

Vorwort

Die Antworten auf die im Titel gestellten Fragen sind schwierig, weil die Begriffe *Gesetz, Recht und Gerechtigkeit* von Juristen, Philosophen, Politikern und allen, die in ihrem Studium und ihrem Beruf damit zu tun haben, verschieden verstanden werden und aus dem verschiedenen Verständnis sich verschiedene Antworten ergeben. Die Einleitung gibt allen Interessierten, auch Nichtjuristen erste leicht verständliche Antworten, auf deren Grundlage auch die nachfolgenden neun Kapitel verständlich sein sollten. Das Buch ist kein Kriminalroman, in welchem der Mörder erst auf der letzten Seite entdeckt wird, weil es ansonsten langweilig wäre. Hier soll das Ziel der Untersuchung schon im Vorwort klargestellt werden, weil es spannend genug ist zu erfahren, wie dieses Ziel erreicht werden kann. Die Grundlage, auf der die Antworten auf die gestellten Fragen zu finden sind, beruht vor allem auf drei Grundsätzen:

1. Göttliche Gerechtigkeit ist nicht zu erkennen: In der *platonischen Philosophie* wird die Gerechtigkeit verstanden als eine *Idee*, von welcher der in einer Höhle an die Wand geschmiedete Mensch aber nur den Schimmer des Schattens erkennen kann, der durch den Eingang seiner Höhle fällt. Dieses Höhlengleichnis will uns verständlich machen, dass wir die göttliche Gerechtigkeit letztlich nicht erkennen, allenfalls einen Hauch davon verspüren können. Wenn die Gerechtigkeit jedoch nicht zu erkennen ist, so ist es nicht nur sinnlos, sondern auch gefährlich danach zu streben, weil die Gefahr besteht, dass schließlich etwas für gerecht erklärt wird, was es nicht ist und alle verdammt und bestraft werden, die es nicht glauben wollen. Das Recht sollte daher auch *nicht* aus religiösen Glaubenssätzen abgeleitet werden, weil dann anderen Menschen, die an diese Sätze nicht glauben und an anderes glauben oder gar nichts glauben, rechtlos gestellt sind und als Ketzer behandelt, bestraft und aussortiert werden. Recht und Glauben müssen daher voneinander unterschieden werden, Rechtsgemeinschaft und Glaubensgemeinschaft, Kirche und Staat voneinander getrennt (Laizität) und jedem Einzelnen *Glaubensfreiheit* als unveräußerliches *Menschenrecht* zugestanden werden. Schon *Thomas von Aquin* hat daher unterschieden zwischen göttlicher und menschlicher Gerechtigkeit und die menschliche Gerechtigkeit als eine Tugend (*Habitus*) verstanden, die ein Mensch aber nur erreichen könne, wenn er sich stets und fortwährend darum bemüht, in allen Dingen das Richtige und niemals einem anderen Unrecht zu tun. Diese menschliche Vorstellung von Gerechtigkeit erscheint vorzugswürdig, weil damit die Menschen verschiedenen Glaubens friedlich miteinander leben können und nicht denken müssen, dass die Menschen anderen Glaubens ständig Unrecht tun und als Ungläubige und Ketzer bestraft gar getötet werden müssten. Die Menschen können sich freilich auch irren und daher Unrecht tun, aber damit müssen wir alle leben, weil wir uns auch selbst irren und damit anderen Unrecht tun können. Wir mussten allerdings lernen, was *Thomas von Aquin* noch nicht wahrhaben wollte, dass es auch Menschen gibt, die sich nicht nur irren, sondern gelegentlich oder sogar ständig bewusst Böses tun wollen, aber so sind nicht so viele, und wenn wir wachsam sind, können wir Herr über sie sein und bleiben.

2. Ideologien dürfen nicht zur Grundlage des Rechts gemacht werden: Im 20. Jahrhundert sind in Deutschland zweimal Ideologien zur Grundlage des Rechts gemacht und damit großes Unrecht geschaffen worden: durch den *Faschismus* im sog. Dritten Reich und durch den *Sozialismus* in der DDR. Wie in „Gottesstaaten“, in denen göttliches Recht gegolten hat, die Ketzer verfolgt, verbrannt und sonstwie umgebracht wurden, so sind auch in

den von einer Ideologie beherrschten Staaten alle verfolgt, bestraft und getötet worden, die an deren Richtigkeit nicht glauben und sich mit der daraus entstehenden Unfreiheit nicht abfinden wollten.

3. *Gesetze sind nicht ohne Rücksicht auf ihren Inhalt schon allein deswegen Recht, weil sie von einem Gesetzgeber in Form eines Gesetzes beschlossen und dem Volk verkündet worden sind*: Die gegenteilige Auffassung des sog. *Rechtspositivismus* ist abzulehnen. Es gibt *materielle Kriterien*, welche die Menschen im Laufe ihrer Geschichte aus ihren Erfahrungen gelernt haben, auf deren Grundlage entschieden werden kann und muss, ob eine bestimmte gesetzliche Regelung als *Recht* oder *Unrecht* zu begreifen ist. Der *Kernbestand* dieser Kriterien ist heute als *Grund- und Menschenrechte* in den Verfassungen aller demokratischen Rechtsstaaten enthalten, in Deutschland vor allem in den Artikeln 1-19 des Grundgesetzes. Diese Grund- und Menschenrechte sind heute jedenfalls in der Bundesrepublik nicht mehr unverbindliche Programmsätze, sondern für den Gesetzgeber und die vollziehende Gewalt unmittelbar geltende Rechtsätze, die auch von jedem Bürger in Form von Verfassungsbeschwerden geltend gemacht und eingefordert werden können.

Mit diesen drei Prinzipien: 1. der Ablehnung göttlichen Rechts, 2. der Ablehnung ideologisch bestimmter Rechtssätze und 3. der Ablehnung des Rechtspositivismus mit der Möglichkeit der Kontrolle aller gesetzlicher Regelungen an bewährten und allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen sind die Voraussetzungen dafür gegeben, dass Menschen verschiedenen Glaubens und verschiedener weltanschaulicher Ansichten in einer rechtlich geordneten Gemeinschaft friedlich zusammenleben können. Im Einzelnen ist dieses System in der Praxis allerdings nicht so ganz einfach umzusetzen, was zurzeit am Beispiel des *Problems der Integration* der massenhaft zu uns gekommenen Flüchtlinge islamischen Glaubens deutlich wird. Die Politiker wollten dieses Problem zwar schaffen, haben es aber lange versäumt, die dafür erforderlichen rechtlichen Regelungen zu entwickeln und die schon gegebenen Regeln rechtzeitig und sachgerecht anzuwenden. Der fortwährende Streit über Nebensächlichkeiten in und zwischen den Parteien ist nur der sichtbare Ausdruck der mangelnden Fähigkeit, die notwendigen Regelungen zu erkennen, aufzustellen und das zu deren Umsetzung Erforderliche zu tun.

Immerhin hat die deutsche Bundesregierung inzwischen erkannt, dass die derzeitige rein positivistische Juristenausbildung nicht mehr den Erfordernissen unserer Zeit genügt. Das Bundesjustizministerium verfolgt mit einem Gesetzesentwurf daher die Absicht, das deutsche Justizunrecht des 20. Jahrhunderts in den Pflichtfachstoff der Juristenausbildung aufzunehmen und auch zum Prüfungsstoff zu machen.¹ Die von mir – ohne Kenntnis von diesem Reformvorhaben - im 7. und 8. Kapitel dargestellte Rechtsprechung zum NS- und DDR-Unrecht würde damit zum Lehr- und Prüfungsstoff der Juristenausbildung. Das ist aus meiner Sicht sicherlich ein begrüßenswertes Vorhaben, ob es aber durchgeführt werden wird und wirklich die heute überwiegend von Repetitoren bestimmte Juristenausbildung verändern kann, ist höchst zweifelhaft. Ein Vertreter der Gruppe deutscher Rechtsphilosophen hat jedenfalls schon darauf hingewiesen, dass den Rechtsprofessoren, die sich als *Vertreter des Rechtspositivismus* verstehen, aufgrund ihrer durch Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz gesicherten Lehrfreiheit nicht verboten werden könne, ihre Auffassung in ihren Vorlesungen vorzutragen. Aus letztlich demselben Grunde sind auch die Anfang der siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts gestarteten Reformmodelle gescheitert und die Reformfakultäten in Fakultäten alter Art zurückverwandelt worden.

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes vom 7.7.2017. Der Entwurf ist allerdings öffentlich bisher nicht zugänglich, wird jedoch „unter Interessierten“ weitergereicht. Vgl. dazu *Andreas Funke*, Haltung zeigen oder Haltung einnehmen? – Justizunrecht des 20. Jahrhunderts in der Juristenausbildung, in: NJW 2018, 1930 ff.

Mit derart schlichten Reformbemühungen lassen sich die durch die neuen Techniken auch für die Rechts- und Staatspolitik ausgelösten Probleme jedoch nicht mehr bewältigen. Diese Techniken haben schon jetzt eine weltweit vernetzte Produktions- und Wirtschaftsgemeinschaft geschaffen, die nicht nur den Abstand zwischen den hoch entwickelten Industriestaaten und den Entwicklungsländern weiter vergrößert, sondern auch die Macht der Großstaaten (USA, China) noch verstärkt hat und die alten Nationalstaaten Europas zum Zusammenschluss zwingt, wenn sie ihren Einfluss auf die weitere Entwicklung behalten wollen. Nach *Trumps* Pfeife wollen wir nicht tanzen. Ein europäischer Bundesstaat macht aber eine gemeinsame Rechtsordnung erforderlich, was eine Besinnung auf die gemeinsamen Grundsätze des europäischen Rechts voraussetzt, um auf dieser Basis ein gemeinsames Recht schaffen zu können. Der Primitivismus positivistischer Rechtsgrundsätze ist dazu nicht geeignet. Statt sich mit aller Kraft um die Schaffung eines europäischen Bundesstaates zu bemühen, streiten sich unsere einst staatstragenden Parteien jedoch über Banalitäten und schrumpfen auf die Größe von Splitterparteien, weil das Volk ihre Unfähigkeit nicht mehr verkennen kann. Was muss noch alles geschehen damit die offenkundig unfähigen Führungskräfte dieser Parteien abgelöst und durch fähige Persönlichkeiten ersetzt werden? Was nach der Merkel kommt, ja, das möchten wir noch erleben.

Weil mir Hilfskräfte nicht mehr zur Verfügung standen, musste meine Frau, Katrin Ehmann-Schultze, weiland Vorsitzende Richterin, die einst schon die Fahnen meiner Doktorarbeit gelesen, ihren verdienten Ruhestand etwas unterbrechen und auch diesmal wieder Manuskript und Fahnen lesen, wofür ich sehr dankbar bin. Etwas haben die beiden Söhne *Dr. iur. Erik Ehmann* und *Dr. iur. Timo Ehmann* ihr trotz großer eigener Berufsbelastung dabei geholfen. Ohne diese familiäre Hilfe hätte ich's wohl nicht mehr geschafft.

Trier, im Oktober 2018

Horst Ehmann

In der *platonischen Philosophie* wird die Gerechtigkeit verstanden als eine *Idee*, von welcher der in einer Höhle an die Wand geschmiedete Mensch aber nur den Schimmer des Schattens erkennen kann, der durch den Eingang seiner Höhle fällt. Dieses Höhlengleichnis will uns verständlich machen, dass wir die göttliche Gerechtigkeit letztlich nicht erkennen, allenfalls einen Hauch davon verspüren können. Wenn aber die Gerechtigkeit nicht zu erkennen ist, so ist es nicht nur sinnlos, sondern auch gefährlich danach zu streben, weil die Gefahr besteht, dass schließlich etwas für gerecht erklärt wird, was es nicht ist und alle verdammt und bestraft werden, die es nicht glauben wollen. Das Recht sollte daher auch *nicht* aus religiösen Glaubenssätzen abgeleitet werden, weil dann anderen Menschen, die an diese Sätze nicht glauben und an anderes glauben oder gar nichts glauben, rechtlos gestellt sind und als Ketzer behandelt, bestraft und aussortiert werden. Recht und Glauben müssen daher voneinander unterschieden werden, Rechtsgemeinschaft und Glaubensgemeinschaft, Kirche und Staat, voneinander getrennt (Laizität) und jedem Einzelnen *Glaubensfreiheit* als unveräußerliches *Menschenrecht* zugestanden werden. Schon *Thomas von Aquin* hat daher unterschieden zwischen göttlicher und menschlicher Gerechtigkeit und die menschliche Gerechtigkeit als eine Tugend (*Habitus*) verstanden, die ein Mensch aber nur erreichen könne, wenn er sich stets und fortwährend darum bemüht, in allen Dingen das Richtige und niemals einem anderen Unrecht zu tun. Diese menschliche Vorstellung von Gerechtigkeit erscheint vorzugswürdig, weil damit die Menschen verschiedenen Glaubens friedlich miteinander leben können und nicht denken müssen, dass die Menschen anderen Glaubens ständig Unrecht tun. Die Menschen können sich freilich auch irren und daher Unrecht tun, aber damit müssen wir alle leben, weil wir uns auch selbst irren und damit anderen Unrecht tun können. Wir mussten allerdings lernen, was *Thomas von Aquin* noch nicht wahrhaben wollte, dass es auch Menschen gibt, die sich nicht nur irren, sondern auch bewusst Böses tun wollen, aber es sind nicht so viele, und wenn wir wachsam sind, können wir Herr über sie sein und bleiben.

Thomas von Aquin hat daher unterschieden zwischen göttlicher und menschlicher Gerechtigkeit

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
I. Erste Antworten auf die Titelfragen	19
1. Was ist ein Gesetz?	19
2. Was ist ein Naturgesetz?	19
3. Was sind Gesetze des Rechts?	20
4. Wie entstehen die Gesetze des Rechts?	21
5. Was sind Gesetze der Moral, der Ethik oder der Sitte?	24
6. Der Unterschied zwischen Recht und Moral	25
7. Was ist Recht?	27
a) Kant, § B MdS-RL	
b) Die Summe gesetzlicher Regelungen?	
c) Das Recht als Kunst und die „Natur der Sache“	28
d) Was ist Recht, was Unrecht?	29
8. Was ist Gerechtigkeit?	30
II. Religionen, Ideologien und Menschenrechte	
- Leitprinzipien des Rechts-	
1. Sakrale Quellen des Rechts	31
2. Christliche Kreuzzüge und Heilige Inquisition	32
3. Zur Rationalisierung des Rechts christlicher Staaten	32
4. Der Islam und sein göttliche Recht (Scharia)	33
5. Gründe des Unfriedens in der islamischen Welt	33
6. Fehlentwicklungen in der christlichen Welt	34
III. Gang der Darstellung	35
1. Kapitel: Recht und Freiheit	41
I. Recht als Korrelat der natürlichen Freiheit	41
II. Zur Freiheit gehört die Freiheit der Rechtsetzung	42
1. Naturgesetze und göttliches Recht	42
2. Das menschliche Recht und seine Sanktionen	44
3. Gliederung der verschiedenen Rechtsgebiete	45
a) Öffentliches Recht - Staatsrecht	45
Exkurs zur Rechtsgeschichte	46
b) Öffentliches Recht – Verwaltungsrecht	47
c) Von der Monarchie zum Sozialstaat	49
d) Das Zivilrecht	49
e) Strafrecht, Strafgerichtsbarkeit und Strafvollstreckung	52
III. Veränderlichkeit des Rechts ist Voraussetzung der Freiheit	54
2. Kapitel: Ursprung und Entwicklung des Rechts	57
I. Die Frage nach dem Grund allen Seins	57
II. Die sakrale Herkunft des Rechts	57
1. Gewohnheiten – Gebräuche – Sitten – Recht	58
2. Mose als Richter und Gesetzgeber	59
a) Der gute Rat des Schwiegervaters	59
b) Das Gesetz, geschrieben mit dem Meißel Moses	59
c) Es bleibt die menschliche Freiheit	61
III. Vom göttlichen Recht zur griechischen Philosophie	
und zum römischen Recht	61
1. In der griechischen Welt	61
2. Die Überlieferungen des römischen Rechts	62
IV. Vom römischen Kaiser zum christlichen Glauben	63
V. Augustinus: Vom christlichen Glauben zum göttlichen Recht	64
VI. Die Wiederentdeckung und Rezeption des CJC	66
VII. Über Th. v. Aquin zum menschlichen Recht	68
VIII. Recht ist die Kunst des Guten und Gleichen	70
IX. Entsteht Recht aus dem Volkgeist?	70
X. Der Koran und das islamische Recht	72

3. Kapitel:**Vom Glauben zur Vernunft,**

vom göttlichem zum menschlichen Recht	75
I. Kreuzzüge und das Schicksal von al-Andalus	75
II. Die Hochkultur von al-Andalus	76
1. Mathematik, Astronomie, Medizin, Botanik, Philosophie	
2. Die Lehren des Ibn Gabirol (Avicebron)	77
3. Die Lehren des Ibn Baddja (Avempace)	78
4. Die Lehren des Ibn Tufail (Abubacer)	78
a) Hayy Ibn Yaqzân, der lebende Sohn des Erwahten	78
b) Absal, ein zweiter Mensch	79
c) Wirkungsgeschichte von Hayy Ibn Yaqzan	84
d) Parallelen zu Zarathustra	85
5. Die Lehren des Ibn Rushd (Averroes)	86
a) Der Auftrag zum Aristoteles-Kommentar	86
b) Die Entscheidende Abhandlung	86
c) Ist ein phil. Koran-Verständnis erlaubt?	
d) Die Wirkungsgeschichte der Werke Averroes	94
6. Die Lehren des Moshe ben Maimon (Maimonides)	96
III. Das aristotelisch-thomistische Rechtsverständnis	98
1. Zur historische Lage in der Lebenszeit von Thomas	98
2. Vom göttlichen zum menschlichen Recht	99
3. Positives und natürliches Recht	100
4. Aus der Vernunft entwickeltes „natürliches“ Recht	102
5. Das „Gesetz der Natur“ als Richtmaß der Vernunft	104
6. Der Kernsatz der aristotelisch-thomistischen Lehre	108
a) Gesetz und Recht	108
b) Ius gentium	110
7. Das Naturrecht und die „Natur der Sache“	112
IV. Was ist menschliche Gerechtigkeit?	114
1. Verständnis menschlicher Gerechtigkeit als Tugend	114
2. Fachliches Können oder sittlicher Charakter	116
3. Ist das Recht Gegenstand der Gerechtigkeit?	117
4. Der Gleichheitssatz	
a) Tausch- und Verteilungsgerechtigkeit	119
b) Gleichheit als Abstraktion von der Ungleichheit	
5. Art der Güterverteilung: Privateigentum oder Sozialismus	121
6. Gehört zur Gerechtigkeit auch Freiheit?	122
V. Absolute natürliche Rechte an Leib und Leben und Ehre	123
1. Recht am Leben	124
2. Recht am Körper	126
a) Verstümmelungen	126
b) Bestrafung, Züchtigung	126
c) Notwehr gegen Körperverletzungen	127
3. Recht auf Ehre	127
a) Zweck des Ehrenschatzes	127
b) Formen der Ehrverletzungen	128
c) Sind Beleidigungen zu dulden oder zurückzuweisen?	
d) Wiedergutmachung der Ehrverletzung	130
e) Maß der Schuld und der Wiedergutmachung	131
f) Begriff und Wert der Ehre im Wandel der Zeit	131
VI. Privateigentum – ein Recht oder Diebstahl?	132
1. Der Drang Güter zu erwerben	132
2. Privateigentum kein „natürliches“ Recht	133
3. Vorteile der Vergemeinschaftung der Güter	135
4. Vorteile des Privateigentums	136
VII. Die Freiheit im Bann der Sklaven- und Ketzerfrage	139
1. Das Herrenbewusstsein bei Aristoteles	139
2. Thomas: Kein Widerspruch aus christlicher Sicht!	140
3. Von den Bauernkriegen zur Sklavenbefreiung	141
4. Vom Fehdewesen zum staatlichen Gewaltmonopol	141
5. Zwang zum richtigen Glauben gerechtfertigt?	
VIII. Thomas: Über das menschlichen Recht zur sittlichen Autonomie des Menschen	

4. Kapitel: Recht als rechtlich geschützte Freiheit	149
I. Kants Begriff des Rechts	149
1. § B MdS-RL	149
2. Geschützte und ungeschützte Freiheiten	149
a) Der eine ist im Recht	150
b) Der andere ist im Recht	151
c) Der eine und der andere sind im Recht	151
d) Mit und ohne Interessenausgleich	152
3. Die Rechtstechniken des Freiheitsschutzes	
a) Der Schutz der Freiheit eines Menschen	153
b) Vier Rechtsformen zur Abgrenzung der Freiheit	
4. Gesetzlich geregelte Gesetzeskonflikte	155
a) Regel-Ausnahme-Verhältnis (Notwehr und Notstand)	55
b) Überschneidung gesetzlicher Schutzbereiche	156
5. Die Regeln praktischer Konkordanz	157
6. Was sind die Quellen des Rechts in der Vernunft?	161
a) Der kategorische Imperativ als Abgrenzungskriterium	161
b) Das allgemeine Gesetz der Freiheit in § B MdS-RL	162
7. Kategorischen Imperativ – Nächstenliebe - Gleichheitssatz	
a) Liebe deinen Nächsten wie dich selbst	
b) Der Gleichheitssatz als Gebot der Gerechtigkeit	166
II. Der Freiheits- und Schutzbereich absoluter Rechte	167
1. Entstehung der absoluten Rechte	167
2. Funktion der absoluten Rechte	168
3. Das Abgrenzungsproblem	169
a) Gegenständlich begrenzter Rechte	169
b) Von Rechten ohne gegenständliche Verkörperung	170
c) Problematik des Freiheitsbegriffs	
III. Schutzgesetze und gute Sitten als Freiheitsgrenze	175
1. Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit als Freiheitsgrenze	175
2. Spezielle Handlungsverbote als Freiheitsgrenze	175
a) Im Straßenverkehr	176
b) Im Wirtschaftsverkehr	176
3. Strafrechtliche Schutzgesetze	178
4. Zur Schadenersatzpflicht strafbarer Handlungen	179
5. Die guten Sitten als Freiheitsgrenze	180
IV. Vertragliche Erweiterung und Begrenzung der Freiheit	
1. Die Freiheitsbeschränkung des objektiven Rechts	181
2. Privatautonomie und Vertragsfreiheit	182
3. Vertragliche Erweiterungen und Beschränkungen der Freiheit	
a) Freiheitserweiterungen durch vertragliche Leistungen	
b) Freiheitserweiterungen durch Rechtsschutzverzicht	
c) Freiheitserweiterungen durch Beschränkungen des anderen	185
4. Privatautonomie als Grundlage marktwirtschaftlicher Ordnung	
5. Kapitel: Vom Relativismus zum Rechtspositivismus	
ins Unrecht und zum Naturrecht zurück	189
I. Der Spannungsbogen	189
1. Zwischen Recht, Moral, Glaube, Ideologie und Philosophie	
2. Vom römischen Recht zu naturrechtlichen Kodifikationen	
3. Von der Monarchie zur Revolution und Demokratie	
II. Vom Positivismus und zum Rechtspositivismus	193
III. Kelsens Reine Rechtslehre	195
IV. Der Anfang der „Banalität des Bösen“	199
1. Gesetz ist Gesetz	199
2. Vom Relativismus zum Positivismus ins NS-Unrecht	
a) Die Entwicklung zum NS-Unrechtssystem	
b) Ist das Naturrecht nicht erkennbar?	
c) Wegfall der Voraussetzung der Lehre Radbruchs	
3. Zur Dialektik von Naturrecht und Positivismus	
a) NS-Recht: Naturrecht oder positives Recht ?	
b) Was vernünftig und was wirklich ist	
4. Radbruchs Parteien- und Zwecklehre	
a) Der Individualismus	
b) Der Kollektivismus (= Überindividualismus)	
c) Der transpersonale Kulturzweck	
5. Hitlers transpersonale Staatsziele:	

6. Radbruchs Rechtsbegriff: Vom Relativismus zum Positivismus	
a) Vom Zweck des Tisches zum Zweck des Rechts	
b) Von der Trias absoluter Werte zum Sozialismus	
(1) Rechtsicherheit, Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit	
(2) Zum Primat der Rechtsicherheit	
7. Einschränkung richterlicher Entscheidungsmacht	
8. Vom kulturellen Rechtszweck zum NS-Unrecht	
V. Nach 1945: Radbruchs andere Akzente	145
1. Die anderen Akzente	
2. Der andere Rechtsboden	
VI. Radbruch 1945: Fünf Minuten Rechtsphilosophie	146
VII. SJZ 1946: Radbruchs „naturrechtliche Formeln“	155
1. Radbruchs Fallmaterial	
2. Radbruchs Formeln	157
VIII. 1947/48: Radbruchs anders akzentuierte Vorschule	161
1. Vorschule als Vorlesungsnachschrift von 1947	
2. Prinzipientreue für Methodenpluralismus und Relativismus	
3. Veränderung der Rangordnung	
4. Rechtsidee und Rechtsbegriff	
5. Siegreiche Macht schafft neues Recht	
6. Irrtum oder Irreführung?	
IX. Radbruchs Naturrechtsdarstellungen	166
1. Im Jahre 1932	162
2. Im Jahre 1947	163
3. Radbruchs Wesenszüge des Naturrechts	163
4. Zur Rechtsnatur des Naturrechts	163
5. Bricht Naturrecht positives Recht?	
6. Radbruchs Schlusswort	166
X. Zur Erkennbarkeit der Vernunft und des Rechts	171
1. War der entscheidende Schlag ein Irrtum?	168
2. Ist erkennbar nur, was mathematisch beweisbar ist?	169
3. Zur Erforschung des menschlichen Geistes	
4. Der entscheidende Schlag – ein Fehlschlag!	
XI. Die Menschenrechte als Grenzsteine zw. Recht und Unrecht	
1. Menschliches Naturrecht statt göttlichem Recht	175
2. Der transpersonale Wert der „arischen Rasse“	
3. Unveräußerliche Menschenrechte als Grenzsteine	
4. Die Vorteile verfassungsgerichtlicher Fallentscheidungen	
5. Das „allgemeine Gesetz der Freiheit als Grundsatz praktischer Konkordanz“	177
6. Das Unrecht des NS-Staates als Verletzung von Menschenrechten	174
7. Die historische Entwicklung der Menschenrechte	
a) In der US-amerikanischen Verfassung	
b) In der französischen Verfassung	
c) Zur preußischen Verfassungsgeschichte	
8. Die philosophische Grundlage der Menschenrechte	181
6. Kapitel: Das Bundesverfassungsgericht als Hüter des Rechts	269
I. Das Unrecht der NS-Herrschaft	269
II. Das Unrecht der SED-Herrschaft	272
III. Die Geburtsstätte des Rechts ist das Gericht	273
IV. Gründe für Fehlurteile: Tatfragen und Rechtsfragen	276
1. Es gibt hauptsächlich zwei Gründe für Fehlurteile	276
2. Zur Tatfrage	277
3. Zur Klärung der Rechtsfrage	277
V. Inwieweit ist ein Richter an das Gesetz gebunden?	278
1. Im Unrechts- und im Rechtsstaat	278
2. Bindung an Gesetz und Recht	279
3. Grundrechte sind unmittelbar geltendes Recht	280
VI. Der verfassungsmäßige Weg zum Recht	281
1. Zurück zum Fall des Kälbchens der Kuh	281
2. Rechtsmittel: Berufung und Revision	282
3. Verfassungsbeschwerde wegen Grundrechtsverletzung	283
4. Normenkontrollverfahren	284
VII. Vom Naturrecht zum Verfassungspositivismus	286
1. Monarchisches und demokratisches Recht	286
2. Die Notwendigkeit von Gerechtigkeitsnormen	287
3. Von der philosophischen Streitfrage zur Rechtsfrage	288

7. Kapitel BGH-Urteile gegen NS-Unrecht	289
I. BGHZ 3, 94: Tötung ohne gerichtliches Verfahren	289
II. BGHZ 3, 357-368: Judenverschickung in KZ	293
III. BGHSt 3, 271: „Kurz- und Sonderbehandlungen“ im KZ	299
IV. BGHSt 3, 110: Denunziation der Ehefrau eines Soldaten	
V. Standgericht gegen Verschwörer des 20. Juli 1944	308
8. Kapitel BRD-Rechtsprechung gegen DDR-Unrecht	313
I. 1945–1989: Sozialistisches Unrecht: Mauerschützenfälle	313
II. Sachverhalte und Urteile der Mauerschützenfälle-Fälle 1-5	316
1. BGHSt 39, 353- Geschnappt und noch erschossen	316
2. BGHSt 40, 48 - Todesschuss über die Grenze zur BRD	316
3. BGHSt 40, 241–251- Spree-Schwimmer erschossen	317
4. BGHSt 39, 1: Einzelgänger mit Leiter erschossen	318
5. BGHSt 39, 168 - Zwei mit Räuberleiter	319
III. Kritik an den Mauerschützen-Urteilen 3–5	
1. Zur Problematik der Darstellung	321
2. Zur Kunstform eines Strafurteils (für Nichtjuristen)	322
3. Die gesetzliche Rechtslage	322
a) Die Verfassungs- und Rechtslage der DDR	323
b) Ratio legis der rechtsstaatlichen DDR-Regelung	
4. Rechtswidrigkeit der Todesschüsse.....	325
a) Nach den Gesetzen der DDR	325
b) Nach dem Rechtsverständnis des 5. Strafsenats	
c) Die Fehlentscheidungen des 5. Strafsenats	326
5. Verschulden, Verbotsirrtum und Befehlsnotstand	327
a) Verbotsirrtum über offensichtliches Unrecht?	
b) Strafausschließungsgrund Befehlsnotstand	328
6. Die fünf elementaren Fehler der Urteile 3 bis 5	330
a) Fehler 1: Die Umwegkonstruktion	330
b) Fehler 2: Die Missachtung des Art. 103 Abs. 2 GG	331
c) Fehler 3: Verurteilung des „durchschnittlichen Soldaten“	
d) Fehler 4: Verletzung des elementaren Tötungsverbots?	
e) Fehler 5: Die Nichtbeachtung des § 11 UZwG	
IV. Die Mauerschützen-Urteile 1 und 2	
1. BGHSt 39, 354-371	334
2. BGHSt 40, 48-59	334
V. Urteil BGHSt 40, 218 gegen die Mitglieder des NVR	335
1. Sachverhalt	335
2. Urteile.....	336
3. Kausalität der NVR-Beschlüsse für die Todesschüsse	
4. Mittelbare Täterschaft hinter den Mauerschützen	
5. Mittelbare Täterschaft hinter den Minenleger	
a) Verminungsbeschlüsse als Tötungsursache	340
b) Rechtswidrigkeit der Verminung	341
c) Verschulden bezüglich der Tötung durch Minen	341
6. Strafmaß	342
VI. BVerfGE 95, 96: Verfassungsbeschwerden gegen	
BGHSt 40, 218 – NVR und 40, 241 – Spree-Schwimmer	
1. Sachverhalt	342
2. Beschlüsse	343
3. Beschränkte Nachprüfungscompetenz	343
4. Beschwerden der BF 1-3 gegen Verurteilung	
wegen der Taten der Mauerschützen	
5. Nullum crimen sine lege, Art. 103 II GG	345
6. Der Ausweg aus dem naturrechtlichen Umweg	
a) Das verfassungswidrige Urteil des 5. Strafsenats	347
b) Die richterliche Einschränkung des Art 103 Abs 2 GG	
c) Das Pathos: „unerträglichen extremen Unrechts“	
und die Regelung des § 11 UZwG-BRD	
d) Art 7 Abs. 2 EMRK und Art 49 Abs. 2 EU-Charta	351
7. Beschwerden der BF 1-3 gegen Verurteilung	
für die Tötungen durch Minen	
8. Beschwerde des Mauerschützen (BF 4) gegen	
Verurteilung wegen Tötung eines Spree-Schwimmers	
a) Nullum crimen sine lege, Art. 103 Abs. 2 GG	353
b) Keine Strafe ohne Schuld	354
VII. Die Grenzsoldaten waren nicht die Bösewichte des Systems	355

9. Kapitel	
Recht und Religion in christlichen und islamischen Staaten	359
I. Menschliche Gesetze und göttliches Recht	
1. Theokratie oder Staatskirche	359
2. Die Ketzerfrage	361
II. Naturrecht – Positivismus – Menschenrechte	362
1. Der Freiheitsgewinn menschlichen Naturrechts	362
2. Entwicklung der Menschenrechte zu geltendem Recht	
3. Vom Rechtspositivismus zurück zum Naturrecht	
4. Der Volkswille zur Klärung des sozialistischen Unrechts	
5. Naturrecht und Verfassungspositivismus	366
III. Die Trennung von Kirche und Staat	
1. Gewissens- und Glaubensfreiheit und deren Schranken	
2. Laizität in christlichen Rechtsstaaten	
IV. Der Islam: Religion, Recht und Staatslehre	372
1. Was heißt und was ist Islam?	372
a) Verhältnis zum Juden- und Christentum	
b) Suren und Verse des Korans	373
(1) Ein Gott für Muslime, Juden und Christen	
(2) Verhältnis der Muslime zu Un- u. Andersgläubigen	
(3) Zum Verständnis des Korans (Auslegung)	
c) Konflikte göttlichen Rechts mit menschlicher Vernunft	
d) Integration muslimischer Flüchtlinge	379
e) Die Säulen des Islams	380
2. Quellen und Regelungen des islamischen Rechts	
a) Koran und Sunna	381
b) Der Begriff der Scharia	381
c) Die rechtlichen Regelungen des Korans	382
(1) Suren/Verse des Korans zum Recht	
(2) Zum Familienrecht und zum Kindschaftsrecht	
(3) Zum Erbrecht	
(4) Zum Vertragsrecht	
(5) Ehre	
(6) Eigentum	
(7) Islamisches Strafrecht	
(8) Grundsatz des Verfassungsrechts	
d) Die rechtlichen Regelungen der Sunna (Hadithe)	387
(1) Die Sunna besteht aus Hadithen	
(2) Corpus der Hadithe	
(3) Die Sunna hat Vorrang vor dem Koran	
(4) Muss Gottes Wort nicht Vorrang haben?	
(5) Im Zweifel erlaubt oder verboten?	
3. Islamische Rechtswissenschaft (al-fiqh)	391
a) Menschliche Erkenntnis zu göttlichem Recht?	391
b) Al-fiqh zwischen Glaube und Wissenschaft	392
c) Konsens der Schriftgelehrten, Rechtsschulen	
d) Analogieschluss (al-mashalah)	396
e) Nachdenken – beraten – urteilen (al idschtihād)	
(1) Auslegung und vorherige Beratung	
(2) Tatsächliche Wahrheit und Wahrheitsstreben	
(3) Unnötige und hypothetische Fragen	
(4) Rationale und orthodoxe Auslegung	
(5) Antike Regelung u. heutige Regelungsbedürfnisse	
4. Islamische Staatslehre	402
a) Staatsreligion und Theokratie	402
b) Ermöglicht der Islam eine demokratische Staatsordnung?	
(1) Pluralismus und Toleranz im Islam möglich	
(2) Grundsätze des Stadtstaates von Medina	
(3) Staatliche Entscheidungen mit/ ohne Beratung	
c) Die Hoffnung bleibt in der Büchse der Pandora	407
10. Fazit	

Einleitung

motto

Ius est ars boni et aequi.

Ulpian D.1.1.1.pr.

Der Titel stellt drei Fragen: Was ist ein Gesetz? Was ist Recht? Und: Was ist Gerechtigkeit? Mit dem Untertitel wird jedoch zum Ausdruck gebracht, dass diese Fragen auf der Grundlage verschiedener Religionen (Christentum und Islam), verschiedener Ideologien (Faschismus und Sozialismus) sowie verschiedener Philosophien und nicht zuletzt auf der Grundlage der inzwischen in Geltung gesetzten unveräußerlichen Menschen- und Bürgerrechte beantwortet werden sollen. Um mit der damit aufgeworfenen Vielfalt der Antworten nicht Verwirrungen zu erzeugen, müssen einleitend einige Begriffe geklärt werden.

I. Erste Antworten auf die Titelfragen

1. Was ist ein Gesetz?

Der *Gesetzesbegriff* ist mehrdeutig: Zu unterscheiden ist zwischen a) *Naturgesetzen*, b) den Gesetzen des *Rechts* und c) den Gesetzen der *Moral*, der *Ethik* oder der *Sitten*. Gemeinsam ist dem *Begriff des Gesetzes*, dass ein bestimmter Sachverhalt (der Tatbestand des Gesetzes) eine bestimmte Folge (Wirkung, Sanktion) auslöst. Im Falle von *Naturgesetzen* erzeugt eine bestimmte Ursache notwendigerweise eine bestimmte Wirkung. Auch die *Gesetze des Rechts* lösen „Rechtsfolgen“ und die *moralischen Gesetze* moralische Sanktionen aus, die allerdings nicht mit der notwendig zwingenden Wirkung der Naturgesetze eintreten, vielmehr zu ihrer Durchsetzung des Handelns von Menschen bedürfen. Wenn ein Mensch einen anderen schuldhaft schwer verletzt, macht er sich strafbar und/oder schadenersatzpflichtig; bestraft wird er aber nur, wenn die Polizei und die Staatsanwaltschaft die Straftat ermitteln, er angeklagt, von einem Gericht verurteilt und in ein Gefängnis gesperrt wird. Auch das Zivilrecht lässt im Falle der schuldhaften Schädigung der Rechtsgüter eines anderen nur einen Schadenersatzanspruch entstehen, der aber zu einer Entschädigung des Betroffenen nur führt, wenn der Schuldner den Schaden entweder freiwillig durch eine Geldleistung ausgleicht oder aufgrund einer Zivilklage des Geschädigten zur Ersatzleistung verurteilt wird und dann entweder selbst freiwillig zahlt oder der Kläger die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Beklagten betreibt und sich dazu der Hilfe eines Gerichtsvollziehers bedient. Gesetze des Rechts lösen also die Rechtsfolge nicht unmittelbar aus, begründen vielmehr nur ein Sollen, in der Regel eine rechtliche Verpflichtung des Betroffenen. Im Falle der Verletzung von Regeln der Ethik und der guten Sitten treten in der Regel auch Sanktionen ein, die aber der von der Verletzung Betroffene selbst nur bedingt beeinflussen kann. Wie die Bekannten und Verwandten und die sonstige Umwelt der Betroffenen reagiert, ist von vielen Faktoren abhängig, kann aber durchaus in einer Art und Weise geschehen, die für den Betroffenen schwerer zu ertragen sind als rechtlichen Sanktionen.

2. Was ist ein Naturgesetz?

Beispiel Galilei: Ein Stein fällt von einem Turm und auf den Kopf eines vorbeigehenden Mannes, der 1,80 m groß ist. Der Mensch G, der den Stein fallen ließ, kannte das Weg-Zeit-Gesetz $s = 1/2g \times t^2$, wusste auch, dass

die Schwerkraft (g) der Erde den Stein mit einer Beschleunigung von $9,8 \text{ m/sec}^2$ zu Boden zieht und dass der Turm $55,8 \text{ m}$ hoch ist, wollte aber wissen, wie lange der Stein braucht ($t = \text{Zeit}$) bis zum Kopf des Mannes.

G rechnete also: $s = 1/2g \times t^2$; $t^2 = 2 \times (55,8 - 1,8) : 9,8 = 11,93$; $t = \sqrt{11,93}$; $t = 3,78 \text{ sec}$.

Diese Berechnung ist eine leichte Aufgabe, wenn man das Gesetz kennt. Viel schwieriger ist dagegen die Aufgabe, das *Gesetz zu finden*, wenn man nur weiß, wie hoch der Turm ist und wie schnell die Steine aus verschiedenen Höhen zu Boden fallen.

Die *Naturgesetze* gehören zum realen Sein, sie sind der Wirklichkeit zugehörnde Tatsachen und bestehen, gelten und wirken völlig unabhängig vom Willen des Menschen. Allerdings ist nur die Wirkung der Naturgesetze durch einen unserer fünf Sinne wahrnehmbar, die *Gesetzmäßigkeit der Wirkung* aber nur durch unseren *Verstand* zu erkennen. Wenn uns der Stein *Galileis* vom Schiefen Turm in Pisa auf den Kopf fällt, können wir es fühlen, andere konnten damals auch sehen, dass ein Mensch Steine vom Turm herunterwirft, es vielleicht auch hören. *Galilei* konnte sogar die *Gesetzmäßigkeit* ($s = 1/2g \times t^2$) aufgrund seines *Verstandes* erkennen.¹ Der Mensch ist den *Naturgesetzen* unterworfen, er hat sie nicht geschaffen, er kann sie *nicht ändern*, sie gelten für ihn und stehen *außerhalb seiner Willensmacht*. Er wurde ohne seinen Willen gezeugt und geboren, er muss sterben, ob er es will oder nicht will. Der Mensch kann die Naturgesetze erforschen und erkennen, hat auch viele schon erkannt und kann sie für seine Zwecke nutzen, wenn er die *Ursachen auslöst*, welche die gewollten Wirkungen erzeugen; er kann sie aber nicht ändern, sie gelten völlig unabhängig von seinem Willen. Nach einer neueren Lehre der evangelischen Theologie soll auch Gott die Naturgesetze nicht ändern können oder jedenfalls niemals ändern wollen; wenn also ein Erdbeben oder ein Tsunami tausende von Menschen tötet, so geschieht es nicht aufgrund von Gottes Willen, sondern aufgrund der Naturgesetze, vor denen sich der Mensch selbst schützen muss, so gut er kann. Die sog. Wunder, die in Durchbrechung von Naturgesetzen geschehen sein sollen, beruhen nach dieser Lehre allein auf menschlichem Irrtum oder auf propagandistischen Zwecken. Nach den Naturgesetzen kann die Wirkung einer Ursache jedoch mit Sicherheit vorausgesagt werden, wenn der Mensch das Gesetz kennt; mit gleicher Sicherheit kann leider nie gesagt werden, was nach den *Gesetzen des Rechts* „Recht“ sein soll. Dieser Unterschied ist aber nicht in der verschiedenen Intelligenz von Naturforschern und Juristen begründet, sondern in der Verschiedenheit von *Naturgesetzen* und *Gesetzen des Rechts*, weil die Verwirklichung letzterer allen Mängeln menschlichen Willens ausgesetzt ist.

3. Was sind Gesetze des Rechts?

Die Gesetze des Rechts unterscheiden sich von den *Naturgesetzen* vor allem dadurch, dass sie sich *nicht* nach dem *Gesetz eines kausalen Zwangs* von selbst vollziehen. Das wesensverschiedene Normensystem des Rechts steht *nicht* unter einem *kausalen Zwang*, sondern unter dem *Prinzip des Sollens*. *Zwischen dem Gesetz des Rechts und seiner Verwirklichung steht die menschliche Freiheit*. Nach den Naturgesetzen geschieht etwas, gleichgültig, ob der Mensch es will oder nicht will. Nach den Gesetzen des Rechts *soll* etwas geschehen, geschieht aber nur, wenn der Mensch, dem Gesetz gehorchend, so handelt, wie das Gesetz es befiehlt.² Wenn ein Bürger einem anderen 100 Euro schuldet, kommt das Geld nicht von selbst zum Gläubiger, der Schuldner muss es freiwillig leisten oder durch ein Gericht dazu verurteilt und im Wege staatlicher Zwangsvollstreckung dazu gezwungen werden. Wer einen anderen Menschen tötet, den trifft in der Regel kein Blitzschlag oder eine andere Strafe ganz von selbst, er muss von Menschen verurteilt und aufgrund dieses Urteils in einer bestimmten Weise

¹ Wer wissen will, wie *Galilei* es gemacht hat, vgl. <https://e-hausaufgaben.de/Referate/D4661-Referat-Galileo-Galilei-und-die-Fallgesetze.php>.

² Glaubt ein Mensch allerdings, dass das geltende Recht göttlichen Ursprungs sei, und sieht er sich durch sein Gewissen gezwungen, das zu tun, was er danach tun soll, so wird die Kluft zwischen Sein und Sollen übersprungen. Auf dieser Grundlage ist das Naturrecht dann keine *Zwangsordnung* mehr wie das positive Recht, sondern bildet eine Art *anarchischer Ordnung*; dazu *Kelsen*, GrL § 2, S. 10.

bestraft werden. Die geltenden *Gesetze des Rechts*, die die Beziehungen der Menschen zueinander ordnen und regeln, kann der Mensch zwar nicht mit seinen fünf Sinnen erfassen, sondern nur mit seinem *Verstand*, sie gehören aber auch zu unserer Wirklichkeit.³ Aus der Spannung zwischen Sein und Sollen der Gesetze des Rechts entsteht aber ein Problem, weil die Gesetze auch *Recht* und *gerecht* sein sollen und die geschichtliche Erfahrung und die Natur des Menschen uns lehren, dass die *Gesetze des Rechts* – anders als die Naturgesetze, die nur falsch oder unzulänglich erkannt sein können – auch *Unrecht*, manche meinen auch „*ungerecht*“, sein können; wie zum Beispiel ist das sog. *Blutschutzgesetz* (Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935, RGBI I S. 1145), das die Eheschließung sowie den außerehelichen Geschlechtsverkehr (worunter auch schon Küssen verstanden wurde) zwischen Juden und Nichtjuden mit Zuchthausstrafe bedrohte, aber tatsächlich meist in die Konzentrationslager und zum Tod der Betroffenen führte und den Völkermord an den Juden einleitete. Dieses Beispiel allein – viele andere könnten hinzugefügt werden – beweist *unwiderlegbar*,⁴ dass ein in der Form der positiv geltenden Verfassung eines Volkes und Landes ausgearbeitetes, beschlossenes und förmlich verkündetes Gesetz nicht unbedingt *Recht* sein muss, sondern auch *Unrecht* und also *unwirksam* sein oder für unwirksam erklärt werden kann.

4. Wie entstehen die Gesetze des Rechts?

Das bestimmt sich nach der Verfassung des Staates, dessen Gesetzgeber das Gesetz geschaffen hat. Es bestimmte sich in der Weimarer Republik also nach der Weimarer Reichsverfassung (WRV). Mit dem sog. Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 wurde die Reichsregierung jedoch ermächtigt, Gesetze auch ohne Beratung und Beschlussfassung des Reichstags in Kraft zu setzen. Aufgrund dieses Ermächtigungsgesetzes wurde in der Folgezeit jeder Führerbefehl als Gesetz angesehen. Nach den heute geltenden Art. 70–82 des Bonner Grundgesetzes (GG) vom 23. Mai 1949 können die Bundesregierung oder die Abgeordneten des Bundestages oder des Bundesrates Gesetzesvorschläge machen und diese dem Bundestag vorlegen (Art. 76 GG). Sofern die dafür erforderlichen Voraussetzungen (insbesondere die Kompetenz des Bundes zum Erlass eines solchen Gesetzes aufgrund der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 73 GG oder der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 74 GG) gegeben sind, kann der Bundestag den Gesetzesvorschlag beraten und nach Beratung das Gesetz mit Mehrheit beschließen. Manche Gesetze bedürfen der Zustimmung des Bundesrates (Beispiele: Art. 29 Abs. 7; Art. 74 Abs. 2; Art. 84 Abs. 1, 2 GG). Sofern das Gesetz eine Änderung des Grundgesetzes erforderlich macht, sind gemäß Art. 79 Abs. 2 GG eine Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestags und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates erforderlich. Die vom Bundestag beschlossenen Gesetze müssen vom zuständigen Minister, dem Bundeskanzler und dem Bundespräsidenten unterschrieben und im Gesetzblatt verkündet werden. Sofern nichts anderes bestimmt ist, tritt das Gesetz sodann nach Ablauf des Tages in Kraft, an dem es im Bundesgesetzblatt verkündet wurde (Art. 82 Abs. 2 GG). In ähnlicher Form werden auch in anderen demokratischen Rechtsstaaten Gesetze vom Parlament als Gesetzgeber ausgearbeitet, beraten, beschlossen, verkündet und in Kraft gesetzt. Auch in der Weimarer Reichsverfassung war es letztlich nicht wesentlich anders geregelt.

Vor der Französischen Revolution und der Schaffung *demokratischer Republiken* mit einem Parlament als Gesetzgeber war es insofern anders, als die Gesetze nicht von einem *parlamentarischen Gesetzgeber* durch *gewählte Abgeordnete* des Volkes beschlossen wurden, vielmehr von den Beratern des Königs ausgearbeitet, vom König unterschrieben und öffentlich bekannt gemacht wurden. Die Gesetze dienten daher gelegentlich mehr dem König und seiner feudalen Verwandtschaft als dem Volke. Das hat jedenfalls in der französischen Monarchie vor 1789 das Misstrauen des Volkes befördert und das Königtum in Misskredit gebracht. In der Hitlerdiktatur von 1933-1945 dienten die Gesetze überwiegend auch nicht mehr dem Wohl des Volkes, sondern vor allem dem

³ Kelsen *GrL* § 3.

⁴ Anders jedoch die Philosophie des Rechtspositivismus; dazu 5. Kap III u. IV und zu dem daraus entstandenen Unrecht des sog. *Dritten Reiches* die Fälle und Urteile des 7. Kap. I–V.

Versuch, mit einem reinrassigen deutschen Volk die Weltherrschaft zu erringen. In ähnlicher Weise dienten die Gesetze in den seit 1917 real existierenden sozialistischen Staaten, die 1989 zusammenbrachen, auch weniger dem Wohl des Volkes als dem Versuch der Herstellung einer sozialistischen Ordnung. Und wie ist es bei uns? Wie in anderen Staaten dieser Welt?

Mit diesen Fragen und den vorstehenden Hinweisen soll der Untertitel des Buches verdeutlicht werden, wonach die Art der Rechtsordnung, also die *Gesetze* und das *Recht*, und auch die Art der *Gerechtigkeit* notwendig abhängig sind von religiösen, ideologischen und/oder philosophischen Vorstellungen zu der Frage, was die „richtige“ und bestmöglich *gerechte Ordnung* ist, in welcher Menschen gemeinsam zusammenleben sollen. In den islamischen Staaten wird das Recht grundsätzlich als *göttliches Recht* verstanden, das sich aus dem *Koran* und der *Sunna* ergibt, weshalb sich dieses Recht in sehr vielen Fragen wesentlich von unserem Recht unterscheidet.⁵ Auch das im sog. *Dritten Reich* in Deutschland geltende Recht und das in der *DDR* einst geltende Recht unterschieden sich durch ihr *großes Unrecht* wesentlich von dem in der heutigen *Bundesrepublik* geltenden Recht, obgleich es doch unsere Mütter und Väter (zumeist Großmütter und Großväter) waren, die dieses Recht hervorbrachten und sie nicht weniger klug oder sonst wesentlich anders waren als wir. Diese Verschiedenheiten des Rechts im Dritten Reich, in der *DDR* und in den islamischen Staaten unter Hervorhebung der Unterschiede zum Recht der *Bundesrepublik* werden im Wesentlichen in den Kapiteln 5 bis 9 dargestellt.

Gesetze des Rechts bedürfen der Veröffentlichung: Die *Gesetze des Rechts* müssen als Voraussetzung ihrer Geltung in einem *Gesetzblatt verkündet* werden, damit die Menschen erfahren und wissen können, was Recht ist, was sie tun sollen, was sie nicht tun dürfen und wie sie sich zu verhalten haben. Die meisten und die wichtigsten *rechtlichen Regelungen* lernen die Menschen allerdings *nicht* durch eine Lektüre des Gesetzblatts, sondern schon als Kinder von ihren Eltern und später als Heranwachsende in ihrem Leben, nicht selten auch aus böser Erfahrung und dann mit der Erkenntnis, dass sie es besser vorher gelernt hätten. Schon als Kinder lernen sie jedenfalls einen Teil der *Zehn Gebote*: Du sollst nicht stehlen, nicht Böses über andere reden, auch nicht lügen, du sollst Vater und Mutter ehren. Später müssen sie auch noch lernen: Du sollst nicht töten, nicht ehebrechen, dich nicht gelüsten lassen nach deines Nächsten Weibes, deines nächsten *Mannes* auch nicht. Die Frage bleibt, ob die Menschen dies alles von anderen lernen müssen oder auch schon aus sich selbst heraus begreifen können, weil es letztlich in der *Natur des Menschen* (als „*Naturrecht*“) begründet ist.⁶ Man könnte jedenfalls denken, dass es einem unverbildeten Menschen möglich sein müsste, auch ohne ein rechtswissenschaftliches Studium zu erkennen, dass es Unrecht sein könnte, einen Menschen deswegen zu einer Gefängnisstrafe oder gar zum Tode zu verurteilen, weil er einen Menschen jüdischer Abstammung geküsst hat. Es bleibt also die *Frage*, die auch der Titel des ganzen Buches sein könnte: *Können die von einem Parlament beschlossenen und im Gesetzblatt verkündeten Gesetze des Rechts auch Unrecht sein?* Die Frage kann, wie schon geschehen, nur bejaht werden, aber die Gründe dafür können in der Einleitung nicht dargelegt werden, ansonsten müsste das ganze Buch eine Einleitung sein. Im 3. Kapitel werden wir jedoch erfahren, dass *Thomas von Aquin* (1225–1274) nicht erkennen wollte, dass der Mensch das Böse wollen und also auch bewusst Unrecht schaffen könnte, er meinte vielmehr, der Mensch könne nur das Gute wollen, und wenn er Böses tue, geschehe es aus *Irrtum*. Ebenso konnten und wollten die Idealisten der Französischen Revolution und ihre philosophischen Vordenker nicht glauben, dass ein vom *Volk gewähltes Parlament* bewusst *gesetzliches Unrecht* schaffen könnte. Aber 160 Jahre später hat die nationalsozialistische deutsche Arbeiterpartei (NSDAP) in freien Wahlen die Mehrheit gewonnen und Hitler ist 1933 zum Reichskanzler gewählt und damit legal zur Macht gekommen und so ist 1935 das Blutschutzgesetz und das Reichsbürgergesetz geltendes Recht geworden. Wir können uns daher der Erkenntnis nicht mehr verschließen, dass auch durch die Gesetzgebung Unrecht geschaffen werden kann, dass es auch gesetzliches Unrecht gibt. Der Verfassungsgesetzgeber des Bonner Grundgesetzes hat mit den Art. 9 Abs 2 und 21 Abs 2 GG jedoch Regelungen dafür geschaffen, dass Vereine und politische Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer

⁵ Dazu 9. Kap IV.

⁶ Dazu *Achenwall/Pütter NaturR* § 230.

Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen für verfassungswidrig erklärt und verboten werden können. Auch sind die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes, anders als die der Weimarer Reichsverfassung nach Art 1 Abs. 3 GG als *unmittelbar geltendes Recht* und die vollziehende Gewalt nach Art 20 Abs. 3 GG an *Gesetz und Recht* gebunden. Damit sind im Bonner Grundgesetz rechtliche Voraussetzungen dafür geschaffen worden, politischen Bewegungen, die erkennbar zu solchem oder ähnlichem Unrecht streben wie die einstige NSDAP, rechtzeitig mit rechtlichen Mitteln entgegenzutreten zu können.⁷ Im übrigen ist aus den Erfahrungen des Dritten Reiches die Erkenntnis zu ziehen, dass Gesetze auch Unrecht sein können. Gesetze dürfen daher nicht schon allein deswegen als Recht verstanden werden, weil sie in die Form eines Gesetzes gefasst wurden. Was aber ist dann das Recht, wenn es nicht die von einem Gesetzgeber erlassenen Gesetze sind? Dazu unten 7 a–d.

5. Was sind Gesetze der Moral, der Ethik oder der Sitte?

Die Gebote und Regeln der Moral, der Ethik und der Sitte werden vor allem im philosophischen Schrifttum (z.B. bei *Kant*) auch als „Gesetze“ bezeichnet, sind aber von den *Gesetzen des Rechts* zu unterscheiden. Der griechische Begriff der *Ethik* wurde von *Cicero* „*philosophia moralis*“ (von *mos, moris*) genannt, was im Deutschen dann gleichbedeutend mit Sitte und Moral verstanden wurde. Diese Gesetze der Moral, der Sitte und der Ethik bedürfen auch keiner Veröffentlichung; sie gelten in einem Volk, in einem Stamm oder einer sonstigen menschlichen Gesellschaft und zumeist weiß man überhaupt nicht, wie sie entstanden sind; diese Gesetze gelten, und die Menschen kennen sie in der Regel auch mehr oder weniger gut, und sie ändern sich auch nicht schnell, aber von Generation zu Generation doch mehr oder weniger. Die Sexualmoral änderte sich zum Beispiel mit der Erfindung der „Pille“ und der dadurch ausgelösten „sexuellen Befreiung“ nach 1968 ausnahmsweise sehr schnell, jedenfalls schneller als in einem ganzen Jahrhundert davor. Auch die Erfindung des Handys veränderte das Verhalten der Menschen schnell in vielerlei Weise. Auch dazu entwickelte sich aber schnell eine Art von Moral und Sitte: man entfernt sich von einer Gruppe, wenn das Handy klingelt; man telefoniert nicht mit anderen, wenn man in einer Gemeinschaft zu Tisch sitzt usw.

Auch der Begriff der *Tugend* (abgeleitet aus dem Zeitwort *taugen*) hat etwas mit Moral zu tun, ist aber nicht ein Begriff für eine bestimmte Art von *Verhaltensregeln*, bezeichnet vielmehr (positive) *Eigenschaften eines Menschen*, die erstrebenswert sind, die man aber nicht einfach hat oder nicht hat, vielmehr in einem disziplinierten Leben mühsam erwerben muss. Das gilt insbesondere für die *Kardinaltugenden* (*Weisheit, Klugheit, Gerechtigkeit, Tapferkeit, Maßhaltung*), die im Mittelalter zu einem System entwickelt wurden, an deren Spitze die *Glückseligkeit* steht. Die Tugenden sind also als Voraussetzungen der Glückseligkeit verstanden worden. Die *Tugend der Gerechtigkeit* versteht *Thomas von Aquin* im Anschluss an *Aristoteles* als einen *Habitus* (Eigenschaft), von dem her die Menschen die Fähigkeit haben, gerechte Handlungen zu vollziehen, von dem aus sie (*de facto*) gerecht handeln und ein festes Verlangen nach dem Gerechten haben.⁸ Für Frauen ist schließlich einst auch der Begriff der *Keuschheit* zu einer *Tugend* erhoben worden (vor der Erfindung der Pille). Eine gewisse Disziplin im Umgang mit den Triebkräften ist aber wohl eine Tugend (*Selbstbeherrschung*) geblieben.

Dem Begriff der Moral und seinen Synonymen ist gemeinsam, dass sie sowohl *beschreibend* als auch *normativ* gebraucht werden. Zur bloßen Beschreibung eines in einer Gesellschaft üblichen Verhaltens wird allerdings überwiegend der Begriff der *Sitten* verwendet (die Sitten des Volkes, eines Stammes, z.B. schwäbische oder bayerische Sitten). Wenn das Verhalten eines Menschen jedoch als *unsittlich* bezeichnet wird, so ist es gleichbedeutend mit *unmoralisch* und ein Werturteil für die Abweichung von einer Norm. Als Gesetze der Moral, der Sitten, der Ethik und der Tugend sind jedenfalls solche zu verstehen, die *nicht* mit den Mitteln des Rechts

⁷ Dazu 6. Kap. VI.

⁸ Näheres dazu 3. Kap IV 1–3.

zwangsweise gegen den unmoralisch Handelnden durchgesetzt werden, wohl aber den Verlust der Ehre nach sich ziehen können⁹ mit der Folge von *Missachtung* oder *Verachtung* des Betroffenen und seiner *sozialen Ausgrenzung*. Diese und andere *soziale Sanktionen* eines *ehrlos* gewordenen Menschen sind aber nicht selten, vor allem in kleineren Gemeinschaften (einer Schulklasse, einem Verein, einem Dorf), viel schwerer zu ertragen als eine Geldstrafe oder auch eine Gefängnisstrafe auf Bewährung. Solche moralische Pflichten unterscheiden sich von rechtlichen Verpflichtungen vor allem dadurch, dass sie nicht mit den Mitteln des Rechts (aktiv) durchgesetzt werden können. Unter besonderen Umständen können jedoch Gesetze der Moral und der Sitten Gesetze des Rechts unwirksam machen, wenn das Zustandekommen und die Art der Durchsetzung der Gesetze des Rechts gegen Moral und gute Sitten verstoßen (gemäß §§ 138, 242, 826 BGB).

6. Der Unterschied zwischen Recht und Moral soll an zwei Beispielen verdeutlicht werden:

Beispiel 2: Ein Mann U fährt eines Nachts bei starkem Regen und deswegen schlechter Sicht über eine Landstraße nach Hause. Plötzlich glaubt er am Straßenrand einen Menschen liegen zu sehen, ist sich aber nicht sicher, hält aber an und sieht einen schwerverletzten, stark blutenden Mann liegen, erkennt auch, dass dieser sicher sterben muss, wenn ihm nicht geholfen wird. Wegen der damit verbundenen Unannehmlichkeiten kann U sich aber nicht zu notwendigen Hilfeleistung entschließen und fährt daher mit etwas schlechtem Gewissen weiter. Der Tote wird später gefunden. Der Sachverhalt kann ermittelt werden. Hat U sich strafbar oder zumindest moralisch schuldig gemacht?

Es steht geschrieben: „Du sollst deinen Nächsten lieben wie dich selbst“ (3. Mose 19,18; Matth. 19,19; Luk. 10,27). Dein Nächster ist jeder, der deiner Hilfe bedarf, auch ein *Samariter* (Luk. 10,30–4). Jeder soll also entsprechend der *Goldenen Regel* (Tobias 4,16; Matth. 7,12)¹⁰ einem anderen helfen, wenn er selbst in solch einer Lage von anderen geholfen haben will. In seiner Naturrechts-Vorlesung sagte *Kant* jedoch:¹¹ „Ich handle daher nicht ungerecht, wenn ich einen anderen umkommen sehe, ohne ihm zu helfen. Das ist *actio justa*. Die Handlung ist äußerlich Recht, obwohl innerlich nicht. Ich will also dem anderen sein Glück nicht rauben, übrigens geht es mir gar nichts an, er mag suchen glücklich zu werden wie er will.“

Kant betrachtete also die Pflicht, seinem Nächsten zu helfen, nicht als *Rechtspflicht*, sondern nur als eine *moralische Pflicht*. Das war zur Zeit *Kants* auch richtig so. Heute ist es anders, weil später in das deutsche Strafgesetzbuch mit § 323c StGB der Satz geschrieben wurde: „*Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft.*“ Nach dieser Regelung wird U wegen der *unterlassenen Hilfeleistung* bestraft, nicht etwa für den Erfolg, der aufgrund seiner Unterlassung eintritt, also nicht wegen schuldhafter Verursachung des Todes des betroffenen Menschen. Wer eine solche Hilfeleistung nicht erbringt, obwohl er es könnte, verletzt also eine rechtliche Pflicht und wird bestraft, aber nicht wegen fahrlässiger oder gar vorsätzlicher Tötung, obwohl sein Unterlassen ursächlich für den Tod des Hilfebedürftigen wurde und er dies auch ganz *bewusst in Kauf genommen*, also mit bedingtem Tötungsvorsatz die Hilfeleistung unterlassen hat. Bestraft wird in solchem Falle jedoch *nur das Handlungsunrecht* der mangelnden Hilfeleistung, nicht aber das *Erfolgsunrecht* dieser Unterlassung, also nicht die Verursachung des Todes des Hilfebedürftigen, weil der Täter in diesem Fall *rechtlich* nicht ver-

⁹ Zum Zusammenhang von Ehre, Tugend, Staatsform und dem Geist der Gesetze vgl. *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, S. 33–58; zu Sitten und Unsitten, Ehre und Ehrverlust und den daraus entstehenden Folgen lies: *Fontane*, Effi Briest (1894) und *Brentanos* schreckliche Geschichte *Vom braven Kasperl und der schönen Annerl* (1817) sowie dazu *Stefan Greif*, Ehre als Bürgerlichkeit in den Zeitromanen Theodor Fontanes, 1992.

¹⁰ Ähnlich der kategorische Imperativ *Kants*, GMdS BA 52; dazu 4. Kap I.

¹¹ *Hinske/Bordoni*, Kants Naturrecht (Vorlesungs-Nachschrift Feyerabend), S. 86 Zeile 19.

pflichtet war, den Erfolg abzuwenden, den er nicht verursacht hat, vielmehr *nur die moralische Pflicht* zu helfen *verrechnet* wurde. Nach § 13 StGB kann eine Unterlassung jedoch einem Tun gleichgestellt werden, „wenn der Unterlassende rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das *Unterlassen* der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch ein *Tun* (aktive Handlung) entspricht“. Eine solche Gleichstellung der Verursachung eines Erfolgs durch ein (negatives) *Unterlassen* mit der Verursachung durch eine *positive (aktive) Handlung* wird von der Rechtsprechung seit langer Zeit in drei Fällen angenommen: 1. in Fällen einer *gesetzlichen Verpflichtung* zur Hilfeleistung wie zum Beispiel der Eltern gegenüber den Kindern (§ 1626 I BGB), der Ehegatten zueinander (§§ 1353 I BGB); 2. in Fällen *vertraglicher Verpflichtung* zur Hilfeleistung (z.B. bei Babysittern); 3. in Fällen *vorausgegangenen Tuns*, das den Hilfebedürftigen in seine hilflose Lage gebracht hat.

Beispiel 3: Wie in Beispiel 2, aber U hat den Mann wegen des Regens und der Dunkelheit zu spät gesehen und selbst angefahren und derart verletzt, dass er ohne die erforderliche Hilfeleistung sterben musste.

In einem solchem Fall ist U *rechtlich* verpflichtet, nicht nur *irgendeine Art von Hilfe* zu leisten, sondern alles ihm Mögliche *zu tun*, um den von ihm *verursachten und drohenden Erfolg abzuwenden*. Hat U in solchem Falle erkannt, dass der Mann sterben kann, wenn ihm nicht sofort geholfen wird, ihm aber wegen der damit verbundenen Unannehmlichkeiten nicht geholfen und den Erfolg (billigend) in Kauf genommen, so hat er durch sein Unterlassen den Tod vorsätzlich verursacht und ist also der vorsätzlichen (*dolus eventualis*) Tötung im Sinne des § 212 StGB schuldig, was mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden kann.¹² Hätte er dem Hilflosen deswegen nicht geholfen, weil er befürchtete, wegen fahrlässiger Tötung bestraft werden zu können, wenn der Mann trotz der Hilfeleistung stirbt, so hätte er eine vorsätzliche Tötung begangen, *um eine Straftat zu verdecken*, und wäre daher sogar des *Mordes schuldig*.¹³

7. Was ist Recht?

a) Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre (MdS-RL), § B:

Zu dieser scheinbar einfachen Frage hat kein Geringerer als *Immanuel Kant* erklärt, dass sie den *Rechtsgelehrten wohl in Verlegenheit* setze. Was die Gesetze sagen oder (irgendwann) gesagt haben, könne er wohl noch angeben; aber ob das, was sie wollten, auch Recht sei, und das *allgemeine Kriterium*, woran man überhaupt *Recht* sowohl als *Unrecht (iustum et iniustum) erkennen könne*, bliebe ihm wohl *verborgen*. Diese 1797 aufgestellte Behauptung Kants ist – wie im Einzelnen gezeigt werden wird – bedauerlicherweise heute noch für die meisten Juristen zutreffend. *Kant* selbst definierte damals in § B: „*Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit*

¹² Zu einem Fall solcher Art: BGHSt 34, 82; dazu *Schönke/Schröder*, § 13 Rz 32 ff., 38.

¹³ Im Beispiel 2 ist der Unterschied zwischen moralischer und rechtlicher Pflicht durch § 323c StGB eindeutig gesetzlich klargestellt. Im Beispiel 3 sagt § 13 StGB zwar klar, dass ein Unterlassen einem positiven Tun gleichgestellt werden kann, wenn der Unterlassende rechtlich für den Erfolg einstehen muss, d.h., wenn er rechtlich verpflichtet ist, Hilfe zu leisten; damit wird aber nicht gesagt, unter welchen Voraussetzungen eine solche *Rechtspflicht zur Hilfeleistung* bestehen soll. Wenn der Unterlassende kraft Gesetzes (Eltern gegenüber Kindern) oder aufgrund eines Vertrages (*Babysitter*) zur Hilfeleistung verpflichtet ist, bedarf dies keiner weiteren Begründung. Der Satz, dass ein *vorausgegangenes Tun* wie in Beispiel 3 zur Abwendung *des Erfolgs* verpflichtet, der sich daraus entwickeln könnte (also zur Hilfeleistung für den Verletzten), ist ein von der Rechtsprechung entwickelter Satz, der aber nicht in die Regelung des § 13 StGB aufgenommen wurde. Es könnten daher aus Art. 103 Abs. 2 GG Bedenken gegen die Strafbarkeit solcher Fälle entstehen, die aber nicht erhoben werden, weil der Grundsatz allgemein anerkannt war, als die Regelung des § 13 in das Strafgesetzbuch aufgenommen wurde.

zusammen vereinigt werden kann.“ Kant ging mit diesem Satz davon aus, dass dem Menschen grundsätzlich die Freiheit gegeben ist, zu denken und zu tun, was er will (*Willens- und Handlungsfreiheit*). Willkür ist in diesem Zusammenhang und zu dieser Zeit nur ein anderes Wort für *Freiheit*. Diese Freiheit eines Menschen muss „selbstverständlich“ an der gleichartigen Freiheit der anderen Menschen ihre Grenze finden. Es entsteht also das Problem, die Freiheit des einen (Willkür E) von der Freiheit des anderen (Willkür A) abzugrenzen, und dies soll geschehen nach einem „allgemeinen Gesetze“. Dieses „allgemeine Gesetz“ ist nichts anderes als das „Recht“. ¹⁴

b) Die Summe aller gesetzlichen Regelungen ist nicht das Recht:

Auch Kant wusste schon, dass das „Recht“ nicht mit einem einzigen Satz erfasst und definiert werden kann. Am 1. Juni 1794 – also drei Jahre vor dem Erscheinen von Kants „Metaphysik der Sitten“ – ist in Preußen das *Allgemeine Preußische Landrecht* (ALR) veröffentlicht worden und damit in Kraft getreten. Dieses Gesetzeswerk enthält insgesamt etwa 19.000 Regelungen. Königsberg gehörte zu dieser Zeit zu Preußen, Kant kannte also sicherlich dieses Gesetz und, wie seinen Schriften zu entnehmen ist, auch die Grundbegriffe und Grundzüge des *römischen Rechts*, das uns im *Corpus Juris Civilis* überliefert wurde. Dieses Gesetzeswerk, das Kaiser Justinian (482–565) nach dem Untergang des Weströmischen Reiches (im Jahre 430) in Konstantinopel aus den damals noch vorhandenen Werken römischer Juristen unter der Leitung Tribonians zwischen 528 und 534 zusammenstellen ließ, enthält zahlenmäßig *noch mehr* Regelungen als das ALR, von denen sehr viele zu Kants Zeiten noch geltendes Recht waren und in Form der Übersetzung in die heutigen Sprachen teils auch heute noch sind, teils aber durch andere Regelungen außer Kraft gesetzt oder einfach obsolet wurden. Die *Summe dieser Einzelregelungen* war aber nie *das Recht*, jedenfalls nicht das „allgemeine Kriterium, woran man überhaupt Recht und Unrecht erkennen“ (Kant) und voneinander unterscheiden kann. Was *Recht* wirklich ist und das entscheidende *allgemeine Kriterium* zu seiner Unterscheidung vom *Unrecht* lässt sich auch in dieser Einleitung nicht kurz mit einem oder mehreren Sätzen erklären, wird aber unter den verschiedensten Aspekten in den Kapiteln 3 bis 9 dargestellt.

c) Das Recht als Kunst und die „Natur der Sache“:

Dem sicherlich bedeutendsten Gesetzeswerk, das die Menschheit je hervorgebracht hat, dem *Corpus Juris Civilis* vorangestellt hat Tribonian – handelnd im Auftrag des Kaisers Justinian (482–565) – den römischen Satz: *Ius est ars boni et aequi* (Recht ist die Kunst des Guten und Gleichen). Danach ist das Recht also eine *Kunst*, das heißt ein *Werk des Menschen* (wie der *David* des Michelangelo), das der Mensch aufgrund seiner *Fähigkeiten*, insbesondere aus seiner *Vernunft* hervorgebracht hat. Der Kernsatz der Lehre des Thomas von Aquin lautet daher: ¹⁵

„Wie bei den Dingen, die durch die Kunst bewirkt werden, im Geiste des Künstlers der Gedanke, der als Regel der Kunst (*regula artis*) betrachtet wird, im Kopf des Künstlers schon vorher da ist (*in mente artificis praeexistit*), so ist auch im Werk der Gerechtigkeit, das von der Vernunft bestimmt wird (*ratio determinat*), im Geiste ein Rechtsgedanke – wie eine Regel der Klugheit (*regula prudentiae*) – schon vorher da (*ratio praeexistit in mente*).

Das so definierte *Kunstwerk* des Rechts soll für das Leben des Menschen und seine Beziehungen zu anderen Menschen das *Gute* und *Gleiche* schaffen. Weil die Menschen aber verschieden sind, jeder letztlich ein anderer ist, muss das Recht, wenn es gut sein soll, jeden auch *nach seiner Eigenart* behandeln. Diese letztlich *unlösbare Aufgabe, jeden gleich, aber auch jeden nach seiner Eigenart zu behandeln*, kann nicht für alle auftretende Fälle

¹⁴ Dazu 4. Kap I 1.

¹⁵ Thomas v. Aquin, S.Th. 18. TA F 57, 1 zu 2; dazu unten 3. Kap III 6.

und Probleme mit *einem Begriff* oder *einem* oder *mehreren Sätzen* auf dieselbe Art gelöst werden, „gut“ vielmehr nur unter Berücksichtigung der *Eigenart* des oder der betroffenen Menschen und der *sachlichen Art* des Rechtsproblems, das es zu beachten gilt, also im Hinblick auf die spezielle „*Natur der Sache*“ des rechtlichen Problems, bestimmt werden. Es kann zum Beispiel nicht jeder junge Mensch auf dieselbe Weise erzogen und ausgebildet werden, weil die Menschen *verschiedene Begabungen* haben, es sollte von Rechts wegen aber jedem dieselbe Chance gegeben sein, seine ihm eigene Begabung bestmöglich zu entwickeln. Es wäre auch ungerecht, jedem *denselben Lohn* zu bezahlen, einem Hilfsarbeiter also dasselbe wie einem tüchtigen Facharbeiter; es gibt allerdings auch eine Philosophie (Marxismus-Leninismus), die das Gegenteil für richtig erklärt. Es wäre aber auch ungerecht, wenn alle *denselben Prozentsatz* ihrer Einkünfte als Steuer an den Staat abführen müssten; vielmehr sollen reiche Bürger einen höheren Steuersatz bezahlen müssen als schlechter Verdienende, aber wie viel mehr oder weniger, das ist das *Kunstwerk*, das die Politiker schaffen sollen und verständlicherweise nicht zu aller Zufriedenheit schaffen können und auch abhängig von ihrem verschiedenen „*Glauben*“ und ihrer *verschiedenen sozialpolitischen Prägung* in etwas verschiedener Weise entscheiden wollen.

d) Was ist Recht, was Unrecht?

Wenn und weil das Recht ein *menschliches Kunstwerk* ist, kann es wie alles Menschenwerk auch nicht nur Kunst sein, sondern auch *Kitsch* und *Schund*, also *schlechtes Recht* und sogar *Unrecht*. Die *große Frage* aber, mit der jeder Jurist jeden Tag zu tun hat und über die auch die bedeutendsten Philosophen der Weltgeschichte (insbesondere *Aristoteles*, *Thomas von Aquin*, *Immanuel Kant*) große Werke verfasst haben, ist und bleibt: *Was ist das Kriterium zur Unterscheidung von Recht und Unrecht?* Diese Fragen aller Fragen der Jurisprudenz ist ebenso schwer zu beantworten wie die Frage, was Kunst und Kitsch unterscheidet. Die Geschmäcker sind verschieden, wie der Volksmund weiß. Viele Schlaumeier meinen, Recht sei nur, was ihnen selbst am besten nützt. Der *Utilitarismus* erhebt den Nutzen moralischer und rechtlicher Regelungen sogar zum *obersten Wertmaßstab*, muss aber zumindest unterscheiden, ob der *Nutzen des Einzelnen* oder des *gesamten Kollektivs* (*Individualismus* oder *Sozialismus*) den Vorrang haben sollte. Besser und richtiger dürfte es jedoch sein, auch noch andere *Wertvorstellungen* bei der Bestimmung von *Moral* und *Recht* zu berücksichtigen, nicht zuletzt den *Gleichheitssatz*, aber auch den *Zweck* und die *Würde* des Menschen, die sich nicht im Kunstgebilde eines *homo oeconomicus* erschöpfen. An diesem Punkt sollte hier verständlich werden, dass die Grund- und Glaubenssätze der im Untertitel aufgelisteten Religionen und Ideologien und die politischen Parteien, die diesen nahestehen und zuneigen, auch verschiedene Ansichten haben über das Problem, wo in den verschiedenen Fragen des Rechts die richtige Grenze zu ziehen sei zwischen Gut und Böse, zwischen Gleich und Ungleich, zwischen Angemessenem und nicht mehr Angemessenem, zwischen Moral und Unmoral und nicht zuletzt zwischen Recht und Unrecht.

8. Was ist Gerechtigkeit?

Der Begriff der Gerechtigkeit wird in verschiedenem Sinne gebraucht. Ebenso wie die *Wahrheit* und die *Schönheit* wird die *Gerechtigkeit* als eine jener hohen *platonischen Ideen* verstanden, die der Mensch letztlich nicht begreifen und nicht erfassen, vielmehr festgeschmiedet mit dem Gesicht zur Wand seiner Höhle nur den Schatten eines dürftigen Scheins davon erkennen kann, der durch eine Öffnung in die Höhle fällt.¹⁶ Jedenfalls in den drei abrahamitischen Religionen (Judentum, Christentum, Islam) wird auch *Gott* stets uneingeschränkt als ein *gerechter Gott* verstanden, der niemals ungerecht sein kann. In der bunten griechischen Götterwelt konnten die Götter dagegen ebenso wie die Menschen auch einmal ungerecht sein. In unserer christlich gewordenen Welt ist die Gerechtigkeit sodann als *Tugend* verstanden worden (wie die *Weisheit*, *Klugheit*, *Tapferkeit* und die *Maßhaltung* als *Kardinaltugend*), also als eine Eigenschaft (*habitus*) des Menschen, die ihm aber nicht angeboren ist, die er sich vielmehr im Laufe seines Lebens ständig erwerben und erhalten muss, also nicht durch eine *einmalige* Handlung, sondern nur durch ein fortwährendes Verhalten gleicher Art. Wer als Richter einmal eine richtige

¹⁶ Platon, Der Staat, S. 514 A: Höhlengleichnis.

Entscheidung trifft ist deshalb noch kein gerechter Richter, sondern nur, wenn er in allen seinen Entscheidungen sich bemüht, ein gerechtes Urteil zu fällen; er bleibt auch ein gerechter Richter, wenn er einmal aus Irrtum ein falsches Urteil fällt.¹⁷ In der Umgangssprache – mitunter auch in der „Fachsprache“ – bezeichnet man auch ein *Urteil* oder eine sonstige *Rechtsentscheidung* oder ein *Gesetz* (also eine Entscheidung des Gesetzgebers) gelegentlich als „gerecht“ oder „ungerecht“. Eigentlich können die menschlichen Rechtsentscheidungen (Urteile, Verwaltungsakte, Verträge, Gesetzgebung) aber nur Recht oder Unrecht sein und alles Unrecht sollte auch rechtsunwirksam sein oder jedenfalls in einem rechtlichen Verfahren für rechtsunwirksam erklärt werden können. Nur insoweit auch *unrichtiges Recht* noch als Recht verstanden wird hat der Begriff „gerecht“ oder „ungerecht“ bezüglich eines Gesetzes, eines Urteils eines Vertrags oder eines sonstigen Rechtsaktes oder Rechtsverhältnisses noch einen praktischen Sinn. Verständlich bleibt es jedoch, wenn ein Mensch, der zu Unrecht einen Prozess verloren hat und das Urteil rechtskräftig wurde, also mit Rechtsmitteln nicht mehr geändert werden kann, zu der Auffassung kommt, dass ihm große Ungerechtigkeit widerfahren ist. Wenn er es aber aufgrund eigenen Verschuldens versäumte, binnen der gegebenen Frist Rechtsmittel gegen das Urteil einzulegen oder er den Prozess durch alle Instanzen und auch in letzter Instanz verloren hat, so bedarf es des Rechtsinstituts der Rechtskraft, etwas abgemildert durch die Möglichkeit der Wiedereinsetzung des Verfahrens in besonderen Ausnahmefällen, weil jeder Prozess einmal zu Ende sein muss und die Gerichte sich nicht lebenslang mit ein und demselben Verfahren befassen können. Die darin steckende Möglichkeit der „Ungerechtigkeit“ müssen wir hinnehmen wie einen schweren Unfall oder sonstigen Schicksalsschlag. Die Vorstellung einer *absoluten Gerechtigkeit*, die wir aufgrund des *Schimmers*, den wir *erfassen*, zumindest *erahnen* können, wird damit nicht sinnlos, sondern bleibt als ewige *Zielvorstellung* ein Ansporn, jede Rechtsansicht an ihren Grenzen stets daraufhin zu überprüfen, ob es noch *Recht oder doch schon Unrecht* ist. Die Vorstellung einer absoluten Gerechtigkeit zwingt dazu, das *Sollen des Rechts* stets als ein *hypothetisches* zu begreifen und kritisch in Frage zu stellen.¹⁸ Wer es nicht aushalten kann, auch einmal ungerecht behandelt zu werden, ist in dieser Welt nicht hinreichend lebensfähig. Juristen und andere Menschen, die rechtliche Entscheidungen treffen müssen, sind ebenso wie alle anderen Menschen in anderen Berufen dem Irrtum ausgesetzt und machen gelegentlich Fehler wie alle anderen auch.

II. Zum Untertitel: Religionen und Ideologien als Leitprinzipien des Rechts

1. Sakrale Quellen des Rechts:

Alle frühgeschichtlichen Rechtsquellen zeigen einen *sakralen Charakter*. Für das Juden- und das Christentum hat *Mose* die *Zehn Gebote* vom Sinai geholt, für den Islam hat *Allah* seinem Propheten *Mohammed* den *Koran* offenbart,¹⁹ der für die Muslime bis heute die Rechtsquelle des islamischen Rechts bildet und als gültiges, unveränderliches göttliches Recht verstanden wird. Auch die ältesten Quellen des römischen Rechts weisen auf einen religiösen Ursprung hin.²⁰ Zur Zeit des Auftretens von Jesus Christus und der Entstehung des Christentums hatte sich das römische Recht allerdings schon zu einem völlig rationalen Ordnungssystem eines rein menschlichen Rechts entwickelt. Mit der Schlacht an der *Milvischen Brücke* (312: *in hoc signo vincis*) und *Konstantins* (um 270–337) Übernahme des *christlichen Glaubens* ist allerdings ein Rückfall eingetreten, in dessen Folge das Recht in der „römischen Kirche“ und durch deren weltweites Wirken in der gesamten christlich gewordenen Staatenwelt Europas auf der Grundlage der Schriften des *Heiligen Augustin* (354–430) wieder als *göttliches Recht* verstanden wurde.²¹

¹⁷ Dazu 3. Kap IV 3.

¹⁸ Dazu Kelsen GrL § 3.

¹⁹ Dazu 9. Kap IV 1 und 2.

²⁰ Vgl. *Fritz Schulz* Geschichte der röm. Rechtswissenschaft 6 ff.; *Marcel Mauss* Die Gabe 121 ff.

²¹ Dazu 2. Kap IV u. V.

2. Christliche Kreuzzüge und Heilige Inquisition:

Die Folge dieser *Christianisierung* waren die *Kreuzzüge ins Heilige Land* und nach *al-Andalus* (1212: *Innozenz III.*) und die massenhafte Tötung von Ungläubigen (1095–1291), wobei zumeist auch das eigene Heer in den Schlachten und auf dem Marsch dorthin und zurück verlorenging, weshalb der *Stauferkaiser Friedrich II.* sich weigerte, einen Kreuzzug durchzuführen, deshalb vom Papst gebannt wurde mit der Folge des Verlustes seiner Herrschaft.²² Diese Verfolgung aller Ungläubigen und Abtrünnigen wurde auch nach der Kreuzzugszeit fortgesetzt durch die *Heilige Inquisition* und verschärft durch die Einführung der *Folter* (1252 durch *Innozenz IV.*), die es ermöglichte, jeden *Ketzer* und jede *Hexe* zum Geständnis aller Anklagen zu bringen und zur Herstellung „göttlicher Gerechtigkeit“ auf dem Scheiterhaufen zu verbrennen.

3. Zur Rationalisierung des Rechts christlicher Staaten:

Dieser Entwicklung christlicher Glaubenssätze zu einem System des göttlichen Rechts ist als Erster der in der Kreuzzugszeit lebende *Thomas von Aquin* (1225–1274) mit seinem Werk *Summa Theologica* entgegengetreten, indem er das Recht im Anschluss an *Aristoteles* und seine *Nikomachische Ethik*²³ nicht mehr als göttliches Recht, sondern wieder – wie schon das römische Recht – als *Menschenwerk* verstanden hat, das aus der *menschlichen Vernunft* aufgrund des *Willens der Menschen* geschaffen wurde.²⁴ Für *Thomas von Aquin* gab es daher *göttliche und menschliche Gesetze*, die göttlichen Gesetze verstehen wir heute als *religiöse Glaubenssätze*, die vielfach – wie z.B. die Zehn Gebote – auch zu Rechtssätzen oder auch von Ungläubigen anerkannten (moralischen) Verhaltensregeln (du sollst nicht lügen, nicht ehebrechen etc.) geworden sind. Das epochale Werk des *Aquinaten*, das aus nicht schwer zu erratenden Gründen erst *nach seiner Heiligsprechung* etwa zweihundert Jahre nach seinem Tod (1485) vollständig erscheinen konnte, ist jedoch erst in der Aufklärungszeit nach der Französischen Revolution mit der allgemeinen Anerkennung der Glaubensfreiheit und der strikten Trennung von Religion und Recht sowie von Kirche und Staat zur herrschenden Auffassung und zur Grundlage des geltenden Rechts geworden. Dieser Entwicklung verdanken die Bürger der demokratischen Rechtsstaaten der christlichen Welt letztlich ihre Freiheit, die auch zur Grundlage für den technischen Fortschritt und den Wohlstand in diesem Teil der Welt geworden ist.

4. Der Islam und sein göttliche Recht (Scharia):

Anders verlief die Entwicklung in den islamischen Staaten.²⁵ Das Recht (*Scharia*) wurde im Islam von Anfang an als göttliches Recht verstanden, dessen Grundsätze von Allah seinem Propheten *Mohammed* mit dem *Koran* offenbart wurden. Neben dem *Koran* wird die *Sunna*, eine Aufzählung der ausgeübten Praktiken des Propheten zu seiner Leb- und Regierungszeit als *Quelle der Scharia* verstanden. Auch im Islam hatte es allerdings schon vor *Thomas von Aquin* eine philosophisch begründete Aufklärungszeit gegeben, an deren Spitze die in der Kultur von *al-Andalus* entstandenen Werke von *Ibn Rushd* (alias *Averroes*, 1126–1198) stehen. Diese Kultur, in der Muslime, Juden und Christen jahrhundertlang friedlich zusammenlebten, wurde jedoch durch den von *Innozenz III.* ausgerufenen Kreuzzug im Jahre 1212 vernichtet. Die Werke *Averroes'*, insbesondere seine *Aristoteles-Kommentierung* und seine „Entscheidende Abhandlung“²⁶ haben zwar die christliche Scholastik, vor allem *Thomas von Aquin* und seine Lehre, noch stark beeinflusst, fanden aber merkwürdigerweise in der islamisch-arabischen Kultur nur wenig Beachtung. Von zwei Ausnahmen (*Türkei*, *Iran* zeitweise) abgesehen, wird daher in

²² Dazu 3. Kap I 1.

²³ *Aristoteles* Nikomachische Ethik V 10, 1134b.

²⁴ Dazu 3. Kap III–VII.

²⁵ Dazu 9. Kap IV.

²⁶ Dazu 3. Kap II 5.

den Staaten des Islams das Recht (*Scharia*) bis heute als *unveränderliches, ewig gültiges, göttliches Recht* verstanden, das einer Änderung weder bedarf noch zugänglich ist.

5. Gründe des Unfriedens in der islamischen Welt:

Der technische und zivilisatorische Rückstand der islamischen Welt, die einst schon eine Hochkultur erreicht hatte, als die Germanen noch Jäger und Sammler gewesen waren, hat sicherlich viele Gründe, nicht zuletzt die imperialistische Ausbeutung und später betriebene falsche Politik vor allem durch Großbritannien und die Vereinigten Staaten. Der technische und wirtschaftliche Rückstand und der fortwährende Unfrieden in und zwischen den islamischen Staaten beruht aber nicht zuletzt auch darauf, dass die Muslime heute noch die Verse des *Korans als unveränderliche Grundlage ihres Rechts* betrachten, das der Mensch bei Vermeidung allerschrecklichster Höllenqualen niemals ändern darf. Nach diesem Recht sind aber alle *Ungläubigen* Feinde der Muslime, die nichts anderes wollen als deren Verderben (Sure 3/118 ff.). Nur gläubige Männer und gläubige Frauen können nach dem Koran untereinander *Freunde* sein (9/71): „Die Ungläubigen aber, die nicht an den Koran glauben, sollen nach Allahs Willen in Höllenflammen braten, und so oft ihre Haut verbrannt ist, geben wir ihnen andere Haut, damit sie umso peinlichere Strafe fühlen; denn Allah ist allmächtig und allweise“ (4/58). Zu diesen „Ungläubigen“ zählen aber nicht nur *Juden und Christen*, sondern vor allem auch diejenigen, die vom rechten Glauben abgefallen sind und den *Koran nicht im richtigen Sinne* verstehen. Obwohl es im Koran ausdrücklich heißt: „Macht keine Spaltungen“ (42/14); ihr sollt „*ein einziges Volk*“ sein (11/118), haben sich die Muslime schon nach *Mohammeds* Tod in *Schiiten* und *Sunniten* und fortan weitergehend in viele Schismen *aufgespalten* (*Safafisten, Wahhabiten, Aleviten, Ibaditen, Drusen, Babisten, Dschihadisten, nicht zuletzt in Al-Qaida-Kämpfer, IS-Krieger*). Und jeder Anhänger einer dieser Schismen begreift die Gläubigen einer anderen „Sekte“ als Ungläubige, also als seine *Feinde*. Darin liegt eine, vielleicht die wichtigste und wirksamste, Ursache für die Spannungen und kriegerischen Auseinandersetzungen zwischen und in islamischen Staaten.

Auf den Spaltungen des islamischen Glaubens und der Unversöhnlichkeit der verschiedenen Ansichten über den richtigen Glauben beruhen die fortwährenden Kriege der islamischen Staaten gegeneinander und die Bürgerkriege in diesen Staaten (z.B. in Syrien). Darauf beruht auch der *Terrorismus*, den die extremen Gruppen (al-Qaida, IS) seit dem 11. September 2001 in die christliche Welt gebracht haben. Derartige Glaubensstreitigkeiten mit kriegerischen Folgen sind in Europa (abgesehen von Nordirland und dem Zerfall Jugoslawiens aufgrund der Gegensätze zwischen Serbien und Kroatien) seit Jahrhunderten überwunden. Sicherlich will die große Mehrheit der Muslime solche Auseinandersetzungen auch nicht, kann ihren Willen aber nicht durchsetzen und sieht sich daher gezwungen, ihre Heimat zu verlassen. Die Gründe dieser Fehlentwicklung des Islams, deren Beseitigung Voraussetzung einer Veränderung der derzeitigen Zustände wäre, sind relativ leicht zu erkennen: 1. das Verständnis des Rechts als unveränderliches göttliches Recht, welches die Probleme der heutigen Zeit nicht rational erfassen kann; 2. der Mangel einer Organisation der Glaubensgemeinschaft, vergleichbar der Art der römischen Kirche mit einem Papst an der Spitze, welche die Kraft und die Macht zur Herstellung einer *einheitlichen* Glaubensgemeinschaft hat; 3. der Mangel einer wissenschaftlichen Ausbildung der Priester, die mit der Zeit zu einer gewissen Rationalisierung der religiösen Dogmen und damit zu einem Ausgleich zwischen den verschiedenen Glaubensrichtungen führen könnte. Der Versuch, diese Zustände zu ändern, ist jedoch mit allen denkbaren menschlichen Strafen und Höllenqualen bedroht.²⁷

6. Fehlentwicklungen in der christlichen Welt:

In unserer christlichen Welt drohen dagegen von religiösen Dogmen – außer den genannten Ausnahmen – keine derartigen kriegerischen Auseinandersetzungen mehr auszugehen, weil sowohl die römisch-katholische Kirche als auch die evangelischen Kirchen vor allem durch die wissenschaftliche Ausbildung ihrer Pfarrer und Bischöfe

²⁷ Dazu 9. Kap IV 1.

und durch ihre Organisation für eine vernünftige Entwicklung der Grundsätze ihres Glaubens gesorgt und auch eine *weitgehende Trennung von Kirche und Staat* sowie von *Recht und Religion* vollzogen haben.²⁸ Im vergangenen 20. Jahrhundert haben jedoch zweimal zu Ersatzreligionen gewordene *Ideologien* die christlichen Staaten Europas an den Abgrund größter Katastrophen gebracht. Zuerst die deutsche *NS-Ideologie (Faschismus)*, die wohl immer noch mehr Menschenleben gekostet hat als alle islamischen Streitigkeiten zusammen, weshalb nicht der geringste Grund für irgendeine christliche Überheblichkeit besteht. Zweitens hat der zum Sowjetimperialismus ausgeartete *Sozialismus* die Welt an eine kritische Grenze gebracht und auch in der sog. *Deutschen Demokratischen Republik (DDR)* die Rechtsordnung zu einem Unrechtssystem entwickelt. Diese Entwicklung der Unrechtssysteme des NS-Staates und der DDR werden im 7. u. 8. Kapitel unter der Lupe einiger Strafurteile gegen NS-Verbrecher und DDR-Mauerschützen kritisch dargestellt.

III. Gang der Darstellung

1. *Das Recht ist letztlich nichts anderes als die notwendige Grenze der Freiheit eines jeden Menschen an der Freiheit anderer Menschen.* Selbstverständlich kann sich nicht jeder Mensch sein eigenes Recht schaffen, vielmehr müssen die Menschen, die in einer staatlichen Gemeinschaft zusammenleben wollen, in demokratischer Weise durch die Mehrheit ihrer gewählten Abgeordneten – besser nicht durch einen König oder Diktator nach deren Willen – die Gesetze machen lassen, auf deren Grundlage sie friedlich in einer vernünftigen Ordnung zusammenleben können. Auf dieser Grundlage sind in Deutschland ähnlich wie in den anderen europäischen und außereuropäischen demokratischen Rechtsstaaten im 19. und 20. Jahrhundert die Gesetze und das Recht (öffentliches Recht, Zivilrecht, Strafrecht) geschaffen worden, über deren Eigenart und Bedeutung im 1. Kapitel ein kurzer Überblick gegeben wird.

2. Im Zentrum des 2. Kapitels stehen die geheimnisvolle Entstehung der *Zehn Gebote*, die *Mose* vom Sinai geholt hat, und die damit aufgeworfene Frage, wie es zur Entstehung des Rechts gekommen ist und ob es letztlich von Gott oder von den Menschen selbst geschaffen worden ist. Historisch betrachtet bleibt die *Herkunft des Rechts* im Dunkeln der Geschichte, jedoch zeigen alle wiederentdeckten Quellen aus frühgeschichtlicher Zeit einen sakralen Charakter, der in der Form und Symbolik älterer Rechtsinstitute noch klar zu erkennen ist. Irgendwie haben aber die Menschen, wie die von *Mose* überlieferte Geschichte zeigen soll, auch daran mitgewirkt.

3. Das 3. Kapitel enthält im Kern die Darstellung der Grundsätze, mit welchen der Dominikanermönch *Thomas von Aquin* in seiner *Summa Theologica* für die christliche Welt das für die Menschen geltende Recht wieder – wie schon die römischen Juristen – als aus *menschlicher Vernunft entwickeltes Menschenwerk* betrachtet hat und damit der vom *Heiligen Augustin* (354–430) begründeten herrschenden Meinung entgegengetreten ist, wonach das Recht als *ewig gültiges und unveränderliches göttliches Recht* verstanden werden müsse. Das war ein gefährliches Unternehmen, weil die mittelalterliche Macht der römischen Kirche sowie ihres Papstes und deren Machtanspruch gegenüber dem Kaiser letztlich auf diesem Dogma beruhten. Nach der Lehre des *Aquinaten* hatte der Mensch mit seiner Freiheit jedoch auch die Freiheit erhalten, aufgrund seiner Vernunft sich sein Recht selbst zu schaffen entsprechend den Bedürfnissen und Verhältnissen seiner Zeit. Das ist in der neuesten Zeit mit dem Übergang von der Agrar- zur Industriegesellschaft und mehr noch in der allerneuesten Zeit mit dem Übergang zur Computer- und Informationsgesellschaft von allergrößter Bedeutung geworden, weil schon eine Agrargesellschaft mit dem Recht der Ackerbauern sich ohne Arbeitsrecht oder mit seit Jahrtausenden geltendem *göttlichem Recht* nicht in eine funktionierende Industriegesellschaft hätte verwandeln können. Schon gar nicht könnte sich unsere heutige Industriegesellschaft mit ewig und unveränderlich geltendem göttlichen Recht ohne neue gesetzliche und sonstige rechtliche, insbesondere internationalrechtliche Regelungen, durch die neue Mikroprozessortechnik in eine weltweit vernetzte Informationsgesellschaft verwandeln. Die von *Thomas* in genialer Weitsicht auf der Grundlage menschlicher Vernunft entwickelten Rechtsgrundsätze beruhen im Wesentlichen auf der

²⁸ Dazu 9. Kap III.

griechischen Philosophie, insbesondere der *Nikomachischen Ethik* des *Aristoteles* (384–324 v. Chr.), des *Alexanders* Lehrer,²⁹ und letztlich auf antikem griechischem Geist, entsprechen daher nicht den Dogmen monotheistischer Vorstellungen. Schon das Arbeitsrecht und alle anderen seit dem 19. Jahrhundert entwickelten rechtlichen Regelungen (auch das Bürgerliche Gesetzbuch und das Strafgesetzbuch) wären aber nicht möglich gewesen, wenn ein *göttliches Recht* gegolten hätte, das auf ewig und unveränderlich geltendes Recht hätte bleiben müssen, weil Gott der Gerechte und Allwissende seinen Willen niemals ändern muss und der Mensch dessen offenbaren Willen keinesfalls zu ändern berechtigt ist.

Die *Summa Theologica* des *Thomas von Aquin* und seine Grundsätze, wonach das Recht *Menschenwerk* sein muss, das aufgrund der menschlichen Vernunft durch den menschlichen Willen hervorgebracht wird, beruht im Wesentlichen auf Erkenntnissen aus Schriften des *Aristoteles*, die heute in der *Nikomachischen Ethik* enthalten sind und *Thomas* wahrscheinlich in der Fassung des *Andronikos von Rhodos* zur Verfügung gestanden haben und in dieser Form auch schon *Cicero* und anderen Römern bekannt waren.³⁰ Aber auch die Philosophen von al-Andalus waren im Besitz von Schriften des *Aristoteles*, und *Ibn Rushd* (alias *Averroes*) hat dazu den umfangreichsten und wohl auch bedeutendsten mittelalterlichen Kommentar geschrieben.³¹ Da aber *Albert der Große* von Köln, der Lehrer von *Thomas*, bis heute als bester mittelalterlicher Kenner der Philosophie von al-Andalus gilt, war sicherlich auch *Thomas* über diese Philosophie bestens informiert und konnte möglicherweise auch deren Quellen nutzen. Deswegen muss der Darstellung der Lehren des *Aquinaten* eine kurze Darstellung der Geschichte und Philosophie von al-Andalus vorangestellt werden. Für die islamische Welt ist das Verständnis des Rechts als *Menschenwerk* aufgrund der Vernichtung der Kultur von al-Andalus durch den von *Innozenz III.* ausgerufenen Kreuzzug jedoch – wie im 9. Kapitel gezeigt wird – bedauerlicherweise verlorengegangen.

4. Das 4. Kapitel überspringt die fünf Jahrhunderte zwischen *Thomas von Aquin* (1225–1247) und *Immanuel Kant* (1724–1804) und zeigt, auf welchem Wege *Kant* seinen gleichfalls von religiösen Dogmen befreiten „*naturrechtlichen*“ *Rechtsbegriff* als Abgrenzung „der Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit“, ausgehend von seiner *Naturrechts-Vorlesung*,³² in seiner *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785/86) und schließlich in den *metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre* (1797/98) begründete.

5. Das 5. Kapitel überspringt wiederum zwei Jahrhunderte ins 20. Jahrhundert hinein und stellt auf der Grundlage der Rechtsphilosophie von *Gustav Radbruch*³³ den Absturz der Rechtswissenschaft in die Primitivität des *Rechtspositivismus* dar, wonach jedes Gesetz, das in der Form eines Gesetzes beschlossen, unterschrieben und verkündet worden ist, ohne jede Beachtung seines Inhalts Recht sein sollte, weil – wie *Kant* erkannt habe (was *Kant* aber nirgendwo geschrieben und nach allem, was er geschrieben hat, auch nie gedacht haben kann)³⁴ – ein *Mensch nicht* erkennen könne, was *Recht sei*. Daraus folgerte *Gustav Radbruch*: „*Vermag niemand festzustellen, was gerecht ist, so muss jemand festsetzen, was rechtens sein soll. ... Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, dass er das Recht zu setzen berufen ist, umgekehrt: Wer nicht Macht genug hat, einen jeden im Volke gegen den anderen zu schützen, hat auch nicht das Recht, ihm zu befehlen.*“ Diese Auffassung von Gesetz und

²⁹ Ob *Aristoteles* wirklich des *Alexanders* Lehrer war und inwieweit ist historisch zweifelhaft, vgl. *Gigon* (Hrsg.), *Aristoteles*, Einleitung 39.

³⁰ Dazu *Gigon*, *Aristoteles*, Einleitung 45 ff.

³¹ Dazu 3. Kap II 5.

³² Oben Fn 11.

³³ *Radbruch* Rph3, 80 f.

³⁴ Auch *Radbruchs* bester und treuester Schüler distanzierte sich eindeutig von dieser Auffassung in: *Arthur Kaufmann* *Rechtsphilosophie im Wandel* 71 ff.; dazu 5. Kap IX.

Recht und seiner Geltung und die damit begründete *Lehre des Positivismus* hat – wie *Radbruch* selbst 1945 erkennen musste und erkannt hat – „die Juristen wie das Volk wehrlos gemacht gegen noch so willkürliche, noch so grausame, noch so *verbrecherische Gesetze*. Sie setzt letzten Endes das Recht der Macht gleich, nur wo die Macht ist, ist das Recht.“³⁵ Damit hat Radbruch letztlich die Voraussetzungen geschaffen für das nationalsozialistische Unrechtssystem.

6. Nach 1945 konnten alle erkennen, dass man die Katastrophe des sog. *Dritten Reiches* nur hätte verhindern können, wenn es möglich gewesen wäre, der nationalsozialistischen Bewegung schon vor der Machtergreifung rechtzeitig Einhalt zu gebieten. Im *6. Kapitel* wird daher aufgezeigt, mit welchen Mitteln der Bonner-Verfassungsgesetzgeber versuchte, in das am 23. Mai 1949 in Kraft gesetzte Grundgesetz einige Regelungen zu schreiben, die geeignet sein sollten, ein derartiges *Unrechtssystem in Zukunft zu verhindern*. Dazu gehören insbesondere die *Bürger- und Menschenrechte*, die nach der Weimarer Reichsverfassung bloß rechtlich unverbindliche „Programmsätze“ sein sollten, im Grundgesetz aber durch Art. 1 Abs. 3 zu *unmittelbar geltendem Recht* erklärt wurden. Außerdem wurde in Art. 20 Abs. 3 GG zum Ausdruck gebracht, dass die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an *Gesetz und Recht* gebunden sind. Das ist entgegen verbreiteter Auffassungen *kein Pleonasmus* und *keine Tautologie*, sondern der unmissverständliche Hinweis darauf, dass die drei Staatsgewalten nicht nur an die Gesetze, sondern *auch* an das (*Natur-*)*Recht* gebunden sind, womit dem *Rechtspositivismus* unverkennbar eine *klare Absage* erteilt wurde. Mit Art. 79 Abs. 3 GG wurden schließlich die vorgenannten Regelungen *jeder Änderung entzogen* und darüber hinaus die Möglichkeit geschaffen, durch *Normenkontrollverfahren* und *Verfassungsbeschwerden* gemäß Art. 93, 100 GG die Schaffung rechtswidriger Gesetze oder eine ungerechte Anwendung der Gesetze zu verhindern.

7./8. Im *7. und 8. Kapitel* wird mit Hilfe einiger ausgewählter höchstrichterlicher Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) und des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) versucht, einen kleinen Einblick zu geben in das unglaubliche Unrecht, das „von Rechts wegen“ im sog. *Dritten Reich* und in der *DDR* begangen wurde. Das Unrecht der *DDR* bleibt zwar weit hinter dem des Hitler-Staates zurück, war für die Betroffenen aber immer noch schlimm genug. Gezeigt werden soll mit diesen Entscheidungen jedoch weniger das Maß und das Ausmaß dieses Unrechts als die Art und Weise, mit welcher der Bundesgerichtshof glaubte, nach 1949 beziehungsweise nach 1989 auf „naturrechtlicher“ Grundlage trotz des in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Grundsatzes *nullum crimen sine lege*, der auch schon im deutschen Strafgesetzbuch von 1871 stand und im *Dritten Reich* insoweit auch noch geltendes Recht war, dieses Unrecht mit den Mitteln des Strafrechts erfassen und strafrechtlich sanktionieren zu können.

9. Im *9. Kapitel* werden schließlich die allgemeinen Grundsätze der in den vorherstehenden Kapiteln im Einzelnen sichtbar gewordenen *Einflüsse der Religionen und Ideologien* auf die Bildung und die Anwendung des Rechts herausgestellt, was deutlich macht, dass sich Derartiges zwar nicht gleichartig, aber in dieser oder anderer Form jederzeit wiederholen kann, wenn nicht rechtzeitig den Anfängen gewehrt wird. Der *Rechtspositivismus* macht jede Rechtsordnung machtlos und damit unfähig, einer solchen Fehlentwicklung wirksam entgegenzutreten zu können. Deswegen hat der Verfassungsgesetzgeber des Bonner Grundgesetzes die im *6. Kapitel* dargestellten Regelungen geschaffen. Gegen die Verletzung der menschlichen Freiheit durch auf *religiöse Glaubenssätze und Dogmen* gestützte Handlungen und Maßnahmen sind in der christlichen Welt jedoch schon in Art. 10 der französischen Verfassung von 1789 und im 1. Amendment (1791) zur US-amerikanischen Verfassung von 1787 das *Grundrecht auf Glaubensfreiheit* geschaffen und damit eine weitgehende *Trennung von Kirche und Staat (Laizität)* vollzogen worden. Entsprechende Regelungen gelten gemäß Art. 140 GG durch dessen Verweisung auf die Art. 136 ff. WRV auch in der Bundesrepublik Deutschland. Mit diesen und entsprechenden Regelungen ist in diesen und vielen anderen Staaten zugleich klargestellt worden, dass das Recht in diesen Staaten *nicht mehr*

³⁵ So *Radbruch* selbst in dem Flugblatt: Fünf Minuten Rechtsphilosophie, abgedruckt in *Radbruch Rph4*, S. 335-337; dazu unten 5. Kap V.

unveränderliches göttliches Recht sein kann, vielmehr die Gesetze *menschliches Recht* sind, das dem Wandel der Zeiten unterliegt und unterliegen muss, weil sich die moderne Welt des Menschen täglich ändert und daher auch täglich neues Recht schaffen muss. Es durfte und konnte nicht länger sein, wie *Goethe* seinen Mephisto sagen lässt, dass sich Gesetz und Recht forterben wie eine ewige Krankheit.³⁶ Das ist in den Rechtsordnungen der rechtsstaatlichen Demokratien der *christlichen Welt* heute auch allgemein anerkannt, nicht aber in den *islamischen Staaten*, in denen die *Scharia* immer noch und sehr streng als *göttliches Recht* verstanden wird, das Allah seinem *Propheten Mohammed* in den Jahren zwischen 610 und 632 offenbart hat und seither unverändert geblieben ist, weil die Gläubigen des Islams es bis in alle Ewigkeit nicht ändern dürfen. Es bedarf daher auch in den islamischen Staaten der *Trennung von Religion und Recht*, von *staatlicher* und *kirchlicher Organisation*, damit das Recht den Bedürfnissen der Zeit angemessen gestaltet werden kann, und vor allem auch deswegen, damit Menschen verschiedenen Glaubens in einer staatlichen Gemeinschaft *friedlich zusammenleben* können. Welche Hindernisse einer solchen Entwicklung in Form des auf der Grundlage des *Korans* und der *Sunna* entwickelten göttlichen Rechts der *Scharia* tatsächlich höchst wirksam entgegenstehen, wird im 9. Kapitel unter IV. anhand der wichtigsten Regelung und deren Quellen im Einzelnen dargelegt.

³⁶ *Goethe* selbst mag es auch geglaubt haben, weil zu seiner Studienzeit noch das römische Recht und dies schon seit zwei Jahrtausenden gegolten hat und *Goethe* zur Qual geworden war („zur Rechtsgelehrsamkeit kann ich mich nicht bequemen“), aber eine zeitgemäße Fassung stand damals mit dem Preuß. Allg. Landrecht von 1794 schon bevor; dazu 5. Kap X 8c.