

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 152

**Das Öffentliche
als verfassungstheoretisches Problem**

Dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände

Von

Alfred Rinken



Duncker & Humblot · Berlin

ALFRED RINKEN

**Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem
dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 152

Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem

dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände

Von

Dr. jur. Alfred Rinke



DUNCKER & HUMBLLOT · BERLIN

Gedruckt mit Unterstützung der
Wissenschaftlichen Gesellschaft in Freiburg i. Br.

Alle Rechte vorbehalten

© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1971 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 02421 4

Meinen Eltern

Vorwort

Die Abhandlung hat unter dem Titel „Das Öffentliche als Grundelement des freiheitlich verfaßten Gemeinwesens, dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände“ der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i. Br. im Sommersemester 1969 als Dissertation vorgelegen. Das Problem des Öffentlichen war zur Zeit der Planung und Abfassung dieser Arbeit ein stiefmütterlich behandeltes Thema der Staatsrechtslehre und Verfassungstheorie; erst in den letzten Jahren trat es in den Mittelpunkt der wissenschaftlichen und politischen Diskussion. In der für die Drucklegung vorgenommenen Überarbeitung insbesondere der Paragraphen 8, 9, 12, 13, 16 und 18 wurden diese neueren Beiträge in kritischer Würdigung berücksichtigt.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Konrad Hesse, schulde ich herzlichen Dank; die langjährige Mitarbeit in dem von ihm gehaltenen Staatsrechtlichen Seminar, aus dem heraus sich auch der Plan dieser Arbeit entwickelt hat, war für mich eine prägende Bereicherung; seine stets ermunternde Kritik hat die Untersuchung wesentlich gefördert. Für wichtige kritische Hinweise danke ich auch Herrn Professor Dr. Martin Bullinger, dem Zweitgutachter, und Herrn Professor Dr. Joseph H. Kaiser; ihre Anregungen waren mir bei der Anfertigung des Druckmanuskriptes eine wertvolle Hilfe. In besonderer Weise gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Alexander Hollerbach, an dessen Lehrstuhl ich als Wissenschaftlicher Assistent jene Verbindung von Unabhängigkeit und Kooperation erleben durfte, welche die Voraussetzung freien wissenschaftlichen Forschens ist; sein sachkundiger Rat hat den Gang dieser Arbeit begleitet. In vielen Diskussionen und durch das Lesen der Korrekturen hat Herr Dr. Stephan Graf Vitzthum mir freundschaftliche Unterstützung gewährt.

Großzügige finanzielle Förderung verdanke ich der Wissenschaftlichen Gesellschaft in Freiburg.

Freiburg i. Br., im August 1970

Alfred Rincken

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung: Anlaß und Fragestellung der Untersuchung	21
§ 1 Das Problem des Öffentlichen	21
I. Das Öffentliche als Problem der konkreten Verfassungsordnung ..	21
1. Das Problemfeld	22
2. Der Rechtsstatus	25
3. Die Verfassung als Ausgangspunkt	26
II. Die Leitfrage: Der Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände	29
§ 2 Das Problem des Öffentlichen in der Diskussion um den Rechtsstatus der freien Wohlfahrtsverbände	31
I. Der Verfassungsstreit über die Vorrangregelungen des BSHG	31
1. Die Rechtsstellung der freien Wohlfahrtsverbände nach dem BSHG	31
2. Die verfassungsrechtliche Beurteilung im Verfassungsstreit ..	33
3. Die verfassungstheoretische Tiefendimension: Das Problem des Öffentlichen	36
II. Übersicht über den Gang der Untersuchung	38

Erster Teil

„Öffentliche“ und „private“ Wohlfahrtspflege

1. Abschnitt

Der Sachbereich Wohlfahrtspflege (Überblick)

§ 3 Vom Armenwesen zur Sozialhilfe	39
I. Die Gesetzgebung	39
1. Preußisches Armenpflegegesetz (1842), Unterstützungswohn- sitzgesetz (1870)	39

2. Fürsorgepflichtverordnung und Reichsgrundsätze (1924)	42
3. Bundessozialhilfegesetz (1961)	44
II. Die kommunale Wohlfahrtspflege, insbes. die Elberfelder Armen- ordnung (1853)	45
§ 4 Die Verbände der freien Wohlfahrtspflege	47
I. Das Gemeinsame Werk der EKD	48
1. Innere Mission (1848)	49
2. Hilfswerk (1945)	52
3. Das Gemeinsame Werk (1957)	53
II. Der Deutsche Caritasverband (1897)	54
III. Die Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland (1917/1951)	59
IV. Die Arbeiterwohlfahrt (1919/1946)	61
V. Der Deutsche Paritätische Wohlfahrtsverband (1920/1949)	62
VI. Das Deutsche Rote Kreuz (1921/1950)	63

2. Abschnitt

Die geläufigen Verhältnisbestimmungen mit den Begriffspaaren „öffentlich-privat“, „öffentlich-frei“

§ 5 Die Orientierung der überkommenen Verhältnisbestimmungen am liberalen Trennungsschema	67
I. Das Armenwesen im Prozeß des Auseinandertretens von Staat und Gesellschaft	67
II. Die Verhältnisbestimmungen in den frühen Verhandlungen des Deutschen Vereins	74
§ 6 Das Versagen des Trennungsschemas gegenüber der sozialstaatlichen Wirklichkeit	79
I. Aspekte einer Realanalyse	79
1. Die Wohlfahrtspflege im Prozeß der Wiederannäherung von Staat und Gesellschaft	79
2. Die „Angleichung“ von „freier“ und „öffentlicher“ Sozialarbeit	81
II. Die Unsicherheit der neuen Statusbestimmungen	82
1. Die funktionalen Ansätze der Fachdiskussion	83
2. Die Postulierung eines öffentlichen Status für die freien Wohl- fahrtsverbände	84

Zweiter Teil

Zum Rechtsbegriff des Öffentlichen

1. Abschnitt

Analyse, Kritik, Hinweise

§ 7 Der überkommene Dualismus von öffentlichem Recht und Privatrecht und der neue „Bereich des Öffentlichen“	87
I. Das Ungenügen des überkommenen Begriffsinstrumentariums ..	87
1. Der formale Charakter der juristischen Begriffe des Öffentlichen	87
a) Die Körperschaft des öffentlichen Rechts und der Beliehene	87
b) Öffentliches Recht und Privatrecht	92
2. „Überschießende Tendenzen“ auf eine materiale Betrachtung	94
a) Die gesellschaftliche Selbstverwaltung	94
b) Die Interessentheorie	95
II. Der „Bereich des Öffentlichen“	98
1. Die undeutlichen Konturen dieses Bereiches	98
2. Einzelargumente	99
a) Partizipation am öffentlichen Kirchenstatus	99
b) Öffentliche Bedeutung der Verbände	100
c) Erfüllung öffentlicher Aufgaben	101
III. Zusammenfassung	105
§ 8 Die „Verstaatlichung“ des Öffentlichen im staats- und verwaltungsrechtlichen Formalismus	107
I. Die Prägung des Rechtsbegriffs des Öffentlichen in der Staats- und Verwaltungsrechtslehre des juristischen Formalismus	107
1. Der Rechtsbegriff des Öffentlichen bei Paul Laband und Otto Mayer	107
2. Der im formalistischen Begriff des Öffentlichen gegebene Gesamtzusammenhang	109
a) Der Staatsbegriff, der Rechtsbegriff und die juristische Methode	109
b) Der Dualismus von Staat und Gesellschaft	111
II. Die Kritik am Formalismus durch die an der älteren „Politik“ orientierte Politische Wissenschaft	113
1. Die „Erinnerung“ an die materiale Komponente des Öffentlichen, die <i>salus publica</i>	114
a) Die Ablehnung einseitiger Machtorientierung	115

b) Der Anschluß an die aristotelische Tradition der praktischen Philosophie	116
2. Die verengte Problemsicht dieser Lehre	118
a) Der „Rückgriff“ auf die Tradition	119
b) Die „Verfallstheorie“	120
3. „Gute Ordnung“ und moderne Industriegesellschaft	122
III. Die Erweiterung der Problemdimension	123
1. Die politische Philosophie Hegels	123
a) Vernunftphilosophie	124
(1) Traditionszusammenhang	125
(2) Kritische Theorie	128
b) Freiheitsphilosophie	131
c) Wirklichkeitswissenschaft	133
d) Staatsphilosophie	137
2. Grenzen des Hegelschen Denkens	139
a) Theorie und Praxis	139
b) Verinnerlichung	142
c) Versöhnung	143
d) Idealistische Dialektik	147
IV. Die Differenzierung und Formalisierung der auf das Gemeinwesen bezogenen Wissenschaften	148
1. Die Problemreduzierung im Übergang von C. F. von Gerber zu Paul Laband	149
2. Der Dualismus von Verfassungs- und Verwaltungsrecht	156
V. Die wissenschaftliche Behandlung des Armenwesens als Beispiel des Differenzierungs- und Formalisierungsprozesses	158
1. Die Polizeiwissenschaft (Robert von Mohl)	160
2. Hegels „Polizei“ in der „Bürgerlichen Gesellschaft“	163
3. Die Verwaltungslehre (Lorenz von Stein)	166
4. Die Verwaltungsrechtswissenschaft	172
a) Die staatswissenschaftliche Methode	172
b) Die juristische Methode	173
5. Die Volkswirtschaftspolitik	174
6. Die Fürsorgewissenschaft	175
§ 9 Zusammenfassung und Feststellung des Problems: Der Begriff des Öffentlichen als Grundproblem der Staats-, Rechts- und Methodenlehre	177

§ 10 Exkurs: Konsequenz und Öffnung des Formalismus	183
I. Der konsequente Formalismus	183
II. Der „offene“ Formalismus	188
1. Otto von Gierke	189
2. Albert Haenel	192
a) Staat und Gesellschaft	192
b) Staat und Recht	194
c) Das System der Staatsaufgaben	198
d) Die öffentliche Funktion des Privaten	199
e) Der „offene“ Formalismus	200
§ 11 Das Öffentliche in der neueren Rechts- und Staatslehre	202
I. Das Öffentliche als Problem einer allgemeinen Rechtsehre — Arnold Köttgen	202
II. Das Öffentliche als Problem einer allgemeinen Staatslehre — Herbert Krüger	206
III. Das Öffentliche als Problem einer konkreten Verfassungsrechts- lehre — Konrad Hesse	211

2. Abschnitt

**Das Öffentliche als Grundelement des freiheitlich verfaßten
Gemeinwesens, der res publica**

§ 12 Die Verfassung als Grundordnung des öffentlichen Gemeinwesens ..	214
I. Der Ausgangspunkt: die konkret-geschichtliche Verfassung	216
1. „Vorläufige“ Verfassungsinterpretation	218
2. Antinomien des Verfassungsauftrags?	224
II. Die Verfassung als normative Gesamtverfassung	226
1. Die Verfassung als Gesamtverfassung des politischen Gemein- wesens	226
a) Staat — Gesellschaft — Gemeinwesen	226
b) „Politisches“ Gemeinwesen	228
2. Die Verfassung als normativer Gesamtplan	238
III. Das politische Gemeinwesen als res publica	243
1. Die öffentliche Struktur des politischen Gemeinwesens	243
2. Die Schwierigkeiten einer demokratischen Grundlegung des Öffentlichen	244

§ 13 Die soziale Demokratie als eine spezifisch öffentliche Ordnung des Gemeinwesens	248
I. Die Öffentlichkeit: das Volk	249
1. Normativer Anspruch	250
2. Plurale Struktur	254
3. Geschichtliche Dimension	255
4. Konkrete Verfaßtheit	256
II. Das Öffentliche: salus publica	257
1. Gemeinwohl und Pluralismus	257
2. Die konkrete „gute Ordnung“	259
3. Gemeinwohl als Reflexionsgebot	261
III. Der öffentliche Verfassungsprozeß	261
1. Politik, Pluralität und Publizität	261
2. Die öffentliche Verfassungsordnung	263
3. Demokratie und Komplexität	264
4. Die dynamische Trias des Öffentlichen	268
§ 14 Der soziale Rechtsstaat als eine spezifisch öffentliche Ordnung	273
I. Das Recht im öffentlichen Gemeinwesen	273
1. Recht und Staat	275
2. Staat und Recht	276
II. Die öffentliche Struktur des Rechts	276
1. Substantielle Rationalität	276
2. Rechtsverwirklichung im öffentlichen Prozeß	278
III. Das öffentliche Recht	279
1. Demokratie und Recht	279
2. Das öffentliche Recht als „Rahmenordnung“	281
3. Das öffentliche Recht als „Planungsrecht“ und „politisches Recht“	282
4. Öffentliches Recht und Privatrecht	282
5. Das Problem der Souveränität	284

§ 15 Das Öffentliche als Garant und Gefährdung der Freiheit	286
I. Funktion und Dialektik des Öffentlichen	286
1. Die freiheitssichernde Aufgabe des Öffentlichen	286
II. Das Gegenbild: Öffentlichkeit bei Carl Schmitt	290

Dritter Teil

Die Stellung der Wohlfahrtsverbände im öffentlichen Gemeinwesen

§ 16 Die Statusfrage als Problem „guter Ordnung“ des Sachbereichs	293
I. Kein einheitlicher Gesamtstatus	294
II. Die Verwirklichung öffentlicher Freiheit durch Organisation des Sachbereichs im Rahmen der öffentlichen Gesamtordnung	298
1. Das Freiheits- und Demokratieproblem als „Sachproblem“ ..	299
2. Elemente einer Organisation „öffentlicher Freiheit“ in den Regelungen des Bundessozialhilfegesetzes	300
a) Schutz der (privaten) Besonderheit der Verbände	301
b) Anerkennung ihrer öffentlichen Bedeutung	302
c) Angebot eines kooperativen Wahlstatus	305
d) Gesamtverantwortung der Gemeinden	306
III. Das Öffentlichkeitsdefizit in der Organisation des Sozialhilfe- bereichs	307
§ 17 Exkurs: Die Stellung der Wohlfahrtsverbände im Gemeinwesen im Spiegel ihres Selbstverständnisses	310
I. Die katholische Caritas	311
1. Die Verhältnisbestimmungen	311
2. Das Subsidiaritätsprinzip	315
3. Die Lehre des II. Vatikanum	317
II. Die evangelische Diakonie	321
1. Die obrigkeitsstaatliche Tradition	322
2. Die Diskussion um den Wohlfahrtsstaat	324
III. Die Arbeiterwohlfahrt	326

Schluß

§ 18 Die Verfassungstheorie des Öffentlichen und die öffentliche Wissenschaft des Rechts	328
Literaturverzeichnis	333
A. Allgemeiner Literaturnachweis	333
B. Sozialhilfe, Wohlfahrtsverbände	367
Personenregister	384
Sachregister	387

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	= Amtsblatt
AfK	= Archiv für Kommunalwissenschaften
AG	= Ausführungsgesetz
ALR	= Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, 1794
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ArchKathKR	= Archiv für Katholisches Kirchenrecht
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ARWP	= Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
AW	= Arbeiterwohlfahrt
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. August 1896 (RGBl. S. 195)
BGBL	= Bundesgesetzblatt
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT	= Bundestag
BSHG	= Bundessozialhilfegesetz v. 30. Juni 1961 (BGBL. I S. 815)
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
c	= canon
cc	= canones
CIC	= Codex Iuris Canonici v. 19. Mai 1918
DCV	= Deutscher Caritasverband
DJT	= Deutscher Juristentag
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DPWV	= Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband
DS	= Drucksache
DV	= Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge (1880—1919: Deutscher Verein für Armenpflege und Wohltätigkeit)
DVBbl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
EKD	= Evangelische Kirche in Deutschland
EKL	= Evangelisches Kirchenlexikon. Hrsg. v. H. Brunotte u. O. Weber, 4 Bde, Göttingen 1956—1961
ESozL	= Evangelisches Soziallexikon. Hrsg. v. F. Karrenberg, 4. Aufl., Stuttgart 1963
EstL	= Evangelisches Staatslexikon. Hrsg. v. H. Kunst und S. Grundmann i. V. m. W. Schneemelcher und R. Herzog, Stuttgart 1966
Fl. Bl.	= Fliegende Blätter aus dem Rauhen Hause zu Hamburg Horn (seit 1844)
FVO	= Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht (Fürsorgepflichtverordnung) v. 13. Februar 1924 (RGBl. I S. 100)
G	= Gesetz
GBL	= Gesetzblatt

- GG = Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
v. 23. Mai 1949
- GS = Gesetzessammlung
- HdbDStR = Handbuch des Deutschen Staatsrechts. Hrsg. v. G. Anschütz und R. Thoma, 2 Bde, Tübingen 1930/32
- HdKw = Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften. Hrsg. v. J. Brix u. a., 6 Bde, Jena 1918—1927
- HDR = Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.
Hrsg. v. F. Stier-Somlo und A. Elster, 8 Bde, Berlin 1926—1937
- HdStw = Handwörterbuch der Staatswissenschaften.
Hrsg. v. L. Elster, A. Weber und F. Wieser, 4. Aufl., 8 Bde, Jena 1923—1928, Erg.-Bd. 1929
- HdStw = Handwörterbuch der Sozialwissenschaften.
Hrsg. v. E. v. Beckerath u. a., 12 Bde, Stuttgart, Tübingen und Göttingen 1956—1965
- HW = Hilfswerk der Evangelischen Kirche in Deutschland
- HZ = Historische Zeitschrift
- IM = Innere Mission
- Jb. = Jahrbuch
- JöR = Jahrbuch des öffentlichen Rechts
- JR = Juristische Rundschau
- JuS = Juristische Schulung
- JWG = Gesetz für Jugendwohlfahrt i. d. F. vom 11. August 1961
(BGBl. I S. 1205)
- JZ = Juristenzeitung
- KG = Kirchengesetz
- KJbEKD = Kirchliches Jahrbuch für die Evangelische Kirche
in Deutschland
- KritJ = Kritische Justiz
- LThK = Lexikon für Theologie und Kirche, 2., völlig Neubearb.
Auf. Hrsg. v. J. Höfer u. a., 11 Bde, 3 Erg.Bde, Freiburg i. Br. 1957—1968
- LV = Landesverfassung
- MM = Mater et Magistra
- NDV = Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche
und private Fürsorge (seit 1946)
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift
- NWB = Neue Wissenschaftliche Bibliothek
- ÖZÖR = Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht
- OVG = Oberverwaltungsgericht
- PhilJb = Philosophisches Jahrbuch
- Prot = Protokoll
- PVS = Politische Vierteljahresschrift
- QA = Quadragesimo Anno
- RdJ = Recht der Jugend
- RGBl. = Reichsgesetzblatt
- RGG = Die Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörter-
buch für Theologie und Religionswissenschaft. Hrsg. v.
K. Galling, 3., völlig neu bearb. Aufl., 6 Bde, Tübingen
1957—1962

RGr	= Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 4. Dezember 1924 (RGBl. I S. 765)
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJWG	= Reichsjugendwohlfahrtsgesetz v. 9. Juli 1922 (RGBl. I S. 633)
RStW	= Recht, Staat, Wirtschaft
RVO	= Reichsversicherungsordnung v. 19. Juli 1911 (RGBl. S. 509)
Schriften AW	= Schriften der Arbeiterwohlfahrt
Schriften DPWV	= Schriften des Deutschen Paritätischen Wohlfahrtsverbandes e. V.
Schriften DV	= Schriften des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (seit 1880)
Staat	= Der Staat
StL	= Staatslexikon. Recht — Wirtschaft — Gesellschaft. Hrsg. v. d. Görres-Gesellschaft, 6., völlig neu bearb. Aufl., 8 Bde, Freiburg i. Br. 1957—1963
ThSt	= Theological Studies
UWG	= Unterstützungswohnsitzgesetz vom 6. Juni 1870 (BGBl. S. 360)
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VerwRspr	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VO	= Verordnung
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VZG	= Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte
WBStVR	= Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet v. Karl v. Stengel; 2. Aufl., hrsg. von Max Fleischmann, 3 Bde, Tübingen 1911—1914
WP	= Wahlperiode
ZBJV	= Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEE	= Zeitschrift für evangelische Ethik
ZfdA	= Zeitschrift für das Armenwesen (1900—1921)
ZfP	= Zeitschrift für Politik
ZfSH	= Zeitschrift für Sozialhilfe (seit 1962)
ZgesStrW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZgesStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZöfFR	= Zeitschrift für öffentliches Recht
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	= Zeitschrift für Sozialreform (seit 1955)
ZSchwR	= Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Einleitung: Anlaß und Fragestellung der Untersuchung

§ 1 Das Problem des Öffentlichen

I. Das Öffentliche als Problem der konkreten Verfassungsordnung

Die Ausführungen Rudolf Smends „Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit“¹ haben eine Grundfrage unserer politisch-rechtlichen Ordnung, die bis dahin von der neueren Staatsrechtslehre weniger grundsätzlich als technisch-positiv behandelt worden war, in ihrer fundamentalen Bedeutung in das wissenschaftliche Bewußtsein zurückgerufen. Seither ist der „Begriff des Öffentlichen“ in einer Fülle von Untersuchungen, Stellungnahmen und Obiter Dicta umschrieben und gedeutet, vielfach aber auch strapaziert worden. Eindeutigkeit ist bisher nicht erreicht, ein Konsens über die Bedeutung des Begriffs nicht erkennbar. Im Gegenteil! Fast jede Untersuchung lenkt die Aufmerksamkeit auf eine andere Dimension, fast jede Stellungnahme bietet einen anderen Aspekt. Schon Smend hat bekannt, ihm sei das „um so befremdlicher, als es hier um Herzstücke der modernen politischen Begriffswelt“ gehe. Dabei ist eine Klärung offenbar auch nicht ohne praktische Relevanz, da sie Erhellung über jenen geheimnisvollen Drang ins Publizistische bringen könnte, der nach den Kirchen, Parteien und Gewerkschaften immer weitere Kreise ergreift, und dessen normativer Bewertung eben jene grundsätzliche Unsicherheit entgegensteht. Der „rätselhafte Ehrentitel“², zu dem der Begriff des Öffentlichen ganz allgemein zu werden scheint, ist über alldem eher noch rätselhafter geworden.

Bei einem so kontroversen Diskussions- und Streitstand muß jeder neue Beitrag seinen Frageansatz und seine Fragerichtung sorgfältig offenlegen, damit seine Ergebnisse auf ihre relative Wahrheit nachprüfbar und seine Argumente in ihrem Gewicht wägbare sind. Die Sicherung der Frage, die über die Fruchtbarkeit des Ergebnisses vorentscheidet, bereitet bei der Vielfalt der Fragemöglichkeiten nicht geringe Mühe. Diese Vielfalt wird schon von der Vielheit der Erscheinungen angezeigt, in denen „das Öffentliche“ auftritt. Die Substantive „Öffentlichkeit“ und „Publizität“, das substantivische „Öffentliche“, das Adjektiv „öffentlich“ in seinen unzähligen Kompositionen, von denen nur das „öffentliche

¹ In: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 11—20.

² Vgl. R. Smend, ZevKR 1 (1951), S. 9.

Recht“, das „öffentliche Interesse“, das „öffentliche Wohl“ und die „öffentliche Aufgabe“ beispielhaft genannt seien: sind das alles Ausprägungen des *einen* „Begriffs des Öffentlichen“ oder handelt es sich bei diesem Begriff um eine abkürzende und vielleicht mißverständliche Rede-weise? Zerfällt etwa *der* Grundbegriff in eine Reihe zusammenhangloser Einzelbegriffe? Oder gibt es ein gemeinsames Gravitationszentrum, das sie alle in beziehungsvoller Dynamik zusammenhält? — Ist das Öffentliche ein soziologisches, politikwissenschaftliches oder juristisches Problem oder alles das zugleich? Eröffnet eine fachspezifische Methode den Zugang zu seinem Verständnis oder entzieht es sich der herkömmlichen „Gewanneinteilung“ der Wissenschaften, bedarf es „synoptischer“ Betrachtung³?

1. Das Problemfeld

Smend hat mit wenigen sicheren Strichen den Problembereich gezeichnet und damit zugleich die Wegmarken des Forschungsganges abgesteckt. Anhand der Wort- und Bedeutungsgeschichte hat er auf die Vielschichtigkeit des Wortes „Öffentlichkeit“ hingewiesen: Öffentlichkeit ist danach erstens faktische Öffentlichkeit, formelle Publizität allen in einem sachlichen Sinne öffentlichen Lebens; Öffentlichkeit ist sodann zweitens der Träger dieses öffentlichen Lebens, das Publikum, die „personalisierte Öffentlichkeit“ und als solche in der Demokratie die nicht-organisierte letzte Instanz; Öffentlichkeit bezeichnet schließlich in einer normativen Überhöhung der beiden ersten Sinngehalte das eigentlichste aufgegebenes Wesen moderner Staatlichkeit⁴. Indem *Smend* die Verschiedenartigkeit der Bedeutungsschichten und der zwischen ihnen spielenden Sinnbezüge darstellt, entzieht er den politisch-rechtlichen Begriff des Öffentlichen jeder einseitig — sei es am Faktischen, sei es am Normativen — orientierten Wissenschaft⁵. Indem er die deutsche Sonderentwicklung des Öffentlichkeitsbegriffs betont, die im Gegensatz zur Geschichte der romanischen *publicité* und der angelsächsischen *publicity* von der Bezeichnung der Lage des Offenseins zur mühsam angeeigneten sachlich-normativen Bedeutung verläuft, stellt er das Problem des Öffentlichen in Beziehung zur konkreten politischen Ordnung, aus deren

³ Zur Notwendigkeit, sich aus dieser „Gewanneinteilung“ zu lösen: *A. Bergstraeßer*, Politik in Wissenschaft und Bildung, 2. Aufl. 1966, S. 18; *D. Oberndörfer*, Politik als praktische Wissenschaft, in: *D. Oberndörfer* (Hg.), Wissenschaftliche Politik, 1966, S. 11. Vgl. auch *J. Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1962, S. 7 ff.

⁴ *R. Smend*, Zum Problem des Öffentlichen, S. 14, 16 f.

⁵ Vgl. auch *K. Hesse*, VVDStRL 17 (1959), S. 41: „Der Begriff des Öffentlichen läßt sich als ein Rechtsbegriff weder rein normativ-formalistisch, noch dezisionistisch, noch unter Verzicht auf jedes normative Element rein vom Faktischen her bestimmen; er muß in seiner Sinn- und Wertbezogenheit wie in seiner Bedingtheit durch den Wandel der geschichtlichen Gegebenheiten zugleich gesehen werden.“

Gesamtzusammenhang es in seiner Bedeutung allein bestimmt werden kann. Indem er nach der Beziehung des Rechtsbegriffs des Öffentlichen zu dem Begriff der tatsächlichen Publizität fragt⁶, löst er die beiden Pole des Problems aus ihrer gerade in der deutschen Staatsrechtslehre gepflegten Isolierung und macht die geschichtlich-konkrete Ausprägung ihres Verhältnisses zum Forschungsobjekt.

Das von Smend entworfene Programm kann nicht in einem Tage erfüllt, die Lösung des in die Vielheit seiner Bezüge gestellten Problems nicht in einem Anlauf und gleichsam im Handstreich erwartet werden, nur eine geduldige Einkreisung von den verschiedensten Ausgangspunkten aus darf auf Erfolg hoffen.

Ein Beispiel für eine „integrative“ Behandlung des Begriffs „Öffentlichkeit“ und damit zugleich eine eindrucksvolle Einführung in das Koordinatensystem des Problems verdanken wir Jürgen Habermas⁷. Er hat „bürgerliche Öffentlichkeit“ als epochaltypische und somit historische Kategorie dargestellt. Danach gehört in Deutschland Öffentlichkeit als eine zwischen Gesellschaft und Staat vermittelnde Sphäre, in der sich das Publikum als Träger öffentlicher Meinung bildet und der das Prinzip der Publizität entspricht, spezifisch zur „bürgerlichen Gesellschaft“, die sich im 18. Jahrhundert als Bereich des Warenverkehrs und der gesellschaftlichen Arbeit nach eigenen Gesetzen etabliert⁸. Die feudalen Gewalten, einst Träger „repräsentativer Öffentlichkeit“, hatten sich in einem langen Prozeß der Polarisierung zersetzt und zwei deutlich abgrenzbare Bereiche freigesetzt: auf der einen Seite die Sphäre der „öffentlichen Gewalt“, den modernen in ständiger Verwaltung und stehendem Heer objektivierten National- und Territorialstaat; auf der anderen Seite als Pendant zur Obrigkeit die bürgerliche Gesellschaft als einen von der öffentlichen Gewalt deutlich abgehobenen Bereich, als die Sphäre des Privaten. In ihr bildet sich eine zunächst literarische, dann politisch fungierende Öffentlichkeit: „Bürgerliche Öffentlichkeit“ ist die Sphäre der zum „Publikum versammelten Privatleute“⁹. Der bürgerliche Rechtsstaat etabliert im Parlament die politisch fungierende Öffentlichkeit als Staatsorgan, um den Zusammenhang von Gesetz und öffentlicher Meinung institutionell zu sichern¹⁰. Habermas verfolgt den sozialen Strukturwandel und konstatiert einen politischen Funktionswandel der Öffentlichkeit in der politischen Ordnung der modernen Industriegesellschaft¹¹; er stellt eine tendenzielle Verschränkung der öffentlichen Sphäre

⁶ R. Smend, Zum Problem des Öffentlichen, S. 11.

⁷ J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1962; Art.: Öffentlichkeit, in: Staat und Politik, Neuausgabe 1964 (Fischer Lexikon, 2), S. 220—226.

⁸ Strukturwandel, S. 12 f.; Öffentlichkeit, S. 220 f.

⁹ Strukturwandel, S. 28 f., 34 ff., 38.

¹⁰ Ebd. S. 94.

¹¹ Ebd. S. 157 ff., 199 ff.