

Strafrechtliche Grundlagenprobleme der „Übergangsgerechtigkeit“

Von Prof. Dr. Dres. h.c. **Ulfrid Neumann**, Frankfurt a.M.

I. Systemwechsel und „Postkonfliktgesellschaft“

Strafrecht funktioniert im „Regelfall“ innerhalb eines gesellschaftlichen Systems, das durch eine weitgehende Homogenität seiner sozialen Normen gekennzeichnet ist. Der Straftäter verletzt typischer Weise nicht nur geltende rechtliche, sondern auch konsentierende soziale Normen. Daran ändert der Umstand nichts, dass strafrechtliche Normen einerseits, konsentierende soziale Normen andererseits auch in diesem Regelfall nicht vollkommen deckungsgleich sein müssen. Insbesondere kann die Legitimität von Tatbeständen, die außerhalb des Kernbereichs der jeweiligen Strafrechtsordnung liegen, umstritten sein.

Ein solcher Streit kann der Verbote gesetzgeberischer Maßnahmen zur Entkriminalisierung in diesem Bereich sein – ein zeitgeschichtliches Beispiel in Deutschland wäre etwa die Reform des Sexualstrafrechts in den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts, die einer verbreiteten Kritik an einem Sexualstrafrecht Rechnung trug, das an dem „Rechtsgut“ der „Sittlichkeit“ orientiert war.¹ Auch in einem solchen Fall wird die umstrittene strafrechtliche Norm aber, solange sie nicht förmlich außer Kraft gesetzt wurde, als Bestandteil einer legitimen Rechts- und Sozialordnung wahrgenommen und damit als verbindliche Norm anerkannt. Der Straftäter selbst versteht sich nicht als Opfer einer ihm aufoktroierten Rechtsordnung, sondern als jemand, dem Recht geschieht, allenfalls als Unglücksrabe, der das Pech hatte, bei seinen kriminellen Aktivitäten erwischt zu werden. Das Strafrecht beruht, im Regelfall, auf einer stabilen gesellschaftlichen Basis.

Diese stabile gesellschaftliche Basis fehlt dem Strafrecht dort, wo es um die Bestrafung von Personen geht, die innerhalb eines gesellschaftlichen Systems (oder Teilsystems) mit einer abweichenden sozialen, möglicherweise auch einer abweichenden rechtlichen Normenordnung gehandelt haben. Hier stellen sich spezifische Probleme der Legitimität, aber auch der Funktionalität der Bestrafung.

Typologisch ist hier zwischen der Konstellation eines politischen Systemwechsels² einerseits, der Beendigung eines gewaltsam ausgetragenen Konflikts innerhalb desselben politischen Systems andererseits zu unterscheiden. Im letzteren Fall geht es nicht um die Ablösung des politischen Systems, sondern um die Beendigung einer bürgerkriegsähnlichen bewaffneten Auseinandersetzung. Im Schrifttum wird hier der Begriff der „Postkonfliktgesellschaft“ verwendet.³

¹ Grundlegend seinerzeit *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Eine kriminalsoziologische Untersuchung, 1957; *Hanack*, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?, Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, 1968.

² Aus strafrechtstheoretischer Sicht dazu *Neumann*, ZStW 109 (1997), 1.

³ Vgl. etwa *Arnold*, in: Eser/Sieber/Arnold (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, 2012, S. 34, 67; *Kastner*, Transitional Justice in der Weltgesellschaft, 2015, S. 1124.

Fraglich ist allerdings, ob es sich hier um einen Begriff handelt, der sich lediglich auf faktische Besonderheiten bezieht, oder ob sich aus der besonderen faktischen Konstellation auch spezifische Konsequenzen hinsichtlich der rechtlichen Aufarbeitung der Vergangenheit ergeben. Die besseren Argumente dürften für die Ansicht sprechen, dass die Differenzen im Bereich der gesellschaftlichen Faktizität typischerweise auch Folgen für die Möglichkeit der rechtlichen Verarbeitung haben.

Es geht hier einerseits natürlich um handfeste Machtfragen. Ist ein politischer Systemwechsel radikal und uneingeschränkt erfolgreich, so besteht keine Notwendigkeit, auf Repräsentanten des vergangenen Systems aus politisch-taktischen Gründen Rücksicht zu nehmen. Das war die Situation in der Bundesrepublik Deutschland nach dem Untergang der ehemaligen DDR und ihrem Anschluss an die Bundesrepublik. Die völlige Ohnmacht der ehemaligen DDR-Elite machte es möglich, das Instrument des Strafrechts ohne Rücksicht auf mögliche Gegenreaktionen einzusetzen.

Allerdings sah der Einigungsvertrag eine Begrenzung der Strafjustiz durch das materielle Strafrecht der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (DDR) vor.⁴ Es sollten nur solche Rechtsgutsverletzungen durch Repräsentanten des DDR-Systems bestraft werden dürfen, die schon nach dem seinerzeitigen Recht der DDR strafbar waren. Möglicherweise hätten die Vertreter der DDR einer anderen Regelung auch nicht zugestimmt. Aber die Praxis sah anders aus. Die Strafgesetze sowie andere strafrechtlich relevante Normen der DDR wurden von der Justiz der Bundesrepublik neu interpretiert. So wurden ehemalige DDR-Bürger in der Bundesrepublik für Handlungen bestraft, für die ihnen in der seinerzeitigen DDR Orden und andere Auszeichnungen zuteil geworden waren. Ich werde auf diesen Punkt noch unter anderen Aspekten zurückkommen. Der Protest der Betroffenen beschränkte sich im Wesentlichen auf das Gebiet politischer, teilweise autobiografischer Publikationen.⁵ Zu wirksamen Gegenaktionen fehlte das politische Machtpotential.

Anders liegen die Dinge, wenn es nicht um eine bedingungslose Unterwerfung des alten Systems geht, sondern um einen Übergang auf der Basis einer Vereinbarung, die von beiden Seiten mit Zugeständnissen erkaufte werden muss. Das ist häufig der Fall bei der Ablösung einer Militärdiktatur durch eine Zivilregierung mit Übergang – oder Rückkehr – zu demokratischen Verhältnissen. Hier kann der Preis für den Machtverzicht der Militärs in dem völligen oder partiellen Verzicht auf die Bestrafung von Verbrechen der Militärdiktatur bestehen.

Diese Konstellation einer Begrenzung des Strafrechts durch die Machtverhältnisse ergibt sich auch in „Postkon-

⁴ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag v. 18.9.1990, Art. 315.

⁵ Vgl. etwa *Krenz*, Gefängnis-Notizen, 2009, S. 35 ff.; *ders.*, Widerworte, 2. Aufl. 2006, S. 48 ff.

fliktgesellschaften“, sofern der Konflikt nicht durch den vollständigen militärischen Sieg der einen Seite, sondern durch einen Friedensschluss beendet wurde, der beide Seiten zu Kompromissen zwingt. Das Strafrecht muss in diesen Fällen aus Gründen der Systemstabilität Konzessionen machen, die bis zum völligen Verzicht auf Bestrafung und damit zu einer beide Seiten betreffenden Generalamnestie führen kann. Vor der Frage, in welchem Maße das Strafrecht nach dem Ende der jahrzehntelangen bewaffneten Auseinandersetzung zwischen Staat, Rebellen und Paramilitärs eingesetzt werden sollte und eingesetzt werden konnte, stand Kolumbien nach dem Friedensschluss zwischen den Konfliktparteien.⁶

II. Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit

Das Problem der angemessenen strafrechtlichen Reaktion des Staates in der Postkonfliktgesellschaft führt (ebenso wie nach einem Systemwechsel) zu der Frage, bis zu welchem Punkt die Entscheidung über die Bestrafung oder Nichtbestrafung von massiven Rechtsgutsverletzungen dem politischen Kalkül überlassen bleiben kann. Die Antwort hängt natürlich davon ab, ob man die Institution der Strafe eher deontologisch oder eher konsequentialistisch interpretiert.

Folgt man einer konsequentialistischen Sichtweise, dann geht es hier um ein Problem allein der Zweckmäßigkeit. Die Frage heißt dann, ob der bestmögliche gesellschaftliche Zustand eher durch den Rückgriff oder aber den Verzicht auf das strafrechtliche Instrumentarium erreicht wird.

Die Antwort auf diese Frage hängt von einer Vielzahl von Umständen ab, die in den jeweiligen Übergangsgesellschaften höchst unterschiedlich sein können; und sie muss dementsprechend von Fall zu Fall und mit erheblichen Differenzierungen beantwortet werden. Wichtige Faktoren sind hier natürlich die Intensität des Strafverlangens der Opfer einerseits, die Gefahr einer Destabilisierung des Systems durch massive Gegenreaktionen der von Strafe bedrohten Verantwortlichen andererseits. Einzubeziehen sind hier auch die möglichen Alternativen, etwa die Einrichtung von Wahrheitskommissionen, möglicherweise in Verbindung mit einem bedingten Strafverzicht (bei Kooperation mit der Wahrheitskommission) nach dem Vorbild Südafrikas.⁷

⁶ Zur Genese und Struktur des Konflikts in Kolumbien ist unter den deutschsprachigen Publikationen hervorzuheben *Deißler*, *Eigendynamische Bürgerkriege, Von der Persistenz und Endlichkeit innerstaatlicher Gewaltkonflikte*, 2015, insb. S. 263 ff.

⁷ Zum Modell der Wahrheitskommissionen (auch mit Bezug auf Südafrika) *Cueva*, in: Reátegui Carrillo (Hrsg.), *Transitional Justice, Handbook for Latin America*, 2011, S. 315. Ausführlich zur Funktion der Wahrheitskommissionen im Kontext einer strafrechtlichen Amnestie in Südafrika *du Bois-Pedain*, *Transitional Amnesty in South Africa*, 2007. Zur Frage, inwieweit die Durchführung von Strafprozessen der historischen Wahrheitsfindung dienen kann und ob sie gegebenenfalls durch diese Funktion legitimiert werden kann, vgl. etwa *Schroeder*, in: Nußberger/v. Gall (Hrsg.), *Bewusstes Erinnern und bewusstes Vergessen*, 2011, S. 339 (341 ff.). Zur Frage eines „Menschenrechts auf Wahrheit“ vgl. die

Anders, wenn man einer deontologischen Interpretation der Strafe folgt. In diesem Fall sind bei der Entscheidung über einen Einsatz des Strafrechts Erwägungen über die politischen Folgen zwar nicht auszuschließen. Diese Erwägungen müssen sich dann aber gegenüber Forderungen der Strafgerechtigkeit behaupten. Das gilt vor allem für den Verzicht auf eine Strafe, die nach den allgemeinen Regeln der strafrechtlichen Zurechnungslehre zwingend begründet wäre.

Die komplementäre Frage, ob aus Gründen der Stabilisierung der Gesellschaft auch „ungerechte“ Strafen verhängt werden dürfen, wird demgegenüber kaum diskutiert. Der Grund dürfte darin liegen, dass schon die Fragestellung skandalös erscheint. Ungerechte Strafen sind nach fast allgemeiner Ansicht auch dann nicht gerechtfertigt, wenn sie massive gesellschaftliche Unruhen verhindern könnten. Das Lehrbuchbeispiel ist die bewusste Inhaftierung eines Unschuldigen, um eine Lynchjustiz gegenüber einer Vielzahl von Tatverdächtigen zu verhindern.⁸

Die Frage ist allerdings, ob eine Übergangsjustiz nicht dazu tendieren kann, die Regeln der Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit so zu justieren, dass eine Bestrafung der Repräsentanten des überwundenen Systems ermöglicht oder erleichtert wird. Darauf wird im Zusammenhang mit der Interpretation des Grundsatzes *nulla poena sine lege* noch einzugehen sein.

III. Strafgerechtigkeit gegenüber dem Opfer – Genugtuung und Solidarisierung

Die Frage, ob die Bestrafung begangenen Unrechts als Gebot der Gerechtigkeit anzusehen ist, kann heute nicht mehr unter Rückgriff auf religiöse oder metaphysische Prämissen beantwortet werden. Es geht um ein Problem der praktischen Philosophie, der Moralphilosophie, nicht um eine Frage der Metaphysik oder der Religion. Das bedeutet: Die Gerechtigkeit einer Bestrafung müsste sich als Gebot einer zwischenmenschlichen Gerechtigkeit (und nicht: einer transzendenten Gerechtigkeit) begründen lassen. Das Modell wäre eine immanente Gerechtigkeit nach dem Vorbild einer Verurteilung zum Schadensersatz. Die Gerechtigkeit der Strafe wäre im Sinne einer kompensatorischen Funktion der Strafe zu verstehen. Sie bedeutet: es müsste gezeigt werden, dass dem *Nachteil*, der dem Straftäter zugefügt wird, ein *Vorteil* auf der Seite des Geschädigten entspricht, und dass dieser Vorteil die Zufügung des Nachteils legitimiert.⁹

Diese Begründung ist nicht zu leisten, wenn man allein auf den materiellen Schaden abstellt, der durch die Tat entstanden ist. Denn es geht bei der Strafe, anders als bei der Frage des Schadensersatzes, nicht um die gerechte Verteilung

Beiträge in Brunner/Stahl (Hrsg.), *Recht auf Wahrheit, Zur Genese eines neuen Menschenrechts*, 2016.

⁸ Näher zu dem Problem einer in jeder Hinsicht zweckmäßigen „Bestrafung“ eines Unschuldigen *Neumann*, in: Simester/du Bois-Pedain/Neumann (Hrsg.), *Liberal Criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*, 2014, S. 67.

⁹ Dazu und zum Folgenden schon *Neumann*, in: Liu/Neumann (Hrsg.), *Gerechtigkeit – Theorie und Praxis*, 2011, S. 117.

vorhandener Lasten. Vielmehr wird dem Täter eine zusätzliche Last aufgebürdet, die bei der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe niemandem zugutekommt. Es geht also nicht um Schadensverteilung, sondern um die willkürliche Herbeiführung eines weiteren Schadens, der gegen den vom Täter verursachten Schaden „aufgerechnet“ werden soll. Wie aber ein Schaden durch die Herbeiführung eines zusätzlichen Schadens kompensiert werden könnte, ist jenseits metaphysischer Prämissen nicht zu sehen. Man kann die Übel dieser Welt nicht dadurch neutralisieren, dass man ihnen weitere Übel hinzufügt.

1. Genugtuung

Die Perspektive ändert sich, wenn man nicht auf einen materiellen, sondern auf einen ideellen Schadensersatz abstellt, den der Täter den Opfern (und möglicherweise der Gesellschaft insgesamt) schuldet. Dieser Gesichtspunkt wird seit langem unter dem Stichwort „Genugtuung für das Opfer“ in der Diskussion mitgeführt. In den letzten Jahren und Jahrzehnten gewinnt er zunehmend an Bedeutung.¹⁰ Man kann ihn ohne weiteres dahingehend formulieren, dass dem Opfer durch die Bestrafung des Täters Gerechtigkeit geschehe und geschehen müsse.¹¹

Diese Vorstellung hat ohne Zweifel tiefe psychologische Wurzeln. Jedenfalls bei schweren, die persönliche Integrität verletzenden Straftaten erleben die Opfer die Bestrafung des Täters als einen Akt der Gerechtigkeit. Das gilt in besonderem Maße im Bereich schweren staatlichen Unrechts, also bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen. Natürlich kann man hier von einem bloßen Racheverlangen sprechen. Aber damit würde das Bedürfnis des Opfers nach Minderung des ihm zugefügten Leids mit einer negativen Wertung versehen, die angesichts der offenkundigen Universalität dieses Bedürfnisses¹² schwer zu rechtfertigen sein dürfte. Die Staatengemeinschaft erkennt dieses Bedürfnis als legitimes Interesse an. Die Einrichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs (ICC), die Institutionalisierung anderer internationaler Strafgerichte dienen auch dem Ziel, den Opfern und ihren Angehörigen Gehör und Genugtuung zu verschaffen.

2. Bestätigung der Opferrolle

Es geht aber nicht nur um Genugtuung für das Opfer, sondern zugleich um die Bestätigung, dass es tatsächlich „Opfer“, und

das heißt: Opfer einer Rechtsverletzung geworden ist.¹³ Diese Bestätigung ist gerade bei Gewaltakten, die von staatlich verfassten Unrechtssystemen ausgehen, von besonderer Bedeutung. Denn bei systemkonformen Gewalttaten ist die Verteilung von Täter- und Opferrolle keineswegs so unumstritten wie (im Regelfall) bei Rechtsgutsverletzungen, die innerhalb des Systems selbst als kriminelle Handlungen geächtet sind. Und nicht immer vollzieht sich der Wechsel der Perspektive zeitgleich mit dem Wechsel des politischen Systems.

So wurden in der Bundesrepublik Deutschland in den ersten Jahrzehnten nach dem Ende des 2. Weltkriegs Urteile der Militärgerichtsbarkeit des „Dritten Reichs“ als legitim anerkannt – einschließlich von Todesurteilen, die wegen „Wehrkraftzersetzung“ verhängt worden waren.¹⁴ Erst in den Jahren ab 1998 erfolgte Schritt für Schritt eine Rehabilitierung der Opfer der NS-Militärjustiz.¹⁵ Urteile der so genannten „Erbgesundheitsgerichte“ aus der Zeit des Nationalsozialismus, in denen die zwangsweise Sterilisierung des Betroffenen angeordnet wurde, galten in der Bundesrepublik zunächst als rechtsstaatliche Entscheidungen. Erst im Jahre 1988 erklärte der Deutsche Bundestag, dass es sich bei diesen Urteilen um spezifisch nationalsozialistisches Unrecht gehandelt habe.¹⁶ Eine Strafverfolgung der Militär Richter und der Richter an den Erbgesundheitsgerichten fand allerdings nicht statt. Sie hätte der Botschaft, dass den Verurteilten Unrecht geschehen war, ein wesentlich höheres Gewicht gegeben.

IV. Bedeutung für die Gesellschaft

Die Aufgabe des Strafrechts der Übergangsjustiz, dem Opfer staatlichen Unrechts sein Recht zu bestätigen, hat zugleich eine gesamtgesellschaftliche Dimension. Auch unter diesem Gesichtspunkt kommt dem Strafrecht bei der Bewältigung der Systemkriminalität eines vergangenen diktatorischen Regimes eine wichtige Funktion zu. Denn das Strafrecht ist ein bedeutsames Medium der gesellschaftlichen Kommunikation – in der aktuellen straftheoretischen Diskussion gewinnt dieser Aspekt zunehmend an Bedeutung.¹⁷ Strafverfahren transportieren in der Gesellschaft Botschaften über die Bewertung von Verhaltensweisen und leisten damit einen we-

¹⁰ Dazu etwa *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit, 2002, insb. S. 112-137; *Hörnle*, JZ 2006, 950 (955 f.); *Roxin*, GA 2015, 185 (200); krit. etwa *Jahn/Bung*, StV 2012, 754 (760 f.).

¹¹ Skeptisch gegenüber einer solchen Funktion einer Übergangsjustiz *Palermo*, ZStW 125 (2013), 379 (397 f.).

¹² Damit wird nicht behauptet, dass dieses Bedürfnis ausnahmslos jedem individuellen Opfer eigen ist. Zur Möglichkeit, zugefügtes Unrecht durch Vergebung zu verarbeiten, vgl. etwa *Kor*, Die Macht des Vergebens, 2016; *Kodalle*, Verzeihen denken, 2013; *Flaßpöhler*, Verzeihen – Vom Umgang mit Schuld, 2016.

¹³ Zu diesem Gesichtspunkt näher *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 37 ff.

¹⁴ *Saathoff*, in: Perels/Wette (Hrsg.), Mit reinem Gewissen, Wehrmacht Richter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, 2011, S. 297 (303).

¹⁵ Gesetz zur Aufhebung der nationalsozialistischen Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege (NS-AufhG), BGBl. I 1998, S. 2501, sowie die dazu 2002 und 2009 ergangenen Änderungsgesetze (BGBl. I 2002, S. 2714 und BGBl. I 2009, S. 3159). Dazu *Saathoff* (Fn. 14), S. 311.

¹⁶ *Tümmers*, Anerkennungskämpfe, Die Nachgeschichte der nationalsozialistischen Zwangssterilisation in der Bundesrepublik, 2011, S. 304.

¹⁷ Zu den „expressiven“ Straftheorien, die die kommunikative Funktion der Strafe betonen, vgl. die Darstellung bei *Hörnle* (Fn. 13), S. 29 ff.

sentlichen Beitrag zur Etablierung wie auch zur Korrektur gesellschaftlicher Deutungsmuster.¹⁸

Genau darum, nämlich um die Zerstörung eingefahrener Deutungsmuster eines vergangenen Unrechtssystems, geht es aber bei der Bewältigung eines vergangenen diktatorischen Regimes. Eine zentrale gesellschaftliche Aufgabe bei der Aufarbeitung eines Unrechtsregimes ist die Destruktion von Ideologien, mit denen die Rechtsverletzungen des Regimes seinerzeit legitimiert wurden.¹⁹ Das Strafrecht als schärfstes Instrument des gesellschaftlichen Tadels stellt klar, dass diese Ideologien zur Rechtfertigung begangener Rechtsverletzungen nicht taugen.

Zur Verdeutlichung dieser Aufgabe ein Beispiel aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), das in diesem Zusammenhang im Schrifttum mehrfach herangezogen worden ist. Das Gericht hatte im Jahre 2010 über die Beschwerde eines ehemaligen Partisanen zu entscheiden, der im Jahre 1944 in Lettland ein Dorf überfallen und dort mehrere Zivilisten ermordet hatte – teilweise auf äußerst grausame Weise.²⁰ Der Hintergrund: Bewohner dieses Dorfes hatten einige Monate zuvor eine Gruppe von Partisanen an die deutsche Besatzungsmacht verraten; Mitglieder dieser Partisanengruppe waren daraufhin von Soldaten erschossen worden. Nach dem Ende des kommunistischen Systems war der Täter von einem lettischen Gericht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden.

Der EGMR wies die Beschwerde, die der Verurteilte gegen diese Entscheidung eingelegt hatte, in beiden Instanzen ab. Russische Medien reagierten auf diese Entscheidungen des EGMR teilweise mit heller Empörung. Der Tenor war: „Der EGMR verurteilt die Tat eines Antifaschisten“.²¹ Hier wird das zentrale Deutungsmuster deutlich, um dessen Korrektur (oder Fortbestand) es bei derartigen Strafverfahren geht: Wird das maßgebliche Koordinatensystem durch den Gegensatz „Faschismus – Antifaschismus“ gebildet, dann sind alle Handlungen, die gegen „den Faschismus“ gerichtet sind, tendenziell gerechtfertigt – selbst wenn es sich um die grausame Tötung von Zivilisten handelt.

Man muss nicht betonen, dass sich dieses Koordinatensystem durch zahlreiche andere ersetzen lässt – etwa das von „Kommunismus“ und „Patriotismus“ oder das von „Rechtgläubigkeit“ und „Ketzerei“. Aufgabe des Strafrechts ist es hier, solche Koordinatensysteme und die an ihnen orientierten Deutungsmuster zu durchbrechen. Strafrecht hat also auch die Funktion, Ideologien zu zerstören, die unter dem

früheren Regime zur Legitimation systemkonformer Verbrechen eingesetzt wurden.

Die Aufgabe, die dem Strafrecht von der Theorie der „positiven Generalprävention“ zuerkannt wird, ist hier um einen weiteren Gesichtspunkt zu ergänzen. Nach der Theorie der positiven Generalprävention kommt dem Strafrecht die Aufgabe zu, gesellschaftlich anerkannte Normen zu stabilisieren, wenn diese Normen durch eine Straftat in Frage gestellt wurden.²² Diese Aufgabe erweitert sich hier um die Funktion, Normen zur Anerkennung oder zur Wiederanerkennung zu verhelfen, die von der Ideologie des diktatorischen Systems verdrängt oder überlagert worden waren.

Das Beispiel verdeutlicht aber zugleich auch die Grenzen, die dem Strafrecht bei der Erfüllung dieser Aufgabe gesetzt sind. Denn dort, wo die alten Deutungsmuster in hohem Maße stabil sind, trägt der Einsatz des Strafrechts nicht zu notwendigen gesellschaftlichen Lernprozessen bei, sondern provoziert bei den betroffenen Gruppen Abwehr, möglicherweise Empörung und Widerstand. Dieser Effekt ist insbesondere im Bereich des supranationalen Strafrechts zu beobachten.

In Europa zeigt er sich heute besonders drastisch bei der strafrechtlichen Aufarbeitung des Bürgerkriegs im ehemaligen Jugoslawien. Noch immer werden die unterschiedlichen Reaktionen auf ein Urteil des zuständigen Gerichts weithin durch den Faktor der ethnischen Zugehörigkeit bestimmt. Tendenziell vertieft das Strafrecht hier die Kluft zwischen den beteiligten Gruppierungen, statt sie zu schließen. Unter dem Gesichtspunkt seines Beitrags zur gesellschaftlichen Versöhnung ist das Strafrecht ein zweischneidiges Schwert.

V. Gerechtigkeit gegenüber den Tätern

Das Gleiche gilt unter dem Aspekt der Strafgerechtigkeit. Denn die Gerechtigkeit gegenüber den Opfern droht zur Ungerechtigkeit gegenüber den Tätern werden. Zu widersprechen ist deshalb allen Versuchen, den Tätern, die einer „staatsverstärkten Kriminalität“²³ zugeordnet werden, anerkannte rechtsstaatliche Garantien zu verweigern. Auch gegenüber den Tätern, die in ein etabliertes „Systemunrecht“ verstrickt waren, müssen grundsätzlich alle Prinzipien zur Anwendung kommen, die für das rechtsstaatliche Strafrecht konstitutiv sind.

Im Vordergrund stehen hier das Schuldprinzip, die Unschuldvermutung und das Recht auf ein faires Verfahren. Bei Strafverfahren, die systemkonforme Taten betreffen, geht es aber vor allem um den rechtsstaatlichen Grundsatz „keine

¹⁸ Dazu und zum Folgenden schon *Neumann*, in: *Neumann/Prittitz/Abrao/Swensson/Torelli* (Hrsg.), *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, 2013, S. 39 (42 f.).

¹⁹ Zur Spiegelung dieser Ideologien in den moralischen und rechtlichen Überzeugungen der Täter exemplarisch *Fritze*, *Täter mit gutem Gewissen, Über menschliches Versagen im diktatorischen Sozialismus*, 1998.

²⁰ EGMR, Urt. v. 17.5.2010 – 36376/04 (*Kononov v. Lettland*). Dazu ausführlich *Schroeder* (Fn. 7), S. 339 ff.

²¹ Vgl. *Schroeder* (Fn. 7) S. 340.

²² *Hassemer*, in: *Schünemann/v. Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, S. 29; *Jakobs*, *Norm, Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 2008, S. 111 ff., der jetzt den Begriff der „geltungserhaltenden“ Generalprävention bevorzugt (vgl. *ders.*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 15). Zusammenfassend *Hörnle* (Fn. 13), S. 25 ff.

²³ Begriff bei *Naucke*, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, 1996. Vgl. dazu auch *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, S. 181 ff.

Strafe ohne Gesetz“ (nulla poena sine lege). Auf dieses Problem werden wir uns im Folgenden konzentrieren.

Das Problem stellt sich nicht, wenn die Handlung schon zum Zeitpunkt der Tatbegehung, also auch nach dem im „Unrechtssystem“ geltenden Recht, mit Strafe bedroht war. War die Tat dagegen zum Tatzeitpunkt nach der Gesetzeslage nicht strafbar, dann besteht die Gefahr einer Kollision mit dem rechtsstaatlich elementaren Verbot rückwirkender Schaffung bzw. Anwendung von Strafgesetzen.

In dieser Situation gibt es drei Möglichkeiten. Man kann zum einen, in strikter Beachtung des Rückwirkungsverbots, auf eine Bestrafung der Täter verzichten. Man kann, zum zweiten, dieses Rückwirkungsverbot in Hinblick auf die Monströsität der Taten, um die es geht, im Wege der Gesetzgebung offen durchbrechen. Und man kann, drittens, versuchen, das Problem im Wege einer rechtsphilosophischen Argumentation hinweg zu definieren, indem man bestimmten Gesetzen des vergangenen Rechtssystems die rechtliche Geltung abspricht.

Dieser dritte Weg verspricht, eine „gerechte“ Bestrafung zu ermöglichen, ohne eine Einschränkung des Rückwirkungsverbots in Kauf nehmen zu müssen. Es ist dies der Weg, den die Gerichte in Deutschland sowohl nach dem Ende des NS-Systems als auch nach der Wiedervereinigung der beiden deutschen Staaten beschritten haben.²⁴ Auch in der internationalen Diskussion spielt die Frage heute eine gewisse Rolle. So verzeichnet die breit angelegte Untersuchung des Freiburger Max-Planck-Instituts über „Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht“ in mehreren Landesberichten eine Berufung auf Naturrecht.²⁵ Für Brasilien wird die Frage in einer neueren Arbeit über „Transitional Justice“ ausführlich diskutiert.²⁶

VI. Die „Radbruchsche Formel“ – ein rechtsphilosophischer Weg zur Strafbarkeit?

1. Rechtsmoralismus vs. Rechtspositivismus

Rechtsphilosophisch geht es hier um die Auseinandersetzung zwischen *Rechtspositivismus* und *Rechtsmoralismus*. Eine Kollision mit dem Rückwirkungsverbot liegt nur dann vor, wenn die Handlung nach der zur Tatzeit bestehenden Rechtslage nicht strafbar war. In diesem Punkt besteht Einigkeit. Die Frage, was in einem „Unrechtssystem“ geltendes Recht war oder ist, wird aber bekanntlich von den Rechtspositivisten anders beantwortet als von den Vertretern des Rechtsmoralismus.

Während die Rechtspositivisten die ehemalige Rechtslage mit der ehemaligen Gesetzeslage gleichsetzen, bauen die Rechtsmoralisten zwischen Gesetzeslage und Rechtslage einen Filter ein, der verhindert, dass grob ungerechte Gesetze rechtliche Verbindlichkeit erlangen können und konnten. Die

rechtsmoralistische Korrektur soll also nicht nur für das aktuelle Rechtssystem, sondern auch für vergangene Rechtsordnungen gelten.

Die Konsequenz: Man kann im Wege einer rechtsmoralistischen Argumentation aus der Rechtsordnung des vergangenen „Unrechtssystems“ Normen herausbrechen, aus denen sich eine Rechtfertigung für die Verletzung von Menschenrechten (z.B. Folterungen) ergab. Die Frage ist: Wird das Rückwirkungsproblem damit gelöst, oder wird es in rechtsstaatswidriger Weise umgangen?

Für die klassische Auseinandersetzung zu dieser Frage stehen die Namen „Gustav Radbruch“ und „H. L. A. Hart“.²⁷ Auf Radbruch berufen sich der deutsche Bundesgerichtshof²⁸ und das deutsche Bundesverfassungsgericht²⁹ bei ihren Entscheidungen zum „Systemunrecht“ des NS-Systems und dem – in der Dimension nicht vergleichbaren – „Systemunrecht“ der DDR explizit. Radbruchs Ausgangspunkt: Auch das ungerechte Gesetz ist grundsätzlich als verbindlich zu betrachten; das Prinzip der Rechtssicherheit verbietet es, jedem „ungerechten“ Gesetz die Geltung abzuspochen. Bei einem unerträglichen Verstoß gegen Prinzipien der Gerechtigkeit allerdings soll das Gesetz, als „unrichtiges Recht“, seine Geltung einbüßen – die so genannte „Unerträglichkeitsformel“. Das gleiche soll gelten, wenn mit dem Gesetz Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt werde – die so genannte „Verleugnungsformel“. In diesem zweiten Fall handle es sich nicht einmal um „unrichtiges Recht“, vielmehr fehle dem Gesetz überhaupt die Rechtsnatur.³⁰

Hart erhebt gegen die Position Radbruchs eine Reihe von Einwänden,³¹ die an dieser Stelle nicht im Einzelnen erörtert werden können.³² Das vorliegend relevante Argument betrifft ausdrücklich das Problem des Verhältnisses von Radbruchscher Formel und Rückwirkungsverbot. Das Argument lautet: Spricht man einer strafrechtlichen Rechtfertigungsnorm, die in einer früheren Rechtsordnung erlassen wurde, ex post die Rechtswirkung ab, so verdeckt und umgeht man das Problem der rückwirkenden Anwendung strafbarkeitsbegründender Normen.³³

Hart schließt die rechtsstaatliche Zulässigkeit der Rückwirkung von Strafnormen nicht generell aus, besteht aber darauf, die entsprechenden Fälle demgemäß zu kennzeichnen. Es dürfe ein Fall rückwirkender Bestrafung „nicht wie eine gewöhnliche Bestrafung für eine zur Tatzeit unrechtmä-

²⁴ Näher dazu und zum Folgenden Neumann, in: Neumann (Hrsg.), *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, S. 163.

²⁵ Vgl. Arnold (Fn. 3), S. 63.

²⁶ Swensson, *Vor dem Gesetz, Transitional Justice in Brasilien und die Problematik der strafrechtlichen Verantwortung für Straftaten der Militärdiktatur*, 2015, S. 241 ff.

²⁷ Zu dieser Auseinandersetzung zuletzt Renzikowski, in: Borowski/Paulson (Hrsg.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, 2015, S. 75.

²⁸ Exemplarisch in BGHSt 39, 1.

²⁹ Exemplarisch in BVerfGE 95, 96.

³⁰ Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946, in: Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Bd. 3, 1987, S. 87 (89).

³¹ Hart, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, 1958, in: Hart, *Recht und Moral, Drei Aufsätze* (hrsg. von Hoerster), 1971, S. 14 (39 ff.).

³² Näher dazu Neumann (Fn. 24), S. 205 ff.

³³ Hart (Fn. 31), S. 43 f.

ßige Handlung aussehen“.³⁴ Andere Stimmen in der Diskussion mahnen dazu, man solle sich des „scharfen Schwerts“ der *Radbruchschen* Formel wegen der damit verbundenen Rückwirkungsprobleme nur zurückhaltend bedienen.³⁵ Das provoziert die Frage, ob dieses Schwert in einem rechtsstaatlichen Strafrecht überhaupt einen legitimen Platz hat. Direkt und etwas plakativ gefragt: Verstößt die *Radbruchsche* Formel in der Anwendung auf strafrechtliche Rechtfertigungsgründe gegen das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot?

Es liegt nahe, diese Frage schon aus logischen Gründen zu verneinen. Denn es ist natürlich gerade die Pointe des naturrechtlichen Denkmodells, dass es dem naturrechtswidrigen Gesetz die verbindliche Kraft ab initio versagt. Die naturrechtliche Argumentation, so die naheliegende Schlussfolgerung, macht nur die Rechtslage geltend, die in der Rechtsordnung schon seinerzeit bestand. Mit der Anwendung der *Radbruchschen* Formel würde dann nicht rückwirkend die Rechtslage geändert, sondern nur festgestellt, wie die Rechtslage seinerzeit tatsächlich gewesen ist.³⁶ Aus dieser Sicht erscheint die *Radbruchsche* Formel nicht als Durchbrechung, sondern eher als Garantie des Rückwirkungsverbots.

Es ist nicht zu bezweifeln, dass diese Interpretation den Intentionen *Radbruchs* entspricht. Denn *Radbruch* ging es gerade um die Feststellung, dass, gemessen an diesem Modell, „ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts“ gelangt seien.³⁷ Folgt man dieser Sichtweise, dann stellt sich ein Rückwirkungsproblem aus rechtstheoretischer Perspektive nicht. Es ist dann allenfalls zu überlegen, ob man aus rechtsstaatlichen Gründen darauf verzichten soll, die damalige „wirkliche“ Rechtslage rücksichtslos gegen den Täter zu wenden.

Hier bietet sich etwa die Möglichkeit, statt auf die damalige Rechtslage auf die damalige Gesetzeslage³⁸ oder auf die damalige Rechtspraxis abzustellen. Man kann dem Gedanken des Vertrauensschutzes aber auch durch die großzügige Zuerkennung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums Rechnung tragen, oder auch durch eine Exkulpation in bestimmten Fällen des Handelns „auf Befehl“. Die praktischen Probleme der Annahme einer Unwirksamkeit grob ungerechter Rechtfertigungsnormen ab initio lassen sich durch flankierende Regelungen bewältigen.

³⁴ Hart, *Der Begriff des Rechts*, 1973, S. 291 f.

³⁵ Dreier, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), *Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, 1983, S. 57 (69).

³⁶ Prägnant in diesem Sinne Alexy, *Mauerschützen, Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, 1993, S. 33: „Es wird mit der Anwendung der *Radbruchschen* Formel [...] nicht rückwirkend die Rechtslage geändert, sondern nur festgestellt, wie zum Zeitpunkt der Tat die Rechtslage war.“

³⁷ *Radbruch* (Fn. 30), S. 89.

³⁸ Näher dazu Saliger, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, 1995, S. 36 ff.

2. Die Problematik eines „rückwirkenden“ Rechtsmoralismus

Das zentrale Problem liegt aber in dem Anspruch der Rechtsphilosophie, festzulegen, was in einer vergangenen Rechtsordnung geltendes Recht gewesen ist. Kann der rechtsphilosophische Standpunkt, kann die Alternative von Rechtspositivismus und Rechtsmoralismus wirklich darüber entscheiden, wie die Rechtsordnung eines vergangenen Staates ausgesehen hat? Ich denke: nein. Denn es geht bei dem Streit zwischen Rechtspositivismus und Rechtsmoralismus in der Sache nicht um die richtige Beschreibung einer bestehenden Rechtslage, sondern um Handlungsanweisungen. Die Debatte gehört zum Bereich nicht der theoretischen, sondern der praktischen Philosophie.

Der Rechtsmoralist fordert Gerichte und Bürger auf, extrem ungerechten Normen des positiven Rechts die Gefolgschaft zu versagen. Die These, solche Normen seien nicht geltendes Recht, formuliert keine Aussage über die Existenz dieser Normen, sondern die Forderung, sie in der Praxis der Gerichte als unverbindlich zu behandeln.

Entsprechendes gilt, mit umgekehrten Vorzeichen, für die Position des Gesetzespositivismus. Beide Positionen leisten damit keine Beschreibung einer bestehenden Rechtsordnung, sondern formulieren Handlungsanweisungen, die sich auf die Beachtung bzw. Nichtbeachtung von Normen des positiven Rechts beziehen. Das bedeutet, dass rechtsmoralistische (naturrechtliche) Positionen bei der Rekonstruktion vergangener Rechtssysteme ausscheiden.

3. Verdeckter Rechtsmoralismus

Das gilt nicht nur für den offenen Rechtsmoralismus, der im Sinne der *Radbruchschen* Formel das bestehende Gesetz naturrechtlich korrigiert und damit das Prinzip „*nullum crimen sine lege*“ zu dem Grundsatz „*nullum crimen sine jure*“ abschwächt. Es gilt auch für Versuche, die zum Tatzeitpunkt nicht anerkannte Strafbarkeit systemkonformen Verhaltens positivrechtlich – also nicht: naturrechtlich – zu begründen.

Im Schrifttum wurde für solche Versuche der Begriff des „verdeckten Rechtsmoralismus“ geprägt.³⁹ Die Erscheinungsformen dieses verdeckten Rechtsmoralismus sind vielfältig. So hat der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) versucht, den Gerichten der ehemaligen DDR nachzuweisen, dass sie die Gesetze ihres eigenen Staates fehlerhaft interpretiert hätten. Teilweise wurde aus der DDR-Verfassung abgeleitet, dass die gesetzlichen Bestimmungen, die in bestimmten Fällen tödliche Schüsse an der Grenze erlaubten, schon nach dem positiven Recht der DDR ungültig waren.⁴⁰

³⁹ Swensson (Fn. 26), S. 168 ff.

⁴⁰ Exemplarisch BGHSt 39, 1 (16, 22, mit dem Argument, dass die Garantie der freien Ausreise, die in Art. 12 des „Internationalen Pakts v. 19.12.1966 über bürgerliche und politische Rechte“ gewährleistet ist, trotz fehlender Umsetzung in innerstaatliches Recht gem. Art. 51 DDR-Verfassung Bestandteil der Rechtsordnung der DDR gewesen sei – eine Auffassung, für die es, soweit ersichtlich, in Rechtspraxis und Rechtswissenschaft der DDR keinerlei Belege gibt).

Zur Diskussion in Brasilien findet sich der Hinweis auf Versuche, die Verjährungsfrist für Tötungsdelikte der Militärdiktatur dadurch zu umgehen, dass man in den Fällen eines nicht unzweifelhaft nachgewiesenen Todes von dem Dauerdelikt der Entführung ausgeht – mit der Konsequenz, dass die Verjährungsfrist noch nicht begonnen hätte.⁴¹ Teilweise wird in Brasilien offenbar auch argumentiert, das unter der Diktatur erlassene Amnestiegesetz sei mangels demokratischer Legitimation des damaligen Gesetzgebers nicht rechtsgültig⁴² – was konsequenterweise zur Folge haben müsste, dass alle Gesetzgebungsakte der Diktatur als ungültig angesehen werden müssten.

In diesen Fällen eines „verdeckten“ Rechtsmoralismus geht es um Versuche, den fragwürdigen Einsatz des Naturrechts zur Begründung von Strafbarkeit zu vermeiden und sich allein der Instrumentarien der Dogmatik des positiven Rechts und der juristischen Methodenlehre zu bedienen. Aber derartige Versuche sind dem Einwand ausgesetzt, dass diese Instrumentarien damit überstrapaziert werden. Exemplarisch aufzeigen lässt sich das anhand des Unternehmens, den Gesetzen des vergangenen Systems im Wege der Interpretation einen Inhalt zuzuschreiben, der von den seinerzeit zuständigen Gerichten nicht anerkannt, möglicherweise sogar ausdrücklich verneint wurde.

4. Rückwirkende Interpretation

Dieses Unternehmen verkennt den Unterschied zwischen der produktiven Funktion der Rechtsdogmatik einerseits, der deskriptiven Aufgabe einer Zeitgeschichte des Rechts andererseits. In der Begrifflichkeit *Radbruchs*: Verkannt wird der Unterschied zwischen der Jurisprudenz einerseits, der Sozialtheorie des Rechts andererseits. Während die Jurisprudenz als Dogmatik des geltenden Rechts die Aufgabe hat, dieses geltende Recht durch Auslegung der Gesetze für seine Anwendung aufzubereiten, ist Gegenstand der Sozialtheorie des Rechts das Recht als Faktum, als soziales Phänomen.⁴³

Die Jurisprudenz hat es folglich mit dem Sollen, die Sozialtheorie des Rechts mit dem Sein zu tun. Von einem Sollen aber kann nur in Bezug auf eine gegenwärtige, Verbindlichkeit beanspruchende Rechtsordnung die Rede sein. Sobald ein Gesetz außer Kraft trete, höre es auf, Gegenstand der juristischen Dogmatik zu sein und werde Gegenstand der Sozialwissenschaft. Denn der Zweck der dogmatischen Arbeit sei es, das Recht zur Anwendung fähig zu machen. In der prägnanten Formulierung von *Jellinek*: „Es gibt kein Seinsollendes nach rückwärts“⁴⁴. Die Beschäftigung mit vergangenen Rechtsordnungen gehört, ebenso wie die mit ausländischen Rechtsordnungen, nicht in den Bereich der Rechts-

dogmatik sondern in den der Tatsachenwissenschaft.⁴⁵ Die Gerichte der Bundesrepublik haben also bei der strafrechtlichen Aufarbeitung von DDR-Unrecht genau das getan, was *Radbruch* und *Jellinek* für unmöglich erklären: sie haben beansprucht, die Gesetze der untergegangenen DDR selbst auszulegen und der Rechtspraxis der DDR nachzuweisen, dass diese die Gesetze ihres eigenen Staates fehlerhaft ausgelegt und angewendet habe.⁴⁶

An diesem Punkt ist zu betonen, dass diese Kritik an einem rechtsdogmatischen Übergriff in eine vergangene Rechtsordnung nur dort trägt, wo tatsächlich ein Wechsel der Rechtsordnungen stattgefunden hat. Geht es um Gesetzesänderungen innerhalb derselben Rechtsordnung, so liegen die Dinge wesentlich komplizierter. Wurden dieselben Gesetze derselben Rechtsordnung unter der Herrschaft eines autoritären Regimes schärfer gehandhabt als zu den liberaleren Zeiten der Verabschiedung dieser Gesetze, so kann sich nach einer Rückkehr zu liberalen Verhältnissen durchaus die Frage stellen, ob die „härtere“ Interpretation zutreffend oder jedenfalls vertretbar war.

Unter rechtsstaatlichen Aspekten verbindet sich damit das Problem, ob ein Verhalten, das nach früherer Rechtsprechung straflos war, aufgrund einer geänderten Rechtsprechung bestraft werden kann. Beispiel: Während der autoritären Herrschaft galten bestimmte Eingriffe in Bürgerrechte als rechtmäßig; nach der Rückkehr zu liberalen Verhältnissen beurteilen die Gerichte sie, bei unveränderter Gesetzeslage, als rechtswidrig. Auch dieses Problem scheint sich in der Praxis der brasilianischen Strafjustiz gestellt zu haben.⁴⁷ Für Kolumbien dürfte es allenfalls insoweit eine Rolle spielen, als es um die Strafbarkeit von Handlungen von Militärs oder Paramilitärs geht – diese Frage entzieht sich letztlich aber einer Beurteilung „von außen“.

VII. Alternative: Einschränkung des Rückwirkungsverbots

Das Ergebnis dieser Überlegungen lautet, dass zur Begründung der Strafbarkeit systemkonformer Taten im Rahmen einer Übergangsjustiz weder auf einen offenen noch auf einen verdeckten Rechtsmoralismus zurückgegriffen werden kann. Begründet wurde das vor allem mit rechtstheoretischen Erwägungen. Man kann hier aber auch auf rechtsethische Argumente verweisen. Es wäre schwer erträglich, wenn man die Strafbarkeit von Menschen, die im Einklang mit den Gesetzen und der Rechtspraxis ihrer Zeit gehandelt haben, damit begründen würde, dass die Rechtslage damals „in Wahrheit“ eine ganz andere gewesen sei, als in dem System selbst allgemein angenommen wurde.

⁴⁵ *Radbruch*, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, 1906, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 1, S. 409 (420).

⁴⁶ Vgl. etwa BGHSt 40, 241 (249 f., zu den – aus der Sicht des BGH – nach dem Recht der DDR zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden). Krit. zu der Anmaßung, einer vergangenen Rechtsordnung eine eigene „Auslegung“ zu oktroyieren – noch ohne Bezug auf *Radbruch* und *Jellinek* – *Neumann* (Fn. 24), S. 163 ff.

⁴⁷ *Swensson* (Fn. 26), S. 171 f.

⁴¹ *Swensson* (Fn. 26), S. 186 ff.

⁴² *Swensson* (Fn. 26), S. 191 ff.

⁴³ *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 2, 1993, S. 9 (175 ff.).

⁴⁴ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 52 (mit Hinw. auf *Radbruch* und *Kantorowicz*).

Dies würde auf eine schlechte Fiktion hinauslaufen. Die Begründung der Strafbarkeit kann nur lauten, dass diese „systemkonformen“ Handlungen als ein so gravierendes Unrecht zu bewerten sind, dass es gerechtfertigt ist, hier eine Ausnahme von dem rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot zuzulassen.⁴⁸ Eine solche Argumentation entspricht dem „vorpositiven“ Status der Menschenrechte, um deren Verletzung es bei solchen Taten typischerweise geht.⁴⁹ Sowenig die rechtliche Geltung der Menschenrechte der gesetzlichen Anerkennung bedarf, sowenig bedarf die Bestrafung elementarer Verletzungen dieser Menschenrechte einer zur Tatzeit geltenden Strafnorm. Im Völkerstrafrecht ist das heute weitgehend anerkannt. Hier lässt man unter bestimmten Voraussetzungen eine Strafbarkeit nach Völkergewohnheitsrecht genügen.⁵⁰ Das kodifizierte nationale Strafrecht muss die Strafbarkeit gesetzlich festlegen, ist dabei aber an das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot nicht strikt gebunden.⁵¹

Es bleibt die intrikate Frage, wo genau die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Rückwirkung von Strafgesetzen zu ziehen ist. Hier bleiben als Maßstab nur die Prinzipien, die in der jeweiligen Epoche von den zivilisierten Völkern anerkannt werden. Die Europäische Menschenrechtskonvention stellt dort, wo sie Ausnahmen vom dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot zulässt, ausdrücklich auf diese Rechtsprinzipien ab.⁵² Die historische Relativierung, die damit verbunden ist, ist unvermeidlich. Die Folterung von Gefangenen ist nach diesen Grundsätzen heute eindeutig strafbar, unabhängig von der Gesetzeslage in dem jeweiligen Staat. Bekanntlich war das nicht immer so. Ob es in Zukunft so bleibt, wird auch davon abhängen, ob wir heute das Strafrecht konsequent gegen Folter und andere gravierende Menschenrechtsverletzungen einsetzen.

VIII. Verbotsirrtum

Ein strafrechtsdogmatisches Problem, das sich im Kontext der Übergangsjustiz stellt, ist das des Verbotsirrtums. Neben

Besonderheiten, die aus Unterschieden in den gesetzlichen Regelungen resultieren, gibt es hier auch strukturelle Elemente, die den staatlichen Gesetzen vorausliegen.

Zu diesen Elementen gehört die Unterscheidung zwischen dem Überzeugungstäter einerseits, dem in einem Verbotsirrtum handelnden Täter andererseits. Der Unterschied resultiert aus unterschiedlichen Bezugspunkten. Bezugspunkt des Verbotsirrtums ist eine Norm des geltenden positiven Rechts.⁵³ Demgegenüber orientiert sich der Überzeugungstäter an den Normen und Zielen einer Moral, die aus seiner Sicht die rechtswidrige Tat legitimiert. Soweit es um Taten im Kampf gegen eine bestehende Ordnung geht, kommt ein Verbotsirrtum deshalb nur als kontingente, zufällige Unkenntnis von Normen der bestehenden Rechtsordnung in Betracht.

Das gilt auch für den Gewissenstäter, der sich zu seinen Taten nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet fühlt. Selbst dann, wenn er der Vorstellung verhaftet ist, dass bestimmte Normen des positiven Rechts durch ein übergeordnetes göttliches Recht außer Kraft gesetzt werden, begründet die Kenntnis dieser Normen das Unrechtsbewusstsein und schließt damit einen Verbotsirrtum aus.⁵⁴

Schwieriger ist die Frage eines Verbotsirrtums von Tätern zu beurteilen, die ihre Taten in organisatorischer Einbindung in das staatliche Unrechtssystem begangen haben. Ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit eines militärischen Befehls oder einer vergleichbaren Anordnung wird typischer Weise milder beurteilt als ein „normaler“ Verbotsirrtum. So verneint das deutsche Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) ein schuldhaftes Handeln bei der Begehung von Kriegsverbrechen schon dann, wenn der Befehlsempfänger die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht erkennt und diese Rechtswidrigkeit nicht offensichtlich ist.⁵⁵ Die allgemeine Regelung über den Verbotsirrtum ist demgegenüber deutlich strenger, weil hier die Schuld nur bei „Unvermeidbarkeit“ des Irrtums ausgeschlossen wird.⁵⁶

Für Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit greift die Sonderregelung des § 3 VStGB allerdings nicht. Das entspricht weitgehend den Regeln für das Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof (IStGH). Hier kann sich der Täter grundsätzlich nicht mit entschuldigender Wirkung auf einen Verbotsirrtum („mistake of law“) berufen.⁵⁷ Etwas anderes gilt, wenn es infolge des Irrtums an einem erforderlichen subjektiven Merkmal („mental element“) fehlt.⁵⁸ Bei Handeln auf Befehl gilt, übereinstimmend mit der Regelung in § 3 VStGB, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit ausgeschlossen ist, wenn der Täter die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht erkannt hat und diese nicht offenkundig war.⁵⁹ Befehle zur Verübung von Völker-

⁴⁸ Anders *Naucke*, der bei der Bestrafung von „Staatskriminalität“, die zur Zeit des Unrechtssystems gesetzlich legalisiert war, lediglich eine scheinbare Rückwirkung annimmt, weil das Rückwirkungsverbot den Freiheitsrechten des Bürgers, nicht aber der Straflosigkeit „staatsverstärkter Kriminalität“ diene. „Der wirkliche Verstoß [gegen das Rückwirkungsverbot] dient der Machtvermehrung, der scheinbare Verstoß dient der Machtverneinung“, *Naucke*, in: Kardas/Sroka/Wróbel (Hrsg.), *Pánstwo prawa i prawo karne*, Festschrift für Andrzej Zoll, 2012, Bd. 2, S. 477 (484). Vgl. auch *ders.* (Fn. 23).

⁴⁹ Ausf. dazu – mit weiterführenden Argumenten für eine partielle Suspendierung des Rückwirkungsverbots bei der Ahndung gravierenden Systemunrechts – *Martins*, in: Neumann/Prittitz/Abrao/Swensson/Torelli (Fn. 18), S. 207 (223 ff.).

⁵⁰ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 5 Rn. 6; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 12 Rn. 5.

⁵¹ *Ambos* (Fn. 50), § 1 Rn. 12.

⁵² Art. 7 Abs. 2 EMRK.

⁵³ Näher dazu *Neumann*, in: Neumann/Kindhäuser/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. Aufl. 2017, § 17 Rn. 20 f.

⁵⁴ Näher dazu *Neumann* (Fn. 53), § 17 Rn. 40 ff.

⁵⁵ § 3 VStGB.

⁵⁶ § 17 StGB.

⁵⁷ Art. 32 Abs. 2 S. 1 IStGH-Statut.

⁵⁸ Art. 32 Abs. 2 S. 2 IStGH-Statut.

⁵⁹ Art. 33 Abs. 1 IStGH-Statut.

mord oder von Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind im Sinne dieser Bestimmung stets offenkundig rechtswidrig.⁶⁰

Im Bereich der Übergangsjustiz ist dem Problem des Verbotsirrtums vorgelagert die Frage nach der Geltung formal korrekt gesetzter, aber grob ungerechter Rechtsnormen. Hier geht es um die Entscheidung zwischen einem „positivistischen“ und einem „rechtsmoralistischen“ (naturrechtlichen) Rechtsbegriff in Anwendung auf vergangene Rechtsordnungen, die oben unter dem Gesichtspunkt des Prinzips „*nulla poena sine lege*“ thematisiert wurde.⁶¹ Die Entscheidung über die Voraussetzungen eines entschuldigenden Verbotsirrtums ist gegenüber dieser vorgelagerten Entscheidung akzessorisch. Sofern es um die Strafbarkeit des Täters nach den Straftatbeständen der positiven Rechtsordnung geht, ist es angemessen, für das Unrechtsbewusstsein die Kenntnis dieser positiv-rechtlichen Verbote zu verlangen. Wird die Strafbarkeit dagegen auf überpositive (naturrechtliche) Normen gestützt, so muss es entscheidend darauf ankommen, ob der Täter die Wertungen nachvollziehen konnte, aus denen sich nach dem naturrechtlichen (rechtsmoralistischen) Modell die Ungültigkeit der fraglichen Normen des positiven Rechts ergibt.

Geht man von der *Radbruchschen* Formel aus, ist also zu fragen, ob dem Täter bewusst war bzw. (im Falle des vermeidbaren Verbotsirrtums) bewusst sein konnte, dass die Normen des positiven Rechts, nach denen sein Verhalten gerechtfertigt war, in gravierender („unerträglicher“) Weise der Gerechtigkeit widersprachen. Dagegen kann es wohl nicht darauf ankommen, ob der Täter im Sinne der *Radbruchschen* Formel den Schluss von der gravierenden Ungerechtigkeit der Norm auf deren Nichtgeltung vollzogen hat. Das Unrechtsbewusstsein ist keine Funktion der rechtsphilosophischen Orientierung des Täters. So wenig der religiöse Fanatiker im Verbotsirrtum handelt, der nach seinem privaten Naturrechtsmodell nur göttliche Gebote als verbindliches Recht anerkennt,⁶² sowenig handelt der Täter in einem Verbotsirrtum, der nach seinem privaten (weil von der maßgeblichen Rechtsordnung nicht geteilten) radikal-positivistischen Rechtsmodell auch (als solche erkannte) unerträglich ungerechte Normen für geltendes Recht erachtet.

Wenn man die Strafbarkeit des Täters und das Unrecht seines Handelns objektiv damit begründet, dass die sein Verhalten rechtfertigende Norm des positiven Rechts wegen unerträglicher Ungerechtigkeit keine Geltung hatte, dann kann man für die Kenntnis des Unrechts nicht mehr verlangen als das Bewusstsein dieser unerträglichen Ungerechtigkeit. Hier auf die Kenntnis des positiven (sei es des gesetzten, sei es des praktizierten) Rechts abzustellen, würde zu der hybriden Konstruktion eines naturrechtlich-positivistischen Zurechnungsmodells führen. In diesem Sinne ist es konsequent, wenn der BGH in den „*Mauerschützen-Urteilen*“ für das Unrechtsbewusstsein das Bewusstsein „materieller“ Rechtswidrigkeit genügen lässt.⁶³

⁶⁰ Art. 33 Abs. 2 IStGH-Statut.

⁶¹ Oben unter V.

⁶² Neumann (Fn. 53), § 17 Rn. 40.

⁶³ BGHSt 39, 1 (15 ff.); 39, 168 (183 ff.); 40, 241 (244).

IX. Rechtsmoralismus ex post und ex ante

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es allerdings problematisch, den Gehalt früherer Rechtsordnungen unter Rückgriff auf rechtsmoralistische Kriterien bestimmen zu wollen.⁶⁴ Es sei aber betont, dass die Ablehnung des Verfahrens, eine positive Norm einer früheren Rechtsordnung im Wege einer rechtsmoralistischen Argumentation ex post aus der damaligen Rechtsordnung hinauszukatapultieren, es nicht ausschließt, in Bezug auf die gegenwärtige Rechtsordnung einen rechtsmoralistischen Standpunkt einzunehmen. Die Ablehnung eines naturrechtlichen (rechtsmoralistischen) Deutungsschemas bei der Rekonstruktion einer früheren Rechtsordnung bedeutet nicht, dass auch bei der Interpretation des geltenden Rechts eine naturrechtliche (rechtsmoralistische) Position ausgeschlossen wäre. Es geht hier um eine andere Fragestellung.

Bezogen auf die geltende Rechtsordnung haben die Positionen des Naturrechts wie die des Positivismus präskriptiven Charakter: Sie beziehen sich auf die Frage, ob der Rechtsstab auch grob ungerechte Gesetze von Rechts wegen anwenden soll. Das ist eine sinnvolle und praktisch wichtige normative Frage, zu der man ohne metaphysische Anleihen unterschiedliche Positionen beziehen kann. Für vergangene Rechtsordnungen aber kommt eine präskriptive Stellungnahme naturgemäß nicht in Betracht. Wer das naturrechtliche Deutungsschema auf vergangene Rechtsordnungen anwendet, ist deshalb gezwungen, die Kontroverse zwischen Positivismus und Naturrecht nicht als normativ-praktische, sondern als kognitive Frage zu verstehen. Das heißt: er ist zur Annahme einer idealen Entität „Rechtsgeltung“ genötigt, um deren zutreffende Erkenntnis Naturrecht und Positivismus konkurrieren.

Zu befürchten ist allerdings, dass das Naturrecht wegen dieser Beschränkung seines Anwendungsbereichs auf die gegenwärtige Rechtsordnung in der forensischen Praxis in Hinblick auf die tatsächlichen Machtverhältnisse immer zu spät kommt. Die Vorstellung, die Legalisierung schwerer Rechtsverletzungen in einer Militärdiktatur könne von der Justiz dieses diktatorischen Systems für naturrechtswidrig und damit für nichtig erklärt werden, wäre eine Illusion. Aber der Mechanismus, die Legalisierung dieser Rechtsverletzungen stattdessen nach einem Systemwechsel ex post im Wege einer naturrechtlichen Argumentation für nichtig zu erklären und damit die Strafbarkeit seinerzeit legaler Handlungen zu begründen, kann nicht funktionieren.

Es geht hier nicht um rechtstheoretische Konstruktionen, sondern um rechtsethische Wertungen und rechtspolitische Entscheidungen. Wenn man, wofür es gute Gründe gibt, schwere Menschenrechtsverletzungen bestrafen will, die eine jetzt überwundene Diktatur legalisiert hatte, dann muss (und kann!) man sich offen über das Verbot rückwirkender Begründung von Strafbarkeiten hinwegsetzen. Dieses Verbot ist kein Dogma, sondern ein Rechtsprinzip, das, wie alle Rechtsprinzipien, mit anderen Rechtsprinzipien abgewogen werden muss. In diesem Fall mit dem Prinzip der Straferechtigkeit, das nicht einer metaphysischen Vorstellung von Schuldausgleich, sondern den legitimen Bedürfnissen von Opfern schwerer und schwerster Rechtsverletzungen verpflichtet ist.

⁶⁴ Dazu oben.