

Zur Problematik der Verfassungsauslegung

von Dr. jur. ERNST FORSTHOFF

o. Professor der Rechte

Präsident des Obersten Verfassungsgerichts der Republik Cypren



W. Kohlhammer Verlag • Stuttgart

Vorwort

Das Echo, das meine kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts („Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“ in der Festgabe für Carl Schmitt, 1959, S. 35 ff) gefunden hat, läßt es mir angezeigt erscheinen, meine Auffassung über die Aufgabe und Methode der Auslegung des Grundgesetzes im Zusammenhang darzulegen. Das geschieht in dieser Schrift unter Beschränkung auf die mir wesentlich erscheinenden Gesichtspunkte. Es handelt sich nicht um eine Verteidigungsschrift, denn ich sehe keinen Anlaß, mir Fragestellungen aufnötigen zu lassen, andererseits habe ich jede Polemik vermieden, soweit sie nicht in der Sache selbst gegeben ist. Die Schrift wendet sich an den Kundigen und verzichtet deshalb im allgemeinen auf literarische Nachweisungen.

Wenn diese Schrift auch die Richtung nicht verändern wird, welche die Verfassungsauslegung eingeschlagen hat, so mag sie doch den einen oder anderen anregen, den Gegenstand erneut zu bedenken. Vielleicht wird sie es ein wenig erschweren, den ebenso gängigen wie oberflächlichen Einwand des Rückfalls in den Positivismus aufrecht zu erhalten, der jede sachliche Auseinandersetzung von vornherein blockiert. Jedenfalls hoffe ich auf den nachfolgenden Blättern hinreichend klar ausgeführt zu haben, daß und warum ich an der vorherrschenden Methode der Auslegung des Grundgesetzes keinen Anteil habe.

Heidelberg, im August 1961

Ernst Forsthoff

Inhalt

Die staatsideologische Unterbilanz 11

Die zentrifugalen Tendenzen 17

Die Formtypik der Verfassung: eine entscheidende Frage der Verfassungsauslegung 22

Drei grundlegende Irrtümer 26

Zurück zum Positivismus? 35

Die staatsideologische Unterbilanz

Blickt man auf das Zeitalter der großen Verfassunggebungen zurück, das mit den nordamerikanischen Verfassungen beginnt, mit der Französischen Revolution auf europäischem Boden einsetzt und die Epoche bis zum Ende des ersten Weltkrieges (mit Einschluß der ihm folgenden Verfassunggebungen) umfaßt, so wird deutlich, daß alle diese Verfassunggebungen durch Bewegungen von großer ideeller und emotionaler Breite und Tiefe hervorgebracht wurden. Diese Bewegungen griffen über das Generalthema der rechtsstaatlichen Verfassung: die freiheitliche Ordnung des Verhältnisses Staat — Individuum, nach allen Seiten hinaus. War es in Frankreich die Auseinandersetzung mit der verhaßten feudalen Schicht, also die soziale Revolution, so war in den nordamerikanischen Staaten und in Belgien die Erringung und Bewahrung der nationalen Unabhängigkeit bestimmend. Für die Stoßkraft des liberalen, bürgerlichen Konstitutionalismus auf deutschem Boden war der Gedanke der nationalen Einigung von größter Bedeutung¹. Die Weimarer Republik zehrte noch davon, indem sie in den traditionellen Symbolen (Flagge und Hymne) den Anschluß an die nationale bürgerliche Bewegung aufrecht erhielt.

Die Kraft des nationalen Gedankens ist heute, jedenfalls im Bereich der Bundesrepublik, gebrochen und — wenn wir die Zeichen der Zeit richtig verstehen — in weiterem Schwinden. Die industrielle Ausstattung der Welt mit allem, was damit zusammenhängt, geht über die nationalstaatlichen, engen Grenzen hinaus und hinweg und strebt neuen, weiträumigen Ordnungen zu, wie sie sich über gemeinsamen Märkten und supranationalen Administrationen anbahnen. Schon hier darf angemerkt werden, daß die großen Umwandlungen, an deren Anfängen wir stehen, nicht mehr auf dem Wege und mit den Mitteln der Verfassunggebung vor sich gehen, was als ein Indiz für die Funktion der Verfassung in der Gegenwart beachtet werden sollte.

Mit dem Fortschreiten des industriell-technischen Prozesses entstand die soziale Bewegung als ein notwendiges Korrektiv der durch diesen Prozeß ausgelösten gesellschaftlichen Veränderungen. In diesem Jahrhundert ist die soziale Bewegung zur stärksten Potenz in der innerstaatlichen Entwicklung geworden, die sich durch alle Verfassungssysteme hindurch kontinuierlich und mit bruchloser Folgerichtigkeit zur Wirkung gebracht hat. Sie hat als stärkste innenpolitische Potenz, wie man sagen kann, den nationalen Gedanken abgelöst.

Für die richtige Einschätzung der Funktion der Verfassung in der Gegenwart ist die Tatsache von entscheidender Bedeutung, daß die soziale Bewegung eine Verbindung mit der rechtsstaatlichen Verfassung nicht eingegangen ist, daß insbesondere ihre Gehalte und Zielsetzungen nicht zum praktikierbaren Bestandteil dieser Verfassung geworden sind.

Lorenz von Steins Konzeption einer sozialen Monarchie war eine Interpretation der Staatlichkeit in der sich entfaltenden industriellen Gesellschaft von der außergesellschaftlichen Position des Monarchen her, nicht aber eine Verschmelzung des sozialen Elements mit den Strukturformen des gewaltenteilenden Rechtsstaats. Anton Mengers Neue Staatslehre, die sich um die Beschreibung des nach Auffassung des Autors heraufkommenden „volkstümlichen Arbeitsstaats“ bemüht, verbleibt rechtsdogmatisch ganz in den herkömmlichen Begriffen und Vorstellungen der zeitgenössischen Verfassungstheorie von gesetzgebender und vollziehender Gewalt, Zweikammersystem, Ministerverantwortlichkeit usw. Die im Verhältnis von Rechtsstaat und Sozialstaat obwaltende Problematik ist hier, wie auch im sonstigen Schrifttum, noch nicht gesehen, geschweige denn realisiert.

Sie wurde erst sichtbar, als die Urheber der Weimarer Reichsverfassung die Probe auf das Exempel machten. Es war die Idee Friedrich Naumanns, die zu schaffende Verfassung durch Aufnahme sozialer Verbürgungen der Mentalität des modernen Menschen näherzubringen, also liberale Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit miteinander zu verschmelzen². Ein neues Staatsethos sollte in der Verfassung seinen Ausdruck

2 · Naumann stellte in diesem Sinne einen eigenen Grundrechtsentwurf auf, den *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 166 ff., als ein „unglückliches, halb liturgisches Alterswerk“ bezeichnet, während er der Intention, aus der er hervorging, politischen Scharfblick zuerkennt.

finden. Die Urheber der Weimarer Reichsverfassung haben dieser Anregung Naumanns nur in begrenztem Umfang entsprochen. So wurden eine Anzahl Vorschriften in den Grundrechtsteil aufgenommen (z. B. Art. 109 Abs. 3, 113, 119, 120, 121, 122, 142 S. 2, 143, 146, vor allem aber Art. 151, 155—165), von denen man alsbald feststellen mußte, daß sie der unmittelbaren Vollziehbarkeit ermangelten, da sie mit den herkömmlichen Prozeduren rechtsstaatlicher Verfassungsanwendung nicht wirksam zu machen waren³. So wurde diesen sozialen Verbürgungen nur der Charakter von Programmsätzen zugestanden, die den Gesetzgeber — auf eine freilich nicht kontrollierbare Weise — banden, deshalb auch rechtlich relevant waren, aus denen jedoch unmittelbare Rechte des einzelnen nicht abgeleitet werden konnten — was gerade für soziale Verbürgungen entscheidend sein mußte. Mit anderen Worten: die rechtsstaatlichen Strukturelemente der Weimarer Reichsverfassung erwiesen sich abweisend gegenüber dem Versuch, soziale Gehalte mit gleichem Gewicht wie die rechtsstaatlich-liberalen in die Verfassung einzuführen.

In der Endzeit der Weimarer Reichsverfassung unternahm Carl Schmitt in seinem Beitrag zum Handbuch des Deutschen Staatsrechts einen erneuten Versuch, mit dem zweiten Teil der Verfassung auch die sozialen Verbürgungen juristisch zu aktivieren. Es ist heute noch von Interesse, sich die Erwägungen zu vergegenwärtigen, die dazu führten. Die damalige Verfassungspraxis hatte sich, nachdem der Reichstag mit den Wahlen vom 14. September 1930 nahezu arbeitsunfähig geworden und als gesetzgebender Körper mehr oder weniger ausgefallen war, in weitestem Umfang auf Art. 48 zurückgezogen. Damit waren wesentliche Garantien der rechtsstaatlichen Verfassung (Gewaltenteilung, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) außer Vollzug gesetzt worden. Die so entstandene, autoritär geübte Handlungsfreiheit der Reichsspitze (Reichspräsident und Reichsregierung) führte mit innerer Folgerichtigkeit zu der Überlegung, ob dieser autoritären Staatsführung, nachdem die institutionellen Sicherungen versagten, nicht materielle Schranken gezogen waren. In diesem Sinne wandte sich Schmitt gegen die Alternative:

3 · Dazu, statt aller Anschütz, Kommentar, 4. Bearb. 1933, S. 514 ff.; C. Schmitt in: Anschütz-Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 586 ff., 598 ff.; Smend, a. a. O.



Programmsatz — positives, praktikables Recht, hob er die Bindungen des zweiten Teils der Weimarer Reichsverfassung für die Staatswillensbildung hervor und erklärte er diesen Verfassungsteil zu einer Gesamtentscheidung über Art und Existenz. Damit berührte er sich in gewisser Weise mit Smend, der die Grundrechte von ihren integrierenden Gehalten her neu interpretiert hatte und auf diesem Wege den genannten Dualismus überwinden wollte. Der wesentliche, zwischen diesen beiden Autoren obwaltende Unterschied ist jedoch der, daß Schmitt an den Modalitäten des rechtsstaatlichen Verfassungsvollzuges festhielt, während Smend insoweit mit der von ihm vertretenen geisteswissenschaftlichen Auslegung der Verfassung neue Wege ging.

Dieser Versuch der Aktivierung der im zweiten Teil der Verfassung niedergelegten materialen Gehalte hat insofern paradigmatische Bedeutung, als er den Zusammenhang zwischen institutioneller Sicherung gegen Mißbrauch der Staatsgewalt und deren Bindung an materiale Gehalte erkennen läßt. Sind solche institutionellen Sicherungen nicht vorhanden oder versagen sie, so wird die Bindung an materiale Gehalte aktuell. Die Affinität des Naturrechts zu absolutistischen Herrschaftsformen ist bekannt und so zu erklären, wie umgekehrt die institutionellen Sicherungen dort geschaffen werden, wo die Bindung an materiale Gehalte — aus welchen Gründen auch immer — versagt oder als nicht genügend empfunden wird. Dieser Zusammenhang ist logisch evident, und man kann ihm auf keine Weise entgehen.

So gab es plausible Gründe dafür, in das Grundgesetz mit seinen weit ausgebauten institutionellen Sicherungen keine sozialen Verbürgungen aufzunehmen. Das Grundgesetz zielt auf die erwähnten Erfahrungen unter der Weimarer Reichsverfassung mit dem Satz: „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtssprechung als unmittelbar geltendes Recht“ (Art. 1 Abs. 3). Dieser Satz kann, bewußt unter den bezeichneten verfassungshistorischen Aspekten formuliert, nicht anders als dahin verstanden werden, daß die Grundrechte nach den Modalitäten des rechtsstaatlichen Verfassungsvollzuges verstanden und praktiziert werden sollen. Daran kann auch das Bekenntnis zu überpositiven Menschenrechten in Art. 1 Abs. 2 GG nichts ändern. Dieses Bekenntnis hat seine positivrechtliche Bedeutung für die Beantwortung der Frage, in welchem Umfange die Grundrechte der Ver-

fassungsänderung (Art. 79 Abs. 3) zugänglich sind⁴. Jedenfalls kann dem Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Rechten keine hermeneutische Bedeutung in dem Sinne gegeben werden, daß damit eine andere Interpretationsweise in das Grundgesetz eingeführt sei, als sie in Art. 1 Abs 3 GG unzweideutig festgelegt ist. Das hieße, die Verfassung verhängnisvoll verunklären, und das ist allemal der schlechteste Dienst, den man einer Verfassung erweisen kann.

So ist es zur Aufnahme sozialer Gehalte in das Grundgesetz nicht gekommen, und es kann zusammenfassend festgestellt werden, daß die stärkste ideelle Bewegung dieses Jahrhunderts, die soziale, sich mit der rechtsstaatlichen Verfassung als geprägter Strukturform nicht getroffen, geschweige denn verbunden hat. Diese Feststellung gilt heute als provozierend unzeitgemäß, und in der gegenwärtigen Staatsrechtslehre sind lebhaft Bemühungen im Gange, ihr zu entgehen. Die folgenden Überlegungen sollen zeigen, daß diese Bemühungen auf überholten Vorstellungen von der Funktion einer Verfassung in der Gegenwart beruhen und daß — vor allem — mit dieser Feststellung der sozialstaatlichen Struktur unserer Gesellschaftsordnung kein Abbruch geschieht, andererseits aber die Verfassung in der Funktion erhalten wird, auf die es heute mehr denn je ankommt. Auch davon wird noch zu handeln sein.

Unbezweifelbar ist freilich der staatsideologische Substanzverlust der Verfassung, welche die Kraft des nationalen Gedankens verlor, ohne in der Mächtigkeit der sozialen Bewegung dafür einen Ausgleich zu finden. Etwas weiteres kommt hinzu. Sicherlich waren die spezifischen Strukturelemente der modernen rechtsstaatlichen Verfassung: Parlamentarismus, Gewaltenteilung, Unabhängigkeit der Gerichte, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in der Zeit des früheren Konstitutionalismus Zielsetzungen, die starke Emotionen breiter Schichten zu mobilisieren vermochten. Heute stehen sie in unangefochtener Geltung⁵. Das hat zur natürlichen

4 · Die schwierige Frage, ob „unverletzliche und unveräußerliche Menschenrechte“ verwirkt werden können, ohne aufzuhören unverletzlich zu sein, und vermeinendenfalls, ob die in Art. 18 GG erwähnten Grundrechte demnach nicht zu den „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten“ zu zählen sind, soll hier außer Betracht bleiben.

5 · Daß sie durch den Ost-West-Gegensatz bedroht sind, steht außer Zweifel. Aber im innenpolitischen Bereich wird diese Bedrohung aus Gründen, die darzulegen hier

Folge, daß sich die staatsideologische Bewußtheit in Ansehung dieser Verfassungsinstitutionen abschwächt. Ein Vergleich mit der Geltungszeit der Weimarer Reichsverfassung macht das deutlich.

Dazu kommt etwas weiteres. Die politischen Verfassungsinstitutionen sind in ihren Funktionen in hohem Maße unanschaulich geworden. In dem Maße, in dem alle innenpolitischen Fragen sich in Sachprobleme verwandeln, die nur noch dem fachmännischen Beurteiler zugänglich sind, müssen auch die Verfassungsinstitutionen, die wie das Parlament mit diesen Problemen befaßt sind, ihre ideologische Sinnfälligkeit verlieren. Auch das fachmännische Urteil wird sich mehr nach zweckrationalen als nach ideologischen Gesichtspunkten orientieren. Es gibt eine Entideologisierung des Staates von der Sache her. Sie ist heute eine Realität. Ob sie eine temporäre oder dauernde Erscheinung ist, vermag heute natürlich niemand zu sagen.

Aus allen diesen Gründen ist es gerechtfertigt, von einer staatsideologischen Unterbilanz zu sprechen. Sie ist für das innere Gefüge der Verfassung von erheblicher Bedeutung. Das ist zunächst des näheren darzulegen.

zu weitläufig wäre, nicht realisiert. Deshalb kann von dieser Bedrohung abgesehen werden, ist es sogar notwendig, so zu verfahren, weil hier nur der innenpolitische Aspekt in Betracht kommt.

Die zentrifugalen Tendenzen

Die rechtsstaatliche Verfassung ist angelegt auf die dem freiheitlichen Bewußtsein entsprechende Ordnung des Verhältnisses von Staat und Individuum. Sie ist eine spezifische Lösung der Problematik dieser allen organisierten Gemeinwesen innewohnenden Grundrelation, welche zwar die Freiheit schützt, aber auch dem Staate läßt, wessen er bedarf. Diese Lösung besteht in der sinnvollen Kombination bestimmter Institutionen: Gewaltenteilung, unabhängige Justiz, gesetzmäßige Verwaltung, Grundrechte usw. Wie ein Vergleich der rechtsstaatlichen Verfassungen zeigt, verbleibt für die Realisierung dieser Lösung eine beträchtliche Spannweite, so daß auch unter den rechtsstaatlichen Verfassungen charakteristische Unterschiede vorhanden sind. Auch innerhalb der geschriebenen und in Geltung gesetzten Verfassungen sind Veränderungen durch die Verlagerung der verfassungsrechtlichen und — politischen Gewichte möglich.

Es konnte nicht ausbleiben, daß die soeben geschilderte staatsideologische Unterbilanz des Grundgesetzes die verfassungsrechtlichen Gewichte verlagert und dem inneren Gefüge der Verfassung eine Prägung gegeben hat, welche den Vorstellungen der Verfassungsurheber, wie man annehmen darf, mindestens in diesem Umfang nicht entspricht.

Die staatsideologische Unterbilanz des Grundgesetzes gilt natürlich für dessen staatspolitischen Teil, in dem die Organe des Bundes und die Modalitäten der Staatswillensbildung geregelt sind. Daraus ergibt sich eine mangelnde innere Balancierung. Die Gegenpositionen, an sich ebenfalls im Grundgesetz vorgesehen und legitim, haben damit ein Mehrgewicht bekommen, das sich unter der Geltung des Grundgesetzes deutlich abzeichnet: die Grundrechte und der Föderalismus. Die Staatsideologie, jedenfalls in dem Sinne, wie sie hier verstanden sein soll, ist nicht etwas rein Geistiges, über den Dingen Schwebendes, sondern der geistige Stoff, aus dem jener common sense erwächst, dessen Urteil über das, was richtig und falsch, was noch möglich und nicht mehr zumutbar

ist, mindestens in modernen Demokratien eine erhebliche Bedeutung hat¹.

Das Grundgesetz hat die föderalistische Ordnung wieder hergestellt und ist dabei, etwa in den der bundeseigenen Verwaltung und der Bundesaufsicht gezogenen Grenzen, über die Weimarer Reichsverfassung hinausgegangen. Die einschlägigen Vorschriften lassen jedoch viele Fragen offen und geben damit der Auslegung einen gewissen Spielraum. Die Verfassungsauslegung bewegt sich eindeutig auf der Linie der Verstärkung der föderalistischen Verfassungselemente. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vom Konkordats-Urteil bis zum Urteil im Fernseh-Streit läßt das klar erkennen. Es ist hier nicht beabsichtigt, an dieser Rechtsprechung Kritik zu üben, vielmehr sei ausdrücklich zugestanden, daß diese Ausdeutung der föderalistischen Struktur, wie sie das Grundgesetz festlegt, juristisch möglich ist. Ebenso sicher aber ist, daß auch Auslegungen, die der föderalistischen Struktur engere Grenzen ziehen, gefunden werden können. Es zeigt sich, daß die zentrifugalen Tendenzen stärker sind als die allgemeine Logik der politischen Entwicklung, welche von den Notwendigkeiten unserer industriell-technischen Ausstattung und der modernen Wirtschaft her zur Weiträumigkeit strebt.

Ähnlich steht es mit den Grundrechten. Hier gehen die Anfänge einer extensiven Interpretation auf die Zeit der schweren Erschütterung der Staatsautorität in der Endzeit der Inflation zurück. Die durch die nicht bewältigte Inflation hervorgerufene Rechtskrise war zur Staatskrise geworden. In dieser Zeit, in der Goldschmidt das berühmte Wort von der „Gesetzesdämmerung“ prägte, wurde der Gleichheitssatz in eine Bindung des Gesetzgebers umgedeutet². Aber nachdem diese Staatskrise überwunden war, hatte diese neue Auslegung, mochte sie auch noch

1 · Die Annahme eines solchen common sense steht der Tatsache nicht entgegen, daß die innenpolitischen Entscheidungen in weitem Umfange fachmännischen Charakter angenommen haben und sich damit der Beurteilung des Wählers entziehen. Daß es einen solchen common sense noch gibt, wenn auch in engerem Umfange, zeigt etwa die Ablehnung der Todesstrafe, in der sich die weit überwiegende Mehrheit der Fachmänner wie des Volkes einig sind.

2 · *Triepel*, Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien, 1924; *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925; *Aldag*, Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung, 1925.

Anhänger gewinnen, keine Chance mehr, zur vorherrschenden Theorie zu werden. Es bedeutet viel, daß Anschütz sie bis zuletzt abgelehnt hat³. Es beleuchtet die mit dem Grundgesetz geschaffene, veränderte Situation, daß es nach dem zweiten Weltkrieg über die Rezeption der neuen Auslegung des Gleichheitssatzes überhaupt keine ernsthafte Diskussion mehr gegeben hat.

Auch das ist wohl nur aus der Einbuße an staatsideologischer Substanz zu erklären. Die neue Auslegung stellte ein materiales Gerechtigkeitsprinzip zur Verfügung, das Willkür-Verbot, an dem sich die Emanationen der Gesetzgebung messen, billigen oder verwerfen lassen. In der Tatsache, daß das Bedürfnis nach einem solchen Maßstab heute vorhanden ist, spiegelt sich der Autoritätsverlust des modernen Gesetzgebers, der ein Verlust an staatsideologischer Substanz ist. Für Anschütz, der noch aus der Ideologie des parlamentarisch-demokratischen Rechtsstaats dachte, war das Gesetz sakrosankt, sofern es gültig zustandegekommen war, so daß es eines solchen Maßstabes nicht bedurfte. Hier wird eine Wandlung des Staatsbewußtseins sichtbar, die man wohl als endgültig ansehen darf.

Die starke Intensivierung, welche die Grundrechte unter der Geltung des Grundgesetzes erfahren haben, wird aus dem Geist verständlich, in dem sie ausgelegt werden. Dieser Geist spricht sich in gängigen Formulierungen aus, welche die Grundrechte in den Rang des Ausdrucks eines „Wertsystems“ oder „Kultursystems“ erheben. Unterstellt man sie solchen Qualifikationen, so hat das logische Konsequenzen, denen man sich schwer (wenn überhaupt) entziehen kann. Dabei bleibt die Frage offen, mit welcher logischen und sachlichen Berechtigung der Verfassungsinterpret die Vorstellung eines Systems, die notwendig etwas Vollständiges, Abschließendes und Ausgrenzendes bedeutet, an den Grundrechtsteil heranträgt. Aber selbst, wenn man akzeptiert, wozu freilich die Grundrechtsartikel in ihrer Gesamtheit keinen zwingenden Anlaß bieten, daß die Grundrechte ein System darstellen: mit welchem Recht erhebt man dieses System zu einem Wertsystem oder Kultursystem? Warum sollen die staatlichen Institutionen wie Parlament, Regierung, rechtsstaatlicher Gesetzesbegriff usw. an diesem Wert- und Kultursystem

3 · Vgl. Kommentar, S. 521, mit Übersicht über den literarischen Stand Anfang 1933.

keinen Anteil haben? Oder soll es mehrere Wert- und Kultursysteme geben, und, bejahendenfalls, in welchem Verhältnis sollen sie zu einander stehen, nach welchen Rechtsgrundsätzen soll über dieses Verhältnis entschieden werden? Diese Fragen lassen sich nicht mit dem Einwand erledigen, daß auch die übrigen Teile des Grundgesetzes in dieses Wert- und Kultursystem eingeschlossen sein sollen. Wäre es so, dann wäre schlechterdings nicht einzusehen, wozu die Deklaration zum Wert- und Kultursystem noch nütze sein sollte^{4,5}. Sie ist, wenn sie überhaupt einen Sinn haben soll, dazu nütze, den Grundrechten eine besondere Dignität und Intensität zu geben und legt die Interpretation der Grundrechte in einer bestimmten Richtung fest.

Diese Richtung wird in der Auslegung des Art. 12 GG besonders deutlich, einer Vorschrift, die der Auslegung freilich wegen ihrer unglücklichen Fassung besondere Schwierigkeiten bieten mußte. Problematisch war und ist insbesondere die einschränkungslos gewährleistete Freiheit der Berufswahl. Das Bundesverwaltungsgericht hatte die Frage, ob objektive Berufszulassungsvoraussetzungen mit dieser Vorschrift noch vereinbar seien, insoweit bejaht, als unabdingbare Erfordernisse eines geordneten menschlichen Zusammenlebens solche Voraussetzungen erfordern. Danach würde das überkommene Konzessionssystem für Apotheken haben bestehen können. Bekanntlich hat das Bundesverfassungsgericht anders entschieden. Es besteht kein Anlaß, das einschlägige, offensichtlich sorgfältig abgewogene und differenzierende Urteil des Bundesverfassungsgerichts im einzelnen zu referieren. Hier kommt es nur darauf an, daß es das Konzessionssystem verwirft. Insoweit wird ein

4 · Daß Verfassungen, sei es in der Präambel, sei es im engeren Text (vgl. Art. 3 der bayer. Verf.), sich in einem bestimmten Sinne bekennen, ist eine andere Frage, die hier nicht zu erörtern ist.

5 · Nur beiläufig sei darauf hingewiesen, daß die gleichen Fragestellungen der Problematik der politischen Geschichtsauffassung in den zwanziger Jahren zugrunde lagen. Auch dort ging es darum, daß durch die Autonomisierung einzelner Bereiche wie Kultur, Religion und Wirtschaft, die dem Staate und der Politik polemisch-dialektisch gegenübergestellt wurden, der politischen Geschichtsauffassung der Stoff entzogen und sie damit im Grunde negiert wurde. Dazu die immer noch wichtigen Ausführungen in Westphal, Feinde Bismarcks, 1930, S. 252 ff. Die geisteswissenschaftliche Methode in der Staatsrechtslehre ist nur der Sonderfall einer breiten, geistigen Strömung im wissenschaftlichen Leben der zwanziger Jahre, was an dieser Stelle lediglich angedeutet sein soll.

Stück Staatlichkeit dem Grundrecht geopfert. Die Sache ändert sich freilich, wenn man den Preis besieht, der nach dem Urteil dafür zu zahlen ist. Das Gericht ist nämlich der Auffassung, daß der mit dem Konzessionssystem verfolgte Zweck: die Sicherung einer einwandfreien Führung der Apotheken durch Gewährung des Konkurrenzschutzes auch auf anderem Wege, nämlich durch staatliche Kontrollen erreicht werden könnte. Hier schlägt die extensive Grundrechtsinterpretation auf Kosten herkömmlicher staatlicher Gerechtsame in ihr Gegenteil um: sie kommt zum Erfolg, indem sie dem Polizeistaat die Türe öffnet.

Ist die extensive Grundrechtsinterpretation unter den ideologischen Vorzeichen, unter denen sie erfolgte und wohl weiter vor sich geht, ersichtlich eine Reflexwirkung der staatsideologischen Unterbilanz, so gibt es allerdings von der Struktur des sozialen Ganzen her gute Gründe dafür, die Position des einzelnen stark zu machen. Darauf ist an späterer Stelle zurückzukommen.

Die Formtypik der Verfassung: eine entscheidende Frage der Verfassungs- auslegung

Die rechtsstaatliche Verfassung hat eine größere Chance als jede andere, ideologische Verschiebungen nicht nur zu überstehen, sondern sie in ihren Auswirkungen so zu begrenzen, daß die Notwendigkeiten der Staatlichkeit gewahrt bleiben. Diese Chance beruht in dem hohen Grade von Technizität, die gerade dieser Verfassung eigentümlich ist. De Jouvenel hat die rechtsstaatliche Verfassung dahin charakterisiert, daß sie daraufhin angelegt sei, zu ihren Zwecken zu kommen, ohne an das menschliche Verhalten andere Anforderungen zu stellen als die Wahrung ihrer Technizität. Gewaltenteilung, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Unabhängigkeit des Richters, Grundrechte, Gesetzesvorbehalte sind solche Verfassungsinstitute, die deshalb technisch genannt werden dürfen, weil mit ihrer Verwirklichung die Effekte der Mäßigung der Staatsgewalt und der Freiheitssicherung zuverlässig eintreten, ohne daß bestimmte Verhaltenserwartungen ideeller oder sonstiger Art erfüllt sein müßten.

So muß die Technizität der rechtsstaatlichen Verfassung in Zeiten wie den gegenwärtigen an Bedeutung gewinnen. Ich habe mit der Formulierung Anstoß erregt, daß die rechtsstaatliche Verfassung ein „System rechtstechnischer Kunstgriffe“ darstelle. Es dürfte nunmehr klar sein, daß mit dieser Kennzeichnung keine Herabsetzung gemeint ist, sondern auf einen unter den gegebenen Verhältnissen entscheidend wichtigen Vorzug der rechtsstaatlichen Verfassung, freilich in einer ein wenig schockierenden Form, hingewiesen werden soll.

Die Frage, ob eine Verfassung auf Dauer denkbar ist, die nicht mehr ist als ein solches System rechtstechnischer Kunstgriffe oder Vorkehrungen, mag manchem von vornherein als verfehlt wenn nicht gar unerlaubt erscheinen. Dieser Auffassung wird von vornherein derjenige zuneigen, der sie von den geschichtlichen Erfahrungen her beurteilt. Denn sicherlich war die Verfassung auf ihrem bisherigen geschichtlichen Wege nie etwas nur Technisches und hat ihre Bestandsgarantie in vielfältigen, vor

allem auch gesinnungsmäßigen Faktoren gefunden. Es kann aber nicht als ausgemacht gelten, daß das so bleiben wird. Auf der gegenwärtigen Stufe der industriell-bürokratischen Entwicklung nehmen die technischen Strukturen zu, wofür gerade die moderne Verfassung mit ihrer staatsideologischen Unterbilanz ein Beispiel bietet. Noch kann niemand abschließend beurteilen, ob damit die Konturen einer neuen, Dauer verheißenden Ordnung des sozialen Ganzen sichtbar werden oder ob es sich um Erscheinungen einer Übergangsepoche handelt, deren Ende weder zeitlich noch sachlich abzusehen ist.

Diese Ungewißheit stellt die Verfassungsauslegung vor eine grundsätzliche Entscheidung. In manchen Hinsichten ist das technische Gefüge des Rechtsstaats der heutigen Wirklichkeit nicht mehr kongruent. Es genügt, auf Rechtsbegriffe wie Gesetz, Verwaltungsakt, Fiskus hinzuweisen, um das zu verdeutlichen. Damit erhebt sich die Frage, ob solchen Inkongruenzen, die sich im Rechtsvollzug störend bemerkbar machen, mit Aushilfen von Fall zu Fall oder mit einer entschlossenen Korrektur der rechtsstaatlichen Formtypik begegnet werden soll. Sie ist kürzlich von Lerche¹ ganz zutreffend so gesehen und im Sinne der zweiten Alternative beantwortet worden. Lerche stellt fest: „Alle Versuche, die Vielfalt der Förmlichkeiten auf die bis jetzt entwickelten Grundtypen der Rechtsformen, wie Verwaltungsakt, Verordnung, Realakt usw., zurückzuführen, dürften als fehlgeschlagen zu beurteilen sein. Wie vielleicht nirgends sonst zeigt sich hier mit Kraft und Klarheit, daß die Formwelt des bürgerlichen Rechtsstaates im Sinne Carl Schmitts die Gegenwart gerade nicht mehr zu ‚durchformen‘ vermag.“ Er muß dann freilich hinzufügen: „Die Aufgabe der Entwicklung neuer Grundformen ist im wesentlichen noch ungelöst“ (S. 491).

Man praktiziert in der Tat heute noch die Aushilfen von Fall zu Fall, und die Feststellung dürfte nicht fehlgehen, daß unser Rechtswesen damit — vielleicht mehr schlecht als recht — immerhin den billigerweise zu stellenden Ansprüchen genügt. Diese Zurückhaltung vor einer grundsätzlichen Abwendung von der Formtypik des überkommenen, in der Tat bürgerlichen Rechtsstaates ist nur zu verständlich. Denn ganz abgesehen von der allgemeinen Überlegung, ob es in der gegenwärtigen Zeit mit ihren nur innerhalb gewisser Grenzen durchschaubaren Wandlungen

und Übergängen überhaupt angezeigt ist, die Hand an ausgeprägte und immerhin doch in weitem Umfange praktikierbare Formalstrukturen zu legen, stellt sich für die Struktur des Rechtsstaates in der gegenwärtigen Situation mit großem Ernst die Frage, was denn vom Rechtsstaat übrig bleibt, was wir noch in der Hand behalten bei dem Versuch, seine „bürgerliche“ Struktur durch eine zeitgemäße zu ersetzen.

Alle solchen Versuche müssen alsbald dessen inne werden, wie geschlossen und nahtlos verfügt das überkommene System der rechtsstaatlichen Formtypik ist. Wer einen Stein aus ihm herausbricht, stellt das Ganze in Frage. Vor allem aber: wo wäre der ideologische oder begriffliche Baustoff für ein neues, zeitgerechtes, nachbürgerliches System des Rechtsstaats zu finden? Er wäre nirgends zu finden, weil es ihn nicht gibt. Es gibt Einzeleinsichten und Teilerfahrungen, es gibt Überbrückungen durch sachgerechte Fiktionen und vieles andere mehr. Aber es fehlt gegenwärtig jede neue systematische Konzeption oder auch nur ein Ansatz dazu.

Die Verfassungsauslegung sollte deshalb einem vorsichtigen Konservatismus huldigen. Sie sollte sich bewußt halten, was die Technizität der Verfassung und die Formtypik des Rechts unter den angegebenen Verhältnissen bedeutet. In dieser Zeit sind die Dinge oftmals klüger als der Geist, und eine empirische Kasuistik vermag besser weiterzuführen als theoretische Einsicht.

Jede Auflösung der Formtypik muß im gegenwärtigen Zeitpunkt ideologische Energien freimachen. Denn Form ist unter anderem gebändigte Ideologie. Welche Ideologien in einem solchen Falle ins Spiel treten würden, kann nicht zweifelhaft sein. Angesichts der staatsideologischen Unterbilanz können es nur die zentrifugalen sein, von denen die Rede war. Es wird damit also die Staatlichkeit in einem noch höheren Maße aufs Spiel gesetzt, als dies jetzt schon der Fall ist. Wer will das verantworten in einer Zeit, in der zwar Anzeichen dafür sichtbar sind, daß der Staat als Ordnungsform, wie sie sich auf dem Boden der Souveränitätslehre Bodins entwickelt hat, seinem Ende entgegengeht, aber gewiß niemand voraussagen kann, welche lebensnotwendigen Dienste dieser Staat noch zu leisten berufen ist.

So hängt die Frage, wie sich die Verfassungsauslegung zur Formtypik der Verfassung zu stellen hat, mit der Problematik des Staates in der gegenwärtigen Welt auf das engste zusammen. Wenn schon die moderne

Staatsrechtstheorie in Verwerfung der positivistischen Gleichung Norm = Norm (von der noch zu handeln sein wird) dem Verfassungsgesetz einen Charakter sui generis zuerkennt, den auch die Verfassungsgesetzesauslegung zu beachten hat, was sicher richtig ist, dann kann sich die staatsrechtliche Hermeneutik nicht, ohne inkonsequent zu sein, von den Bewegungen innerhalb etwa der zivilistischen Disziplin leiten oder auch nur nennenswert beeinflussen lassen. Was dort als Auflösung traditioneller Formtypik als vertretbar erscheint, kann nicht für das unter ganz anderen sachlogischen Bedingungen stehende Verfassungsgesetz gelten. Argumentationen, welche insoweit Verknüpfungen herzustellen versuchen, mögen akademisch, also geisteswissenschaftlich, einleuchten, verfehlen aber die Sachlogik eines Verfassungsgesetzes. Natürlich ist es nicht leicht, in Zeiten staatsideologischer Unterbilanz ein distinktes Verfassungsbewußtsein lebendig zu erhalten. Aber von dem Juristen, der schließlich den Staat einmal konzipiert und hervorgebracht hat, sollte man ein solches Bewußtsein erwarten dürfen.

Drei grundlegende Irrtümer

Es wird nicht möglich sein, zu einer Verständigung über die richtige Methode der Verfassungsauslegung zu gelangen, ehe nicht zuvor einige fundamentale Irrtümer richtiggestellt sind, welche die Diskussion des Gegenstandes belasten.

1. Alle Erörterungen der richtigen Methode in der Auslegung des Grundgesetzes stehen im Zeichen der Erfahrungen unserer jüngsten Vergangenheit. Insbesondere das Ende der Weimarer Reichsverfassung und die Machtübernahme des Nationalsozialismus haben das Verantwortungsbewußtsein des Verfassungsjuristen geschärft. Es wäre in der Tat unverantwortlich, der rechtsstaatlichen Verfassungsordnung eine Sicherung vorzuenthalten, die ihr mit den Mitteln der Interpretation gegeben werden kann — und sei es auch eine Interpretation, welche die herkömmlichen Bahnen verläßt und neue Wege sucht. Wer wäre nicht bereit, dafür einen Preis zu zahlen?

Eine Analyse der Staatsstreich-Techniken dieses Jahrhunderts, insbesondere der Machtübernahme im Frühjahr 1933, muß aber zu dem Ergebnis führen, daß ein solches Ereignis mit den Mitteln der Verfassungsauslegung, wozu ich auch das Verfassungsverständnis im weitesten Sinne (als ein Wertsystem, Kultursystem, Ausdruck einer naturrechtlichen Ordnung usw.) rechne, nicht abgewandt werden kann. Der moderne Revolutionär, der seine Sache versteht — und nur er ist hier in Betracht zu ziehen —, wird auf diesem Felde der Verfassungsauslegung keine Hindernisse finden, mit denen er nicht ebenso fertig werden könnte, wie Hitler mit ihnen fertig geworden ist. Hitler huldigte dem Wortlaut der Verfassung mit dem Legalitätseid und hielt die Machtübernahme in Formen, welche aller Anzweiflungen im einzelnen unerachtet das Odium der Illegalität fernhielten, jedenfalls für das allgemeine öffentliche Urteil. Das auf die individuelle Freiheit gegründete Wertsystem (um diesen Ausdruck, der erst in neuerer Zeit gängig geworden ist, zeitlich zurückzuverlegen) übertrumpfte er mit

der Verheißung eines neuen, besseren, auf dem gemeinschaftsbezogenen Denken beruhenden Wertsystems. Dabei spielt es keine Rolle, daß die Ankündigung teils vage und diffus, teils utopisch war („Brechung der Zinsknechtschaft“). Hier geht es nur um das Verständnis des historischen Vorgangs. Dafür ist entscheidend, daß er eine hinreichende Zahl von Wählern auf diese Weise vermochte, dem Wertsystem der Weimarer Reichsverfassung den Abschied zu geben. Die überlegte Unklarheit im Hinblick auf die eigentlichen Zielsetzungen, der bewußt ins Allgemeine erhobene geistige Anspruch, ließen schließlich auch der Deutung Raum, daß die Machtübernahme eine Wiederherstellung des Naturrechts einleite, und es haben katholische Stimmen nicht gefehlt, die sich mit dieser Begründung zum nationalsozialistischen Staat bekannten.

Was soll auch ein Wertsystem zur Stabilisierung der Verfassung im juristischen Sinne beitragen in einer Zeit, der die Vertauschbarkeit der Werte so oft demonstriert worden ist, was das Naturrecht, das zu einer Chiffre werden kann, hinter der sich Vieles und Unkontrollierbares zu verbergen vermag¹. Mit der Legalität steht es anders. Klare, eindeutige Verfassungsschranken können einer Machtübernahme, sofern es auf ihre Legalität ankommt, erhebliche Hindernisse in den Weg legen. Jedenfalls hätte sich die nationalsozialistische Machtübernahme nicht so, wie geschehen, abspielen können, wenn die Weimarer Reichsverfassung eine Art. 79 Abs. 3 GG entsprechende Bestimmung enthalten hätte oder die von Carl Schmitt² entwickelte Theorie von den immanenten Schranken der Verfassungsänderung ein gesicherter Allgemeinbesitz der Verfassungsauslegung gewesen wäre³. Natürlich läßt sich die Frage nicht beantworten, ob eine solche Bestimmung die Weimarer Reichs-

1 · Schließlich gab es eine Darstellung des nationalsozialistischen Naturrechts von Hans-Helmut Dietze, 1936. Ein Beispiel kommunistischer Aufgeschlossenheit für das Naturrecht bietet der Beitrag von Hans Gerats zur Festgabe für Erwin Jacobi, 1959. Um es noch einmal hervorzuheben: Hier soll nicht die Möglichkeit eines nationalsozialistischen oder kommunistischen Naturrechts behauptet, sondern nur gezeigt werden, welche Verschleierungen auch mit diesem Wort möglich sind.

2 · Verfassungslehre, 1928, S. 102 ff.

3 · Wie es auch mäßigend hätte wirken müssen, wenn es gelungen wäre, den rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff mit seiner spezifischen Publizität durchzuhalten und nicht veröffentlichten Führerbefehlen die rechtliche Verbindlichkeit vorzuenthalten.

verfassung vor der Machtübernahme hätte retten können. Das ist jedoch kein Grund, in der normativen Sicherung des Verfassungsbestandes auch nur das geringste zu versäumen. Vielmehr kommt alles darauf an — wie das im Grundgesetz geschehen ist —, der Legalität die freie Fungibilität zu nehmen und sie an eine unverrückbare Kernsubstanz der Verfassung zu binden. Es ist die verantwortliche Aufgabe heutiger Verfassungsinterpretation, keine Aufweichung dieser Bindung zuzulassen. Alle Auffassungen, welche die Verfassungsauslegung mit weiteren Verantwortlichkeiten für die Bestandssicherung der Verfassung belegen wollen, sind illusionär und bergen darüber hinaus die Gefahr in sich, daß sie in den gegenteiligen Effekt umschlagen und damit der Bestandssicherung gerade Abbruch tun. Es ist illusionär, an der Tatsache vorbeizusehen, daß jede Verfassung nur eine wirklich wirksame Bestandssicherung hat: das ist die Entschlossenheit der Staatsgenossen, an der Verfassung festzuhalten und sie gegebenenfalls mit allen verfügbaren Mitteln zu verteidigen. Die Existenz jeder Verfassung wurzelt im Politischen, und wenn diese Verwurzelung sich lockert und schließlich gar löst, dann mag es zunächst noch einige juristische Hilfen geben, um das Verhängnis zu verlangsamen, aber es gibt kein juristisches Mittel, um sein Eintreten zu verhindern. Das ist eine simple Wahrheit, die aber in der Atmosphäre einer weitgehenden Entpolitisierung, in der wir leben, in Gefahr ist, vergessen zu werden.

Der Jurist tut deshalb gut daran, sich im übrigen von einer Aufgabe fernzuhalten, die nur in dem beschränkten, eben angedeuteten Sinne die seine ist. Denn alles, was er nach dieser Richtung unternehmen könnte, muß ihn über das, was man bisher als Verfassungsauslegung verstanden hat, hinausführen. Es kann nur — denn die logischen Möglichkeiten sind hier beschränkt — dazu führen, die Normen der Verfassung zum Ausdruck eines Wertsystems oder eines naturrechtlichen Systems (soweit es sich um die Grundrechte handelt) zu entwickeln. Die unvermeidliche Folge dessen, der Preis, den man dafür bezahlt, ist eine Entwertung des Wortlauts und der begrifflichen Struktur der Verfassung. Der Gewinn sind Werte positiver und überpositiver Art, über deren stabilisierende Wirkung im Ernstfall skeptisch zu denken nach den Erfahrungen der letzten Jahrzehnte (nicht nur in Deutschland) Anlaß genug vorhanden ist.

Diese Erfahrungen und Überlegungen führen zu dem Schluß: das Ende

der Weimarer Reichsverfassung und die nationalsozialistische Machtübernahme geben keinen Anlaß dazu, von den überkommenen Methoden der Verfassungsauslegung abzuweichen. Im Gegenteil: Die unverändert beibehaltene Bindung an den Wortlaut und die begriffliche Struktur der Verfassung befähigen den Verfassungsjuristen am ehesten, den Beitrag zur Bestandssicherung der Verfassung zu leisten, der überhaupt in seinem Vermögen liegt.

2. Ein zweiter, die ganze Problematik der Interpretation des Grundgesetzes belastender Irrtum ist der folgende. Nachdem die soziale Bewegung mit ihren Hervorbringungen zu einem so wesentlichen Faktor der modernen Rechtsordnung geworden ist, scheint man einen inneren Zwang dahin zu empfinden, ihr auch einen Platz — und selbstverständlich den ihrer Bedeutung entsprechenden, bestimmenden Platz — innerhalb der Verfassung zuweisen zu müssen. Offenbar ist man der Meinung, daß eine Verfassung, welche die Sozialstaatlichkeit nicht in sich aufnehme, der Wirklichkeit nicht kongruent sei und daß die Verfassung dadurch Schaden nehmen könnte. Daß diese Erwägung der extensiven Ausdeutung der Sozialstaatsklausel (Art. 20, 28 GG) wenigstens mit zugrundeliegt, wird durch die Tatsache nahegelegt, daß das Bundesarbeitsgericht, das als erstes oberes Bundesgericht dieser Ausdeutung der Sozialstaatsklausel als positivrechtlichem Verfassungsrechtssatz folgte, in den ersten einschlägigen Urteilen zu der getroffenen Entscheidung auch ohne die Sozialstaatsklausel hätte gelangen können. Doch das sei wie auch immer. Soweit jedenfalls dieser allgemeine Gedanke der Ausdeutung der Sozialstaatsklausel zur praktikablen, positivrechtlichen Verfassungsnorm zugrunde lag, verfiel man einem nachweisbaren Irrtum.

Es wurde schon dargelegt, daß die soziale Bewegung die Verfassung unterlaufen hat und daß das nicht zufällig geschah, sondern in der besonderen Formalstruktur der rechtsstaatlichen Verfassung (bei der so viel gerade auf die Formalstruktur ankommt!) seinen Grund hatte. Davon ausgehend, läßt sich schon rein logisch folgern, daß das, was aus rechtsstrukturellen Gründen keinen Eingang in die Verfassung finden konnte, auch von der Verfassung nicht gewährleistet werden kann⁴.

4 · Interpretatorisch kommt man beim Grundgesetz noch in die besondere Schwierigkeit, daß die Sozialstaatsklausel in Art. 20 GG — doch wohl mehr oder weniger

Diese Feststellung beruht nicht auf einer Ablehnung des Sozialstaats und einer Negation seiner Realität. Sie ist im Gegenteil das Ergebnis einer intensiven Bemühung, die Realität aller Phänomene, die wir mit dem Wort Sozialstaat umgreifen, zu erkennen. Wer sich die Verfassungsgeschichte seit dem ersten Weltkrieg mit ihren Abbrüchen, Umbrüchen und Krisen vergegenwärtigt und sie in Vergleich stellt zu der im Gesamtduktus gradlinigen Folgerichtigkeit, mit welcher der soziale Prozeß seit dem vorigen Jahrhundert durch extrem verschiedene Verfassungsordnungen hindurch bis heute verlaufen ist, der kann über die Konstanten und Inkonstanten in unserem sozialen Ganzen nicht mehr im Zweifel sein. Die dem Juristen überkommene und aus einsichtigen Gründen liebe Vorstellung, daß die Verfassung das Konstanteste alles Konstanten sei, hält einer realistischen Wirklichkeitsanalyse, die sich auf das Soziale und seine Errungenschaften richtet, schlechterdings nicht mehr stand. Wer glaubt, den sozialen Errungenschaften unserer Tage auch nur ein Tüttelchen an Bestandssicherung dadurch hinzufügen zu können, daß er sie unter das Dach der Verfassung bringt und an den Vorteilen der erschwerten Abänderlichkeit teilnehmen läßt, muß sich entgegenhalten lassen, daß er die Realität der sozialen Komponenten der gegenwärtigen Daseinsordnung noch nicht begriffen hat.

Was folgt daraus? Zunächst einmal die Tatsache, daß der Gehalt unserer Verfassung die Fülle des sozialen Ganzen nicht mehr umfaßt. Ob man das bedauern muß, ist zumindest zweifelhaft. Es ist sicherlich zu verneinen, soweit dabei die Befürchtung mitspricht, dem Sozialen mit seinen Hervorbringungen würde etwas fehlen, sofern ihm der Einlaß in die Verfassung versagt wird. Jedenfalls kann dieser Einlaß nur um einen sehr hohen Preis eröffnet werden, nämlich unter Aufgabe des logischen und begrifflichen Gefüges der rechtsstaatlichen Verfassung.

3. Der dritte Irrtum ist vielleicht der folgenreichste: eine Verkennung der realen Situation, der sich die Verfassungsauslegung heute gegenüber-

zufällig — in den nach Art. 79 Abs. 3 GG unveränderlichen Teil des Grundgesetzes geraten ist, was zu der Konsequenz führen könnte, daß die institutionell ausgeformten Hervorbringungen des sozialen Prozesses, wie der Tarifvertrag und vielleicht eines Tages die Fünftagewoche, den absoluten Verfassungsschutz des Art. 79 Abs. 3 GG genießen würden — eine Auffassung, die in der Tat schon vertreten worden ist.

sieht, und damit natürlich auch ihrer Aufgabe. Die heute vorherrschende sogenannte geisteswissenschaftliche Methode ist ein Erbe der Weimarer Zeit. In seinem Aufsatz „Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft“ (Arch. öff. R. Bd. 50, S. 1 ff.), dem man nicht zu Unrecht eine wenn nicht prinzipielle, so doch symptomatische Bedeutung zuerkannt hat, schrieb Günther Holstein am Schlusse: „So sehr der Rechtsstaatsbegriff auch eine formale Seite hat entsprechend jenem Formelement, das allem Recht untrennbar verbunden ist: seine letzte Tiefe erhält er doch erst, wenn er gefaßt wird als der Gedanke des Staates, der aus der Gerechtigkeit und für die Gerechtigkeit lebt und so die nationale Gemeinschaft zur letzten ethischen Höhe sozialen Seins führt.“ In diesem Satz ist das ganze Programm der damals emporkommenden geisteswissenschaftlichen Methode ausgedrückt.

Der Eindruckskraft der Forderung nach einer umfassenden, eben geisteswissenschaftlichen Behandlung der staatsrechtlichen Probleme konnte sich damals kaum jemand entziehen. In einer Zeit des Übergangs, in der alles in Frage gestellt schien, war das Bedürfnis nach einer neuen Grundlegung verständlich, ein Bedürfnis, das der damalige Positivismus natürlich nicht befriedigen konnte. So leitete der Aufsatz Holsteins und die in ihm referierte Tagung der Staatsrechtslehrer-Vereinigung in Münster (1926) eine neue Epoche der Staatsrechtswissenschaft ein. Aber, wie sogleich hinzuzufügen ist, eine Epoche des Übergangs, freilich eine solche, von der man rückblickend feststellen muß, daß man sie nicht missen möchte. Was in dieser Epoche der geisteswissenschaftlichen Methode gedacht und geschrieben wurde, behält seinen hohen Wert auch für den, der gute Gründe zu haben glaubt, dieser Methode in der Gegenwart nicht folgen zu können.

Diese Gründe gibt es nun in der Tat, und sie lassen sich angeben. Die Zeiten des Übergangs, in denen alles in Frage gestellt scheint und nichts als vordringlicher empfunden wird als die Grundlegung neuer Fundamente, auf denen sich sicher bauen läßt, sind vorbei. Der industriell-bürokratische Prozeß hat eine neue Stufe der Verwirklichung und, damit verbunden, der Daseinsformung erreicht. Das heutige soziale Ganze steht in einem sinnvollen, rational vollziehbaren Miteinander und Ineinander angebbarer Fakten vor uns. Die Stellung und Funktion des Staates in diesem sozialen Ganzen in seiner unideologisch-rationalen

Struktur ist der Analyse zugänglich. Diese Analyse ist die eigentliche Aufgabe⁵.

Wir stehen vor der Tatsache, daß die moderne Gesellschaft auf der inzwischen erreichten Stufe des industriell-bürokratischen Prozesses eine rationale und deshalb logisch nachvollziehbare Formung erhalten hat, die es bislang in dieser Evidenz nicht gab. Und es ist wesentlich, daß dieses höchst komplizierte Gebilde nicht nach einer Ideologie in Vollziehung eines theoretischen Konzepts nach 1945 geschaffen wurde, sondern kraft der inneren Logik der Dinge so entstand. Die Tatsache, daß in dieser Zeit die „Natur der Sache“ zu einem viel behandelten juristischen Thema wurde und daß eine so signifikante Begriffsprägung wie die „sachlogische Struktur“ allgemeine Aufnahme fand, ist ein Anzeichen dafür, daß die angedeuteten Veränderungen in der Struktur des sozialen Ganzen im Begriffe sind, in das Allgemeinbewußtsein einzugehen. Unter diesen Umständen ist eine Grundlagenforschung im Stile der geisteswissenschaftlichen Methode und das Streben nach letzten Tiefen und letzten Höhen anachronistisch und versperrt den Zugang zu den Problemen, welche die Gegenwart stellt.

Dafür ein Beispiel. Wer sich die Struktur unseres sozialen Ganzen, die in ihm wirksamen Kräfte und insbesondere die Mächtigkeit des sozialen trend vergegenwärtigt, wird in der Akzentuierung der Grundrechte durch das Grundgesetz einen spezifischen verfassungspolitischen Sinn und eine konkrete Entscheidung erblicken — freilich, ohne daß er damit die Grundrechtsverbürgungen in den Rang des Ausdrucks eines Wertsystems zu erheben brauchte. Er wird in den Grundrechten einen Widerpart dieses sozialen trend erkennen, der diesen zwar nicht aufhält, aber doch eine gewisse Gleichgewichtslage schafft, die einen guten Sinn dieser grundgesetzlichen Entscheidung für einen verstärkten Grundrechtsschutz hergibt, mag man ihn nun nach seinen persönlichen Überzeugungen billigen oder nicht. Akzeptiert man das, dann ist es allerdings ausgeschlossen, gleichzeitig die soziale Komponente über Art. 20 und 28 GG in das Grundgesetz einzuführen und das noch mit dem Hinzufügen, daß sie „vielleicht“ vor den Grundrechten oder mindestens vor

5 · Einen Versuch in dieser Richtung habe ich mit meinem Aufsatz „Die Bundesrepublik. Umriss einer Realanalyse“ in der Monatsschrift Merkur, Heft 151 (September 1960) unternommen.

etlichen Grundrechten den Vorrang habe. Damit wird der Sinn der Verfassung in sein Gegenteil verkehrt. Denn was sollte der Sinn einer Verfassung anders sein als die Festlegung einer konkreten, durch klare Entscheidungen sichtbar gemachten Ordnung. Eine solche Auslegung nimmt der Verfassung diesen Charakter einer ordnenden Entscheidung, indem sie eine evidente, der klärenden Entscheidung bedürftige gesellschaftliche Spannungslage in die Verfassung selbst einbezieht. Das bedeutet praktisch nichts anderes, als daß die Entscheidung, die man in der Verfassung suchen und finden könnte (über die Methode des Suchens und Findens wird noch zu handeln sein), dem Verfassungsinterpreten zuspießt, und das ist nach der Struktur des Grundgesetzes der Richter. Selten ist der im übrigen leidenschaftlich abgelehnten Situationsjurisprudenz die Türe unbefangener und weiter geöffnet worden.

Natürlich kann den Richter niemand hindern, so zu verfahren, und der Richter wird für sich in Anspruch nehmen können, daß er bei einer solchen Auslegung der geisteswissenschaftlichen Methode folgt, daß er die Verfassung unter wertmaterialen Gesichtspunkten interpretiert, die ihn zwingen, sowohl die individuelle wie die soziale Komponente angemessen zu berücksichtigen. Es läßt sich aber schlechterdings nicht bestreiten, daß ein solches Verfahren mit rechtsstaatlicher Verfassungsauslegung nichts mehr zu tun hat. Denn nach rechtsstaatlicher Auffassung steht der Interpret unter der Verfassung. In diesem Falle macht er sich — gewollt oder ungewollt — zum Herren der Verfassung, indem er ihr den Entscheidungscharakter nimmt und damit die Entscheidungskompetenz für sich usurpiert. In Zeiten der Entideologisierung und der steigenden Wohlstandsrate hat ein solcher Umgang mit der Verfassung keine allzu nachteiligen Konsequenzen. Aber es sollte doch nicht unbedacht bleiben, daß man sich auf den dauernden Fortbestand dieser Zeiten nicht verlassen kann und welche Verantwortung der auf solche Weise die Verfassung interpretierende Richter inzwischen auf sich geladen hat.

Die heutige Staatsrechtslehre sollte sich angelegen sein lassen, folgendes zu bedenken. Die Krise des Positivismus nach dem ersten Weltkrieg wurde dadurch ausgelöst, daß eine krisenhafte Erschütterung aller Lebensverhältnisse, welche die dualistische Sonderung von Staat und Gesellschaft aufhob und zu einer Verschränkung beider führte, die überkommenen Begriffe und Methoden des Staatsrechts problematisch wer-

den ließ. Es war damals geboten, nach neuen Grundlagen, Begriffen und Methoden zu suchen und die Frage nach ihrem Sinn und ihrer Berechtigung in einem weit ausgreifenden Sinne zu stellen.

Inzwischen ist seit 1945 ein neues soziales Ganzes entstanden. Die Gesellschaft hat sich als industriell-bürokratische Gesellschaft neu konstituiert und zeigt alle Merkmale eines relativ stabilen, durch neue Formen der Binnensteuerung in Funktion und Form gehaltenen Gefüges⁶. Ist sie auch nicht eine autonome Gesellschaft in dem Sinne, in dem sie im 19. Jahrhundert verstanden wurde, so hat sie doch ein der Weimarer Zeit fremdes Maß von Autonomie zurückgewonnen⁷. Der Staat steht zu dieser Gesellschaft in festen, logisch erschließbaren Relationen. Es hat, alles in allem, eine Normalisierung stattgefunden. Damit ist der rechtsstaatlichen Verfassung ein Glück widerfahren, das ihr etwa im Jahre 1930 kaum jemand vorauszusagen gewagt hätte: sie ist — mit gewissen Modifikationen natürlich, wie sie etwa im Gesetzesbegriff erkennbar sind — wieder praktikabel geworden. Damit ist auch die Verfassungsauslegung in den Stand versetzt, zu ihrer engeren Aufgabe zurückzukehren, nämlich dazu zu verhelfen, daß die Verfassung zu ihren praktischen Zwecken kommt. Dazu bedarf es weder prinzipieller Grundlegungen noch der ideologischen Aspekte, Perspektiven und Horizonte, noch der Beschwörung der abendländischen Kulturwerte, die sich auch darum erübrigt, weil sie niemand ernstlich in Zweifel zieht. Unter den Gegebenheiten des Jahres 1961 den geisteswissenschaftlichen Faden von etwa 1930 weiterzuspinnen, ist ein Anachronismus, dessen Wirklichkeitsverfehlung dem Verfassungsjuristen am wenigsten erlaubt ist. Es kann wieder nach den alten, bewährten Regeln der juristischen Hermeneutik interpretiert werden, und das Mögliche wird zur Pflicht, wenn die Verfassung als Gesetz ernst genommen wird.

6 · Einiges weitere dazu in meinem zitierten Aufsatz im „Merkur“.

7 · Das läßt sich unbeschadet der Tatsache feststellen, daß der Staat an der Stabilisierung dieser Gesellschaft mit bestimmten Maßnahmen der Intervention beteiligt ist.

Zurück zum Positivismus?

Gegen Erwägungen der Art, wie sie hier vorgetragen werden, ist der Einwand gängig geworden, sie bedeuteten eine Rückkehr zum Positivismus. Positivismus ist eine Art von Schimpfwort geworden, und so mischt sich diesem Einwand ein pejorativer Sinn bei. Unter diesen Umständen ist eine Klarstellung nach dieser Richtung angezeigt, und das um so mehr, als es an der Zeit ist, der um sich greifenden, groben Verkennung des Positivismus entgegenzutreten.

Gegen die den Positivismus kennzeichnende Ineinssetzung des Rechts mit dem positivierten Rechtssatz werden heute Einwendungen erhoben, die nach den Erfahrungen der letzten Jahrzehnte nur zu verständlich sind. Gegen ihn sind darüber hinaus rechtsdogmatische Bedenken anzumelden, die von diesen Erfahrungen ganz unabhängig sind. Aber man wird dem Rechtspositivismus als einer epochalen Erscheinung unserer neueren Rechtsgeschichte nicht gerecht, wenn man ihn und den ihm zugrundeliegenden Relativismus für alles spätere Unheil verantwortlich macht, wie es heute in gewissen Kreisen Mode ist.

Relativismus allein kann den Positivismus nicht erklären. Denn wäre es allein der Relativismus (im Sinne einer rechtsethischen Indifferenz), der den Rechtspositivismus ausmacht, dann müßte man annehmen, daß etwa mit der Reichsgründung beginnend bei den besten Juristen der Zeit das Bewußtsein für Gerechtigkeit und die Einsicht, daß es Aufgabe des Rechtswesens (im weitesten, Theorie und Praxis umfassenden Sinne) ist und nur sein kann, der Gerechtigkeit zu dienen, mehr oder weniger verlorengegangen sei. Daß das nicht zutrifft, lehrt nicht nur ein Blick in die Rechtsprechung jener Zeit, sondern zeigen auch etwa die Biographien hervorragender Rechtsgelehrter und Rechtspraktiker, die dem Positivismus anhängen. Es kann schlechterdings nicht bestritten werden, daß das praktische Rechtswesen in Gericht und Verwaltung in der positivistischen Epoche ein Niveau erreicht und gehalten hat, auf das wir nur mit Gefühlen des Neides zurückblicken können.

Das hat eine innere Logik. Rechtspositivismus als eine unkritische Haltung gegenüber dem positiven Recht, die nicht einer Indifferenz in den Fragen der materialen Gerechtigkeit entspringt, ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich, wie sie nach der Reichsgründung gegeben waren. Man kann sich eine unkritische Haltung gegenüber dem positiven Recht — mit allen Vorteilen hinsichtlich der Praktikabilität des Rechts, die sich damit verbinden — nur dann leisten, ohne mit elementaren Anforderungen des Rechtsbewußtseins in Konflikt zu kommen, wenn das gesamte institutionelle Rechtswesen auf einem solchen Niveau und mit einem solchen Grade von Verlässlichkeit funktioniert, daß gesetzgeberische Fehlleistungen zu den Ausnahmen gehören, welche die Rechtstheorie ignorieren oder bewußt in Kauf nehmen kann. Das traf für die Zeit nach der Reichsgründung zu. Es wurde ermöglicht durch den hohen Stand der Rechtskultur und die Konstanz und Homogenität der geschichtlichen Entwicklung, die nicht an die Grundlagen dieses Rechtssystems rührte. In dieser Lage bot sich der Rechtspositivismus als eine Sicherung dagegen an, daß private Meinungen und Ideologien, etwa konfessionell bedingte, in das Rechtswesen Eingang finden und eine ihnen nicht zukommende Verbindlichkeit gewinnen konnten¹. In dem allem steckte viel Wille zur Ernstnahme des Relativismus als eines ignoramus, ignorabimus und der Staatlichkeit als eines Mittels zur Toleranz. Nur so läßt sich die rabies verstehen, mit der Karl Bergbohm das Naturrecht (oder besser: das, was er dafür hielt) bis in seine letzten Reservate und Schlupfwinkel verfolgte und auszusräuchern versuchte. Man kann deshalb den Rechtspositivismus nicht gröber verkennen, als wenn man ihn nur nach seiner rechtstechnischen Außenseite würdigt.

An das alles braucht nur in dieser summarischen Weise erinnert zu werden, um alsbald ersichtlich zu machen, daß von einer Rückkehr zum Positivismus (dessen einzelne Spielarten von Laband bis zu Kelsen unerörtert bleiben mögen) im Ernst nicht die Rede sein kann. Nach den hinter uns liegenden Erfahrungen ist unser Rechtsbewußtsein kritisch und wird sich zu einem unkritischen Vertrauen in das Gesetz nicht mehr bewegen lassen. Es macht auch niemand den Versuch dazu, und gewiß kann die hier umrissene Auslegungsmethode nicht als ein solcher Versuch aufgefaßt werden. Auch die Bundesrepublik nimmt einen unkriti-

1 · Deshalb wurde in dieser Zeit auch das private Wissen des Richters zum Problem.

schen Gesetzesgehorsam nicht mehr in Anspruch. Das weit ausgebauten Rechtsschutzsystem des Grundgesetzes ist insoweit geradezu ein Appell an die Wachsamkeit der Rechtsgenossen. Er steht dem modernen Staat auch wohl an. Denn die Kompliziertheit der staatlichen Aufgaben, insbesondere auf dem Gebiete der Gesetzgebung, schließt Möglichkeiten der Verfehlung des richtigen Rechts ein, die man dogmatisch nicht, wie in der Zeit des Positivismus, als seltene und in Kauf zu nehmende Ausnahmen ignorieren kann. Es fehlt somit auf allen Seiten an jener Grunddisposition, ohne die der Rechtspositivismus undenkbar ist.

Aber selbst wenn sie vorhanden wäre, hätte der Rechtspositivismus keine Chance mehr, weil er längst in sich als unhaltbar erkannt ist. Der Rechtspositivismus wird seinem Wesen nach durch zwei Äquivokationen bestimmt. Die erste ist die Gleichsetzung des Rechts mit dem positiven Recht, und die zweite ist die Gleichsetzung Norm = Norm.

Auch die Unhaltbarkeit dieser zweiten Gleichung ist wohl inzwischen so allgemein zugestanden, daß sich ein näherer Nachweis erübrigt. Niemand wird noch im Ernst behaupten wollen, daß ein Verfassungsgesetz ebenso ausgelegt werden müßte (oder auch nur könnte) wie ein Gesetz über Fieberthermometer. Aber mit dieser Feststellung beginnen natürlich die eigentlichen Probleme. Sie abzuhandeln ist hier nicht der Ort. Deshalb mögen einige grundsätzliche Hinweise genügen, die sich auf die Verfassungsauslegung beschränken.

Die bedeutsamste Verfehlung der Aufgabe der Verfassungsauslegung geht auf die Tatsache zurück, daß das Verfassungsgesetz in seinem Wesen und der auf ihm beruhenden juristischen Struktur verkannt wird. Die Verfassung ist ein Gesetz, das durch bestimmte Entscheidungen einen bestimmten Zustand politischer Gesamtordnung festlegt. Es ist also ein politisches Gesetz und muß als solches erkannt und ausgelegt werden.

Unverkennbar wird diese politische Qualität des Verfassungsgesetzes zur Zeit von der Wirklichkeit nicht nennenswert beansprucht. Im gegenwärtigen Zustand innenpolitischer Windstille, ohne ernstzunehmende verfassungsfeindliche Bestrebungen, ohne prinzipielle staatsideologische Gegensätzlichkeiten, läuft die Verfassung Gefahr, entpolitisiert zu werden. Ihre Auslegung wird dann im schlechten Sinne akademisch.

Dieser Gefahr muß eine Auslegungsmethode erliegen, die sich nicht an den politischen Entscheidungen der Verfassung, sondern an der geistes-

geschichtlichen Situation orientiert und dem Irrtum anheimfällt, daß alles, was in dieser Situation Gewicht hat, auch aus der Verfassung herausgelesen werden müsse. Diese Methode legt dann die Verfassung so aus, wie — um ein Beispiel zu nennen, das niemanden kränken kann — Martin Luther die Zehn Gebote im Großen Katechismus ausgelegt hat (man lese etwa seine Auslegung des vierten Gebots). Was dem Theologen wohl ansteht, kann dem Verfassungsinterpreten nicht gestattet sein. Auf diese Weise wird die Verfassung zum Repositorium der gängigen Werte. Es würde nicht schwerfallen, das an zahlreichen Beispielen aus dem gegenwärtigen staatsrechtlichen Schrifttum aufzuzeigen, dem aus diesem Grunde auch die klassische Literaturform der Auslegung, der Kommentar, entglitten ist. Eine so verstandene Verfassung hat sich dann für alles, in Wahrheit aber für nichts entschieden — und ist damit um ihre politische und juristische Funktion gebracht. Sie entscheidet nicht im Hinblick auf irgendwelche Spannungslagen, sondern diese Spannungslagen gehen in die Verfassung ein. Die Entscheidung geht damit — wie schon dargelegt wurde — auf den Interpreten über.

Damit ergeben sich tiefgreifende Verschiebungen im gesamten Rechtsgefüge. Das gilt natürlich in erster Linie für die Stellung und Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit, die dadurch über ihre im Grundgesetz erheblich verstärkte Funktion hinaus eine weitere Ausweitung ihres Entscheidungsbereichs erfährt. Es trifft aber auch für jede sonstige Art von Rechtsprechung zu. Alles das hat unter den gegenwärtigen Verhältnissen keine nennenswerten nachteiligen Folgen für das Staatsleben. Solange die Verfassung als politisches Grundgesetz nicht durch die Verhältnisse beansprucht wird, kann die Verkennung ihres politischen Charakters nicht politisch negativ zu Buch schlagen. Praktisch gesprochen: Es ist dann mehr eine technische Frage, ob man zum Beispiel das Bund-Länder-Verhältnis so oder anders interpretiert.

Es bleibt jedoch ernsthaft zu bedenken, ob sich die Staatsrechtswissenschaft bei dieser Einsicht bescheiden und beruhigen sollte. Sie könnte das nur tun, wenn sie sich zu der Annahme bekennen würde, daß die gegenwärtigen Zustände von Dauer sind, daß sie die Normalität des modernen Staatslebens nach den veränderten Bedingungen der staatlichen Existenz darstellen. Das würde dann freilich bedeuten, daß die

geschichtliche Rolle der kodifizierten Verfassungen so, wie man sie bisher verstanden hat, zu Ende ist.

Wer sich jedoch zu einer solchen Annahme nicht verstehen kann, wer deshalb daran festhält, in der Verfassung ein Gesetz zu erblicken, das sich in politischen Konfliktsituationen als Ausdruck politischer Entscheidung zu bewähren hat, kann nur einer Auslegungsmethode folgen, die darauf gerichtet ist, den Entscheidungsgehalt der Verfassung zu ermitteln und der Verfassungsanwendung verfügbar zu machen. Vielleicht wird man dem entgegenhalten, daß hier der Entscheidungscharakter der Verfassung überbetont wird. Dem ist jedoch nicht so. Das Verfassungsrecht aktualisiert sich nun einmal in der Entscheidung. Wer das Entscheidungsmoment aus der Verfassung eliminiert, spielt es unvermeidlich dem Verfassungsinterpreten in die Hände. Die Frage ist also nur, welcher von beiden Möglichkeiten der Vorzug zu geben ist. Sie ist mit dem Gesetzescharakter der Verfassung entschieden.

Was die Methode dieser Sinnermittlung anbelangt, so ist vorab mit allem Nachdruck festzustellen, daß dem Interpreten des Gesetzes keine freie Wahl eröffnet ist. Die möglichen Methoden der Gesetzesauslegung sind durch den Gesetzesbegriff selbst, genauer: durch die logische Struktur des Gesetzes festgelegt. Das muß auch für die Verfassung gelten. Zu den rechtsstaatlichen Errungenschaften gehört es auch, daß die Verfassung in die Form des Gesetzes übergeführt worden und damit den logischen Prozeduren der juristischen Hermeneutik unterstellt worden ist. Jeder Wunsch, für die Auslegung der Verfassung als Gesetz andere Methoden einzuführen, als sie für die Gesetzesauslegung im allgemeinen gelten, wendet sich gegen diese rechtsstaatliche Errungenschaft.

Die klassische Darstellung der Gesetzesinterpretation findet sich immer noch im ersten Band des „System des heutigen römischen Rechts“ (1840) von Savigny. Savigny unterscheidet bekanntlich vier Elemente der juristischen Interpretation: das grammatische, das logische, das historische und das systematische, die in dieser Reihenfolge angewandt werden sollen. Angesichts der methodischen Konfusion, die nach dem Ende des Positivismus in der deutschen Staatsrechtslehre um sich gegriffen hat, mag vorab daran erinnert werden, daß die von Savigny dargestellten Regeln der Gesetzesauslegung mit dem Positivismus schlechterdings nichts zu tun haben, denn im Jahre 1840 konnte von Positivismus, und gar in Verbindung mit Savigny, nicht die Rede sein. Diese Regeln sind

nicht mehr und nicht weniger als das organon, das Werkzeug jedes Juristen, und sie galten auch längst, ehe Savigny sie formulierte. Sie an den Rechtspositivismus zu binden geht nicht nur aus historischen Gründen nicht an. Vielmehr dürfte der konsequente Positivist gegen das historische und das systematische Element grundsätzliche Bedenken anzumelden haben.

Es bestand deshalb kein Anlaß, mit der Ablösung vom Positivismus — über deren geschichtliche und methodische Notwendigkeit kein Zweifel ist — auch dieses juristische organon über Bord zu werfen, indem man die Freiheit in der Methode der Sinnermittlung der Verfassung praktizierte. Damit wurde das spezifisch Juristische dieser Sinnermittlung aufgegeben, denn nichts anderes kennzeichnet den Juristen als solchen als die von ihm befolgte Methode, über die er keine Verfügung hat.

Wenn deshalb auf diesen Blättern von einer Rückkehr die Rede sein soll, dann ist es in der Tat die Rückkehr zur juristischen Methode und die Abwendung von sonstigen geisteswissenschaftlichen Mitteln der Sinnermittlung. Es ist kategorisch zu bestreiten, daß die von Savigny beschriebene hermeneutische Methode der Verfassung als Gesetz nicht gerecht zu werden vermöchte. Freilich ist sie nüchtern und jedem volltönenden Vokabular abhold. Aber sie hindert nicht, sondern verpflichtet dazu, wie jedes Gesetz so auch die Verfassung in der spezifischen Logik ihres Gegenstandes zu verstehen, und das ist es, worauf es ankommt — was der Positivist nicht zugestehen kann.

„Der Jurist faßt den Sinn des Gesetzes von dem gegebenen Fall her und um dieses gegebenen Falles willen“, bemerkt Hans-Georg Gadamer² vollkommen zutreffend, was bedeutet, daß die Verfassung im Hinblick auf die denkbaren und so konkret wie möglich vorgestellten Fälle ihrer Anwendung zu interpretieren ist. Ein Blick in das staatsrechtliche Schrifttum unserer Tage genügt, um sich davon zu überzeugen, wie weit es sich von dieser Art der Interpretation entfernt und damit das Erstgeburtsrecht des Juristen verschenkt hat.



2 · Wahrheit und Methode, 1960, S. 308.