

Karsten Gresch
Goethestraße 82

10623 Berlin

17.07.1996

Referat zum Seminar

„Staat - Wert - Recht - Methodik“

bei

Univers.- Prof. Dr. Hans Herbert von Arnim

an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer

Thema Nr. 17: Recht und Werte - Implikationen des Wertverständnisses im Recht.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.	S. I
A. Einleitung.	S. 1
B. Historischer Teil.	
I. Die Entwicklung zur Begriffsjurisprudenz.	S. 1
II. Freirechtslehre und Interessenjurisprudenz.	S. 2
III. Die Entwicklung zur Wertungsjurisprudenz als Antwort auf den Unrechtsstaat.	S. 5
C. Kritik an der Wertungsjurisprudenz.	
- Allgemeine Problematik grundgesetzbezogenen Wertedenkens -	S. 6
I. Die Kritik <i>Forsthoffs</i>.	
- Das Problem der Auswirkungen von Wertmethodik auf das Verfassungssystem -	S. 7
II. Die Kritik <i>Schmitts</i>.	
- Philosophische und praktische Unbrauchbarkeit material-objektiven Wertedenkens -	S. 8
III. Würdigung.	
1. Zur Kritik <i>Forsthoffs</i> .	S. 8
2. Zur Kritik <i>Schmitts</i> .	S. 11
D. Ausblick.	
I. Ansatzpunkte wertorientierter Auslegungsmethodik.	S. 12
II. Die erforderliche Wiederbelebung der Gesetzgebungsmethodik.	S. 13
E. Zusammenfassung.	S. 14

Literaturverzeichnis.

- Alexy, Robert* Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt a.M. 1978
- ders. Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1986
- v.Arnim, Hans Herbert* Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, München 1984
- Bihler, Michael* Rechtsgefühl und Wertung, München 1979
- Dilthey, Wilhelm* Gesammelte Schriften XIV./2, Göttingen 1966
- Dreier, Ralf* Recht - Moral - Ideologie, Frankfurt a.M. 1981
- Ebel, Friedrich* Rechtsgeschichte, Bd. 2: Neuzeit, Heidelberg 1993
- Esser, Josef* Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1972
- ders. und *Stein, Erwin* Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung, Frankfurt a.M. 1966
- Forsthoff, Ernst* Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag (Berlin 1959), S. 35 ff.
- Friedell, Egon* Kulturgeschichte der Neuzeit, (1927 - 1931), u.N. München 1985
- Hartmann, Nicolai* Ethik, Berlin 1962
- Hollerbach, Alexander* Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung, in: AöR 35 (1960), S. 241 ff.
- Jerusalem, Franz W.* Kritik der Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M. 1948
- Larenz, Karl* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin u.a. 1991
- Laufs, Adolf* Rechtsentwicklungen in Deutschland, Berlin - New York 1991
- Lenk, Hans und Maring, Matthias* Bewertung und Werte, in: Ethica 1995, S. 227 ff.
- Meyer, Ernst* Grundzüge einer systematischen Wertungsjurisprudenz, Tübingen 1983
- Müller, Friedrich* Juristische Methodik, Berlin 1995
- Müller, Ingo* Furchtbare Juristen, München 1987
- Neuner, Jörg* Die Rechtsfindung contra legem, München 1990

II

<i>Raisch, Peter</i>	Juristische Methoden, Heidelberg 1995
<i>Rüthers, Bernd</i>	Rechtsordnung und Wertordnung, Konstanz 1986
ders.	Entartetes Recht, München 1989
<i>Scheler, Max</i>	Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, (1916) Nachdruck Bern u. München 1966
<i>Schmitt, Carl</i>	Die Tyrannei der Werte, in: Festschrift zu Ernst <i>Forsthoffs</i> 65. Geburtstag, S.37 ff.
<i>Smend, Rudolf</i>	Verfassung und Verfassungsrecht, München und Leipzig 1928
<i>Stegmüller, Wolfgang</i>	Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie Bd. 1, Stuttgart 1989
<i>Viehweg, Theodor</i>	Topik und Jurisprudenz, München 1974
<i>Weischedel, Wilhelm</i>	Recht und Ethik, Karlsruhe 1956
<i>Wieacker, Franz</i>	Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a.M. 1974
ders.	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1967

A. Einleitung.

Rechtliche Regelung folgt einem Regelungsbedürfnis. Scheint das Instrumentarium zur Erreichung des angestrebten Regelungszwecks nicht ausreichend zu sein, so wird die - stets kommentierende - Jurisprudenz hierzu Regelungsmöglichkeiten aufzeigen¹.

Dabei lassen sich zwei grundlegende Wege der (Neu-)Regelung gehen: entweder wird neues Recht positiv gesetzt oder positives Recht wird durch „Auslegungs“-methodik erweitert.

Beides birgt, wenn es sich um normatives Recht handelt, insbesondere die Gefahr der Rechtsunsicherheit. Wo eine Überfülle von Gesetzesrecht herrscht, vermag der Gesetzesadressat den Regelungsinhalt nicht mehr zu übersehen. Wo hingegen der Gesetzestext erst größerer methodischer Annäherung bedarf, kann ihn der Adressat nicht mehr nachvollziehen.

Die Jurisprudenz ist gezwungen, den Entwicklungen, welche Regelungsbedürfnisse begründen, stets nur zu folgen; sie folgt ihnen aber als wichtiges, „seismographisches“ Korrektiv im Nachhinein, indem sie den Weg zur Anpassung des normativen Rechts an die Rechtswirklichkeit ebnet.

B. Historischer Teil.

I. Die Entwicklung zur Begriffsjurisprudenz.

Bisweilen bedarf die Jurisprudenz aber auch gewisser Erholung. Als am Ende des 18. Jahrhunderts der gewaltige Aufschwung der Naturwissenschaft im Verbund mit den politischen Veränderungen das Wirtschafts- und Sozialgefüge Europas mit Wucht zu verändern begann, mochte die deutsche Rechtswissenschaft sich dem zunächst nicht entziehen. Begeistert wurden Kodifikationen gefordert, die von der Jurisprudenz zu entwickeln seien².

v.Savignys Veto³ verordnete ihr indes eine Aufgabe, die zum Biedermeierschlaf der deutschen Rechtswissenschaft führen sollte⁴: es galt, das *Corpus Iuris* nunmehr zu extrahieren, anstelle es wie vormals nur zu kommentieren. Aus der Fülle der vorge-

¹ Man denke an die Aufbrechung des Legislationenprozesses, gegründet auf die Ratschläge der *iuris consulti*, dazu *Raisch*, S. 9 f., oder an die Einführung der *equity* (dazu v. *Bernstorff*, S. 4 ff.) aufgrund der Selbstbindung des Chancellors, der allerdings die für England typische Verbindung von Rechtskunde und Rechtspraxis darstellte.

² Vergl. *Hattenhauer*, S. 542 ff.

³ „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft“ (1814), dazu *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, S. 390 ff. Sein Postulat vom im „Volksgeist“ gewachsenen, „organischen“ Recht vermochte v.Savigny freilich selbst nicht einzuhalten.

⁴ Dies entsprach dem sich entwickelnden Geist zur „inneren Einkehr“, zur historischen Reflexion, was sich bei *Mörike*, *Kerner* oder *Rückert* zeigte, bei den Nazarenern ebenso wie bei *Schumann*.

fundenen Einzelbeispiele wurden abstrakte Begrifflichkeiten, „Rechtsinstitute“, herausgearbeitet, die nach und nach zu größeren Systemen zusammengefügt wurden.

Hierbei wurde allmählich der historische Bezug zum römischen Recht zugunsten der neu entwickelten Systeme verdrängt, die sich auch strukturell schon weit vom *personae-res-actiones*-Schema *Gaius*' entfernt hatten, da ihr Ziel in erster Linie in der Erarbeitung zeitgemäßer Kodifikationen lag. Konnten die neuen Erkenntnisse alsbald für Gesetzgebungsvorhaben auch fruchtbar gemacht werden⁵, so begnügte die Jurisprudenz sich mit solchen Anfangserfolgen nicht.

Dem zeitgemäßen Hang zur Formel, zum naturwissenschaftlichen Beweis, folgend, sollten die Systeme derart verbessert werden, daß mit ihren Begriffen gleichsam „gerechnet“ werden konnte, was zu Rechtsregelgefügen hoher systematischer Durchdringung, aber auch hoher Starrheit führte.

Das Spätwerk⁶ des Schaffens zweier Gelehrten generationen, das BGB, ließ während seiner Entstehung schon die Probleme erkennen, die in den Systematiken der Begriffsjurisprudenz begründet waren.

So ermöglichten das Vor-die-Klammer-Ziehen und die Verweisungstechnik, spezielle Regelungen zu reduzieren⁷, ohne die Regelungsdichte zu verringern. Das hatte den Vorteil, daß „Planken“ nicht mehr von „Staketen“ unterschieden werden mußten⁸. Verständlich war aber, gerade wegen seiner erhöhten Abstraktion, der Gesetzestext nur noch demjenigen, welcher dessen Systematik verstand, also dem juristischen Professionellen.

Gleichzeitig bedingte der erhöhte Abstraktionsgrad ein größeres Auslegungsbedürfnis einzelner Begriffe. Der juristische Professionelle, der in der Praxis über die Begriffsauslegung letztlich entschied, war der Richter. Dieser stand daher nun ganz im Mittelpunkt des Interesses, spätestens jetzt richtete sich die Jurisprudenz an ihm aus⁹, wurde juristische Methodik Auslegungsmethodik¹⁰.

II. Freirechtslehre und Interessenjurisprudenz.

Die vielbeachtete Kritik des *Conring*-Nachfahren *v.Ihering* an einer bloß begriffsorientierten Jurisprudenz¹¹, welche dem Positiven des Rechts den Anschein des Logi-

⁵ Z.B. das Wechselgesetz, das Sächsische Obligationenrecht oder das ADHGB von 1861.

⁶ *Wieackers* Bezeichnung „Spätgeburt“ erscheint wegen ihres negativen Anklangs wenig passend.

⁷ Von der „Idylle des Bienenrechts“ (*Wieacker*, Rechtsgeschichte S. 471) und anderen wenigen Ausnahmen abgesehen.

⁸ Vergl. ALR I 8 § 158.

⁹ Was die juristische Ausbildung in Deutschland aufgrund ihrer Regelung in den Reichsjustizgesetzen von 1879 bis heute beeinflusste.

¹⁰ Noch im 18. Jahrhundert war juristische Methodik vorrangig Gesetzgebungsmethodik, vergl. nur *Raisch*, S. 64 f.

¹¹ *v.Ihering*, Im juristischen Begriffshimmel, S. 259 f.

schen geben wolle und dabei verkenne, daß grundlegend für Rechtsetzung der Zweck sei, welchen der Rechtsetzende, also der jeweils Mächtige mit der Rechtsetzung verfolge¹², kündigte den sich entwickelnden Streit um ein Rechtssystem an, das zwar ein brillant, doch am sozialen Alltag vorbei formuliertes, von vornherein erweiterungsbedürftiges Regelungsgefüge darstellen sollte¹³.

Die Auseinandersetzungen um das BGB¹⁴ während seiner Entstehungsphasen bestätigten v.*Iherings* Thesen.

In Gesetzesform wurden nicht nur Pandekten gegossen, sondern auch sozialer Konfliktstoff; das Gesellschaftsbild des BGB spiegelte einseitig den Stand seiner Schöpfer, also den des Bürgertums wider und ließ die Arbeiterklasse unberücksichtigt¹⁵.

Ebenso wurden Rechtsinstitute nicht aufgenommen, die zwar schon entwickelt und für eine zeitgemäße Anpassung des römischen Rechts erforderlich waren, aber gerade wegen ihrer Abweichung vom römischen Recht den BGB-Kommissionen zu gewagt schienen¹⁶.

Das Problem, welches sich nun ergab, war ganz auf den Richter bezogen. Wie sollte dieser entscheiden, Recht finden, wenn er eine gesetzliche Regelung für nicht anwendbar hielt oder eine solche gar nicht vorhanden war?

Zwar war man sich einig darüber, daß Regelungen wie in § 46 ff. EALR, nach denen in Zweifelsfällen der Richter sich an die „Gesetzgebungscommission“, bei Gesetzeslücken gar an den „Chef der Justiz“ zu wenden hatte, zu einem unerträglichen Stillstand der Rechtspflege führen würde. Insofern sollte es dem Richter möglich sein, mittels bestimmter Methoden den Gesetzestext auslegend zu erweitern¹⁷.

Über den Umfang dieser Erweiterungen und den ihnen zugrunde liegenden Methoden herrschte allerdings Uneinigkeit.

Der überwiegende Teil der Lehre folgte dem von v.*Savigny* entwickelten¹⁸ *canon* objektiver Auslegungsmethodik¹⁹, der als ebenso verbindlich wie gesetztes Recht angesehen wurde. Dies führte schließlich zu derart positivistischen Ansichten wie der *Bergbohms*, nach der der Richter, welcher unter Anwendung aller zulässigen dedukti-

¹² Siehe *Raisch*, S. 108 f.

¹³ *Laufs*, S. 268 ff.

¹⁴ Vergl. *Laufs*, S. 264 ff.

¹⁵ Dazu *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher, S. 16 ff.

¹⁶ Wie z.B. das schon von v.*Ihering* entwickelte Institut der *culpa in contrahendo* oder seine Unterscheidung zwischen Botem und Stellvertreter, später insbesondere das Institut der positiven Forderungsverletzung.

¹⁷ Dies entsprach schon der Auffassung des späteren v.*Savigny*, der die Rechtsfortbildung durch Analogie im Gegensatz zu einer früheren Ansicht, nach der der Gesetzgeber allein Recht erweitern dürfe, zuließ. Vergl. F. *Müller*, S. 81 f.

¹⁸ v.*Savigny* leitete ihn übrigens von den Methoden der Glossatoren ab; das *Corpus Iuris* enthält nur wenige und widersprüchliche Angaben zur Auslegungsmethodik.

¹⁹ Also der grammatischen, logischen, systematischen und historischen Auslegung, wobei v.*Savigny* über die systematische Auslegung die Rechtsfortbildung durch Analogie zuließ.

ven Hilfsmittel auslege, auch alle rechtlichen Fragen beantworten könne; was sich aber einem Ausspruch entziehe, sei letztlich „unjuristisch“, „rechtsfrei“²⁰.

Gegen diese Ansätze eines sich verstärkenden Gesetzespositivismus²¹ wandte sich die Freirechtslehre, welche ihre Ansichten, der zeittypischen Tendenz zu radikaler Polarisierung folgend²², oft derart polemisch formulierte, daß ihr eigentliches Bestreben dadurch überdeckt wurde

Die Freirechtsbewegung vertrat die Auffassung, der Richter sei nicht lediglich ein rechtsauslegender, sondern rechtsschöpfender Jurist. Seine Gestaltungsbefugnis ginge insofern über die des Gesetzgebers hinaus, als der Richter für die Fälle, bei denen der Gesetzeswortlaut mehrdeutig und „offenkundig“ ungewollt sei, nach „freiem“ Recht, entscheiden dürfe²³, notfalls gar nach „Willkür“²⁴.

Die Gedanken v. *Iherings* und der Freirechtsbewegung aufgreifend, formulierte *Heck* 1912 die Grundsätze der Interessenjurisprudenz, als einer subjektiven Methode der Ausfüllung von Gesetzeslücken.

Recht regle danach unterschiedliche, ineinandergreifende „Begehrungsdispositionen“ materieller, religiöser oder ethischer Natur, die „Interessen“.

Für den Fall, daß ein rechtliches Gebot Interessen nicht oder nur unzureichend regle, habe der Richter das ihm zur Entscheidung verfügbare Recht auszulegen, indem er durch historisch-philologische „Interessenforschung“ die vom Gesetzgeber bestrebte Interessenregelung zunächst erforsche, um dadurch bei seiner Entscheidung die erkannte Interessenlage möglichst ausgleichend zu berücksichtigen, was nötigenfalls auf eigener Bewertung der berührten Interessen geschehen könne²⁵.

²⁰ Dazu *Raisch*, S. 109 f.

²¹ Der von dem der Begriffsjurisprudenz getrennt werden muß, weshalb insofern *Ebels* Gleichstellung von Begriffsjurisprudenz und Rechts- bzw. Gesetzespositivismus (*Ebel*, S. 149) unzutreffend ist; vergl. schon *Jerusalem*, S. 148 f. und *Larenz*, S. 22 Fn. 8.

²² Diese Tendenz zeigte sich beim Wagnerianerstreit ebenso wie beim Streit um die Zuschreibung des von *Morris Moore* erstandenen vermeintlichen Raffaelgemäldes „Apoll und Marsyas“, letztlich im sich stetig übersteigernden Nationalismus. Insbesondere *Kantorowicz*’ (alias *Gnaeus Flavius*) „Kampf um die Rechtswissenschaft“ (1906) emotionalisierte wegen seiner oft drastischen Formulierungen die Auseinandersetzung.

²³ Dieser Ansicht liegt auch Art. 1 Abs. 2 des Schweizer ZGBs zugrunde, nach der der Richter, wenn dem Gesetz keine passende Vorschrift entnommen werden kann, nach Gewohnheitsrecht, nötigenfalls nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, entscheiden solle, was aber in Abs. 3 dadurch eingeschränkt wird, daß der Richter „bewährter Lehre und Überlieferung“ zu folgen habe. Schon *Zeillers* ABGB entspricht in § 7 diesem Gedanken.

²⁴ Zum ganzen *Raisch*, S. 110 ff.

²⁵ *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 1 ff.; vergl. auch *Larenz*, S. 49 ff., der allerdings die - ältere - Interessenjurisprudenz vor der Freirechtsbewegung einordnet, was chronologisch schon nicht nachvollziehbar ist.

III. Die Entwicklung zur Wertungsjurisprudenz als Antwort auf den Unrechtsstaat.

Je mehr sich das Sozialgefüge in Deutschland von dem Sozialmodell des BGBs entfernte, desto größer war die Bereitschaft in der Zivilrechtsjurisprudenz, über das *Savignysche quartum* hinaus das Gesetz auszulegen.

Gerade hierbei konnte die objektive Auslegungsmethode, die vor allem die juristische Ausbildung beherrschte, nicht ergiebig sein, bot sie doch außer dem Gesetzestext und dem ihm zugrunde liegenden Rechtssystem keine weiteren Anhaltspunkte.

Daher wandte man sich nach dem Ende der Monarchie auf dem Bereich der Zivilrechtswissenschaft der Interessenjurisprudenz und der mit dieser verbundenen subjektiven Methode zu.

Dagegen wurde auf dem Gebiet der Verfassungsrechtslehre der Methodenstreit ausgetragen, der die Zivilrechtslehre zuvor beherrscht hatte. Hier richtete sich die von v. Gerber und Laband begründete ganz überwiegende, traditionelle und objektiv-positivrechtlich ausgerichtete Lehre gegen unterschiedliche Versuche, Ansätze anderer wissenschaftlicher Disziplinen zur Verfassungsinterpretation heranzuziehen²⁶. Diese Auseinandersetzung wurde jäh unterbrochen.

Der Zusammenbruch Deutschlands, der nicht 1945 erfolgte²⁷, sondern 1933, und der in der beginnenden Pervertierung eines ganzen Staates zu einem bestialischen Allvernichtungsorganismus lag, führte auch in der Jurisprudenz zu todbringenden Früchten des Kollektivwahnsinns²⁸, zur methodischen Schizophrenie: da, wo nationalsozialistisches Unrecht schon normiert war, sollte es möglichst positivistisch ausgelegt werden. Wo aber altes Recht noch bestand oder wo neue Gesetze den sich stetig verschlimmernd wandelnden NS-Doktrinen nicht mehr entsprachen, wurde im Sinne einer „völkischen“ Freirechtslehre des „konkreten Ordnungsdenkens“ (*Schmitt*) resp. des „konkret-allgemeinen Begriffes“ (*Larenz*) Unrecht gesprochen *contra legem*, zunächst noch mit einer auf Generalklauseln gestützten Argumentation, später über Pseudomethoden, bei denen übergesetztlich die jeweils anzuwendende Doktrin²⁹ war. Schließlich konnte kein Tatbestandsmerkmal eines Gesetzes vor einer völlig willkürlichen Auslegung sicher sein³⁰.

Die Angst um die eigene Existenzhaltung, aber auch tiefe Betroffenheit führten zur ganz überwiegenden Abkehr von rein positivistischen Ansätzen in der Jurisprudenz nach dem Ende des zweiten Weltkriegs.

²⁶ Beispielsweise politologisch-soziologische Ansätze *Schmitts*, sowie die weiter unten besprochene Verfassungslehre *Smends*, der Gedanken der Interessenjurisprudenz mit solchen der damals beliebten Kulturgeschichte verband, die in *Spengler* und *Friedell* allgemein beachtete Vertreter fand.

²⁷ Wie es mit Vorliebe und mit dem - zynischen - Unterton des Bedauerns in der Schulbuch- und Trivialhistorie dargestellt wird, vergl. aber auch *Ebel*, S. 246 u. S. 258.

²⁸ Zu den allgemeinen Wirkungen des Massenwahnsinns *Friedell*, S. 95 ff.

²⁹ Dies bedeutete letztlich: „Des Führers Wille ist des Volkes Gesetz“, siehe *Rüthers*, Entartetes Recht, S. 48.

³⁰ Siehe dazu *Raisch*, S. 120 ff., *I. Müller*, S. 75 ff. u. S. 144 ff. sowie *Rüthers*, Entartetes Recht, S. 54 ff.

Es wurde davon ausgegangen, Jurisprudenz und Rechtsprechung seien mangels eines gefestigten Wertebewußtseins zu „unschuldig“ gewesen, das Unrecht der NS-Gesetzgebung und der „völkischen“ Auslegungsmethode zu erkennen und zu verhindern.³¹ Die vielbeschworene „Gesetzestreue“ der Richter hätte vielmehr die Befolgung der NS-Gesetze erfordert³².

Um solches zukünftig zu vermeiden, bedurfte es nach allgemeiner Auffassung einer Wertbegründung durch den Gesetzgeber, die sich schließlich im Grundgesetz niederschlug.

Gleichzeitig mußte, wenn nicht das gesamte Recht neu gesetzt werden sollte, ein Weg gefunden werden, die Wertentscheidungen des Verfassungsgebers auf allen Rechtsgebieten anwenden zu können.

Aufbauend auf den Lehren *Smends* und *E. Kaufmanns* entwickelte sich die Lehre der Wertungsjurisprudenz, die das Rechtsleben der Bundesrepublik Deutschland maßgeblich bestimmen sollte. Ihr Ausgangspunkt ist, daß dem Grundgesetz eine - normierte - Entscheidung des Verfassungsgebers zu einer bestimmten Werteordnung zugrunde liegt. Bei der Gesetzesauslegung im Rahmen richterlicher Entscheidung sei nicht nur der vom Gesetzgeber entschiedene Interessenkonflikt zu ermitteln. Vielmehr müsse ausgeforscht werden, welche Werte eine bestimmte (unter-)gesetzliche Regelung betreffe. Die Regelung sei nun so auszulegen, daß sie mit der Werteordnung des Grundgesetzes in Einklang stehen könne³³, wobei extensive resp. restriktive Auslegung über das nach den traditionellen *canones* zulässige Maß hinaus gehen dürfe.

Das Problem, wer zumindest für die Rechtspraxis die im Grundgesetz niedergelegte Werteordnung, wer das Grundgesetz überhaupt letztverbindlich auslegen sollte, schien mit der Bildung des Bundesverfassungsgerichts und der ihm zugeteilten, weitreichenden Befugnisse, gelöst.

C. Kritik an der Wertungsjurisprudenz.

Sowohl die Einbeziehung von Werten in die Auslegungsmethodik, als auch die Entscheidung, letztlich das Bundesverfassungsgericht diese Werte wenigstens für die Rechtspraxis festlegen zu lassen, fanden nicht nur ungeteilte Zustimmung, ergaben sich nämlich hierdurch neue, problematische Veränderungen.

³¹ Siehe dazu das Vorwort zu *Esser/Stein*, Werte und Wertewandel und *I. Müller*, S. 221 ff. Diese Annahme war ganz irrig: in der völlig begeisterten Annahme des nationalsozialistischen Gedanken „guts“ lag eine Entscheidung zu einer bestimmten (Un-)Wertordnung vor, die sich gerade darin äußerte, wie mit dem alten, allen ausreichend vertrauten Recht umgegangen wurde; hier lag keine unschuldige Wertunkenntnis, sondern schuldbe gründende Unwertbejahung vor.

³² Vergl. *I. Müller*, S. 221 ff.

³³ Siehe *Weischedel*, S. 19 ff.

Zum einen mußte der schon durch die Interessenjurisprudenz erweiterte *Savigny-sche* Auslegungscanon nun auf allen Rechtsgebieten erheblich modifiziert, aufgebrochen werden, da die wertorientierte Auslegungsmethode über alle andere Methoden zu stellen war; es sollte ja gerade vermieden werden, daß, im Sinne hergebrachter Methodik fehlerfrei, ein Verstoß gegen die im Grundgesetz dargelegten grundsätzlichen Wertentscheidungen erfolgte³⁴.

Dies brachte eine erhebliche methodische Verunsicherung und ein ganz neuartiges „Auslegungs“denken mit sich was zu den heute allgegenwärtigen topischen und diskursiven Auslegungscanones³⁵ führte.

Zum anderen vermochte das Bundesverfassungsgericht mit seiner großen, das Gewaltenteilungsprinzip durchbrechenden Kompetenzfülle lediglich über eine Änderung der Auslegungsmethodik in das Verfassungsgefüge selbst ändernd einzugreifen, was dann problematisch zu werden drohte, wenn es in der Bevölkerung keinen Grundkonsens zu den Entscheidungen des Gerichts geben würde³⁶.

Diese Veränderungen riefen insbesondere die Kritik Ernst *Forsthoffs*³⁷ und Carl *Schmitts*³⁸, also zweier Juristen hervor, die den nationalsozialistischen Unrechtsstaat juristisch wesentlich zu begründen halfen.

I. Die Kritik *Forsthoffs*.

Ausgehend von der Verfassungslehre *Smends*³⁹, kritisierte Forsthoff die darin dargestellte Annahme, die Grundrechte der WRV seien Ausdruck eines Wertesystems, welches wiederum die wichtigste Interpretationsgrundlage gegenüber den Grundrechten darstelle.

Hierdurch erhielten bloße Programmsätzenämlich normativen Charakter, was um so schlimmer sei, als daß durch die Einbeziehung einer geisteswissenschaftlichen, nicht originär juristischen Methode die Rechtsaussage von Normen bedenklich unklar werde⁴⁰.

Durch die Einbeziehung der wertorientierten Methode in alle Gesetzesbereiche, durch die Drittwirkung der Grundrechte, werde eine Verfassungswandlung ungeahnten Ausmaßes herbeigeführt, indem bloße Freiheitsverbürgungen in Pflichten enthaltende Rechtssätze umgedeutet würden⁴¹.

³⁴ Weischedel, a.a.O., Meyer, S. 82 ff.

³⁵ Zur Topik als Rechtfertigungsmethode grundlegend Viehweg, S. 119, zur diskursiven Methode Alexy, S. 334ff.

³⁶ Vergl. Dreier, S. 123 ff.

³⁷ Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, S. 35 ff.

³⁸ Schmitt, Die Tyrannei der Werte, S. 37 ff.

³⁹ Siehe Smend, S. 128 ff., S. 163.

⁴⁰ Forsthoff, S. 44 f.

⁴¹ Forsthoff führt dies an der Sozialstaatsrechtsprechung des BAG aus, die er als Mißlungenes Ergebnis der Drittwirkung der Grundrechte bezeichnet.

Die Methode der Wertungsjurisprudenz führe daher zu einer Verringerung der Rationalität und Evidenz der Verfassung. Diese werde entformalisiert, wenn rechtliche Methodik nicht mehr auf den Syllogismus sich berufe, sondern auf Werte.

Der Rechtsstaat drohe sich in einen Justizstaat zu verwandeln, da die methodische Unklarheit der geisteswissenschaftlichen Hermeneutik notwendig eine Auflösung des gesamten Rechts in unsystematische, beliebige Kasuistik mit sich brächte⁴².

II. Die Kritik *Schmitts*.

Während *Forsthoff* Methoden der Rechtsanwendung vornehmlich kritisierte, vertrat *Schmitt* die Ansicht, Wertesysteme selbst seien schon unbrauchbar und daher erst recht für den juristischen Gebrauch nicht zu verwenden.

Die von Schmitt kritisierte materiale Wertethik *Schellers*⁴³ und *Hartmanns*⁴⁴ leite sich von ökonomischen Wertprinzipien ab. Werde aber die „Tauschgerechtigkeit“ der Ökonomie auf den Bereich einer Wertethik übertragen, so hätte dies eine seltsame Auswirkung auf deren Werte: es richte sich eine Werteskala an dem zu einem als solchen erklärten „Höchsten Wert“ aus.

Werte hätten indes eine Negativwirkung. Wo etwas zum höchsten Wert erklärt werde, bilde sich alsbald eine Werteskala hin zu immer geringeren Werten aus, bis schließlich ein höchster Unwert erreicht werde.

Ziel des höchsten Wertes sei aber, sich immer weiter auszudehnen, was schließlich die Vernichtung des höchsten Unwerts bedeute.

Werde Wertdenken in Rechtsauslegung miteinbezogen, so führe dies zu einem Wertevollzug anstelle eines Gesetzesvollzugs, was uneingeschränkten Rechtsmißbrauch, eine „Tyrannei der Werte“⁴⁵ ermögliche.

Aus diesem Grunde sei es Sache des Gesetzgebers, durch berechenbare und vollziehbare Gesetzgebung, den „Terror“ eines unmittelbaren Wertevollzug zu verhindern⁴⁶.

⁴² *Forsthoff*, S. 55 ff.

⁴³ Hierzu *Stegmüller*, S. 110 ff.

⁴⁴ *Stegmüller*, S. 275 ff.

⁴⁵ Nach *Hartmann*, S. 574; das von *Schmitt*, a.a.O. S. 59 Fn.8 angegebene Zitat, das sich auf die auf S. 524 fortfolgenden Seiten der Erstausgabe bezieht, war mir nicht nachvollziehbar.

⁴⁶ *Schmitt* nimmt auf S. 48 *Binding* als Verfasser der Schrift „Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens“ (vergl. *Hattenhauer*, S. 694 ff.) in Schutz mit dem Argument, dieser habe auf den Bestand der Rechtsordnung vertraut.

III. Würdigung.

1. Zur Kritik *Forsthoffs*.

Mit verblüffender Klarsichtigkeit hat *Forsthoff* eine Entwicklung vorausgesagt, die tatsächlich eintreten sollte.

Wertorientiertes Denken hat sich in Rechtstheorie und -praxis hinsichtlich der Auslegungsmethodik durchgesetzt und ist in dem andauernden Methodenstreit allgegenwärtig.

So ist die Jurisprudenz sich derzeitig immer noch ganz herrschend darüber einig, daß Werte in juristischer Auslegungsmethodik miteinzubeziehen sind⁴⁷; der Streit beschränkt sich letztlich darauf, wie dies zu geschehen habe.

Die gesamte Rechtsprechung, bestimmt von der des Bundesverfassungsgerichts, geht von einer „objektiven Wertordnung“, einem „Wertsystem“, aus, die im Grundgesetz objektiv normiert seien⁴⁸. Insbesondere dort, wo Rechtsfragen zu entscheiden waren, die sich aus der sozio-biologischen Eigenart des Menschen ergeben - und daher dem raschen Sittenwandel unterliegen -, erfolgte eine in der Argumentation wertbestimmte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die schon wegen § 31 Abs.1 BVerfGG auf alle anderen Gerichte ausstrahlte⁴⁹.

Das von *Forsthoff* erkannte Problem der Bedeutung, der Auswirkung einer Werterkenntnis, hat zu verstärkter Rechtsunsicherheit geführt.

Tatsächlich ist man sich uneins darüber, wo Werte (über die Grundrechte) Drittwirkung entfalten können, wo sie Grenzen eines Grundrechtseingriffs ziehen etc. Über die Tragweite von Begriffen wie denen des „Sozial-“ oder des „Rechtsstaats“, der „Freiheit“ oder der „Menschenwürde“ herrscht völlige Uneinigkeit⁵⁰.

Die daraus resultierende Aufwertung der Justiz gegenüber dem Gesetzgeber ist eingetreten, da die Werteordnung bei wertorientierter Auslegungsmethodik vor eine Klammer gesetzt wurde und wird, die das gesamte Rechtssystem einschließt - mit seinen überkommenen *canones*. Wenigstens in den in § 31 Abs. 2 BVerfGG geregelten Fällen ist die Normkraft einfacher Gesetze stark verändert worden.

Somit ist der von *Forsthoff* vorausgesagte „Justizstaat“ eingetreten; ohne Kenntnis der Rechtsprechung wenigstens des Bundesverfassungsgerichts ist unsere Verfassung, ist unser Rechtssystem nicht mehr zu verstehen.

Hat *Forsthoff* auch deutlich die Problematik der Wertungsjurisprudenz aufgezeigt, so ist das, was er dem an **Konstruktivem** entgegensetzt, nicht fruchtbar zu machen.

⁴⁷ Siehe *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 23, v.*Arnim*, S. 111 ff., *Brugger*, S. 1 ff., *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 162 ff.

⁴⁸ BVerfGE 7, 198, 205 („Lüth“); 33, 23, 29 („Eidesverweigerung“).

⁴⁹ Vergl. *F. Müller*, S.62 ff.

⁵⁰ Siehe *Dreier*, S. 112 f.

Die Abgrenzung der „juristischen“ von der verwerflichen „geisteswissenschaftlichen“ Methode befremdet, da die juristische Methode wiederum von *Forsthoff* eine hermeneutische genannt wird, womit er ihr aber die Eigenschaft, geisteswissenschaftlich zu sein, gleichzeitig zuspricht⁵¹.

Offenbar liegt hier indes nicht das Bemühen vor, die Jurisprudenz als eine zwischen Natur- und Geisteswissenschaft stehende neuartige und eigenständige Wissenschaft zu begründen⁵². *Forsthoff* versucht vielmehr darzulegen, weshalb der von ihm verehrte „klassische“ Auslegungscanon einem wertbezogenen vorzuziehen sei, was aber an der wenig differenzierten Darstellung *Forstoffs* des vermeintlich alter Tradition entsprechenden Auslegungscansons scheitert.

Der historische Umstand eines dauernden Wechsels zwischen streng positivistischen und erweiternden *canones* seit dem Römischen Recht⁵³ zeigt allein, wie wenig stimmig es ist, von „alter Tradition“ zu sprechen, von einer jahrhundertealten Praxis, die schließlich durch v. Savigny festgehalten worden sei. Wenn *Forsthoff* plötzlich die (subjektiv-) teleologische Methode bemüht⁵⁴ und damit selbst den „klassischen“ *canon* überschreitet, zeigt sich hierin ein der Beliebigkeit preisgegebenes historisches und begriffliches Methodenverständnis.

Forsthoff übersieht, daß das „klassische“ *quantum* für ein enthistorisiertes Zivilrechtssystem formuliert wurde. Das Grundgesetz ist aber ein historisch bedingtes Verfassungsgesetz, ist „Verfassung in der Zeit“⁵⁵. Führt man sich vor Augen, wie schnell die Umsetzung des erwähnten enthistorisierten Zivilrechtssystem in ein geschichtsbedingtes Zivilgesetz die Änderung der Auslegungsmethodik erforderlich machte (s.o., B. I. u. II.), so wird offenbar, daß das Grundgesetz, das nicht nur rechtshistorisch-begrifflich, sondern auch staatsphilosophisch-ethisch wesentlich geprägt ist, ein erweitertes methodisches Verständnis erfordert, um nicht bloßes Sprachspiel aus Sollenssätzen zu werden, was es wegen der Unbestimmtheit der meisten in ihm enthaltenen Begriffe aber würde⁵⁶.

Schließlich ist *Forstoffs* Abgrenzung von „Rechtsstaat“⁵⁷ und „Justizstaat“ fragwürdig da sie einander bedingende Prinzipien unvereinbar zu machen sucht. Die Warnung vor der Verfassungsauflösung in Kasuistik bedeutete, wenn sie ernst genommen

⁵¹ Da der Begriff „geisteswissenschaftliche Methode“ den Begriff der hermeneutischen Methode immer miteinschließt, vergl. *Dilthey*, S. 691 ff.

⁵² Vergl. schon *Hollerbach*, S. 261.

⁵³ Insofern sei summarisch auf die Darstellung bei *Raisch*, S. 5 - 131, verwiesen. Dieser Wandel folgt im oben ausgeführten Sinne dem sich bislang stets wiederholendem Wechsel von Naturrechts- und Positivismusströmungen.

⁵⁴ *Forsthoff*, S. 45 a.E. *Forsthoff* versucht darzustellen, wie man die Grundrechtsdrittwirkung mit der objektiv-teleologischen Methode begründen kann. Die Ableitungen der Wertungsjurisprudenz seien hier nichts anderes „als eine einzige *petitio principii*“, was vor dem Hintergrund des von *Waiblinger* in seiner Schrift für dieses Seminar auf S. 12 angeführten Beispiels besonders pikant ist.

⁵⁵ *Hesse*, S. 11.

⁵⁶ Den „Wesensgehalt“ der Grundrechte (Art. 19 Abs. 2 GG) anhand des „klassischen“ *canons* auszulegen, dürfte interessante Ergebnisse hervorbringen.

⁵⁷ Womit der liberale Rechtsstaat gemeint ist (vergl. *Hollerbach*, S. 244 f.). 1934 bezeichnete *Forsthoff* ihn noch als „(...) Prototyp einer Gemeinschaft ohne Ehre und Würde“, *Forsthoff*, JW 1934 S. 713.

wird, nichts anderes, als dem Grundgesetz selbst keine Überlebensfähigkeit zusprechen zu wollen; ohne eine Angleichung der ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe des Grundgesetzes würde dieses unverständlich, unsinnig, letztlich unanwendbar werden.

2. Zur Kritik *Schmitts*.

Der Ansatz *Schmitts*, die praktische Unbrauchbarkeit eines material-objektiven Wertesystems erst philosophisch aufzuzeigen, um darauf feststellen zu können, wie problematisch die Einbettung eines solchen Systems in die Auslegungsmethodik sei, ist klar und nachvollziehbar.

Daß das material-objektive Wertesystem *Schellers* und *Hartmanns* unbrauchbar ist, da es von der Objektivität und Erkennbarkeit von Werten ausgeht, was zur Wertetyrannie führen muß, wenn jeder einen subjektiv erkannten als objektiven und vorzugswürdigen hinstellt, zeigt sich gut bei *Scheler* selbst. Scheler behauptet nämlich, allgemeinverbindlich eine Wertstufung von fünf Personentypen als „Personenwerten“ erkannt zu haben, deren Überleben wichtiger als das der übrigen Menschen sei⁵⁸.

Problematischer scheint das Argument der Werteskala zu sein, bei der der „höchste Wert“ den „höchsten Unwert“ zu vernichten suche, da *Schmitt* dieses Prinzip gegen das wertorientierte Denken als solches anführt. Das Argument der Werteskala ist deshalb wichtig, weil an Betrachtung des Grundgesetzes, das sich zu der Menschenwürde als oberstem Prinzip bekennt, angenommen werden könnte, an diesem Prinzip könne sich ebenfalls eine zur Wertetyrannie führende Skala ausbilden.

Doch hat das Werteskalenargument erhebliche Schwachstellen. Ginge man beispielsweise davon aus, der „höchste Wert“ sei bei der Vernichtung des „höchsten Unwerts“ irgendwann einmal erfolgreich (ob man von einer völligen Vernichtbarkeit von Werten [die deren Objektivität im Sinne *Schellers* bezweifeln ließe] oder nur ihres Wirksamkeitsverlustes, sei hier ohne Belang). Dann befände sich auf der Werteskala plötzlich der unmittelbar über dem „höchsten Unwert“ liegende (Un-)Wert, der wiederum vom „höchsten Wert“ bekämpft werden müßte, was solange andauerte, bis sich auf der Skala der „höchste Wert“ selbst nur noch befände.

Der Fehler dieses Modells der sich polarisierend ausrichtenden Werteskala ist der, ein *aliud* zur Negation zu erklären. Die Negation des Wertes „Leben des Menschen“ ist aber „Nicht-Leben des Menschen“ und nicht etwa „Leben des Rindes“⁵⁹.

Zusätzlich ergibt sich das Erkenntnisproblem bei Werten ebenso für jede Werteskala.

Gerade wegen der notwendigen, in menschlicher Endlichkeit begründeten, Erkenntnisbeschränktheit, die die Erkenntnis objektiver Werte ebenso wie jede andere

⁵⁸ *Scheler*, S.570. Es handelt sich dabei um 1. den Heiligen, 2. den Genius, 3. den Helden, 4. den führenden Geist, 5. den Künstler des Genusses, wobei pointiert mit der *Melpomene* sich fragen ließe, ob an sechster Stelle dann der Künstler des Verdrusses, der also aus dem Leid schöpft, folgen müsse?

⁵⁹ Auch wenn man versucht ist, dies angesichts des derzeit um sich greifenden Rinderwahnsinns anzunehmen.

objektive Erkenntnis unmöglich macht⁶⁰, vollzog sich ein Wandel zum Wertsubjektivismus, der zum Zeitpunkt der Schrift *Schmitts* längst schon vollzogen war. Wertstufung sei danach Ergebnis subjektiver Erfahrung und könne daher wenn, dann nur über einen Konsens und nur innerhalb eines beschränkten Zeitraums festgelegt werden⁶¹.

Das Modell der Werteskala bietet daher keinen Ansatzpunkt für eine Kritik an der Wertungsjurisprudenz oder an der Werteordnung des Grundgesetzes.

Zwar wird vom Bundesverfassungsgericht der in der Verfassung niedergelgte objektivierte Wille des Verfassungsgebers zu einer bestimmten Werteordnung angenommen⁶². Dies sagt aber weder etwas über die Rangordnung der Werte untereinander noch über ihre Wirkungen aus. Da die Wertordnung des Grundgesetzes sich als eingeschränkt absolut darstellt in dem Sinn, daß sich um das Menschenwürdeprinzip ohne skalierbare Rangordnung Werte gruppieren, kann das Werteskalenargument hier zu keinem Kritikansatz dienen.

Festzuhalten ist, das daß von *Schmitt* kritisierte Wertemodell sich nicht auf das der Wertungsjurisprudenz bezieht und seine Warnung vor einem Wertemißbrauch so berechtigt wie pauschal bleibt⁶³.

D. Ausblick.

Es wäre vermessen, sich an dieser Stelle zu dem Methodenstreit, wie wertorientierte Auslegungsmethodik die allgemein anerkannten *canones*⁶⁴ erweitern kann oder sollte, abschließend äußern zu wollen.

Die Bereiche, auf denen wertorientierte Methoden ansetzen können, sind hierzu zu zahlreich. Anhand eines kurzen Problemaufrisses sei aber versucht, wesentliche Ansatzpunkte wertbezogener Auslegungsmethodik aufzuzeigen (I.), um schließlich darzulegen, weshalb nicht nur die Auslegungs- sondern auch die Gesetzgebungsmethodik weiterer Wandlung bedarf (II.).

I. Ansatzpunkte wertorientierter Auslegungsmethodik.

Um mit den Werten des Grundgesetzes überhaupt umgehen zu können, müssen diese erkannt werden. Dies mag zunächst unproblematisch klingen. Da die **Werkennntnis** wesentlich von dem Wertverständnis des jeweils Auslegenden bestimmt

⁶⁰ Mit *Gorgias* oder der Sprachwissenschaft könnte auch gefragt werden, ob Werte, selbst wenn sie erkannt würden, denn mitteilbar wären?

⁶¹ Vergl. *Bihler*, S. 101 ff.

⁶² Mittlerweile ist auch hiervon abgewichen worden, vergl. hierzu *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 197 Fn. 194 m.w.N.

⁶³ Siehe v. *Arnim*, 229 f.

⁶⁴ Nach *Dreier*, S. 114, sind mindestens sieben Elemente anerkannt, nämlich das verbale, das logische, das genetische, das dogmengeschichtliche, das systematische, das komparative und das teleologische, die alle noch weiteren Differenzierungen unterliegen.

wird, werden sich völlig unterschiedliche Werterkenntnisse aus der Grundgesetzauslegung ergeben⁶⁵.

Nach der Werterkenntnis stellt sich die Frage, die auch dem o.a. Aufsatz *Forsthoffs* zugrunde liegt, inwiefern Werte Auswirkungen auf das Rechtssystem haben können. Ein besonderes Problem neben dem der unmittelbaren Wertgeltung auf unterverfassungsrechtlichem Gebiet ist das, ob die **Wertgeltung** sich insofern auf die Auslegungsmethodik erstreckt, als Werte vorrangig in die Auslegung miteinzubeziehen wären⁶⁶.

Der vor die Entscheidung gestellte Richter hat nicht nur dies beiden Punkte zu berücksichtigen; er muß ferner erkennen, welche Werte im Einzelfall überhaupt betroffen sind. Dies vergrößert das Problem der Werterkenntnis um das Problem der Erkenntnis der **Wertbetroffenheit im Einzelfall**.

Schließlich müssen die erkannten Werte zu einer Entscheidungsfindung einem **Abwägungsprozeß** unterzogen werden, bei dem neben dem subjektiven Wertgefühl des Entscheidenden problematisch ist, inwiefern versucht wird, einen wertbezogenen Konsens durch die Entscheidung herbeizuführen⁶⁷.

II. Die erforderliche Wiederbelegung der Gesetzgebungsmethode.

Der im historischen Teil kurz dargestellte Wandel von einer gesetzgebungs- zu einer auslegungsbezogenen Methode stellt die Verkümmern der dogmatischen Fähigkeiten dar, die unser jetziges Rechtssystem überhaupt erst begründet haben.

Ob diese Verkümmern ihren Ursprung in der unzureichenden Ausbildung im Römischen Recht hat, mag dahingestellt bleiben.

Festzustellen bleibt, daß dogmatische Änderungen, auch wenn sie als solche anerkannt sind, in Gesetzestexten regelmäßig unterbleiben. Auf dem Quellgebiet unseres artifiziellen Rechts, dem Zivilrecht, begnügt man sich beispielsweise lieber damit, erstaunliches Reiserecht zu kodifizieren⁶⁸, anstelle Rechtsinstitute einzufügen, die teils schon vor der Entstehung des BGBs erfunden waren⁶⁹.

Es ist daher erstaunlich, wie selten in der Methodendiskussion auch ein Wandel der - offenbar vergessenen - Gesetzgebungsmethodik gefordert wird. Daß dieser nötig wäre, zeigt der Methodenstreit selbst am besten, da er auf der Unzulänglichkeit des Rechtssystems für ein Wertedenken beruht: wären Sinngehalt und Wirkung normierter

⁶⁵ Die Problematik wurde im Rahmen dieses Seminars ausführlich anhand der Frage besprochen, ob „Demokratie“ selbst ein Wert oder nur Ausfluß von Werten wie „Gleichheit“, „Gerechtigkeit“ oder „Freiheit“ sei.

⁶⁶ Beispielsweise im Sinn von Argumentationslastregeln, vergl. *Alexy*, Theorie der juristischen Begründung, S. 334 ff.

⁶⁷ Siehe *Dreier*, 126 f.

⁶⁸ Was bekanntlich nicht nur eine Prozeßwut geradezu herausforderte, sondern eine ganz widersprüchliche Kasuistik mit sich brachte.

⁶⁹ Siehe oben, Fn. 16.

Werte festgelegt, erübrigte sich auf weiten Teilen eine Diskussion, wie diese zu ermitteln seien.

Dies soll nicht ein Ruf nach blindwütiger Neukodifizierung sein. Offenbar ist Werterecht etwas vom überkommenen begrifflich-systematischen Recht ganz Unterschiedliches. Diese Unterschiede sind erst herauszuarbeiten, um schließlich für Kodifikationen fruchtbar gemacht werden zu können, wobei die Vereinbarkeit des wertgebundenen Rechts, das sich wie ein eigenes Rechtsgebiet darstellt, mit dem älteren Recht möglicherweise nur über Kollisionsnormen, ähnlich dem IPR, herstellen lassen wird.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die Generation, die jetzt in ihren Kinderzimmern spielt, das *upgrade* als Selbstverständlichkeit ansehen wird, was ein ganz neues Verständnis von Gesetzesänderungen mit sich führen kann⁷⁰

Den Wandel von Werten und Wörtern bewußt zu machen, sei anschließend des *Flaccus* Wort angeführt:

*„(...) mortalia facta peribunt,
nedum sermonum stet honos et gratia vivax.“*

(Ad Pis., 68, 69)

E. Zusammenfassung.

Die Entwicklung von der Historischen Rechtsschule zur heutigen Wertungsjurisprudenz stellt sich einerseits als Resultat der Erkenntnis der Unbrauchbarkeit streng positivistischer Ansätze in der Jurisprudenz dar, andererseits als eine Methodenwandlung, bei der die Gesetzgebungsmethodik zugunsten der Auslegungsmethodik verdrängt wurde.

Ernst *Forsthoff* und Carl *Schmitt*, zwei wesentliche Begründer des NS-Unrechts, formulierten Kritiken an der Wertungsjurisprudenz, wobei es *Forsthoff* gelang, die sich aus rechtlichem Wertdenken ergebenden Probleme vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund für die Zukunft treffend aufzuzeigen, während *Schmitt* lediglich eine pauschale Warnung vor dem Wertemißbrauch formulierte.

Die heutige Jurisprudenz ist sich zwar über die Notwendigkeit der Einbeziehung von Werten in die juristische Auslegungsmethodik einig, doch herrscht Streit darüber, wie dies zu geschehen habe.

⁷⁰ Derzeit mag eine „Upgradedgesetzgebung“ in einer „Upgradedgesellschaft“ noch rein praktisch nicht zu verwirklichen sein; man denke beispielsweise nur an § 21 Abs. 1 Nr. 1 BewG.

Bei diesem Methodenstreit wird die vergessene Gesetzgebungsmethodik übersehen, obwohl die Auseinandersetzungen in der Unzulänglichkeit der heutigen Kodifikationen ^{für Werte} begründet sind. Es ist daher zunächst das gesetzgeberisch orientierte methodische Instrumentarium zu entwickeln, um Gesetze schaffen zu können, die wertangemessen sind.