

Unerträgliche Gesetze: Renaissance des Naturrechts?

Rechtsanwalt Professor Dr. Benno Heussen*

In jüngerer Zeit wird in der politischen Debatte die Berufung auf die Verfassung immer häufiger kritisiert, wie etwa in dem spektakulären Fall des Luftsicherheitsgesetzes, aber auch in der Diskussion über Obergrenzen im Asylrecht. Gestützt durch neue Medien entwickeln sich neue Diskussionsformen, in denen der Gerechtigkeitssinn der Diskussionsteilnehmer in den widersprüchlichsten Formen Ausdruck findet. Wie kann das Recht darauf reagieren?

I. Gerechtigkeitssinn der Bevölkerung

Es gibt zahllose Gesetze, die verfassungswidrig sind, wie die Praxis uns zeigt. Das beruht nicht immer auf Zufall. Manchmal werden Gesetze, die schon während der parlamentarischen Diskussion als verfassungswidrig bezeichnet werden, gleichwohl (oft im Paket mit weniger fragwürdigen Gesetzen) erlassen, damit dem Volk die Aktivität des Parlaments in einer bis dahin offenen Frage bewiesen werden kann. Das Luftsicherheitsgesetz¹ erlaubte es unter dem Eindruck der Attentate in New York 9/11, Flugzeuge abzuschießen, die von Terroristen gekapert werden, obwohl viele politische Stimmen (unter anderem die Pilotenvereinigung Cockpit) sich dagegen ausgesprochen hatten. Fast genau ein Jahr später wurde es vom *BVerfG* aufgehoben.² Von *Schirach* hat 2015 ein Theaterstück geschrieben, in dem der Konflikt des Kampffjet-Piloten in einem nachfolgenden Strafprozess dargestellt wird. Er verband das mit einer ungewöhnlichen Idee: Am Ende stimmten die Zuschauer darüber ab, ob der Pilot hätte schießen sollen oder nicht. Die Alternative lautete: Mord oder Freispruch? In mindestens 50 Theatern und einer stark beachteten Fernsehübertragung stimmten in Deutschland, Österreich und der Schweiz etwa 70 % der Zuschauer für Freispruch, obwohl die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes ausdrücklich hervorgehoben wurde. Viele Strafrechtler, darunter auch der wortgewaltige ehemalige Vorsitzende eines Strafsenats am BGH, *Thomas Fischer*³, haben dem Autor zu Recht vorgeworfen, dass möglicherweise ein Fall des Entschuldigenden Notstands (§ 35 StGB) vorliege.⁴ Der Fall wäre dann nicht zur Anklage gekommen, die negativste Anklage gegen den Piloten habe allenfalls „Totschlag“ lauten können. Wir wissen nicht, wie die Abstimmungen ausgegan

Heussen: Unerträgliche Gesetze: Renaissance des Naturrechts?(ZRP 2017, 212)

213

gen wären, wenn den Zuschauern der rechtliche Hintergrund besser dargestellt worden wäre. Aber man kann vermuten, dass sie sich bei ihrer Willensbildung jedenfalls nicht um die Ansicht des Verfassungsgerichts geschert hätten. Auch viele Politiker – darunter vor allem der frühere und damals amtierende Verteidigungsminister *Jung* – halten nach wie vor das Gesetz für wirksam. Hier haben wir also den interessanten Fall vor uns, dass eine deutliche Mehrheit in der Bevölkerung, teilweise gestützt von der Presse, gemeinsam mit Bundestag und Bundesrat eine rechtliche Auffassung hat, neben der die meisten wissenschaftlichen Stimmen,⁵ das *BVerfG* und eine Minderheit der Bevölkerung geradezu verschwinden. Der Gerechtigkeitssinn der Bevölkerung ist offenbar ein anderer als jener der Juristen. Kann man sich in einem solchen Fall – vielleicht gestützt auf naturrechtliche Überlegungen⁶ – über das, vom *BVerfG* festgestellte positive Recht hinwegsetzen?

II. Naturrecht und seine Renaissance

Unter Naturrecht verstehen wir seit der Antike eine Vielzahl von Ideen, die den Gedanken „einer angeborenen unveränderlichen ‚Natur‘ des Menschen“⁷ verfolgen, zu der nicht nur unsere biologischen Wurzeln, sondern – seit *Rousseau* und *Kant* – auch die aus ihnen entwickelte Vernunft gerechnet wird. Wenn wir bestimmte Handlungen von Menschen beurteilen, sehen wir dann nicht oft genug „auf den ersten Blick“, ob sie rechtswidrig sind oder nicht? Sind solche Urteile in unserer Natur instinktiv richtig abgesichert? Aus solchen Fragen ergeben sich unzählige Ansätze, Gerechtigkeitsmodelle zu definieren, die sich extrem widersprechen können: Sie reichen von religiösen Vorstellungen bis hin zur Idee vom Recht des Stärkeren usw. Aus dem Sein lassen sich viele – und widersprüchliche – Varianten des Sollens ableiten. Die Sache, um die es geht, wird von den Interessen definiert,⁸ nicht von der Natur. Die Natur liefert uns also keine unmittelbaren Vorgaben für das Recht, dessen Aufgabe es ist, Werte und Interessen ins rechte Verhältnis zu setzen. Das hat schon *Epikur* (341–271 v. Chr.) erkannt: „Gerechtigkeit an sich hat es nie gegeben. Alles Recht beruhte vielmehr stets nur auf einer Übereinkunft zwischen Menschen, die sich in jeweils verschiedenen großen Räumen zusammenschlossen und sich dahin einigten, dass keiner dem anderen Schaden zufügen oder von ihm erleiden soll.“⁹

Unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg erlebten wir in Deutschland eine intensive Diskussion über das Naturrecht.¹⁰ Ihr Auslöser war die Beseitigung jedes Gedankens an die Gerechtigkeit, die in der Zeit zwischen 1933–1945 nicht einfach in der Zerschlagung des Rechts bestand, sondern in Gesetzesform gegossen wurde. Dazu gehörten vor allem das Ermächtigungsgesetz,¹¹ mit dem das Parlament sich selbst enthauptete und die so genannten Nürnberger Gesetze, die den Juden ihre Daseinsberechtigung bestritten.¹² Wer diese Texte liest, dessen Gerechtigkeitsinn wird sich (in den meisten Fällen) dagegen auflehnen, sie auch nur in formaler Hinsicht für „gerecht“ zu erklären. Der Gehorsam gegenüber diesem positiven Recht hat zu zahllosen Gewissenskonflikten geführt, in denen sich vor allem die Juristen wenig bewährt haben.¹³

III. Kelsens reine Rechtslehre

Der führende Theoretiker des Rechtspositivismus *Kelsen* hat eine solche Entwicklung nicht vorhersehen können. Ihm ging es darum, nachzuweisen, dass naturrechtliche Lehren jedes Rechtssystem gefährden, wenn sie neben ihm einen gleichen Rang beanspruchen. Sein und Sollen sind inhaltlich miteinander nicht verbunden. Es gibt „keinen Schluss von ‚naturgemäß‘ auf ‚gerecht‘“,¹⁴ weil sich mit dem Begriff „naturgemäß“ nahezu jeder Wert verbinden lässt. Das positive Recht sollte sich nur auf sich selbst berufen können und „ideologiefrei“ sein – so die reine Rechtslehre von *Kelsen*. Seine berühmte Formulierung lautet: „Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein, es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, zum Inhalt einer Rechtsnorm zu werden. Deren Geltung kann dadurch nicht infrage gestellt werden, dass ihr Inhalt einem irgendwie vorausgesetzten materiellen Wert, etwa der Moral, nicht entspricht.“¹⁵

Dieses Konzept konstruiert – anders als gelegentlich behauptet wird – keine wertfreie Rechtsmaschine. *Kelsen* hat in den Art. 1–18 der von ihm selbst entworfenen österreichischen Verfassung von 1920 einen Grundrechtskatalog definiert, wie wir ihn in jeder wertdefinierten Normenlandschaft erwarten würden. Das Recht muss im Modell der reinen Rechtslehre allerdings von Wertentscheidungen, die in ihm selbst nicht enthalten sind, frei bleiben. Das System definiert konkrete Rechte und Pflichten, wenn auch „beliebige“. Nur so kann das Rechtssystem alle konkurrierenden Werte zurückweisen, die in den definierten Normen keinen Platz gefunden haben. Auf diese Weise wird auch verhindert, dass neue „beliebige Inhalte“, die im System der

Gewaltenteilung nur über das Parlament Eingang ins Recht finden können, sich an anderer Stelle durchsetzen.

Darüber hinaus war *Kelsen* das Risiko bewusst, dass das Parlament „ungerechte Gesetze“ verabschieden konnte. Deshalb hat er 1920 in Österreich zusammen mit der Verfassung die Konstruktion des Verfassungsgerichts entwickelt, einer hybriden Institution zwischen Legislative und Judikative, die als „Hüter der Verfassung“ Gesetze für verfassungswidrig erklären konnte – ein Modell, das 1948 in das Grundgesetz übernommen wurde.

IV. Radbruch'sche Formel

Kelsen hat sich nicht vorstellen können, dass ein halb zerstörtes und erpresstes Parlament im Ausnahmezustand Normen setzen könnte, die nichts anderes zum Ziel hatten, als das Rechtssystem zu zerstören, um einer „Blut- – und – Boden-Ideologie“ Raum zu schaffen. *Kelsens* (sehr verständliche) mangelnde Vorstellungskraft für solche Entwicklungen widerlegt die reine Rechtslehre nicht, denn Macht kann das Recht unter allen Umständen zerstören.

Heussen: Unerträgliche Gesetze: Renaissance des Naturrechts?(ZRP 2017, 212)

214

Radbruch – ein großer Anhänger *Kelsens* – hat in der Nachkriegsdebatte schon sehr früh eine Formel zur Lösung des Problems vorgeschlagen, die allgemein, aber auch von den Gerichten¹⁶ akzeptiert worden ist. Sie ist in zwei Absätze gegliedert, die getrennt gelesen werden müssen.¹⁷ Ihr erster Absatz lautet:¹⁸ „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“

Von zentraler Bedeutung ist darin der Begriff „unerträgliches Maß“. Das ist eine offensichtliche Leerformel, denn der Maßstab, von dem hier gesprochen wird, bietet – anders als man es von einem Maßstab erwarten muss – keine objektiv verwertbaren Kriterien, sondern ist ein emotionaler ethischer Appell: Was unerträglich ist, hängt von den subjektiven Gefühlen dessen ab, der eine bestimmte Erfahrung macht, ist einem Dritten also nur begrenzt vermittelbar und mit Sicherheit nicht vergleichbar. Mit dem Schluss, „dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat“, ist der Eindruck entstanden, als plädiere *Radbruch* dafür, naturrechtliche Überlegungen *über* das positive Recht zu stellen. Dieser Eindruck wird allerdings korrigiert, wenn man den zweiten Absatz liest: „Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehungen aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. *Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.*“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

Der letzte Satz, der selten zitiert wird, liefert präzise Kriterien für die Beurteilung der Ungerechtigkeit eines Gesetzes: Wenn es nur im Allgemeinen ethisch fragwürdig ist oder sonstige Systemfehler aufweist, ist es als positives Recht anzuerkennen. Richtet es sich aber gegen den Rechtsstaat selbst, bekämpft es die Rule of Law, dann ist das „unerträgliches Maß“ erreicht, von dem der erste Absatz spricht.¹⁹ Eine ganz ähnliche Fragestellung ergibt sich bei der Suche nach

den Grenzen der Toleranz. Sie endet dort, wo ihr Bestand für die Zukunft gefährdet ist. Die Radbruch'sche Formel überzeugt, wenn man ihre beiden tragenden Aspekte zusammenführt: sie funktioniert wie „Treu und Glauben“ nur in einem konkreten Bedeutungszusammenhang, nicht jedoch im leeren Raum. Das Zusammenwirken systematischer juristischer Begriffe mit anderen, die emotionalen Lagen Ausdruck geben, hat die Methodenlehre unter den unterschiedlichsten Aspekten erfasst. Vor allem *Arthur Kaufmann*²⁰ hat gezeigt, dass im Rahmen der Bildung von Analogien – so vor allem beim Vergleich des Normfalls (*Fritjof Haft*) mit dem konkreten Fall – Emotionen bei der Entscheidung ins Spiel kommen, die sich ohne breite Ermessensspielräume nicht entfalten könnten.²¹ Die Radbruch'sche Formel entwickelt also keine naturrechtlichen Ideen, sondern definiert die Grenzen dieser Ermessensspielräume.

V. Vernachlässigte Parteipflichten

Die Auseinandersetzung über das Luftsicherheitsgesetz ist gewiss nur einer der zahllosen Fälle, in denen die Bevölkerung das Recht nicht versteht. Ganz ähnlich dürfte es sein, wenn über zahlenmäßige Obergrenzen beim Asylrecht gesprochen wird, die offensichtlich unrechtmäßig sind. Die öffentliche Diskussion vermag das aber deshalb nicht zu erkennen, weil sie Asylberechtigte nicht von Flüchtlingen im Allgemeinen unterscheiden will.²²

Für die Situation, dass die Gerichte und die Bevölkerung (auch soweit sie im Parlament repräsentiert ist) sich nicht verstehen, gibt es in der Verfassung keine andere Lösung, als den Spruch des Verfassungsgerichts stillschweigend zu akzeptieren. Wenn wir mit ihm inhaltlich nicht zufrieden sind, müssen wir auf dem politischen Feld miteinander reden. *Fikentscher* hat eine formale Mindestanforderung an die Kommunikation gestellt, die erfüllt sein muss, damit eine Diskussion über die Gerechtigkeit möglich ist: Es muss (politisch) sichergestellt werden, dass derjenige, der die Macht hat, den anderen zuhört:²³ „Es muss zulässig sein, die Frage zu stellen: Was ist gerecht? Und man darf, wenn man selbst darauf eine Antwort geben will, auch in Anspruch nehmen, gehört zu werden. Dieses Fragerecht ist nicht viel, aber es ist vielleicht das, was wir der heutigen Welt anbieten können und beanspruchen dürfen.“

Wenn nicht mehr möglich ist, als eine Frage zu stellen, gibt es noch keine Kommunikation. Sie beginnt erst mit der ersten Antwort²⁴ und erst aus vielen Fragen und Antworten entwickeln sich politische Meinungen, aber „die Antwort ist das Unglück der Frage“.²⁵ Nach dem Grundgesetz sind es die Parteien, die die Pflicht haben, bei der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken (Art. 21 GG). Das können sie nur, wenn sie mehr sind als Wahlvereine und Fragen aus dem außerparlamentarischen Raum nicht abwehren, sondern sich ernsthaft mit ihnen auseinandersetzen. Daran fehlt es bei allen im Parlament vertretenen Parteien. Sie sind offenbar unfähig, außerparlamentarische Strömungen zu integrieren. Die Grünen, die ihre Anliegen schon Anfang der sechziger Jahre zu formulieren begannen, sind erst 1983 in den Bundestag gekommen. Die heutige Linke kam 1998 in den Bundestag, weil die Westparteien an den Integrationsaufgaben gescheitert sind und der relativ starke Zulauf zur AfD erklärt sich nur dadurch, dass die anderen Parteien den Bürgern nicht zuhören, die dort ihr Sprachrohr suchen. Die neuen Medien sorgen dafür, dass die parlamentarischen Parteien stärker als früher unter Druck kommen. Wenn die Parteien an diesen Aufgaben scheitern, wird die Diskussion sich wieder der Frage der Volksabstimmungen zuwenden, die vermutlich mehr Probleme aufwirft, als sie lösen kann.

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Schiedsrichter und Honorarprofessor an der Leibniz-Universität Hannover.

- 1 V. 11.1.2005, BGBl. I, 78.
- 2 *BVerfGE* 95, 96 = NJW 2006, 751.
- 3 <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-10/ard-fernsehen-terror-ferdinand-von-schirach-fischer-im-recht>.
- 4 So auch *Perron* in *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, Rn. 30 f.; *Dölling/Duttge/Rössner*, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, Rn. 22-24.
- 5 *Kersten*, JuS 2016, 193; *Schenke*, NJW 2006, 736; *Hartleb*, NJW 2005, 1397; zustimmend jedoch *Rogall*, NStZ 2008, 1.
- 6 *Rüthers*, JZ 2013, 822.
- 7 *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1977, § 40, S. 507 ff. Zur neueren Diskussion *Rüthers*, JZ 2013, 822.
- 8 *Heck*, AcP 112 (1914), 1; Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932 – eine ausführlichere Darstellung und Auseinandersetzung mit Kritiken an seinem Konzept.
- 9 *Epikur*, Philosophie der Freude (Auswahl *Johannes Mewaldt*), Hauptlehrsatz 33, 1973, S. 61.
- 10 *Maihofer*, Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1962; religiöse Vorstellungen von Naturrecht werden schon in der Bibel selbst kritisiert: „Der Vater im Himmel lässt seine Sonne aufgehen über Böse und Gute und lässt regnen über Gerechte und Ungerechte“ (Matthäus Kap. 5 Vers 45).
- 11 RGBl I, 141,
http://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0006_erm&object=translation&st=&l=de.
- 12 RGBl I, 1146, http://www.kurt-bauer-geschichte.at/PDF_Lehrveranstaltung%202008_2009/13_Nuernberger_Gesetze.pdf.
- 13 *Rüthers*, NJW 2016, 1068; *Dreier/Sellert*, Recht und Justiz im Dritten Reich, 1989.
- 14 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 219.
- 15 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934), Nachdruck 2008, S. 74.
- 16 *BVerfGE* 95, 96 = NJW 1997, 929 (931) Strafbarkeit der sog. Regierungskriminalität während des SED-Regimes – Tötung von Flüchtlingen an innerdeutscher Grenze.
- 17 *Von der Pfordten*, Rechtsethik, 2. Aufl. 2011, S. 195 ff.
- 18 *Radbruch*, Süddeutsche Juristen Zeitung 1946, 105 (107), Gesamtausgabe C. F. Müller Bd. 3 (1990), S. 83 (89).
- 19 Das sagt schon *Epikur*: „Wenn aber jemand ein Gesetz durchsetzt, dass dem innerhalb der Gemeinschaft bestehenden wechselseitigen Nutzen nicht entspricht, so besitzt dieses Gesetz nicht mehr die Eigenschaft eines wirklichen Rechts“ (Hauptlehrsatz 37, S. 62).
- 20 Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999, S. 68 ff.
- 21 *Heussen*, NJW 2016, 1500.
- 22 *Papier*, NJW 2016, 2391; *Heussen*, Merkur Heft 2016, 85.
- 23 Globale Gerechtigkeit zwischen Rechtsangleichung und Kulturreichhaltigkeit in Globale Gerechtigkeit, 2001, S. 62.
- 24 Der Wappenspruch des Adelsgeschlechts *Finch-Hatton*, *Earls of Winchilsea* lautet: „Je responderai“!
- 25 *Böhlich*, Die Antwort ist das Unglück der Frage, 2011.