

## VOLKMAR SCHÖNEBURG

Nullum crimen,  
nulla poena sine lege.

## Rechtsgeschichtliche Anmerkungen

## I.

Es ist wohl nicht vermessen, zu konstatieren, daß kein Grundsatz so im Zentrum der verfassungs- und strafrechtswissenschaftlichen Diskussion im Zusammenhang mit dem sogenannten DDR-Unrecht steht, wie das im Art. 103 Abs. 2 GG verankerte Gesetzlichkeitsprinzip. Zunächst muß dies eigentlich verwundern. Legt doch der Einigungsvertrag den Rechtsanwender bei der Verfolgung von Straftaten, die noch in der DDR begangen worden sind, eindeutig auf das zur Tatzeit am Tatort geltende Strafrecht, also das Strafrecht der DDR (wenn die bundesdeutschen Regelungen nicht milder sind) fest. In der Praxis wird jedoch vor allem in den Strafprozessen gegen Grenzsoldaten, aber auch in den Verfahren gegen Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR und des Politbüros der SED der Satz »Nullum crimen, nulla poena sine lege« (kein Verbrechen, keine Strafe ohne Gesetz), den Wesel als die Bastion der Rechtsstaatlichkeit im Strafrecht bezeichnet,<sup>1</sup> zum Teil unterlaufen. Die Argumentationsmuster in den Grenzerprozessen sind dabei unterschiedlich: Es wird direkt mit der »Radbruchschen Formel« vom gesetzlichen Unrecht, das dem übergesetzlichen Recht zu weichen habe, operiert. Oder das DDR-Recht wird menschenrechtsfreundlich ausgelegt bzw. eine Strafbarkeit über das Völkerrecht begründet. Das Resultat ist jedoch immer (ich spreche hier ausdrücklich nicht von den Exzeßfällen), daß der im § 27 des Grenzgesetzes der DDR aus dem Jahre 1982 geregelte Schußwaffengebrauch als Rechtfertigungsgrund für die angeklagten Soldaten nicht greift. Die Justiz betreibt dabei ein »Naturrecht im Gewande der Auslegung«,<sup>2</sup> eine »verdeckte Rückwirkung«<sup>3</sup>. Zwangsläufig folgte dann die Verurteilung der sogenannten Täter hinter den Tätern, also der politisch Verantwortlichen. Untermauert wird dies Vorgehen durch das BVerfG, das mit seinem Beschluß vom 24.10.1996 zur Verfassungsbeschwerde von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrates die These vertrat, wonach das Rückwirkungsverbot unter einem Systemvorbehalt stehe. Uneingeschränkt gelte es in einem demokratischen Rechtsstaat, also der BRD. In den Grenzerprozessen habe hingegen das strikte, absolute Rückwirkungsverbot zurückzutreten. Dabei bedient sich das BVerfG indirekt der »Radbruchschen Formel«.<sup>4</sup> Der Gemeinplatz, daß man die kleinen Diebe hängt und die großen laufen läßt, auf dem, wie es Ernst Bloch ausdrückt, seit alters jedes Gerichtsgebäude steht,<sup>5</sup> wurde durchbrochen. Trotzdem halte ich dieses Ergebnis für falsch, und zwar aus der Perspektive der juristischen Zeitgeschichte.

Volkmar Schöneburg – Jg. 1958, Studium der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin, 1987 Promotion. Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Kriminalwissenschaften der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin.

Dem Beitrag liegt das Referat zugrunde, das der Autor am 21. März 1998 auf dem Ehrenkolloquium anlässlich des 70. Geburtstages von Karl-Heinz Schöneburg in Potsdam gehalten hat.

## II.

Bestimmte Wurzeln eines Rückwirkungsverbots im Strafrecht lassen sich bis in die Antike zurück verfolgen. Doch dominant war eine Bestrafung, die im richterlichen Ermessen lag oder auf dem Gewohnheitsrecht basierte. Zwar verwies auch die für das gemeine deutsche Strafrecht im Mittelalter maßgebende *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), die »ebenso ein Gesetzbuch wie ein Lehrbuch des Sadismus«<sup>6</sup> ist, in Art. 104 und 105 auf das gesetzte Recht, aber Art und Maß der Strafen wurden der »guten Gewohnheit« überlassen. Zugleich gestattete sie dem Richter auch eine analoge Anwendung gesetzten Rechts in »unbekannten peinlichen Fellen«. Von daher war eine Garantie gegen außergesetzliche Bestrafungen für den einzelnen nicht gegeben. Zudem wurde die beschränkte Gesetzesbindung der Peinlichen Gerichtsordnung im 16. bis 18. Jahrhundert sogar wieder aufgelöst. Dies geschah insbesondere durch die Zulassung der »*crimina extraordinaria*«. Hier konnte strafwürdiges Verhalten auch ohne Gesetz durch richterlichen Ausspruch sanktioniert werden.<sup>7</sup>

Dem grausamen und willkürlichen Strafrecht des ancien régime setzt die Strafrechtsaufklärung als Kritik und Rechtsforderung das klassische historische Konzept des rechtsstaatlichen Strafrechts entgegen, das den Menschen, den Bürger und seine Freiheit im unverrückbaren Mittelpunkt sieht. In der berühmten Schrift des Italiener Cesare Beccaria »Über Verbrechen und Strafen« (1766), der sich auf die Franzosen Montesquieu und Rousseau stützt, lassen sich schon fast alle Bausteine dieses Konzepts finden. Seine Lehren werden in ganz Europa rezipiert. Selbst Katharina II. bietet ihm an, in Petersburg zu lehren. In ihre Instruktionen zur Strafrechtsreform in Rußland nimmt sie Beccarias Werk sogar in großen Auszügen auf.

Im Zentrum der Grundzüge dieses Strafrechtsmodells steht neben dem Proportionalitätsprinzip und der Erträglichkeit der Rechtsfolgen (der Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert markiert den Abschied von der grausamen Körperstrafe zur »Geburt des Gefängnisses«, wie es Foucault nachweist) die Sicherung des Verbots einer analogen und einer rückwirkenden Anwendung der Strafgesetze zuungunsten des Täters. Seine Verankerung fand dieser Grundsatz zuerst in der »Bill of Rights« des guten Volkes von Virginia (1776), später in der »Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte« der französischen Nationalversammlung (1789), noch radikaler in der »Jakobinerverfassung« von 1793 formuliert (Art. 14: »... Ein Gesetz, welches Vergehen, die schon vor seiner öffentlichen Bekanntmachung begangen wurden, bestrafen würde, wäre Tyrannei; einem Gesetz rückwirkende Kraft zu geben, wäre Verbrechen.«), aber auch im österreichischen Strafgesetzbuch Joseph II. von 1787, im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 oder im Bayerischen StGB von 1813.<sup>8</sup>

Bereits die Aufzählung dieser Beispiele läßt wohl am Systemvorbehalt des BVerfG aus einer ideen- und verfassungsgeschichtlichen Perspektive zweifeln.

Völlig zu Recht betont Dreier, daß die Hauptstoßrichtung des Gesetzlichkeitsprinzips in der Neuzeit in erster Linie gegen eine vorrechtsstaatliche und vordemokratische Staatsgewalt Schutz

bieten sollte. Das war sowohl die Intention eines Thomas Hobbes, der in seinem »Leviathan«(1651) ausführte: »Nichts kann durch ein nach der Tat erlassenes Gesetz zum Verbrechen gemacht werden«, als auch des Vernunftmonarchisten Montesquieu, aus dessen Staatstheorie das Rückwirkungsverbot abgeleitet werden kann.<sup>9</sup>

Noch evidenter wird der Befund, konzentriert man sich nur auf die Geschichte des Gesetzlichkeitsprinzips in Deutschland. Prägnant formuliert hat es Johann Anselm Feuerbach mit dem Satz: »Nullum crimen, nulla poena sine lege«.<sup>10</sup> Aus seiner Feder stammt die Regelung des Bayerischen StGB von 1813, wobei der bayerische Territorialstaat wohl kaum ein demokratischer Rechtsstaat genannt werden kann. Für Feuerbach, der Montesquieu zitiert und sich u.a. auf den »Plan einer Criminalgesetzgebung« des linken Jakobiners Marat beruft, sind die Grundsätze der Gesetzlichkeit »keiner Ausnahme«<sup>11</sup> unterworfen. Diese Position speist sich auch aus seiner auf Generalprävention ausgerichteten strafrechtstheoretischen Begründung. Feuerbach wollte, daß mit der gesetzlichen Strafandrohung der »sinnlichen Triebfeder« zum Verbrechen ein Gegengewicht entgegengesetzt werde. In der dadurch geschaffenen psychischen Zwangslage, daher spricht man auch von der »Theorie des psychologischen Zwangs«, sollte die allgemeine vorbeugende, also generalpräventive Wirkung des Strafrechts liegen. Folglich war für Feuerbach die Strafe ein vom Staat wegen einer begangenen Rechtsverletzung zugefügtes, durch ein Strafgesetz vorher angedrohtes Übel, da sonst die Strafe eine präventive Wirkung nicht entfalten könne. Eine Auffassung, die unter dem Gesichtspunkt einer sich immer mehr im Strafrecht durchsetzenden Lehre von der »positiven Generalprävention« auch Aktualität besitzt. Insofern verbaute gerade Feuerbach, wie es Richard Hartmann zusammenfaßt,<sup>12</sup> den Weg, aus natur- oder vernunftrechtlichen Erwägungen Verhaltensweisen als Verbrechen zu deklarieren oder zu bestrafen, die strafgesetzlich (durch den Staat!) nicht als solche festgelegt sind, denn »Verbrechen ist eine durch ein Strafgesetz bedingte Läsion.«<sup>13</sup> Vor allem diese Seite des liberalen Strafrechtsdenkers hat Gustav Radbruch, der Feuerbach als Formalist und Rigorist des positiven Rechts, welcher das Strafrecht aus allen anderen als den staatlichen und rechtlichen Zusammenhängen herauslöst, charakterisierte, hervorgehoben.<sup>14</sup>

Die an Feuerbach anknüpfende Strafrechtswissenschaft in Deutschland ergänzte ihn dahingehend, daß das »Rückwirkungsverbot ... den Strafgesetzgeber dazu anhalten (soll), sich gegen den Einfluß seiner eigenen Erregung zu sichern und der Versuchung zu widerstehen, das Geschehen der Vergangenheit nun an den eigenen Wertmaßstäben der Gegenwart zu messen.«<sup>15</sup>

Normiert wurde das Gesetzlichkeitsprinzip im preußischen StGB von 1851 durch die wörtliche Übernahme der Formulierung aus dem Code Napoleon (1810), im RStGB von 1871 und im Art. 116 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) von 1919. Art. 116 WRV unterscheidet sich jedoch von § 2 des StGB von 1871 dadurch, daß es statt »Strafe« nun »Strafbarkeit« heißt, was jedoch *keine* sachliche Änderung bedeutete. Das ergibt sich eindeutig aus der *einstimmigen* Erklärung des mit der Ausarbeitung der Grundrechte

betrachten Unterausschusses des Verfassungsausschusses der Nationalversammlung. Art. 116 WRV ordnet ebenso wie § 2 StGB an, daß Strafgesetze keine rückwirkende Kraft besitzen und eine Analogie ausgeschlossen ist.<sup>16</sup> Eine erste Durchbrechung des Prinzips stellt Art. 227 des Vertrags von Versailles vom 28. Juni 1919 dar, der vorsah, Wilhelm II. »wegen schwerer Verletzung des internationalen Sittengesetzes und der Heiligkeit der Verträge unter öffentliche Anklage« zu stellen. Ein besonderer Gerichtshof sollte bei einer Verurteilung die Strafe bestimmen, »deren Verhängung er für angemessen erachtet.« Bekanntlich verweigerte jedoch Holland eine Auslieferung. Im übrigen war eine mögliche Verletzung des Rückwirkungsverbots auch ein Argument von deutscher Seite, die Auslieferung der etwa 900 von den Alliierten aufgelisteten Kriegsverbrecher zu verweigern (entgegen Art. 228 ff. des Versailler Vertrags).<sup>17</sup>

### III.

Die erste offene Durchbrechung des Grundsatzes »nulla poena sine lege« in Deutschland erfolgte am 29.3.1933 durch das »Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe«, die »Lex van der Lubbe«. Der Vorgang um die Verabschiedung dieses Gesetzes und seine Wirkung sind für das hier zu behandelnde Thema besonders aufschlußreich. Zwar sah die »VO zum Schutz von Volk und Staat«, die die Nazifaschisten unmittelbar nach dem Reichstagsbrand erließen und die daher unter dem Namen »Reichstagsbrand-VO« in die Geschichte einging, die Todesstrafe für Brandstiftung i.V. mit Hochverrat vor, aber die Tat der wirklichen oder vermeintlichen Brandstifter war am 27.02.1933 begangen worden. Dem Ausspruch der Todesstrafe stand also Artikel 116 WRV bzw. § 2 StGB entgegen. Demgegenüber forderten die Nazifaschisten, die »Reichstagsbrandstifter« sofort öffentlich zu hängen. Hitler persönlich orderte ein Eilgutachten der Strafrechtslehrer Friedrich Oetker, Walter Nagler und Helmuth von Weber an, das diese am 4. März vorlegten. Darin vertreten sie den Standpunkt, daß eine rückwirkende Strafschärfung durch einfaches Gesetz durchaus möglich sei und wohl auch vom Reichsgericht akzeptiert werde, doch würde in der juristischen Literatur die Rückwirkung des nachträglich strafschärfenden Gesetzes überwiegend abgelehnt werden. Es würden kritische Bedenken »sicherlich auch in der Öffentlichkeit erhoben werden, wenn eine Notverordnung rückwirkende Strafverschärfungen enthalten würde.«<sup>18</sup> In der Kabinettsitzung vom 7. März 1933 hielt es Reichsinnenminister Frick für »dringend geboten, van der Lubbe sofort zu hängen, und zwar auf dem Königsplatz.« Hitler pflichtete ihm bei: »Die deutsche Öffentlichkeit erwarte das unbedingt. Er könne die Doktrin ›Recht müsse Recht bleiben‹ nicht anerkennen, wenn das ganze staatliche Leben darüber zugrunde gehen müsse.«<sup>19</sup> Dagegen führte Staatssekretär Schlegelberger, der in der Sitzung Reichsjustizminister Gürtner vertrat, aus: »Er müsse mit Nachdruck auf den Satz nulla poena sine lege hinweisen. Nur in Rußland, China und einigen Kantonen der Schweiz gelte dieser Satz nicht.« Um seinen Standpunkt zu festigen, legte Schlegelberger dem Kabinett ein auf den 10. März datiertes Memorandum vor. Danach könne das Rückwirkungsver-

bot nicht über Art. 48 WRV suspendiert werden, da es in der Verfassung selbst verankert sei. Zugleich verwies Schlegelberger auf den Potempa-Fall. Und weiter heißt es in dem Memorandum: »Soviel Verständnis man dem Wunsch weiter Volkskreise, die Untat der Inbrandsetzung des Reichstagsgebäudes durch den Tod des Verbrechers gesühnt zu sehen, menschlich entgegenbringen muß, und so sehr ich die Überzeugung teile, daß sich das Recht den Staatsnotwendigkeiten vor allem durch Schaffung der nötigen Strafvorschriften für die Zukunft anpassen muß, so sehr muß ich doch andererseits aus den angeführten rechtlichen, kriminalpolitischen und allgemeinpolitischen Gründen davor warnen, so anerkannte Grundsätze des Rechts wie das Verbot der Rückwirkung strafschärfender Gesetze in der gerechten Entrüstung über einen Einzelfall zu durchbrechen ....«<sup>20</sup> Seine Preisgabe sei allenfalls durch ein verfassungsänderndes Gesetz möglich. Aber der Grundsatz herrsche fast in der ganzen Kulturwelt und wird von dem keineswegs dem Liberalismus zuzählenden Strafrechtslehrer v. Hippel geradezu als die wichtigste des Strafrechts bezeichnet.«<sup>21</sup> R.v.Hippel hatte als bleibenden Fortschritt des Naturrechts und der Aufklärung die Aufstellung und Durchsetzung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, der »seitdem zum eisernen Bestand des Strafrechts gehört«,<sup>22</sup> gewürdigt.

Doch auch Hitler erhöhte seinen Druck auf die Konservativen Kabinettsmitglieder (selbst Hindenburg hatte der Rückwirkung Bedenken entgegengebracht). Am 11. März schrieb er an v. Papen: »Man rede mir nicht vom Rechtsstaat Friedrich des Großen. Ich kämpfe nicht gegen den Rechtsstaat Friedrich des Großen, sondern gegen den Novemberstaat der Meuterei und des Meineids. Wie die Justiz aber mit diesem Staat fertig wird, das zeigt am besten das geschichtlich schmachliche Versagen gegenüber dem Reichstagsbrandstifter.«<sup>23</sup> Das besondere Interesse der Nazi-Führung ergab sich vor allem daraus, daß sie den Reichstagsbrand als eine kommunistische Verschwörung hinstellten. Um diese Propaganda zu stützen, wurden ein schneller Prozeß und drakonische Strafen gefordert. Und als Schlegelberger in der Kabinettsitzung vom 15. März sein Memorandum vorlegte, bestand Hitler darauf, daß der »Erlaß einer solchen VO unbedingt ... geboten«<sup>24</sup> sei.

Dem Druck gaben die Konservativen, die ja eigentlich Hitler einrahmen wollten, nach. Bereits in der Sitzung am 15.03. signalisierten sie, in der Person von Hindenburgs Staatssekretär Meißner, daß das in Vorbereitung befindliche Ermächtigungsgesetz eine hinreichende Grundlage für eine rückwirkende Gesetzgebung abgeben könnte. Am 24. März legte Schlegelberger, also am Tag als der Reichstag das Ermächtigungsgesetz annahm, den Entwurf der »Lex van der Lubbe«, der wiederum die in der »Reichstagsbrand-VO« enthaltene Todesstrafe rückwirkend erstreckte, der Regierung vor. Diese billigte den Entwurf. Das Ermächtigungsgesetz erlaubte es der Regierung, von der Verfassung abzuweichen. Dadurch sollten diejenigen Einwände Schlegelbergers, die sich auf Art. 116 WRV stützten, entkräftet werden. Daß der gewaltsame Ausschluß eines Teils der Abgeordneten, hier durch die Aberkennung der 81 Mandate der KPD, die Rechtmäßigkeit des Gesetzes hinderte,

spielte dagegen keine Rolle. In seiner Verteidigung vor dem Reichsgericht führte dann der Anwalt van der Lubbes, Seuffert, noch einmal das Rückwirkungsverbot für seinen Mandanten ins Feld. Doch das Reichsgericht folgte bei seiner Verurteilung van der Lubbes dem vorgegebenen Weg. Doch »umschiffen« die Richter Art. 116 WRV, indem sie entgegen der einschlägigen Kommentierung dem Terminus »Strafbarkeit« in ihrem Todesurteil vom 23.12.1933 einen anderen Sinn untersoben: »Denn nicht die Strafbarkeit der aufrührerischen Brandstiftung (wie des Hochverrats) ist rückwirkend bestimmt, sondern lediglich die Strafe für die schuldhaftige Verwirkung des bereits vorher strafbaren Tatbestandes erhöht. – Der § 2 Abs. 1 StGB aber kann formell durch den Gesetzgeber jederzeit auch unbeschadet seines Fortbestandes für den Regelfall – durch entgegenstehende Gesetzbestimmung im Einzelfall außer Kraft gesetzt werden und könnte das als einfaches Reichsgesetz selbst dann, wenn der Gesetzgeber nicht wie hier nach dem Gesetz vom 24. März 1933 auch zum Erlaß verfassungsändernder Reichsgesetze als Regierungsgesetze befugt war. .... Rückwirkung strafschärfender Bestimmungen wird auch im übrigen – mag auch der Zweck der Generalprävention jedenfalls soweit die abschreckende Wirkung der Norm, nicht die Strafe in Frage kommt, rückwirkend nicht mehr erreichbar sein – gerade auch vom Standpunkt des Strafrechts im nationalsozialistischen Staat mit Recht angeordnet ....«<sup>25</sup>

Der Reichstagsbrandprozeß und sein hier skizziertes Vorspiel besaßen durchaus eine übergreifende Bedeutung. Das Signal, welches von der »Lex van der Lubbe« und dem nachfolgenden Leipziger Prozeß ausgesendet wurde, läßt sich etwa so beschreiben: Für alle Beteiligten ging es erkennbar um ein Fundamentalprinzip der Rechtsstaatskultur. Auf dem Prüfstand stand die rechtsstaatliche Substanz derjenigen, die Hitler »einrahmen« wollten. Wider besseren Wissens haben die konservativen »Einrahmer« den Rechtsstaat geopfert.<sup>26</sup> Vielleicht würde man heute sagen, sie haben ihn dem »Zeitgeist« geopfert. Hitlers Versuch, das Strafrecht zur direkten politischen Aktion verfügbar zu machen, war letztlich ein voller Erfolg. »Das Gesetz wird zum Instrument, den Bestrafungswillen der politischen Führung durchzusetzen«,<sup>27</sup> schreibt Werle. Der Vorgang ist nicht lediglich eine »Ausnahme« vom »nulla poena sine lege«-Satz. Nein, das Gesetzlichkeitsprinzip kann den Lauf der Gerechtigkeit, die gerechte Sühne nicht hindern. »Nullum crimen sine poena«, also kein Verbrechen ohne Strafe ist das neue Credo der Nazifaschisten. Es ist nur konsequent, daß dann 1935 auch das Analogieverbot beseitigt wurde. Und klar wurde auch: Widerstand, gespeist aus rechtsstaatlicher Sensibilität, war von den deutschen Richtern in Zukunft nicht oder kaum zu erwarten. Von nun an fanden rechtsstaatswidrige, sogenannte völkische Gedanken über die positive Gesetzesbindung hinaus Eingang in die Rechtsprechung, was im übrigen auch die These Radbruchs, der Positivismus habe die Juristen gegen das »Dritte Reich« wehrlos gemacht – eine These, die zugleich eine Voraussetzung seiner Formel ist (!) –, widerlegt. Die Juristen schlitterten in den juristischen Abgrund, heißt es bei Wesel.<sup>28</sup>

## IV.

Welche Bedeutung wiederum die Rückbindung an die Verfassung besitzt, verdeutlicht ein zeitlich fast paralleles Beispiel. Der Handlungsort ist Danzig.<sup>29</sup> Der Versailler Vertrag gab der Stadt den Status einer »Freien Stadt« und unterstellte sie dem Völkerbund, der auch die Verfassung gewährleisten sollte (Art. 100 bis 103). Die Verfassung Danzigs von 1920 lehnt sich an die von Weimar an. Anfang der dreißiger Jahre siegt der Faschismus auch in Danzig. Doch im Gegensatz zum »Ermächtigungsgesetz«, das für Verfassungsänderungen benutzt wurde, kann das entsprechende Gesetz für Danzig nur »Maßnahmen im Rahmen der Verfassung zulassen.« U.a. versucht der Senat der Stadt, die Normen der Verfassung dadurch zu unterlaufen, daß er eine dem Zeitgeist angepaßte Interpretation von Grundrechtsartikeln vornimmt.

Der Senat sieht sich auch nicht durch die Verfassung gehindert, das Analogieverbot 1935 aufzuheben. Die Kritik der Opposition führt jedoch zu einem Verfassungskonflikt mit einer völkerrechtlichen Dimension. Die Opposition, bestehend aus Zentrum, Deutschnationalen und Sozialdemokraten, interveniert beim Hohen Kommissar des Völkerbundes, der wiederum beschließt, ein Gutachten des Ständigen Internationalen Gerichtshofs über die Verfassungsmäßigkeit einzuholen. Die Opposition sieht das Rechtsstaatsprinzip in Frage gestellt und meint, daß durch das Vorgehen des Senats der Willkür Tür und Tor geöffnet werde. Dagegen beruft sich der Senat auf die materielle statt formelle Sicht des Strafrechts. Sein Prozeßvertreter, Graf Gleispach, ergänzt, daß der Grundsatz »nullum crimen sine lege« keinen Verfassungsrang besitze. Gerade die jüngste Entwicklung des Strafrechts im Maßregelrecht dokumentiere die Notwendigkeit unbestimmter Begriffe. Aufschlußreich ist nun das Gutachten des Gerichtshofes, der 1935 mit 9 gegen 3 Stimmen die Novellierung für verfassungswidrig erklärt: »Das Problem der Unterdrückung des Verbrechens kann von zwei verschiedenen Gesichtspunkten, vom Standpunkt der Einzelperson und vom Standpunkt der Gemeinschaft aus angefaßt werden. Vom ersten Standpunkt aus ist das Ziel der Schutz der Einzelperson gegen den Staat; dieses Ziel findet seinen Ausdruck in dem Grundsatz: »Nulla poena sine lege«. Vom zweiten Standpunkt aus ist das Ziel der Schutz der Gemeinschaft gegen den Verbrecher; das beruht auf dem Grundsatz: »Nullum crimen sine poena.« Die Verordnungen vom 29. August 1935 beruhen auf der letzteren Auffassung, die Danziger Verfassung auf der ersteren. Denn die Verfassung wählt als Ausgangspunkt die Grundrechte der Einzelperson ....«<sup>30</sup>

Der ständige Internationale Gerichtshof hat die grundsätzliche Dimension des Problems deutlich gemacht. Es geht um das Verhältnis von Individuen und Gemeinschaft, das je nachdem freiheitsverbürgend (nulla poena, nullum crimen sine lege) oder freiheitsvernichtend (nullum crimen sine poena) ausgestaltet werden kann.

## V.

Aktuell wird jedoch der Einwand erhoben – und hier schließt sich der Kreis wieder –, daß mit einer Position, die die Unverbrüchlichkeit des Gesetzlichkeitsprinzips betont, die Frage nach der Verantwortlichkeit der Politiker für eine gescheiterte Politik, die durchaus Bürgern

Leben, Freiheit und Gesundheit gekostet habe, offen bleibe. Denn keine Politik werde ein Strafrecht schaffen, das eben jene Politik beim Scheitern vor ein Strafgericht bringt, da keine Politik sich selbst entmachten würde durch das Schaffen strafrechtlicher Regeln. Letztlich sei dies eine Verhöhnung des Rückwirkungsverbots. Von daher wird für die sogenannte staatsverstärkte Kriminalität die Eröffnung einer vierten Spur des Strafrechts gefordert, bei der rechtsstaatliche Einbußen durchaus in Kauf genommen werden können.<sup>31</sup>

In gewisser Weise ist die Entscheidung des BVerfG zu Kessler u.a. vom Oktober 1996 eine Umsetzung jener Forderung. Argumentiv wird dabei auf Gustav Radbruch zurückgegriffen, der 1947 in der Süddeutschen Juristen-Zeitung die Formel vom gesetzlichen Unrecht, das in bestimmten Fällen dem übergesetzlichen Recht zu weichen habe, als Reaktion auf die Verbrechen der Nazifaschisten prägte. Es soll an dieser Stelle nicht diskutiert werden, wie problematisch es ist, wenn die Rechtsphilosophie für die strafjuristische Verfolgung eine solch zentrale Rolle einnimmt. Es soll auch nicht debattiert werden, inwieweit das Naturrecht in der Neuzeit überhaupt eine Strafbarkeit begründet hat. Der Befund würde für diejenigen, die einen solchen Weg befürworten, ziemlich negativ ausfallen. Mit dem Naturrecht wurde der Widerstand gegen sittenwidrige Gesetze legitimiert, aber nicht die Strafbarkeit der Befolgung eben jener Gesetze.<sup>32</sup> Ich möchte ebenso nicht thematisieren, inwieweit Radbruch bedeutend extensivere Schußwaffengebrauchsregelungen im Deutschen Reichstag – er war von 1920 bis 1924 sozialdemokratischer Abgeordneter – auf das schärfste kritisiert hat, aber keineswegs als »Nichtrecht« charakterisierte.<sup>33</sup> Und dies waren jene Normen, die als Rechtfertigungsgründe für viele der von Emil Julius Gumbel zwischen 1919 und 1921 dokumentierten Morde herhalten mußten. Richtig ist aber, daß innerhalb des Radbruchschen Rechtsbegriffs, dessen zentrale Säulen die Rechtssicherheit, die Gerechtigkeit und die Zweckmäßigkeit sind, nach der faschistischen Barbarei die Gerechtigkeit gegenüber der Rechtssicherheit aufgewertet wurde. Doch hinsichtlich der »Radbruchschen Formel«, die eigentlich zwei Formeln beinhaltet, sind vier Bemerkungen angebracht.

*Erstens:* Liest man den Radbruchschen Text genau, so wird man feststellen, daß er sich gerade gegen eine ausgeweitete Strafverfolgung auf überpositiver Grundlage richtete, die er meinte, in der SBZ auszumachen.

*Zweitens:* Daraus ergibt sich, daß Radbruch die Anwendung der Lehre vom übergesetzlichen Recht auf die »völlig singulären Verhältnisse« der Nazi-Zeit beschränkt wissen wollte. Der Rechtscharakter fehle allen Gesetzen, »die Menschen als Untermenschen behandeln.« Er hat Ereignisse im Auge, »die wir in ihrer Einzigartigkeit auch jetzt kaum zu fassen vermögen.«<sup>34</sup>

*Drittens:* Zugleich verweist er auf die Gefahren, die von einem extensiven Gebrauch der »Formel« ausgehen. »Es darf nicht verkannt werden – gerade nach den Erlebnissen jener zwölf Jahre –, welche furchtbaren Gefahren für die Rechtssicherheit der Begriff des »gesetzlichen Unrechts«, die Leugnung der Rechtsnatur positiver Gesetze mit sich bringen kann.« Es gelte, sich nach »Zwölf



Jahren Verleugnung der Rechtssicherheit mehr als je ... durch ›formaljuristische‹ Erwägungen gegen die Versuchungen zu wappnen, welche sich begreiflicherweise in jedem ... leicht ergeben können. Wir haben die Gerechtigkeit zu suchen, zugleich die Rechtssicherheit zu beachten, da sie selber ein Teil der Gerechtigkeit ist.«<sup>35</sup>

*Viertens:* Dies vorausgesetzt war es Radbruch klar, daß das »übergesetzliche Recht« auch Gesetzesform annehmen könne. Die Kennzeichnung eines solchen Gesetzes sei dann die ansonsten »verpönte Rückwirkung«. Deutsches Recht ist in diesen Fällen nicht die Folge des Gesetzes, sondern sein Grund. Als Beispiel nannte er das Kontrollratsgesetz Nr. 10 über die »Bestrafung von Personen, die sich Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen den Frieden und gegen die Menschlichkeit schuldig gemacht haben.« Sein Inhalt galt ihm als übergesetzliches Recht.<sup>36</sup>

Nun ist aber zu konstatieren, daß dem die Rechtslage in der SBZ und DDR entsprach. Die Landesverfassungen von Sachsen (1947) und Mecklenburg (1947) suspendierten das Rückwirkungsverbot für Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Nach einer Debatte im Unterausschuß hat der Verfassungsausschuß des Deutschen Volksrates die Formulierung aus der Sächsischen Landesverfassung fast wörtlich übernommen, so daß Art. 135 Abs. 2 und 3 der Verfassung der DDR von 1949 folgenden Wortlaut hat: »(2) Kein Strafgesetz hat rückwirkende Kraft. (3) Ausgenommen sind Maßnahmen und die Anwendung von Bestimmungen, die zur Überwindung des Nazismus, des Faschismus und des Militarismus getroffen werden oder die zur Ahndung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit notwendig sind.«<sup>37</sup>

Das sei eine Bestimmung, erklärte Karl Schultes, einer der Autoren, die auf das KRG Nr. 10 vom 20. Dezember 1945 hindeutet und nach diesen Grundsätzen die Bestrafung zuläßt. Später sind die entsprechenden Tatbestände in das StGB der DDR von 1968 aufgenommen worden. Das bedeutet aber, daß eine Verurteilung von DDR-Funktionären und Grenzsoldaten der DDR nach Radbruchschen Maßstäben durchaus möglich gewesen wäre, ohne das Gesetzlichkeitsprinzip zu verletzen. Vorausgesetzt, die vorgeworfenen Taten besitzen auch jene Unrechtsqualität!

In der BRD wurde nach 1949 der Radbruchsche Weg nicht beschritten. Paradigmatisch ist dafür die Ratifizierung der Europäischen Menschenrechtskonvention 1952. Art. 7 der EMRK schreibt das Rückwirkungsverbot fest. Abs. 2 schränkt seine Geltung für die in Nürnberg entwickelten Tatbestände ein. Dagegen brachte die BRD einen Vorbehalt ein: Art. 103 Abs. 2 des GG hat uneingeschränkt zu gelten! Damit wurden Staatshandlungen der NS-Diktatur, sofern sie auf das nazifaschistische Rechtssystem gestützt wurden programmatisch für nicht sanktionierbar erklärt. Die Konsequenz war, daß die gesamten Rechtshandlungen der NS-Diktatur, die teilweise von den Alliierten in den Nürnberger Prozessen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach KRG Nr. 10 charakterisiert wurden, als juristisch unangreifbar erklärt wurden.<sup>38</sup>

Dadurch wird der Systemvorbehalt des BVerfG noch fragwürdiger, da die Bundesregierung 1952 ja gerade Taten aus der NS-Zeit – wie im übrigen auch die Praxis in der DDR<sup>39</sup> – im Blick hatte.

Aber das BVerfG setzte sich mit dem Vorbehalt gegen Art. 7 Abs. 2 EMRK gar nicht auseinander.

Insofern findet die Strafverfolgung vieler Grenzsoldaten, aber auch von DDR-Politikern und Funktionsträgern aus dem Partei- und Staatsapparat eigentlich seine Grenze im Gesetzlichkeitsprinzip. Das ist auch die Lehre aus den historischen Beispielen. Einmal erfolgte »Dammbrüche« sind schwerlich wieder zu beheben. Entformalisierungsprozesse haben (Nürnberg ausgenommen) immer antidemokratischen Entwicklungen Vorschub geleistet. Auch wenn man gerade höheren DDR-Funktionären ins Stammbuch schreiben muß: Der Verzicht auf Freiheitsrechte des Beschuldigten wird immer erst dann beklagt, wenn man sich selbst in der strafprozessualen Objektkontrolle wiederfindet.

Meine Position begründet sich zugleich aus übergreifenden Tendenzen im Strafrecht, das auch auf anderen Gebieten auf Effizienzsteigerung ausgerichtet ist. Das Strafrecht wird immer mehr zu einem flexiblen Interventionsrecht, das für die Lösung aller möglichen Probleme herhalten muß. Aber den Widerspruch zwischen Machtbegrenzung und Effektivitätssteigerung (Machtsteigerung) hält das rechtsstaatliche Strafrecht nicht aus. Daraus ergeben sich natürlich Folgefragen: Muß das Strafrecht mit seinem binären Rechts-/Unrechtscode, mit seiner auf individuelle Rechtsgutverletzung ausgerichteten Zurechnung, seiner Einzeltatschuld nicht automatisch einen Kollaps erleiden, wenn es antritt, weltgeschichtliche Vorgänge zu bewerten. Ähnlich verhält es sich bei der Reaktion auf Gefahren, die von der Wirtschaft oder anderen Machtapparaten ausgehen. Auch hier versagt das klassische strafrechtliche Zurechnungsmodell. Brauchen wir daher eine neue Strafrechtsdogmatik? Oder besitzt das Strafrecht überhaupt kein »Unwertbeurteilungsmonopol«? Müssen wir den Ausbau der zweiten oder dritten Spur im Strafrecht nicht eher rückgängig machen? Fragen, die in einer auf die Zukunft gerichteten Diskussion zu klären sind.

Gegenwärtig sind jedoch die Verlierer jener »strafrechtlichen Vergangenheitsewbältigung« das Strafrecht und das Verfassungsrecht. Das erstere muß sich den Vorwurf einer Instrumentalisierung gefallen lassen, die einer fremden Logik folgt, und der in dem affektgeladenen Begriff von der »Siegerjustiz« zum Tragen kommt.

Das Verfassungsrecht ist der Verlierer, weil eine Rückbindung an die Verfassung bei (anders als in Danzig) der Frage nach der Strafbarkeit nur ungenügend erfolgte. Der einzig gangbare Weg wäre nach 1990 eine Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 mit verfassungsändernder Mehrheit gewesen.<sup>40</sup> So maßte sich jedoch das BVerfG eine Kompetenz an, die eigentlich beim Parlament liegt und der Gewaltenteilung widerspricht. Eine Erscheinung (das Verfassungsgericht als Supergesetzgeber!), die seit Jahren von Helmut Ridder u.a. kritisiert wird. Die Verfassung wird so aber – wie es jener Radbruch einmal in der Weimarer Republik zuspitzte – zu einem »Zeuglappen..., den die Juristen, die Partei- und die Justizjuristen, wie die Hunde hin und widerzerren, bis von ihm nur ein zerrissener, beschmutzter, unscheinbarer Fetzen übrig bleibt.«<sup>41</sup> Eine Kritik, die ganz auf der Linie des Jubilars liegt. Der bezeichnete nämlich auf der letzten Babelsberger Konferenz 1989 den Verfassungsbruch von Funktionären in der DDR als das häufigste Kavaliersdelikt.

- 1 Vgl. Uwe Wesel: Juristische Weltkunde, Frankfurt a.M. 1984, S. 131.
- 2 Klaus Günther: Urteilsanmerkung, in: Strafverteidiger 1/1993, S. 23.
- 3 Robert Alexy: Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Göttingen 1993, S. 30. Eine umfassende Literaturübersicht findet sich bei Jörg Arnold: Strafrechtsprobleme der deutschen Vereinigung, in: Albin Eser/Barbara Huber (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Freiburg 1997, S. 161-252.
- 4 1947 schrieb Gustav Radbruch: »Der Konflikt zwischen 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.« (Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA), Heidelberg 1990, S. 89); Vgl. zum BVerfG-Beschluß auch Horst Dreier: Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in: Juristen Zeitung, 9/1997, S. 431 f.; allgemeiner Frank Saliger: Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, Heidelberg 1995.
- 5 Vgl. Ernst Bloch: Naturrecht und menschliche Würde, Frankfurt a.M. 1985, S. 207
- 6 Ernst Bloch, a.a.O., S. 278.
- 7 Vgl. Claus Roxin: Strafrecht. Allgemeiner Teil, München 1992, S. 70 ff.; Hans-Ludwig Schreiber: Gesetz und Richter, Frankfurt a.M. 1976, S. 25-31; Gerhard Schöckel: Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotes bis zur Französischen Revolution, Göttingen 1968.
- 8 Vgl. zur gesetzlichen Realisierung des Prinzips Hans-Ludwig Schreiber: a.a.O., S. 62 ff.
- 9 Vgl. Thomas Hobbes: Leviathan, Hamburg 1996, S. 249; zur Ableitung des Grundsatzes aus der Staatstheorie Montesquieu vgl. Schreiber, a.a.O., S. 57 ff. sowie insgesamt Horst Dreier, a.a.O., S. 432. Anderer Auffassung ist Markus Kennner, Keine Anwendbarkeit des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotes für Staatsverbrechen, in: Recht und Politik, 3/1997, S. 170-184.
- 10 Paul Johann Anselm Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Gießen 1826 (9.Auflage), S. 23.
- 11 Ebenda, S. 23.
- 12 Vgl. Richard Hartmann: P.J.A. Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen, Berlin 1961, S. 143.
- 13 Paul Johann Anselm Feuerbach: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven und peinlichen Rechts, 1. Teil, Erfurt 1899, S. 332.
- 14 Vgl. GRGA, Bd. 6, Heidelberg 1997, S. 294, 297.
- 15 Adolf Merkel: Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, Leipzig 1899, S. 565; vgl. auch Ernst Bloch, a.a.O., S. 295.
- 16 Vgl. mit weiteren Literaturhinweisen Gerhard Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, Berlin 1930, S. 482 f.
- 17 Vgl. zur Auslieferungsfraße und den späteren (1921) Kriegsverbrecherprozessen Walter Schwengler: Völkerrecht, Versailler Vertrag und Auslieferungsfraße, Stuttgart 1982; Dirk v. Selle: Prolog zu Nürnberg - Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse vor dem Reichsgericht, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 4/1997, S. 193 ff.
- 18 Das »Gutachten« ist abgedruckt bei Manfred Seebode: Zur Rückwirkung von Strafgesetzen. Das Rechtsgutachten für den Reichstagsbrandprozeß, in: Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft, Berlin 1994, S. 448 ff. Vgl. auch Felix Ecke: Die braunen Gesetze, Berlin 1990, S. 43 f.
- 19 Vgl. Akten der Reichskanzlei. Regierung Hitler 1933-1939, Bd. 1, bearbeitet von Karl-Heinz Minuth, Boppard 1983, S. 163-165.
- 20 Zitiert nach: Eli Nathans: Franz Schlegelberger, Baden-Baden 1990, S. 180.
- 21 Zitiert nach: Gotthard Jasper: Die gescheiterte Zähmung. Wege zur Machtergreifung Hitlers 1930-1934, Frankfurt a. Main 1986, S. 180
- 22 Robert v. Hippel: Deutsches Strafrecht. Erster Band, Berlin 1925, S. 286..
- 23 Akten der Reichskanzlei. Regierung Hitler, a.a.O., S. 207.
- 24 Ebenda, S. 250 ff.
- 25 Das Urteil ist in einem Auszug abgedruckt in: Justiz und Nationalsozialismus. Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz, Köln 1989, S. 83 f.; vgl. auch Friedrich Karl Kaul, Geschichte des Reichsgerichts, Bd. IV, Glashütten 1971, S. 88 ff; 110 f.
- 26 Vgl. Gotthard Jasper, a.a.O., S. 181.
- 27 Gerhard Werle: Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, Berlin/New York 1989, S. 73.
- 28 Vgl. Uwe Wesel: Geschichte des Rechts, München 1997, S. 471.
- 29 Die genaue Schilderung des Vorgangs bei Hinrich Rüping: Nullum crimen sine poena. Zur Diskussion um das Analogieverbot im Nationalsozialismus, in: Rolf Dietrich Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler, Köln/Berlin/Bonn/München 1985, S. 27-41.
- 30 Zitiert nach: Hinrich Rüping, a.a.O., S. 37.
- 31 Vgl. Wolfgang Nauke: Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, Frankfurt a.M. 1996; ders., Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 4/1990, S. 256 f.
- 32 Vgl. Horst Dreier, a.a.O., S. 428 f.
- 33 Vgl. GRGA, Bd. 19, Heidelberg 1998.
- 34 GRGA, Bd. 3, S. 89 f.
- 35 Ebenda, S. 90, 93.
- 36 Vgl. ebenda, S. 96.
- 37 Geschichte des Staates und des Rechts der DDR. Dokumente 1945-1949, Berlin 1984, S. 278; die Landesverfassungen sind abgedruckt in: Verfassungen der DDR, Baden-Baden 1990.
- 38 Vgl. Joachim Perels: Wider die »Normalisierung« des Nationalsozialismus, Hannover 1996, S. 13 f.
- 39 Vgl. Hubert Rottluthner: Das Nürnberger Juristenurteil und seine Rezeption in Deutschland – Ost und West, in: Neue Justiz 12/1997, S. 621. Rottluthner widerlegt hier die gegenteilige Auffassung der früheren Berliner Justizsenatorin, L.M. Peschel-Gutzeit, die diese im Nachwort des von ihr edierten Nürnberger Juristen-Urteils von 1947 (Baden-Baden 1996) vertreten hat.
- 40 Vgl. Bernhard Schlink: Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit, in: Neue Justiz, 10/1994, S. 433 ff.
- 41 Gustav Radbruch: Richterliches Prüfungsrecht?, in: GRGA, Bd. 13, Heidelberg 1993, S. 126