

X. Rechtsetzung als Gesetzgebung und Verfassungsgebung

Die Rechtheit des Rechts ist verlässlich nicht durch die Fremdkontrolle säkularer Rechtsnormen durch Werte zu garantieren, die religiös im Glauben fundiert sind, sondern durch die Selbstrelativierung des Rechts, das sich darauf festlegt, seine positiven Setzungen (Gesetze) durch demokratisch legitimierte Kontrollinstanzen prinzipiell und geregelt an positiv gesetzten Kontrollnormen (Grundrechten) prüfen und gegebenenfalls nach formellen Verfahren korrigieren und revidieren zu lassen. Gesetze gelten nur, wenn sie den Grundsätzen der Verfassung nicht widersprechen, also formell im von der Verfassung vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden und materiell mit den grundlegenden Rechtssätzen der Verfassung nicht im Konflikt stehen. Im Streitfall haben das die Gerichte zu klären. Und deren Entscheide sind nicht an moralische Werte, sondern die Grundrechte der Verfassung gebunden.

Gesetzgebungsakte können freilich nur unter grundlegenden Normen der Verfassung stehen, wenn es solche Verfassungsnormen gibt.¹²⁶ Die Akte der Gesetzgebung sind daher von prinzipiell anderer Art als der Akt der Verfassungsgebung. Dieser markiert rechtlich ein Erstes, jene ein Zweites, das das Erste voraussetzt. Für beide Akte und ihre Folgen gelten deshalb verschiedene Rechtfertigungsbedingungen. Während die Rechtheit von Gesetzen an den Grundrechten der Verfassung gemessen werden kann und muss, gibt es für die Rechtheit der Verfassungsgrundrechte keine entsprechend grundlegendere Rechte, aber sie können auch nicht in analoger Weise an natur- oder vernunftrechtlichen Werten gemessen oder aus ihnen gewonnen werden. Das wäre der abwegige Versuch, vor das rechtlich Erste ein anderes Erstes zu setzen, von dem her es rechtlich zu legitimieren sei. Doch das ist widersprüchlich. Auf der einen Seite könnte ein solcher Legitimierungsversuch immer nur eine moralische und keine rechtliche

126 Wichtige Anstöße für die folgenden Überlegungen verdanke ich den Anfragen und Einwänden von H. Dreier in der Diskussion meines Vortrags.

Rechtfertigung sein, da er sich nicht auf rechtliche, sondern überrechtliche Prinzipien bezieht. Auf der anderen Seite kann sich die Frage moralischer Rechtfertigung nicht nur bei grundlegenden Rechtssätzen, sondern bei allen Rechtssätzen stellen, so dass der Kreis des moralisch Legitimierbaren bzw. zu Legitimierenden viel weiter ist.

Der Akt der Verfassungsgebung ist singulär und insofern nicht mit anderen Rechtssetzungsakten vergleichbar, als er überhaupt erst die Voraussetzung dafür schafft, geregelt zwischen *Moral* und *Recht* unterscheiden zu können. Erst unter seiner Voraussetzung kann sowohl *Recht durch Recht* als auch *Recht durch Moral* beurteilt und damit zwischen rechtlicher und moralischer Rechtfertigung unterschieden werden. Auf der einen Seite gibt es ohne Rechtssetzung kein objektives Recht, sondern allenfalls mögliches Recht, das moralisch beurteilt werden könnte. Auf der anderen gibt es erst mit der Setzung von Verfassungsrecht rechtliche Normen für die künftige Setzung und rechtliche Beurteilung von Recht. Unterschieden sind Akte der Gesetzgebung und der Akt der Verfassungsgebung nicht unter moralisch-naturrechtlichen, sondern allein unter rechtlichen Gesichtspunkten: für die einen (Gesetze) gibt es eine *rechtliche* Legitimation, für die anderen (Verfassung) nicht. Doch so wenig das erste die Moralität von Gesetzen garantiert, so wenig schließt das zweite die Moralität von Verfassungen aus, und so wenig die moralische Beurteilung von Gesetzen ihre rechtliche Legitimation ersetzt, so wenig kann bei Verfassungen die nicht vorhandene rechtliche Legitimierung durch naturrechtlich-moralische Begründung ersetzt werden. Naturrechtliche Rechtfertigung kann in keinem Fall an die Stelle rechtlicher Legitimierung treten, auch nicht im Fall der rechtlich nicht legitimierten Verfassung.¹²⁷

127 Ein Mangel ist das nur, wenn man Verfassungen bzw. Verfassungsgrundrechte für *rechtlich begründungsbedürftig* und *rechtlich begründungsfähig* hält. Aber genau das ist der strittige Punkt. Zum einen geht es nicht um die moralische, sondern rechtliche Legitimation bzw. darum, ob in diesem besonderen Fall die moralische Legitimation im Rekurs auf natur- oder vernunftrechtliche Prinzipien die Funktion einer überpositiven *rechtlichen* Legitimierung erfüllen könne. Zum an-

Der naturrechtliche Rekurs auf moralische Werte verstellt daher das Problem eher als dass er es löst. Nicht unantastbare Werte normieren das positive Recht, sondern Recht wird allein durch Recht wirksam normiert und kontrolliert, und das auch dann, wenn die Verfassungsetzung selbst nicht durch grundlegendere Rechte rechtlich normiert und normierbar ist, weil sie die Voraussetzung für die rechtliche Normierung von Rechten überhaupt erst schafft. Wie das Prinzip der Gewaltenteilung nicht seinerseits in einem höherrangigen Prinzip begründet sein muss, um legitim und recht zu sein, sondern genau dadurch wirksam ist, dass sich Legislative, Exekutive und Judikative gegenseitig tatsächlich in geregelter Weise benötigen und limitieren, so ist die Rechtheit des Rechtes von Verfassungen nicht durch den Überstieg in eine naturrechtliche Wertemoral zu legitimieren, sondern allein dadurch, dass *in und von diesen* Rechtsnormen zur Kontrolle von Rechtsnormen und Rechtsinstitutionen sowie Rechtsverfahren zur Kontrolle von Rechtsetzungs- und Rechtspraxisverfahren etabliert und praktiziert werden. Nicht der Rekurs auf moralische Werte, sondern nur Recht kann rechtlich und nicht nur moralisch über Recht entscheiden. Das geschieht entweder so, dass sich die *Setzung* von Recht (Gesetze) an Rechtsprinzipien (Verfassung) misst, mit denen sie konform sein müssen, um Geltung beanspruchen zu können. Oder es geschieht im Fall der Verfassungsprinzipien so, dass zwar deren *Setzung* nicht rechtlich normiert oder legitimiert ist, diese als *Gesetze* aber so beschaffen sein müssen, dass sie auf sich selbst angewendet werden können und damit sich selbst an denselben Grundsätzen messen lassen, an denen sie alle anderen Normen messen.

deren geht es darum, ob sich das aufgeworfene Problem damit überhaupt lösen lässt. Auch wer sich zur Begründung von Verfassungsrechten auf ein überpositives *Recht* beruft, also auf Rechtssätze, denen unabhängig von aller konkreten *Setzung* Geltung zukommen soll und die durch Akte der Rechtssetzung nicht geschaffen werden, aber auch nicht außer Kraft gesetzt werden können, nimmt auf etwas Bezug, was seinerseits begründungsbedürftig und begründungsfähig ist oder selbst nicht so angesehen wird. Damit wiederholt sich das Problem auf der Ebene des überpositiven Rechts, oder es stellt sich schon auf der Ebene positiven Verfassungsrechts nicht.

Nicht die Normierung durch moralische Werte, die inhaltlich immer strittig sind, aber auch nicht die rechtliche Herleitung aus fundamentalen Rechten, die aus formalen Gründen unmöglich ist, sondern die geregelte Selbstprüfung durch kritische Selbstanwendung ist das Prinzip, an dem die Rechtheit positiven Rechts auf der Ebene der Verfassung hängt: Sie ist diejenige Setzung von Recht, die sich rechtlich zwar nicht begründen, wohl aber rechtfertigen lässt – deren Geltung sich also nicht im begründungstheoretischen Rückgang auf fundamentalere Rechtsprinzipien ausweisen lässt, weil es diese *per definitionem* nicht gibt, sondern die sich rechtlich nur aufgrund der rechtlichen Möglichkeiten, die diese Verfassung eröffnet, und der Auswirkungen, die sie rechtlich hat oder verhindert, rechtfertigen lässt.¹²⁸

Verfassungsgebung schafft Recht, das den Maßstab bildet, an dem alles andere Recht in der Folge dieser Verfassung gemessen werden muss. Die Rechtheit dieses Maßstabs ist rechtlich nicht direkt zu erweisen, sondern nur indirekt über die Folgen, die seine Anwendung zeitigt: Sind Rechtssätze, die verfassungskonform und damit rechtens sind, in der Regel unter moralischem Gesichtspunkt kein *«gesetzliches Unrecht»*,¹²⁹ dann sind das auch die Rechtssätze der Verfassung nicht, denen sie entsprechen, so dass man sich ihnen gegenüber auf ein *«übergesetzliches «Recht»* berufen könnte, das es als Recht nicht gibt. Sind verfassungskonforme Rechtssätze dagegen *«gesetzliches Unrecht»*, dann ist das Anlass, darüber nachzudenken, wie die Verfassung rechtlich so gebraucht oder ausgestaltet werden kann, dass solche

128 Deshalb sind die Grundrechte der Verfassung gerade und nur so wirksam, dass sie ständig neu aktualisiert, interpretiert und angewandt werden. Grundrechte sind also nicht ein für alle mal unveränderlich gesetzt, sondern der Prozess ihrer interpretierenden Inanspruchnahme führt dazu, sie immer wieder zu präzisieren, zu pointieren und ggf. auch auszudifferenzieren und durch neu hinzutretende Grundrechte zu ergänzen und fortzubestimmen. Die Geltung von Grundrechten geht zwar auf einen anderen Akt zurück als die Geltung von grundrechtsbestimmtem Gesetzten. Aber das heißt nicht – darauf hat mich H.-P. Großhans zu Recht hingewiesen –, dass sie jeder Rechtsfortschreibung entzogen und jeder Veränderung, Verbesserung und Erweiterung entnommen wären. Vgl. dazu auch *Dreier*, Grenzen (Fn. 123), bes. 744-750.

129 *«Unrecht»* fungiert in dieser Formel als moralische, nicht als rechtliche Kategorie.

Auswirkungen ausgeschlossen werden. Das kann durch die Setzung von bisher nicht garantierten Grundrechten geschehen, die Präzisierung ihrer Formulierung, oder die Unterscheidung zwischen unverwirkbaren und durch Gesetz einschränkbar Grundrechten. So garantiert das Grundgesetz die Glaubens- und Gewissensfreiheit unverwirkbar und ohne Gesetzesvorbehalt,¹³⁰ während andere Freiheits- und Mitwirkungsrechte wie die Pressefreiheit, die Lehrfreiheit oder die Versammlungsfreiheit verwirk werden können, wenn sie «zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht» werden.¹³¹

Dass Glaubens- und Gewissensfreiheit als unverwirkbares und unantastbares Grundrecht gesetzt werden, ist Ausdruck einer Selbstbeschränkung des Staates, die aus historischer Erfahrung zu erklären ist und deutlich macht, dass der Staat «das Gewissen als ihm vorgegebenes, unverfügbares Zentrum personaler Identität» anerkennt und «der Mensch nicht seiner Rolle als Staatsbürger aufgeht, sondern sich in individueller Freiheit und Verantwortlichkeit betätigen kann.»¹³² So gewiss Recht und Moral daher zu unterscheiden sind, so offenkundig erfolgt die Setzung von Recht nicht unabhängig von moralischen Orientierungen und historisch gewachsenen moralischen Überzeugungen, die angesichts der Erfahrungen der Geschichte dazu führen, bestimmte Rechtsnormen als verfassungsmäßige Grundrechte zu setzen, um bestimmte Absichten zu verwirklichen oder bestimmte Erfahrungen künftig zu vermeiden. Dass in modernen Verfassungen

130 Art. 4 I GG. Grenzen dieses Grundrechts (und entsprechender anderer wie etwa der Kunst- oder Wissenschaftsfreiheit) sind die Wahrung der entsprechenden Grundrechte der anderen sowie der Verfassungsordnung, unter deren Bedingungen diese Grundrechte von allen in gleicher Weise rechtlich in Anspruch genommen werden können. Allerdings kommt bei der Bestimmung dieser Schranken das Verhältnismäßigkeitsprinzip zum Zug und dadurch wird die Differenz zwischen Grundrechten ohne einen und mit einem förmlichen Gesetzesvorbehalt im praktischen Vollzug faktisch insignifikant.

131 Art. 18 GG.

132 Gewissensentscheidung und Rechtsordnung. Thesenreihe der Kammer für Öffentliche Verantwortung der EKD, EKD-Text Nr. 61, 1997, These 36 und 37.