

„Gelten“ gründen — meint Radbruch. Dieses könne nur durch Werte begründet sein, die dem Gesetz innewohnen. Das meint nicht den formellen Wert des Rechts, besser zu sein als gar kein Gesetz, also Rechtssicherheit zu schaffen. Entscheidend seien die Wertinhalte, und diese stellen sich, bezogen auf jedes Recht, insbesondere als Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit dar. In der Hierarchie dieser Werte komme der Zweckmäßigkeit der zweite Rangplatz zu, denn „Keineswegs ist Recht alles das, was dem Volke nützt, sondern dem Volke nützt letzten Endes nur, was Recht ist, was Rechtssicherheit schafft und Gerechtigkeit erstrebt.“ Rechtssicherheit stehe zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit. Daß das Recht sicher sei, daß es nicht heute und hier so, morgen und dort anders ausgelegt und angewandt werde, sei eine Forderung der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit.

Freilich definiert Radbruch Gerechtigkeit allein formell als Gleichbehandlung von Gleichem. Er läßt offen, was als Gleiches zu setzen ist, nach welchen inhaltlichen Kriterien Gleichheit bestimmt wird und wie Gleichbehandlung aussehen muß. Gleichsam ist seine Sentenz auch für unsere heutigen Probleme außerordentlich bedenkenswert. Sie lautet: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Damit meint Radbruch Fälle, in denen Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird. Hier handele es sich nicht etwa nur um „unrichtiges Recht“, sondern diese Regelungen entbehren der Rechtsnatur überhaupt, denn man könne „Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren, denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen“. In die Gruppe solcher Regelungen, die niemals Recht waren, ordnet Radbruch z. B. die unterschiedliche Beurteilung von Mordstrafaten durch die Nationalsozialisten ein, die in Abhängigkeit davon erfolgte, ob aus „vaterländischen Motiven“ oder „gegen das Volk“ gemordet wurde. Zweifellos gehören zu dieser Unrechtsgruppe auch Regelungen, die Menschen als „Untermenschen“ beurteilten und sie entsprechend zu behandeln verlangten. Auch unterschiedlose Beurteilung der Schwere von Straftaten tatsächlich verschiedener Schwerebereiche, die sich gleichlautend in Todesstrafen ausdrückten, sind hier zu erfassen. In solchen und ähnlichen Fällen sei die fehlende Rechtsnatur solchen „Rechts“ nicht zu bestreiten. Im übrigen müsse man aber die „furchtbaren Gefahren für die Rechtssicherheit (sehen, die) der Begriff des gesetzlichen Unrechts<sup>1</sup>, die Leugnung der Rechtsnatur positiver Gesetze mit sich bringen kann.“ Deshalb gelte der Grundsatz „Gesetz ist Gesetz“, wengleich nicht ohne Abwehrfähigkeit gegen tatsächliches rechtliches Unrecht. Allerdings dürfe nicht jeder Richter auf eigene Faust Gesetze entwerfen dürfen. Diese Aufgabe stehe höheren Gerichten oder der Gesetzgebung zu.

Ich meine, Radbruch entwickelt in seinem Aufsatz Maßstäbe, die auch für unsere heutige Situation und deren Beurteilung wichtig sind. „Gesetzliches Unrecht“ auf der von Radbruch aufgezeigten Höhe hat es in der DDR — zumindest im Bereich des Strafrechts — weithin nicht gegeben. Inwiefern das für andere Rechtsfragen ebenso gilt, muß schnellstens differenziert geprüft werden. Ich denke etwa an familienrechtliche Entscheidungen, in denen Kinder und Eltern aus politischen Gründen getrennt wurden, oder an Entscheidungen zu Eigentumsfragen, in denen Eigentumsrechte relativ willkürlich entzogen wurden.

Sehr viel umfangreicher als dieses Problem dürfte jenes sein, das Radbruch als „unrichtiges Recht“ bezeichnet. Um welche Regelungen es hierbei im Bereich des Strafrechts insbesondere geht, wird deutlich, wenn z. B. vor Augen bleibt, daß

— Handlungen kriminalisiert wurden, deren krimineller Gehalt nicht oder nur schwer zu erkennen ist (z. B. §§ 99, 249 StGB),

— ein deutlicher Dissens zwischen den Regelungen des Strafrechts und des Strafprozeßrechts der DDR und den Ver-

pflichtungen besteht, die sich für die DDR aus Menschenrechtskonventionen ergeben, insbesondere aus der Konvention über zivile und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (GBl. II 1976 Nr. 4 S. 108) — Art. 9 (Recht auf Freiheit und Sicherheit der Person), Art. 12 (Freizügigkeit), Art. 14 (Mindestgarantien bei Verhandlungen über zur Last gelegte Vergehen), Art. 17 (ungesetzliche Eingriffe z. B. in die Korrespondenz), Art. 19 (Recht auf freie Meinungsäußerung) und Art. 21/22 (Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit) sind mit einer Reihe straf- und strafprozeßrechtlicher Bestimmungen der DDR nicht oder nur schwer zu vereinbaren (z. B. mit §§ 213, 105, 202 ff., 106, 220, 215, 219, 217 StGB; § 61 StPO).

Hier und in anderen Fällen handelt es sich um „unrichtiges Recht“, für das allerdings nicht sein Geltungsanspruch in Zweifel stehen kann. Eine andere Position hätte — Radbruch verweist darauf — für die Rechtssicherheit fatale Konsequenzen. Folglich war von dem Richter oder Staatsanwalt, der dieses Recht angewendete, auch nicht zu fordern, es mit Verweis auf seine „Unrichtigkeit“ nicht den strafrechtlichen Entscheidungen zugrunde zu legen. Abgesehen von den persönlichen Konsequenzen einer solchen Weigerung, kann sich der Jurist in diesen Fällen berechtigt auf den Grundsatz „Gesetz ist Gesetz“ berufen. Eine Pflicht zur Nichtanwendung geltenden Rechts kann nur bei „gesetzlichem Unrecht“ erhoben werden. Nur in diesen Fällen hätte die Nichterfüllung dieser Pflicht auch entsprechende Konsequenzen für die Verantwortlichkeit des Juristen. Eine Rechtsbeugung würde beispielsweise dann vorliegen, wenn dem Richter bewußt ist, daß das von ihm angewendete Gesetz sich als gesetzliches Unrecht darstellt und er, gemessen am gesetzlichen Maßstab, zuungunsten eines Beteiligten entscheidet. Entscheidet er in dieser Situation zugunsten des Beteiligten, kann das sein Verhalten rechtfertigen. Nur unter der Voraussetzung einer Rechtsbeugung wäre es auch denkbar, den Richter z. B. wegen Nötigung/Freiheitsberaubung oder ähnlicher Straftaten zur Verantwortung zu ziehen. Wegen der Anwendung „unrichtigen Rechts“ können unter den heutigen Bedingungen (unter den Voraussetzungen einer fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit) nur durch den Gesetzgeber selbst Konsequenzen gezogen werden. Er hat auf gesetzgeberischen Wegen für die Rehabilitierung der von solchen Regelungen betroffenen Personen zu sorgen.

#### *Kriminalrecht der DDR, sein soziales Fundament und Kriminalisierungskriterien*

Daß die DDR-Justiz heute vor der Situation steht, gesetzliches Unrecht erkennen zu müssen, hat Ursachen. Im Kriminalrecht der DDR hat das Verhältnis von Recht und Gesetz weithin keine ausdrückliche Rolle gespielt. Die Frage: „Was ist aus welchen Gründen kriminell?“ ist in der DDR-Kriminalrechtswissenschaft bis zum heutigen Tag nicht nur unbeantwortet — was angesichts allgemeiner Schwierigkeit, diese Frage zu beantworten, verständlich ist —, die Kriminalrechtswissenschaft der DDR hat sich diese Frage bis zum heutigen Tag nicht deutlich vorgelegt. Daran bestand kein staatliches und parteipolitisches Interesse, weil die Beantwortung dieser Frage z. B. auch bedeutet hätte, den Gesetzgeber deutlich zu binden, ihm Grenzen vorzugeben, die nicht zu überspringen sind. Dies hätte zugleich bedeutet, die bevorzugt instrumentale Handhabung des Kriminalrechts der DDR deutlich in Zweifel zu ziehen, denn es wäre zu beachten gewesen, daß Recht vor allem sozialer Verhaltensmaßstab ist, der seine Grundlagen, Ziele und Wirkungsbedingungen in der Gesellschaft selbst findet. Außerdem ist es offenbar nicht ausreichend, das Kriminalrecht allein als Willensausdruck herrschender Kräfte zu bezeichnen und es damit zu legitimieren. Der dem Recht zugrunde liegende Wille muß nachvollziehbar und überprüfbar sein, sonst wird Recht allein ideologisch legitimiert. Auch dies begünstigte die Gefahr, Strafrecht als ein Mittel schnell wechselnder Politik zu benutzen. Nur wenn das soziale Fundament des Kriminalrechts in gehöriger Tiefe und Breite angepackt und daraus Kriminalisierungskriterien entwickelt werden, ist das Begründungsdefizit des Strafrechts in diesem Aspekt aufzuheben.

Die Frage: „Was ist aus welchen Gründen kriminell?“ ist