

Überlegungen zur möglichen Kontinuität der Radbruch'schen Rechtsphilosophie (II)

— am Beispiel der Begriffe
›übergesetzliches Recht‹ und ›Natur der Sache‹ —

Shuji KANAZAWA

1. Begründet die ›Radbruch'sche Formel‹ eine neue Naturrechtslehre?:
Kontinuität oder Kurskorrektur in der Rechtsphilosophie Radbruchs
2. Grundprinzipien Radbruch'scher Rechtsphilosophie:
Wertrelativismus und Positivismus (Vol. 29: No. 2, 343-378)
3. **Charakteristikum und Funktion der Natur der Sache:**
Konkretisierung der Rechtsidee
4. **Zusammenfassender Schluß**

3. Charakteristikum und Funktion der Natur der Sache: Konkretisierung der Rechtsidee

Es stellt sich die Frage, ob die Kontinuitäts- bzw. Entwicklungsthese auch für das richtige Verständnis des ›übergesetzlichen Rechts‹ geeignet und angemessen sind, weil es den Schlüssel der Formel ausmacht. Im Kern geht es um die Frage, ob wir den Sinngehalt des ›übergesetzlichen Rechts‹ widerspruchlos erfassen können, wenn wir der Kontinuitäts- bzw. Entwicklungsthese zustimmen. Wir setzen dabei die Annahme voraus, daß sich Radbruch nicht auf klassisches Naturrecht berief, sondern nach dem Kriegsende auf den Menschenrechtsbegriff und diesen zum entscheidenden Merkmal für die

Nichtigkeitserklärung des ›gesetzlichen Unrechts‹ verwandte. Um sich der Tragweite des ›übergesetzlichen Rechts‹ in Theorie und Praxis klar zu werden, bedarf es gründlicher Forschung. Es braucht eine genauere Untersuchung, von woher die abstrakten Menschenrechte ihre konkreten Gehalte erhalten, und wie sie trotz ihrer Allgemeinheit als objektive Kriterien für die Gewährleistung von Gerechtigkeit erhalten können. Als ersten Zugang verweisen wir auf die Radbruch'sche Interpretation der Menschenrechte:

„Recht ist Wille zur Gerechtigkeit. Gerechtigkeit aber heißt: ohne Ansehen der Person richten, an gleichem Maße alle messen. Wenn die Ermordung politischer Gegner geehrt, der Mord am Andersrassigen geboten, die gleiche Tat gegen die eigenen Gesinnungsgenossen aber mit den grausamsten, entehrendsten Strafen geahndet wird, so ist das weder Gerechtigkeit noch Recht. Wenn Gesetze den Willen zur Gerechtigkeit bewußt verleugnen, z. B. Menschenrechte Menschen nach Willkür gewähren und versagen, dann fehlt diesen Gesetzen die Geltung, dann schuldet das Volk ihnen keinen Gehorsam, dann müssen auch die Juristen den Mut finden, ihnen den Rechtscharakter abzusprechen.“⁽¹⁾

„[...] das Recht ist die Möglichkeit sittlicher Pflichterfüllung oder mit anderen Worten, dasjenige Maß äußerer Freiheit, ohne das die innere Freiheit der ethischen Entscheidung nicht existieren kann. Jene äußere Freiheit zu garantieren, ist Wesen und Kern der *Menschenrechte*. So ergibt sich, daß diese Rechte absoluter Natur sind, nicht zwar, wie sie in dieser oder jener Fassung positiv-rechtliche Gestalt gefunden haben, wohl aber, wie sie notwendig sind, um sittliche Pflichterfüllung zu ermöglichen. [...] Die völlige Leugnung der Menschenrechte entweder vom überindividualistischen Standpunkt („Du bist nichts, Dein Volk ist alles“) oder vom transpersonalen Standpunkt

(„Eine Statue des Phidias wiegt alles Elend der Millionen antiker Sklaven auf“, *Treitschke*) aber ist absolut unrichtiges Recht.“⁽²⁾

Wenn wir auf diese Erläuterungen sehen, müssen wir feststellen, daß die Menschenrechte darin erst noch bloße ›Gleichheit‹ ausdrücken⁽³⁾ und daß sie gegenüber dem früher in der »Rechtsphilosophie« dargebotenen Gerechtigkeitsbild keinen beträchtlichen Fortschritt zu zeigen scheinen. Gewiß, sie bleiben rein formell, weil es ihnen immer noch an jeglichem materiellen Gehalt fehlt. Wenn das also so ist, womit kann der Menschenrechtsbegriff, der als solcher eine abstrakte Rechtsidee bleibt, dann inkarniert werden? Was haucht ihm Leib und Seele ein?

Wenn wir die Spur des Radbruch'schen Gedankenganges aufmerksam verfolgen, wird es klar, daß das Entscheidende bei ihm ›Rechtsstoff‹ und ›Natur der Sache‹ ist. Daß die Rechtsidee unter dem Aspekt der allgemeinen „*Stoffbestimmtheit der Idee*“ durch den „Rechtsstoff“ definiert wird, erklärte Radbruch schon 1924 in seiner Schrift »Rechtsidee und Rechtsstoff«. Dort stellte er ausdrücklich fest, daß die Idee „*durch* den Stoff bestimmt [wird], weil *für* den Stoff bestimmt.“⁽⁴⁾ Und dies führt dazu, daß ohne Berücksichtigung des Rechtsstoffes keine Rechtsidee in Verwirklichung zu bringen ist. Mit diesem Rechtsstoff ist „*die mittels sozialer Begriffe vorgeformte Gegebenheit*“⁽⁵⁾ gemeint, welche dem Recht vorausgeht. Jedoch dürfen wir nicht den voreiligen Schluß ziehen, daß das Recht ganz von der Sphäre des Rechtsstoffes isoliert wäre. Vielmehr läßt die Formulierung Radbruchs die Hypothese zu, daß das Recht im weitesten Sinne auch als soziales Gebilde erachtet werden kann und daher teilweise im Rechtsstoff enthalten ist. In der Nachkriegszeit, in der »Vorschule der Rechtsphilosophie« (1948) und »Die Natur der Sache als juristische Denkform« (1948)⁽⁶⁾ geht Radbruch auf

diesen Rechtsstoff noch präziser als „Natur der Sache“ so ein, nämlich daß die Natur der Sache „der variable Faktor der Rechtsphilosophie“⁽⁷⁾ sei und sie zusammen mit „*der Natur der Menschen*“ als den „konstanten Faktoren“ die Grundlage der Rechtsphilosophie ausmachen. Was dabei „Sache“ und was die „Realien der Gesetzgebung“ (Eugen Huber) seien, das wird folgendermaßen festgehalten:

1. rechtlich sinnvolle „*Naturtatsachen*“ inklusive der empirischen Beschaffenheit menschlichen Lebens⁽⁸⁾
2. „die durch Gewohnheit, Herkommen, Brauch, Usance und Sitte geregelten Lebensverhältnisse“, nämlich „die *sozialen Vorformen* der Rechtsverhältnisse“⁽⁹⁾ bzw. „die *Vorformen der Rechtsverhältnisse*“⁽¹⁰⁾
3. „*rechtlich geregelte Lebensverhältnisse*“⁽¹¹⁾ oder „der bestehende Rechtszustand“⁽¹²⁾

Während Radbruch auf seine Forschungen über Otto Gradenwitz verweist, merkt er an, daß die „Sache“ bei den Römern gegebenenfalls auch „vorrechtliches Lebensverhältnis des lebenden Rechts, aus dessen Wesen neue Rechtsätze erschlossen werden“, bedeuten könne, insbesondere wenn sie in ihre höchste Entwicklungsphase getreten sei.⁽¹³⁾ Demgegenüber sei unter „Natur“ „das Wesen, den Sinn der Sache zu verstehen, also der aus der Beschaffenheit der Lebensverhältnisse selbst zu entnehmende, objektive Sinn“⁽¹⁴⁾ gemeint. Also stellt die „Natur der Sache“ keine bloße Abstraktion dar: „Sie ist zwar kein Seiendes, aber sie ist an ein Seiendes gebunden: sie ist der Sinn, der einem faktischen Lebensverhältnis zukommt, der Ausdruck einer Rechtsidee, die diesem Sinne zugrunde liegt — aber dadurch noch nicht als geltend erwiesen wird.“⁽¹⁵⁾ Infolgedessen soll die Natur der Sache weder als die regulierende Idee noch als das rohe Faktum, sondern als der Sinn des

Faktischen betrachtet werden, der „das am Sein verwirklichte Sollen, der in der Wirklichkeit erscheinende Wert“⁽¹⁶⁾ sei. In nuce: die Natur der Sache bildet sozusagen den Knotenpunkt von Idee und Wirklichkeit und sie erhellt, wie das Recht sowohl aus der Perspektive der wertenden Rechtsidee als auch von der gewerteten Rechtswirklichkeit in Erwägung gezogen werden sollte und wie seine Angemessenheit von beiden Gesichtspunkten zu überprüfen ist. Insgesamt wird damit ersichtlich, daß gerade an der Natur der Sache auch der *Begriff* des Rechts auszumachen ist, mit dem das Recht als ein „Menschenwerk“ schlechthin definiert wird,⁽¹⁷⁾ zumal es erst dann gilt, wenn es menschliches Werturteil und menschliche Setzung erfährt.

Anfangs erscheint die Natur der Sache noch als „der Widerstand der stumpfen Welt“,⁽¹⁸⁾ an deren Stumpfheit die Rechtsidee sich mehr oder weniger anpassen muß, um sich verwirklichen zu können. Aber die Natur der Sache ist bei der Ausbildung des Rechtsgedankens erst einmal als „historisches Klima“⁽¹⁹⁾ in Erscheinung getreten. So wie die reine Idee bei ihrer Gestaltung unbedingt eines bestimmten Stoffes bedarf, „so sind insbesondere die Rechtsideen wesensmäßig durch den Rechtsstoff bestimmt und durch das jeweilige Zeitalter sowie durch den besonderen Volksgeist, kurz: durch die Natur der Sache (Stoffbestimmtheit der Idee)“.⁽²⁰⁾ Auf diese Weise trägt die Natur der Sache den Sinn des gegebenen Rechtsstoffs und sie verwirklicht in ihm die Rechtsidee.

Gleichwohl muß eine solche Sinngebung immerhin diese Rechtsidee voraussetzen, weil die Natur der Sache nichts anderes als „der auf eine Rechtsidee bezogene Sinn eines Lebensverhältnisses“⁽²¹⁾ ist. Ohne Rechtsidee ist die Natur der Sache nicht imstande, „ein einheitliches Sinngefüge“ herzustellen. Durch „juristische Konstruktion“ leitet die Rechtsidee aus

verschiedensten Lebensstatsachen bestimmte rechtliche Merkmale ab. Aus den so erhaltenen Merkmalen kristallisiert die Natur der Sache sich als der rechtliche Idealtypus. Mit anderen Worten, stellt die „Schau der Idee in dem Stoffe“ nach der Natur der Sache nun keinen bloßen „Glücksfall der Intuition“⁽²²⁾ dar, wie Radbruch selbst früher meinte, sondern die Natur der Sache per se besagt nichts anderes als „das Ergebnis einer streng rationalen Methode“⁽²³⁾ der juristischen Konstruktion. Zu bemerken ist dabei, daß in dieser Konstruktion die Form der Gerechtigkeit nicht an der Zweckmäßigkeit gerinnt, sondern sie frei von ihr bleibt.⁽²⁴⁾

Es scheint allerdings nun, daß die Sinnbildung der Rechtsidee wegen der Stoffbestimmtheit der Idee, also von der Natur der Sache her von vornherein festgelegt ist: „Aber die Idee des Rechts ist nicht nur genötigt, auf die Natur der Sache Rücksicht zu nehmen, sie ist vielmehr von ihr innerlich bestimmt, die Natur der Sache unausscheidbar in sie eingeschmolzen.“⁽²⁵⁾ Deshalb läßt sich zusammenfassend sagen, daß die Natur der Sache und die Rechtsidee, einander ergänzend, geschichtlich gewachsene, unentbehrliche Momente der Rechtsgestaltung sind, und daß die Natur der Sache dabei als Maßstab dient, den Willen des Gesetzgebers und die Rechtsidee zu verwirklichen. Nichtsdestoweniger hat die Natur der Sache an sich keine Rechtswirkung, obwohl sie als Maßstab bei der Gesetzesauslegung herangezogen werden kann; sie ist kein Legitimierungsfundament positiven Rechts. Diesen kann nur die Rechtsidee hergeben, weil die Natur der Sache nicht imstande ist, den schroffen Dualismus zwischen Wert und Wirklichkeit, zwischen Sollen und Sein aufzuheben, sie kann ihn nur mindern.⁽²⁶⁾ Deswegen muß beim Werturteil, ›was rechtens ist‹, die Rechtsidee eine entscheidende Rolle spielen und das letzte Wort behalten. Im Falle, daß positives Recht in Diskrepanz zur Natur der Sache steht, zeigt sich dann der Vorrang der Rechtsidee, denn die Natur

der Sache als solche ist nur eine Rechtserkenntnisquelle und sie bringt also selbst keine Gerechtigkeit hervor, sie zeigt eben nur die sachliche „Richtigkeit“ an.⁽²⁷⁾ Folglich kommt der Jurist auf die Natur der Sache hauptsächlich bei Gesetzeslücken zurück und der Gesetzgeber verweist auf sie ausschließlich als den „Leitgedanken“:

„Die Natur der Sache ist nicht etwa aus eigener Kraft Geltendes, keine Rechtsquelle, sie gilt also nur, soweit eine Rechtsquelle ihr ausdrücklich oder stillschweigend Raum gewährt. Sie ist ein Mittel der Auslegung und Lückenausfüllung, soweit der von ihr ermittelte Sinn des Lebensverhältnisses und die Idee, auf die er sich gründet, mit dem Geiste des Gesetzes nicht in Widerspruch steht. Sie ist die ultima ratio der Auslegung und Vervollständigung des Gesetzes, die nur dann zur Anwendung kommt, wenn man für die Regelung eines Lebensverhältnisses eine von dem konkreten Gesetzgeber gemeinte Idee nicht nachweisen kann, vielmehr genötigt ist, sich auf den ‚Gesetzgeber überhaupt‘, den Gesetzgeber in abstracto zu berufen.“⁽²⁸⁾

Was gilt aber in dem Falle, daß kein gesetztes Recht vorliegt, oder wenn es nur ein gegen die Gerechtigkeit unerträglich verstoßendes positives Recht gibt, d. h. ein jeglicher Rechtsnatur ermangelndes, ›gesetzliches Unrecht? Wir wissen, daß die Natur der Sache einerseits trotz ihrer Positivität kein (positives) Recht ist,⁽²⁹⁾ andererseits aber der Rechtsidee überhaupt inklusive der Gerechtigkeit einen konkreten Gehalt geben soll.

Meineserachtens müssen wir in Ansehung dieser wichtigen Funktion der Natur der Sache die Menschenrechte besonders für den letzteren Fall unbedingt verteidigen, um abzuwenden, daß dieser klarste Inbegriff einer Rechtsidee durch ›gesetzliches Unrecht‹ mißachtet wird. Erinnern wir uns dabei

daran, daß gemäß der Natur der Sache die Idee der Menschenrechte schon eine Positivität erhalten hat, so wie sie auch in verschiedenen Rechtsgemeinschaften in Form eines allgemein anerkannten Menschenrechtsbewußtseins existiert. Dieses Bewußtsein liegt teils als Gewohnheitsrecht vor, dessen Positivität „auf einer von der Rechtsgemeinschaft konsentierten langandauernden und gleichmäßigen Übung einer Regel für das soziale Leben“⁽³⁰⁾ beruht, wobei sich das Menschenrechtsbewußtsein teils auch als Richterrecht herausgebildet hat. Beide Rechtsarten gelten als Kategorie einer Rechtsinstitution und sind somit den wesentlichen Bestandteilen des positiven Rechts im weiteren Sinne zuzuordnen, welches in der Vereinigung von Idee und Stoff geschöpft worden ist. Darüber hinaus sind auch weitere Beispiele zu nennen, an den wir erkennen, wie das aufgrund der Natur der Sache positiviert Menschenrechtsbewußtsein vollständig in geschriebene Form gesetzt wurde. Denken wir nur an die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (die Europäische Menschenrechtskonvention/EMRK) vom 4. 11. 1950⁽³¹⁾ oder an den Internationalen Pakt für bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) vom 19. 12. 1966. Diese gesetzten Rechte üben als neue Rechtsquellen wiederum auf die Natur der Sache heute wie morgen große Wirkung aus.

Obwohl in Ansehung der Natur der Sache sowohl in der Rechtsschöpfung wie in der Rechtsfindung prinzipiell mögliche Diskrepanzen zusammengebunden sind und unter Umständen scheinbar inkonsequente Erscheinungen herbeigeführt werden mögen, ist die Konkretisierung der Menschenrechtsidee unumgänglich, denn sowohl die Gerechtigkeit als auch die Menschenrechte an sich bleiben die formelle Rechtsidee. Ohne Berücksichtigung der Natur der Sache, ohne Bezugnahme auf sie würden sie in eine leere, inhaltslose Fiktion zurücksinken. ›Übergesetzliches Recht‹ als solches würde sich

auf die reine, formelle Rechtsidee beschränken, wenn es es nie zu einer positivierten Gestalt bringen würde. Bei der Festlegung, was menschenrechtsge-
mäßige Maßnahmen sein sollen, muß auch der gegebene Rechtsrahmen berücksichtig
werden. Weil bei der Bestimmung der Menschenrechte in keinsten
Weise ausschließlich auf den Willen des Gesetzgebers gehört werden darf,
reicht auch eine bloße Zweckmäßigkeit nicht aus. Das, was nun ›übergesetz-
liches Recht‹ auch auf die Höhe materieller Gerechtigkeit bringt, das ist
nichts anderes als die Einsicht in die Natur der Sache.⁽³²⁾

Noch eine Bemerkung: Der Begriff der Menschenrechte, der ›übergesetz-
liches Recht‹ als „reine Form der Idee“⁽³³⁾ in sich trägt, kann zwar als ›über-
gesetzlich‹ erachtet werden, aber das bedeutet nicht zugleich, daß er automa-
tisch ›überpositiv-naturrechtlich‹ sei. Die Menschenrechte sind mit der Zeit
bereits positiv geworden und zwar in der Geschichte der Menschheit als
›Kulturtatsache‹⁽³⁴⁾. Meineserachtens dürfen sie nicht reine Idealtypen blei-
ben, sie müssen eher notwendig der Macht der Positivierung ausgesetzt wer-
den, um sich eben darin materiell zu entfalten.⁽³⁵⁾ Sonst würden sie nämlich
keine Daseinsform dessen finden, was sie eigentlich sind. Genauer: wir sol-
len ihren Begriff konkret-allgemein erfassen, in der Art, daß dieser ideelle
und reelle Momente in sich enthält und solcherweise die Einheit beider dar-
stellt. Zugegeben, in der reinen Spekulation können diese beiden Momente
auch als etwas Überpositives in Betracht kommen. Der ganze Begriff der
Menschenrechte ist in seiner Einheit gar nicht als rein ›überpositiv‹ zu sehen.
Zwar geht Radbruch selbst darauf nicht näher begrifflich ein, aber meine
Formulierung würde nicht von seiner Grundkonzeption abweichen, wenn er
bemerkt: „sie [die Menschenrechte: d. Verf.] gelten daher auch dann, wenn
sie nicht gesetzlich verankert sind, was im Hinblick auf das Recht zur Tatzeit
wichtig ist.“⁽³⁶⁾ Hier heißt ›Recht‹ Recht überhaupt, welches seinem Wesen

nach bereits seine positivierte Gestaltung gewonnen hat. Dabei denken wir zuerst an Gewohnheitsrecht und Richterrecht, aber danach auch an elementares Rechtsbewußtsein des Menschen, wie es etwa in der Sitte und im Anstand u. dgl. ausgedrückt wird. Wer das Wort ›übergesetzlich‹ mit ›überpositiv‹ oder ›übergesetzlichem Recht‹, mit dem Naturrecht selbst gleichsetzt, geht daher fehl.⁽³⁷⁾ Dies würde zu grundlegenden Mißverständnissen oder schlimmer noch zum Mißbrauch der Radbruch'schen Formel führen.⁽³⁸⁾ Der aus der Natur der Sache konkret geformte Menschenrechtsbegriff ist insgesamt positiv.⁽³⁹⁾ Mithin kann die Rechtsprechung jederzeit auf das ›übergesetzliche Recht‹ verweisen, insoweit es schon positiv geworden ist und solchermaßen vorliegt.⁽⁴⁰⁾

4. Zusammenfassender Schluß

Der Menschenrechtsbegriff als der Ausdruck eines positiv gegebenen Menschenrechtsbewußtseins oder eines allgemein anerkannten Gewohnheitsrechts, also als konkretisiertes ›übergesetzliches Recht‹, erlaubt keine Unrechtstaten mehr, auch dann, wenn ihre Rechtswidrigkeit durch ›gesetzliches Unrecht‹ ausgeschlossen wurde, und selbst dann, wenn ihr Rechtfertigungsgrund gesetzlich abgesichert wäre. Daraus folgt, daß der Schußwaffengebrauch von Grenzschutzsoldaten in der ehemaligen DDR z. B. für strafbar gehalten werden kann. Denn exzessives Schießen und das damit verursachte Totschießen von Bürgern sind schon zur Tatzeit als *rechtswidrig* zu erachten und eine Rechtfertigung für solche Taten ist also zu verneinen. Wohl würde das damals geltende Grenzgesetz eo ipso nicht als extremes Unrecht gegolten haben und seine Geltung würde eingeräumt werden, wären die Tragödien aber auf ein Minimum reduziert worden, falls § 27 Abs. 2 des betreffenden Gesetzes als menschenrechtsgemäß ausgelegt worden wäre. Täter bleiben

immer noch strafbar. Gegen eine Bestrafung können Einwände im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot führen, das normativ weder zu suspendieren noch zu bagatellisieren ist. Aber dies kommt in diesem Fall trotzdem nicht in Frage, weil es sich hier weder um eine Rückwirkung aus der Sicht eines nach der Tat erlassenen Gesetzes noch um die neue Auslegung der alten Gesetzesbestimmungen aus der Höhe einer neu definierten materiellen Gerechtigkeit handelt. Hierbei handelt es sich um eine nachträgliche Feststellung der Strafbarkeit von schon zur Tatzeit als *rechtswidrig* erachtender Taten. Ein Widerspruch, die Bestrafung der Grenzschutzsoldaten stütze sich auf eine ›verdeckte‹ Rückwirkung, trifft nicht zu.⁽⁴¹⁾ Weder verstößt eine derartige Lösung für die Mauerschützenfälle gegen Art. 103 Abs. 2 GG noch steht sie Art. 315 Abs. 1 S. 1 EGVStGB in Verbindung mit § 2 Abs. 1, 3 StGB entgegen, nach denen die Strafbarkeit der Alttaten nach *Tatzeitrecht* zu überprüfen ist.

Wird der Verstoß gegen die Menschlichkeit prinzipiell nicht von Strafe freigehalten, so ist es schwer zuzulassen, daß der Täter sich voll auf Straffreiheit berufen kann, selbst wenn er sagt, er hätte auf Befehl gehandelt. Sicherlich sind betreffs der Schüsse an der Mauer und Grenze auch die Umstände zu berücksichtigen, z. B. daß sich ein Grenzschutzsoldat als Befehlsempfänger an dienstlich bindende Befehle halten mußte, er also als der Untergebener eine Gehorsampflcht erfüllen mußte bzw. diese nicht zu widerlegen vermochte, und ebenso z. B. die Tatsache, daß seine Tat, die uns als rechtswidrig erscheint, innerhalb der Bestimmungen des Grenz-G Rechtfertigung finden konnte, wohl aber seine Tat die Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichte. So lief das Amtsgeschäft des Soldaten den damals geltenden gesetzlichen Regelungen nie zuwider und es war schon allein deswegen von keiner Strafe bedroht. Dies berücksichtigend wird dann die Meinung vertreten, es sei angemessen, aufgrund der Unzumutbarkeit der gerechten Hand-

lung das Strafmaß zugunsten des Täters nach § 17 StGB, § 5 Abs. 1 Wehrstrafgesetz sowie nach § 258 Abs. 1 StGB-DDR abzumildern, in Form einer Bewährungsstrafe.

Dennoch wird dabei nicht ausgeschlossen, daß der Soldat als eine individuelle Person und als eine von allen Mittel-Zweckbeziehungen unabhängige Instanz niemals ganz davon befreit werden kann, auf die Existenz der anderen als Gleichwertige zu achten und sie als Wesen mit Rechten zu respektieren. Zumindest deren Rechte an Leib und Leben, wobei anzunehmen ist, daß auch ein DDR-Soldat zur Tatzeit und am Tatort schon von moderner Zivilisation berührt worden war.⁽⁴²⁾ Solange es ums Recht geht, soll diese Auffassung gelten, selbst wenn der DDR-Bürger de facto der idealen Entfaltung der sozialistischen Persönlichkeit untergeordnet wurde und demnach seine Rechte sowohl unter der marxistisch-leninistischen Konzeption der Bürgerrechte als auch ausschließlich im Dienste des Aufbaus und der Reinhaltung sozialistischer Gesellschaftsordnung definiert wurden. Deshalb ist zu überprüfen, inwieweit der Täter die *Rechtswirdigkeit* seiner Tat erkannte bzw. hätte erkennen können und ob das ›gerechte‹ Recht nach den ihm bekannten Umständen hinreichend offenkundig war. Sobald es um Strafbarkeit geht, geht es auch darum, daß die *Rechtswidrigkeit* einer betreffenden Tat nicht allein im spezifisch strafrechtlich-technischen Sinne, sondern auch aus der Perspektive der vom ›gesetzlichen Unrecht‹ hervorgerufenen Unrechlichkeit erwiesen wird. Logischerweise ist ein Soldat nicht mit allen Feinheiten der ›Natur der Sache‹ vertraut. Es würde aber nicht überfordern, von ihm zu erwarten, er hätte das Maß eines zu schützenden Rechtsgutes abwägen und darüber nachdenken sollen. Da er keine Maschine ist, sondern ein Mitmensch mit Gehirn und Sozialverhalten, darf man von ihm erwarten, die Frage zu stellen, ob vorsätzliche Tötung unbewaffneter Flüchtlinge überhaupt erlaubt

werden kann, selbst wenn es das aktuelle Gesetz legitimiert. Ich denke, es war nicht schwer für ihn gewesen, eine *Rechtswidrigkeit* einer vermeidbaren Tötung zu erkennen, besonders wenn er die Fortentwicklung des allgemeinen Rechtsbewußtseins und die internationale Aufwertung der Menschenrechte seit Kriegsende verfolgte, an der auch Regierung und Bevölkerung der DDR teilhatten. Zumindest würde ihm der potentielle Schußwaffeneinsatz indiziert haben, welcher Gefährdung er die Flüchtlinge damit aussetzt und welches Ergebnis sein Handeln im schlimmsten Fall hervorruft. Ihm müßte eingeleuchtet haben, daß Tötung kein Kavaliersdelikt ist. Die Verletzung der Menschenrechte mag infolge einer bewußten Vernachlässigung derselben erfolgen oder mit bedingtem Vorsatz geschehen, in beiden Fällen trifft einen mehr oder minder Schuld.

Wo die Menschenrechte bewußt und systematisch verleugnet werden, folgen automatisch Unrechtstaten im Sinne der Radbruch'schen Formel, sogar dann, wenn sie nicht „im Rahmen einer staatlich propagierten Gruppenverfolgung aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen verübt werden und auf die Entwürdigung der verfolgten Personen abzielen“.⁽⁴³⁾ Die Tragweite der Formel darf nicht zu eng und restriktiv gehalten werden, so wie es z. B. Biermann vorschlägt, wenn er sagt, daß sie allein auf Tatbestände abstellen würden, die das „Verbrechen gegen die Menschlichkeit i. S. d. Grundsätze der Statuten der Internationalen Militärgerichtshofe von Nürnberg und Tokio sowie des Kontrollratsgesetz [sic.] Nr. 10“⁽⁴⁴⁾ bildeten, oder wie Dreier noch zugespitzter formuliert, die Formel sei bloß „eine Reaktion auf Auschwitz“.⁽⁴⁵⁾ Diese Interpretationen räumen nicht nur die Formel in den Schrank historischer Artefakte⁽⁴⁶⁾ und schließen dabei ihre Anwendbarkeit auf gegenwärtige Rechtssachen von vornherein aus, nein, sie lassen auch die Entwicklung des Menschenrechtsbegriffs und die verschiedenen Interpretationsspiel-

räume desselben seit der Nachkriegszeit komplett außer acht. Es darf nicht übersehen werden, daß die Strafbarkeit eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit eindeutig auch in § 91 StGB-DDR verankert ist.⁽⁴⁷⁾ Die Formel kommt immer dort nicht in Frage, wo die Menschenrechte gar nicht geläufig sind oder der Verstoß gegen sie durchweg weder als strafwürdig noch als strafbedürftig angesehen wird. Doch die DDR bekannte sich gar nicht als ein solcher Vorrechtsstaat und es wäre auch fehl am Platze, ihr Rechtssystem pauschal als Unrechtssystem zu bezeichnen, so wie es die NS-Herrschaft gewesen war. Daß es dem Soldaten an der Erkenntnis der Strafrechtswidrigkeit ermangelte und daß ihm demnach der Verbotsirrtum unvermeidlich zugebilligt werden müßte, läuft sowieso nicht darauf hinaus, daß ihm generell Unrechtsbewußtsein abging.⁽⁴⁸⁾ Das wäre keine hinreichende Entschuldigung und das gilt genauso für die Rechtslage der Bundespolizisten und das ›Rechts‹systems der BRD.

Die grundlegenden Rechtsprinzipien als solche haben wohl nur potentiellen Charakter, aber deren positiv gemachten Ausdrücke können auch außerhalb kodifizierter Normen gefunden werden. Im besonders krassen Fall darf die Rechtspraxis zugunsten der *Rechtsfindung* inklusive der Feststellung des Unrechts solche Ausdrücke in jeweiligem Kontext heranziehen, sobald es keine direkt anwendbare gesetzliche Regelung gibt, und solange das anzuwendende Prinzip in seiner positiven Erscheinungsform schon genug geläufig ist. Soweit das konkretisierte ›übergesetzliche Recht‹ als der Menschenrechtsbegriff positiv und unverkennbar vorliegt, würde es die Möglichkeit geben, die ihm zu entnehmenden Einsichten für die Rechtspraxis anwendbar zu machen, selbst wenn es noch nicht in Gesetzesform gebracht worden ist. Sowohl das erste Mauerschützen-Urteil des BGH, das über den Menschenrechtsbegriff die Formel konkretisiert und darauf hinweist, den

einschlägigen Paragraphen des Grenz-G „in menschenrechtsfreundlicher Weise“ auszulegen sowie den Beschluß des BVerfG, der das „Völkergewohnheitsrecht“ betont,⁽⁴⁹⁾ belegen trotz vieler Kritiken⁽⁵⁰⁾ ein angemessenes Verständnis der Formel,⁽⁵¹⁾ während sie einem Rückgriff auf überpositiv-naturrechtliche Argumente entgegenstehen. Wollte die DDR durch ihre Gesetzgebung und Rechtsprechung nach außen den Eindruck der Rechtsstaatlichkeit erwecken, muß sie sich gefallen lassen, daß ihre Gesetze und deren Auslegung wiederum an westlich-liberaldemokratische Maßstäbe der Rechtsstaatlichkeit zu messen.⁽⁵²⁾ Freilich sind dabei nur diejenigen Maßstäbe in Erwägung zu ziehen, die bereits vor dem Beitritt positiv anerkannt worden sind.

Beim Herangehen an die Problematik dieses Themas ist angemessene Unterscheidung nötig. Auseinanderzuhalten sind hierbei einerseits die Grundkenntnis, daß prinzipiell eine über bestehende Normauslegungen hinausgehende bzw. hinausgreifende Interpretation eo ipso einzuräumen ist, sofern sie sich ihrerseits restriktiv vollzieht und abstinert mit der essentiellen Konzeption von Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB in Einklang steht. Andererseits müssen wir Rücksicht auf die Nebenwirkungen solcher Interpretation nehmen. Wohl ist die Strafbarkeit ein „Kind des positiven Rechts“,⁽⁵³⁾ das Gesetz gerät aber durch seine Einbeziehung der Menschenrechtsbegriffe nicht ins Wanken, weil diese Begriffe ohnehin hinreichend positiviert sind und schon in der Kategorie des positiven Rechts enthalten sind. Daß Begründung und Abwägung der Strafbarkeit einer Tat zu guter Letzt dem Strafrecht zustehen, ist das eine. Bei der Formel als solcher dreht es sich um Strafwürdigkeit schlechthin.⁽⁵⁴⁾ Mithin ist sie kein Instrument für eine Bestrafung, das den Weg zur verfassungswidrigen Sanktionierung bzw. Pönalisierung dadurch ebnen kann, daß es die Verwirklichung der Gerechtigkeit weitgehend

an strafrechtliche Rechtsfolgen knüpft und damit die Strafe schärft oder neu begründet. Daß beim strafrechtlichen Verfahren auch auf rechtsethische Kriterien der umfassenden Grundsätze der unantastbaren Menschenrechte zurückgegriffen werden soll, ist das andere.

(Schluß)

Anmerkungen

- (1) Gustav Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945), in: Arthur Kaufmann (Hg.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe [1987ff.: GRGA] Bd. 3, 78–79, 78f.
- (2) Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie (1947), GRGA Bd. 3, 121–227, 146f.
- (3) Mit Recht Ralf Dreier, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890–896, 891.
- (4) Radbruch, Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze (1924), GRGA Bd. 2, 453–460, 453.
- (5) Ebd., 458.
- (6) Dieser Aufsatz wurde zwischen 1937 und 1939 verfaßt und er erschien zunächst in italienischer Sprache unter dem Titel: »La Natura della Cosa come Forma Giuridica di Pensiero« in: Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto 21 (1941), 145ff.. Die deutsche Ursprungsfassung dieses Aufsatzes, GRGA Bd. 20, 10–23. Vgl. Editionsbericht dieses Bandes, 64. In seinem Brief an Campbell schreibt Radbruch: „I hope that in the next time will be published a little essay which is more interesting for you: about 'Natur der Sache' as a methodical conception of law.“ Hierzu Brief von Radbruch an Campbell vom 15. 12. 1938, in: Carola Vulpius (Hg.), Gustav Radbruch/Archibald H. Campbell Briefwechsel 1935–1949. Mit einem Neudruck des Campbell'schen Aufsatzes über Radbruchs Rechtsphilosophie (1948), Münster, 2005, 32–33, 32. Siehe auch Fn. 49.
- (7) Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, 139.
- (8) Radbruch, ebd.; ders., Die Natur der Sache als juristische Denkform (1948), GRGA Bd. 3, 229–254, 232.
- (9) Vorschule der Rechtsphilosophie, 139. Ebenfalls Die Natur der Sache

- als juristische Denkform, 233.
- (10) Die Natur der Sache als juristische Denkform, 233.
- (11) Ebd., 234. Ebenfalls Vorschule der Rechtsphilosophie, 140.
- (12) Die Natur der Sache als juristische Denkform, 234.
- (13) Ebd., 242.
- (14) Vorschule der Rechtsphilosophie, 140; Die Natur der Sache als juristische Denkform, 234f.
- (15) Die Natur der Sache als juristische Denkform, 236.
- (16) Ebd., 249.
- (17) Hierfür Rechtsphilosophie, 227 u. 251: „Recht ist Menschenwerk und kann wie jegliches Menschenwerk nur aus seiner Idee begriffen werden. [...] Recht kann nur begriffen werden im Rahmen des wertbeziehenden Verhaltens. Recht ist Kulturerscheinung, d. h. wertbezogene Tatsache. Der Rechtsbegriff kann nicht anders bestimmt werden denn als die Gegebenheit, die den Sinn hat, die Rechtsidee zu verwirklichen“; „Stammler glaubt Recht und Rechtsidee streng scheiden zu müssen, den Rechtsbegriff ohne jede Bezugnahme auf die Rechtsidee ableiten zu können. Wir haben (in § 1) bereits gesehen, daß kein Menschenwerk ohne Beziehung auf eine Idee begriffen werden kann, nicht einmal ein Tisch, geschweige denn das Recht. Der Rechtsbegriff kann nur bestimmt werden als die Wirklichkeit, die zur Rechtsidee hinstrebt. Hinter dieser Auffassung des Rechtsbegriffs steht aber die Grundanschauung, daß im Gegensatz zu Stammers Lehre mit der bloßen Antithese von Sein und Sollen, von Wirklichkeit und Wert nicht auszukommen ist, daß vielmehr zwischen Wirklichkeitsurteil und Wertbeurteilung der Wertbeziehung, zwischen Natur und Ideal der Kultur ihr Platz gewahrt werden muß: die Rechtsidee ist Wert, das Recht aber wertbezogene Wirklichkeit, Kulturerscheinung.“ Aus dieser Sicht wird das Naturrecht wiederum abgelehnt: „Naturrecht kann nur im Naturzustande verwirklicht werden. Dagegen ist in Kulturländern die soziale Ordnung von der Tradition unlösbar abhängig.“ Hierfür Radbruch, *Gestalten und Gedanken* (: Acht Studien [Leipzig, 1944]; Zehn Studien [erw. Neuaufl., Stuttgart, 1954]), zit. aus Neuaufl., 95f.
- (18) Vorschule der Rechtsphilosophie, 140; Die Natur der Sache als juristische Denkform, 236.

- (19) Vorschule der Rechtsphilosophie, 141; Die Natur der Sache als juristische Denkform, 237.
- (20) Ebd., Die Charakteristik der Natur der Sache bei Radbruch wird noch klarer, wenn sie mit der Anschauungsweise des klassischen Naturrechts verglichen wird: „Man darf die N. d. S. nicht als eine naturrechtliche Denkform mißverstehen. Natur der Sache und Naturrecht sind viel eher Gegensätze. Das Naturrecht, aus der Natur der Menschen: der Vernunft hergeleitet, beansprucht ein für alle Zeiten und Völker gleiches Recht zu begründen, aus der N. d. S. aber ergibt sich die Mannigfaltigkeit historischer und nationaler Rechtsbildungen.“ Hierfür Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, 230. Hier verweist Radbruch auf die Literatur von der Historischen Rechtsschule. Auch die folgenden Ansichten von Baratta und Ohashi verdienen Aufmerksamkeit: „Während das Naturrecht zu einer *rationalistischen* Auffassung gehört, ist die Natur der Sache einer im weiteren Sinne *historischen* Denkweise zuzurechnen. Die Norm des Naturrechts ist allgemein und von der Vernunft erkennbar; jene der Natur der Sache ist dagegen absolut *individuell*, d. h. sie ist immer bezogen und begrenzt auf ein bestimmtes Lebensverhältnis oder auf eine konkrete Institution.“ Hierfür Alessandro Baratta, Natur der Sache und Naturrecht (1959), in: Kaufmann (Hg.), Die ontologische Begründung des Rechts (Wege der Forschung XXII), Darmstadt, 1965, 104–163, 113f.. Zur Konkretheit und Geschichtlichkeit der Natur der Sache siehe auch Gerhard Sprenger, Naturrecht und Natur der Sache, Berlin, 1976, 120f.. Ohashi meint: „[...] Während das Naturrecht als die Wertidee von oben das Recht reguliert, wie sie ‚ihm immanent‘ ist, [...] übt die Natur der Sache als das faktische Sein von unten Einfluß auf es aus, indem sie gegen rechtliche Regulierungen von außen Widerstand leistet. Daneben möchte ich die Aufmerksamkeit darauf richten, daß es die Differenz zwischen der Naturrechtslehre und der Lehre der Natur der Sache gibt. Üblicherweise geht jene richtet sich auf die Allgemeinheit des Rechts, diese auf die Veränderbarkeit desselben.“ So Tomonosuke Ohashi, *Natur der Sache* ni tsuite. „Hoka“ ron ni kanren sasete [Zur Natur der Sache. In Zusammenhang mit der Lehre der „Verrechtlichung“], in: Hotetsugaku Nenpo [The Annals of Legal Philosophy] 1998, Tokyo, 1999, 166–181, 167.
- (21) Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, 236.

- (22) Ders., Rechtsphilosophie, 232.
- (23) Die Natur der Sache als juristische Denkform, 235.
- (24) Ebd., 249.
- (25) Ebd., 236.
- (26) Vgl. Baratta, a. a. O., 129ff.
- (27) Vgl. Ohashi, op. cit., 169.
- (28) Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, 236. Hierfür auch dens., Nachträge zur „Rechtsphilosophie“, 3. Aufl. Nachwort-Entwurf zur Neuauflage (1949), GRGA Bd. 20, 25–39, 39: „In der Tat ist geradezu ein Gegensatz zwischen dem Naturrecht und dem Gedanken der Natur der Sache festzustellen. Das Naturrecht, gegründet auf die Natur des Menschen an sich, auf die Vernunft, ist allgemeingültig, aber rein formal, also unfähig, aus sich allein ...“. Leider bricht der Text hier ab. Zufolge Dreier gliedert sich die Natur der Sache in folgende Momente: 1. Die „empirische“ NdS als Sinn und Wesen der Sache, die sich hauptsächlich auf rechtlich-relevante Naturtatsachen und auch soziale Vorformen des Rechtsverhältnisses bezieht. 2. Die „technisch-praktische“ NdS als der sinnbezogene Zweck, die sich auf Naturtatsachen und soziale Vorformen, aber insbesondere auch auf vorliegendes Recht bezieht. Die „empirische“ NdS funktioniert als „Rechtsstoff“, als „Widerstand der stumpfen Welt“ bzw. als „Stoffbestimmtheit der Idee“, als „Schranke“. Sie wird also dem Gesetzgeber zum „Leitgedanken“. Demgegenüber übernimmt die „technisch-praktische“ NdS „auslegende und lückenfüllende Funktion“, welche ferner terminologisch in folgende zwei Typen unterschieden wird: einerseits gibt es „finale“ NdS, womit Wesen der sozialen und rechtlichen Institution als der wertbezogene Zweck zu entnehmen ist, der den Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion ausmacht. Andererseits erscheint die „idealtypische“ NdS als Wesen der konstruierten Institution, als Ergebnis der Konstruktion und als die ideelle Struktur der konstruierten Institution. Vgl. R. Dreier, Zum Begriff der „Natur der Sache“, Berlin, 1965, 67ff.. Eingehend: Miaofen Chen, Zum Begriff der Natur der Sache. Von Ralf Dreiers Begriffsanalyse zu Philippa Foots Normbegründung, in: Robert Alexy (Hg.), Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers, Tübingen, 2005, 63–80. Hinsichtlich der Bedeutung der Natur der Sache in der Rechtsphilosophie Radbruchs vgl.

Hans-Peter Schneider, Gustav Radbruch (1878-1949). Rechtsphilosoph zwischen Wissenschaft und Politik, in: Kritische Justiz (Hg.), Streitbare Juristen. Eine andere Tradition, Baden-Baden, 1988, 295-306, 302f.: „Mit dem Rekurs auf die Natur der Sache als letzte Erkenntnis- und Entscheidungsquelle richtigen Rechts löst sich auch ein Problem, das bei der Auseinandersetzung um und mit Radbruchs Rechtsphilosophie lange im Zentrum der Diskussion gestanden hat, nämlich die Frage, ob er mit seiner naturrechtlichen Wende nach 1945, wie sie in der Formel vom übergesetzlichen Recht als Maßstab für gesetzliches Unrecht zum Ausdruck kommt, nicht gegenüber seiner früheren relativistischen Grundhaltung einen radikalen Standortwechsel vollzogen habe. Denn knüpft man bei der Begründung, Rechtfertigung und Begrenzung des positiven Rechts an die Natur des Menschen im Sinne des sozialen Rechts an, also an das vergesellschaftete Gattungswesen, dann bildet die Gesamtheit der daraus ableitbaren (Kultur-)Normen in der Form allgemeiner Rechtsgrundsätze auch einen hinreichend gesicherten Bestand an überpositivem Recht, an dem sich gesetztes Recht messen lassen muß und gesetzliches Unrecht erkennbar wird. Insofern sind in Radbruchs Rechtsphilosophie naturrechtliche Elemente durchaus schon vor 1933 enthalten, so daß von einem grundlegenden Sinneswandel unter dem Eindruck der Hitler-Diktatur letztlich keine Rede sein kann, auch wenn eine gewisse Akzentverschiebung in Richtung auf die Anerkennung allgemein verbindlicher materialer Werte nicht geleugnet werden soll.“ Diese Ansicht Schneiders ist wohl zuzustimmen, wenn nicht von „überpositivem Recht“, sondern von ›übergesetzlichem‹ Recht die Rede ist. Zur Interpretation des Begriffs der Natur der Sache bei Radbruch vgl. auch Werner Maihofer, Die Natur der Sache (1958), aufgenommen in: Kaufmann (Hg.), Die ontologische Begründung des Rechts (Wege der Forschung XXII), Darmstadt, 1965, 52-86, 56ff., 59ff, 62ff.; Yungback Kwun, Entwicklung und Bedeutung der Lehre von der „Natur der Sache“ in der Rechtsphilosophie bei Gustav Radbruch, 1964, 25ff.; Jisu Kim, „Methodentrismus“ und „Natur der Sache“ im Denken Gustav Radbruchs. Zugleich Quellenstudien zu ihren kulturphilosophischen Vorfragen bei Windelband, Rickert und Lask, 1966, insbes. 178ff., 208ff. u. 243ff.; Zong Uk Tjong, Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch, 1967, Bonn, 35ff.; dens.,

Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch, ARSP 56, 245–264, 254ff.; Thomas Würtenberger, Zur Idee des „sozialen Rechts“ bei Gustav Radbruch, in: Kaufmann (Hg.), Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch 21. 11. 1878 — 23. 11. 1949, Göttingen, 1968, 200–206, 202f.; Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer, Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie, FaM, 1971, 61ff.; Hassemer, Unverfügbares im Strafprozeß, in: Arthur Kaufmann/Ernst-Joachim Mestmäcker/Hans F. Zacher (Hgg.), Rechtsstaat und Menschenwürde. FS Maihofer, FaM, 1988, 183–204, 193f.; Hanno Durth, Der Kampf gegen das Unrecht. Gustav Radbruchs Theorie eines Kulturverfassungsrechts, Baden-Baden, 2001, 46ff.; Arndt Künnecke, Auf der Suche nach dem Kern des Naturrechts. Ein Vergleich der schwachen säkularen Naturrechtslehren Radbruchs, Coings, Harts, Welzels und Fullers ab 1945, Hamburg, 2003, 255f.; Philipp Horst Schlüter, Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie und Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Ein Vergleich, Tübingen, 2009, insbes. 117ff.. Kritisch Friedrich Müller, Strukturierende Rechtslehre, Berlin, 1984, 98 mit Anm. 292, wonach auch Radbruch'sche Konzeption „an allzu großer Spiritualisierung der ‚Natur der Sache‘“ leidet.

- (29) Von Welzel erwähnend weist Hruschka auf „sachlogische Strukturen“ hin. Den „Vorbegriff“, wonach man vom positiven Recht unabhängig fragen kann, was recht oder unrecht ist, was richtig oder unrichtig ist, nennt Hruschka „vorpositives Recht“. Aber es kann mit dem Radbruch'schen Begriff der Natur der Sache nicht gleichgesetzt werden, weil es nach Hruschka aus dem klassischen Naturrecht bzw. aus dem Vernunftrecht (wie etwa aus der Goldenen Regel, dem kategorischen Imperativ) stammt. Daher denke ich, „vorpositives Recht“ bei Hruschka soll vielmehr ›vorpositive Idee‹ genannt werden. Vgl. Joachim Hruschka, Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft, JZ 1992, 429–438, insbes. 430f.
- (30) So Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangenen Unrecht, NJW 1995, 81–86, 85.
- (31) Hierfür ausführlich Joachim Renzikowski (Hg.), Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichem Recht. Grundlagen einer europäischen Rechtskultur, Zürich/Basel/Genf, 2004. Zum Europäischen Gerichtshof für Men-

- schenrechte siehe Markus Rau, Deutsche Vergangenheitsbewältigung vor dem EGMR – Hat der Rechtsstaat gesiegt?, NJW 2001, 3008–3014.
- (32) Vgl. Karl Engisch, Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph, ARSP 38, 305–316, 312. In bezug auf diese Konkretisierungsfunktion siehe Hans Dieter Schelhauske, Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte 1945–1965, Köln, 1968, 303f.. Schelhauske meint, daß Radbruch „Sache“ als Stoff interpretiert: „Die »*Natur*« dieser Sache ist für Radbruch der juristische Sinn und die Rechtsidee, die sich in den Lebensverhältnissen verwirklicht.“
- (33) Radbruch, Rechtsidee und Rechtsstoff, 453.
- (34) Zur Terminologie vgl. Wolfgang Schild, ...weil nicht sein kann, was nicht sein darf. Sinn und Unsinn eines tiefsinnigen Gedichtes von Christian Morgenstein, in: Herbert Haller/Christian Kopetzki/Richard Novak/St Stanley L. Paulson/Bernhard Raschauer/Georg Ress/Ewald Wiederin (Hgg.), Staat und Recht. FS Winkler, Wien/New York, 1997, 965–994, 973ff..
- (35) In diesem Zusammenhang vgl. F. Müller, Zu Theorie und Interpretation der nationalen und internationalen Menschenrechte, in: ders., Gerechtigkeit als „Die Unruh im Uhrwerk“. Debatten, Gespräche, Aufsätze zu Rechtstheorie, Rechtslinguistik und Methodik, zu Verfassungslehre und Verfassungsvergleichung, Berlin, 2009, 225–233, 225f..
- (36) Kaufmann, a. a. O. 86. „Überpositives Recht gibt es nicht“ und „[e]s gibt nur positives Recht, aber nicht alles positive Recht ist gesetzliches Recht“ (85). Im anderen Ort hebt er aber auch hervor; „Die abstrakte, formell-positive Gesetzesnorm ist zwar notwendiger, aber niemals hinreichender Grund für das konkrete, materiell-positive Recht.“ Hierfür dens., Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, JZ 1975, 337–341, 339. Nawiasky betont, daß „[...] viele allgemeine, nicht ausdrücklich ausgesprochene Rechtsgedanken als dem positiven Recht angehörig nachwiesen werden können, ohne daß man auf überpositive Grundsätze rekurrieren müßte.“ Er fährt fort: „Man wird z. B. auf diesem Wege auch den Radbruchschen Vorbehalt des Widerspruches gegen oberste Grundsätze der Gerechtigkeit als Bestandteil des positiven Rechts diesem zugehörig erklären können.“ So Hans Nawiasky, Positives und überpositives Recht, JZ 1954, 717–719, 719. Ferner vgl.

Heiner Alwart, Die Vernünftigkeit des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2000, 227-232, 228f.; Monika Jachmann, Die geltende nicht verbindliche Rechtsnorm als zentrale rechtsphilosophische Problemstellung, JA 2000, 336-340, 338ff.

- (37) Sehr zutreffende Betrachtung über ›Positivität‹ des positiven Rechts im weiteren und im engeren Sinne bei R. Dreier, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? In Erwiderung auf Werner Krawietz, Rth 18, 368-385, 376. Bleckmann vertritt die Meinung, „daß *Radbruch* seine grundsätzlich skeptische Haltung zum Naturrecht beibehält, gleichzeitig jedoch für bestimmte Naturrechtsanliegen eintritt.“ Ihre Ansicht kann sich halten, da sie so fortsetzt: „Für die Geltung dieser Rechtsgrundsätze beruft er sich nicht, wie es ein ›Naturrechtler‹ täte, auf die Vernunft oder auf Gott, sondern auf die »Arbeit der Jahrhunderte«, also auf die Geschichte.“ Hierfür Maja Bleckmann, Barrieren gegen den Unrechtsstaat? Kontinuitäten und Brüche in den rechtsphilosophischen Lehren Alfred Manigks, Gustav Radbruchs und Felix Holddacks angesichts des Nationalsozialismus, Baden-Baden, 2004, 147. Siehe auch 140 u. 145. Dort erkennt sie eine gewisse „Wandlung“ bei Radbruch nach 1945, wodurch er angesichts der Erfahrungen des Nationalsozialismus seinen bisherigen Relativismus und positivistische juristische Geltungslehre aufgegeben habe.
- (38) Als Beispiele, die den Ausdruck ›übergesetzlich‹ mit ›überpositiv‹ oder ›naturrechtlich‹ gleichsetzen: Hans Thieme, Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte, Basel, 1947, 50, Anm. 26; Hans Welzel, Vom irrenden Gewissen. Eine rechtsphilosophische Studie, Tübingen, 1949, 5ff.; Wolfgang Friedmann, Übergesetzliche Rechtsgrundsätze und die Lösung von Rechtsproblemen, ARSP 41, 348-371, 351 u. 360; Hermann Krämer, Strafe und Strafrecht im Denken des Kriminalpolitikers Gustav Radbruch, Wissen, 1956, 58ff.; Klaus Grimmer, Die Rechtsfiguren einer „Normativität des Faktischen“. Untersuchungen zum Verhältnis von Norm und Faktum und zur Funktion der Rechtsgestaltungsorgane, Berlin, 1971, 21; Stefan Christoph Saar, Art.: RADBRUCH, Gustav Lambert, in: Biographisches Lexikon für Schleswig-Holstein und Lübeck, Bd. 7, Neumünster, 1985, 171-176, 176; Günter Spendel, Rechtspositivismus und Strafjustiz nach 1945, JZ 1987, 581-587, 587; Helmut Rittstieg,

Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Grenzsoldaten der DDR. Ein Beitrag zu den völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Problemen, DuR 1991, 404-421, 413; Horst Dreier in Aussprache, VVDStRL Ht. 51, 137; ders., Gustav Radbruch und die Mauerschützen, JZ 1997, 421-434, 429; LG Berlin, Urt. v. 5. 2. 1992 - (518) 2 Js 63/90 KLs (57/91), NJ 1992, 420; Rudolf Wassermann, Die Strafrechtliche Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit, RuP 1992, 121-134, 124; Joachim Renzikowski, Zur Strafbarkeit des Schußwaffengebrauchs an der innerdeutschen Grenze, NJ 1992, 152-155, Jörg Arnold/Martin Kühl, Forum: Probleme der Strafbarkeit von „Mauerschützen“, JuS 1992, 991-997, 995; Alexy, Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Hamburg/Göttingen, 1993, 22 u. 26, Fn. 59, auch in: Robert Alexy/Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen/Helmut Rübmann (Hgg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden, 2003, 469-492, 481 u. 484, Fn 59; ders., Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996, Hamburg, 1997, 28f.; Knut Amelung, Strafbarkeit von „Mauerschützen“ - BGH, NJW 1993, 141, JuS 1993, 637-643, 640; R. Dreier, Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes, in: Fritjof Haft/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann/Wolfgang Schild/Ulrich Schroth (Hgg.), Strafgerechtigkeit. FS Kaufmann, Heidelberg, 1993, 57-70, 69; Lothar Kuhlen/Thomas Grammin, Der Mauerschütze und der Denunziant - Ein Bericht über eine strafrechtliche Hausarbeit, JuS 1993, 32-39, 37, auch in: Elemente einer juristischen Begründungslehre, 493-509, 503f.; Reinhard Merkel, Politik und Kriminalität. Über einige vernachlässigte Probleme der deutsch-deutschen Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht, in: Siegfried Unseld (Hg.), Politik ohne Projekt? Nachdenken über Deutschland, FaM, 1993, 298-332, 315; Helga Wullweber, Die Mauerschützen-Urteile, KJ 1993, 49-62, 49 u. 59ff.; Günther Jakobs, Untaten des Staates - Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?, GA 1994, 1-19, 12; Bernhard Schlink, Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit NJ 1994, 433-437, 436; Volkmar Schöneburg, Gegen »Politische Justiz« - Für Wahrhaftigkeit im Umgang mit der Vergangenheit!, in: Lothar Bisky/Uwe-Jens Heuer/Michael Schumann (Hgg.), »Unrechtsstaat«? Politische Justiz und die Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit,

Hamburg, 1994, 51-60, 52; Ingo Wagner, Die DDR – ein »Unrechtsstaat«?, in: ebd., 142-206, 178; Klaus Adomeit, Rechts- und Staatsphilosophie. Bd. II: Rechtsdenker der Neuzeit, Heidelberg, 1995, 155 = 2., neubearb. u. erw. Aufl., Heidelberg, 2002, 152; Henrique Ricardo Otten, Der Sinn der Einheit im Recht. Grundpositionen Carl Schmitts, Gustav Radbruchs und Hans Kelsens, in: Andreas Göbel/Dirk van Laak/Ingeborg Villinger (Hgg.), Metamorphosen des Politischen. Grundfragen politischer Einheitsbildung seit den 20er Jahren, Berlin, 1995, 25-51, 46; Walter Schmitt Glaeser, Die Juristen-Fakultäten als Hüter des Rechtsstaats, NJW 1995, 2597-2601, 2599; Rainer Barth, Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht, Berlin, 1996, 256 ff. (s. a. 551); Frank Biermann, Gesetzliches Unrecht in der DDR und Rückwirkungsverbot – am Beispiel von § 27 des DDR-Grenzgesetzes, Göttingen, 1998, 25 u. 136ff.; Udo Ebert, Erfolge, Defizite und Möglichkeiten strafrechtlicher Aufarbeitung von SED-Unrecht in vorwiegend dogmatischer Hinsicht, in: Deutscher Bundestag (Hg.), Materialien der Enquete-Kommission „Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit“, Bd. II/2, Baden-Baden, 1999, 1381-1523, 1432f. [aber s. a. 1434]; ders., Strafrechtliche Bewältigung des SED-Unrechts zwischen Politik, Strafrecht und Verfassungsrecht, in: Udo Ebert/Claus Roxin/Peter Rieß/Eberhard Wahle (Hgg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, Berlin/New York, 1999, 501-538, 523; Berthold Kastner, Goethe in Leben und Werk Gustav Radbruchs. Mit einem Quellenanhang bisher unveröffentlichter Radbruch-Manuskripte, Heidelberg, 1999, 206; Christiane Nill-Theobald, Radbruchs Lehre im Zeitalter eines Weltstrafergerichtshofes, JuS 1999, 1051-1054, 1053; Elisabeth Koch, Vergleichende Betrachtung der justitiellen Aufarbeitung von nationalsozialistischem Unrecht einerseits und dem Unrecht der SED-Diktatur andererseits, in: Deutscher Bundestag (Hg.), Materialien der Enquete-Kommission „Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit“ (13. Wahlperiode des Deutschen Bundestages), Bd. II/2: Strukturelle Leistungsfähigkeit des Rechtsstaats Bundesrepublik Deutschland bei der Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutsche Einehit – Opfer der SED-Diktatur/Elitenwechsel im öffentlichen Dienst/justitielle Aufarbeitung, Baden-Baden, 1999, 1752-1797, 1755;

Diethart Zielinski, Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt, in: Erich Samson/Friedrich Dencker/Peter Frisch/Helmut Frister/Wolfram Rieß (Hgg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden, 1999, 811-834, 822; Adolf Laufs, Ein Jahrhundert wird besichtigt – Rechtsentwicklungen in Deutschland: 1900 bis 1999, JuS 2000, 1-10, 7; Christian Seiler, Auslegung als Normkonkretisierung, Heidelberg, 2000, 18 (Fn. 74) u. 21; Peter Landau, Rechtsphilosophie unter der Diktatur. Drei Beispiele deutschen Rechtsdenkens während des Zweiten Weltkriegs, Baden-Baden, 2002, 29; Lukas H. Meyer, „Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit wegen die Geltung absprechen“. Gustav Radbruch und der Relativismus, in: Robert Alexy/Lukas H. Meyer/Stanley L. Paulson/Gerhard Sprenger (Hgg.), Neukantianismus und Rechtsphilosophie, Baden-Baden, 2002, 319-361, 338f., Fn. 77; Christoph Martin Scheuren-Brandes, Der Weg von Nationalsozialistischen Rechtslehren zur Radbruchschen Formel. Untersuchungen zur Geschichte der Idee vom »Unrichtigen Recht«, Paderborn/München/Wien/Zürich, 2006, 24ff.

Aus dieser Hinsicht betrachtet kann schlichtes Schema, wie etwa das Schema Ogoreks, nicht unproblematisch sein und es kann irreführen, nach dem Radbruch „als künftigen Ausweg die Rückbesinnung auf naturrechtliche Denkweisen angeraten“ hatte. Hierzu Regina Ogorek, Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945-1990), in: Dieter Simon (Hg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, FaM, 1994, 12-99, 39. So mißversteht auch Mikunda-Franco z. B. Radbruch, wenn er ihn unzutreffend zu Theoretikern der ›modernen Naturrechtslehre‹ in der sog. ›Naturrechtsrenaissance‹ der Nachkriegszeit zählt und als „Spät-Naturrechtler“ nennt. Siehe Emilio Mikunda-Franco, Gerhard Oestreich als Historiker der Menschenrechte im Vergleich zu Gustav Radbruch, Münster/Hamburg/London, 2002, 130 u. 146ff.. Fragwürdig scheint auch Schollers Formulierung „ein überpositives Recht mit wechselndem Inhalt“, obschon er an anderem Orte immerhin konstatiert, daß Radbruch „jenseits von Positivismus und Naturrecht“ steht. Dazu vgl. Heinrich Scholler, Die Rechtsvergleichung bei Gustav Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht, Berlin, 2002, 104. Sogar stellt Scholler hier in bezug auf die Wirkung

des Rechtspositivismus auf den Nationalsozialismus so fest: „Vor Beginn mag der Rechtspositivismus einer radikalen Bewegung Unterstützung verleihen, im Verlauf des Verletzung traditioneller Werte und grundsätzlicher Prinzipien wird er aber als Hemmung wirken“ (101). Nach meiner Ansicht entspricht seine Behauptung nicht den Tatsachen. Mir scheint, auch Saliger hält den Begriff des übergesetzlichen Rechts für naturrechtlich. Vgl. Frank Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, Heidelberg, 1995, 22, Fn. 83 u. 37f.; dens., Rechtsphilosophische Probleme der Rechtsbeugung, in: Alexy (Hg.), Juristische Grundlagenforschung (ARSP Bt. 104), Stuttgart, 2005, 138–153, 148ff.. Im Zusammenhang mit einem „gemäßigte[n] Relativismus Radbruchs“ meldet Buchholz-Schuster „den systematischen Ort des notwendigen Rekurses auf überpositive Maßstäbe“ und „relative naturrechtliche Zurückhaltung“ bei Radbruch. Hierfür Eckardt Buchholz-Schuster, Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln. Eine Untersuchung zur Funktion von „Juristenphilosophie“, Berlin/Baden-Baden, 1998, 88f.. Zu diesem Thema vgl. auch Sprenger, 50 Jahre Radbruchsche Formel oder: Von der Sprachnot der Juristen, NJ 1997, 3–7, 3; Jan-Reinard Sieckmann, Die „Radbruch'sche Formel“ und die Mauerschützen, ARSP 87, 496–515, 502, Fn. 47; dens., Reconstructing Relativism. An Analysis of Radbruch's Philosophy of Law, ARSP 95, 14–27, 15ff.. Zutreffend Monika Frommel, Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hgg.), FS Kaufmann, 81–92, 86 u. 89. Klaus Marxen/Gerhard Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz, Berlin/New York, 1999, 18f. u. 60ff.; Joachim Rückert, Von Kant zu Kant? „Stufen der Rezeption Kants in der Rechtswissenschaft seit Savigny, in: Alexy/Mayer/Paulson/Sprenger (Hgg.), Neukantianismus und Rechtsphilosophie, 89–109, 106f.; Hans Jörg Sandkühler, „Natur“ des Rechts und Relativismus im Recht. Eine Studie zu Gustav Radbruch und Hans Kelsen im Kontext des Neukantianismus, in: ebd., 127–156, 152; Gerhard Werle, Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, NJW 2001, 3001–3008, 3004ff..

(39) Hierzu Arno Baruzzi, Rechts-Autonomie und Rechts-Autopoiesis der Gesellschaft?, PhJ 103, 181–190, 182: „Radbruch ist mit seinem, Recht problematisierenden, Recht suchenden Vorgehen zur ‚Natur der Sa-

che' gelangt, die wesentlich in der Gerechtigkeit des Rechts beruht. Damit denkt er nicht über das vorliegende Recht und Gesetz hinaus."

- (40) Hierfür Silke Buchner, Die Rechtswidrigkeit der Taten von „Mauerschützen“ im Lichte von Art. 103 II GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts. Ein Beitrag zum Problem der Verfolgung von staatlich legitimiertem Unrecht nach Beseitigung des Unrechtssystems, FaM/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1996, 112f., 162f. u. 289ff. Vgl. auch 223, 229f. 253ff. u. 280. Dennoch verwendet sie mal den Ausdruck ›das überpositive Recht‹ bzw. ›überpositives Recht‹ (z. B. 104, 162, 303).
- (41) Nach Radbruch heißt Bestrafung mit Rückwirkung nicht Verstoß gegen Rückwirkungsverbot, aber: „nur dann, wenn sie eigentlich nicht rückwirken, weil dem Rechtsinhalt dieser Gesetze entsprechendes, übergesetzliches Recht schon zur Zeit der Tat galt.“ Radbruch, Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit (1947), GRGA Bd. 8, 250-258, 257. Freilich bleibt bei dieser Ungültigkeitserklärung des Gesetzes Diskussionsspielraum. Z. B. meint Takeshita, im Hintergrund dieser Ungültigkeitserklärung würden positivierte Moral und „ethische Auffassung des Volkes“ nicht nur als bloße Tatsachen angesehen, sondern „sie wären auch so gehalten, daß sie die allgemeine ethische Empfindung ausdrückten.“ „In Wirklichkeit ist dabei die ‚ethische Empfindung des Volkes‘ aus der Ebene der Positivität auf die des Naturrechts erhoben.“ Hierzu Ken Takeshita, Jissho shugi no kozai - Doitsu hoshiso no gendaishi - [Verdienste und Verschulden des Rechtspositivismus - Geschichte der deutschen Rechtsgedanken in der Gegenwart -], Kyoto, 1995, 61. Scheinbar ist die Radbruch'sche Formel der Bewegung der sog. ›Wiedergeburt des Naturrechts‹ im weitesten Sinne hinzuzurechnen, doch wie sich zeigt, weist die Formel eine von bisherigen Naturrechtslehren differente theoretische Struktur auf. Zu dieser Frage vgl. Alexy, Mauerschützen, 32f., auch in: Elemente einer juristischen Begründungslehre, 488f.: „§ 27 Abs. 2 Satz 1 DDR-GrenzG war, soweit er extremes Unrecht erlaubte, [...] bereits zur Zeit der Tat kein Recht. Es wird mit der Anwendung der Radbruchschen Formel deshalb nicht rückwirkend die Rechtslage geändert, sondern nur festgestellt, wie im Zeitpunkt der Tat die Rechtslage war. Natürlich bedeutet dies unter dem Gesichtspunkt der Faktizität eine Änderung. Das aber ist gerade der Witz der Radbruchschen Formel. Sie identi-

fiziert das Recht nicht mit der Faktizität des ordnungsgemäß Gesetzten und sozial Wirksamen, sondern setzt dieser Faktizität an der Schwelle zum extremen Unrecht eine Grenze, indem sie dort den Rechtscharakter und die Rechtsgeltung entfalten läßt. Wenn man diese Prämissen akzeptiert, dann ist das Recht nicht rückwirkend geändert worden. Eine Verletzung des Gebots des *ius praeivium* scheidet aus.“ Ebenso Sieckmann, a. a. O., 510f.: Er denkt: „Die Anwendung der Radbruch'schen Formel auf strafrechtliche Rechtfertigungsgründe führt bei Anwendung eines normativen Rechtsbegriffs nicht zu einer Rückwirkung, da die Rechtswidrigkeit der Tat bereits im Zeitpunkt der Tat gegeben ist. Die damit gegebene Strafbarkeit ist lediglich faktisch nicht durchgesetzt worden. Nicht das Recht, sondern nur die Rechtspraxis wird nachträglich geändert.“ Alexy zustimmend stellt Neumann fest: „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. Aus dieser Sicht erscheint die Radbruchsche Formel nicht als Durchbrechung, sondern eher als flankierender Schutz des Rückwirkungsverbots.“ Hierzu Ulfrid Neumann, Ralf Dreiers Radbruch, in: Alexy (Hg.), *Integratives Verstehen*, 141–157, 154. Abweichend Gerhard Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993, 271; ders., „Dienster“ des DDR-Regimes: Straftäter oder Opfer des Systems?, in: Florian Huber/Stephan Oenning (Hgg.), *50 Jahre danach – Unser Umgang mit der Vergangenheit 1945–1995*, 1995, 173–209, 189f. u. 193f.; Joachim Herrmann, *Menschenrechtsfeindliche und menschenrechtsfreundliche Auslegung von § 27 des Grenzgesetzes der DDR – Zum Mauerschützenurteil des BGH vom 3. 11. 1992 –*, NStZ 1993, 118–121, 120.

- (42) Hierfür z. B. Wassermann, a. a. O., 125. Ebenfalls Felix Herzog (Hg.), *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Todesschützen an der innerdeutschen Grenze*, Heidelberg, 1993, 43 u. 68, wenngleich dort „ein Menschenrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit“ nicht als übergesetzliches, sondern als „überpositives Recht“ bezeichnet ist. Auch § 258 Abs. 3 StGB-DDR lautet: „Die Verweigerung oder Nichtausführung eines Befehls, dessen Ausführung gegen die anerkannten Normen des Völker-

rechts oder gegen Strafgesetze verstoßen würde, begründet keine strafrechtliche Verantwortlichkeit.“ Nach Martin Klose (Frankfurter Rundschau vom 8. 10. 1991, 4) gab es zwei Fälle, bei den die Grenzposten Schußwaffe nicht angewandt hatten. In einem Fall hatte der Grenzschutzsoldat aus „humanitären und ethischn Gründen“ zu schießen geweigert, im anderen war der Grenzschutzsoldat eingeschlafen. Dagegen R. Dreier, Gesetzliches Unrecht im SED-Staat?, 67; Horst Sandler, Unrechtsstaat und Amnestie, NJ 1995, 225-226, 226: „Weil die Menschen in der DDR kaum Gelegenheit hatten, rechtsstaatliche Formen und Denkweisen zu lernen und einzüben, [...] ist es kaum sinnvoll und vielleicht in höherem Sinne sogar ungerecht, sie nach Maßstäben einer ihnen unbekanntem oder zumindest nicht vertrauten Rechtsordnung zur Rechenschaft zu ziehen.“

(43) Biermann, a. a. O., 140f.

(44) Ebd., 140.

(45) R. Dreier, Juristische Vergangenheitsbewältigung, Baden-Baden, 1994, 33. Aus diesem Verständnis stellt er fest: „Ich halte den Rückgriff auf übergesetzliches Recht bei der Aufarbeitung des NS-Unrechts für sachgemäß, aber bei der Aufarbeitung des SED-Unrechts weder für notwendig noch für sinnvoll“; „[...] es ist weder nötig noch sachgemäß, zur Verurteilung jener Exzesse [Exzeßtaten von Grenzschutzsoldaten: d. Verf.] die Radbruchsche Formel heranzuziehen.“ Siehe a. a. O., 12 u. 35.

(46) Vgl. Wilfried Fiedler, Vom Gesetz zur „richtig interpretierten“ Norm - Bemerkungen zum Mauerschützen-Urteil des BGH, Osteuropa-Recht 39, 259-268, 262; Hanno Siekmann, Das Unrechtsbewusstsein der DDR-„Mauerschützen“, Berlin, 2005, 26f.

(47) Ferner bestimmt § 95: „Auf Gesetz, Befehl oder Anweisung kann sich nicht berufen, wer in Mißachtung der Grund- und Menschenrechte, der völkerrechtlichen Pflichten oder der staatlichen Souveränität der Deutschen Demokratischen Republik handelt; er ist strafrechtlich verantwortlich.“

(48) LG Berlin hat in seinem Urt. v. 20. 1. 1992 - (523) 2Js 48/90 (9/91) dem Angeklagten die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums nicht zubilligt: „Das tötungsgeeignete Schießen auf Menschen, die lediglich das Gebiet der ehemaligen DDR verlassen wollten, verstößt derart die Normen der Ethik und des menschlichen Zusammenlebens, daß sich, auch unter

Berücksichtigung der Indoktrination, Erziehung und Schulung in der ehemaligen DDR, schlechterdings nicht vorstellen läßt, daß sich der Angeklagte unter Berücksichtigung seiner Herkunft, seiner schulischen Bildung und seiner Persönlichkeit bei dem ihm zur Last gelegten Vorgehen gegen die Flüchtenden in einem die Schuld ausschließenden Verbotsirrtum befunden hat.“ Hierfür JZ 1992, 695 = NJ 1992, 272. Dazu vgl. Hans-Ludwig Schreiber, Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht, ZStrW 107, 157-182, 171f. Kritisch Wullweber, a. a. O., 54 u. 59; Erich Buchholz, Politisches Strafrecht, in: Bisky/Heuer/Schumann (Hgg.), »Unrechtsstaat«?, 32-38, 37; Adomeit, a. a. O. (= 2. Aufl., 153); ders., Rechtsphilosophie, Marxismus und Menschenrechte. Zum Erscheinen einer Festschrift für Hermann Klenner, JZ 1998, 186-191, 190; ders., Gustav Radbruch - Zum 50. Geburtstag, NJW 1999, 3465-3469, 3469 mit Fn. 20 (= Rechts- und Staatsphilosophie. Bd. II, 2. Aufl., 164f. mit Fn. 29 [165]). Auch BGH hält in seinem Urteil v. 3. 11. 1992 - 5 StR 370/92 den Irrtum nicht für unvermeidbar. Dazu vgl. BGHSt 39, 32ff. = NJW 1992, 148f. = JZ 1993, 205.

- (49) BGH, Urt. v. 3. 11. 1992 - 5 StR 370/92, BGHSt 39, 25 u. 29 = NJW 1993, S. 147; BVerfG, Beschl. v. 24. 10. 1996 - 2 BvR 1851, 1853, 1875, 1852/94, BVerfGE 95, 129 = NJW 1997, 929. In diesem Zusammenhang vgl. auch BGH, Urt. v. 20. 3. 1995 - 5 StR 111/94, BGHSt 41, 110 = NJW 1995, 2731: „Der Schutz der Menschenrechte war - anders als im nationalsozialistischen Regime - offizielle Problematik des Staates. Dies gilt auch für die DDR-Verfassung von 1949, deren Text im übrigen von dem rechtsstaatlichen Modell der Weimarer Reichsverfassung weniger weit entfernt war als die Verfassungstexte von 1968 und 1974. Der Senat hat nicht übersehen, daß tatsächlich weder die verschiedenen Verfassungen der DDR noch die sonstigen Gesetze in dem vom Senat bezeichneten Sinne menschenrechtsfreundlich ausgelegt worden sind.“ Der Senat stellt darauf ab, daß die menschenrechtsfreundliche Auslegung „nicht etwa ein Rechtssystem konstruiert, das mit dem Recht der DDR schlechthin nichts zu tun hatte.“ Ferner BGH, Urt. v. 20. 3. 1995 - 5 StR 378/94, NJW 1995, 2733; BGH, Urt. v. 5. 7. 1995 - 3 StR 605/94, BGHSt 41, 160ff. = NJW 1995, 2734f.; BVerfG, Beschl. v. 12. 7. 1995 - 2 BvR 1130/95, NJ 1995, 528-529 (528f.) = DtZ 1995, 397-398 (397) = NStZ 1995, 490.

- (50) Kritisch gegen BGH-Urteil, Amelung, a. a. O., 639; Fiedler, Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 3. 11. 1992, JZ 1993, 206-208, 208; Klaus Füller, Geheime Führerbefehle als Rechtsquelle? *Minima Juris* und das Erfordernis „minimaler Rechtskultur“, ZRP 1993, 180-184, 183f.; Klaus Günther, Anmerkung zu dem Urteil vom 3. 11. 1992, StV 1993, 18-24, 23f.; Herrmann, a. a. O., 120; Hermann Ott, Die Staatspraxis an der DDR-Grenze und das Völkerrecht. Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 3. 11. 1992 - 5 StR 370/92, NJ 1993, 337-343, 337ff.; Helmut Rittstieg, Grenzsoldat und Menschenrecht, DuR 1993, 18-20, 18ff.; Eyk Ueberschär, *Fiat iustitia pereat mundus*. Zur juristischen Bewältigung der DDR-Vergangenheit, Forum Recht 1993, 163-164, 163f.; Alexy, Mauerschützen, 30; Merkel, a. a. O., 323f.; Gerhard Dannecker, Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung - BGH - *Entsch. v. 3. 11. 1992 - 5 StR 370/92 = BGHSt. 39, 1 -*, Jura 1994, 585-595, insbes. 591ff.; Heuer/Schumann, Politik und Justiz in der Auseinandersetzung um die DDR-Geschichte, in: Bisky/Heuer/Schumann (Hgg.), »Unrechtsstaat«?, 10-31, 21; Jakobs, a. a. O., 7, Fn. 25; Silke Laskowski, Unrecht - Strafrecht - Gerechtigkeit. Die Probleme des Rechtsstaates mit dem DDR-Unrecht, JA 1994, 151-166, 163; Otto Luchterhandt, Was bleibt vom Recht der DDR?, in: Karsten Schmidt (Hg.), *Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung?*, Berlin, 1994, 165-198, 179ff. u. 188ff.; Schlink, a. a. O., 434ff.; Heiner Wilms/Burkhardt Ziemiske, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht?, ZRP 1994, 170-172, 170ff.; Gerhard Dannecker/Kristian F. Stoffers, Rechtsstaatliche Grenzen für die strafrechtliche Aufarbeitung der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze, JZ 1996, 490-494, 491ff.; Biermann, a. a. O., 90ff.; Buchholz-Schuster, a. a. O., 213f. u. 328ff.
- (51) Hierzu Toralf Rummeler, *Die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze vor Gericht*, Baden-Baden, 2000, 298ff, im Verhältnis zur Radbruch'schen Formel v. a. 319f., 321ff., 330ff. u. 336ff.
- (52) Hierfür LG Berlin, Urt. v. 5. 2. 1992 - (518) 2 Js 63/90 KLs (57/91), NJ 1992, 421 = NStZ 1992, 492-495, 494; Herwig Roggemann, *Systemunrecht und Strafrecht am Beispiel der Mauerschützen in der ehemaligen DDR*, Berlin, 1993, 60 u. 117f.; dens., *Zur Strafbarkeit der Mauerschützen*, DtZ 1993, 10-19, 16f.; R. Dreier, *Rechtsphilosophische Aspekte ju-*

ristischer Vergangenheitsbewältigung, ZG 1993, 300-313, 311; dens., Juristische Vergangenheitsbewältigung, 27. Anderer Ansicht sind Otto Triffterer, Was kann das Völkerrecht zur Bewältigung der Regierungskriminalität in der DDR beitragen?, in: Ernst-Joachim Lampe (Hg.), Deutsche Wiedervereinigung, Die Rechtseinheit, Arbeitskreis Strafrecht, Bd. II: Die Verfolgung der Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung, Köln/Berlin/Bonn/München, 1993, 131-160, 141; Buchholz, a. a. O., 34; Olaf Miehe, Rechtfertigung und Verbotsirrtum, in: Meinhard Heinze/Joachim Schmitt (Hgg.), Festschrift für Wolfgang Gitter zum 65. Geburtstag am 30. Mai 1995, Wiesbaden, 1995, 647-668, 653f.; Biermann, a. a. O., 135ff.

- (53) Jakobs, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, in: Josef Isensee (Hg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht. Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem, Berlin, 1992, 37-64, 53.
- (54) Zu diesem Punkt vgl. Adomeit, Gustav Radbruch, 3469 (= Rechts- und Staatsphilosophie. Bd. II, 2. Aufl., 164).