

5. Kritik bürgerlicher Wertauffassung des Rechts

Vom Stellenwert der Werte in der rechts-ideologischen Auseinandersetzung

Jede herrschende Klasse muß bestrebt sein, ihre Herrschaft – und vor allem die Grundlagen dieser Herrschaft, das Eigentum an den Produktionsmittel – rechtlich abzusichern.¹ Das Setzen und Durchsetzen positiv-rechtlicher Normen allein kann den Fortbestand der Herrschaft nicht ausreichend sichern. Die Rechtsordnung ist im wesentlichen eine Zwangsordnung;² die Durchsetzung des Rechts wird durch Sanktionen garantiert. Die freiwillige Befolgung der in den Rechtsnormen enthaltenen Verhaltensanforderungen durch die Mehrheit der Normadressaten aufgrund der Einsicht in die „Richtigkeit“, „Gerechtigkeit“ und „Angemessenheit“ dieser von der herrschenden Klasse gesetzten Rechtsnormen, also die individuelle sowie kollektive Anerkennung der Normen des Rechts durch die Normunterworfenen selbst, ist vielmehr das erstrebte Ziel.

Auch die nicht herrschenden Klassen mußten ihren Forderungen rechtliche – und damit allgemeine – Form geben, mußten um die Beherrschung des staatlichen Zwangsapparates und der staatlichen Gesetzgebungsmaschine kämpfen; auch sie mußten, wollten sie den Klassenkampf erfolgreich bestehen, ihre politisch-rechtlichen Forderungen wertmäßig verankern. Sie mußten versuchen, ihre Ziele als „natürliche“, „unveräußerliche“, „grundlegende“ und „gerechte“ Forderungen darzustellen.

So wurde das feudale Recht und das feudale Eigentumsrecht auf das katholische Naturrecht und damit auf den göttlichen Willen und die natürliche Gegebenheit der göttlichen Schöpfungsordnung gegründet.

1 Vgl. Autorenkollektiv, *Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts. Grundlegende Institute und Begriffe*, Bd. 1, 1974, insbes. S. 252 ff.; P. Römer, Zur Bedeutung des Willens im Recht, in: *Bericht über den 1. Kongreß Kritische Psychologie in Marburg*, Bd. 2, 1977, S. 434 ff.; in diesem Band S. 43 ff..

2 Vgl. Autorenkollektiv, *Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts*, a.a.O., S. 257 ff. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 34 ff.

Die aufsteigende Klasse des Bürgertums berief sich auf ihr revolutionäres Vernunftrecht, auf ihr unantastbares Privateigentum und ihre natürliche Freiheit.

Erst durch die Geschlossenheit des ideologischen Systems, erst durch die Formierung des Bewußtseins auf bestimmte „Grundwerte“,³ die nicht nur für das Recht, sondern für das gesamte soziale und politische Sein gelten sollen, gelingt es, die Ideen der Herrschenden zu den herrschenden Ideen werden zu lassen. Erstaunlich ist deshalb nicht, daß die bürgerliche Rechtswissenschaft und Rechtspraxis immer wieder auf das Naturrecht zurückgeht, Normen materialer Gerechtigkeit aufstellt und positiv-rechtliche Normensysteme in Wertordnungen umdeutet; erstaunlich könnte vielmehr sein, daß sie in der Vergangenheit glaubte, auf eine wertmäßige Begründung verzichten zu können und dies zum Teil auch heute noch glaubt.

Wieweit es einer Klasse gelingt, die von ihr für notwendig erachteten Verhaltensanforderungen gleichermaßen für das Gebiet der Moral, der Religion, der Sitte und des Rechts zu synchronisieren und damit deren Durchsetzungschancen zu optimieren, hängt nun allerdings nicht vom bloßen Willen einer Klasse ab. Recht und Rechtstheorie sind Überbauphänomene, werden in letzter Instanz bestimmt durch die Basis der Produktionsverhältnisse.⁴ Aus der Spezifik der jeweiligen Produktionsverhältnisse, insbesondere aus der Spezifik der jeweiligen Aneignungsverhältnisse entwickelt sich die Spezifik der jeweiligen Klassenverhältnisse und Klassenauseinandersetzungen. Diese haben ihren Einfluß auf das Recht und auf die Formen des rechtlichen Bewußtseins. Ferner wirken historische und geographische Besonderheiten, geistesgeschichtliche Tradition und die je aktuelle politische Lage auf die

3 Zur aktuellen Diskussion über die Grundwerte vgl. G. Gorschenek (Hrsg.), *Grundwerte in Staat und Gesellschaft*, 1977; E. Feil, *Grundwerte und Naturrecht. Legitimationsprobleme in der gegenwärtigen Diskussion*, *Stimmen der Zeit*, 1977, S. 651 ff.; O. Kimminich, Die Grundwerte im demokratischen Rechtsstaat, *Zeitschrift f. Politik*, 1977, S. 1 ff.; H. H. Holz, „Werte“ contra Demokratie? Zur Grundwerte-Diskussion, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 1977, S. 1204 ff.

4 Die klassische Formulierung der grundlegenden Beziehung zwischen Basis und Überbau findet sich im Vorwort zur Kritik der politischen Ökonomie von Marx, *MEW* 13, S. 9; vgl. mit weiteren Nachweisen: P. Römer, *Rechtliche Grundlagen der Politik*, in: *Demokratie und Recht*, 1973, S. 232 ff.

Gestaltung des Rechts und auf den Inhalt von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie ein.

Mit Hilfe der materialistischen Methode ist auch die Funktion des rechtswissenschaftlichen Positivismus, der es am entschiedensten ablehnt, das positive, gesetzte und gesatzte Recht auf seinen Wert oder Unwert, auf seine Richtigkeit und Gerechtigkeit hin zu überprüfen, zu erklären. Der Positivismus ist Ausdruck eines relativen Klassenfriedens auf der Grundlage von Klassenkompromissen. Einerseits besteht nicht die unbedingte Notwendigkeit, sich zur Durchsetzung oder zur Verteidigung politischer Forderungen auf grundlegende Werte berufen zu müssen, andererseits aber ist die ideologische Hegemonie der herrschenden Klassen nicht so stark und unangefochten, daß deren Werte und Interessen als selbstverständlich und unbezweifelbar angesehen werden. Die Behauptung der Bedeutungslosigkeit von Werten für die Erkenntnis und die Neuschöpfung des positiven Rechts soll die politischen und sozialen Verhältnisse gegen den Umgestaltungswillen derjenigen abschirmen, die diese Verhältnisse nicht für wert halten, fortzuexistieren.

Ihren entschiedensten Ausdruck hat die Trennung von Wert und Recht, von Rechtsbetrachtung und Wertbetrachtung in der Begriffsjurisprudenz in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erhalten. Nicht nur die Überprüfung des Inhalts des Gesetzes auf seine inhaltliche Richtigkeit wurde abgelehnt, auch die Interpretation des geltenden Rechts sollte wertfrei und ohne Reflexion auf die politisch-soziale Wirklichkeit und auf ethische Werte vorgenommen werden; vielmehr sollte allein aus dem System der rechtlichen Begriffe – angeblich völlig wertfrei⁵ – das richtige Interpretationsergebnis erschlossen werden können.

In dieser Spielart des juristischen Positivismus drückt sich der Klassenkompromiß, den Feudaladel und Bürgertum eingegangen waren,

5 Zur Kritik an dieser vorgeblichen Wertfreiheit der Begriffsjurisprudenz: W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958; P. v. Oertzen, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, 1974; H. Klenner, *Rechtsphilosophie in der Krise*, 1976, insbes. S. 44 ff.; kritisch dazu: H. Ridder, *Negativkonvergenzen? Polemisches zum selektiven Antipositivismus*, in: J. H. Hagen/P. Römer/W. Seiffert (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Arbeiterbewegung*, Festschrift für E. Rabofsky, 1976, S. 45 ff. P. Römer u. a., *Besprechung von: H. Klenner, Rechtsphilosophie in der Krise*, in Band 5 der vorliegenden Beiträge.

aus. Der unentschieden gebliebene Kampf zwischen Fürstensouveränität und Volkssouveränität wurde zugunsten der Rechts- und Staatssouveränität entschieden. Die Trennung von Staat und Gesellschaft,⁶ von öffentlichem und privatem Recht markierte diesen Klassenkompromiß und zeigte, daß beide Bereiche von ganz verschiedenen Werten bestimmt wurden; als Beispiel sei nur genannt: besonderes Gewaltverhältnis auf der einen, Freiheitsstatus der Person auf der anderen Seite. Die Wertsysteme und Interessen der feudalen und der bürgerlichen Kräfte waren so verschieden, daß der gemeinsame Nenner nur die Positivität des in den jeweiligen Klassenkompromissen erzeugten Rechts sein konnte. Die zurückgedrängten feudalen Kräfte und die – vor allem politisch – noch nicht voll erstarkten bürgerlichen Kräfte waren indes nur relativ schwach. Gemeinsam waren sie stark genug, daß sie dem Proletariat gegenüber, das sich „sein Menschenrecht“ zu erkämpfen anschickte, die Berufung auf ewige Werte des Rechts als ideologische Strategie nicht für erforderlich hielten.

Grundlegend für die Weimarer Republik wurde ebenfalls ein Kompromiß; der zwischen der Sozialdemokratie und den herrschenden Kräften des Kaiserreichs. Die Pakte Stinnes-Legien und Groener-Ebert sind für diesen Kompromiß bezeichnend.⁷ Es ist deshalb verständlich, daß diejenigen, die sich auf den Boden dieses Kompromisses stellten und die Weimarer Republik zu verteidigen suchten, Rechtspositivisten waren; sei es in der Form des Positivismus der *Reinen Rechtslehre* Hans Kelsens, sei es in der Form des Wertrelativismus Gustav Radbruchs; denn der Versuch, gemeinsame Wertvorstellungen der junkerlichen und der monopol-kapitalistischen Kräfte einerseits und der proletarischen und kleinbürgerlichen Kräfte, auf die sich die Sozialdemokratie stützte, andererseits zu formulieren, wäre zum Scheitern verurteilt gewesen. Deshalb mußte auch in dieser Situation versucht werden, das positive Recht als gemeinsamen kleinsten Nenner zu erhalten. Diese Aufgabe war nun aber sehr viel schwieriger zu lösen, denn die herrschenden Kräfte aus der Zeit des Kaiserreichs versuchten, ihre Machtstellungen weiter auszubauen, versuchten, den Kompromiß von Weimar aufzukündigen. Dies schlug sich auf dem Gebiet der Rechtsideologie in dem

6 Vgl. E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, 1976.

7 Vgl. A. Rosenberg, *Die Entstehung der Weimarer Republik*, 1961, S. 202 ff.

Bemühen nieder, naturrechtliche Vorstellungen wiederzubeleben,⁸ oder auch darin, Legalität und Legitimität⁹ voneinander zu trennen oder Integrationswerte¹⁰ dem Recht zu unterlegen. Das Grundrecht des Privateigentums wurde zur Institutionsgarantie¹¹ erhoben und damit dem Zugriff des demokratisch legitimierten Gesetzgebers entzogen; der Gleichheitssatz wurde als Willkürverbot¹² ausgedeutet und der Gesetzgeber damit an Normen materialer Gerechtigkeit gebunden. Durch die Zuerkennung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen¹³ wurde versucht, die richterliche Gewalt, deren Inhaber aus dem Kaiserreich übernommen und entsprechend reaktionär waren, gegen den Gesetzgeber auszuspielen.

Die Wiederbelebung des Naturrechts, die philosophischen Bemühungen um objektive Wertordnungen – die in den Rechtswissenschaften allerdings nur geringen Niederschlag gefunden hatten – ergaben sich zugleich aus einer Defensivposition: der Anziehungskraft der marxistischen Weltanschauung mußte entgegengewirkt werden. Insofern war das rastlose Suchen nach objektiven Werten, nach Normen materialer Gerechtigkeit, war die Renaissance naturrechtlicher Vorstellungen mehr als nur die Reaktion auf die politische Lage und das soziale Kräfteverhältnis in der Weimarer Republik. Die Klage über den Zerfall der Werte, die Anstrengungen, neue Wertssysteme zu begründen, haben ihre Ursa-

8 Vgl. zusammenfassend dazu: E. Fransen, Rechtspositivismus als juristische Strategie, in: *Juristenzeitung* 1969, S. 766 ff.; P. Römer, Das Recht als Basis und Überbau, in: *Neue Politische Literatur*, 1970, S. 300 ff.; F. Kübler, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, in: *Archiv für civilistische Praxis*, 162 (1963), S. 104 ff.

9 C. Schmitt, Legalität und Legitimität, in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, Materialien zu einer Verfassungslehre*, 1958, S. 263 ff.

10 R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1955, S. 119 ff.

11 Vgl. M. Wolff, *Reichsverfassung und Eigentum*, Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für W. Kahl, 1923.

12 G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2. Aufl., 1959.

13 Die Berechtigung für die richterliche Überprüfung der Gesetze wurde zwar an objektive Werte gebunden, diese aber total subjektiviert. So sagte E. Kaufmann auf der Staatsrechtslehrertagung 1926 über „die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne von Art. 109 der Reichsverfassung“, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, 3, S. 1 ff., S. 11: „Wer reinen Herzens ist, ist gerecht als Handelnder und als Richtender, und nur er“; „Die Tatsache, daß durch sittliche Erziehung die Gesamtpersönlichkeit zu einem reinen Gefäß werden kann, das an den objektiven Werten teil hat, ist uns die sicherste Bürgschaft für die Realität dieser objektiven Werte. Nur Persönlichkeiten in diesem Sinne sind gut und gerecht“.

chen in der ideologischen Systemauseinandersetzung und sind deshalb ein in allen kapitalistischen Ländern bis in die Gegenwart hinein zu beobachtendes Phänomen. Es kann in diesem Zusammenhang den einzelnen philosophischen und rechtsphilosophischen Schulen nicht nachgegangen werden, die sich an einer wertmäßigen Begründung des Rechts versucht haben und noch versuchen. Aber eine ihrer wesentlichen Funktionen ist zu benennen: die Funktion der Demokratieverhinderung und der Gesetzesaufweichung. Die Verfügung über das Gesetz soll – bis hin zu contra legem-Entscheidungen – den demokratisch am wenigsten legitimierten Kräften zugeschoben werden, den Richtern, der Rechtswissenschaft, den „Billig und gerecht-Denkenden“. Die Schutzfunktion der liberalen, rechtsstaatlichen, freiheitlichen Grundrechte soll entfallen, wenn sie angeblich „mißbraucht“ werden, d. h. wenn sie nicht in Einklang mit den proklamierten „Grundwerten“ des Rechts und der Verfassung in Anspruch genommen werden.

Die Begründung des Rechts auf Werte stellt zwar einen Grundzug der bürgerlichen Rechtsideologie der Gegenwart dar, aber die Krisenhaftigkeit des Kapitalismus und die daraus resultierende Gefahr verstärkten Klassenkampfes sowie die Notwendigkeit der Systemauseinandersetzung bringen einen beschleunigten Theorieverschleiß mit sich und verhindern die Herausbildung einer einheitlichen, geschlossenen Rechtsideologie.

So bestehen starke rechtssoziologische Strömungen, die zwar ebenso wie die wert-irrationalistischen die Positivität des Gesetzes destruieren, aber nicht dadurch, daß sie das positive Recht mit einem Wertehimmel konfrontieren, sondern indem sie durch Berufung auf „die Natur der Sache“, auf die „sachlogischen Strukturen“,¹⁴ auf die angebliche „Spannungslage“ zwischen Recht und Rechtswirklichkeit, insbesondere zwischen Verfassung und Verfassungswirklichkeit¹⁵ die jeweils real existierenden Eigentums- und Machtverhältnisse zu Rechtsquellen werden lassen.

14 Vgl. A. Kaufmann (Hrsg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965; H. Schambeck, Der Begriff der „Natur der Sache“. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung, 1964; R. Schnur (Hrsg.), *Zum Begriff der Institution im Recht*, 1968.

15 Vgl. G. Leibholz, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, in: ders., *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3. Aufl., 1967, S. 277; R. Smend, a.a.O., kritisch dazu vor allem: H. Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, 1975, S. 13 ff.

Vom Wert der Werte und des positiven Gesetzes

Die Kritik am Wertirrationalismus im Recht kann an zwei Beispielen aus der Rechtsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland verdeutlicht werden: an der Naturrechtsrenaissance nach 1945 und an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten.

Nach 1945 mußten die Juristen, die in ihrer überwiegenden Mehrzahl dem Nationalsozialismus keinen Widerstand geleistet und ihm in Justiz, Verwaltung und Wissenschaft ihre Dienste zur Verfügung gestellt hatten, bestrebt sein, ihr Versagen zu rechtfertigen und ihre vorherigen Positionen wieder zu erlangen. Als Rechtfertigung diente ihnen die Anschwärzung des Positivismus, der seitdem in der bundesrepublikanischen Rechtswissenschaft zum Schimpfwort degradiert worden ist. Die Juristen seien, so wurde behauptet, im Geiste des Rechtspositivismus erzogen worden, und deshalb seien sie nicht in der Lage gewesen, dem in Gesetzesform gegossenen Unrecht des Dritten Reiches Widerstand entgegenzusetzen. Diese Argumentation wurde begrifflicherweise sofort begeistert aufgenommen, sollten doch nun plötzlich diejenigen, die das Weimarer Verfassungssystem „positivistisch“ verteidigt hatten und die deshalb im Dritten Reich emigriert oder gezwungenermaßen oder freiwillig verstummten, die eigentlich Schuldigen gewesen sein, während die anderen nur getreulich „ihre Pflicht“ getan hätten, so wie man es sie gelehrt habe, nämlich nach dem Motto „Gesetz ist Gesetz“. An dieser Argumentation war nun allerdings alles falsch und schief;¹⁶ einmal war die ganze Theorie nur haltbar, wenn zugleich die Geschichtsklitterung von der angeblich legalen Machtergreifung hinzukam; dann stimmte es nicht, daß während der Weimarer Republik der Rechtspositivismus führend gewesen sei; gerade im Verfassungsrecht waren die Auflösungserscheinungen des Rechtspositivismus unübersehbar, es sei nur an die Lehren von Smend, Leibholz, Kaufmann, Schmitt erinnert; ferner war das nationalsozialistische System durch die Gemen-

16 Zusammenfassend dazu als Fundstelle für die relevante Literatur: I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie im Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, 1976, S. 27 ff. sowie P. Römer, Die Reine Rechtslehre Hans Kelsens als Ideologie und Ideologiekritik, in Band 5 der vorliegenden Beiträge; ders., Das Recht als Basis und Überbau, in: *Neue Politische Literatur*, 1970, S. 300 ff.; W. R. Beyer, *Rechtsphilosophische Besinnung*, 1967.

gelage von Norm und Maßnahme gekennzeichnet, eine strikt positivistische Einstellung hätte dabei auftretende Widersprüche sogar ausnutzen können; und schließlich wurde gerade im Nationalsozialismus der Gesetzespositivismus bekämpft und wurde versucht, an seine Stelle das Naturrecht der Volks- und Blutgemeinschaft zu setzen.

Eine Reflexion auf die Grenzen des Rechtspositivismus wäre sicherlich erforderlich gewesen; das empfanden richtig¹⁷ gerade auch solche, die wie Radbruch den Faschismus nicht unterstützten, aber auch er gelangte nicht zu einer materialistischen Begründung der Werte und des Rechts.

Was an naturrechtlichen Theorien zur Überwindung des Rechtspositivismus angeboten wurde, war ziemlich kläglich; ein Gemisch von katholischer Soziallehre, Bruchstücken des aufklärerischen Naturrechts sowie Anleihen bei der Scheler-Hartmannschen Wertethik; dies alles floß dann zusammen zu den „christlich-abendländischen“ Werten, zu denen man sich „bekannte“. Nicht erstaunlich, daß mit der Stabilisierung des Kapitalismus und der Ausblendung des Faschismus in der bundesrepublikanischen Nachkriegsgeschichte die Naturrechtslehre ihre Schuldigkeit getan hatte und in den Hintergrund treten konnte. Die Verankerung wesentlicher ökonomischer und politischer Interessen in einem überpositiven Wertsystem aber blieb erhalten und wurde sogar weiter ausgebaut. Nur wurde die Frage Naturrecht oder Rechtspositivismus nicht mehr so grundsätzlich gestellt; die Werte wurden vielmehr in das positive Recht, vor allem in das positive Verfassungsrecht transferiert. Der große Senat des Bundesgerichtshofs konnte 1952 noch im Rahmen einer naturrechtlichen Ausrichtung formulieren: „Der in den Staat eingegliederte Einzelne bedarf, um unter seinesgleichen als Person, d. h. frei und selbstverantwortlich, leben zu können und nicht zum bloßen Objekt einer übermächtigen Staatsgewalt zu werden, also um seiner Freiheit und Würde willen einer rechtlich streng gesicherten Sphäre des Eigentums“. ¹⁸ Und im Hinblick auf die rechtliche Geltung

17 Vgl. G. Radbruch, *Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts*, 1957, insbes. S. 105 ff.

18 BGH Z 6, S. 270 ff. Eine Darstellung der Naturrechtsrenaissance aus der Sicht eines ihrer Apologeten findet sich bei: H. Weinkauff, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: W. Maihofer (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 1962, S. 554 ff.

sexueller Normen formulierte der Bundesgerichtshof: „Normen des Sittengesetzes gelten aus sich selbst heraus; ihre (starke) Verbindlichkeit beruht auf der vorgegebenen und verbindlichen Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollenssätze. Sie gelten unabhängig davon, ob diejenigen, an die sie sich mit dem Anspruch auf Befolgung wenden, sie wirklich befolgen und anerkennen oder nicht. Ihr Inhalt kann sich nicht deswegen ändern, weil die Anschauung über das, was gilt, wechseln“.¹⁹ Ferner konstatierte er selbstsicher: „Die sittliche Ordnung will, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich in der Einehe vollzieht, weil der Sinn und die Folge des Verkehrs das Kind ist. Um seinetwillen und um der personenhaften Würde und der Verantwortung der Geschlechtspartner willen ist dem Menschen die Einehe als Lebensform gesetzt“.²⁰

Die ideologische Verteidigung des grundlegenden Produktionsverhältnisses und damit der Grundlage des gesamten gesellschaftlichen Systems, des Privateigentums an den Produktionsmitteln, bleibt eine Daueraufgabe und eine, die immer schwieriger zu erfüllen ist. Die Verknüpfung des Privateigentums mit der Freiheit und der Würde des Menschen, die „Heiligsprechung“²¹ des Privateigentums hat denn auch die Naturrechtsrenaissance nach 1945 überdauert; ein großer Teil der Lehre und Rechtsprechung meint auf eine wertmäßige Absicherung des Privateigentums nicht verzichten zu können, unterlegt diesen Wert aber dem Grundgesetz, Art. 14 GG, sichert diesen Wert also positiv-rechtlich ab; sie stellt also die Wertordnung der Rechtsordnung nicht gegenüber, sondern verzahnt beide. Dabei bleibt die Wertordnung aber immer zugleich Eingriffsreserve, falls doch einmal der Grundgesetzgeber zu Änderungen des Grundgesetzes sich veranlaßt sehen sollte, die den von interessierten Kreisen proklamierten Werten nicht entsprechen.

Andererseits zeigt gerade das Beispiel des Privateigentums die Ambivalenz der Berufung auf Werte; in die Defensive gedrängte Wert-Verfechter können ihr Heil auch darin suchen, die Wertlosigkeit der Werte zu behaupten. So gibt es in der Bundesrepublik neben denen, die

19 BGH St. 6, S. 46 ff.

20 BGH St. 6, S. 46 ff., S. 53.

21 W. R. Beyer, Die Heiligsprechung des Privateigentums durch das Bundesverfassungsgericht, in: *Marxistische Blätter*, 1970, S. 56 ff.

im Privateigentum einen Grundwert der menschlichen Gesellschaft überhaupt erblicken wollen, auch solche, vor allem sozialdemokratische Richtungen, die eine Konvergenz der Systeme behaupten und die ganze Eigentumsfrage für letztlich bedeutungslos erklären.²² Hier erweist sich, daß zum Teil der Mut fehlt, die Auseinandersetzung über Werte im Kapitalismus und Sozialismus offensiv zu führen, weil gerade diejenigen Schichten, deren Interessen man zu wahren prätiert, in diesem Fall die Gruppe der Nichteigentümer von Produktionsmitteln, an der Richtigkeit der proklamierten Grundwerte zu zweifeln beginnen könnten.

Demgegenüber hat vor allem das Bundesverfassungsgericht versucht, die Grundrechte in Werte umzudeuten. Es hat in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, das Grundgesetz sei keine wertneutrale Ordnung, sondern habe in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet.²³ Mit dieser Rechtsprechung hat sich das Gericht einen demokratisch und rechtsstaatlich höchst bedenklichen Arkanbereich geschaffen und sich nicht nur zum Ersatzgesetzgeber, sondern sogar zum Ersatz-Verfassungsgesetzgeber gemacht. Jedes Ergebnis vermag letztlich gerechtfertigt zu werden, wenn erst einmal „die Wertordnung als Surrogat substanzieller Wahrnehmung rechtlicher Begründungspflicht“²⁴ dient. Auch aus dem BVerfG selbst ist Kritik an den Konsequenzen des Wertdenkens laut geworden: „Der Gedanke der objektiven Wertentscheidung“, so heißt es in dem Minderheitsvotum zum „Abtreibungsurteil“, „darf aber nicht zum Vehikel werden, um spezifisch gesetzgeberische Funktionen in der Gestaltung der Sozialordnung auf das BVerfG zu verlagern“.²⁵

22 Vgl. die Nachweise bei: W. Gerns, *Krise der bürgerlichen Ideologie und ideologischer Kampf in der BRD*, 1976, S. 77 ff.; P. Römer, Funktions- oder Formwandel des Eigentums?, in Band 1 der vorliegenden Beiträge; ders., *Entstehung, Rechtsform und Funktion des kapitalistischen Privateigentums*, 1978, passim.

23 Zur Kritik daran vgl.: F. Müller, *Juristische Methodik*, 2. Aufl., 1976, S. 48 ff.; E. Denninger, *Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung*, in: M. Tohidipur, (Hrsg.), *Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik. Zur verfassungsrechtlichen und politischen Stellung und Funktion des Bundesverfassungsgerichts*, 1976, S. 163 ff.; E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976, S. 221 ff.; E. Forsthoff, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, 1961.

24 H. Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, 1973, S. 135.

25 *Juristenzeitung* 1975, S. 216 ff.; BVerfG 39, 1 ff.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bereits früh zu der Auffassung bekannt, es gebe objektive, dem positiven Verfassungsrecht übergeordnete Normen, die zu erkennen und anzuwenden es befugt sei;²⁶ es hat sich dabei aber nicht auf ein bestimmtes Naturrechtssystem bezogen und in seiner Rechtsprechung naturrechtliche Argumentationsmuster nicht verwandt. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht, wie ausgeführt, in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, das System der Grundrechte bilde eine „objektive Wertordnung“, und es verwendet Formulierungen wie: „allgemeine Werteordnung der Verfassung“, „Wertesystem der Grundrechte“, „wertgebundene Ordnung“, „Wertentscheidung eines Grundrechts oder des Grundgesetzes“, „Wertrangordnung im Grundrechtsabschnitt der Verfassung“ an tragender Stelle seiner Entscheidungsbegründungen.²⁷ Jedoch will es damit nicht auf naturrechtliche Normen rekurrieren, sondern bezieht sich seinem eigenen Selbstverständnis nach auf das geltende, positive Verfassungsrecht, das es als Ausdruck einer Wertordnung auffaßt. Deshalb kann auch nicht davon ausgegangen werden,²⁸ das Bundesverfassungsgericht habe sich mit seinem Verständnis der Grundrechte als Werte der klassischen deutschen Wertphilosophie Nicolai Hartmanns und Max Schelers angeschlossen, der gemäß Werte an sich seiende, vom Erkenntnisakt und von Raum und Zeit unabhängige Wesenheiten seien, die nur irrational und intuitiv erfaßt werden können. Vielmehr handelt es sich nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts um ein Wertesystem, das eine „verfassungsrechtliche Grundentscheidung“²⁹ ist, selbst also positiviert sein soll.

Allerdings enthält das Grundgesetz seinem Wortlaut nach keine Bestimmungen über eine Wertordnung; es selbst bezeichnet sich nicht als eine Wertordnung. Wenn das Grundgesetz den Begriff „Wert“ nicht verwendet,³⁰ so ist dies schon um der Begriffsklarheit willen sehr zu begrüßen, denn kaum ein Begriff ist wissenschaftlich so umstritten und

26 BVerfG 1, 14 ff.

27 Vgl. die Nachweise bei H. Goerlich, *Wertordnung*, S. 17 f.

28 So aber: A. Podlech, *Wertungen und Werte im Recht*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1970, S. 185 ff.

29 BVerfG 7, 205.

30 Vgl. auch O. Kimminich, *Die Grundwerte im demokratischen Rechtsstaat*, in: *Zeitschrift für Politik*, 1977, S. 1 ff.

ungeklärt wie der des Wertes. Eine Auflistung der verschiedenen Bedeutungen, die dem Begriff „Wert“ beigelegt werden, kommt auf weit über 100 Wertbegriffe.³¹ Auch das Bundesverfassungsgericht gibt zwar verschiedene Umschreibungen dieses Wertsystems, das „seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet“,³² aber keine rational und intersubjektiv nachvollziehbare und überprüfbare Definition der Werte des Grundgesetzes, und läßt letztlich die Frage, wie die Werte erkannt, wie ihre Rangordnung festgestellt werden kann, bewußt offen, obwohl diese Wertordnung zugleich eine Wertrangordnung sein soll.

Zur Durchsetzung seiner eigenen politischen und gesellschaftlichen Vorstellungen unabhängig von dem oder sogar gegen den Wortlaut und den historisch feststellbaren Inhalt der Grundgesetznormen dient dem Bundesverfassungsgericht vor allem die Methode der Wert- oder Güterabwägung, die, weil kein rational überprüfbarer Wertungsmaßstab gegeben ist, beliebig bleiben muß; durch sie wird die verfassungsmäßig gebotene gleiche Geltungskraft aller Grundrechte beseitigt. So werden angeblich konfligierende Werte und Güter auf den ihnen nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts zukommenden Rang hinauf- und hinuntergeschaukelt.

Die allseitige Um-, Auf- und Abwertung der Grundrechte führt nicht nur zu einer Umbildung des Verfassungsgesetzes, sondern zur Auflösung der gesamten Rechtsordnung, wenn nicht allein die Grundrechte wertmäßig gegeneinander abgewogen werden, sondern auch das unterverfassungsrechtliche Recht in die Wertordnung unmittelbar miteinbezogen wird, weil dieses Wertsystem des Grundgesetzes angeblich als verfassungsrechtliche Grundentscheidung „für alle Bereiche des Rechts gelten“³³ soll. So richtig es ist, daß die Grundrechte für alle Bereiche des Rechts gelten – wobei Inhalt und Form ihrer Geltung aber selbst wiederum nur aus dem Grundgesetz entnommen werden können –, so bedenklich ist es andererseits, die Unterscheidung von Verfassungsrecht und einfachem Recht und deren je spezifischer Geltungskraft aufzuheben sowie die Rechtserzeugungs- und Derogationszusammenhänge

31 R. Lautmann, *Wert und Norm. Begriffsanalysen für die Soziologie*, 1969.

32 BVerfG 7, 205.

33 BVerfG 7, 205.

zwischen den verschiedenen Stufen der Rechtsordnung zu eliminieren und so das gesamte Recht als Ausdruck eines einzigen Wertsystems anzusehen. Was auf den ersten Blick als Potenzierung der Geltungskraft verfassungsrechtlicher Normen, insbesondere von Grundrechten erscheint, ist in Wirklichkeit das Hochliften unterverfassungsrechtlichen Rechtes auf die Ebene der Verfassung, wo dann die Verfassungsnormen dagegen „abgewogen“ werden können. Die Sollstärke der Bundeswehr z. B. gegen das Grundrecht der Gewissensfreiheit.

In dem grundlegenden Lüth-Urteil, auf das sich das Gericht in zahlreichen Entscheidungen immer wieder bezieht, wird ausgeführt, daß die allgemeinen Gesetze, die nach Art. 5 Abs. 3 Schranken für das Grundrecht der Meinungsfreiheit bilden, „in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts [der Meinungsfreiheit, P. R.] ... gewahrt bleibt“;³⁴ zwischen den das Grundrecht einschränkenden allgemeinen Gesetzen und der Geltungskraft des Grundrechts selbst finde „eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die allgemeinen Gesetze zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundgesetz begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen“.³⁵ Das klingt zunächst wie eine Option für eine Verstärkung der Geltungskraft des Grundrechts der Meinungsfreiheit, wenn auch bereits an dieser Stelle schon offenkundig ist, daß unklar und beliebig bleibt, mit welcher je spezifischen Kraft die einander beeinflussenden „Werte“ denn aufeinander einwirken; ohne eine solche inhaltliche Bestimmung ist die Kategorie der Wechselwirkung bestenfalls „fade“.

Anstatt die Schranken eines Grundrechts als inhaltliche Begrenzung seines Normprogramms zu erkennen, wird für das Bundesverfassungsgericht eine „Güterabwägung“ erforderlich: „Das Recht zur Meinungsäußerung muß zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden“. Einige Seiten zuvor hatte indes das Gericht mit hohem Pathos

34 BVerfG 7, 208.

35 BVerfG 7, 209.

deklamiert, das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung sei „als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit“ eines „der vornehmsten Menschenrechte überhaupt“ und „schlechthin konstituierend für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung und in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt“. Und eben dieses Recht wird dann „abgewogen“ gegen das Recht einer Filmproduktions- und einer Filmverleihfirma, in ihren Geschäften nicht durch die Aufforderung des Beschwerdeführers Lüth gestört zu werden, den Veit Harlan-Film „Unsterbliche Geliebte“ nicht zu besuchen.

Wenn auch im konkreten Fall – hier, wie auch in einigen anderen, in denen es um das Grundrecht der Meinungsfreiheit ging – vom Bundesverfassungsgericht der Meinungsfreiheit der Vorrang gegeben wurde, so zeigt das Operieren mit der Wertabwägung auch in diesem Beispielfall, welche Möglichkeiten zur Aushöhlung von Grundrechten sie eröffnet.

Carl Schmitt³⁶ und Ernst Forsthoff³⁷ haben früh auf die Konsequenzen dieser Wertbetrachtung im Recht hingewiesen; Forsthoff diagnostizierte die Auflösung der Verfassung „im Gerede“ und stellt fest, daß mit der Unterstellung der Grundrechte unter die Wertbetrachtung eine Plattform gewonnen worden sei, „welche Argumentationsketten ermöglicht, die in solchem Maße divergent sind, daß man befugt ist, sie als beliebig zu bezeichnen“.³⁸ Es wäre durchaus angebracht gewesen, wenn die Linke diesen Befund ernst genommen hätte; nicht nur, um ihn gegenüber anderen bürgerlichen Theoriefraktionen zu verwenden, sondern vor allem, um die Elemente partieller Richtigkeit in ihm zu erkennen.³⁹ Der Wert hat seine eigene Logik, so formulieren Carl Schmitt und Ernst Forsthoff; seine Tyrannei besteht in seiner Aggressivität gegenüber dem Unwert, in der Un-werterklärung zum Zwecke der Diskriminierung des Minderwertigen, zum Zwecke seiner Vernichtung und Ausschaltung. Nur im stetigen und notwendigen Hinblick auf einen Unwert erhalte diese materiale Wertlehre ihren Sinn. Die wertmateriale Aufladung der

36 C. Schmitt, Die Tyrannei der Werte, in: *Säkularisation und Utopie*, Ebracher Studien, 1967, S. 37 ff.

37 E. Forsthoff, a.a.O., und neuestens, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2. Aufl., 1971, insbes. S. 136 ff.

38 Ders., *Der Staat der Industriegesellschaft*, S. 149.

39 Vgl. dazu: P. Römer, Vom totalen Staat zur totalen bürgerlichen Gesellschaft. Einige Erwägungen anhand neuerer Analysen der Carl Schmitt-Schule, in Band 4 der vorliegenden Beiträge

„freiheitlich demokratischen Grundordnung“ erzeugt den Unwertbegriff des „Verfassungsfeindes“,⁴⁰ demgegenüber unter Berufung auf die verfassungsrechtlichen „Grundwerte“ unter Mißachtung angeblich bloß „formaler“ Grundrechts- und Verfahrensgarantien vorgegangen werden kann. Die Wertentscheidung für das Recht auf Leben wird dann zur verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates, die Schwangerschaftsunterbrechung zu bestrafen; das Vorliegen eines angeblich „rechtfertigenden Notstands“, der aufgrund einer Wert- und Güterabwägung festgestellt wird, soll zu rechtswidrigen „Lauschangriffen“ des Verfassungsschutzes befugen, soll der Exekutive die fehlenden gesetzlichen Eingriffsberechtigungen ersetzen, wie im Falle des „Kontaktverbots“. Bei dieser Sachlage erscheint eine „Kleine Bitte um ein wenig Positivismus“⁴¹ gerechtfertigt und die Warnung vor „alternativer Auslegung“ aufgrund alternativer Wertsetzung auch gegenüber denjenigen legitim, die mit Hilfe der Wert- und Güterabwägung den Wertvorstellungen der lohnabhängigen Arbeitenden bei der Verfassungsauslegung Geltung verschaffen wollen.⁴²

Es ändert nichts an der Richtigkeit dieser Feststellungen der Carl Schmitt-Schule, daß Forsthoff mit seiner Polemik gegen die Wertbetrachtung im Recht die angeblich gebotene Trennung von Staat und Gesellschaft zementieren will. Der wesentliche Inhalt dieser Trennung von Staat und Gesellschaft ist der Schutz des Privateigentums und seiner Konnexinstitute; zu diesen zählt neben der Eigentums- und Vertragsfreiheit nach Forsthoff beispielsweise auch die Pressefreiheit, verstanden als Verlegerfreiheit. Diese ganze Sphäre der privaten Markt-

40 Vgl. dagegen z. B. P. Römer: „Irgendeine Zwischenstufe zwischen verfassungsmäßig und verfassungswidrig – etwa in der Form der ‚Verfassungsfeindlichkeit‘ – gibt es nach dem Verfassungsrecht der BRD nicht und ist rechtslogisch auch nicht vorstellbar“. In: *Wortlaut und Kritik der verfassungswidrigen Januarbeschlüsse*, in Band 3 der vorliegenden Beiträge. Zu den Berufsverboten s. ferner die Bibliographie bei R. Dreier, *Verfassung und Ideologie*, in: D. Wilke/H. Weber (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Friedrich Klein*, 1977, S. 86, Anm. 6; und: IMSF, *Informationsbericht 22, Berufsverbote in der BRD. Eine juristisch-politische Dokumentation*, 1975.

41 P. Römer, *Kleine Bitte um ein wenig Positivismus*, in diesem Band S. 86 ff.. Vgl. auch: H. Ridder, *Negativkonvergenzen? Polemisches zum selektiven Anti-Positivismus*, a.a.O., S. 45 ff.

42 Vgl. auch die Diskussion in der Zeitschrift *Demokratie und Recht*: G. Stuby, *Bemerkungen zum verfassungsrechtlichen Begriff der ‚freiheitlich demokratischen Grundordnung‘*, in: DuR 1976, S. 143 ff.; W. Borchers u. a., *Das Grundgesetz – eine antifaschistische Wertordnung?*, in: DuR 1976, S. 153 ff.; P. Römer, *Verfassungssubstanz und demokratischer Prozeß*, in: DuR 1976, S. 346 ff.

gesellschaft soll als grundrechtlich geschützt dem Zugriff des demokratisch legitimierten Gesetzgebers prinzipiell entzogen sein. Die Grundrechte selbst werden nach dieser Auffassung als Ausgrenzungs- und Abwehrrechte definiert. Werden demgegenüber die Grundrechte als Werte interpretiert, ist ihre Abwehrfunktion nicht mehr wesentlich für sie; sie sind Grundentscheidungen für das politische Gemeinwesen. Aber, um zu dem Ergebnis zu kommen, daß Staat und Gesellschaft zwar voneinander zu unterscheidende, nicht aber aus je eigener Substanz getrennt voneinander existierende Bereiche sind, bedarf es des Rückgriffs auf Werte nicht. Dies Ergebnis ergibt sich bereits aus Art. 20 GG, demgemäß das Volk, von dem alle Staatsgewalt ausgeht, durch seine Organe, insbesondere durch die Gesetzgebungsorgane, grundsätzlich alle seine Verhältnisse, auch diejenigen im Bereich der „Gesellschaft“, im Bereich der Wirtschafts- und Sozialordnung, gestalten und verändern kann. Letztlich ergibt sich aus dem Demokratie- und Sozialstaatsgebot sowie aus der in Art. 1 Abs. 3 statuierten Geltung der Grundrechte für Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung die Unrichtigkeit der verfassungsrechtlichen Doktrin der Trennung von Staat und Gesellschaft. Wer die Richtigkeit der ForsthoFFschen Polemik gegen die Wertbetrachtung im Recht anerkennt, ist deshalb keineswegs gehalten, auch seiner demokratie- und sozialstaatsfeindlichen Grundgesetzinterpretation zu folgen.

Exemplarisch haben die Parteiverbotsurteile sowie der sogenannte Extremistenbeschluß des Bundesverfassungsgerichts betreffend die Einstellung „Radikaler“ in den öffentlichen Dienst deutlich gemacht, daß mit Hilfe einer dem Grundgesetz unterlegten Wertordnung die materiale Legitimität gegen die „formale“ Legalität ausgespielt werden und die Unwerterklärung des Verfassungsfeindes, der sich nicht zu den Werten des Grundgesetzes „bekennt“, betrieben werden kann. Insbesondere im KPD-Verbotsurteil⁴³ zeigt sich die Nähe des aggressiv-streitbaren Freund-Feind-Denkens zum Wertdenken. Aus einzelnen notständischen Bestimmungen des Grundgesetzes, mit deren Hilfe der Grundgesetzgeber

43 Vgl.: *20 Jahre KPD-Urteil. Eine Anti-Festschrift*, 1976; *KPD-Prozeß – Dokumentarwerk zu dem Verfahren über den Antrag der Bundesregierung auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Kommunistischen Partei Deutschlands vor dem Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts*, 3 Bände.

glaubte, Fehler, die in der Weimarer Republik gemacht worden seien, vermeiden zu können, so insbesondere aus Art. 21, Parteiverbot, Art. 18, Verwirkung von Grundrechten, Art. 79 Abs. 3 GG, Ewigkeitsklausel, deduzierte das Bundesverfassungsgericht, den Ausnahmecharakter dieser Bestimmungen vernachlässigend, ein „Prinzip der streitbaren Demokratie“; denn zwar folge das Grundgesetz noch der „traditionell freiheitlichen-demokratischen Linie“, aber es verzichte nicht auf „bloßer Unparteilichkeit auf die Aufstellung und den Schutz eines eigenen Wertsystems“.⁴⁴ Eine Partei kann also verboten werden, wenn sie „oberste Grundwerte“ des freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaates verletzt. Das Ineinssetzen von obersten Grundwerten der Verfassung und freiheitlicher demokratischer Grundordnung schließt eine am Normbestand und den Strukturprinzipien der Verfassung orientierte Verfassungsauslegung aus. Dies Verfahren führt dazu, daß vom Bundesverfassungsgericht der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung aus „völlig heterogenen und verschiedenen kategorialen Ebenen“ angehörenden Prinzipien und Elementen konstituiert wird.⁴⁵ Selbst diese Prinzipien können, weil angeblich aus einer – nicht definierten – Wertordnung abgeleitet, beiseitegeschoben werden zu einer Bestimmung des Begriffs der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, der bewußt gegen jede rationale rechtswissenschaftliche und dogmatische Überprüfbarkeit abgeschirmt wird und abgeschirmt werden muß, weil der jeweilige Begriffsinhalt in Osmose zur Verfassungswirklichkeit und den dort vorherrschenden Interessen- und Machtlagen existieren soll.

Der Begriff der „Verfassungsfeindlichkeit“ orientiert sich nicht einmal mehr an den vom Bundesverfassungsgericht selbst aufgestellten Begriffsmerkmalen der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“. „Mit der Verfassungsfeindlichkeit wird eine Grauzone geschaffen, in der der Grundrechtsstatus des einzelnen und die verfassungsrechtlich gesicherte Stellung der Parteien und Organisationen reduziert wird. ... Es ist dies eine Grauzone, die – je nach dem innen- und außenpolitischen Kräfteverhältnis – eingeschwärzt oder aufgehellt werden kann“.⁴⁶

44 BVerfG 5, 85 ff.

45 H. Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, S. 64.

46 P. Römer, Zur verfassungswidrigen Praxis der Anhörungsverfahren, in Band 3 der vorliegenden Beiträge

Mit Hilfe dieses Begriffs wird vor allem die Grenze verwischt, die besteht zwischen verfassungsgemäß und verfassungswidrig, zwischen der Verfassung als rechtlicher Grundordnung des Staates und der Politik der jeweiligen Staatsregierung, zwischen der prinzipiellen Offenheit der Verfassung hinsichtlich der Wirtschaftsverfassung und der parteiprogrammatischen Festlegung des Blocks der sich selbst als allein regierungsfähig erklärenden Parteien auf die freie Marktwirtschaft.⁴⁷

Die Kritik an der Wertlehre des Bundesverfassungsgerichts in der Literatur setzt vor allem an der intersubjektiven Unüberprüfbarkeit des Wertbegriffs, wie ihn das Bundesverfassungsgericht verwendet, an und wendet sich gegen seine Diffusität und seine beliebige Verwendbarkeit. So wird statt dessen versucht, den Wertbegriff sozialwissenschaftlich zu verankern und ihn damit überhaupt erst in den Rang eines wissenschaftlichen Begriffs zu heben. „Eine sozialwissenschaftliche Perspektive ist allgemein dadurch charakterisiert, daß Wert und Wertsysteme einer wissenschaftlichen Diskussion dann zugänglich sind, wenn die Konstitution eines Wertes auf intersubjektiv begründbare Kriterien des richtigen Verhaltens beruht, wenn die Rangverhältnisse verschiedener Werte im Sinne von Präferenzregeln definiert sind und wenn – im Idealfall – der Inhalt der einzelnen Werte in empirisch überprüfbarer Weise, also operationalisierbar, umschrieben wird“.⁴⁸ Werte sollen also nicht im idealistischen Sinne verstanden werden, sondern als konsensgetragene Vorzugsregeln. Die verfassungsrechtlichen Normen, in erster Linie die Grundrechte, sollen dann einen Zwischenbereich bilden, in dem die auf erfahrungswissenschaftlicher Grundlage erkannten Werte und die positivrechtlichen Normen sich „überschneiden“.⁴⁹ „Ohne eine Verankerung auch in der Wertebene der Gesellschaft hängt die Grundrechtstheorie in der Luft, wenn sie nicht in dezisionistischer Verkürzung die positive Setzung der Grundrechte selbst als hinreichende Legitimationsgrundlage ansehen will“.⁵⁰

Auch diese Variante des Wertdenkens löst rechtswissenschaftliche Rationalität auf. Statt, wie das Bundesverfassungsgericht, zwischen verschiedenen Werten eine „Auf- und Abschaufelungspolitik“ zu betrei-

47 Vgl. ders., ebd.

48 H. Wilke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie. Schritte zu einer normativen Systemtheorie*, 1975, S. 50 f.

49 Ebd., S. 74.

50 Ebd.

ben, wird versucht, die normative Kraft der Grundrechte mittels der Feststellung sozialer Präferenzregeln zu verstärken oder abzuschwächen. Der relative Rationalitätsgewinn bei der Erkenntnis von Werten, wenn sie als auf Konsens gegründete soziale Präferenzregeln erfaßt werden, dient nur dazu, die herrschenden Auffassungen noch besser gegen das geltende Recht durchzusetzen. Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, die sich in der positiven Setzung von Grundrechten äußert, in ihrer Geltungskraft bewahren zu wollen, ist keine „dezisionistische Verkürzung“ – als ob hier die Dezision eines faschistischen Führers zur Debatte stünde –, sondern das Bestreben, den in der Verfassung sich ausdrückenden politischen Kompromiß unterschiedlicher Klassen und Schichten nicht nachträglich zu verfälschen. Zu verfälschen nämlich dadurch, daß an die Stelle dieses Kompromisses die je herrschenden Präferenzen derjenigen gesetzt werden, die über die materiellen Möglichkeiten verfügen, Konsensus herzustellen, notfalls mittels „Berufsverboten“ im staatlichen und wirtschaftlichen Bereich.

Zutreffend weist Podlech unter Berufung auf die grundlegenden Untersuchungen von Arrow darauf hin, daß Regeln zur Sozialgestaltung immer der politischen Entscheidung bedürfen.⁵¹ Es ist einer der bedeutendsten Fortschritte in der Entwicklung menschlicher Gesellschaften, daß diese politischen Entscheidungen über soziale Präferenzordnungen in einem demokratischen rechtlich geordneten Verfahren getroffen – und abgeändert – werden können und daß ihre Verbindlichkeit die Form des Rechts annimmt; eine Form also, die im demokratischen Verfassungsstaat den Fortgang der politisch-sozialen Klassenauseinandersetzung nicht stillstellen soll, aber Gewalt und innerstaatliche bewaffnete Auseinandersetzung ausschließt. Das Verwischen der Grenzen zwischen den rechtlich verbindlich festgestellten sozialen Präferenzordnungen und den nicht rechtlich verbindlich festgestellten sozialen Präferenzordnungen ist deshalb objektiv, nicht notwendigerweise auch der subjektiven Intention nach, eine Option gegen Minoritäten, die nicht einstimmen in den Konsens über herrschende Werte und Interessen. Es ist darüber hinaus tendenziell auch eine Option für die Entfesselung der politischen und sozialen Auseinandersetzung von den rechtlichen Formen; die Entfesselung

51 A. Podlech, Wertentscheidungen und Konsens, in: G. Jakobs (Hrsg.), *Rechtsgeltung und Konsens*, 1970, S. 9 ff., S. 16 ff.

von den rechtlichen Formen bedeutet aber zugleich die Entfesselung von den Formen demokratischer Willensbildung, denn die Demokratie bedarf als eines – wie auch immer im einzelnen ausgestalteten – Verfahrens der rechtlichen Form, indes Interessen und Werte sich durchsetzen können aufgrund gesellschaftlicher und politischer Macht.

Der relative Fortschritt, der gewonnen wird, wenn Werte nicht als objektive, ideale Wesenheiten, sondern als Interessen und wenn Wertungen als Entscheidungen über Interessen erkannt werden, soll damit nicht geleugnet werden. Für die Rechtserkenntnis und insbesondere für die Erkenntnis des Verfassungsrechts kommt es aber entscheidend darauf an, die Interessenwertung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers nachzuvollziehen und ihr, auch und gerade unter veränderten und sich verändernden Bedingungen, Geltung zu verschaffen. Die politikwissenschaftliche und soziologische Analyse des realen gesellschaftlichen Bereichs, auf den sich die Rechtsnorm mit ihrem normativen Programm bezieht, ist deshalb – entgegen der begriffsjuristischen Methode – notwendiger Bestandteil der juristischen Interpretation der Norm. Ihr Zweck ist nicht den Einbruch der Wirklichkeit in den Bereich des Rechts zu ermöglichen, sondern die optimale Geltung des Rechts zu garantieren und den politischen Prozeß als Kampf um ein neues Recht, das im Wege der Gesetzgebung und nicht der Neu- und Uminterpretation zu schaffen ist, zu rationalisieren und anzuleiten.

Der Stellenwert des Rechts

Vom Wert des Rechts wird häufig auch in einem anderen, vor allem in einem rechtssoziologischen und rechtstheoretischen Zusammenhang gesprochen. Dabei geht es weniger darum, positive Rechtsnormen unter Bezugnahme auf Werte zu interpretieren, sondern darum, den Wert des Rechts für die menschliche Gesellschaft überhaupt zu bestimmen. Soweit dabei nicht wiederum in idealistischer Manier auf ewig gültige Normen materialer Gerechtigkeit zurückgegriffen wird, die das positive Recht zu realisieren habe, stellen die Reflexionen über den Wert des Rechts nichts anderes dar als Überlegungen und Analysen über die Funktion des Rechts. Für den historischen Materialismus ist die Frage

nach dem Wert des Rechts die Frage nach seiner Funktion, nach seinem Stellenwert⁵² innerhalb einer Gesellschaftsformation und beim Übergang in eine andere Gesellschaftsformation. Die Antwort auf diese Frage wird bekanntlich in nuce bereits in der Basis-Überbau-Lehre gegeben. Aus der dort formulierten Rückwirkungsfunktion des Rechts auf die Basis der Produktionsverhältnisse, durch die es notwendig seiner Form und seinem Inhalt nach bedingt ist, ergibt sich auch der „Wert“ des Rechts für die sozialistische Gesellschaft. Die Erkenntnis dieser Funktion für die einzelnen Rechtszweige und für die im einzelnen rechtlich geregelten Materien ist von großer Bedeutung für die Entwicklung des Rechtsbewußtseins und damit für die Erhöhung von Geltungskraft und Wirksamkeit des Rechts. Zur Herausbildung eines Rechtsbewußtseins, das sich positiv, bejahend zu Rechtsnormen verhält, bedarf es des Rückgriffs auf irgendwie geartete Vorstellungen vom „Wert“ des sozialistischen Rechts nicht; allein die wissenschaftliche Analyse der Notwendigkeit und der spezifischen Funktion bestimmter positiv gesetzter Rechtsnormen sollte das Mittel sein, mit dem auf die Entwicklung von Rechtsbewußtsein und Rechtsgefühl eingewirkt wird.

Mit diesen Hinweisen soll nicht einem Positivismus das Wort geredet werden, dem jedes Gesetz gleich wert ist. Nicht einmal dem Bundesverfassungsgericht soll grundsätzlich widersprochen werden, wenn es die sich frei entfaltende menschliche Persönlichkeit als höchsten Wert ansieht. Auch für den Sozialismus ist Grundprinzip die volle und freie Entwicklung jedes Individuums, auch er erstrebt als höchsten Wert „vermittels der gesellschaftlichen Produktion allen Gesellschaftsmitgliedern eine Existenz zu sichern, die nicht nur materiell vollkommen ausreichend ist und von Tag zu Tag reicher wird, sondern die ihnen auch die vollständige freie Ausbildung und Betätigung ihrer körperlichen und geistigen Anlagen garantiert“.⁵³ Diese Anerkennung des

52 So W. R. Beyer in einem schriftlichen Diskussionsbeitrag zum internationalen Kolloquium „Wertvorstellungen der Arbeiterklasse im sozialistischen Recht“, veranstaltet vom Lehrstuhl Staats- und Rechtslehre der Sektion Staats- und Rechtswissenschaft der Friedrich-Schiller-Universität Jena vom 13.-15.10.1977. Auch der vorliegende Beitrag geht in wesentlichen Teilen auf den schriftlichen Diskussionsbeitrag seines Verfassers zu diesem Kolloquium zurück.

53 F. Engels, *Anti-Dühring*, MEW 20, S. 263; vgl. auch G. Haney, *Sozialistisches Recht und Persönlichkeit*, 1967; W. Abendroth, Thesen zum Problem des marxistischen Menschenbildes im wissenschaftlichen Zeitalter, in: *Festschrift für A. Arndt*, 1969, S. 13 ff.

Wertes der menschlichen Persönlichkeit führt aber nicht zur Anerkennung einer objektiv existierenden Wertordnung, schafft nicht die Berechtigung, daraus irrational beliebig ein Wertsystem abzuleiten. *Wissenschaftlich* weist der Sozialismus nach, welche Bedingungen gegeben sein müssen, damit dieser Wert der vollen Entwicklung des „Reichtums der menschlichen Natur“ verwirklicht werden kann; er faßt seine Erkenntnisse zusammen in der Forderung nach der Abschaffung des Privateigentums an den Produktionsmitteln und benennt die Klasse, die in der Lage ist, diese Forderungen durchzusetzen: das Proletariat. Dem wissenschaftlichen Sozialismus fehlt es also nicht an Kriterien, z. B. das von einer faschistischen, terroristischen Diktatur erlassene Gesetz als Un-Wert und Un-Recht auszuweisen; ihm fehlt es nicht an Kriterien, den Inhalt bürgerlicher Rechtsordnungen objektiv zu bewerten und ideologisch zu durchleuchten. Aber er vermag auch – und dies ist gegenüber „ultralinken“ Verächtern des formalen bürgerlichen Rechts ebenso festzuhalten wie gegenüber der gutgemeinten „sozialstaatlichen“ oder „antifaschistischen“ Wertauffüllung des positiven Rechts – den allgemeinen Wert bürgerlich-rechtsstaatlich-demokratischer Rechts- und Verfassungssysteme zu erkennen: den Rahmen abzugeben für eine demokratische Entwicklung unter Ausschluss der Anwendung physischer Gewalt⁵⁴ im Interesse der überwältigenden Mehrheit der Bevölkerung.

Zum Verhältnis von sozialistischem Recht und Wert: Z. Peteri, Die Kategorie des Wertes und das sozialistische Recht, in: *Wissenschaftliche Zeitschrift der Friedrich-Schiller-Universität Jena*, Gesellschafts- und sprachwissenschaftliche Reihe, 1966, S. 427 ff.; Autorenkollektiv, *Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts*, Band 1, 1974, S. 81 ff.; W. Lang, Law and Morality from a Marxist Point of View, in: *Rechtstheorie* 1976, S. 137 ff.

54 Zu diesem Wert eindringlich: W. Abendroth, Diskussionsbeitrag, in: P. Römer (Hrsg.), *Der Kampf um das Grundgesetz*, S. 188: „Wenn man so will, kann das Verfassungsrecht als ein jeweiliger Klassenwaffenstillstand gelten, aber im Fortgang des Klassenkampfes, nicht als Klassenfrieden. Ein Klassenwaffenstillstand mit dem Zweck, im Klassenkampf, der als Problem in einer Klassengesellschaft ja niemals aufgehoben sein kann, die physische Gewaltbarkeit auszuklammern und durch andere Formen der Gewalt, natürlich aber durchaus der Gewalt, zu überspielen. Die physische Gewaltbarkeit auszuklammern, ist in der Normalsituation der Fortbewegung ihres historischen Prozesses die angemessene Weise der Existenz der menschlichen Gesellschaft“. Zu der Gefahr, das Recht als Mittel des Klassenfriedens, nicht des Klassenwaffenstillstands, einzusetzen, vgl. K. A. Mollnau, *Vom Aberglauben der juristischen Weltanschauung*, 1974.