

Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit¹

Der deutsche Sonderweg bei der strafrechtlichen Bewältigung kommunistischer Vergangenheit

Kein Land hat für die Bewältigung seiner kommunistischen Vergangenheit so auf das Strafrecht gesetzt wie Deutschland. Die politische Forderung nach strafrechtlicher Abrechnung mit seinerzeit zur Stütze des Systems begangenen Mord, Folter, Freiheitsberaubung und Rechtsbeugung begegnet zwar in allen ehemals kommunistischen Ländern. Aber sie wird oft nur leise und nie so laut wie in Deutschland erhoben.² Sie hat, besonders in Ungarn, Polen und Tschechien, dazu geführt, daß Staatsanwaltschaften Ermittlungen aufgenommen haben. Aber über einschlägige Verurteilungen war bis auf die Verurteilung des ehemaligen tschechoslowakischen Innenministers Kincl in der Tages- und Fachpresse noch nichts zu lesen und bei den Botschaften nichts zu erfahren. Ein ungarisches Gesetz vom November 1991, das ähnlich dem deutschen Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten vom April 1993 die Verfolgung systemstützender Straftaten dadurch fördern wollte, daß es ihre Verjährung erst 1990 beginnen ließ, wurde vom ungarischen Verfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt³, und es ist offen, ob ein ähnliches polnisches Gesetz vor dem polnischen Verfassungsgericht bestehen wird. In Rumänien wurde das Ehepaar Ceaucescu erschossen und der Sohn eingesperrt wie auch in Albanien die Witwe Hodscha und in Bulgarien Schiwkow, Atanassow und Owtscharow. Eine weitergehende Verfolgung systemstützender Straftaten wird hier wie auch in Rußland und in Staaten des ehemaligen Jugoslawien entweder überhaupt nicht gewollt oder angesichts der drängenden Probleme des Tages nicht für hinreichend wichtig gehalten.

Warum zeigt gerade Deutschland einen derartigen strafrechtlichen Eifer? Was unterscheidet Deutschland von den anderen Ländern mit kommunistischer Vergangenheit? Ist es der Umstand, daß Deutschland über die erforderliche strafrechtliche und -gerichtliche Infrastruktur verfügt, die in den anderen Ländern mit kommunistischer Vergangenheit erst geschaffen wird? Aber dieser Umstand könnte allenfalls Schwierigkeiten bei der Durchführung der strafrechtlichen Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit erklären, nicht jedoch die Unwilligkeit oder Zurückhaltung, die strafrechtliche Bewältigung auch nur in Angriff zu nehmen. Hat der Unterschied seine Ursache in einem Bedürfnis der deutschen Justiz, bei der strafrechtlichen Bewältigung kommunistischen Unrechts zu leisten, was bei der strafrechtlichen Bewältigung nationalsozialistischen Unrechts versäumt wurde? Aber was für ein seltsames Bedürfnis wäre dies und was für eine seltsame Vorstellung, man könne verschiedene historische Kontexte gewissermaßen miteinander verrechnen. Ist der Umstand entscheidend, daß es in Deutschland in anderer Weise Sieger und Besiegte gibt als in den anderen Ländern? Daß der kalte Krieg in Deutschland ein kalter Bürgerkrieg war, daß es jetzt eine siegreiche und eine besiegte deutsche Bürgerkriegspartei gibt und daß Bürgerkriege, wie mit besonderer Erbitterung geführt, so auch mit besonderem Abrechnungs- und

¹ Der Beitrag ist die am 14. April 1994 an der Humboldt-Universität zu Berlin gehaltene, um die Fußnoten ergänzte Antrittsvorlesung des Verfassers. Er ist Prof. Dr. Dr. Adalbert Podlech gewidmet und erschien in der ihm zum 65. Geburtstag zugeordneten Festschrift "Die Freiheit und die Macht - Wissenschaft im Ernstfall", 1994.

² Vgl. zu diesem deutschen Sonderweg Lüderssen, Klaus, Der Staat geht unter - das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR, 1992, 12 ff.

³ Ungarisches Verfassungsgericht, Urteil vom 03.03.1992, AZ 11/92, 2086/A/1991/14; Sammlung der Entscheidungen des Ungarischen Verfassungsgerichts, Bd. 1992, 77 ff.

Vergeltungseifer beendet werden? Der Vorwurf der Siegerjustiz, in der politischen Auseinandersetzung immer wieder erhoben, meint eben dies. Er kann darauf hinweisen, daß nur da, wo es wie in Deutschland eine siegreiche und eine besiegte Bürgerkriegspartei oder einen übernehmenden und einen übernommenen Landesteil gibt, der Übernehmende seine Elite an die Stelle der Elite des Übernommenen setzen und diesen Elitenaustausch strafrechtlich begleiten und legitimieren kann. Wo, wie in den anderen Ländern mit kommunistischer Vergangenheit, die alten Eliten weithin auch die neuen sind und mangels anderer Kandidaten auch sein müssen - wer sollte da mit wem strafrechtlich abrechnen?

Die historischen Erfahrungen mit Bürgerkriegen, Wiedervereinigungen, Reunifications und Reconstructions sind freilich keineswegs stets Abrechnungs- und Vergeltungserfahrungen. Der [amerikanische Sezessionskrieg](#), verbittert um Teilung oder Einheit des Staats und die Gestalt der amerikanischen Gesellschaft geführt, endete in Versöhnung.⁴ Solange er dauerte, wurde im Norden der Prozeß gefordert für die Offiziere, Beamten und Politiker des Südens, die ehemals den Eid auf die Union geleistet hatten, für Spione und für die, die Sklaven mißhandelt und Freunde der Union verfolgt hatten. Als der Sezessionskrieg vorbei war, gab es einen einzigen Prozeß; er galt dem Kommandanten eines Südstaatenlagers wegen seiner Behandlung kriegsgefangener Nordstaatenoldaten. Gegen Jefferson Davis, den Präsidenten der Konföderation, wurde ermittelt, aber nie verhandelt, und auch die Ermittlungen wurden nicht wegen seiner Rolle als Präsident der Konföderation, sondern wegen des Verdachts seiner Beteiligung an der Ermordung von [Abraham Lincoln](#) geführt. Nicht einmal der während des Sezessionskriegs im Norden geforderte und geplante Ausschluß von Südstaatenoffizieren, -beamten und -politikern von öffentlichen Ämtern wurde über das erste Friedensjahr hinaus durchgehalten.

Einen Grund hatte diese Politik der Versöhnung und des Verzichts auf strafrechtliche Abrechnung im Wunsch von Präsident Andrew Johnson, sich der Wähler aus dem Süden zu versichern. In der politischen und gesellschaftlichen Diskussion um die richtige Art der Reconstruction werden aber zwei weitere, tiefere Gründe sichtbar.⁵ Zum einen meinte man, dem Süden, mit dem man wie mit einem anderen Staat Krieg geführt hatte, mit dem man Gefangene ausgetauscht, Emissäre gewechselt und Verhandlungen gepflogen hatte, nicht nachträglich die Integrität seiner Staats- und Rechtsordnung absprechen zu können. Zum anderen erschien im Norden eine moralische Abrechnung mit dem Süden, wie sie der strafrechtlichen Abrechnung innegewohnt hätte, unangemessen, jedenfalls problematisch. Zwar war es, worum auch immer es politisch und ökonomisch im Sezessionskrieg gegangen war, moralisch um die Abschaffung der Sklaverei und die Emanzipation der Schwarzen gegangen und wurde der Sieg des Nordens über den Süden insofern als moralischer Sieg empfunden. Aber die Institution der Sklaverei war lange vom Norden mitgetragen, in einigen Nordstaaten überhaupt durch den Sezessionskrieg hindurch aufrechterhalten worden. Es gab ein Gefühl gemeinsamer moralischer Verstrickungen, zu dem Abrechnung und Vergeltung schlecht gepaßt hätten.

Nein, Abrechnung und Vergeltung **können** auf einen Bürgerkrieg folgen, folgen auf ihn aber nicht notwendig.⁶ Sie können um gemeinsamer moralischer Verstrickung willen unterbleiben und auch aus gemeinsamer Erschöpfung oder aus dem gemeinsamen Wunsch nach Neubeginn und Wiederaufbau. Allerdings kann das Bedürfnis nach Gemeinsamkeit Abrechnung und Vergeltung auch befördern. Die Abrechnung mit einigen wenigen Schuldigen konstituiert die Gemeinschaft der vielen Unschuldigen. Die Verurteilung der Auswüchse eines Systems als spektakulärer Exzesse einzelner bedeutet die Exkulpation aller derer, die das System auf weniger spektakuläre Weise gestützt haben. So können auch schlimme Abschnitte der Geschichte in das individuelle und kollektive geschichtliche Bewußtsein integriert werden: als doch nicht so schlimm, wenn man von individuellen Exzessen absieht.

⁴ Vgl. folgend Foner, Eric, Reconstruction. America's Unfinished Revolution, 2. Aufl. 1989, S. 176 ff.

⁵ Vgl. Smith, Gerrit, No Treason in Civil War, New York 1865.

⁶ Zu den unterschiedlichen historischen Möglichkeiten: Quaritsch, Helmut, Theorie der Vergangenheitsbewältigung, Der Staat 1992, 518 ff.

Die strafrechtliche Bewältigung kommunistischer Vergangenheit und das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot

Die Frage, wo zwischen Siegerjustiz und Besiegtenexkulpation der besondere deutsche Eifer bei der strafrechtlichen Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit seinen Grund hat, beantwortet sich, so meine ich, wenn die juristischen Argumente in den Blick genommen werden, deren die strafrechtliche Bewältigung sich bedient. Sie bedient sich nicht nur strafrechtlicher Argumente. Sie bedarf verfassungsrechtlicher, rechtsphilosophischer und rechtsmethodologischer Argumente und eines spezifischen Begriffs des Rechts. Sie bedarf dessen, weil sie sich am rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot bricht.

Die rechtliche Ausgangslage ist einfach. Nach [Art. 103 Abs. 2 GG](#) kann eine Tat nur bestraft werden, wenn ihre Strafbarkeit vor ihrer Begehung gesetzlich bestimmt war. Die gesetzliche Bestimmung der Strafbarkeit schließt die Festlegung des Tatbestands und der Rechtfertigungsgründe ein; nur tatbestandsmäßiges und nicht gerechtfertigtes Handeln ist strafbar. Der Todesschuß an der Mauer, der, als er abgegeben wurde, zwar den Tatbestand eines Tötungsdelikts erfüllte, aber durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt war, kann somit nicht bestraft werden. Einen Rechtfertigungsgrund bot das Grenzgesetz der DDR; nach dessen [§ 27 Abs. 2](#) war die Anwendung der Schußwaffe gerechtfertigt, um schwere Fälle des ungesetzlichen Grenzübertritts zu verhindern, zum Beispiel den ungesetzlichen Grenzübertritt mit gefährlichen Mitteln oder in Gemeinschaft mit anderen, und nach [§ 27 Abs. 5](#) war dabei das Leben nur nach Möglichkeit zu schonen, also nicht in jedem Fall. Tatsächlich wurde, wer die Schußwaffe entsprechend angewandt hatte, nicht nur nicht bestraft, sondern belobigt und prämiert.⁷

Die strafrechtliche Rechtsprechung, vom Landgericht Berlin⁸ bis zum Bundesgerichtshof⁹, sieht sich an der Bestrafung von Todesschüssen an der Mauer gleichwohl nicht gehindert. Sie stützt sich, entweder alternativ oder kumulativ, auf zwei Argumente. Nach dem einen Argument soll "ein zur Tatzeit angenommener Rechtfertigungsgrund ... dann wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unbeachtet bleiben, wenn in ihm ein offensichtlich grober Verstoß gegen Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit zum Ausdruck kommt; der Verstoß muß so schwer wiegen, daß er die allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Würde des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen verletzt"¹⁰. Dann wird die sog. Radbruchsche Formel zitiert: "Der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit muß so unerträglich sein, daß das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat."¹¹ Aber so recht wohl ist dem Bundesgerichtshof bei diesem naturrechtlichen Argument nicht. Er sieht, daß der dadurch implizierte Vergleich zwischen der DDR und dem nationalsozialistischen Deutschland problematisch ist. "Die Übertragung dieser [der von

⁷ Belobigt und prämiert wurde auch, wer die Schußwaffe unter Überschreitung des Rechtfertigungsgrunds angewandt hatte; der BGH sieht den Rechtfertigungsgrund daher als bloß "formal" und "Schüsse der DDR-Grenzsoldaten auf Flüchtlinge seitens der Strafverfolgungsbehörden der DDR durchgehend nicht als zu verfolgendes Unrecht behandelt" an. BGH, [Urteil vom 20.10.1993](#), NJW 1994, 267/269.

⁸ LG Berlin, [Urteil vom 20.01.1992](#), JZ 1992, 691; [Urteil vom 05.02.1992](#), JZ 1992, 492; [Urteil vom 16.09.1993](#), NJ 1994, 210 (Nationaler Verteidigungsrat).

⁹ BGH [Urteil vom 03.11.1992](#), NJW 1993, 141; BGH [Urteil vom 25.03.1993](#), NJW 1993, 192.

¹⁰ BGH, [Urteil vom 03.11.1992](#), NJW 1993, 141/144; auch in der Literatur wird die Straffreiheit mit einem Verstoß gegen überpositives Recht begründet, vgl. Alexy, Robert, *Aussprache*, VVDStRL 51, 1992; Hruschka, Joachim, *Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht*, JZ 1992, 665/667 ff.; Küpper, Georg/Wilms, Heiner, *Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes*, ZRP 1992, 91/94.

¹¹ BGH, [Urteil vom 03.11.1992](#), NJW 1993, 141/142.

[Radbruch](#) nach 1945 entwickelten] Gesichtspunkte auf den vorliegenden Fall ist nicht einfach, weil die Tötung von Menschen an der innerdeutschen Grenze nicht mit dem nationalsozialistischen Massenmord gleichgesetzt werden kann."¹² So stellt denn der Bundesgerichtshof neben das erste, naturrechtliche Argument ein zweites. Es sieht den Richter bei der Prüfung, was zur Tatzeit das geltende Gesetz und dessen Bestimmung der Strafbarkeit war, "nicht im Sinne reiner Faktizität an diejenige Interpretation gebunden, die zur Tatzeit in der Staatspraxis Ausdruck gefunden hat", sondern verlangt, auf das "richtig interpretierte Gesetz" abzustellen, auf das nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit interpretierte Gesetz, auf das Gesetz "in menschenrechtsfreundlicher Auslegung"¹³. Nicht was zur Tatzeit als gesetzliche Bestimmung der Strafbarkeit anerkannt und praktiziert wurde, soll maßgeblich sein, sondern was nach unserem besseren, freilich späteren Verständnis hätte anerkannt und praktiziert werden müssen. Mit dem Rückwirkungsverbot gerate dies nicht in Widerspruch, weil das Rückwirkungsverbot Vertrauensschutz bezwecke und das Vertrauen in eine falsche und menschenrechtsfeindliche Interpretation nicht schutzwürdig sei.¹⁴

¹² [Ebd.](#)

¹³ [Ebd. 148.](#)

¹⁴ Vgl. auch Schroeder, Friedrich-Christian, Zur Strafbarkeit von Tötungen im staatlichen Auftrag, JZ 1992, 990/992 ff; Starck, Christian, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL 51, 1992, 7/27 f.

Das zweite Argument ist mehr als eine Variante des ersten. Auch es klingt zwar ein bißchen naturrechtlich. Aber es will die naturrechtliche Argumentation gerade hinter sich lassen und geht auch über sie hinaus, indem es auf den Begriff des Rechts und die Methode seiner Interpretation abstellt. Geltendes Recht ist nach dem zweiten Argument nicht, was als Recht anerkannt und praktiziert wird, sondern das Gesetz, wie es nach richtigem Verständnis anerkannt und praktiziert werden müßte. Das richtige Verständnis kann ein naturrechtlich-menschenrechtsfreundliches, es kann aber auch einfach ein bundesrepublikanisch-rechtsstaatliches sein. Die Fälschung von DDR-Wahlen, die in der DDR gewissermaßen dazugehörte, nie strafrechtlich verfolgt worden wäre und mit Menschenrechten und Naturrecht nichts zu tun hat, ist nach der Rechtsprechung strafbar, weil die Rechtsgüter, die die DDR-Wahlfälschungsbestimmung geschützt hat, immerhin in einem kleinen Teilbereich art- und wertgleich mit den Rechtsgütern seien, die die bundesrepublikanische Wahlfälschungsbestimmung schützt.¹⁵ Ebenso wurde von der Rechtsprechung die DDR-Rechtsbeugungsbestimmung mit der bundesrepublikanischen zur Deckung gebracht.¹⁶

War das DDR-Strafrecht im Kern schon immer bundesrepublikanisch, dann kann die Anwendung bundesrepublikanischen Strafrechts auf in der DDR begangene Taten kein Rückwirkungsproblem aufwerfen. War es im Kern bei richtigem Verständnis schon immer rechtsstaatlich und menschenrechtsfreundlich, dann kann das Unrecht, das in der DDR geschah, als Exzeß abgetan und können die Jahre der DDR im übrigen in die individuelle und kollektive Biographie integriert werden. Waren systemspezifische Emanationen von Macht schon immer gegen besseres Wissen oder jedenfalls Wissen-Können rechtsstaatswidrig und menschenrechtsfeindlich, dann sind die damaligen Eliten, die es wußten oder hätten wissen können, nachhaltig diskreditiert. So hat der besondere deutsche Eifer bei der strafrechtlichen Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit einen doppelten Grund. Er dient zugleich der Siegerjustiz und der Besiegtenexkulpation; er legitimiert den Westen, wenn er seine Elite anstelle der alten Elite des Osten setzt, und exkulpiert im Osten alle, die sich in den DDR-Jahren nicht als Elite oder mit Exzessen exponiert haben. Ob derart die Spannungen zwischen Ost und West gemindert, das Zusammenwachsen gefördert und eine gemeinsame politische Kultur etabliert wird, ist, so scheint mir, skeptisch zu beurteilen, um so skeptischer, als die gemeinsame politische Kultur rechtsstaatsbewußt und dem Rechtsstaat verpflichtet sein sollte. Mit dem Rechtsstaat aber verträgt sich die gekennzeichnete strafrechtliche Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit schlecht.

¹⁵ BGH, [Urt. v. 26.11.1992](#), NJW 1993, 1019/1022 f.; hierzu BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), [Beschluß vom 31.03.1993](#), NJ 1993, 315; vgl. ferner LG Dresden, Urteil vom 27.05.1993, NJ 1993, 493 ff.; zustimmend zum Urteil des LG Dresden Lorenz, Frank Lucien, "Rechtsgeltung", DDR-"Geschichte" und Angemessenheit von Strafe, JZ 1994, 388 ff.; kritisch Vombaum, Thomas, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von DDR-Richtern wegen Rechtsbeugung, NJ 1993, 212/213.

¹⁶ OLG Braunschweig, [Beschl. v. 22.11.1991](#), DtZ 1992, 126/127; einschränkend BGH, [Urteil vom 09.05.1994](#), EBE/BGH 1994, 202; auf der Linie der untergerichtlichen Rechtsprechung Seebode, Manfred, Rechtsbeugung und Rechtsbruch, JZ 1994, 34 ff.; Rautenberg, Erardo Cristoforo/Burges, Gerd, Anfangsverdacht wegen Rechtsbeugung gegen Staatsanwälte und Richter in der früheren DDR, DtZ 1993, 71 ff.; Wolf, Ernst, Rechtsbeugung durch DDR-Richter, NJW 1994, 1390 f.; die Gegenposition vertritt Vombaum, FN 14.

Das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot und der Begriff des Rechts

Mit dem Rechtsstaat schlecht verträglich ist bereits der Begriff des Rechts, den die strafrechtliche Rechtsprechung zur Überspielung des Rückwirkungsverbots entwickelt hat. Als geltendes Recht nicht anzusetzen, was als Recht anerkannt und praktiziert wird, sondern was als Recht anerkannt und praktiziert werden müßte, beraubt den Rechtsbegriff einer wesentlichen Dimension: der Wirklichkeit.¹⁷ Dabei ist noch nicht entscheidend, **wie** sich diese empirische Dimension im Begriff der Geltung und des geltenden Rechts mit der anderen, der ideell-normativen Dimension zusammenfügt. Wie auch immer dieses klassische Problem der Rechts- und Staatsphilosophie zu fassen und zu lösen sein mag - **daß** sich die empirische und die ideell-normative Dimension im Rechtsbegriff zusammenfügen, versteht sich für jede Problemfassung und -lösung.¹⁸ Nehmen wir nur Gustav Radbruch, den die strafrechtliche Rechtsprechung mit der Formel vom Gesetz zitiert, das bei unerträglichem Widerspruch zur Gerechtigkeit dieser als unrichtiges Recht zu weichen hat. Der Rechtsbegriff, den er rechtsphilosophisch von seinem frühen, relativistisch-positivistisch geprägten Denken ins späte, naturrechtlich inspirierte durchhält und auch ohne Widerspruch durchhalten kann, ist der des Rechts als der "Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswert, der Rechtsidee zu dienen", wobei "die Idee des Rechts ... keine andere sein [kann] als die Gerechtigkeit"¹⁹. Verfehlt die Wirklichkeit des Rechts die Idee des Rechts, dann stellt sich die Frage, ob noch von Recht die Rede sein kann, und die späte Formel gibt darauf eine Antwort. Aber auch diese späte, naturrechtlich inspirierte Antwort springt nicht über die Wirklichkeit hinaus. Sie spricht der schlechten Wirklichkeit den Anspruch ab, als Recht zu gelten. Aber sie bestreitet nicht, daß es der Wirklichkeit bedarf, damit Recht gilt, daß geltendes Recht nur ist, was als Recht anerkannt und praktiziert wird.

Der Rechtsbegriff, den die strafrechtliche Rechtsprechung zur Überspielung des Rückwirkungsverbots verwendet²⁰, ist nicht nur rechts- und staatsphilosophisch falsch. Das wäre von minderer Bedeutung. Die Verkürzung des Rechtsbegriffs um die Wirklichkeitsdimension hat Folgen, die sich mit dem Rechtsstaat schlecht vertragen. Denn die Wirklichkeitsdimension, die Dimension des Geltens in der Wirklichkeit umschließt die Allgemeinheit des Rechts. Recht gilt, wenn es im allgemeinen anerkannt und praktiziert wird. Damit es im allgemeinen anerkannt und praktiziert werden kann, muß es Allgemeinheit beanspruchen, allgemeine, generelle Qualität besitzen. Hier ist, so meine ich, auch der systematische Ort, an dem sich die empirische und die ideell-normative Dimension im Rechtsbegriff zusammenfügen. Auch der Gerechtigkeit als der Idee des Rechts eignet der Anspruch, die sozialen Verhältnisse im Sinne der Allgemeinheit und Gleichheit zu gestalten.

¹⁷ Vgl. Jakobs, Günther, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, in: Isensee, Josef (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, 37/44; ders., Untaten des Staates - Unrecht im Staat, GA 1994, 6 ff.

¹⁸ Selbst das normative Konzept der "Reinen Rechtslehre" Kelsens bezieht die empirische Wirksamkeit in den Geltungsbegriff ein. Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 215 ff.

¹⁹ Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 119 f.

²⁰ Ablehnend auch Dencker, Friedrich, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Lehren aus der Justizgeschichte der Bundesrepublik, KritV 1990, 299/305; Dreier, Horst, Aussprache, VVDStRL 51, 137; Grünwald, Gerald, Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen, StrVert 1991, 31; Isensee, Josef, Aussprache, VVDStRL 51, 135; ders., Der deutsche Rechtsstaat vor seinem unrechtsstaatlichen Erbe, in: ders. (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, 91/106; Jakobs, Günther, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, FN 16; ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 69; ders., Untaten des Staates - Unrecht im Staat, FN 16; Pieroth, Bodo, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit. 3. Bericht, VVDStRL 51, 1992, 92/103; Scholten, Hans-Josef, Zur Bedeutung von § 7 StGB für die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP 1992, 476.

Und der Rechtsstaat ist nach Geschichte und Tradition der Staat, in dem allgemeine Regelungen in allgemeiner Geltung stehen.

Diesen Allgemeinheitsanspruch muß der gegenwärtige Versuch einer strafrechtlichen Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit schon im Ansatz preisgeben. Es versteht sich, daß Staatsanwaltschaften und Gerichte sich nur mit einem geradezu lächerlich kleinen Teil derer werden beschäftigen können, gegen die unter dem Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten auf Jahre und Jahrzehnte nach den in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien als Mauerschützen, Minenleger, Gefängnisaufseher, Wahlfälscher, Rechtsbeuger, Spione etc.²¹ zu ermitteln und zu verhandeln wäre. Was aus der Fülle strafrechtlicher Bewältigung, die danach stattfinden müßte, tatsächlich stattfinden wird, wird vom persönlichen Engagement des Justizministers des Landes und der örtlichen Staatsanwälte abhängen, davon, was ihnen gerade zur Kenntnis kommt, was gerade die Öffentlichkeit beschäftigt, was leicht zu ermitteln ist, was eine problemlose Verurteilung verspricht. Das ist Strafrechtspflege unter der Maxime nicht der Allgemeinheit, sondern des Zufalls. Warum auch nicht - das Recht, das hier gepflegt wird, ist seinerseits nicht durch allgemeine Geltung in der Wirklichkeit gekennzeichnet, sondern wird in den nachträglichen Entscheidungen, wie es hätte anerkannt und praktiziert werden müssen, erst Stück um Stück konstituiert.

²¹ Zu den Erscheinungsformen der "Regierungskriminalität": Schaeffgen, Christoph, DDR-Regierungskriminalität. Erscheinungsformen und Probleme, Recht und Politik 1992, 191.

Zur Überspielung des Rückwirkungsverbots hat die strafrechtliche Rechtsprechung ihren falschen Begriff des Rechts entwickelt. Dies weist darauf hin, daß das Rückwirkungsverbot im Begriff des Rechts selbst wurzelt, im Begriff des Rechts, wie er dem Rechtsstaat gemäß und zugehörig ist. Nur Recht, das vor der Tat feststeht und nicht nach der Tat festgesetzt, auf die Tat zugeschnitten wird, bietet die Gewähr der Allgemeinheit. Alles weitere, was in der Diskussion um den Sinn und die Logik des Rückwirkungsverbots erörtert wurde und wird, knüpft daran an.²² Nur die Allgemeinheit des Rechts verbürgt Schutz vor Willkür, nur bei vor der Tat feststehendem, allgemeinem Recht kann der Bürger wissen, wessen er sich vom Staat zu versehen hat, nur ein vor der Tat feststehendes, allgemeines Recht kann [magna charta](#) des Verbrechens, Motivation für den rechtstreuen Bürger, Grundlage für einen Schuldvorwurf an den rechtsuntreuen Bürger sein, und was der Überlegungen zu Sinn und Logik des Rückwirkungsverbots mehr ist. Dabei versteht sich, daß das vor der Tat feststehende, allgemeine Recht nicht nur das genau so im Gesetz formulierte Recht ist, das des Richters nur noch als seines Mundes bedarf. Es ist das Recht, wie es anerkannt und praktiziert wird.²³

Der rechtsdogmatische Zusammenhang zwischen Rückwirkungsverbot und Rechtsstaat ist ein doppelter, weil unsere Rechtsordnung das Rückwirkungsverbot in zweierlei dogmatischer Gestalt enthält. Zum einen gibt es das Rückwirkungsverbot, das im Strafrecht gilt und unbedingt gefaßt ist. Zum anderen gibt es einen allgemeinen Schutz gegen rückwirkendes Staatshandeln, der auf das Vertrauen des Bürgers abstellt, nach echter und unechter Rückwirkung und mehr und weniger schutzwürdigem Vertrauen differenziert und nur gelegentlich zum Rückwirkungsverbot erstarkt.²⁴ Dieses bedingte Rückwirkungsverbot wird aus dem Rechtsstaatsgebot des [Art. 20](#) Abs. 3 GG abgeleitet²⁵, jenes unbedingte bedarf keiner solchen Ableitung, sondern findet sich, kategorisch formuliert, in [Art. 103](#) Abs. 2 GG. Zwar wird es, wie auch das bedingte Rückwirkungsverbot, den Rechtsstaatsgrundsätzen des [Art. 20](#) Abs. 3 GG nicht derart zugerechnet, daß es über [Art. 79](#) Abs. 3 GG der Verfassungsänderung entzogen wäre.²⁶ Aber es ist anerkannt, daß es die Gestalt des grundgesetzlichen Rechtsstaats prägt²⁷ und dadurch auch an der Wiege des bedingten Rückwirkungsverbots steht. Beide Rückwirkungsverbote kreisen um den Rechtsstaat, beide stehen durch diesen Bezug zum Rechtsstaat in einem systematischen Zusammenhang. Gleichwohl sind beide völlig verschieden. Das Abstellen auf das schutzwürdige Vertrauen des Bürgers ist dem unbedingten Rückwirkungsverbot des [Art. 103](#) Abs. 2 GG ganz fremd.²⁸

²² Vgl. zu Rückwirkungsverbot historisch und aktuell Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, 1976.

²³ So auch Isensee, Josef, Der deutsche Rechtsstaat vor seinem unrechtsstaatlichen Erbe, in: ders. (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, 91/106; Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, FN 16.

²⁴ Zum allgemeinen Rückwirkungsverbot: Pieroth, Bodo, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981

²⁵ Vgl. [BVerfGE 25, 269/289 f.](#); [72, 200/257](#); Jarass, Hans D., in: ders./Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1992, Art. 20, Rz. 47 ff.; Schnapp, Friedrich E., in: von Münch, Ingo/Kunig, Philipp, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl. 1992, Art. 20 Rz. 27.

²⁶ Pieroth, FN 19, 106.

²⁷ Vgl. die einzelnen staatsrechtlichen Herleitungen des Regelungsgehalts von Art. 103 Abs. 2 GG, [BVerfGE 64, 389/394](#) (Willkürverbot); [73, 206/235](#) (Gewaltenteilung); Schreiber, FN 21, 215 ff. (Gesetzmäßigkeitsprinzip); Wassermann, Rudolf, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1989, Art. 103 Rz. 44 (auch Demokratieprinzip).

²⁸ Das Bundesverfassungsgericht nimmt Art. 103 Abs. 2 GG ausdrücklich von den an den Vertrauensschutz anknüpfenden Einschränkungen des allgemeinen Rückwirkungsverbots aus, [BVerfGE 25, 269/289, 291](#).

Die strafrechtliche Rechtsprechung verkennt auch dies. "Das Rückwirkungsverbot ... schützt das Vertrauen, das der Angeklagte zur Tatzeit in den Fortbestand des damals geltenden Rechts gesetzt hat"²⁹ - das ist ebenso richtig als Pointe des Rückwirkungsverbots von [Art. 103 Abs. 2 GG](#) wie falsch als dessen Bedingung. Als Pointe ist es denn auch in der Kommentarstelle gemeint, auf die der Bundesgerichtshof hier verweist.³⁰ Aber als Bedingung wird es vom Bundesgerichtshof verstanden und verwandt. "Die Erwartung, das Recht werde, wie in der Staatspraxis zur Tatzeit, auch in Zukunft so angewandt werden, daß ein menschenrechtswidriger Rechtfertigungsgrund anerkannt wird, ist nicht schutzwürdig. Es ist keine Willkür, wenn der Angeklagte, was die Rechtswidrigkeit seines Tuns angeht, so beurteilt wird, wie er bei richtiger Auslegung des DDR-Rechts schon zur Tatzeit hätte behandelt werden müssen."³¹

²⁹ BGH, [Urteil vom 03.11.1992](#), NJW 1993, 141/148.

³⁰ Rüping, Hinrich in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Oktober 1993, Art. 103 Abs. 2 Rz. 16.

³¹ [BGH Fußnote 28](#).

Nun ist der Trend zur Subjektivierung objektiver und zur Materialisierung formaler rechtlicher Befunde allgemein zu beobachten.³² Der Bundesgerichtshof liegt im Trend. Aber gerade als oberstes Strafgericht darf er in diesem Trend nicht liegen. [Nulla poena, nullum crimen sine lege](#) ist gerade in seiner Objektivität und Formalität das rechtsstaatliche proprium des Strafrechts. Es wird preisgegeben, wenn das unbedingte Rückwirkungsverbot des [Art. 103](#) Abs. 2 GG auf das Niveau des bedingten Rückwirkungsverbots reduziert wird.

Ich vermute, daß der Bundesgerichtshof auch nicht ganz ohne Skepsis gegenüber dem Trend, nicht ganz ohne Gespür für das Rückwirkungsverbot in seiner Objektivität und Formalität ist. Es wäre dies ein weiterer Grund, warum der BGH letztlich nicht auf die Radbruchsche Formel, auf das naturrechtliche Argument setzen möchte. Denn das naturrechtliche Argument trifft nicht nur das ehemalige, das DDR- oder auch das nationalsozialistische Recht, sondern gefährdet das gegenwärtig geltende Rückwirkungsverbot selbst. Daß das ehemalige Recht nur nach Maßgabe seiner Vereinbarkeit mit dem Naturrecht gilt, ist ja, ohne daß sich im Ergebnis etwas ändert, dahin zu übersetzen, daß das Rückwirkungsverbot nur nach Maßgabe der Vereinbarkeit seiner Konsequenzen mit dem Naturrecht gilt. So oder so wird jemand bestraft, wenn es naturrechtlich angezeigt scheint, und nicht bestraft, wenn es naturrechtlich nicht angezeigt scheint. Daß aber das Rückwirkungsverbot bedeutungslos wird, wenn es nur nach Maßgabe der naturrechtlichen Richtigkeit seiner Resultate gilt, liegt auf der Hand. Wenn es sich nicht gerade gegen das mit guten Gründen daher kommende nachträgliche Strafbedürfnis richtet, hat es keinen Sinn. Nur das mit guten Gründen daher kommende Strafbedürfnis hat hinreichendes Gewicht, um durch eine Verfassungsbestimmung in die Schranken gewiesen werden zu müssen. Das mit schlechten Gründen daher kommende nachträgliche Strafbedürfnis erledigt sich von selbst.

Die strafrechtliche Bewältigung kommunistischer Vergangenheit zwischen Rechtsstaats- und Gerechtigkeitsanforderungen

Wenn alles ist, wie vorgetragen, wenn der Rechtsstaat, der dem Rechtsstaat gemäß und zugehörige Begriff des Rechts, die rechtsstaatliche Allgemeinheit und das Rückwirkungsverbot des [Art. 103](#) Abs. 2 GG der strafrechtlichen Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit entgegenstehen - wo bleibt dann die Gerechtigkeit? Daß auch ihr, wie vorgetragen, der Anspruch eignet, die sozialen Verhältnisse im Sinne der Allgemeinheit und Gleichheit zu gestalten, ist das eine. Ist nicht das andere, daß sie das Unrecht zu benennen und die Täter des Unrechts zu bestrafen verlangt? "Wir haben Gerechtigkeit gewollt, aber den Rechtsstaat gekriegt" - soll das enttäuschte, [Bärbel Bohley](#) zugeschriebene Wort noch wahrer werden, indem nicht einmal die Gerechtigkeitsarbeit, die gegenwärtig in der strafrechtlichen Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit geleistet wird, rechtsstaatlich akzeptabel ist?

³² Vgl. auf dem Gebiet des Verfassungsrechts die kritische Bestandsaufnahme von Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989.

Das Problem läßt sich noch anders fassen. Was ist der Ort der Gerechtigkeit? Der Rechtsstaat, gewiß. Im Rechtsstaat muß Gerechtigkeit verwirklicht werden. Aber im Rechtsstaat kann sie nur in Verschränkung mit Rechtssicherheit, begrenzt durch den grund- und verfahrensrechtlichen Schutz, den auch der Rechtsbrecher genießt, begrenzt auch durch das Rückwirkungsverbot verwirklicht werden. Hat sie noch einen anderen Ort, wo sie ohne diese Verschränkungen und Begrenzungen verwirklicht werden kann?

Die Revolution kennt keine rechtsstaatlichen Verschränkungen und Begrenzungen. Sie räumt mit ihnen auf, wenn sie sich gegen eine rechtsstaatliche Staats- und Verfassungsordnung richtet. Will sie eine solche gerade herstellen, dann arbeitet sie auf rechtsstaatliche Bindungen hin, unterliegt ihnen aber noch nicht. Die Revolution ist die Nullstunde wie des Staatsrechts so auch des Rechtsstaats. Sie ist die Stunde der ungebundenen, der revolutionären Gerechtigkeit.

Sie kann die Stunde der reinen Gerechtigkeit sein. Rechtsstaatliche Beschränkungen der Verwirklichung von Gerechtigkeit können in der Kontinuität rechtsstaatlicher Normalität durchaus akzeptabel, beim Bruch mit einem ungerechten Regime für die gerechte Bestrafung von dessen Repräsentanten und Handlangern dagegen eine schwer erträgliche Behinderung sein. Ebenso kann die revolutionäre Nullstunde freilich die Stunde neuer und schlimmer Ungerechtigkeit sein. Die revolutionären Nächte der langen Messer treffen mit den Schuldigen auch die Unschuldigen. Auch revolutionäre Tribunale, die gegen die Repräsentanten und Handlanger des alten Regimes in erleichtertem und verkürztem Verfahren verhandeln, bieten zwar mehr Sicherheit gegen Ungerechtigkeit als sich entladender revolutionärer Volkszorn, aber nicht die Sicherheit, die rechtsstaatliche Strafverfahren bieten. Mit dem, was sie durch die Verfahren an Sicherheit gegen Ungerechtigkeit bieten, können sie die Verwirklichung von Gerechtigkeit allerdings auch wieder beschränken.

Was die revolutionäre Nullstunde in Sachen Gerechtigkeit wird, liegt in der Verantwortung der Revolutionäre. Es ist eine moralische und politische Verantwortung, keine rechtliche. Es kann gute Gründe geben, auf die Verwirklichung von Gerechtigkeit zu verzichten und die Revolution von den entsprechenden Konflikten frei, friedlich und versöhnlich zu halten. Dann ist allerdings auch die Gelegenheit vorbei, in einem auf die Revolution folgenden Rechtsstaat Gerechtigkeit frei von rechtsstaatlichen Bindungen zu verwirklichen. Anders formuliert: wenn die Revolutionäre die Gerechtigkeit wollen, müssen sie sich die Gerechtigkeit nehmen; was sie kriegen, wenn die Revolution vorbei und wieder staatliche Normalität hergestellt ist, kann nur der Rechtsstaat und Gerechtigkeit nach Maßgabe des Rechtsstaats sein.

Wie immer, wenn es im Staatsrecht um Normal- und Ausnahmelage geht, gibt es auch hier bei der Frage nach dem Ort der Gerechtigkeit zwischen rechtsstaatlicher Normalität und revolutionärer Ausnahme vermittelnde Lösungen. Es gibt die schlechten vermittelnden Lösungen, die das, was eigentlich nur unter Suspendierung rechtsstaatlicher Normalität rechtlich möglich ist, unter den Bedingungen rechtsstaatlicher Normalität durch argumentative Aufweichung der rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Sicherungen möglich machen wollen. Da verflüssigen sich dann die rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Sicherungen in fungible Abwägungskalküle und Zumutbarkeitsmutmaßungen; die Legitimierungen des Radikalenerlasses³³ oder der Kontaktsperre³⁴ sind Beispiele hierfür. Vermittelnde Lösungen können aber auch auf Verfassungsänderungen setzen und durch sie bestimmte rechtsstaatliche und grundrechtliche Sicherungen partiell suspendieren. Mein Lehrer Ernst-Wolfgang Böckenförde hat vor Jahren in seiner Freiburger Antrittsvorlesung in diesem Sinn die verfassungsrechtliche Einrichtung eines kleinen Notstands zur Bekämpfung des Terrorismus erwogen.³⁵ Ähnlich ist daran zu denken, durch eine Verfassungsänderung [Art. 103](#) Abs. 2 GG zu suspendieren, soweit es um die strafrechtliche Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit geht. Das Kontrollratsgesetz Nr. 10 hat seinerzeit für Verbrechen gegen die Menschlichkeit das Rückwirkungsverbot aufgehoben.³⁶ Warum nicht der revolutionären Gerechtigkeit derart einen Ort in der rechtsstaatlichen Normalität geben? Warum nicht eine Suspendierung des Rückwirkungsverbots für die strafrechtliche Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit?

Eine entsprechende Verfassungsänderung wäre verfassungsrechtlich möglich. Die verfassungspolitische Diskussion, ob die Verfassung entsprechend geändert werden soll, wäre der Frage, ob die strafrechtliche Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit und wieviel von ihr eigentlich gewollt ist und um welchen verfassungsrechtlichen Preis, auch angemessener als die fragwürdige Argumentation der Strafgerichte. Was könnte in einer solchen verfassungspolitischen Diskussion für eine entsprechende Verfassungsänderung allerdings vorgebracht werden? Generalpräventive Erwägungen lassen sich ebensowenig für sie geltend machen wie spezialpräventive. Die Siegerjustiz und die Besiegtenexkulpation, von denen oben die Rede war, sind keine Verfassungsänderung wert. Gäbe es ein entsprechendes revolutionäres Vermächtnis, etwa ein das Rückwirkungsverbot suspendierendes Volkskammergesetz, dann wäre dies Verpflichtung auch für den Gesetzgeber im geeinten Deutschland. Aber es gibt es nicht.

Die Stunde der revolutionären Gerechtigkeit ist vorbei. Die rechtsstaatliche Normalität schließt das Rückwirkungsverbot ein und die strafrechtliche Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit, wie sie derzeit stattfindet, aus. Ich meine, dies liegt nicht nur im Sinne rechtlicher, sondern ebenso im Sinne politischer Vernunft. Es gibt im geeinten Deutschland Wichtigeres und Drängenderes als weitere Strafprozesse.

³³ [BVerfGE 39, 331/351](#); zur Kritik des Radikalenerlasses i.e. Bernhard Schlink, Zwischen Identifikation und Distanz. Zur Stellung des Beamten im Staat und zur Gestaltung des Beamtenrechts durch das Staatsrecht. Der Staat, 1976, 335 ff.

³⁴ [BVerfGE 49, 24/33](#).

³⁵ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen, NJW, 1978, 1881/1889 f.

³⁶ Auch die Europäische Menschenrechtskonvention kennt eine Einschränkung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots (Art. 7 Abs. 2 EMRK).