

*Martin Kriele*

**Recht**

**Vernunft**

**Wirklichkeit**



*Duncker & Humblot · Berlin*

**MARTIN KRIELE**

**Recht · Vernunft · Wirklichkeit**



# **Recht Vernunft Wirklichkeit**

**Von  
Martin Kriele**



**Duncker & Humblot · Berlin**

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Kriele, Martin:**

Recht – Vernunft – Wirklichkeit / von Martin Kriele. – Berlin:

Duncker und Humblot, 1990

ISBN 3-428-06961-7

Alle Rechte vorbehalten

© 1990 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin 49

Schutzumschlag: Hauke Sturm

Printed in Germany

ISBN 3-428-06961-7

## Vorwort

Die Sammlung umfaßt Abhandlungen zu Rechtsphilosophie, Verfassungsgeschichte, Staatsrecht und Methodenlehre, Essays zu Politik und Moral, aber auch kleinere polemische Attacken auf zeittypische Denkmuster. Alle Beiträge entstanden aus aktuellen Anlässen und spiegeln ein Stück Problemgeschichte der Bundesrepublik in drei Jahrzehnten wider. Sie wurden unter dem Gesichtspunkt ausgewählt, ob ihre Argumente grundsätzlicher Art sind und über den Tag hinausweisen. Der folgende Überblick über ihre Kernthesen faßt ihr »wogegen« und »wofür« kurz zusammen und ordnet sie in den zeitgeschichtlichen Kontext ein.

Meine Ausgangsfrage – wie konnte es in meiner Generation anders sein! – entstand aus der Erschütterung über die Ungeheuerlichkeiten der Nazizeit und lautete: wie konnte das geschehen? Welche geistigen Strömungen haben da zusammengewirkt, und wie erklärt sich die Mitverantwortung des – zuvor überwiegend liberal wählenden – gebildeten Bürgertums? (»Staatsphilosophische Lehren aus dem Nationalsozialismus«). Lektüre und die persönliche Befragung von Zeitzeugen, unter ihnen bedeutende deutsch-jüdische Philosophen, die in den USA Zuflucht gefunden hatten, wie Hannah Arendt, Hans Kelsen und vor allem Hans Weil (»Die Entstehung des deutschen Bildungsprinzips«), der mir in seinem letzten Lebensjahrzehnt seine besondere Freundschaft zuwandte, lenkten mich immer wieder auf das Phänomen des »sophistischen Milieus«: auf die Verführungsanfälligkeit der Intellektuellen mit ihrer fast unbegrenzten Fähigkeit, sich Versionen zu machen, sie zu verbreiten, selbst daran zu glauben und anschließend für nichts verantwortlich gewesen zu sein. So fragte z.B. Armin Mohler in seiner Darstellung der »Konservativen Revolution in Deutschland« (1950), »ob Geistiges überhaupt für Erscheinungen in der Wirklichkeit haftbar gemacht werden kann.« Ich erwiderte: »Es steht schlimm um den Geist, wenn die Intellektuellen zu ihrer Entschuldigung so kläglich fragen müssen. Die Antwort auf die Frage kann nur sein: Ja, wenn die Erscheinungen der Wirklichkeit Konsequenz des 'Geistigen' und vorhersehbar gewesen sind.« (Seite 250, Fn 28).

Das ist ein Grundgedanke, der diese Sammlung durchzieht und ihren Titel erklärt: »Recht, Vernunft, Wirklichkeit«. Von Vernunft kann nur die Rede sein, wo das Denken die Lügengespinste der Versionen durchbricht und Verantwortung für die Wirklichkeit auf sich nimmt. Diese Verantwor-

tung ist an den Prinzipien des Rechts und ihren Realisierungsbedingungen zu messen («Freiheit und Gleichheit«, »Menschenrechte und Gewaltenteilung«). In allen Beiträgen geht es darum, dem Recht zum Recht zu verhelfen. Diesem Ziel dient die kritische Auseinandersetzung mit verfehlten Versionen der Wirklichkeit, sofern diese zugleich ein hohes intellektuelles Niveau erreichen und dadurch besonders blendend wirken. Was sind ihre Wirkungen, oder wären es, wenn sie sich politisch durchsetzen würden? Staats- und Rechtsphilosophie entstand von Sokrates' Zeiten an aus der Auseinandersetzung mit Sophistereien. Diese gaben den Anstoß zur Suche nach den Prinzipien, unter deren Geltung die Menschen ihr Zusammenleben friedlich und freundlich gestalten können.

Der mir besonders wichtige Essay über »Hobbes und englische Juristen« veranschaulicht diese Auseinandersetzung exemplarisch an der verfassungsgeschichtlich entscheidend gewordenen Weichenstellung im 17. Jahrhundert: Absolutismus oder Fortentwicklung des gewaltenteilenden englischen Rechts. Wohin hätte es geführt, wenn sich Hobbes' Ideen durchgesetzt hätten? Wie wirkte es sich aus, daß sich seine Gegner, die Verfechter der Gewaltenteilung, letztlich behauptet haben? Meine Auseinandersetzung mit Hobbes war implizit zugleich eine aktuelle Auseinandersetzung mit dem einzigen Staatstheoretiker der Nazizeit, der ein philosophisch ernst zu nehmendes intellektuelles Niveau erreichte: mit Carl Schmitt, der seine Positionen hinter der Hobbes'schen Staatsphilosophie verschanzte, der allerdings dem Faschismus italienischer und spanischer Prägung näherstand als dem Nationalsozialismus. Carl Schmitt hat übrigens meine Kritik besser verstanden und gewürdigt als seine und Hobbes' Anhänger.

Der ergänzende verfassungsgeschichtliche Beitrag über »Habeas Corpus als Urgrundrecht« zeigt, daß es bei den Menschenrechten von Anfang an nicht in erster Linie um wirtschaftliche, sondern um persönliche Freiheit ging, aber nicht unmittelbar um Religionsfreiheit, wie vielfach angenommen wird, sondern um den Schutz vor willkürlicher Verhaftung durch ein gewaltenteilendes Rechtssystem – ein Schutz, der allerdings durch die Religionsverfolgungen im Absolutismus aktuell geworden war.

Unter den Bedingungen des demokratischen Verfassungsstaates kann das Vernünftige in die Wirklichkeit des Rechts eingehen; dann gilt eine Vermutung zugunsten der Vernünftigkeit des Bestehenden («Die vermutete Vernünftigkeit unseres Rechts«). Denn der Demokratie liegt der Zusammenhang von Recht und Gerechtigkeit zugrunde: sie ist historisch und sachlich nur zu verstehen aus der Übertragung des Gedankens des gerichtlichen Prozesses mit seinen Grundsätzen »audiatur et altera pars« und Gleichberechtigung auf den politischen Prozeß der Gesetzgebung («Das demokratische Prinzip im Grundgesetz«). Deshalb sind auch die für Funk und Fernsehen geltenden Verfassungsgebote von Pluralismus, Sachlichkeit

und Ausgewogenheit unerlässlich für den Bestand der Demokratie (»Plädoyer für eine Journalistenkammer«).

Das Recht in den freiheitlichen demokratischen Staaten kann man folglich nur sachgerecht interpretieren, wenn man von der (im Einzelfall widerleglichen) Vermutung ausgeht, daß es die Annäherung an die Gerechtigkeit anstrebt (»Gesetzestreue und Gerechtigkeit in der richterlichen Rechtsfindung«). Die in der Methodenlehre verbreitete Annahme, juristische Interpretation könne in Technizität aufgehen, beruht auf Illusion (»Offene und verdeckte Urteilsgründe« – ein Beitrag aus der Festschrift zu Ehren meines verehrten Lehrers der Philosophie, Joachim Ritter in Münster). Ebenso unhaltbar ist die Annahme, Rechtspflichten seien etwas grundsätzlich anderes als sittliche Pflichten (»Rechtspflicht und die positivistische Trennung von Recht und Moral«). Der ganze Streit um Rechtspositivismus und Naturrecht beruht deshalb auf Mißverständnissen und Problemverwechslungen (»Rechtspositivismus und Naturrecht – politisch beleuchtet«. Das »Rechtsgefühl« vermag den Rechtsinterpreten nur dann richtig zu orientieren, wenn es sich am Rechtswissen ausbildet. In unentwickeltem Zustand kann es delegitimierend wirken (»Rechtsgefühl und Legitimität«).

Rechtsphilosophisches Unverständnis für den inneren Zusammenhang von Recht und Gerechtigkeit führt in der Verfassungsauslegung zu der Tendenz, Grundrechte ganz unangewendet zu lassen oder sie sehr restriktiv und jedenfalls falsch zu interpretieren (»Felix Frankfurter«, »Der Supreme Court im Verfassungssystem der USA«, »Judicial self-restraint«). In Verbindung mit einem autonomen Subjektivismus führt dieses Unverständnis in der Grundrechtsauslegung zur Mißachtung der Rechte anderer und der Gemeinschaft (»Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer«, »Tierversuche und Wissenschaftsfreiheit«, »Die Wucht des Emanzipationsdenkens«, »Schweigen und ertragen«).

Parallel mit dieser Tendenz zum autonomen Subjektivismus verläuft – als sein ergänzendes Gegenstück – die Tendenz zur bürokratischen Technokratie. Sie wird besonders anschaulich in Bestrebungen aus Kreisen der medizinischen Wissenschaft, die ärztliche Heilkunst den Modeströmungen materialistischer Schulmeinungen zu unterwerfen und diese gesetzlich verbindlich zu machen (»Wer entscheidet über die Wirksamkeit von Arzneimitteln?«). Nachdem sich diese Tendenz im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen können, versuchte sie auf dem Umweg über den Ausschluß von der Kostenerstattung in Krankenversicherung und Beihilfe zum Ziel zu kommen (»Stand der medizinischen Wissenschaft als Rechtsbegriff«). Da sie auch in der Rechtsprechung nicht zum vollen Erfolg kam, sucht sie sich erneut im Gesetzgebungsverfahren zu behaupten (»Primat der Wissenschaft vor der medizinischen Heilkunst?«) Es geht hier beispielhaft um eine auch

in anderen Disziplinen vorkommende Verwirrung, der schon Kant die Forderung gegenübergestellt hat: Der praktischen Vernunft gebührt der Primat vor der theoretischen Vernunft; diese hat der Praxis zu dienen und sie nicht zu beherrschen.

Wie übermächtig der Einfluß der sophistischen Versionenmacher werden kann, wenn man ihm nicht rechtzeitig und nachdrücklich genug entgegentritt, hat sich 1933 gezeigt. Da damals im wesentlichen nur die Sozialdemokraten klar gesehen haben, verband mich mit dieser Partei eine Sympathie, die mich 1960 – nach ihrem Bekenntnis zu Westbindung und sozialer Marktwirtschaft – zum Beitritt veranlaßte, zumal sie in den Anfangsjahren der Bundesrepublik auch den kommunistischen Totalitarismus mit ebenso klarsichtiger Entschiedenheit zurückgewiesen hatte («Die Lektion von Weimar»). Damals beeindruckte mich angesichts eines geradezu metaphysischen Schreckens über die Atombombe («ABC-Waffen und die Lehre vom gerechten Krieg») auch ihre an Kennedy orientierte Tendenz zur Entspannungspolitik. Auch ihr ordoliberaler Flügel in der Wirtschaftspolitik, der unter Wirtschaftsminister Schiller und Kanzler Schmitt vorherrschte, fand meine Unterstützung («Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz»). In den Jahren nach 1969 engagierte ich mich als Rechtsgutachter und Prozeßvertreter der Regierung Brandt in Fragen der Ostverträge. Die Ostpolitik vertrat ich auch in zahlreichen publizistischen Beiträgen, aus denen ich zwei ausgewählt habe («Deutschland als Rechtsbegriff» und «Ostverträge und nationale Einheit»).

Seit den siebziger Jahren traten neue Themen in den Vordergrund. Mit der Studentenbewegung von 1968 war ein neues sophistisches Milieu entstanden, das man nun nicht mehr links liegen lassen konnte, da es zunehmenden Einfluß auf Medien, Schule, Kirchen, Literatur und Bildung gewann und mit den Jahren eine stille Kulturrevolte auslöste. Die kommunistischen Herrschaftssysteme erschienen damals nicht nur stabiler als erwartet, sondern auch in ihren Expansionstendenzen in der Dritten Welt erfolgreich-heißender. Die intellektuellen Versionenmacher stellten sich auf ihren möglichen globalen Endsieg ein («'Der Sozialismus siegt'. Die normative Kraft der Zukunftserwartung»). Wer schon fest mit diesem Endsieg rechnete, setzte an die Stelle des Fundamentalkonflikts Demokratie/Diktatur den anderen: Sozialismus/Kapitalismus («Legitimitätsprobleme der Bundesrepublik»). Wer sich dieses Endsiegs noch nicht sicher war und noch etwas abwarten wollte, hielt sich nach beiden Seiten offen, pflegte Äquidistanz zu Ost und West und einen Relativismus der Systeme: Beide hätten ihre guten und schlechten Seiten, die sich die Waage hielten, sie seien nicht nur völkerrechtlich gleichberechtigt, sondern im Prinzip auch gleichwertig. Sie hätten jeweils einen »anderen« Begriff von Menschenrechten («Die Menschenrechte zwischen Ost und West», »Die Menschenrechte in der Außenpoli-

tik«). Diese Theorie wurde jetzt nachträglich der Friedenspolitik Brandts unterschoben (auch von diesem selbst) und führte zu der Bereitschaft, sich der damaligen Hochrüstungs- und Drohpolitik der Sowjetunion zu unterwerfen und die Chancen der Abrüstungsverhandlungen zu verderben (»Friede durch Friedensbewegung?« und vor allem: »Friedenspolitik am Scheideweg«).

Man redete sich ein – und begann allen Ernstes zu glauben –, der Sozialismus sei ein Weg zur Lösung sozialer Probleme, und unterstützte die leninistischen »Befreiungsbewegungen« in der Dritten Welt (»Freiheit und 'Befreiung'. Zur Rangordnung der Menschenrechte«). Parallel dazu wurden die demokratischen Verfassungsgrundlagen delegitimiert und ein autonomer Subjektivismus gezüchtet (»Recht und Ordnung«). Kultusminister forderten, die Schüler sollten lernen, geltende Gesetze »kritisch zu überprüfen« und die »Fähigkeit zum Widerstand« einzuüben (»Lernzielvorschläge für den politischen Unterricht«). Als dann Widerstand unter Anleitung und Beifall der öffentlich-rechtlichen Medien tatsächlich praktiziert wurde, galt er als Beweis für die endlich errungene »politische Kultur«: Achtung vor den für alle gleich geltenden und demokratisch beschlossenen Gesetzen wurde als »autoritärer Legalismus« diffamiert, Respekt vor den Rechten unbeteiligter Mitbürger lächerlich gemacht (»Widerstand als moralisches Problem«). Der Beitrag über die verschiedenen »Rechtfertigungsmodelle des Widerstands« liest sich wie eine sarkastische Satire und gibt doch nur sachlich und korrekt wieder, was sich unsere intellektuellen Versionenmacher – durchweg angesehene und einflußreiche Vertreter der deutschen Bildungselite – alles ausgedacht haben.

Auch staatliche Behörden und Gerichte begannen, Gesetze privilegiierend und diskriminierend auszulegen (»Freiheit und Gleichheit«). Unter anderem wurde das Gesetz, wonach Beamter nur werden darf, wer die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung eintritt, vor allem auf Kommunisten nicht mehr konsequent angewandt, sei es in der Meinung, sie böten diese Gewähr, sei es aus Opportunismus (»Verfassungsfeinde im öffentlichen Dienst«). Zwanzig Jahre nach Ausbruch der Kulturrevolution zeigte sich, daß in der jüngeren Generation der Gebildeten die Legitimitätsgrundlagen der demokratischen Verfassung weitgehend mißverstanden wurden (»Wertewandel und politische Kultur«).

Als sich zeigte, daß das sophistische Milieu – diesmal von »links« – die Sozialdemokratische Partei zunehmend durchdrang und schließlich so stark beherrschte, daß vernünftige Einwände hier kaum noch Gehör fanden, machte ich die Parteinahme für das sandinistische Regime in Nicaragua trotz seiner Folterpraxis – »Scherge auf dem Kirchentag« – zum Gegenstand eines offenen Konflikts und trat Mitte der achtziger Jahre aus.

Die Legitimitätskrise erreichte auch die Kirchen: das sophisticated Milieu ließ sich von der christlichen Lehre nicht mehr korrigieren, sondern beanspruchte umgekehrt, die Maßstäbe zu setzen, an denen die Lehre zu messen und umzuinterpretieren sei (»Die Präzedenzwirkung der Barmer Theologischen Erklärung«). Ein maßgeblicher Teil der sogenannten Befreiungstheologie verstand unter »Befreiung«: Vorrang der sozialen Entwicklung vor Bürgerrechten und Demokratie und unterstützte deshalb die Klassenherrschaft der wohlmeinenden Intellektuellen (»Freiheit und 'Befreiung'«). Innerhalb dieser Kirchen unterstützte das sophisticated Milieu konsequenterweise den Primat der unter seinem Einfluß stehenden Theologen vor dem kirchlichen Lehramt und verbündete sich unbedenklich mit antikirchlichen Strömungen (»Nach einer abenteuerlichen Manipulation der Öffentlichkeit«, »Der Widerstand des Paulus«), oder forderte gar die staatliche Kontrolle über innerkirchliche Angelegenheiten (»Der neue Fall Küng«). Meinen persönlichen theologischen Weg habe ich in einer heiter-besinnlichen Betrachtung angedeutet (»Der Comment des Milieus«).

Die Würdigungen betreffen meinen Amtsvorgänger auf dem Kölner Lehrstuhl, den Staatsrechtler und Rechtsphilosophen Ernst von Hippel, und meinen Münsteraner Lehrer des öffentlichen Rechts, Hans J. Wolff, dem ich meinen akademischen Werdegang verdanke. Schwierigkeiten bereitete mir der Auftrag, Edith Steins »Untersuchung über den Staat« aus Anlaß ihrer Seligsprechung zu würdigen; denn ich fand das Buch nicht gut. Doch entdeckte ich darin auch Goldkörner der Weisheit, die im Zusammenhang mit dem damals aktuellen »Historikerstreit« bedeutsam wurden.

Vieles, was diese Beiträge nur andeuten oder voraussetzen, ist in meinen staats- und rechtsphilosophischen Büchern entfaltet. Die Dissertation »Kriterien der Gerechtigkeit« (1963) setzt sich mit dem damals wieder herrschend gewordenen Relativismus auseinander und begründet vor allem die Orientierung konkreter Entscheidungen an generellen Maximen und an der Abwägung ihrer Konsequenzen unter dem Gesichtspunkt der jeweils »fundamentaleren Interessen«. Die Habilitationsschrift »Theorie der Rechtsgewinnung« (1967, 2. Auflage 1976) durchforstet kritisch die juristischen Interpretationslehren in Geschichte und Gegenwart, weist den Zusammenhang von Recht und Gerechtigkeit in den freiheitlichen Demokratien auf, erklärt und begründet die Bedeutung der Präjudizien für die Auslegung von Gesetz und Verfassung und vermittelt die Erfahrungen der angelsächsischen jurisprudence für die Auslegung der Präjudizien. Als mein Hauptwerk betrachte ich die »Einführung in die Staatslehre« (1975, 4. Aufl. 1990), die in mehreren Übersetzungen von Ostasien über Europa bis Lateinamerika verbreitet ist. Sie beschreibt die geschichtliche Entwicklung des demokratischen Verfassungsstaats in ihren drei Stufen: als Staat (»Friede«), als Verfassungsstaat durch seine Einbindung in ein gewaltenteilendes Verfas-

sungssystem (»Freiheit«) und als Demokratie (»Gerechtigkeit«) und erklärt ihre rechtsphilosophischen Hintergründe. 1979 erschien meine kleine Einführung in die Rechtsphilosophie »Recht und praktische Vernunft«. Der eher abweisende Titel mag dazu beigetragen haben, daß dieses Buch erst jetzt allmählich Beachtung und Übersetzungen findet. Hingegen entfaltete »Befreiung und politische Aufklärung« (1980, 2. Auflage 1986) vor allem in den spanischen und portugiesischen Übersetzungen in Lateinamerika Wirksamkeit: eine philosophische Analyse der verschiedenen Gegenströmungen zur politischen Aufklärung, die sich hinter dem Blendwort »Befreiung« verschansen. Wohin diese praktisch führen können, zeigt eine Reportage aus dem Musterland der Befreiungstheologie und den indianischen Flüchtlingsdörfern außerhalb seiner Grenzen: »Nicaragua – das blutende Herz Amerikas« (1985, 4. Auflage 1986). Das Buch »Die demokratische Weltrevolution« (1987, 2. Auflage 1988) hat mir zu Unrecht den Ruf eines »Propheten« eingetragen; es erklärt vielmehr mit an Kant angelehnten rein rationalen Argumenten, was der Untertitel verheißt und was sich seither erwiesen hat: »Warum sich die Freiheit durchsetzen wird«.

Zu danken habe ich in erster Linie meinen wissenschaftlichen Assistenten, von denen ich nur einige nennen kann, die sich durch mehrjährige intensive Mitarbeit hervorgetan haben: Michael Kirn (1967–76), Görg Haverkate (69–83), Burkhard Schulz (70–75), Jann Meyer-Abich (75–79), Hans-Hermann Peschau (77–83), Cornelia Leich (82–86), Johannes von Kirchbach (83–87), York Jäger (84–88), Theodor Langheidt (84–89), Burhardt Ziemske (seit 86), Heiner Wilms (seit 86), Hermann Gröhe (seit 87). Auch den zum Teil hervorragenden Seminarreferaten und Diskussionsbeiträgen meiner Studenten habe ich viele Anregungen zu danken. Dank gebührt auch meinen Sekretärinnen, Bibliothekaren und studentischen Hilfskräften für ihren Einsatz. – Mein besonderer Dank gilt meiner Frau Christel für Rat, Geduld und Korrekturen, und schließlich meinem Verleger, Herrn Rechtsanwalt Norbert Simon, und seiner Mitarbeiterin Frau Ingrid Bührig.

Köln, im April 1990

Martin Kriele



# Inhaltsverzeichnis

## *Teil I*

### **Frieden**

ABC-Waffen und die Lehre vom gerechten Krieg (1959) .....	3
»Deutschland« als Rechtsbegriff (1971) .....	10
Ostverträge und nationale Einheit (1973) .....	25
Friede durch Friedensbewegung? (1982) .....	34
Friedenspolitik am Scheideweg (1983) .....	39
»Der Sozialismus siegt«. Die normative Kraft der Zukunftserwartung und der Friede (1983) .....	51

## *Teil II*

### **Menschenrechte**

Habeas Corpus als Urgrundrecht (1973) .....	71
Die Menschenrechte in der Außenpolitik (1976) .....	96
Die Menschenrechte zwischen Ost und West (1977) .....	103
Freiheit und Gleichheit (1983) .....	143
Menschenrechte und Gewaltenteilung (1986) .....	190
Freiheit und »Befreiung«. Zur Rangordnung der Menschenrechte (1988) .....	204

## *Teil III*

### **Demokratie**

Hobbes und englische Juristen (1970) .....	239
Das demokratische Prinzip im Grundgesetz (1970) .....	291
Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz. Rückblick und Bilanz am Verfassungstag (1974) .	322
Plädoyer für eine Journalistenkammer (1990) .....	336

*Teil IV***Legitimität**

»Recht und Ordnung« (1972) .....	361
Lernzielvorschläge für den politischen Unterricht (1974) .....	372
Legitimitätsprobleme der Bundesrepublik (1977) .....	379
Die Lektion von Weimar. Grundentscheidungen des Grundgesetzes 1949 und heute (1979) .....	386
Staatsphilosophische Lehren aus dem Nationalsozialismus (1982) .....	393
Die Rechtfertigungsmodelle des Widerstands (1983) .....	409
Ziviler Ungehorsam als moralisches Problem (1984) .....	429
Wertewandel und politische Kultur (1988) .....	438

*Teil V***Gerechtigkeit**

Rechtspflicht und die positivistische Trennung von Recht und Moral (1966) .....	453
Die vermutete Vernünftigkeit unseres Rechts (1967) .....	471
Rechtspositivismus und Naturrecht – politisch beleuchtet (1969) .....	487
Rechtsgefühl und Legitimität (1984) .....	505
Gesetzestreue und Gerechtigkeit in der richterlichen Rechtsfindung (1986) .....	519

*Teil VI***Verfassungsauslegung**

Felix Frankfurter (1965) .....	539
Der Supreme Court im Verfassungssystem der USA. Ein kritischer Bericht über neuere amerikanische Literatur (1965) .....	546
Offene und verdeckte Urteilsgründe. Zum Verhältnis von Philosophie und Jurisprudenz heute (1965) .....	569
»Judicial self-restraint«. Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung (1976) ...	586
Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer (1984) .....	604

*Teil VII***Zur Legitimitätskrise der Kirchen**

Die Präzedenz-Wirkung der Barmer Theologischen Erklärung (1984) .....	631
---	-----

Der neue Fall Küng (1987) .....	645
Der Comment des Milieus (1988) .....	649
Nach einer abenteuerlichen Manipulation der Öffentlichkeit. Hintergründe des Kölner Investiturstreits (1989) .....	653
Der Widerstand des Paulus (1989) .....	659
Scherge auf dem Kirchentag (1989) .....	662

### *Teil VIII*

#### **Die Rechte der anderen Verfassungsrechtliche Einzelfragen**

Wer entscheidet über die Wirksamkeit von Arzneimitteln? (1976) .....	667
»Stand der medizinischen Wissenschaft« als Rechtsbegriff (1976) .....	684
Verfassungsfeinde im öffentlichen Dienst (1979) .....	693
Tierversuche und Wissenschaftsfreiheit (1984) .....	714
Die Wucht des Emanzipations-Denkens. Zum Abtreibungsurteil des Bundesverfassungs- gerichts (1985) .....	725
Schweigen und ertragen. Pressefreiheit und Ehrenschutz (1987) .....	730
Primat der Wissenschaft vor der medizinischen Heilkunst? (1988) .....	737

### *Teil IX*

#### **Würdigungen**

Das Werk Ernst von Hippels. Versuch eines geistigen Portraits (1985) .....	757
Edith Stein's »Untersuchung über den Staat« (1987) .....	776
Hans J. Wolff (1988) .....	784
<b>Quellennachweise</b> .....	791



*Teil I*

**Frieden**



## ABC-Waffen und die Lehre vom gerechten Krieg

(1959)

Daß der Einsatz von Atomwaffen notfalls sittlich zulässig sei, selbst wenn »nur noch eine Manifestation der Majestät Gottes und seiner Ordnung ... als Erfolg bliebe, ja, wenn die Welt untergehen sollte dabei«, das soll die Lehre Papst Pius' XII. gewesen sein. So jedenfalls behauptet P. Gustav Gundlach S.J.<sup>1</sup> – vor dem Tode Pius' XII. einflußreicher Berater im Vatikan, wie man sagt – und hat damit großen Eindruck auf die deutsche Öffentlichkeit gemacht. Gundlach erinnert daran, daß der Papst als Inhaber des höchsten Lehramtes der Kirche gesprochen habe, und fordert uns auf, daß wir uns »über den Inhalt der Lehre der Kirche und des Papstes informieren, und zwar richtig«. Diese Aufforderung wollen wir ernst nehmen.

Gundlach beruft sich vor allem auf die Reden an den Kongreß der Militärärzte<sup>2</sup> und an den Kongreß für internationales Strafrecht.<sup>3</sup> Er behauptet: »Dort ist ausgesprochen, daß die Anwendung der Atomwaffe nicht absolut unsittlich ist.«<sup>4</sup> Das ist aber dort nicht ausgesprochen. Es steht weder wörtlich noch dem Sinne nach da.

In der Rede an den Kongreß für internationales Strafrecht stellte Pius XII. lediglich fest, daß überhaupt ein Verteidigungsrecht besteht: »Dieses Recht, sich zur Verteidigung bereitzuhalten, kann man selbst heute keinem Staat bestreiten.«<sup>5</sup> Die Frage, ob die Anwendung der ABC-Waffen dabei zulässig ist, schneidet er gar nicht an.

In der Rede an den Kongreß der Militärärzte heißt es: »Es genügt uns, die Frage, ob er [= der ABC-Krieg] einfach notwendig werden kann, um sich gegen einen ABC-Krieg zu verteidigen, hier lediglich zu stellen.« An dieser Stelle ist zunächst bemerkenswert, daß Pius XII. die Frage nach der

---

<sup>1</sup> In einem Referat, gehalten auf der Tagung der katholischen Akademie in Bayern am 22. Februar 1959 in Würzburg, in erweiterter Fassung abgedruckt in: »Stimmen der Zeit«, April 1959, S. 13, unter dem Titel »Die Lehre Pius' XII. vom modernen Krieg«.

<sup>2</sup> Vom 19. Oktober 1953, in: Acta Apostolicae Sedis [AAS] 45, S. 744 ff.

<sup>3</sup> Vom 3. Oktober 1953, in: AAS 45, S. 730 ff.

<sup>4</sup> A. a. O. S. 4.

<sup>5</sup> »Ce droit à se tenir sur la défensive, on ne peut le refuser, même aujourd'hui, à aucun Etat.« A. a. O. S. 733.

Zulässigkeit der Atomwaffen genau so beurteilt wie die nach der Zulässigkeit der bakteriologischen und chemischen Waffen. Er läßt die Frage offen und sagt weiter: »Die Antwort ist aus den selben Grundsätzen herzuleiten, die heute dafür entscheidend sind, ob ein Krieg überhaupt zulässig ist.« Das gilt es festzuhalten. Pius XII. beschränkt sich darauf, die allgemeinen Grundsätze des Kriegsrechts zu betonen, aus denen man die sittliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der ABC-Waffen folgern kann, je nach den Tatsachen, die man als gegeben ansieht.

Von diesen Grundsätzen betonen wir zwei, weil wir nachweisen können, daß Pius XII. sie ausdrücklich hervorgehoben hat. Erstens: Man ist verpflichtet, Unrecht hinzunehmen, soweit keine Siegesschancen bestehen: »...weder die ausschließliche Erwägung der vom Krieg verursachten Leiden und Übel noch die genaue Berechnung von Einsatz und Gewinn können letztlich bestimmen, ob es sittlich erlaubt oder unter Umständen auch geboten ist [*immer eine begründete Wahrscheinlichkeit für den guten Ausgang vorausgesetzt*], den Angreifer mit Gewalt abzuwehren.«<sup>6</sup>

Diesen Gedanken erwähnt auch Gundlach: »Der Krieg ist nur verständlich als Weg von einer gestörten Friedensordnung zu einer zu errichtenden Friedensordnung. Sonst ist er sinnlos.«<sup>7</sup> Gundlach verwirft diesen Grundsatz zwar gleich wieder, indem er unbedingte Verteidigung fordert, aber er betont mit Recht, daß Pius XII. streng an ihm festhielt. Die Frage, ob ein ABC-Krieg einen »guten Ausgang« und die »Wiederherstellung der Friedensordnung« erwarten läßt, ist eine Tatsachenfrage, welche die Fachleute beantworten müssen; der Papst konnte und wollte sie nicht vorentscheiden. Wahrscheinlich ist sie zu verneinen. Dann wäre auch der Westen wie eine »Räuberhorde«, welche die Grundlagen von Recht und Sittlichkeit preisgegeben hat; das aber kann die Kirche nicht sanktionieren. Pius XII. wußte wohl, was er tat, wenn er öffentlich weder erklärt hat, die Anwendung der Atomwaffen sei absolut unsittlich, noch, sie sei es nicht.

Zweitens: Man ist verpflichtet, Unrecht hinzunehmen, wenn die Verteidigung erheblich größeres Übel herbeiführen würde: »Er [der wahre christliche Friedenswille] nimmt sich wohl in acht, mit Waffengewalt die Forderung von Rechten zu verfolgen, die, obwohl legitim, nicht das Risiko wert sind, einen Brand mit all seinen schrecklichen geistigen und materiellen Folgen zu entfachen.«<sup>8</sup> Und: »Es genügt also nicht, sich gegen ein beliebiges

<sup>6</sup> »... nè la sola considerazione dei dolori e dei mali derivanti della guerra, nè l'accurata dosatura dell'azione e del vantaggio valgono finalmente a determinare, se è moralmente lecito, od anche in talune circostanze concrete obbligatorio [sempre che sia probabilità fondata di buon successo] di respingere con la forza l'aggressore.« Weihnachtsansprache 1948, AAS 41, S. 5. Hervorhebung vom Verfasser.

<sup>7</sup> Gundlach a. a. O. S. 7.

<sup>8</sup> »Essa si guarda bene dal perseguire con la forza delle armi la rivendicazione di diritti, che,

Unrecht verteidigen zu müssen, um das gewaltsame Mittel des Krieges anwenden zu dürfen. Wenn die Schäden, die dieser nach sich zieht, nicht mit jenen des geduldeten Unrechts zu vergleichen sind, kann man die Verpflichtung haben, das Unrecht zu erleiden.«<sup>9</sup> Nun ginge es bei einem Angriff des Ostens gewiß nicht um Lappalien. Die Güterabwägung ist in diesem Fall ein ernstes und schwieriges Problem. Gundlach allerdings sieht es einfach. Nach ihm haben wir in einem Atomkrieg die »an sich objektiv höchsten Güter« zu verteidigen, dagegen nur »materielle Schäden« zu erwarten.<sup>10</sup> Wer unter Umständen den Untergang eines ganzen Volkes für nicht gerechtfertigt hält, stelle »einfachhin die materiellen Werte derartig voran«, daß er »für die immateriellen Werte keine rechte Wertschätzung mehr« hat und sie »dran gibt«.<sup>11</sup> Das sei ein ethisch nicht zu rechtfertigender Sozialerläuterungsökonomie. In eine »solche Verfassung« könnte der seelische Zustand des Volkes durch das Wirtschaftswunder geraten sein, spekuliert Gundlach.

Auf Pius XII. kann sich Gundlach dabei nicht mit Recht berufen. In der Weihnachtsansprache von 1948, die er zitiert, nimmt der Papst mit solchen Argumenten nur gegen einen *unbedingten* Pazifismus Stellung.

Zunächst ist neu, daß Leben und körperliche Integrität als »materielle Werte« angesprochen werden. Es geht aber um noch mehr. Nach dem, was man heute weiß, wird die Menschheit wahrscheinlich überleben – das Leben ist zäh –, jedoch durch die genetischen Schäden in ihrer *geistigen* Substanz getroffen sein; sie verliert deshalb vielleicht die Fähigkeit, Gott zu erkennen und zu lieben, und wir können nur schaudernd ahnen, welche dämonischen Mächte auf der Erde herrschen werden.<sup>12</sup> Der Geist hat dann keine Chance mehr.

Unter der Herrschaft des Kommunismus würden die Christen allerdings auf furchtbare Weise unterdrückt werden. Aber die Behauptung, daß man dann nicht mehr Christ sein könne, wäre eine Beleidigung all der heute unterdrückten Christen. Der Weltkommunismus ist außerdem überwindbar. Daß mit ihm plötzlich alle geschichtlichen Veränderungen aufhören, ist bloß ein marxistischer Glaube; es ist eigentümlich, wie viele Christen ihn

---

quantunque legittimi, non compensano il rischio di suscitare un incendio con tutte le sue tremende conseguenze spirituali e materiali« [AAS 41, S. 11].

<sup>9</sup> »Il ne suffit donc pas, d'avoir à défendre contre n'importe quelle injustice pour utiliser la méthode violente de la guerre. Lorsque les dommages entraînés par celle-ci ne sont pas comparables à ceux de l'injustice tolérée«, on peut avoir l'obligation de subir l'injustice« [AAS 45, S. 748].

<sup>10</sup> Gundlach a. a. O. S. 11.

<sup>11</sup> A. a. O. S. 8 und S. 11.

<sup>12</sup> Sollte Pius XII. die Aussichten privatim anders beurteilt haben, so fragt sich, auf welche Informationen er sich stützte und wie weit seine Informanten und Berater dazu beigetragen haben.