

Wolfgang Deppert
Philosophisches Seminar der
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Hamburg im Herbst 2005, Korrekturen Herbst 2007

Die unitarische Gerechtigkeitsformel zur Vermeidung und zur Heilung von Autoimmunerkrankungen des Staates

1. Vorbemerkungen zur wirtschaftlichen und rechtsstaatlichen Lage der Bundesrepublik Deutschland

Trotz wechselnder Regierungen verschlechtert sich die Wirtschaftslage in der Bundesrepublik Deutschland seit Jahren nahezu kontinuierlich, insbesondere wächst die Zahl der Menschen, die sich nicht durch eigene Erwerbsanstrengungen ernähren, in bedrohlichem Maße an. Zu dieser Personengruppe gehören nicht nur diejenigen, die durch die offizielle Arbeitslosenstatistik erfaßt werden, sondern auch alle Schüler und Auszubildenden sowie alle Teilnehmer an sogenannten Umschulungs- oder Qualifizierungsmaßnahmen aber auch alle, die in einen sogenannten Ein-Euro-Job beschäftigt werden, natürlich gehören auch alle Vorruehändler und Ruheständler dazu und nicht zu vergessen ist die zunehmende Zahl derjenigen, die durch richterliche Entscheidungen aus dem Erwerbsleben entfernt wurden oder derart an einer erwerblichen Tätigkeit gehindert werden, daß sie der Sozialhilfe anheimfallen. Es fehlt in zunehmendem Maße an unternehmerischen Kräften, die durch ihre eigenverantwortliche Risikobereitschaft die soziale Marktwirtschaft wieder funktionsfähig machen.

In den meisten europäischen Nachbarstaaten lassen sich entsprechende wirtschaftlichen Niedergangserscheinungen kaum oder gar nicht beobachten, so daß längst der Verdacht aufgekommen ist, daß in der Bundesrepublik Deutschland grundsätzliche und konstante Schädigungsmechanismen wirksam sind, die ihre Ursache nicht in den wechselnden legislativen Mehrheiten und den entsprechend wechselnden Regierungen der Exekutive haben, sondern in einem allzulange für heilig gehaltenen und dadurch erstarrten Rechtssystem mit einer durch das Grundgesetz bedingten Rechtsunsicherheit und einer zum Teil sogar grundgesetzwidrigen Rechtswirklichkeit. Diese Rechtswirklichkeit repräsentiert das Wesen der Bundesrepublik Deutschland, das trotz aller politischen Veränderlichkeit nahezu konstant bleibt. Man kann demnach von einem genetischen Schaden der Bundesrepublik Deutschland sprechen; denn offenbar handelt es sich um Selbstschädigungen des Staates, die von der Konstitution und der Wirksamkeit der dritten Gewalt, der Judikative, ausgehen, ein Schaden, der darum von den anderen beiden Gewalten kaum oder nur durch sehr grundsätzliche Maßnahmen behoben werden kann.

Glücklicherweise sieht sogar das Grundgesetz selbst in seinem Art. 146 vor, das ursprünglich als Provisorium eingeführte Grundgesetz durch eine vom Deutschen Volk durch Volksabstimmung eingesetzte Verfassung abzulösen, in der aus den staats- und rechtspolitischen Fehlern des

Grundgesetzes gelernt werden kann. Zu diesen Fehlern gehört einerseits die fehlende Unabhängigkeit der drei Gewalten und andererseits ihre mangelhafte Kontrolle durch das Volk. So dürfte sich eine Legislative niemals auflösen, solange sie ihrer Funktion, Gesetze zu beschließen, nachkommen kann und schon erst recht nicht durch den Eingriff der Exekutive oder gar durch ein schamlos kanzlerfreundliches Bundesverfassungsurteil, wodurch nach den auf diese Weise außerplanmäßig zustande gekommenen Bundestagswahlen ein außerordentlich unheilvoller Zustand in der Regierungsbildung eingetreten war.

Die Mechanismen der nachhaltig nachteiligen Selbstschädigungen unseres politischen und wirtschaftlichen Gemeinwesens aber treten nicht so deutlich zu Tage wie die soeben beschriebenen Grundgesetzfehler, sondern diese sind sehr viel subtiler und gehen darauf zurück, daß es keine eigene Instanz der Judikative in der Bundesrepublik Deutschland gibt, die selbständig die Widerspruchsfreiheit der rechtswirksamen Gesetze mit der verfassungsmäßigen Ordnung überprüft und gegebenenfalls deren Korrektur zur Herstellung der Widerspruchsfreiheit anmahnt. Dadurch gibt es eine Fülle von Gesetzen, die nicht nur im Verdacht stehen, grundgesetzwidrig zu sein, die aber dennoch laufend zur Rechtsprechung herangezogen werden, was schmerzliche wirtschaftliche Selbstschädigungen des Staates zur Folge hat, ganz zu schweigen von der damit verbundenen Rechtsunsicherheit.

Weil aber die Neuformulierung einer durch das Volk beschlossenen demokratischen Verfassung für die Bundesrepublik Deutschland sich noch über viele Jahre hinziehen wird – es sind erst wenige liberale Kräfte, die daran arbeiten –, ist es eine staats- und rechtsphilosophische Pflichtaufgabe, aus dieser prekären Lage einen Ausweg zu finden, durch den zumindest die fatalen wirtschaftlichen Folgen für unser Gemeinwesen abgemildert werden können. Darum soll hier eine Gerechtigkeitsformel entwickelt werden, die den Richtern der Bundesrepublik Deutschland die Möglichkeit gibt, ihren grundsätzlichen Entscheidungsspielraum so zu nutzen, daß sie durch ihre Urteilsfindung Selbstschädigungen des Staates vermeiden.

2. Autoimmunerkrankungen des Staates

Unter Autoimmunerkrankungen versteht man in der Medizin eine Überreaktion des Immunsystems, durch die körpereigenes Eiweiß nicht als körpereigen erkannt und darum vom Immunsystem wie feindliches Fremdeiweiß bekämpft und abgestoßen wird. Eine Autoimmunerkrankung bewirkt eine schwerwiegende Selbstschädigung des Organismus, die nur schwer zu behandeln ist. Es gelingt nur durch Medikamente, die das Immunsystem selbst schwächen, wie etwa durch Cortison.

Die Übertragung dieses Begriffs auf den Staat wurde während der zweisemestrigen Ringvorlesung „Sanierungsfall Deutschland“ an der Universität in Kiel diskutiert.¹ Dazu wurde der Begriff des Lebewesens als ein System mit einem Überlebensproblem verallgemeinernd eingeführt, so daß jeder Wirtschaftsbetrieb und jeder Verein aber auch jeder Staat ein Überlebensproblem hat und mithin ein Lebewesen ist, das vor Krankheiten zu schützen und im Falle des Erkrankens zu heilen ist. Die Minimalbedingungen zur Bewältigung des Überlebensproblems sind das Vorhandensein einer Wahrnehmungsfunktion, einer Erkenntnisfunktion, einer Maßnahmenauswahlfunktion und einer Maßnahmendurchführungsfunktion sowie einer Energiebereitstellungsfunktion, ohne die alle anderen Funktionen gar nicht ausgeübt werden können. Die Kopplungsstelle aller fünf Überlebensfunktionen wird das Bewußtsein des Lebewesens genannt.² Die ersten vier Funktionen

¹ Vgl. Deppert, Wolfgang und Jaude, Robert (Hg), *Sanierungsfall Deutschland*, Band III der Reihe *Wirtschaft mit menschlichem Antlitz*, Leipziger Universitätsverlag, in Vorbereitung.

² Vgl. dazu die Einführung und Diskussion des Bewußtseinsbegriffs in: Wolfgang Deppert, *Relativität und Sicherheit*,

werden zum Schutz des Systeminneren bei natürlichen Organismen im Falle des Eindringens von Mikroorganismen durch ein gesundes Immunsystem erfüllt.

Eigentümlicherweise bilden Staaten diese überlebenswichtigen Funktionen nur im Kriegsfall für das Wahrnehmen, Erkennen und Bekämpfen von äußeren Bedrohungen deutlich aus. Im Friedensfall sind es vor allem innere Gefahren, die einem Staat zum Verhängnis werden können; dennoch aber sind die überlebenswichtigen Funktionen zum Wahrnehmen, Erkennen und Bekämpfen von inneren Gefahren nur sehr mangelhaft ausgebildet, vor allem aber sind sie kaum miteinander koordiniert, so daß sich lediglich ein kurzzeitiges gemeinsames Staatsbewußtsein ausbildet, etwa durch eine gemeinsame Angst, wie etwa die Angst vor AIDS, vor CJKn oder vor der Vogelgrippe. Genetische Erkrankungen, wie diejenigen aufgrund von staats- und rechtspolitischen Fehlern im Grundgesetz, können erst bemerkt werden, wenn Gleichgewichtsstörungen des Systems auftreten.

Erkennbar werden die innerstaatlichen Krankheitsherde an bestimmten Maßnahmen, die, scheinbar gesetzeskonform, von der rechtsprechenden Gewalt und dem exekutiven Polizeiapparat durchgesetzt werden, obwohl diese Maßnahmen dem Staatsganzen extremen Schaden zufügen. Dies ist deshalb möglich, weil durch den genetischen Schaden des Grundgesetzes die Judikative nicht selbständig feststellen kann, ob die bestehenden und neu erlassenen Gesetze grundgesetzkonform sind und ob sie nicht darüber hinaus etwa auch nur in bestimmten Fällen dem Staat einen Schaden zufügen. Es muß darum davon ausgegangen werden, daß es inzwischen eine nicht zu übersehende Fülle von rechtswirksamen Gesetzen gibt, die grundgesetzwidrig sind und in bestimmten Anwendungsfällen den Staat schädigen. Weil nun diese staatschädigenden Maßnahmen von den Staatsorganen selbst ausgeführt werden, haben wir es mit staatlichen Selbstschädigungen zu tun, die aus guten Gründen auch als Autoimmunerkrankungen des Staates bezeichnet werden. Denn die Gesamtheit der staatlichen Maßnahmendurchsetzungsfunktionen sind analog zu den natürlichen Lebewesen mit deren Immunsystemen zu vergleichen.

Die Autoimmunerkrankungen des Staates zeigen sich daran, daß durch staatlich durchgesetzte Maßnahmen Menschen und deren Organisationen aus dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wirtschaftsleben ausgeschieden werden, obwohl sie die Elemente und Zellen des Staates sind, von denen der Staat selbst lebt. Eine erste Therapie sollte ebenso wie im medizinischen Bereich dem Immunsystem etwas von seiner Angriffsschärfe nehmen, indem etwa – wie hier beabsichtigt – den Richtern eine Gerechtigkeitsformel an die Hand gegeben wird, nach der sie weitere Selbstschädigungen des Staates künftig vermeiden können.

3. Beispiele für Autoimmunerkrankungen in der Bundesrepublik Deutschland

1. In Zeiten wirtschaftlicher Rezession gibt es viele Gründe, warum Firmen illiquide werden, ohne dabei überschuldet zu sein. Nicht selten, sind es sogar Zahlungsverpflichtungen staatlicher Stellen, die diese nicht einhalten, wodurch Zahlungsunfähigkeit entsteht, so daß Lohnsteuern und Sozialabgaben nicht entrichtet werden können. Wirtschaftsunternehmen, die dem Finanzamt Lohnsteuern oder den Sozialversicherungsträgern Sozialversicherungsbeiträge schulden, werden die Firmenkonten aufgrund der Abgabenordnung durch Pfändung stillgelegt. Damit ist diesen Firmen die Geschäftsgrundlage entzogen, sie gehen zugrunde, die Zahl der Arbeitslosen vergrößert sich und es verringern sich die Steuereinnahmen des Staates. Diese Firmenvernichtung aufgrund von durchaus gesetzmäßigem Verhalten der Finanzämter oder der

in: Michael Rahnfeld (Hg.), *Gibt es sicheres Wissen?* Band V der Reihe *Grundlagenprobleme unserer Zeit*, Leipziger Universitätsverlag, Leipzig 2006.

Sozialversicherungsträger geschieht tagtäglich, wodurch eine unübersehbarer Schaden für den Staat entsteht: Die Staatsbeamten, die diese Maßnahmen durchführen, arbeiten zwar gesetzeskonform aber dennoch gegen das Wohl des Staates. Diese Beamten befinden sich in einer klassisch tragischen Situation: Wenn sie die Gesetze befolgen, die zum Untergang der Wirtschaftsbetriebe führen, schädigen sie den Staat und verletzen durch diese Schädigung ihren Beamteneid, und wenn sie die Gesetze nicht befolgen, verletzen sie ebenfalls ihren Beamteneid.

2. Die Geschäftsführer der meistens unverschuldet in die Zahlungsunfähigkeit geratenen Firmen haben nach § 64 Abs.1 GmbHG schon drei Wochen nach dem Eintreten der Illiquidität die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, was in den allermeisten Fällen einer Firmenaufgabe gleich kommt. Handelt es sich aber bei den Geschäftsführern um Menschen, die sich Ihrer Verantwortung gegenüber ihrem Gemeinwesen bewußt sind, dann werden sie versuchen, die Firma zu retten, und wenn es sich bei ihnen um Beamte handelt, sind sie sogar nach ihrem Beamteneid dazu verpflichtet, Schaden von ihrem Gemeinwesen abzuwenden, der jedoch entstände, wenn sie den Insolvenzantrag stellten, anstatt alles daran zu setzen, die Firma und damit die Arbeitsplätze zu retten. Damit ist der § 64 Abs. 1 GmbHG in Zeiten beängstigend hoher Arbeitslosigkeit ein besonders eklatanter Fall einer Selbstschädigung des Staates. Es darf doch nicht sein, daß Menschen von ihrem Staat dafür bestraft werden, daß sie sich für das Wohl des Staates einsetzen, indem sie mit ihrer Kraft und ihrem Kapital versuchen, Arbeitsplätze zu erhalten. Dennoch steht im § 84 GmbHG die eindeutig staatschädigende Strafvorschrift:

„(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer es . . . als Geschäftsführer entgegen § 64 Abs. 1 . . . unterläßt, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen.“

Da nahezu alle Firmen während der Gründungsphase in die Zone der Überschuldung geraten, weil sie sich auf dem Markt ersteinmal bekannt machen müssen, beschleunigt dieses Gesetz nicht nur Firmenschließungen, sondern verhindert ebenso Firmenneugründungen. Und darüber hinaus werden risikofreudige Unternehmer, die unser Wirtschaftsleben so dringend braucht, von Staats wegen ohne erkennbaren Grund kriminalisiert und womöglich sogar aus dem Verkehr gezogen.

3. Wenn verantwortungsbewußte Bürger in Unkenntnis der staatschädigenden Paragraphen im GmbHG es wagen, zur Schaffung von Arbeitsplätzen Firmenneugründungen vorzunehmen, dann können sie aufgrund der schlechten Zahlungsmoral ihrer Auftraggeber in die Situation der Illiquidität kommen, so daß sie die fälligen Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht zahlen können. Aufgrund der Gesetzeslage können sie vom Finanzamt und von den Sozialversicherungsträgern persönlich in Haftung genommen werden. Wenn sie aber bereits ihr privates Vermögen geopfert haben, um die Firma noch zu retten, sind sie jedoch zahlungsunfähig. Darum wird bei ihnen der Gerichtsvollzieher vorstellig werden, um ihnen nach § 900 ZPO die eidesstattliche Versicherung abzunehmen, die zur Folge hat, daß er nach § 915 ZPO in das öffentlich einsehbare Schuldnerverzeichnis eingetragen wird. Diese Bestimmung verstößt jedoch eklatant gegen die grundgesetzliche Bestimmung Art. 1 Abs. 1 GG zum Schutz der Würde des Menschen und ist damit null und nichtig.

Versteht man unter der Würde des Menschen mit Immanuel Kant ganz allgemein seine Wertsetzungskompetenz; dann darf der Mensch nicht durch den Staat daran gehindert werden, die von ihm gesetzten moralischen Werte zu verfolgen, wie etwa den Wert, daß er Schulden grundsätzlich zurückzahlen will. Durch die Eintragung in das Schuldnerverzeichnis wird es einem Kaufmann aber faktisch unmöglich gemacht, jemals wieder in die Lage zu kommen, durch eigene Aktivität Geld zu verdienen und seine Schulden abzutragen. Ganz abgesehen

davon, daß das Schuldnerverzeichnis lediglich die moderne Form des mittelalterlichen Prangers darstellt, und damit eklatant die Würde des Menschen verletzt, ist es außerdem aufgrund von Art. 2 Abs.1 ersatzlos zu streichen; denn durch die Aufnahme in das Schuldnerverzeichnis ist dem einzelnen Bürger „das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit“ im Bereich des Berufslebens genommen, zumal wenn er sich keinerlei moralischer Verfehlung schuldig gemacht hat.

Schuldenmachen bedeutet nicht mehr, moralisch schuldig zu werden. Im Gegenteil! Das Schuldenmachen hat in unserem Wirtschaftsleben sogar einen sehr hohen moralischen Wert wirtschaftlicher Aktivität, wirtschaftlicher Verantwortung und wirtschaftlicher Vertrauensbildung. Denn die Wirtschaft kann nur auf dem Wege der Kreditierung von zukunftssträchtigen, innovativen Ideen wachsen. Wer Schuldner durch ein Schuldnerverzeichnis moralisch diskreditiert, schadet unserem Gemeinwesen, indem er die moralische Grundlage des wirtschaftlichen Fortschritts vernichtet.

Aber es kommt noch schlimmer! Wer sich aufgrund seines Gewissens und der Bewahrung seiner Würde weigert, die eidesstattliche Versicherung abzugeben, kann nach § 901 ZPO bis zu 6 Monate (§ 913 ZPO) in Erzwingungshaft genommen werden, wozu im Mittelalter der Schuldurm diente. Es ist ein Skandal der Rechtsgeschichte, daß eine derartige Verletzung der Würde des Menschen noch Bestandteil eines deutschen Rechtssystems sein kann, das einzig auf der Bewahrung und Verteidigung der Würde des Menschen aufgebaut sein soll. Um ein solches Unrecht zu vermeiden, ist nach Art. 20 Abs. 4 Widerstand zu leisten; denn die Würde des Menschen „zu achten und zu schützen ist“ nach Art.1 Abs. 1 „Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“ und „gegen jeden, der es unternimmt,“ – und sei es auch ein Verhaftungsbeamter – „diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.“

4. Wenn Bürger in Haft genommen werden, so ist dies für den Staat in jedem Falle sehr kostspielig. Und wenn Bürger in Haft genommen werden, von denen wirtschaftliche Aktivitäten ausgegangen sind, die aber aufgrund der Inhaftierung unterbleiben, dann bedeutet dies für den Staat eine weitere wirtschaftliche Schädigung. Dies bedeutet, daß wir sehr genau hinsehen müssen, unter welchen Umständen sich für Inhaftierungen überhaupt Begründungen finden lassen, die so schwer wiegen, daß man die damit verbundenen Staatsschädigungen in Kauf nehmen darf.

Da gibt es z.B. inzwischen eine große Anzahl von Inhaftierungen aufgrund von Verkehrsdelikten, wie etwa wiederholtes Fahren ohne Führerschein oder auch aktive oder passive Verkehrsteilnahme unter Alkoholeinfluß. Selbst dann, wenn keinerlei Personenschäden zu beklagen waren, werden nach der Gesetzeslage langfristige Inhaftierungen vorgenommen, die für alle Beteiligten und insbesondere für den Staat extreme Schädigungen herbeiführen. Jeder Autofahrer weiß, wieviel gänzlich übertriebene Geschwindigkeitsbegrenzungen etwa auch im Autobahnbereich aufgestellt werden und daß insbesondere in den neuen Bundesländern eine große Anzahl von Radarfallen aufgestellt sind, so daß wohl jeder aktiv am Wirtschaftsleben teilnehmende Autofahrer schon einmal in Terminot geraten ist, was ihm dann mit dem Verlust des Führerscheines für mindestens einen Monat gedankt wurde. Welche staatlichen Selbstschädigungen allein im Verkehrsrecht zu beklagen sind, ist gewiß nicht statistisch erfaßt, es sind hier aber Größenordnungen zu vermuten, die als Verluste in den Haushaltsplänen empfindlich zu Buche schlagen und das Entsprechende gilt für die anderen erwähnten Beispiele von Autoimmunerkrankungen des Staates.

Es mag nun mit der Aufzählung von Autoimmunerkrankungen des Staates genug sein, obwohl sich die Beispielsammlung erheblich erweitern läßt. Etwa wenn man an die verheerenden Wirkungen von Gesetzen aus der Kaiserzeit denkt, wie die grundgesetzwidrigen Teile des ZVG's (Zwangsversteigerungsgesetz) oder auch das VVG (Versicherungsvertragsgesetz), das von den Nationalsozialisten schlimme Änderungen erfahren hat, deren offensichtliche Grundgesetzwidrigkeit (§§ 38-40 VVG) bis heute nicht beseitigt worden ist.

4. Die Möglichkeit, mit Rechtsformeln positives Recht, durch das Unrecht erzeugt wird, zu überwinden

Juristen werden traditionsgemäß als Rechtspositivisten herangebildet, d.h., sie werden auf das bestehende, das gesetzte Recht eingeschworen. Dies bedeutet zugleich, daß ihnen in ihrer Universitätsausbildung – von wenigen Ausnahmen abgesehen – die Fähigkeit geraubt wird, über Alternativen nachzudenken und darüber zu forschen, wie das Recht in sich stimmiger und vernünftiger gemacht werden kann. Die Tatsache, daß der Deutsche Bundestag zu Hauf von Juristen bevölkert wird, hat zur Konsequenz, daß von diesem Bundestag, einerlei, welche politische Richtung gerade die Mehrheit besitzt, keine gründlichen Rechtsreformen zum Wohle des Staates zu erwarten sind. Als mit der Vereinigung Deutschlands die historische Möglichkeit bestand, daß das vereinte Deutsche Volk über eine neue demokratische Verfassung abstimmt, wie es nach Art. 146 GG vorgesehen ist, wurde diese Chance mit dem Faulheitsargument erschlagen, daß das Grundgesetz doch die beste Verfassung sei, die Deutschland jemals gehabt habe, obwohl die großen Mängel des Grundgesetzes längst bekannt waren.

Aus Anlaß historischer Unrechtssituationen geraten die positivistischen Rechtsgelehrten allerdings immer wieder in große Bedrängnis, wenn nach einem positiven Recht Urteile gesprochen werden, die himmelschreiendes Unrecht sind. Auf eine derartige Situation hat der hervorragende und dennoch weitgehend unbekannte Rechtsgelehrte Hans Reichel zu Beginn des 1. Weltkrieges mit einer Formel folgenden Wortlauts reagiert:

„Der Richter ist kraft seines Amtes verpflichtet, von einer gesetzlichen Vorschrift bewußt abzuweichen dann, wenn jene Vorschrift mit dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit dergestalt in Widerspruch steht, daß durch Einhaltung derselben die Autorität von Recht und Gesetz erheblich ärger gefährdet sein würde als durch deren Außerachtsetzung.“³

Dies ist eine holistische Gerechtigkeitsformel, die durch die Sicherstellung des Staatsganzen vermittelt eines gemeinsamen „sittlichen Empfindens“ motiviert ist. Dazu im scheinbaren Gegensatz steht die individuelle Gerechtigkeitsformel „jedem das Seine“ (*sum cuique*), die bereits aus dem Altertum stammt. Versucht man jedoch zu bestimmen, was unter „jedem das Seine“ zu verstehen ist, dann ist es dies: Was jedem aufgrund gemeinsamer sittlicher Vorstellungen zukommt oder nicht zukommt. Im Idealfall sollten also gewiß die holistische und die individuelle Gerechtigkeitsformel zusammenstimmen.

Eine noch sehr viel prekärere Lage als im ersten Weltkrieg war nach dem zweiten Weltkrieg für die positivistischen Rechtsgelehrten gegeben, als es darum ging, nationalsozialistisches Unrecht, das nach dem gesetzten Recht der Nationalsozialisten, also nach positivem Recht, begangen wurde, abzuurteilen. Dazu schuf der Lübecker Rechtsgelehrte Gustav Radbruch⁴ (1878 – 1949) eine

³ Vgl. Hans Reichel, *Gesetz und Richterspruch, zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart*, Zürich 1914, S. 242 oder in: Steffen Forschner, *Die Radbruchsche Formel in den höchstrichterlichen „Mauerschützenurteilen“*, Inaugural – Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Kirchheim/Teck 2003, S. 12.

⁴ Gustav Radbruch wird von vielen Rechtsgelehrten nach seinen früheren Schriften als Positivist eingeschätzt, was

formale Gerechtigkeitsformel, die nach ihm als Radbruchsche Formel bezeichnet wird:

„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.“⁵

Die Radbruchsche Formel hat im Nachkriegsdeutschland eine ganze Reihe von gut begründeten Anwendungen gefunden⁶, obwohl sie noch einer inhaltlichen Bestimmung von Gerechtigkeit bedarf, auf die Gustav Radbruch nur durch folgende Feststellung hinwies:

„, wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“⁷

Generell werden heute die Reichelsche wie die Radbruchsche Formel für richterliche Möglichkeiten angesehen, Unrecht zu vermeiden, das durch die positivistische Anwendung von gesetztem Recht entstände.

5. Eine Gerechtigkeitsformel zur Vermeidung von Autoimmunerkrankungen des Staates

Wie bereits erwähnt, hat der Gerechtigkeitsbegriff zwei Seiten, die individuelle und die globale. In Platons *Staat* wird dieser Polarität des Gerechtigkeitsbegriffs dadurch Rechnung getragen, indem die Konstruktion eines idealen Staates vorgeführt und diese Konstruktion in einer strikten Isomorphie auf den Bürger übertragen wird. Hiernach ist der ideale Staat das Urbild der Gerechtigkeit und der Bürger ein Abbild dieses Gerechtigkeits-Ideals, d. h., das Ganze des Staates und die Gewährleistung der Dauerhaftigkeit des Staates liefert die Eigenschaften und Handlungsvorschriften, den die Bürger zu genügen haben, um gerecht zu sein.

Aristoteles hat die grundsätzliche Konstruktion von etwas Seiendem gegenüber dem Vorgehen seines Lehrers Platon umgedreht. Aristoteles geht vom Einzelnen aus, so daß die Eigenschaften des Einzelnen die Eigenschaften der Ganzheiten bestimmen, die durch Einzelnes gebildet werden. Wenn der vor 200 Jahren gestorbene Friedrich von Schiller in seinen *Votivtafeln* über das Ehrwürdige sagt:

„Ehret ihr immer das Ganze, ich kann nur Einzelne achten,
Immer im Einzelnen nur hab' ich das Ganze erblickt.“,

so nimmt Schiller die aristotelische Tradition auf, die über die Aufklärung dazu geführt hat, den einzelnen Menschen in den Vordergrund der Betrachtung zu stellen und ihm unveräußerliche Menschenrechte zuzubilligen. Wie bereits erwähnt, ist sogar das ganze Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland – jedenfalls der Theorie nach – auf dem fundamentalen Menschenrecht der Würde des Menschen und den daraus folgenden Menschenrechten aufgebaut. Hier folgt das Ganze des Staates im Gegensatz zu Platon aus den Eigenschaften und Handlungsabsichten seiner Bürger.

mir nicht korrekt zu sein scheint, da alle seine frühen rechtsphilosophischen Schriften ihn als einen Relativisten ausweisen, was mit einem Rechtspositivismus unvereinbar ist.

⁵ Vgl., ebenda S. 8.

⁶ Dies gilt für Prozesse über nationalsozialistisches Unrecht ebenso wie für sozialistisches Unrecht in der DDR. Vgl. ebenda oder Robert Alexy, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg 1993.

⁷ Vgl. Steffan Forschner a.a.O. S.12.

Daß es dennoch zu den hier kurz erläuterten Autoimmunerkrankungen unseres Staates kommen konnte, liegt sicher in der grundsätzlich unvermeidbaren Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis, insbesondere aber auch an grundgesetzwidrigen Gesetzen, die immer noch rechtswirksam sind, obwohl sie dem Geist des Mittelalters, der Kaiserzeit oder gar des Nationalsozialismus entstammen, und auch an neu erlassenen Gesetzen, die unseren Staat massiv schädigen, weil in ihnen der einzelne Handelnde noch als potentieller Verbrecher angesehen wird und ihm nicht unterstellt wird, als Bürger auch zum Wohle des Staatsganzen selbstverantwortlich tätig sein zu wollen. Diese Gesetze sind von Menschen erstellt worden, die noch von der mittelalterlichen Vorstellung von Bürgern mit einer autoritativen Lebenshaltung geleitet sind und die den Geist des Grundgesetzes, der sich in Bürgern mit einer selbstverantwortlichen Lebenshaltung äußert, noch nicht erfaßt haben.

Zu diesen Gesetzen gehören die bereits zitierten Teile der Abgabenordnung, des GmbH-Gesetzes (z.B. § 64 und § 84 GmbHG) und der Zivilprozeßordnung. Damit den staatschädigenden Wirkungen dieser Gesetze Einhalt geboten werden kann, bedarf es einer Gerechtigkeitsformel, in der die gegenseitige Abhängigkeit von Staatswohl und Bürgerwohl berücksichtigt wird. Denn tatsächlich sieht das Grundgesetz nicht vor, Gesetze als grundgesetzwidrig zu erkennen, die staatschädigend sind, indem sie z. B. auf scheinbar legalem Wege aktive, einsatzbereite und verantwortungsvolle Menschen, die für das Florieren des Wirtschaftslebens unentbehrlich sind, ihrer Wirkungsmöglichkeiten berauben. Dies geschieht jedoch, z. B. durch die §§ 64 und 84 des GmbH-Gesetzes. Denn natürlich darf der Versuch, Arbeitsplätze zu erhalten, nicht unter Strafe gestellt werden. Und es versteht sich aufgrund der bestehenden Gesetzeslage von selbst, daß ein Geschäftsführer keine Verpflichtungen mehr eingehen darf, wenn seine Firma zahlungsunfähig geworden ist. Täte er dies, dann machte er sich zumindest der Betrugsabsicht schuldig, zu dessen Vermeidung bereits strafrechtliche Bestimmungen gemäß § 263 StGB gibt. In § 64 und § 84 aber wird bereits die Betrugsabsicht unterstellt und das darf nicht sein; denn dies verletzt die Würde der Bürger, die das Amt eines GmbH-Geschäftsführers auf sich nehmen. Diese gesetzlichen Bestimmungen sind null und nichtig, weil sie das Grundgesetz sogar in seinem grundlegendsten Kern, dem Art 1 GG verletzen. Wenn aber durch eine derartige gesetzgeberische Unvernunft die Wirtschaft geschädigt wird, dann haben alle Bürger darunter zu leiden. Und tatsächlich findet sich im Grundgesetz keine explizite Bestimmung darüber, die es verbietet, solche staatschädigenden Gesetze zu erlassen. In der politischen Praxis wäre lediglich der Hinweis möglich, daß der Bundespräsident solchen staatschädigenden Gesetzen aufgrund seines Eides nicht durch seine Unterschrift Rechtskraft verleihen darf. Wenn derartige staatschädigenden Gesetze dennoch Rechtskraft besitzen, dann kann hier nur das Bundesverfassungsgericht durch die Klage eines Betroffenen Abhilfe schaffen.

In einer Gerechtigkeitsformel, die den Richtern an die Hand gegeben werden sollte, um sie aus ihrer klassischen tragischen Situation zu befreien, wäre es aus den vorstehenden Überlegungen geraten zu versuchen, holistische und individuelle Gerechtigkeit miteinander zu verbinden.⁸ Dabei ist davon auszugehen daß es eine gegenseitige Abhängigkeit zwischen dem Wohl der einzelnen Bürger und dem Wohl des Staatsganzen gibt. Die formale Bedingung der gegenseitigen existentiellen Abhängigkeit zwischen Bürger und Staat wird auf Grund ihrer einheitstiftenden Funktion als *unitarisch* bezeichnet. Und wenn unter der formalen Bedingung für jegliche Sittlichkeit die Vermeidung von Schädigungen verstanden wird, dann läßt die folgende *unitarische Gerechtigkeitsformel* auch eine Verbindung der Reichelschen mit der Radbruchschen Formel erkennen:

⁸ Man kann systematisch hier von einer staatsrechtlichen Vereinigung der platonischen und der aristotelischen Auswirkungen auf die Theorie der Staatenbildung und der Bildung von Rechtssystemen sprechen.

Unitarische Gerechtigkeitsformel:

Wenn in der Anwendung eines Gesetzes auf einen Einzelfall der Schaden für den Einzelnen und den Staat größer ist als ein möglicher Schaden, der bei Nichtanwendung des Gesetzes einträte, dann ist das gesetzte Recht für diesen Fall Unrecht, und es hat die Anwendung dieses Gesetzes zu unterbleiben.

Es wird nun behauptet, daß die richterliche Anwendung der unitarischen Gerechtigkeitsformel das Auftreten von Autoimmunerkrankungen des Staates verhindern kann. Der Verfasser ist sich der Reichweite dieser Behauptung bewußt und bittet deshalb darum, sie von anderen Gesichtspunkten her, als sie hier eingenommen wurden, zu prüfen; denn es ist durchaus denkbar, daß noch weitere Aspekte oder auch weiter spezifizierende Bedingungen in die unitarische Gerechtigkeitsformel aufzunehmen sind, damit durch sie die hier angesprochene Problematik der Selbstschädigung des Staates durch eigene Gesetze einer Lösung zugeführt werden kann.