

Festschrift für Carl Schmitt



Duncker & Humblot · Berlin

FESTSCHRIFT FÜR CARL SCHMITT



Carl Schmitt

Festschrift für Carl Schmitt

zum 70. Geburtstag

dargebracht von Freunden und Schülern

herausgegeben von

Hans Barion, Ernst Forsthoff, Werner Weber

Dritte, unveränderte Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Festschrift für Carl Schmitt : zum 70. Geburtstag dargebracht
von Freunden und Schülern / hrsg. von Hans Barion . . . –
3., unveränd. Auflage. – Berlin : Duncker und Humblot, 1994
ISBN 3-428-07977-9
NE: Barion, Hans [Hrsg.]; Schmitt, Carl: Festschrift

Erste Auflage 1959
Zweite Auflage 1989
Dritte Auflage 1994

Alle Rechte vorbehalten
© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany
ISBN 3-428-07977-9

INHALT

	Seite
<i>Hans Barion</i> , Professor, Bonn Ordnung und Ortung im kanonischen Recht	1
<i>Dr. Ernst Forsthoff</i> , Professor, Heidelberg Die Umbildung des Verfassungsgesetzes	35
<i>Dr. Hans Freyer</i> , Professor, Münster Die Idee der Freiheit im technischen Zeitalter	63
<i>Dr. Joseph H. Kaiser</i> , Professor, Freiburg i. Br. Die Dialektik der Repräsentation	71
<i>Dr. Ernst Kern</i> , Regierungsdirektor und Chef de Division Secrétariat l'OECE, Paris Aspekte des Verwaltungsrechts im Industriezeitalter	81
<i>Dr. Günther Krauss</i> , Rechtsanwalt, Köln Die Gewaltengliederung bei Montesquieu	103
<i>Dr. Luis Legaz y Lacambra</i> , Professor, Rektor der Universität Santiago de Compostela Völkerrechtsgemeinschaft, Ideologie, Utopie und Wirklichkeit	123
<i>Dr. Alvaro d'Ors</i> , Professor, Santiago de Compostela Relectio de Causa	145
<i>Dr. Hans Schneider</i> , Professor, Heidelberg Über Einzelfallgesetze	159
<i>Dr. Roman Schnur</i> , Assessor, wissenschaftlicher Assistent an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahr- hunderts	179
<i>Dr. Themistokles Tsatsos</i> , Rechtsanwalt, ehemaliger königlicher Minister für Justiz und Verteidigung, Athen Die verfassungsmäßige Gewährleistung der Religionsfreiheit in Griechenland	221
<i>Dr. Werner Weber</i> , Professor, Göttingen Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem	253
<i>Piet Tommissen</i> , Laken (Brüssel) Carl-Schmitt-Bibliographie	273

HANS BARION

ORDNUNG UND ORTUNG IM KANONISCHEN RECHT

A.

„Silete Theologi in munero alieno!“ — diesen von *Carl Schmitt* ins (geistes-)wissenschaftliche Bewußtsein unserer Zeit gehobenen Ausruf des Albericus Gentilis haben die Theologen anscheinend zum Anlaß genommen, um sich von einer Bereicherung und in mancher Hinsicht auch Berichtigung ihres eigenen Denkens und Fragens durch das Werk *Carl Schmitts* zu dispensieren, obwohl es dafür von der Untersuchung über Gesetz und Urteil an¹ bis zu seinem großen Buch über den Nomos der Erde, in dem dieses Wort gleichsam katalysatorisch verwendet wird², vielfältige Anregung bietet. Jedenfalls weist die auch für solche Feststellungen ebenso unentbehrliche wie belehrende Bibliographie *Tommissens*³ kaum eine nennenswerte theologische Befassung mit dem Werke *Carl Schmitts* auf⁴.

Wenn der folgende Beitrag über Ordnung und Ortung im kanonischen Recht eine Erkenntnis *Carl Schmitts* aufnimmt, um sie für eine grundsätzliche Betrachtung des Rechtes der Katholischen Kirche nutzbar zu machen, so tritt er also formal in eine Lücke ein, die bisher schon recht auffällig war, deren unfruchtbare Selbstgenügsamkeit aber nicht über diese Festschrift hinaus weiterdauern soll. Auch inhaltlich jedoch darf diese Gabe beanspruchen, ein Erstling zu sein, weil das Ineinander von Ordnung und Ortung in den bisherigen Darstellungen der kanonistischen Prinzipien nicht als eigenes Strukturelement erfaßt worden ist⁵. Von *Carl Schmitts* thetischer Beschreibung

¹ Vgl. z. B. *Gesetz und Urteil*, 1912, S. 127 (Note III, Abs. 2), wo schon ein Hauptthema der vielen Bemerkungen und Erörterungen *Carl Schmitts* zur vergleichenden Einbeziehung der Theologie in die juristische Wissenschaftslehre distinkt umschrieben wird: der methodische Zusammenhang zwischen der traditionellen juristischen Hermeneutik und der theologischen Interpretationslehre.

² Vgl. *Der Nomos der Erde*, 1950, S. 96 (II, 3), wo das Wort des Albericus Gentilis als ein Hauptmotiv der Gedankenführung erscheint, das vorher (S. 89—96 = II, 2, 4) auf das sorgfältigste exponiert worden ist, so wie das ganze Werk sich gemäß dem Vorwort (S. 6) zwischen den Mahlf lächen von „Theologie und Technik“ behaupten will.

³ Vgl. den Schlußbeitrag dieser Festschrift.

⁴ Eine Ausnahme bildet die bei *Tommissen* Nr. 573 zitierte Arbeit von *J. Klein*.

⁵ Vgl. *P. Fedele*, *Discorso generale sull'Ordinamento canonico*, 1941; *A. Haagen*, *Prinzipien des katholischen Kirchenrechts*, 1949.

des Rechtes als einer Einheit von Ordnung und Ortung läßt sich sagen, daß sie für die Kanonistik nicht ein Verbum appellativum, sondern ein Verbum creativum ist, und die Wahl dieses Themas schafft für den Bearbeiter die angenehme Lage, daß er dem Meister eine Gabe darbringen kann, die dieser selbst erst ermöglicht hat und deren Bereitung sich nicht mit dem ohnehin meist wenig ergiebigen Kleinkram lehrgeschichtlicher Unterbauung aufzuhalten braucht: die schöpferische und prägende Kraft *Carl Schmitts* trägt auch diese Darlegungen und hält sie oberhalb des kirchenrechtlichen Alltags.

B. I.

1. Für die Besinnung auf die Ortung als eine Grundlage der kanonischen Ordnung bietet sich zuvörderst c. 8 § 2 CIC an. Er lautet: „Lex non praesumitur personalis, sed territorialis, nisi aliud constet.“ Hier scheint in der Tat die territoriale Geltung der Gesetze, die Ausstrahlung ihrer bindenden Kraft auf die Gläubigen nicht bloß oder zuerst durch deren persönliche Unterordnung unter die Hierarchie, sondern vermittelt der gebietsmäßigen Gliederung der Kirche als maßgebendes Element des kanonischen Rechtes festgelegt zu sein, weil dieser Kanon ganz generell gefaßt ist. Indes setzt er dem Versuch einer Auslegung im eindeutigen Sinn (auch) eines Struktursatzes gewisse Schwierigkeiten exegetischer und axiomatischer Natur entgegen.

2. Das exegetische Problem des Kanons ist schon lange erkannt worden⁶ und läßt sich dahin zusammenfassen, daß er ohne Schwierigkeit nur auf Partikulargesetze angewandt werden kann. Soweit ein Gesetz von einem Ortsordinarius unterhalb des Papstes oder von einem nichtökumenischen Konzil erlassen worden ist, entspricht die Ausstattung mit territorialer Geltung der Jurisdiktion dieser Gesetzgeber, die ebenfalls territorial, nicht personal bedingt ist. Es ist dann eine Nebenfrage, ob man die territoriale Geltung absolut gestaltet, derart, daß sie alle und nur die Gläubigen erfaßt, die sich in dem Territorium aufhalten, oder ob man, wie es der CIC tut, das Domizil oder Quasidomizil in dem betreffenden Territorium als zusätzliche Bedingung für die Bindung vorschreibt (c. 13 § 2) und in Ausnahmefällen (c. 14 § 1 n. 1: wenn ihre Nichtbeachtung — der CIC verwendet den in diesem Zusammenhang schiefen Ausdruck *Transgressio* — „in proprio territorio noceat“) die territoriale Bindung zur personalen, den Territorialeinwohnern über das Territorium hinaus folgenden Bindung er-

⁶ Vgl. die sehr gute Zusammenfassung bei A. Van Hove, *De legibus ecclesiasticis* = *Commentarium Lovaniense* in CIC, Vol. I, Tom. II, 1930, S. 120 bis 134. Ferner G. Onclin, *De territoriali vel personali legis indole. Historia doctrinae et disciplina* CIC, 1938 (Diss. Löwen, i. w. rechtsgeschichtlich); E. Pacelli, *La personalità et la territorialité des lois, particulièrement dans le droit canon*, Étude historique-juridique, Rom 1945.

weitert. Jedenfalls läßt sich c. 8 § 2 auf partikuläre Gesetze ohne Schwierigkeit anwenden.

Bei den für die ganze Kirche geltenden Gesetzen jedoch steht es anders. Gewiß ist c. 8 § 2 so formuliert, daß er per se auch für die *Leges generales* gilt, und die Vertreter dieser Auslegung können sowohl den eindeutig allgemein gefaßten Wortlaut des Kanons wie seine Stellung an der Spitze des Titels *De legibus ecclesiasticis* dafür anführen. Aber diese Auslegung ist sachlich und rechtssystematisch unhaltbar. Denn die Kirche wird als Gemeinschaft der Gläubigen durch das personale Band der Taufe zusammengehalten. Sie ist nicht nur dort, wo sie territorial konstituiert wird, sondern auch jenseits aller kirchlichen Gebietsgliederung überall dort, wo Gläubige sind. Daher gelten die allgemeinen Gesetze der Kirche unabhängig von einer territorialen Beziehung überall, und es ist nur die rechtssystematisch unnötige positivrechtliche Unterstreichung dieser Sachlage, wenn c. 13 § 1 ausdrücklich feststellt (nicht festlegt): „*Legibus generalibus tenentur ubique terrarum omnes, pro quibus latae sunt.*“ Jedenfalls aber wird damit anerkannt, daß das Feld der *Leges ecclesiasticae generales* die ganze Erde ist; c. 13 § 1 läßt dadurch ebenso wie durch die ausdrückliche Einbeziehung ihrer personalen Komponente („*omnes, pro quibus latae sunt*“) bei den *Leges generales* keinen sinnvollen Spielraum für die territoriale Präsumpcion des c. 8 § 2. Sie sind ihr durch die positivrechtliche Regelung des c. 13 § 1 sogar entzogen. Daher kann c. 8 § 2 im System des CIC trotz seines Wortlautes nicht auf die *Leges generales* bezogen werden.

Daß c. 8 § 2 insoweit also eine Fehlkodifikation darstellt und der CIC besser bei der ursprünglich vorgesehenen formellen Beschränkung der Präsumpcion auf die *Leges particulares*⁷ geblieben wäre, läßt sich wohl nicht bestreiten. Trotzdem freilich könnte die Ortung des kanonischen Rechts als Strukturelement seiner Ordnung mittels dieses Kanons gleichsam leitmotivisch ausgesprochen sein, wenn er axiomatische Bedeutung hätte. Diese aber fehlt ihm auch.

3. Wenn man die hier so genannte axiomatische Bedeutung eines Kanons darin sieht, daß er entweder einen Satz des göttlichen Rechts kodifiziert — so z. B. c. 100 § 1 — oder ein grundlegendes Element des nur positiven kanonischen Rechtes festlegt — so in sehr prägnanter Weise etwa c. 111 § 1 —, dann kann c. 8 § 2 nicht zu den axiomatischen Sätzen des CIC gerechnet werden. Daß er kein Satz des göttlichen Rechtes ist, sieht man nicht nur an seiner rein positivrechtlichen Formulierung, sondern auch und vor allem daran, daß seine Ausdehnung auf die *Leges generales* fragwürdig ist und bleibt und daß göttliches Recht überhaupt nicht in der Form einer Präsumpcion erscheinen kann: das *Ius divinum* ist seiner Substanz, wenn

⁷ Van Hove a.a.O., S. 129 Anm. 1.