



Hasso Lieber / Ursula Sens

Basiswissen Schöffenamt

Vorbemerkung zur Sonderausgabe

Das Buch beabsichtigt nicht, Schöffen zu „Schmalspur“-Juristen auszubilden. Vielmehr soll durch Handlungskompetenz das Selbstbewusstsein im Verfahren gestärkt und „Mut zum Richten“ vermittelt werden. Dazu bedarf es der notwendigen Kenntnisse über das „Handwerkszeug“: Rechte, Pflichten und Gestaltungsmöglichkeiten einer gleichberechtigten Teilnahme an der Hauptverhandlung, Sinn und Zweck der Strafe, der Weg zu einer schuldangemessenen und gerechten Strafe. Schöffen sollen sich ihrer Verantwortung für eine bürgernahe, transparente und nachvollziehbare Rechtsprechung bewusst werden.

Der Text enthält Verweisungen auf Rechtsprechung und juristische Literatur. Die Hinweise dienen dem Nachweis für die Ausführungen und beantworten die häufig gestellte Frage: „Wo steht das?“ Sie sollen die Leser nicht zu juristischer Denkweise verführen oder dem Buch einen wissenschaftlichen Anstrich geben.

Die Autoren haben die Erfahrung gemacht, dass auch unter Rechtsanwendern – ob in Verwaltung oder Justiz – über die Rechte der Schöffen und ihre Beteiligung im Verfahren häufig Unsicherheiten bestehen. Das Buch bereitet Schöffinnen und Schöffen umfassend auf das staatsbürgerliche Ehrenamt vor und ist praktischer Wegbegleiter während der Amtsausübung. Es vermittelt die erforderliche Handlungskompetenz, indem es über den Strafprozess aus der Perspektive der Beteiligung von Schöffinnen und Schöffen, ihrer Rolle und Verantwortung informiert.

Im Text ist überwiegend von „Schöffen“ die Rede. Fast 50% der „Schöffen“ bundesweit sind weiblichen Geschlechts. Der Lesbarkeit halber wird der Begriff „Schöffen“ im Plural oder als sog. generisches Maskulinum verwendet. Schöffinnen sind (naturgemäß) in diesen Begriff eingeschlossen.

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	V
Abkürzungsverzeichnis.	XI
Teil A: Gesellschaftliche Teilhabe an der Rechtsprechung	1
Kapitel 1 – Einführung in Recht und Gerechtigkeit	1
Kapitel 2 – Richterliche Ehrenämter	12
Kapitel 3 – Das Schöffenamt	14
1 Geschichte der Schöffen	14
1.1 Volksgerichte in der germanischen Zeit bis zum Ende des Mittelalters	14
1.2 Schöffengerichte vom Beginn der Neuzeit bis zum Ende des Absolutismus	17
1.3 Schöffen- und Schwurgerichte in der bürgerlichen Freiheits- bewegung	18
1.4 Schöffen- und Schwurgerichte im 20. Jahrhundert	20
2 Warum heute noch Schöffen?	23
2.1 Argumente für die Beteiligung von Schöffen	24
2.2 Argumente gegen die Beteiligung von Schöffen	26
3 Wahl der Schöffen und Jugendschöffen	28
4 Amtszeit, Art und Umfang der Heranziehung	29
4.1 Amtszeit	29
4.2 Art und Umfang der Heranziehung	30
5 Aufbau der Strafgerichtsbarkeit und Besetzung mit Schöffen	31
5.1 Beginn des Verfahrens beim Amtsgericht	32
5.2 Beginn des Verfahrens beim Landgericht	34
5.3 Beginn des Verfahrens beim Oberlandesgericht.	34

Teil B: Rechtsstellung der Schöffen	37
Kapitel 1 – Funktion und Aufgaben der Schöffen	37
Kapitel 2 – Exkurs: Gesunder Menschenverstand, gesundes Volksempfinden, praktische Vernunft	40
Kapitel 3 – Allgemeine Rechtsstellung der Schöffen	42
1 Gleichstellung mit dem Berufsrichter	43
2 Gleiches Stimmrecht	45
3 Entscheidungen während der Hauptverhandlung	46
Kapitel 4 – Verantwortung und ethisches Verhalten der Schöffen	47
Kapitel 5 – Schutzrechte gegenüber dem Arbeitgeber	49
Teil C: Pflichten der Schöffen	53
Kapitel 1 – Teilnahme an der Sitzung	53
1 Pünktliche, körperliche und geistige Anwesenheit.	53
2 Prinzip des gesetzlichen Richters	53
3 Einsatz der Hauptschöffen	54
3.1 Bestimmung der Sitzungstage	54
3.2 Auslosung der Hauptschöffen	54
3.3 Benachrichtigung und Ladung zum Termin	56
4 Einsatz der Hilfsschöffen.	57
4.1 Methode der Heranziehung	57
4.2 Anlass der Heranziehung	57
4.3 Wechsel des Hilfsschöffen in die Hauptschöffenliste; Ergänzungswahl	59
5 Befreiung von einzelnen Sitzungstagen	59
5.1 Verhinderung	60
5.2 Unzumutbarkeit des Sitzungsdienstes	61
5.3 Nichterreichbarkeit des Schöffen	66
6 Folgen unentschuldigter Ausbleibens oder einer Verspätung	67
7 Nachträgliche Entschuldigung und Beschwerde.	68
Kapitel 2 – Weitere Obliegenheitspflichten und deren Verletzung	71
1 Pflicht zur Eidesleistung	72

2	Pflicht zur Mitwirkung an Entscheidungen	73
3	Sicherstellung der Erreichbarkeit des Schöffen	73
	Kapitel 3 – Pflicht zur Verschwiegenheit und Zurückhaltung	75
1	Beratungsgeheimnis	75
2	Besondere Geheimhaltungspflichten.	77
3	Umgang mit den Medien.	77
4	Kontakt zu Prozessbeteiligten	79
	Kapitel 4 – Pflicht zu Neutralität und Unparteilichkeit	81
	Kapitel 5 – Bindung an Gesetz und Recht	82
	Teil D: Mitwirkung der Schöffen in der Hauptverhandlung	86
	Kapitel 1 – Informationsgewinnung	86
1	Information vor und während der Hauptverhandlung	87
1.1	Beginn und Dauer der Hauptverhandlung	88
1.2	Arbeitsmittel der Schöffen.	89
1.3	Beratungsbedarf während der Hauptverhandlung	92
1.4	Vernehmung des Angeklagten zur Person	93
2	Aktenkenntnis	93
2.1	Umfang der Akteneinsicht.	95
2.2	Aushändigung des Anklagesatzes	96
2.3	Selbstleseverfahren	98
2.4	Entscheidungen nach Aktenlage, Freibeweis	99
2.5	Sonstige Benutzung der Akten	99
	Kapitel 2 – Beweisaufnahme	100
1	Fragen an den Angeklagten zur Sache und an Zeugen.	100
2	Befragung des Sachverständigen.	103
3	Urkundenbeweis	103
4	Richterlicher Augenschein	104
5	Verbotene Beweismethoden und Beweisverbote.	104
6	Indizien.	104
	Kapitel 3 – Beweisanträge und Beweisanregungen	106
	Kapitel 4 – Verständigung über Verfahren und Urteil	107

Kapitel 5 – Schlussvorträge als Erkenntnisquellen für Schöffen	109
Kapitel 6 – Beratung über das Urteil	110
1 Nachweis der angeklagten Tat, freie Beweiswürdigung	110
2 Rechtsfolgen	111
3 Abstimmung	111
Teil E: Befreiung und Ausschluss vom Schöffendienst	115
Kapitel 1 – Ausschluss von einzelnen Verfahren	115
1 Gesetzlicher Ausschluss	115
2 Besorgnis der Befangenheit	117
Kapitel 2 – Streichung von der Schöffenliste	124
1 Streichung von Amts wegen	124
1.1 ... wegen Unfähigkeit zum Amt.	124
1.2 ... wegen Ungeeignetheit zum Amt	125
2 Streichung auf Antrag	127
2.1 ... wegen der Zahl von geleisteten Sitzungstagen.	127
2.2 ... wegen nachträglich eingetretener Ablehnungsgründe	128
2.3 Antragsberechtigung.	129
3 Zuständigkeit für die Entscheidung	129
Kapitel 3 – Amtsenthebung	130
Teil F: Einführung in das Strafrechtssystem	133
Kapitel 1 – Aufgabe, Sinn und Zweck von Strafrecht und Strafe	133
1 Begriff der Strafe.	134
2 Aufgaben des Strafrechts.	134
3 Sinn und Zweck der Strafe.	136
Kapitel 2 – Merkmale einer Straftat	139
1 Begriff der Straftat	139
2 Phasen der Straftat	140
Kapitel 3 – Ablauf und Aufgaben des Strafverfahrens	142
X Sachverzeichnis.	145

TEIL A

Gesellschaftliche Teilhabe an der Rechtsprechung

KAPITEL 1

Einführung in Recht und Gerechtigkeit

*„Wir wollten Gerechtigkeit und bekamen
den Rechtsstaat“*

Bärbel Bohley (*24. Mai 1945, †11. September 2010), Bürgerrechtsaktivistin der DDR und Mitbegründerin des Neuen Forums wollte mit diesem Satz zum Ausdruck bringen, dass sie von der Vereinigung der deutschen Staaten und der Hinwendung zur Demokratie mehr erwartet hatte als nur die Herrschaft des Rechts und einen (formalen) Rechtsstaat. Dem hielt *Marianne Birthler* – mit derselben Vita – entgegen, dass sie zwei Kategorien miteinander vermische: Gerechtigkeit sei eine moralische, Rechtsstaat eine rechtliche Kategorie. Was steht hinter den Auffassungen der beiden Bürgerrechtlerinnen?

Über Recht, Gerechtigkeit, Rechtsstaat, das Verhältnis von „Gesetz und Recht“ sowie „Recht und Gerechtigkeit“ haben Generationen von (Rechts-)Philosophen, Juristen und Politikern nachgedacht. Dabei handelt es sich nicht bloß um abstrakt theoretische Erörterungen; es geht immer auch um staatliche Macht und den Schutz vor deren übermäßiger, rechtswidriger oder vielleicht nur intransparenter Ausübung.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Kenntnisse von Zusammenhängen des Rechts und der Rechtsordnung zu haben, setzt nicht stets eine juristische Ausbildung voraus. Recht bestimmt unseren Alltag, unseren Beruf, unsere Freizeit. Von jedem – ob Verkehrsteilnehmer, Verbraucher, Arbeitnehmer oder Steuerzahler – wird erwartet, dass er sich an das geltende Recht hält. Recht ist aber

nie nur schwarz oder weiß; es eröffnet Handlungs- und Entscheidungsspielräume. Der Jurist hat eine Methode gelernt, sich der Entscheidung zu nähern, ob ein Verhalten Gesetz und Recht entspricht und ein Urteil darüber gerecht ist. Auch der Nichtjurist kann sich eine Meinung bilden, was Recht und Unrecht, was gerecht und ungerecht ist.

(a) Was verstehen wir unter **Recht**? Ist Recht nur die Gesamtheit aller Gesetze, die die Parlamente erlassen haben, oder gibt es übergeordnete Prinzipien, die ein Gesetz erst zu „Recht“ machen? Kann Recht jeden beliebigen Inhalt haben oder gibt es Kriterien für das (von der Gesellschaft so empfundene) richtige Recht? Sprachlich hat „Recht“ denselben Ursprung wie „richtig“ (ahd., *reht*). Es bleibt die Frage, ob stets richtig ist, was dem Wortlaut eines Gesetzes entspricht, oder ob auch ein Verhalten, das mit dem Gesetzestext übereinstimmt, Unrecht bzw. ein dem Wortlaut widersprechendes Verhalten im Einzelfall Recht sein kann. Ist ein Gesetz selbst Unrecht (z. B. die Nürnberger Rassengesetze), kann seine Beachtung nicht Recht sein. Desgleichen kann ein Verhalten, das dem Wortlaut eines rechtmäßigen Gesetzes entspricht, aber seinem Sinn und Zweck zuwiderläuft, ebenfalls nicht Recht sein.

Hinzu kommt, dass Recht einem Wandel unterliegt, der früher als „Recht“ Empfundenes zu „Unrecht“ werden lässt. Den Menschen des 19. Jahrhunderts etwa war die Sklaverei in vielen Staaten eine Selbstverständlichkeit; heute ist sie national wie völkerrechtlich geächtet. Selbst „göttliches Recht“ scheint vor Änderungen nicht gefeit. 873 erklärte Papst *Johannes VIII.* die Sklaverei mit der Lehre Christi für unvereinbar. Mit den päpstlichen Bullen von 1452 und 1455 wurde es Christen erlaubt, Feinde des Christentums zu versklaven, während *Pius II.* den Sklavenhandel ein großes Verbrechen nannte und in einer Bulle vom 7. Oktober 1462 verdammt. Recht ändert sich mit den gesellschaftlichen Anschauungen. Bis 1968 (DDR) bzw. 1969 (BRD) war in Deutschland der Ehebruch noch strafrechtlich sanktioniert, was heutige Generationen kaum verstehen können.

(b) Was Recht ist, kann aus der **Funktion des Rechts** gefolgert werden. In seiner **ordnenden Funktion** sorgt Recht für Sicherheit, indem es verbindliche Verhaltensnormen für eine Vielzahl von Betroffenen vorhersehbar regelt, wobei es oft weniger auf den Inhalt als auf die Einheitlichkeit ankommt (dass z. B. im Straßenverkehr rechts – oder links – gefahren wird). Diese Ordnung muss nicht unbedingt durch staatliche Regeln vorgeschrieben werden. Auch private Normen können diese ordnende Funktion bewirken. Die Standards des Deutschen Instituts für Normung (DIN) ermöglichen bei der Beurteilung von Fahrlässigkeit, ob der Hersteller eines Produkts die allgemein anerkannten Regeln der Technik beachtet und somit die verkehrsübliche Sorgfalt eingehalten hat.

Zur Ordnung gehört die **Rechtssicherheit**. Sie schützt das Vertrauen des Bürgers in die Existenz von klaren, beständigen und verlässlichen Pflichten und Rechten. Dieser Grundsatz, formal besonders ausgeprägt in den Prozessordnungen der einzelnen Gerichtsbarkeiten, garantiert dem Einzelnen die gleiche rechtli-

che Behandlung gleichartiger Einzelfälle, die Vorhersehbarkeit von Rechtsfolgen sowie das Vertrauen darauf, dass eine von den Gerichten getroffene Entscheidung durchgesetzt wird. Zu den Merkmalen der Rechtssicherheit gehören das Verbot der Rückwirkung belastender Gesetze, die Wahrung des Vertrauensgrundsatzes und die Garantie der Rechtskraft. Rechtssicherheit beinhaltet – gerade im Strafrecht – vor der Staatsgewalt schützende Kriterien, wie etwa die Verfolgungsverjährung. Rechtssicherheit soll Rechtsfrieden bewirken.

Recht trägt zum **sozialen Frieden** bei, indem Streitigkeiten durch materielles Recht und Verfahren kanalisiert und durch bindende Entscheidungen beendet werden, z. B. durch das Urteil des staatlichen Gerichts, eines privaten Schiedsgerichts (etwa die Sportgerichtsbarkeit) oder durch Einigung der Beteiligten. Seine Friedensfunktion erfüllt Recht insbesondere dann, wenn es den Parteien Gestaltungsmöglichkeiten für einvernehmliche Lösungen anstelle streitiger Entscheidungen einräumt. Handelsrichter und ehrenamtliche Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit wissen, dass gegenseitiges Nachgeben (Vergleich) oft sinnvoller ist als ein Urteil, wenn man nach der Verhandlung weiter miteinander umgehen muss (will).

Die **Freiheitsfunktion** des Rechts sichert dem Einzelnen Freiräume zu, die ihn vor Beeinträchtigungen durch Private ebenso wie vor staatlicher Machtausübung schützen. Der Schutz kann durch Ansprüche (z. B. aus Vertrag), Abwehrrechte (der Eigentümer kann andere von seinem Eigentum ausschließen) oder Statusrechte (z. B. als Angeklagter oder Nebenkläger) bewirkt werden. Freiheit hat auch ihre Grenzen. Sie endet dort, wo das Recht des anderen beginnt. Der Mieter hat ein Hausrecht an der von ihm gemieteten Wohnung auch gegenüber dem Eigentümer. Der Geschädigte einer Straftat hat eigene Rechte im Verfahren gegenüber Gericht und Staatsanwalt wie gegenüber dem Angeklagten. Die freiheitssichernde Funktion gilt gegenüber der staatlichen Macht vor allem durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Mittel. Staatliche Gewalt kann nur soweit in Grundrechte der Bürger eingreifen, wie aus einer Abwägung der in Konkurrenz stehenden Rechte unbedingt erforderlich; z. B. kann der Strafanspruch des Staates hinter das Recht auf Privatheit des Beschuldigten zurücktreten, wenn es darum geht, ob ein Tagebuch als Beweismittel zulässig ist.

Moderne Gesellschaften zeichnen sich durch individuelle Vielfalt aus, in der Recht seine **Integrationsfunktion** entfalten muss. Dass Menschen unterschiedlicher Neigungen, Veranlagungen, Kultur und Herkunft die gleichen Rechte genießen, basiert auf einem gemeinsamen Rechtsbewusstsein und der Überzeugung von der Gleichheit der Menschen vor dem Gesetz sowie der Unverletzlichkeit der Würde eines jeden Menschen. Diese Funktion bewirkt im Gegenzug, dass Auffassungen, die Einzelnen oder Gruppen diese Gleichheit verwehren, in der demokratischen Rechtsordnung keinen Raum beanspruchen können.

Recht soll das Verhalten gesellschaftlicher Akteure **gestalten und steuern**, z. B. das Verhältnis von Arbeitnehmer und Unternehmer, Mieter und Vermieter, Produzent und Verbraucher. Politische Programme werden im parlamentarischen und außerparlamentarischen Willensbildungsprozess in Recht umgesetzt. Dabei

kann die Gestaltung des Rechts einen sozialen Wandel nachvollziehen, der im gesellschaftlichen Bewusstsein bereits besteht, oder einen solchen Wandel initiieren. Als der Gesetzgeber die Strafbarkeit von Homosexualität und Ehebruch beseitigte, hat er lediglich ein seit Jahrzehnten verändertes öffentliches Bewusstsein in Gesetzesform gegossen.

Die **Kontrollfunktion** des Rechts ermöglicht die Überprüfung und dadurch Begrenzung der Ausübung staatlicher Macht. Diese Kontrolle kann *innerhalb* der Staatsorganisation z. B. durch Verfassungsgericht, Rechnungshof, ehrenamtliche Richter bzw. von *außerhalb* durch die Freiheit der Presse, die Koalitionsfreiheit von Tarifparteien oder die Arbeit von Interessenverbänden ausgeübt werden. Die Kontrollfunktion kommt am deutlichsten in Art. 19 Abs. 4 GG zum Ausdruck, wonach jeder Bürger, der durch staatliche Akte benachteiligt wird, ein Gericht anrufen kann.

Die Herrschaft des Rechts bedarf der **Legitimation**. Die Ausübung der (politischen, rechtlichen und administrativen) Staatsmacht muss den formellen und materiellen verfassungsrechtlichen Ansprüchen genügen. Gesetze müssen nicht nur in dem vorgeschriebenen Verfahren (etwa durch Parlamentsbeschluss) zustande gekommen sein, sondern auch inhaltlichen Anforderungen entsprechen, die sich z. B. aus den Grundrechten ergeben.

(c) Recht kann auf unterschiedlichen Ebenen und in unterschiedlicher Weise entstehen. **Rechtsquellen** sind

- das geschriebene Gesetz (Parlamentsgesetz, Rechtsverordnung, Satzung, Verwaltungsvorschrift);
- das (ungeschriebene) Gewohnheitsrecht, das sich durch langjährige Übung entwickelt und aufgrund der übereinstimmenden Auffassung der Beteiligten anerkannt wird, z. B. Handelsbräuche unter Kaufleuten;
- in der globalisierten Welt europäisches, internationales und Völkerrecht (völkerrechtliche Verträge, Völkergewohnheitsrecht, von den Kulturvölkern akzeptierte allgemeine Rechtsgrundsätze).

Keine Rechtsquellen – aber **Rechtserkenntnisquellen** – sind das Richterrecht und die anerkannten Lehrmeinungen der Wissenschaft. Allerdings können bestimmte Entscheidungen des BVerfG Gesetzeskraft entfalten. Auch Private können Recht schaffen, etwa durch Verträge, einseitige Rechtsgeschäfte (z. B. ein Testament, das abweichend vom Gesetz den Erben bestimmt) oder privatrechtliche Satzungen (z. B. eines Vereins oder einer Gesellschaft).

Über die Frage, ob es über dem geschriebenen (sog. positiven) Recht Rechtsquellen gibt, wird in der Rechtswissenschaft seit Jahrhunderten gestritten. Die sog. **Rechtspositivisten** erkennen nur das mit staatlicher Autorität zustande gekommene Gesetz als „Recht“ an. Eine Rechtsanwendung ist positivistisch, wenn

sie sich streng am vorgegebenen Gesetzeswortlaut orientiert und gegenüber außerrechtlichen Prinzipien undurchlässig ist. Im Gegensatz dazu fragt die soziologische Jurisprudenz bzw. die juristische Hermeneutik (griech., Auslegung und Verstehen) nach den konkreten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen der Gesetzesauslegung. Dieser Gegensatz ist bereits dem alten Begriffspaar „recht und billig“ eigen. „Recht“ umfasst das geschriebene und ungeschriebene Gesetz; „billig“ entspricht der Gerechtigkeit im Einzelfall, der vom Gesetz nicht immer vorhergesehen und geregelt werden kann. Recht und Billigkeit gelten als zwei Säulen der Gerechtigkeit.

Die **Naturrechtslehre** behauptet ein ewig gültiges, dem menschlichen Einfluss entzogenes (sog. überpositives) Recht, das seine Gültigkeit von der Natur des Menschen oder einer höheren Macht (Vernunft, Natur, Gott) ableitet und legitim selbst durch staatliche Gesetzgebung nicht geändert werden kann. Was als „vernünftig“, „gottgegeben“ oder „natürlich“ erachtet wird, müssen die Vertreter der Naturrechtslehre zwangsläufig daraus ableiten, was sie zuvor als Vernunft, Gott(eswillen) oder Natur definiert haben, begründen letztlich das Ergebnis mit sich selbst (sog. Zirkelschluss). Gleichwohl kann nicht geleugnet werden, dass es in der modernen Demokratie oberste Werte wie die Grundrechte gibt, die in ihrem Kern unveränderbar Geltung beanspruchen. Obwohl beispielsweise das Strafrecht unter dem strengen Grundsatz steht, dass eine Strafbarkeit nicht rückwirkend gesetzlich bestimmt werden darf, wird in besonderen Fällen auf „überrechtliche“ Grundsätze zurückgegriffen, etwa bei den „Nürnberger Prozessen“ gegen NSDAP-Größen, den sog. Mauerschützen-Prozessen und den Verfahren gegen hohe DDR-Funktionäre. Das BVerfG hat entschieden, dass es an der besonderen Vertrauensgrundlage für das strikte Rückwirkungsverbot fehlt, wenn die Staatsmacht die in der Völkergemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise missachtet.¹

Auch für Rechtspositivisten stellt sich die Frage, ob staatlich gesetztes Recht „Unrecht“ sein kann, ob man dieses auf jeden Fall befolgen muss und wo die Grenze zwischen Gehorsam und Widerstand liegt. Mit einer überstarken Betonung der Gesetzesbindung geben Rechtspositivisten diktatorischen und autoritären Systemen die Möglichkeit, Unrecht durch „Recht“ zu legitimieren.

In dem Merkblatt „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“, das *Gustav Radbruch* seinen Studenten aushändigte, schrieb er: „Wenn Gesetze den Willen zur Gerechtigkeit bewußt verleugnen, z. B. Menschenrechte Menschen nach Willkür gewähren und versagen, dann fehlt diesen Gesetzen die Geltung, dann schuldet das Volk ihnen keinen Gehorsam, dann müssen die Juristen den Mut finden, ihnen den Rechtscharakter abzusprechen.“² Die Auffassung, dass man dem Tyrannen keine Treue schulde, entspricht alter germanischer Rechtstradition. Der frü-

1 BVerfG, Beschluss vom 24.10.1996, Az.: 2 BvR 1851/94 u. a., BVerfGE 95, S. 96 (Leitsatz 3).

2 *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Stuttgart 1950, S. 336.

here hessische Generalstaatsanwalt *Fritz Bauer*, der in seinem Plädoyer des ersten Auschwitz-Prozesses den Begriff des „Unrechtsstaates“ geprägt hat, erläutert das so: „Das germanische Recht kannte keinen blinden und unbedingten Gehorsam, es kannte auch keinen unbedingt bindenden Eid. Der Eid verpflichtete nicht zur Treue gegenüber einem Menschen, sondern zur Treue gegenüber einem ewigen Recht, und er erlosch automatisch, wenn der Herrscher aufhörte, das Rechte zu tun. Dergleichen steht in der Edda, es findet sich in allen germanischen Rechtsquellen, besonders im Sachsenspiegel (...). Dort lesen wir: „*Der Mann muß wohl auch seinem König, wenn dieser Unrecht tut, widerstehen und sogar helfen, ihm zu wehren in jeder Weise, selbst wenn dieser sein Verwandter und Lehnsherr ist. Und damit verletzt er seine Treuepflicht nicht.*“³

(d) Alle Rechtsquellen zusammen bilden die **Rechtsordnung**. Das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung besagt, dass sie sich nicht widersprechen darf. Die Vielzahl der Rechtsnormen wird als widerspruchsfreies System betrachtet. Ein augenfälliges Beispiel liefert der digitale Umbruch der Gesellschaft, bei dem eine unbeschränkte „Freiheit des Netzes“ propagiert wird. Es wird jedoch zunehmend deutlich, dass die Freiheit, sich weltweit zu äußern und unbeschränkt zu informieren, ihre Grenze an den Persönlichkeitsrechten anderer Teilnehmer oder Nichtteilnehmer findet. Dem Rückgriff auf die Rechtsordnung lag z. B. die Entscheidung des BGH zugrunde, dass der Facebook-Account einer Verstorbenen ebenso den erbrechtlichen Regeln unterliegt wie analoge Gedankenverkörperungen (Tagebuch).⁴ Durch elektronische Medien werden keine Sonderrechte kreiert.

(e) Ein wesentliches (ungeschriebenes) Element der Rechtsordnung ist die **Gerechtigkeit**. Ihr grundsätzlicher Ausgangspunkt ist die Gleichheit, wonach Gleiches nicht ungleich und Ungleiches nicht willkürlich gleichbehandelt werden darf. Willkür liegt vor, wenn es für die Gleich- oder Ungleichbehandlung keinen vernünftigen und einleuchtenden Grund gibt.⁵ Darauf aufbauend kommt es zu Differenzierungen, soweit man nicht einer egalitären Gerechtigkeit zuneigt (alles ist gleich, jeder hat Anspruch auf das Gleiche). Die *soziale* Gerechtigkeit berücksichtigt die unterschiedlichen gesellschaftlichen Bedingungen („verteilende und ausgleichende Gerechtigkeit“ bei *Aristoteles*⁶; „Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen!“ bei *Marx*⁷). Die *Leistungsgerechtigkeit* will dem, der mehr für die Gemeinschaft leistet, auch mehr an (materieller wie immaterieller) Gerechtigkeit zuwenden.

3 *Fritz Bauer*, Die Wurzeln faschistischen und nationalsozialistischen Handelns, Frankfurt/M. 1965, S. 18.

4 BGH, Urteil vom 12.07.2018, Az.: III ZR 183/17, MDR 2018, S. 1002.

5 BVerfG, Beschluss vom 30.09.1987, Az.: 2 BvR 933/82, BVerfGE 76, S. 256, 329.

6 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, V. Buch.

7 *Karl Marx*, Zur Kritik des sozialdemokratischen Parteiprogramms, 1875, erstmals veröffentlicht in: Die Neue Zeit 9 (1890/91) Bd. 1, H. 18, S. 567.