Demokratischer Staat und Wandel. Regulierungsrecht als Projekt einer aporetischen Demokratie*

Sebastian Schwab

Das einzig Stetige ist der Wandel.[1] Mag Digitalisierung ein uns zumindest neuartig erscheinendes Phänomen sein, Wandel ist nicht neu. Es ist darum wenig reflektiert zu glauben, Digitalisierung ändere schlechthinnig „alles".[2] Doch diese wenig reflektierte Wahrnehmung ist die Folge des rhetorischen Modus, in dem diese und andere Äußerungen getätigt werden: Oft ist das Reden über Digitalisierung – und Wandel überhaupt – geprägt von Aktionismus und Alarmismus, man würde „zurückfallen" gegenüber anderen Rechts-, Staats- und Wirtschaftsordnungen; ebenso häufig aber werden Digitalisierung und Wandel als Bedrohung für Freiheit und Privatheit apostrophiert, der zu wehren sei – Aktionismus und Alarmismus bleiben also die Schlagworte, sie wechseln lediglich ihre Vorzeichen. Makel- und Verlustgeschichten werden kunstvoll aneinandergereiht.

Mir soll es hier um etwas Anderes gehen, nämlich um die Frage: Wie lässt sich das Verhältnis von Staat und Wandel als Chance für ein demokratisches Projekt begreifen?

Im Folgenden soll von *grundstürzendem* Wandel die Rede sein.[3] Solche Großprojekte des Wandels betreffen viele Menschen. Im Zentrum der Untersuchung steht wirtschaftlich-technologischer Wandel, insbesondere sol-

---

* Zuspruch und Kritik stehen nicht im Verhältnis der Aporie zueinander. Der Verfasser dankt darum Hans Michael Heinig für beides gleichermaßen.

1 *Heraklit* auf der Grundlage einer (wohl den Wortlaut überspannenden) Übersetzung von *Platon*, Kratylos, 402a, zugeschrieben.

2 So aber plakatierte die FDP im Bundestagswahlkampf 2017: „Die Digitalisierung ändert alles. Wann ändert sich die Politik?".

3 Signifikanz ist auch in der juristischen Innovationsforschung eine oft betonte Voraussetzung, so bei *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 520. Volkswirtschaftlich stellt sich Innovation dagegen zumeist als Ansammlung zahlreicher kleiner Evolutionen dar, so *Stiglitz/Greenwald*, Die innovative Gesellschaft, 2015, S. 44 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

cher aus dem Bereich der „Fundamentalökonomie“[4]. Fragen wie der Wandel gesellschaftlicher Moralanschauungen spielen nur am Rande eine Rolle, als sie Verflechtungen zu wirtschaftlichen Wandlungsprozessen aufweisen können. Das Schlagwort des „Verfassungswandels“ soll hier außen vor bleiben.

Im Gang der Untersuchung sollen vier verschiedene Perspektiven eingenommen werden, die für einen Aufriss genügen mögen. An eine *staatstheoretische Perspektive* auf das Komplementär- und Konfliktverhältnis von Staatszwecken schließt sich eine *rechtshistorische Perspektive* an. Von ihrer Warte aus werden staatstheoretisch erklärbare Muster erkennbar, die dem Umgang von Staatlichkeit mit Wandel unterlegt sind. Diese beiden Blicke lassen den Staat im Titel erkennen. Im zweiten Teil soll die Demokratie sichtbar werden. Dabei geht es nicht darum zu behaupten, die erkannten Muster seien exklusiver Ausdruck demokratischer Staatlichkeit. Weder existiert eine solche Kausalität, noch lässt sich auch nur eine Koinzidenz nachweisen. Aber: Ändert sich der Blickwinkel, dann erscheinen auch die überkommenen Muster in einem neuen Licht; sie erhalten demokratische Konturen. Während über Recht und „Innovationen“[5] in rechts- und regelungstechnischer Sicht viel geschrieben worden ist,[6] bleibt die Rechtserzeugung von Wandel bewältigendem Recht unter demokratischen Bedingungen recht randständig. Dieser Text möchte dem abhelfen. Dafür nehme ich zuerst eine *ideengeschichtliche* und schließlich eine *demokratietheoretische Perspektive* ein. Es wird sich zeigen, dass das Regulierungsrecht, das Wandel „kleinarbeitet“, als demokratische Praxis – Demokratietheorie *in action* – gedeutet werden kann. Das Destillat der praktisch entfalteten Demokratietheorie soll zugleich einen neuen Zugang zu überkommenen Topoi der Staatsrechtslehre gewähren.

---

4 Zum Begriff *Foundational Economy Collective*, Die Ökonomie des Alltagslebens, 2019.

5 Die rechtswissenschaftliche Innovationsforschung ist wertvoller Impulsgeber für die hiesigen Überlegungen; im Begriff der Innovation schwingen aber so viele normative Aspekte mit – z.B. eine grundsätzlich affirmative Haltung, wenn man wie *Hoffmann-Riem* „Innovation“ als Beitrag zur Bewältigung eines „Problems“ definiert (s. ders., AöR 131 (2006), 255) –, dass er hier unterbleiben soll, um den Blick für die eigentliche normative Komponente zu öffnen: Nämlich den demokratischen Umgang mit Wandel. Zum modesten Optimismus dieses Begriffs vgl. *Wege*, Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1977, S. 57.

6 Fundamental die Arbeit von *Hoffmann-Riem* (Fn. 3).

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

A. Erster Teil: Staat

I. Staatstheoretische Perspektive: Staatszweckdiskurse

Die erste Perspektive ist jene der Staatstheorie. Aber können uns Staatszwecklehren überhaupt helfen, das Verhältnis von Staatlichkeit und Wandel angemessen zu erfassen? Schließlich sind Staatszwecklehren oft für tot erklärt worden.[7] Indes: Sie leben weiter. Man kann sich von der Kategorie nicht gänzlich verabschieden. Der Verweis auf positiv-rechtliche „Staatsziele" ist nicht geeignet, das konkrete Phänomen eines bestimmten Staates in ein übergreifendes Analyseschema für Staatlichkeit einzupassen.[8] Für den vorliegenden Untersuchungszweck sind Staatszwecke zudem attraktiv, weil sie die Einführung des für den weiteren Fortgang der Untersuchung bedeutsamen Begriffs der *Aporie* in die Überlegungen ermöglichen.

Doch zunächst eine kurze Verteidigung der zu Unrecht Totgesagten: Wie der *pouvoir constituant* selbst, sind Staatszwecke nicht an eine konkrete normative Ordnung rückgebunden. Deutet man Staatszwecke als Beschreibung eines subjektiv-kontingenten geschichtlichen Umstands, statt als objektiv dem Staatsbegriff vorgelagert, markieren sie den Grund für den Abschluss des imaginierten Gesellschaftsvertrags. Dann kann man Staatszwecke auch nicht als Gefahr für demokratische Setzungen abkanzeln:[9] Staatszwecke sind im demokratischen Verfassungsstaat nichts „uns je schon Gegebenes", sondern sind „uns durch uns selbst gegeben". Staatszwecke, die „wir" uns selbst geben, bedeuten aber keine notwendige Gleichsetzung mit der Gestalt des positiven Rechts: Eine etwaige Diskrepanz diskursiver Setzung und positiv-rechtlicher Gestalt kann Ansatzpunkt für Kritik sein; ein Maßstab ist durch die Kategorie des Staatszwecks gewonnen. Denn: Auf höherem Abstraktionsniveau zwar verhältnismäßig statisch, sind konkrete Ausformungen, Erscheinungen und Verständnisse „des" Staatszweckes in einem demokratischen Staat diskursiver Wandlung, also Wandlung durch Politisierung, unterlegen.[10]

Wir dürfen – und sollten – also die Frage nach Staatszwecken behandeln; sie bilden – das teilen sie mit Verfassungen – Projektionsflächen für

---

7 Vgl. *Möllers*, Staat als Argument, Nachdruck 2011, S. 192 ff.; *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, S. 184 ff. m.w.N.

8 Für Staatszwecke als Analyseschema vgl. *Ress*, VVdStRL 48 (1990), 56.

9 In diese Richtung tendieren aber *Möllers* (Fn. 7), S. 198 und *Wischmeyer* (Fn. 7), S. 186.

10 Zur Wandlung von Staatszwecken, in seiner Terminologie „Staatsaufgaben" (*Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 106), bspw. ebd., S. 114 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorstellungen vom Staat.[11] Manche solcher Vorstellungen scheinen schon in etymologischen Schlaglichtern auf: Staat – englisch *state* mit seinem Bedeutungsspiel aus Staat und Zustand – statisch. Schutz und Sicherheit, Beständigkeit und Planbarkeit, die in diesen Schlaglichtern aufblitzen, sind auch notwendige Voraussetzung für das, was man mit *Julian Nida-Rümelin* als einen der philosophischen Kerngehalte der Menschenwürde fassen könnte: Die Autorschaft über das eigene Leben in Anspruch nehmen zu können.[12]

Ein solchermaßen über die Chiffre der Autorschaft formulierter „Würde-Staatszweck", der mindestens ebenso umstritten wie die meisten Postulate der Staatstheorie ist, kann hier einen Aufriss des Problems – den Umgang mit Wandel – geben. Denn ein „Würde-Staatszweck" bringt kein eindeutiges Handlungsprogramm hervor. Er zielte darauf, Menschen durch ein geeignetes institutionelles Arrangement in die Lage zu versetzen, ihre je eigenen Vorstellungen des guten Lebens je individuell zu verwirklichen. Freilich erschöpften sich in den Schlaglichtern Beständigkeit und Planbarkeit die Gelingensbedingungen der Autorschaft nicht. Schließlich konfligieren die beiden Aspekte nicht selten mit der Dynamik unserer Lebenswelt. Der Befund, dass sich Lebenswelten – technische Möglichkeiten, politische Großwetterlagen, persönliche Lebensumstände, moralische Überzeugungen – wandeln, offenbart denn schon auch die Dialektik, die dem Staatszweck der Ermöglichung der Autorschaft für das eigene Leben innewohnte: Denn die Voraussetzungen für die Potenz, Autor zu sein, wären mitunter erst zu *schaffen*. Das Verhältnis von Staatlichkeit zu Wandel kann unter Hinweis auf diesen also nicht eindeutig beantwortet werden; vielmehr führt er geradewegs in die Aporie, in den Widerspruch.

II. Rechtshistorische Perspektive: Muster

Mit der Aporie ist eine Hypothese gewonnen: Die Haltung des Staates zu Wandel ist nicht frei von Brüchen und Widersprüchen. Diese Ambivalenz schlägt sich nieder in drei Mustern, drei Techniken des staatlichen Um-

11 Es bietet sich eine Parallelisierung mit dem Gedanken der „Gerechtigkeitsreserve" an, der von *Morlok* im Zusammenhang mit der Verfassung entwickelt wurde, s. dazu ders., Art. Verfassung, in: Heun/Honecker/ders./Wieland (Hg.), Evangelisches Staatslexikon, Neuausg. 2006, Sp. 2559 f. Vgl. dazu auch *Schwab*, in: Foblets/Hanschel/Höland (Hg.), Grenzen des Rechts, 2018, 117 (134).

12 *Nida-Rümelin*, Demokratie und Wahrheit, 2006, S. 118 ff. (insb. 128 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

gangs mit Wandel. Zu deren Aufweis soll nun ausgehend vom Anblick der Aporien die Perspektive der Rechtsgeschichte eingenommen werden.

Betrachten werde ich dabei Rechtsgeschichten aus der Zeit der Industrialisierung, die alle einen mehr oder weniger engen Nexus zur Eisenbahn, dem Führungssektor der Industrialisierung in Deutschland,[13] aufweisen. Das ist v.a. deswegen plausibel, weil auch für die Digitalisierung in Anspruch genommen wird, sie sei wirtschaftlich „ein zentraler Wachstumstreiber"[14] und erfasse gleichfalls eine Vielzahl von Lebensbereichen. Zudem handelt es sich bei einer Vielzahl digitaler Dienste um Phänomene einer Netzwirtschaft – auch der infrastrukturelle Aspekt der Digitalisierung, also z.B. die Herausbildung natürlicher Monopole, das Ziel größtmöglicher Abdeckung in der Fläche und die Relevanz der Kategorien Zentralisierung/Dezentralisierung, legt also den Bezug nahe.

1. Gewissheitsverluste und das Narrativ der Repressivität

Binnen des „langen neunzehnten Jahrhunderts"[15] – von 1789 bis 1914 – entstand eine neue soziale Schicht, die Verarmung und Entwurzelung ausgesetzt war, überbrückten Telegraphen ungeahnte Distanzen in Windeseile und entfalteten erstmals zahlreiche Menschen eine Reisetätigkeit. Die Verfügbarmachung von Welt[16] schritt rasant voran; noch Zeitgenossen sprachen von einer „industriellen Revolution"[17]. Mit anderen Worten: Viele Gewissheiten wurden völlig auf den Kopf gestellt. Die Menge der „Gewissheitsverluste"[18] war unüberblickbar.

Man könnte meinen, das Recht in Deutschland litt an diesen Gewissheitsverlusten damals allenfalls leise. Der Juristenstand war beherrscht von einem konservativen Corpsgeist; Veränderungen, so die Meistererzählung,

---

13 Mit diesem Befund *Fremdling*, Eisenbahnen und deutsches Wirtschaftswachstum 1840-1879, 1975, S. 83. Freilich ist das auf Schumpeter zurückgehende Führungssektor-Konzept wissenschaftlich nicht unumstritten, s. *Sitglitz/Greenwald* (Fn. 3), S. 40 f.

14 *Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft*, Digitalisierung als Rahmenbedingung für Wachstum – Update. Stand Mai 2015, S. 41.

15 So die von *Hobsbawm* geprägte, mittlerweile Gemeingut gewordene Bezeichnung.

16 S. zu diesem Konzept *Rosa*, Unverfügbarkeit, 2018.

17 Bspw. *Schwars*, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 25 (1869), 535 (539). Von einer „digitalen Revolutionen" wird mittlerweile auch gesprochen, z.B. bei *Reckwitz*, Das Ende der Illusionen, 2019, S. 10.

18 Der Begriff ist *Haverkate*, Gewißheitsverluste im juristischen Denken, 1977, entlehnt.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

seien im *Savigny*'schen Volksgeist nur in homöopathischen Dosen vorgesehen gewesen. Ein aus der Zeit gefallenes Recht als Antiquität inmitten der sich wandelnden Welt.

Das ist freilich nur eine Seite der Medaille. Auch im Juristenstand wuchs die Ungeduld. Man nahm wahr, dass weder das römische Recht mit seinen altertümlichen Kategorien noch Landrecht in Unübersichtlichkeit und Zersplitterung mehr trugen;[19] der technische Fortschritt sei schneller als Gesetzgeber und Rechtswissenschaft.[20]

Doch der Gesetzgeber mühte sich; nicht nur die Eisenbahn schnitt nunmehr durch das Land, auch in die juristische Landschaft hielten zunehmend Gesetze Einzug, die die Rechte von Eisenbahngesellschaften und Passagieren beschnitten oder stärkten: Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch regelte 1861 endlich einheitlich die Haftung für beförderte Sachen. Zehn Jahre später folgte dann mit dem Reichs-Haftpflichtgesetz eine einheitliche Regelung der Haftung von Eisenbahnunternehmen für Personenschäden. Damit war die Gefährdungshaftung, geistiges Kind *Friedrich-Carl v. Savignys*,[21] im Reich angekommen.[22] Als später Krafträder und Kraftwagen aufkommen, griff man hinsichtlich der Haftungsfragen auf das Eisenbahnrecht zurück, mit dem man schon seit einigen Jahrzehnten Erfahrung hatte.[23]

Diese wenigen Beispiele können nur andeuten, was für Zeitgenossen offensichtlich war: Das lange neunzehnte Jahrhundert generierte zahlreiche rechtliche Neuerungen. Doch den hier beispielgebenden neuen Regelungen eignet eine gewisse Repressivität: Das Recht reguliert, besteuert und

---

19 Vgl. *Ritter Ackermann*, in: Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts, 13 (1868), 433 (433 f.); *Pöhls*, Das Recht der Actiengesellschaften, Hamburg 1842, S. 10.

20 *Beschorner*, Das deutsche Eisenbahnrecht, Erlangen 1858, S. IV.

21 S. *Vogeler*, in: Beck-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand September 2019, § 1 HaftPflG Rn. 2 m.w.N.

22 Schon Jahrzehnte zuvor hatte Preußen in seinem Eisenbahngesetz eine auch Sachschäden Unbeteiligter, z.B. durch Funkenflug, umfassende Gefährdungshaftung eingeführt, von dort hatte das Prinzip zunehmende Anhängerschaft gefunden, s. *Eger*, Das Reichs-Haftpflicht-Gesetz, Breslau 1876, S. 2. Zu einer reichsweiten Lösung dieser Haftungsfragen kam es während der Epoche der Dampflok indes nicht. Das geschah erst 1940 mit dem Sachschadenhaftpflichtgesetz, s. *Piontek*, in: Filthaut, HaftPflG, 10. Aufl. 2019, § 1 Rn. 3.

23 Namentlich das Konzept der Gefährdungshaftung wird übernommen. Das Lernen ist beidseitig. 30 Jahre später wird die Haftungsobergrenze für die Gefährdungshaftung durch das Gesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen und Straßenbahnen für Sachschäden vom 29. April 1940 (RGBl. I, 691) aus dem Straßenverkehrs- ins Eisenbahnrecht zurückgespielt.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

gestattet jetzt, wo man zuvor einfach „durfte". So lautet die Klage.[24] Das Narrativ: Recht bremst Wandel.

2. *Möglichkeitsräume und das Narrativ der Freiheitsentfaltung*

Dieses beliebte[25] Narrativ ist freilich kontingent – nicht falsch, *nota bene*.

Eine andere Erzählung, schaute man ein paar Jahrzehnte vor das Reichs-Haftpflichtgesetz, begänne so: Das Preußische Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen von 1838[26] ermöglichte es Eisenbahnunternehmen, zum Bau ihrer Strecken Private zu enteignen. 1843 setzte das Preußische Gesetz über Aktiengesellschaften[27] einen einheitlichen rechtlichen Rahmen für die Gesellschaftsform, wo zuvor Unsicherheit geherrscht hatte. Durch die positiven Erfahrungen im Eisenbahnwesen mit ihrer nunmehr festgefügten Form[28] wurden nun immer mehr Unternehmen mit großem Kapitalbedarf gegründet.[29] Als sich die Notwendigkeit zeigte,[30] eine Gesellschaftsform zu schaffen, die wie die AG nur eine begrenzte Haftung kennt, sich aber leichter und mit weniger Kapital gründen lässt und in der

---

24 So beurteilten die Eisenbahngesellschaften das preußische Eisenbahngesetz als voll der „Ungunst" und schalten es für die „durchweg hemmenden und drückenden Bestimmungen", s. *o.V.*, in: Eisenbahn-Zeitung, 6 (1848), 147. S. auch *Kießling*, in: Bayer/Habersack (Hg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. 1, 2017, Kap. 5 Rn. 54.

25 So auch *Hoffmann-Riem* (Fn. 5), 258.

26 PrGS, 505.

27 PrGS, 341. Das Gesetz über Eisenbahn-Unternehmungen hatte zuvor ein sektorales Spezial-Aktienrecht geschaffen.

28 Die Anfänge der Aktiengesellschaft reichen zwar weiter zurück. Die frühneuzeitliche Aktiengesellschaft glich aber eher einem Privilegienbündel, das einem Gesellschaftsvertrag staatlicherseits beigegeben wurde. Vgl. dazu ausführlich *Cordes/Jahntz*, in: Bayer/Habersack (Fn. 24), Kap. 1.

29 Neben der Eisenbahn insbesondere andere klassische Industriezweige wie Berg- und Kanalbau, Fabriken, Dampfschifffahrt und als „Begleiterscheinungen" Banken und Versicherungen, vgl. *Pöhls* (Fn. 19), S. 8. Der eigentliche Durchbruch der Gesellschaftsform in Preußen geschieht dann 1870 durch die Aufhebung der Konzessionspflicht, s. *Pohl*, in: VSWG-Beihefte 178.1 (2005), 536 (561 f.).

30 Denn Workarounds wie die bergrechtliche Gewerkschaft oder die Kolonialgesellschaft befriedigten längerfristig nicht. Vgl. insb. *Jung*, Über die Unterschiede der Gesellschaft mit beschränkter Haftung von der Aktien-Gesellschaft in Errichtung, Vertretung und Geschäftsführung, Diss. Marburg, Frankfurt 1897, S. 4 ff. Zur Kolonialgesellschaft s. insb. *Pfau*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung verglichen mit der Aktiengesellschaft, Diss. Erlangen, Berlin 1897, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Eigner stärker und beständiger aneinander gebunden sind, reagierte der Gesetzgeber und etablierte die neuartige Gesellschaftsform der GmbH.

Statt Repressionen schuf das staatliche Recht nun überhaupt erst die Möglichkeit zur (materiellen) Freiheitsentfaltung: Staatliche Befugnisse wurden an Private teilweise übertragen, die Rechtsverhältnisse überkommener „juristischer Personen“[31] allmählich geordnet und geklärt, neue Formen juristischer Personen wurden geschaffen, um größere Partizipation am Wirtschaftsleben zu ermöglichen. Recht gewährte Sicherheit und gebar neue und bessere Formen der Zusammenarbeit: Mithilfe des Rechts entstanden „Möglichkeitsräume“[32].

Die Narrative von Recht als Mittel der Repression und als Mittel zur Eröffnung von Möglichkeitsräumen scheinen einander diametral entgegenzustehen. Fassen wir den Befund jedoch anders, indem wir ihn mit der staatstheoretischen Folie abgleichen, kann man sagen: Die Aporie zwischen der Sicherung von Planbarkeit und Beständigkeit (durch Hemmung von Wandel) einerseits und der Schaffung der Voraussetzungen für Wandel andererseits setzt sich auf dieser rechtshistorischen Ebene fort.

3. *Institutionalisierung und das Narrativ des deutschen Idealismus*

Es ergibt sich aber noch ein drittes, distinktes Muster: Denn nicht immer war es mit Schöpfungen getan, die rechtliche Rahmen setzten, den Private dann unter den behördlichen Argusaugen ausfüllen durften, um mit Wandel umzugehen. Auch eigene, neue Einrichtungen des Staates konnten erfordert sein. Neben Repression und Rechtezuschreibung war eine Form des Umgangs mit Wandel durch Staatlichkeit auch dessen Institutionalisierung.

Die Entwicklung der Technischen Hochschulen in Deutschland kann diese Erzählung stützen.[33] Die Technischen Hochschulen entwickelten sich hierzulande aus im 18. Jahrhundert eingerichteten, gewöhnlichen Schulen, die das Privatgelehrtentum im technischen Sektor bereits abzulö-

31 Zu den rechtsästhetischen Implikationen dieser erst im 19. Jahrhundert aufkommenden Metapher s. *Damler*, Rechtsästhetik, 2016, S. 63 ff.

32 So die Formulierung bei *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 34.

33 Zur Parallelentwicklung außeruniversitärer, technischer Forschungseinrichtungen s. *Trute,* Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 27 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

sen begannen.[34] Prägend[35] in der Aufstiegsgeschichte von Schulen zu Hochschulen, in deren Verlauf die Technischen Hochschulen immer mehr Freiheiten[36] einforderten und sich damit an die Universitäten anlehnen wollten, war eine Argumentation in der in robusten Fortschrittsglauben gekleideten[37] Traditionslinie des deutschen Idealismus[38]: Dass die Freiheit der Wissenschaft letztlich dem Wohle aller diene und diese Freiheit sich in institutioneller Bindung verwirklichen lasse.

4. Drei Muster und das Gemeinwohl

Drei Muster, drei Techniken des staatlichen Umgangs mit Wandel können wir in den Narrativen und Beobachtungen erkennen: Recht ermöglicht, befördert und behindert Wandel durch Regulierung, Schaffung von Rechtsstellungen und „Institutionalisierung von Fortschrittserwartung" – und beruft sich in allem auf das Gemeinwohl. Der schillernde Begriff des Gemeinwohls,[39] der für das Öffentliche Recht bis heute identitätsbestimmend ist und für den Alternativen nicht in Sicht sind,[40] ist mitnichten Erfindung des 19. Jahrhunderts. Durchaus aber kann man behaupten, dass das lange 19. Jahrhundert den Begriff des Gemeinwohls in gewisser Weise

---

34 S. *E. Zöller*, Die Universitäten und Technischen Hochschulen, Berlin 1891, S. 44 ff.

35 Daneben bedeutend waren geopolitische Gesichtspunkte der Emanzipation von britischen Fachkräften z.B. im Eisenbahnbau und auch ein gestiegenes Standesbewusstsein der an den „Schulen" ausgebildeten Ingenieure.

36 Wobei „frei" hier nicht in einem anspruchsvollen Sinne zu verstehen ist. Vielmehr ist die universitäre Verfasstheit als Korporation stets und schon immer „prekär" gewesen, so *P. M. Huber*, Staat und Wissenschaft, 2008, S. 18. S. auch *Schulte*, VVdStRL 65 (2006), 110 (125 f.). Für Beispiele dieser Prekarität im Untersuchungszeitraum s. *Schreiner*, Disziplinierte Wissenschaftsfreiheit, 1981, S. 120 ff.

37 Vgl. den Duktus bei *Zöller* (Fn. 34), S. 108 ff. und passim.

38 Dazu *Smend*, VVdStRL 4 (1928), 44 (62); *Ruffert*, VVdStRL 65 (2006), 143 (169 ff.); *Mager*, in: Isensee/Kirchhoff (Hg.), HStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 166 Rn. 3; ebenso bereits *Köttgen*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hg.), Die Grundrechte, Bd. II, 1954, 291 (293). Kritisch zur Erweislichkeit der originalen Intention *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 110. Lfg. März 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 7; ihm sich anschließend *Schulte* (Fn. 36), 115.

39 Zu verschiedenen Gemeinwohl-Dimensionen bei der Konzessionierung von Aktiengesellschaften in Preußen s. *Kießling* (Fn. 24), Kap. 5 Rn. 38.

40 *Depenheuer*, in: Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 73 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

diskursiviert:[41] Bei Gesetzgebungsprojekten wird die Öffentlichkeit beteiligt, Lobbyverbände werden befragt,[42] deren Vertretung im Eisenbahnrecht staatlich gar institutionalisiert.[43] Grundstürzender technischer Wandel trifft auf einen Bürgerstolz, der in den letzten Jahrhunderten allmählich gewachsen war. Das Bürgertum ist ein politischer Akteur, der auf Mitbestimmung beharrt und sich nicht ignorieren lässt. Auf unterstaatlicher Ebene bilden sich private Kooperationsformen heraus, die mit erheblicher Macht Standardisierungen und Regelsetzungen vornehmen, wo der Gesetzgeber zunächst untätig geblieben war. So reagiert 1893 der Gesetzgeber auf ein Problem, das im Eisenbahnsektor mithilfe der Etablierung einer sog. „Eisenbahnzeit"[44] durch den privaten Verein Deutscher Eisenbahnverwaltungen schon gelöst worden war: Im gesamten Deutschen Reich galt fortan per Gesetz[45] dieselbe Uhrzeit – im Anschluss an die internationale Einigung über die Maßgeblichkeit des Meridians in Greenwich. Nationale Lösungen werden zu Lösungen im Kontext.

Anders formuliert: Der Gesetzgeber bekommt im 19. Jahrhundert Konkurrenz; er wird nicht allein gelassen mit seiner Rechtsetzungsaktivität. Recht wird angeregt, ausgehandelt, rezensiert, kritisiert.[46]

B. Zweiter Teil: Demokratie

Was hat das mit *demokratischem* Staat und Wandel zu tun? Keines dieser Beispiele entwickelte sich unter demokratischen Vorzeichen. Die frühe Eisenbahngesetzgebung entfaltete sich im paternalistischen Preußen, Anderes im Bismarck'schen Reich. Und dennoch: Die aufgewiesenen Muster des damaligen Umgangs mit der grundstürzenden Änderung von Lebens-

---

41 Die diskursive Ebene eines adäquaten Gemeinwohlverständnisses betont auch *Hoffmann-Riem* (Fn. 5), 266 Fn. 33.

42 Zu den Konsultationen im Rahmen des GmbHG s. *Pfau* (Fn. 30), S. 15. Für den Reichseisenbahngesetzentwurf von 1874 s. *Albrecht*, Bismarcks Eisenbahngesetzgebung, 1994, S. 31.

43 Nämlich in Form der Eisenbahnbeiräte, die in Art. 93 Abs. 1 WRV sogar verfassungsrechtlich verankert wurden. Zeitgenössisch und sehr ausführlich *v. Röll*, Art. Beiräte, in: ders. (Hg.), Enzyklopädie des Eisenbahnwesens, Bd. II, 1912, S. 108.

44 Zeitgenössisch und sehr ausführlich *Breusing*, Art. Eisenbahnzeit, in: v. Röll (Fn. 43), Bd. IV, 1913, S. 149. Zur parallelen Erscheinung in den USA und der dortigen Problematisierung als demokratisch-legitimatorisches Problem bündig *Rees,* Industrialization and the transformation of American life, 2013, S. 87.

45 RGBl., 93.

46 S. *Lahusen,* Rechtspositivismus und juristische Methode, 2011, S. 85 ff., 106 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

welt durch die Industrialisierung kommen uns bekannt vor. Das Spannungsverhältnis zwischen Staat und Wandel ist älter als wir. Von Debatten über die Wirksamkeit von freiwilligen Selbstverpflichtungen und regulierter Selbstregulierung der Privatwirtschaft[47] über Forderungen nach Regulierung (auch von den Unternehmen selbst[48]) oder Zerschlagung[49] oder Verstaatlichung[50] von digitalen Schlüsselunternehmen, Aufbau staatlicher oder staatlich geförderter Äquivalente zu diesen Schlüsselunternehmen,[51] Fragen nach Haftung künstlicher Intelligenz[52] – *mutatis mutandis* erleben wir Ähnliches wie unsere Ahnen; unsere Debatten, Probleme und auch unsere Klagen ähneln einander. Nun soll hier keine plumpe Parallelisierung stattfinden. Vielmehr geht es mir darum, die historischen Muster neu auszuleuchten und dadurch demokratisch zu konturieren.

Diese demokratischen Konturen werden im Lichte zweier weiterer Perspektiven sichtbar: Zunächst nehme ich eine ideengeschichtliche Position ein, die die Entwicklung eines im Hinblick auf das Wirtschaftsleben anspruchsvollen Demokratieverständnisses vor Augen führt. Dann wird eine demokratietheoretische Perspektive aufweisen, wie wir, anstatt den Befund aus Geschichte und Gegenwart verleugnen zu müssen, zum Spannungsverhältnis von Staatlichkeit und Wandel einen produktiven Zugang entwickeln können. Im Licht demokratietheoretischer Überlegungen nämlich müssen Spannungen nicht mehr als Defizienz oder Makel erscheinen. Vielmehr zeigen sie sich dann als Umrisse eines demokratischen Projekts.

---

47 Die Wirksamkeit freiwilliger Selbstverpflichtungen und regulierter Selbstregulierung stand im Mittelpunkt der Debatten um das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG): Während Selbstverpflichtungen zur Löschung von Hate-Crime-Kommentaren als wirkungslos angesehen wurden (BT-Drs. 18/12356, S. 13), ergab sich im Gesetzgebungsprozess auf Drängen u.a. des Bundesrates gegen die Auffassung der Bundesregierung die Möglichkeit zur regulierten Selbstregulierung (BT-Drs. 18/12727, S. 16, 26 f.; nun § 3 Abs. 6 NetzDG).

48 So vor Kurzem der Facebook-Kommunikationschef Clegg, s. *Hanfeld*, F.A.Z. v. 26. Juni 2019, S. 13.

49 So unlängst der Facebook-Mitgründer *Hughes*, The New York Times v. 9. Mai 2019, https://nyti.ms/2VTIy5l, zuletzt abgerufen am 9. Februar. 2020.

50 So *Srnicek*, The Guardian v. 30. August 2017, https://bit.ly/2Ud0E0T, zuletzt abgerufen am 9. Februar. 2020, unter Verweis auf die Verstaatlichung der Eisenbahnen und anderer Fundamentalökonomien.

51 Zu nennen wäre das Projekt Peter Altmaiers, eine „europäische Cloud" unter dem Namen „Gaia-X" zu etablieren, s. dazu *Wieduwilt/Löhr*, in: F.A.Z. v. 23. August 2019, S. 17.

52 Für eine Gefährdungshaftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz im Straßenverkehr *Spindler*, CR 2015, 766; dagegen *Denga*, CR 2018, 69.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Ideengeschichtliche Perspektive: Praxis einer Idee

Eine demokratische Kontur der drei aufgewiesenen Muster zu erfassen, erfordert den Gang durch die Ideengeschichte. Denn auf diesem Weg, der wieder durch das 19. Jahrhundert führt, erweitert die Demokratie ihren Gestaltungsanspruch auf die Wirtschaft und ihre Strukturen.

Historisch war das freilich nicht ausgemacht: Wandel, normativ „Fortschritt", in der Sphäre des Gesellschaftlichen, der Privaten zu verorten, ist eine Denkweise des klassischen Liberalismus. Freiraum für Neues entstehe dort, wo Freiheit ihren Anfang nehme: In kontraktualistischen Theorien mit einer recht positiven Anthropologie ist dies das Individuum. Eine Anthropologie positiver Grundgestimmtheit misst dem Einzelnen die Fähigkeit zu ethischen Gefühlen zu[53] und vertraut – stark vereinfacht – auf die *Smith*'sche unsichtbare Hand des Gemeinwohls durch Individualismus. Der Staat kommt hier durchaus vor; er sichert die Rahmenbedingungen in einer Weise, das freie Spiel der Kräfte zu schützen. Das Wirtschaftsmodell *Adam Smiths* ist keine Marktwirtschaft gänzlich ohne staatliche Interferenz. Aber der Staat hat keinen eigenen wirtschaftlichen Gestaltungsanspruch; er ermöglicht die Tätigkeit Privater.

In Deutschland kann die Vollbringung des Wandels durch Private für das 19. Jahrhundert zudem auch vor einem dezidiert herrschaftsstabilisierenden Hintergrund gelesen werden: Wirtschaftliche Betätigung des Staates kostete zunächst einmal Geld. Das Budgetrecht[54] lag aber bei einer Versammlung, nicht beim Regenten. Wollte man die Macht der Versammlung geringhalten, dann umging man folgerichtig haushaltswirksame Maßnahmen: Aktiengesellschaften seien als Vehikel technischen Fortschritts v.a. dann plausibel, wenn wegen des Ausgabenbewilligungsrechts ein Streit mit der Vertretung drohe, so Zeitgenossen.[55]

Im Laufe des 19. Jahrhunderts aber ökonomisierte und sozialisierte sich der Demokratiebegriff: Noch vor *Marx* wurde Demokratie in diesem Sinne

---

53 Paradigmatisch *Smith,* Theory of Moral Sentiments, 1759.

54 In Preußen lag das Recht zur Kreditaufnahme in großem Umfang nach dem Staatsverschuldungsgesetz von 1820 bei den „Reichsständen" – die Frage, welche Versammlung solche Reichsstände darstellte, war eine der zentralen verfassungsrechtlichen Fragen am Vorabend der Revolution.

55 Vgl. *Pöhls* (Fn. 19), S. 80. Mit Blick auf die Verwicklungen um den Bau der preußischen Ostbahn 1847 ist das sehr plausibel. Dazu *Clark*, Preußen, 8. Aufl. 2008, S. 525 ff. Ähnlich wird später Bismarck – autoritärer Befürworter des Staatsbahnsystems – während der Zeit des Verfassungskonflikts zwischen Regierung und Parlament von 1861 bis 1866 eine Phase der Privateisenbahnpolitik betreiben, dazu *Kech*, Geschichte der deutschen Eisenbahnpolitik, 1911, S. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

als Kontrapunkt zu einem republikanischen, in eine Meritokratie mündenden Liberalismus gelesen.[56] Die Demokratie war nichts mehr, das sich auf eine rein institutionell-politische Sphäre beschränken ließ, sondern Demokratie wird zur Chiffre für egalitäre Lebensverhältnisse auch im wirtschaftlichen Raum.[57] Staatliche Wirtschaftspolitik wird in diesem Gedankengang vom Projekt eines Hobbesianisch-autoritär schützenden Staates oder eines „freundlich-paternalistischen Preußens" zum demokratischen Desiderat, als Aneignung des Staates durch das Volk.

Im Spiegel dieser kurzen Ideengeschichte der Demokratie könnte auch die Geschichte der Eisenbahn im Deutschland des 19. Jahrhunderts gelesen werden: Während die Zeit der Privatbahnen klassische, bürgerlich-liberale Vorstellungen der vorrevolutionären Zeit reflektiert, wirbt in der Deutschen Revolution 1848/1849 der progressive preußische Finanzminister *David Hansemann*[58] für eine Staatsbahn.[59] Unter parlamentarischen Vorzeichen sei dort, im Plenum – und nicht im freien Kräftespiel der Wirtschaft –, der Platz, die *volonté générale* zu bestimmen.[60] Wirtschaftspolitik wird unter der Bedingung des Parlamentarismus umgedacht zu einer Gemeinwohlbestimmung durch die Gemeinschaft selbst. Bekanntlich konnte sich dieser Gedanke nicht durchsetzen; die Verfassung von 1849 entbehrt eines Bekenntnisses zur Staatsbahn.[61]

---

56 Vgl. zu demokratischen und republikanischen Settings in der Gründungszeit der Vereinigten Staaten *Wiegand*, in: Stekeler-Weithofer/Zabel (Hg.), Philosophie der Republik, 2018, S. 11 (19 ff.). Überblicksartig zur Entwicklung der amerikanischen Grundgestimmtheit von der Republik zur Demokratie auch *Lepore*, Diese Wahrheiten, 2019, S. 201 ff. Zur Entwicklung in Deutschland und Europa s. *Conze*, Art. Demokratie VI, in: Brunner/ders./Koselleck (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. I, Studienausgabe 2004, S. 873 ff.

57 *Wiegand* (Fn. 56), 25 ff., 31 ff.

58 Zu Hansemanns Rolle bei dem Bedeutungswandel von Demokratie in Deutschland hin zu einem sozialen Gestaltungsanspruch s. *Conze* (Fn. 56), S. 876.

59 Dazu *Gall*, in: ders./Pohl (Hg.), Die Eisenbahn in Deutschland, 1999, S. 24 ff.; *Kech* (Fn. 55), S. 45, 53 ff. Zu Hansemanns früheren Forderungen in diese Richtung s. *Fehling*, AöR 121 (1996), 59 (79). Dagegen sieht *Brophy*, Capitalism, Politics, and Railroads in Prussia, 1830-1870, 1998, S. 50 f. bei Hansemann weniger demokratische Erwägungen als vielmehr ökonomische Opportunismen am Werke.

60 Mentale Vorläufer sieht *E.R. Huber* schon 1842 bei den Vereinigten Ausschüssen in Preußen, vgl. ders., Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. II, 1968, S. 489.

61 Bismarck verstaatlichte die maßgeblichen preußischen Bahnen dann aus gänzlich anderen Motiven. Ihm gelang aber nicht die Zentralisierung der staatlichen Bahnen aller Länder beim Reich. Das von Bismarck geschaffene Reichs-Eisenbahnamt blieb während des Kaiserreiches schwach, so *Albrecht* (Fn. 42), S. 17 f.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Reichsbahn – und damit ein einheitlicher politischer Resonanzraum beim Reich – entsteht dann durch die Weimarer Reichsverfassung. Die Zentralisierung der Eisenbahn wird in den Verfassungsberatungen von der Weimarer Koalition sowohl als symbolpolitische Notwendigkeit für die Einheit des Reiches wie auch aus wirtschaftspolitisch-planenden Erwägungen und Steuerungsambitionen heraus als sinnvoll dargestellt.[62] Nach einer ideengeschichtlichen Aufstiegsgeschichte löst die Schaffung der Reichsbahn somit für Deutschland konstitutionell den wirtschaftlichen Gestaltungsanspruch der Demokratie ein.[63] Eine Idee wird praktisch. Die Brücke von der Wirtschaft zur Demokratie ist geschlagen.

II. Demokratietheoretische Perspektive: Eine aporetische Lebensform

Nehmen wir zuletzt den Standpunkt der Demokratietheorie ein. Die Demokratie beruht auf zwei gleichursprünglichen und inkommensurablen Axiomen: Freiheit und Gleichheit.[64] Und diese Freiheit und Gleichheit haben jeweils zwei abermals inkommensurable und gleichursprüngliche Ausformungen: Eine individuelle und eine kollektive Ebene. Eine Demokratie kann nicht sinnvoll gedacht werden, wenn Demokratie, ja, *δῆμος*, als Ansammlung lauter Individuen verstanden wird,[65] um sich von Kollektivismus abzugrenzen. Demokratie ist, weil auch das kontraktualistische Gründungsmoment ja nur ein imaginierter Zeitpunkt ist, immer je schon Beides: Die Herrschaftsform eines Kollektivs vieler Individuen.

Nimmt man diese inkommensurable Axiomatik ernst, dann zeigt sich Demokratie als eine aporetische Lebensform. Die Aporie (*ἀπορία*, Ratlosigkeit) hat – anders als der kantianisch geprägte Begriff der Antinomie[66] – nicht *Beweisbarkeit* als ihren Fixpunkt, sondern *Begründbarkeit*. Die Krux an der Aporie ist, dass einander zwei gleich gut begründbare Aussagen gegenüberstehen. Für die antiken Skeptiker war gerade das der Endpunkt

62 Verhandlungen des Reichstags, Bd. 326 (1919/20), S. 375 B (Abg. *Fischer* [Berlin]), 462 A – C (Abg. *Vogel*), 479 C (Abg. *Schücking*). S. auch die Protokolle des Verfassungsausschusses, z.B. 29. Sitzung (29. April 1919), S. 5 (Minister *Oeser*) und S. 15 (Abg. *Weiß*).

63 Vgl. *P. M. Huber*, in: Schoch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, 309 (315).

64 S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, S. 109 ff.

65 So extrem *Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, S. 37 f., 330 ff. Das passt sich ein in die Beobachtung einer „Gesellschaft der Singularitäten" (gleichnamig das Buch von *Reckwitz*, 2017).

66 S. *Hidalgo*, Die Antinomien der Demokratie, 2014, S. 29 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

ihrer Philosophie: Der unentscheidbare Zweifel, die Einsicht in die Aussichtslosigkeit der Suche nach Eindeutigkeit, die Widersprüchlichkeit bei gleichzeitiger Zusammengehörigkeit.[67]

Die demokratische Aporie, dass individueller und kollektiver Freiheitsgebrauch einander widerstreiten, einander begrenzen und einander vermittelt werden müssen,[68] mag zunächst banal scheinen. Es wird sich aber zeigen, dass sie einen produktiven Zugang zu den zuvor historisch aufgewiesenen Mustern staatlichen Umgangs mit Wandel eröffnet. Der Blick in die Rechtgeschichte trägt dem Umstand Rechnung, dass sich Recht als „Herrschaft der Toten über die Lebenden"[69] darstellt. Durch Auseinandersetzung und kritische Aneignung kann eine politische Gemeinschaft den „Kampf um die Herrschaft" neuerlich aufnehmen, hier, indem sie die überkommenen Muster aus nichtdemokratischer Zeit demokratietheoretisch ausdeutet und rekonstruiert, oder, um im Bild zu bleiben, ausleuchtet und rekonturiert.

Die Herrschaft Toter über Lebende *par excellence* ist Recht, aus dem sich der Umgang mit Wandel ablesen lässt: Regulierungsrecht[70] in einem weit verstandenen Sinne. Denn in ihm lassen sich historische Erfahrungen aus vermeintlichen oder tatsächlichen Missständen, gegenwärtige Bedürfnisse und in die Zukunft projizierte Skeptizismen besonders gut ablesen. Der Charakter von Recht als „Erfahrungsspeicher"[71] tritt recht unmittelbar zutage. Unter den Bedingungen der Vermachtung nicht-staatlicher Sphären artikuliert sich in ihm ein Kollektivinteresse. Dieses Kollektivinteresse ist darauf gerichtet, die Regelungshoheit über Wandlungsprozesse zu behalten (oder überhaupt erst zu erlangen), wo Individualinteressen voranpreschen und konkurrierende Ansprüche geltend machen. Es wird seinerseits aber informiert durch ihm eingeschriebene Individualinteressen, soweit

---

67 Zum Begriff der Aporie vgl. Art. Aporie, in: Brockhaus Philosophie, 2004, S. 25; *Kirchner/Michaëlis*, Art. Aporetiker, in: Wörterbuch der philosophischen Grundbegriffe, 4. Aufl.1903, S. 44. Zur Antinomie Art. Antinomie, in: Brockhaus Philosophie, S. 24; *Kirchner/Michaëlis*, Art. Antinomie, ebd., S. 39 f.

68 Anders aber *Grzeszick*, VVdStRL 71 (2012), 49 (50, 63), der die individuellen Dimensionen einseitig und exklusiv im Rechtsstaat zu verorten scheint.

69 Bereits *Ehrlich*, Die juristische Logik, 2. Aufl. 1925, S. 160, zitiert diese Aussage von Herbert Spencer. Das amerikanische Verfassungsrecht kennt das sog. „dead hand argument" als klassischen Streitstand bei der Verfassungsinterpretation.

70 Dem Begriff eignen keine klaren Konturen, das macht wohl in der Regulierungs- und Governance-Debatte einen Teil seiner Attraktivität aus, s. *v. Danwitz,* DÖV 2004, 977 (984). Meinen Begriff entwickle ich weiter unten.

71 *Möllers*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 131 (132).

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Voranpreschende (idealiter) selbst ebenfalls zum Kollektiv rechnet. Diese Annahmen leisten zweierlei: Auf einer normativen Ebene verlangen sie nach einer Politisierung von Verständigungsprozessen über staatlichen Umgang mit Wandel; nur dann kann Regulierung zu einem demokratischen statt zu einem paternalistischen Projekt werden. Auf einer analytischen Ebene können mittels dieser Demokratietheorie dogmatische Erscheinungen als Mittel des steten Ausgleichs der Aporien gekennzeichnet werden.

1. Normativer Ertrag: Begleitung durch Politisierung

Regulierungsrecht, hier also der rechtliche Umgang mit Wandel, kann durch Politisierung zum demokratischen Projekt werden. Es bietet die Möglichkeit, ideengeschichtlich an ein anspruchsvolles Demokratieverständnis anzuknüpfen und die Traditionslinie diskursivierter Gemeinwohlbestimmung fortzuführen. Das erfordert nicht Verstaatlichungsrufe wie jene *Hansemanns*, aber ein Steuerungsbemühen der Politik. Wo die Steuerungsmöglichkeiten lebensweltlicher Abläufe als Misserfolgs- und Verlustgeschichte erzählt werden,[72] könnte es an Demokratietheorie mangeln.

Institutionell ist die Steuerung primär durch das parlamentarische Regierungssystem zu erbringen. Sie muss in einer parlamentarisch wirkungsvoll vorgezeichneten oder in einer dem Parlament gegenüber verantwortlichen Gestalt vonstattengehen. Die wirkungsvolle Vorzeichnung durch parlamentarisches Handeln wird indes durch den heutigen Normierungsstil des Gesetzgebers, der von starren Konditionalprogrammen immer mehr zugunsten von Finalprogrammen Abstand nimmt,[73] häufig als mangelhaft wahrgenommen. Die Verwaltung erhält einen großen ausfüllungsbedürftigen Spielraum; Gerichte tun sich mit der Überprüfung komplexer Sachverhalte schwer.[74] Dadurch ergeben sich Schwünde an beiden Fronten: Einerseits der Front der Normierungsklarheit und -tiefe, was die Rechtssicherheit beeinträchtigt und das Legitimationsniveau des Verwaltungshandelns

---

72 Zur Steuerungsdebatte *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hg.), GVwR, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 18 ff. Kritisch im Hinblick auf die Steuerungsfähigkeit technischer Risiken bspw. *J. Ipsen*, VVdStRL 48 (1990), 177 (178, 202 f.).

73 S. *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 84 ff. Kritisch zur Unterscheidung von Final- und Konditionalprogrammen *Wischmeyer* (Fn. 7), S. 288 ff.

74 Zu diesem Problem *Gärditz*, NVwZ 2009, 1005.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

senkt, dessen Eingriffsintensität aber erhöht, andererseits an der Front der Überprüfbarkeit durch die (Verwaltungs-)Gerichtsbarkeit. Dadurch büßt der Gesetzgeber an antizipierendem Steuerungsvermögen ein, die Gerichtsbarkeit an retrospektiver Kontrollfähigkeit.

Parlament und Staatsbürger[75] müssen regulatorischen Themen einen hohen diskursiven Stellenwert einräumen. Regulierungsrechtliche Fragen weisen in ihren Details oftmals einen hohen Grad an Technizität auf und versuchen, anforderungsstarke volkswirtschaftliche Konzepte fruchtbar zu machen. Doch muss Regulierungsrecht nicht als argumentative Blaupause für Expertokratie und Entpolitisierung[76] dienen. Eine aporetische Lebensform wie die der Demokratie, in der Wahrheit immer nur Wahrheit, „die sich für uns erweist"[77], ist, wird sich selbst eine gewisse Fehlertoleranz und damit korrespondierenden Mut zur Korrektur zugestehen. Ausdruck dessen ist das „Oszillieren"[78] rechtlicher Gestaltungen im Spielraum, der durch die Aporien eröffnet und demarkiert wird. Schließlich liegt die Aufgabe von Politik in der Artikulation von Präferenzen. Präferenzen sind kontingent und in gewisser Weise auch – völlig legitim – irrational bzw. in rechtlichen oder ökonomischen Rationalitäten nicht fassbar.[79]

Anders als *Schelsky* unter den Auspizien des technischen Fortschritts geltend machte,[80] wird darum Politik nicht überflüssig. Im Gegenteil: Artikuliert sich das Kollektivinteresse umfänglich auch mithilfe der Erfahrungen, Bedürfnisse und Besorgnisse einer Vielzahl von Bürgern, werden Weiterungen sichtbar und politische Betätigungsfelder erschlossen: Regulierungsrecht, eben darum umfassend verstanden[81] als „Wandelbegleitrecht", beschäftigt sich nicht nur mit der regulierten Wirtschaft, sondern auch beispielsweise mit der Flankierung durch sozialstaatliche Maßnahmen, wo im

---

75 Dessen Beziehung zur Politik denke ich mit *Sternberger*, Der Staat des Aristoteles und der moderne Verfassungsstaat, 1985.

76 Zu diesem Problem im Regulierungsrecht *Gärditz*, (Fn. 74), 1010 f.; in der derzeitigen Demokratie *Thiele*, Verlustdemokratie, 2016, S. 126 ff.; im Neoliberalismus *Müller*, Furcht und Freiheit, 2019, S. 39 f., 61 f.; *Reckwitz* (Fn. 17), S. 275 f.

77 Vgl. *Habermas* (Fn. 64), S. 29. Weniger konsensual fokussiert zu Wahrheitsansprüchen in der Politik s. *Nida-Rümelin* (Fn. 12), S. 11 ff. (insb. 37 ff. zum „epistemischen Optimismus") und *Dworkin*, Gerechtigkeit für Igel, 2012, passim.

78 Den Begriff übernehme ich von *Hidalgo* (Fn. 66), S. 33.

79 Zumindest gibt es nicht *die* Rationalität. Rationalität ist vielmehr ein bereichsspezifischer Begriff, vgl. *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 37 ff., 205 ff., insb. 217 ff.

80 Zu Schelsky s. *von Westphalen*, in: ders. (Hg.), Parlamentslehre, 1993, S. 407 ff.

81 Einen solchen, weiten Ansatz vertritt auch *Eifert*, in: GVwR (Fn. 72), § 19 Rn. 5, der auch die Zentralstellung des Staates teilt.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hinblick auf Wandlungsprozesse, deren Verläufe und Folgen nicht völlig absehbar sind, Risiken kollektiviert werden sollen.[82] Auch die moralisch-politische Bewertung von technischen Möglichkeiten und die Gewährung und Schaffung von Freiheitsrechten gegenüber oder in Institutionen kann ebenso Gegenstand sein wie die Etablierung von Freiheitsschranken oder Eingriffsrechten. Reden *über* Demokratie und Politik mag deskriptiv möglich sein, Reden *in* Demokratie und Politik ist notwendig normativ. Wandel ist kein Selbstzweck – ob, wo, wie und wie viel Wandel es geben soll, ist politisch zu beantworten als Wertentscheidung im besten Sinne, weil er umfassend ein Gemeinwesen trifft und es beeinflussen kann.[83] Allein durch politische Auseinandersetzung kann entschieden werden, welche Maßnahmen ergriffen werden sollen, Freiheitsräume zu gewähren oder Herrschaft (zurück) zu erlangen: Ob Aufsicht, Konzessionierung, Regulierung (im klassischen Sinn[84]), Beleihung, Zentralisierung oder gar Verstaatlichung einerseits, Privatisierung, Subvention oder Zuschreibung von Abwehrrechten gegen den Staat andererseits. Die diskursive *gesellschaftliche* Behandlung von Wandel widerspricht dabei nicht der Zentralstellung des *Staates* in der institutionellen Steuerung: Denn jener ist der primäre Resonanzraum gesellschaftlicher Auseinandersetzungen über verbindliche Regeln des Zusammenlebens.

Mit dem Ideal der diskursiven Einhegung, der Politisierung von Wandlungsprozessen ist klar, dass die Reaktion auf die zunehmende Etablierung von Finalprogrammen nicht ein größerer Überprüfungsumfang der Gerichte sein kann: Die Judikative hat den Anspruch, unabhängig von politischen Diskussionen zu arbeiten. Dies erschwert ihr den konzertiert-koordinierten Verfolg von echten „Rechtsprechungslinien"; sie lässt sich wegen ihrer Dezentralität und ihrer begrenzten und sehr spezifischen Äußerungsformen zudem nur schlecht diskursiv einhegen. Korrekturmechanismen gibt es wenige: Urteile werden rechtskräftig und bleiben es in aller Regel auch.

---

82 Denn Innovationen sind nicht per se gemeinnützig, geschweige denn jedem einzelnen Individuum nützlich. Sie verlangen auch volkswirtschaftlich nach einer sozialstaatlichen Flankierung, dazu *Stiglitz/Greenwald* (Fn. 3), S. 212 ff.

83 Auch die Frage, was als (grundstürzender) Wandel überhaupt wahrgenommen wird, bedarf der gesellschaftlichen Verhandlung, vgl. *Bora*, in: Hoffmann-Riem/Eifert (Hg.), Innovationsfördernde Regulierung, 2009, 23 (32 f.).

84 Zum „Allgemeinen Teil" des Regulierungsrechts rechnet *Kersten* Missbrauchsverbot, Entflechtung, Informationstransparenz, Zusammenschaltung, Netzzugang, Entgeltregulierung und Universaldienste, s. ders., VVdStRL 69 (2010), 288 (321).

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Geht es um Politisierung von Entscheidungen und deren diskursive Begleitung, ist darum die Verwaltung im Vorteil: Sie ist durch ihren hierarchischen Aufbau leichter – auch politisch – steuerbar.[85] Hierarchie führt diskursiv zu leichterer Verantwortlichmachung. Die Äußerungsformen von Behörden können zudem allgemeiner sein als der herkömmliche Verwaltungsakt.[86] Und selbst diese lassen sich besser korrigieren als Akte der Judikative: Nicht nur stehen mit §§ 48, 49 VwVfG Möglichkeiten zur Verfügung, die Wirkung eines Verwaltungsaktes vorzeitig zu beenden, sondern Genehmigungen werden im Regulierungsrecht fast immer für einen gewissen Zeitraum erteilt: Ein neues Verfahren eröffnet verwaltungsinterne Reaktionsmöglichkeiten. Idealiter entsteht durch die diskursive Begleitung und gesellschaftliche Beeinflussung der Exekutive auch der Ruf an die Legislative zur Gesetzesänderung. Politisierung schafft mithin einen „Rechtserzeugungskreislauf" mit einem der Verwaltung gegenüber responsiv agierenden Gesetzgeber, der, statt sich auf Finalprogramme zu verlassen, selbst regelnd einschreitet, wo Fehlentwicklungen ihm sichtbar werden.

Das Parlament wird in diesem Modell nicht selbst zur Exekutive, wie im Zusammenhang mit Maßnahmengesetzen kritisiert wird;[87] aber es beharrte auf Verantwortungsbeziehungen zwischen den Organen und seinen (Nach-)Steuerungsmöglichkeiten. Demokratie als aporetische Lebensform zielt auf die Aneignung politischer Urteilskraft.[88] Dem *administrative turn* (auch) in der Regulierungsrechtswissenschaft würde kein *judicial turn*, sondern ein *legislative* oder *political turn* entgegengesetzt werden. Das ist legitim, weil es im Regulierungsrecht gerade nicht nur um die Etablierung von Wettbewerb als Betätigungsfeld privater Freiheit von gemeinwohlbezogener Einflussnahme geht,[89] sondern zunächst um die Aushandlung, um das Abstecken ebenjener Sphären gegeneinander – und das ist zuvörderst

85 Vgl. *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991.

86 So produzieren insbesondere klassische Regulierungsbehörden Textgattungen allgemeiner Natur, zum Beispiel öffentlich einsehbare Leitfäden, Konzeptpapiere etc. „Allgemein" wirkende Urteile wie die des Bundesverfassungsgerichts sind dagegen die Ausnahme.

87 Jüngst wieder *Groß,* JZ 2020, 76 ff.

88 Zu diesem Begriff aus der Terminologie Hannah Arendts s. zum Überblick *Raimondi*, Die Zeit der Demokratie, 2014, S. 55 ff. (insb. S. 75 ff.).

89 In diese Richtung aber *Gärditz* (Fn. 74), 1008. Hier greift auch *H. Krüger*, Marktwirtschaftliche Ordnung und öffentliche Vorhaltung der Verkehrswege, 1969, S. 13 ff. zu kurz, wo das Gemeinwohl als quasi-apriorisch suggeriert wird. Vgl. aber *Kotzur*, VVdStRL 69 (2010), 173 (184).

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine politische, keine rechtliche Aufgabe.[90] Die aporetische Demokratie ist notwendig agonal,[91] ihr Ideal nicht der Konsens, sondern der Kompromiss, die „momentan eingefrorene Präferenz“[92].

2. *Analytischer Ertrag: Tarieren ohne Tara*

Erinnern wir uns an die aufgewiesenen Muster und stellen die Überlegung zur aporetischen Demokratie in Rechnung. Oben erkannten wir, dass die Einhegung und Bewältigung von Wandel, die Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen zur Förderung und Ermöglichung von Wandel und die ergebnisoffene Institutionalisierung von Wandel – die drei Muster – einander gegenüber- und entgegen stehen, aber einander auch ergänzen können. Auch innere Spannungen deuteten sich an.

Der demokratietheoretische Vorschlag, staatlichen Umgang mit Wandel zu politisieren, fasst die Spannungsverhältnisse neu: Denn nun ist es die demokratische Aporie von kollektiver und individueller Selbstbestimmung, die sich in diesen Strategien widerspiegelt. Die historisch aufgewiesenen Muster werden durch ihre demokratische Ausleuchtung neu konturiert.

Einhegungen und Bremsungen von Wandel – oben Muster Nr. 1 – stellen sich in Anbetracht der aporetischen Ausdeutung als beständig nicht optimal dar: Recht als Gewordenheit historischer Entwicklungen und Gegensteuerungen kann als Ansammlung „mitlaufender Reparaturen“[93] aufgefasst werden, Regulierung im demokratischen Staat wird imperfekt und widersprüchlich bleiben, als politischen Steuerungsansprüchen gesellschaftliche Freiheitspotentiale und Abwehrrechte gegenüberstehen.

Rechtliche Freiräume – oben Muster Nr. 2 – für Wandlungsprozesse werden z.B. durch Grundrechte geschaffen: Durch die Vereinigungsfreiheit können gesellschaftliche Gruppierungen nicht nur bestehende Herrschaftsstrukturen manifestieren, sondern auch kritisches, verfasstes Potential in der Zivilgesellschaft schaffen, Recht zu ändern oder mittels des

---

90 Als demokratischen Selbstbestimmungsakt des Gemeinwohls liest auch *Depenheuer* (Fn. 40), S. 80 das öffentliche Recht.

91 Dass Demokratie den Agon nicht scheuen darf, wird im Verfassungsrecht wieder populärer, s. *Schorkopf*, Staat und Diversität, 2017, S. 43 ff.; *Nettesheim*, Verfassungsstaat und gutes Leben, 2017, S. 31 ff.

92 So – unter anderen theoretischen Vorzeichen – *Luhmann*, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, S. 113 (145).

93 *Bora* (Fn. 83), 36.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechts zu reagieren. In das Eigentum und seine Sozialbindung ist die Aporie gleichsam eingeschrieben. Auch zu Lobbyismus als semi-institutionellem Diskursforum eröffnet das Konzept einen sowohl skeptischen wie affirmativen – eben aporetischen – Zugang: Valenzzuschreibungen der aus diesem Potential hervorgehenden Meinungen und Strukturen unterliegen einer kontingenten, wertenden Entscheidung, vulgo: Wertentscheidung, des Kollektivs.

Die Institutionalisierung von Ergebnisoffenheit für Wandel – oben Muster Nr. 3 – wird auch heute noch von Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen geleistet, v.a. in der Grundlagenforschung. Hochschulen stehen für ein Konzept von „korporativer Identität" im Sinne korporativer Freiheit – die den Zwang der Zusammengehörigkeit stets schon mitdenkt[94] und Ergebnisoffenheit mit der optimistischen Verfassungserwartung einer „unsichtbaren Hand"[95] verknüpft. Andererseits ist diese Ergebnisoffenheit für ein Gemeinwesen nur begrenzt aushaltbar – in finanzieller,[96] politischer[97] wie in moralischer[98] Hinsicht. Zuletzt wurde eine Annäherung des Hochschulrechts an klassische dogmatische Bestände des Regulierungsrechts festgestellt.[99] Auch die Beobachtung der zunehmenden Interferenz von „Risikoverwaltungsrecht" und Forschungsfreiheit[100] spricht dafür: Die Wissenschaftsfreiheit ist ein zutiefst aporetisches Grundrecht.

Ein Letztes: Die dogmatische Figur des Vertrauensschutzes fügt sich besonders gut in das Schema des stetig erforderten, aporetischen Ausgleichs ein. Eine grenzenlose Petrifizierung durch Besitzstandswahrung würde kollektive Gestaltungsfähigkeit zugunsten individueller Selbstbestimmung benachteiligen. Es gibt kein Recht darauf, dass alles immer so bleibt, wie es ist. Den in gewisser Weise aporetischen Ausgleich schafft ein Konzept

---

94 S. *Rexroth*, F.A.Z. v. 25.09.2019, N3 aus geschichtlicher Perspektive; aus juristischer Sicht s. *Trute* (Fn. 33), S. 254 ff. („veränderter Freiheitsbegriff").

95 *Ruffert*, VVdStRL 65 (2006), 146 (170) m.w.N.; vgl. auch *Gärditz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 88, August 2019, Art. 5 Abs. 3 Rn. 18.

96 Zu dem Problem des „goldenen Zügels" s. *P. M. Huber* (Fn. 36), S. 42 f.

97 *Ruffert* (Fn. 95), 160 f.

98 So ist die Technik, die bei den Debatten in der Paulskirche um den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit noch gar keine Rolle spielte (vgl. *Kempny*, ZRG GA 130 (2013), 423 (426, 428, 432 f.); *Zwirner*, AöR 98 (1973), 313 (319 ff.)), und später zum Inbegriff von Wissenschaft avancierte, spätestens ab den Achtzigerjahren zum moralischen „Sorgenkind" geworden, s. z.B. *Turner*, Freiheit der Forschung, 1986.

99 *Fehling*, in: ders./Ruffert (Hg.), Regulierungsrecht, 2010, § 17.

100 Dazu *Ruffert* (Fn. 95), 193 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Vertrauensschutzes, das die Interessenabwägung zwischen Bestand und Veränderung als Politisches, und damit Veränderliches, als Tarieren ohne (feste) Tara begreift. Gerichte hätten sich dann auf den Schutz subjektiven Vertrauens zurückzuziehen, statt gegenüber dem politischen Gesetzgeber objektive Rationalisierungsanforderungen zu stellen.[101]

Fazit

Die staatstheoretische Perspektive bot ein Bild lauter Aprorien. Doch ausgehend davon konnte vom Blickwinkel der Rechtsgeschichte eine nicht allzu ferne Vergangenheit jenseits des Narratives erzählt werden, in dem Recht – und mit ihm der Gesetzgeber – sich stets in der Rolle des Behinderers wiederfindet. Vielmehr ermöglicht Recht auch: Durch Schaffung von Handlungsoptionen, aber auch durch ergebnisoffene Institutionalisierung.

Die Ideengeschichte eröffnete eine Blickachse aus dem 19. Jahrhundert in die Gegenwart, denn mit ihr wurde die Demokratie in unseren Beobachtungen sichtbar: In dieser Zeit etablierte sich Demokratie als Programm, eine Gesellschaft und ihr Wirtschaftsleben umfassend mit Gestaltungsansprüchen zu durchziehen – und nicht nur das Staatswesen.

Dieser umfassende Gestaltungsanspruch hat aus der demokratietheoretischen Perspektive den alten Mustern neue Konturen verliehen. Demokratie hat sich von ihr aus als aporetisch aufgewiesen. Für die aporetische Lebensform ist Regulierungsrecht ein Instrument ihres Lebensvollzugs. Dieser ist folgerichtig nicht bruchlos, sondern politisches Tarieren ohne stete Tara.

Hier wurde ein Angebot gemacht: Statt als Verfall oder Schwäche zu betrauern, wo Eindeutigkeit nicht zu erreichen ist, wurde aussichtslose Eindeutigkeit mit der Chiffre der Aporie versehen und diese als gut demokratisch gewürdigt. Die Demokratie bietet die Chance, Regulierungsrecht als die Aneignung *von* Wandel *durch* den Staat *mittels* des Rechts zu fassen und damit als (staats-)bürgerliches Projekt zu begreifen.

Dieser Gedanke kann auch unseren Zugang zu Digitalisierung ändern. Denn in diesem Konzept wäre nicht sie, zur Akteurin hypostasiert, es, die ändert, sondern das Gemeinwesen – auch als Resonanzraum internationaler Herausforderungen oder als Souveränitätsanker internationalen Han-

101 Vgl. *Lepsius*, JZ 2014, 488 (495).

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

delns[102] – entschiede, wie es sich ändern (lassen) will. Dieser Ansatz mag von vielen Seiten unter Druck stehen – widerstandslos nachgeben muss man diesem Druck indes nicht. Das zu zeigen, war das Anliegen dieses Textes.

102 Denn *noch* mangelt es an einer europäischen Öffentlichkeit und – damit wechselbezüglich – einer europäischen Vollparlamentarisierung. Man sollte darum nicht vorschnell in den Abgesang auf den Staat einstimmen. Dazu *Heinig*, VVdStRL 75 (2016), 65 (65 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748907497-39, am 12.10.2024, 10:31:35
Open Access – BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb