

# Globalisierung und Sozialstaatsprinzip

Herausgegeben von  
ROLF STÜRNER  
und ALEXANDER BRUNS

*Freiburger  
Rechtswissenschaftliche  
Abhandlungen  
14*

---

**Mohr Siebeck**

FREIBURGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von  
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Band 14





# Globalisierung und Sozialstaatsprinzip

Ein japanisch-deutsches Symposium

Herausgegeben von  
Rolf Stürner und Alexander Bruns

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-153475-1 / eISBN 978-3-16-160447-8 unveränderte eBook-Ausgabe 2021  
ISSN 1864-3701 (Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Der Band enthält die Beiträge eines Symposiums, das entsprechend einer langen Tradition freundschaftlicher Verbundenheit der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka vom 23.–26. März 2012 über das Thema „Globalisierung und Sozialstaatsprinzip“ in Osaka stattgefunden hat. In der gegenwärtigen Welt umfassenden Austausches von Gütern und Ideen stellt sich die Frage nach dem Schicksal einer gesellschaftlichen Grundverfassung, die Japan und Deutschland in gewisser Weise gemeinsam ist. Beide Gesellschaftsmodelle bauen auf Leistungskraft durch Wettbewerb, pflegen aber gleichzeitig Elemente der Kooperation und Koordination stärker als viele andere Staaten, die am globalen Wettbewerb teilnehmen. Neben dem Gedanken individueller Selbstentfaltung steht der Gedanke der Selbstbescheidung und Rücksichtnahme, der individuelle Freiheiten zu Gunsten anderer gestaltet und beschränkt. Eine solche gesellschaftliche Grundverfassung setzt allerdings voraus, dass die staatliche Rechtsgemeinschaft in der Lage ist, die Verteilung von Gütern bis zu einem gewissen Mindestmaß mitzusteuern. Die Gestaltungsmöglichkeit des offenen Staates in einer globalisierten Wirtschaft hängt dabei immer stärker von supranationalen Institutionen ab, die bei der Bändigung und Regulierung privater Macht eine wachsende Rolle spielen, wobei Deutschland in die Europäische Union durch sich stetig vermehrendes europäisches Recht wesentlich stärker eingebunden ist als Japan in das weitmaschigere Netz völkerrechtlicher Verträge. Im Gefolge der Finanzkrise scheint der alte Gegensatz zwischen Arbeit und Kapital sowie Arm und Reich teilweise unter neuen Vorzeichen erneut wieder aufzuleben – eine insgesamt eher unglückliche Entwicklung. So bietet das Thema des Symposiums den verschiedenen Disziplinen der Rechtswissenschaft genügend Anlass zum gedanklichen Austausch und zu wechselseitigen Anstößen aus ähnlichen, aber letztlich doch etwas unterschiedlichen Blickwinkeln. Dies lässt die Veröffentlichung eines solchen Bandes trotz wachsender Vorbehalte gegen Sammelbände doch sinnvoll und lohnend erscheinen und auf wohlwollende Aufnahme bei einem interessierten Leserkreis hoffen. Die Herausgeber danken der Wissenschaftlichen Gesell-

schaft in Freiburg im Breisgau, die den Druck des Symposiumsbandes mit einem Druckkostenzuschuss unterstützt hat.

Freiburg, im Mai 2014

Die Herausgeber

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
-------------------	---

## *Kapitel 1*

### Die Veränderung der Rolle des Staates und die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts

*Thomas Würtenberger*

Die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts angesichts des Wandels der Rolle des Staates . . . . .	3
--	---

*Hiroshi Matsudo*

Die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts angesichts des Wandels der Rolle des Staates . . . . .	21
--	----

## *Kapitel 2*

### Der Einfluss völkerrechtlicher Rahmenbedingungen auf die Entwicklung sozialer staatlicher Strukturen

*Shogo Noda*

Wo ist nun eigentlich der Sozialstaat? . . . . .	37
--	----

*Silja Vöneky*

Der Einfluss völkerrechtlicher Rahmenbedingungen auf die Entwicklung sozialer staatlicher Strukturen . . . . .	63
---	----

## *Kapitel 3*

### Zivilrecht im Zeitalter des Interventionsstaates

*Kenichi Moriya*

Zivilrecht im Zeitalter der Ideologie. Eine Studie über Kurusu Saburos zivilistische Werke (I) . . . . .	85
---	----

<i>Uwe Blaurock</i> Regulierung und Wettbewerb . . . . .	113
---	-----

#### *Kapitel 4*

#### Das Gesellschaftsrecht und der Schutz der Arbeitnehmer

<i>Eiji Takahashi</i> Der Schutz der Arbeitnehmer im Gesellschaftsrecht. Zur Harmonisierung von Eigentumsgarantie und Sozialstaatsprinzip im japanischen Gesellschaftsrecht . . . . .	133
--	-----

<i>Hanno Merkt</i> Unternehmensmitbestimmung für ausländische Gesellschaften? . . .	151
--	-----

#### *Kapitel 5*

#### Refinanzierung durch Zession und Schutz des Schuldners

<i>Narunobu Fujii</i> Finanzierung durch Globalsicherung an beweglichen Sachen bzw. Forderungen. Aktueller Zustand und Rechtsprobleme . . . . .	175
--	-----

<i>Rolf Stürner</i> Refinanzierung durch Zession und Schutz des Schuldners . . . . .	197
---	-----

#### *Kapitel 6*

#### Wollen wir einen klassisch-liberalen Zivilprozess oder eher einen sozialen?

<i>Masahiro Takada</i> Die Theorie des sozialen Zivilprozesses und deren Bedeutung für den japanischen Zivilprozess . . . . .	213
---	-----

<i>Dieter Leipold</i> Sozialer Zivilprozess, Prozessmaximen und Prozessgrundrechte im 21. Jahrhundert . . . . .	235
---	-----

*Alexander Bruns*

Gruppenklagen als Erscheinungsformen eines sozialen Zivilprozesses in der Marktgesellschaft? . . . . .	255
---	-----

*Kapitel 7*

Der global beeinflusste Arbeitsmarkt  
und arbeitsrechtliche Regulierung

*Itaru Nemoto*

Das Spannungsverhältnis zwischen den arbeitsrechtlichen Regelungen und der Flexibilität auf dem Arbeitsmarkt in Japan . . .	277
--	-----

*Sebastian Krebber*

Arbeitnehmerschutz im liberalisierten Welthandel als Problem der Mehrebenenregulierung . . . . .	293
---	-----

*Kapitel 8*

Die „soziale“ bzw. „transnationale“ Veränderung  
des Strafbildes?

*Mari Kanazawa*

Die japanische Strafvollzugsreform und die (Re-)Sozialisierung . . .	315
--	-----

*Wolfgang Frisch*

Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand transnationalen Rechts . . . . .	335
--	-----

Autorenverzeichnis . . . . .	357
------------------------------	-----



*Kapitel 1*

Die Veränderung der Rolle des Staates  
und die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts



# Die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts angesichts des Wandels der Rolle des Staates

*Thomas Würtenberger\**

Der Staat befindet sich ebenso wie die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht in einem permanenten Wandel. Allerdings fällt es schwer, diesen Wandel zu erfassen: Anhand welcher Kriterien soll er bemessen werden? Was sind die treibenden Kräfte? Wer ist berufen, diesen Wandel auf den Begriff zu bringen und gegebenenfalls in rechtliche Form zu gießen? Und nicht zuletzt: Was ist der Bezugspunkt, was ist der Vergleichsmaßstab, um zu beurteilen, ob überhaupt ein Wandel vorliegt? Wo verlaufen die Grenzen zwischen schleichendem Wandel und Paradigmenwechseln<sup>1</sup>? Die Klärung dieser Fragen wird dadurch erschwert, dass nach Hegels berühmtem Wort die Eule der Minerva erst in der einbrechenden Dämmerung ihren Flug beginnt<sup>2</sup>. Erst wenn sich Wandlungsprozesse vollzogen haben, lassen sich (einstweilen) abschließende Antworten auf die Fragen nach dem Wandel im politisch-rechtlichen Bereich geben.

Wegen dieser Schwierigkeiten bei der Bemessung des Wandels der Rolle des Staates wird für die Erörterung unseres Themas ein eher theoretischer Zugriff gewählt. Dabei interessiert, wie die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts mit dem Wandel der Rolle des Staates, bzw. mit entsprechenden Thesen umgehen kann und muss. Auf den ersten Blick ist die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts ein ruhender Pol in den Prozessen staatlichen Wandels. Was die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts leisten soll, wird in einem ersten Abschnitt in der gebotenen Kürze skizziert. Ein historischer Zugriff in einem zweiten Abschnitt zeigt, dass mit dem Wandel der Rolle des Staates auch die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts in einem permanenten Wan-

---

\* Herrn Steffen Tanneberger danke ich für weiterführende Hinweise und eine kritische Durchsicht des Manuskripts.

<sup>1</sup> Zum Paradigmenwechsel vgl. die Thesen von *Thomas S. Kuhn*, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 19. Aufl. 2002, dass nur der Austausch von Orientierungsmustern zu einem Erkenntnisfortschritt führt.

<sup>2</sup> *G.F.W. Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, in: *Ders., Sämtliche Werke*, 3. Aufl. 1952, Bd. 7, Einleitung, S. 36 f.

del begriffen ist. Vor diesem Hintergrund historischer Erfahrung geht es in einem dritten Abschnitt um die Bewältigung von Veränderungen in der Rolle des Staates durch die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts. Hier gilt es auf der Folie derzeitiger Wandlungsprozesse zu klären, in welcher Form sie im öffentlichrechtlichen Wissenschaftsdiskurs aufgegriffen, normativ verarbeitet und kritisch begleitet werden. Dies führt zu abschließenden Überlegungen zur Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts angesichts permanenter Veränderungen der Rolle des Staates.

## I. Die Aufgaben der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts

Als praktische und angewandte Wissenschaft zielt die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht<sup>3</sup> auf die Lösung konkreter öffentlich-rechtlicher Fragestellungen<sup>4</sup>. Ihre wesentliche Aufgabe ist, durch Rechtsdogmatik die Normativität und damit die Geltung des Öffentlichen Rechts herauszuarbeiten. Sie bestimmt jene Wertungen, Rechtsgrundsätze und Ableitungszusammenhänge, die dem Öffentlichen Recht zu Grunde liegen. Neben diese axiologische Funktion tritt als zweite wichtige Funktion die Systematisierung des Öffentlichen Rechts. Die einzelnen rechtlichen Regelungen sind in ein kohärentes System zu bringen. Auf diesem Weg werden Orientierungsgewissheit und Rechtssicherheit gestiftet, die ihrerseits ein wesentliches Element für die Rechtsgeltung und Rechtsdurchsetzung sind.

Die rechtliche Richtigkeit und Gerechtigkeit dessen, was in der Dogmatik des Öffentlichen Rechts konsentiert ist, muss nicht immer wieder von neuem geklärt werden. Dies hat eine beträchtliche Entlastungsfunktion: Für die Juristen im Alltagsgeschäft der Rechtsberatung oder der Rechtsprechung, ist die Geltung von Gesetz und Recht entsprechend den Festlegungen der Rechtsdogmatik unhinterfragbare Grundlagen des Berufsalltages. Die am positiven Recht orientierte „Alltagsdogmatik“ immunisiert sich weitgehend gegenüber grundsätzlichen Wertungsfragen; Wandlungen im Bereich von Staat oder Gesellschaft bleiben ebenfalls weitgehend ausgeblendet.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Zur typisch deutschen Verklammerung von Staatsrechtslehre und Verwaltungsrechtslehre vgl. *Matthias Jestaedt*, Die deutsche Staatsrechtslehre im europäischen Rechtswissenschaftsdiskurs, JZ 2012, 1, 3 f.

<sup>4</sup> Hierzu allgemein: *Thomas Würtenberger*, Grundlagenforschung und Dogmatik aus deutscher Sicht, in: Stürner (Hg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, S. 3, 5 ff.

<sup>5</sup> *Matthias Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: ders. u. a., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77, 131: Dogmatik als „juridische Gebrauchsdisziplin“, als „rechtswissenschaftliche Anwendungshilfe“.

Demgegenüber fragt eine prospektive wissenschaftliche Dogmatik des Öffentlichen Rechts nach Wandlungen in ihren axiologischen Voraussetzungen sowie nach neuen dogmatischen Lösungsansätzen<sup>6</sup>. Sie begnügt sich nicht mit der Dogmatisierung des vorgefundenen „Rechtsstoffes“. In ihrem Fokus stehen u. a. Konzepte, die den staatlichen Wandel in rechtliche Form zu gießen vermögen. Ihr geht es darum, das Öffentliche Recht auf der Höhe der Zeit zu halten. Zu diesem Zweck zieht die wissenschaftliche Dogmatik des Öffentlichen Rechts Erkenntnisse rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung sowie von Nachbarwissenschaften, etwa Theorien von gesellschaftlichem und staatlichem Wandel, heran, um das überkommene dogmatische Koordinatensystem neu zu justieren<sup>7</sup>. Die Systematisierung des Öffentlichen Rechts wird an neuen Leitprinzipien orientiert, bislang konsentrierte Rechtsprinzipien werden modifiziert, neuen staatlichen Handlungsformen wird eine neue dogmatische Grundlage gegeben etc. Hier wird die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht zu einer kritischen Wissenschaft, die nicht allein den überkommenen Rechtsstoff verarbeitet. Durch „Reformdogmatik“ weist sie vielmehr den Weg zu neuen Ufern rechtlicher Gestaltung. Es ist nahe liegend, dass dann, wenn Wandlungen in der Dogmatik, also eine „Reformdogmatik“, allseits oder mehrheitlich konsentriert sind, dies die Auslegung des Gesetzes zu beeinflussen vermag. Der bekannte Satz, dass Neues entsteht, wenn man Altes neu zusammensetzt, lässt sich variieren: Das geltende Recht ändert sich dann, wenn die Rechtsdogmatik überkommene Ansätze neu ordnet. Dabei wird meist das Recht durch Schleusenbegriffe an neuen Leitideen ausgerichtet<sup>8</sup> und fortentwickelt.

Zu derartigen Schleusenbegriffen, die neue Leitideen verkörpern, gehören etwa „Staatenverbund“<sup>9</sup> als neue föderale Kategorie im Bereich der Europäischen Union, „Infrastruktur- und Gewährleistungsverantwortung“<sup>10</sup> im Bereich der „Daseinsvorsorge“<sup>11</sup>, ebenfalls ein Schleusenbegriff, „Inte-

<sup>6</sup> Zur Unterscheidung zwischen einer deskriptiv-empirischen und normativ-praktischen Dimension der Dogmatik: *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991, S. 307ff.

<sup>7</sup> Dabei sind Abgrenzungen zur Rechtspolitik und zur Theorie des Öffentlichen Rechts zu beachten, die an dieser Stelle nicht weiter verfolgt werden sollen.

<sup>8</sup> *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 1 Rn. 40f.

<sup>9</sup> BVerfGE 123, 267, 348; *Paul Kirchhof*, Der europäische Staatenverbund, in: von Bogdandy/Bast (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 1009, 1019f.

<sup>10</sup> *C. Franzius*, Der „Gewährleistungsstaat“ – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat, Der Staat 42 (2003), S. 493 ff.; *G. Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998.

<sup>11</sup> *Ernst Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart, 1938.

grationsverantwortung“ bei der Fortentwicklung der Europäischen Union<sup>12</sup> oder „Mehrebenensystem“<sup>13</sup> zur Bezeichnung von „gestufter Staatlichkeit“. Alle diese Begriffe umreißen sehr allgemein neue Leitprinzipien der Rechtsordnung, weisen der Dogmatik neue Wege und führen zu neuen Vorverständnissen bei der Auslegung des Rechts. Sie werden in aller Regel nicht vom Gesetzgeber formuliert, sondern von der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, bisweilen auch durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt und in die Dogmatik eingeführt. Dass sich derartige Schleusenbegriffe oftmals am Wandel der Rolle des Staates orientieren, liegt auf der Hand.

Eine entwicklungs offene Dogmatik des Öffentlichen Rechts hat die Leitideen und Rahmensetzungen des Öffentlichen Rechts auch mit Blick auf den Wandel des Staates immer wieder neu zu bestimmen. Sind doch Wandlungsprozesse möglichst frühzeitig rechtlich zu verarbeiten, damit das Öffentliche Recht auf der Höhe der Zeit gehalten werden kann. Diese Zielsetzung hat in Deutschland Tradition. Seit jeher ist man eher skeptisch, dass der Gesetzgeber allein oder mit ihm die Rechtsprechung zu einer sachgerechten Fortentwicklung der Rechtsordnung in der Lage sei. Der Wissenschaft sei es vielmehr aufgegeben, durch die stille Arbeit am dogmatischen System an der zeit- und sachgerechten Fortentwicklung des Rechts mitzuwirken. Dafür stehen Thesen wie die, dass sich der Gesetzgeber nicht über die Rechtsdogmatik hinwegsetzen könne.

## II. Zum permanenten Wandel der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts und der Rolle des Staates

Die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts ist ebenso wie die Rolle des Staates in permanenter Veränderung begriffen. Dabei gehört es zum Proprium der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, untrennbar mit der jeweiligen Rolle des Staates verbunden zu sein.

### 1. In historischer Perspektive

In historischer Perspektive gibt es Übergangsepochen, in denen die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts angesichts von Paradigmenwechseln in der Rolle des Staates in sich zerrissen war. Eine solche Übergangsepoch

<sup>12</sup> BVerfGE 123, 267, LS 2; 126, 286 (307).

<sup>13</sup> Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 1 Rn. 54 ff.

die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts<sup>14</sup>. Bis dahin hatte in Deutschland die Staatsrechtslehre des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation die staatsrechtlichen Grundlagen der föderalen, ständisch gegliederten, auf Vertrag und Herkommen beruhenden politischen Ordnung in großen Werken zusammengefasst. Diese Reichsstaatsrechtslehre systematisierte die rechtlichen Regelungen, nach denen in Deutschland und in den Staaten im Deutschen Reich regiert wurde.

Seit Mitte des 18. Jahrhunderts beginnt die alte ständische Ordnung brüchig zu werden. In sozialgeschichtlicher Perspektive löst eine Freiheit und Gleichheit einfordernde bürgerliche Gesellschaft die tradierte Ständeordnung ab.<sup>15</sup> Es entsteht ein neues, an den Ideen der Aufklärung orientiertes Allgemeines Staatsrecht, das wegen der politischen Verhältnisse zunächst nicht durchsetzbar ist. Der bislang positivrechtlich orientierten Wissenschaft des Öffentlichen Rechts tritt ein neuer Wissenschaftsansatz entgegen, der vernunftrechtlich die Grundlagen einer bürgerlichen politisch-rechtlichen Ordnung entwickelt.

Lassen wir zu dieser damals zentralen Frage des Selbstverständnisses der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts Johann Jacob Moser, den führenden Kopf der Reichspublizistik jener Jahre, zu Wort kommen. Von ihm wird das „neu erfundene vernünftige Staatsrecht des Teutschen Reiches“ mit Entschiedenheit bekämpft.<sup>16</sup> Habe doch das überkommene Staatsrecht die historische Entwicklung auf seiner Seite. Die Rechtsverbindlichkeit der Verträge des Kaisers und der Stände könne nicht durch Vernunftsrechtsdenken verunsichert oder gar aufgehoben werden. Damit verbindet er die kritische Frage: „Ob und wessen oder welche Vernunft allen Reichsgesetzen ... und unserer Reichsverfassung vorgehe“? Zugespitzt formuliert: Welche Vernunft ist „vernünftiger“? Die aus historischer Erfahrung über die Kette vieler Generationen entwickelte politische Vernunft oder die kritische Vernunft, wie sie in ganz unterschiedlicher Ausprägung die Grundlage der politischen Theorie der Aufklärung ist?

In historischer Perspektive hat die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht zum einen eine stabilisierende Funktion, nämlich den rechtlichen Rahmen

---

<sup>14</sup> Grundlegend zur Rolle der Wissenschaft des öffentlichen Rechts angesichts dieser Epochenwende *Michael Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 1. Bd., *Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600–1800*, 1988 und 2. Bd. *1800–1914*, 1992, S. 42 ff.

<sup>15</sup> Zum Folgenden *Thomas Würtenberger*, *An der Schwelle zum Verfassungsstaat*, in: *Aufklärung*, Jahrgang 3, Heft 2, 1988, S. 53, 58 ff.

<sup>16</sup> *Johann Jacob Moser*, *Gedanken über das neu-erfundene vernünftige Staatsrecht des Teutschen Reiches*, 1767, S. 13, 26.

der politischen Ordnung aufzubereiten. Sie muss dem Staat, dessen Rechtsordnung sie mitgestaltet, angepasst sein. Zum anderen kann sie eine emanzipative Funktion übernehmen, nämlich angesichts gesellschaftlicher Umbrüche die rechtlichen Rahmenbedingungen neuer Rollen des Staates zu diskutieren. Als Wegbereiterin des Neuen kann sie die Vordenkerin von politisch-rechtlichen Ordnungen sein, die im Gefolge von Paradigmenwechseln geschaffen werden. Sie kann aber auch, wie in der Preußischen Aufklärung des ausgehenden 18. Jahrhunderts, gegenüber der Erneuerung des Öffentlichen Rechts etwa mit dem Argument auf Distanz bleiben, dass die Zeit bzw. die Gesellschaft hierfür noch nicht reif seien.

## 2. *Zur Wechselbezüglichkeit in den Veränderungen der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts und der Rolle des Staates*

Zwischen Veränderungen in der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts und in der Rolle des Staates bestehen enge Wechselbeziehungen<sup>17</sup>. Bisweilen mag die Wissenschaft die Fackel der Veränderung vorantragen und einem Wandel des Staates vorausgreifen, bisweilen mag gesellschaftlicher und staatlicher Wandel Anlass zu Perspektivenwechseln in der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts sein. Bei allem Wandel ist der Staat auf die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts angewiesen. Diese ist mit ihrer Arbeit am positiven Recht Voraussetzung für eine rechtsstaatliche Ordnung. Sie erfüllt zudem die Funktion einer „Innovationswerkstatt“. Als kritische Begleiterin der Veränderungen in der Rolle des Staates bietet sie Entwürfe zur sach- und zeitgemäßen Fortentwicklung der Rechtsordnung an. So gesehen sind Staat und Wissenschaft des Öffentlichen Rechts eng vernetzt: Der Staat in seinem permanenten Wandel ist das Objekt der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts; sie ist dazu berufen, Veränderungen im Objektbereich vorauszudenken, kritisch zu begleiten, auf den Begriff zu bringen und zur Grundlage der Rechtsdogmatik zu machen.

---

<sup>17</sup> Allgemein zu den Wechselbeziehungen zwischen dem Recht und den gesellschaftlichen Tatsachen: *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2011, §§ 7 II, 10.

### III. Die Bewältigung von Veränderungen in der Rolle des Staates durch die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts

#### 1. Das Erfassen von Kriterien für eine Veränderung in der Rolle des Staates

Will die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts auf Veränderungen in der Rolle des Staates angemessen reagieren, muss sie die Felder möglicher Veränderungen im Blick haben und in ihre Dogmatik einbeziehen. Fragt man ganz allgemein nach den Determinanten des Wandels der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts und der Rolle des Staates, so gelangt eine Reihe von Faktoren in den Blick, die äußerst heterogen sind. Dabei handelt es sich meist um Faktoren, die zum Wandel sowohl der Wissenschaft vom Öffentlichen als auch der Rolle des Staates beitragen. Ohne den Anspruch auf Vollzähligkeit seien mit Blick auf neuere Entwicklungen folgende Felder benannt<sup>18</sup>:

- (1.) Veränderungen im Zeitgeist<sup>19</sup>, also in den kollektiven Wertvorstellungen und Verhaltensweisen, führen vielfach zu Veränderungen der Rolle des Staates. Genannt sei etwa die Entwicklung vom sog. Obrigkeitsstaat zum freiheitlichen und demokratischen Staat, vom „protective State“ zu einem am mündigen Bürger orientierten Staat oder von einem korporativen hin zu einem pluralistischen Staat.
- (2.) Die Europäisierung und Internationalisierung bzw. Globalisierung verändern den Souverän und die Souveränität des überkommenen Nationalstaates in grundlegender Weise. Die überkommene nationalstaatliche politische Kultur ebenso wie das gesamte nationale Recht und die nationale Politikgestaltung erfahren neue Rahmensetzungen. Nach Rainer Wahl mutiert der klassische souveräne Einzelstaat zum Mitgliedsstaat, dessen Rechtsordnung nicht mehr autonom ist, sondern mit Unions- und internationalem Recht verwoben ist<sup>20</sup>. Das Entstehen einer transnationalen Rechtsordnung ist von neuen Formen einer transnationalen Governance und transnationaler Standardsetzung begleitet<sup>21</sup>.
- (3.) Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors hat die Verwaltung an dem Leitbild eines New Public Management<sup>22</sup> orientiert. Sie hat zu neu-

<sup>18</sup> Zum Folgenden *Gunnar Folke Schuppert*, Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit?, *Der Staat* 47 (2008), S. 325 ff.

<sup>19</sup> *Thomas Würtenberger*, *Zeitgeist und Recht*, 2. Aufl. 1991.

<sup>20</sup> *Rainer Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 95 f.

<sup>21</sup> *Gunnar Folke Schuppert*, *Wandel von Staatlichkeit*, S. 336 ff.

<sup>22</sup> *Manfred Rehbinder*, *Rechtssoziologie*, 6. Aufl. 2007, Rn. 186 ff. m. Nw.

en Formen der Infrastrukturverantwortung, zur Einbeziehung des privaten Sektors in Formen des Private Public Partnership, zu neuen Steuerungsmodellen im Bereich der Haushaltswirtschaft und zu Veränderungen in der Verwaltungskultur geführt. Vor allem die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“<sup>23</sup> nimmt den Wandel in der Rolle des Staates zum Anlass, neue Formen staatlicher Steuerung methodisch und realitätsorientiert zu entwickeln. Verdienstvoll<sup>24</sup> ist, dass hier eine nicht juristische Perspektive in die Fortentwicklung der Dogmatik des Verwaltungsrechts eingebracht worden ist.

- (4.) In diesem Zusammenhang stehen neue staatliche Leitbilder. Der schlanke Staat bemüht sich um Aufgabenkritik, um Entbürokratisierung und um Privatisierung<sup>25</sup>. Der aktivierende Staat<sup>26</sup> soll „im Sinne einer neuen Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft“ gesellschaftlichen Problemlösungen Hilfestellung geben. Der Wettbewerbsföderalismus<sup>27</sup> wendet sich gegen den Zentralstaat, weil er die ökonomische Entwicklung nicht effektiv fördern könne; von Föderalisierung erhofft man sich Konkurrenz und Benchmarking, beide sollen Voraussetzung für den wirtschaftlichen Fortschritt sein.
- (5.) Änderungen in den Bedrohungslagen können die Rolle des Staates beim Schutz gegen Naturkatastrophen, vor nationalem und internationalem Terrorismus sowie vor international agierender Organisierter Kriminalität verändern. Man spricht hier von einer Neugestaltung der Sicherheitsarchitektur<sup>28</sup> und entwickelt neue Konzepte gesellschaftlicher Resilienz.
- (6.) Änderungen im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft können zu einem Wandel in Konzeptionen von der öffentlichen Verwaltung und ihren Aufgaben führen. Eine Partizipation einfordernde Öffentlichkeit verlagert Konfliktlösungen in Verwaltungsverfahren, macht Akzeptanz zu einem neuen Verfahrensziel und führt zu stärkerer Bürgerorientierung der Verwaltung<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3 Bde., 2006–2008.

<sup>24</sup> Kritisch jedoch *Matthias Jestaedt*, JZ 2012, 1, 8.

<sup>25</sup> *Andreas Voßkuhle* (Fn. 8), Rn. 62.

<sup>26</sup> *Andreas Voßkuhle* (Fn. 8), Rn. 62.

<sup>27</sup> Hierzu *Heribert Schatz / Robert Chr. van Ooyen / Sascha Werthes*: Wettbewerbsföderalismus. Aufstieg und Fall eines politischen Streitbegriffes, Baden-Baden 2000,

<sup>28</sup> *Thomas Würtenberger*, Sicherheitsarchitektur im Wandel, in: *Kugelman* (Hg.), Polizei unter dem Grundgesetz, 2010, S. 73 ff.

<sup>29</sup> *Thomas Würtenberger*, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, 1996.