

Schriften zur Rechtstheorie

Band 285

Ethik und Moral im Grundgesetz

Grenzen der Moralisierung
des Verfassungsrechts

Von
Tilman Graf



Duncker & Humblot · Berlin

TILMAN GRAF

Ethik und Moral im Grundgesetz

Schriften zur Rechtstheorie

Band 285

Ethik und Moral im Grundgesetz

Grenzen der Moralisierung
des Verfassungsrechts

Von

Tilman Graf



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer
hat diese Arbeit im Sommersemester 2016
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-15093-9 (Print)
ISBN 978-3-428-55093-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85093-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	11
I. Einleitung	11
II. Recht, Moral und Ethik als verschiedene Dimensionen von Normativität	13
III. Das Verhältnis von Recht und Moral als Kernfrage der Rechtswissenschaft	16
B. Recht, Moral und Ethik	19
I. Recht	19
1. Die reale Dimension des Rechts	20
a) Hans Kelsen	21
b) John Austin	22
c) H.L.A. Hart	23
d) Max Weber	25
e) Niklas Luhmann	26
2. Die ideale Dimension des Rechts	26
a) Gustav Radbruch	27
b) Robert Alexy	30
II. Moral	34
1. Gefühl	37
2. Vernunft	39
III. Ethik	44
1. Ethische Konzepte	45
a) Deontologische Ethik	46
b) Utilitaristische Ethik	47
c) Religiöse Ethik	49
d) Ethischer Relativismus	50
e) Diskursethik	50
2. Das „Prinzip Person“	53
IV. Der Unterschied zwischen Moral und Ethik	56
V. Zwei Dimensionen idealen Rechts	62
1. Ethisches Recht	64
2. Moralisches Recht	66
C. Das Grundgesetz als ethisches Recht	69
I. Das Grundgesetz als „ideales“ Recht	69
1. Der Antifaschismus als „ungeschriebene Verfassung“ Nachkriegsdeutschlands	70

2. Das Verfassungsrecht als „ethisches Minimum“ der republikanischen Gesellschaft	73
3. Grundrechte als Werte	80
II. Frieden, Freiheit und Ebenbürtigkeit als ethische Ansprüche personalen Daseins im Verfassungsrecht	89
1. Frieden	90
2. Freiheit	93
a) Negative Freiheit	93
b) Positive Freiheit	96
3. Ebenbürtigkeit	99
III. Das Spannungsverhältnis von Individuum und Gemeinschaft als ethisches Kernproblem des Grundgesetzes	103
IV. Der Eigenwert der Werte	106
D. Die Moralisierung des Verfassungsrechts	111
I. Zäsuren der Rechtsprechung	111
1. Das Lüth-Urteil	112
2. Der Radikalenerlass	120
3. Der Wunsiedelbeschluss	126
4. Kriegsdienstverweigerung	132
5. Die Mauerschützenprozesse	137
II. Weitere Sachverhalte im Spannungsbereich Verfassungsrecht und Moral	144
1. Mitmenschlichkeit und Gemeinsinn (Art. 2 a GG)	144
2. „Homo-Ehe“ (Art. 6 Abs. 1 GG)	147
3. Inzestverbot (Art. 6 Abs. 1 GG)	151
4. Staatszielbestimmungen (Art. 20 a GG)	154
5. Kinderrechte	160
6. Gleichstellung Behinderter (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG)	166
7. Gewissen der Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG), Amtseid des Bundespräsidenten (Art. 56 S. 2 GG), Amtseid des Bundeskanzlers und der Bundesminister (Art. 64 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 56 S. 2 GG)	168
III. Zwischenfazit	173
E. Exkurs – Ethikgremien	176
I. Ethikräte und Ethikkommissionen	176
1. Ethikgremien in der Bundesrepublik Deutschland	177
a) Ethikkommissionen	177
b) Ethikräte	178
2. Der Deutsche Ethikrat	180
II. Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte	181
III. Legitimation von Ethikgremien	182
IV. Die moralische Grenze ethischer Beratung	190

F. Grenzen der Moral im Grundgesetz	198
I. Verortung der Probleme von Moral im Grundgesetz	198
1. Personale Dimension: Personalität und staatliche Gesinnungslenkung	206
2. Politische Dimension: Weltanschauliche Neutralität und staatlicher Paternalismus	208
3. Kulturelle Dimension: Freiheit und moralische Erziehung	209
II. Verfassungsrechtliche Grenzen	212
1. Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG)	213
2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	216
3. Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)	217
4. Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG)	220
5. Demokratie (Art. 20 Abs. 2 GG)	221
6. Wahlrecht (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG)	223
7. Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Halbsatz 1 GG) und Negative Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Halbsatz 2 GG)	224
8. Faktische Grundrechtsbeeinträchtigung	226
9. Verhältnismäßigkeit	228
a) Legitimer Zweck	228
b) Geeignetheit	229
c) Erforderlichkeit	229
d) Angemessenheit	230
III. Politischer und kultureller Moralismus	232
IV. Die „Gemeinschaft von Fremden“	238
G. Zentrale Thesen	242
Literaturverzeichnis	244

A. Einführung

I. Einleitung

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland ist nicht nur rechtliche Grundlage des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, sondern, dem Kontext seiner Entstehung nach zu urteilen, zudem juridisches Desiderat einer idealen demokratischen Gesellschaftsordnung nach der Prämisse von Frieden, Freiheit und Ebenbürtigkeit. Das Grundgesetz ist in diesem Sinne ein „ideales“ Recht. Es verwundert daher nicht, dass entscheidende gesellschaftspolitische Auseinandersetzungen seit 1949 in besonderem Maße Einzug in die Verfassungsrechtsdiskussion gefunden haben. Die zahlreichen Grundgesetzänderungen und Zäsuren der Verfassungsrechtsprechung bestätigen den Eindruck vom Grundgesetz als Spiegel der politischen, gesellschaftlichen und kulturellen Entwicklung Deutschlands. Oft genug ist das Verfassungsrecht als Prüfstein für Entscheidungen herangezogen worden, die im Kern nicht nur rechtliche sind, sondern sublimen Entscheidungen darüber, „wer wir, d. h. die staatliche Gemeinschaft, sein wollen“¹.

Die in dieser Arbeit diskutierten Verfassungsprobleme illustrieren die Annahme, dass das Grundgesetz und die Verfassungsrechtsprechung in hohem Maße wertsetzende Funktionen ausüben. Dabei ist nicht zu übersehen, dass das Grundgesetz auch dazu dient, kontroverse Sachfragen durch einen Rekurs auf letzte (Verfassungs-)Werte zu beantworten, was einer „quasi-religiösen Aufwertung“² des Grundgesetzes bzw. in noch zu erörterndem Maße einer „Sakralisierung“³ des Verfassungstextes entspricht. Diese Heiligung des Verfassungsrechts ist entscheidend dadurch gekennzeichnet, dass dem ethischen Moment des idealen Verfassungsrechts eine weitergehende,

¹ Vöneky, Silja: Ethische Experten und moralischer Autoritarismus, in: Vöneky et al. (Hrsg.), Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht. Interdisziplinäre Untersuchungen, Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 201, Berlin/Heidelberg: Springer, 2009, S. 96.

² Simon, Dieter: Zäsuren im Rechtsdenken, in: Broszat, Martin (Hrsg.), Zäsuren nach 1945. Essays zur Periodisierung der deutschen Nachkriegsgeschichte, München: Oldenbourg Verlag, 1990, S. 165.

³ Siehe Kley, Andreas: Sakralisierung von Staatsrecht und Politik, in: Bovay, Benoit und Nguyen, Minh Son (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire, Bern: Stämpfli-Verlag, 2008.

kritische Dimension hinzugefügt worden ist, die von der Ethik zu unterscheiden ist – die Moral. Das Fortschreiten des ethischen Anspruchs des Grundgesetzes zur moralischen Normativität ist dabei Ausdruck einer Entwicklung, nach der die Gesellschaft „zunehmend ins Moralisieren“⁴ gekommen ist. Grundsätzlich gilt dabei, dass Ethik, Moral und Recht wesensverschiedene Normendimensionen sind, die streng voneinander unterschieden werden müssen. Diese Differenzierung, welche im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung steht, erlaubt es, die „Moralisierung des Verfassungsrechts“ als Verfassungsrechtsphänomen zu identifizieren und vor dem Hintergrund der Frage nach den Grenzen von Moral im Grundgesetz kritisch zu diskutieren.

Die vorliegende Untersuchung verfolgt somit drei Ziele:

- (1) Die Fruchtbarmachung der Unterscheidung der Normendimensionen von Ethik und Moral für die Verfassungsrechtswissenschaft.
- (2) Die Herausarbeitung des Rechtsphänomens der Moralisierung des Verfassungsrechts.
- (3) Die Erörterung der Grenzen von Moral im Grundgesetz.

Die Verfassungsrechtsforschung ist nicht nur als isoliert rechtswissenschaftliche Disziplin zu begreifen, sondern steht, den Wechselwirkungen zwischen Verfassungsrecht und gesellschaftspolitischen Debatten entsprechend, in einem interdisziplinären Austausch zu den Sozial- und Kulturwissenschaften. Schließlich liegen Moralisierungsimplicationen im Recht Vorstellungen darüber zugrunde, wie die in der Verfassung als freiheitlich konstruierte Gesellschaft sittlich fundiert werden kann. Verfassungsrechtlicher Moralismus steht insofern in einem Interdependenzverhältnis zu gesellschaftlichen Moralismusbestrebungen, die, wie zu zeigen sein wird, gerade in den letzten Jahren zugenommen haben. Die Moralisierung des Verfassungsrechts steht dabei in einem inneren Widerspruch zu seinen ihm innewohnenden ethischen Prämissen. Die vorliegende Untersuchung steht aufgrund der angedeuteten Vielschichtigkeit des schwierigen Verhältnisses von Recht, Ethik und Moral in der Tradition eines interdisziplinären Verständnisses von Verfassungsrechtsforschung.

⁴ Volkmann, Uwe: Darf der Staat seine Bürger erziehen?, in: Dreier, Horst und Willoweit, Dietmar (Hrsg.), Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 44, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2012, S. 47.

II. Recht, Moral und Ethik als verschiedene Dimensionen von Normativität

Die Moral ist neben der Ethik die zweite ideale Kategorie des „normativen Anspruchs“⁵ des Grundgesetzes. Dabei ist Moral nichts, was der Verfassung aus einem angenommenen Wesen oder Begriff beigegeben ist, sondern das Produkt einer veränderten Zuschreibung.⁶ Dies bedeutet für die – je nach dem positiv oder normativ konnotierte – Frage nach der Ausprägung des Verhältnisses zwischen den Normativitäten von Recht und Moral im Grundgesetz, dass zunächst ein Unterschied zwischen dem Begriff Recht auf der einen und Moral auf der anderen Seite gemacht werden muss. Schließlich geht der empirischen Annahme über die sich in Veränderung begriffenen Normativität des Verfassungsrechts die Einschätzung voraus, dass es sich bei Recht und Moral um verschiedene Normendimensionen handelt.

Recht und Moral, so eine zentrale These der vorliegenden Arbeit, haben daher keine gemeinsame „begrifflich-analytisch[e] [...] Identität oder Verbindung“⁷, sondern stehen in einem synthetischen Verhältnis zueinander. In der Tradition Immanuel Kants⁸ (1724–1804) gesprochen, formuliert ein analytisches Urteil etwas, was bereits in der Intension des Begriffes selbst enthalten ist („Der Junggeselle ist unverheiratet.“). Ein synthetisches Urteil hingegen verbindet das gemeinte Subjekt mit einem Prädikat, welches so nicht im Begriff des Subjekts enthalten ist („Der Junggeselle hat blondes Haar.“).

Die Grundannahme über das synthetische Verhältnis der genannten Normendimensionen bedeutet für diesen Untersuchungszusammenhang: Moral ist nicht im Begriff des Rechts enthalten oder, anders herum gewendet, Moral ist nicht zwangsläufig juridischer, also rechtlicher Natur. Moral gehört nicht zur Intension des Rechtsbegriffs, da es sich bei Ersterer um eine dem Recht wesensfremde Dimension von Normativität handelt.⁹ „Wird et-

⁵ Volkmann, Uwe: Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 67, 2008, S. 62.

⁶ Vgl. *ibid.*, S. 62.

⁷ Vöneky, Silja: Recht, Moral und Ethik. Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, S. 105.

⁸ Die Unterscheidung zwischen analytischen und synthetischen Urteilen ist nachzulesen bei Immanuel Kant in: Kritik der reinen Vernunft, Akademie-Textausgabe, Bd. 3, Berlin u. a.: de Gruyter Verlag, 1968, S. 283.

⁹ Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral ist daher die Frage nach dem Verhältnis zweier Normensysteme, vgl. Dreier, Ralf: Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1981, S. 184.