

DIE BEDEUTUNG DER WÖRTER

Studien zur europäischen Rechtsgeschichte

FESTSCHRIFT FÜR STEN GAGNÉR
ZUM 70. GEBURTSTAG

Herausgegeben von

MICHAEL STOLLEIS
zusammen mit
MONIKA FROMMEL
JOACHIM RÜCKERT
RAINER SCHRÖDER
KURT SEELMANN
WOLFGANG WIEGAND



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1991

42617464



ISBN 3 406 34910 2
Satz und Druck Wagner GmbH, Nördlingen

91 P 406

INHALTSVERZEICHNIS

MICHAEL KUNZE, Jherings Jubiläum	1
CHRISTOPH BERGFELD (Frankfurt), E. T. A. Hoffmann – ein streitbarer Jurist?	15
LARS BJÖRNE (Turku), Das Gewohnheitsrecht in der nordischen Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts	33
MONIKA FROMMEL (Frankfurt), Verbrechensbekämpfung im Nationalsozialismus	47
PAOLO GROSSI (Florenz), »Dominia« e »Servitutes«. Invenzioni sistematiche del diritto comune classico in tema di servitù	65
ERIK JAYME (Heidelberg), Robert von Mohl und Pasquale Stanislao Mancini – Eine Begegnung in Neapel	93
ARTHUR KAUFMANN (München), Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre – und was daraus geworden ist	105
HANS KIEFNER (Münster), § 39 der Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre Kants	133
MAXIMILIANE KRIECHBAUM (Freising), Actio, fas und ius in den Kommentierungen der Dekretistik zu D. 1 c. 1	153
PETER LANDAU (München), Hegel und das preußische Obertribunal – Ein Beitrag zur preußischen Rechtsgeschichte und der Geschichte des Pflichtteilsrechts	177
WERNER LORENZ (München), Persönlichkeitsschutz vor Presseveröffentlichungen im englischen Recht	197
KLAUS LUIG (Köln), Samuel Stryk (1640–1710) und der »Usus modernus pandectarum«	219
DOMENICO MAFFEI (Siena), Il pensiero di Cino da Pistoia sulla Donazione di Costantino, le sue fonti e il dissenso finale da Dante	237
HEINZ MOHNHAUPT (Frankfurt), Die Mitwirkung der Landstände an der Gesetzgebung. Argumente und Argumentationsweise in der Literatur des 17. und 18. Jahrhunderts	249

VIII

TYCHO MRSICH (München), Kautelarjuristische Normen bei König Ludwig I. von Bayern	265
WOLFGANG NAUCKE (Frankfurt), Zur Entwicklung des Strafrechts in der französischen Revolution	295
KARIN NEHLSSEN-V. STRYK (Frankfurt) Der römisch-kanonische Zivilprozeß in der gesellschaftlichen Realität des 13. Jahrhunderts	313
WALTER PAKTER (Berkeley), Roman Bankruptcy	327
CLAUS ROXIN (München), Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik	341
JOACHIM RÜCKERT (Hannover), Historie und Jurisprudenz bei Justus Möser	357
JAN SCHRÖDER (Tübingen), Vorlesungsverzeichnisse als rechtsgeschichtliche Quelle	383
RAINER SCHRÖDER (Hannover), Die Strafgesetzgebung in Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts	403
WERNER SCHUBERT (Kiel), Gesetzgebung und Sozialpolitik im ausgehenden 19. Jahrhundert – Zur Erinnerung an die rechtspolitischen Schriften von Ludwig Fuld	421
KURT SEELMANN (Hamburg), Vertragsmetaphern zur Legitimation des Strafens im 18. Jahrhundert	441
ELSA SJÖHOLM (Leksand), Sveriges medeltidslager. Europeisk rättstradition i politisk omvandling	461
CARSTEN SMITH (Oslo) Saami Parliament and Saami Rights – a Minority's History Changing Today's Constitution	483
MICHAEL STOLLEIS (Frankfurt), Die Historische Schule und das öffentliche Recht	495
DITLEV TAMM (Kopenhagen), Patriotische Rechtsgeschichte und nationale Identität	509
GERHARD THÜR (München), Juristische Gräzistik im frühen 19. Jahrhundert	521
EBERHARD WEIS (München), Cesare Beccaria und sein Einfluß auf Deutschland, insbesondere auf die Reformen des Strafrechts	535

WOLFGANG WIEGAND (Bern), Die Verhaltenspflichten. Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte	547
ARMIN WOLF (Frankfurt), Die »sieben Männer, die den Kaiser wählen sollten«. Neues zur Datierung der Hákonar saga Hákonarsonar	565
HANS F. ZACHER (München), Die immer neue Notwendigkeit, die immer neue Last des Pluralismus	579

HANS F. ZACHER

Die immer neue Notwendigkeit, die immer neue Last des Pluralismus

I. Sten Gagnér und das Thema

Dieser Aufsatz soll Sten Gagnér gewidmet sein. Als mich der Herausgeber einlud, zu dieser Festschrift beizutragen, dachte ich über Themen nach, die uns beide verbinden. So reizte es mich, den Bogen von Sten Gagnérs grundlegender Arbeit zur Gesetzgebung¹ zu meinen Erfahrungen mit der Kodifikation des deutschen Sozialrechts im Sozialgesetzbuch zu schlagen. So dachte ich an Themen aus der Geschichte der Rechtsgelehrsamkeit in Bayern.² Aber ich legte alles andere beiseite, als mir bewußt wurde, wie sehr *ein* Thema, das mich immer wieder beschäftigt hat, gerade zu Sten Gagnér paßt: der Pluralismus. Sten Gagnér ist ein genuin pluralistischer Mensch. Er hat Pluralismus gelebt. Er lebt ihn noch. Und er wird ihn hoffentlich noch lange leben. Und so scheint mir, als könne ich Sten Gagnér keine passendere Gabe überreichen, als Gedanken zu diesem Grundthema sozialer Existenz und rechtlicher Ordnung.

Diese Zeilen können und wollen nicht der Versuch sein, eine Theorie des Pluralismus³ auszubreiten. Sie wollen sich – und auch das soll dem gerecht werden, dem diese Zeilen gewidmet sind – mit der konkreten Erfahrung des Pluralismus befassen. Damit, daß Pluralismus etwas Riskantes, etwas Widersprüchliches, etwas ist, das nur allzu oft auf die tragische Verknüpfung von Sittlichkeit und Schuld hinausläuft und nur selten auf Gewißheit des Richtigen. Damit, daß der Pluralismus etwas wesentlich Geschichtliches, sich stets Wandelndes, in jeder Gegenwart Neues

¹ S. Gagnér, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, 1960.

² S. Gagnér, Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft, Festschrift für Hermann Krause, 1975, S. 276 ff.

³ S. zum Überblick statt anderer R. Herzog, Pluralismus und pluralistische Gesellschaft, in: Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl., Bd. 2, 1987, Sp. 2539 ff.; A. Schwan, Pluralismus, in: Staatslexikon, 7. Aufl., Bd. 4, 1988, S. 427 ff.

ist. Wie in einer anderen Situation Pluralismus gelingt, gibt nur zu selten gültige Maßstäbe dafür, wie er in der je eigenen Situation wieder gelingen könnte. Und doch führt kein Weg daran vorbei, daß der Pluralismus immer neu gewagt, immer neu ertragen, immer neu geleistet werden muß.⁴

II. Das Problem des Pluralismus

1. Grundkonstellationen

Jedes Gemeinwesen hat zwei Elemente: die Einzelnen, aus denen es besteht, und sein eigenes Wesen – sein überindividuelles Wesen, das die Summe der Individuen, aus denen es besteht, transzendiert. Das Gemeinwesen kann sich nicht darauf beschränken, seinen Gliedern zu ermöglichen, sie selbst zu sein. Es muß auch selbst sein. Es muß der Summe der Einzelnen eben die Gemeinsamkeit, deretwegen sie dem Gemeinwesen angehören, hinzufügen. Das heißt zunächst: Es muß den Beziehungen seiner Glieder zueinander eine gerechte Ordnung geben. Es muß sich nach innen und außen behaupten. Aber schließlich steht jedes Gemeinwesen auch vor der Frage, welche Werte ihm eigen sind, welche Werte es annehmen, schützen und verwirklichen will. Diese Werte machen – über seine Glieder, seinen Raum, seine Zeit und seine Zwecke hinaus – das Wesen des Gemeinwesens aus. Sie identifizieren es. Sie geben ihm seine Bedeutung. Den Einzelnen machen sie etwas von dem Sinn aus, den es für sie hat, in dem Gemeinwesen zu leben. Sie machen das Gemeinwesen denen zur Heimat, die seine Werte teilen. So wahr der Mensch ein geselliges Wesen ist, so sehr bedarf er einer Gemeinschaft, in der er anerkannt weiß, was er mag, was er für gut und richtig hält.

Damit sind wir aber auch schon an jener Schwelle, an der unser Problem beginnt. Daß die Einzelnen, die in einem Gemeinwesen leben, mit dem Ensemble an Werten, die ihm eigen sind und die es sich zu eigen macht, übereinstimmen, kann sein. Aber es muß nicht sein. Selbst wenn es so ist, ist ungewiß, ob uns das als ein Glücksfall erscheint. Hängt es doch ganz davon ab, was wir von den Werten halten, die da anerkannt

⁴ S. dazu etwa *A. F. Utz* (Hg.), *Die offene Gesellschaft und ihre Ideologien*, 1986; *M. Zöller* (Hg.), *Der Preis der Freiheit. Grundlagen, aktuelle Gefährdungen und Chancen der offenen Gesellschaft*, 1988.

sind, und von den Alternativen derer, die abweichen. Der Mensch ist auf Anders-Sein angelegt. Wir wissen das aus Erfahrung. Und wir wissen es aus Einsicht, daß, wie Karl Rahner sagt, dem Menschen „die absolut durchschaute und konkrete Einheit der Wirklichkeit“ nicht verfügbar und er deshalb auf Teilhaftigkeit und Vielfalt seiner Einsichten und entsprechenden Verhaltensweisen angewiesen ist.⁵ So ergibt sich das Problem der Differenz, ja des Konflikts zwischen den Wertvorstellungen der Einzelnen, den Wertvorstellungen der jeweils anderen und den Wertvorstellungen des Gemeinwesens.

Das ist nicht nur das Problem des Sich-unterscheiden-Dürfens, das Problem des Individualismus oder des Partikularismus; man könnte auch sagen: das Problem der Toleranz.⁶ Es ist auch das Problem der Integration der größeren Einheit durch Vielfalt. Wird Anders-Sein negiert, so gefährdet das auch das Gemeinwesen. Es stagniert und verarmt. Keine Entwicklung ist denkbar, ohne daß da am Anfang ein Anders-Sein steht.

Und doch ist ein Gemeinwesen nicht nur ein Spiel von vielfältigem Anders-Sein. Das ist ja auch die notwendige Einheit, die Nachfrage nach Gemeinsamkeit, das Bedürfnis, in einer vertrauten Umwelt, in einer „Heimat“ zu leben, sich in der Gemeinschaft erfüllen, sich mit ihr identifizieren zu können. Da ist die Lust, sich vermittels des Gemeinwesens zum Maßstab der anderen zu machen. Da ist am Ende der ganze Ernst der unaufhebbaren Verantwortung eines jeden für das, was er als gut und richtig erkennt, der tragische Auftrag der Menschen, der Wahrheit zum Siege zu verhelfen – nicht nur für sich; nein, sie zu verallgemeinern. So steht nicht nur der Anspruch der Teile gegen das Ganze, nicht nur der Anspruch des Ganzen gegen die Teile. Es steht immer auch der Anspruch der Teile auf das Ganze.

Haben wir den Raum unseres Problems so betreten, so erkennen wir leicht die Extreme, die wir nicht akzeptieren dürfen: den radikalen Individualismus, der den Menschen um die Gemeinschaft bringt; und den Fundamentalismus, den Integralismus, den Kollektivismus oder den Totalitarismus, der den Menschen um seine Individualität bringt. Und wir sehen den Spielraum dessen, was sein soll: das Gleichgewicht zwischen dem Recht auf ein eigenes Anders-sein und dem Recht, im Gemeinwesen und gegenüber den anderen für das einzutreten, was gut

⁵ K. Rahner, Art. „Pluralismus“, Lexikon für Theologie und Kirche, 2. Aufl. 1957 ff., Bd. 8 Sp. 566.

⁶ S. H. Lutz (Hg.), Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit, 1977.

und richtig ist – für das, was man für gut und richtig hält, und das Gleichgewicht zwischen der Individualität und der Freiheit des Einzelnen und den Werten eines Gemeinwesens, in dem sie ein lebenswertes Leben führen können.⁷

Wir fühlen zum Greifen nahe, daß dieses doppelte Gleichgewicht das ist, was man als Pluralismus bezeichnen darf. Aber zugleich sehen wir auch, wie wenig Sicherheit damit zu gewinnen ist. Wann zersetzt das *laissez-faire* der Freiheit das Gemeinwesen so sehr, daß es aufhört, lebenswerte rationale Ordnung und lebenswerte emotionale Heimat zu sein?⁸ Wann schlägt die Inanspruchnahme der anderen und des Gemeinwesens für das, was die einen für gut und richtig halten,⁹ in Fundamentalismus,¹⁰ in Integralismus, in Kollektivismus, in Totalitarismus um? Wann wird die Verantwortung des Gemeinwesens für gemeinsame Werte denen, die im Gemeinwesen das Sagen haben, zum Rechtstitel, ihr Maß zum allgemeinen zu machen?¹¹ Wann – andererseits – treibt der Rückzug des Gemeinwesens aus jenen „objektiven Werten“, die aus sich selbst und ohne Rücksicht auf den Willen der Einzelnen gelten sollen, diejenigen, die an „das Objektive“ glauben, dazu, die Macht in der Gesellschaft, die Macht im Gemeinwesen an sich zu ziehen und eben das durchzusetzen, was ihnen „an sich“ und „objektiv“ gilt.¹²

Allen diesen Versuchungen gegenüber sehen wir die Gefährdetheit, die Schwäche, die Blässe des Pluralismus, der nicht primär Inhalt, sondern Verfahrensregel für die Auseinandersetzung um den Inhalt ist; der nicht einfach das eine oder das andere, sondern Kompromiß ist; der nichts Absolutes ist, sondern dem Absoluten durch die Relativität dient. „Kompromiß“ und „Relativität“: Worte, die Vielen Namen für Feiges und

⁷ S. ergänzend zum Vorigen auch *H. F. Zacher*, Pluralität der Gesellschaft als rechtspolitische Aufgabe, *Der Staat* 9 (1970), S. 161 ff.

⁸ *C. Schefold*, Poppers Konzeption der offenen Gesellschaft und ihre verfehlten Alternativen, in: *Utz* (Fn. 4), S. 22 ff., insbes. S. 183 ff.

⁹ S. etwa *U. Matz*, Ideologische Bewegungen in der offenen Gesellschaft, in: *Utz* (Fn. 4), S. 256 ff.; *P. Trappe*, Die elitären Machtgruppen in der Gesellschaft – oder: Über die Geschlossenheit der offenen Gesellschaft, Thesen und Erläuterungen, ebda. S. 271 ff.

¹⁰ Zum aktuellen Problem des Fundamentalismus s. *K. Kienzler* (Hg.), *Der neue Fundamentalismus*, 1990.

¹¹ S. Fn. 9. Ergänzend s. *U. Matz*, Herrschaft durch Widerstand? Über die Anmaßung neuer Eliten, in: *Zöller* (Fn. 4), S. 32 ff.

¹² S. noch einmal *Zacher* (Fn. 7).

Verächtliches sind.¹³ Und trotzdem ist Pluralismus die einzige Weise, auf die vermieden werden kann, daß der Mensch dem Menschen Gewalt antut – ja auch: daß das Absolute vom vermeintlich Absoluten verdrängt wird; denn wo immer die soziale Geltung einer „Wahrheit“ die soziale Geltung einer anderen „Wahrheit“ verdrängt, kann die verdrängte „Wahrheit“ die „wahre Wahrheit“ sein.

2. Homogenität als Sein – Homogenität als Sollen

Diese Problematik weist von Gemeinschaft zu Gemeinschaft, von Gemeinwesen zu Gemeinwesen Unterschiede auf. Soweit eine Gemeinschaft in bezug auf gewisse Werte homogen ist, kann sie ihrer Ordnung dies – und also die Werte, in denen sie homogen ist, – zugrunde legen. Die Gemeinsamkeit wird zur Norm. Indem sie dies tut, entsteht freilich auch schon die Möglichkeit der Differenz zwischen der Voraussetzung der Homogenität und der Zielvorstellung der Homogenität – zwischen dem Sein der Homogenität und dem Sollen der Homogenität. Der Keim des Spannungsverhältnisses zwischen der Einheit der Gemeinschaft und der Vielfalt ihrer Glieder ist gelegt.

Diese Spannung wächst zumeist mit der Zahl der Glieder, die eine Gemeinschaft hat; und sie wächst mit der Zahl und der Bedeutung der Zwecke einer Gemeinschaft. Mit der Spannung zwischen der Einheit der Gemeinschaft und der Vielfalt der Glieder wächst aber auch die Notwendigkeit, den Anspruch der Einheit zu rechtfertigen. Die einfachste Rechtfertigung liegt in der Zustimmung der Glieder. Die Zustimmung der Glieder zur Gemeinschaft als solcher kann deren Anspruch auf Einheit auch dort legitimieren, wo die Glieder im einzelnen widersprechen. Eine Gemeinschaft kann deshalb um so mehr Gemeinsamkeit verlangen, je mehr die Zugehörigkeit zu ihr freiwillig ist. Somit werden auch die Bedingungen der Zustimmung wesentlich für den Anspruch der Einheit. Dabei sind außer der Freiwilligkeit des Beitritts die Freiwilligkeit des Verbleibens und auch alle Folgen in Betracht zu ziehen, die mit dem Nichtbeitritt, dem Beitritt, dem Ausscheiden und dem Verbleiben verbunden sind. Existentielle Abhängigkeit verdrängt die Freiwilligkeit.

Gehen wir mit diesem Kriterium echter Freiwilligkeit an Familien und Gemeinden, Sportvereine und Rotaryclubs, Berufsverbände oder geistli-

¹³ Positiv zum Kompromiß s. *M. Müller*, *Der Kompromiß oder Vom Unsinn und Sinn menschlichen Lebens*, 1980, S. 139 ff.

che Orden heran und fragen wir, welche Gemeinsamkeit sie als Sollen einfordern können, die sie nicht als Sein vorfinden, so sehen wir freilich schnell, daß Freiwilligkeit nicht der einzige Maßstab ist, an dem der Anspruch auf Einheit zu messen ist. Alsbald würde sich auch die Frage stellen, ob Gemeinschaften und Gemeinwesen nicht auch apriorische Aufträge haben, über die ihre Glieder nicht verfügen können. Doch seien wir skeptisch. Natürlich können Mitglieder einer Familie nicht einfach darüber verfügen, was Familie sein kann und darf. Aber wieviel davon ist ein unverrückbares Apriori? Wieviel ist einfach Tradition, gesellschaftlicher Konsens, rechtspolitische Entscheidung? Das Beispiel beweist zunächst nur, daß der Mensch seine Entscheidung für eine Gemeinschaft zumeist nicht davon abhängig machen kann, daß die Gemeinschaft genau so ist, wie er sie haben möchte. Wie eine Gemeinschaft a priori sein soll, ist dagegen selbst etwas, wovon dem Menschen die absolut durchschaute und konkrete Einheit der Wirklichkeit nicht verfügbar ist und worin er deshalb auf Teilhaftigkeit und Vielfalt seiner Einsichten angewiesen ist.¹⁴

III. Der pluralistische Auftrag des Staats und des Rechts

Alle Überlegungen, die wir bisher angestellt haben, treffen sich in besonderer Weise im Phänomen des Staates.¹⁵ Der Grad der Freiwilligkeit, mit der man einem Staat angehört, ist gering. Die Zahl der Mitglieder ist maximal. Seine Zwecke sind umfassend. In vielem bestimmt er die Prämissen menschlicher Existenz. Zugleich ist die Teilhaftigkeit und Vorläufigkeit allen Wissens um den richtigen Staat evident. Alles deutet darauf hin, daß sein Anspruch auf Gemeinsamkeit gering ist. Zitieren wir Aristoteles: „Es ist nämlich doch offenbar, daß ein Staat, wenn er . . . eine immer strengere Einheit zu werden sucht, zuletzt gar kein Staat mehr bleiben wird. . . . und wenn man daher auch wirklich imstande wäre, den Staat in dieser Weise zu einigen, so dürfte man es auch gar nicht tun, weil man damit den Staat aufheben würde . . . und nicht nur eine Mehrheit von Menschen gehört zum Staat, sondern auch eine Mehrheit von Menschen,

¹⁴ S. noch einmal Fn. 5.

¹⁵ Umfassendes Material s. zuletzt etwa bei *H.-M. Pawlowski*, Das Verhältnis von Staat und Kirche im Zusammenhang der pluralistischen Verfassung, *Der Staat* Bd. 29 (1989), S. 353 ff.

die der Art nach verschieden sind. Denn aus ganz gleichen Menschen entsteht kein Staat.“¹⁶

Und doch ist gerade der Staat als das umfassendste und mächtigste Gemeinwesen, in dem der Mensch lebt, gefordert, den Werten seiner Bürger Ausdruck zu geben, sie zu realisieren, sie zu verteidigen. Sei es, daß die Menschen um ihrer selbst willen vom Staat erwarten, daß er die Gesellschaft so verfaßt, daß sie sich darin zuhause fühlen, daß sie sich mit ihm identifizieren können. Sei es, daß die Menschen um „ihrer Wahrheit“ willen – um dessentwillen, was ihnen „Wahrheit“ ist, – vom Staat verlangen, daß er diese Wahrheit verbindlich setzt. Sei es schließlich, daß der Staat um seiner selbst willen die Vielfalt individueller Einstellungen und Verhaltensweisen reduziert und der Gesellschaft Werte bindend vorgibt,¹⁷ die seiner Rechtsordnung ebenso wie seiner politischen und administrativen Realisation als Basis und Prinzip dienen.¹⁸

Schließlich aber ist der Staat auch der wirkmächtigste Garant dafür, daß die Einzelnen ihrer Vielfalt leben können, daß sie ihre Vielfalt wechselseitig respektieren und daß sie trotz ihrer Vielfalt zusammenleben können. Das Medium, das wie nichts sonst ein Zusammenleben in Vielfalt ermöglicht, ist das Recht. Und Träger – Gestalter und Anwender – der Rechtsordnung ist der Staat. Wenn Kant sagt, daß „nur in der Gesellschaft . . ., die die größte Freiheit, mithin einen durchgehenden Antagonismus ihrer Glieder, und doch die genaueste Bestimmung und Sicherheit der Grenzen dieser Freiheit hat, damit sie mit der Freiheit anderer bestehen könne, . . . die höchste Absicht der Natur, nämlich die Entwicklung aller ihrer Anlagen, in der Menschheit erreicht werden kann“,¹⁹ so meint er damit den Auftrag der Staaten und das Medium des Rechts.

Solon, der große Gesetzgeber, sprach vom Recht als dem „Mittleren“:

¹⁶ *Aristoteles*, Politik, Zweites Buch, 2. Kapitel, zit. nach Rowohlt's Klassiker der Literatur und der Wissenschaft, Bd. 171/173, 1965, S. 37 f.

¹⁷ Dieses komplexe Verhältnis zwischen Staat und Werten hat seinen nachhaltigen Ausdruck in der Diskussion um die Grundwerte gefunden. S. dazu *K. Lehmann*, Grundwerte, in: Staatslexikon, 7. Aufl., Bd. 2, 1986, mit weiteren Nachw. – im einzelnen s. insbes. *E.-W. Böckenförde*, Staat – Gesellschaft – Freiheit, 1976; *ders.*, Der Staat als sittlicher Staat, 1978; *J. Isensee*, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, Neue Juristische Wochenschrift 1977, S. 545 ff.; *ders.*, Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik, in: Essener Gespräche Bd. 11 (1977), S. 92 ff.; *R. Schmidt*, Bayerische Verwaltungsblätter 1988, S. 1 (2 f.).

¹⁸ *S. Zacher* (Fn. 7); *Pawlowski* (Fn. 15). S. auch *K.-H. Fezer*, Die Pluralität des Rechts, Juristenzeitung 1985, S. 762 ff. Je mit eingehenden weiteren Nachw.

¹⁹ *Kant*, Kants Werke, Akad. Textausgabe, Bd. VIII, Abhandlungen nach 1781, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, Fünfter Satz, S. 22, 1968.

von der Vermittlung zwischen dem beiderseitigen Vorteil und Nachteil.²⁰ Aristoteles sagte es differenzierter. Das Wesen der Gerechtigkeit sei die Gleichheit. „Nachdem aber das Gleiche ein Mittleres ist, muß das Gerechte wohl ein Mittleres sein. Nun setzt aber das Gleiche mindestens zwei Glieder voraus. Folglich muß das Gerechte ein Mittleres und ein Gleiches sein und eine Beziehung aufweisen, und zwar auf bestimmte Personen.“²¹ „Das Entscheidende an dieser Auffassung der Gerechtigkeit als das Wesen des Rechts“, interpretiert in unseren Tagen Werner Maihofer, „ist ihr grundsätzlicher Bezug auf ein Handeln nicht einfach nur im Verhältnis zum anderen, sondern im Verhältnis auf zumindest zwei von seinen Auswirkungen betroffene Personen, moderner ausgedrückt: auf die Grundsituation der Koexistenz zwischen Menschen.“²² So präzisiert denn auch Aristoteles die Gerechtigkeit als eine „Form des mittleren Verhaltens“, als die „Mitte zwischen Unrecht-Tun und Unrecht-Erleiden.“²³ Und damit sind wir schon im Zentrum des pluralistischen Auftrags des Rechts. Kant vollendet die Entwicklung, wenn er das Recht als den „Inbegriff der Bedingungen“ umschreibt, „unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“²⁴ So wird das Recht zum Medium der Verwirklichung der beiden materialen Ziele, die sich nach Kant der Mensch in all seinem Verhalten setzen soll: die „eigene Vollkommenheit“ und die „fremde Glückseligkeit“.²⁵

Aber genügt es wirklich, dieses Gleichgewicht der Willkür einzurichten, damit die Bürger die „eigene Vollkommenheit“ und die „fremde Glückseligkeit“ bewirken können? Setzt dieser Entwurf nicht doch Grenzen der Übereinstimmung voraus – ein Tableau der Gemeinsamkeiten, eine äußerste „Bandbreite“ der Unterschiede? Ist die *volonté générale* im Schwinden, sagt Rousseau, „so gibt es keine Freiheit mehr, welche Partei man auch ergreife“.²⁶ Wann darf, wann muß das Recht, wann darf, wann muß der Staat Partei ergreifen? Doch noch voraus: was fordert allein schon der Anspruch der Einzelnen, daß ihr Gemeinwesen

²⁰ Zit. nach E. Wolf, Griechisches Rechtsdenken, Bd. I, 1950, S. 197 f.

²¹ Aristoteles, Nikomachische Ethik, in: Aristoteles Werke in deutscher Übersetzung, Bd. VI, hg. v. E. Grumach, übers. von F. Dirlmeier, 1956.

²² W. Maihofer, Ideologie und Recht, in: ders. (Hg.), Ideologie und Recht, 1969.

²³ Aristoteles, Nikomachische Ethik (Fn. 21), S. 108.

²⁴ I. Kant, Metaphysik der Sitten, 3. Aufl., 1919, S. 35 (hg. v. K. Vorländer).

²⁵ Kant, Metaphysik der Sitten, aaO., S. 225.

²⁶ J.J. Rousseau, Der Gesellschaftsvertrag, hg. und eingeleitet von H. Weinstock (Reclam Universal Bibliothek Nr. 1769/70), 1966, S. 154 f.

mehr sei als ihre Summe? Was fordert die Identität des Gemeinwesens? Staat und Recht bleibt die Antwort auf die Frage nach den Werten also nicht erspart.

Darüber, ob die Antwort richtig ausfällt, entscheidet das Wissen, daß dieser Staat ein Staat der Menschen und für Menschen,²⁷ daß dieses Recht ein Recht der Menschen und für Menschen ist.²⁸ Was immer dieser Staat und dieses Recht an Werten sich zu eigen machen, weil sie richtig und wichtig sind, so geschieht das, weil Menschen sie für richtig und wichtig halten. Und wo immer es geschieht, geschieht es auf die Gefahr hin, daß andere Anderes für richtig oder für wichtig halten. Ja selbst: wo immer dieser Staat und dieses Recht sich Werte zu eigen machen, weil sie „absolut“ gelten, weil sie „ganz unanfechtbar“, „einfach wahr“ sind, so geschieht dies deshalb, weil es Menschen gibt, denen diese Werte „absolut“ sind, denen sie „ganz unanfechtbar“, „einfach wahr“ sind. Und es geschieht auf die Gefahr hin, daß andere Menschen anderes für absolut, für ganz unanfechtbar, für einfach wahr halten – zumindest: daß es Menschen gibt, die jene Werte nicht für absolut, nicht für unanfechtbar, nicht für einfach wahr halten. Keine geringere Autorität als das II. Vatikanische Konzil sagt in seiner Erklärung über die Religionsfreiheit, „das Recht auf die religiöse Freiheit sei in Wahrheit auf die Würde der menschlichen Person selbst gegründet, . . . Dieses Recht der menschlichen Person auf religiöse Freiheit muß in der rechtlichen Ordnung der menschlichen Gesellschaft so anerkannt werden, daß es zum bürgerlichen Recht wird. Weil die Menschen Personen sind, das heißt mit Vernunft und freiem Willen begabt und damit auch zu persönlicher Verantwortung erhoben, werden alle – ihrer Würde gemäß – von ihrem eigenen Wesen gedrängt und zugleich durch eine moralische Pflicht gehalten, die Wahrheit zu suchen, . . . Sie sind auch dazu verpflichtet, an der Wahrheit festzuhalten und ihr ganzes Leben nach den Forderungen der Wahrheit zu ordnen. Der Mensch vermag aber dieser Verpflichtung . . . nicht nachzukommen, wenn er nicht im Genuß der inneren, psychologischen Freiheit und zugleich der Freiheit von äußerem Zwang steht“.²⁹

Pluralismus besteht nicht darin, daß niemand etwas für wahr hält.

²⁷ S. dazu die klassische Formulierung des Herrenchiemseer Entwurfs (Art. 1 Abs. 1) „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen“, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts n.F.* Bd. 1, 1951, S. 48.

²⁸ S. *H. Jahreiß*, *Herrschaft nach dem Maß des Menschen*, 1951; *W. Maihofer*, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968.

²⁹ II. Vatikanisches Konzil, Erklärung über die Religionsfreiheit, Ziff. 2.

Pluralismus bedeutet vielmehr ein Maximum an Respekt vor dem, was für wahr gehalten wird. Kommt es aber nicht, wenn Gemeinwesen und Rechtsordnung diesen Respekt verwirklichen, darauf hinaus, daß alles, was für wahr gehalten wird, als gleichermaßen nicht wahr behandelt wird? In der Tat kann dies die letzte Zuflucht zwischen Unrecht-Tun und Unrecht-Leiden sein. Aber das Ziel des größten Respekts vor dem, was für wahr gehalten wird, fordert doch zu einer anderen Anstrengung heraus: zu der Anstrengung, dem Für-wahr-Gehaltenen auch größtmögliche Räume sozialer Wirklichkeit zu erschließen.³⁰ Gemeinwesen und Recht können und müssen Unterscheidungen aufgreifen, die Räume der Verwirklichung öffnen, ohne die Freiheit am Ende doch dem Konflikt zu opfern. So ist es eine Sache, wenn eine Überzeugung ganz für sich gelebt werden kann und eine andere, wenn sie andere berührt, stört oder verletzt. So ist es eine Sache, was die Menschen für sich selbst für gut und richtig halten, und eine andere, was sie für die anderen für gut und richtig halten. Vor allem aber ist das Gefälle wahrzunehmen zwischen den Werten, die den Menschen wichtig sind, und denen, die ihnen weniger wichtig sind – im äußersten zwischen dem, was ihnen heilig, und dem, was ihnen profan ist.

Aber auch die soziale Realität ermöglicht Unterschiede. Bestehen in einer Gesellschaft mehrere Überzeugungen, von denen eine der großen Mehrheit, andere aber der Minderheit eigen sind, so kann es nicht nur im Interesse des Gemeinwesens und des öffentlichen Friedens, sondern auch, um der Freiheit die größte Wirkung zu geben, richtig sein, der Überzeugung der Mehrheit den Charakter der Regel, den Überzeugungen der Minderheit dagegen den Charakter der – gesicherten und geschützten – Ausnahme zu geben. Und wenn eine Wertvorstellung die Entwicklung einer Gesellschaft für lange Zeit geprägt hat, wenn sie das Erscheinungsbild der Gesellschaft bestimmt und in die Grundlagen des Rechts eingegangen ist, so kann es sinnvoll sein, ihr eine andere Stellung zu geben als den Wertvorstellungen, die davon abweichen – wenn diesen nur Gerechtigkeit widerfährt.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof³¹ hatte kürzlich über einen Fall pluralistischer Bewährung unseres Gemeinwesens zu entscheiden: dar-

³⁰ S. dazu und zum folgenden auch *Pawlowski* (Fn. 15), S. 366 ff. Während im folgenden jedoch der Grundsatz vertreten wird, daß im Interesse der größtmöglichen Anerkennung des für wahr gehaltenen auch Ungleichheiten riskiert werden müssen, tendiert *Pawlowski* zu einem Maximum an Gleichheit.

³¹ BayVerfGH n.F. Bd. 41 (1988), S. 44 (48). S. zu dieser Entscheidung *H.-M. Paw-*

über, ob die Schulen zur Ehrfurcht vor Gott erziehen müssen und dürfen. Er sagt:

„Es besteht hier ein Spannungsverhältnis zwischen negativer und positiver Religionsfreiheit. Dieses muß nach dem Prinzip der Konkordanz zwischen den verschiedenen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern gelöst werden . . . Das Grundrecht der negativen Religionsfreiheit gewährleistet keinen Anspruch darauf, daß die Schule außerhalb des Religionsunterrichts von vornherein auf das Erziehungsziel der Ehrfurcht vor Gott verzichtet, um den dieses Ziel ablehnenden Eltern und Schülern eine Auseinandersetzung damit zu ersparen. *Die Ausschaltung aller weltanschaulich-religiösen Bezüge würde die weltanschaulichen Spannungen und Gegensätze nicht neutralisieren, sondern diejenigen Eltern und Schüler in ihrer Glaubensfreiheit benachteiligen, die das Erziehungsziel der Ehrfurcht vor Gott bejahen* . . . Nach dem verfassungsrechtlichen Toleranzgebot (Art. 136 Abs. 1 BV) sind allerdings an allen Schulen die religiösen Empfindungen aller zu achten. . . . In der Schule dürfen die Schüler nicht durch Werbung oder Abwerbung ihrem Glauben oder ihrer Weltanschauung entfremdet werden. Die Schule darf nicht missionarisch wirken und die Verbindlichkeit christlicher Glaubensinhalte für alle festlegen . . . Die Schule . . . muß sich . . . bewußt bleiben, daß die Ehrfurcht vor Gott nicht für alle verbindlich ist und auch nicht durch die Schule verbindlich gemacht werden kann.“³²

Das Bundesverfassungsgericht argumentiert um Nuancen anders. Zum Schulgebet³³ sagt es:

Das Schulgebet könne nicht Teil der Unterrichtsveranstaltung sein. Es sei aber zulässig, wenn Lehrer und Schüler in der Schule ihre religiöse Überzeugung gemeinsam bekennen. „Diesen Freiraum für die Ausübung positiver Bekenntnisfreiheit durch Zulassung des Schulgebets muß der Staat allerdings von vornherein ausgleichen gegenüber der negativen Bekenntnisfreiheit anderer Eltern und Schüler, die das Schulgebet ablehnen. Der Ausgleich erfolgt hier grundsätzlich durch die Garantie der Freiwilligkeit der Teilnahme für Schüler und Lehrer.“

Anders argumentiert das Bundesverfassungsgericht dagegen zur christlichen Prägung öffentlicher Schulen selbst:³⁴

„. . . die Einführung christlicher Bezüge bei der Gestaltung öffentlicher Schulen (sei) nicht schlechthin verboten, mag auch eine Minderheit der Erziehungsberechtigten, die bei der Erziehung ihrer Kinder dieser Schule nicht ausweichen kann, keine religiöse Erziehung wünschen. Die Schule dürfe „jedoch keine missionarische Schule“ sein „und keine Verbindlichkeit christlicher Glaubensinhalte beanspruchen; sie muß auch für andere weltanschauliche und religiöse Inhalte und Werte offen sein. Das Erziehungsziel einer solchen Schule darf – außerhalb des Religionsunterrichts . . . –

lowski, Ehrfurcht vor Gott als schulisches Bildungsziel in Bayern, NJW 1989, S. 2240 ff.

³² Hervorhebung nicht im Original.

³³ BVerfGE 52, 223 (241); *Ch. Link*, Die Schulgebetsentscheidung des BVerfG, JZ 1980, S. 564 ff.; *E.-W. Böckenförde*, Zum Ende des Schulgebetsstreits, DÖV 1980, S. 323 ff.

³⁴ BVerfGE 52, 223 (236 f.).

nicht christlich konfessionell fixiert sein. Die Bejahung des Christentums in den profanen Fächern bezieht sich in erster Linie auf die Anerkennung des prägenden Kultur- und Bildungsfaktors, wie er sich in der abendländischen Geschichte herausgebildet hat, nicht auf die Glaubenswahrheit und ist damit auch gegenüber dem Nichtchristen durch das Fortwirken geschichtlicher Gegebenheiten legitimiert.“

Wir sehen die Schwierigkeit. Das Recht ergreift Partei, ob es nun für oder gegen die religiöse Prägung der Schule, für oder gegen das Erziehungsziel der Ehrfurcht vor Gott, für oder gegen das Schulgebet ist. Wir sehen die Mühsal der Begründung: aus dem Konsens der Mehrheit, aus der Tradition, aus der Freiheit derer, die einen Freiraum nutzen. Und wir sehen die Rücksicht auf die, die anderer Meinung sind – eine Rücksicht, die von vornherein auch schon eine Ungleichheit ist. Quadratur des Kreises! Wer könnte mit all diesen „Halbheiten“ zufrieden sein? Und doch: die „Ganzheiten“ machen die einen zwar sehr viel zufriedener, die anderen aber sehr viel unzufriedener, ja sehr viel unglücklicher.

Die Präambel des Grundgesetzes beginnt mit den Worten: „Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, . . . hat das deutsche Volk . . . kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz . . . beschlossen.“ Glaubt deshalb unser Staat an Gott? Offensichtlich nicht.³⁵

Es mag die, die an Gott glauben, sehr viel glücklicher machen, in einem Gemeinwesen zu leben, dessen Verfassung Gott so im Munde führt. Aber es kann nicht heißen, daß die, die nicht an Gott glauben, deshalb entweder doch an Gott glauben müßten oder Verfassungsfeinde wären. In der Überzeugung derer, die an Gott glauben, ist Gott auch dann, wenn das Grundgesetz ihn nicht zitiert – ist Gott auch dann, wenn die Verfassung ihn abschafft. Weder der Staat noch seine Verfassung können über ihn verfügen. So kann es auch nicht richtig sein, Gotteslästerung um Gottes oder um der Verfassung willen zu verbieten. Richtig kann nur sein, Gotteslästerung um der Menschen willen zu verbieten, die die Gotteslästerung verletzt, die sie ängstigt, denen sie Widerstand zur Pflicht macht. Das Gemeinwesen kann sich des Absoluten nicht bemächtigen. Das Gemeinwesen kann nur Werte, die in der Gesellschaft leben, anerkennen, schützen und verwirklichen. Finden sich so die Werte der einen anerkannt und die Werte der anderen zurückgesetzt, so darf pluralistischer Konsens in den Unterschieden der Anerkennung nur Unterschiede der Freiheit sehen.

³⁵ S. dazu *Pawłowski* (Fn. 15) und seine Nachw.

IV. Pluralismus und moderner Verfassungsstaat

Um dies alles in sich aufnehmen und bewältigen zu können, braucht die Rechtsordnung vielfältige Differenzierungen.³⁶ Sie braucht eigene Weisen, das Wichtigere zu sagen, und eigene Weisen, das weniger Wichtige zu sagen. Sie braucht Weisen, um zu sagen, was für lange Zeit außer Streit gestellt sein soll, und Weisen, um das zu sagen, was für heute gemeint ist. Sie braucht Weisen, um das Allgemeine zu sagen, und Weisen, um das Besondere für die Einzelnen und ihre Gemeinschaften und Gruppen zu sagen. Nur so – nur durch diese Schichtung und Verschränkung – kann das Recht so viel Einheit als möglich mit so viel Vielfalt als möglich verbinden.

Die Rechtsordnung braucht Mechanismen der Auseinandersetzung, der Klärung und der Vergewisserung. Sie braucht Möglichkeiten der Auseinandersetzung, in die jeder sich und das Seine, jede Gruppe das Ihre einbringen – anspruchsvoller: zur Geltung bringen – kann. Sie braucht Möglichkeiten der Klärung, in denen die Sachverhalte, die Maßstäbe ihrer Bewertung und die Möglichkeiten der Entscheidung aufeinander zugeordnet werden. Subtilere Möglichkeiten der Auseinandersetzung vor allem auch für die, die es angeht. Und sie braucht Mechanismen der Vergewisserung, die aus der Auseinandersetzung die Entscheidung hervorgehen lassen. Die Rechtsfrieden schaffen. Die ergeben, was gilt – je nachdem, was im Streit war: als allgemeine Norm oder für den einzelnen Fall.

Glaubwürdige Verfahren der Auseinandersetzung und Klärung sind ein zentrales Gut des Pluralismus.³⁷ Sie sind es verglichen mit autoritärer Herrschaft. Und sie sind es im Vergleich mit der Macht des Frecheren, Radikaleren, Stärkeren – mit dem Chaos unregelter Auseinandersetzung.³⁸ Gleichwohl: die Mechanismen der Vergewisserung sind ein nicht weniger wichtiges pluralistisches Gut. Pluralismus läßt sich nicht leben, wenn alles zugleich offen, alles zugleich ungewiß, alles zugleich in Streit ist. Vergewisserung verlangt deshalb, um ihren pluralistischen Sinn zu

³⁶ Zum folgenden s. *H. F. Zacher*, *Der einzelne im Konflikt mit der Gemeinschaft*, *Stimmen der Zeit* 203. Band (1985), S. 267 ff.; *ders.*, *Elemente der Rechtsstaatlichkeit*, ebenda, S. 413 ff.

³⁷ S. etwa *H.-J. Türk*, *Die Rettung der Gesellschaft aus dem Wertchaos in christlicher Sicht*, in: *Utz* (Fn. 4), S. 311 ff., insbesondere S. 321 ff. S. auch noch einmal Fn. 36.

³⁸ S. noch einmal Fn. 9 u. 11.

erfüllen, auch Differenzierung: wie etwa zwischen der grundsätzlichen und langdauernden Entscheidung durch die Verfassung und der aktuelleren, beweglicheren Entscheidung durch das Gesetz.³⁹ Doch ist dem noch ein drittes Gut hinzuzufügen: die Möglichkeit der Veränderung, die Hoffnung auf Veränderung. Pluralismus ist nie nur ein Phänomen der jeweils gleichen Zeit. Pluralismus ist ein Phänomen des Verlaufs, ein Phänomen der Entwicklung. Dem, dessen „Wahrheit“ heute nicht zur Geltung kommt, muß die Hoffnung bleiben, daß sie in Zukunft einen besseren Platz haben wird. Aber auch diese Hoffnung muß auf die Wege der Auseinandersetzung, der Klärung und der Vergewisserung verwiesen werden. Das bedeutet zweierlei: die Wege der Auseinandersetzung, der Klärung und der Vergewisserung müssen die Hoffnung glaubwürdig machen. Aber die Hoffnung darf auch nur darauf setzen, sich auf diesem Wege der Auseinandersetzung, der Klärung und der Vergewisserung zu erfüllen.⁴⁰

Dieses Wissen und diese Technik bereitgestellt zu haben, ist das einzigartige Verdienst der abendländischen Verfassungsentwicklung der Neuzeit.⁴¹ Sie hat den demokratischen Rechtsstaat, sie hat den Verfassungsstaat hervorgebracht. In Jahrhunderten wurde Prinzip um Prinzip, Institution um Institution entwickelt, um der Einheit ebenso Raum zu geben wie der Vielfalt, um Bewahrung und Veränderung miteinander zu verbinden. Der unabhängige Richter, der Vorbehalt seiner Entscheidung über den Eingriff in die Freiheit, der faire Prozeß, das rechtliche Gehör, das allgemeine Gesetz, das alle – auch die Obrigkeit – berechtigt und verpflichtet, die Grundrechte als Summe der wichtigsten Aussagen über das Verhältnis zwischen dem Einzelnen und dem Gemeinwesen, die Ausdifferenzierung der Rechtsordnung in Gesetz,⁴² Verfassung und unabänderliche Staatsfundamentalnormen, die Rechte des Volkes, an der Herrschaft teilzuhaben und die Verfahren und Institutionen, welche die Herrschaft der Mehrheit auch wieder brechen, die Möglichkeiten der einzelnen, um ihre Rechte zu streiten, der Schutz und die Entfaltung der Verfassung durch die Verfassungsgerichte – alles das sind Wege, das rechte Maß zwischen dem Allgemeinen und dem Individuellen, zwischen Vielfalt

³⁹ S. noch einmal Fn. 36.

⁴⁰ Zur Problematik s. *Th. Würtenberger*, *Zeitgeist und Recht*, 1987.

⁴¹ S. *P. Häberle*, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978; *ders.*, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980.

⁴² *H.-M. Pawlowski*, *Das Gesetz als Mittel der Steuerung im pluralistischen Staat*, in: *Festschrift für Rudolf Wildenmann*, 1986, S. 172 ff.

und Einheit, zwischen Statik und Dynamik zu finden. Blicken wir auf Solon⁴³ zurück: das Recht ist nicht nur das Mittlere zwischen den Bürgern; es ist auch das Mittlere zwischen dem Staat und den Bürgern geworden.

Nichts davon ist vollkommen. Auch kein Verfassungsstaat war und ist je vollkommen. Und doch ist der demokratische Rechtsstaat das dem Menschen gemäßigste System, das es je gab. Zwischen der Teilhaftigkeit und Vorläufigkeit jeder menschlichen Erkenntnis und dem demokratischen Rechtsstaat besteht eine unmittelbare Entsprechung – im Sinne der Chancen und im Sinne des Risikos. Wir sehen nur zu leicht das Ärgernis, das darin liegt. Und wir vergessen darüber nur zu leicht die Wohltat.

Seit es Gesellschaften, seit es Staaten gibt, war der Streit zwischen Einheit und Vielfalt, wo immer er aufkam, eine Sache von Siegern und Besiegten, von Herrschern und Sklaverei, von Bleiben und Vertreiben, von Feuer und Schwert. Ich kann es mir versagen, Sie durch das Gruselkabinett der Geschichte zu führen: zu den Christenverfolgungen des Altertums, zur Ausrottung der Ketzer im Mittelalter, zu den Scheiterhaufen der Inquisition, die noch lange in die Neuzeit hinein brannten, zu den konfessionellen Verfolgungen und Kriegen, die auf die Reformen folgten, zum Terror der französischen Revolution, zum Totalitarismus und zur Brutalität des Kommunismus und des Nationalsozialismus, aber auch zu den vielen kleinen Ärgernissen, die nicht als große Katastrophen im Gedächtnis der Menschheit haften und doch ungezählten Betroffenen ihr Lebensglück kosteten. Langsam, langsam und immer wieder gefährdet durch den Rückfall in das Rechthaben der einen und in die Unterdrückung der anderen hat der demokratische Rechtsstaat den Weg hieraus gefunden.⁴⁴

Wir dürfen freilich einen Prozeß nicht vergessen, der parallel dazu verlief und über den, obwohl er unvermeidlich war und unwiderruflich ist, manche unglücklicher sind als über den modernen Verfassungsstaat glücklich sind: den Prozeß der Säkularisierung des Staates.⁴⁵ Im Mittelalter mochte alles sich als Element der göttlichen Ordnung verstehen. Auch die Anfänge des modernen Verfassungsstaates verstanden sich noch weit hin als Verbesserungen dessen, was bis dahin als göttliche Ordnung interpretiert und realisiert wurde. In dem Maße, in dem die Gesellschaft sich differenzierte und der Staat sich zu einer Institution wandelte, das

⁴³ S. oben Fn. 20.

⁴⁴ S. auch *Trappe* (Fn. 9), S. 306 f.

⁴⁵ S. *Böckenförde* (Fn. 17).

Zusammenleben trotz dieser Differenzierungen zu organisieren, löste er sich aus dieser apriorischen Sinnggebung göttlichen, zumindest natürlichen Rechts. Er säkularisierte sich. Er löste sich nicht nur aus der Einheit einer religiösen Weltordnung. Er mußte sich mehr und mehr auch aus der Einheit einer sittlichen Weltordnung lösen. Denn die Differenzierung der Gesellschaft war gerade auch eine Differenzierung hinsichtlich der sittlichen Weltordnung. Damit wurde offenbar, was wir hier vorausgesetzt haben, daß die Werte dem Staat von den Menschen, von der Gesellschaft, von seinen Bürgern vorgegeben werden.⁴⁶ Und so wie der Staat, so weit das Recht Sittlichkeit voraussetzen, um darauf aufzubauen, gilt seitdem, was Ernst-Wolfgang Böckenförde so beschreibt: „Der freiheitliche säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann“.⁴⁷

Trotzdem besteht eine Interdependenz zwischen der gesellschaftlichen Realität der Werte und ihrer rechtlichen Anerkennung. Sie geht weit über die Unterschiede der Freiheit hinaus, die in der Anerkennung oder Nichtanerkennung von Werten liegen. Wertvorstellungen, die nicht in das Recht eingehen, können dadurch auch in der Gesellschaft geschwächt werden. Ich nenne das Beispiel der Unauflöslichkeit der Ehe. Wer glaubt der Kirche noch die Unauflöslichkeit der Ehe, wenn der Staat längst darauf verzichtet hat?

Auf der anderen Seite bewirkt das Aufgreifen von Wertvorstellungen durch die Rechtsordnung eine gewisse Geltungszustand. Sie ist um so wirksamer, je höher der Rang und je feierlicher die Aussage des Rechts darüber ist; vor allem also dann, wenn Wertvorstellungen in die Verfassung eingehen. Es entsteht der Anschein, als habe das Recht damit auch den absoluten Anspruch, den ein solcher Wert für die hat, die ihn teilen, anerkannt, ja ihn anerkennen müssen. Je schwächer aber die gesellschaftliche Basis einer entsprechenden Norm ist, desto näher rückt die Enttäuschung, daß das Recht den Zerfall der gesellschaftlichen Grundlage einer Norm nur begrenzt aufhalten, nur begrenzt überdauern kann. Weicht die gesellschaftliche Basis einer Norm, die spezifischen Werthaltungen Ausdruck gibt, so entsteht zumeist ein Spannungszustand. Die einen, die den Wert nicht teilen, relativieren oder negieren auch die Geltung der rechtlichen Norm. Die anderen, die ihn teilen, fordern von der Gesellschaft und der Politik auch die vorrechtliche Geltung ein. In Wahrheit wird über die Mechanismen der Auseinandersetzung, der Klärung und Vergewisserung

⁴⁶ S. dazu *Pawłowski* (Fn. 15), S. 355 und seine Nachweise.

⁴⁷ *Böckenförde*, Staat, Gesellschaft und Freiheit (Fn. 17), S. 60.

früher oder später zu entscheiden sein, welche Konsequenzen aus den veränderten gesellschaftlichen Wertvorstellungen für das Recht zu ziehen sind. Die Form des Rechts leistet gute Dienste, um vorschnelle Veränderungen zu verhindern. Sie leistet auch gute Dienste, um einer unsicheren Gesellschaft Halt zu geben. Aber sie ist nicht imstande, gesellschaftliche Überzeugungen zu ersetzen.

Nehmen wir als Beispiel etwa das traditionelle Modell von Ehe und Familie, das in Art. 6 des Grundgesetzes festgeschrieben erscheint, und das dennoch von der Gesellschaft so weitgehend im Stich gelassen wird.⁴⁸ Wie lange wird hier der Verfassungskonsens von 1949 standhalten? Wird die Verfassungsgarantie nur deshalb weiter dauern, weil ein Dissens allein keine neue Formel ergibt? Wird die Gesellschaft sich wieder auf die Werte von Ehre und Familie, wie sie 1949 gemeint waren, hin orientieren? Oder wird die Entwicklung des einfachen Gesetzes, seiner Anwendung und vor allem der gesellschaftlichen Wirklichkeit einfach den Boden unterspülen, auf dem die Norm steht? Wir wissen es nicht.

Es ist auch hier nicht der Ort, darüber weiter zu rätseln. Warum hier davon die Rede ist, ist dies: welche Werte von der Rechtsordnung verwirklicht werden, bleibt auch und gerade im Verfassungsstaat immer eine gesellschaftliche Leistung. Die Grundwertediskussion, die in den späten siebziger Jahren in diesem Lande stattgefunden hat,⁴⁹ hat das deutlich bewußt gemacht. Das Grundgesetz hatte – unter dem Schock der nationalsozialistischen Entartung – viele traditionelle, weitgehend auch christliche Werte aufgenommen. Die Gesellschaft entfernte sich zunächst langsam, dann immer schneller davon. Der Geltungszugang der Grundwerte folgte die Geltungsenttäuschung. Die Grundwertediskussion war weitgehend davon ausgegangen, die Geltungsenttäuschung denen, die in Politik und Rechtsleben zuständig erschienen, als Geltungsverrat vorzuwerfen. Letztlich hat sie gezeigt, daß das Recht nicht von sich aus lebt. Wie Rudolf Jhering uns gelehrt hat: das Recht ist so gut, wie darum gekämpft wird.⁵⁰ Diesem Kampf eine gute Ordnung zu sein, ist das Verdienst und der Auftrag der Verfassungsordnung des demokratischen Rechtsstaats. Ersetzen kann sie ihn nicht.

⁴⁸ S. die Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zum Thema „Verfassungsgarantie und sozialer Wandel. Das Beispiel von Ehe und Familie“ den Referaten von A. Frhr. v. Campenhausen und H. Steiger, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Bd. 45, 1987.

⁴⁹ S. noch einmal Fn. 17.

⁵⁰ R. Jhering, Der Kampf ums Recht, 1872 (7. Aufl. 1984).

V. Der Pluralismus als gesellschaftliche Leistung

Aber auch der Pluralismus selbst ist nicht nur eine rechtliche, sondern auch eine gesellschaftliche Leistung. Die Gesellschaft kann Pluralismus nicht auf die Dauer verwirklichen, ohne die angemessenen Institutionen, Verfahren und Normen zu entwickeln. Aber Institutionen, Verfahren und Normen allein können Pluralismus weder produzieren noch bewahren. Wird er von der Gesellschaft nicht getragen, laufen die Institutionen, Verfahren und Normen leer. Entweder sie werden nicht in Anspruch genommen. Oder diejenigen, die sie in Anspruch nehmen, werden von den sozialen Sanktionen erdrückt, die sie damit gegen sich auslösen. Aber auch: zuviel fundamentalistische, integralistische, auf Absolutheit zielende Inanspruchnahme pluralistischer Institutionen und Verfahren kann diese überfordern. Wir kennen die Schwierigkeiten freiheitlicher Ordnung, sich gegen die Feinde der Freiheit zu verteidigen.

Wie wird nun der Pluralismus geleistet? Darauf ließe sich eine enthusiastische, aber vielleicht nicht sehr realistische Antwort geben: Pluralismus wird geleistet, indem das Gelten und die Selbstverwirklichung möglichst vieler bejaht und eine Rechtsordnung gestaltet und verwirklicht wird, die das entfaltet. Und es gibt eine pessimistische, aber vielleicht realistischere Antwort: Pluralismus wird geleistet, indem das Anders-Sein der anderen ertragen und eine Rechtsordnung hingenommen wird, die es schützt, ja ihm Chancen gibt, sich im Prozeß der Auseinandersetzung, der Klärung und der Vergewisserung durchzusetzen. Dieses pluralistische Minimum ist ebenso wesentlich wie das andere, daß kein anderer Weg – weder der autoritärer Herrschaft noch der gesellschaftlicher Macht oder gar Gewalt – in Anspruch genommen wird, um gegen die jeweils anderen durchzusetzen, was die einen für wahr, gut oder sonstwie richtig halten.

Pluralismus wird so zu einer doppelten Anstrengung: der Anstrengung des Einsatzes – des immer neuen Einsatzes für das, was man für wahr, gut und richtig hält; und der Anstrengung der Geduld – der Geduld, wenn das eigene nicht gilt, der Geduld, wenn das andere gilt. Und gerade hier, indem das sanfte Wort Geduld fällt, sind wir im Auge des pluralistischen Taifuns. Ist diese Geduld doch immer auch Verzicht: auf Verhältnisse, die man mag, auf Lebensumstände, an denen man hängt, auf Hoffnungen, an denen das Herz hängt. Aber mehr noch ist diese Geduld immer auch ein Verrat: ein Verrat an den eigenen Interessen, ein Verrat an der eigenen Meinung, ein Verrat an den Gütern anderer, ein Verrat an abso-

luten Gütern, ein Verrat nicht nur am Opportunen, sondern am Notwendigen, ein Verrat am Richtigen, Guten, Wahren. Gerade hier zeigt sich, in welchem Maße Pluralismus eine moralische Leistung ist. Pluralismus ist ein Wort hinter den Werten. Je mehr uns an den Werten davor liegt, je größer unsere Verantwortung für die Werte davor ist, desto schwerer fällt es, sie dem Wert dahinter – wie es scheint – zu opfern. Gerade dieses Opfer aber ist, wie so oft, die entscheidende sittliche Leistung.

Ein Beispiel dafür, wie sehr der Pfad dieser Tugend verlassen ist, gaben die Auseinandersetzungen um Rushdies „Satanische Verse“. Auf der einen Seite stellte sich der Westen ganz einseitig auf die Seite der Freiheit Rushdies, zu kränken, was den Muslimen heilig ist. Auf der anderen Seite verweigerte der Islam Rushdie, was der Pluralismus dem Außenseiter schuldet: den Mechanismus der Auseinandersetzung, der Klärung und der Vergewisserung. Das haben die westlichen Staaten zu Recht verurteilt. Das Verhalten Rushdies haben sie dagegen einseitig gebilligt. Verrat am Pluralismus war wohl beides.

VI. Entwicklungen des Pluralismus in der Bundesrepublik Deutschland

Rechtsordnung und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland stehen da gewiß vor großen Sorgen. Die spezifische Situation der Nachkriegszeit hat für die Anfangsphase der Bundesrepublik Deutschland eine fast ideale pluralistische Situation geschaffen. Breite Konsense führten dazu, daß die Verfassungsordnung einerseits wesentliche Grundwerte positiv etablieren, andererseits der Freiheit und damit dem Pluralismus seinen Lauf lassen konnte. Um Rousseau⁵¹ zu variieren: Die *volonté générale* hat es der Freiheit leicht gemacht.

In den folgenden Jahrzehnten entwickelten sich die gesellschaftlichen Wertvorstellungen in einer Weise, die sich mit dem, worin die Väter des Grundgesetzes übereinstimmten, nicht mehr decken. Das Spektrum der gesellschaftlichen Auffassungen hat sich geweitet. Die Verfassungswirklichkeit – nicht zuletzt die Ausfüllung der Verfassung durch den Gesetzgeber – hat sich dem vielfach angepaßt. Im übrigen ist eine Fülle von Kontroversen offen.

⁵¹ S. Fn. 26.

In der schon zitierten Grundwertediskussion der späten siebziger Jahre⁵² hat die Generation von politisch und rechtlich Verantwortlichen, die sich mit den Konsensen von 1949 verbunden wußten, eine Zwischenbilanz dieser Entwicklungen gezogen. Liest man heute jedoch die Grundwertedebatte und vergleicht man sie mit dem Spektrum öffentlicher Diskussion unserer Tage, so kommt einem die Grundwertedebatte schon fast romantisch vor. Wie schmal war das Band der Dissense? In aller Stille hat sich inzwischen ein Generationenwechsel vollzogen. Das wichtigste Stichwort ist: „Individualisierung“⁵³: Individualisierung der Lebensstile, Individualisierung des Arbeitslebens,⁵⁴ Individualisierung der familiären Lebensmuster.⁵⁵ Ein neuer Geist der Freiheit geht um: der Geist einer umfassenden Entpflichtung und einer ebenso umfassenden Berechtigung. Eine unendliche Vielzahl gesellschaftlicher Entwürfe soll jeweils zwar zum Maß der anderen werden. Selbst aber ist man voller Vorbehalte, sich ihnen bindend einzufügen. Ich will mich hier nicht in Gesellschaftskritik ergehen. Doch ist offensichtlich, daß dies eine ganz neue Herausforderung des Pluralismus darstellt. Man könnte, zieht man den Wandel der Werte und das weite Spektrum auch widersprüchlicher Wertvorstellungen in Betracht, Angst vor einem Kollaps des Pluralismus bekommen.⁵⁶ Oder um noch einmal Rousseau zu variieren⁵⁷: Die Freiheit hat es erst der *volonté générale* und dann sich selbst schwer gemacht.

⁵² S. Fn. 17.

⁵³ S. z. B. *H.-J. Hoffmann-Nowotny*, Gesamtgesellschaftliche Determinanten des Individualisierungsprozesses, *Zeitschrift für Sozialreform* 34. Jg. (1988), S. 659 ff.

⁵⁴ S. z. B. *M. Landenberger*, Flexible Arbeitszeitformen im Spannungsfeld von ökonomischer Liberalisierung und sozialem Schutzbedarf, *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 21/1987, S. 15 ff.; *M. Dieck*, Erwerbsarbeit im Kontext individueller Wohlfahrtsoptimierung: Langfristig angelegte Bewertungsänderungen von Arbeit und Privatleben, *Sozialer Fortschritt* 37. Jg. (1988), S. 46 ff.

⁵⁵ S. z. B. Bundesministerium für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit, *Nicht-eheliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland*, 1985; Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages 1988 zu dem Thema „Empfiehlt es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln?“ mit dem Gutachten von *M. Lieb* (Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, Bd. I Gutachten, 1988 Teil A) und den Referaten von *U. Schmidt-Aßmann* und *B. v. Maydell* (ebd. Bd. II, 1988, Teil I); *A. Napp-Peters*, Ein-Elternteil-Familien. Soziale Randgruppe oder neues familiales Selbstverständnis?, 1985; *K.-P. Kruber*, Die Lebenssituation von alleinerziehenden Müttern und Vätern, *Zeitschrift für Sozialreform* 34. Jg. (1988), S. 89 ff.

⁵⁶ S. *Pawlowski* (Fn. 15), S. 356: „Und ich füge hinzu, daß es auch noch nicht ausgemacht ist, ob ein pluralistischer Staat überhaupt auf Dauer lebensfähig ist, weil wir mit ihm noch zu wenig Erfahrung haben.“

⁵⁷ S. noch einmal Fn. 26.

Während wir noch darüber nachdenken, ist die Entwicklung längst in eine neue Runde gegangen. Die Gesellschaft steht vor gänzlich neuen internationalen, interethnischen und kulturellen Öffnungen, Spannungen und Verwerfungen.⁵⁸ Die Entwicklungen in den früher oder noch „sozialistischen“ Staaten verändern auch in unserem Land die Konstellation der Werte und Kräfte. Im Prozeß der deutschen Einigung findet das extremen und höchst eigenartigen Ausdruck. Was ergibt sich aus Erziehung, Erfahrung, Emotion und Kalkül von „hüben“ und „drüben“ für den „gesamtdeutschen“ Pluralismus? Fremdes und Vertrautes, Neues und Altes treten sich neu gegenüber. Neue Überzeugungen geben sich absolut, alte und neue Werte bedürften auf neue Weise der Schonung. Und beides gibt ganz neue Koalitionen. Neue Versuchungen entstehen, die Pfade engagierter und geduldiger pluralistischer Auseinandersetzung, Klärung und Vergewisserung zu verlassen und das eigene Gesetz zum Gesetz der anderen zu machen.

In dieser Situation bedarf es aller sittlichen Kraft und aller politischer Klugheit, den Wert hinter den Werten zu erhalten: die pluralistische Ordnung, den pluralistischen Prozeß, den pluralistischen Konsens.

VII. Der Primat der Mechanismen

Es kam darauf an, zu zeigen, daß das angemessene Verhältnis zwischen dem Menschen und der Gemeinschaft keine Sache fester Formeln, sondern die Sache eines offenen Systems normativer Aussagen, institutioneller Vorkehrungen und prozeduraler Maximen ist. Die historische Erfahrung lehrt zwar, daß der Staat, indem er sich in einem offenen System organisiert, nicht nur der Menschenwürde die größten Chancen gibt, sondern auch das Risiko der Verirrung, der Verletzung des Menschen durch den Menschen, eingeht.⁵⁹ Die Alternative ist nur, ein geschlossenes System zu etablieren – ein System der definitiven normativen Aussagen, der autoritären Institutionen und der Verfahren, deren Ergebnisse fest-

⁵⁸ S. z. B. G. Schult (Hg.), *Einwanderungsland Bundesrepublik Deutschland?* 1982; D. Tränhardt, *Die Bundesrepublik Deutschland – ein unerklärtes Einwanderungsland*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 24/1988, S. 3 ff. Für einen beispielhaften Problembe-
reich s. H. F. Zacher, *Elternrecht*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*,
Bd. VI, 1989, S. 272 ff. und die dortigen Hinweise.

⁵⁹ S. noch einmal die Beiträge bei Utz (Fn. 4).

stehen, ehe sie beginnen. Gewiß: Wenn diese Alternative auf der wahren Einsicht in das, was die Menschenwürde erfordert, beruht, ist der Sieg der Menschenwürde total. Aber wenn diese Alternative die Menschenwürde verletzt oder auch nur verfehlt, geschieht auch dies total, endgültig, nicht vorläufig, irreparabel, ohne die Hoffnung auf Heilung.

Nicht das geschlossene System der richtigen Inhalte also ist der Weg, den die Menschenwürde verlangt.⁶⁰ Vielmehr ist es die richtige Differenzierung des Systems der Normen, Institutionen und Verfahrensweisen und im Gefüge dieser Differenzierung der nicht absolute, aber doch wirkmächtige Anspruch dessen, was jeder von uns über die Menschenwürde sicher zu wissen meint und was jeder von uns daraus für Gestalt und Auftrag des Gemeinwesens folgert.⁶¹

Manchem wird hier zu wenig von den richtigen Inhalten und zuviel von dem System der Auseinandersetzung, Klärung und Vergewisserung die Rede sein. Aber dies ist in der Tat der entscheidende Punkt: daß es für ein freies Gemeinwesen auf diese Mechanismen ankommt und auf den Geist, mit dem sie sie trägt und erfüllt.⁶²

Zeichnen sich die totalitären Gemeinwesen, die wir verabscheuen, denn wirklich durch Inhalte aus? Ist es nicht die Abwesenheit eines menschenwürdigen, den Einzelnen bejahenden Systems der Auseinandersetzung und Entscheidung, die sie so schrecklich macht? Welche Inhalte könnten sie zur Geltung bringen, wenn da Mechanismen wären, die das Gemeinwesen zum Einzelnen hin öffnen, dem Einzelnen Geltung verschaffen? Ist nicht alle Erleichterung, alle Hoffnung, alle Entwicklung, die jetzt durch Osteuropa geht, eine Frucht veränderten Verlangens nach Institutionen und Verfahren, schließlich veränderter Bereitschaft zu Institutionen und Verfahren? Perestrojka und Glasnost haben nicht zuerst Inhalte geändert. Perestrojka und Glasnost haben zuerst das System der Auseinandersetzung und Entscheidung geändert. Das gab Raum für immer mehr Pluralität der Inhalte.

Mit Schaudern haben wir in den letzten Jahren gehört, wie es sich auswirkt, wenn islamische Länder den Koran zum Gesetz machen, um ihn buchstäblich anzuwenden. Aber erneut frage ich: wäre dies so

⁶⁰ S. W. *Maihofer*, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968.

⁶¹ S. noch einmal Fn. 36.

⁶² Eine weiträumige Analogie dazu bilden die prozeduralen Theorien der Wahrheit und der Gerechtigkeit. S. dazu A. *Kaufmann*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Bayerische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse. Sitzungsberichte Jg. 1989, Heft 7; *ders.*, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 1990.

schrecklich, wenn angemessene Mechanismen der Auseinandersetzung, der Klärung und der Vergewisserung der Menschen in diesen Ländern erlauben würden, die Verschiedenheit der Meinungen, der Erfahrungen und der Standpunkte in die Auslegung des Korans einzubringen?

Machen wir ein letztes Experiment. Gewiß wird es Christen geben, die es für richtig hielten, die Heilige Schrift zum obersten Gesetz des Landes zu machen. Und sie könnten meinen, den Menschen nichts besseres tun zu können. Wollte ein Staat aber die Heilige Schrift zu seinem obersten Gesetz machen, was würde das wirklich über die Lage des Einzelnen in diesem Gemeinwesen sagen, wenn die Umsetzung dieser Wahrheit in die Wirklichkeit des Gemeinwesens sich nicht über Mechanismen der Auseinandersetzung, Klärung und Vergewisserung vollzieht, in denen auch der Einzelne sich und das, wie er jene Wahrheit versteht, einbringen kann?