

Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden
zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte

Band 97

MARTIN SCHULTE

Recht und Religion

Zur Evolution von staatlichem
und kirchlichem Recht



Duncker & Humblot · Berlin

MARTIN SCHULTE

Recht und Religion

Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden
zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte

Band 97

Recht und Religion

Zur Evolution von staatlichem
und kirchlichem Recht

Von

Martin Schulte



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0935-5200

ISBN 978-3-428-15889-8 (Print)

ISBN 978-3-428-15889-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Für Petra

Vorwort

Irritation und Irritierbarkeit sozialer Systeme berühren in gewisser Weise eine offene Flanke der Luhmannschen Systemtheorie. Nicht dass sich Niklas Luhmann damit nicht befasst hätte (siehe nur *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 789 ff.). Woran es aber fehlt, sind Untersuchungen, die sich der Herausforderung stellen, detailliert zu beobachten und zu beschreiben, wie Irritationen in den gekoppelten Funktionssystemen verarbeitet werden. Beschränkt man sich dabei nicht allein auf strukturell gekoppelte Funktionssysteme (Recht und Politik oder Recht und Wirtschaft), sondern richtet den Blick auch auf „nur“ operativ gekoppelte Funktionssysteme, so heißt dies aus der Perspektive einer soziologischen Theorie des Rechts (siehe dazu bereits *Schulte*, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011) sicher nicht zuletzt auch „Recht und Religion“.

Erfreulicherweise konnte dabei an Vorstudien aus der Sicht der Soziologie, der Geschichtswissenschaft und der Rechtswissenschaft angeknüpft werden (*Schulte* [Hrsg.], Politik, Religion und Recht, 2017). Daraus hat sich der Versuch entwickelt, in einem zeitlichen Längsschnitt (Gregorianische Revolution, Konfessionsstreit, Religiöse Pluralität) und einem thematischen Querschnitt (Eherecht, Strafrecht, Arbeitsrecht) zu beobachten und zu beschreiben, wie Irritationen in den gekoppelten Funktionssystemen von Recht und Religion, speziell von staatlichem und kirchlichem Recht, verarbeitet werden. Differenz erweist sich dabei als maßgeblicher gesellschaftlicher Treiber der Ko-Evolution von staatlichem und kirchlichem Recht.

Auch für diese Untersuchung haben sich die wissenschaftsgesellschaftlichen Rahmenbedingungen ihrer Entstehung im Vergleich zu den genannten Vorstudien kaum verändert. Allenfalls stellt sich das universitäre Leben unter dem Eindruck der seit Mitte des vergangenen Jahrzehnts rhythmisch aufeinander folgenden Exzellenzinitiativen, nunmehr der Exzellenzstrategie (?), vielleicht noch etwas ruheloser dar. Umso wichtiger werden „Einsamkeit und Freiheit“ (*Schelsky*, Einsamkeit und Freiheit,

1963). Sie habe ich auch in den vergangenen Jahren in regelmäßigen Abständen immer wieder im Umfeld der Katholischen Kirche „Maria Meeresstern“ auf Borkum finden dürfen. Ohne dieses Refugium der Wissenschaft hätte sich der diese Untersuchung tragende Forschungsansatz, zu beobachten und zu beschreiben, wie Irritationen in den Funktionssystemen Recht und Religion verarbeitet werden, vermutlich nicht über so lange Zeit verfolgen lassen.

Erneut gibt es Anlass zu vielfältigem Dank. Er gilt zunächst den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern meines Lehrstuhls, die mich immer wieder von manchen Mühen der Ebene entlastet haben, um mir den Freiraum zu eröffnen, diese Untersuchung voranzutreiben. In besonderer Weise danke ich Frau Katrin Börner. Sie hat in mühevoller Kleinarbeit aus dem Manuskript heraus das Literaturverzeichnis erstellt. Und schließlich: „Eine soziologische Theorie des Rechts“ durfte 2011 in den ‚Schriften zur Rechtstheorie‘ des Duncker & Humblot Verlages Berlin erscheinen. „Politik, Religion und Recht“ konnten 2017 an selber Stelle in den ‚Wissenschaftlichen Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte‘ veröffentlicht werden. Für die großzügige Aufnahme auch dieser Untersuchung in die zuletzt genannte Reihe möchte ich dem Inhaber und Geschäftsführer des Verlags Duncker & Humblot, Herrn Dr. Florian Simon, ein weiteres Mal und ganz besonders herzlich danken. In ihm habe ich nun schon seit vielen Jahren „meinen“ Verleger gefunden.

Und auch diesmal: Eine Widmung bedarf keiner Worte. Sie versteht sich von selbst.

Dresden, im Oktober 2019

Martin Schulte

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Selbst- und Fremdbeschreibung der Evolution von staatlichem und kirchlichem Recht	11
---	----

1. Kapitel

Ko-Evolution von staatlichem und kirchlichem Recht	28
§ 1 Evolution funktionaler Teilsysteme der Gesellschaft	28
§ 2 Beteiligung von Funktions- und Organisationssystemen an der Ko-Evolution von staatlichem und kirchlichem Recht	35
§ 3 Kopplungen und Irritationen von Politik, Religion und Recht	46

2. Kapitel

Statik und Dynamik der Ko-Evolution von staatlichem und kirchlichem Recht	59
§ 4 Säkularisierung als Beobachtungskategorie funktionaler Differenzierung der Gesellschaft	60
§ 5 Dualismus von kirchlichem und weltlichem Rechtssystem	72
§ 6 Ausdifferenzierung des Rechtssystems im Konfessionsstreit	85
§ 7 Ausdifferenzierung der Religionen als Herausforderung des Rechtssystems	98

3. Kapitel

Detailstudien der Ko-Evolution von staatlichem und kirchlichem Recht	116
§ 8 Eherecht	116
§ 9 Strafrecht	133
§ 10 Arbeitsrecht	151
Schluss: Selbstirritation der Gesellschaft	172
Literaturverzeichnis	176
Sachwortverzeichnis	200

Einleitung: Selbst- und Fremdbeschreibung der Evolution von staatlichem und kirchlichem Recht

Ganz allgemein nach dem Verhältnis von Recht und Religion fragen zu wollen, wäre vermutlich ein zum Scheitern verurteiltes wissenschaftliches Unterfangen. Dafür sind die Problem- und Themenfelder, die Juristen und Theologen gleichermaßen herausfordern, einfach zu vielfältig. Nur einige wenige Beispiele, die ganz bewusst sehr unterschiedliche Fragestellungen aus dem breiten Themenspektrum von Recht und Religion herausgreifen, mögen dies verdeutlichen.

Unter den aktuellen Problemstellungen gilt dies zum Beispiel in besonderer Weise für die Frage nach den Menschenrechten. Ganz unabhängig davon, welchen rechtsphilosophischen Begründungsansatz (etwa naturrechtlich oder positivistisch) man dafür wählt, bewegt sich das Thema in historischer wie systematischer Betrachtung auf der Schnittstelle von Recht und Religion und lässt sich deshalb ohne die Zusammenarbeit von Rechtswissenschaft und Theologie kaum erschließen.¹ In gleicher Weise gilt dies für die ebenso aktuellen Fragen der Rechtsethik, insbesondere aus dem Bereich der Humangenetik. Hier seien diesbezüglich nur die heftigen Kontroversen um Stichtagsregelungen in der Stammzellforschung und in der Gendiagnostik genannt,² aber auch die Fragen nach der Zulässigkeit menschlicher Eingriffe in die Keimbahn (z. B. mit Hilfe der sog. Crispr-Cas Schere). Und schließlich wird man zu den aktuellen Problemstellungen, die Recht und Religion herausfordern, auch die „Veränderungen in der religiösen Zusammensetzung und in der religiösen

¹ Eindrucksvoll zu erkennen bei *Krefß*, Ethik der Rechtsordnung. Staat, Grundrechte und Religionen im Licht der Rechtsethik, 2012, S. 117 ff.; siehe insoweit aber auch *Goos*, Innere Freiheit. Eine Rekonstruktion des grundgesetzlichen Würdebegriffs, 2011, passim.

² Auch dazu *Krefß*, ebd., S. 246 ff.; vgl. allgemein zur Humangenetik im Spannungsfeld von Recht und Religion auch *Hofmann*, Recht, Politik und Religion, JZ 2003, 377 ff.

Aktivität und daraus resultierender Konfliktsituationen in der deutschen Gesellschaft“ rechnen dürfen, die dem 68. Deutschen Juristentag unter dem Titel „Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität. Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?“ Anlass zu vertiefter rechtspolitischer Auseinandersetzung waren.³

Auf einer ganz anderen, eher grundsätzlich und weniger tagesaktuell angesiedelten Ebene liegen Fragestellungen, wie etwa diejenige nach dem Verhältnis von Recht und Konfession bzw. der Bedeutung von Konfessionalität im Recht,⁴ die aber dennoch ins Zentrum des Verhältnisses von Recht und Religion gehören. Und genauso wird dies für Forschungsansätze gelten dürfen, die den Versuch unternehmen, „historisch und systematisch grundlegende normative Zusammenhänge von Recht, Religion und humaner Moral in den abendländischen Überlieferungen und Kulturen freizulegen“, um aus dem Blickwinkel einer rechtsgeschichtlich und rechtsethisch interessierten Theologie einen Formenzusammenhang darzustellen, „der zentrale Interdependenzen rechtlicher, religiöser und ethisch-moralischer Rationalitäten verstehen lässt“.⁵

Angesichts dessen setzt diese Untersuchung deutlich bescheidener an, indem sie sich schwerpunktmäßig der Evolution von staatlichem und kirchlichem Recht widmet. Sie geht davon aus, dass staatliches und kirchliches Recht an einem einheitlichen Rechtsbegriff teilhaben.⁶ Aus der

³ Eingehend dazu *Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität. Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?, Gutachten D zum 68. Deutschen Juristentag, 2012, D 1-D 176.

⁴ Siehe dazu insb. *Cancik/Henne/Simon/Ruppert/Véc* (Hrsg.), Konfession im Recht. Auf der Suche nach konfessionell geprägten Denkmustern und Argumentationsstrategien in Recht und Rechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, 2009, passim; *Dreier/Hilgendorf* (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, 2008, passim; *Waldhoff* (Hrsg.), Recht und Konfession – Konfessionalität im Recht?, 2016, passim; siehe in diesem Zusammenhang aber auch die Spezialstudie von *Strohm*, Calvinismus und Recht. Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen in der Frühen Neuzeit, 2008, passim; vgl. dazu auch die Buchbesprechung von *Dreier*, Rechte Konfession – Konfession im Recht, Archiv für Reformationgeschichte 101 (2010), 321 ff. m.w.N.

⁵ *Wélker*, Theologie und Recht, Der Staat 49 (2010), 573, 574.

⁶ Ebenso *Robbers*, Warum Kirchenrecht?, ZevKR 49 (2004), 215, 217; grundlegend insoweit nach wie vor *Dreier*, Ralf, Der Rechtsbegriff des Kirchenrechts in juristisch-rechtstheoretischer Sicht, in: *Rau/Reuter/Schlaich* (Hrsg.), Das Recht der Kirche, Bd. I Zur Theorie des Kirchenrechts, 1997, S. 171 ff.; siehe aber

Perspektive einer soziologischen Theorie des Rechts, die sich der Systemtheorie Niklas Luhmanns verpflichtet weiß,⁷ ist dieser durch die Recht/Unrecht-Codierung des Rechtssystems gekennzeichnet. Den Blick auf das Verhältnis von Staat und Kirche zu richten, bedeutet in diesem Zusammenhang zweierlei: einerseits sicherlich eine Perspektivenbegrenzung auf die Rechtsetzung der christlichen Kirchen,⁸ da im Wesentlichen nur sie eine Organisation des Typs Kirche ausgebildet haben;⁹ andererseits aber auch eine Perspektivenenerweiterung, da mit Staat und Kirche zwei gesellschaftliche Organisationen an der Rechtsetzung beteiligt sind, die sich in besonderer Weise durch ihre „Multireferenz“¹⁰ auszeichnen, d. h. die Fähigkeit, sich kommunikativ mit unterschiedlicher Gewichtung an verschiedenen Funktionssystemen der Gesellschaft zu orientieren.¹¹ Die Untersuchung stellt sich damit ganz bewusst in das Spannungsfeld von Politik, Religion und Recht.

Die Evolution von staatlichem und kirchlichem Recht aus der Perspektive einer soziologischen Theorie des Rechts zu beobachten und zu beschreiben, meint auch in dieser Untersuchung eine Fremdbeschreibung

auch Müller, § 2 Recht und Kirchenrecht, in: Haering/Rees/Schmitz (Hrsg.), Handbuch des katholischen Kirchenrechts, 3. Aufl., 2015, S. 12, 15 f.

⁷ Siehe dazu Schulte, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, passim.

⁸ Und hier noch spezieller diejenige der katholischen und der evangelischen Kirche.

⁹ Luhmann, Die Religion der Gesellschaft, 2000, S. 230.

¹⁰ Lieckweg, Strukturelle Kopplung von Funktionssystemen „über“ Organisation, Soziale Systeme 7 (2001), 267, 273; dies./Wehrsig, Zur komplementären Ausdifferenzierung von Organisationen und Funktionssystemen. Perspektiven einer Gesellschaftstheorie der Organisation, in: Tacke (Hrsg.), Organisation und gesellschaftliche Differenzierung, 2001, S. 39, 49; von „Multireferentialität“ und der „Perspektive multipler Programmierung“ spricht in diesem Zusammenhang Bora, Öffentliche Verwaltungen zwischen Recht und Politik. Zur Multireferentialität der Programmierung organisatorischer Kommunikationen, ebd., S. 170, 171 ff.; vgl. auch Drepper, Organisationen der Gesellschaft, 2003, S. 200.

¹¹ Für Kirche als Organisation wird dies besonders deutlich: Mit der Wahrnehmung ihres am Code Immanenz/Transzendenz orientierten Verkündigungsauftrags erscheint sie als „klassische“ Organisation des Religionssystems. Wenn und soweit sie hingegen als Kirche Recht setzt, wie dies etwa besonders eindrucksvoll die Katholische Kirche mit dem Corpus Iuris Canonici (CIC) getan hat, wird man nicht umhinkönnen, sie als Organisation des Rechtssystems zu betrachten.