

Hartmut Kreß

Ethik der Rechtsordnung

Staat, Grundrechte und Religionen
im Licht der Rechtsethik

Kohlhammer

Kohlhammer

Ethik – Grundlagen und Handlungsfelder

Band 4

Hartmut Krefß

Ethik der Rechtsordnung

Staat, Grundrechte und Religionen
im Licht der Rechtsethik

Verlag W. Kohlhammer

Alle Rechte vorbehalten
© 2012 W. Kohlhammer GmbH Stuttgart
Reproduktionsvorlage: Andrea Siebert, Neuendettelsau
Umschlag: Gestaltungskonzept Peter Horlacher
Gesamtherstellung:
W. Kohlhammer Druckerei GmbH + Co. KG, Stuttgart
Printed in Germany

ISBN 978-3-17-018670-5

Inhalt

Vorwort: „ubi societas, ibi ius“	11
A. Das Recht als Kulturgut	15
I. Kulturelle Grundlagen der heutigen Rechtsordnung	15
1. Die Voraussetzung des modernen Rechtsstaats: Der säkularisierte Staat	15
1.1. Das Recht: ein Kulturbegriff	15
1.2. Die Korrelation von Recht und Religion in der Kulturgeschichte	16
1.3. Säkularisierung der Staatsidee in Neuzeit und Moderne	19
2. Das „Böckenförde-Diktum“ – in Anbetracht von Säkularisierung und Pluralismus eine Engführung	24
2.1. Böckenfördes Position und ihre Problematik	24
2.2. Alternativer Denkansatz: Sicherung humaner Standards durch das staatliche Recht	30
2.3. Legitimität des Staates aufgrund seiner weltanschaulichen Neutralität	32
3. Die Bezugnahme auf Gott in der Präambel von Verfassungen – ein Konfliktpunkt in der säkularen Rechtsordnung	34
3.1. Verfassungsgeschichtliche Aspekte und aktuelle Kontroversen	34
3.2. Die Nennung Gottes in der Verfassung – ein Liberalitätsgarant?	39
3.3. Theologische Probleme der nominatio dei und die Alternative einer ethischen Auslegung	43
3.4. Seitenblick: Die Kontroversen zum Kruzifix in Gerichten	45
3.5. Die Option eines funktionalen Äquivalents	47
4. Kulturbezug der Rechtsordnung – ein Schlüsselthema heutiger Rechtsethik	48
II. Ethik und Recht. Verhältnisbestimmung im heutigen Pluralismus	57
1. Zur Begriffsbildung: Konvention, Moral, ordre public, Ethik und Recht	57

2.	Geistesgeschichtlicher Hintergrund: Entflechtung von Ethik und Recht in der Neuzeit	60
2.1.	Einheit von Moral und Recht in der älteren Kulturgeschichte	60
2.2.	Unterscheidung von Moralität und Legalität seit der Neuzeit	62
2.3.	Seitenblick: Der Denkansatz Moses Mendelssohns	64
2.4.	Ideengeschichtliches Fazit	66
3.	Abgrenzung und Verweisungszusammenhänge von Ethik und Rechtsordnung in der Gegenwart	67
3.1.	Bleibende Differenz von Recht und Ethik	67
3.2.	Rückbindungen der Rechtsordnung an Ethik und Ethos	71
3.3.	Zweck des Rechts: Ermöglichung individueller ethischer Verantwortung	75
3.4.	Moralpädagogische Funktion des Rechts?	78
4.	Zwischen staatlichem Recht und persönlichem Ethos: Verantwortung von Institutionen und Korporationen	85
 B. Religionsrecht als Sonderfall der Rechtsordnung. Religiöses Partikularrecht im Verhältnis zum säkularen Rechtsstaat		 90
1.	Vorbemerkung. Notwendigkeit der Fortentwicklung des Staatskirchenrechts zum Religions- und Weltanschauungsrecht	90
2.	Die katholische Kirche als Rechtskirche	91
2.1.	Das römisch-katholische Rechtsverständnis	91
2.2.	Kirchenrecht und staatliches Recht im Zusammenhang des Missbrauchsskandals 2010	95
2.3.	Problempunkte des kirchlichen Arbeitsrechts	98
2.3.1.	Sonderrecht und die Verrechtlichung von Moral im katholischen Arbeitsrecht	98
2.3.2.	Kontroversen zum Streikrecht – römisch-katholisch und evangelisch	101
2.3.3.	Desiderate des Schutzes von Grundrechten in kirchlichen Arbeitsverhältnissen	103
2.3.4.	Schlussfolgerungen aus Sicht der Rechtsethik	105
3.	Recht und Religion im Islam	107
3.1.	Islamische Zugänge zum Rechtsverständnis	107
3.2.	Problemstellungen und Klärungsbedarf in der Gegenwart	109
4.	Konsequenzen für den säkularen Rechtsstaat	113

C. Normativer Kern der Rechtsethik: Grundrechte	117
I. Menschenwürde als normativer Leitbegriff der Rechtskultur ..	117
1. „Metaphysischer Anker“ der Rechtsordnung oder auslegungsoffener Grundlagenbegriff?	117
1.1. Der Begriff der Menschenwürde im Grundgesetz	117
1.2. Probleme des Begriffs und der neuere Kulturkampf zur Menschenwürde	119
2. Kulturell plurale Grundlagen der Rechtsordnung: Alternativen bei der Begründung von Menschenwürde	123
2.1. Naturrechtliche Begründungsoptionen	123
2.2. Subjektivitätstheoretische Begründung	125
2.3. Lebensphilosophischer Individualitätsgedanke als Begründungshorizont	127
2.4. Phänomenologische Begründung	129
2.5. Kulturgeschichtlich-rechtsphilosophischer Ansatz	131
2.6. Pragmatisch-konsensueller Zugang	133
3. Seitenblick: Christentum und Menschenwürde. Ideengeschichtliche Zusammenhänge einerseits – verspätete Rezeption andererseits	136
3.1. Die Partikularität der religiösen Begründung	136
3.2. Ein religionsgeschichtlicher Hintergrund der Menschenwürde: Gottebenbildlichkeit	137
3.3. Humane Impulse der Gottebenbildlichkeitslehre in der Antike und im Mittelalter	141
3.4. Rezeption der Menschenwürde im heutigen Christentum: Die Hypothek der geistesgeschichtlichen Verspätung	142
4. Funktionen des Begriffs „Menschenwürde“ für die heutige Rechtskultur	148
4.1. Integrative Funktion	149
4.2. Negative Funktion: Der Aufweis von Unrecht	150
4.3. Schutzfunktion zugunsten menschlicher Selbstachtung	153
4.4. Ethisch sensibilisierende Funktion	154
4.5. Heuristische Funktion in rechtlicher Hinsicht	156
4.6. Notwendigkeit der Präzisierung, Fortentwicklung und Ausdifferenzierung	158

II. Grundrechte im Pluralismus: Prävalenz von Freiheit und Selbstbestimmung	163
1. Das Freiheitsgrundrecht: Tragende Verfassungsnorm – heutiges Profil	163
1.1. Die „starke“ Verankerung von Freiheit und Selbstbestimmung im Bonner Grundgesetz	163
1.2. Konturen des Freiheitsbegriffs in der heutigen Lebenswelt	165
2. Religionsfreiheit	170
2.1. Stufen zunehmender Geltung der Gewissens- und Religionsfreiheit in der Neuzeit	170
2.2. Rechtsethische Schlussfolgerungen für die Gegenwart	176
3. Angelpunkt der Menschenrechte: Freiheit des Individuums im Horizont des Rechts auf Eigentum	181
4. Wissenschaftsfreiheit	185
4.1. Verfassungsgeschichtliche Entwicklung: Fortschreitende Ausweitung von Wissenschaftsfreiheit	185
4.2. Profil der Wissenschaftsfreiheit in der Gegenwart	190
4.3. Traditionelle Probleme: Relativierung der Wissenschaftsfreiheit durch Kirchen und Religionen	193
4.3.1. Die Vorbehalte auf römisch-katholischer Seite	193
4.3.2. Leitideen und Problempunkte auf evangelischer Seite	196
4.3.3. Die Problemkonstellation bei Islam-Studiengängen	197
4.4. Neue Konfliktlinien quer durch die wissenschaftlichen Disziplinen	199
4.5. Rechtsunsicherheiten durch gesetzliche Vorgaben	201
4.6. Die Verteilung der Beweislast. Begründungspflicht auf Seiten der Einschränkung von Wissenschaftsfreiheit	203
4.7. Rechtsethisches Resümee zu den Gegenwartsproblemen: Wahrung der Wissenschaftsfreiheit unter veränderten soziokulturellen Vorzeichen	205
D. Funktionen der Rechtsordnung	210
1. Wahrung und Stabilisierung von Gerechtigkeit	211
1.1. Religions- und kulturgeschichtliche Überlieferungen	212
1.2. Iustitia protectiva: Die Schutzfunktion der Gerechtigkeit für Grundrechte	216
1.2.1. Der Neologismus „iustitia protectiva“	216
1.2.2. Ein alter Diskussionspunkt: Die Schutzfunktion der Gerechtigkeit in der Lehre vom gerechten Krieg	217

1.2.3. Ein aktuelles Desiderat: iustitia protectiva am Beispiel der Gesundheitsgerechtigkeit	220
1.3. Verteilungsgerechtigkeit heute: Notwendigkeit der Präzisierung und Kategorisierung	222
1.4. Komparative Gerechtigkeit. Befähigungsgerechtigkeit als Leitbild	225
2. Gewährleistung von Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit in der Ausgestaltung von Rechtsgütern	228
2.1. Heutige Probleme der Rechtsunsicherheit	228
2.2. Kriterien der Wahrung von Rechtssicherheit	232
2.3. Zweckmäßigkeit	236
3. Offenhalten von Kompromissen und Ermöglichung persönlicher Verantwortung	238
3.1. Kriterien für rechtspolitische Kompromisse	238
3.2. Ein medizinrechtliches Einzelproblem: Der Stichtag im Gendiagnostikgesetz als rechtsethisch akzeptabler Kompromiss?	246
4. Ermöglichung und Förderung von Toleranz	254
4.1. Das Profil des Begriffs „Toleranz“	255
4.2. Toleranz als rechtsethisches Prinzip	257
4.3. Rechtspolitische Konkretionen	261
4.4. Toleranzvorsorge	265
 Resümee zur Ethik der Rechtsordnung im säkularen Staat	 273
 Anmerkungen	 277
Literaturverzeichnis	305
Namenregister	330
Begriffsregister	332

Vorwort: „ubi societas, ibi ius“

Das Recht bildet die strukturelle Basis menschlichen Zusammenlebens und gesellschaftlicher Wohlfahrt. Im Jahr 1918 griff der Staatsrechtslehrer und Vordenker der Weimarer Reichsverfassung Hugo Preuß (1860–1925) die alte Formel auf: „*ubi societas, ibi ius*; wo eine Gemeinschaft ist, da ist ein Recht“¹. Seine Äußerung traf in die schwere Krise hinein, die der Erste Weltkrieg damals für den Staat, die Kulturgesellschaft und die Zivilisation ausgelöst hatte. Durchdenkt man die knappe Formulierung, die Hugo Preuß als einen „Satz klarblickender Weisheit“ bezeichnete, dann wird deutlich: Für die Koexistenz der Menschen und für gesellschaftliche Konvivenz ist eine Rechtsordnung unerlässlich, die Konflikte zu regulieren vermag, integrativ wirkt und unparteilich ist.

Heutzutage ist diese Einsicht neu mit Leben zu füllen. Denn in Staat und Gesellschaft zeigt sich zurzeit eine Steuerungs- und Orientierungskrise, deren Ursachen und Erscheinungsformen sicherlich ganz anders gelagert sind als vor hundert Jahren. Zu beachten ist aber, dass sich derzeit nicht nur verschiedene Subsysteme der Gesellschaft, z.B. Kirchen und Religionsgemeinschaften oder Institutionen des Gesundheits- und des Sozialwesens oder das Bildungssystem im Umbruch befinden. Vielmehr tritt in der staatlichen Rechtsordnung als Ganzer ein Prozess der Erosion zutage. Die Rechtspolitik selbst erzeugt oftmals Rechtsunsicherheiten. Aufgrund von mangelnder Plausibilität und der Intransparenz von Rechtsnormen oder des Eindrucks neu entstehender Gerechtigkeitslücken drohen die Rechtsakzeptanz sowie das Rechtsvertrauen der Bürger abzubrockeln. Dies ist deshalb so bedenklich, weil die Rechtsordnung eigentlich den sozialen Zusammenhalt, die soziokulturelle Kohäsion zu sichern hat.

Angesichts dieses Befundes behandelt die hier vorgelegte Rechtsethik Grundlagen sowie ausgewählte konkrete Problemstellungen der heutigen Rechtsordnung. Die Aufgabe der Rechtsethik besteht darin, Recht und Gesetz sowie die Verfassung des Staates mit Hilfe ethischer Prinzipien und Normen systematisch, kritisch und konstruktiv zu durchdenken. Dem vorliegenden Buch liegt die Auffassung zugrunde, dass die Grundrechte den Kristallisationspunkt der Rechtskultur und des Rechtsstaates bilden. Der Begriff „Rechtsstaat“ entstand erst im 19. Jahrhundert, und zwar im deutschen Sprachraum². Seit dem 19. Jahrhundert gelang es nach und nach, den modernen Staat konzeptionell als Rechtsstaat auszugestalten, indem er von seiner früheren Umklammerung durch Religion oder Kirche befreit, vom älteren Polizeistaat sowie vom Obrigkeitsstaat gezielt abgegrenzt und auf die Grundrechte verpflichtet wurde³.

Der erste Buchteil (Teil A) deutet das Recht als eine Kulturerscheinung, als ein geschichtlich gewachsenes Kulturgut. Hiervon ausgehend erörtert er die rechts-ethische Grundlagenfrage, wie sich das Verhältnis zwischen Recht und Ethik – der Rechtsordnung als staatlich kodifiziertem Regelwerk einerseits, der Alltagsmoral sowie der Ethik als rationaler Reflexion von Sollensnormen andererseits –

genauer bestimmen lässt. Sodann werden im nachfolgenden Buchteil (Teil B) aus heutiger Sicht Zusammenhänge und vor allem auch Spannungen angesprochen, die zwischen dem Recht und der Religion existieren. Hierbei wird nochmals deutlich, dass die moderne Rechtsordnung von rationaler Normsetzung und Abwägung bestimmt sein sollte und sie säkular, als ein weltliches Kulturgut zu verstehen ist. Insofern hat Friedrich Naumann (1860–1919) – liberaler Reichstagsabgeordneter, evangelischer Theologe und wie Hugo Preuß einer der Väter der Weimarer Reichsverfassung – recht behalten, als er im Jahr 1903 religionsdistanzierend meinte, man solle den modernen Staat und die Rechtsordnung „nicht mit den Zedern vom Libanon, sondern mit den Bausteinen vom römischen Kapitol“ konstruieren⁴.

Der dritte Buchteil (C) thematisiert Grundrechte, die der Rechtsordnung einen ethischen Hintergrund und ethische Tragkraft verleihen, nämlich die Menschenwürde als Schlüsselbegriff der Verfassung und die aus ihr abzuleitenden Freiheitsgrundrechte. Exemplarisch werden die Gewissens-, Religions- und Weltanschauungsfreiheit sowie die Wissenschaftsfreiheit ins Auge gefasst und auf ihre geschichtlich-kulturelle Entstehung sowie auf ihre derzeitige Aussagekraft hin befragt. Die Grundrechte – als Kern des Rechtsstaates und Ausdruck des heute erreichten Standes der Rechtskultur – beruhen auf der Aufarbeitung geschichtlicher Erfahrungen, insbesondere ex negativo auf der Verarbeitung von Unrechtserfahrungen. In der Differenz zu metaphysischen, ontologischen oder religiösen Naturrechtskonzeptionen kann man sie als geschichtliches Naturrecht bezeichnen. Sie repräsentieren ein Vernunftrecht, das geschichtlich bedingt und in der Gegenwart weiter fortzuentwickeln ist.

Auf dieser normativen Basis wird in einem vierten Schritt (Teil D) bedacht, welche Funktionen die Rechtsordnung in der Gegenwart zu erfüllen hat. Eine solche funktionale Betrachtung weitet Gesichtspunkte aus, die der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs entstammen. Die Aufgaben der Rechtsordnung werden dahingehend beschrieben, dass diese das jeweils erreichbare Maß von Gerechtigkeit, insbesondere von Partizipationsgerechtigkeit gewährleisten, Rechtssicherheit herstellen und Rechtsgüter in zweckmäßiger Weise schützen und fördern sowie gesellschaftliche Kompromisse ermöglichen soll. Dass die Rechtspolitik sich gezielt um tragfähige Kompromisse zu bemühen hat, ist in der heutigen fragmentierten, weltanschaulich und moralisch pluralistischen, von heterogenen Interessen bestimmten Gesellschaft unerlässlich. Mit Hilfe von Kompromissbildung soll sie zu gesellschaftlichen Streitfragen rechtliche Rahmenbedingungen schaffen, die den Bürgern für ihre eigenverantworteten Entscheidungen einen möglichst großen Spielraum belassen. Die Funktion der Rechtsordnung, soziokulturell tragfähige Kompromisse zu bewirken, wird in der rechtsethischen Theoriebildung oft vernachlässigt.

Dies fortführend wird in Teil D abschließend entfaltet, dass die Rechtsordnung gesellschaftliche Toleranz ermöglichen und fördern soll. Das Grundrecht jedes Einzelnen auf Freiheit und Selbstbestimmung, das in diesem Buch immer wieder in den Vordergrund gerückt wird, und das ethische Leitbild der Toleranz

stellen zwei Seiten einer Medaille dar. Dass zwischen Freiheit und Toleranz ein innerer Zusammenhang besteht, war prinzipiell schon in der Antike erkannt worden. Thukydides überlieferte Worte, die der Staatsmann Perikles im Jahr 430 v. Chr. gesprochen haben soll: „Frei leben wir miteinander im Staat und im gegenseitigen Geltenlassen des alltäglichen Treibens, ohne dem Nächsten zu grollen, wenn er einmal seiner Laune lebt“⁵. Heute bedarf die Korrelation von Freiheit und Toleranz freilich einer Näherbestimmung, die dem modernen Rechtsstaatsgedanken und der gegenwärtigen Lebenswelt entspricht. Die Rechtsordnung sollte ihrerseits „tolerant“ sein, indem sie selbstbestimmte Entscheidungen und Handlungen der Bürger umfassend respektiert und fördert. Von Seiten des Staates ist den Bürgern sogar bewusst zuzumuten, dass sie angesichts von Differenzen und Dissens, die zu weltanschaulichen, religiösen und moralischen Fragen vorhanden sind, einander wechselseitig tolerieren. Andererseits hat der Rechtsstaat Grenzen zu definieren, die jeder missbräuchlichen, gar Grundrechte gefährdenden Ausnutzung von Toleranz wehren.

Die Bewährungsprobe des Rechtes ist die Alltagswirklichkeit. Daher setzt die hier vorliegende Rechtsethik nicht so an, dass sie rechtliche Prinzipien und Regeln begrifflich-abstrakt deduziert⁶. Vielmehr bemüht sie sich um eine Rückkopplung der Rechtsnormen an geschichtlich-kulturelle Traditionen und um ihre Vermittlung mit aktuellen Wertorientierungen und mit Sachverhalten des Alltags. Deshalb bringt das Buch wiederholt konkrete gesellschaftliche und rechtspolitische Einzelprobleme zur Sprache. Häufig handelt es sich um Themen, die das Religions- und Weltanschauungsrecht sowie das Gesundheits- und Medizinrecht betreffen. An ihnen lassen sich die Pflicht des Staates zum Schutz der Grundrechte und die ethisch relevanten Funktionen der Rechtsordnung einschließlich des rechtsethischen Stellenwertes von Toleranz exemplarisch veranschaulichen.

A. Das Recht als Kulturgut

I. Kulturelle Grundlagen der heutigen Rechtsordnung

1. Die Voraussetzung des modernen Rechtsstaats: Der säkularisierte Staat

1.1. *Das Recht: ein Kulturbegriff*

„Der Begriff des Rechts ist ein Kulturbegriff“⁷. Mit diesem Satz hat Gustav Radbruch (1878–1949) in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts ins Licht gerückt, dass das Recht und die Kultur sich in einer Wechselbeziehung befinden. Schon früher – mehr als ein Jahrhundert zuvor – hatte der evangelische Theologe und Philosoph Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher (1768–1834) der Ethik die Aufgabe gestellt, sich mit den kulturellen „Vernunftgütern“, d.h. mit den geistigen und sozialen Gebilden der Kultur auseinanderzusetzen. Hiermit überschritt er ältere Ethikkonzeptionen, die als Tugend- oder Pflichtenlehre angelegt waren, so dass sie sich auf die Individualethik konzentrierten. So sehr Schleiermacher die sittliche Verantwortung des einzelnen Menschen betonte, deutete er die Aufgabe der Ethik insgesamt umfassender. Er entgrenzte sie zur kulturellen Güterlehre oder anders gesagt zur „Kulturphilosophie unter ethischem Gesichtspunkt“⁸. Neben Bildung und Wissenschaft, Religion und Kunst, Eigentum, Familie und Geselligkeit rechnete er den Staat und das Recht zu den Gütern der Kultur.

In unserer eigenen Gegenwart ist es an der Zeit, das Recht als Kulturgut neu zu erschließen und die kulturelle Dimension der Rechtsordnung neu aufzuarbeiten. Unter „Kultur“ sind dabei die von geschichtlichem Wandel geprägten Lebensgestaltungen, Lebensformen und Werte zu verstehen, die in den verschiedenen Nationen, Völkern und Gesellschaften gelten. Dieses Verständnis von Kultur, das auf historische Zusammenhänge und den jeweiligen zeitgeschichtlichen Kontext abhebt, verdankt sich der Aufklärungsepoche; es ist auf Johann Gottfried Herder (1744–1803) zurückzuführen⁹. Heutzutage ereignen sich nun gravierende soziokulturelle und zivilisatorische Umbrüche. Zu ihnen gehören die weltanschaulich-religiöse Pluralisierung, der Individualisierungsschub, die Ausdifferenzierung der Lebensbereiche, der technische Fortschritt und die Internationalisierung der Lebenszusammenhänge. Dies alles wirkt sich auf die Rechtsordnung aus und muss von der Rechtspolitik beachtet werden. Im Gegenzug

beeinflussen die staatlichen Rechtsnormen ihrerseits die Alltagskultur und das Verhalten der Menschen. Das vorliegende Buch wird die Wechselwirkung, die zwischen dem staatlichen Recht einerseits und der Alltagskultur sowie den kulturell geltenden ethischen Werten andererseits herrscht, im Schwerpunkt für die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland bedenken.

Über Jahrhunderte hinweg hatte man die Korrelation von Staat, Recht und Kultur freilich mit anderer Zuspitzung gedeutet. Man ging davon aus, dass für den Staat und das Recht die *Religion* der maßgebliche Bezugspunkt sei. Noch in der Gegenwart wird die These vertreten, der Staat und seine Rechtsordnung seien letztlich auf ein religiöses Fundament angewiesen, weil sie sonst ihre Orientierung, ihren Halt und ihre Legitimation verlören. Manchmal ist von der Notwendigkeit einer den Staat abstützenden Zivilreligion die Rede. Das vorliegende Buch teilt diese Position nicht, sondern betrachtet den säkularisierten, weltanschaulich neutralen Staat der Moderne sowie die Gesellschaft in ihrem weltanschaulich-religiösen Pluralismus als Grundlage der jetzigen Rechtsordnung und Rechtskultur.

Geistes- und kulturgeschichtlich kam der Fundierung von Staat und Recht auf Religion indessen große Ausstrahlung zu. Dies sei nachfolgend knapp beleuchtet. Danach ist hervorzuheben, dass in Neuzeit und Moderne ein Paradigmenwechsel hin zu einem säkularisierten Staatsverständnis und einer sich an weltlicher Rationalität bemessenden Rechtsordnung erfolgte.

1.2. Die Korrelation von Recht und Religion in der Kulturgeschichte

Erstens: Alte Überlieferungen

In der älteren Kulturgeschichte wurden Rechtsnormen und Gesetze religiös, durch Berufung auf göttliche Autorität, legitimiert. Im Alten Orient führte König Hammurabi von Babylon († 1750 v. Chr.) seine Gesetzgebung auf Enlil, Marduk und den Sonnengott Schamasch zurück. Der biblischen Überlieferung zufolge berief sich Mose auf Jahwe, als er dem Volk Israel die Gesetzestafeln übergab. Der Gott Israels war „in besonderer Weise ein Gott des Rechts“¹⁰. Anders als in sonstigen altorientalischen oder antiken Denkmodellen wurde dem Gott Israels eine das Recht stiftende Funktion allerdings nicht deswegen zugeschrieben, weil er als Schöpfer, als oberste Instanz der kosmischen Ordnung oder als „logos“, als Weltprinzip galt. Entscheidend war vielmehr, dass zwischen ihm und dem Volk Israel ein spezieller religiöser „Bund“, ein Verhältnis der Erwählung ausgesagt wurde. Aus Gottes Bund mit seinem Volk ergab sich für die Israeliten die Pflicht, die Gebote des sie erwählenden Gottes zu befolgen und gegenüber den anderen Menschen, die an dem Bund teilhatten, Gerechtigkeit zu wahren.

Eine Verknüpfung, ja sogar eine Identität von Recht und Religion ist über die Jahrhunderte hinweg immer wieder neu zur Geltung gebracht worden. Ein mittelalterliches Beispiel bietet der Prolog, der dem Sachsenspiegel, einem bedeutenden mittelalterlichen Rechtsbuch aus dem 13. Jahrhundert, vorangestellt war.

Dort hieß es: „Got is selve recht, dar umme is em recht lef“ / „Gott ist selbst Recht, darum ist ihm Recht lieb“¹¹.

Zweitens: Nachwirkungen noch in der neueren Theologie

(1) Noch im 20. Jahrhundert hat sich sogar die evangelische Theologie daran beteiligt, die Idee des Rechts sowie konkrete Vorgaben der Rechtsordnung aus religiösen, christlichen Glaubenssätzen zu deduzieren. Geistesgeschichtlich stellt dies jedoch einen Anachronismus dar. Im Jahr 1938 hob der einflussreiche evangelische Theologe Karl Barth (1886–1968) in seiner Schrift „Rechtfertigung und Recht“ hervor, dass „das Recht auf die Rechtfertigung“ und „die politische Gewalt auf die Gewalt Christi“ zurückzuführen seien¹². Im Übrigen deutete er nicht nur das Recht, sondern den Staat als solchen auf der Basis theologischer Dogmatik. Er bezeichnete den Staat als Gottes „Anordnung“ und fasste ihn spekulativ-theologisch als eine Engelmacht auf, die unter der Herrschaft Christi stünde. Diese angelologische Staatsdeutung leitete er aus dem Römerbrief des Apostels Paulus Kap. 13,1–7 ab (Vers 1: „Jedermann sei untertan der Obrigkeit, die Gewalt [griech.: *exusia*] über ihn hat ...“). Er wiederholte seine Idee in der programmatischen Schrift „Christengemeinde und Bürgergemeinde“, die im Jahr 1946 mit Blick auf eine staatliche Neugestaltung im Nachkriegsdeutschland entstand. Schon allein deshalb, weil Gott den Staat als „Gegenwirkung gegen die menschliche Sünde“ eingesetzt habe, stehe dieser im „Dienst der Vorsehung des Heilsplanes Gottes“¹³. Und noch im Spätwerk Barths, nämlich im Jahr 1956, hieß es unter Bezug auf den Römerbrief des Apostels Paulus:

„Die ‚Gewalten‘, von denen in Kap. 13,1f die Rede ist, sind tatsächlich das, was wir die Staatsgewalt nennen ... Das Wort ist dasselbe, das in Matth 28,18 gebraucht wird: ‚Mir ist gegeben *alle* Gewalt im Himmel und auf Erden‘ – dasselbe Wort, das im Neuen Testament zur Bezeichnung einer bestimmten Gruppe von Engelmächten verwendet wird ... Indem Jesus Christus das Haupt seines Leibes, der Gemeinde, ist, ist er nach Kol 1,16f auch der, durch den und auf den hin alles geschaffen ist: alle ‚Throne, Herrschaften, Mächte und Gewalten‘. Eben das gilt auch von der Staatsgewalt. Sie gehört zwar nicht zur Kirche, wohl aber mit der Kirche zum Reiche Christi. Eben darum hat sich jedermann – jedermann gerade in der Gemeinde – der Staatsgewalt zu fügen und einzuordnen ... Die Christen sind hier unter der Ordnung Gottes – des einen Gottes – wie sie es in der Gemeinde sind.“¹⁴

Nun ist Barths biblisch-religiöse Staatsbegründung schon allein philologisch unhaltbar. Denn die „*exusia*“ („Macht“, „Gewalt“), die Paulus im Römerbrief Kap. 13 erwähnte, meint keine „Engelmacht“. Paulus hatte lediglich Termini der damaligen römischen Verwaltungssprache aufgegriffen. Mit „*exusiai*“ wurden römische Staatsämter umschrieben, so dass die Sätze des Apostels Paulus konkret situationsbezogen, aber keinesfalls als Grundsatzaussage zur theologischen oder metaphysischen Staatslegitimation zu lesen sind. Er wollte der kleinen christlichen Gemeinde in Rom den Rat erteilen, sich in ihrem Lebensalltag der kaiserlichen Obrigkeit unterzuordnen und sich mit ihr zu arrangieren¹⁵.

Barths philologische Fehldeutung ist in unserem Zusammenhang von Interesse, weil an ihr beispielhaft ersichtlich wird, wie sehr man sich noch in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in der Theologie um eine christliche Legitimierung des Staates und seiner Rechtsordnung bemühte¹⁶. Letztlich lief dies auf eine theologische Vereinnahmung und auf eine Klerikalisierung des Staates hinaus. Barth selbst charakterisierte seinen Denkansatz dahingehend, er nehme „eine gewisse Verkirchlichung“ des Staates vor¹⁷. Denn der „rechte Staat muß in der rechten Kirche sein Urbild und Vorbild haben“¹⁸. Barths Denkmodell wird in der theologischen Literatur als Lehre von der „Königsherrschaft Christi“ bezeichnet. Es handelt sich um eine enggeführt christologische Staatsbegründung. Kirche und Staat werden als konzentrische Kreise verstanden, deren gemeinsames Zentrum Christus sei. Die Inhalte der staatlichen Rechtsordnung seien aus den Erkenntnissen und dem „Wissen“ zu gewinnen, das die Kirche über die Offenbarung Christi und die Gebote Gottes privilegiert besitze.

Der ideengeschichtliche Überhang einer religiös fundierten Staatsidee bei Karl Barth veranschaulicht, dass die christlichen Kirchen und evangelische Theologen häufig noch ganz verspätet – in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, ja sogar im ausgehenden 20. Jahrhundert – religiösen Denkmustern verhaftet blieben, ehe sie sich zu einem säkularen, religiös entmythologisierten Staatsbegriff durchran- gen¹⁹. Auf katholischer Seite erfolgte Letzteres noch zögernder als in der protestantischen Theologie oder in evangelischen Kirchen. Hierfür ist ein Indiz, „dass die grundlegenden Werke der modernen Staatsphilosophie von Machiavelli bis Rousseau auf dem römischen Index librorum prohibitorum gelandet sind“. Als die römisch-katholische Kirche mit überlanger Verspätung auf dem Zweiten Vatikanischen Konzil 1965 die modernen Menschenrechte anerkannte, bedeutete dies keineswegs, dass „sie damit ... das Konzept des modernen Staates, die Bedingung der Möglichkeit von Menschenrechten, rezipiert“ hätte. Diesen Sachverhalt räumen sogar katholische Autoren ein²⁰.

(2) Abgesehen von den Kirchen haben im 20. Jahrhundert Politiker und Juristen Recht und Religion eng miteinander verknüpft. Auf Vorschläge zur religiös-christlichen Legitimierung oder Neu-Legitimierung des Staates, die in aktuellen Debatten zu hören sind, wird später noch kritisch Bezug genommen. Hier sei stattdessen auf den viel zitierten Satz hingewiesen, der von dem Staatsrechtslehrer Carl Schmitt (1888–1985) stammt: „Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe“²¹. Schmitt zufolge ist die Vorstellung, die man einst vom allmächtigen Gott hatte, in der Neuzeit auf den Staat als „omnipotenten Gesetzgeber“ übertragen worden.

Nun ist die These, „alle“ relevanten Begriffe der Staatslehre seien auf theologische Ursprünge zurückzuführen, ideengeschichtlich nicht haltbar. Die Schlüsselbegriffe der politischen Ethik und des Staatsrechts – einschließlich der Idee der Freiheit und der Menschenwürde oder das Konzept der Demokratie – sind vorrangig oder zumindest *auch* aus der profanen griechischen und römischen Antike und aus der hellenistischen Philosophie herzuleiten²². Davon abgesehen setzt Schmitts Diktum jedoch einen weiteren Akzent, der von Karl Barth, von katholi-

schen oder evangelischen Theologen und den christlichen Kirchen lange Zeit beiseitegeschoben worden ist: Es gibt zu erkennen, dass ungeachtet der theologischen Herkunft angeblich „aller“ Begriffe der Staatstheorie für den modernen Staat und die moderne Rechtsordnung die *Säkularisierung* das wesentliche Merkmal ist. Diese Einsicht ist unhintergebar.

1.3. Säkularisierung der Staatsidee in Neuzeit und Moderne

Erstens: Der Umbruch in der Neuzeit

Eine Ethik der Rechtsordnung hat heute davon auszugehen, dass der moderne Staat auf den Säkularisierungsschüben beruht, die in Europa – spätestens – im 16. Jahrhundert als faktische Folge der protestantischen Reformation eingesetzt haben. Die Reformation, die auf Martin Luther (1483–1546) und die Schweizer Reformatoren Ulrich Zwingli (1484–1531) und Johannes Calvin (1509–1564) zurückgeht, bewirkte eine Glaubensspaltung, durch die die bisherige, katholisch-religiös fundierte Homogenität der europäischen Staats- und Rechtsordnung zusammenbrach. Die Glaubensspaltung löste die blutigen Konfessionskriege des nachreformatorischen Zeitalters aus, unter ihnen in den Jahren 1618 bis 1648 den Dreißigjährigen Krieg. Aus der Erfahrung der Religion als Ursache von Kriegen resultierte die Erkenntnis, dass die christliche Religion den innerweltlichen Frieden nicht mehr gewährleisten konnte. Philosophen und Juristen zogen die Konsequenz, den Staat und das Recht endgültig unabhängig von kirchlicher oder religiöser Legitimation, nämlich weltlich-rational zu begreifen. Dieser neuen, neuzeitlichen Staatsidee verlieh Hugo Grotius (1583–1645) Ausdruck, indem er darlegte, dass das staatliche Recht aus dem weltlichen rationalen Naturrecht herzuleiten ist. Es besitzt Gültigkeit, „etsi deus non daretur“ / „auch wenn es Gott nicht gäbe“. Unabhängig davon, wie Grotius' Werk im Einzelnen zu interpretieren ist – seine berühmte Formulierung „etsi deus non daretur“ signalisiert, dass sich das europäische Staats- und Rechtsverständnis von der alten antiken, orientalischen und christlichen Anschauung ablöste, Recht und Religion seien eine Einheit. Grotius' Satz symbolisiert den Epochenbruch, den die Säkularisierung für die neuzeitliche europäische Rechtsordnung bewirkt hat. Der Philosoph Wilhelm Dilthey (1833–1911) hat diesen Sachverhalt wie folgt gewürdigt:

„Auch wenn es keinen Gott gäbe, würden die Sätze des Naturrechts ihre independente Allgemeingültigkeit haben. Die klare Erkenntnis dieses Gedankens ist der größte Fortschritt, den die Rechtslehre dieser Epoche besonders durch die Autorität des Grotius über die römische Stoa hinaus getan hat, welche jenen theologischen oder metaphysischen Zusammenhang festhielt“²³.

Zweitens: Säkularisierung durch Rechtspolitik

Nun darf man freilich nicht nur auf abstrakte Theorien blicken, wenn man sich mit dem Verhältnis von Recht und Religion, genauer: mit der Ablösung des staatlichen Rechtes von der Religion befasst. Zwar besaß es hohes Gewicht, dass

die neuzeitlichen rationalen Denkansätze, namentlich die profane nachreligiöse Naturrechtstheorie, den Staat nicht länger auf die Autorität Gottes zurückführen. Abgesehen von den philosophischen oder juristischen Theoriebildungen sind es jedoch die konkreten rechtspolitischen Entscheidungen, die den Staat und die Rechtsordnung von Religion und den Kirchen ablösten. Der heutige Begriff „Rechtspolitik“ betrifft die Frage, mit welchen rechtlichen Mitteln, Verfahren und Vorgaben der Staat bestimmte kulturelle oder gesellschaftliche Ziele erreichen kann oder soll. In diesem Sinn ist – *avant la lettre* – schon im 16. Jahrhundert die Ablösung der Rechtsordnung von Kirche und Religion ein Ziel der damaligen staatlichen Rechtspolitik gewesen.

Ein Schlüsselereignis war der Augsburger Reichs- und Religionsfriede, der im Jahr 1555 zum Bestandteil der Reichsgrundgesetze des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation wurde. Er enthielt die berühmt gewordene Formel „*cuius regio eius religio*“ / „wessen Gebiet, dessen Religion“. Hiermit wurde den Fürsten zugestanden, den Bewohnern ihres jeweiligen Territoriums den katholischen oder den lutherischen Glauben vorzugeben. Andersgläubige durften auswandern. Man kann zwar nicht sagen, der Augsburger Religionsfriede hätte für die Untertanen bereits im modernen Sinn Gewissens- und Religionsfreiheit erbracht. Dennoch stellte er einen Bruch dar. Denn er ersetzte die bislang gültige Konzeption kirchlicher Dominanz und religiöser Homogenität, nämlich die einheitliche römisch-katholische Grundlage von Staat und Gesellschaft, durch die „Religionszweiheit“ von katholischem und lutherischem Christentum. Das bis dahin herrschende Paradigma des *corpus Christianum* und des auf die Kirche gestützten katholischen Kaisertums war reichsrechtlich ins Wanken geraten.

In die gleiche Richtung wies bereits der Passauer Vertrag, der im Vorlauf zum Augsburger Religionsfrieden drei Jahre zuvor – 1552 – von Kaiser Karl V. unterzeichnet worden war. Er ließ die bisherige Auffassung hinter sich, die protestantische Reformation sei als solche ein Landfriedensbruch. Bis zum Passauer Vertrag war man der Meinung gewesen, die von den Protestanten verursachte Religionsspaltung müsse beendet und eine neue „christliche Vereinigung“, d.h. eine Rückkehr zur katholischen Kirche bewirkt werden. Dies sei die Voraussetzung für die Wiederherstellung von Frieden und Recht im Heiligen Römischen Reich. Der Passauer Vertrag zeigte rechtspolitisch hierzu eine Alternative auf: Ihm zufolge war nicht mehr die Aufhebung der Glaubensspaltung die Voraussetzung für den Religions- und den Reichsfrieden; vielmehr gehe es darum, den Frieden und das Recht *profan-reichsrechtlich* abzusichern. Die Rechtsordnung und der äußere Friede wurden hiermit zu Aufgaben der weltlichen Obrigkeit, und zwar unabhängig von der katholischen Kirche und von religiösen Vorgaben. Weil es an der staatlichen Rechtsordnung selbst lag, Frieden und Recht zu gewährleisten, konnte es auch nicht mehr als Landfriedensbruch gelten, wenn Menschen sich zur Reformation bekannten. Ein Landfriedensbruch lag vielmehr dann vor, wenn gegen das Reichsgesetz verstoßen wurde, welches den Religionsfrieden und insofern sowohl die alte katholische wie auch die neue lutherische Religion schützte. Am Passauer Vertrag von 1552 wird mithin deutlich, dass sich die welt-

liche Gewalt – das Wort „Staat“ war im 16. Jahrhundert noch nicht üblich²⁴ – von Kirche und Religion emanzipierte und *eigenständige* rechtliche Kompetenzen erhielt. Das kirchliche kanonische Recht war kein Reichsrecht mehr²⁵.

Drittens: Der Begriff „Säkularisierung“, die Säkularisation von 1803 und die moderne Idee der Rechtsordnung

(1) Neben der Reformation, den Konfessionskriegen und der Ablösung des weltlichen von religiösem oder kirchlichem Recht waren es noch weitere geschichtliche Erfahrungskomplexe, die den modernen säkularen Rechtsstaat geprägt haben:

- die Befreiung von persönlicher Herrschaft, d.h. die Beendigung der Leibeigenschaft, die in Preußen durch die Stein'schen Reformen bewirkt wurde
- das Ende der Sklaverei, in die europäische Staaten bis in das 19. Jahrhundert verstrickt waren
- die Bewältigung der sozialen Verelendung, die im Zuge der industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts auftrat
- die Überwindung totalitärer Weltanschauungen und Staatssysteme, vor allem des Nationalsozialismus und Faschismus sowie der sozialistischen Diktaturen im 20. Jahrhundert.

In unserem Zusammenhang geht es indessen um die Säkularisierung von Staat und Rechtsordnung im engeren Sinn. Nun ist der Begriff „Säkularisierung“ überaus vielschichtig. Typisierend lassen sich fünf Deutungen auseinanderhalten²⁶:

- Säkularisierung als *Untergang* der Religion in der Neuzeit und Moderne. Ein solches „Ende“ der Religion wurde im 19. und 20. Jahrhundert von den Klassikern der Religionskritik – Karl Marx, Friedrich Nietzsche oder Sigmund Freud – für geschichtlich unausweichlich gehalten. Im ausgehenden 20. und im 21. Jahrhundert ist freilich ein gegenläufiger Trend einer De-Säkularisierung entstanden. Es zeigt sich eine bestimmte Renaissance von Religion, die allerdings mit einem tiefen Strukturwandel, nämlich 1. mit unübersichtlichen religiösen Pluralisierungen sowie 2. mit Neo-Fundamentalismen einhergeht.
- Säkularisierung als *Weltanpassung* der Religion. Diese Form der Säkularisierung betrifft vor allem den Protestantismus. Im Verlauf des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts orientierte sich die akademische evangelische Theologie in den Strömungen des Kulturprotestantismus, des Bildungsprotestantismus und der liberalen Theologie bewusst an zeitgenössischer Philosophie und am kulturellen Wandel. Gegenwärtig werfen manche kirchliche Stimmen dem Kulturprotestantismus vor, er habe hiermit die Weichen zu einer sogenannten Selbstsäkularisierung des evangelischen Christentums gestellt, die heute zu seiner Auflösung zu führen drohe.
- Säkularisierung als *Desakralisierung* oder „*Entzauberung*“ der Welt. Diese Version des Verständnisses von Säkularisierung besagt, dass alte Tabus, traditionelle Für-heilig-Erklärungen, z.B. die Deutung menschlichen oder nichtmenschlichen Lebens als „heilig“, sowie autoritative Ge- und Verbote der Religion in der Moderne nicht mehr fortgelten.
- Säkularisierung als *Emanzipation*. Zu dieser Dimension von Säkularisierung, nämlich der Ablösung der Gesellschaft als Ganzer von ihrer religiös geprägten Vergangenheit,

gehört hinzu, dass westliche Staaten die Privatheit von Religion und die individuelle Bekenntnisfreiheit achten. Rechtspolitisch hat dies zu unterschiedlichen Regelungsmodellen geführt, etwa zum Laizismus in Frankreich oder zur „offenen“ oder „wohlwollenden Neutralität“ des Staates bzw. zur „hinkenden Trennung“ von Staat und Kirche, die in Deutschland etabliert wurde.

- Säkularisierung als *Transposition* oder *Transformation*, *Übertragung* von Inhalten und Verhaltensweisen von der religiösen auf die weltliche Sphäre. So ist die These vertreten worden, dass das christliche, vor allem das protestantische Verständnis von Freiheit im 19. und 20. Jahrhundert in ein säkulares staatliches Verfassungsprinzip transformiert worden sei²⁷.

Jede dieser fünf Deutungsoptionen wäre umfassend zu diskutieren. Genauerer Analyse bedürfte z.B. die Theorie, dass religiöse Ideen in weltliche Aussagen transferiert worden seien und die moderne weltliche, westliche Kultur die christliche Religion „beerbt“ habe. Dies wurde einerseits als illegitime Enterbung oder Enteignung des Christentums und insofern als ideelles Unrecht bewertet. Andererseits lässt sich dieser Vorgang als legitimer, ja sogar gebotener geistiger Fortschritt deuten. Für uns kommt es vor allem aber auf den staatlich-rechtlichen Kern der Säkularisierung an. Er lässt sich an einem bestimmten Ereignis veranschaulichen: Das Wort „séculariser“ / „säkularisieren“ soll am 8.5.1646 vom französischen Gesandten Henri d'Orléans in Münster bei den Verhandlungen zum Westfälischen Frieden benutzt worden sein. Es habe die Übereignung von katholischen Kirchengütern an nichtkatholische Kirchen und an die Fürsten umschrieben.

Ob der Ursprung des Wortes hiermit tatsächlich historisch korrekt erfasst ist, kann offen bleiben²⁸. Der Sache nach wird aber erkennbar, dass eine Korrelation zwischen dem Säkularisierungsbegriff und der Staatsordnung besteht, die aus den nachreformatorischen Konfessionskriegen hervorging. Im Jahr 1803 hat dann das letzte Reichsgesetz des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation, der Reichsdeputationshauptschluss, den Bischöfen bzw. den geistlichen Fürsten endgültig ihre Befugnisse zur weltlichen Herrschaft, zur Ausübung staatlich-weltlicher Gewalt entzogen und zudem das Kirchengut eingezogen. Der Besitz der Kirchen wurde dem Staat zugesprochen und insofern säkularisiert (als Entschädigung leistet in Deutschland der Staat noch gegenwärtig den Kirchen regelmäßige Ausgleichszahlungen; in den Niederlanden sind derartige Zahlungen im Jahr 1983 durch eine Einmalsumme abgelöst worden²⁹). Hierdurch wurde das Wort „Säkularisation“ zu einem im engeren Sinn rechtlich relevanten Begriff. Das rechtsgeschichtliche Ereignis des Jahres 1803 lässt sich bündig wie folgt kommentieren: „Mit dem Reichsdeputationshauptschluss beginnt in Deutschland der moderne säkulare Staat“³⁰. Es entstand endgültig der moderne Dualismus von Staat und Recht einerseits, Religion und Kirchen andererseits. Seitdem kommt dem Staat für das religiöse Heil der Menschen keinerlei direkte oder auch nur indirekte Funktion mehr zu, ebenso wenig wie die Kirchen umgekehrt länger für weltliche Belange zuständig wären. Für das rechtlich geordnete Wohl der Menschen trägt allein der Staat die Verantwortung.

(2) Dies besagt zugleich: Auch gedanklich konnte das staatliche Recht seit dem 19. Jahrhundert nicht mehr als Spiegel der Religion aufgefasst und auf sie begründet werden. Soweit man sich dennoch um eine solche Sicht bemühte – dies war bei dem idealistischen Philosophen Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831) oder bei dem lutherischen preußischen Staatsphilosophen Friedrich Julius Stahl (1802–1861) der Fall –, blieb dies kultur- und rechtsgeschichtlich ein Anachronismus. Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31.1.1850 kannte noch das Gottesgnadentum des Königs. Hegel hatte es für eine „Torheit“ gehalten, „Staatsverfassungen unabhängig von der Religion erfinden und ausführen zu wollen“³¹; und F.J. Stahl bewertete das Recht als „die menschliche Ordnung des Gemeinlebens“, die – wie er schrieb – der „Erhaltung von Gottes Weltordnung“ diene. Im Gegenzug bürgerte sich im 19. Jahrhundert dann aber ein der Moderne adäquater Begriff der „Rechtsordnung“ ein. Seine Bezugspunkte waren der weltliche Rechtsstaat, die legislative Souveränität des Staates und die pragmatische staatliche Rechtspolitik. Eine moderne Rechtsordnung, die vom Rechtsstaat verbürgt wird, beruht auf der Eigenständigkeit der Gerichtsbarkeit und auf dem staatlichen Schutz der Grundrechte. Genau hierauf legte die Paulskirchenverfassung vom 28.3.1849 großen Wert (§§ 125–129: „Das Reichsgericht“; §§ 130–189: „Die Grundrechte des deutschen Volkes“). Als die Verfassung im Jahr 1848 beraten wurde, bekundete der Abgeordnete Georg Beseler (1809–1888), mit Hilfe der Grundrechte wolle man „jetzt aus dem herauskommen, was uns der Polizeistaat der letzten Jahrhunderte gebracht hat“, und „den Rechtsstaat auch für Deutschland begründen“³².

Die Einsicht in die Korrelation Grundrechte / Rechtsstaat bildete einen epochalen Durchbruch. Die große Leistung der Abgeordneten der Paulskirchenversammlung wird dadurch nicht geschmälert, dass die Verfassung nach ihrer Zurückweisung durch den preußischen Monarchen Friedrich Wilhelm IV. nicht in Kraft treten konnte. Für die Rechtsethik stellt die Verknüpfung der Rechtsstaatlichkeit mit den Grundrechten, die das Paulskirchendokument enthielt, die Wasserscheide zwischen einem prämodernen und einem modernen Staat dar. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts herrschte dann schließlich ein breiter Konsens, dass die staatliche Rechtsordnung säkular-kulturtheoretisch und wirklichkeitsorientiert-lebensweltlich zu deuten ist. In diese Richtung äußerten sich namhafte Gelehrte wie Gustav Radbruch, Max Weber (1864–1920), Hans Kelsen (1881–1973) oder Hugo Preuß. Um die Ablösung der Rechtsordnung von metaphysisch-religiösen Fundamenten zu unterstreichen, wurde sie von dem Rechtsphilosophen Rudolf Stammler (1856–1938) zugespitzt sogar als „bloß empirisch“ bezeichnet³³.

Das heißt: Der heutige Begriff „Rechtsordnung“ ist untrennbar mit der neuzeitlichen Säkularisierung, dem weltlichen Rechtsstaat und den staatlich verbürgten Grundrechten verknüpft. In diesem Sinn geht es in dem hier vorliegenden Buch um das Recht als Kulturgut und um eine Ethik der Rechtsordnung.

In der Bundesrepublik Deutschland waren in den zurückliegenden Jahrzehnten freilich gedankliche Retardationen zu beobachten. Denn es wurde und wird einer erneuten Anbindung bzw. Zurückbindung von Staat und Rechtsordnung

an die Religion das Wort geredet. Dies lässt sich exemplarisch anhand des sogenannten Böckenförde-Diktums aufzeigen.

2. Das „Böckenförde-Diktum“ – in Anbetracht von Säkularisierung und Pluralismus eine Engführung

2.1. Böckenfördes Position und ihre Problematik

Erstens: Die Argumentation Böckenfördes

An die soeben erwähnten Begriffe Säkularisation / Säkularisierung knüpft ein 1967 publizierter Aufsatz des Verfassungsrechtlers Ernst-Wolfgang Böckenförde (* 1930) an. Dieser geht auf einen Vortrag zurück, den er 1964 in einem Seminar des Staatsrechtlers Ernst Forsthoff (1902–1974) in Ebrach gehalten hatte. Unter dem Titel „Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation“³⁴ zeichnete Böckenförde in historischer Hinsicht Stationen der neuzeitlichen Säkularisierung nach, auf die voranstehend bereits eingegangen wurde. Auch er sah in den nachreformatorischen Konfessionskriegen den Anstoß für die Auflösung der früheren religiös fundierten Staatsidee. Die neuzeitliche profane Naturrechts- und Aufklärungsphilosophie habe den Abschied vom religiösen oder „christlichen“ Staat dann gedanklich vertieft; in der Französischen Revolution von 1789 sei er endgültig vollzogen worden. Heute sei es unerlässlich, diese geistesgeschichtliche Entwicklung und das Ende des christlichen Staates zu akzeptieren.

Historisch weiter zurückgreifend wies Böckenförde ferner auf Bestrebungen hin, die schon im Mittelalter die Einheit von Staat, Recht und Religion überwinden wollten. Er machte auf den Investiturstreit des 11./12. Jahrhunderts aufmerksam, der im Wormser Konkordat (1122) seinen Abschluss fand. In dem Konkordat kodifizierten Kaiser Heinrich V. und Papst Calixt II. einen Ausgleich zwischen weltlichem und geistlichem Herrschaftsanspruch.

In der Tat: Ansatzweise war das Bemühen um eine Säkularisierung von Staat und Recht bereits im Mittelalter anzutreffen. Zusätzlich zu den Sachverhalten, die Böckenförde auflistete, ist die Goldene Bulle zu erwähnen. Das Dokument wurde von Kaiser Karl IV. im Jahr 1356 in Kraft gesetzt. Im Jahr 1361 bezeichnete der Kaiser es als „unser keiserliches rechtbuch“³⁵. Der Sache nach war die Goldene Bulle *das* Grundgesetz des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation. Es behielt seine Rechtskraft, bis unmittelbar nach der Säkularisation des Kirchenguts und dem Reichsdeputationshauptschluss des Jahres 1803 das „alte“ Reich im Jahr 1806 aufgelöst wurde. Die Goldene Bulle regelte die Modalitäten der Königswahl, wobei eine Pointe darin bestand, dem Papst Einflussnahme und Beteiligung zu verwehren. Dies erfolgte vor dem Hintergrund, dass wenige Jahrzehnte zuvor im Jahr 1302 Papst Bonifatius VIII. in der Bulle „Unam sanctam“ den Weisungs- und Vormachtanspruch, die potestas directa des Papstes gegenüber weltlichen Herrschern, nochmals bekräftigt hatte. Von päpstlicher Seite wurde das Verhältnis, das zwischen Papst und Kaiser, Kirche und weltlicher Gewalt bestehe, mit der Rangordnung von Sonne und Mond oder von Seele und Leib verglichen. Der Papst sei befugt, Kaiser und Könige abzusetzen. Weil die Goldene Bulle 1356 als Reichsgesetz einen gegenläufigen

Akzent setzte, bildet sie bereits im Mittelalter einen Meilenstein auf dem langen Weg der Ablösung des Staates und des weltlichen Rechts von kirchlich-päpstlicher Suprematie.

Historische Einzelheiten und weitere Ergänzungen können hier auf sich beruhen bleiben, da es auf die Schlussfolgerung ankommt, die Böckenförde selbst aus dem europäischen Säkularisierungsprozess für die Gegenwart zog. Sie ist doppeldeutig. Einerseits befürwortete Böckenförde die neuzeitlich-moderne Säkularisierung der Staatsidee. Andererseits relativierte er diesen Gedanken sofort, indem er suggestiv fragte:

„Woraus lebt der Staat, worin findet er die ihn tragende, homogenitätsverbürgende Kraft und die inneren Regulierungskräfte der Freiheit, deren er bedarf, nachdem die Bindungskraft aus der Religion für ihn nicht mehr essentiell ist und sein kann? Bis zum 19. Jahrhundert war ja, in einer zunächst sakral, dann religiös gedeuteten Welt die Religion immer die tiefste Bindungskraft für die politische Ordnung und das staatliche Leben gewesen“.

Für das 20. Jahrhundert konstatierte er:

„So stellt sich die Frage nach den bindenden Kräften von neuem und in ihrem eigentlichen Kern: *Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.* Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus ... zu garantieren suchen“.

Das Resümee lautete:

„So wäre denn noch einmal – mit Hegel – zu fragen, ob nicht auch der säkularisierte weltliche Staat letztlich aus jenen inneren Antrieben und Bindungskräften leben muß, die der religiöse Glaube seiner Bürger vermittelt“³⁶.

Der Satz „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann“ wird als Böckenförde-Diktum, Böckenförde-Dilemma oder Böckenförde-Paradox bezeichnet und ist fast zum geflügelten Wort geworden. Man nimmt ihn häufig als Beleg für die These, dass angesichts des Vertrauens- und Legitimationsverlustes, unter dem der Staat und die Rechtsordnung derzeit leiden, heutzutage erneut eine Art von religiöser oder postsäkular-metaphysischer Legitimierung des Staates vonnöten sei³⁷. Zum Beispiel bildet das Diktum im „Handbuch der Katholischen Soziallehre“ – einem voluminösen Band, der im Jahr 2008 erschienen ist – quer durch die von 65 Autoren verfassten 81 Beiträge geradezu den *cantus firmus*.

Nachfolgend soll zunächst sein Gehalt gewürdigt werden, um dann vor allem aber auf Missverständlichkeiten, Grenzen und Engführungen aufmerksam zu machen.

Die Bedeutung, die das Diktum für sich beanspruchen kann, ergibt sich kontextuell aus seiner Entstehung in den 1960er Jahren. Im Jahr 1965 hatte die römisch-katholische Kirche den überfälligen Schritt vollzogen, die individuelle Gewissens- und Religionsfreiheit, die Persönlichkeitsrechte der einzelnen Menschen, die Demokratie, die Grundrechte und den modernen Verfassungsstaat formal zu akzeptieren, nachdem sie dies alles im 19. und 20. Jahrhundert stets aufs schärfste verurteilt hatte³⁸. Böckenförde hatte sich vor 1965 zum Anti-Modernismus und Anti-Liberalismus der römisch-katholischen Lehre, zu ihrem dogmatischen, präziser: dogmatistischen Wahrheits-, Geltungs- und Herrschaftsanspruch und zum neoscholastischen Naturrecht kritisch geäußert. Dabei grenzte er sich von der kirchlichen Doktrin ab, der zufolge die katholische Wahrheit als Dogma und als abstrakter Begriff den Vorrang besitze vor der Würde und Freiheit der einzelnen Person³⁹. Den Schwenk, den die römisch-katholische Kirche auf dem Zweiten Vatikanischen Konzil vollzogen hatte, begrüßte er emphatisch als eine innerkirchliche kopernikanische Wende. Mit seinem Aufsatz „Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation“ empfahl er der katholischen Kirche, dann auch in Zukunft zu respektieren, dass die Bürger eigene, rechtsstaatlich verbürgte Freiheitsgrundrechte besitzen und dass sich der säkulare Staat von der Kirche, vom Kirchenrecht und vom kirchlichen Anspruch auf Suprematie emanzipiert hat.

So wichtig diese Intentionen waren – gleichwohl bleiben der Aufsatz und das in ihm enthaltene „Diktum“ doppeldeutig, vormodern und kurzschlüssig. Dies ist nun genauer darzulegen.

Zweitens: Engführung angesichts des Pluralismus in der modernen Gesellschaft und in den Religionen

(1) Zwar bejahte Böckenförde das Ende des sogenannten christlichen Staates. Im gleichen Atemzug setzte er aber einen gegenteiligen Akzent, der katholisch-apologetischen Charakter trug. Denn sein Aufsatz gab zu verstehen, dass die „Kirche“ oder „der religiöse Glaube“ (jeweils im Singular!) ihren Einfluss überhaupt nicht verlören, wenn die katholische Kirche den säkularisierten Staat anerkenne. Dieser gewinne seine Legitimation doch aus bestimmten externen Quellen: Er beruhe auf „Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann“, nämlich dem „religiöse(n) Glaube(n) seiner Bürger“. Insofern behalte die Religion für den Staat ihre Relevanz, ja ihre Dominanz. In seinem damaligen Aufsatz und in den Schriften, durch die er ihn später einrahmte, rekurierte Böckenförde dann durchweg einseitig auf den *katholischen* Glauben. Auf diese Weise läuft sein Diktum zumindest unterschwellig und unausgesprochen darauf hinaus, das katholische Christentum könne den modernen säkularen Staat akzeptieren, da dieser nach wie vor von christlichen katholischen Voraussetzungen, vom katholischen Glauben abhängig bleibe.

Neuerdings argumentieren Böckenförde und andere katholische Autoren auch dahingehend, die katholische Kirche habe zwar anzuerkennen, dem Staat keine unmittelbaren Vorgaben im Sinn des tradierten kirchlichen Anspruchs

einer „potestas directa in temporalibus“ mehr erteilen zu können. Jedoch besitze sie nach wie vor intern, gegenüber ihren Gläubigen, eine „potestas directa“ oder „potestas directiva“, eine bindende Weisungsbefugnis. Auf dem Umweg über die Gläubigen könne und solle die Kirche weiterhin auf den Staat einwirken. Wenn sie hierauf verzichte, bestehe für die „christliche Wahrheit“ die Gefahr, „in Freiheit hinein [zu] verdampfen“⁴⁰. An diesem Gedankengang fällt auf und irritiert, wie abschätzig der Begriff der Freiheit hier verwendet wird. Der Gedanke wird mit einer kultur- und staatspessimistischen These abgestützt, die besagt: „Alle (!) säkularen formalen wie prozeduralen Verfahren der Wertesetzung haben sich ... als unfruchtbar erwiesen“⁴¹.

(2) Die Argumentation fordert zur Kritik heraus. Böckenfördes Mahnung, den katholischen Glauben auch heute noch gesamtgesellschaftlich in den Vordergrund zu rücken, vermag schon allein deshalb nicht zu überzeugen, weil sie dem weltanschaulich-religiösen Pluralismus nicht gerecht wird, der sich seit dem 19. Jahrhundert in Mitteleuropa ausbildete. Sie geht von der Prämisse aus, in Staat und Gesellschaft könne und müsse „Homogenität“ herrschen. Vorneuzeitlich sei es die Kirche gewesen, die mit ihrer Autorität diese Homogenität sichergestellt habe; im 19. Jahrhundert sei dann ersatzweise der Gedanke der Nation homogenitätsstiftend geworden; nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs habe man kompensatorisch auf „Werte“ rekurriert – was „dürftig“ und nicht tragfähig sei, weil hierdurch den subjektiven Wertungen der Bürger Vorschub geleistet werde⁴². Stattdessen solle es nun wieder der religiöse, im Schwerpunkt – wie indirekt nahegelegt wird – der katholische Glaube sein, der die Homogenität abstütze.

Im Ergebnis wird die Kirche hiermit erneut gleichsam zur Beauftragten des Staates für Sinnstiftung und für gesamtgesellschaftliche Wertevermittlung erklärt. Das Ideal einer homogenen Gesellschaft ist von Böckenförde sogar noch 2004 aufrechterhalten worden, als er seinen vier Jahrzehnte alten Aufsatz wieder abdruckte und neu kommentierte. Erst nochmals später, in einem Beitrag von 2006, formulierte er etwas zurückhaltender, für Staat und Gesellschaft sei eine „relative Homogenität“ unerlässlich. Dabei unterließ er aber eine Erläuterung von Grad und Art, Maß und Kriterien dieser Relativierung. Stattdessen nahm er die Einschränkung („relative“ Homogenität) sofort wieder zurück, indem er hervorhob, für die staatliche Ordnung sei nach wie vor ein „einigendes Band“ unerlässlich, welches „ein bestimmtes Wir-Gefühl“ vermittele⁴³. Unter Bezug auf Äußerungen von Joseph Kardinal Ratzinger (* 1927) betonte er, eine „Einebnung religiös determinierter Prägung der Kultur und Lebensform als Teil des *ordre public*“ brauche es nicht zu geben⁴⁴.

Nun besitzt es Suggestionskraft und mag es eine „wirksame ... Duftmarke“⁴⁵ sein, auf eine solche Homogenität der Gesellschaft abzuheben. Soziologisch ist sie im 20. Jahrhundert freilich zur Fiktion geworden. Schon zum Zeitpunkt der Erstpublikation des Aufsatzes 1967 war es zu undifferenziert, das damalige Westdeutschland religiös als homogen zu verstehen. Noch weniger trifft dies auf die heutige fragmentierte Gesellschaft zu.

Zur Verdeutlichung: die Konfessionsstatistik der Bevölkerung laut Statistischem Bundesamt im Jahr 1970: 44,6 % römisch-katholisch; 49 % evangelisch; 1,3 % muslimisch; 3,9 % konfessionsfrei; 1,2 % andere.

Angaben für das Jahr 2010⁴⁶: 29,7 % römisch-katholisch; 29,6 % evangelisch (jeweils mit weiter abnehmender Tendenz; in den Jahren 2009–2010 ging die Zugehörigkeit zur katholischen Kirche aufgrund der Rehabilitation der radikalen Piusbruderschaft durch den Papst und durch die Aufdeckung von sexuellem Missbrauch an Minderjährigen in katholischen Einrichtungen signifikant zurück); 4,4 % muslimisch (ohne dass hierbei muslimische Binnendifferenzierungen, der Anteil säkularer Muslime oder die Aleviten als *eigenständige* Glaubensgemeinschaft berücksichtigt wären; die Zahl der Aleviten in Deutschland wird mit 500 000 bis 800 000 angegeben⁴⁷); 34,6 % konfessionsfrei; 1,7 % andere.

Die quantitativen Angaben der Religionsstatistik belegen, dass Staat und Gesellschaft sich dauerhaft auf die Heterogenität und Fragmentierung der Öffentlichkeit⁴⁸ sowie auf lebens- und weltanschauliche Dissense einzurichten haben. Der Wertewandel, die Wertepluralität und gesellschaftlicher Dissens haben schon das frühere Westdeutschland geprägt. Dass es „verfehlt“ ist, die Gesellschaft „als eine homogene Quelle ethischer Grundüberzeugung zu sehen“, meinte im Rahmen der Grundwertedebatte der 1970er Jahre der damalige Bundeskanzler Helmut Schmidt (* 1918)⁴⁹. Inzwischen ist der gesellschaftliche Dissens in verschiedener Hinsicht sogar zum Regelfall geworden. Ein Beispiel bieten die Kontroversen zur Biomedizin. Zu Stammzellforschung, Hirntodkriterium oder Sterbehilfe sind die Divergenzen in den zurückliegenden Jahren derart eskaliert, dass von einem neuen Kulturkampf die Rede war. Es fällt auf, in welchem Ausmaß das 1873 von Rudolf Virchow (1821–1902) geprägte Wort „Kulturkampf“⁵⁰ in den zurückliegenden Jahren eine Renaissance erfuhr. Nüchterner und unter Vermeidung von Assoziationen, die der Kulturkampf des Reichskanzlers Otto von Bismarck (1815–1898) wachruft, ist zu sagen, dass für unsere Gesellschaft soziokultureller, sozioreligiöser und moralischer Dissens charakteristisch ist. Schon allein hieraus ergibt sich, dass das Böckenförde-Diktum, welches den modernen Staat am Modell der „Homogenität“ bemisst, die Realität verkennt und ins Leere läuft.

(3) Dies gilt erst recht deshalb, weil ebenfalls *innerhalb* der verschiedenen Religionen und Konfessionen, unter den Konfessionsfreien und in neuen säkularen Gemeinschaften wie dem Humanistischen Verband Deutschlands (HVD) keinesfalls Homogenität, sondern jeweils erhebliche Binnenpluralität herrscht. Sogar in der katholischen Kirche ist dies der Fall. In der Welt der Kirchen und Religionen stellt die römisch-katholische Kirche einen Sonderfall dar: Sie besitzt eine strikt hierarchische Struktur und ein autoritatives Lehramt, das in allen anderen christlichen Konfessionen und in nichtchristlichen Religionen ein Fremdkörper wäre. Offiziell wird von der katholischen Kirche eine innerkirchliche Pluralität nicht akzeptiert. Der katholischen Lehre zufolge gelten im kirchlichen Binnenbereich die persönlichen Selbstbestimmungsrechte ihrer Mitglieder nur ganz eingeschränkt: „Gegenüber der Lehre seiner Kirche verfügt der [katholische] Christ über keine Freiheit“⁵¹. Das römisch-katholische Lehramt hat seinen Anspruch auf Weisungskompetenz in den letzten Jahren nochmals erneuert und

verschärft (s.u. S. 100f u. passim). Trotzdem ist festzuhalten, dass de facto auch in der katholischen Kirche eine gewisse Binnenpluralität vorhanden ist, die durch lehramtskritische Wortmeldungen von Laien, durch katholische Medien wie „Publik Forum“ und – wenngleich selten – durch abweichende Meinungen katholischer Theologen zum Ausdruck gebracht wird⁵².

Konkret lässt sich der Sachverhalt, dass zu Fragen der Biomedizin, aber auch zu sonstigen Themen sowohl *zwischen* den verschiedenen Konfessionen und Religionen als auch *in* ihnen tiefe Meinungsdivergenzen anzutreffen sind, an der Präimplantationsdiagnostik veranschaulichen. Sie wird im Judentum, auch im religiösen Judentum durchgängig befürwortet⁵³. Die katholische Amtskirche lehnt das Verfahren kategorisch ab. Auf evangelischer Seite hat der Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) Anfang des Jahres 2011 den Staat aufgefordert, die PID zu verbieten⁵⁴, wohingegen evangelische Ethiker die PID für vertretbar halten und dem Gesetzgeber die Zulassung empfahlen.

(4) Gesamtgesellschaftlich sowie binnenreligiös sind Heterogenität, Pluralität und Meinungsvielfalt mithin zu einer Tatsache geworden, die sich nicht leugnen lässt. Trotzdem wird Böckenfördes Diktum bis heute oft dafür in Anspruch genommen, dass eine prinzipiell homogene Staats- und Gesellschaftsordnung auf religiös-christlichen Vorgaben aufrufen soll. Auf dieser Linie liegt es, wenn Politiker rechtspolitische Streitfragen lösen möchten, indem sie sich undifferenziert auf „das christliche Menschenbild“ (im Singular!) berufen und hierdurch nicht nur innerchristliche Divergenzen, sondern vor allem gesamtgesellschaftliche Meinungsunterschiede überspielen⁵⁵. Böckenförde hat es vermieden, sich von dieser Wirkungsgeschichte seines Diktums zu distanzieren und denjenigen Rezeptionen seines Diktums zu widersprechen, die die Säkularisierung des Staates abwehren und das Faktum gesellschaftlicher Heterogenität sowie religiös-weltanschaulicher Pluralität beiseiteschieben⁵⁶.

Genauso wichtig ist ein zusätzlicher Punkt. Böckenfördes Diktum enthält eine weitere Engführung, die aus soziokulturellen und sozialetischen Gründen zu kritisieren ist.

Drittens: Kurzschlüssigkeit in Anbetracht der Vielfalt gesellschaftlicher Prägekräfte

Die Formel lenkt davon ab, dass der moderne Staat und die freiheitliche Gesellschaft keineswegs nur vom religiösen Glauben, sondern gleichfalls von Kunst und Kultur, von Rechtsstandards, von der Medizin, von Wissenschaft und Bildung abhängen. Der berechtigte Kern des Diktums besteht in der Erkenntnis, dass Staat und Politik nicht selbstlegitimatorisch, rein aus sich selbst heraus zu begreifen sind. Sie dürfen nicht – wie zu Beginn des 20. Jahrhunderts Max Weber oder der evangelische Theologe und liberale Politiker Friedrich Naumann noch meinten – lediglich ihren „eigenen Gesetzen“ folgen. Aber Böckenfördes Satz greift darin zu kurz, dass er allein auf ein einzelnes Subsystem der Gesellschaft, nämlich auf die Religion Bezug nimmt. Seit dem 19. Jahrhundert hat z.B. ebenfalls die naturwissenschaftlich fundierte Medizin das Menschenbild, das Gesellschaftsbild und die Staatsordnung geprägt. Selbst wenn die moderne Medikalisation Schat-

tenseiten besitzt, hat sie unverzichtbaren humanen Fortschritt ermöglicht. Gesellschaft und Staat sind auf Medizin, Wissenschaft, Forschung und Bildung angewiesen. Die Zukunftsfähigkeit einer Gesellschaft beruht auf wissenschaftlichem Fortschritt oder der Verbesserung der Gesundheits- oder der Bildungsstandards. Daher hat der Staat für Forschung, Bildung und das Gesundheitswesen Schutzpflichten auszuüben. Insofern lebt er von kulturellen und gesellschaftlichen Voraussetzungen, die er – an die Wortwahl Böckenfördes anknüpfend – *selbst* zu garantieren hat und für die er als Staat Verantwortung trägt. Das Böckenförde-Diktum überspielt 1. den Stellenwert von Bildung, Forschung, Kunst, Gesundheitswesen usw. als *Voraussetzungen* des Staates sowie 2. die Verantwortlichkeit des Staates *für* ihre Pflege und Förderung.

Ganz wesentlich ist es die Rechtsordnung, von der die Funktionsfähigkeit des Staates abhängig und zu deren Fortentwicklung die staatliche Politik ihrerseits verpflichtet ist. Wenn man dies ernst nimmt, ergibt sich gegenüber dem Böckenförde-Diktum eine Alternative, an der dem hier vorliegenden Buch, einer Ethik der Rechtsordnung, sehr liegt. Schon in der Vergangenheit waren die staatliche Gesetzgebung und die Rechtsprechung immer wieder wegweisend, als es darum ging, in der Gesellschaft Standards der Humanität und der Gerechtigkeit zu sichern. Hierdurch sind Maßstäbe gesetzt worden, hinter die der heutige Staat nicht zurückfallen darf. Um die Bedeutung der Rechtsordnung für gesellschaftlich verwirklichte Humanität zu veranschaulichen, seien nachfolgend einige Beispiele genannt. Danach ist auf das Böckenförde-Diktum zurückzukommen.

2.2. Alternativer Denkansatz: Sicherung humaner Standards durch das staatliche Recht

Schon allein anhand der älteren Kulturgeschichte lässt sich vielfältig belegen, in welchem hohem Maß gesellschaftliche Humanität und ethischer Fortschritt vom weltlichen Recht bewirkt worden sind. Geistesgeschichtlich ist zu erinnern an

- die rechtliche Garantie wenigstens äußerer Toleranz gegenüber Juden im späten Mittelalter, wodurch die kirchliche Intoleranz eingedämmt wurde (s.u. S. 173)
- die Abschaffung der Strafbarkeit von Homosexualität (1791 im französischen Code pénal, danach in romanischen Ländern und 1813 in Bayern; im deutschen Strafgesetzbuch endgültig allerdings erst 1994 durch die Aufhebung von § 175 StGB)
- der Verzicht auf die Bestrafung von Selbstmördern in der weltlichen Rechtsordnung (1751 in Preußen, 1789 in Frankreich, 1871 im Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches). Zuvor hatte das staatliche Recht kirchliche Vorgaben übernommen, so dass das Eigentum des Selbstmörders konfisziert und an seinem Leichnam physische Strafen vollzogen wurden⁵⁷.

Auch in jüngerer Zeit ist sozialetischer Fortschritt wesentlich der Rechtsprechung zu verdanken – in der Bundesrepublik Deutschland durch die Absiche-

rung und Fortentwicklung von Freiheitsgrundrechten, etwa durch die Etablierung eines Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung durch das Bundesverfassungsgericht⁵⁸ oder durch Antidiskriminierungsgesetze⁵⁹. Oder um ein anderes Beispiel für gesellschaftlichen ethischen Fortschritt zu nennen, der im Nachkriegs-Westdeutschland auf die Impulse der staatlichen Rechtsordnung zurückgeht: Der Deutsche Bundestag vollzog durch das Gleichberechtigungsgesetz einen großen Schritt, um die Gleichstellung von Mann und Frau zu konkretisieren, die im Grundgesetz von 1949 in Artikel 3 II angelegt war. Gegen den heftigen Widerstand der katholischen Kirche beschloss das Parlament am 18.6.1957, den aus dem Jahr 1896 stammenden § 1354 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufzuheben, der in der ehelichen Beziehung von Mann und Frau den Vorrang des Mannes festgeschrieben hatte (BGB § 1354 I; Wortlaut der aufgehobenen Fassung: „Dem Manne steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu; er bestimmt insbesondere Wohnort und Wohnung“⁶⁰). Endgültig hat dann das Bundesverfassungsgericht die gesetzlichen Regelungen zum Stichtentscheid des Vaters und zur Alleinvertretung minderjähriger Kinder durch den Vater 1959 für nichtig erklärt⁶¹.

Dass es in der Bundesrepublik Deutschland die Gesetzgebung und die Rechtsprechung waren, die humanen Fortschritt bewirkt haben, wird in nochmals helleres Licht gerückt, wenn man sich zum Vergleich vergegenwärtigt, wie retardierend Stellungnahmen der Kirchen zu ethischen Themen bis heute oft ausfallen⁶². In der römisch-katholischen Kirche beruht dies auch auf den hierarchischen innerkirchlichen Machtstrukturen. Soziologisch ist dieses Phänomen als moralische Lethargie der (katholischen) Kirche charakterisiert worden⁶³.

Wie hoch die sozialetisch produktive Kraft der Rechtsordnung und der Rechtsprechung ist, ist ferner an Sachverhalten illustrierbar, die über die Bundesrepublik hinausgehen:

- Walter Hallstein (1901–1982), der 1958 der erste Kommissionspräsident der Europäischen Kommission wurde, hat die europäische Integration, die in der europäischen Staatengemeinschaft vollzogen wurde, als Schöpfung des Rechts charakterisiert und Europa als „Rechtsgemeinschaft“ bezeichnet⁶⁴.
- In den USA ist es der Rechtsprechung zu verdanken, dass die Ehe zwischen Schwarzen und Weißen legalisiert und 1954 die Rassentrennung an Schulen aufgehoben wurde (so der Oberste Gerichtshof am 17.5.1954), die Diskriminierung von Homosexuellen allmählich beendet und gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften akzeptiert werden⁶⁵.
- In Israel besitzt die höchstrichterliche Rechtsprechung überragende Bedeutung dafür, dass – im Gegenzug zu religiös-orthodoxen Vorstellungen – säkulare Rechtsprinzipien beachtet, auch gegenüber Palästinensern und Arabern Grundrechtsstandards gewahrt und eine Gleichbehandlung von Frauen angestrebt werden⁶⁶.

Wenn man sich dies alles vor Augen führt, tritt zutage, dass das Böckenförde-Diktum im Blick auf den Rechtsstaat eine Rückzugs- oder Resignationsformel darstellt. Es lenkt von der Gestaltungsverantwortung ab, die die staatliche Rechtspolitik für die Bürger und die Zivilgesellschaft hat, und lässt unterbelich-

tet, dass es am Staat selbst liegt, rechtsstaatliche Ideale lebendig zu erhalten. Daher sollte Böckenfördes Formel invers gelesen und vom Kopf auf die Füße gestellt werden: Für die Voraussetzungen der staatlichen Ordnung und für die Rahmenbedingungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens trägt der Staat hohe Verantwortung, von der nicht durch die Berufung auf andere Instanzen oder Institutionen abgelenkt werden darf. Es ist überfällig, das Diktum in dieser Hinsicht zu korrigieren⁶⁷. Im Ergebnis empfiehlt es sich, die eigenständige weltliche Dimension, die innerweltliche Begründung sowie die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates höher zu gewichten und sie positiver zu bewerten, als das Böckenförde-Diktum es nahelegt.

2.3. Legitimität des Staates aufgrund seiner weltanschaulichen Neutralität

(1) Im Jahr 2006 hat Böckenförde in seiner Schrift „Der säkularisierte Staat. Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert“ sein altes „Diktum“ noch einmal neu zur Geltung bringen wollen. Im Wesentlichen sagt er, dass sich in der Gesellschaft seit einiger Zeit eine Wiederkehr von Religion beobachten lasse. Daher könne heute nicht mehr einfach die Säkularisierung des Staates im Vordergrund stehen. Vielmehr sei von einem „postsäkularisierten Staat“⁶⁸ zu sprechen, für den religiöse Elemente wieder verstärkt wichtig würden.

Ein solcher Gedankengang ist freilich kaum geeignet, dem Diktum neue Plausibilität zu verleihen. Denn zurzeit ist ganz offen, ob und in welche Richtung hin sich die derzeitige Renaissance von Religionen verstetigen wird. Zudem sollte nicht verkannt werden, dass sie zum Teil fundamentalistische Züge trägt und sie gesellschaftliche Konfliktpotentiale bis hin zur Verleitung zur Gewalt mit sich bringt. Inzwischen ist die Ambivalenz von Religion zum Gegenstand breiter religionswissenschaftlicher, theologischer, ethischer und rechtswissenschaftlicher Debatten geworden. Als sich die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2008 mit Religionsfreiheit und Religionsrecht beschäftigte, tat sie dies unter dem Vorzeichen der „religiösen Freiheit als Gefahr“⁶⁹. Angesichts dessen ist es nicht schlüssig, dass der moderne freiheitliche Staat seine Legitimität und Stabilität vornehmlich aus religiösen Voraussetzungen gewinnen könne – ebenso wenig wie aus alternativen weltanschaulichen Quellen ein „Staatsbekenntnis“ ableitbar ist⁷⁰ oder der Staat im Sinn eines prinzipiell antireligiösen Laizismus verstanden werden darf. Der heutige Staat wird stattdessen gerade dann die „Heimstatt aller Staatsbürger“⁷¹ einschließlich der nichtreligiösen bzw. konfessionsfreien Bürger sein und kann unter heutigen lebensweltlichen Umständen neu Akzeptanz erlangen sowie Legitimität wiedergewinnen, wenn er sich nicht mehr auf Religion als ihn tragende, gar exklusive Legitimationsbasis beruft. Inadäquat sind deshalb aktuell erhobene Forderungen, der heutige Staat solle seine Neutralität verlassen, das Christentum religionspolitisch „bewusst ungleich“ behandeln und es gezielt bevorzugen, um sich der Kirchen als „Legitimationsspender“ und „kulturelle

Mitte“ zu versichern⁷². Vielmehr gilt genau umgekehrt: Unter heutigen Bedingungen – in Anbetracht des hochgradigen weltanschaulich-religiösen und moralischen Pluralismus – ist es die weltanschauliche Neutralität, die dem Staat eine sehr wichtige Legitimationsgrundlage verschafft.

Eine solche alternative Sichtweise hat den Vorzug, staatlichem Handeln die Option zu eröffnen, die *verschiedenen* Religionen und die *nichtreligiösen* Weltanschauungen gesamtgesellschaftlich integrieren und zwischen ihnen ausgleichen zu können. Eine weitere Konsequenz sollte sodann darin bestehen, staatlicherseits im Bildungswesen in höherem Maß Toleranzvorsorge zu realisieren, als es zurzeit der Fall ist. Auf Toleranz als Leitbild der heutigen Rechtsordnung wird noch einzugehen sein (s.u. in Kap. D, S. 254–272). Der Verfassungsrechtler Peter Häberle (* 1934) hat ganz zu Recht hervorgehoben, der Staat müsse heute selbst durch die „Schule des Pluralismus“ gehen. Hieraus ergibt sich für ihn in Antithese zum Böckenförde-Diktum, das erstmals 1964 in Ebrach vorgetragen worden war, die Auffassung:

„Mir ist die Erkenntnis ... besonders wichtig, dass der Verfassungsstaat durchaus aktiv die Verfassungsvoraussetzungen mitgestaltet – dies entgegen einer immer wieder zitierten Ebracher Phrase, die nicht dadurch richtig wird, dass sie ‚Flügel‘ bekommt, durch viele Redner und viele Autoren. Solche Voraussetzungen, in denen, an denen und durch die der Staat gestaltet, sind die Erziehungsziele, sind die zahlreichen Symbolartikel, sind Nationalflaggen, sind Nationalhymnen, sind Verfassungstage, ist die ganze Schule“⁷³.

(2) Das Anliegen, die weltanschauliche Neutralität des Staates und die Ablösung der Rechtsordnung von Religion konsequent zu bejahen, drängt sich im Übrigen nicht nur im Horizont philosophischer und rechtswissenschaftlicher Begründungen auf. Vielmehr weist gleichfalls eine bestimmte Traditionslinie des Protestantismus in diese Richtung. Interesse verdient die „weltliche“ Deutung des Staates in der lutherischen Zwei-Reiche-Lehre. Martin Luther hatte das irdische Recht und das weltliche Regiment – modern gesagt: den Staat – gedanklich aus der Vorherrschaft des katholischen Kirchenrechts herausgelöst. Als er über Regeln und Strukturen des menschlichen Zusammenlebens im sogenannten Reich zur Linken, in der irdisch-weltlichen Ordnung, nachdachte, hatte er nicht nur Christen, sondern gleichfalls „Heiden“ und „Türken“ vor Augen. Er entfalte die Auffassung, dass für die weltliche Ordnung keine geistlichen Maßstäbe, sondern das weltliche Recht, genauer: das tradierte römische Recht, das kaiserliche und das jeweilige Landes-Recht sowie die weltliche Vernunft als „Rechts-Brunnen“ den Ausschlag geben⁷⁴. Auf dieser Basis könne die weltliche Gewalt ihrer Aufgabe nachkommen, die äußere Ordnung und den weltlichen Frieden zu gewährleisten.

Ferner ist an den Kulturprotestantismus zu erinnern, der von Ernst Troeltsch (1865–1923) repräsentiert wurde und von Trutz Rendtorff (* 1931) aktualisiert worden ist⁷⁵. In seiner Schrift „Die Bedeutung des Protestantismus für die Entstehung der modernen Welt“ von 1906 plädierte Troeltsch für eine konstruktive Vermittlung zwischen christlicher Tradition, insbesondere der protestantischen