

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 41

Theorie der Rechtsgewinnung

entwickelt am Problem
der Verfassungsinterpretation

Von

Prof. Dr. Martin Kriele

Zweite Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

MARTIN KRIELE

Theorie der Rechtsgewinnung

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 41

Theorie der Rechtsgewinnung

entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation

Von

Martin Kriele

Dr., LL.M. (Yale)

Zweite, durch ein Nachwort ergänzte Auflage



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Erste Auflage 1967

Alle Rechte vorbehalten

© 1976 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1976 bei fotokop, wilhelm weihert, Darmstadt

Printed in Germany

ISBN 3 428 03735 9

Vorwort

Staatsrechtliche Doktrinen beruhen auf politischen Theorien; erweisen sie sich als unzulänglich, so kann es nötig werden, sie mitsamt den ihnen zugrundeliegenden politischen Theorien neu zu durchdenken. Die in der deutschen Staatsrechtslehre noch immer vorherrschende Konzeption der juristischen Methode im allgemeinen und der Verfassungsinterpretation im besonderen steht den neuen Realitäten der Verfassungsrechtsprechung so fremd gegenüber, daß sie in die Gefahr geraten ist, sich auf unerfüllbare Postulate zu versteifen. Infolgedessen tritt an die Stelle fruchtbarer Kritik ohnmächtige Polemik gegen die verfassungsrechtliche Praxis. *Forsthoff* z. B. bemerkt schon im Vorwort seiner Schrift „Zur Problematik der Verfassungsauslegung“ resigniert, daß „diese Schrift auch die Richtung nicht verändern wird, welche die Verfassungsauslegung eingeschlagen hat“. Daß sich diese Voraussage bewahrheitet hat, liegt aber nicht einfachhin an Unwissenheit, Überheblichkeit oder Machtanmaßung der Verfassungsjuristen. Der Grund ist vielmehr, daß in der Theorie im allgemeinen nicht genügend reflektiert ist, was die Praxis eigentlich macht, wie sie es macht und vor allem, warum sie es so und nicht anders macht. Erst eine kritische Diskussion dieser ihrer Gründe könnte der Theorie korrigierenden Einfluß verschaffen; vorher muß sie ihr so berechtigtes Ziel, über die strikte Bindung des Juristen an die Entscheidungen des Gesetz- und Verfassungsgebers zu wachen und Mißbräuchen und Ausuferungen bei der Verfassungsinterpretation entgegenzuwirken, notwendigerweise verfehlen. Außerdem diskreditiert die zu früh postulierende Theorie die Institution der Verfassungsrechtsprechung — eine der weisesten, aber auch kompliziertesten und verletzlichsten Erfindungen des Menschengenies — und könnte sie auf die Dauer politisch gefährden.

Zu Recht ist deshalb die neuere Diskussion um das Problem der Verfassungsinterpretation bis zu den dahinterliegenden philosophischen und politischen Theorien der Rechtsgewinnung vorgestoßen, wie u. a. die Erörterung dieses Problems auf der Freiburger Staatsrechtslehrertagung 1961 anschaulich macht. Fälligkeit und Wichtigkeit dieses Vorstoßes werden anscheinend mehr und mehr empfunden. Das zeigt sich u. a. darin, daß die Diskussion immer grundsätzlicher und gründlicher geführt wird, daß sie über den Kreis der Staatsrechtslehre und überhaupt der Rechtswissenschaft hinaus auch die zuständigen Zweige der

politischen Wissenschaft, der Soziologie und der Philosophie in ihren Bann geschlagen hat und daß sie sich mit einem auch international spürbar wachsenden Interesse an einem Neudurchdenken der Probleme des Rechts und der Vernunft berührt. Der folgende — notwendigerweise umrißhafte — Entwurf einer Theorie der Rechtsgewinnung diskutiert nach zwei Seiten: Einerseits versucht er zu zeigen, warum die vom 18. Jahrhundert bis heute in der Staatsrechtslehre vorherrschenden Bestrebungen, das rechtspolitische, wertende, „naturrechtliche“ Element aus dem juristischen Denken auszuschalten und beim Gesetz- und Verfassungsgeber zu monopolisieren, vergeblich bleiben müssen. Andererseits versucht er gegen die verschiedenen von dieser Vergeblichkeit schon ausgehenden Resignationstheorien darzulegen, inwiefern die hier und heute von der juristischen Praxis im großen und ganzen geübte Methode beträchtlich rationaler ist als es diese Theorien erscheinen lassen.

Die Notwendigkeit, das Problem auf einer so grundsätzlichen theoretischen Ebene anzugehen und auch die Unerschöpflichkeit des Themas zwangen dazu, gerade diejenigen juristisch-praktischen Aspekte zu vernachlässigen, die seit langem im Vordergrund der Methodendiskussion stehen. Auf eine Bestandsaufnahme sowohl der klassischen Auslegungslehre in ihrem gegenwärtigen Stand als auch der von den Gerichten formulierten Grundsätze ihrer Verfassungsinterpretation konnte umso eher verzichtet werden, als bereits vorliegende wertvolle Untersuchungen das Wesentliche dazu schon dargestellt haben; zu verweisen ist insbesondere auf Klaus *Sterns* leider noch ungedruckte Dissertation über „Gesetzesauslegung und Auslegungsgrundsätze des Bundesverfassungsgerichts“.

Ich danke meinen Lehrern des Rechts, in erster Linie Hans J. *Wolff*. Ich bin nicht nur als sein Schüler und sein Assistent von der schulbildenden Kraft seiner staats- und verwaltungsrechtlichen Arbeiten entscheidend geprägt worden, sondern habe darüber hinaus seinem klugen und weitblickenden Rat, der selbstlosen Toleranz, mit der er jeden seiner Schüler in seiner Eigenart sich entwickeln ließ, und seiner immer erneuten Hilfsbereitschaft und Förderung meinen beruflichen Werdegang zu danken.

Manche Anregungen und Hinweise Joachim *Ritters* sind in dieser Untersuchung fruchtbar geworden, vor allem seine unermüdliche Ermahnung, der aristotelischen Tradition der *philosophia practica* gemäß Vernunft nicht von vornherein abstrakt zu deduzieren, sondern zunächst einmal die im Recht schon verwirklichte Vernunft aufzuspüren.

Der Yale Law School und der Deutschen Forschungsgemeinschaft habe ich für großzügige Stipendien zu danken. M. K.

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Einleitung	13
-----------------	----

Erster Teil

Zu einigen Theorien der Rechtsgewinnung

1. <i>Kapitel</i> : Theorie und Praxis der verfassungsrechtlichen Methode ...	21
§ 2. Problemstellung	21
1. <i>Abschnitt</i> : Die Paradoxien der Methodendiskussion	24
§ 3. Die Pluralität der Methoden	24
§ 4. Die politische Bedingtheit der Schulen	27
§ 5. Die Relativität der materiellen Verfassungstheorien	31
§ 6. Das Wechselverhältnis zwischen Methode und Grundgesetz ..	33
2. <i>Abschnitt</i> : Das Verhältnis von Theorie und Praxis	37
§ 7. Die Trennung von Theorie und Praxis	37
§ 8. Der geschichtliche Hintergrund der Trennung von Theorie und Praxis	39
§ 9. Die Zusammengehörigkeit von Theorie und Praxis	43
2. <i>Kapitel</i> : Das Subsumtionsideal und seine Problematik	47
§ 10. Fragestellung	47
§ 11. Syllogismus und Findung des Obersatzes	50
§ 12. Meinungsverschiedenheiten und Rechtsvernunft	52
§ 13. Praktische Folgerung	57
§ 14. Rechtsetzungsmonopol oder Rechtsetzungsprärogative? ...	60
§ 15. Die Unzulänglichkeit der „Freirechtsschule“	63
3. <i>Kapitel</i> : Die „Interpretationselemente“	67
1. <i>Abschnitt</i> : Zu Savignys Methodenlehre	67
§ 16. Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung	67
§ 17. Landesgesetze und subsidiäres Recht	71
§ 18. Kodifikationen und Rechtsfortbildung	74
§ 19. Savigny und das verfassungsrechtliche Methodenproblem ..	77
§ 20. Savignys Stufen der Gesetzesauslegung	81
2. <i>Abschnitt</i> : Das Ideal eines Katalogs der Interpretationsstufen ...	85
§ 21. Die Bedingungen eines Stufenkatalogs	85
§ 22. Schwierigkeiten bei seiner Errichtung	88
§ 23. Eigentümlichkeiten der Gesetzesbestimmungen?	91
§ 24. Subsidiäre Stufenfolge?	93
4. <i>Kapitel</i> : Andere Versuche der Verwissenschaftlichung	97
1. <i>Abschnitt</i> : Deduktion aus Systemen	97

§ 25. Innerjuristische Systeme	97
§ 26. Außerjuristische Systeme	100
2. <i>Abschnitt</i> : Eine empirisch-soziologische Methode (McDougal und Laswell)	102
§ 27. Die Doktrin	102
§ 28. Ihre geistesgeschichtlichen Wurzeln	104
§ 29. Kritik	107
5. <i>Kapitel</i> : Die Topik als verfassungsjuristische Methode	114
1. <i>Abschnitt</i> : Zum Diskussionsstand	114
§ 30. Das Problem	114
§ 31. Definitionen in der aktuellen Literatur	117
§ 32. „Problem-“ und „Systemdenken“	119
§ 33. Topik und Rhetorik (Vico)	125
§ 34. Vico und die juristische Methode	129
2. <i>Abschnitt</i> : Zur verfassungsrechtlichen Verwendbarkeit der Topik	133
§ 35. Topik und Dialektik des Aristoteles	133
§ 36. Die sog. „juristischen Schlußverfahren“ als Topoi (Aristoteles)	141
§ 37. Topoi-Katalog und System	142
§ 38. Topoi und Wahrheitsfindung	146
§ 39. Thesen	149
§ 40. Fragen	152

Zweiter Teil

Versuch einer Analyse der Rechtsgewinnung

6. <i>Kapitel</i> : Rechtsvernunft und juristische Interpretation	157
1. <i>Abschnitt</i> : Die Stadien der Rechtsgewinnung	157
§ 41. Präzisierung der Fragestellung	157
§ 42. Text und Problem	159
§ 43. Die Stadien der Rechtsgewinnung	162
§ 44. Fortsetzung: Präjudizien und Lehre	164
2. <i>Abschnitt</i> : Interpretation und Rechtfertigung des Ergebnisses ...	167
§ 45. Die Rechtfertigungsfähigkeit des positiven Rechts	167
§ 46. Ihre praktische Bedeutung für die Interpretation	169
§ 47. Die Ergebnisbeurteilung in der Literatur	172
7. <i>Kapitel</i> : Die Rechtsentscheidung	177
1. <i>Abschnitt</i> : Zur rechts- und verfassungspolitischen Entscheidung ..	177
§ 48. Die Struktur der rechts- und verfassungspolitischen Argumentation	177
§ 49. Die Rationalität als Legitimitätsgrundlage unseres Verfassungssystems	182
§ 50. Die Beeinträchtigung der Rationalität	186
§ 51. Reflexion und Deziision	191
2. <i>Abschnitt</i> : Zur juristischen Entscheidung	195
§ 52. Juristisches und rechtspolitisches Denken	195
§ 53. Das Hin- und Herwandern des Blicks, 1. Stufe	197

§ 54. Der Einfluß der Gesetze auf die Problemfindung	201
§ 55. Das Hin- und Herwandern des Blicks, 2. Stufe	203
§ 56. Zu Interessenjurisprudenz und Analogie	205
8. <i>Kapitel</i> : Zur Interpretation der verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantien	212
1. <i>Abschnitt</i> : Die Entscheidung über die Interpretationsbedürftigkeit	212
§ 57. „Evidente“ juristische Ergebnisse	212
§ 58. Problematische juristische Ergebnisse	215
§ 59. Offene und verdeckte Entscheidungsgründe	218
§ 60. Auslegung oder Rechtssatzergänzung	221
§ 61. Formaler und materialer Rechtsstaat	223
2. <i>Abschnitt</i> : Freiheit und fundamentalere Interessen	228
§ 62. Blick nach Amerika	228
§ 63. Fortsetzung. Beispiele für fehlerhafte Interpretation	233
§ 64. Die Besonderheit der Freiheitsgarantien	235
§ 65. Überleitung	238

Dritter Teil

Zur **judiziellen** Rechtsentwicklung

9. <i>Kapitel</i> : Die präsumtive Verbindlichkeit der Präjudizien	243
1. <i>Abschnitt</i> : Bestandsaufnahme	243
§ 66. Präjudizienvermutung im deutschen und angelsächsischen Rechtskreis	243
§ 67. Hinweise im positiven Recht	247
§ 68. Die Präjudizienvermutung in den Rechtsquellentheorien ...	251
2. <i>Abschnitt</i> : Die Gründe für die Präjudizienvermutung	252
§ 69. Praktische Gesichtspunkte	258
§ 70. Entlastung und Kontinuität	262
§ 71. Fortschritt und Bewahrung	264
10. <i>Kapitel</i> : Die Methode der Rechtsgewinnung aus Präjudizien	269
§ 72. Das Problem: Die Einschlägigkeit des Präjudiz	269
§ 73. Fortsetzung: Die Bestimmung der präjudiziellen Rechtsnorm	271
§ 74. Leitsatz und dictum	273
§ 75. Erweiterung der präjudiziellen Rechtsnorm	275
§ 76. Einengung der präjudiziellen Rechtsnorm	279
§ 77. Ratio decidendi und dictum	282
§ 78. Preisgabe der präjudiziellen Rechtsnorm (overruling) und Fazit	286
11. <i>Kapitel</i> : Die Bindung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (§ 31 Abs. I BVerfGG)	290
§ 79. Das Problem	290
§ 80. Bindung der tragenden Entscheidungsgründe?	291
§ 81. Erweiterte subjektive Grenzen der Rechtskraft?	294
§ 82. Lösungsvorschlag: Präjudizielle Bindung	299

§ 83. Argumente aus anderen Gesetzesstellen	301
§ 84. Ein Beispiel	304
§ 85. Konkurrierende Urteilsgründe und Dissents	307
Nachwort zur 2. Auflage	310
Literaturhinweise	349

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	= (österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
ALR	= (preußisches) Allgemeines Landrecht
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	= Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
DOG	= Deutsches Obergericht
DöV	= Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
ed.	= (engl.) edition oder editor
GG	= Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
HdbDStR I	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts Band I, Tübingen 1930
h. M.	= herrschende Meinung
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
NF	= Neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OLG	= Oberlandesgericht
RdA	= Recht der Arbeit
Rg	= Reichsgericht
RGBL	= Reichsgesetzblatt
RVerf.	= Reichsverfassung
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
ZPO	= Zivilprozeßordnung

§ 1. Einleitung

Die Methode der Rechtsgewinnung¹ ist der Staatsrechtslehre in einer so grundsätzlichen Weise zum Problem geworden, daß kaum ein einziger Satz der überlieferten Lehre noch unangefochten gilt. Die seit *Gerber* und *Laband* in der Staatsrechtslehre vorherrschende sog. „juristische Methode“ ist in der zweiten Hälfte der zwanziger Jahre den gegen sie geführten Angriffen so gut wie endgültig erlegen². Damit waren aber keineswegs Klarheit und Einigkeit gewonnen, sondern war im Gegenteil die Problematik in ihrer erregenden Grundsätzlichkeit erst aufgebrochen. Denn die neue Erkenntnis besagte im Kern, daß wertende, teleologische rechts- und verfassungspolitische Erwägungen aus der Verfassungsinterpretation nur scheinbar, nicht wirklich verdrängt werden könnten, und daß die Lehre von der sog. „juristischen Methode“ deshalb einer Scheinrationalität gehuldigt habe, wenn sie gemeint hatte, „alle historischen, politischen, philosophischen Betrachtungen . . . sind für die Dogmatik eines konkreten Rechtsstoffes ohne Belang“ (*Laband*)³. Gerade

¹ „Rechtsgewinnung“ soll im Anschluß an *v. Mangoldt-Klein* (Kommentar zum Bonner GG, 2. Aufl., Einl. IV, 6) als Oberbegriff zu „Auslegung“ und „Rechtssatzergänzung“ — Lückenfüllung einschl. „teleologischer Reduktion“ — (*Larenz*, Methodenlehre, S. 296) verstanden werden. Der Begriff „Interpretation“ wird in der Literatur schwankend teils für Rechtsgewinnung im allgemeinen, teils für „Auslegung“ im besonderen in diesem — die Rechtssatzergänzung nicht mit umfassenden — Sinne verwandt. In der heutigen Kontroverse um die Methode der „Verfassungsinterpretation“ herrscht die erste Bedeutung im allgemeinen vor, und sie entspricht auch dem ursprünglichen Sinn des Wortes „interpretatio“. Interpretation wird daher im folgenden synonym mit „Rechtsgewinnung“ verwandt.

² Im Jahre 1930 konnte *Schwinge*: Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, S. 18 f., sagen, die „teleologische Methode“ habe „über den Positivismus einen Sieg auf der ganzen Linie errungen“. Mag das übertrieben sein, so haben sich doch die Verfechter der herkömmlichen Methoden im wesentlichen darauf beschränkt, gegenüber dem gegen sie gerichteten Ansturm von Argumenten Bedenken und Skepsis anzumelden; zu einer fundierten Verteidigung fehlte — von *Kelsen* und seiner Schule abgesehen — die Kraft. Die prominenten und expliziten Äußerungen zur staatsrechtlichen Methodenlehre stammen jedenfalls von Gegnern, vgl. u. a. *Triepel*, Staatsrecht und Politik, 1927; *E. Kaufmann*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, VVDStRL 3 (1927), 2 ff. mit Diskussionsbeiträgen u. a. von *Holstein* (S. 55) und *Heller* (S. 57); *Holstein*, Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtslehre, AÖR 50 (1926) 1 ff.; *E. von Hippel*, Das richterliche Prüfungsrecht, HdbDStR Bd. II, S. 546 ff. und: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts, 1924; *R. Thoma*, Einleitung zum HdbDStR Bd. 1, S. 1 ff.; *Jerusalem*, Das Problem der Methode in der Staatsrechtslehre AÖR 54, 161; *Nipperdey*, Kommentar zu den Grundrechten; *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928.

³ Das Staatsrecht des dt. Reiches, 1. Bd. 4. Aufl. S. IX.

um der Rationalität willen also genüge es nicht, sie in gesonderten Disziplinen neben die eigentlich juristischen Betrachtungen zu stellen, man müsse sie vielmehr in diese einbeziehen. Aber indem sich diese Erkenntnis durchsetzte, erhob sich die neue Frage: Gibt es dann überhaupt noch juristische Objektivität im Verfassungsrecht? Lassen sich legitime und nicht mehr legitime juristische Argumente unterscheiden? Ist es überhaupt möglich, daß die Verfassungsinterpretation von den zufällig vorherrschenden Interessen und Sympathien des Interpreten unbeeinflußt bleiben kann? Läßt sich vermeiden, daß in der Verfassungsrechtsprechung ein zweites Tummelfeld der parteipolitischen Auseinandersetzung neben dem Parlament entsteht, läßt sich die Überparteilichkeit und Dauerhaftigkeit des Grundgesetzes sichern? Kurz: Kann die Methode der Verfassungsinterpretation die unparteiliche Richtigkeit des Ergebnisses gewährleisten?

Eine endgültige Antwort auf diese Frage hat sich noch nicht durchsetzen können. Die geisteswissenschaftliche Methode, die Einbeziehung der Wertphilosophie, teleologische Erwägungen z. B. über die Würde des Menschen, das naturrechtliche Verständnis des Grundgesetzes, die Institutionenlehre, die normativ-teleologische Methode, die Lehre von der topischen Struktur des juristischen Denkens: Sie alle unterliegen, zu Recht oder zu Unrecht, dem Verdacht, daß sie den Einfluß des jeweiligen Beliebens und Dafürhaltens des Verfassungsinterpreten nicht ausschließen können, ja, ihnen u. U. Tür und Tor öffnen. Deswegen lösen sie immer wieder Unbehagen aus. Nicht nur die Frage, wie die Willkür der Interpretation ausgeschaltet werden könnte, hat brennende Aktualität gewonnen, sondern sogar die, ob diese Ausschaltung überhaupt möglich ist. Soweit diese Frage resigniert verneint wird, stellt sich die Tendenz ein, entweder die Verfassungsrechtsprechung, wenn sie sich schon nicht ganz wieder abschaffen läßt, so weit wie möglich zurückzudrängen und in ihrer Funktion zu begrenzen⁴; oder aber sie weniger als richterliche (rechtsanwendende) als vielmehr als eine politisch-legislative Institution anzusehen⁵.

Soweit man nicht vollends aufgegeben hat, soweit man hier weiterhin nach Wegen sucht, die Interpretation durch eine rationale Methode gegen Parteilichkeit abzusichern, bieten sich verschiedene Lösungsmöglichkeiten an und sind im Gespräch. Die erste besteht in der Erwägung der Frage, ob sich die wertenden und damit die politischen, ökonomischen, sozialen, historischen Elemente nicht *doch* aus der Verfassungsinterpretation ausschließen lassen. Darauf zielt vor allem *Forsthoffs* Vor-

⁴ z. B. Ernst Wolf, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten, Basel 1961: Das Buch läuft darauf hinaus, den Schweizern vom richterlichen Prüfungsrecht abzuraten.

⁵ z. B. H. Krüger, Allgemeine Staatslehre S. 709 f.

schlag, die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht auf die grammatische, logische, historische und systematische Auslegung des Grundgesetztextes zu beschränken und dadurch zu disziplinieren⁶.

Diesem Vorschlag gegenüber wird im folgenden die Frage erhoben, ob er sich praktisch überhaupt verwirklichen lasse, und, soweit die Frage bejaht werden kann, ob die Verwirklichung nicht nur durch eine Abdrängung der abgeschnittenen Erörterungen ins Unbewußte oder doch Unreflektierte ermöglicht werde. In diesem Fall hätte der Vorschlag sein Ziel verfehlt; es wäre nichts an Technizität und rationaler Kontrolle der Verfassungsinterpretation gewonnen, es wäre lediglich über die sonst offen willkürlichen Gesichtspunkte ein tarnender Schleier gebreitet. Der Ausweg wäre dann noch lieber nach der anderen Seite hin zu suchen: nämlich in dem Gegenvorschlag, die wertenden Erwägungen selbst zu disziplinieren. Das ist der Vorschlag, der hier vertreten und daraufhin geprüft werden soll, ob und wie er verwirklicht ist oder verwirklicht werden könnte.

Er hat sich gegenüber einem weitverbreiteten skeptischen Verdacht zu verteidigen: Öffnet er nicht jedem Interpreten die Möglichkeit, seine philosophischen oder theologischen Rationalisierungen als die angemessene Weise der Disziplinierung zu betrachten⁷? Außerdem: selbst wenn normativ-politische Kontroversen auch prinzipiell in rationaler und vernünftiger Weise ausgetragen werden können, wie neuerdings die als normative Wissenschaft auftretende politische Wissenschaft wieder annimmt⁸, läßt sich daraus mehr gewinnen als eine Legitimierung der demokratisch-freiheitlichen Grundordnung? Ist nicht die Art der Kontroversen und die Art der Rationalität, in der sie zu diskutieren sind, solcher Art, daß das Parlament der Ort ist, wo die Kontroversen ausgetragen werden sollten? Wenn man die normativ-politischen Kontroversen im Gerichtssaal austrägt — sei es auf noch so rationale und wissenschaftliche Weise —, wird dann der Richter nicht dennoch notwendigerweise seiner Funktion als Rechtsanwender untreu; wird nicht das Bundesverfassungsgericht zu einer dritten legislativen Kammer, der

⁶ Vgl.: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes; Die Bindung an Gesetz und Recht; Der Jurist in der industriellen Gesellschaft; Zur Problematik der Verfassungsauslegung.

⁷ Vgl. z. B. *Willms*, „Ein Phönix zuviel“, Bemerkungen zu zwei Versuchen über Zerstörung und Erneuerung einer Wissenschaft, *Der Staat* 1964, S. 488 ff.

⁸ Vgl. vor allem *A. Bergsträsser*, Wissenschaftliche Politik in unserer Zeit, in: *Vjschr. für Zeitgeschichte* 1958, 219; *E. Voegelin*, Die neue Wissenschaft von der Politik, 1959; *D. Oberndörfer*, Politik als praktische Wissenschaft, in: *Wissenschaftl. Politik*, 1962; *H. Maier*, Zur Lage der polit. Wissenschaft in Dtschld., *Vjschr. f. Zeitgesch.* 1962, 225; *W. Hennis*, Politik und praktische Philosophie, 1963; *K. Sontheimer*, Politik, Wissenschaft und Staatslehre, 1963; *E. Fraenkel*, Die Wissenschaft von der Politik und die Gesellschaft, in: *Gesellschaft — Staat — Erziehung*, 1963; *J. Habermas*, *Theorie und Praxis* 1963.