

DER STAAT

ZEITSCHRIFT FÜR STAATSLEHRE UND VERFASSUNGSGESCHICHTE,
DEUTSCHES UND EUROPÄISCHES ÖFFENTLICHES RECHT

Herausgegeben von

Ernst-Wolfgang Böckenförde,
Armin von Bogdandy, Winfried Brugger,
Rolf Grawert, Johannes Kunisch, Christoph Möllers,
Fritz Ossenbühl, Walter Pauly, Helmut Quaritsch,
Barbara Stollberg-Rilinger, Andreas Voßkuhle, Rainer Wahl



49. Band 2010

DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

DER STAAT

Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte,
deutsches und europäisches Öffentliches Recht

Gegründet von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Johannes Broermann, Gerhard Oestreich, Roman Schnur, Werner Weber, Hans J. Wolff.

Herausgegeben von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Freiburg / Armin von Bogdandy, Heidelberg / Winfried Brugger, Heidelberg / Rolf Grawert, Bochum / Johannes Kunisch, Köln / Christoph Möllers, Berlin / Fritz Ossenbühl, Bonn / Walter Pauly, Jena / Helmut Quaritsch, Speyer / Barbara Stollberg-Rilinger, Münster / Andreas Voßkuhle, Freiburg / Rainer Wahl, Freiburg.

Redaktion: Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg / Prof. Dr. Christoph Möllers, Unter den Linden 6, 10099 Berlin / Prof. Dr. Walter Pauly, Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena / Prof. Dr. Barbara Stollberg-Rilinger, Domplatz 20-22, 48143 Münster / Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, Platz der Alten Synagoge 1, 79085 Freiburg.

Geschäftsführender Redakteur: Prof. Dr. Winfried Brugger, Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg, E-mail: bruggew@jurs.uni-heidelberg.de

ZSA 1880 B

49

2010

LSA-Jur

UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
HEIDELBERG

1086423

Alle Rechte vorbehalten

© 2010 Verlag Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9, 12165 Berlin
Tel.: +49 (0)30 / 79 00 06-0, Fax: +49 (0)30 / 79 00 06-31
www.duncker-humblot.de

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

ISSN 0038-884X (Print-Ausgabe) / ISSN 1865-5203 (Online-Ausgabe)

Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

49. Band · 2010 · Heft 1/4

Abhandlungen und Aufsätze

<i>Anne van Aaken</i> , Regulierung durch Transparenz: Verhaltensregeln für Parlamentarier und ihre Realfolgen	369
<i>Armin von Bogdandy/Philipp Dann/Matthias Goldmann</i> , Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance	23
<i>Winfried Brugger</i> , Georg Jellinek als Sozialtheoretiker und Kommunitarist	405
<i>Christian Bumke</i> , Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung. Am Beispiel des Ausschlusses der privaten Vermittlung staatlicher Lotterien und ihrer bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle	77
<i>Ekkehard Felder</i> , Semantische Kämpfe außerhalb und innerhalb des Rechts	543
<i>Klaus Ferdinand Gärditz</i> , Strafbegründung und Demokratieprinzip	331
<i>Rolf Grawert</i> , Das Grundgesetz im Lichte seiner Grundrechte. Eine judikative Entwicklungsgeschichte	507
<i>Christian Hillgruber</i> , Deutsche Revolutionen – „Legale Revolutionen“? Über den legitimatorischen Mehr- oder Minderwert (des Anscheins) verfassungskontinuierlicher Legalität	167
<i>Hasso Hofmann</i> , Politik durch Wissenschaft überholen – Der Atlantis-Traum der Aufklärer	1
<i>Birgit Schmidt am Busch</i> , Postmortaler Würdeschutz und gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit	211
<i>Christian Waldhoff</i> , Der Widerstand gegen den Nationalsozialismus und das Grundgesetz	51
<i>Michael Welker</i> , Theologie und Recht	573

Berichte und Kritik

<i>Carsten Bäcker</i> , Theologie als Wissenschaft. Eine Antwort auf Hans Michael Heinig	477
<i>Max Bauer</i> , Das Verstummen eines Parlaments. Die Rede zu Protokoll – Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Einführung der schriftlichen Parlamentsdebatte durch den neuen § 78 Abs. 6 GOBT	587

<i>Pascale Cancik</i> , Vom Charme formaler Anknüpfungen im Parlamentsrecht Zur Änderung des Auftrags eines Untersuchungsausschusses	251
<i>Philipp Dann</i> , Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität	630
<i>Stefan Haack</i> , L'État – qu'est-ce que c'est? Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht und ihre Methoden nach sechzig Jahren Arbeit mit dem Grundgesetz ..	107
<i>Shu-Perng Hwang</i> , Grundrechtsoptimierung durch (Kelsensche) Rahmenord- nung. Zugleich ein Beitrag zur grundrechtsoptimierenden Funktion der un- bestimmten Rechtsbegriffe am Beispiel „Stand von Wissenschaft und Tech- nik“	456
<i>Niels Petersen</i> , Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?	435
<i>Anja Seibert-Fohr</i> , Richterbestellung im Verfassungswandel – Der Einfluss des Individualrechtsschutzes auf Funktion und Auswahl oberster Richter in Europa	130
<i>Thorsten Siegel</i> , Neue Querschnittsaufgaben und Gewaltenteilung. Zur Verein- barkeit der neuen IT-Strukturen und damit verbundener Beschaffungen mit der vertikalen und der horizontalen Gewaltenteilung	299
<i>Jan Christoph Suntrup</i> , Zur Verfassung der deliberativen Demokratie. Struktu- relle Probleme und Perspektiven	605
<i>Alexander Thiele</i> , Art. 33 Abs. 4 GG als Privatisierungsschranke. Zugleich Anmerkung zum Urteil des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs vom 05.12.2008, 2/07	274

Buchbesprechungen und Buchanzeigen

<i>Dähne, Harald</i> , Forschung zwischen Wissenschaftsfreiheit und Wirtschaftsfrei- heit. Dargestellt anhand der Forschung und Verwertung ihrer Erkenntnisse in der Bio- und Gentechnik (<i>Michael Fehling</i>)	647
<i>Danwitz, Thomas von</i> , Europäisches Verwaltungsrecht (<i>Timo Tohidipur</i>)	655
<i>Debus, Alfred G.</i> , Verweisungen in deutschen Rechtsnormen (<i>Johannes Saurer</i>)	494
<i>Häberle, Peter</i> , Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfas- sungsstaates (<i>Rainer Schmidt</i>)	492
<i>Huber, Peter Michael</i> , Staat und Wissenschaft (<i>Michael Fehling</i>)	650
<i>Jackson, Vicki C.</i> , Constitutional Engagement in a Transnational Era (<i>Winfried Brugger</i>)	326
<i>Jakobs, Günter</i> , Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechts- philosophie (<i>Dietmar von der Pfordten</i>)	503
<i>Kremer, Carsten</i> , Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staats- rechtslehre des Carl Friedrich von Gerber (<i>Martin Otto</i>)	498
<i>Mücl, Stefan</i> (Hrsg.), Das Recht der Staatskirchenverträge. Colloquium aus Anlass des 75. Geburtstags von Alexander Hollerbach (<i>Michael Droege</i>)	157
<i>Müller, Jörg</i> , Paul/Schefer, Markus, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl. (<i>Helmut Goerlich</i>)	159

<i>Osterkamp, Jana</i> , Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920– 1939): Verfassungsidee – Demokratieverständnis – Nationalitätenproblem (<i>Mahulena Hofmann</i>)	491
<i>Schenke, Ralf P.</i> , Die Rechtsfindung im Steuerrecht. Konstitutionalisierung, Europäisierung, Methodengesetzgebung (<i>Markus Heintzen</i>)	163
<i>Schneider, Jens-Peter</i> (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa, Bd. 1: England und Wales, Spanien, Niederlande (<i>Diana Zacharias</i>)	323
<i>Waldhoff, Christian</i> , Staat und Zwang. Der Staat als Rechtsdurchsetzungsin- stanz (<i>Matthias Kötter</i>)	501
<i>Walther, Manfred</i> /Brieskorn, Norbert/Waechter, Kay (Hrsg.), Transformation des Gesetzesbegriffs im Übergang zur Moderne? Von Thomas Aquin zu Fran- cisco Suárez (<i>Thomas Vesting</i>)	496
<i>Ziemann, Benjamin</i> /Mergel, Thomas (Hrsg.), European Political History, 1870– 1913 (<i>Christian Müller</i>)	652

Verzeichnis der Mitarbeiter

van Aaken, Anne	369
Bäcker, Carsten	477
Bauer, Max	587
von Bogdandy, Armin	23
Brugger, Winfried	326, 405
Bumke, Christian	77
Cancik, Pascale	251
Dann, Philipp	23, 630
Droege, Michael	157
Fehling, Michael	647, 650
Felder, Ekkehard	543
Gärditz, Klaus Ferdinand	331
Goerlich, Helmut	159
Grawert, Rolf	507
Haack, Stefan	107
Heintzen, Markus	163
Hillgruber, Christian	167
Hofmann, Hasso	1
Hofmann, Mahulena	491
Hwang, Shu-Perng	456
Kötter, Matthias	501
Müller, Christian	652

Otto, Martin	498
Petersen, Niels	435
von der Pfordten, Dietmar	503
Saurer, Johannes	494
Schmidt, Rainer	492
Schmidt am Busch, Birgit	211
Seibert-Fohr, Anja	274
Siegel, Thorsten	299
Suntrup, Jan Christoph	605
Thiele, Alexander	274
Tohidipur, Timo	655
Vesting, Thomas	496
Waldhoff, Christian	51
Welker, Michael	573
Zacharias, Diana	323

DER STAAT

ZEITSCHRIFT FÜR STAATSLEHRE UND VERFASSUNGSGESCHICHTE,
DEUTSCHES UND EUROPÄISCHES ÖFFENTLICHES RECHT

Herausgegeben von

**Ernst-Wolfgang Böckenförde,
Armin von Bogdandy, Winfried Brugger,
Rolf Grawert, Johannes Kunisch, Christoph Möllers,
Fritz Ossenbühl, Walter Pauly, Helmut Quaritsch,
Barbara Stollberg-Rilinger, Andreas Voßkuhle, Rainer Wahl**

49. Band 2010 Heft 1



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

ZSA 18305

DER STAAT

Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte,
deutsches und europäisches öffentliches Recht

Gegründet von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Johannes Broermann, Gerhard Oestreich, Roman Schnur, Werner Weber, Hans J. Wolff.

Herausgegeben von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Freiburg / Armin von Bogdandy, Heidelberg / Winfried Brugger, Heidelberg / Rolf Grawert, Bochum / Johannes Kunisch, Köln / Christoph Möllers, Berlin / Fritz Ossenbühl, Bonn / Walter Pauly, Jena / Helmut Quaritsch, Speyer / Barbara Stollberg-Rilinger, Münster / Andreas Voßkuhle, Freiburg / Rainer Wahl, Freiburg.

Redaktion: Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg / Prof. Dr. Winfried Brugger, Friedrich-Ebert-Anlage 6 – 10, 69117 Heidelberg / Prof. Dr. Walter Pauly, Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena / Prof. Dr. Barbara Stollberg-Rilinger, Domplatz 20–22, 48143 Münster / Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, Platz der Alten Synagoge 1, 79085 Freiburg.

Geschäftsführender Redakteur: Prof. Dr. Christoph Möllers, Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6, 10099 Berlin, E-mail: der.staat@rewi.hu-berlin.de

Alle Beiträge und Abbildungen in dieser Zeitschrift sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung des Verlages. Dies gilt auch für Übertragungen in eine von Maschinen verwendbare Sprache.

Keine Haftung für unverlangt eingereichte Manuskripte; Rückgabe erfolgt nur, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Einreichung des Manuskripts stellt ein Angebot zur Übertragung des ausschließlichen Verlagsrechts für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts dar. Die Annahmeerklärung kann förmlich erfolgen bzw. implizit durch Abdruck des Manuskripts ausgesprochen werden. Das übertragene Verlagsrecht schließt auch die Befugnisse zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie zu weiteren Vervielfältigungen zu gewerblichen Zwecken in jedem möglichen Verfahren ein. Dem Autor verbleibt die Befugnis, nach Ablauf eines Jahres anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen; ein eventuelles Honorar hieraus steht dem Autor zu.

Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich im Gesamtumfang von ca. 648 Seiten / Jahrgang. Beginnend mit Heft 1 / 2008 ist die Zeitschrift auch als Online-Ausgabe erhältlich. Der **Abonnementpreis (inkl. Online-Zugang)** beträgt jährlich € 168,- für Institutionen mit Online-Zugang für eine unbegrenzte Nutzerzahl an einem Standort, € 102,- für Privatpersonen und Institutionen mit einem personengebundenen Einzelzugang – Sonderpreise für Studenten gewähren wir auf Anfrage. Einzelhefte (ohne Online-Zugang) kosten € 32,-. Alle Preisangaben sind unverbindliche Preisempfehlungen und verstehen sich zzgl. Versandkosten.

Bestellungen können über jede Buchhandlung oder direkt an den Verlag gerichtet werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahresende erfolgen.

Einzelne Artikel werden unter www.atypon-link.com/DH/loi/staa (ab Jg. 2008) zum Download angeboten.

Weitere Hinweise zur Zeitschrift (auch Inhaltsverzeichnisse ab 2003) finden Sie unter: www.duncker-humblot.de/zeitschriften/staa

Verlag Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9, 12165 Berlin
Tel.: +49 (0)30/79 00 06 – 0, Fax: +49 (0)30/79 00 06 – 31
www.duncker-humblot.de

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

ISSN 0038-884X (Print-Ausgabe) / ISSN 1865-5203 (Online-Ausgabe)

Inhalt

Abhandlungen und Aufsätze

- Hasso Hofmann*, Politik durch Wissenschaft überholen – Der Atlantis-Traum der Aufklärer 1
- Armin von Bogdandy/Philipp Dann/Matthias Goldmann*, Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance 23
- Christian Waldhoff*, Der Widerstand gegen den Nationalsozialismus und das Grundgesetz 51
- Christian Bumke*, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung. Am Beispiel des Ausschlusses der privaten Vermittlung staatlicher Lotterien und ihrer bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle 77

Berichte und Kritik

- Stefan Haack*, L' État – qu'est-ce que c'est? Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht und ihre Methoden nach sechzig Jahren Arbeit mit dem Grundgesetz .. 107
- Anja Seibert-Fohr*, Richterbestellung im Verfassungswandel. Der Einfluss des Individualrechtsschutzes auf Funktion und Auswahl oberster Richter in Europa 130

Buchbesprechungen und Buchanzeigen

- Mücl, Stefan (Hrsg.), Das Recht der Staatskirchenverträge. Colloquium aus Anlass des 75. Geburtstags von Alexander Hollerbach (*Michael Droege*) 157
- Müller, Jörg Paul/Schefer, Markus, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl. (*Helmut Goerlich*) 159
- Schenke, Ralf P., Die Rechtsfindung im Steuerrecht. Konstitutionalisierung, Europäisierung, Methodengesetzgebung (*Markus Heintzen*) 163

Anschriften der Mitarbeiter

Prof. Dr. *Armin von Bogdandy*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg (bogdandy@mpil.de)

Prof. Dr. *Christian Bumke*, Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg (christian.bumke@law-school.de)

Dr. *Philipp Dann*, LL.M., Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg (pdann@mpil.de)

Matthias Goldman, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg (mgoldman@mpil.de)

Prof. Dr. *Stefan Haack*, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Adenauerallee 18–22, 53113 Bonn (Stefan.Haack@uni-bonn.de)

Prof. Dr. Dr. h.c. *Hasso Hofmann*, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, 10099 Berlin (hasso.hofmann@rewi.hu-berlin.de)

Dr. *Anja Seibert-Fohr*, LL.M., Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg (aseibert@mpil.de)

Prof. Dr. *Christian Waldhoff*, Universität Bonn, Rechtswissenschaftlicher Fachbereich, Kirchenrechtliches Institut – Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn (waldhoff@jura.uni-bonn.de)

POLITIK DURCH WISSENSCHAFT ÜBERHOLEN – DER ATLANTIS-TRAUM DER AUFKLÄRER

Von Hasso Hofmann, Berlin / Würzburg*

I. Der Staat der Philosophenkönige im Kampf mit *Atlantis*

Alles, was der Mensch für die allgemeine Wohlfahrt erreichen kann, beruht auf „richtige(r) Erkenntnis der Wahrheit“. Das ist der Kernsatz der „Deutschen“ (im Unterschied zu der später lateinisch geschriebenen) „Politik“ von *Christian Wolff*.¹ Sie erschien zu Lebzeiten dieses Königs der deutschen Aufklärungsphilosophie, des ersten deutschen Philosophen, der eine (alsbald die philosophischen Lehrstühle erobernden) Schule begründet hat, zwischen 1721 und 1747 in sechs unveränderten Auflagen und dann posthum noch einmal 1756. Wenn die Politik ihre hier von der aufgeklärten Vernunft definierten Ziele: Sicherheit und allgemeine Wohlfahrt in höchstmöglichem Maße erreichen will, muss sie danach auf wissenschaftliche Einsicht bauen. Davon, dass einst sie das Gemeinschaftsleben ordnet und lenkt, haben die Intellektuellen seit alters geträumt. Den Anfang macht bekanntlich *Platons* Plan eines Idealstaates in dem berühmten Dialog *Politeia* über die gute Verfassung eines Gemeinwesens, gemeinhin „Staat“ genannt. Danach sollen die Philosophen – so nennt Platon die geistig am besten Ausgebildeten und Trainierten – den obersten Stand der kraft ihrer Einsicht Herrschenden bilden aus und über der mittleren Kaste der Wächter und der untersten Schicht der Erwerbstätigen. Außer der Beherrschung von Arithmetik, Geometrie, Stereometrie und Astronomie, Harmonielehre und dialektischer Methode müssen sie von der Einsicht in die Idee des Guten her auch Einsicht haben in das, was für die Errichtung des Staates nach Platon das „Allergrößte und Notwendigste“ ist: *to dikaion*, das Gerechte; denn dies ist es, was das Ganze zusammenhält.

„Wenn nicht [...] entweder die Philosophen Könige werden in den Staaten“, lautet die wohl berühmteste Sentenz in *Platons Politeia*,

* Erweiterte und mit Nachweisen versehene Fassung eines Vortrags, den der Verf. im Rahmen einer Tagung der Bayer. Akademie der Wissenschaften „Wissenschaft und Politik“ am 15. Oktober 2009 in München gehalten hat.

¹ C. Wolff, Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen („Deutsche Politik“), bearb., eingel. u. hrsg. v. H. Hofmann, 2004, § 309 (S. 231 f.).

THEOLOGIE UND RECHT

Von Michael Welker, Heidelberg

Es gibt viele interdisziplinäre Bezüge zwischen Rechtswissenschaft und Theologie. Das Staatskirchenrecht, heute auch Religionsverfassungsrecht genannt¹, und das Kirchenrecht erfordern unabdingbar die Zusammenarbeit beider Disziplinen.² Der Themenkomplex der Menschenrechte, ob mit oder ohne naturrechtliche Begründungsbemühungen bearbeitet,³ lässt sich historisch gar nicht und systematisch nur schwer ohne Kooperation zwischen Rechtswissenschaft und Theologie erschließen. Aber auch Themenfelder wie Rechtsethik,⁴ Friedensethik⁵ oder Zivilgesellschaft und Zivilreligion⁶ können ohne Zusammenarbeit beider Fakultäten und ohne wechselseitiges Lernen kaum fruchtbar bearbeitet werden. Die Interdependenzen von Recht, Religion, Politik, Philosophie und Bildung sind in vielen Epochen der Menschheitsgeschichte evident und erfordern in ihrer historischen Rekonstruktion interdisziplinäre Zusammenarbeit. Klassiker in Rechtswissenschaft und Theologie, die sich wirkmächtig mit der jeweils anderen Disziplin befasst haben, laden zu immer neu lernender Interpretation ein. Unerschöpflich sind die Problem- und Themenfelder, in denen Juristen und Theologen sich gemeinsam in einem beide Seiten zugleich herausfordernden Erfahrungs-, Theorie- und Forschungsfeld betätigen können oder betätigen sollten.⁷

¹ *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, 2006; *Hans Michael Heinig/Christian Walter*, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? Ein begriffspolitischer Grundsatzstreit, 2007.

² Gerhard Rau/Hans-Richard Reuter/Klaus Schlaich (Hrsg.), Das Recht der Kirche, Bde. I–III, 1994–1997.

³ *Karl Peter Fritzsche*, Menschenrechte. Eine Einführung mit Dokumenten, 2004.

⁴ *Wolfgang Huber*, Gerechtigkeit und Recht. Grundlinien christlicher Rechtsethik, 3. Aufl. 2006.

⁵ *Wolfgang Huber/Hans-Richard Reuter*, Friedensethik, 1990.

⁶ *Wolfgang Vögele*, Zivilreligion in der Bundesrepublik Deutschland, 1994; *Robert N. Bellah*, The Broken Covenant: American Civil Religion in Time of Trial, 2nd ed., Chicago 1992.

⁷ Die Weite des Themenspektrums allein in der europäischen Moderne können die folgenden Veröffentlichungen markieren: *Christoph Strohm*, Calvinismus und Recht: Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen in der Frühen Neuzeit, 2008; und der aus einem Münsteraner juristisch-theologischen Doktoranden-seminar hervorgegangene Band Werner Krawietz/Michael Welker (Hrsg.), Kritik der Theorie sozialer Systeme. Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk, 2. Aufl. 1998.

Was aber liegt diesen vielfältigen inhaltlichen Zusammenhängen und thematischen Überschneidungen zugrunde? Der folgende Beitrag will versuchen, historisch und systematisch grundlegende normative Zusammenhänge von Recht, Religion und humaner Moral in den abendländischen Überlieferungen und Kulturen freizulegen. Aus der Perspektive einer rechtsgeschichtlich und rechtsethisch interessierten Theologie wird ein Formen-zusammenhang vor Augen gebracht, der zentrale Interdependenzen rechtlicher, religiöser und ethisch-moralischer Rationalitäten verstehen lässt. Wer diese Interdependenzen erfasst und durchdenkt, wird erkennen, dass die interdisziplinäre Zusammenarbeit und Auseinandersetzung zwischen Rechtswissenschaft und Theologie zumindest in unseren Kulturkreisen aufgrund gemeinsamer inhaltlicher und systematischer Entwicklungsgrundlagen auf Dauer unverzichtbar bleiben wird. Denn dieser Formenzusammenhang stellt geradezu ein Rückgrat unserer abendländischen Kultur dar: ein normativer Tiefenzusammenhang, der mit der Rede von den „abendländischen Werten“ oft beschworen, aber kaum analytisch erfasst worden ist.

Ich gehe aus von über 2500 Jahre alten biblischen Erkenntnissen über die systematische Verflechtung rechtlicher, ethisch-moralischer und religiöser Erkenntnisse und kultureller Errungenschaften. Vor knapp 2000 Jahren bezeichnet Matthäus im Neuen Testament als „das Wichtigste“, als das Schwerwiegende des Gesetzes „das Recht, das Erbarmen und den Glauben, die *pistis*“ (Mt 23,23). Tatsächlich enthalten die großen Gesetzeskorpora des Tanach, der alttestamentlichen Überlieferungen, – *das Bundesbuch* (Ex 20,22–23,33), *das Deuteronomium* (Dtn 4–26; 29 f.) und *die priesterschriftlichen Gesetze* (Ex 25–31; Lev 1–7; 11–26 und Num 1–3)⁸ – in unterschiedlichen Proportionen und Gewichtungen drei klar zu unterscheidende Gruppen von gesetzlichen Regelungen.

Es sind dies

- (1) Bestimmungen zur Grundlegung und zur Pflege des Rechts in der Regelung von Konflikten zwischen gleichgestellten Menschen (*the legal code of the law*);
- (2) Bestimmungen, die den routinemäßigen Schutz der Schwächeren und die systematische Wahrnehmung der Interessen der Schwächeren zum Ziel haben – ich habe vorgeschlagen, diese Bestimmungen „Erbarmensgesetze“ zu nennen (*the mercy code of the law*);⁹

⁸ Weitere für „das Gesetz“ des Alten Testaments relevante Texte bieten die so genannten Gesetzespsalmen wie die Psalmen 1, 9 und 119; Jesus Sirach 24, Baruch 3 und natürlich auch der Dekalog, die zweimal belegten „Zehn Gebote“ (Ex 20,2–17 und Dtn 5,6–21).

⁹ Michael Welker, *Security of Expectations. Reformulating the Theology of Law and Gospel*, *Journal of Religion* 66 (1986), S. 237; Michael Welker, *Recht in den biblischen Überlieferungen in systematisch-theologischer Sicht*, in: Hans-Richard Reuter (Hrsg.), *Das Recht der Kirche*, Bd. I, 1997, S. 390.

- (3) Regelungen, die den Kult, d. h. das öffentliche und allgemein anschlussfähige Verhältnis zu Gott, betreffen (*the cultic code of the law*).

Diese drei Gruppen von Bestimmungen lassen sich nicht einfach aufeinander zurückführen und reduzieren.

Zu (1): Die Rechtsbestimmungen gehen ursprünglich von einer Gemeinschaft gleichgestellter Personen aus und regeln, wie in Konfliktsituationen die Gleichstellung wieder herzustellen ist bzw. welche Ausgleichsoperationen dazu nötig sind.

Zu (2): Die Erbarmensgesetze gehen vom Zusammenleben von gleichgestellten und nicht gleichgestellten Personen aus und bestimmen, welche Formen von Selbstzurücknahme der Stärkeren zugunsten der Schwächeren erwartbar sind.

Zu (3): Die den Kult betreffenden Bestimmungen regeln – jedenfalls vordergründig betrachtet – die öffentlich koordinierte Kontaktaufnahme der Menschen mit Gott.

Trotz ihrer Unterschiedenheit stehen die drei Gruppen von Bestimmungen in vielfältigen systematischen Zusammenhängen, die die erstaunlichen normativen Bindekräfte des Gesetzes bedingen. Im Folgenden möchte ich einige dieser komplexen Zusammenhänge und die aus ihnen resultierenden normativen Bindekräfte erschließen. Dabei beziehe ich mich auf das so genannte „Bundesbuch“ (Ex 20,22–23,19).¹⁰ Die dabei zu gewinnenden Erkenntnisse können auch verständlich machen, warum „das biblische Gesetz“ (und seine säkularen Derivate) über weite Strecken der Kulturgeschichte hinweg nicht einfach als lästige religiös-moralische Zumutung, sondern als Regulativ freiheitlichen menschlichen Zusammenlebens angesehen worden sind.

Das Bundesbuch enthält in seinem Mittelteil eine Sammlung von Rechtsätzen zur Regelung von Konfliktfällen, die man „archaisches Recht“ genannt hat (Ex 21,12–22,19). Diese Sammlung der Rechtssätze ist nach beiden Seiten hin umgeben von „Erbarmensgesetzen“, ihr vorausgehend von einem „Sklavengesetz“ (Ex 21,1–21,11) und ihr nachfolgend von einer Sammlung gesetzlicher Regulierungen zugunsten von akut und chronisch Schwächeren wie Witwen, Waisen, Armen und Fremden (Ex 22,20–23,12). Die Erbarmensgesetze wiederum werden am Beginn und am Ende des Bundesbuches umrahmt von Gesetzen, die den Kult, den Gottesdienst im weiteren Sinne, betreffen (Ex 20,22–21,11 und 23,13 ff.).¹¹ In drei Abschnitten stelle ich diese

¹⁰ Ein Teil der Forscher – die Diskussion ist unentschieden – will den Umfang bis 23,33 bestimmt wissen. Auch der lange herrschende Konsens, das Bundesbuch sei das älteste unter den biblischen Gesetzeskorpora, wird inzwischen problematisiert. Für die folgenden Überlegungen sind aber die entwicklungsgeschichtlichen Datierungen nicht von Belang.

¹¹ Zum Bundesbuch allgemein: Ludger Schwienhorst-Schönberger, *Das Bundesbuch* (Ex 20,22–23,33). Studien zu seiner Entstehung und Theologie, 1990; Cornelis Houtman, *Das Bundesbuch: Ein Kommentar*, DMOA 24, Leiden 1997.

drei Elemente des Gesetzes kurz vor, die sich auch als rechtliche, ethisch-moralische und religiöse Elemente des Gesetzes bezeichnen lassen.

I. Archaisches Recht

Die archaischen Rechtssätze im Zentrum des Bundesbuchs (Ex 21,12 ff.) gehen offensichtlich von der Unterstellung einer Gemeinschaft gleichgestellter Personen aus und regeln die Wiederherstellung der Gleichstellung nach Konfliktsituationen durch eine öffentliche Rechtsprechung „im Tor“. Sie bestehen aus einem oft relativ differenziert ausformulierten Vordersatz, der die „*Tatbestandsdefinition*“, und einem Nachsatz, der die „*Rechtsfolgebestimmung*“ bietet, beide durch die „*Wenn-so*“-Formulierung verbunden. Z. B.:

- Ex 21,33: „*Wenn* jemand eine Zisterne offen lässt oder wenn jemand eine Zisterne gräbt und nicht zudeckt und ein Rind oder ein Esel hineinfällt, so soll der Besitzer der Zisterne Ersatz leisten . . .“
- Ex 21,35 f.: „*Wenn* jemandes Rind das Rind eines anderen stößt, so dass es eingeht, so soll man das lebende Rind verkaufen und den Erlös aufteilen; auch das verendete Rind soll man aufteilen.“

Einer weit verbreiteten Ansicht in der Forschung zufolge war „der kasuistische Rechtssatz“¹² . . . ursprünglich eine Erzählung von einem Rechtsstreit und seiner Schlichtung“¹³. Durch Abstraktionsprozesse wird die Erfahrung einer wiederholt erprobten und bewährten Schlichtung auf die Ebene des Rechtssatzes gebracht. Die mehrfache Billigung der erzielten Regelung durch eine Gemeinschaft ist wohl maßgeblich. Ferner lassen schon die frühen Rechtssätze erkennen, dass neben die Bewährung durch wiederholte öffentliche Zustimmung auch das Interesse an angemessener Kalibrierung, Konsistenz und Stimmigkeit zwischen den verschiedenen Rechtssätzen tritt. So werden z. B. Viehdiebstahl und (durch Verkauf oder Verzehr des Viehs) vertuschter Viehdiebstahl unterschieden. Sie werden – wohl auch zur Abschreckung – durch unterschiedlich hohe Ausgleichsleistungen differenziert.¹⁴ Oder es werden Mord und Totschlag unterschieden und mit unterschiedlichen Ausgleichsoperationen geahndet (vgl. Ex 21,12–14).

¹² Zur Wendung „kasuistisches Recht“ siehe *Albrecht Alt*, Die Ursprünge des israelitischen Rechts (1934), in: Siegfried Herrmann (Hrsg.), Zur Geschichte des Volkes Israel. Eine Auswahl aus den „Kleinen Schriften“, 1979, S. 20; siehe auch *Ralf Rothembusch*, Die kasuistische Rechtssammlung im ‚Bundesbuch‘ (Ex 21,2–11.18–22,16) und ihr literarischer Kontext im Licht altorientalischer Parallelen (AOAT 259), 2000, S. 408.

¹³ *Hans Jochen Boecker*, Recht und Gesetz im Alten Testament und im Alten Orient (NSB 10), 2. Aufl. 1984, S. 132.

¹⁴ „Findet man das Gestohlene, sei es Rind, Esel oder Schaf, noch lebend in seinem Besitz, dann soll er doppelten Ersatz leisten.“ (Ex 22,3) – „Wenn einer ein Rind oder Schaf stiehlt und es schlachtet oder verkauft, soll er fünf Stück Großvieh für das Rind oder vier Stück Kleinvieh für das Schaf als Ersatz geben.“ (Ex 22,37).

In diesem sog. archaischen Rechtsdenken sind mehrere leitende Rechtsideen oder Rechtsprinzipien erkennbar.¹⁵ Dies wird besonders deutlich, wenn wir von der berühmten *Talionsformel* ausgehen (Ex 21,23–25). Im Falle von besonderen Verletzungen bei körperlichen Auseinandersetzungen wird die Recht sprechende Instanz angewiesen: „Wenn ein Schaden entsteht, so sollst du geben Leben für Leben / Auge für Auge / Zahn für Zahn / Hand für Hand / Fuß für Fuß / Brandmal für Brandmal / Wunde für Wunde / Strieme für Strieme.“ Man hat das vielzitierte „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ fälschlich als Ausdruck eines *Vergeltungsdenkens* verstanden, das vom verletzten subjektiven Rechtsempfinden genährt wird, dessen Verlangen nach Ausgleich prinzipiell nicht zu befriedigen ist. Das „Auge für Auge, Zahn für Zahn“ kann also – fälschlich – als eine Rache- und Vergeltungsanweisung gelesen werden, die, so betrachtet, geradezu ein Eskalationsprogramm für Sippenfehden und Dauerkrieg darstellt. In Wahrheit aber soll die Talionsformel die Dynamik und Eskalation von Rache und Vergeltung gerade bremsen. Sie zielt auf eine *Begrenzung* der Schädigung, auf eine Verhinderung gerade jeder Eskalation. „Es geht darum, den durch die Schädigung ausgelösten Blutrachemechanismus auf ein Maß zu begrenzen, das das Überleben der betroffenen Gruppen ermöglicht . . . Die Eskalation der Vergeltung . . . soll durch die Anwendung der Talion verhindert werden. Man kann die Talionsformel deshalb paraphrasierend so wiedergeben: Nur *ein* Leben für ein Leben, nur *ein* Auge für ein Auge, nur *einen* Zahn für einen Zahn . . .“¹⁶ Damit wird sie zu einem wichtigen Schritt auf dem langen Weg zu humaneren Lösungen – etwa in Form von Kompensationszahlungen.¹⁷

Doch Strategien der Konfliktbegrenzung und Konfliktbeendigung allein erreichen noch nicht die Ebene rechtlicher Regelungen. Solche Konfliktbegrenzungen könnten auch durch brutale Einschüchterungsmaßnahmen erzielt werden, die dazu nötigen, sich resigniert mit dem Unrecht abzufinden. Auch eine „beruhigte Öffentlichkeit“ allein ist noch kein Maß einer gelungenen rechtlichen Regelung, da die Öffentlichkeit bekanntlich mehr oder weniger wach und sensibel auf Konfliktfälle reagieren kann und ohne genauere Kriterien „Beruhigung“ weder von niedrigen Graden der Beunruhigung noch von resignativen Unterdrückungsempfindungen zu unterschei-

¹⁵ Ich übernehme diese Ausdrücke von *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964.

¹⁶ *Boecker* (Fn. 13), S. 152.

¹⁷ *Konrad Schmid*, The Monetization and Demonetization of the Human Body: The Case of Compensatory Payments for Bodily Injuries and Homicide in Ancient Near Eastern and Ancient Israelite Law Books, in: Jürgen von Hagen/Michael Welker (Hrsg.), Money as God-Term? The Monetization of the Market and the Impact on Religion, Politics, Law and Ethics, im Erscheinen 2011; *Eckart Otto*, Zur Geschichte des Talions im Alten Orient und Israel, in: FS Kurt Koch, 1991; *ders.*, Körperverletzungen in den Keilschriftrechten und im Alten Testament: Studien zum Rechtstransfer im Alten Orient (AOAT 226), 1991.

den ist. Schließlich ist auch die irgendwie aktive Beteiligung der Öffentlichkeit an der Konfliktregulierung, für sich genommen, kein Kriterium für das Vorliegen einer rechtlichen Regelung. Selbst eine nach Erinnerung analoger Fälle und nach festen Gewohnheiten einen Konfliktfall zu allgemeiner Zufriedenheit beendige Öffentlichkeit hätte eine rechtliche Regelung noch nicht erreicht. Eine solche Regelung, die einer rechtlichen nahe zu kommen scheint, haben wohl die bisher genannten Abstraktionsleistungen erbracht. Dennoch erreichen sie das Niveau des Rechts nicht; sie bleiben auf der Ebene der Konvention.¹⁸

Das Niveau des Rechts wird erreicht, wenn der (abstrakt) thematisierte Konfliktfall und dessen Folgen in einer Form erfasst werden, die auch auf andere Arten von Konfliktfällen und deren Folgen angewendet werden kann. Nicht nur Viehdiebstähle (a, b, c, d), sondern auch Korndiebstähle (a, b, c, d), ja sogar Menschen diebstähle oder Körperverletzungen werden erkennbar unter einem leitenden Gesichtspunkt betrachtet und geregelt; etwa nach dem Prinzip des *Ausgleichs*. Über den abstrahierend erfassten „Fällen“ wird also – auf einer zweiten Abstraktionsebene – ein Prinzip festgehalten, das Tatbestandsbestimmungen und Rechtsfolgebestimmungen aus verschiedensten Kontexten verbindet. Die durchaus vagen regulativen Rechtsideen oder Rechtsprinzipien wirken nun ihrerseits auf die Bestimmung, Erfassung und kalibrierende Begrenzung der Rechtsfälle zurück.

In den von uns betrachteten Fällen wirkt die *Ausgleichsoperation*, die von dem kasuistischen Rechtssatz bzw. von der Talionsformel ins Auge gefasst wird, als Begrenzung stiftendes Element. Mit einer bestimmten Ausgleichsbedürftigkeit wird der Fall eingeleitet, und mit dem Vollzug des Ausgleichs wird er abgeschlossen; im Blick auf die Ausgleichsoperation wird er erfasst, bestimmt und begrenzt. Ein Ausgleich des Ausgleichs kommt nicht in Frage. Ein durch Ausgleich abgeschlossener Rechtsfall ist nicht fortsetzbar. Die ausgleichsorientierte Objektivierung und Abstraktion aber zielt in der frühen Rechtsbildung in der Regel auf eine *Wiederherstellung* der Situation vor dem Konflikt oder auf eine symmetrische Beeinträchtigung oder Elimination auf der Verursacherseite. Die frühe Rechtsbildung, wie wir sie im Alten Testament finden, reagiert auf individuelle oder Individuen zurechenbare Eingriffe, die die Erwartungssicherheit anderer gefährden. Die so bestimmten Konflikte will die Rechtsbildung beheben, d. h. den dem

¹⁸ Dass diese Überlegungen systematisch von erheblicher Gegenwartsrelevanz sein können, zeigt die Diskussion zwischen Armin von Bogdandy und Robert Post über die mit Recht hohe oder eher problematische Bedeutung einer das Recht im Wissenschaftssystem mitgestaltenden akademischen Jurisprudenz gegenüber dem Ideal von dominanten „conversations between the (Supreme) Court and the people and their representatives“. Vgl. *Armin von Bogdandy*, The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe; *Robert C. Post*, Constitutional scholarship in the United States, in: *International Journal of Constitutional Law* 3 (2009), S. 364 und S. 416.

Konflikt vorangehenden Zustand wiederherstellen oder, wo dies nicht möglich ist, den Konflikt ausgleichsorientiert begrenzen.

Die vergangenen Konflikte werden also nicht – literarisch – mit der Intention der Weckung von Lust und Leiden am Individuellen und Konkreten unter Aufgebot aller narrativen Begabung und Phantasie in ihrer Vernetzung, in ihrer Eingebundenheit in mannigfache Lebensverhältnisse dargestellt, so dass sie in ihrer bedeutsamen Einmaligkeit, Unvergleichlichkeit, Unabschließbarkeit und in Genese und Folgen als abgründig und unüberschaubar eindrucklich werden. Die vergangenen Konflikte werden vielmehr isoliert, als abgeschlossene, begrenzte Fälle behandelt, sie werden typisiert. Dies erfolgt nicht nur durch einen Abstraktionsprozess, sondern durch eine Erfassung der abstrahierend „erinnerten“ Fälle unter einem Rechtsprinzip, z. B. dem des Ausgleichs. Auf dieser zweistufigen Ebene der Abstraktion und Objektivierung werden nun die gegenwärtigen konkreten und die kommenden Konflikte sozusagen „lesbar“ und rechtlich bearbeitbar gemacht.

Damit stehen wir vor der wohl beeindruckendsten Errungenschaft des frühen Rechtsdenkens: *Indem konkrete Konflikte rechtlich typisiert erfasst werden, ist ihr Abschluss und Ausgang im Großen und Ganzen bereits absehbar. Sie können – aufgrund der Abstraktion und Objektivierung des Rechts – behandelt werden wie im Prinzip vergangene Konflikte.* Konflikte werden, wenn sie rechtlich erfasst werden, als etwas *Schon-Dagewesenes* identifiziert, dessen Lösung nicht nur vertraut, sondern so gut wie bereits vollzogen ist. Sie sind entscheidbar, sie sind lösbar. Das steht schon in ihrer Erfassung, in ihrer Diagnose fest. Es handelt sich nicht um etwas von unvergleichlicher Individualität und unüberschaubarer Verflochtenheit, sondern um Ereignisse, die als Bekanntes, als *Schon-Dagewesenes* identifiziert werden, als eine *vergangene Gegenwart mit ihrer vergangenen Zukunft, eine Gegenwart, deren Fortsetzung absehbar, vertraut ist, deren Abschluss nun wiederholt, reproduzierbar werden kann.* Die auf der Ebene des Rechts erfassten typisierten Fälle und Probleme sind mit dieser Erfassung bereits entscheidbar, lösbar gewordene Probleme. Dabei handelt es sich um Erfahrungs- und Entdeckungsprozesse, deren Resultate nicht einfach der „Setzung durch eine Autorität oder durch Gewohnheit“ zugerechnet werden können, so sehr immer auch Weisheit und Willkür von „Autoritäten“ und kurz- oder langlebige soziale Routinen in diese Evolution Eingang finden. Die Rechtsentwicklung wäre ein Prozess von normativen Irrungen und Wirrungen, in denen langfristig Fortschritte und Rückschritte nicht unterschieden werden könnten, wenn es nicht auch hier letztlich um „Entdeckungen in der Natur der Dinge“ gehen würde.¹⁹

¹⁹ Dies war zentraler Diskussionsgegenstand eines mehrjährigen internationalen und interdisziplinären Forschungsprojekts unter dem Titel: *Concepts of Law in Science, Legal Studies, and Theology*, dessen Dokumentation derzeit vorbereitet wird.

II. Das Erbarmen, der Gewinn eines Regulativs für die „gerechte“ Rechtsevolution und für humanitäre Moralen

Den Rechtssatzungen des Bundesbuches ist ein so genanntes „Sklavengesetz“ vorangestellt. Die erste und elementare Bestimmung dieses Gesetzes lautet (Ex 21,2): „Wenn du einen hebräischen Sklaven kaufst, soll er sechs Jahre lang dienen; im siebten Jahre aber soll er ohne Entgelt als Freigelassener ausziehen.“ Obwohl auch dieses Gesetz eine Ausgleichsoperation vorsieht, unterscheidet es sich von den anderen kasuistischen Rechtssätzen des Bundesbuchs, die in der Tatbestandsdefinition ein Delikt nennen und in der Rechtsfolgebestimmung eine Strafe.²⁰

Da das Bundesbuch mit Regelungen für den Kult beginnt und endet, kann man fragen, ob das Sklavengesetz einen zweiten Rahmen um die Rechtssatzungen legt, die wir betrachtet haben. Das aber heißt, es müsste sich auch vor den abschließenden, den Kult betreffenden Bestimmungen des Bundesbuchs eine Schicht von Bestimmungen finden lassen, die sich ähnlich klar von den Rechtssatzungen einerseits und von den Bestimmungen, die den Kult betreffen, andererseits abheben lassen. Tatsächlich bietet Ex 22,20 ff. eine Reihe von Bestimmungen, die genau diesen Erwartungen entsprechen. Sie betreffen den Schutz des *Fremden* (Ex 22,20 und Ex 23,9), der *Witwen und Waisen* (Ex 22,21 ff.), der *Armen* (Ex 22,24 ff.; 23,6 ff. und 10 ff.), der *Macht- und Einflusslosen* bzw. *Isolierten* (Ex 23,1 ff.), und sie betreffen sogar das Verhalten gegenüber dem *Feind* bzw. *Gegner* (Ex 23,4 f.).

Diese Bestimmungen, meistens als so genannte „apodiktische Rechtsätze“²¹ ausformuliert, sind einerseits klar abgrenzbar von kultischen und rechtlichen Bestimmungen, andererseits werden sie in einzelnen Fällen mit ihnen verbunden und verflochten und stellen geradezu Mischformen dar. (So sollen z. B. die kultischen Regulierungen, die das Sabbatjahr und den Sabbat betreffen, ausdrücklich auch den Sklaven und den Fremden zugute kommen.) Den Erbarmensgesetzen ist gemeinsam, dass sie auf ein Engagement und auch auf Verzichtleistungen der Stärkeren zugunsten der akut oder chronisch Schwächeren abstellen. Obwohl sie in der Regel einen appellativen Charakter haben, rufen sie nicht einfach zu gelegentlichem Wohlverhalten auf. Indem das Erbarmen zum Thema des Gesetzes wird, soll es dem beliebigen, dem nur zufälligen und nur neigungsgelenkten Verhalten der Individuen und der Situationsgebundenheit entzogen werden. Auch das Erbarmen soll unter Erwartungssicherheit stehen. Das Verhalten gegenüber dem akut oder chronisch Schwächeren wird unter einen Erwartungsdruck gebracht in Richtung auf ausgeglichene Rechtsverhältnisse hin.

²⁰ Boecker (Fn. 13), S. 135.

²¹ Boecker (Fn. 13), S. 166; Moshe Weinfeld, *The Origin of the Apodictic Law*, VT 23 (1973), S. 63.

Die Erbarmensgesetze gehen einher mit der Entdeckung neuer Gestaltungsmöglichkeiten in der Rechtsevolution. Dies wird deutlich schon in der ersten und elementaren Bestimmung des bereits genannten „Sklavengesetzes“: „Wenn du einen hebräischen Sklaven kaufst, soll er sechs Jahre lang dienen; im siebten Jahre aber soll er ohne Entgelt als Freigelassener ausziehen“ (Ex 21,1). Damit wird der Tatbestand der Sklavenhalterei – eine Selbstverständlichkeit in der altorientalischen Gesellschaft, unverzichtbar für ihre Wirtschafts- und Sozialordnung – vom Gesetz formal auf die Ebene zu regulierender Konflikte gebracht. Dies bedeutet, dass das Gesetz nicht nur die Bewältigung von akut und kurzfristig zu bewältigenden Rechtsfällen ins Auge fasst, sondern auch langfristige Transformationsprozesse, die Verhältnisse zwischen Ungleichgestellten in Verhältnisse zwischen Gleichgestellten umwandeln. Für die Sklavinnen und Sklaven aber bedeutet dies, dass sie qua Gesetz – nicht qua Gönnerhaltung ihrer Besitzer – als potentiell freie Menschen zu achten und entsprechend zu behandeln sind. Auch diese Konsequenz zieht das Gesetz in verschiedenen Rechtssätzen, z. B. Ex 21,20: „Wenn ein Mann seinen Sklaven oder seine Sklavin mit einem Stock schlägt, so dass er unter seiner Hand stirbt, so soll der Sklave unbedingt gerächt werden.“ Die Sklaven dürfen damit nicht mehr als „sprechende Werkzeuge“ angesehen werden, mit denen die Besitzer nach Belieben und nur durch ihre Ausbeutungsinteressen gebremst umgehen können.

Die systematische Verbindung von Recht und Erbarmen im Gesetz ist in zweifacher Hinsicht formgebend: Sie gibt der Rechtsevolution eine Entwicklungsrichtung vor. In ihrer Kompatibilität mit dem Schutz der Schwachen und einer entsprechenden Kontextsensibilität zeichnet sich die „gerechte“ und „humane“ Rechtsentwicklung aus. In der Verbindung des Schutzes der Schwachen mit dem Recht wird seiner vielgestaltigen Institutionalisierung der Weg bereitet, von der Ackerbrache zugunsten der Armen und Fremden über die regelmäßigen Abgaben für die Witwen und Waisen bis hin zu modernen Einrichtungen der Sozialhilfe und Diakonie und einem staatlichen Bemühen um erwartungssichere allgemeine medizinische und pädagogische Versorgung. Die große formative Kraft dieser Verbindung von Recht und Erbarmen wurde in Deutschland geradezu plakativ daran ablesbar, dass sich der deutsche Staat nach dem Zusammenbruch von 1945 als „Rechtsstaat“ und „Sozialstaat“ innenpolitisch und international neu zu profilieren suchte.

III. Kult, Geschichte und die Ausbildung einer komplexen individuellen und sozialen Identität

Aus der Außenperspektive des Rechts zunächst betrachtet, erwirkt der Kult die Konstitution einer freien, nicht durch Not zusammengerufenen Öffentlichkeit. Diese paradigmatische Öffentlichkeit ist nach den frühesten

Gesetzesüberlieferungen nur auf die nicht versklavten Männer bezogen. Innerhalb dieser Bevölkerungsgruppe aber ist sie nicht hierarchisch strukturiert.

Ex 23,17: „Dreimal im Jahr soll alles, was männlich ist in dir, das Angesicht Gottes sehen.“

Nach den späteren Überlieferungen schließt die „vor Gott“ festlich versammelte Öffentlichkeit auch die Frauen und Kinder, ja sogar Sklaven und Sklavinnen und die Fremden ein (vgl. Dtn 16,11.14).

Nicht-hierarchische Konstitution von Öffentlichkeit – auf Einschluss aller Bevölkerungsgruppen hin entwickelt: Es ist m. E. müßig zu fragen, ob die Emergenz einer solchen Öffentlichkeit auf eine Rechtskultur zurückzuführen ist, die auf Egalität abzielt, bzw. ob sie auf eine praktizierte Rechtspflege in der Öffentlichkeit zurückzuführen ist, oder ob eine entsprechende kultische Öffentlichkeit jene Rechtskultur bedingt. Eine egalitäre paradigmatische Öffentlichkeit im Kult geht mit einer Egalität unterstellenden bzw. auf Egalität abstellenden Rechtsprechung einher und umgekehrt. Wie auch in anderen innergesetzlichen Konstellationen sprechen in systematischer Perspektive die Texte für Wechselzusammenhänge und Ko-Evolutionen.

Wir wissen wenig über die frühe kultische Konstitution der Öffentlichkeit. Doch die Anhaltspunkte, die die Gesetzesüberlieferungen selbst bieten, sprechen dafür, dass ein nicht nur normatives, sondern auch geschichtliches Selbstverhältnis der Gemeinschaft vor Gott gestiftet bzw. gepflegt und erneuert wurde. Ganz ohne Zweifel hat sich die kultische Öffentlichkeit primär dem Volk, der Gemeinschaft zugerechnet, die Gott „mit hoch erhobenem Arm“ aus Ägypten und der dortigen Knechtschaft herausgeführt hat. Ein sog. *motive clause* „Ihr selbst seid in Ägypten Fremde gewesen“ bzw. die ausdrückliche Ergänzung „Ihr wisst doch, wie es einem Fremden zumute ist“ (Ex 20,2; Ex 23, 9; vgl. Ex 22,20) findet sich – mit charakteristischen Variationen – nicht nur im Bundesbuch, sondern in allen Gesetzeskorpora.²²

Das Selbstverhältnis und Selbstverständnis der Gemeinschaft „vor Gott“ ist also durch historische Eingriffe Gottes in ihre Lebenszusammenhänge bestimmt. Diese Eingriffe bewirken geschichtliche Erfahrungen, die das Selbstverständnis der Gemeinschaft und ihre Sicht der Wirklichkeit prägen. Die Eingriffe Gottes in die menschlichen Lebenszusammenhänge werden zu Initialereignissen kultischer Kommunikation. Zugleich gehen diese mit Gott gemachten Erfahrungen über die konkreten Erlebnisse und Erlebnismöglichkeiten der kultischen Öffentlichkeit hinaus. Auch diejenigen, die persönlich nie in Ägypten waren, lassen sich als diejenigen ansprechen, die Sklaven waren in Ägypten und durch Gottes Hand befreit wurden. Sie

²² Dtn 4,34; 5,15; 7,19; 11,7; 26,8; bzw. Lev 19,34; 26,13. Vgl. auch Dtn 5,6 und 15.

lassen sich in Erfahrungszusammenhänge und in eine Öffentlichkeit eingliedern, die den Bereich der von ihnen sinnfällig einholbaren Erfahrungen überschreiten. Die paradigmatische Öffentlichkeit der kultischen Kommunikation legt so Zeiten übergreifende öffentliche Selbstverhältnisse und Niveaus gemeinsamer Erfahrung von Menschen fest. Das ist ein konsequenzenreicher und keineswegs harmloser Vorgang. Ebenso wie die freie Konstitution tendenziell egalitärer Öffentlichkeit steht er in Wechselzusammenhängen mit der Entwicklung von Recht und Erbarmen.

Die Bereitschaft, sich bestimmte fremde Erfahrungen und Erfahrungszusammenhänge nicht nur nach individuellem Belieben gelegentlich anzueignen, sondern unter bestimmten Bedingungen bindend zurechnen zu lassen, ist unverzichtbar für die Rechtskultur und die Erbarmensgesetzgebung. Warum aber wird die Doppelidentität „Ihr seid Fremde gewesen – nun seid ihr Freie!“ nicht befremdet oder mit Ironie abgestoßen? Warum werden die rechtlich-moralischen Zumutungen der Erbarmensgesetze nicht kalt oder mit nietzscheanischer Empörung zurückgewiesen? Warum lässt sich Israel diese historisch weiträumige Identitätszurechnung und das „Leben“ in weiträumigen Zeithorizonten nicht nur widerwillig, sondern offensichtlich freudig gefallen? Warum wird „das Gesetz“ geradezu zum Träger paradigmatischer Gedächtnispflege?²³

Ich denke, dass es sich auch in dieser Hinsicht um eine „Entdeckung“ handelt, die von großer religiöser Relevanz und von beachtlicher Erklärungskraft ist. In jeder Momentaufnahme besehen, sind Menschen in atemberaubender Weise ungleich. Dies verändert sich, wenn wir eine Zeitdehnung vornehmen und die Kinder und Greisinnen und Greise, die Kranken und Schwachen nicht nur unter uns, sondern auch in uns wahrnehmen. Eine Sensibilität für die Gefährdetheit *allen* menschlichen Lebens setzt dann ein, die die Ko-Evolution religiösen, rechtlichen und erbarmensmoralischen Denkens begünstigt, die uns im biblischen Gesetz begegnet. Mit der „motive clause“ dehnt Israel diese Grunderfahrung natürlichen Lebens in die geschichtliche Dimension hinein aus. Es transponiert die Sensibilitäten der familialen Solidargemeinschaft in geschichtlich-sozialpolitische Dimensionen.

Die Rekonstruktion der Entwicklungsdynamiken, die im Formenzusammenhang von Kult, Recht und Erbarmen liegen, leidet allerdings unter zahlreichen Schwierigkeiten, Phänomene und Funktionen des Kults historisch und systematisch sicher zu bestimmen.²⁴ In welcher Weise werden

²³ Über die Gesetzeskorpora im strengen Sinne hinaus wird ja auch der gesamte Pentateuch als „Gesetz“ bezeichnet.

²⁴ Dies unterstreichen die Beiträge von Jacob Taubes, Vom Kult zur Kultur. Bausteine zu einer Kritik der historischen Vernunft, 1996; historisch aufschlussreich sind die Ausführungen von Patrick D. Miller, The Religion of Ancient Israel, Louisville 2000, S. 62.

im Kult das kulturelle Gedächtnis gepflegt und normative Erwartungssicherheit stabilisiert? Unter welchen Bedingungen wird der Kult dafür offen, nicht nur Gewissheiten und Routinen im Blick auf Geschichte und soziale Zukunft zu stabilisieren, sondern Gewissheiten in der Suche nach Wahrheit gleichermaßen zu problematisieren und zu steigern? Die schwierige, aber unverzichtbare Aufgabe, normative Potentiale zu transformieren und zu verbessern, ohne dabei ihre Bindekräfte zu zerstören,²⁵ wird durch die kreative Spannung von Recht und Erbarmen ermöglicht:

- Die systematische Orientierung des Rechts am Erbarmen nötigt zu einer beständigen Verfeinerung der Rechtskultur und tendenziell zu ihrer Universalisierung.
- Die systematische Orientierung des Erbarmens am Recht führt zu einer Entemotionalisierung und Routinisierung des Erbarmens und strebt hin auf eine „Kultur des Helfens“, die eine Vielzahl sozialer und diakonischer Institutionen entwickelt.
- Die Wechselwirkung des Kults mit der Interdependenz von Recht und Erbarmen ist im kulturellen und kanonischen Gedächtnis des gerechten und barmherzigen, richtenden und rettenden Gottes und seiner Erziehungs- und Bildungsgeschichte mit den Menschen greifbar.

In den übrigen großen Gesetzeskorpora der Bibel verblasst aber die Prägekraft des Rechts. Das Gewicht des Kults und das Gewicht der erbarmensgesetzlichen Moral nehmen zu. Das ist durchaus riskant. Religion und selbst das institutionalisierte Erbarmen können einem Ethos und einer Moral mit äußerst unerfreulichen bevormundenden, ja gönnerhaft-unterdrückerrischen stände- und klassengesellschaftlichen Zügen zuarbeiten. Alle drei „Grundpfeiler“ des Gesetzes brauchen einander, können auf die jeweils anderen normativen Größen nicht verzichten. Man muss nicht erst die immer wieder aktuellen Gefahren der Durchsetzung eines „olympischen“ bzw. „nietzscheanischen“ Ethos vor Augen haben,²⁶ um die Wohltat würdigen zu können, die im Formenzusammenhang von Kult und Erbarmen mit dem Recht liegt – in der Tat ein Rückgrat unserer Kultur.

Die Religion sieht allerdings auch das Scheitern des ganzen guten Gesetzes und die Notwendigkeit, es in allen seinen Dimensionen zu erneuern. Aber welche emergente Kraft der Erneuerung auch in den unterschied-

²⁵ Vgl. zu dieser „Funktion der Religion“ *Jan Assmann/Bernd Janowski/Michael Welker*, *Richten und Retten. Zur Aktualität der altorientalischen und biblischen Gerechtigkeitsskonzeption*, in: dies. (Hrsg.), *Gerechtigkeit. Richten und Retten in der abendländischen Tradition und ihren altorientalischen Ursprüngen*, 1998, S. 9.

²⁶ Vgl. dazu *Wolfgang Huber*, *Die tägliche Gewalt. Gegen den Ausverkauf der Menschenwürde*, 1993, S. 46; *Hermann Barth*, *Die Würde des Menschen kennt keine Einschränkungen. Wider den Götzendienst am Starken und Leistungsfähigen*, in: FS Rudolf Weth, 2. Aufl. 1999, S. 65.

lichen Traditionen ins Auge gefasst wird (der Geist Gottes,²⁷ das Reich Gottes,²⁸ die Liebe²⁹ und die Weisheit sind solche Kräfte): Die Interdependenzen von Religion, Recht und Moral bleiben in allen religiösen Transformationen erhalten und formgebend. Deshalb wird uns und unsere Nachwelten das Verhältnis von Theologie und Recht beschäftigen, solange Menschen in humanen Gesellschaften leben wollen.

²⁷ Vgl. *Michael Welker*, *Gottes Geist. Theologie des Heiligen Geistes*, 4. Aufl. 2010.

²⁸ *Michael Welker/Michael Wolter*, *Die Unscheinbarkeit des Reiches Gottes*, in: Wilfried Härle/Reiner Preul (Hrsg.), *Reich Gottes, Marburger Jahrbuch Theologie XI*, 1999, S. 103.

²⁹ John Polkinghorne (Hrsg.), *The Work of Love: Creation as Kenosis*, London 2001.