

Grünwald als Kollege

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Ich lernte ihn als Kollegen kennen, als ich 1977 als frischgebackene junge Professorin hierher nach Bonn kam. Als Wissenschaftler kannte ich ihn schon vorher. Da sagte er zu mir: „Das ist Frau Kautzky, unsere Sekretärin“. Mehr sagte er nicht. Unsere Sekretärin? Das war seine Sekretärin, mir als C3-Professorin stand keine Sekretärin zu. Er hatte mich, ohne ein Wort darüber zu verlieren, mit all meinem Tun und Lassen und Schreiben und Lehren an sein Sekretariat angeschlossen. Wenn Herr *Grünwald* etwas für jemanden anderes tat, dann musste er oder sie das schon selbst rauskriegen. Das war nicht immer so leicht, wie in diesem Fall. Für die Studenten hat sich *Grünwald* stets eingesetzt. Damit begann er in Göttingen 1952 als AStA-Vorsitzender. Von 1975 bis 1981 war er Vorsitzender des Deutschen Studentenwerkes. Auch der Universität hat *Grünwald* in hohen Ämtern gedient. 1970 wurde er zum Rektor der Bonner Universität gewählt und 1971 zum Vorsitzenden der Deutschen Rektorenkonferenz.

Dies war, wie sich die Älteren unter uns sicher noch erinnern, eine turbulente Zeit. Die sog. 68er Studentenbewegung war noch im vollen Gange, hatte aber auch schon ihre terroristischen Auswüchse in Gestalt der sog. Rote-Armee-Fraktion hervorgebracht. Die Studentenbewegung spaltete auch die Professorenschaft in Sympathisanten und Gegner. *Grünwald* gehörte zu den ersteren. Er verteidigte eine Gruppe Bonner Studenten, die wegen Verunglimpfung der Bundesrepublik Deutschland, Volksverhetzung und Billigung einer Straftat angeklagt war, weil sie im Anhang zu einem Flugblatt den sog. Buback-Nachruf abgedruckt hatte. Wie so oft bei anstößigen Texten war von diesem sog. Nachruf nur der Anfang bekannt mit der Formulierung von der „klammheimlichen Freude“ die der Autor über den Mord an dem Generalstaatsanwalt der Bundesrepublik Deutschland empfand, die er aber durch längere politische und auch moralische Überlegungen schließlich unterdrückte, um am Ende zu einer Ablehnung dieser Tat zu kommen. Den Bonner Studenten ging es darum, den Göttinger AStA zu unterstützen, der diesen Text ebenfalls veröffentlicht hatte und dem deshalb vom Wissenschaftsminister und vom Rektor die Wahrnehmung des sog. politischen Mandats untersagt worden war. Unter einem politischen Mandat verstand man damals die Kompetenz der durchweg von Anhängern der Studentenbewegung dominierten Studentenvertretungen, nicht nur in studentischen Angelegenheiten, sondern auch in allgemeinpolitischen Angelegenheiten für die Gesamtheit der Studenten zu sprechen. Man mag zu diesem politischen Mandat nun stehen wie man will. Aber die Bonner Studenten waren wegen Verunglimpfung der Bundesrepublik Deutschland, wegen Volksverhetzung und wegen Billigung einer Straftat angeklagt. In seinem Plädoyer, das er in der MDR veröffentlicht hat, arbeitete *Grünwald* heraus, dass diese Tatbestände keine Verbreitungsdelikte waren, sondern Äußerungsdelikte (was der Gesetzgeber inzwischen geändert hat). Das bedeutete, dass sie nur dadurch begangen werden, dass man sich mit einem die Bundesrepublik verunglimpfenden, volksverhetzenden oder eine Straftat billigenden Text identifiziert. Das hatten die Bonner Studenten nicht getan und übrigens auch nicht die

Göttinger. *Grünwald* verlangte, dass die ausdrückliche Distanzierung der Bonner Studenten von dem Text des „Buback-Nachrufs“, die sie in ihrem Flugblatt ausgedrückt hatten, vom Gericht ernst genommen wird.

Auch in seiner Rektoratsrede behandelte *Grünwald* ein hochbrisantes Thema, die Kritik der Lehre vom überpositiven Recht. Diese Lehre wurde vor allem vom BGH entwickelt, um die Bestrafung von Juristen zu begründen, die in der Zeit von 1933 bis 1945 nationalsozialistische Terrorgesetze angewandt hatten. Nach der Lehre vom überpositiven Recht waren nationalsozialistische Gesetze nichtig, wenn sie gegen elementare Grundsätze des Naturrechts, insbesondere die Menschenrechte eklatant verstießen. Deshalb sah man im Rückwirkungsverbot des Art. 103 GG kein Hindernis mehr für die Bestrafung jener Juristen und anderer an solchen Verfahren beteiligter Personen. *Grünwald* ein Gegner des überpositiven Rechts und der Bestrafung der furchtbaren Juristen? Das erstaunt auf den ersten Blick. Aber die Begründer der Lehre vom überpositiven Recht die sich auf die sog. Radbruch-Formel beriefen, haben nur den extremsten Terrorgesetzen die Verbindlichkeit abgesprochen, aber zugleich damit die Verbindlichkeit allen übrigen positiven Rechts begründet und zwar eine Verbindlichkeit auch für die Gewissensentscheidung des einzelnen Bürgers. Gegen diesen Anspruch des positiven Rechts, den Bürger auch im Gewissen zu verpflichten, richtet sich die Kritik *Grünwalds*. Er versteht die positivistische Rechtslehre dahin, dass sie eine solche Verpflichtung zum Gehorsam nicht enthalte, sondern lediglich die Feststellung, dass der Gehorsam von der Staatsgewalt erzwungen werde. Ganz so eindeutig scheint mir das nicht zu sein, wozu brauchte man denn dann die Kelsensche Grundnorm? Aber der Konflikt zwischen dem Gewissen des Bürgers und dem Recht wird auch durch die Lehre vom überpositiven Recht nicht ausgeschlossen. Das wird besonders deutlich, wenn man nun noch die These hinzunimmt, dass das überpositive Recht durch das Grundgesetz positiv geworden sei. Mit dieser These würde das Gewissen des einzelnen Bürgers wieder vollständig der Auslegung der Gesetze, insbesondere der des Grundgesetzes durch das BVerfGE unterworfen. Gegen diese Unterwerfung des Gewissens des Bürgers unter das Recht richtet sich die Kritik *Grünwalds*. Dabei gesteht er dem positiven Recht auch für die Gewissensentscheidung des Bürgers einen gewissen Eigenwert zu, dies insbesondere für die Entscheidung des Richters. Dessen Amt ist es, das positive Gesetz zu verwirklichen. Kollidiert dieses mit seinem Gewissen, so hat der Richter drei Möglichkeiten: Er kann gegen sein Gewissen das positive Recht anwenden, er kann sein Amt niederlegen und er kann gegen das positive Recht seinem Gewissen folgen. Tut er das Letztere, so verletzt er nicht nur das Gesetz, sondern er überschreitet auch seine Amtsbefugnis. Das ist, wie *Grünwald* es ausdrückt, ein kleiner Staatsstreich. Von daher fällt sein kritischer Blick auf die heutige Amtsauffassung vieler Richter, zumal der hohen Richter, die von modernen Rechtstheoretikern tatkräftig unterstützt wird. Sie geht dahin, es sei das Amt des Richters, im Einzelfall sein persönliches Rechtsgefühl zur Geltung zu

bringen, da das Gesetz aus prinzipiellen sprachtheoretischen Gründen nicht dazu taugt, die Entscheidung des Richters zu binden. Dieser könne sich jeweils diejenigen Methoden und Argumente aussuchen, die zu seiner Entscheidung am besten passen. Dagegen macht *Grünwald* geltend, dass dem Richter die demokratische Legitimation dazu fehle, jeweils seine persönliche Auffassung darüber durchzusetzen, was Recht ist.

Im Zentrum *Grünwalds*chen Rechtsdenkens zum materiellen Recht steht der Satz *nulla poena sine lege*. In seiner Göttinger Antrittsvorlesung zur „Bedeutung und Begründung des Satzes *nulla poena sine lege*“ behandelt er die beiden Implikationen dieses Satzes: einerseits das Verbot der analogen Anwendung eines Straftatbestandes und das Verbot unbestimmter Tatbestände, andererseits das Rückwirkungsverbot. Das Erstere ist ein Ausfluss des Demokratieprinzips. Im Strafverfahren tritt der Staat dem Bürger mit seiner größten Macht gegenüber, indem er gegen ihn den schwersten Eingriff verhängt, den das Recht kennt und zugleich ein missbilligendes Urteil über seine Tat und ihn selbst fällt. Ein solcher Eingriff kann nicht nur durch den Willen und das Gutdünken eines einzelnen Richters, er muss durch den Willen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers gerechtfertigt sein. Die zweite Implikation des Grundsatzes *nulla poena sine lege* ist das Rückwirkungsverbot. Es muss eine andere Rechtfertigung haben, denn es bindet und beschränkt ja gerade den demokratisch legitimierten Gesetzgeber selbst. *Grünwald* lehnt als Begründung des Rückwirkungsverbots nicht nur die Lehre vom psychologischen Zwang von *Feuerbach* ab, sondern auch den berühmten Gedanken von der Magna Charta des Verbrechers von *von Liszt*. Nach § 17 StGB setzt jede Strafbarkeit voraus, dass der Täter entweder erkannt hat, oder hätte erkennen müssen, dass seine Tat verboten und dass sie unrecht ist. Weiß er dies aber oder hätte er es wissen sollen, so ist sein Vertrauen darauf, für dieses Unrecht nicht oder in geringerem Maße bestraft zu werden, nicht schutzwürdig. Nach *Grünwald* besteht der Sinn des Rückwirkungsverbots darin, den Gesetzgeber daran zu hindern, unter dem Eindruck bestimmter vergangener Taten spezielle Gesetze zur Ahndung dieser Taten zu erlassen.

Von daher wird verständlich, dass *Grünwald* auch die nachträgliche Verlängerung oder Aufhebung der Verjährung für Mord abgelehnt hat, die ausschließlich mit der Begründung vertreten und schließlich durchgesetzt worden ist, dass die Möglichkeit, die nationalsozialistischen Verbrechen gegen die Menschlichkeit strafrechtlich zu verfolgen, auch nach Ablauf des Jahres 1965 noch bestehen bleiben müsse. 76 Staatsrechtler und Strafrechtler hatten sich für die Verlängerung bzw. Aufhebung der Verjährungsfrist für nationalsozialistische Verbrechen gegen die Menschlichkeit eingesetzt mit der Begründung, dass das Vertrauen eines Mörders, von einem bestimmten Zeitpunkt an nicht mehr für seine Mordtaten zur Verantwortung gezogen zu werden, nicht schutzwürdig sei. *Grünwald* überzeugt dieses Argument deshalb nicht, weil es nach seiner Ansicht eben nicht um den Vertrauensschutz für den Täter geht. *Grünwald* sieht nur eine Möglichkeit, die Verfolgbarkeit nationalsozialistischer Verbrechen gegen die Menschlichkeit über das Jahr 1965 hinaus zu erhal-

ten: Eine Einschränkung des Art. 103 GG durch ausdrückliche Beseitigung des Rückwirkungsverbots für diese Fälle. Dafür ist aber nicht der einfache Gesetzgeber, sondern nur der Verfassungsgeber zuständig. De facto wurde die Verjährung für Mord schließlich durch einfaches Gesetz aufgehoben.

Ein zweites Mal wurde die deutsche Rechtspflege und Gesetzgebung mit dem Problem der Bewältigung von Staatsunrecht konfrontiert, als die DDR durch Beitritt zur Bundesrepublik Deutschland untergegangen war. Dabei ging es vor allem um die Frage ob der tödliche Schusswaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze zur Verhinderung eines sog. Grenzdurchbruchs von bundesdeutschen Gerichten geahndet werden kann, obwohl er durch einen Rechtfertigungsgrund des Grenzgesetzes der DDR gedeckt war. Der BGH bejahte diese Frage, indem er diesen Rechtfertigungsgrund des Grenzgesetzes der DDR zwar prinzipiell für gültig erklärte, aber nur in einer menschenrechtsfreundlichen Auslegung, für die er Anknüpfungspunkte in der Verfassung der DDR fand, die unter anderem den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz enthielt. Allerdings hieß es dann weiter in der grundlegenden sog. Politbüro-Entscheidung dazu, wenn das Grenzgesetz der DDR einer solchen menschenrechtsfreundlichen Auslegung nicht zugänglich wäre, könnte es den Schusswaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze erst recht nicht rechtfertigen. Damit führt, wie *Grünwald* aufzeigt, der BGH seine eigene Begründung der Strafbarkeit der tödlichen Schüsse an der Grenze selbst ad absurdum. Das BVerfGE ist dem BGH auch nicht gefolgt, sondern hat entschieden, dass das Rückwirkungsverbot des Art. 103 GG nicht gelte, sofern eine fremde Rechtsordnung anzuwenden sei, die „für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts die Strafbarkeit durch Rechtfertigungsgründe für Teilbereiche ausgeschlossen hat und so die in der Völkergemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise missachtet“. An die Stelle des überpositiven Rechts sind also die in der Völkergemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte getreten. Das BVerfG hat sich selbst für kompetent erachtet sowohl eine Einschränkung des Art. 103 GG auszusprechen, die nicht durch den Wortlaut der Verfassung gedeckt ist, als auch festzustellen, dass der Schusswaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze die Voraussetzungen dieser Einschränkung, nämlich die schwerwiegende Missachtung der in der Völkergemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte erfülle. *Grünwald* bestreitet zunächst das Letztere, indem er darauf hinweist, dass auch an den Grenzen der Bundesrepublik lebensgefährlicher Schusswaffengebrauch polizeirechtlich gerechtfertigt werde und dass es Auswanderungsverbote auch in anderen Ländern gebe bzw. gegeben habe. Man mag darüber streiten, ob diese getrennte Betrachtung von Ausreiseverbot und Schießbefehl angemessen ist. In unserem Zusammenhang wichtig ist aber die Feststellung, dass man darüber streiten kann, ob bestimmte Teile einer Rechtsordnung die in der Völkergemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte schwerwiegend missachten oder nicht. *Grünwald* spricht dem BVerfG die Kompetenz ab, diese Frage zu entscheiden und mit dieser Begründung das Rückwirkungsverbot einzuschränken. Für eine Einschrän-

kung des Rückwirkungsverbots ist nur der Verfassungsgeber zuständig und dieser muss die Einschränkung mit der erforderlichen Bestimmtheit selbst formulieren. *Grünwald* kommt also in Bezug auf die Strafbarkeit der Anwendung des Grenzgesetzes der DDR durch deren Funktionsträger genau zu dem gleichen Ergebnis, wie in Bezug auf die Strafbarkeit der Richter und Funktionsträger im nationalsozialistischen Staat, soweit sie formell geltendes Recht angewandt haben. Wo es um die Wahrung allgemeiner Prinzipien des Rechtsstaats, insbesondere des Grundsatzes *nulla poena sine lege* geht, war *Grünwald* kompromisslos, aber auch unparteiisch und unbestechlich. Mit Unbestechlichkeit meine ich nicht, dass sein Urteil nicht durch persönliche Vorteile beeinflussbar war; in dem Sinne unbestechlich sind wir hoffentlich alle, ich meine eine viel subtilere Bestechung, die Bestechung durch Sympathie und Antipathie gegenüber den durch die Rechtsanwendung jeweils begünstigten Personen.

Man hat *Grünwald* immer wieder großen Scharfsinn attestiert. Nun, ich weiß nicht so genau, was Scharfsinn ist, aber ich weiß, dass es in unserer Zunft als etwas despektierlich gilt, wenn ein Kollege von einem anderen sagt, er sei ein scharfsinniger Jurist. Dabei hat sich *Grünwald* von dem abfällig so genannten dogmatischen Glasperlenspiel stets fern gehalten. Er hat immer wieder darauf hingewiesen, dass Begriffe als solche keinen Erkenntniswert haben. Das hat ihn nicht daran gehindert äußerst sorgfältig mit Begriffen umzugehen, vor allem mit den Begriffen des Gesetzes. Er war sich stets dessen bewusst, dass auch ein System als solches keinen Erkenntniswert hat, das hat ihn nicht daran gehindert bei der Untersuchung jedes Rechtsproblems streng systematisch vorzugehen. *Grünwald* hätte sich nie über einen logischen Fehler so ereifert, wie vielleicht manche anderen Leute das tun, aber er hat ihn stets erkannt. Doch halt, einmal hat er sich über einen logischen Fehler sehr ereifert. Es war das *argumentum a maiore ad minus* des BGH wonach eine menschenrechtsfreundliche Auslegung des Grenzgesetzes der DDR zu dem Ergebnis führt, dass dieses Gesetz gezielte tödliche Schüsse an der Grenze auf Flüchtlinge nicht rechtfertigt, dass aber, wenn das Grenzgesetz einer solchen menschenrechtsfreundlichen Auslegung nicht zugänglich wäre, es dieses Verhalten erst recht nicht rechtfertigen würde.

Ein Beispiel *Grünwalds*chen Scharfsinns, das auch seine Einstellung zum dogmatischen Glasperlenspiel demonstriert, ist sein Beitrag in der Festschrift für *Noll* zu den Varianten der sog. eingeschränkten Schuldtheorie. Da gibt es eine eingeschränkte Schuldtheorie, eine rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie, eine rechtsfolgenbeschränkte Schuldtheorie, eine abhängige Schuldtheorie, eine Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen und eine Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand, die alle zu dem Ergebnis führen, dass ein Täter, der irrtümlich die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes für gegeben hält, nicht wegen vorsätzlicher Tat zu bestrafen ist. Mancher moderne Jurist würde die Unterscheidung zwischen diesen Theorien schon deshalb für obsolet erklären, weil alle zu dem gleichen Ergebnis führen. Nicht so *Grünwald*. Er untersucht die Aussagen, die zur Begründung dieses Ergebnisses gemacht werden daraufhin, welches die methodisch korrekte Begründung für dieses Ergebnis aus

dem Gesetz ist. These A: Wer sich in einem Erlaubnistatbestandsirrtum befindet handelt nicht vorsätzlich i.S.v. § 16 StGB, der Ausschluss der Strafbarkeit nach dem Vorsatzdelikt ergibt sich also aus direkter Anwendung von § 16 StGB. These B: Der Vorsatz ist zu verneinen, dabei handelt es sich aber nicht um eine direkte, sondern um eine analoge Anwendung von § 16 StGB. These C: Der Vorsatz bleibt bestehen, in analoger Anwendung von § 16 StGB wird aber die Strafbarkeit des im Erlaubnistatbestandsirrtum handelnden Täters wegen eines vorsätzlichen Delikts ausgeschlossen. These A ist heute nicht mehr vertretbar und wird auch nicht mehr vertreten, These B und These C unterscheiden sich voneinander nur dadurch, dass in These B unter dem Vorsatz der Gesamtunrechtsvorsatz verstanden wird, in These C der Tatbestandsvorsatz. In ihrer Aussage unterscheiden sie sich aber nicht. Das Ergebnis ist, dass die einzig methodisch korrekte Formulierung der sog. eingeschränkten Schuldtheorie die analoge Anwendung von § 16 StGB auf die Fälle des Erlaubnistatbestandsirrtums ist. Als ich Herrn *Grünwald* einmal auf diesen Aufsatz hin ansprach, meinte er nur resignierend, nun ja, jetzt wird es eben außer der eingeschränkten Schuldtheorie, der rechtsfolgenbeschränkten Schuldtheorie, der rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie, der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen und der Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand auch noch die *Grünwalds*che Vereinigungstheorie geben. Nicht einmal dies trat ein, man streitet sich weiterhin um die Formulierung der Begründung für den Ausschluss der Vorsatzstrafbarkeit bei Erlaubnistatbestandsirrtum. Nun ja, durch nichts macht man sich bei Strafrechtlern so unbeliebt, wie dadurch, dass man ein Problem löst. Allenfalls dadurch, dass man ein Problem oder einen Streit als gegenstandslos entlarvt.

Aber solche Entlarvung war meistens nicht der Zweck *Grünwalds*chen Scharfsinns, sondern die stringente Ableitung ganz konkreter praktischer Ergebnisse aus dem Gesetz. Scharfsinn war für *Grünwald* nicht Selbstzweck, aber er war ihm zur Hand, wie einem guten Handwerker gutes Handwerkszeug. Und er hat stets handwerklich saubere juristische Arbeit geleistet. Sein Hauptziel war, das Gesetz und die Verfassung gegen die zunehmenden Machtansprüche der Obergerichte zu verteidigen, also den Satz *nulla poena sine lege*, das Rückwirkungsverbot und die demokratische Legitimation der Strafe. Er hat es dabei riskiert, mal als Nazi-Freund, mal als Sympathisant linker Terroristen, mal als Verharmloser eines menschenverachtenden totalitären Regimes in der DDR gebrandmarkt zu werden. Das ist aber erstaunlicherweise nur selten geschehen, denn seine strenge Unparteilichkeit in der Verteidigung dieser Rechtsprinzipien hat ihn davor bewahrt.