

GÜTERSLOHER
VERLAGSHAUS



Wolfgang Huber

Gerechtigkeit und Recht

Grundlinien
christlicher Rechtsethik

Dritte, überarbeitete Auflage

Gütersloher Verlagshaus

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Unveränderter Nachdruck der 3., überarbeiteten Auflage 2006
Copyright © 1996 by Gütersloher Verlagshaus, Gütersloh,
in der Verlagsgruppe Random House GmbH, München

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Umschlaggestaltung: Init GmbH, Bielefeld, unter Verwendung eines Fotos von Wolfgang Huber, © Olaf Ballnus, Hamburg

Satz: SatzWeise, Föhren

Druck und Einband: Books on Demand GmbH, Norderstedt

Printed in Germany

ISBN 978-3-579-08158-8

www.gtvh.de

*Den Weggefährten
der Heidelberger Jahre*

Inhalt

Einleitung	11
A. Recht und Ethik	21
I. Theologie und Rechtsethik: Zugänge zum Problem . . .	21
1. Die Lage: Ausdehnung oder Aushöhlung des Rechts?	21
<i>a. Die Allgegenwart des Rechts 21 – b. Verrechtlichung 24 –</i> <i>c. Angewiesenheit auf Recht 26</i>	
2. Epochenwechsel im Verständnis des Rechts	28
3. Gott im Grundgesetz oder: Die Rolle der Theologie	31
<i>a. Etsi Deus non daretur 31 – b. Etsi Deus daretur 36 –</i> <i>c. Säkulare Rechtsordnung und Scharia 46</i>	
II. Recht und Sittlichkeit: eine Verhältnisbestimmung	51
1. Was ist Recht? Vier Antworten	52
<i>a. Die Einschränkung der Willkür (Immanuel Kant) 53 –</i> <i>b. Die zwangsbewehrte Norm (Max Weber) 55 – c. What the courts will</i> <i>do in fact (Oliver Wendell Holmes) 56 – d. Ermöglichung und Schutz</i> <i>wechselseitiger Anerkennung 59</i>	
2. Leistungen und Gefährdungen des Rechts	68
<i>a. Rechtssicherheit 68 – b. Allgemeinheit 70 – c. Friedens-</i> <i>wahrung 71 – d. Konservativer Charakter 72 – e. Abstrakter</i> <i>Charakter 73 – f. Restriktiver Charakter 74</i>	
3. Das Verhältnis von Recht und Ethik	74
<i>a. Primäre und sekundäre Verpflichtungsregeln 74 – b. Legalität und</i> <i>Moralität 77 – c. Die wechselseitige Abhängigkeit von Moralität und</i> <i>Recht 78 – d. Die rechtliche Dimension sittlicher Konflikte 81 –</i> <i>e. Die sittliche Dimension rechtspolitischer Kontroversen 86</i>	

III. Reines Recht oder richtiges Recht: die philosophische Kontroverse	88
1. Positivismus	88
<i>a. John Austin und die Theologie 88 – b. Das Recht als normative Ordnung 91 – c. Positivismus und gesetzliches Unrecht 96 – d. Folgerungen 101</i>	
2. Naturrecht	102
<i>a. Naturrecht nach 1945 102 – b. Traditionen des Naturrechts 106</i>	
3. Die Aufgabe: eine kritische Theorie des Rechts	116
IV. Schöpfung und Rechtfertigung: die theologische Kontroverse	128
Vorverständigung	128
1. Schöpfung und Gesetz	135
<i>a. Die Schöpfungsordnungen in der Rechtsprechung des Bundes- gerichtshofs 135 – b. Paul Althaus und die reformatorische Traditi- on 136</i>	
2. Bund und Rechtfertigung	142
<i>a. Karl Barths bundestheologischer Ansatz 144 – b. Evangelium und Gesetz 146 – c. Konzentrische Kreise 148 – d. Analogie 150</i>	
3. Die Aufgabe: eine kritische Theologie des Rechts	152
<i>a. Alttestamentliche Perspektiven 152 – b. Neutestamentliche Perspektiven 156 – c. Die Vermittlung biblischer Impulse in die west- liche Rechtsentwicklung 162 – d. Systematische Perspektiven 169</i>	
B. Recht und Gerechtigkeit	179
I. Der eschatologische Charakter der Gerechtigkeit	179
Vorverständigung	179
1. Aristotelische Gerechtigkeit	181
<i>a. Die dreifache Gestalt der Gerechtigkeit 181 – b. Der Vorrang der Tauschgerechtigkeit in der Marktgesellschaft 186 – c. Die bleibende Aufgabe der austeilenden Gerechtigkeit 188 – d. Folgerungen 189</i>	
2. Biblische Gerechtigkeit	190
<i>a. Konnektive Gerechtigkeit 190 – b. Gerechtigkeit im Alten Testament 192 – c. Gerechtigkeit im Neuen Testament 194 – d. Folgerungen 197</i>	

3.	Verheißung und Geschichte	200
	<i>a. Gerechtigkeit als eschatologischer Begriff 201 – b. Gerechtigkeit und biblische Hoffnung 205 – c. Eschatologie und moderne Gerechtigkeitstheorien 208 – d. Recht als Funktion der Gerechtigkeit 211</i>	
II.	Gerechtigkeit als Fairness	220
1.	Der Blick von unten	220
2.	Rawls' ›Theorie der Gerechtigkeit‹	223
	<i>a. Gerechtigkeit als Fairness 223 – b. Rawls und die Traditionen der Gerechtigkeit 226 – c. Gerechtigkeitsgrundsätze als Prüfkriterien 227</i>	
3.	Vorrang für die Benachteiligten	229
	<i>a. Die ›vorrangige Option für die Armen‹ 229 – b. Beteiligungsgerechtigkeit 232 – c. Verfahrensgerechtigkeit 234</i>	
III.	Gerechtigkeit und Liebe	238
1.	Falsche Antithesen	238
	<i>a. Reinhold Niebuhr 238 – b. Emil Brunner 241</i>	
2.	Achtung und Liebe	243
	<i>a. Wolfhart Pannenberg 243 – b. Das Doppelgebot der Liebe und das Recht 246 – c. Die Goldene Regel und das Recht 252</i>	
3.	Das Tötungsverbot als Grenze des Rechts	255
	<i>a. Paul Ricœur 256 – b. Die Frage nach der Legitimität der Todesstrafe 257 – c. Die Todesstrafe und der Sinn weltlichen Strafens 262</i>	
IV.	Gerechtigkeit und Menschenwürde	265
1.	Die neuzeitliche Begründung des Rechts aus der Freiheit der Person	265
2.	Menschenwürde und Menschenrechte	269
	<i>a. Menschenwürde 270 – b. Die Entstehung der neuzeitlichen Menschenrechte 279 – c. Menschenrechte im modernen Völkerrecht 285 – d. Theologische Interpretationen der Menschenrechte 293 – e. Dietrich Bonhoeffer als Beispiel 298 – f. Der ethische Grundkonflikt der Gegenwart und die Menschenrechte 302 – g. Menschenrechtsbewusstsein und biblisches Rechtsdenken: ein Verhältnis wechselseitiger Kritik 304 – h. Universalität und Einheit der Menschenrechte 308 – i. Folgerungen 317</i>	

3.	Menschenwürde und politische Form	320
	<i>a. Der republikanische, demokratische und soziale Rechtsstaat 320 – b. Umstrittene Menschenwürde: Bioethik und Biopolitik 328</i>	
C.	Recht und Konflikt	347
I.	Mensch und Natur: neue Aufgaben des Rechts	347
1.	Männerrechte – Frauenrechte	348
	<i>a. Der Kampf um die Rechtsstellung von Frauen 348 – b. Der Streit um das Rechtsbewusstsein von Frauen und der Sinn des Rechtsverzichts 356 – c. Perspektiven 361</i>	
2.	Rechte der Natur oder Würde der Natur?	362
	<i>a. Die Kontroverse über Rechte der Natur 363 – b. Gründe für eine neue Orientierung 367 – c. Anthropozentrischer oder physiozentrischer Ansatz? 369 – d. Naturwürde statt Naturrechten 375 – e. Ethik der Selbstbegrenzung 380</i>	
3.	Ökologischer Umbau der Rechtsordnung	382
II.	Schuld und Strafe: die Selbstbeschränkung des Strafrechts	385
1.	Die notwendige Unterscheidung von Sünde und Schuld	385
	<i>a. Die paradigmatische Bedeutung des Strafrechts 385 – b. Das Ende des Sühnemythos 388 – c. Sünde und Schuld 390 – d. Der Schuld-begriff des Strafrechts 392</i>	
2.	Der umstrittene Sinn der Strafe	397
	<i>a. Vergeltung 397 – b. Spezialprävention 400 – c. Generalprävention 401 – d. Vereinigungstheorien 403 – e. Das Recht der staatlichen Strafe 403 – f. Noch einmal: Theologische Theorie der Strafe 408 – g. Theorie der Strafe und Strafrechtsreform 412</i>	
3.	Grenzen des Strafrechts	414
	<i>a. Alternative Formen der Kriminalitätsbewältigung 414 – b. Täter-Opfer-Ausgleich 416 – c. Grenzen strafrechtlicher Lösungskapazität: der Schwangerschaftsabbruch als Beispiel 418 – d. Die Grenzen der Strafe: Begnadigung und Amnestie 430</i>	
III.	Auf dem Weg zur internationalen Rechtsgemeinschaft: Gewaltverbot und Menschenrechte	435
1.	Umstrittenes Völkerrecht	435

2.	Das Völkerrecht und die Zukunft der Menschenrechte	440
	<i>a. Die Forderung des allgemeinen Gewaltverbots</i> 440 –	
	<i>b. Die Menschenrechte als Grundlage der internationalen Rechtsordnung</i> 447 –	
	<i>c. Recht und Ethos in den Menschenrechten</i> 456 –	
	<i>d. Die Zukunft der Menschenrechte</i> 461	
3.	Das Recht der Fremden	463
	<i>a. Das Recht auf Asyl</i> 466 –	
	<i>b. Das humanitäre Bleiberecht</i> 471 –	
	<i>c. Das Einwanderungsrecht</i> 473 –	
	<i>d. Das Recht ›inländischer Ausländer‹</i> 476	
IV.	Legalität und Legitimität:	
	Bürgerlicher Ungehorsam um des Rechts willen	478
1.	Grenzen der Bürgerloyalität	478
	<i>a. Die kritische Differenz zwischen politischem Gehorsam und dem Glauben an Gott</i> 478 –	
	<i>b. Staatsloyalität und Rechtsbefolgung</i> 481	
2.	Politischer Widerstand und bürgerlicher Ungehorsam	486
	<i>a. Widerstand im weiten, engeren und engsten Sinn</i> 486 –	
	<i>b. Kennzeichen des bürgerlichen Ungehorsams</i> 490	
3.	›Kirchenasyl‹	496
Schluss		
	Recht und Kirche: der exemplarische Charakter des Kirchenrechts	388
1.	Unvereinbarkeit von Kirche und Recht?	501
	<i>a. Der behauptete Gegensatz von Geist und Recht</i> 501 –	
	<i>b. Doppelter oder einfacher Rechtsbegriff?</i> 508 –	
	<i>c. Eigenständigkeit und Eigengeartetheit des Kirchenrechts</i> 513	
2.	Grundrechte in der Kirche	514
	<i>a. Die Kirchen und die Menschenrechte</i> 514 –	
	<i>b. Grundrechte in der katholischen Kirche</i> 518 –	
	<i>c. Grundrechte in den evangelischen Kirchen</i> 519 –	
	<i>d. Ein Katalog kirchlicher Grundrechte</i> 524 –	
	<i>e. Der exemplarische Charakter des Kirchenrechts</i> 529	
3.	Kirche und Staat	531
	<i>a. Theologische Kriterien</i> 531 –	
	<i>b. Rechtliche Regelungen</i> 536 –	
	<i>c. Religionsfreiheit, Öffentlichkeitsauftrag und Pluralismus</i> 540	
	Personenregister	543
	Sachregister	554

Einleitung

*Gott ist selbst Recht,
deswegen ist ihm das Recht lieb.*

Eike von Repkow

Recht durchdringt unser Leben von der Geburt bis zum Tod. Alle Rollen, die wir in unserem Leben spielen, sind rechtlich bestimmt. Als Bürgerinnen und Bürger, als Arbeitnehmer und Arbeitgeber, als Studierende und Hochschullehrer, als Ehegatten oder Partnerinnen und Partner, als Eltern und Kinder, als Käufer und Verkäufer, als Mieter und Vermieter: immer stoßen wir auf Regeln, die unsere Spielräume markieren. Wir erfahren das Recht als Chance und Gefahr, als Waffe in der eigenen Hand oder als Macht, die uns bedroht. Wir fürchten das Recht, wenn es die Individualität des Lebens an die Kette legt; wir hoffen auf das Recht, das die Schwächeren schützt und der Unterdrückung ein Ende macht.

Im täglichen Umgang mit dem Recht wird die Frage nach seinem Verhältnis zur Ethik nur selten zum Problem. Dass das Recht seinen »eigenen Gesetzen« folgt, nehmen wir in aller Regel pragmatisch hin; die Frage nach der ethischen Bedeutung von Verkehrsregeln geht uns im Allgemeinen nicht durch den Sinn. Viele sind darüber hinaus überzeugt, dass das Recht zur Verwirklichung ethischer Einsichten untauglich ist. Doch wenn neues Recht gesetzt, ja wenn sogar eine neue Rechtsordnung geschaffen werden soll, ist das ethische Nachdenken über die Grundlagen des Rechts und die verantwortbare Gestalt einer Rechtsordnung unausweichlich.

»Wir hofften auf Gerechtigkeit und bekamen den Rechtsstaat.«¹ Mit dieser Äußerung von Bärbel Bohley ist die grundlegende Herausforderung der Rechtsethik pointiert und herausfordernd beschrieben. Sie heißt: Wie verhalten sich die formale Verlässlichkeit und die inhaltliche Überzeugungskraft des Rechts zueinander? Die Anstrengungen in Ost- und Mitteleuropa, nach dem revolutionären Umbruch des Jahres 1989 neue Verfassungs- und Rechtsordnungen zu schaffen, bieten eindrucksvolle Beispiele für den Versuch, mit diesem Grundproblem konstruktiv umzugehen. Manche gewannen dabei den Eindruck, dass zumeist die formale Verlässlichkeit den Sieg über die inhaltliche Überzeugungskraft davonträgt. Dahinter steht die Forderung, sich der Frage nach der inhaltlichen Bestimmtheit des Rechts zu stellen und den Begriff des Rechts nicht nur an die Legalität der Rechtsentstehung zu binden. Ebenso deutlich hat diese Entwicklung freilich auch gezeigt, dass es in die Irre führen würde, die formalen Regeln des Rechtsstaats für unwichtig zu erklären und sich nur an der Frage nach dem

1. DIE ZEIT 14/1992, 44.

›richtigen Recht‹ zu orientieren. Beides muss vielmehr zusammen gesehen werden: das ›richtige Recht‹ und der Rechtsstaat, Gerechtigkeit und Recht.²

In besonderer Weise gilt für Deutschland, dass die Erfahrungen des vergangenen Jahrhunderts davor warnen, Recht und Ethik beziehungslos auseinander treten zu lassen. Sowohl die Schrecken des nationalsozialistischen Gewaltregimes als auch die permanente Rechtsbeugung durch die SED-Herrschaft haben in Deutschland auf einprägsame Weise gezeigt, dass Recht und Ethik nicht voneinander getrennt werden dürfen. Beide Erfahrungen haben aber auch verdeutlicht, dass das Recht nicht einfach in den Dienst einer bestimmten ethisch-politischen Konzeption gestellt werden darf. Denn in beiden Fällen wurden die Selbständigkeit und die Kontrollfunktion des Rechts gerade dadurch außer Kraft gesetzt, dass es zur Durchsetzung ideologisch bestimmter Ziele instrumentalisiert wurde. Solchen Erfahrungen werden rechtsethische Überlegungen nur in dem Maß gerecht, in dem sie die Eigenständigkeit des Rechts wahren, ohne Recht und Ethik beziehungslos auseinander treten zu lassen.

Trotz der Eindeutigkeit dieser historischen Lektionen steht die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Ethik im allgemeinen Bewusstsein eher am Rand des Interesses. Aus aktuellem Anlass ist von ihr dann und wann die Rede; doch im Zusammenhang wird sie nur selten erörtert. Was für das allgemeine Bewusstsein gilt, trifft auch für Kirche und Theologie zu. Zwar äußern kirchliche Gremien sich häufig zu Fragen mit rechtlicher Bedeutung oder zu Problemen staatlicher Gesetzgebung und Rechtsanwendung. Doch das Rechtsverständnis, auf dessen Hintergrund das geschieht, bleibt in aller Regel ungeklärt. Und ebenso ist auch eine theologische Ethik des Rechts ein ungewohntes Vorhaben.

Doch wenn die Theologie nicht nur die ›private‹ Seite menschlicher Existenz deutet, sondern auch zum Verstehen der ›öffentlichen‹ Bedingungen menschlicher Existenz beitragen will, muss sie sich mit der Wirklichkeit des Rechts auseinandersetzen. Soll theologische Ethik nicht nur eine Theorie persönlicher Lebensführung sein, so muss sie auch zu einer Ethik der Institutionen vordringen. Dann aber ist eine Beschäftigung mit dem Recht unausweichlich. ›Politische Theologie‹ bleibt in meinen Augen so lange ein halbherziges Unternehmen, solange sie der Auseinandersetzung mit dem Phänomen des Rechts aus dem Wege geht. Wer (wie ich) das Konzept einer ›öffentlichen Theologie‹ vertritt, muss sich diesem Thema stellen.³ Als ›öffentliche Theologie‹ bezeichne ich das theologische Vorhaben, die Fragen des gemeinsamen Lebens und seiner institutionellen Ausgestaltung in ihrer theologischen Relevanz zu interpretieren und den Beitrag

2. Von der Frage nach dem ›richtigen Recht‹ aus hat sich auch aus der Perspektive der Rechtswissenschaft die Notwendigkeit rechtsethischer Überlegungen erschlossen: K. Larenz, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, München 1979. Vgl. auch A. Baruzzi, *Freiheit, Recht und Gemeinwohl: Grundfragen einer Rechtsphilosophie*, Darmstadt 1990.
3. Vgl. W. Huber, Vorwort, in: Ch. Birch / L. L. Rasmussen, *Bibel und Ethik im christlichen Leben*, Gütersloh 1993, 9-12.

des christlichen Glaubens zur verantwortlichen Gestaltung unserer Lebenswelt zu ermitteln. Mit ›öffentlicher Theologie‹ meine ich zugleich eine Form der Theologie, die sich nicht auf eine innertheologische Sondersprache zurückzieht, sondern sich um allgemeine Verständlichkeit wie um die Kommunikation mit anderen Wissenschaften bemüht.⁴

Das Recht aus der Perspektive öffentlicher Theologie zu betrachten, hat von Anfang an einschneidende Konsequenzen. Denn eine solche Betrachtung fragt nach der Mitwirkung aller Glieder einer Rechtsgemeinschaft an der Gestaltung und Weiterentwicklung des Rechts. Sie wendet sich damit kritisch gegen eine ›Eigengesetzlichkeit‹ des Juristischen, in der das Recht von gesellschaftlichen Entwicklungen isoliert wird. Denn eine solche Betrachtungsweise unterschätzt in aller Regel die Bedeutung des Rechts für Selbstverständnis und Identitätswahrnehmung einer Gesellschaft. Dass Rechtssetzung und Rechtsanwendung an die Gebote von Öffentlichkeit und Transparenz gebunden sind, gehört zu den Grundannahmen einer Rechtsethik, die aus der Perspektive öffentlicher Theologie entwickelt wird.

Da ich in einer Juristenfamilie aufgewachsen bin, wurde mir das Interesse für das Recht in die Wiege gelegt; die Neigung zur Theologie entstand erst später. So ist es nicht verwunderlich, dass ich mich immer wieder Grenzfragen zwischen Rechtswissenschaft und Theologie zugewandt habe. Es handelt sich um ein in der evangelischen Theologie zeitweise vernachlässigtes Gebiet. Drei große Themen treten uns entgegen, wenn wir uns ihm nähern: die theologischen Grundlagen des Rechts, das Verhältnis von Ethik und Recht sowie die Beziehungen zwischen Staat und Kirche.

Am ehesten wird das letzte dieser Themen behandelt. Es interessiert Vertreterinnen und Vertreter der Rechtswissenschaft wie der Theologie, der Geschichtswissenschaft wie der Ethik. Viele historische Studien wurden ihm gewidmet. Auch ich habe auf dieses Thema manches Jahr verwandt und zu ihm – in entscheidenden Teilen gemeinsam mit meinem Vater, dem Verfassungshistoriker Ernst Rudolf Huber – eine Reihe historischer Dokumentationen⁵ und aktueller Interpretationen⁶ beigetragen.

Eine bedeutende Tradition haben rechtstheologische Untersuchungen. Sowohl die historische Frage nach der Rolle religiöser Überzeugungen in der Entwicklung des Rechts als auch die systematische Frage nach der theologischen Begründbarkeit des Rechts haben gewichtige Darstellungen gefunden. Vor allem nach dem Zweiten Weltkrieg hat sich im deutschen Protestantismus eine – ins-

4. Vgl. zum Begriff der öffentlichen Theologie ausführlicher z. B. W. Vögele, *Zivilreligion in der Bundesrepublik Deutschland*, Gütersloh 1994, 418 ff.

5. E. R. Huber / W. Huber, *Staat und Kirche in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert*, Bd. I–V, Berlin 1973–1995.

6. Zuerst: W. Huber, *Kirche und Öffentlichkeit*, Stuttgart 1973, 2. Aufl. München 1991. Zuletzt: ders., *Kirche in der Zeitenwende. Gesellschaftlicher Wandel und Erneuerung der Kirche*, Gütersloh 1998 (2. Aufl. 1999, TB 1999).

besondere von Juristen getragene – Rechtstheologie entwickelt.⁷ Und doch scheint diese, prüft man ihre praktischen Auswirkungen, in einer eigentümlichen Folgenlosigkeit geendet zu haben. An den Beratungen über das Bonner Grundgesetz und den ersten Versuchen seiner Interpretation war die evangelische Rechtstheologie nur am Rande beteiligt.⁸ In der Folgezeit wandte sie sich einer weithin abstrakten Institutionen-Diskussion zu, die von der Wirklichkeit der neu entstandenen Bundesrepublik oft weit entfernt war.⁹ Es war eine Folge solcher Versäumnisse, dass die evangelische Kirche erst spät ihr konstruktives Verhältnis zur freiheitlichen Demokratie in der zusammenfassenden Form einer Denkschrift darstellte.¹⁰

Vernachlässigt wurde in der Tradition der deutschsprachigen evangelischen Theologie die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Ethik. Zu den wichtigen Ausnahmen zählen die Dissertation von Kerstin Gäfgen, die einen ersten Vorstoß zu neuen Fragestellungen unternommen hat,¹¹ sowie eine Schrift von Reinhard Nordsieck, der gegenwärtige Rechtsprobleme unmittelbar mit biblischen Impulsen verknüpft hat.¹² Unter den evangelischen Sozialethikern der Gegenwart hat insbesondere Martin Honecker die eigenständige Bedeutung der Rechtsthematik zur Geltung gebracht.¹³ Am stärksten korrespondieren die rechtsethischen Untersuchungen von Hans-Richard Reuter dem Ansatz, den

7. Eine zusammenfassende Darstellung dieser insbesondere von Hans Dombois, Siegfried Grundmann, Johannes Heckel und Erik Wolf entwickelten Ansätze findet sich bei W. Steinmüller, *Evangelische Rechtstheologie. Zwei-Reiche-Lehre – Christokratie – Gnadenrecht*, 2 Bände, Köln/Graz 1968. Vgl. auch R. Dreier, *Entwicklungen und Probleme der Rechtstheologie*, in: ZevKR 25 (1980), 20-39 sowie H.-R. Reuter, *Rechtsethik in theologischer Perspektive. Studien zur Grundlegung und Konkrektion*, Gütersloh 1996, 93 ff.
8. Vgl. R. Anselm, *Verchristlichung der Gesellschaft? Zur Rolle des Protestantismus in den Verfassungsdiskussionen beider deutscher Staaten 1948/49*, in: J.-Chr. Kaiser / A. Doering-Manteuffel (Hg.), *Christentum und politische Verantwortung. Kirchen im Nachkriegsdeutschland*, Stuttgart 1990, 63-87.
9. Vgl. H. Dombois (Hg.), *Recht und Institution*, Witten 1956; ders. (Hg.), *Recht und Institution. Zweite Folge*, Stuttgart 1969. Vgl. dazu G. U. Brinkmann, *Theologische Institutionenethik. Ernst Wolfs Beitrag zur Institutionendiskussion in der evangelischen Kirche nach 1945*. Neukirchen-Vluyn 1997.
10. *Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie. Der Staat des Grundgesetzes als Angebot und Aufgabe. Eine Denkschrift der Evangelischen Kirche in Deutschland*, Gütersloh 1985. Vgl. K. Tanner, *Späte Taufe der Demokratie? Zur Rezeption der Denkschrift der EKD ›Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie‹*, in: ZEE 32 (1988), 119-128.
11. K. Gäfgen, *Das Recht in der Korrelation von Dogmatik und Ethik*, Berlin 1991.
12. R. Nordsieck, *Recht und Gesetz in theologischer, philosophischer und juristischer Perspektive*, Frankfurt a.M. u. a. 1991. – Von einer fundamentalistischen Deutung lutherischer Theologie aus beschäftigt sich mit Fragen der Rechtstheologie A. I. Herzog, *Recht muß doch Recht bleiben: Theologische Anmerkungen zu Grundfragen des Rechts*, Neuendettelsau 1993.
13. M. Honecker, *Grundriß der Sozialethik*, Berlin/New York 1995, v. a. 567 ff.

ich mit der hier vorgelegten Darstellung verfolge.¹⁴ In der Auseinandersetzung mit dem Verständnis von Gerechtigkeit, Recht und Kirchenrecht in der evangelischen Theologie unseres Jahrhunderts sowie in der Entfaltung konkreter Einzelprobleme entwickelt Reuter wichtige Perspektiven, auf die ich, ergänzend zu der in diesem Buch gegebenen Darstellung, ausdrücklich hinweisen will. Die wachsende Aufmerksamkeit für das Thema wird durch die Tatsache belegt, dass die ›Europäische Gesellschaft für Theologie‹ im Jahr 1996 ihren Kongress diesem Thema gewidmet hat.¹⁵

Die Dringlichkeit dieses Themas ergibt sich nicht nur aus grundsätzlichen Erwägungen, sondern auch aus einem Blick auf aktuelle Entwicklungen.

In grundlegenden politischen Herausforderungen unserer Zeit verbinden sich ethische und rechtliche Dimensionen intensiv miteinander. Die Auseinandersetzungen um den Schwangerschaftsabbruch, um das Asylrecht oder um die Bewältigung von Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR haben das besonders deutlich gezeigt. Langfristig noch folgenreicher ist die Frage nach ethischen Kriterien und rechtlichen Regelungen für den Umgang mit neuen biotechnischen, vor allem gentechnischen Möglichkeiten. Im Blick auf Leihmutterschaft, die Forschung mit embryonalen Stammzellen, Organtransplantation oder Sterbehilfe muss das Vorhaben, Ethik und Recht aseptisch voneinander getrennt zu halten, scheitern. Das Zeitalter des Rechtspositivismus ist vorüber.

Doch die Rückkehr zu Naturrechtslehren der Vergangenheit ist uns verstellt. Das gilt trotz wichtiger Versuche in der katholischen wie in der evangelischen Theologie, das Naturrechtsdenken in revidierter Form aufzugreifen.¹⁶ Denn die Gleichsetzung von ethischen Prinzipien und rechtlichen Normen verträgt sich nicht mit dem neuzeitlichen Grundsatz der Gewissensfreiheit, der seine entscheidende Begründung in der reformatorischen Einsicht in die Rechtfertigung des Menschen allein durch Gottes Gnade gefunden hat. Jede Beschäftigung mit dem Recht im Horizont evangelischer Theologie hat ein Interesse an der bleibenden Differenz von Legalität und Moralität, von Recht und Ethik. Denn das Recht soll der Freiheit dienen, für die Verschiedenheit der Menschen offen sein und einer Pluralität ethischer (wie religiöser) Orientierungen Raum geben. Auch das Zeitalter des Naturrechtsdenkens ist vorbei.

Um der Freiheit willen darf die Unterscheidung von Recht und Ethik nicht aufgehoben werden; deshalb sollte das Projekt des Naturrechts keine Fortsetzung finden. Doch diese Unterscheidung darf nicht länger als Beziehungslosigkeit

14. H.-R. Reuter, *Rechtsethik in theologischer Perspektive. Studien zur Grundlegung und Konkretion*, Gütersloh 1996. Vgl. jetzt seine zusammenfassende Darstellung der rechtsethischen Diskussionslage in: ders., *Rechtsethik in der Neuzeit*, in: TRE XXVIII (1997), 227-245.

15. Vgl. J. Mehlhausen (Hg.), *Recht – Macht – Gerechtigkeit*, Gütersloh 1998.

16. Die Anknüpfung an das Naturrechtsdenken in der modernen evangelischen Theologie erörtert, insbesondere am Beispiel Ernst Troeltschs, kenntnisreich und anregend K. Tanner, *Der lange Schatten des Naturrechts. Eine fundamentalethische Untersuchung*, Stuttgart u. a. 1993. Siehe unten A.III.2.

keit aufgefasst werden; deshalb sollte das positivistische Rechtsdenken überwunden werden. Rechtsethik ist nötig, weil die Frage nach den ethischen Voraussetzungen rechtlicher Regelungen ebenso unabweisbar ist wie die Frage nach den rechtlichen Folgen ethischer Forderungen. Beide Fragen werden häufig unterschätzt. Juristinnen und Juristen verkennen häufig, dass das von ihnen geformte, interpretierte oder angewandte Recht auf ethischen und religiösen Voraussetzungen ruht, die kein Rechtssystem selbst hervorzubringen vermag. Theologinnen und Theologen aber haben oft ein allzu naives Verhältnis zu den rechtlichen Implikationen, die mit ihren ethischen Forderungen verbunden sind.

Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Ethik ist praktisch folgenreich und theoretisch komplex. Sie verwickelt den Theologen nicht nur in den Dialog mit Juristen, sondern zugleich in das Gespräch mit der Philosophie. In ihr weist die Beschäftigung mit Problemen des Rechts eine weit größere Kontinuität und Konsistenz auf als in der Theologie. Neuerdings ist diese Beschäftigung mit Grundproblemen des Rechts vor allem von der modernen Gesellschaftstheorie aufgenommen worden.¹⁷

Dennoch können Theologen dieses Thema nicht nur den Juristen, Philosophen und Gesellschaftstheoretikern überlassen. Vielmehr hat die Theologie in das Gespräch über das Recht eine spezifische Perspektive einzubringen. Sie deutet die Wirklichkeit der Welt im Horizont der Universalität Gottes; in diesem Horizont erscheinen Relativität, Vorläufigkeit und Korrekturfähigkeit als hervorgehobene Kennzeichen der Weltwirklichkeit. Sie deutet diese Wirklichkeit im Horizont der Gegenwärtigkeit des inkarnierten Gottes; in diesem Horizont ist der Umgang mit der Wirklichkeit der Welt durch die Hoffnung auf umfassende Gerechtigkeit bestimmt. Theologie deutet das Recht im Horizont dieser Hoffnung. Der Umgang mit irdischem Recht im Horizont dieser Hoffnung ist das Thema einer christlich verstandenen Rechtsethik. Der Protestantismus entwickelt deshalb ein spezifisches Interesse an einem *ius humanum semper reformandum*.

Die Glieder der frühen christlichen Gemeinden erlebten das Recht des Römischen Reiches weithin als eine ihnen fremde und feindliche Macht; es stempelte sie zu Atheisten, drängte sie an den Rand der Gesellschaft und schuf Märtyrerinnen und Märtyrer. Die erste christliche Rechtsethik war deshalb nicht nur eine Ethik der Rechtsloyalität, welche die Unterordnung unter die Rechtsgebote der Obrigkeit nicht allein aus Furcht vor Strafe, sondern auch um des Gewissens willen forderte.¹⁸ Sondern sie war zugleich eine Ethik des zivilen Ungehorsams: »Man muss Gott mehr gehorchen als den Menschen«.¹⁹ Damit ist dem christlichen Nachdenken über das Recht ein kritischer Impuls mitgegeben, der freilich in der Geschichte des Christentums allzu häufig verdrängt wurde. Eine theologi-

17. Vgl. paradigmatisch *J. Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a. M. 1992; *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993.

18. Röm 13,1-7.

19. Apg 5,29.

sche Beschäftigung mit dem Recht, die jene Anfänge nicht verdrängt, kann nur die Gestalt einer kritischen Theologie des Rechts annehmen. Gerade so kann sie zu einer kritischen Theorie des Rechts beitragen.

Eine neue Beschäftigung der Theologie mit dem Recht ist an der Zeit. Herausgefordert wird sie durch die neuen Fragen, deren ethische wie rechtliche Klärung ansteht. Herausgefordert wird sie aber auch durch neue Entwicklungen in der Theologie. Die Theologien der Befreiung, die sich in den letzten Jahrzehnten entwickelt haben, drängen auch auf ein neues Verständnis des Rechts.²⁰ Sie knüpfen an diejenige Wahrnehmung des Rechts an, die in der jüdischen Prophezie entwickelt und von dem Juden Jesus von Nazareth weitergeführt wurde. Sie betrachten das Recht aus der Perspektive der Entrechteten, die Gerechtigkeit aus dem Blickwinkel derer, denen zum Leben das Notwendigste fehlt. Sie fragen nach der Rolle des Rechts im Dienst der Gerechtigkeit. Sie knüpfen an die Erfahrung an, dass das Recht gerade unter der Herrschaft von Diktatur und Unterdrückung eine unverzichtbare Instanz für Protest und Widerstand darstellt.

Die Debatten über die theologische Begründung des Rechts wie über das Verhältnis von Recht und Ethik im deutschsprachigen Bereich litten lange Zeit unter provinzieller Selbstgenügsamkeit. Über Generationen hinweg wurden dieselben Quellen zitiert, dieselben Probleme verhandelt und dieselben Kontroversen repetiert. Inzwischen hat sich eine internationale und ökumenische Weitung des Horizonts angebahnt. Mir selbst wurde sie vor allem durch zwei Erfahrungen abgenötigt. Mehrere Aufenthalte in Südafrika während des Apartheid-Regimes führten mir vor Augen, was die Frage nach dem Recht für diejenigen bedeutet, denen die elementarsten Gleichheits- und Mitwirkungsrechte vorenthalten werden; mit innerer Leidenschaft verfolge ich den von großen Schwierigkeiten begleiteten Versuch in Südafrika, auf der Basis gleicher Rechte für alle eine neue Rechtsordnung zu schaffen. Ein Gastsemester an der Emory University in Atlanta/USA im dramatischen Herbst 1989 eröffnete mir die Möglichkeit, mich tiefer in die angloamerikanische Diskussion rechtsphilosophischer und rechtsethischer Fragen zu vertiefen; es führte mich zugleich in die Stadt Martin Luther Kings und der amerikanischen Bürgerrechtsbewegung, die auf neue Weise eingeschränkt hat, dass das Recht erst ans Ziel kommt, wenn alle Diskriminierung ein Ende hat und die Schwachen Schutz finden. Dies ist einer der vielen geschichtlichen Belege dafür, dass den Menschen- und Bürgerrechten für den Zusammenhang von Ethik und Recht eine Schlüsselrolle zukommt. Die Erfahrungen, die ich in diesen Zusammenhängen gesammelt habe, haben sich mir inzwischen an manch anderem Ort bestätigt.

Eine Weitung des Horizonts, wie sie mir durch solche Erfahrungen eröffnet wurde, macht freilich den fragmentarischen Charakter der eigenen Kenntnisse und Perspektiven vollends unübersehbar. Die Arbeit an diesem Buch hat mich

20. Für eine theologische Theorie der Gerechtigkeit wird das eindrücklich gezeigt in der Untersuchung von *H. Bedford-Strohm*, Vorrang für die Armen. Auf dem Weg zu einer theologischen Theorie der Gerechtigkeit, Gütersloh 1993.

zwar während eines Jahrzehnts beschäftigt und begleitet; doch dass allenfalls ein exemplarischer Zugang zum Thema möglich sein würde, zeigte sich im Lauf der Arbeit immer deutlicher. Seit ich meine Überlegungen zur Rechtsethik, einer Anregung meines damaligen Assistenten Joachim von Soosten folgend, 1986 in einer Heidelberger Vorlesung zum ersten Mal vortrug, haben meine Gedanken manche Wandlung durchlaufen; ihr Grundriss hat sich jedoch durchgehalten. Je mehr ich mich bemüht habe, nicht nur die Grundlagen einer Rechtsethik, sondern auch ihre konkreten Konsequenzen zu untersuchen, desto deutlicher wurde mir zugleich, dass ich mich mit Aspekten und Ausschnitten des Themas begnügen musste.

Das Buch gliedert sich in drei Teile. Teil A entwickelt die Fragestellung: Die Zeit der Beziehungslosigkeit zwischen Ethik und Recht ist zu Ende; auf sie kann aber nicht eine neue Identität folgen. Nötig ist vielmehr eine kritische Theologie des Rechts; sie bringt die Hoffnung auf Gerechtigkeit in den Diskurs über das Recht ein.

Teil B entfaltet die theologische These des Buches. Gerechtigkeit in ihrem unaufhebbar eschatologischen Charakter bildet den Horizont des Rechts. Der Geltungsgrund des Rechts ist deshalb teleologisch zu interpretieren: um der Gerechtigkeit willen verlangt das Recht Anerkennung. Damit ist zugleich der Maßstab zur kritischen Prüfung und Veränderung von Rechtsordnungen angegeben. In diesem Rahmen diskutiere ich das Verhältnis dieses Entwurfs zu neueren Gerechtigkeitstheorien wie zur klassischen Begründung des Rechts in der Freiheit der Person. Auch die alte theologische Debatte über das Verhältnis von Gerechtigkeit und Liebe rückt dadurch, so hoffe ich, in ein neues Licht. Im Horizont einer Theorie der Gerechtigkeit hat zugleich die Grundlegung der Menschenrechte ihren Ort, mit der dieser Teil schließt.

Teil C prüft die Tragfähigkeit dieser Überlegungen an besonders strittigen Bereichen; dabei ist eine Beschränkung auf wenige ausgewählte Themen unumgänglich. Die Neubestimmung des Verhältnisses von Mensch und Natur, Sinn und Grenzen der Strafe, Grenzfragen des Verfassungsrechts und die Bedeutung des Rechts für globale Probleme der Gerechtigkeit kommen zur Sprache. Es soll deutlich werden, was eine rechtstheologische Reflexion zur ethischen Urteilsbildung in so kontroversen Fragen wie Gleichberechtigung und Rechtsstellung der nichtmenschlichen Natur, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, Asylrecht und zivilem Ungehorsam beitragen kann. Nur eine Auswahl von Problemen kann zur Sprache kommen; Leserinnen und Leser werden manches Thema vermissen, das ihnen aus guten Gründen besonders wichtig ist. Am Ende steht die Frage, die in vielen theologischen Beiträgen zum Problem des Rechts als einzige behandelt wird: die Frage nach dem Recht in der Kirche.

Auf dem langen Weg der Arbeit an diesem Manuskript habe ich vielfältige Unterstützung erfahren. Unter den juristischen Gesprächspartnern, von deren Anregungen ich im Lauf der Jahre profitiert habe, waren für mich besonders wichtig Wolfgang Bock, Ralf Dreier, Klaus Schlaich, Helmut Simon und John Witte Jr. Unter den theologischen Kollegen, mit denen ich Themen dieses Bu-

ches diskutiert habe, erwähne ich an erster Stelle meinen verstorbenen Lehrer und Freund Heinz Eduard Tödt und neben ihm Hans-Richard Reuter und Michael Welker in Heidelberg sowie William J. Everett in Atlanta und danach in Boston/USA, John de Gruchy von der Capetown University sowie Dirk J. Smit in Stellenbosch/Südafrika. Eine große Zahl von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern hat mich im Lauf vieler Jahre bei der Literatursuche und durch kritische Anregungen unterstützt. Ausdrücklich nenne ich Heinrich Bedford-Strohm, Peter Bubmann, Wolfram Bürger, Jörg Fingerle, Helga Kuhlmann, Birgit Rommel, Thorsten Schmitt, Dirk Schulz, Joachim von Soosten, Christian Stahmann und Wolfgang Vögele. Ihnen allen gilt mein herzlicher Dank; Jörg Fingerle danke ich im Besonderen für die Erstellung der Register und die Hilfe bei den Korrekturarbeiten. Ebenso herzlich danke ich dem Gütersloher Verlagshaus; die gute Zusammenarbeit – wie zuvor mit dem Chr. Kaiser Verlag – hat sich auch bei diesem Vorhaben bewährt.

An diesem Buch habe ich über lange Zeit hinweg gearbeitet; einzelne Vorstudien habe ich bei unterschiedlichen Gelegenheiten vorgetragen oder veröffentlicht. Besonders wichtig waren mir die Diskussionen in der Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft in Heidelberg, namentlich in ihrer Kirchenrechtskommission, ihrer Arbeitsgruppe zu Grundsatzfragen der Menschenrechte und ihrem Arbeitsbereich ›Kirche‹. Die größeren Teile dieses Buches entstanden in den Heidelberger Jahren zwischen 1984 und 1994. Die Widmung hält die Erinnerung daran wach, was diese Jahre für mich bedeuten. Fertiggestellt wurde das Buch während meiner Zeit im Bischofsamt. Auch die Durchsicht für die zweite Auflage, die im Wesentlichen meiner Frau zu danken war, und die Bearbeitung für die dritte Auflage war nur neben den damit gegebenen Aufgaben und Beanspruchungen möglich. Manche Unvollkommenheit dieses Buches lässt sich aus den besonderen Umständen seiner Entstehung erklären; unvollkommen und verbesserungsbedürftig wäre das Resultat aber auch dann geblieben, wenn mehr Zeit für seinen Abschluss zur Verfügung gestanden hätte.

Für die 3. Auflage habe ich den Text einer gründlichen Durchsicht unterzogen. Anregungen aus der Diskussion über das Buch habe ich gern aufgenommen; Aufbau und Argumentation aber blieben unverändert. Manche Passagen wurden umformuliert oder ergänzt; Bezugnahmen auf die neuere Diskussion sind hinzutreten. Dabei bin ich auch auf neue Entwicklungen in den Lebenswissenschaften und ihre rechtsethischen Implikationen eingegangen. In den Debatten darüber hat sich für mich deutlich gezeigt, dass eine Verknüpfung von Recht und Ethik – bei fortdauernder Wahrung ihres Unterschieds – heute in größerer Breite anerkannt wird, als dies zu Beginn meiner Beschäftigung mit dem Thema der Fall war. Viele Beispiele zeigen auch, dass sich diese Verknüpfung praktisch bewährt. Das hat meine Hoffnung bestärkt, dieser Entwurf könne den Beitrag evangelischer Theologie zur allgemeinen rechtsethischen Diskussion verdeutlichen und dazu beitragen, dass dem Thema des Rechts innerhalb der christlichen Ethik die Stellung zuwächst, die es verdient.

Mein besonderer Dank gilt Dagmar Karsten für ihre tatkräftige Unterstützung bei der Vorbereitung dieser dritten Auflage, der Erstellung der Register und ihrer Hilfe bei den Korrekturarbeiten; er gilt ebenso Diedrich Steen, der das Buch von Anfang an verlegerisch betreut hat.

Kara Huber, meiner lieben Frau, danke ich von Herzen dafür, dass sie dieses Vorhaben immer mit ihrem Wohlwollen begleitet und mich zu seiner Fertigstellung ermutigt hat.

A. Recht und Ethik

*Eine bloß empirische Rechtslehre ist ...
ein Kopf, der schön sein mag,
nur schade! dass er kein Gehirn hat.*

Immanuel Kant

I. Theologie und Rechtsethik: Zugänge zum Problem

1. Die Lage: Ausdehnung oder Aushöhlung des Rechts?

a. Die Allgegenwart des Rechts

Unsere Zeit ist von einer vorher ungeahnten Ausdehnung des Rechts bestimmt. Das Recht wird zu einer globalen Wirklichkeit; und es dringt in Bereiche vor, die bislang als ›rechtsfreie Räume‹ galten.

Das Recht wird zu einer globalen Wirklichkeit. Nicht erst im 20. Jahrhundert überschreitet die Geltung des Rechts die Grenzen der einzelnen Nationalstaaten. Doch das Völkerrecht, das sie bislang miteinander verband, regelte lediglich die Beziehungen zwischen diesen Staaten selbst; es war inter-nationales Recht. Die Einzelstaaten wurden als geschlossene Rechtssysteme verstanden, die ihre Beziehungen, soweit das als nötig erschien, durch internationale Verträge regelten.

Doch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, von den Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948 verabschiedet, markiert einen Wendepunkt. Mit ihr beginnt eine neue Epoche des Rechts; denn nun betreten die Menschen selbst als Rechtssubjekte die Bühne des internationalen Rechts. Nicht nur die Staaten, sondern die Einzelpersonen werden als Träger unveräußerlicher Rechte zu entscheidenden Größen des Völkerrechts.¹ Nun kann das Recht nicht mehr länger innerhalb der Grenzen geschlossener Rechtssysteme verstanden werden. Es bildet vielmehr eine Wirklichkeit, welche die Grenzen von Nationalstaaten und Gesellschaftssystemen überschreitet und durchlässig macht.

Dadurch wird freilich ein Konflikt ausgelöst, dessen Klärung noch aussteht. Zwischen der globalen Anerkennung elementarer Menschenrechte und der klassischen Vorstellung von der Souveränität der Nationalstaaten besteht offenkun-

1. Besonders markant hat Eberhard Menzel die These vertreten, der Menschenrechtsgedanke eröffne die Epoche der »Permeabilität des Staates«; in ihr seien nicht mehr nur die souveränen Staaten, sondern auch die einzelnen Menschen Subjekte des Völkerrechts: *E. Menzel*, Das Völkerrecht und die politisch-sozialen Grundstrukturen der modernen Welt, in: G. Picht / C. Eisenbart (Hg.), Frieden und Völkerrecht, Stuttgart 1973, 401-456.

dig eine Spannung. Dass der Vorrang der grundlegenden Menschenrechte anerkannt wird, ist umso dringlicher, als sich noch in einem anderen Bereich die Frage nach einer globalen Geltung und Anerkennung des Rechts stellt. Die Zunahme wirtschaftlicher Verflechtungen und Abhängigkeiten im Zeitalter der ›Globalisierung‹ wirkt sich auch auf den Bereich des Rechts aus. Ihre Auswirkungen reichen weit über die klassischen Felder des Völkerrechts sowie des Rechts der internationalen Organisationen hinaus. Eine Vielzahl von Verträgen und Abmachungen bestimmt den internationalen Handel mit Waren und Dienstleistungen; sie machen nicht nur Gebrauch von den rechtlichen Bestimmungen der in Frage kommenden Einzelstaaten, sondern auch von gewohnheitsrechtlichen Regelungen, die sich im Lauf der Jahre ausgebildet haben. Dieser Teil des internationalen Rechts stellt einerseits ein erhebliches Steuerungspotenzial dar; doch auf der anderen Seite ist der Einfluss der wirtschaftlichen Akteure oft so groß, dass er sich durch rechtliche Instrumente gar nicht bändigen lässt. Deshalb vermindern rechtliche Regelungen das Macht- und Wohlfahrtsgefälle auf dem Globus nicht, sondern lassen dessen weitere Verschärfung zu.² Umso dringlicher ist es, dass der Prozess der Globalisierung dem Maßstab der Menschenrechte unterworfen wird.³ Auf welche Widerstände das stößt, haben die jahrzehntelangen Auseinandersetzungen um eine ›neue internationale Wirtschaftsordnung‹ oder die Anstrengungen gezeigt, einen Schuldenerlass für die ärmsten Länder der Erde zu erreichen und die Armut auf der Erde bis zum Jahr 2015 zu halbieren.⁴

Die Forderung nach internationaler Gerechtigkeit ist nur eines der Postulate, unter denen die Ausweitung des Rechts zu einer globalen Wirklichkeit zu betrachten ist. Von vergleichbarer Dringlichkeit ist die Aufgabe, neue Instrumente der internationalen Friedenssicherung zu entwickeln. Das Zeitalter, das sich mit atomaren und chemischen Waffen Vernichtungspotenziale angeeignet hat, die für frühere Generationen unvorstellbar gewesen wären, muss auch neue Instrumente entwickeln, um internationale Konflikte gewaltfrei beizulegen und dem Frieden eine dauerhafte institutionelle Basis zu verleihen.⁵ Diese Aufgabe hat mit dem Ende des Kalten Krieges keineswegs an Dringlichkeit verloren; vielmehr ist die Aufgabe, die Gewalt mit den Mitteln des Rechts zu bändigen, in

2. Vgl. dazu als zusammenfassende Darstellung: W. Korff (Hg.), Handbuch der Wirtschaftsethik, Bd. 2, Gütersloh 1999, 373 ff.
3. Dass an der Universalität der Menschenrechte gerade angesichts der Globalität der technologischen Entwicklung festgehalten werden muss, hat Robert Spaemann sehr grundsätzlich herausgearbeitet: R. Spaemann, Universalismus oder Eurozentrismus, in: Merkur 474 (1988), 706-712.
4. Vgl. Vereinte Nationen (Hg.), Bericht über die menschliche Entwicklung 2005, Bonn 2005 sowie als kirchliche Stellungnahme Kirchenamt der EKD (Hg.), Schritte zu einer nachhaltigen Entwicklung. Die Millenniumsziele der Vereinten Nationen, Hannover 2005 (EKD-Texte 81).
5. Vgl. W. Huber / H.-R. Reuter, Friedensethik, Stuttgart u.a. 1990, 331-352; W. Huber, Rückkehr zur Lehre vom gerechten Krieg? Aktuelle Entwicklungen in der evangelischen Friedensethik, in: ZEE 49 (2005), 113-130.

neuen Formen zurückgekehrt, wie auf dem europäischen Kontinent die gewalt-samen Auseinandersetzungen im ehemaligen Jugoslawien besonders bedrückend gezeigt haben.⁶

Schließlich erfordert auch die globale Gefährdung der Biosphäre durch die Auswirkungen technischer Entwicklungen und wirtschaftlichen Handelns neue rechtliche Instrumente. Wenn die Menschheit die Biosphäre als ein ihr gemeinsam anvertrautes Gut zu verstehen und ihre Verantwortung für deren Bewahrung gemeinsam auszuüben hat, so sind dafür auch ungewohnte Schritte im Bereich des Rechts nötig. Erforderlich ist vor allem eine veränderte Rechtskonzeption, in der nicht nur den Menschen, sondern auch der außermenschlichen Natur rechtlicher Schutz zuerkannt wird. Nachdem in der Mitte des 20. Jahrhunderts die Stellung der Menschen im internationalen Recht neu definiert wurde, steht mit dem Übergang in ein neues Jahrhundert die Frage zur Debatte, welche Rechtsstellung der außermenschlichen Natur zuerkannt wird.⁷

Das Recht dringt in Bereiche vor, die bislang als ›rechtsfreie Räume‹ galten. Die veränderte Rolle des Rechts tritt uns nicht nur vor Augen, wenn wir uns wichtige Wandlungen und Herausforderungen im globalen Maßstab vergegenwärtigen. Vielmehr ist diese veränderte Rolle auch in der alltäglichen Erfahrung unübersehbar. Dafür lassen sich viele Beispiele anführen; eines soll in unserem Zusammenhang genügen. Wer heute in einem wirtschaftlich wie rechtlich hoch entwickelten Land eine neue Wohnung bezieht, sieht sich von einer Fülle von Vorschriften und Regeln umlagert. Eine Vielfalt rechtlicher Pflichten wartet auf die Neuankömmlinge. Die Eintragung beim Einwohnermeldeamt ist nötig, wenn das Wahlrecht nicht verloren gehen soll. Die Anmeldung bei den Stadtwerken ist dringlich; sonst werden Strom und Wasser gesperrt. Seien es die Vertragsbedingungen der städtischen Versorgungsbetriebe oder der Mietvertrag: das Leben in der neuen Umgebung ist von Paragraphen umstellt.

Der Einzug in eine neue Wohnung kann illustrieren, in welchem Maß sich die Rolle des Rechts innerhalb weniger Generationen gewandelt hat. Für frühere Generationen war ein Umzug vor allem körperliche Arbeit und seelische Anstrengung. Die Lösung aus einer vertrauten Umgebung und die Verwurzelung in einer neuen schnitten tief in das Leben ein; und es kostete viel Kraft und Zeit, Möbel und sonstige Habe von einem Ort zum andern zu bringen. Heute ist ein Umzug nicht zuletzt ein ›Papierkrieg‹: ein Kampf mit Paragraphen.

Es gibt viele andere Beispiele dafür, dass das Recht in hoch entwickelten Industriegesellschaften nahezu alle Lebensbereiche und Lebensvollzüge durchdringt. Die Zahl rechtlicher Bestimmungen, von denen das Leben jeder einzelnen Person tangiert ist, hat sich in wenigen Jahrzehnten vervielfacht. Die Zahl der Verwaltungsvorschriften, die von Behörden anzuwenden sind, ist ins Unvor-

6. Vgl. W. Huber, Die tägliche Gewalt. Gegen den Ausverkauf der Menschenwürde, Freiburg i. Br. u. a. 1993, 121 ff.

7. Vgl. zusammenfassend K. Bosselmann, Im Namen der Natur. Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat, Bern u. a. 1992.

stellbare angewachsen. Die Experten bezeichnen diesen Prozess als ›Verrechtlichung‹. Doch kann das Resultat noch als ›Recht‹ bezeichnet werden? Oder hat jener Beobachter den Nagel auf den Kopf getroffen, der von »legal pollution«, von Umweltverschmutzung durch Recht sprach?⁸

b. Verrechtlichung

Die ›Verrechtlichung‹⁹ ist eine Antwort auf die technisch-industrielle Entwicklung der Moderne. Das Recht wird als Mittel zur Regulierung des sozialen Wandels eingesetzt. Auf die Entstehung der Industriearbeiterschaft antworten Arbeits- und Sozialrecht, auf den motorisierten Straßenverkehr das Verkehrsrecht. Energieproduktion erfordert ein besonderes Energierecht, der Bau von Kernreaktoren hat die Einführung von Atomrecht zur Voraussetzung. Die Umweltbelastung durch industrielle Produktion und privaten Verbrauch wird durch die Verabschiedung von Umweltgesetzen beantwortet.

Jürgen Habermas hat vier Phasen in der Verrechtlichung der modernen Gesellschaft unterschieden,¹⁰ denen sich inzwischen eine fünfte anschließen lässt: Die Übergänge zum bürgerlichen Staat, zum Rechtsstaat, zum demokratischen Staat und schließlich zum sozialen und demokratischen Rechtsstaat sind mit jeweils spezifischen Verrechtlichungsschüben verbunden. Aber auch der die Gegenwart prägende Übergang zur Informationsgesellschaft bringt einen entsprechenden Verrechtlichungsschub mit sich. Das zeigt sich nicht nur an der Konstruktion eines neuen Grundrechts – auf ›informationelle Selbstbestimmung‹ – oder an der Errichtung eines neuen Bürokratiezweiges – des Datenschutzes. Sondern die informationelle Vernetzung aller Weltteile macht völlig neuartige Kooperationsverhältnisse möglich, die ihrerseits durch einen entsprechenden Verrechtlichungsschub gebändigt werden müssen.

Von früheren Stufen der Verrechtlichung unterscheiden sich deren moderne Formen dadurch, dass sich das Recht als Medium gegenüber dem Recht als Institution verselbständigt. Die institutionelle Dimension besteht darin, dass das Recht der menschlichen Lebenswelt dauerhafte Gestaltungsformen zur Verfügung stellt, die ihrerseits aus den normativen Erwartungen der lebensweltlichen Kommunikation selbst legitimiert sind. Für Rechtsinstitutionen ist es gerade charakteristisch, dass sie nicht allein durch Verfahren legitimiert sind, sondern einer inhaltlichen Legitimation zugänglich, aber auch auf sie angewiesen

8. L. Ehrlich, Legal Pollution, in: New York Times Magazine 17/1976.

9. Vgl. insbesondere R. Voigt (Hg.), Verrechtlichung, Königstein 1980; ders. (Hg.), Gegenwartstendenzen zur Verrechtlichung, Königstein 1983; F. Kübler (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1984 (TB Frankfurt a.M. 1985).

10. J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1981, 522-547.

sind. Das Recht als Medium dagegen trägt rein prozeduralen Charakter; für seine Geltung genügt eine Legitimation durch Verfahren. Es legitimiert sich nicht aus lebensweltlichen Verständigungen, sondern entspricht den funktionalen Erfordernissen gesellschaftlicher Teilsysteme. Solche Verrechtlichungsschübe sind Ausdruck desjenigen Prozesses, den Jürgen Habermas als die Kolonisierung der Lebenswelt durch die Imperative gesellschaftlicher Subsysteme beschrieben hat.

In dem Maß, in dem der soziale Wandel technologisch bedingt ist, nimmt das Recht selbst technischen Charakter an. Die Differenz zwischen technischer Regel und Rechtsregel, damit aber auch die Differenz zwischen technischem und praktischem Handeln wird eingeebnet. Im Prozess der Verrechtlichung nimmt das Recht selbst technischen Charakter an. Die ›Verrechtlichung‹ ist zugleich eine ›Technisierung‹ des Rechts.

Verrechtlichung und Technisierung haben vor allem im Sozialrecht und in der Sozialverwaltung schwerwiegende Folgen. Sie dehnen den Bereich der einfachen Anwendung von vorgegebenen Normen aus und schränken den Bereich der fall- und situationsbezogenen Ermessensentscheidung ein. Das Netz rechtlicher Regelungen wird immer dichter und feiner geknüpft; die Individualität persönlicher Lebensumstände findet in konkreten Entscheidungen immer weniger Berücksichtigung (›synchrone Normenflut‹). Zugleich muss das Recht in immer kürzeren Rhythmen an veränderte Bedingungen angepasst werden; vor allem die Kostenentwicklung erfordert permanente Novellierungen, die mit der Erwartung an die Beständigkeit des Rechts unvereinbar sind (›diachrone Normenflut‹). Damit verschärft sich der Abstand zwischen Juristen und Laien. Allenfalls Juristinnen und Juristen können – und auch dies nur für ihren jeweiligen Arbeitsbereich – die Fülle rechtlicher Bestimmungen noch überschauen, von denen etwa eine staatliche Steuerforderung oder die Gewährung einer staatlichen Leistung abhängt.

Doch trägt dieses fein gesponnene und für den Einzelnen zugleich undurchschaubare Netz rechtlicher Regelungen noch Rechtscharakter? Verdienen spezialisierte Festlegungen über die Höhe von Krankenversicherungsbeiträgen und Kassenleistungen oder über die zulässige Giftbelastung bestimmter Nahrungsmittel und die radioaktive Verseuchung der Luft den Namen des Rechts? Oder schlägt die Ausdehnung des Rechts in dessen Aushöhlung um?

Wenn alle Lebensbereiche rechtlich normiert sind, verliert das Recht seine Freiheitsfunktion. Diese kann es nämlich nur erfüllen, solange seine Reichweite begrenzt bleibt. ›Rechtsfreie Räume‹ bilden insofern eine notwendige Bedingung des Rechts. Da es, um eine berühmt gewordene Formel abzuwandeln, auf Voraussetzungen beruht, die es nicht selbst hervorzubringen vermag,¹¹ darf das Recht nicht in denjenigen Bereich vordringen, in dem solche Voraussetzungen

11. Im Blick auf den freiheitlichen, säkularisierten Staat hat Ernst-Wolfgang Böckenförde gesagt, er lebe »von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann«; *E.-W. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung*, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt a. M. 1991, 92-114 (112).

sich allein bilden können: nämlich in den Bereich, in dem Verhältnisse wechselseitiger Anerkennung zwischen Menschen sich ungesucht und ungezwungen einstellen, die sich nicht den Notwendigkeiten von Rechtsbeziehungen verdanken. Nur weil Menschen Verhältnisse des Vertrauens und der Zuneigung, der Treue und der Freundschaft aufbauen können, ohne dafür die Instrumente und den Schutz des Rechtes zu benötigen, kann dieses sich als ein Mittel bilden, das bestimmte Verhältnisse wechselseitiger Anerkennung normiert, auf Dauer stellt und gegen Verletzungen schützt. Wo dagegen die rechtsfreie und zwanglose Anerkennung zwischen Menschen keinen Ort mehr hätte, gäbe es auch nichts mehr, was das Recht schützen könnte. Wenn das Recht alle rechtsfreien Räume in sich aufsaugen würde, würde es zugleich aufhören, Recht zu sein.

c. Angewiesenheit auf Recht

Klassische Vorstellungen vom Recht sind an dem Gedanken orientiert, das Recht umfasse diejenigen Regeln, die um des Gemeinwohls willen notwendig sind.¹² Die Differenzierung zwischen Recht und Moral beginnt, wenn eine bestimmte Gruppe von Regeln mit so hohem Gewicht ausgestattet wird, dass ihnen formale Erzwingbarkeit und in diesem Sinn rechtliche Qualität zukommt. Überschaubarkeit ist ein besonderes Kennzeichen dieser Art von Recht.

Der moderne Rechtsgedanke ist an der Frage orientiert, wie Individuen in Freiheit zusammenleben können.¹³ Das Recht soll diejenigen allgemeinen Regeln umfassen, an die alle Personen gebunden sind, damit die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen koexistieren kann. Allgemeinheit ist ein besonderes Kennzeichen dieser Vorstellung vom Recht. Das Recht soll denjenigen Raum schützen, in dem Menschen einander achten und in Achtung begegnen können.

Definitionsversuche unserer Gegenwart schlagen vor, das Recht als ein Gefüge von Rechten und Pflichten zu verstehen, die Konfliktlösung ermöglichen und Kooperation eröffnen.¹⁴ Die Orientierung an der Person als der Trägerin von Rechten und Pflichten und das Interesse an der praktischen Anwendbarkeit sind besondere Kennzeichen dieses Zugangs zum Recht. Das Recht soll dazu beitragen, dass Menschen ihre eigene Geschichte verantwortlich gestalten können.

Gegenüber der technisch-administrativen Rolle des Rechts in der Steuerung der Wirtschafts- und Erwerbsgesellschaft wirken solche Definitionsversuche alt-

12. Das ist der Grundgedanke der Rechtslehre des Thomas von Aquin; vgl. *Summa Theologica* I-II, qu. 90, art. 2: »omnis lex ad bonum commune ordinatur« sowie die Definition der *lex humana* in *Summa Theologica* I-II, qu. 90, art. 4 concl.: *lex »nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata.«*

13. Das ist der Grundgedanke von Immanuel Kants Rechtslehre; dazu unten A.II.1.a.

14. An diesem Grundgedanken orientieren sich *H. J. Berman / W. J. Greiner, The Nature and Functions of Law*, 4. ed. Minneola 1980.

modisch. Es scheint, als ob der Wirkungsbereich des Rechts so weit ausgedehnt wurde, bis sein eigener Geltungsgrund untergraben war. Die Ausdehnung des Rechts schlägt in seine Aushöhlung um. Das technisierte Recht wird unüberschaubar; seine Gemeinwohlorientierung ist für die Rechtsunterworfenen in vielen Fällen nicht mehr erkennbar. Die im Recht erstrebte Freiheitsverbürgung schlägt in Freiheitsentzug um. Die Frage nach der Koexistenz in persönlicher Freiheit ist nicht mehr ein vordringliches Thema des Rechts; Verhältnisse wechselseitiger Achtung haben, so scheint es, keinen öffentlichen Ort mehr.

Für die Ausdehnung, Technisierung und Perfektionierung gesellschaftlicher Institutionen gibt es eine Grenze, jenseits derer diese Institutionen das Gegenteil des Zweckes bewirken, zu dem sie bestimmt waren. Ivan Illich hat das in provokativer und deshalb umstrittener Weise an verschiedenen gesellschaftlichen Institutionen verdeutlicht. Die Verschulung der Gesellschaft kann ein Maß annehmen, das Kindern den selbständigen Umgang mit Erfahrungen nicht mehr ermöglicht, sondern verstellt.¹⁵ Die Medikalisierung der Gesellschaft kann zur gesellschaftlichen Krankheit werden.¹⁶ Es lässt sich hinzufügen: Die Verrechtlichung kann die Gesellschaft wie die Einzelnen rechtlos machen.

Auf die Verschulung hat Ivan Illich mit der Parole von der ›Entschulung‹ der Gesellschaft geantwortet; auf die Nemesis der Medizin reagiert er mit dem Gedanken, das Medizinsystem zu bestreiten. Wie auch immer diese Vorschläge zu beurteilen sind: auf die Verrechtlichung der Gesellschaft lässt sich nicht mit ihrer ›Entrechtlichung‹ antworten. Zwar mag der Vorschlag eines amtierenden Kultusministers, alle Erlasse außer Kraft zu setzen, deren Aktenzeichen ohne Rest durch drei teilbar ist, rhetorisch erfrischend und praktisch unschädlich sein.¹⁷ Doch aufs Ganze gesehen hätte eine ›Entrechtlichung‹ eine verhängnisvolle ›Rechtlosigkeit‹ zur Folge.

Denn trotz aller negativer Folgen der ›Verrechtlichung‹ muss in Erinnerung bleiben: *Das Recht ist die Hoffnung derer, die unter Machtmissbrauch und Willkür leiden.* Die Wiederherstellung des Rechts ist das Ziel der Unterdrückten. Das technologische Zeitalter ist eine Epoche zuvor unvorstellbarer Machtkonzentrationen. Erforderlich ist nicht eine Entrechtlichung, sondern ein Recht, das die Macht wirklich zu bändigen vermag, global wie lokal.

Nicht eine Preisgabe des Rechts, sondern eine Rekonstruktion der Sphäre des Rechts ist nötig. Klassische Rechtsvorstellungen banden das Recht an das Gemeinwohl, moderne Konzepte an die Freiheit der Person. Heute tritt die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit in den Vordergrund.

15. I. Illich, *Schulen helfen nicht*, Reinbek 1972; ders., *Entschulung der Gesellschaft*, Reinbek 1973; ders., *Schule ins Museum. Phaidros und die Folgen*, Bad Heilbrunn 1984.
16. I. Illich, *Die Nemesis der Medizin*, Reinbek 1981.
17. So Roman Herzog in einem Diskussionsvotum, eine eigene Äußerung aus seiner Tätigkeit als Kultusminister von Baden-Württemberg wiederholend: M. Pfeiffer (Hg.), *Auftrag Grundgesetz. Wirklichkeit und Perspektiven*, Stuttgart 1989, 223.

Damit ist auch die bestimmende Frage dieses Buches genannt. Es lässt sich von folgender Überlegung leiten: Eine Rekonstruktion der Sphäre des Rechts muss bei der Situation derer beginnen, die unter den spezifisch modernen Formen der Rechtlosigkeit leiden. Nicht das Stöhnen der Wohlhabenden unter der Verrechtlichung der Industriegesellschaft, sondern das Leiden der Unterdrückten und Entrechteten unter Ungerechtigkeit steht am Anfang. Eine kritische Theologie des Rechts beginnt mit den Ausgeschlossenen und Eingesperrten, die politischer Willkür ausgeliefert sind. Sie beginnt mit denen, die sich in ihrem eigenen Land nicht mehr zu Hause wissen und in der Fremde Asyl suchen. Sie beginnt mit den Diskriminierten, die unter einer rassistischen Gewaltherrschaft leben müssen. Sie beginnt mit den Opfern schneller wirtschaftlicher Entwicklung, die sich häufig mit einer autoritären Staatsordnung verbindet. Sie beginnt mit dem Blick auf Menschen, denen in ideologisch beherrschten Ländern das Recht der Meinungsfreiheit geraubt wird. Sie beginnt mit der Perspektive von Frauen, denen in männlich bestimmten Gesellschaften Selbstverwirklichung und Gleichheit vorenthalten werden. Sie beginnt mit denen, die in reichen Industriestaaten dem Modernisierungsprozess weichen müssen oder im Interesse an einer Steigerung der Unternehmensrendite in die Arbeitslosigkeit gedrängt werden. Für sie alle hat das Recht nur Bedeutung, wenn es in den Dienst der Gerechtigkeit tritt, auf die sie hoffen.

Wenn dies die bestimmende Perspektive auf das Recht ist, wird es freilich unmöglich, Recht und Ethik – die Frage nach dem, was gilt, und die Frage nach dem, was gut ist – voneinander zu trennen. Eben diese Trennung aber bildete einen entscheidenden Schritt in der Ausbildung des neuzeitlichen Rechtsverständnisses. Müssen wir dieses Rechtsverständnis hinter uns lassen? Stehen wir vor einem Epochenwechsel?

2. Epochenwechsel im Verständnis des Rechts

Im Rückblick auf sein Studium um das Jahr 1820 beschrieb Heinrich Heine seine Erfahrungen mit der Rechtswissenschaft so:

»Von den sieben Jahren, die ich auf deutschen Universitäten zubrachte, vergebte ich drei schöne blühende Lebensjahre durch das Studium der römischen Kasuistik, der Jurisprudenz, dieser illiberalsten Wissenschaft.

Welch ein fürchterliches Buch ist das Korpus iuris, die Bibel des Egoismus!

Wie die Römer selbst blieb mir immer verhaßt ihr Rechtskodex. Diese Räuber wollten ihren Raub sicherstellen, und was sie mit dem Schwerte erbeutet, suchten sie durch Gesetze zu schützen; deshalb war der Römer zu gleicher Zeit Soldat und Advokat, und es entstand eine Mischung der widerwärtigsten Art.

Wahrhaftig jenen römischen Dieben verdanken wir die Theorie des Eigentums, das vorher nur als Tatsache bestand, und die Ausbildung dieser Lehre in ihren schnödesten Konsequenzen ist jenes gepriesene römische Recht, das allen unseren heutigen Legislationen, ja allen modernen Staatsinstitutionen zu Grun-

de liegt, obgleich es im grellsten Widerspruch mit der Religion, der Moral, dem Menschengefühl und der Vernunft steht.«¹⁸

Schroffer lässt sich die Erfahrung eines Gegensatzes von Recht und Moral, einer vollständigen Trennung von Recht und Ethik nicht formulieren, als Heine dies in seinen Memoiren tat. Er formulierte seine Anklage zu einem Zeitpunkt, zu dem sich in Deutschland ein entscheidender Übergang im Rechtsverständnis vollzog. Das Naturrechtsdenken, das bewusst nach einem Recht fragte, das vor der Vernunft verantwortet werden kann, wurde von der Historischen Rechtsschule abgelöst, die allein an dem geschichtlich gewordenen und positiv gesetzten Recht interessiert war. Bei diesem Übergang kam der Auslegung des römischen Rechts eine Schlüsselfunktion zu;¹⁹ ihm galt deshalb Heines geballter Zorn. Klarsichtig erkannte er: Nach dem ethisch zu verantwortenden, durch die sittliche Vernunft zu prüfenden Recht konnte im Zeitalter von Historismus und Positivismus nicht einmal mehr gefragt werden. Denn das positive Recht beanspruchte Geltung, weil es sich geschichtlich durchgesetzt hatte, nicht weil es einer Prüfung an Maßstäben der Sittlichkeit standzuhalten vermochte. Um das Jahr 1820 erlebte der Student Heinrich Heine, dass das Thema ›Recht und Ethik‹ der Vergangenheit angehört.

Die von Heine diagnostizierte Entwicklung war nicht auf Deutschland beschränkt. Mit durchaus vergleichbarer Konsequenz wurde etwa zur gleichen Zeit in England die Trennung von Moral und Recht vollzogen. Jeremy Bentham (1748-1832), der utilitaristische Philosoph, und der Jurist John Austin (1790-1859) traten als Begründer des Rechtspositivismus hervor.²⁰ Das historische Faktum, dass moralische Überzeugungen Einfluss auf die Ausbildung von Rechtssystemen und Rechtsnormen ausüben, wollten sie nicht verneinen. Und sie leugneten auch nicht, dass rechtliche Regelungen die Fortbildung des moralischen Bewusstseins mitbestimmen. Doch sie bestritten, dass die Verbindung von Recht und Moral notwendig ist. Zum einen, so erklärten sie, kann man aus der Tatsache, dass eine Rechtsnorm die Moral verletzt, noch nicht schließen, dass sie als Rechtsnorm ungültig ist; zum andern aber kann man auch nicht aus der Überzeugung, dass eine bestimmte Norm moralisch wünschenswert ist, die Folgerung ableiten, dass diese moralische Norm selber eine Rechtsnorm darstellt. Zusammenfassend wurde John Austins Verdienst geradezu auf die Formel gebracht, er habe »das Recht vom toten Ballast der Moral befreit«²¹. Das Urteil, das Heine in

18. *H. Heine*, Memoiren, in: *Sämtliche Werke II*, München 1969, 805; vgl. *U. Wesel*, *Juristische Weltkunde*, Frankfurt a. M. 1984, 56 f.

19. Vgl. exemplarisch die Darstellung bei dem wichtigsten Repräsentanten der Historischen Rechtsschule: *F. C. von Savigny*, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 6 Bände, Heidelberg 1815-1831 (2. Aufl., 7 Bände, 1834-1851); ders., *System des heutigen Römischen Rechts*, 8 Bände, Berlin 1840-1849; als Textbeispiel daraus: *Allgemeine Natur der Rechtsquellen*, in: *W. Maihofer* (Hg.), *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt 1973, 26-51.

20. Siehe unten A.III.1.

21. *H. L. A. Hart*, *Recht und Moral*, Göttingen 1971, 21.

der Form der Klage vorgebracht hatte, kehrt hier in unverhohlener Begeisterung wieder.

Ist es angesichts dieser – sei es klagenden, sei es begeisterten – Feststellung über die neuzeitliche Trennung von Recht und Moral überhaupt ein sinnvolles Unterfangen, nach einem ethischen Zugang zum Recht zu fragen und dabei der Aufgabe nachzugehen, von der theologischen Ethik aus einen Zugang zum Recht zu bahnen? Kommen wir nicht zwei Jahrhunderte zu spät, wenn wir eine solche Frage stellen?

Meine Antwort heißt: Nach dem Verhältnis von Recht und Ethik zu fragen, ist in neuer Weise sinnvoll geworden. Denn die Epoche des Rechtspositivismus, der auf der einfachen Trennung von Recht und Moral beharrte, ist zu Ende gegangen. Der Rechtspositivismus hatte den Rechtscharakter einer Norm ausschließlich darin gesehen, dass diese Norm von einem Souverän erlassen ist, von den Rechtsunterworfenen Befolgung verlangt und diese Befolgung in der Regel findet. Doch die damit verknüpfte Trennung von Recht und Moral hat sich nicht durchhalten lassen. Sie hat nämlich das Recht zum beliebig manipulierbaren Spielball der jeweils durchsetzungsstärkeren politischen oder wirtschaftlichen Interessen gemacht.

Ob die Zerstörung des Rechts durch das nationalsozialistische Regime tatsächlich, wie vielfach behauptet wurde, auf den Siegeszug des positivistischen Denkens zurückzuführen ist, muss bezweifelt werden; vielmehr wurde die Rechtsordnung im Dienst eines ideologisch aufgeladenen, »wertgebundenen« Rechts umgestaltet.²² Doch unbestreitbar ist, dass in der Nachkriegsphase der Bundesrepublik auf die totalitäre Rechtsverachtung und Rechtszerstörung eine Wiederbelebung des Naturrechts folgte.²³ Nun sollten bestimmte Rechtsüberzeugungen wieder unmittelbar aus den immer gleichen und allen einsichtigen naturrechtlichen Grundlagen ableitbar sein. Dieses Vorhaben ließ sich jedoch ebenfalls nicht durchhalten. Denn zu offensichtlich war, dass auch damit zeitgebundene Rechtsüberzeugungen in den Status zeitloser Wahrheiten erhoben und somit ideologisiert wurden.²⁴ Die Auslieferung des Rechts an partikulare Interessen ist das besondere Problem des Rechtspositivismus; die Ideologisierung des Rechts aber ist das Problem der Naturrechtslehren.

Angesichts dieser doppelten Gefahr lässt sich heute feststellen: Die »ewige Wiederkehr«²⁵ von Naturrecht und Rechtspositivismus hat sich leergelaufen. Neue Antworten werden an manchen Orten und von manchen Seiten aus ge-

22. Vgl. insbesondere *D. Simon / M. Stolleis*, Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, Tübingen 1989; *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, München 1999; ders., Recht im Unrecht, Frankfurt a. M. 2006.

23. Siehe unten A.III.2.

24. »Durch diese rechtspolitische Wende zu einem repristinieren materialen Naturrecht wird jedoch nur die korruptierte nationalsozialistische Weltanschauung durch einen anderen Weltanschauungstyp ersetzt«, heißt es deshalb bei *F. Wagner*, Naturrecht II, in: TRE XXIV (1994), 153-185 (173).

25. Vgl. *H. Rommen*, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, München 1947.

sucht. Neu nach dem Verhältnis von Recht und Ethik zu fragen, ist sinnvoll. Dass auch die theologische Ethik dazu ihren Beitrag leistet, ist an der Zeit. In der Verhältnisbestimmung von Recht und Ethik befinden wir uns in einem Epochenwechsel, der auch theologisch verarbeitet und mitgestaltet werden muss.

Herbert L. A. Hart (1907-1992), der bedeutendste Vertreter des Positivismus in der angelsächsischen Rechtsphilosophie unserer Zeit, hat diesen Epochenwechsel in einer Rede zur Zweihundertjahrfeier der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung folgendermaßen diagnostiziert:²⁶ Die Epoche seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts ist rechtstheoretisch durch den Positivismus gekennzeichnet, der die Rechtssetzung durch einen Souverän zum einzigen Kriterium der Rechtsgeltung erklärt. Rechtsphilosophisch ist diese Epoche durch den Utilitarismus bestimmt, der die Nutzenorientierung als legitimes Ziel auch der Anwendung des Rechts in Anschlag bringt. Hart, der selbst zur Ausarbeitung des rechtstheoretischen Positivismus wichtige Beiträge geleistet hat, diagnostiziert nun, dass diese Epoche zu Ende geht. Die Rechtstheorie ist wieder am Zusammenhang von Recht und Moral interessiert. Die Rechtsphilosophie fragt nach der fundamentalen Bedeutung allgemeiner Menschenrechte und erkennt, dass deren gleiche Geltung für alle Menschen der Nutzenorientierung vorgeordnet werden muss. Positivismus und Utilitarismus bilden nicht länger die beherrschenden Paradigmen für die Deutung des Rechts.²⁷

Diese von H. L. A. Hart 1976 formulierte Diagnose soll den Ausgangspunkt unserer Überlegungen bilden. Dabei ist deutlich: Die Antwort auf den von Hart beschriebenen Epochenwechsel kann nicht einfach in der Rückkehr zu vornezeitlichen Konzepten der Einheit von Recht und Moral bestehen; vielmehr muss die Unterscheidung zwischen beiden festgehalten werden. Doch die positivistische These, nach der Recht und Moral beziehungslos nebeneinander stehen, gibt dieser Unterscheidung nicht in angemessener Weise Ausdruck.

3. Gott im Grundgesetz oder: Die Rolle der Theologie

a. *Etsi Deus non daretur*

Kann die Theologie sich an den Bemühungen um eine neue, nachpositivistische Rechtsethik beteiligen? Viele Rechtsphilosophen der Gegenwart beantworten diese Frage negativ. Eine Rechtsethik, so argumentieren sie, kann sich nur auf universalistische Prinzipien berufen; die Zustimmung der Bürgerinnen und Bürger zum Recht darf nur auf rationale Argumente gestützt sein. Politische Ethik,

26. H. L. A. Hart, 1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy, in: New York University Law Review 51 (1976), 538-551; abgedruckt in: ders., Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford 1983, 145-158.

27. Vgl. H. L. A. Hart, Between Utility and Rights (1979), in: M. Cohen (ed.), Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, Totowa, N.J. 1984, 214-226.

so erklärt David Lyons in seiner Einführung in die Rechtsethik,²⁸ soll ausschließlich an Prinzipien und Argumenten orientiert sein, die allen Menschen zugänglich sind. Der Gedanke der Demokratie ist für Lyons unlöslich mit dem Konzept einer »naturalistic and public conception of political morality« verbunden. Die Zustimmung zur Demokratie und zum demokratischen Rechtsstaat hängt also an der Anerkennung eines rational einsichtigen Naturrechts. Bis zum heutigen Tag gilt die Idee des Gesellschaftsvertrages als dessen überzeugende Konstruktionsform; daraus erklärt sich die große Resonanz, die John Rawls' vertragstheoretische Konstruktion des Gerechtigkeitsbegriffs gefunden hat.²⁹

Dem Gedanken, dass alle Prinzipien der Rechtsbegründung universalisierbar sein müssen, hat Bruce Ackerman³⁰ die Fassung eines Neutralitäts-Prinzips gegeben. Es fordert die Anerkennung einer gleichen Gültigkeit für alle Prinzipien, die rational und konsistent vertreten werden können. Angesichts dieses Prinzips gelten alle Machtstrukturen als illegitim, die nur dadurch begründet werden können, dass einer bestimmten moralischen Position eine besondere Autorität zuerkannt wird. Religiöse Ethik hat nach dieser Auffassung im öffentlichen Diskurs über die Begründung des Rechts keinen Ort; Religion ist Privatsache. Theologie, die der Interpretation religiöser Ethik dient, hat im Gespräch über Fragen der Rechtsbegründung keine legitime Funktion; denn sie kann zu diesem Gespräch allenfalls partikuläre Einsichten, aber gerade nicht universalisierbare Prinzipien beisteuern.

Eine solche Abwehr theologischer Einmischung in die Rechtsethik kann sich auf eine große Tradition und auf schmerzliche historische Erfahrungen zugleich berufen. Zunächst sei an die große Tradition erinnert, die in einer bestimmten Hinsicht auf den christlichen Glauben selbst zurückgeführt werden kann und muss. Das Neue Testament unterstreicht zwar, dass das Recht um des Wohls der Menschen willen notwendig ist, also zu der von Gott gewollten Wohlordnung gehört. Deshalb betont schon der Apostel Paulus, dass alle staatliche Gewalt ihren letzten Ursprung im Willen und Gebot Gottes hat.³¹ Gleichwohl kommt der staatlichen Ordnung nach der klaren Aussage des Neuen Testaments keine unmittelbare religiöse Autorität zu. Schon die frühen Christen lehnten eine göttliche Verehrung der Kaiser ab; sie galten deshalb in der Sprache der damaligen Zeit als »Atheisten«. Den Unterschied zwischen der Sphäre des Rechts und der Sphäre des Glaubens hat schon Jesus hervorgehoben: »Gebt dem Kaiser, was des Kaisers ist, und Gott, was Gottes ist.«³² In dieser Unterscheidung wurzelt die christliche Überzeugung, dass jede irdische Ordnung nur eine begrenzte Loyali-

28. D. Lyons, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge 1984, 191 f.; vgl. K. Greenawalt, *Religious Convictions and Political Choice*, New York/Oxford 1988, 50 ff.; ders., *Private Consciences and Public Reasons*, New York/Oxford 1995.

29. Siehe unten B.II.2.

30. B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven/Conn. 1980, 10 f.

31. Röm 13,1.

32. Mk 12,17 par.

tät erwarten und fordern kann: »Man muss Gott mehr gehorchen als den Menschen.«³³ Im christlichen Verständnis ist insofern der weltliche Charakter der Rechtsordnung eine Glaubensaussage. Damit ist der Versuch durchaus vereinbar, bestimmte Überzeugungen, die glaubenden Menschen wichtig sind, in der Rechtsordnung zur Geltung zu bringen. Besonders wichtig ist für Christen, dass das Recht nicht im Dienst der jeweils Mächtigen, sondern im Dienst der Gerechtigkeit steht. Es dient nicht nur dem eigenen Vorteil, sondern ist auch Recht des Nächsten. Es hat, so hat man diesen Gedanken in der Neuzeit weitergeführt, die Würde des Menschen zu achten und die Unantastbarkeit seines Lebens zu schützen. Die Kirche misst das Handeln des Staates an dieser Aufgabe und erinnert ihn zugleich an die Grenzen seiner Autorität. Das christliche Verhältnis zum vorgefundenen Recht ist immer bejahend und kritisch zugleich. Die These vom weltlichen Charakter des Rechts bedeutet also nicht, das Recht sei ethisch neutral. Um das Recht kann und muss gestritten werden; ethische Maßstäbe und religiöse Überzeugungen haben in diesem Streit ihren Ort. Aber dem Recht selbst eignet keine religiöse Qualität; die Befolgung des Rechts kann deshalb erwartet werden unabhängig von der Religionszugehörigkeit der Bürgerinnen und Bürger.

In dieser Tradition steht auch die Überzeugung, dass es zur Erkenntnis des Rechts keiner besonderen theologischen Erkenntnisquellen bedarf. Seit dem hohen Mittelalter hat die Naturrechtslehre für sich in Anspruch genommen, dass ihre Einsichten auch dann unumstößlich Gültigkeit besitzen, wenn man von Gott als dem Urheber des Naturrechts absieht. Der Grund für diese Behauptung liegt in der These, dass das Gute nicht etwa deshalb gut ist, weil Gott es gebietet, sondern dass Gott es gebietet, weil es gut ist. Folglich kann es in sich selbst als gut erkannt werden, ohne dass es dazu eines Rückgriffs auf das Gebot Gottes bedarf. Zu dieser These des Thomas von Aquin und der von ihm repräsentierten Tradition tritt der voluntaristische Gottesbegriff des Duns Scotus und seiner Nachfolger in einen scharfen Gegensatz. Nach deren Auffassung kann das Gute nur deshalb als gut anerkannt werden, weil es von Gott in einer freien, nicht hintergehbaren Entscheidung als gut gesetzt worden ist.

Die spanischen Spätscholastiker haben sich an die Denkweise des Thomas von Aquin angeschlossen. Ihre zentrale Überzeugung besteht darin, dass das Naturrecht aus sich selbst heraus erkennbar ist und deshalb selbst dann Gültigkeit beanspruchen würde, »etiamsi daretur non esse Deum«.³⁴ Sie greifen damit eine ältere, schon bei Hugo von St. Viktor formulierte Lehrtradition auf, die Franciscus Suárez 1612 in seiner berühmten Schrift »De legibus et legislatore deo« so zusammenfasst: Das Gebot der Vernunft besäße auch dann Gültigkeit, »wenn es Gott nicht gäbe, oder wenn er die Vernunft nicht gebrauchte, oder wenn er nicht

33. Apg 5,29.

34. *R. de Arriaga*, Tractatus de legibus, disqu. 13, sect. 2, zitiert von *A.-H. Chroust*, Hugo Grotius and the Scholastic Natural Law Tradition, in: *The New Scholasticism* 17 (1943), 101-133 (115).

richtig über die Dinge urteilte«; denn die Qualität von Handlungen als gut oder böse existiere in den Dingen selbst.³⁵

An diese scholastische Tradition knüpft Hugo Grotius mit seinem Versuch an, dem neuzeitlichen Völkerrecht eine objektive naturrechtliche Grundlage zu verleihen.³⁶ Das Naturrecht, so erklärt Grotius, würde auch dann seinen Ort haben, wenn wir annehmen würden, es sei kein Gott, oder er kümmere sich nicht um die menschlichen Angelegenheiten.³⁷ Grotius vertritt mit der scholastischen Tradition die These von der *perseitas boni et iusti*, die These also, dass das Gute und Gerechte in sich selbst Bestand und Realität hat. Doch er setzt zugleich voraus, dass die Realität des Guten und Gerechten in der Natur der Dinge mit dem Gebot Gottes in unbezweifelbarer Übereinstimmung steht; denn jede andere Annahme wäre mit dem Gedanken der Rationalität Gottes unvereinbar.³⁸ Es ist eben diese Rationalität Gottes, die auf der einen Seite verbürgt, dass die Gebote des Naturrechts mit den göttlichen Geboten selbst übereinstimmen, und die es zugleich überflüssig macht, jenseits naturrechtlicher Einsichten besondere theologische Gründe für die Verpflichtungskraft des Rechts zu suchen. In dieser Überzeugung stimmt Hugo Grotius mit der Scholastik überein. Es schießt weit über das von ihm selbst ins Auge gefasste Ziel hinaus, wenn Spätere ihm den Gedanken eines atheistischen Naturrechts unterstellt haben. Die Formel »etsi deus non daretur« bedeutet für ihn keinen Abschied vom Gottesbegriff oder vom Bekenntnis zu Gott.³⁹

Eine von der Theologie unabhängige Rechtsphilosophie und Rechtsethik hat freilich ihren Grund nicht nur in der geschilderten Lehrtradition; sie verdankt sich vielmehr zugleich bitteren geschichtlichen Erfahrungen. Sie entstand in der frühen Neuzeit angesichts der blutigen Grausamkeit konfessioneller Bürger-

35. »licet Deus non esset, vel non uteretur ratione, vel non recte de rebus iudicaret, si in homine esset idem dictamen rectae rationis dictantis, v.g. malum esse mentiri, illud habiturum eandem rationem legis, quam nunc habet, quia esset lex ostensiva malitiae, quae in obiecto intrinseco existit«: *F. Suárez*, *De legibus et legislatore deo* (Opera omnia 5, Paris 1956) II, c. 6, n. 3 unter Berufung auf Gregor von Valencia, Hugo von St. Victor und Gabriel Vasquez.

36. Vgl. zu dieser in früheren Darstellungen des Hugo Grotius oft verkannten Verbindung zur Scholastik neben dem in Anm. 34 bereits zitierten Aufsatz von Anton-Hermann Chroust insbesondere: *J. St. Leger*, *The »Etiamsi Daremus« of Hugo Grotius*, Rom 1962; *Ch. S. Edwards*, *Hugo Grotius. The Miracle of Holland*, Chicago 1981.

37. »Et haec quidem quae iam diximus [sc. die Definition des Naturrechts] locum aliquem [aliquem hinzugefügt seit der Ausgabe von 1631] haberent, etiamsi daremus ... non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana«: *H. Grotius*, *De iure belli ac pacis*, Leiden 1939, Prol. 11, p. 10.

38. Vgl. die Definition des Naturrechts bei Grotius: »Ius naturale est dictamen rectae rationis indicans actui alicui, ex eius convenientia cum ipsa natura rationali inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore naturae Deo talem actum aut vetari aut praecipi«: Grotius 34.

39. Dazu sowie zur Rezeption dieser Formel bei Dietrich Bonhoeffer vgl. die treffenden Beobachtungen bei *E. Jüngel*, *Gott als Geheimnis der Welt*, Tübingen 1977, 21 f., 74 ff.

kriege. Die Berufung auf religiöse Argumente, so lehrten die Erfahrungen des 16. und 17. Jahrhunderts, führte nicht zum Rechtsfrieden, sondern zum Religionskrieg. Dem Recht musste deshalb eine Basis gegeben werden, die von den konkurrierenden religiösen Überzeugungen unabhängig war. Insofern hatte es einen neuen Sinn, wenn Hugo Grotius die scholastische Formel aufnahm und postulierte, das Völkerrecht müsse auch dann in Geltung stehen, wenn wir annähen, dass es Gott nicht gäbe. Grotius wollte dadurch die Friedensfunktion des Rechts retten oder genauer: die durch die Konfessionskriege zerstörte Friedensfunktion des Rechts wieder in Kraft setzen. Zu diesem Zweck musste der Geltungsgrund des Rechts unabhängig von denjenigen Überzeugungen formuliert werden, die gerade in die Zwietracht geführt hatten. Er musste also von allen konfessionellen Überzeugungen gelöst werden. Auch wenn Grotius sich sorgfältig gegenüber dem Verdacht abzuschirmen suchte, er rede einem wie auch immer gearteten Atheismus das Wort, so nötigte ihn die geschichtliche Erfahrung seiner Zeit doch zu einer Art des Vorgehens, die Spätere als ›methodischen Atheismus‹ bezeichnet haben.⁴⁰

Der Wandel in der Betrachtung des Rechts, den wir gerade verfolgten, verlief synchron mit der Ausbildung der neuzeitlichen Auffassung vom Staat. Der neuzeitliche Staat ist das Resultat eines Säkularisationsprozesses.⁴¹ Von den Gemeinwesen des Mittelalters unterscheidet er sich durch die Konzentration der politischen Gewalt für ein umgrenztes Territorium in einer einzigen Instanz. Einheitlichkeit nach innen und Souveränität nach außen konstituieren die Staatsgewalt. Die Legitimität des politischen Wandels, der zu diesem Ergebnis führt, kann nicht mehr unmittelbar aus religiösen Gründen abgeleitet werden; sie muss sich vielmehr aus den Notwendigkeiten des politischen Zusammenlebens selbst ergeben. Die modernen Lehren des Gesellschaftsvertrags dienen deshalb dem Zweck, die einheitliche und souveräne Staatsgewalt aus dem Selbsterhaltungsinteresse der Staatsbürger zu begründen.

Gegenüber diesen Legitimationsformen hat die Berufung darauf, dass die Inhaber der staatlichen Souveränität ihr Amt von Gottes Gnaden empfangen hätten, nur ergänzende, wenn nicht lediglich ornamentale Bedeutung. In der Folge verschwinden im Lauf der neuzeitlichen Entwicklung Bezugnahmen auf die Autorität Gottes aus den staatlichen Verfassungsurkunden. Auch die Verfassungen werden so formuliert, ›als ob es Gott nicht gäbe‹. Es mutet wie ein Nachklang einer vergangenen Zeit an, wenn die Deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815 – das Dokument also, das dem nach dem Zusammenbruch des alten Deutschen

40. Der Ausdruck scheint relativ neuen Ursprungs zu sein; vgl. *J. Lacroix*, Wege des heutigen Atheismus, Freiburg i.Br. u.a. 1960, 21; *W. Kern*, Atheismus – Marxismus – Christentum, Innsbruck u.a. 1976, 16f., 25f.

41. Klassische Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang einer Studie von Ernst-Wolfgang Böckenförde zu: *E.-W. Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a.M. 1991, 92-114.

Reiches geschaffenen Deutschen Bund als Grundlage dienen sollte – mit den Worten eingeleitet wird: »Im Nahmen der allerheiligsten und untheilbaren Drey-einigkeit«.⁴² Freilich haben die Ausleger mit guten Gründen darauf hingewiesen, dass es sich bei diesen Worten nur um einen Vorspruch ohne unmittelbare rechtliche Bindekraft handelte.⁴³

b. Etsi Deus daretur

Im Ganzen zeigt die deutsche Verfassungsgeschichte bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts ein erstaunlich säkulares Gepräge. Neben dem staatlichen Schutz kirchlicher Feiertage und der öffentlich-rechtlichen Anerkennung der Kirchen erinnert vor allem die fakultative religiöse Beteuerung bei der Eidesformel noch daran, dass auch in politischer Verantwortung mehr auf dem Spiel steht, als durch politisches Handeln selbst hervorgebracht werden kann. Doch die Erfahrungen mit der Zerstörung von Staat und Recht durch das nationalsozialistische Regime schaffen eine veränderte Situation. Es ist charakteristisch dafür, dass es beim verfassungspolitischen Neubeginn im westdeutschen Teilstaat auch zu einem ausdrücklichen Hinweis auf die Verantwortung der Menschen vor Gott kommt. Die Berufung auf Gott erhält wieder einen Platz in Verfassungstexten. Die staatliche Ordnung wird nun so betrachtet, als ob es Gott gäbe (*etsi Deus daretur*).⁴⁴

42. Text: E. R. Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 3. Aufl. Stuttgart u. a. 1978, Nr. 30.

43. Vgl. E. L. Behrendt, Gott im Grundgesetz. Der vergessene Grundwert »Verantwortung vor Gott«, München 1980, 9.

44. Vgl. zu dieser Umkehrung der Formel des Hugo Grotius in anderem Zusammenhang auch J.-Fr. Collange, *Théologie des droits de l'homme*, Paris 1989, 113 ff. – Insgesamt vgl. die Beiträge von D. Blumenwitz, E. L. Behrendt und R. Leuze in: E. L. Behrendt (Hg.), *Rechtsstaat und Christentum*, Bd. 1, München 1982, 127-193; P. Häberle, *Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen*, in: J. Listl / H. Schambeck (Hg.), *Demokratie in Anfechtung und Bewährung*, FS für J. Broermann, Berlin 1982, 211-249; ders., »Gott« im Verfassungsstaat?, in: W. Fürst u. a. (Hg.), *FS für W. Zeidler*, Berlin 1987, Bd. 1, 3-17; K. Schlaich, *Konfessionalität – Säkularität – Offenheit. Der christliche Glaube und der freiheitlich-demokratische Verfassungsstaat*, in: T. Rendtorff (Hg.), *Charisma und Institution*, Gütersloh 1985, 175-198; M. Honecker, *Eschatologie und Zivilreligion – Marginalien zu zwei strittigen Theologumena*, in: *EvTheol* 50 (1990), 40-55 (47 ff.); H.-R. Reuter, *Zivilreligion? Anmerkungen zu einer religionspolitischen Debatte*, in: *DtPfrBl* 90 (1990), 327-330; W. Vögele, *Zivilreligion in der Bundesrepublik Deutschland*, Gütersloh 1994, 265 ff.; R. Slenczka, *Die Verantwortung vor Gott und den Menschen. Recht und Rechtsordnung in theologischer Sicht*, in: W. Krötke / K. Tanner / Chr. Link / R. Slenczka / M. Kramer, *Ordnungen: Schöpfung, Recht, Staat*, Hannover 1994, 86-110; J. Ennuschat, »Gott« und Grundgesetz. Zur Bedeutung der Präambel für das Verhältnis des Staates zu Religion und Religionsgemeinschaften, in: *NJW* 51 (1998), 953-957; G. Czermak, »Gott« im Grundgesetz?, in: *NJW* 52 (1999), 1300-1303; H. Deike, »Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen ...«. Zur Geschichte der Präambel des Grundgesetzes und

Es waren die Verbrechen der Jahre 1933 bis 1945, die zur Aufnahme des Gottesnamens in deutsche Verfassungstexte Anlass boten. Angesichts der Exzesse staatlicher Macht meldete sich der Wunsch, diejenige Instanz zu benennen, an der alle staatliche Machtausübung ihre Grenze findet. Angesichts der Verstrickung vieler Menschen in unauslöschliche Schuld zeigte sich die Notwendigkeit, den Grund ausdrücklich zur Sprache zu bringen, auf den menschliche Verantwortung sich bezieht.

Der Ort, an dem solche Überlegungen ihren Niederschlag fanden, waren die Präambeln der neu zu schaffenden Verfassungen. Vier der nach 1945 verabschiedeten und heute noch in Kraft stehenden Länderverfassungen beginnen mit einer Berufung auf Gott; da sich Inhalt und Wortlaut zum Teil charakteristisch unterscheiden, seien die entscheidenden Passagen zitiert.

Der Vorspruch der Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946⁴⁵ beginnt mit folgenden Worten: »Angesichts des Trümmerfeldes, zu dem eine Staats- und Gesellschaftsordnung ohne Gott, ohne Gewissen und ohne Achtung vor der Würde des Menschen die Überlebenden des zweiten Weltkrieges geführt hat, ...«.

Die ersten Worte der Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18. Mai 1947⁴⁶ heißen: »Im Bewusstsein der Verantwortung vor Gott, dem Urrund des Rechts und Schöpfer aller menschlichen Gemeinschaft ...«.

Die Präambel der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28. Juni 1950⁴⁷ beginnt folgendermaßen: »In Verantwortung vor Gott und den Menschen ...«.

Die einleitenden Worte für die Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11. November 1953⁴⁸ schließlich heißen: »Im Bewusstsein der Verantwortung vor Gott und den Menschen ...«⁴⁹

Die Hälfte der Bundesländer, die ihrer Verfassung überhaupt eine Präambel gaben, hat in diese einen Bezug auf die Autorität Gottes eingefügt. Von diesen Verfassungen wurden diejenigen von Bayern und Rheinland-Pfalz vor der Ver-

der in ihr enthaltenen sog. »invocatio«, der Bezugnahme auf Gott, in: G. Brakelmann (Hg.), Auf dem Weg zum Grundgesetz. Beiträge zum Verfassungsverständnis des neuzeitlichen Protestantismus, Münster 1999, 190-210; H. Goerlich, Der Gottesbezug in Verfassungen, in: H. Goerlich / W. Huber / K. Lehmann, Verfassungen ohne Gottesbezug? Zu einer aktuellen europäischen Kontroverse, Leipzig 2004, 9-43.

45. Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1946, 333; Verfassungen der deutschen Bundesländer, 4. Aufl. München 1991, 89.

46. Rheinland-Pfälzisches Verordnungsblatt 1947, 209; Verfassungen 354.

47. Nordrhein-Westfälisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1950, 127; Verfassungen 319.

48. Baden-Württembergisches Gesetzesblatt 1953, 173; Verfassungen 51.

49. Hinzuweisen ist auch auf die Verfassung des Saarlandes vom 15. Dezember 1947 (Saarländisches Amtsblatt 1947, 1077), wo es im Absatz 2 der Präambel heißt: »Der Landtag des Saarlandes, vom Volke frei gewählt, hat daher, ... in Ehrfurcht vor Gott ..., die folgende Verfassung beschlossen.« Jedoch wurde im Anschluss an die Volksabstimmung von 1955, die zur Eingliederung des Saarlandes in die Bundesrepublik Deutschland führte, die Präambel aufgehoben; vgl. Verfassungen 397.

abschiedung des Bonner Grundgesetzes proklamiert; sie sind kennzeichnend für den Weg, der zum Text des Grundgesetzes hinführte. Die Verfassungen von Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg dagegen stammen aus der Zeit nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes; auch im Wortlaut ihrer Präambeln sind sie in erkennbarer Weise durch das Grundgesetz beeinflusst. Die Präambel des Bonner Grundgesetzes vom 23. Mai 1949 hat folgenden Wortlaut:⁵⁰

»Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben.

Die Deutschen in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen haben in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands vollendet. Damit gilt dieses Grundgesetz für das gesamte Deutsche Volk.«

Keiner der genannten deutschen Verfassungstexte knüpft an die Tradition der *invocatio Dei* an, wie sie in der deutschen Verfassungsentwicklung zuletzt von der Deutschen Bundesakte von 1815 repräsentiert wurde. Statt einer solchen *Anrufung Gottes* (»Im Nahmen ...«) enthalten die deutschen Nachkriegsverfassungen eine *Verantwortungsformel*, die auf Gott als diejenige Instanz verweist, vor der Menschen Verantwortung tragen und Rechenschaft schuldig sind. Während die Bayerische Verfassung von 1946 auf diese Verantwortung nur negatorisch hinweist – nämlich im Blick auf die Folgen, die sich aus einer Leugnung dieser Verantwortung ergeben –, ist die Rheinland-Pfälzische Verfassung von 1947 die erste, in der die Grundformel von der »Verantwortung vor Gott und den Menschen« auftaucht. Diese – maßgeblich von Adolf Susterhenn mitgeprägte – Verfassung wird hierin zum Vorbild für das Grundgesetz wie für die Verfassungen von Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg.

Die Aufnahme Gottes in Verfassungstexte ist in sich selbst nicht notwendigerweise ein Zeichen für eine besondere religiöse Prägung von Nationalcharakter und Staatsverfassung; die Verfassungen klassisch katholischer Länder wie Portugal, Spanien oder Italien enthalten in ihren Präambeln keine Gottesklauseln. Sie ist aber auch kein isoliertes deutsches Phänomen. Vielmehr finden sich vergleichbare Formulierungen in einer Reihe von westeuropäischen Verfassungen.⁵¹ Be-

50. BGBl 1949, Nr. 1, S. 1; Verfassungen 450; hier wiedergegeben in der Fassung, welche die Präambel durch den Einigungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 31. August 1990 erhalten hat (BGBl II, 885, 890). Es ist charakteristisch für den Prozess der deutschen Einigung, dass nicht einmal der Änderung der Präambel des Grundgesetzes eine sorgfältige öffentliche Debatte hat vorausgehen können. Die für unseren Zusammenhang entscheidenden Formulierungen wurden durch die Neufassung nicht berührt.

51. Vgl. Behrendt 12 ff. Erwähnenswert ist insbesondere der Beginn der Irischen Verfas-

sonderes Interesse verdient der Fall der Schweiz. Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft von 1874⁵² beginnt mit dem Anruf: »Im Namen Gottes des Allmächtigen!« Während der langen Diskussion über eine Totalrevision der Schweizerischen Verfassung seit den siebziger Jahren wurde auch erörtert, ob eine Bezugnahme auf Gott in einem neuen Verfassungstext erhalten bleiben solle. Die Diskussion hob gewichtige Gesichtspunkte ans Licht. So kritisierte der Züricher Sozialethiker Arthur Rich die Anrufung Gottes als des Allmächtigen im überlieferten Text, weil sie dem Missverständnis Vorschub leisten könne, als enthalte die Allmachtsidee eine Legitimation umfassender staatlicher Machtausübung. Zudem fehle »in der geltenden Formel die Dimension der Liebe, die politisch als *Recht und Gerechtigkeit* zur Geltung kommen muss«. Mit dieser Begründung schlug Rich folgenden Präambeltext vor: »In Verantwortung vor Gott, der aus Liebe zum Menschen Gerechtigkeit will und vor dem nur bestehen kann, was sich in allem Wandel nach seiner Gerechtigkeit richtet, haben Volk und Stände der Schweizerischen Eidgenossenschaft folgende Verfassung beschlossen.«⁵³ Während Arthur Rich die *invocatio Dei* durch eine *Verantwortungsformel* ersetzte, die sich in ihrer Struktur mit der Verantwortungsformel des Bonner Grundgesetzes vergleichen lässt, kehrte ein späterer Vorschlag von Adolf Muschg wieder zur *invocatio Dei* zurück.⁵⁴ Die Revision folgte im Entscheidenden Muschgs Vorschlag; die Präambel heißt nun: »Im Namen Gottes des Allmächtigen! Das Schweizervolk und die Kantone, in der Verantwortung gegenüber der Schöpfung, im Bestreben, den Bund zu erneuern, um Freiheit und Demokratie, Unabhängigkeit und Frieden in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt zu stärken, im Willen, in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung ihre Vielfalt in der Einheit zu leben, im Bewusstsein der gemeinsamen Errungenschaften und der Verantwortung gegenüber den künftigen Generationen, gewiss, dass frei nur ist, wer seine Freiheit gebraucht, und dass die

sung: »Im Namen der Allerhöchsten Dreifaltigkeit, von der alle Autorität kommt, und auf die, als unser letztes Ziel, alle Handlungen sowohl der Menschen als auch der Staaten ausgerichtet sein müssen, anerkennen wir, das Volk von Irland, in Demut alle unsere Verpflichtungen gegenüber unserem göttlichen Herrn, Jesus Christus ...«

52. P. C. Mayer-Tasch, Die Verfassungen Europas, 2. Aufl. München 1975, 638. Unter den verschiedenen Kommentierungen dieser Texte vgl. für unseren Zusammenhang insbesondere: K. Barth / E. Brunner / G. Thürer, Im Namen Gottes des Allmächtigen 1291-1941, Zürich 1941; vgl. auch K. Barth, Eine Schweizer Stimme 1938-1945, Zürich-Zollikon 1945, 201-232; P. Saladin / Th. Fleiner / A. Rich / A. Müller, »Im Namen Gottes des Allmächtigen ...«, in: Ref. 25 (1976), 15-36; J. M. Lochman, Im Namen Gottes des Allmächtigen!, Rektoratsrede, Basel 1982 (Basler Universitätsreden, 76).
53. Behrendt, a. a. O. 171.
54. Vgl. F. Hafner, Die Beteiligung der Kirchen an der politischen Gestaltung des pluralistischen Gemeinwesens, Basel/Frankfurt a. M. 1985, 167. Siehe auch H. Simon, Die zweite und die fünfte These der Barmer Erklärung und der staatliche Gewaltgebrauch, in: J. Moltmann (Hg.), Bekennende Kirche wagen. Barmen 1934-1984, München 1984, 191-222 (210).

Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen, geben sich folgende Verfassung.«⁵⁵

Die deutsche verfassungsrechtliche Diskussion hat um die Berufung auf Gott im Grundgesetz einen Bogen gemacht oder sie auch schlicht als Irreführung bezeichnet.⁵⁶ Sie hat in aller Regel nicht einmal den schlichten Tatbestand gewürdigt, dass die Nachkriegsverfassungen nicht eine ›Anrufung Gottes‹ (*invocatio Dei*) enthalten, sondern vielmehr eine Berufung auf Gott in Gestalt einer Verantwortungsformel.⁵⁷ Denn die Nennung des Gottesnamens trägt im Grundgesetz nicht liturgischen Charakter wie im Fall der Deutschen Bundesakte (›Im Namen der allerheiligsten und untheilbaren Dreyeinigkeit‹) oder der schweizerischen Bundesverfassung (›Im Namen Gottes des Allmächtigen!‹). Der Präambeltext ist nicht selbst ein religiöser Vollzug; und er verlangt den Bürgerinnen und Bürgern auch nicht ein bestimmtes religiöses Bekenntnis ab. Sondern er gibt einem (mehrheitlichen) Bekenntnis der Mitglieder des Parlamentarischen Rates Ausdruck.⁵⁸

Die Mitglieder des Parlamentarischen Rates wollten dadurch in ihrer Mehrheit bezeugen, dass sie im Bewusstsein der Verantwortung vor Gott und den Menschen an der Verfassung gearbeitet hatten. Dass damit die Religionsfreiheit der Staatsbürgerinnen und Staatsbürger nicht beeinträchtigt werden sollte, zeigt sich besonders deutlich an der Diskussion über einen weiteren Antrag, dem zufolge in Artikel 1 des Grundgesetzes erklärt werden sollte, dass die Würde des

55. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999.

56. Im Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Neuwied 1984, 139 erläutert M. Zuleeg den Beginn der Präambel mit folgenden dürren Worten: »Die Anrufung Gottes führt nicht zu einer religiösen Bindung aus der Verfassung. Insoweit sind die Art. 4 Abs. 1 und 140 GG i. Verb. m. Art. 137 WRV maßgeblich. Die Formel leitet daher in die Irre und entbehrt eines rechtlichen Sinngehalts. Die Verantwortung vor den Menschen bewegt sich hingegen im irdischen Rahmen. Sie gemahnt an die Sorge für zukünftige Generationen, denen die Lebenden keine Umwelt hinterlassen dürfen, in der Grundrechte nicht mehr zu verwirklichen sind. Folgen daraus keine bestimmten Rechtspflichten, so doch Auslegungs- und Anwendungsdirektiven.« In der 2. Auflage ist die Abweisung der Formel abgemildert. Nun wird nicht mehr gesagt, dass sie »in die Irre führt«. Stattdessen heißt es an der entsprechenden Stelle: »Religiöse und weltanschauliche Offenheit und Toleranz dürfen nicht unter Berufung auf die Verantwortung vor Gott in Frage gestellt werden. Der Formel lassen sich aber Kulturgehalte abgewinnen. Sie entbehrt hingegen eines rechtlichen Regelungsgehalts.« (Alternativkommentar, 2. Aufl. Neuwied 1989, 146) Diese Kommentierung erliegt gleich zu Beginn der irreführenden Bezeichnung der Verantwortungsformel als »Anrufung Gottes«; und sie entzieht sich der entscheidenden Interpretationsaufgabe: nämlich der Antwort auf die Frage, inwiefern diese Art der Berufung auf Gott mit der Gewährleistung der Religionsfreiheit in Art. 4 des Grundgesetzes vereinbar ist.

57. Auch die ausführliche Abhandlung von Behrendt würdigt diesen Tatbestand nicht, sondern wendet den Begriff der *invocatio Dei* auf die Präambel des Grundgesetzes an; ebenso auch Honecker 47 sowie die meisten juristischen Kommentatoren.

58. Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Gottesformel vor allem Vögele, a. a. O.

Menschen »von Gott gegeben« sei. Dieser Vorschlag wurde abgelehnt; Theodor Heuss sah in ihm eine »Strapazierung der Religion«.⁵⁹

Sieht man die Aufnahme der Gottesformel in die Präambel und die Ablehnung einer religiösen Aussage im Artikel 1 im Zusammenhang, so führt dies zu dem Ergebnis, dass durch die Präambel den Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern kein religiöses Bekenntnis aufgenötigt werden soll. Zwar war die Aufnahme der Gottesformel in das Grundgesetz von der Absicht geprägt, das Gewicht christlicher Überzeugungen für den Neuaufbau des Gemeinwesens hervorzuheben; doch zugleich ist die Formulierung so unspezifisch, dass sie sich mit sehr unterschiedlichen Gottesvorstellungen verbinden lässt.⁶⁰ Ihre Aufnahme in das Grundgesetz darf aber auch nicht als Ausschluss derjenigen verstanden werden, die für sich keinerlei Glauben an Gott gelten lassen. Niemandem kann durch diese Formel die Frage abgenommen werden, ob und in welchem Sinn er im Rahmen des Grundgesetzes seine eigene Verantwortung vor Gott und den Menschen wahrzunehmen gedenkt.⁶¹ Die Bezugnahme auf den Gottesgedanken erfolgt auf dem Hintergrund christlichen Denkens; der Formulierung soll aber von Anfang an ein überkonfessioneller Charakter zukommen. Dass sie auch interreligiös offen ist, ja auch diejenigen nicht ausschließen darf, die sich zu keiner Religion bekennen, ist im Prozess religiöser Pluralisierung immer deutlicher geworden; in diesem Sinn lässt sich bekräftigen, dass diese Formel nicht auf die Wiederherstellung eines »christlichen Staats« gerichtet ist.⁶² Würde heute eine neue Präambel formuliert, so wäre nicht sicher, ob eine Gottesklausel wieder in sie aufgenommen würde.⁶³ Daraus folgt jedoch nicht, dass die Verantwortungsformel des Grundgesetzes in einer religiös pluralen Situation sinnlos geworden ist. Gerade in ihr kann sie die Einsicht vermitteln, dass auch die Glieder einer religiös pluralen Gesellschaft in ihrem Handeln auf einen gemeinsamen Verantwortungshorizont bezogen sind. Deshalb besteht zu einer isolierten Änderung der Gottesklausel – bei im Übrigen unveränderter Beibehaltung der Präambel im Ganzen – kein Anlass.

Recht verstanden, kann die Präambel des Grundgesetzes die Grundbedingung des säkularisierten, freiheitlichen Staates nicht aufheben, sondern nur auf ihre Weise einschränken. Diese Grundbedingung ist auf die treffende Formel gebracht worden: »Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit

59. Parlamentarischer Rat, Hauptausschuss, 42. Sitzung am 18. Januar 1949, Verhandlungen 530, zitiert bei Vögele 224.

60. Für Carlo Schmid etwa reichten die Möglichkeiten vom Gottesgedanken der christlichen Kirchen über deistische und freimaurerische Vorstellungen bis zum marxistischen Gottesbild Ernst Blochs: C. Schmid, *Erinnerungen*, Bern u. a. 1980, 371 f.

61. Vgl. L. Raiser, *Gott im Grundgesetz*, in: EvKomm 13 (1980), 124 f.

62. Vgl. H. Dreier (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Band 1, Tübingen 1996, 13 f.

63. Das zeigt sich auch an der Diskussion über die Präambeln für die Verfassungen der neuen Bundesländer, vgl. Vögele 236-240.