

PETER LERCHE

Ausgewählte Abhandlungen

Herausgegeben von

Rupert Scholz, Dieter Lorenz,
Christian Graf v. Pestalozza, Michael Kloepfer,
Hans D. Jarass, Christoph Degenhart
und Oliver Lepsius



Duncker & Humblot · Berlin

PETER LERCHE

Ausgewählte Abhandlungen

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 969

PETER LERCHE

Ausgewählte Abhandlungen

Herausgegeben von

Rupert Scholz, Dieter Lorenz,
Christian Graf v. Pestalozza, Michael Kloepfer,
Hans D. Jarass, Christoph Degenhart
und Oliver Lepsius



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2004 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Druck: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-11468-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Am 12. Januar 2003 ist Peter Lerche 75 Jahre alt geworden.

Zu diesem so ganz besonderen Geburtstag haben wir, seine Schüler, ihm diesen Band „Ausgewählte Abhandlungen“ gewidmet – ein, wie wir hoffen, repräsentativer Ausschnitt aus dem großen wissenschaftlichen Werk Peter Lerches.

Peter Lerche gehört zu den herausragenden Vertretern der deutschen Staatsrechtslehrer. Nur wenige haben das deutsche Verfassungsrecht so nachhaltig geprägt wie er und sein wissenschaftliches Werk. Aufrichtigen Dank hierfür schulden ihm nicht nur wir, seine Schüler, sondern die ganze deutsche Staatsrechtslehre.

Das wissenschaftliche Werk Peter Lerches ist unendlich weit bemessen, es reicht von den wahrhaften Grundfragen bis zu unzähligen Einzelfacetten, die Lerche in der ihm eigenen Meisterschaft stets ebenso richtunggebend wie fein ziseliert auszurichten und auszuformen versteht. Von methodologischen Fragen bis zur Grundrechtsdogmatik, von der Grundfunktion des Gesetzes bis zu den Grundstrukturen des bundesstaatlichen Systems, vom Medienrecht bis zum Europarecht und bis hinein in viele verwaltungsrechtliche Problemstellungen – überall hat das wissenschaftliche Werk Peter Lerches echte Marksteine gesetzt. Marksteine, die die hier vorgelegte Auswahl nicht selbständig zur Veröffentlichung gelangter Abhandlungen ein wenig nachzuzeichnen sucht. Wir, die Schüler Peter Lerches, verneigen uns vor ihm in dankbarer Verehrung.

Besonderer Dank gebührt aus unserem Kreis Oliver Lepsius, der gemeinsam mit Peter Lerche die vorliegende Auswahl getroffen und redaktionell aufbereitet hat. Unseren besonderen Dank dürfen wir auch Herrn Prof. Norbert Simon dafür sagen, dass er diese Veröffentlichung in seinem Verlagshaus Duncker & Humblot so großzügig möglich gemacht hat.

*Rupert Scholz
Dieter Lorenz
Christian Graf v. Pestalozza
Michael Kloepfer
Hans D. Jarass
Christoph Degenhart
Oliver Lepsius*

Inhalt

Barocke Transparenz. Über den Schriftsteller Peter Lerche Von <i>Hans Maier</i>	11
--	----

I. Methoden

1. Stil, Methode, Ansicht (1961)	19
2. Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum (1971)	47
3. Die Technik des „Als-Ob“ im Recht (1990)	61
4. Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten? (1997)	72
5. Facetten der „Konkretisierung“ von Verfassungsrecht (1998)	86

II. Prägende Normbereiche

1. Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven (1965)	107
2. Zur verfassungsgerichtlichen Deutung der Meinungsfreiheit (insbesondere im Bereiche des Boykotts) (1970)	136
3. Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes (1993)	152
4. Grundfragen repräsentativer und plebiszitärer Demokratie (1995)	170
5. Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung (1996)	182

III. Schranken

1. Schranken der Kunstfreiheit (1973)	201
2. Ausnahmslos und vorbehaltlos geltende Grundrechtsgarantien (1994)	219

3. Achtung der nationalen Identität (Art. F Abs. 1 EUV) (1996)	232
4. Übermaß und Verfassungsrecht. Bemerkungen zur Wiederauflage (1999)	244
5. Gewaltenteilung – deutsche Sicht (2000)	269

IV. Ausgleich

1. Finanzausgleich und Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse (1973)	289
2. Vorbereitung grundrechtlichen Ausgleichs durch gesetzgeberisches Verfahren (1984)	306
3. Die Funktion des juristischen Verlegers in der Rechtsordnung (1985)	330
4. Zustimmungsgesetze (1989)	341
5. Zur Position der deutschen Länder nach dem neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes (1994)	355

V. Ordnungen

1. Rechtsprobleme der wirtschaftslenkenden Verwaltung (1961)	371
2. Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip (1964)	386
3. Verfassungsrechtliche Aspekte der Gentechnologie (1986)	417
4. In welcher Weise empfiehlt es sich, die Ordnung des Rundfunks und sein Verhältnis zu anderen Medien – auch unter dem Gesichtspunkt der Harmonisierung – zu regeln? (1986)	435
5. Vielfaltssicherung im privaten Fernsehen als überdisziplinäre Aufgabe (2000)	451

VI. Prozess

1. Zum „Anspruch auf rechtliches Gehör“ (1965)	465
2. „Kompetenz-Kompetenz“ und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (1995)	492
3. Strukturfragen des verwaltungsgerichtlichen Organstreits (1996)	508

Inhalt	9
4. Die Verfassung in der Hand der Verfassungsgerichtsbarkeit? (1997)	522
5. Rechtswissenschaft und Verfassungsgerichtsbarkeit (2002)	529

VII. Glosse

Der Diplom-Oecotrophologe (1967)	541
Veröffentlichungen von Peter Lerche	543

Barocke Transparenz. Über den Schriftsteller Peter Lerche*

Von Hans Maier

Peter Lerche wurde zu seinem 65. Geburtstag von seinen Kollegen mit einer Festschrift geehrt. Ihr Titel kennzeichnet das Werk und den Mann. „Wege und Verfahren des Verfassungslebens“ – das klingt anders als, zum Beispiel, „Struktur und Organisation der Verfassung“, es ist geschmeidiger formuliert, konkreter, lebensnäher. Es erinnert daran, daß die Verfassung kein normativer Block jenseits des alltäglichen Lebens ist, gewissermaßen auf fernen Bergeshöhen errichtet, sondern daß sie ihre leitende Kraft „mitten unter uns“ entfaltet, in größter Nähe zur Rechtspraxis, zu den Problemen und Konflikten des Alltags. Der demokratische Alltag wird ja nicht von einsamen Dezisionen und herrscherlichen Machtsprüchen bestimmt, sondern von der stetigen bescheidenen, gleichwohl unentbehrlichen Bemühung um Maß und Ausgleich, Abgewogenheit und Zumutbarkeit – und bei dieser Bemühung spielen die Vorgehensweisen, die Verfahren eine entscheidende Rolle. All dies wird anschaulich sichtbar im Begriff des Verfassungslebens – jenes Lebens, das nicht nur erklärten Verfassungspatrioten teuer, sondern allen Bürgern lieb sein muß.

Für meine kleine Laudatio, meine laudes alaudae (zu deutsch: Lerchenlob, Lerche-Lob) habe ich mir das Thema gewählt: „Barocke Transparenz. Über den Schriftsteller Peter Lerche“. Ich dachte, Peter Lerches Schriften müßten sich auch als Gesamtkunstwerk verstehen und unter sprachlichen Gesichtspunkten würdigen lassen. Welche sprachlichen Signale, welche Erkennungszeichen gehen dem Schriftsteller Peter Lerche voraus? Wo reagieren wir beim Hören eines Textes mit „Aha, das ist er“?

Ist er das: „Jede existierende politische Einheit hat ihren Wert und ihre Existenzberechtigung nicht in der Richtigkeit und Brauchbarkeit von Normen, sondern in ihrer Existenz“? Offensichtlich nicht. Ist er das: „Der Staat ist nur, weil und sofern er sich dauernd integriert, in und aus den Einzelnen aufbaut . . .“? Auch nicht, wenn auch schon eher. Ist er das: „Folgerichtig gewährt diese abwehrbereite Demokratie . . . ,keine Freiheit den Feinden der Freiheit“? Lerche würde dem nicht widersprechen, es aber wohl anders sagen. Ist er das (wir werden langsam ungeduldig!):

* Rede in der Carl Friedrich von Siemens Stiftung, München, zum 65. Geburtstag am 12. Januar 1993.

„Die jeweilige grundrechtliche Substanz verliert an Leuchtkraft, wenn wir uns einer Welt unaufhörlicher grundrechtlicher Ausgleichsnotwendigkeiten gegenüber sehen“? In der Tat, das ist er. Und wir schicken, um uns zu versichern, gleich einen weiteren Satz nach: „Schon jetzt ist es kein Zufall und kein nur ferner Hauch, wenn sich die spätere verfassungsgerichtliche Überprüfung des fertigen Gesetzes durchaus die Kompetenz zuspricht, prozedurale gesetzgeberische Versäumnisse bei der Materialerschließung und Interessenfeststellung durch Eigenprüfung zu ersetzen.“ Und gleich noch einen dritten: „Hinter den parlamentarischen Verfahrenstechniken – einschließlich etwa schon hier wirkender interner Ausgleichsmöglichkeiten, der Bestellung gemeinsamer Sprachführer für Gruppen von Betroffenen u. ä. m. – schlummern Verfahrenspostulate, die im Begriffe sind, aufzuwachen“: hier wird die Identität unzweifelhaft, der Autor ist überführt, wir haben einen echten Lerche-Satz vor uns.

Inzwischen sind wir genügend wachgerüttelt, um uns gegen einen Einwand zu wappnen, der unserem kleinen Versuch sprachlicher Spurensicherung entgegengehalten werden könnte. Einigermäßen grob und also un-lerchisch ausgedrückt, heißt dieser Einwand folgendermaßen: Sind Juristen Schriftsteller? Kann man sie als Autoren betrachten und würdigen? Sind sie nicht so sehr an die Regularien, die gemeinsamen Ausdrucksformen ihres Metiers gebunden, daß die literarischen Unterschiede, die zwischen ihnen walten, darüber belanglos werden? Gewiß hat es von Goethe bis zu Storm, von Kafka bis zu Herbert Rosendorfer immer wieder Dichter gegeben, die als Juristen ausgebildet waren – aber in ihren Schriftsätzen dürften sie einander doch ziemlich ähnlich sein, ähnlicher jedenfalls als in ihren poetischen Texten. Ist also der Jurist, verglichen mit dem freischwebenden, freischaffenden Autor, nicht so etwas wie ein Meister alter Instrumente, ein Cembalist oder Klavichordspieler im Vergleich zum Pianisten am modernen Flügel, dem alle Nuancen des Ausdrucks zu Gebote stehen, ist seine Klaviatur nicht starr, so daß er den einmal angeschlagenen Ton nicht mehr verändern kann?

Ja und nein. Gewiß ist die Sprache des Juristen stärker sachgebunden, von strengerer Regelhaftigkeit als die des freien Autors. Dennoch herrscht zwischen den schreibenden Juristen keine mechanische Gleichheit. Unterschiede werden erkennbar im Ton und in der Anrede: das reicht vom Stil unbeirrten Behauptens bis zum Ton vorsichtigen Entwickelns und Auseinandersetzens, vom einsamen Lehrbefehl bis zum dialogischen Sich-Einlassen auf andere, von der Tonart des selbstsicheren Verkündens bis zum behutsam aus Zweifeln und Selbstzweifeln sich herausarbeitenden Argument. Nein, niemand sage, es gebe da keine Unterschiede; es gibt sie ebenso wie übrigens auch zwischen den Cembalisten und Klavichordspielern. Nur daß sich die Differenzierungen – auf dem Hintergrund der stärker entwickelten Gemeinsprache – feiner abzeichnen; man muß genauer hinsehen und hinhören, um ihrer gewahr zu werden.

Bei Peter Lerche fällt zunächst die behutsame Annäherung an den Leser auf. Selten, fast nie fällt er mit der Tür ins Haus. Selbst seine Leitsätze vermeiden the-

senhaftes Auftrumpfen. Eher hört es sich so an: „Indes, gerade in dieser Richtung mögen sich bei näherem Zusehen neuartige Aspekte der Legitimationsfrage eröffnen.“ Oder: „Für eine nähere Beurteilung dürften mehrere Umstände wichtig sein ...“ „Im allgemeinen scheint der Eindruck vorzuherrschen ...“ „Es mag zu denken geben ...“ „Derartige Erwägungen mögen mit ein Grund dafür gewesen sein, daß ...“ „Dazu sei noch eine sozusagen modellhafte Beobachtung in dieser Richtung gestattet.“ „Der Begriff darf näher erläutert werden.“ Oder, besonders schön: „Unter diesen Umständen müßte die anzustrebende Regelung in ihrem negativen Teil auch Elemente definitiven Verzichts enthalten dürfen.“

Die Hilfszeitwörter „mögen“ und „dürfen“ haben im Stil des Verfassungsrechtlers Peter Lerche einen privilegierten Platz – manchmal in einer dezidierten Art, die an die althabsburgische, übrigens auch altbayerische, Verwaltungssprache mit ihrem „Es möge untersucht werden“, „es darf vorgeschlagen werden“ erinnert. Dieser sorgfältig kalkulierte edle Umschweif erlaubt es den Gedanken, ganz allmählich und gewissermaßen im Umherschlendern miteinander bekannt zu werden und am Ende, ganz zufällig, auch den Leser zu erreichen. Befehlsformen werden aufgelöst in süddeutsch-demokratische Konjunktive, in ein Könntest-Du, Wolltest-Du, Würdest-Du. So vorgebracht, können Lerchesche Gedanken ganz leicht und selbstverständlich zu Gedanken seiner Hörer und Leser werden, ohne feierliche Übereignung von seiten des Meisters und ohne schülerhafte Unterwerfungsgesten. Dabei sind es gerade keine Allerweltsgedanken, die überall und immer gültig sind: Die leicht zeremoniöse Fassung, der leise Anklang an die Manier bewahrt sie vor Verwechslungen und gibt ihnen eine persönliche Fassung, ein unverkennbares Relief.

Hier müßte ein Kapitel über Lerches Kunst der Antithesen, der differenzierenden Aufgliederung und Verfeinerung folgen; ich deute es nur an. Man findet reiche Beispiele dafür in seinem ganzen Werk, besonders in den systematisch zusammenfassenden Schriften. Läßt man heute, im Abstand von mehr als dreißig Jahren, sein frühes Meisterstück „Übermaß und Verfassungsrecht“ (1961) auf sich wirken, so kann man ermessen, was es seinerzeit bedeutet hat, das Verhältnis von Verfassung und Gesetzgebung von den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit her neu zu durchdenken und die überlieferten formal-strukturellen Lesarten durch ein reiches Angebot an neuen Perspektiven zu ersetzen. Vor unseren Augen verwandelt sich ein verhältnismäßig grober Holzschnitt in eine nuancenreiche, mit feiner Nadel geritzte Radierung: Sprache und Materie des Grundgesetzes werden nicht hegemonial „auf den Begriff – schon gar nicht auf *einen* Begriff! – gebracht“, sondern verstehend in ihren Möglichkeiten, ihrer Vielfalt, ihrem fließenden Reichtum erschlossen. Das war eine Befreiungstat, und ich erinnere mich, wie ein juristischer Freund in Freiburg Anfang der sechziger Jahre meinte, Forsthoff käme ihm jetzt, nachdem er Lerche gelesen habe, „holzschnitthaft“ vor. Eine andere Reaktion war die von Horst Ehmke, damals junger Extraordinarius in Freiburg, der eines Tages mit dem Buch von Lerche ins Seminar kam, es begeistert in der Hand schwenkte und nur ein Wort sagte: „Zucker!“

Solches Erschließen und Sichtbarmachen vollzieht sich in Lerches Werk immer wieder, sei es in seiner Zuwendung zu den Medien und zu den Problemen der Werbung, sei es in seinen Arbeiten zu den Grundrechten des Art. 5 GG und zu Fragen der bundesstaatlichen Ordnung. Überall setzt der Autor bei der Praxis, bei den alltäglichen Spannungen, Problemen, Konflikten an, er kennt das Gefechtsfeld in allen Einzelheiten, er beschränkt sich nie auf die schon verfügbaren (und bei neuen Problemen naturgemäß unzulänglichen) Generalstabskarten und Generalstabssichten. Aber indem er von Einzelproblem zu Einzelproblem, von Mikrostandort zu Mikrostandort eilt, alle Beobachtungen miteinander verknüpfend und nach adäquaten Kennzeichnungen suchend, entsteht Zug und Zug, behutsam sich entrollend, ein Panoramabild des Ganzen, das reicher und tiefer ist als die vorangegangenen, meist recht theoretischen Markierungen. Lerche ist kein Kritizist, und es wäre falsch zu sagen, wo er hindenke, wachse kein Gras mehr. Vielmehr gilt, daß Lerches Blick und seine Beschreibungskunst den spezifischen „Wuchs“ eines Problems, die Konturen einer ganzen Problemregion oft erst sichtbar gemacht haben – wo er seine Beobachtungen gemacht und veröffentlicht hatte, mußten die Landkarten oftmals neu gezeichnet werden.

Im Herzen des Lercheschen Barock befinden wir uns mit seinen Bildern. Unser Geburtstagskind ist ein ungewöhnlich bildfreudiger und manchmal bildkühner Autor. Gewiß nicht in der oft ungezügelten Art amerikanischer governors oder deutscher Parlamentarier der älteren Art (die heutigen verwenden anstelle von Bildern leider meist fade Allerweltausdrücke!). Aber doch in einer Deutlichkeit, die auffällt und die ihm unter seinen Fachgenossen einen besonderen Platz gibt.

Ein sprechendes Beispiel für Lerches Bildsprache ist sein Mitbericht „Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip“ vor der Staatsrechtslehrervereinigung 1964 – eine *Rede*, wohlgemerkt, in der also das Rhetorische seinen legitimen Platz hat. Da wird gleich zu Beginn davor gewarnt, „eine Art naturrechtlich beseligten Bundesmythos zu entwerfen und zu betreiben“. Da wird gesagt: „Das physikalische Modell des Gleichgewichts (als Gewaltenteilung, Harmonie, Kompromiß) umschmeichelt die föderale Theorie als ständige Begleiterin seit ihren Ursprüngen.“ In dem Ausdruck „Bundestreue“ entdeckt der Autor einen „nibelungenhaften Beigeschmack nach der Speisekarte germanischer Genossenschaften“. Von einer kritisch gewürdigten Theorie heißt es, sie sei staatsrechtlich „von schwachem Knochenbau“. Auch wird erörtert, ob ein Verfassungsartikel vielleicht am Ende ein „Dauerdepot von Sprengstoff“ darstelle (das wird glücklicherweise verneint). Die föderale Verfassung wird ermahnt, sie habe 1. „ihre Gelenke von den anderen Verfassungsteilen sichtbar abzuheben“, 2. „diesen Gelenken ein erleichtertes aber föderal betontes Fortbildungsverfahren (im Wortsinn zu nehmen, H.M.) zur Verfügung“ zu stellen. Von der „Luft mittlerer liberaler Beweglichkeit“ ist die Rede, aber auch von Produkten der Theorie, die demokratischer Luft nicht ausgesetzt werden dürfen. Den Höhepunkt erreicht das Bilddenken unseres Autors mit einem Satz, der im vollen Wortlaut zitiert werden muß, weil er insider-Anspielungen, die nur den Fachleuten zugänglich sind, in eine Folge von Bildern hüllt: „Mag sich

dabei auch einiger Flugsand des eigentlich Bündischen auf der Hand sammeln: Mit vollem Motor auf dieses wesentlich Bündische unmittelbar und ausschließlich lossteuern – wenn auch mit Krügerschem Treibstoff! – das heiße man doch ein zu tolles, ein zu spekulatives Unternehmen.“ Kritiker mögen anmerken, daß sich hier die Metaphern ein wenig verheddern: der Flugsand auf der Hand am Anfang und der volle Motor mit Krügerschem Treibstoff lassen sich nur verbinden, wenn man an ein Spielzeug-Flugzeug denkt, das auf einer Hand starten kann (womit der These vom Ursprung der Wissenschaft aus kindlichem Spiel ein weiterer Beleg zugeführt wäre). In jedem Fall bleibt freilich der bedenkliche Tatbestand einer Katachrese, einer Metaphernüberschneidung. Doch hier hat Lerche den größten Metaphoriker deutscher Sprache, Jean Paul, auf seiner Seite, der in der Vorschule der Ästhetik, § 82, die Katachrese als Produkt einer übermächtigen Phantasie verteidigt hat: . . .“durch die Übung der geistigen Springfüße, durch das leichtere Verbinden aller Ideen, durch den Tauschhandel in allen Teilen des Gehirns und durch ein größeres fortgesetztes Gleich- und Ebenmachen in uns wie außer uns muß die Welt zuletzt mit kühnen Bildern aufhören, so wie sie damit anfing.“

Um falschen Vorstellungen rechtzeitig entgegenzutreten: solche Bildfülle, solches Metapherngestöber findet sich bei Lerche nicht auf Schritt und Tritt – es würde sich ja dann auch rasch abrauchen. Vor allem im späteren Werk sind die Bilder seltener geworden, und sie werden gezielter eingesetzt. In den Jahren der Studentenrevolte hat sich Lerche einmal gegen politische Gleichschaltung von Dozenten durch Studentenmehrheiten mit dem Argument gewehrt, die Dozenten, solchermaßen zu „Bienen ohne Stacheln“ gemacht, könnten nur noch einen sehr wässrigen Honig produzieren. Und zur nie endenden Föderalismus-Debatte hat er bemerkt: „Man kann den Gesamtstaat nicht wie einen Kreisel betrachten, der, mit verschiedenen Farben bemalt, in Bewegung versetzt, angenehme Farblosigkeit erzeugt.“ Zu Pilotprojekten im technischen Bereich hat er sich so geäußert: „Das Ergebnis eines Sprungs in ungewisse Tiefen wird nicht dadurch berechenbarer, daß sich die ersten Sekunden des Sprungs in Metern berechnen lassen.“

Im ganzen möchte ich das barocke Element bei Lerche mehr im Panoramischen, im geduldig-beobachtenden Umkreisen und Umschreiten einer Sache sehen, in seiner Fähigkeit, viele Details in den Blick zu nehmen, viele Perspektiven miteinander zu verbinden und am Ende daraus ein Gesamtbild aufzubauen. Bilder und Metaphern haben in dieser Architektonik eine deutlich umrissene Stelle: sie stehen im Dienst der Bemühung, komplexe Sachverhalte durchsichtig zu machen, sie haben eine reliefbildende Funktion. So bleibt uns dieser Stil – ohne je seine Sachlichkeit und Nüchternheit preiszugeben – dank seiner Originalität als persönliche Ausdrucksform des Juristen Peter Lerche in Erinnerung: ein Stil, der Weite, ja Universalität mit Tiefenschärfe verbindet, ein Stil barocker Transparenz.

Und damit darf ich – auch dies ist von Peter Lerche! – „ohne weiteren Schnörkel zu Ende kommen“.

I. Methoden

Stil, Methode, Ansicht*

Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem**

§ 1 Das Stilproblem

I. *Stil und Methode*. Eine kurze, re-archaische Epoche der Nachkriegsjahre, ausgezeichnet durch eine gewisse methodische Unbefangenheit,¹ scheint vorüber. Nicht zufällig pflegen sich staatsrechtliche Monographien erneut zu behängen mit Einleitungen oder Exkursen über methodische Fragen. *Forsthoffs* sofort berührt gewordene Arbeit über die Umbildung des Verfassungsgesetzes² war zwar gewiß nicht Beginn, so doch Fanal. Die ihr sichtlich zugrunde liegende Karikatur der gegnerischen Ansichten versteht sich aus der Erfahrung, daß sonst nicht jene Einprägsamkeit erreicht hätte werden können, die tatsächlich erreicht wurde. Durch die Ausgabe einer so augenscheinlichen Kritik als Diagnose³ wird gleichzeitig der gegebene kräftige Besinnungsruf auf das eleganteste entschärft, ohne daß seine Vernehmbarkeit Schaden litte. Ausarbeitungen,⁴ Erwiderungen,⁵ konzise Gegenbemerkungen⁶ folgen. Sie bemühen sich um Placierung des Pro und Contra meist auf dem Boden herkömmlicher, „vertretbarer“ Denkbahnen.

* Erstveröffentlichung in: DVBl. 1961, S. 690–701.

** Auf der Grundlage meiner am 3. 2. 1961 gehaltenen Berliner Antrittsvorlesung „Zur Entwicklung der staatsrechtlichen Methodik“. – Dem Gedenken an Hans Nawiasky gewidmet.

¹ Die ich nicht so skeptisch beurteilen würde wie *Schüle* Arch. d. Völkerrechts 8 (1959), 130.

² In Carl-Schmitt-Festschrift, 1959, S. 35 ff.; vgl. auch NJW 1960, 1273 ff., sowie etwa DÖV 1959, 41 ff.

³ *Forsthoff*, Umbildung a. a. O. S. 50 f.; auch S. 60 wird jeder Gedanke an „Kritik“ verworfen, auf der folgenden Seite allerdings ausdrücklich bestätigt.

⁴ Vgl. etwa *Schnur* bes. in DVBl. 1960, 123 ff.; *P. Neumann*, Wirtschaftslenkende Verwaltung, 1959, bes. S. 18 f., 49 ff.; *Scheerbarth* DVBl. 1960, 185 ff.

⁵ Bes. Hollerbach, AÖR 85, 241 ff.

⁶ Aus einer sehr verstreuten Literatur seien hervorgehoben: *Bachof*, Grundgesetz und Richtermacht, 1959, S. 10 f.; 40 f., jetzt auch in Hans-Huber Festschrift, 1961, bes. S. 29, S. 44 f.; *Haueisen*, DVBl. 1960, 350 ff.; *Imboden* VVDStRL 18 (1960), S. 138 ff.; *Kaiser*, in Staat und Privateigentum, 1960, S. 15 f. in Anm. 44, aber auch S. 41 f. in Anm. 182 f.; *Maunz-Dürig*, Randn. 73 zu Art. 20; *Menger* VerwArch. 51 (1960), 157 f.; *Ridder*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften, 1960, bes. S. 4 Anm. 11, S. 5 Anm. 15; bes. *Scheuner* in Juristentag-Festschrift, II, 1960, S. 237 Anm. 12, S. 259 f., sowie in DÖV 1960, 79.

Gleichwohl hätte man es zu beklagen, entstände auf diese Weise der Eindruck, als setze sich nur der Methodenstreit der 20er Jahre fort. Gewiß geht es vorläufig noch nicht um Überraschungseffekte neuartiger Ursprungsideen; es geht vielmehr um Verfeinerung ergiebiger älterer Produkte und um ihre kritische Erprobung unter gewandelten oder verdichteten Verhältnissen. Allein im Grunde ist es doch nicht so sehr ein aufgewühltes methodisches Wellenspiel, sondern – immer deutlicher hervortretend und heute stärker als je zuvor – ein Problem des *Stils*.

Das hat viele Gründe. Der jeweilige Entwurf des ungefähren *Staats-Bildes* regt das Stilgefühl wohl am ursprünglichsten an: Für den, der den Staat der Gegenwart nicht als Herrn, sondern nur als Funktion der Gesellschaft⁷ *sieht*, ist in gewisser Weise der Argumentationsstil bereits vorgesehen und vorfixiert, ganz abgesehen von späterer methodisch-dogmatischer Verarbeitung. Nichts anderes gilt für den, der umgekehrt aus der Kraftfülle und Mitte des politischen Gemeinwesens her die Dinge *sieht*^{7a} und aus diesem Gedanken einer sehr material und kernhaft verstandenen politischen „Mitte“ leicht geneigt ist, formale Konturen beiseite zu legen, ja „scharfe“ Konturen mitunter überhaupt leugnet.

Beide bildhaften Vorstellungen sind Vor-Entscheidungen direktester Art; sie gewinnen daher beide *politischen* Stil. Und in der Tat wird konkretes Staatsrecht schon der Sache nach stets aus politischem Instinkt her gespeist sein müssen. Wer wollte sich darüber täuschen, daß beide entgegengesetzte Anschauungen ihr besonderes Profil durch die Tatsache erhalten, daß sich die Nation in gefährdeter, notnaher Situation befindet;^{7b} nur werden die Macht- und Stabilitätsfaktoren einmal mehr in der organisierten Gesellschaft, zum anderen mehr in der organisierenden Staatsführung erblickt. Symptomatischerweise kann man ebensogut das eine wie das andere soziologisch irgendwie „belegen“. Zwischen den Extremstellen gehen ständig gewaltige Verflechtungen vor sich. Das aber deutet schon an, daß die Einseitigkeit dieser politischen Stilisierungen auf dem Boden verbindlicher Staatstheorie Korrekturen wird erfahren müssen – die Atmosphäre des Zweifels freilich nie verlassend. Die Staatstheorie ist zudem nicht nur für Zeiten dieser unserer Anspannung und Not gedacht, sie hat sich reich und lebendig zu halten, um auch dem Sich-Lösen und Normalisieren gerecht zu werden. Zu allererst wird sie sich gewiß dem unablässigen Anruf der Technik zu stellen haben. Daher mag sie gut daran

⁷ Forsthoff, NJW 1960, 1276.

^{7a} So jetzt in ungefährer, nicht unkritischer, aber etwas radikaler Aufnahme der Blickrichtung namentlich *Scheuners* vor allem die soeben erschienene zentral wichtige Arbeit von *Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe 1961.

^{7b} Kennzeichnenderweise schweben die heute allseits beliebten Klauseln von „vordringlichen Gemeinschaftsgütern“ u. ä., die die (angeblich) geprägte Gestalt der Grundrechte auflockern sollen (z. B. als „immanente“ Schranken oder als allgemeiner Verfassungsvorbehalt u. ä.) in einer Zwitterlage zwischen echtem Staatsnotrecht und Staatsnormalrecht. Das ist gequälter Ausdruck unserer gleitenden, notnahen Zeiten. Bei wohl richtigerer, nämlich nicht extrem individualistischer Auslegung der Grundrechte wird man auf solche dogmatische Unsicherheiten schon von Haus aus verzichten können (vgl. jetzt mein *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, bes. S. 281 ff.).

tun, die gegebenen politischen Stilisierungen in Gelassenheit zu behalten, miteinander einigermäßen zu versöhnen, zugleich aber für neue Stilisierungen offen zu bleiben.

Die Gegenwart wird nicht so stark sein, um sich selbstgewiß auf eine einzige Stilisierung zu einigen, „als ob“ diese richtig wäre. Daher werden die Grundlagen der Staatsanschauung ohne eine gewisse Kargheit und Zurückhaltung vor momentaner Entscheidung nicht auskommen. Damit treffen sie sich aber nur im Negativen mit zahlreichen überlieferten Vorstellungen axiomatisch-methodischer Provenienz. Es ist einfach falsch, obgleich gang und gäbe, jene Grundlage der Stilproblematik mit diesen problemuntauglichen axiomatischen Vorstellungen zusammenzuwerfen. Stilisierungen können auf solcher Grundlage zusammenrücken; Methoden stehen einander in der Ebene der Axiomatik unversöhnlich gegenüber und verhöhnern synkretistisches Bemühen. Auch ermöglicht es erst die Entfernung methodisierender Verkrustungen, den politischen Gehalt der konkreten Stilisierung rein heraustreten zu lassen. Schon die Tatsache, daß man sich mit Kraft und Klarheit um das Bewußtmachen der methodischen Gegensätze überhaupt bemühen muß, sprengt das methodische Gefäß und führt zur Stilfrage. Der Akzent ruht nicht so sehr auf folgerichtigem Voranschreiten und bewußter Entfaltung „reiner“ Ausgangsthesen als vielmehr auf dem Durchhalten des einmal gefundenen Stils.

Das ist denn auch der innere Grund, warum die materiellen Antworten im methodisch Konkreteren vielfach nur scheinbar auseinanderklaffen.

Wenn *Forsthoff* das von ihm propagierte institutionelle Rechtsdenken teilweise dahin umschreibt: „Einen Rechtssatz auslegen heißt also, ihn wörtlich interpretieren und aus dem immanenten Sinnzusammenhang der Institution und der Stellung der Institution im ganzen der Rechtsordnung verstehen“, ⁸ so ist das ohne Zuwendung zu einem Rangsystem nicht vollziehbar; ⁹ wie sonst könnte sich die konkrete, gestalthaft verstandene Institution im ganzen der Rechtsordnung „stellen“? Und wenn gegenwärtig unter dem Lichte des Integrationsgedankens mit Entschiedenheit die normative Kraft des Normativen ¹⁰ ins Bewußtsein zurückgehoben, d. h. die disziplinierende Kraft des positiven Rechts unterstrichen wird, so ist auch hier die Flucht vor Einseitigkeit deutlich spürbar, genauso wie etwa in einigen modernen Entwicklungen der Wiener Schule. ¹¹

⁸ Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, 8. Aufl., 1961, S. 152.

⁹ Vgl. auch *Hollerbach*, AÖR 85, 256 f.

¹⁰ Vgl. *Hennis*, Meinungsforschung und repräsentative Demokratie, 1957, S. 52; *Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959, passim; s. auch *Ridder*, a. a. O., S. 26 f. in Anm. 51. *Smend* selbst hat die Unterschätzung des Normativen nunmehr als „Mangel“ bezeichnet (Artikel „Integrationslehre“ im HDSW unter 2 b). Gegen die psychologische Stütze der ursprünglichen Integrationslehre heute z. B. *E. Kaufmann*, Ges. Schriften, III, 1960, Vorwort zu „Rechtsidee und Recht“, S. XXX ff. Gegen psychologistische Mißverständnisse z. B. *Strickrodt*, JZ 1955, 137.