

Adrian Loretan (Hg.)
Religionsfreiheit im
Kontext der Grundrechte
Religionsrechtliche
Studien

—
2

EDITION **N Z N**
BEI **T V Z**



Adrian Loretan (Hg.)

Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte

T V Z

Vorliegendes Buch wurde gefördert durch grosszügige Druckkostenzuschüsse der Römisch-katholischen Körperschaft im Kanton Zürich, der Forschungskommission der Universität Luzern, des Vereins zur Förderung wissenschaftlicher Publikationen an der Theologischen Fakultät der Universität Luzern und der Dr. Josef Schmid-Stiftung, Luzern.

Adrian Loretan (Hg.)

Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte

Religionsrechtliche Studien. Teil 2

EDITION **N Z N**

BEI **T V Z**

Theologischer Verlag Zürich

Bibliografische Informationen 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.

ISBN 978-3-290-20066-4

Umschlaggestaltung: Simone Ackermann, Zürich

Druck: AZ Druck und Datentechnik, Kempten

© 2011 Theologischer Verlag Zürich

www.tvz-verlag.ch

Alle Rechte vorbehalten.

Inhaltsverzeichnis

Einleitende Essays

Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte. Ein Überblick.....9
Adrian Loretan

Der Rechtsstaat setzt Maßstäbe im Umgang mit der Macht.
Rechtsphilosophische Überlegungen 15
Adrian Loretan

Repolitisierte Religion als Faktor internationaler Beziehungen..... 31
Hermann Lübbe

Historische und philosophische Grundlagen der Grundrechte

Geschichte der Menschenrechte: Entwicklungen im Spannungsfeld von
Individuum und Kollektiv..... 43
Christoph A. Spenlé / Simon Mugier

Naturrecht, Gott und Menschenrechte 67
Robert P. George

Der Relativismus als Grundlage der europäischen Politik 79
Janne Haaland Matlary

Grundrechte im staatlichen Recht

Recht auf Achtung und Schutz der Menschenwürde – leere Floskel oder
Grundlage der Rechtsordnung?..... 101
Kurt Seelmann

Religionsfreiheit im Kontext der Menschenrechte..... 121
Felix Hafner

Grenzen der Religionsfreiheit 163
Dorothee de Nève

Religionsfreiheit im europäischen Recht 189
Dieter Kraus

Individuum und Staat im schiitischen Islam – Grundlagen für die Menschenrechtsdebatte	209
<i>Parinas Parbisi</i>	
Rechtsstaat und Verfassungstransfer in Afghanistan – Ein Praxisbericht.....	251
<i>Parinas Parbisi</i>	

Grundrechte im kirchlichen Recht

Die Einklagbarkeit von Grundrechten – oder die Bedeutung von Administrativverfahren in einer Religionsgemeinschaft	261
<i>Kurt Martens</i>	
Sexuelle Übergriffe durch Kleriker. Die Rechte von Opfern und Tätern gemäss dem Strafrecht der römisch-katholischen Kirche und neuere Entwicklungen.....	287
<i>Wilhelm Rees</i>	
Der Kirchenaustritt und seine Folgen im kanonischen Recht	331
<i>Markus Granlich</i>	
Die (fundamentale) Freiheit des Christen in weltlichen Angelegenheiten (can. 227 CIC/1983, can. 402 CCEO/1990)	361
<i>Helmuth Pree</i>	

Kooperation Staat und Religion im Kontext der Grundrechte

Kooperation von Staat und Religionsgemeinschaften in der Schweiz im Kontext der Grundrechte	377
<i>Judith Wytenbach</i>	
Kirche und Staat in der Schweiz im Horizont einer globalisierten Gesellschaft	415
<i>Adrian Loretan</i>	
Abkürzungen.....	443
Autorinnen und Autoren.....	447

«Da die Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet, [...] verkündet die Generalversammlung diese Allgemeine Erklärung der Menschenrechte als das von allen Völkern und Nationen zu erreichende gemeinsame Ideal.»¹

«Da alle Menschen [...] nach Gottes Bild geschaffen sind [...], muss die grundlegende Gleichheit aller Menschen immer mehr zur Anerkennung gebracht werden. [...] Jede Form einer Diskriminierung in den gesellschaftlichen und kulturellen Grundrechten der Person, sei es wegen des Geschlechts oder der Rasse, der Farbe, der gesellschaftlichen Stellung, der Sprache oder der Religion, muss überwunden und beseitigt werden, da sie dem Plan Gottes widerspricht.»²

¹ Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Resolution 217 A (III) vom 10.12.1948, Präambel, in: AMNESTY, *Menschenrechtsschutz*,

² GS, Nr. 29.

Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte. Ein Überblick

Adrian Loretan

Die Organisation der Islamischen Konferenz (OIC) hat an der 7. Session des UNO-Menschenrechtsrates im März 2008 in einer Resolution ein weltweites Verbot der öffentlichen Diffamierung aller Religionen gefordert. Die Resolution wurde mit 21 zu 10 Stimmen angenommen.¹ Sollen die Religionsgemeinschaften geschützt werden vor der individuellen Kritik ihrer Mitglieder und Andersdenkender? Dürfen Religionen nicht mehr kritisiert werden? Schafft die Religionsfreiheit einen rechtsfreien Raum für die Religionen?

Die Autorinnen und Autoren dieser Publikation «Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte» gehen von einer multireligiösen Gesellschaft aus, in der verschiedene Religionen friedlich nebeneinander leben. Wer das Recht auf freie Meinungsäusserung in einem liberalen Rechtsstaat nicht anerkennt, der muss sehr wohl kritisiert werden. Die Religionsfreiheit wird im Rahmen der Freiheitsrechte der Verfassung interpretiert. Jedoch muss eine Religionsgemeinschaft, die für sich kollektive Religionsfreiheit in Anspruch nimmt, ihren Mitgliedern auch individuelle Religionsfreiheit gewähren, zum Beispiel das Recht auf Austritt. Damit besteht aber innerhalb der Religionsgemeinschaften ein grosses Konfliktpotential. So kann es vorkommen, dass ein Mitglied, das einzelne Lehren oder Regeln seiner Religion nicht zu akzeptieren vermag, als Einzelner gegenüber der Religionsgemeinschaft als Ganzer betrachtet werden kann. Dies führt zu Spannungen zwischen individueller Glaubensüberzeugung und der Lehre oder der Rechtsordnung der Religionsgemeinschaft. Daraus kann eine Kollision von Einzel- und Gruppenrechten im Bereich der religiösen Grundrechte entstehen, wie Judith Wyttenbach und Felix Hafner in diesem Band aufzeigen.

Im Rahmen der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus sprach mich eine Muslima an. In der Schweiz würde die Gleichstellung der Geschlechter

¹ NZZ vom 29.3.2008. In der Resolution wird nur der Islam an Stelle aller Religionen erwähnt.

nicht garantiert. Ich verwies sie auf den Verfassungsartikel. Sie blieb bei ihrer These und begründete sie so: Die Religionsfreiheit (Art. 15 BV) geht der Gleichstellung (Art. 8 BV) vor und schränkt damit andere Grundrechte sehr stark ein. Ich riet ihr, aus der Religionsgemeinschaft auszutreten, wenn sie diese vor allem als diskriminierend erlebe. Ich setzte damit den Rat um, den die meisten Grundrechtskommentare für eine solche Situation geben. Die Muslima antwortete mir: Wenn ich austreten würde aus meiner Religions- und Kulturgemeinschaft, würde dies für mich Folgendes bedeuten: Ich ziehe alle Kleider hier aus und versuche nackt in der Welt weiter zu leben. Mir wurde in diesem Gespräch klar, dass die meisten Grundrechtskommentare die eigentliche Problematik des Austritts aus einer Religionsgemeinschaft nicht personengerecht thematisieren. Ich musste in meinem Denken also nochmals von vorn beginnen. Daraus sind die zwei Bände entstanden, die hier vorliegen: «Religion im Kontext der Menschenrechte» (2010) und «Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte» (2011).

Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft sieht den Austritt aus der Religionsgemeinschaft vor (Art. 15 Abs. 4). Dieser ist für viele religiöse Menschen keine Alternative, da sie damit ihre menschliche und kulturelle Heimat verlieren würden. Das Verlassen der Religionsgemeinschaft bei Konflikten wird insbesondere Menschen aus Kulturen mit einem starken Kollektivverständnis nicht gerecht. Die Entwicklung eines Menschenrechtsbewusstseins *innerhalb* der Religionsgemeinschaften ist daher eine dringende Forderung im ersten Teil der Religionsrechtlichen Studien mit dem Titel «Religionen im Kontext der Menschenrechte».

In diesem zweiten Teil geht es nun um das Verhältnis des liberalen Rechtsstaates zu den Wahrheitsansprüchen der Religionen. Wie leben Wahrheitssysteme (Religionen und Atheismen) in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat friedlich zusammen? Juristisch ausgedrückt geht es um das Verhältnis der Religionsfreiheit zu den anderen Grundrechten der Verfassung.

In *einleitenden Essays* wird aufgezeigt: Machtfragen prägen verschiedene Organisationen. Nicht nur Staaten, sondern auch Religionsgemeinschaften müssen auf die Machtfrage transparente Antworten geben. «Der Rechtsstaat setzt Maßstäbe im Umgang mit der Macht», so meine These im ersten Aufsatz. Wolfgang Lübke dagegen zeigt auf, warum «Repolitisierte Religion als Faktor internationaler Beziehungen» auch für das Selbstverständnis der Rechtsstaaten und der internationalen Völkergemeinschaft nicht mehr ausgeklammert werden kann.

In *Teil I* werden in drei Beiträgen «*historische und philosophische Grundlagen der Grundrechte*» entwickelt. Eine kurze Skizze der «Geschichte der Menschenrechte im Spannungsfeld zwischen Individuum und Kollektiv» legen Christoph Spenlé und Simon Mugier vor. Robert P. George aus Princeton entwickelt die rechtsphilosophische Argumentation unter dem Titel «Naturrecht, Gott und Menschenrechte». Die naturrechtliche Umsetzung für den Politikbetrieb versucht die Norwegerin Janne Haaland Matlary mit der These «Der Relativismus als Grundlage der europäischen Politik», wohl wissend, dass Hans Kelsen² alle ethisch argumentierende Politik und die Sehnsucht des Menschen nach transzendenter Rechtfertigung seines Handelns scharf kritisiert hat.

Teil II (Grundrechte im staatlichen Recht) thematisiert die Religionsfreiheit im Umfeld der Menschenwürde und der anderen Grundrechte einer Verfassung aus juristischer und politologischer Sicht. Mit dem Artikel «Recht auf Achtung und Schutz der Menschenwürde – eine leere Floskel oder Grundlage der Rechtsordnung?» eröffnet Kurt Seemann den Grundrechtskatalog. Anschliessend interpretiert Felix Hafner die «Religionsfreiheit im Kontext der Menschenrechte». Dabei werden miteinander konkurrierende Grundrechte angesprochen wie z. B. die Gleichstellung der Geschlechter und die Religionsfreiheit. «Grenzen der Religionsfreiheit» benennt Dorothee de Nève aus politologischer Sicht. Das Verständnis von «Religionsfreiheit im europäischen Recht» untersucht Dieter Kraus. Er fragt, welche Grenzen das europäische Recht den länderspezifischen Verfassungsinterpretationen der Religionsfreiheit setzt.

Sind die Menschenrechte nur ein westliches Konstrukt? Dann gäbe es im Gottesstaat Iran keine so breite Debatte darüber, wie Parinas Parhisi aufzeigt. Hängt dieser menschenrechtliche Diskurs im Iran mit der höheren Bildung dieses islamischen Landes zusammen? Oder sind es die 63 % der weiblichen Studierenden an den Universitäten, die neue Fragen stellen? Nach Grundlagen der Menschenrechtsdebatte in islamischen Staaten fragt Parhisi in ihren Aufsätzen «Individuum und Staat im schiitischen Islam – Grundlagen der Menschenrechtsdebatte» und «Rechtsstaat und Verfassungstransfer in Afghanistan. Ein Praxisbericht».

In *Teil III (Grundrechte im kirchlichen Recht)* diskutieren Kirchenrechtler verschiedener Herkunft über die Notwendigkeit von Grundrechten in einer kirchlichen

² KELSEN HANS, *Das Problem der Gerechtigkeit*, in: DERS., *Reine Rechtslehre*, Wien ²1960, 441 ff.

Rechtsordnung am Beispiel des kanonischen Rechts. Wenn Religionen eine Vorbildfunktion im grundrechtlichen Bereich übernehmen würden, wäre das nicht ohne Folgen für die Rechtsstaaten. Nach der «Einklagbarkeit von Grundrechten – oder der Bedeutung von Administrativverfahren in einer Religionsgemeinschaft» fragt Kurt Martens. Wilhelm Rees thematisiert anhand der Konkretisierung durch die «sexuellen Übergriffe durch Kleriker» «die Rechte von Opfern und Tätern gemäss dem Strafrecht der römisch-katholischen Kirche». «Der [staatsrechtliche] Kirchenaustritt und seine Folgen im kanonischen Recht» werden von Markus Graulich erörtert. Das kirchliche Gesetzbuch bestätigt die politischen und wirtschaftlichen Freiheitsrechte der Kirchenmitglieder gegen eine Tradition, die solche Rechte lange abgelehnt hatte. Helmut Pree behandelt diese Freiheitsrechte der Bürger und Bürgerinnen aus Sicht der Kirche unter dem Titel «Die (fundamentale) Freiheit des Christen in weltlichen Angelegenheiten».

Teil IV befasst sich mit der «*Kooperation Staat – Religion im Kontext der Grundrechte*». Die kollektive Religionsfreiheit gewährt das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften. Diese steht jedoch in einer konflikträchtigen Beziehung zur individuellen Religionsfreiheit und anderen Grundrechten der einzelnen Gläubigen. Eine Vielfalt von Interpretationen ist längst Teil der Religionsgemeinschaften geworden. Judith Wyttenbach zeigt auf, wie die «Kooperation von Staat und Religionsgemeinschaften im Kontext der Grundrechte» Konflikte einer pluralistischen Gesellschaft löst. Die dazu notwendige Trennung von Staat und Religion hat Thomas von Aquin schon am Anfang der Universitätsgeschichte eingefordert, wie mein abschliessender Beitrag «Kirche und Staat in der Schweiz im Horizont einer globalisierten Gesellschaft» aufzeigt.

Zum Schluss sei jenen geantwortet, die allzu schnell einen unüberwindbaren Graben zwischen dem Rechtsstaat und der nur fideistisch verstandenen Religion sehen, um die Religionen vor den als vernünftig anerkannten institutionellen Werten (Grundrechte und Demokratie³) schützen zu können.

Religionen, die die Menschenrechte in ihrer Ethik nach aussen vertreten, werden mit den Grundrechten der Rechtsstaaten und mit der eigenen theologischen und rechtlichen Tradition der Menschenrechte konfrontiert. So sieht etwa

³ Die Frage der Demokratie wird in diesem Band nicht ausführlich besprochen. Vgl. LORETAN-SALADIN ADRIAN/BERNET-STRAHM TONI (Hg.), *Das Kreuz der Kirche mit der Demokratie*. Zum Verhältnis von katholischer Kirche und Rechtsstaat, Zürich 2006.

der Kirchenrechtler Bartolomé de Las Casas das Verhältnis von Natur und Gnade als Frage der gegenseitigen Abhängigkeit von *ius naturale* und *ius divinum*, was grundrechtliche Konsequenzen für die Kirche hat. Er erweist sich als Schüler der aristotelisch-thomasischen Tradition: «Gnade zerstört nicht die Natur, sondern erfüllt und vervollständigt sie.» Dieser häufig zitierte Grundsatz steht bei Thomas von Aquin nicht in einem eng theologischen, sondern in einem rechtlichen bzw. politischen Kontext.⁴ Daraus leitet Las Casas ein Verhältnis von Staat und Kirche ab, das die unterschiedliche Zweckbestimmung beider Institutionen im Blick hat. Die Eigenständigkeit des Staates und der Kirche wird bei Thomas anerkannt, wie im letzten Artikel dieses Buches ausgeführt wird. Als frühneuzeitlicher Kirchenrechtler entwickelt Las Casas im Traktat «Principia quaedam» die Volkssouveränität und die mit der subjektiven Freiheit verbundenen Rechte (Menschenrechte) aus einer scholastisch originären Aristoteles- und Thomaslektüre. Diese Menschenrechte stützt Las Casas auf die Naturrechtstraditionen des römischen und kanonischen Rechts.⁵

In diesem zweiten Band steht nun nicht mehr diese theologische und rechtliche Konfrontation der Religionen mit den Menschenrechten im Zentrum, sondern die juristische Auseinandersetzung der Rechtsstaaten, wie Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte gedacht werden soll.

Möge diese zweite religionsrechtliche Studie den Dialog zwischen den Theologien der Religionsgemeinschaften und den Rechtswissenschaften der Rechtsstaaten fördern. Mögen die juristischen und kanonistischen Beiträge der Kolleginnen und Kollegen aus aller Welt Anregung und Ermutigung sein für die dringend notwendige Auseinandersetzung zwischen Recht und Religion.

Mein grosser Dank gilt allen Autorinnen und Autoren für ihre Beiträge sowie meinem Team (Sandra Ruppli, Titus Benz, Sarah Maria Röck) und dem Verlags-

⁴ «*Gratia non destruit, sed complet et perficit naturam.*» Thomas schreibt: «Dabei ist zu beachten, dass Herrschaftsgewalt und Überordnung nach dem menschlichen Rechte zustande gekommen sind. Die Unterscheidung aber von Gläubigen und Ungläubigen beruht auf göttlichem Recht. Das göttliche Recht aber, das auf der Gnade beruht, hebt das menschliche Recht, das aus der menschlichen Vernunft stammt, nicht auf. Also hebt die Scheidung von Gläubigen und Ungläubigen, an sich betrachtet, die Herrschaftsstellung und Überordnung von Ungläubigen gegenüber Gläubigen nicht auf.» (THOMAS VON AQUIN, *Summa theologica*, 221; IIa IIae, q.10, a.10).

⁵ Vgl. HUSER PATRICK, *Vernunft und Herrschaft*. Die kanonischen Rechtsquellen als Grundlage natur- und völkerrechtlicher Argumentation im zweiten Prinzip des Traktates Principia quaedam des Bartolomé de Las Casas, Münster 2011.

lektor (Markus Zimmer) für das Zusammenfügen der Puzzle-Teile zu einem Buch und das Korrekturenlesen.

Adrian Loretan

Ostern 2011

Der Rechtsstaat setzt Massstäbe im Umgang mit der Macht.

Rechtsphilosophische Überlegungen*

Adrian Loretan

Inhaltsverzeichnis

1. Pluralismus
2. Warum gilt Recht (Legitimation)
3. Der Totalitarismus
4. Der Rechtspositivismus
5. Der Rechtsstaat setzt Massstäbe
 - 5.1 Der Massstab Freiheit
 - 5.2 Der Massstab Demokratie
 - 5.3 Der Massstab «Fairness»
 - 5.3.1 Der Blick von unten
 - 5.3.2 Gerechtigkeit als Fairness
6. Literaturverzeichnis

1. Pluralismus

In liberalen Demokratien findet ein ständiger Wettbewerb um die Macht statt. Unterschiedliche Ideologien, Weltanschauungen und Religionen¹ wollen ihre Wahrheitsansprüche zum Inhalt des staatlichen Handelns (Gesetzgebung, Exe-

* Anlässlich einer Tagung für das Kader des Staatspersonals des Kantons Luzern zum Thema «Macht und Staat» habe ich diese Überlegungen ein erstes Mal 2006 in der ehemaligen Zisterzienserabtei St. Urban vorgetragen und zur Diskussion gestellt.

¹ Vgl. KÖNNEMANN/LORETAN, *Religiöse Vielfalt*.

kutive, Justiz) erheben oder doch zumindest teilweise einbringen können (z. B. Fristenlösungsdebatten).

Ein solches System, das keine für jede Bürgerin und jeden Bürger verbindliche Gesellschafts- und Staatsideologie kennt, nennt man pluralistisch. Es findet ein permanenter «Kampf um das Recht»² statt. Dieser Machtkampf polarisiert die Gegner und politisiert alle gesellschaftlich bedeutenden Vorgänge.

Einer der bedeutendsten politischen Philosophen des 20. Jahrhunderts, der Amerikaner John Rawls (†2002) formuliert diesen Zwiespalt so: «Die Philosophie, verstanden als Suche nach der Wahrheit einer unabhängigen metaphysischen und moralischen Ordnung, kann nach meiner Überzeugung in einer demokratischen Gesellschaft keine brauchbare gemeinsame Basis für eine politische Gerechtigkeitskonzeption bereitstellen.»³

Die Frage in einer liberalen Demokratie bleibt aber, «wie wir eine öffentliche Grundlage der politischen Übereinstimmung finden können». Entscheidend ist, dass es gelingt, «die der öffentlichen politischen Kultur eines Verfassungsstaates zugrunde liegende tiefere Übereinstimmung zu einer kohärenten Auffassung zu formen, die mit besonders festen, wohlervogenen Überzeugungen dieser Kultur zusammenstimmt»⁴.

² Nach VON JHERING, *Kampf*.

³ RAWLS, *Gerechtigkeit* 264. Von den siebziger Jahren bis in die neunziger Jahre hielt John Rawls Vorlesungen über die «Geschichte der Moralphilosophie». Rawls war nicht von Hause aus Philosophiehistoriker, sondern ein Philosoph von ungeheurer theoriebildnerischer Kraft und stupender Informiertheit über sozialwissenschaftliche Forschung. Trotzdem war für ihn das Hineindenken in Fragen und Gedanken, die mit unseren heutigen nicht deckungsgleich sind, von grosser Bedeutung. Das Verstehen des Fremdartigen der Tradition galt ihm als notwendiges Moment im Verstehen des Eigenen. Wie kaum ein zweiter Philosoph des angelsächsischen Raums verortete sich Rawls in den langen Zyklen des Denkens. Kant war – neben Lincoln – der Leitstern seines Forschens, und er verwendete viel Energie darauf, die kantischen Wurzeln der «Theorie der Gerechtigkeit» offenzulegen. Diese besondere Qualität schlägt sich auch in den quantitativen Verhältnissen der «Geschichte der Moralphilosophie» nieder. Knapp 100 Seiten Hume, jeweils ungefähr 50 Seiten Leibniz und Hegel stehen mehr als 200 Seiten Kant gegenüber. Vgl. RAWLS, *Geschichte*, RUDOLPH, *Theophrast*; SCHMIDINGER, *Metaphysik*.

⁴ Vgl. RAWLS, *Gerechtigkeit* 263; diesen Gedanken weiterentwickelt hat HABERMAS, *Religion*.

2. Warum gilt Recht? (Legitimation)

Warum gilt Recht? Die Frage nach dem Geltungsgrund des Rechts ist eine zentrale Frage für den Gesetzgeber, für die Rechtsanwender und für alle dem Recht Unterworfenen.

Gemäss dem Rechtspositivismus beansprucht das positive Recht, unabhängig von seinem Inhalt, absolute Macht. Dem positiven Recht, sei es freiheitlich oder totalitär, soll man absolut gehorchen. Dies ist die gefährlichste Form des Rechtspositivismus, gegen die schon Immanuel Kant (1724–1804) geschrieben hat.

Rechtsanwender ohne einen bewusst gewählten eigenen rechtsphilosophischen Standort sind ein gesellschaftliches und politisches Risiko. Sie üben ihren Beruf als Staatsangestellte oder Beamtinnen ohne Bewusstsein der gesellschaftlichen Tragweite seiner Wirkungen aus, gleichsam im «Blindflug». Das führte, wie die Geschichte lehrt, zu gravierenden Machtmissbräuchen. Deutsche Juristen z. B. schauen auf vier einschneidende Änderungen des politischen Systems in 70 Jahren zurück: 1918/19; 1933; 1945/49; 1989/90.⁵

Wer hier einfach rechtspositivistisch antwortet: Recht ist Recht bzw. Rechtskraft ist Rechtskraft, der treibt den Rechtspositivismus auf die Spitze. Damit wird der Relativismus uneingeschränkt gelobt. Denn die Macht des Gesetzes genügt sich selbst. Inhaltlich könnte auch das Gegenteil gelten, ohne dass dies der Geltung Abbruch täte.

3. Der Totalitarismus

In totalitären Systemen ist der Machtanspruch total, d. h. er erstreckt sich nicht nur auf den öffentlichen Lebensbereich, sondern umfasst auch die Privatsphäre⁶, die Weltanschauung und das Gewissen der Menschen. Der totalitäre Staat will einen neuen Menschen schaffen.

⁵ «Das Werk Carl Schmitts ist der Skandal der deutschen Rechtsgeschichte. Es verbindet die letzten Jahre des Kaiserreiches, die Weimarer Republik, das Dritte Reich und die Bundesrepublik miteinander.» ADAM, *Carl Schmitt* 275.

⁶ Vgl. ARENDT, *Elemente* 574 ff.; vgl. HABERMAS, *Hannah Arendts Begriff*.

Zu diesem Zweck setzt er rücksichtslos alle Machtmittel ein, von der psychischen Zersetzung bis zur physischen Vernichtung politischer Gegner. Das Recht wird zum Mittel der Versklavung des Menschen im Dienst der jeweiligen totalitären Weltanschauung. Die Selbstbindung staatlicher Machtausübung an das Rechtsstaatsprinzip wird verworfen.

Zum Beispiel konnte der nationalsozialistische Gesetzgeber im Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 in Art. 1 sich folgende Vollmacht geben: «Reichsgesetze können ausser in dem in der Reichsverfassung vorgesehenen Verfahren auch durch die Reichsregierung beschlossen werden.» Immanuel Kant hatte seine Kritik dieses Gesetzes schon in der *Metaphysik der Sitten* vorausgenommen, als er schrieb: «Eine Regierung, die zugleich gesetzgebend wäre, würde despotisch zu nennen sein.»⁷

Nicht einmal die älteste moderne Demokratie, die USA, ist gefeit vor Macht- einbrüchen in die Rechtsstaatlichkeit. Das Eingeständnis des US-Präsidenten George W. Bush, dass es geheime Gefängnisse gebe, sei bloss ein Teil der Wahrheit. So lautet die Kritik des Tessiner Ständerates Dick Marty, der in der CIA-Affäre für den Europarat als Sonderermittler tätig war. Dieser Kritik schlossen sich das Europäische Parlament und der Europarat an. Sie forderten US-Präsident Bush auf, die europäischen Standorte der Geheimgefängnisse offenzulegen.

Bereits Augustinus stellte fest, Staaten ohne Gerechtigkeit seien nichts anderes als grosse Räuberbanden. Treffend – so Augustinus – «war darum die Antwort, die einst ein aufgegriffener Seeräuber Alexander dem Grossen gab. Denn als der König den Mann fragte, was ihm einfalle, dass er das Meer unsicher mache, erwiderte er mit freimütigem Trotz: Und was fällt dir ein, dass du das Erdreich unsicher machst? Freilich, weil ich's mit einem kleinen Fahrzeug tue, heisse ich Räuber. Du tust's mit einer grossen Flotte und heisst Imperator.»⁸

4. Der Rechtspositivismus

Wenn das Recht jeden beliebigen Inhalt haben kann und gleichzeitig absolut verbindlich ist, wird der Willkür der Inhaber der politischen Gewalt Tür und Tor geöffnet. Der Rechtspositivismus betrachtet die Herrschaft der Politik als Ausdruck irgendeines politischen Willens. Der grosse Rechtspositivist Hans

⁷ KANT, *Metaphysik* §49, 435.

⁸ AUGUSTINUS, *Gottesstaat* 68.

Kelsen (1881–1973) hat dies veranschaulicht mit der «Pilatus-Parabel», um den Sinn des von ihm geforderten weltanschaulichen Relativismus zu verdeutlichen.⁹

«Die schlichte, in ihrer Naivität lapidare Darstellung gehört zu dem Grossartigsten, was die Weltliteratur hervorgebracht hat; und, ohne es zu beabsichtigen, wächst sie zu einem tragischen Symbol des Relativismus und der Demokratie [...] Und Pilatus fragte ihn [...] ironisch: Also du bist der König der Juden? Und Jesus antwortet [...] ganz erfüllt von der göttlichen Sendung: Du sagst es. Ich bin ein König [...] Jeder, der aus der Wahrheit ist, hört meine Stimme.

Da sagt Pilatus, dieser Mensch einer alten, müde und darum skeptisch gewordenen Kultur: Was ist Wahrheit? – Und weil er nicht weiss, was Wahrheit ist, und weil er – als Römer – gewohnt ist, demokratisch zu denken, appelliert er an das Volk und veranstaltet eine Abstimmung [...] Die Volksabstimmung fällt gegen Jesus aus.»¹⁰

Diese Stelle aus dem Johannes-Evangelium beschäftigte Kelsen ein Leben lang, um an ihr das grundsätzliche Dilemma des Verhältnisses von Recht und Gerechtigkeit, von Recht und Macht aufzuzeigen.¹¹

Diese Geschichte wird an der Luzerner Universität umso leichter in Erinnerung bleiben, als der Berg Pilatus über der Stadt Luzern jeden Tag daran erinnert: Der römische Statthalter Pilatus weiss nicht, was richtig ist, und führt deshalb eine demokratische Abstimmung durch. So wurden Jesus und früher schon Sokrates durch Mehrheitsbeschluss zu Unrecht zum Tode verurteilt.

Der Rechtspositivismus meint, rein prozedural ohne Inhaltsdiskussion vorgehen zu können. Davon unterscheidet sich mein inhaltlicher Ansatz, der um seine vorpositiven Gerechtigkeits- bzw. Richtigkeitskriterien weiss. Ein Rechtsstaat, der auf Demokratie und Freiheitsrechten (Grundrechten) aufbaut, hat

⁹ Das Jesus-Verhör durch Pilatus im Johannes-Evangelium diene Kelsen als «Parabel», die das Dilemma der Demokratie zwischen relativen Mehrheitsentscheidungen und absoluten Gerechtigkeitsvorstellungen symbolisieren sollte.

¹⁰ KELSEN, *Wesen* 103 f.

¹¹ In Kelsens Auffassung gehören auch «vernünftig» begründete materielle Anforderungen zu den transzendenten, absoluten Gerechtigkeitsvorstellungen, in deren Konsequenz die autoritäre und nicht selbst bestimmte Zwangsordnung folgt. Denn der Verweis auf die Vernunft kann dazu dienen, über den positiven Gestaltungswillen konkreter Individuen hinweg eine überpersonale Autorität zu installieren, die Kelsen genauso als transzendent bezeichnet wie den Verweis auf einen Gott, selbst dann, wenn die vernunft-naturrechtliche Argumentation sich transzendentallogisch gibt. Kelsen kritisiert alle ethisch argumentierende Politik und die Sehnsucht des Menschen nach transzendenter Rechtfertigung ihres Handelns. Dies lenke von der persönlichen Verantwortung des Menschen ab.

diese zwei vorpositiven Elemente zu begründen. Der rein positivistische Rechtsstaat könnte sich auch ohne Demokratie und ohne Freiheitsrechte entwickeln.

Der demokratische Rechtspositivismus anerkennt das vorpositive Gerechtigkeitskriterium der Demokratie. Der Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie muss aber begründet werden. Das Verhältnis von Demokratie und Freiheitsrechten bedarf ebenfalls einer inhaltlichen Klärung. Für gewisse demokratische Rechtspositivisten löst die Demokratie alle Fragen. Demokratie darf aber nicht mit der Willkür der Mehrheit verwechselt werden. Im demokratischen Rechtsstaat verschränkt sich die Faktizität der staatlichen Rechtsdurchsetzung mit der Legitimität eines Freiheit begründenden Verfahrens der Rechtssetzung.

Relativismus war für Kelsen keine Formel toleranter Gleichgültigkeit, sondern meinte die Forderung, das Spannungsverhältnis zwischen Gerechtigkeitsvorstellungen und den Möglichkeiten ihrer positivrechtlichen Umsetzung auszuhalten, die Zumutung von Mehrheitsentscheidungen zu dulden. Auch andere Rechtspositivisten beschäftigen sich unter dem Stichwort Rechtsethik bzw. Rechtsphilosophie mit vorpositiven Richtigkeitskriterien. Sie werden dabei darauf bestehen, dass es sich bei solchen Kriterien nicht um «Recht» handelt, soweit das positive Recht sie nicht inkorporiert hat. So verstanden kann zwischen dem demokratischen Rechtspositivismus und der modernen Rechtsphilosophie, die mit Kant vorpositive Richtigkeitskriterien nennt (Freiheit, Demokratie), weiter ein anspruchsvoller Dialog geführt werden.¹²

5. Der Rechtsstaat setzt Massstäbe

Die Spielregeln, an die sich die Bürgerinnen und Bürger zu halten haben, werden von diesen selbst aufgestellt. Ein demokratisches Verfahren bewirkt deshalb die grösste Legitimation des Rechtsstaates.

Ein Abbau von Freiheitsrechten bzw. Grundrechten trifft alle Bürgerinnen und Bürger sehr direkt. Geht man mit der abendländischen Tradition davon aus, dass alle Menschen gleich sind, so muss jedes Abweichen von der Gleichheit begründet werden.

Um das differenzierte System eines demokratischen Rechtsstaates verstehen und einüben zu können, braucht es ein Minimum an staatsbürgerlicher Erzie-

¹² Ein solcher Dialog zwischen einer rechtspositiven Position (Bundesrichter Hansjörg Seiler) und einer rechtsphilosophischen Position (der Schreibende) findet sich in RICHLI, *Gerechtigkeit*.