

Udo Di Fabio

Staat im Recht



Fundamenta Juris Publici 8

Mohr Siebeck

Fundamenta Juris Publici

herausgegeben von
Rolf Gröschner, Matthias Jestaedt
und Anna-Bettina Kaiser

8



Udo Di Fabio

Staat im Recht

mit Kommentaren von
Karl-Heinz Ladeur und
Christoph Möllers

Mohr Siebeck

Udo Di Fabio, geb. 1954, ist seit 2003 Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bonn, von 1999 bis 2011 war er Richter des Bundesverfassungsgerichts im Zweiten Senat.

Karl-Heinz Ladeur, geb. 1943, war bis zu seiner Emeritierung 2008 Professor für Öffentliches Recht an der Universität Hamburg.

Christoph Möllers, geb. 1969, ab 2009 Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin und seit 2012 Permanent Fellow am Wissenschaftskolleg zu Berlin.

Zitierbeispiele:

Udo Di Fabio, Staat im Recht, Tübingen 2020 (FJP 8), S. 1 (14).

Karl-Heinz Ladeur, Kommentar, in: *Udo Di Fabio*, Staat im Recht, Tübingen 2020 (FJP 8), S. 47 (49).

ISBN 978-3-16-157573-0 eISBN 978-3-16-157574-7

DOI 10.1628/978-3-16-157574-7

ISSN 2194-8364 / ISSN 2569-3948 (Fundamenta Juris Publici)

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

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Minion Pro gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Vorwort der Herausgeber

Fundamenta Juris Publici (FJP) ist die Schriftenreihe des Gesprächskreises „Grundlagen des Öffentlichen Rechts“, der sich 2011 als Sektion der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer konstituiert hat. Die grundsätzlich im Jahresrhythmus erscheinenden Bände dokumentieren den in der Sektionssitzung gehaltenen Vortrag und die beiden dazu abgegebenen Kommentare. Der Reihentitel bekräftigt den Anspruch des Kreises, das wissenschaftliche Gespräch auf die „Grundlagen“ zu konzentrieren: auf die ideen-, verfassungs- und verwaltungsgeschichtlichen, die rechts-, sozial- und staatsphilosophischen sowie die rechtstheoretischen, -dogmatischen und -soziologischen Fundamente des *ius publicum*.

Der hier vorliegende Band dokumentiert das mittlerweile 8. „Grundlagen“-Gespräch anlässlich der Bonner Staatsrechtslehrertagung im Oktober 2018. Gegenstand war die Frage nach dem Standort des Staates im Recht – einer ohne Zweifel fundamentalen Fragestellung für die Vereinigung der Deutschen *Staatsrechtslehrer*. Den Bestimmungsversuch von Udo Di Fabio, Bonn, kommentierten Karl-Heinz Ladeur, Hamburg, sowie Christoph Möllers, Berlin.

Nürnberg, Freiburg i. Br.
und Berlin, im Januar 2020

Rolf Gröschner
Matthias Jestaedt
Anna-Bettina Kaiser

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	V
-------------------------------	---

Staat im Recht

von *Udo Di Fabio*

Thesen	1
I. Der Staat: die alte Matrix von Recht und Gesellschaft	7
II. Funktionelle Ausdifferenzierung als Charakteristikum der neuzeitlichen Gesellschaftsorganisation	14
III. Recht als ausdifferenziertes System	19
IV. Perspektiven des Staatsrechts	34

Kommentare

Karl-Heinz Ladeur

1. Wissen und Staat	48
2. Der „Kampf ums (subjektive) Recht“	50
3. Der Staat in Europa – Europa als Staat?	52
4. Der „Staat im Recht“ der Netzwerke?	55

Christoph Möllers

1. Funktionale Differenzierung: Beschreibungsgrenzen eines soziologischen Theorems	60
a) Zur Bedeutung von sozialer Ausdifferenzierung Verhältnis von Recht und Politik	62

Inhaltsverzeichnis

b) Hybride Phänomene	68
c) Normativität	71
2. Territoriale Ausdifferenzierung von Politik und Recht	73
a) Staatsgewalt	73
b) Selbst- und fremdreferentielle Rechtserzeugung	75
3. Besonderheiten deutscher Verfassungsgeschichte	77
a) Verfassunggebung	78
b) Föderale Organisation	80
c) Wissenschaftlicher Diskurs	81
4. Zum Verhältnis von Recht, Staat und Politik jenseits des Staates	84
5. Ausblick	89

Staat im Recht

Udo Di Fabio

Thesen	1
I. Der Staat: die alte Matrix von Recht und Gesellschaft	7
II. Funktionelle Ausdifferenzierung als Charakteristikum der neuzeitlichen Gesellschaftsorganisation	14
III. Recht als ausdifferenziertes System	19
IV. Perspektiven des Staatsrechts	34

Thesen

1. Funktionell betrachtet, dienten Idee und organisatorische Gestaltung des neuzeitlichen Staates der Ausdifferenzierung politischer Herrschaft. Alles, was dem neuen „Staat“ an Qualitäten und Formalitäten zugeschrieben wird, kann verstanden werden in der Logik politischer Ausdifferenzierung, also einer Herauslösung aus tradierten bestimmenden gesellschaftlichen Bindungen durch Verselbstständigung einer neu legitimierten Herrschaftsordnung.

2. Die institutionelle Idee des Staates sieht ihn als notwendige, Gewalt monopolisierende Form der sozialen Ordnung in der Sinnrichtung einer politischen Gemeinschaft, die ihrerseits entweder bereits vor dem Staat besteht, aber durch ihn die rationale Form findet, oder die erst durch ihn gebildet wird.

3. Die neuzeitliche Organisation des Staates bildet ein Framing, eine rational entworfene Matrix, die auf den Kontraktualismus aufsetzt, mit ihm aber auch konkurriert, also mit einer von einer natürlich vorgegebenen individuellen Willensfreiheit und Rechtssubjektivität ausgehenden Vertragstheorie, die politische Herrschaft auf ihre Weise – und naturrechtlich informiert – deduziert.

4. Mit dem Recht zur Rechtsetzung (Gesetzgebung im neuzeitlichen Sinne) dient das insoweit positiviertete Recht der Durchsetzung einer politischen Zentralinstanz gegen konkurrierende partikulare und geistliche Gewalten.

5. Die Neuzeit trennt/ unterscheidet sowohl politische Macht als auch das Recht, indem sie beide im Blick auf andere soziale Bindungen stärker ausdifferenziert und dann wieder in einer neuen spezifischen Weise miteinander koppelt, und zwar in der Institution des Staates.

6. Wenn Recht diejenige Klasse von sozialen Normen ist, deren Erzwingung in förmlichen Verfahren des Staates garantiert wird, dann kann man positives Recht ohne Staat gar nicht denken. Der Staat war insofern für das ausdifferenzierte Recht noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts keine kontingente, keine ersetzbare Organisation, sondern die Matrix eines präzise definierten Kontinuums von Normativität und Faktizität, und das im Sinne der Konstruktion einer grundlegenden sozialen Existenzform.

7. Recht als politisch gesetztes, als positives Recht – und eben nicht als religiös beglaubigte, geoffenbarte normative Gewissheit und nicht als Vertragsrecht oder als „organisches Volksrecht“ gewachsenes Recht – erzeugt einen aus der Asymmetrie des hierarchischen Geltungsanspruchs herrührenden besonderen Legitimitätsbedarf. Dieser Bedarf ähnelt dann dem der politischen Herrschaft, die das

Recht zur Gesetzgebung für sich beansprucht. Gleichwohl bleiben politische Macht und Gesetzesrecht/Rechtssprechung bei aller Nähe operativ getrennt. Diese operationelle Verschiedenheit tritt stärker hervor, wenn das Recht wieder entstaatlicht wird, sich also ablöst von einer anerkannten institutionell verankerten, festen Beziehung zu politischer Herrschaft und den dazugehörigen Mentalitäten und psychischen Bewusstseinslagen.

8. Die im Epochenvergleich von Spätantike und Mittelalter wieder engere Bindung des Rechts an politische Herrschaftsmacht in der Institution des Staates mindert den Legitimitätsbedarf für das neuzeitlich ausdifferenzierte Recht. Der seit der Rechtsschule von Bologna erkennbare ideelle Prägeraum des merkantilen Aufbruchs, des Humanismus und des Rationalismus, die systematisierende Tradition des römischen Privatrechts und insbesondere auch die Bindung an das Naturrecht können so allmählich, schrittweise entbehrlich werden.

9. Die Ausdifferenzierung professionalisierter Rechtsanwendung im neuzeitlichen Staat gelingt durch strukturelle Kopplung: Als Recht gilt, was im Staat förmlich als Recht gesetzt und von staatlichen Gerichten als solches erkannt, interpretiert und angewendet wird.

10. Zunehmende Selbstbezüglichkeit des Rechtssystems und das Auftreten überstaatlicher oder universeller Gemeinwohlreferenzen lockern die strukturelle Kopplung zum politischen System jedenfalls in der Institution des Staates und machen diesen im Prozess der Europäisierung und Internationalisierung vermehrt zum bloßen Verpflichtungsadressaten. Der Staat wird im neuen Wertungszusammenhang zu einer lediglich partikularen Interessenvertretung gegenüber globalen Gemeinwohl-

belangen, etwa in Fragen des Klima- oder Menschenrechtsschutzes.

11. Es besteht eine inverse Logik überstaatlichen Regierens. Der offene und integrationsbereite Staat folgte einem Kalkül der Machtsteigerung durch erhöhte Bindungswilligkeit.

12. Unter den Querschnittsinterventionen und gleichheitsrechtlich begründeten Unterscheidungsverboten leiden die Möglichkeiten zur Systembildung im Sinne rationaler Kodifikation, aber auch die Funktions- und Erhaltungsinteressen des Staates selbst, wenn sie im Recht keine hinreichende Abbildung finden.

13. Die Autorität des Rechts war lange Zeit fest an politische Machtentfaltung im Staat gebunden und löst sich inzwischen von der festen und exklusiven Bindung an den Staat, etwa wenn Recht im verbundenen Mehrebenensystem selbstbezüglicher erzeugt wird. Zu den Eigenschaften des Verbundes gehören stärkere Brückenschläge zu politischen Akteuren, die nicht notwendig über Amtsmacht verfügen müssen, aber zu den Prägefaktoren des überstaatlichen öffentlichen Meinungsraums zählen, wie NGOs, Think Tanks, wissenschaftliche Ratgeber, politische oder wirtschaftliche Lobbyisten. Politische Macht verliert Zentralität in der staatlichen Ämterhierarchie, der übernationale wie der nationale politische Prägeraum schieben sich vor Organigramme des staatlichen/überstaatlichen Ämtersystems.

14. Recht wird verstärkt, dabei den neuen politischen Referenzen allmählich folgend, instrumentalisiert, während sich Rechtswissenschaft im Prozess der Lockerung der Kopplung zum klassischen Staat wieder stärker zu einem Teil der Geisteswissenschaft, ethisch reflektierter

Rechtsdiskurse oder der beobachtenden Sozialwissenschaften entwickeln könnte. Dahinter steht auch das Bestreben, über Leitbilder, Programme und Ideen Gerechtigkeitsdiskurse mitzusteuern und daraus normativ überzeugende Begründungsleistungen, also Autorität zu gewinnen.

15. Das deutsche öffentliche Recht hat sich seit 1949 schrittweise aus einer kategorialen Umklammerung und Imprägnierung seiner Prinzipien und dogmatischen Grundorientierungen gelöst, die vom Staat als explanativer Matrix beherrscht waren. Nach der Entzauberung und Entmythologisierung des Staates ist seine rationale Rekonstruktion im Recht allerdings überfällig.

16. Die politische Einheitsprätention sickerte als „Staatsräson“ und juristisch fragloser Staatszweck in das Recht ein und machte es in gewisser Weise etatistisch. Das Europarecht zeigt eine entsprechende Wendung: Der „Effet utile“ ist eine funktional adäquate Präformierung, weil damit eine Stärkung oder Verteidigung der Integration zum Kompass und Maßstab der Rechtsanwendung gemacht wird.

17. Die paradoxe Vorstellung, gesellschaftliche Einheit in einer azentrischen Gesellschaft über politische Herrschaft und Rechtsetzung herstellen zu können, führt nicht nur den Staat oder die EU zu einer Überschätzung ihrer Möglichkeiten und zu einer paternalistischen Tendenz, sondern auch die kommunikativen Prägeräume einschließlich der politischen Philosophie. Fragmentierung der Gesellschaft und populistische Proteste können auch als Reaktion auf Entstaatlichungsprozesse und Schwerpunktverlagerungen politischer Machtkommunikation gedeutet werden.

18. Ein Recht, das die explanative Matrix des Staates aufgegeben hat, muss nach neuen Ordnungsmodellen suchen, die die Wirklichkeit politischer Herrschaft, einschließlich der wieder neu erwachenden machtstaatlichen Strukturen, angemessen erklären.

19. In der prekären Balance des europäischen Staatenverbundes besteht die Aufgabe von Rechtsanwendung und Rechtstheorie darin, die Pluralisierung der Gemeinwohlsreferenzen in einer angemessenen Funktionenordnung abzubilden.

20. Der Staat ist ein Garant, ein Ort der beauftragten Supervision und insofern eine besondere normative Ordnung, die mit der Privatautonomie des Einzelnen oder dem bürgerschaftlichen Status als Staatsangehöriger, dem Friedensauftrag und dem aktiven Bekenntnis zu den Menschenrechten dem überspannenden menschenrechtlichen Achtungsanspruch genügt und funktionell in der Lage ist, die Unversehrtheit und Friedlichkeit eines definierten Ordnungsraums zu wahren.

21. Ein theoretisch stärker reflektiertes Recht wird den Staat dort stärken und seine Funktionsinteressen etwa als Rechtsstaat höher gewichten als bislang, wo er als Stabilitätsanker rationale Entfaltungs- und Friedensordnung ist und bleibt. Dort aber, wo die konkrete Staatlichkeit repressiv wird, dort wo Re-Mystifizierung stattfindet oder sich ein kategorialer Kollektivismus oder gelenkte/illiberale Demokratien bilden, muss das Verfassungsrecht seine normative Signatur deutlich machen und Grenzen setzen. Es geht um die Selbstbehauptung einer mehrschichtigen Friedensordnung, die die Achtung des sich entfaltenden Individuums in den Mittelpunkt rückt und in der bürgerschaftlichen Dimension politischer Gemein-

schaft(en) republikanische Entfaltungsmöglichkeiten bewahren will.

I. Der Staat: die alte Matrix von Recht und Gesellschaft

1. „Il stato“, „der Staat“: Das war einmal jene große Erfindung von Juristen, die der politischen Herrschaft einen festen, einen exklusiven Ort gaben. Politische Macht sollte – zuerst bei *Machiavelli*, dann bei *Bodin* – gar nicht mehr anders denkbar sein als in der institutionalisierten Form- und Verfahrenstypik des Staates. Die leitende Vorstellung ist, dass politische Herrschaftsgewalt monopolisiert und rationalisiert sei, in einer Hand liege und auf ein durch klare Grenzen fixiertes Territorium und auf eine gewaltunterworfenen bestimmte Bevölkerung begrenzt sei. Das hat sich zu Beginn der Neuzeit zunächst in Europa allmählich durchgesetzt. Seit dem Zeitalter des Absolutismus und dem Westfälischen Frieden wurde die institutionelle Idee des neuzeitlichen Staates als Rechtsperson und Territorialverband prinzipiell nicht mehr bestritten.¹ Aber es war nie die Form allein, sondern vor allem die Vorstellung, der Staat sei Rechtsperson und damit ein Großakteur, der neben die Menschen als natürliche Rechtspersonen tritt²,

¹ *Holger Th. Gräf*, Funktionsweisen und Träger internationaler Politik in der frühen Neuzeit, in: Jens Siegelberg/Klaus Schlichte (Hg.), Strukturwandel internationaler Beziehungen. Zum Verhältnis von Staat und internationalem System seit dem Westfälischen Frieden, 2000, S. 105 ff.

² Wobei die Ebenen im klassischen Staatsrecht unverbunden nebeneinander standen, Impermeabilität der Sphären. Siehe exem-

auch wenn dieser notwendige Leviathan bei näherem Hinsehen aus genau diesen natürlichen Personen besteht. Es war vielleicht nicht die glücklichste Metapher, die *Thomas Hobbes* 1651 verwandte, um die Übermacht des Staates zum Ausdruck zu bringen, denn biblisch wird das Ungeheuer *Leviathan* von Gott besiegt – und viel spricht dafür, dass nicht nur Utopisten und staatsverneinende Anarchisten im Kampf gegen den Staat das Werk Gottes vollenden wollen.

2. *Funktionell* betrachtet, diente die Idee des neuzeitlichen Staates der Ausdifferenzierung politischer Herrschaft. Der Prozess einer Zentralisierung von organisierter Macht und funktioneller Schließung des politischen Systems suchte im Zeitalter des Rationalismus nach einer Form. Dieser revolutionäre Prozess ist insofern ein Momentum für die neuzeitliche Staatsbildung, aber auch „conditio“ im Sinne von Konditionierung. Politische Herrschaft gewinnt dadurch Freiheiten, gerät aber im Gegenzug auch in die formalen Zwänge der Staatlichkeit, die als Institution eine prägende neue Wirklichkeit konstruiert. Als gesellschaftliche Institutionen bezeichnen wir soziale Ordnungen, die regel- und kulturbasiert um einen emotional anschlussfähigen Sinnkern gebaut sind und soziale Interaktionen funktionell verlässlich (erwartungssicher) machen. Institutionen sind keine Funktionssysteme, aber sie sind auf solche ausgerichtet oder koppeln sie. Der von der Institution des neuzeitlichen Staates – etwa mit seiner Rechlichkeit oder dem professionalisierten Ämter-system – bereitgestellte Rahmen begünstigt eine neue

plarisch *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1997 (Nachdruck der 5. Aufl. 1911), S. 126.

Eigendynamik, die mit ihren Folgewirkungen wiederum Ursachen für neue Veränderungsprozesse setzt.³

Mit Hilfe der Staatsidee strebte politische Herrschaft heraus aus den tradierten, den mittelalterlichen Bindungen adliger und kirchlicher Gewalt. Das alte mediävale Machtsystem war stärker gefangen in personellen Loyalitätsverhältnissen, in familiären Beziehungsgeflechten, war den ideellen und normativen Zwängen religiöser Provenienz und lokaler Eigensinnigkeiten unterworfen. Die Herrschaft des Mittelalters bedeutete ökonomische Abhängigkeit von der schwerfälligen Verfügungsmacht über den Boden, die enge Abhängigkeit von einer universell organisierten und lokal im Feudalsystem mitspielenden Kirche und anderen lokalen Gewalten. Fürstliche oder auch kaiserliche Herrschaft war eingezwängt in komplexe Rechtsverhältnisse, mit einem kaum zügig revidierbaren Geflecht aus Rechten, Privilegien und Einungen, zum Teil

³ Solche Folgewirkungen können auch institutionengeschichtliche Wandlungsprozesse betreffen, etwa wenn im ersten Schritt der Ausdifferenzierung Souveränität postuliert wird wie bei dem absolutistischen Theoretiker *Jean Bodin* und dann dem Souveränitätsproblem mit der Idee des Rechts- und Verfassungsstaats eine moderierende, disziplinierende Gestalt gegeben wird, siehe dazu *Andreas Höntsch*, Die institutionelle Bestimmtheit sozialer Systeme. Niklas Luhmanns Systemtheorie und die Soziologie der „Leipziger Schule“, 2018, S. 319. Eine andere Dimension für Folgeprobleme nach der Französischen Revolution und der Notwendigkeit landständischer Verfassungen zugleich als Mittel nationaler Einheit beleuchtet *Wilhelm von Humboldt*, Menschenbildung und Staatsverfassung, Texte zur Rechtsphilosophie, 1994, S. 234 ff. (Denkschrift über eine deutsche Verfassung, Über eine deutsche Verfassung und Denkschrift über eine landständische Verfassung Preußens).

aus unvordenklicher Zeit. Politische Herrschaft litt unter der Diskreditierung der Macht seit *Augustinus*.⁴

Verstetigte, verlässliche Instrumente der Macht, die tief und breit wirkten, waren ebenso ein Mangel des vorneuzeitlichen politischen Systems. Den jeweiligen Machträgern fehlte die verlässliche Möglichkeit, Konkurrenten jedenfalls innerhalb eines definierten Raumes wirksam und mit hinreichender Aussicht auf dauerhafte Anerkennung auszuschalten. Der Staat als rational begründete und ausgestaltete rechtsfähige Einrichtung zielte auf die Behebung dieser Mängel, er schob sich allmählich vor die lange noch weiterexistierende überlieferte Kulisse persönlicher Geflechte und kirchlicher Beglaubigungen.

3. Alles, was dem neuen „Staat“ seit dem 16. Jahrhundert an Qualitäten und Formalitäten zugeschrieben wird, kann insofern verstanden werden als Teil des „Programms“ politischer Ausdifferenzierung, als die Lösung aus tradierten gesellschaftlichen Bindungen durch Verselbstständigung von Herrschaft im Sinne wachsender operativer Schließung und Gewinnung selbstbezoglicher Handlungsmöglichkeiten. Politische Akteure gewinnen operative Autonomie durch die Beanspruchung der institutionellen Idee des Staates *als Gewalt monopolisierende, rational notwendige Form der sozialen Ordnung einer politischen Gemeinschaft*. Organisationstypik der Ämterhierarchie, Rechtspersönlichkeit, Form und Verfahren sind Strukturen, die vom Recht (auch vom kanonischen Recht⁵) vorgeprägt und bereitgestellt sind, die zugleich

⁴ Georg Zenkert, *Die Konstitution der Macht*, 2007, S. 116 ff.

⁵ Dazu die pointierte These von *Harold J. Berman*, *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, 1995, S. 288 ff.,