahr 1873 den Beginn einer tiefen Krise. In der Bevölkerung schwand das Vertrauen in die Selbststeuerungskraft der Wirtschaft. Die Erwartungen, die bis dahin dem Markt gegolten hatten, richteten sich wieder auf den Staat. Dabei waren es, je nach Interessenlage, verschiedene Forderungen, die an ihn herangetragen wurden. Es ging um den Schutz schwächerer einheimischer Wirtschaftszweige vor ausländischer Konkurrenz; um den Schutz der Unternehmer vor unlauterem Wettbewerb; um den Schutz von Kunden und vor allem Kapitalanlegern vor Spekulationen; schließlich um den Schutz der Arbeiter vor Ausbeutung und Arbeitsunfällen. Zur wirksamen Vertretung dieser Forderungen gegenüber dem Staat setzte damals die verbandliche Organisation der Wirtschaft ein, die sich jedoch nur auf Arbeitgeberseite voll entfalten konnte, während die noch nicht sehr mitgliederstarken Gewerkschaften trotz der Aufhebung des Koalitionsverbots im Jahr 1869 Behinderungen ausgesetzt blieben. In den Wahlen sank der Stimmenanteil der bis dahin führenden Nationalliberalen auf 12,5 %, während gleichzeitig die Sozialdemokratie bei einem Arbeiteranteil in der Bevölkerung von nunmehr 60 % den ursprünglichen Stimmanteil der Nationalliberalen erreichte.

Schon in dieser Situation und nicht erst, wie häufig zu hören ist, 1918 vollzog sich der Übergang vom Liberalismus zum Staatsinterventionismus. Der Wendepunkt liegt im Jahr 1879, als Bismarck unter Bruch mit den Nationalliberalen die sogenannte Neue Wirtschaftspolitik proklamierte, deren bekanntester Ausdruck der Schutzzoll war. Gleichzeitig mit der Aufnahme einer Konjunkturpolitik leitete der Staat aber auch eine planmäßige Sozialpolitik ein.<sup>15</sup> Als Maßnahme eines Unternehmerinteresses kei-

<sup>15</sup> Vgl. H. F. Zacher (Hg.), Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung, Berlin 1979; ders./P.A. Köhler (Hg.), Ein Jahrhundert So-

newegs fernstehenden Staates hatte sie allerdings nicht ausschließlich oder auch nur überwiegend soziale Motive. Es ging vielmehr um die Bestandserhaltung des Systems, das durch die Entfremdung großer Bevölkerungsteile vom Staat und durch die Wahlerfolge der als Staatsfeind betrachteten Sozialdemokratie bedroht schien. Die 1881 mit der Kaiserlichen Botschaft einsetzende und durch die Sozialversicherungsgesetze von 1883 (Krankenversicherung), 1884 (Unfallversicherung) und 1889 (Invaliden- und Altersversicherung) verwirklichte Politik muß deswegen in ihrem Ursprung mit den Sozialistengesetzen von 1878 zusammengesehen werden. Sie fungierte ausdrücklich als deren positives Gegenstück, mit dem Bismarck das Ziel verfolgte, die Arbeiterschaft in ihrem berechtigten Sicherheitsbedürfnis zu befriedigen und eben dadurch von ihrer politischen Vertretung und deren weiterreichenden Absichten zu trennen. Aus diesem Grund war für Bismarck der Staatszuschuß zur Sozialversicherung so wichtig, weil er die Arbeiter als Rentner des Staates an diesen zu binden versprach. Dagegen sahen die Unternehmer im Staatszuschuß den ersten Schritt zum Staatssozialismus, und auch die meisten Parteien lehnten ihn aus unterschiedlichen Gründen ab. Dagegen fand die Lösung des sozialen Problems über eine Zwangsversicherung unter Ausschuß der Privatversicherungswirtschaft weniger Widerspruch, weil sie den Vorteil bot, daß für die Arbeitsbeziehungen selbst der Grundsatz der Privatautonomie unangetastet blieb und nur die Folgekosten eines privatautonomem Wirtschaftssystems durch staatlichen Zwangseingriff abgedeckt wurden. Der soziale Fortschritt der Gesetzgebung war freilich ganz ungeachtet ihrer

zialversicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Österreich und der Schweiz, Berlin 1981; G.A. Ritter, Staat, Arbeiterschaft und Arbeiterbewegung in Deutschland, Berlin 1980; ders., Sozialversicherung in Deutschland und England, München 1983; H. Peters, Die Geschichte der sozialen Versicherung, 3. Aufl. St. Augustin 1978; J. Umlauf, Die deutsche Arbeiterschutzgesetzgebung 1880-1890, Berlin 1980; H. Rothfels, Prinzipienfragen der Bismarckschen Sozialpolitik, in: ders., Bismarck, Stuttgart 1970, S. 166; W. Vogel, Bismarcks Arbeiterversicherung, Braunschweig 1951; K.P. Benöhr, Verfassungsfragen der Sozialversicherung nach den Reichstagsverhandlungen von 1881 bis 1889, SZ Germ 97 (1980), S. 94; ders., Soziale Frage, Sozialversicherung und Sozialdemokratische Reichstagsfraktion, SZ Germ 98 (1981), S. 35; H.P. Ullmann, Industrielle Interessen und Entwicklung der deutschen Sozialversicherung, HZ 229 (1979), S. 574; K.E. Born, Staat und Sozialpolitik seit Bismarcks Sturz, Wiesbaden 1957; K. Saul, Staat, Industrie, Arbeiterbewegung im Kaiserreich, Düsseldorf 1974.

Beweggründe beträchtlich, wenn die Leistungen zunächst auch nur einem begrenzten Personenkreis zugutekamen, recht bescheidene Beträge ausmachten und auch nicht alle Risiken der Industriegesellschaft absicherten. Privates Risiko blieb vor allem die Arbeitslosigkeit, die jedoch an Bedeutung verlor, weil im Reich in den neunziger Jahren praktisch wieder Vollbeschäftigung einkehrte.

Wenn man der Frage nachgeht, warum es gerade der deutsche Staat war, der trotz seiner nationalen, konstitutionellen und wirtschaftlichen Verspätung als erster zu sozialer Verantwortung zurückfand, kommt der Verfassungslage erhebliche Bedeutung zu.<sup>16</sup> Ja, die verfassungspolitische Rückständigkeit des deutschen Staates erweist sich geradezu als Voraussetzung seiner sozialpolitischen Fortschrittlichkeit. Der Staat war in Deutschland niemals Staat der bürgerlichen Gesellschaft geworden. Vielmehr hatte sich das monarchische Prinzip als Legitimationsgrundlage politischer Herrschaft unverändert erhalten, und mit der Konstitutionalisierung war lediglich eine gegenständiglich begrenzte Mitsprache für die bürgerliche Gesellschaft einhergegangen. Ihre Vertretung, das Parlament, nahm der Konstruktion nach weniger die Position eines Organs der Staatsleitung als einer Vetoinstanz beim Staat ein. Auch der zeitweilig energisch praktizierte Wirtschaftsliberalismus blieb auf diese Weise immer dem Staatsinteresse untergeordnet. Er war ein Mittel zur Modernisierung und Bestandssicherung der Ordnung, das wieder aufgegeben werden konnte, wenn es seinem Zweck nicht mehr hinreichend diente. Unter diesen Umständen blieb auch die wohlfahrtsstaatlich-patriarchalische Tradition des Absolutismus in Deutschland lebendiger als in denjenigen Ländern, die den Verfassungsstaat auf einer ganz neuen Legitimationsgrundlage errichtet hatten. Zwar könnte auch der deutsche Staat nicht mehr unter Umgehung der in Parteien organisierten und im Parlament repräsentierten Gesellschaft handeln, doch war er kein von den Parteien gesteuerter Staat, sondern nahm eine relativ unabhängige Position über diesen ein. Das erleichterte es ihm, ihre durch das allgemeine Wahlrecht auf die politische Ebene gehobenen Interessenkonflikte zu Verfolgung seiner eigenen Pläne

<sup>16</sup> Vgl. M. Stolleis, Die Sozialversicherung Bismarcks, in: Zacher, Bedingungen (Anm. 15), S. 387. Generell zum Verfassungsstaat in Deutschland E.-W. Böckenförde, Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, in: ders. (Hg.), Verfassungsgeschichte (Anm. 8), S. 146.

zu nutzen. Dieser Spielraum kam der Sozialpolitik zugute, wie ja auch die bescheidenen sozialpolitischen Fortschritte, die Frankreich vor dem Ersten Weltkrieg erzielte, nicht im parlamentarischen, sondern im autoritären Regime Napoleons III. zustande kamen. Der soziale Staat war auf diese Weise durch die Verfassung zwar begünstigt worden. Er genoss aber keineswegs Verfassungsrang. Die Reichsverfassung enthielt sich vielmehr jeder Programmatik, ja selbst jeder grundrechtlichen Sicherung und verstand sich im wesentlichen als Organisationsstatut, dadurch alle inhaltlichen Fragen der politischen Entscheidung überlassend. Der Staat betrieb Sozialpolitik, aber er identifizierte sich nicht mit sozialen Zwecken.

## v. Die Zusammenfügung von Verfassung und Sozialstaat im demokratischen System

Verfassung und Sozialstaat wurden erst in der Weimarer Republik zusammengeführt. Die Weimarer Verfassung von 1919 veränderte zum einen die Legitimationsgrundlage politischer Herrschaft, indem sie anstelle des monarchischen Prinzips die Volkssouveränität setzte. Dem allgemeinen Wahlrecht, das auch schon im Kaiserreich gegolten hatte, verhalf sie dadurch erst zur vollen Wirksamkeit. Zum anderen verlieh sie dem Staat aber auch eine Inhaltsbestimmung, die stark sozial geprägt war. Ja, man kann sagen, daß Demokratisierung und Sozialisierung des Staates bei der gegebenen Sozialstruktur nur zwei Seiten ein und desselben Vorgangs waren. Die soziale Bestimmung kam neben einigen Kompetenznormen vor allem im Grundrechtskatalog zum Ausdruck, der zwar die klassisch-liberalen Freiheitsrechte übernahm, sie aber erstens wieder auf den Dienst an der Humanität verpflichtete, wie namentlich die Eigentumsgarantie im Zusammenhang mit den Wirtschaftsgrundsätzen des Art. 151 zeigt, und zweitens um eine Reihe sozialer Grundrechte erweiterte. Zur Konkretisierung dieses verfassungsrechtlich vorgezeichneten Programms entwickelte sich nach 1918 eine lebhaftige Sozialgesetzgebung, die teils an die Bismarcksche Sozialgesetzgebung anknüpfte, teils neue Wege ging, doch weder fundamentale Änderungen des Wirtschaftssystems noch einschneidende Vermögensumverteilungen

vorsah.<sup>17</sup> Im Vordergrund stand zunächst die Bewältigung der Kriegsfolgen, insbesondere die Versorgung von Kriegsoffizieren und Hinterbliebenen. Sie wurde ausdrücklich von der Armenpflege getrennt, wie sich überhaupt in der Weimarer Sozialgesetzgebung die Tendenz, von der Armenpflege zur Sozialfürsorge mit Anspruchscharakter zu gelangen, verstärkte. Die bestehende Sozialversicherung wurde nicht nur auf einen weiteren Personenkreis erstreckt, sondern vor allem um den Zweig der Arbeitslosenversicherung ergänzt. Zu den Gebieten, auf denen der Sozialstaat nun die Privatautonomie überlagerte, gehört das Arbeitsrecht. Der Arbeitsschutz wurde erheblich ausgedehnt, Kündigungsschutz eingeführt und innerbetriebliche, jedoch nicht unternehmerische Mitbestimmung geschaffen. Vor allem entwickelte sich unter dem Schutz der Koalitionsfreiheit des Art. 159 der Weimarer Reichsverfassung das kollektive Arbeitsrecht weiter und trug zu einem Ausgleich der Asymmetrien des rein individuellen Arbeitsvertragsrechts des 19. Jahrhunderts bei. Die Einrichtung der Arbeitsgerichtsbarkeit unterstützte diese Tendenzen. Der Arbeitsmarkt wurde ohne Aufhebung der Vertragsabschlußfreiheit staatlicher Kontrolle unterstellt. Schließlich nahm sich der Staat auch des sozialen Wohnungsbaus an.

Dennoch erscheint es unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht unproblematisch, von der Weimarer Republik als einem Sozialstaat zu sprechen. Das hängt mit der Eigenart der sozialen Grundrechte der Weimarer Verfassung, mehr aber noch mit dem Verhältnis, das die Staatsrechtslehre diesen gegenüber einnahm, zusammen.<sup>18</sup> Die Staatsrechtslehre hatte die rechtliche Bedeutung der Grundrechte, seit die in ihnen garantierten bürgerlichen

17 Vgl. L. Preller, Sozialpolitik in der Weimarer Republik, Stuttgart 1949; A. Gladen, Sozialpolitik (Anm. 13), S. 91 ff. Überblick bei G. Erdmann, Sozialgesetzgebung (Anm. 13); M. Stolleis, Quellen (Anm. 13); H. Lampert, Sozialpolitik (Anm. 13), S. 137 ff.

18 Vgl. die Darstellung bei E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. VI, 1981, S. 94 ff., sowie ders., Grundrechte im Bismarckschen Reichssystem, Festschrift für Scheuner, Berlin 1973, S. 163. Befriedigende Darstellungen über die Entwicklung der Grundrechtstheorie fehlen. Vgl. aus den Quellen etwa G. Anschutz, Die Verfassung des deutschen Reiches vom 1. August 1919, 14. Aufl., Berlin 1933, S. 505 ff.; R. Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt, in: Verwaltungsverfahrensrechtliche Abhandlungen, Festgabe für das Preussische Oberverwaltungsgericht, Berlin 1925, S. 183; C. Schmitt, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: G. Anschütz/R. Thoma (Hg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, Tübingen 1932, S. 572.

chen Interessen vom Staat fraglos akzeptiert wurden, schon vor 1918 herabgemindert und dadurch nicht ohne Absicht ihren status-quo-überschreitenden Gehalt neutralisiert. Soweit ihnen der Rechtscharakter nicht überhaupt abgesprochen wurde, verpflichteten sie jedenfalls nur die Verwaltung, nicht den Gesetzgeber, und da die Verwaltung ohnedies ans Gesetz gebunden war, fielen die Grundrechte praktisch mit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in eins und liefen als solche leer. Mit den in die Weimarer Verfassung eingefügten sozialen Grundrechten wußte die Staatsrechtslehre noch weniger anzufangen. Da sie dem Staat nicht wie die klassischen Grundrechte Schranken zogen, sondern ihn zu sozialem Handeln anhielten, erschienen sie nicht direkt anwendbar, sondern bedurften gesetzgeberischer Vermittlung. Die Staatsrechtslehre war aber nicht bereit, sie dann wenigstens als verfassungsrechtlich verbindliche Zielvorgaben für die Gesetzgebung und Auslegungshilfen für die Gesetzesanwendung zu betrachten, sondern erklärte sie kurzerhand zu Nicht-Recht. Sie erschienen auf diese Weise als bloße Absichtserklärungen, die in der Verfassung standen, ohne an deren normativer Geltung zu partizipieren. Allerdings erleichterte der Weimarer Grundrechtskatalog diese Deutung, indem er in der Tat eine Fülle reiner Vorsätze enthielt, so daß er von Zeitgenossen als »interfraktionelles Parteiprogramm« bezeichnet werden konnte. Die Einstellung der Staatsrechtslehre hatte zur Folge, daß trotz der sozialen Erweiterung des Grundrechtskatalogs rechtliche Geltung nur den bürgerlich-liberalen Abwehrrechten zukam. Diese wurden nun aber von einer wachsenden Strömung auch gegen den Gesetzgeber ins Feld geführt. Bezeichnenderweise geschah das im selben Moment, als die monarchische Sperre gegen parlamentarische Mehrheitsentscheidungen entfallen und eine Systemänderung im sozialistischen Sinne in den Bereich des Möglichen gerückt war. Zusammengekommen lief diese Haltung auf eine Bewahrung des sozialen status quo mit den Mitteln der Verfassungsinterpretation hinaus, nachdem das Verfassungsrecht ihn nicht mehr unbedingt garantierte.<sup>19</sup>

19 Vgl. D. Grimm, Methode als Machtfaktor, in diesem Bd. S. 366 ff.; J. Maus, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus, 2. Aufl., München 1980. Da das Dritte Reich kein Verfassungsstaat war, liegt seine Sozialpolitik außerhalb des Themas, Darstellungen darüber bei W. Scheur, Einrichtungen und Maßnahmen der sozialen Sicherheit in der Zeit des Nationalsozialismus, Diss. Köln 1967, und T. W. Mason, Sozialpolitik im Dritten Reich, Opladen 1977.



Das Grundgesetz hat im Lichte dieser Erfahrungen den Weimarer Versuch, ein sozialpolitisches Programm im Grundrechtskatalog vorzuzeichnen, nicht wiederholt. Es enthält vielmehr nur Garantien der klassischen Freiheitsrechte, adressiert diese aber in Reaktion auf die Weimarer Staatsrechtslehre und den prinzipiell grundrechtsfeindlichen Nationalsozialismus an alle Staatsgewalten einschließlich des Gesetzgebers und versteht sie mit einer eigenen Durchsetzungsinanz in Gestalt des Bundesverfassungsgerichts. Es setzt über die klassisch-liberalen Freiheitsrechte auf der Stufe der Staatszielbestimmungen jedoch eine inhaltlich nicht weiter präzierte Sozialstaatsklausel, die den Grundrechten die Interpretationsrichtung weist. Aus dieser Kombination hat die Staatsrechtslehre im Verein mit der Verfassungsrechtsprechung eine differenzierte Grundrechtsdogmatik entwickelt, derzufolge die Grundrechte sich aus der einseitigen Staatsrichtung lösen und nicht mehr nur als subjektive Abwehrrechte, sondern auch als objektive Gestaltungsprinzipien fungieren.<sup>20</sup> Als solche beziehen sie einerseits die materiellen Voraussetzungen des Freiheitsgebrauchs in ihre Garantie ein und erlegen andererseits dem Staat eine Schutzpflicht für personale Freiheit auch gegenüber gesellschaftlicher Übermacht auf. Allerdings ist von der sozialstaatlichen Interpretation der Grundrechte der Gleichheitssatz im wesentlichen unberührt geblieben. Die herrschende Lehre versteht ihn mit dem Bundesverfassungsgericht als Willkürverbot, das gesetzliche Differenzierungen verbietet, für die sich kein einleuchtender Grund finden läßt, entnimmt ihm aber keinen Anstoß zur Herstellung größerer sozialer Gleichheit. Inwieweit die gegenüber der Weimarer Verfassung gesteigerte Sozialstaatlichkeit des Grundgesetzes für die beträchtliche Ausweitung sozialer Leistungen in der Bundesrepublik konstitutiv war, ist schwer zu beurteilen. Insgesamt erscheint die Bereitschaft der politischen Parteien, in Zeiten des Wachstums die Wünsche von Interessengruppen mit nennenswertem Wählerpotential relativ unterschiedslos zu befriedigen, der wirkungsvollere Motor des Sozialstaats gewesen zu sein. Solange

20 Grundlegend P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 43. Zusammenfassungen bei K. Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1978, S. 427, sowie D. Grimm, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, in: W. Hassemer u. a. (Hg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden 1982, S. 39.

der Staat seine Legitimation wesentlich von materiellen Leistungen an die Bürger ableitet, liegt in dem drohenden Legitimationsentzug bei Leistungsabbau eine stärkere Garantie, als Verfassungsnormen sie vermitteln könnten. Die Verfassung ist aber kompletierend und korrigierend hinzutreten. Insofern soziale Gerechtigkeit auch mit gleicher Behandlung gleicher Sachverhalte zusammenhängt, sollte man diesen Beitrag nicht unterschätzen. Indessen geraten Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an ihre Grenzen, wenn ganze Regelungsbereiche ein soziales Defizit aufweisen. Das hat das Numerus-clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts deutlich erkennen lassen.<sup>21</sup>

## VI. Zum Verhältnis von Verfassung und Sozialstaat im gegenwärtigen Entwicklungsstadium

Die Frage nach dem Anteil des Grundgesetzes an der Entwicklung des Sozialstaates in der Bundesrepublik verweist auf die tiefere liegende Problematik des Verhältnisses von Verfassung und Sozialstaat überhaupt. In der Frühphase der Bundesrepublik hatte Forsthoff dazu die Ansicht vertreten, daß die Verfassung ihren Entstehungsbedingungen als liberal-rechtsstaatliche verhaftet sei und sich gegen sozialstaatliche Inhalte sperre. Diese könnten nur auf einfachgesetzlicher Ebene Platz finden.<sup>22</sup> Ähnlich wie in der Weimarer Republik die sozialen Grundrechte wurde damit die Sozialstaatsklausel zur politischen Proklamation ohne normative Kraft. Diese Unvereinbarkeitsthese ist mit Recht kritisiert worden und findet heute kaum noch Befürworter. Es wäre freilich voreilig, daraus auf eine problemlose Harmonie zwischen Verfassung und Sozialstaat zu schließen. Gerade neuere Entwicklungen des poli-

21 BVerfGE 33, 303. Dazu F. Müller, Juristische Methodik und Politisches System, Berlin 1976, S. 28 ff.; Grimm, Grundrechte (Anm. 20), S. 70 ff.; generell J. P. Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins 107 (1973), S. 843, 852.

22 E. Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S. 8. Vgl. dazu auch den Sammelband E. Forsthoff (Hg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968; dazu wiederum D. Suhr, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Der Staat 9 (1970), S. 66; ferner H. H. Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo, Opladen 1970; H. F. Zacher, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1980.

tischen Systems geben zu der doppelten Frage Anlaß, ob nicht einerseits der Sozialstaat die Verfassung als Steuerungsinstrument für Politik, andererseits die Verfassung den Sozialstaat in Zeiten sinkender öffentlicher Mittel überfordert. Die Verfassung entstand ausgangs des 18. Jahrhunderts als Instrument des Bürgertums zur Beschränkung des Staats im Interesse individueller Freiheit. Freiheit war unter der Voraussetzung, daß ein gerechter Interessenausgleich nur aus dem ungehinderten Spiel der gesellschaftlichen Kräfte hervorgehen könne, gleichbedeutend mit der Abwesenheit staatlicher Reglementierung. Der Staat garantierte lediglich die Rahmenbedingungen gesellschaftlicher Autonomie, indem er Freiheitsbedrohungen abwehrte. Individuelle Freiheit erscheint dann als formale Freiheit. Sie umfaßt weder die tatsächlichen Voraussetzungen des Freiheitsgebrauchs, die als selbstverständlich unterstellt wurden, noch enthält sie irgendwelche Verhaltensanforderungen. Die einzige Grenze der eigenen Freiheit ist die – freilich ebenfalls formal verstandene – Freiheit der anderen. Die konstruktive Aufgabe bestand dann darin, den Staat an aktiver Einflußnahme auf die Gesellschaft zu hindern und seine Eingriffe in die Gesellschaft auf Gefahrenabwehr zu begrenzen, also Trennung von Staat und Gesellschaft zu gewährleisten. Diese Aufgabe läßt sich mittels Verfassungsrecht besonders gut erfüllen. Die Freiheit ist hergestellt, wenn dem Staat Handlungsschranken gezogen sind. Diese lassen sich in den Grundrechten relativ präzise umschreiben. Die Freiheit ist effektiv, wenn der Staat diese Schranken respektiert bzw. vom Einzelnen gerichtlich dazu gezwungen werden kann. In ihrer Eigenschaft als Schranken wirken sie unmittelbar. Ihre Bindungskraft ist hoch.

Nachdem sich im Verlauf des 19. Jahrhunderts erwiesen hatte, daß auf der Basis von Ausgrenzungen allein kein freiheitliches System begründet werden kann, materialisierte sich das Freiheitsproblem.<sup>23</sup> Der Sozialstaat, der die reformistische Reaktion auf die Defizite des Liberalismus darstellt, behält die Beschränkung des Staates zugunsten individueller Freiheit bei, will diese Freiheit im Gegensatz zum Liberalismus aber für jeden Einzelnen real nutzbar machen. Damit ist einerseits Freiheit einschließlich der tatsächlichen Voraussetzungen ihres Gebrauchs gemeint und andererseits individueller Freiheitsgebrauch, der die gleiche Freiheit der ande-

23 E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529; Grimm, Grundrechte (Anm. 20), S. 58 ff., 72 ff.

ren aufzehrt, ausgeschlossen. Im Gegensatz zu formaler Freiheit läßt sich materielle Freiheit indessen durch Verfassungsnormen allein nicht herstellen. Materielle Freiheit verwirklicht sich nicht durch staatliche Abstinenz, sondern durch staatliche Aktivität. Die Grundrechte können dafür Gesetzgebung und Verwaltung zwar das Ziel vorgeben und die Richtung weisen, bleiben aber auf deren Vermittlung angewiesen. Sie wirken nur mittelbar. Was zur Freiheitsförderung zu unternehmen ist, läßt sich auch nicht mit der gleichen Präzision in Rechtsnormen einfangen wie dasjenige, was der Staat im Freiheitsinteresse zu unterlassen hat. Positive Freiheitsförderung ist vielmehr situations- und mittelabhängig. Daher besitzen die Grundrechte in ihrer Eigenschaft als Gestaltungsprinzipien Aufforderungscharakter, lassen aber die Wege offen, der Aufforderung nachzukommen. Aus demselben Grunde sind sie auch – von Ausnahmefällen abgesehen – gerichtlich nicht einklagbar. Andernfalls träten Richter anstelle der Politik. Ihre Bindungskraft sinkt. Schließlich geraten sie wegen ihrer Angewiesenheit auf gesetzliche Vermittlung auch in die Restriktionen, denen freiheitsoptimierende Gesetzgebung in einem pluralistischen System unterliegt. Diese Restriktionen sind erheblich gestiegen, seit der Staat in den sechziger Jahren die umfassende Verantwortung für die wirtschaftliche und soziale Entwicklung übernommen hat, ohne doch seine Verfügungsbefugnis über die weiterhin grundrechtlich geschützte Wirtschaft im gleichen Maße zu erweitern. Der Staat muß daher im Bereich der Wirtschaftssteuerung auf seine spezifischen Mittel von Befehl und Zwang weitgehend verzichten und stattdessen zu indirekt wirkenden Motivationsdaten greifen. Insofern hängt die Erfüllung einer Staatsaufgabe also von der Folgebereitschaft wirtschaftlicher Entscheidungsträger ab. Diese gelangen dadurch dem Staat gegenüber in eine Verhandlungsposition. Er teilt seine Entscheidungsbefugnis mit gesellschaftlichen Mächten, die nicht in den spezifischen Legitimations- und Verantwortungszusammenhang der Verfassung eingegliedert sind. Die Verfassung regelt dann ihrem Anspruch zum Trotz die Herstellung kollektiv verbindlicher Entscheidungen nur noch partiell und muß daneben parakonstitutionelle Entscheidungsträger dulden.<sup>24</sup>

Was umgekehrt die mögliche Überforderung des Sozialstaats

24 Vgl. E.-W. Böckenförde, Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie, Der Staat 15 (1976), S. 457, sowie die umfangreich gewordene Literatur über Regierbarkeit

durch die Verfassung angeht, so lautet die Frage, inwiefern die Verfassung dem bestehenden Sozialleistungssystem Bestandsschutz verleihen kann und damit das Leistungsniveau ungeachtet der staatlichen Leistungskraft festschreibt.<sup>25</sup> Die Antwort hängt mit der Eigenart der Verfassung zusammen. Das Grundgesetz versteht sich einerseits nicht als reines Organisationsstatut, das alle im vorgesehenen Verfahren zustande gekommenen Entscheidungen ungeachtet ihres Inhalts für rechts nimmt. Es enthält andererseits aber auch keinen fertigen politischen Aktionsplan, der von den Staatsorganen nur noch auszuführen wäre. Das Grundgesetz verbindet vielmehr Verfahren und Prinzipien, Offenheit und Bindung. Politik bleibt daher unter dem Grundgesetz ebensowohl möglich wie nötig. Zu den inhaltlichen Bindungen der Politik zählt auch der Sozialstaatsgrundsatz, der zusammen mit den Grundrechten den Staat zu Daseinsvorsorge und sozialer Gerechtigkeit verpflichtet. Über Art und Maß schweigt das Grundgesetz aber. Das gegenwärtige Sozialleistungssystem stellt eine der verfassungsrechtlich zulässigen Möglichkeiten zur Verwirklichung des Sozialstaatspostulats unter anderen dar. Genösse es verfassungsrechtlichen Bestandsschutz, so würde eine verfassungsrechtlich zulässige politische Entscheidung in den Rang der allein möglichen Entscheidung erhoben. Die Offenheit der Verfassung sänke auf diese Weise, die demokratische Substanz des politischen Systems nähme ab, weil Wahlausgänge und Regierungswechsel sozialpolitisch folgenlos bleiben müßten. Beeinträchtigt würde aber auch der Sozialstaatsgrundsatz selbst. Die künftigen Sozialleistungen sind ja nicht als staatliche Verfügungsmasse schon jetzt vorhanden, sondern müssen von der gegenwärtig arbeitenden Generation erst erwirtschaftet werden. Daher hängt ihre Höhe von den wirtschaftlichen Umständen und der Leistungsbereitschaft der Bevölkerung ab. Genösse alle bereits begründeten Anwartschaften verfassungsrechtlichen Bestandsschutz, so wäre die unvermeidliche Konsequenz, daß die gegenwärtigen Leistungsempfänger ohne eigenes Zutun vor den künftigen Leistungsempfängern, deren Beiträge nicht geringer waren, bevorzugt wären, von den Folgewir-

kungen auf andere, womöglich nicht minder soziale staatliche Leistungen einmal abgesehen. Der Sozialstaatsgrundsatz, um den es ging, bliebe zugunsten einer Privilegienstruktur auf der Strecke. Eine wesentliche Errungenschaft des Verfassungsstaats gegenüber Absolutismus und Ständegesellschaft wäre damit wieder preisgegeben.

und Neokorporatismus, nachgewiesen bei D. Grimm, Verbände, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin 1983.  
25 Dazu ausführlich D. Grimm, Eigentumsschutz sozialpolitischer Positionen und rechtlich-politisches System, in: Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen (2. Sozialrechtslehrertagung), Wiesbaden 1982, S. 226.