Kommentare

Wanja Andreas Welke
Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität?

1. Einleitung

Gegenstand der Untersuchung ist das Rückwirkungsverbot als Teil der Frage, ob politische Machtausübung einen speziellen strafrechtlichen Vorsprung hat, ob es also eine strafrechtliche Privilegierung politischer Machtausübung gibt. Vor allem auf das verfassungsrechtlich verankerte Rückwirkungsverbot stützen sich die Gegner einer Bestrafung politischer Machthaber, die sich, wie in Deutschland, vor Gericht für ihre Staatsführung verantworten müssen. Das Rückwirkungsverbot ist zu beachten, da Art. 315 1 I EGStGB bestimmt, daß § 2 I StGB auf Taten, die in der DDR begangen wurden, Anwendung findet[1].
Es wird sich zeigen, ob das Rückwirkungsverbot einer Bestrafung der politisch Verantwortlichen entgegensteht. Die Bestrafung und die damit verbundene Nichtanwendung des Rückwirkungsverbots darf aber nicht aus Gerechtigkeitsgründen, die rechtsstaatliche Grundsätze über den Haufen werfen, begründet werden. Die Rechtsstaatlichkeit der Strafrechtspflege muß sich darin zeigen, wie sie einer solchen Herausforderung gerecht werden kann, ohne ihren eigenen Prinzipien untreu zu werden.

2. Die Aufklärung als Wurzel des »nulla poena sine lege«-Prinzips

Die Zeit der Aufklärung ist die Wurzel des Grundsatzes »nulla poena sine lege«[2]. Die Staatsgründung erfolgt durch einen (hypothetischen) Vertragsabschluß zwischen Herrscher und den im vorstaatlichen Zustand freien, gleichen und souveränen Individuen[3]. Die Individuen verpflichten sich darin, auf einen Teil ihrer natürlichen Freiheit zu verzichten, dem Herrscher gegenüber gehorsam zu sein und im Falle von Übertretungen Strafen zu erdulden. Der Herrscher verspricht im Gegenzug Schutz, soweit sie ihre »Gehorsamspflicht« erfüllen.
Der Mensch mit seinem Anspruch auf vernunftgemäßes Wohl, auf Schutz seiner Freiheit und seines Lebens wird als Ursprung, Zweck und Grenze des Staates verstanden[4]. Der Einzelne verpflichtet sich zur Gehorsamkeit gegenüber dem Staat; als Folge davon wird das Strafrecht von den apriorischen (naturrechtlichen) Sollensvorschriften gelöst. Nur den bestehenden Gesetzen schuldet der Einzelne Gehorsam,

1 Dazu: Amelung, Knut, JuS 1993, S. 637 f.
2 So Krey, Volker, Keine Strafe ohne Gesetz, Berlin, New York 1983, Rdnr. 13; *Sax, Walter*, in: Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl/Scheuner, Ulrich, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, Berlin 1959, S. 992.
3 Zum Staatsvertrag siehe: Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter, Frankfurt/Main 1976, S. 35 f. und Schockel, Gerhard, Die Entwicklung des strafrechtlichen Ruckwirkungsverbots bis zur franzosischen Revolution, Göttingen 1968, S. 69 ff.
4 Ebenda.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

dort, wo der Staat ein bestimmtes Verhalten empfohlen hat, ist das Individuum gehalten, seinen Willen dem Staat unterzuordnen, im übrigen ist es frei. Nicht um des Herrschers Willen, sondern um des einzelnen Willen findet die Staatsgründung statt – dabei ist der Gesellschaftsvertrag Grund und Legitimation des Staates[5].
Absolute und willkürliche Gewalt sowie eine Regierung ohne Gesetze sind nicht mit dem Gesellschaftsvertrag vereinbar, der Mensch mit seinen angeborenen, unverletzlichen Rechten steht über dem Staat[6].
Die Idee des Gesetzesstaates entsteht als Garant bürgerlicher Freiheit[7]; Freiheit ist das Recht, alles zu tun, was die Gesetze erlauben und nicht verbieten[8]. Die Gesetze sollen dem einzelnen gegenüber der als Gefahr empfundenen staatlichen Macht »cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun à de sa sûreté« verschaffen, wie es Montesquieu formuliert[9]. Es ist vor allem dieses psychologische Moment, die Sicherheit des Handelnden vor unerkennbaren staatlichen Sanktionen, die Voraussehbarkeit der Strafbarkeit, die den Gedanken des Rückwirkungsverbots ausmacht[10]. Der objektive Aspekt besagt, daß die Bindung der Staatsgewalt an das Gesetz im Interesse der Verhinderung von Willkür stattfindet[11]. »Der im bestehenden Gesetz gegebene Schutz der Freiheit wäre illusorisch, wenn der Staat sich durch Änderung der Strafgesetze rückwirkend mehr Rechte beilegen könnte, als er bisher innehatte[12]«. Der Staat besitzt das Recht auf Gehorsam nur dort, wo er es positiviert hat, der Bürger ist dagegen in seinem Handeln aufgrund seiner immanenten natürlichen Freiheit ungebunden, solange es nicht durch Gesetz für die Zukunft verboten ist[13]. Als Gefahr für die Freiheit des einzelnen wurde weniger der Staat als vor allem der Richter betrachtet, vor seiner Willkür sollte der Bürger geschützt werden. Dies war der tragende Gedanke für Montesquieu in seinem Werk »Vom Geist der Gesetze« bei der Entwicklung der Gewaltenteilung[14].

3. Das Rückwirkungsverbot in der heutigen Zeit

In der Bundesrepublik Deutschland wurde das Rückwirkungsverbot verfassungsrechtlich in Art. 103 II GG verankert[15]. Im Völkerrecht und in internationalen Übereinkommen hat sich nach dem Zweiten Weltkrieg ein striktes Rückwirkungsverbot nicht durchsetzen können. Das anglo-amerikanische Recht hatte dabei erheblichen Einfluß: im common law schöpft der Richter aus dem überlieferten Recht sein Urteil, eine starre Unterscheidung von Recht und Gesetz existiert nicht[16]. Im Völ-

5 Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (Fn. 3), S. 40.
6 Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (Fn. 3), S. 37.
7 Krey, Volker, Keine Strafe (Fn. 2), Rdnr. 13; zu Hobbes und seiner Idee vom Gesetzesstaat: Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (Fn. 3), S. 39.
8 Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (Fn. 3), S. 53.
9 So Schockel, Gerhard, Entwicklung (Fn. 3), S. 66.
10 Schockel, Gerhard, Entwicklung (Fn. 3), S. 66 f. und 69; siehe auch Krey, Volker, Keine Strafe (Fn. 2), Rdnr. 53. Es ist anzumerken, daß Montesquieu das Rückwirkungsverbot nicht forderte, es aber in der Konsequenz seines Rechtsdenkens lag. So jedenfalls: Krey, Volker, Keine Strafe (Fn. 2), Rdnr. 53 und Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (Fn. 3), S. 57.
11 So Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (Fn. 3), S. 59 unter Hinweis auf Locke.
12 Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (Fn. 3). S. 60.
13 Schöckel, Gerhard, Entwicklung (Fn. 3), S. 70 f.
14 Siehe: Krey, Volker, Keine Strafe (Fn. 2), Rdnrn. 13 ff., 53 ff.; Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (Fn. 3), S. 54 f.
15 Mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes trat das KRG Nr. 10 außer Kraft, das im Hinblick auf die Verbrechen im Dritten Reich bei »Verbrechen gegen die Menschlichkeit« rückwirkende Bestrafungen erlaubte.
16 Daher hatten die Engländer und Amerikaner auch keine Probleme mit der Rückwirkung des KRG Nr. 10, siehe: Kiesselbach, Wilhelm, MDR 1947, S. 2, 4; Graveson, R. H., MDR 1947, S. 278 f.; dazu auch: Baumann, Jürgen, NJW 1964, S. 1398, 1404 und Wimmer, August, SJZ 1947, Sp. 123, 125.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

kerrecht genügt es, daß die Tat zur Zeit ihrer Begehung nach den allgemein anerkannten Grundsätzen strafbar war, um eine Verletzung des Rückwirkungsverbots auszuschließen[17]. Dabei spielt ein verändertes Verständnis von Souveränität sowie die Notwendigkeit eine Rolle, mittels des Strafrechts Frieden und Sicherheit der Staatengemeinschaft zu sichern[18]. Vor allem aber die Erfahrungen mit dem Mißbrauch der Staatsmacht im 20. Jahrhundert führte zu einem eingeschränkten Rückwirkungsverbot. Die Menschenrechtsverträge mißtrauen den Staaten, durch das eingeschränkte Rückwirkungsverbot beschneiden sie die Staaten in ihrer Befugnis, faktisch über Menschenrechte zu verfügen[19]. Auch dem Art. 7 EMRK[20] wurde in Abs. 2 eine »Nürnberger Klausel« angefügt. Danach darf eine Verurteilung oder Bestrafung einer Person nicht ausgeschlossen werden, die sich einer Handlung oder Unterlassung schuldig gemacht hat, welche im Zeitpunkt ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen strafbar war[21]. Auch in Art. 15 II IPBPR ist ein solcher Zusatz vorhanden.

4. Sinn und Zweck des Rückwirkungsverbotes

Anhand des Ursprungs des Nulla poena-Prinzips ist das Telos des Rückwirkungsverbotes zu bestimmen. Darauf aufbauend kann die Frage geklärt werden, ob das Rückwirkungsverbot einer Bestrafung der politisch Mächtigen entgegensteht und sie damit privilegiert.

4.1. Das Schuldprinzip

Es wird z. T. vertreten, daß das Rückwirkungsverbot seine Wurzeln im Schuldprinzip habe. Dabei wird vorgetragen, daß das Rückwirkungsverbot eine Strafe ohne Schuld verhindern soll; strafrechtlicher Zwang sei nur mit dem persönlichen Freiheitsrecht des Grundgesetzes zu vereinbaren, wenn der Täter aufgrund einer bewußten oder vorwerfbar unbewußten Fehlentscheidung straftatbestandsspezifisches Unrecht verwirkliche[22]. Hauptbegründungspunkt für die Vertreter des Schuldprinzips ist die Menschenwürde des Art. 1 I GG, denn Strafe dürfe nur auf Schuld beruhen[23]. Ein rückwirkendes Strafgesetz sei daher ungerecht, weil man keine rechtliche Schuld auf sich laden könne, wenn man gegen ein Gesetz verstoße, das zur Tatzeit noch nicht galt[24]. Art. 103 II GG sei daher nichts weiter als die Spezifizierung des strafrechtlichen Schuldgrundsatzes und damit eine Konkretisierung des Art. 1 I

17 Siehe Triffterer, Otto, Was kann das Volkerstrafrecht zur Bewaltigung der Regierungskriminalitat in der DDR beitragen?, S. 133 ff.; in: Lampe, Ernst-Joachim (Hg.), Deutsche Wiedervereinigung, Band II, Die Verfolgung von Regierungskriminalitat nach der Wiedervereinigung, Koln, Berlin, Bonn, Munchen 1993, S. 131, 145 f und 147; Luderssen, Klaus, Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt?, Regierungskriminalitat in der ehemaligen DDR, Frankfurt/Main 1992, S. 117 f.

18 Triffterer, Otto, in: Lampe (Fn. 17), S. 131, 157.

19 Amelung, Knut, JuS 1993, S. 637, 642.

20 Europaische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4. 11. 1950 (BGBl 1952 II S. 686).

21 Siehe dazu: Maunz, Theodor/Durig, Gunter/*Schmidt-Aßmann, Eberhard*, GG-Kommentar, Munchen 1992, Lieferung 1–30, Rdnr. 250 zu Art. 103 II GG; Krey, Volker, Keine Strafe (Fn. 2), Rdnrn. 100 ff. Die Bundesrepublik hat bei der Ratifizierung gem. Art. 64 EMRK den Vorbehalt gemacht, daß Art. 7 II nur in den Grenzen des Art. 103 II GG angewendet wird. Da die Konvention aber nur Mindestrechte garantiert und Art. 103 II GG strenger ist, war dieser Vorbehalt uberflussig; darauf verweisen: Jescheck, Hans-Heinrich, NJW 1954, S. 783, 785 und Krey, Volker, Keine Strafe (Fn. 2), Rdnr. 105.

22 So *Sax, Walter*, in: Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl/Scheuner, Ulrich (Fn. 2), Grundrechte, S. 998 f.

23 Ebenda; so auch BVerfGE 25, S. 269, 285.

24 Darstellend: Schreiber, Gesetz und Richter (Fn. 3), S. 209.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

GG in seiner Auswirkung auf das materielle Strafrecht[25]. Das Zurückführen des Rückwirkungsverbots auf die Menschenwürde kann nicht überzeugen: Anknüpfungspunkt für den Schuldvorwurf ist nicht das Strafgesetz, sondern allein das Verbot der betreffenden Handlung[26]. Daß der Handelnde wußte oder wissen konnte, daß das Verbot auch mit einer Strafdrohung ausgestattet ist, ist nicht Voraussetzung für den Schuldvorwurf[27]. Diesen Standpunkt hat der Gesetzgeber mit § 17 StGB bestätigt. Eine Begründung des Rückwirkungsverbots aus dem Schuldgrundsatz würde das Rückwirkungsverbot schwächen: es bestünden keine Bedenken gegen die Rückwirkung von Strafgesetzen, solange nur die Taten schon bei ihrer Begehung Unrecht wären[28]. Die Begründung des Rückwirkungsverbots mit dem Schuldprinzip würde wieder auf den Ansatz Bindings zurückkommen, wonach das Rückwirkungsverbot nur insoweit anzuerkennen sei, als eine vorherige Normwidrigkeit bestehen müsse[29]. Das Erfordernis der vorherigen Fixierung der Strafbarkeit in einem Strafgesetz wäre überflüssig. Das Wesentliche des Rückwirkungsverbots ist aber seit der Aufklärung, daß sich die Strafbarkeit aus dem Gesetz ergibt[30]. Aus dem Schuldprinzip als Ausfluß der Menschenwürde läßt sich das Rückwirkungsverbot demnach nicht begründen.

4.2. Die Herleitung aus der psychologischen Zwangstheorie

Unter Hinweis auf *Feuerbach* heißt es, das strafrechtliche Rückwirkungsverbot lasse sich auf die generalpräventive Funktion des Strafrechts zurückführen[31]. *Feuerbach* sah die Aufgabe des Strafrechts darin, die Rechtsgüter dadurch zu schützen, daß auf den potentiellen Täter ein psychischer Zwang ausgeübt wird[32]. Dem Anreiz zum Verbrechen sollte durch die Aussicht auf Strafe als Übel ein Gegenmotiv geschaffen werden[33]. Die erwartete Determinierung des Einzelnen könne nur von bereits vertypten Normen ausgehen; der Täter müsse also vorher wissen, daß seine Tat für strafbar erklärt ist. Ein rückwirkendes Gesetz könne demnach den Täter nicht dazu motivieren, sich normgerecht zu verhalten. Sinn des Gesetzes sei, den Täter vor seiner Tat von der Tat abzuhalten. Die Theorie des psychologischen Zwanges verbietet die Rückwirkung, stützt also den Art. 103 II GG, vermag ihn aber nicht zu begründen[34]. Bedenklich erscheint es zudem, das Nulla Poena-Prinzip von einer im übrigen sehr umstrittenen Theorie abhängig zu machen. Es muß beachtet werden,

25 *Sax, Walter*, in: Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl/Scheuner, Ulrich (Fn. 2), Grundrechte, S. 999.

26 So Grunwald, Gerald, ZStW 76, S. 1, 11; Krey, Volker, Keine Strafe (Fn. 2), Rdnr. 128; Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, AT, (4. Aufl.), Berlin 1988, § 15 IV Nr. 1; Schunemann, Bernd, Nulla poena sine lege?: Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, Berlin 1978, S. 15.

27 Grunwald, Gerald, ZStW 76, S. 1, 172.

28 Ebenda. Zu weiteren Bedenken siehe auch: Schreiber, Hans-Ludwig, ZStW 80, S. 348, 360.

29 Binding, Karl, Handbuch des Strafrechts, 1. Band, Aalen 1991 (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885), S. 25 ff.

30 Siehe Schreiber, Hans-Ludwig, ZStW 80, S. 348, 360.

31 Krey, Volker, Keine Strafe (Fn. 2), Rdnr. 127; Schunemann, Bernd, Nulla poena (Fn. 26), S. 1, 26; ders., Strafrechtliche Verantwortlichkeit fur die DDR-Spione gegen die Bundesrepublik Deutschland nach der Wiedervereinigung, in: Lampe (Fn. 17), S. 186; siehe auch Schönke, Adolf/Schroder, Horst-*Eser*, Strafgesetzbuch, (24. Aufl.), Munchen 1991, Rdnr. 1 zu § 2 StGB.

32 Feuerbach, Paul Johann Anselm von, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts, Aalen 1986, (Neudruck der 14. Aufl., Gießen 1847), § 12; ders., Revision der Grundsatze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Aalen 1966, (Neudruck der Ausgabe Erfurt 1799), S. 44 f.

33 Feuerbach, Paul Johann Anselm von, Lehrbuch (Fn. 32), § 13, ders., Revision I (Fn. 32), S. 45 f.; siehe auch Grunwald, Gerald, ZStW 76, S. 1, 10; Binding, Karl, Handbuch (Fn. 29,) S. 20.

34 Ablehnend auch: Baumann, Jurgen, Der Aufstand des schlechten Gewissens, Bielefeld 1965, S. 12 und Grunwald, Gerald, ZStW 76, S. 1, 10; beide stellen aber lediglich als Begründung fest, daß die Theorie des psychologischen Zwanges aufgegeben worden ist.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

daß das strafrechtliche Rückwirkungsverbot inzwischen auch ein verfassungsrechtlicher Satz ist. Er ist demnach nicht nur strafrechtlich, sondern auch verfassungsrechtlich zu begründen.

4.3. Der Gedanke der Rechtssicherheit

Der Gedanke der Rechtssicherheit wird am häufigsten als Begründung des Rückwirkungsverbots genannt. Dies folge, so wird argumentiert, daraus, daß Regelungen, die einen Sachverhalt in abschließender Form geordnet hätten, nicht nachträglich in einer die Rechtsstellung des Bürgers verschlechternden Weise verändert werden dürften[35]. Die Rechtssicherheit stelle sich als wesentliches Element des Rechtsstaatsprinzip dar und solle die Vorhersehbarkeit staatlicher Entscheidungen sichern[36]. Im Hinblick auf seine Rechtssicherheit soll der Bürger vor der Gefahr geschützt werden, daß der Gesetzgeber angesichts konkreter Fälle willkürlich ad-hoc-Entscheidungen treffe[37], die allzu leicht von der Erregung über den Einzelfall diktiert sein könnten und sich später bei distanzierter Beurteilung als übermäßig hart erwiesen[38]. Ein Rückwirkungsverbot in diesem Sinne soll also die Gerechtigkeit wahren. Ähnlich wie bei der Argumentation mit dem Schuldprinzip kann die Rechtssicherheit keine ausreichende Begründung des Rückwirkungsverbots liefern. Das Rückwirkungsverbot kann nicht (allein) bedeuten, den einzelnen Täter vor überraschender Bestrafung zu bewahren[39]. Der Nulla poena sine lege-Grundsatz verbietet nicht, einen Täter mit Strafe zu überraschen, der seine Tat nicht für strafbar, ja nicht einmal für rechtswidrig gehalten hat oder sich auf eine zur Zeit der Tat herrschende Auslegung oder Behördenpraxis verlassen hat, die die Handlung als straflos ansah[40]. Auf das Bewußtsein der Strafbarkeit kommt es demnach nicht an. Trotz allem steckt in dem Argument der Rechtssicherheit ein Stück der Begründung des Rückwirkungsverbots, wie noch zu zeigen sein wird. Auch der Gedanke der Gewaltenteilung vermag das Rückwirkungsverbot nicht zu begründen. Das Rückwirkungsverbot, so wird argumentiert, soll dabei Übergriffe auf das Gebiet der Justiz verhindern[41]. Rückwirkende Gesetze würden immer auf abgeschlossene Sachverhalte zugreifen und seien damit immer ein Eingriff in die Prärogative der Justiz[42]. Umgekehrt besitze nur die Volksvertretung als Träger der Staatsgewalt die Legitimation, über Tat und Täter ein

35 Siehe BVerfGE zu steuerrechtlichen Fragen: 13, S. 261, 271; 18, S. 429, 439; zum Ruckwirkungsverbot in strafrechtlicher Hinsicht: 25, S. 285, 295; 37, S. 201, 207; 81, S. 132, 135; Krey, Volker, (Fn. 2), Keine Strafe, Rdnr. 126; auch Maunz/Durig/*Schmidt-Aßmann E.*, GG (Fn. 21), Rdnr. 236 zu Art. 103 II; Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch (Fn. 26), § 15 IV Nr. 1; Polakiewicz, Jorg, EuGRZ 1992, S. 177, 188; Luderssen, Klaus, Staat geht unter (Fn. 17), S. 31; Schunemann, Bernd, Nulla poena (Fn. 26), S. 16.

36 *Schmidt-Aßmann,* in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hg.), Handbuch des Staatsrechts Band 1, Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg 1987, § 24 Rdnr. 81; auch darstellend: Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (Fn. 3), S. 213 f.

37 Systematischer Kommentar zum StGB, (Hg. Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckard/Samson, Erich)-*Rudolphi, Hans-Joachim*, Band I, AT, (6. Aufl.), 22. Lieferung (Sep. 1993), Neuwied, Kriftel, Berlin, Rdnr. 7 zu § 1 StGB.

38 Grunwald, Gerald, ZStW 76, S. 1, 14 u. 17; Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch (Fn. 26), § 15 IV Nr. 1; Pieroth, Bodo, VVDStRL 51, S. 102; Trondle, Herbert, Ruckwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel?, in: FS fur Eduard Dreher, (Hg. Jescheck, Hans-Heinrich/Luttger, Hans), Berlin, New York 1977, S. 117, 134; Schroeder, Friedrich-Christian, JZ 1992, S. 990, 992.

39 So Grunwald, Gerald, ZStW 76, S. 1, 12 f.; ders., Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip, in: FS fur Arthur Kaufmann zum 70. Geb., (Hg. Haft, Fritjof/Hassemer, Wilfried/Neumann, Ulfried/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich), Heidelberg 1993, S. 433, 435 u. 436; auch Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (Fn. 3), S. 213 ff.; a. A. Klug, Ulrich, JZ 1965, S. 149, 151.

40 Wimmer, August, SJZ 1947, Sp. 123, 125.

41 Siehe Schunemann, Bernd, Nulla poena (Fn. 26), S. 24.

42 Schunemann, Bernd, Ungeloste Probleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten, in: FS fur Hans-Jurgen Bruns zum 70 Geb., (Hg. Frisch, Wolfgang/Schmidt, Werner), Koln, Berlin, Bonn, Munchen 1978, S. 223, 232.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Unwerturteil zu fällen und dieses Urteil zu positivieren[43]. Das Rückwirkungsverbot wende sich demnach gegen Einzelfallgesetze und sei daher eine Erscheinung der Gewaltenteilung[44]. Die Gewaltenteilung sagt indes nur etwas über das Verhältnis der verschiedenen Gewalten zueinander – also über die Aufteilung der Gewalt im Staate – aus[45].

4.4. Die Beschränkung der Machthaber als Sinn und Zweck des Rückwirkungsverbots

Sinn und Zweck des Rückwirkungsverbots müssen sich aus seiner Entwicklung und Funktion ergeben. Die Wurzel des Rückwirkungsverbots liegt dabei, wie bereits dargestellt, in der Zeit der Aufklärung. Das Rückwirkungsverbot ist ein Teil der Bindung und Beschränkung der staatlichen Gewalt – es ist die Reaktion gegen strafgesetzliche Ungebundenheit und strafpraktische Willkür in (nicht nur) absolutistischer Zeit[46]. Der ursprünglich gegen die Willkür der Richter gewandte Satz »nulla poena sine lege« ist also als Begrenzung der Macht des Gesetzgebers im Interesse der Freiheit anerkannt[47]. Durch rückwirkende Strafvorschriften erweitert der Staat seine Kompetenzen und handelt dem Gesellschaftsvertrag zuwider, da er die Freiheit des einzelnen rechtswidrig einschränken würde[48]. Das Rückwirkungsverbot ist eine der wichtigsten Barrieren gegen ein den Menschen unterjochendes Recht[49]. Der nulla poena sine lege-Grundsatz bietet die Möglichkeit, die Strafrechtspflege des Staats in vernünftigen Grenzen zu halten und der Gefahr entgegenzuwirken, das Recht als wirkungsvolles Beugemittel in den Händen der Mächtigen zu einem bloßen Unterdrückungsmittel werden zu lassen[50]. Liszt nennt das Rückwirkungsverbot das »Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt und Kraft dieses Grundsatzes soll das Strafgesetzbuch die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik sein«[51]. Anliegen jenes Prinzips ist, den Bürger vor einer staatlichen Strafgewalt zu bewahren, die schrankenlos allen wirklichen oder vermeintlichen kriminalpolitischen Strafbedürfnissen nachgehen könnte[52]. Der Schutz vor Willkür des Gesetzgebers ist dabei die objektiv-rechtliche Komponente des Rückwirkungsverbots. Der objektiven Begrenzung der Staatsgewalt steht entsprechend auf der subjektiven Seite das Vertrauen der Bürger auf Rechtssicherheit gegenüber, die »tranquillité d'esprit«,

43 Grunwald spricht daher von einem demokratischen Grundsatz, in: ZStW 76, S. 1, 13; auch Mangakis, Georgios Alexandros, ZStW 81, S. 997, 1003.

44 So Grunwald, Gerald, ZStW 76, S. 1, 17, der diese Meinung allerdings revidiert und sich falsch verstanden fuhlt, siehe in: FS Kaufmann (Fn. 39), S. 433, 436 Fußn. 9.

45 So zurecht: Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (Fn. 3), S. 219 u. auch Schockel, Gerhard, Entwicklung (Fn. 3), S. 74.

46 Siehe Wimmer, August, SJZ 1947, Sp. 123, 124; auch: Laage, Clea, Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945, KJ 1989, S. 409, 428; i. d. Sinne auch Naucke, Wolfgang, Die Mißachtung des strafrechtlichen Ruckwirkungsverbots, in: FS für Helmut Coing zum 70. Geb., Europaisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Band I, (Hg. Horn, Norbert), Munchen 1982, S. 225, 246.

47 Coing, Helmut, SJZ 1947, Sp. 61, 63; auch Baumann, Jurgen, Aufstand (Fn. 34), S. 11 u. 12; Binding, Karl, Handbuch (Fn. 29), S. 21 f.; Arndt, Adolf, JZ 1965, S. 144, 148; Krey, Volker, Keine Strafe (Fn. 2), Rdnr. 127; Widmaier, Gunter, NJW 1991, S. 2460, 2463; Schockel, Gerhard, Entwicklung (Fn. 3), S. 74; Grunwald, Gerald, in: FS Kaufmann (Fn. 39), S. 433, 436 u. 444.

48 Schreiber, Hans-Ludwig, ZStW 80, S. 348, 363 u. 364; in Beziehung zur Verlangerung der Verjahrungsfrist fur NS-Verbrechen siehe Baumann, Jurgen, Aufstand (Fn. 34), S. 14 u. 15.

49 So Odersky, Walter, Die Rolle des Strafrechts bei der Bewaltigung politischen Unrechts, Heidelberg 1992, S. 33.

50 So Mangakis, Georgios-Alexandros, ZStW 81, S. 997, 1000.

51 Bei Polakiewicz, Jörg, EuGRZ 1992, S. 117, S. 190; Schunemann, Bernd, Nulla poena (Fn. 26), S. 1.

52 Krey, Volker, Keine Strafe (Fn. 2), Rdnr. 137.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

von der Montesquieu spricht[53]. Es geht beim Rückwirkungsverbot jedenfalls nicht primär um die vorherige Kenntnis der Tatbewertung, sondern um eine objektive innere Begrenzung der staatlichen Strafgewalt[54].

5. Das Rückwirkungsverbot und Gerechtigkeit

Im Zuge der Entwicklung vom formellen zum materiellen Rechtsstaat, der die Wertungsfreiheit des bürgerlich-liberalen Rechtsstaatsbegriffs ablehnt und seine Aufgabe nicht mehr nur als Auftrag zur Begrenzung der Staatsgewalt begreift, sondern auch die Gewährleistung staatlichen Handelns sichern soll, tritt das Gebot der Gerechtigkeit neben die formalen Inhalte des Rechtsstaatsprinzips (und damit auch neben das Rückwirkungsverbot)[55]. Das Rückwirkungsverbot gilt nicht mehr uneingeschränkt.

Exemplarisch für die Einbrüche sind die vom Gesetzgeber zweimal angeordnete rückwirkende Verlängerung der strafrechtlichen Verjährungsfristen[56], die vom Großen Senat des Bundesgerichtshofes praktizierte retroaktive Substitution zweier Raubqualifikationen[57] oder die länger anhaltende Diskussion um die Probleme der rückwirkenden Rechtsprechung[58]. Dabei wird unter Hinweis auf den Wortlaut des Art. 103 II GG, aus Flexibilitätserfordernissen und dem ausreichenden Schutz des Bürgers durch § 17 StGB die Rechtsprechung dem Rückwirkungsverbot nicht unterworfen[59]. Auch für Maßregeln[60] und für prozeßrechtliche Vorschriften[61] soll das Rückwirkungsverbot nicht gelten. Selbst im strafrechtlichen Bereich ist das Rückwirkungsverbot demnach längst nicht so gefestigt, wie das Art. 103 II GG suggerieren mag: wesensgemäß wird die tatsächliche Geltung des Prinzips oft bei Bedarf aufgehoben, während es aber formell, d. h. ausgehöhlt von seiner Garantiefunktion, beibehalten wird. Während also die gesetzliche Niederschrift unberührt gelassen wird, wird es dennoch seiner Schutzfunktion beraubt[62]. Das Rückwirkungsverbot hat sich ständig zu verteidigen, wenn es mit der Gerechtigkeitsidee oder »politischen Bedürfnissen« kollidiert[63].

53 Schreiber, Hans-Ludwig, JZ 1973, S. 713, 715; Pieroth, Bodo, VVDStRL 51, S. 102; Schunemann, Bernd, Nulla poena (Fn. 26), S. 16.

54 Schreiber, Hans-Ludwig, ZStW 80, S. 348, 363; ders., Gesetz und Richter (Fn. 3), S. 211 u. 219; diese Feststellung widerspricht der vom BVerfG gegebenen Begrundung, das Rückwirkungsverbot sei in den Gedanken der Rechtssicherheit und des Schuldprinzips verankert, und belegt die Notwendigkeit, daß auch Strafrechtler im BVerfG durchaus nicht fehl am Platze waren.

55 Dazu: HbdStR-*Schmidt-Aßmann E.* (Fn. 36), § 24, Rdnr. 1; Benda, Ernst, Verjahrung und Rechtsstaat, Berlin 1965, S. 9, 10 u. 13 sowie Wimmer, August, SJZ 1947, Sp. 123, 128.

56 Siehe das Gesetz uber die Berechnung strafrechtlicher Verjahrungsfristen v. 13. 4. 1965 (BGBl. I S. 315) sowie Art. 3 des 9. StAG v. 4. 8. 1969 (BGBl. I S. 1065).

57 BGHSt 26, 167 ff.

58 Dazu: Schunemann, Bernd, Nulla poena (Fn. 26), S. 6; auch Naucke, Wolfgang, Zum Gesetzlichkeitsprinzip und seinen Einbruchen in: KritV 1990, S. 244, 252 f.

59 Maunz/Dürig-*Schmidt-Aßmann E.*, GG (Fn. 21), Rdnr. 240 zu Art. 103 II GG; SK-*Rudolphi, Hans-Joachim*, (Fn. 37), Rdnr. 8 zu § 1 StGB; Schunemann, Bernd, in: FS Bruns (Fn. 42), S. 223, 234; a. A. Polakiewicz, Jorg EuGRZ 1992, S. 177, 188; problematisierend auch: Schonke/Schroder-*Eser*, StGB (Fn. 31), Rdnr. 8 zu § 2 StGB.

60 Dazu: Krey, Volker, Keine Strafe (Fn. 2), Rdnrn. 11 ff.

61 Siehe BVerfGE 1, S. 418, 423; 25, S. 269, 286 f.; BVerfG in: NJW 1992, S. 223; Schonke/Schroder-*Eser*, StGB (Fn. 31), Rdnr. 6 zu § 2 StGB; SK-*Rudolphi, Hans-Joachim*, (Fn. 37), Rdnr. 10 zu § 1 StGB; Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch (Fn. 26), § 15 IV Nr. 4; Maunz/Durig-*Schmidt-Aßmann E.*, GG (Fn. 21), Rdnr. 245 zu Art. 103 II GG; a. A. aber: Schunemann, Bernd, Nulla poena (Fn. 26), S. 25 f.; Baumann, Jurgen, Aufstand (Fn. 34), S. 14 f. sowie Arndt, Adolf, JZ 1965, S. 144, 148.

62 So Mangakis, Georgios-Alexandros, ZStW 81, S. 997, 999.

63 Naucke, Wolfgang, Mißachtung (Fn. 46), S. 225, 239. In diesem Zusammenhang ist an das Verhaltnis der Nationalsozialisten zum Ruckwirkungsverbot zu erinnern. Das Prinzip wurde zwar grundsatzlich aufrechterhalten, soweit es den Machthabern aber zweckmäßig erschien, also eine Bestrafung gem. § 2 StGB erwünscht war (»Kein Verbrechen ohne Strafe«), wurden strafrechtliche Gesetze mit Ruckwirkung be-

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die Gerechtigkeit soll dem Rückwirkungsverbot vorgehen, wenn die Abwägung der beiden Prinzipien ergibt, daß es in Ausnahmefällen erträglicher ist, formale Prinzipien hintanzustellen, als die Gerechtigkeit in unerträglicher Weise leiden zu lassen[64]. Dabei soll die Gerechtigkeit zu bevorzugen sein, wenn die Taten besonders zahlreich, schwer oder gefährlich waren oder sonst kriminalpolitische Gründe, z. B. die unvorhergesehene Entwicklung der Kriminalität mit auf der Waagschale liegen[65]. Es ist also fraglich, ob den Machthabern eines Unrechtsstaates aus Gerechtigkeitsgründen der Schutz des Rückwirkungsverbots entzogen werden sollte. Es ist indes abzulehnen, das Rückwirkungsverbot als rechtsstaatliche Verfassungsnorm durch das Rechtsgefühl zu überrollen[66], denn rückwirkende Gesetze erweitern die Kompetenzen des Staates[67]. Es würde dem Sinn des Rückwirkungsverbots widersprechen, wenn man dem Gesetzgeber zugestehen würde, jenes Prinzip außer Kraft zu setzen, das den Bürger vor ihm schützen soll. Der Gesetzgeber hätte die Wahl, von der prinzipiellen Rückwirkung Ausnahmen zu machen, wenn es ihm zweckmäßig erscheint; es genügte die Rückwirkung nach Bedürfnis[68]. Eine effektive Verbrechensverhütung könnte das Rückwirkungsverbot außer Kraft setzen[69]. Das Klima des jeweiligen Systems entschiede darüber, ob das Rückwirkungsverbot respektiert würde oder nicht; das Rückwirkungsverbot würde das Schicksal des jeweiligen politischen Systems teilen[70]. Das Nulla poena-Prinzip ist aber nicht nur lediglich zweckmäßig und rechtspolitisch sinnvoll: es setzt als Teil der Gesetzlichkeit und damit als Teil des geschlossenen Staatsvertrages dem jeweiligen politischen System Grenzen. Es entstünde die Gefahr, daß ein Einfallstor für den Staat geschaffen würde, um mit Zweckmäßigkeitserwägungen das Rückwirkungsverbot zu umgehen. Eine Abwägung ist auch gar nicht möglich: Die Verfassung hat dem Gesetzgeber die Wahl zwischen Rückwirkungsverbot und materieller Gerechtigkeit durch Art. 103 II GG abgenommen[71]. Eine strikte Anwendung des Rückwirkungsverbots bringt zwar empfindliche Einbußen an Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit: dieser Preis ist aber zu bezahlen[72]. Das Rückwirkungsverbot ist vom Staat auch bei der Beurteilung eines untergegangenen Unrechtssystems absolut zu beachten. Eine Umgehung des Nulla poena-Prinzips aus Gerechtigkeitsgründen ist nicht wünschenswert, um das Recht nicht zu Wachs in den Händen der Mächtigen werden zu lassen.

legt. Die erste Durchbrechung des Rückwirkungsverbots war die sogenannte »lex van der Lubbe« vom 29. 3. 1933, mit dem rückwirkend die Todesstrafe für Brandstiftung eingeführt wurde. Zu weiteren rückwirkenden Gesetzen siehe: Krey, Volker, Keine Strafe (Fn. 2), Rdnr. 29; Schmidthäuser, Eberhard, Lehrbuch des Strafrechts, AT, (4. Aufl.), Berlin 1988, S. 59 und näher auch: Naucke, Wolfgang, Mißachtung (Fn. 46), S. 225, 227 ff.

64 Dafür plädiert: Benda, Ernst, Verjährung (Fn. 55), S. 10 f. u. 13; siehe auch: Fiedler, Wilfried, VVDStRL 51, S. 147; Radbruch, Gustav, SJZ 1946; Sp. 104, 107.

65 Wimmer, August, SJZ 1947, Sp. 123, 128.

66 So auch: Pieroth, Bodo, VVDStRL 51, S. 104 und 168.

67 Siehe 4.4.; a. A. allerdings: Benda, Ernst, Verjährung (Fn. 55), S 22.

68 Naucke, Wolfgang, Mißachtung (Fn. 46), S. 225, 236.

69 Naucke, Wolfgang, Mißachtung (Fn. 46), S. 225, 239.

70 Naucke, Wolfgang, Mißachtung (Fn. 46), S. 225, 244

71 Schreiber, Hans-Ludwig, ZStW 80, S. 348, 367; i d. Sinne auch: Schunemann, Bernd, Nulla poena (Fn. 26), S. 26; zum im übrigen unbestimmten Gerechtigkeitsbegriff siehe: Ruthers, Bernd, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit – Defizite eines Begriffs, Osnabrück 1991, S. 136 ff.

72 So: Schreiber, Hans-Ludwig, ZStW 80, S. 348, 368.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Wenngleich das Rückwirkungsverbot einen absoluten Geltungsrang beanspruchen muß, wenn es den Bürger vor dem Staat schützen soll, so bleibt doch noch offen, ob es von seiner Teleologie her begrenzt werden kann, ob also auch die Staatsträger mitsamt Komparsen in seinen Anwendungsbereich fallen.

Von Sinn und Zweck des Rückwirkungsverbots her ist nun zu bestimmen, ob sich die Mächtigen als »Träger des Staates« nach ihrer Ablösung auf das Prinzip berufen können und damit eine strafrechtliche Privilegierung genießen. Wie bereits aufgezeigt, ergibt sich aus der Geschichte des Nulla Poena-Prinzips, daß das Rückwirkungsverbot die Bürger vor der Willkür des Staates, der Obrigkeit schützt. Es kann nicht angehen, daß sich die Mächtigen also auf genau jenes Instrument stützen, das die Unterworfenen vor ihnen, den Mächtigen schützen soll[73]. Es hat sich gezeigt, daß es der Gesetzesstaat nicht vermocht hat, die Macht des autoritären Gesetzgebers zu beschränken, also das Prinzeps legibus solutus-Prinzip zu überwinden. Ein derartiger Gesetzgeber hat die Gesetze als Beschränkung akzeptiert, sich aber gleichzeitig die Macht gesichert, über die Grenzen seiner eigenen Beschränkung zu bestimmen. Der Machthaber nutzt also die Gesetze, um seine Macht *nicht* zu beschränken. Den Schutz des Rückwirkungsverbots für den Machthaber anzuerkennen würde, zu dem perfiden Ergebnis führen, den Gesetzgeber vor der Ahndung seiner rechtsförmigen Straftaten zu schützen. Das Rückwirkungsverbot würde den politischen Machthaber vor seiner eigenen Willkür bewahren[74]. Der Einwand unter Hinweis auf das Rückwirkungsverbot ist daher auch wegen des Grundsatzes des »venire contra factum proprium« unzulässig. Nun wird von einigen Autoren eingewandt, daß diejenigen, die wegen früherer Regierungs- und Justizakte mit strafrechtlicher Verfolgung rechnen müssen, nunmehr den Status von Bürgern hätten, die sich jetzt dem Staat gegenübersehen, der seinerseits das Rückwirkungsverbot respektieren müsse[75]. Diese Position übersieht, daß zur Zeit der Handlung der Mächtige dem Bürger als Staatsträger gegenüberstand, er also nicht als Rechtsunterworfener, sondern als »Herr« über die Rechtsunterworfenen handelte[76]. Wenn ein Staat für sich in Anspruch nimmt, rechtmäßig zu handeln, dann nur aufgrund des Staatsvertrages, also aufgrund des Paktes zwischen Bürger und Mächtigem. Der Mächtige kann nicht nachher von diesem Vertrag zurücktreten und ihn als obsolet betrachten. An diesem Vertrag muß sich jede der »Vertragsparteien« festhalten lassen. Der Mächtige ist und bleibt Urheber, aber nicht Adressat der Gesetze. Eine Wandlung vom Mächtigen zum Bürger ist somit nicht mehr möglich. Die Begrenzung des Rückwirkungsverbots von dessen Teleologie her ergibt, daß sich die Vertreter des Staates, weil das Rückwirkungsverbot seinem Ursprung nach gerade vor Willkürakten des Staates schützen soll, nicht darauf berufen können[77]. Das Rückwirkungsverbot wird bei der Bestrafung von Vertretern des Staates nicht außer Kraft gesetzt; vielmehr ist es mangels einschlägigem Gegenstandsbereich von vornherein nicht anwendbar[78].

73 So auch: Schunemann, Bernd, Diskussionsbericht in: Lampe (Fn. 17), S. 48; Laage, Clea, KJ 1989, S. 409, 428; OGHSt 2, S. 375, 380.
74 I. d. Sinne auch: OGHSt 2, S. 375, 380.
75 Diesen Einwand bringt Luderssen, Klaus, Der Staat geht unter (Fn. 17), S. 67.
76 So zurecht: Schunemann, Bernd, Diskussionsbericht in: Lampe (Fn. 17), S. 77, 81.
77 Auch: Schünemann, Bernd, Diskussionsbericht in: Lampe (Fn. 17), S. 47, 48.
78 Diese Feststellung trifft auch Schunemann, Bernd, Diskussionsbericht in: Lampe (Fn. 17), S. 77, 81.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Das Rückwirkungsverbot steht einer rückwirkenden Bestrafung von Vertretern eines Unrechtsstaates demnach nicht im Wege, fraglich bleibt aber, ob die politisch Verantwortlichen überhaupt zur Verantwortung gezogen werden können. »Der Gesetzgeber ist selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden als diejenigen, die er sich in der Verfassung oder anderen Gesetzen gezogen hat[79]«. Auf der Linie dieser Urteile gibt es Vertreter der Meinung, daß es keine immanente Grenze für die Rechtssetzungsmacht gebe. Das Schaffen von Recht sei, so wird argumentiert, auch wenn es unmenschlich sei und gegen fundamentale Menschenrechte verstoße, rechtmäßig und somit auch straflos. So vertritt *Jakobs*[80] die Meinung, die Rechtsordnungen des Dritten Reiches und der DDR müßten als faktisch gelebte Verfassungen akzeptiert werden[81]. Eine Bestrafung der Verantwortlichen von Unrechtsstaaten sei ohne die Suspensierung des Rückwirkungsverbots somit nicht möglich[82]. Eine abgeschwächtere Form des Rechtspositivismus vertritt *Lüderssen*, der den Unrechtsstaat beim Wort nehmen will, und im Gegensatz zu *Jakobs* und *Isensee* zumindest vom Unrechtsstaat eine im innerstaatlichen Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß zustande gekommene Positivierung seiner Normen fordert[83].

Im Endeffekt läuft auch diese Meinung auf eine Anerkennung der unumschränkten Rechtssetzungsbefugnis der Machthaber hinaus, soweit eine korrekte Positivierung stattgefunden hat. Eine Ordnung, ein Naturrechtsbereich, der der Rechtssetzungsbefugnis den politisch Verantwortlichen Schranken setzt, wird bestritten[84]. Dabei wird argumentiert, daß die Naturrechtsgedanken zu emotional seien und daher Täuschungen unterlägen, vom Subjektiven nicht getrennt werden könnten und nur eine beschränkte Gewähr von Richtigkeit böten[85]. Es wird darauf verwiesen, daß es eine Vielzahl von Naturrechtssystemen mit inhaltlich vielfältigen naturrechtlichen Wertungen gebe[86]. Auch auf die Unmöglichkeit juristischer Praktikabilität und den nicht ausräumbaren Ideologieverdacht wird verwiesen[87]. Unter Hinweis auf die streng positivrechtlichen Bahnen, die den Rechtsstaat triumphieren lassen sollen, wird also die Rechtssetzungsbefugnis der Machthaber unumschränkt akzeptiert und ein Naturrecht als Schranke verworfen. Konsequenz dieser Gedankengänge: Diktatoren würde freie Hand gelassen, souveräne Staaten zu schaffen und mit den ihnen unterworfenen Menschen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu verfahren, wie sie

79 RGZ 118, S. 325, 327; BGHZ 5, S. 76, 96.

80 Zu seiner Position siehe: Jakobs, Gunther, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? – Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, in: Vergangenheitsbewältigung durch Recht, (Hrsg. Isensee, Josef/Battis, Ulrich/Jakobs, Gunther/Jesse, Eckhard), Berlin 1992, S. 37 ff. Die gleiche Position vertritt Isensee, Josef in: VVDStRL 51, S. 135 ff. sowie in: Der deutsche Rechtsstaat vor seinem unrechtsstaatlichen Erbe, in: Vergangenheitsbewältigung durch Recht, (Hrsg. Isensee, Josef/Battis, Ulrich/Jakobs, Gunther/Jesse, Eckhard), Berlin 1992, S. 91 f.

81 Jakobs, Gunther, Vergangenheitsbewältigung (Fn. 80), S. 37, 44; auch: Pieroth, Bodo, VVDStRL 51, S. 96 und Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, (2. Aufl.), Wien 1960, S. 42

82 So Jakobs, Gunther, Vergangenheitsbewältigung (Fn. 80), S. 37, 48; Isensee, Josef, VVDStRL 51, S. 135 f.

83 Luderssen, Klaus, Der Staat geht unter (Fn. 17), S. 33, 64 und 70 f., bezüglich des DDR-Unrechts; so auch: Pieroth, Bodo, VVDStRL 51, S. 98; i. d. Sinne auch Schunemann, Bernd bzgl. des NS-Reiches, in: FS Bruns (Fn. 42), S. 223, 227.

84 Schunemann, Bernd, in: FS Bruns (Fn. 42), S. 223, 226.

85 Darstellend: Evers, Hans-Ulrich, JZ 1961, S. 241, 245.

86 Darauf verweist: Amelung, Knut, JuS 1993, S. 637, 640; Kelsen, Hans, Rechtslehre (Fn. 81), S. 442; zu dieser Problematik auch: Ruthers, Bernd, Das Ungerechte (Fn. 71), S. 138 ff.

87 Pieroth, Bodo, VVDStRL 51, S. 103; Kaufmann, Arthur verweist auf die Zeitgebundenheit des Naturrechts, Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre – und was daraus geworden ist, in: FS für Sten Gagné zum 70. Geb. (Hg.: Michael Stolleis u. a.), Die Bedeutung der Worter, München 1991, S. 105, 111.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

wollen[88]. Sie könnten Rechtsbegriffe mit beliebigen Inhalten ausfüllen[89]. Nach dem Verlust ihrer Macht wäre eine Strafbarkeit aufgrund des Rückwirkungsverbots nicht möglich[90].

8. »Naturrecht« als Schranke der Staatsgewalt

Die Rechtsprechung der Nachkriegsjahre, die (anfangs) anhand des KRG Nr. 10 zu dem Problem der NS-Verbrechen Stellung beziehen mußte, verneinte nach den Erfahrungen mit dem Dritten Reich die unumschränkte Rechtssetzungsbefugnis der politischen Machthaber[91]. So stellte der BGH fest, daß obrigkeitliche Anordnungen, die Gerechtigkeit nicht einmal anstrebten, den Gedanken der Gleichheit bewußt verleugnen würden und allen Kulturvölkern gemeinsame Rechtsüberzeugungen von Wert und Würde der menschlichen Persönlichkeit gröblich mißachteten, kein Recht schaffen würden und ein ihnen entsprechendes Verhalten Unrecht bliebe[92]. »Die Freiheit eines Staates, für seinen Bereich darüber zu bestimmen, was Recht und was Unrecht sein soll, mag noch so weit bemessen werden, sie ist doch nicht unbeschränkt. Es gibt einen Kernbereich des Rechts, der nach allgemeiner Rechtsüberzeugung von keinem Gesetz und keiner anderen obrigkeitlichen Maßnahme verletzt werden darf. Er umfaßt bestimmte als unantastbar angesehene Grundsätze des menschlichen Verhaltens, die sich bei allen Kulturvölkern auf dem Boden übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen im Laufe der Zeit herausgebildet haben und die als rechtlich verbindlich gelten, gleichgültig, ob einzelne Vorschriften nationaler Rechtsordnungen es zu gestatten scheinen, sie zu mißachten[93].« Dem ist unter Einschränkungen zuzustimmen. Die Position der Rechtsprechung ist dahingehend zu modifizieren, daß das Naturrecht kraft objektiver Setzung aus sich selbst heraus und nicht kraft subjektiver Meinung und Anerkennung der Rechtsunterworfenen gültig ist[94]. In der Folge hat sich der Große Senat des BGH allerdings zu dieser objektiven Begründung hingewandt[95]. Die naturrechtlichen Sätze geben die Umrisse einer rechtlichen Urordnung an und stecken gewissermaßen die äußersten Grenzen ab, die die positiven Rechtsordnungen nicht überschreiten dürfen[96]. Der an die Naturrechtssätze gerichtete Vorwurf der Unbestimmtheit sticht nicht. Es ist zwar zuzugeben, daß es problematisch ist, allgemeingültiges Naturrecht inhaltlich genau zu konkretisieren[97]. Gleichwohl lassen sich sehr wohl Grundsätze finden, die dem Individuum unumschränkt zustehen. Konkret gehören dazu mit Bestimmtheit der Gleichheitssatz, die elementaren Grund- und Freiheitsrechte, die sich auf die

88 So Hruschka, Joachim, JZ 1992, S. 665, 667.

89 Ebenda; dies ist auch die These Kelsens, wonach über die Inhalte des Rechts allein die Politik befindet.

90 Isensee, Josef, Rechtsstaat (Fn. 80), S. 91, 108; ders., VVDStRL 51, S. 135 f.; Jakobs, Gunther, Vergangenheitsbewältigung (Fn. 80), S. 37, 53 f.; ders., Strafrecht AT, (2. Aufl.), Berlin, New York 1991, S. 121; Polakiewicz, Jörg, EuGRZ 1992, S. 177, 190; Schunemann, Bernd, in: FS Bruns (Fn. 42), S. 223, 226; Luderssen, Klaus, Staat geht unter (Fn. 17), S. 116; Herdegen, Matthias, VVDStRL 51, S. 140; Grunwald, Gerald, in Diskussionsbericht in: Lampe (Fn. 17), S. 47, 49 f.

91 Kaufmann nennt diese Zeit die Zeit der »Naturrechtsrenaissance«, in: FS Gagné (Fn. 87), S. 105 ff.

92 BGHSt 2, S. 173, 177; 2, S. 234, 238 f.; BGHZ 3, S. 94, 106/107; vgl. auch zu Tötungen in staatlicher Regie: OGHSt 1, S. 321, 324; und zur Würde und Menschlichkeit eines jeden Einzelnen: OGHSt 2, S. 269, 271.

93 BGHSt 2, S. 234, 237; so auch jüngst der BGH im 1. Mauerschützenurteil, in: NJW 1993, S. 141, 144 f.

94 So auch: Weinkauff, Hermann, NJW 1960, S. 1689, 1691.

95 BGHSt (GrSStr) 6, S. 46, 52.

96 Weinkauff, Hermann, NJW 1960, S. 1689, 1690; Starck, Christian, VVDStRL 51, S. 13; auch: BGH in: NJW 1993, S. 141, 145. Es sei hier daran erinnert, daß das Naturrecht keine Strafbarkeit begründet. So: Coing, Helmut, SJZ 1947, Sp. 61, 63; Alexy, Robert, VVDStRL 51, S. 133.

97 So die Bemängelung von Kaufmann, Arthur, in: FS Gagné (Fn. 87), S. 105, 114.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

menschliche Personenhaftigkeit gründen und aus ihr abzuleiten sind, und schließlich grundlegende Elemente des gesellschaftlichen Zusammenlebens[98]. Sie lassen sich auch aus internationalen Übereinkommen gewinnen: zu nennen sind z. B. das Recht auf Leben, Freiheit und Sicherheit (Art. 3 AEMR sowie Art. 6 und 9 IPBPR), der Anspruch auf öffentliche Verfahren vor unabhängigen Gerichten (Art. 10 AEMR sowie Art. 14 IPBPR), das Recht, das eigene Land zu verlassen (Art. 13 II AEMR sowie Art. 12 II IPBPR), oder auch der Schutz vor willkürlicher Beraubung von Eigentum (Art. 17 II AEMR), um nur einige zu nennen[99]. Diese Interpretation wird auch durch die Verfassung gestützt: dem Gesetzgeber ist es aufgrund von Art. 79 III GG versagt, die Art. 1 und 20 GG zu ändern; sie sind unantastbar. Die universalen, fundamentalen Menschenrechte sind auch dann zu achten, wenn sie nicht in positives innerstaatliches Recht transformiert sind[100]. Die gesamte Diskussion um die Frage, ob die von der DDR unterzeichneten, aber nicht in innerstaatliches Recht transformierten Pakte[101] als Bewertungsmaßstab heranzuziehen sind oder nicht, ist deshalb nicht für die Frage erheblich, ob die DDR gegen Menschenrechte verstieß[102]. Es gibt somit einen der Rechtssetzungsmacht vorgegebenen, unverrückbaren Kernbestand von Normen, der den Gesetzgeber immanent beschränkt[103]. Würde dem Gesetzgeber das Recht zugestanden, über jegliches Recht frei zu verfügen, dann würde man dem politischen Machthaber genau jenes Privileg des Princeps zubilligen, das man ihm durch die Gesetze nehmen wollte. Die Macht, gesetzliches Unrecht zu erlassen, ist nichts weiter als die moderne Form des Princeps legibus solutus. Hier wird noch einmal die Funktion des Rückwirkungsverbots deutlich: Die Anwendung des Nulla poena-Prinzips würde es dem Machthaber zugestehen, sich von den Gesetzen durch das Setzen von Unrecht zu befreien und dies auch straflos zu tun. Es gibt Recht, über das der Staat nicht verfügen und dessen Geltung er sich auch durch seine eigene Gesetzgebung nicht entledigen kann[104]. Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der für das Handeln des Staates Verantwortlichen ist uneingeschränkt zu bejahen. Es fällt auch in die Zuständigkeit des Strafrechts, das Versagen von Machthabern zu beurteilen und zu sanktionieren[105]. Das rechtsstaatliche Strafrecht muß ein Strafrecht sein, das sich gegen jene Mächtigen richtet, »die im großen Stil Menschen als Material ihrer Politik verbraucht haben«[106]. Nur das Strafrecht kann das Manko der Tatsache ausgleichen, daß die Protagonisten der Politik sich nicht selbst durch das Schaffen

98 Siehe: Weinkauff, Hermann, NJW 1960, S. 1689, 1690, 1692 u. 1693; zu den Inhalten auch: Starck, Christian, VVDStRL 51, S. 15. Hier sei an die Rechtsfindung im römischen Reich erinnert, wo das Recht als bereits existierend betrachtet und demnach nur noch »gefunden« wurde.

99 Folgerichtig prüft der BGH im 1. Mauerschützenprozeß anhand der internationalen Menschenrechtspakte den Verstoß der DDR-Gesetze gegen die Menschenrechte und bejaht diesen, in: NJW 1993, S. 141, 145 ff.

100 So auch: Wassermann, Rudolf, RuP 1992, S. 121, 125.

101 Zu nennen sind hier: die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte v. 10. 12. 1948, der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19. 12. 1966 oder die Schlußakte von Helsinki v. 1. 8. 1975.

102 So zurecht: Wassermann, Rudolf, RuP 1992, S. 121, 124; a. A. Amelung, Knut, JuS 1993, S. 637, 641 und Grünwald, Gerald, StV 1991, S. 31, 37.

103 Lampe, Ernst-Joachim, in: Lampe (Fn. 17), S. 23; Odersky, Walter, Rolle des Strafrechts (Fn. 49), S. 15 u. 16; Frommel, Monika, Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel, in: FS für Kaufmann (Fn. 46), S. 81, 89. Kant bezeichnet diesen Kernbestand als »natürliches Gesetz«, ohne das die beliebigen positiven Gesetze nicht verbindlich sind: Kant, Immanuel, Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Metaphysik der Sitten, Königsberg 1798, (2. Aufl.), in: Theorie-Werkausgabe Suhrkamp, Band VIII, Wiesbaden 1956, S. 331.

104 Klein, Eckhart, ZRP 1992, S. 208, 212; Perels, Joachim, KJ 1990, S. 472, 473.

105 A. A.: Isensee, Josef, VVDStRL 51, S. 136; Quaritsch, Helmut, VVDStRL 51, S. 129; Schulze-Fielitz, Helmuth, DVBl. 1991, S. 893, 897 und auch Zielcke, Andreas, KJ 1990, S. 460, 464 ff.

106 So Naucke, Wolfgang, KritV 1990, S. 244, 257; auch Schroeder, Friedrich-Christian, JZ 1992, S. 990, 992.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

strafrechtlicher Regeln Grenzen setzen und ihre Verantwortung eingestehen[107]. In dieser Funktion erfüllt das Strafrecht als Teil des Rechtsstaats seine Aufgabe, den Herrschenden um der Freiheit der Beherrschten willen Schranken zu ziehen und die Verantwortung derer, die die gescheiterte Politik und mißbrauchte Macht, die Menschenleben, Freiheit und Gesundheit gekostet hat, zu verantworten haben, einzufordern[108]. Das Rückwirkungsverbot auch den Machthabern und den sich auf diese Stützenden zuzugestehen, würde diese Funktion des Strafrechts unterlaufen. Das Strafrecht muß seinen Teil dazu beitragen, das Bewußtsein dafür zu schaffen, daß unmenschliche Politik »nicht in einem Freiraum geschieht, der gegen rechtliche und moralische Bewertungen immunisiert ist«[109]. Den Unrechtsregimen und auch den Rechtsunterworfenen muß gezeigt werden, daß auch eine tausendjährige Existenz ihrer Machtposition und die damit verbundene Freistellung von strafrechtlicher Verantwortung sie nicht mehr nach dem Verlust ihrer Macht schützt, daß also die Hoffnung der Täter auf die Unfähigkeit der Nachfolgeordnung zur strafrechtlichen Belangung fehlgeht[110]. Diese Unfähigkeit wäre gegeben, wenn den Mächtigen das Verteidigungsmittel des Rückwirkungsverbots in die Hand gegeben würde. So kann erreicht werden, daß die Ausübung von Macht strafrechtlich riskant ist[111]. Daß die Mühlen der Gerechtigkeit zwar nur langsam, aber dennoch mahlen[112], hat, angesichts der Diktaturen in aller Welt[113], gerade global betrachtet große Bedeutung.

9. Schlüsse der Untersuchung

Die Ausführungen haben gezeigt, daß man durch die teleologische Auslegung des Nulla poena-Grundsatzes zu einer Strafbarkeit der Machthaber gelangt, weil das Rückwirkungsverbot den Bürger vor dem Staat, nicht aber die Träger des Staates als Verantwortliche vor der strafrechtlichen Aufarbeitung im Nachfolgestaat schützt. Das Rückwirkungsverbot als Teil des rechtsstaatlichen Strafrechts und der Verfassung dient nicht dazu, die Entmachtung der Nachfolgeordnung bei der Strafverfolgung juristisch zu betreiben. Eine Ahndung von Verbrechen falscher Politiken ist ebenso möglich, da der Schaffung von Recht seitens des Staates durch einen naturrechtlichen Rahmen Grenzen gesetzt sind. Sowohl hinsichtlich des Nulla poena-Prinzips als auch hinsichtlich des Fakts, daß dem Staat Grenzen gesetzt sind, frei zu bestimmen, was Recht ist, muß auf den Staatsvertrag verwiesen werden: Bestimmte »Rechte« kann das Individuum nicht abgeben. Auch ohne »Blutrevolution« ist die Herstellung von Gerechtigkeit somit möglich[114].

10. Verfassungsänderung

Das Nulla poena-Prinzip beinhaltet zwei Komponenten. Die eine soll den Bürger vor dem Staat schützen. In dieser Hinsicht ist das Rückwirkungsverbot strikt vom Gesetzgeber zu beachten. Andererseits aber können sich die politisch Verantwortlichen nicht auf das Rückwirkungsverbot berufen, wenn sie nach dem Verlust ihrer

107 Naucke, Wolfgang, KritV 1990, S. 244, 247; ebenso Odersky, Walter, Rolle des Strafrechts (Fn. 49), S. 10.
108 Klein, Eckhart, ZRP 1992, S. 208, 212; Naucke, Wolfgang, KritV 1990, S. 244, 256; Schroeder, Friedrich-Christian, JZ 1992, S. 990, 992; Perels, Joachim, KJ 1990, S. 472.
109 Jager, Herbert, KJ 1990, S. 467, 471.
110 Schroeder, Friedrich-Christian, JZ 1992, S. 990, 992; Hruschka, Joachim, JZ 1992, S. 665, 668; i. d. Sinne auch Jager, Herbert, KJ 1990, S. 467, 469 f.
111 Naucke, Wolfgang, KritV 1990, S. 244, 257.
112 Schroeder, Friedrich-Christian, JZ 1992, S. 990, 993.
113 Siehe dazu: Zielcke, Andreas, KJ 1990, S. 460 ff.
114 A. A. Isensee, Josef, Rechtsstaat (Fn. 80), S. 91, 102 u. 103; ders., VVDStRL 51, S. 135.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Staatsführung zur Rechenschaft gezogen werden sollen. Hier liegt die innere Schranke des Art. 103 II GG. Auch wenn bereits dargelegt wurde, daß das Rückwirkungsverbot in seinem Geltungsbereich für die Mächtigen gar nicht einschlägig ist, wäre die rechtsstaatlich sauberste Lösung, eine Ausnahmeklausel in Art. 103 II GG im Sinne der EMRK oder des IPBPR zu schaffen[115]. Es wäre aber streng darauf zu achten, daß der Staat diese Verfassungsänderung nicht als Einfallstor nutzt, um seine Kompetenz gegenüber dem Bürger auszuweiten.

Joachim Perels
Amnestien für NS-Täter in der Bundesrepublik

Die Amnestie, das sanktionsfreie ›Vergessen‹ von Straftaten, das üblicherweise in eine allgemeine gesetzliche Form gegossen wird, ist – wie Otto Kirchheimer erkannte – zunächst nichts anderes als ein technisches Mittel, das unterschiedlichen politischen Zwecken dienen kann: der Konstituierung einer rechtsstaatlichen Demokratie wie der Errichtung einer Diktatur.[1]

Daß Amnestien zur Schaffung einer Demokratie beitragen können, zeigen eine Reihe markanter Beispiele. Mit der lange umkämpften und schließlich 1880 durchgesetzten Amnestie der Kommunekämpfer, die die aktiven Gegner jener konterrevolutionären Diktatur rehabilitierte, die für den Tod von 20 000 Menschen verantwortlich war, wurde ein Zeichen für die Legitimität einer demokratischen Ordnung gesetzt.[2] Auf einem ähnlichen Rechtfertigungszusammenhang beruhte die vom Rat der Volksbeauftragten am 12. November 1918 erlassene Amnestie für politische Straftaten (mit Ausnahme von Verbrechen).[3] Diese Amnestie, die den politischen Kampf gegen den Obrigkeitsstaat für straffrei erklärte, fungierte als Element der Gründung der ersten deutschen Demokratie. Das gleiche galt für die Amnestie des französischen Parlaments von 1951 mit Blick auf die von der Resistance zwischen Juni 1940 und Januar 1945 »im Interesse der Sache der Befreiung« begangenen Taten.[4] Die Amnestie fand ihre Begründung darin, daß die Kampfmittel der Resistance auf die Destabilisierung der deutschen Besatzungsdiktatur und die Wiederherstellung der demokratischen Republik gerichtet waren. In diesen Kontext gehörte schließlich das wenig bekannte Gesetz zur Wiedergutmachung des nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege, das 1946 in der amerikanischen Besatzungszone erlassen wurde. In dem Gesetz heißt es: »Politische Taten, durch die dem Nationalsozialismus oder Militarismus Widerstand geleistet wurde, sind nicht strafbar.«[5]

Umgekehrt tragen eine ganze Reihe von Amnestien zur Konstituierung einer Dikta-

115 So auch: Pieroth, Bodo, VVDStRL 51, S. 104; Isensee, Josef, VVDStRL 51, S. 136; ders., Rechtsstaat (Fn. 80), S. 91, 107; Schreiber, Hans-Ludwig, in: Lampe (Fn. 17), S. 53, 63, A. A. ist Krey, Volker, Keine Strafe (Fn. 2), Rdnr. 99, der den Satz »nullum crimen, nulla poena sine lege« in seinem Kern selbst für verfassungsändernde Gesetze unantastbar hält und dies mit seiner Verwurzelung im Demokratieprinzip, mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Gewaltenteilung und mit Art. 1 I GG begründet.

1 Vgl. O. Kirchheimer, Politische Justiz (1961), Neuwied 1965, S. 587, S 592, S. 604.

2 Ebd., S. 590 f.

3 RGBl. 1918 I S. 1303; s. hierzu U. D. Opitz, Strafverfahren und Strafvollstreckung bei NS-Gewaltverbrechen, Ulm 1976, S. 179.

4 O. Kirchheimer (Fn. 1), S. 602.

5 G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), in: ders., Der Mensch in Recht, 2. Aufl., Göttingen 1961, S. 121.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1995-3-369
Generiert durch IP '3.12.123.74', am 12.10.2024, 05:53:37.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.