Dietmar Willoweit

Unrechtsstaat, Rechtsstaat – eine richtige Alternative?

I.

Das Thema betrifft wissenschaftliche Begriffe und ihre Brauchbarkeit für die analytische Erschließung eines Sachverhaltes. Die Frage, der wir uns angesichts der bisherigen Diskussion stellen müssen, geht dahin, ob der Begriff des Unrechtsstaates sinnvolle Aussagen über einen historischen Befund zuläßt. Die geschichtlichen Ereignisse und Strukturen selbst, die zu der Begriffsbildung „Unrechtsstaat“ Anlaß gegeben haben, werden als bekannt vorausgesetzt. Sie sind nur Hintergrund, nicht Gegenstand des Referates.

Bisher ist die Problematik der Alternative „Rechtsstaat – Unrechtsstaat“ aus sehr verschiedenen Perspektiven erörtert worden. Jahre vor der Wiedervereinigung suchte Peter Schneider zwischen dieser Alternative und einem „resignativen Positivismus“ einen „dritten Weg“. Die Alternative „Rechtsstaat – Unrechtsstaat“ lege ein simplifizierendes „Freund-Feind-Denken“ nahe, obwohl sich das Völkerrecht mit dem Vorliegen der drei einen Staat konstituierenden Elemente Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt begnügen und daher selbst „Verbrecherstaaten“ im Sinne von Karl Jaspers als Staaten akzeptieren müsse. Daran ändere nichts, daß das Völkerrecht die Achtung der Menschenrechte verlange. Mit der Staatsqualität aber scheint aus völkerrechtlicher Sicht die Herrschaft über das Recht ohne weiteres gegeben, womit sich in der Tat ein „resignativer Positivismus“ abzeichnet, ohne daß der „dritte Weg“ zu erkennen wäre¹.

In der ersten Hälfte der neunziger Jahre kam es zu einer heftigen Diskussion um die Anwendung des Begriffs „Unrechtsstaat“ auf die DDR. Diese sei jedenfalls „im Kern“ Unrechtsstaat gewesen, erklärte 1991 im Editorial zur Neuausgabe der „Neuen Justiz“, bis dahin führendes Organ der DDR-Jurisprudenz, Horst Sandler, ehemals Präsident des Bundesverwaltungsgerichts. Später erläuterte Sandler, „im Kern“ bedeute, „daß es in einem solchen Staat durchaus Bereiche gibt, die sich auch in einem Rechtsstaat sehen lassen können“. Es könne keine

¹ *Peter Schneider*, Rechtsstaat und Unrechtsstaat – ihre Relevanz für den Staatsbegriff der allgemeinen Staatslehre und des Völkerrechts (Vortrag im Rahmen des Walther-Schücking-Kollegs, Kiel 1984) 2 ff., 19 ff.

Rede davon sein, daß alles in der DDR Unrecht gewesen sei. Es gebe keine reinen Rechtsstaaten, aber auch keine reinen Unrechtsstaaten. Doch im Rechtsstaat werde die „Verwirklichung des Rechts“ angestrebt, im Unrechtsstaat aber nicht. Es fließt auch die – nach diesen Ausführungen irritierende – Bemerkung ein, nicht Rechtsstaat sein, bedeute nicht, Unrechtsstaat zu sein². Die Darlegungen Sendlers erweisen sich nur dann als in sich schlüssig, wenn das Recht des Staates an einem vorpositiven Maßstab, etwa naturrechtlicher Art, gemessen werden kann. Denn der Begriff des Rechtsstaates wird hier relational verstanden, in Bezug auf einen außerstaatlich gedachten Rechtsbegriff. Im Unterschied zum vorsichtigen Sprachgebrauch deutscher Staatsrechtslehrer³ sprechen vor allem Politiker gerne vom „Unrechtsstaat“, als habe es in der westdeutschen Bundesrepublik nicht längst eine umfassende Naturrechtskritik gegeben⁴. Daher muß es nicht überraschen, daß in der Diskussion um den „Unrechtsstaat“ die Apologie zugunsten der vergangenen DDR-Rechtsordnung gleichfalls auf Argumente zurückgriff, die schon aus der Zeit der Konfrontation der beiden deutschen Staaten bekannt waren. Uwe-Jens Heuer bezeichnete den Begriff des „Unrechtsstaates“ als „Kampfbegriff“, um die „DDR mit dem nazifaschistischen Staat gleichzusetzen“. Es gebe auch die Möglichkeit eines sozialistischen Rechtsstaates⁵. Volkmar Schöneburg blies in das gleiche Horn: Der Begriff Unrechtsstaat diene nur dazu, die DDR mit dem Dritten Reich gleichzusetzen⁶. Daß der Vergleich ein unverzichtbares methodisches Instrument aller Wissenschaften ist, geriet in dieser von moralisierenden Vorwürfen und Rechtfertigungen gekennzeichneten Debatte in Vergessenheit. Nicht weniger moralisierend, aber noch grundsätzlicher griff Ingo Müller in die Debatte ein, indem er schon den Rechtsstaatsbegriff als spezifisch deutsches Vehikel – hinzuzufügen: auf dem deutschen „Sonderwege“ – kritisierte, handele es

² Horst Sendler, Editorial, in: *Neue Justiz* (1991) 137; ders., Über Rechtsstaat, Unrechtsstaat und anderes – Das Editorial der Herausgeber im Meinungsstreit, in: *Neue Justiz* (1991) 379–382; ders., Die DDR ein Unrechtsstaat – ja oder nein?, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (1993) 1–5; ders., Unrechtsstaat und Amnestie, in: *Neue Justiz* (1995) 225 f.

³ Dieser ist freilich nicht einheitlich, vgl. insbes. Christian Starcke, Wilfried Berg, Bodo Pieroth, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 51, Berlin 1992) 7–45, 46–90, 91–115; ferner Josef Isensee (Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht* (Berlin 1992).

⁴ Aus philosophiegeschichtlicher Perspektive Ulfried Neumann, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: Dieter Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik* (Frankfurt a.M. 1994) 145–187, 158 ff.; systematisch einführend Hasso Hofmann, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie (Darmstadt 2000) und Kurt Seelmann, Rechtsphilosophie (München 1994); exemplarisch Gerald Grünwald, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht (Bonner akademische Reden 40, Bonn 1971); Texte zur Naturrechtsrenaissance der Nachkriegszeit bei Werner Maihofer (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus* (Darmstadt 1962).

⁵ Vgl. die Zitate bei Sendler, Die DDR (wie Anm. 2) 1 f. sowie Uwe-Jens Heuer, Vorwort, in: ders. (Hrsg.), *Die Rechtsordnung der DDR. Anspruch und Wirklichkeit* (Baden-Baden 1995) 11–23, 18 ff.

⁶ Volkmar Schöneburg, Recht im nazifaschistischen und im „realsozialistischen“ deutschen Staat – Diskontinuitäten und Kontinuitäten, in: *Neue Justiz* (1992) 49–54.

sich doch um einen „Kampfbegriff ... in Gegensatz zum ... demokratischen Gesetz“⁷. Mit einer derart drastischen Verkürzung einer komplexen historischen Problematik läßt sich die Diskussion um den „Unrechtsstaat“ gewiß nicht aus der Welt schaffen. Noch immer belastet Polemik die Diskussion um „Unrechtsstaatlichkeit“.

II.

Der Begriff des Unrechtsstaates setzt den des Rechtsstaates voraus. Dieser ist in der Zeit des Konstitutionalismus von der liberalen Rechts- und Staatstheorie entwickelt worden. Seine Ideengeschichte von seiner „materiellen“ Ausprägung etwa bei Welcker und Mohl bis zum „formellen“ Rechtsstaatsbegriff bei Stahl und Bär muß hier auf sich beruhen⁸. Zentrales Anliegen war ursprünglich die Gesetzmäßigkeit und gerichtliche Überprüfbarkeit staatlichen Handelns, und nur in diesem Sinne ist die Idee des Rechtsstaates integrales Element auch des grundgesetzlichen Verfassungssystems und seiner Fortschreibung durch das Bundesverfassungsgericht geworden. Rechtsstaatlichkeit ist in der Regel, aber nicht zwingend, mit demokratischen Verfassungssystemen, die Menschenrechte gewährleisten, verbunden. Denkbar ist und behauptet wird in der Tat, daß auch autokratische Verfassungsstrukturen – z. B. des aufgeklärten Absolutismus – rechtsstaatliche Züge tragen können. Eine ganz andere Frage ist, ob ein solcher Gebrauch des im 19. Jahrhundert entstandenen Rechtsstaatsbegriffs der historischen Erforschung älterer Zeiten zugrunde gelegt werden sollte. Daß dies zur Vermeidung von Anachronismen eher abzulehnen ist, kann die theoretische Reflexion des Rechtsstaatsbegriffs nicht berühren⁹.

Es empfiehlt sich, nicht nur aus dem soeben genannten Grunde, für die Beurteilung historischer Sachverhalte auch des 20. Jahrhunderts nicht vom Rechtsstaatsbegriff des modernen deutschen Verfassungsrechts auszugehen. Denn diesem ha-

⁷ Ingo Müller, Die DDR – ein „Unrechtsstaat“?, in: Neue Justiz (1992) 281 ff., 282.

⁸ Vgl. dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs (1969), in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit (Frankfurt a.M. 1976) 65–92; Georg-Christoph von Unruh, Die „Schule der Rechts-Staats-Lehrer“ und ihre Vorläufer in vorkonstitutioneller Zeit, in: Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin, hrsg. v. Norbert Achterberg u. a. (Berlin 1983) 251–281; Michael Stolleis, Rechtsstaat, in: HRG, Bd. 4 (Berlin 1990) Sp. 367–375 m. w. Nachw.; Hasso Hofmann, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, in: Der Staat 34 (1995) 1–32.

⁹ Vgl. zu dieser Frage z. B. Hermann Conrad, Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staates (Schriftenreihe der Jur. Ges. Berlin 22, Berlin 1965) und dazu Heinz Mohnhaupt, Zur Geschichte des Rechtsstaats in Deutschland, in: Acta Facultatis Politico-iuridicae Universitatis Budapestensis XXXIV (1993/94) 39–60, 44 f., sowie Dietmar Willoweit, War das Königreich Preußen ein Rechtsstaat?, in: Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift z. 65. Geb. von Paul Mikat, hrsg. v. Dieter Schwab, Dieter Giesen, Joseph Listl, Hans-Wolfgang Strätz (Berlin 1989) 451–464 m. w. Nach.

ben die deutschen Staatsrechtler, in bester Absicht, alles aufgebürdet, was uns an einer funktionierenden demokratischen Verfassungsordnung lieb und teuer ist: Grundrechte, Gewaltenteilung, Unabhängigkeit der Richter, Herrschaft der Gesetze mit Rechtsgebundenheit von Verwaltung und Gerichten, Demokratie, also die parlamentarische Volksrepräsentation¹⁰. Eine erst 1997 erschienene Habilitationsschrift über „Das Prinzip Rechtsstaat“ fand im deutschen staatsrechtlichen Schrifttum nicht weniger als 142 Merkmale, die Elemente des Rechtsstaats sein sollen. Mit Recht hat sich daher die Autorin Katharina Sobota darum bemüht, die „Spezifität des Rechtsstaatsbegriffs“ neben den anderen Verfassungsprinzipien – Grundrechte, Republik, Demokratie, Sozialstaat, Bundesstaat, Lebenswelt – herauszuarbeiten. Die danach gerade dem Rechtsstaatsbegriff zuzuordnenden Verfassungselemente ergeben ein bemerkenswertes, in sich konsistentes Bild, das wir in einem anderen Begriff als eben dem des Rechtsstaates nicht zusammenfassen können. Im einzelnen haben wir nach den Forschungen von Katharina Sobota die folgenden Merkmale als Elemente gerade des Rechtsstaates festzuhalten: die rechtliche Konstitution der Staatsmacht und ihre Bindung an die Verfassung und an das Recht; die rechtliche Konstitution der staatlichen Gewalten mit Gewaltenteilung und Unabhängigkeit der Gerichte; Gesetzlichkeit, Gesetzesbindung, Willkürverbot; Rechtssicherheit; Verhältnismäßigkeit, Gerechtigkeit; Bestimmtheitsgebot, Begründungs- und Publizitätspflichten; Effizienzgebote; Justizgewährungsgarantien, d. h. Rechtsschutz; Schutz von Betroffenen in Gerichtsverfahren; Staatshaftung¹¹.

III.

Soweit sich der Begriff des Unrechtsstaates als Negation des Rechtsstaates versteht, kann er nur einen Zustand gesetzlosen und keiner richterlichen Prüfung unterworfenen politischen Handelns meinen. Ein Staat in diesem Sinne muß genau genommen zunächst „Nicht-Rechtsstaat“ heißen. Hasso Hofmann hat darauf aufmerksam gemacht, daß der Rechtsbegriff in doppelter Weise verneint werden kann: Recht ist zum einen nicht Recht als „Nicht-Recht“, d. h. zu unterscheiden von Handlungsnormen konventioneller Art und erst recht natürlich von normativ überhaupt nicht gebundenem Verhalten. Der andere Gegenbegriff zum Begriff

¹⁰ Vgl. z. B. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: *Josef Isensee, Paul Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg 21995) 987–1043; *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: *Horst Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2 (Tübingen 1998) Art. 20 Rd.-Nr. 1 ff., 36 ff. m. w. Nachw.; *Karl-Peter Sommermann*, in: *von Mangoldt-Klein-Starck*, *Das Bonner Grundgesetz* (München 42000) Art. 20 Rd.-Nr. 217 ff. – Vorsichtiger schon *Ralf Dreier*, *Juristische Vergangenheitsbewältigung* (Juristische Studiengesellschaft Hannover 24, Baden-Baden 1994) 15 f.

¹¹ *Katharina Sobota*, *Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte* (Tübingen 1997) 254 f., 430, 444, 461 f. u. passim.

des Rechts ist der des Unrechts, mit dem das nicht Rechte, also das sozialetisch Verwerfliche, gemeint ist¹².

Aus dieser Unterscheidung ergibt sich die logische Schlußfolgerung, daß der „Nicht-Rechtsstaat“ nicht notwendigerweise auch Unrechtsstaat sein muß. Also muß es für die einzelnen Elemente des Rechtsstaats auch funktionsähnliche Surrogate geben, welche die Beachtung eines sozialetischen Minimums gewährleisten. Denn Rechtsstaatlichkeit ist offenbar nicht Selbstzweck, sondern hat zum Ziel, unmoralisches Staatshandeln möglichst zu verhindern. Wenn Gerichte nicht an die Weisungen der jeweiligen Machthaber gebunden werden, diese die Gesetze beachten und ihre Entscheidungen begründen müssen, Angeklagten faire Verteidigungsmöglichkeiten geboten werden usw., dann verringert sich die Gefahr staatlichen Unrechts erheblich, weil die politische Macht – in verschiedener Weise – eingeschränkt oder gebunden und zugleich der Bürger geschützt wird. Dieses allgemeinste und entscheidende Merkmal der Rechtsstaatlichkeit konnte und kann in anderem kulturellen Umfeld gewiß auch mit ganz andersartigen Institutionen und Verfahren gesichert werden, z.B. durch traditionale Gesellschafts- und Herrschaftsstrukturen, durch die Kontrollmechanismen einer Religion, wohl auch durch das Charisma integrier Herrscherpersönlichkeiten, schließlich: warum nicht auch durch entsprechend motivierte Eliten, die autokratische Regierungsgewalt durch „kollektive Führung“ vor Machtmißbrauch zu bewahren versuchen?

Wenn wir in unserer Vorstellung Verfassungssysteme verschiedener Zeitalter Revue passieren lassen, ergibt sich vielleicht die folgende Differenzierung. Verzichtbar im Katalog Sobotas erscheint die erstmalige rechtliche Begründung des Staates, seiner Gewalten, seiner „Verfassung“, selbst seiner sich tatsächlich stets vollziehenden Weiterentwicklung, die einen neuen Stil und neue Funktionen hervorzubringen vermag, ohne daß sich dies alles mit bewußt vollzogenen Rechtsakten in Verbindung bringen läßt. Staaten und Staatsverfassungen entstehen vielfach faktisch, oft unter Bruch der bisherigen Verfassung – man denke nur an die deutsche Novemberrevolution des Jahres 1918 und die sich daran anschließende Diskussion in der deutschen Staatsrechtslehre¹³. Unverzichtbar aber ist die Bindung der Staatsgewalt an Normen, in der Regel an Gesetz und Recht, auch an das schon vorhandene Rechtsherkommen oder an gesellschaftliche Konventionen. Unverzichtbar sind das Willkürverbot, der Rechtsschutz vor unabhängigen Gerichten, ein faires Gerichtsverfahren, Rechtssicherheit. Auch Monarchen oder Oligarchen mögen dies alles beachtet haben, als Herrscher nicht von „Unrechtsstaaten“, sondern Regeln eigener Art befolgend, die analog moderner Rechtsstaatlichkeit den Machthaber einschränken und binden.

¹² Hofmann, (wie Anm. 4) 3 ff., 6, 20 f., 23 ff.; andeutungsweise auch Dreier, (wie Anm. 10) 16, der dennoch einerseits auf den Begriff des Unrechtsstaates nicht verzichten, ihn andererseits aber „zurückhaltend angewendet“ wissen will, ebd. 18.

¹³ Christoph Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung (Tübingen 1997) 420 ff., 427 ff.

„Nicht-rechtsstaatliche“ Erscheinungsformen des Rechts in der Rechtsordnung der DDR lassen sich nicht in Abrede stellen. Von einer durchgehenden Rechtsbindung aller Träger der staatlichen Gewalt kann schon in Hinblick auf die postulierte Wissenschaftlichkeit politischer Entscheidungen keine Rede sein. Auch wer den Marxismus als eine Schule der Sozialwissenschaft ernst nimmt, kann die mit ihrer Methode abgeleiteten Handlungsanweisungen nicht als rechtliche qualifizieren, weil sie unter dem jederzeitigen Entscheidungsmonopol der SED standen¹⁴. Ebenso wenig hat die DDR in ihrer Politik und Rechtstheorie die Unabhängigkeit der Gerichte behaupten wollen, sondern sie abgelehnt¹⁵. Trotz dieser Tatsachen, die in Hinblick auf den Rechtsstaatsbegriff als Defizite zu bezeichnen sind, ist die Existenz normgebundener Verfahren insbesondere in Zivilsachen, die den Kriterien der Rechtsstaatlichkeit entsprechen, auch in der DDR festzustellen¹⁶ – nicht zuletzt mit Rücksicht auf die in einem Zeitraum von vierzig Jahren festzustellenden geschichtlichen Entwicklungen und Veränderungen, zu denen auch die Betonung „sozialistischer Gesetzlichkeit“ gehörte¹⁷. Für die Alternative „Rechtsstaat – Nicht-Rechtsstaat“ hilft Horst Sendlers schon erwähnter Vorschlag, zwischen einem Mehr und Weniger zu unterscheiden, ein Stück weiter, zumal man über das Maß notwendiger Rechtsstaatlichkeit verschiedener Meinung sein kann. Auch in der Bundesrepublik werden gelegentlich rechtsstaatliche Defizite entdeckt oder moniert. Aber auf diesen Vergleich und die Feststellung eventueller rechtsstaatsanaloger Strukturen läßt sich die ganze Problematik nicht reduzieren.

¹⁴ Vgl. VI; Georg Brunner, Einführung in das Recht der DDR (München 21979) 1 ff.; Gerhard Dilcher, Politische Ideologie und Rechtstheorie, Rechtspolitik und Rechtswissenschaft, in: ders. (Hrsg.), *Rechterfahrung DDR* (Berlin 1997) 15–32; Monika Kaiser, Die Zentrale der Diktatur – organisatorische Weichenstellungen, Strukturen und Kompetenzen der SED – Führung in der SBZ/DDR 1946 bis 1952, in: Jürgen Kocka (Hrsg.), *Historische DDR-Forschung* (Berlin 1993) 57–86, 78 f.; zusammenfassend Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte* (München 42001) 431 ff. m. w. Nachw.

¹⁵ Hubert Rottleuthner, *Steuerung der Justiz in der DDR* (Köln 1994) und *Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 75 (1992) 237–264; Deutscher Bundestag (Hrsg.), *Materialien der Enquête-Kommission „Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland“*, Bd. IV: *Recht, Justiz und Polizei im SED-Staat* (Baden-Baden, Frankfurt a.M. 1995); Roger Engelmann, Clemens Vollnhals (Hrsg.), *Justiz im Dienste der Parteiherrschaft – Rechtspraxis und Staatssicherheit in der DDR* (Berlin 2000); Lars Immisch, *Der sozialistische Richter in der DDR und seine Unabhängigkeit* (Rechtshistorische Reihe 169, Frankfurt a.M. 1997) 55 ff.

¹⁶ Vgl. dazu die Sammelbände von Rainer Schröder (Hrsg.), *Zivilrechtskultur der DDR*, Bd. 1–3 (Berlin 1999–2001); ferner Inga Markovits, *Der Handel mit der sozialistischen Gerechtigkeit. Zum Verhältnis zwischen Bürger und Gericht in der DDR*, in: Thomas Lindenberger (Hrsg.), *Herrschaft und Eigen-Sinn in der Diktatur. Studien zur Gesellschaftsgeschichte der DDR* (Köln 1999) 315–347.

¹⁷ Zusammenfassend Willoweit, (wie Anm. 14) 436; genauer Gerhard Dilcher, *Vom Bürgerlichen Gesetzbuch zu den „Rechtszweigen“ – Sozialistische Modernisierung oder Entdifferenzierung des Rechts?*, in: ders., *Rechterfahrung* (wie Anm. 14) 89–134.

IV.

Offenbar zielt die These, die DDR sei ein Unrechtsstaat gewesen, auf den anderen Gegenbegriff von Recht: Gemeint ist ein Staat mit unrechtem, sozialeschisch verwerflichem Recht. So verstanden, verliert der Begriff des Unrechtsstaates seinen juristischen Sinn. Denn der positivistische Rechtsbegriff, wie er trotz aller Kritik und naturrechtlicher Postulate dem modernen Rechtsdenken zugrunde liegt, trennt Recht und Moral¹⁸. Danach verliert eine Norm als Erzeugnis des souveränen Staates die Eigenschaft, Recht zu sein, nicht deshalb, weil sie inhaltlich als ethisch verwerflich anzusehen ist. Der mit dem Begriff des Unrechtsstaates verbundene Vorwurf der Unmoral mag für einzelne gesetzliche Vorschriften – nach möglicherweise weit verbreiteter Überzeugung – berechtigt sein. Den Rechtscharakter einer Norm vermag er grundsätzlich nicht in Frage zu stellen.

Diese Trennung von Recht und Moral versucht die Radbruch'sche Formel für Extremfälle aufzuheben. Unter dem Eindruck der Verbrechen des Hitler-Regimes formulierte der Heidelberger Rechtsphilosoph, bis dahin naturrechtlichem Denken fern stehend, unter dem programmatischen Titel „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“: „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.“¹⁹ Dieser unvermittelte Rückgriff auf die Idee der Gerechtigkeit leidet offenkundig darunter, daß er jede Andeutung eines Maßstabes, nach welchem ein Sachverhalt beurteilt werden könnte, vermissen läßt. Die Radbruch'sche Formel war nach der Erfahrung des Dritten Reiches ein Aufschrei angesichts des schwer zu überwindenden Dilemmas der modernen Rechtsphilosophie. Sie wirkt wie flüchtig hingeworfen, wenig durchdacht und zufällig. Denn was „unerträglich“ oder „erträglich“ ist, was also jemand zu tragen und zu ertragen vermag, hängt völlig von seiner subjektiven Disposition und Meinungsbildung ab. Mit einer derart unglücklichen Wortwahl läßt sich nicht entscheiden, welches Unrecht so schwer wiegt, daß es dem geltenden Recht den Rechtscharakter nimmt²⁰. Auf der Suche nach einer naturrechtlichen Öffnungsförmel, die für diese Integration elementarster Rechtsgrundsätze in das positive

¹⁸ Vgl. die in Anm. 4 genannten rechtsphilosophischen Werke von *Hofmann* und *Seelmann* sowie den „Klassiker“ *Gustav Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, hrsg. v. *Erik Wolf* (Stuttgart 1950) 131 ff.; vgl. a. *Norbert Hoerster*, *Verteidigung des Rechtspositivismus* (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie 11, Frankfurt a.M. 1989).

¹⁹ *Gustav Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: *Süddeutsche Juristenzeitung* (1946) 105 ff., Neudruck in: *ders.*, *Gesamtausgabe*, Bd. 3 (Heidelberg 1990) 83 ff.

²⁰ Zur Diskussion der Radbruch'schen Formel und ihrer Nutzbarmachung in der Rechtsprechung ausführlich *Horst Dreier*, *Gustav Radbruch und die Mauerschützen*, in: *Juristenzeitung* (1997) 421–434, 422 ff. m. w. Nachw.

Recht eine wenigstens ungefähre Richtschnur bieten könnte, schaut man sich besser in den noch rechtsfreien Räumen des Völkerrechts um. Bei der Verabschiedung des (IV.) Haager Abkommens betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 18. 10. 1907 waren sich die vertragschließenden Staaten bewußt, ein noch lückenhaftes Werk geschaffen zu haben. Daher nahmen sie in die Präambel die Feststellung auf, es solle im Übrigen bei den „Grundsätzen des Völkerrechts bleiben, wie sie sich ergeben aus den unter gesitteten Völkern feststehenden Gebräuchen, aus den Gesetzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens“²¹. Immerhin nennt diese, in der Rechtsphilosophie kaum zur Kenntnis genommene „Haager“ Formel drei Kriterien, die unabhängig von einer bestimmten Verfassungsform als rechtliche Mindeststandards für alle Staaten verstanden werden können. Denn wenn sie schon im zwischenstaatlichen Raum während eines Krieges, wenn also Tötung und Zerstörung erlaubt sind, beachtet werden sollen, dann erst recht – so läßt sich argumentieren – in den Staaten selbst. Doch auch auf diesem Wege lassen sich präzisere Erkenntnisse über die Unrechtsstaatlichkeit der DDR nicht gewinnen. Im Gegenteil. Eine genauere Exegese des zitierten Vertragstextes würde die große Spannweite der „unter gesitteten Völkern feststehenden Gebräuche“, die Eingrenzung von „Gesetzen der Menschlichkeit“ auf ein unverzichtbares Minimum und den internationalen Charakter des „öffentlichen Gewissens“ ergeben. Was dem Recht der Staaten gesitteter Völker gemeinsam sein soll, muß notwendigerweise allgemeinsten Charakter haben. An diesem Maßstab, nicht an der Rechtsordnung der Bundesrepublik, ist die DDR zu messen.

Hinter der Anwendung der Radbruch'schen Formel auf Sachverhalte der DDR sind tiefer gelagerte Motivschichten zu erkennen. Dazu gehört vor allem der Wille, nicht erneut die juristische Aufarbeitung politischer Verbrechen zu versäumen, wie man dies gemeinhin der Justiz der frühen Bundesrepublik im Verhältnis zu den nationalsozialistischen Verbrechen vorzuwerfen pflegt. Mit dieser besonderen deutschen Vergangenheit hängt eng zusammen die in der Öffentlichkeit der Bundesrepublik verbreitete Tendenz, politisches Handeln vor allem als moralisches, nicht tatsächliches Geschehen zu beurteilen, den Politiker also dem Reich des Guten oder des Bösen zuzuordnen. Unter diesen Bedingungen aber entsteht leicht jene „Siegermentalität“, die nicht verstehen will, wie man Unrecht für Recht habe halten können. Dieses moralische Unwerturteil gegenüber dem unterlegenen politischen Gegner hat also etwas mit Selbstvergewisserung über den eigenen, richtigen politischen Standort zu tun. An die Stelle der Konfrontation mit einer verbrecherischen Vergangenheit war die Konfrontation mit einem anderen diktatorischen politischen System getreten, dessen Eingriffe in Leben und Freiheit der Bürger nun nach rechtsstaatlichen Maßstäben geahndet wurden. Staaten des ehe-

²¹ Der Vertragstext ist leicht zugänglich in: *Albrecht Randelzhofer* (Hrsg.), *Völkerrechtliche Verträge* (Beck-Texte, München 81999) 559 f. Im Vergleich zu diesen Kriterien viel weniger aussagekräftig die in Art. 7 Abs. II der europäischen „Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ vom 4. 11. 1950 erwähnten „von den zivilisierten Völkern anerkannten Rechtsgrundsätze“, ebd. 134 ff., 137 f.

maligen kommunistischen Machtbereichs, die nicht geteilt, sondern als Ganzes die Diktatur mit allen ihren Folgeerscheinungen zu ertragen hatten, haben weder das Bedürfnis nach so gründlicher juristischer Vergangenheitsbewältigung wie die deutsche Justiz, noch könnten sie sich solche, möglicherweise massenhaft durchzuführenden Verfahren überhaupt leisten, ohne den notwendigen gesellschaftlichen Minimalkonsens zu gefährden.

Beobachtungen und Erwägungen dieser Art können heute zu halbwegs gesicherten Ergebnissen noch nicht führen. Aus größerer zeitlicher Distanz wird die Wissenschaft aber die Bewältigung der „unrechtsstaatlichen“ Vergangenheit der DDR als einen sehr spezifischen, in der jüngeren deutschen Geschichte begründeten Vorgang würdigen.

V.

Die notwendige Unterscheidung von Recht und Moral schließt allerdings nicht aus, daß dem Rechtsbegriff selbst Grenzen immanent sind, jenseits derer er seinen Sinn verliert. So verhält es sich im Falle willkürlichen Handels, d. h. wenn sich der Staat nicht an seine eigenen Gesetze hält. Willkürlich, weil von vornherein nicht normgebunden, konnte der Führerwille im nationalsozialistischen Staat tätig werden. Elemente der Willkür waren auch in sozialistischen Staaten festzustellen, weil die von diesen selbst erlassenen Gesetze jederzeit mit Rücksicht auf den sozialistischen Rechtsbegriff – wonach das Recht ein Instrument der herrschenden Klasse ist – von der Partei missachtet werden konnten. Unverhohlen geschah dies gegenüber der Verfassung: „Die bedeutsamsten Veränderungen der Verfassungsordnung wurden im Wege von Verfassungsdurchbrechungen vollzogen.“²² Daß die Logik einer Rechtsnorm die Selbstbindung des Gesetzgebers einschließt, hat der Neukantianer Rudolf Stammler schon vor rund hundert Jahren erkannt und betont²³. Schon die Tatsache, daß unter dem Hitler-Regime das Reichsstrafgesetzbuch weiter galt, während sich der Polizeiapparat für berechtigt hielt, von ihm ausgewählte Personen zu töten, qualifiziert diese Aktionen als Mord, ohne daß es eines Rückgriffs auf vorpositive Normen bedürfte. In diesem Sinne muß es sich jeder staatliche Rechts- und Justizapparat gefallen lassen, auf willkürliches Verhalten befragt zu werden, auch die DDR.

²² Brunner, (wie Anm. 14) 4 ff., 7; Willoweit, (wie Anm. 14) 437 ff.; vgl. a. Thomas Friedrich, Das Verfassungslos der DDR – die verfassungslose DDR. Aspekte der Verfassungsentwicklung und der individuellen (Grund-)Rechtsposition in der DDR, in: *Dilcher*, (wie Anm. 14) 33–67.

²³ Rudolf Stammler, Recht und Willkür (1895), in: *ders.*, Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge, Bd. 1 (Charlottenburg 1925) 85–118 und dazu die Skizze von Dietmar Willoweit, Rechtsbegründung und Rechtsbegriff, in: *ders.* (Hrsg.), Die Begründung des Rechts als historisches Problem (Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 45, München 2000) 315–322; ausführlich zu Stammler Wolfgang Kersting, Neukantianische Rechtsbegründung, ebd. 269–313, 284 ff. – Dreier, (wie Anm. 10) 16 weist gleichfalls auf die „systematische Verletzung selbst gesetzten Rechts“ hin.

Staatliche Willkür, also die Verletzung der Rechtsordnung durch Handeln des Staates selbst, qualifiziert sich notwendigerweise als „Unrecht“. Wer, mit umfassender Rechtssetzungskompetenz ausgestattet, Normen erläßt, sich selbst aber von der Befolgung ausnimmt, handelt verwerflich, weil er den für objektiv richtig erkannten und daher abstrakt-generell formulierten Satz aus subjektiv beliebigem – und sei es politischem – Grunde verletzt. Es gibt – auch ohne Rückgriff auf naturrechtliche Maximen – einen Mißbrauch staatlicher Entscheidungsmacht, der sich nicht rechtspositivistisch als Wahrnehmung von Kompetenz begründen läßt. Nicht jedes staatliche Handeln läßt sich als Rechtsakt verstehen, der ein geltendes Gesetz modifiziert, etwa deshalb, weil staatliche Machtausübung stets rechtlicher Natur sei. Eine solche Logik hat für Mörder auf Königsthronen noch niemand akzeptiert. Es ist nicht einzusehen, warum für Diktatoren des 20. Jahrhunderts etwas anderes gelten soll.

Der Gegensatz von Recht und Willkür führt nochmals zu der Frage, ob nicht auch staatliche Rechtssetzung dann des Rechtscharakters entbehrt, wenn sie elementarste Rechtsüberzeugungen der Gesellschaft und damit zugleich die Grundlagen der europäischen Rechtskultur – etwa im Sinne der Präambel der Haager Landkriegsordnung – verletzt. Kann auch der Gesetzgeber willkürlich handeln? Dies würde bedeuten, daß auch ohne Annahme eines zeitlos gültigen Naturrechts vom Staat gesetztes Recht rechtswidrig sein könnte. Nur unter dieser Voraussetzung scheint es mir möglich zu sein, z. B. die Aufhebung der Auswanderungsfreiheit mit dem Schießbefehl an der Mauer ohne Rücksicht auf gesetzliche Regelungen der DDR als objektiv rechtswidrig zu beurteilen. Mit diesem Gedanken ist die DDR jedoch immer weniger konfrontiert worden, je stärker sich in der Bundesrepublik das politische Ziel durchsetzte, den kalten Krieg zu überwinden. Seitdem herrschte in der Bundesrepublik die Tendenz vor, die sozialistischen Staaten mit der ihnen eigentümlichen Gesellschafts- und damit auch Rechtsordnung als Alternative zum kapitalistischen Westen zu akzeptieren²⁴. Es fragt sich allenfalls, ob die Menschenrechte nicht auch für die DDR als verbindliche Rechtsnormen anzusehen waren. In einem präzisen juristischen Sinne ist dies äußerst zweifelhaft, weil die DDR zwar 1974 dem „Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte“ beigetreten ist, diesen aber niemals in innerstaatliches Recht transformiert hat²⁵. Noch viel weniger kann die Verbindlichkeit der Menschenrechte philosophisch mit Mitteln der Logik begründet werden. Das tut ihrer historischen Bedeutung zwar keinen Abbruch. Die Menschenrechte geben eine Antwort auf den Untergang der altständischen Gesellschaft, deren Statusverhältnisse verloren gingen und durch die Rechte des Individuums ersetzt werden mußten²⁶. Seitdem ließen sich inhaltliche Maßstäbe für die Beurteilung staatlicher Gesetze als Recht oder Unrecht gewinnen. Doch handelte es sich noch lange um eine Zukunftssper-

²⁴ So mit Recht und weiteren Nachweisen *Dreier*, (wie Anm. 20) 430.

²⁵ *Dreier*, (wie Anm. 20) 425.

²⁶ Vgl. dazu *Hans Ryffel*, Zur Begründung der Menschenrechte, in: *Johannes Schwartländer* (Hrsg.), *Menschenrechte* (Tübingen 1978) 55–75; *Schwartländer*, Einleitung, ebd. 9–17 und die weiteren Beiträge in diesem Band.

spektive. In der vergangenen Epoche der sozialistischen Staaten versuchten diese, dem liberalen Menschenrechtsdenken ein eigenes Menschenrechtsmodell entgegenzusetzen²⁷. Daß dieses gescheitert ist, darf uns letztlich nicht zu einer anachronistischen Rückprojektion der heute in der Welt weitgehend anerkannten Rechtsprinzipien verführen.

VI.

In der geschichtlichen Realität des 20. Jahrhunderts hat nicht rechts- oder anderswie gebundenes, prinzipiell freies politisches Handeln vor allem in zwei Formen Bedeutung erlangt: in Gestalt des dezisionistischen Führertums faschistischer Diktaturen und im Dienste des Klassenkampfes nach den Entscheidungen der die Interessen der Proletarier verkörpernden Partei. Beiden politischen Systemen ist gemeinsam, daß sie sich – ideologisch gerechtfertigte – rechtsfreie Handlungsspielräume geschaffen haben. Dieses Element der Nicht-Rechtsstaatlichkeit hat jedoch niemals den Staat als Ganzes mit allen seinen Erscheinungsformen erfaßt. Ernst Fraenkels These vom nationalsozialistischen Doppelstaat – Maßnahmenstaat und Normenstaat – darf auch für die sozialistischen Staaten Geltung beanspruchen²⁸. Ihre Richtigkeit wird durch die zwingende Notwendigkeit erwiesen, die große Masse der Gesetze dieser Staaten nach deren Ende als damals geltendes Recht anzuerkennen. Der moderne Staat, gleich welcher Verfassung, läßt sich mit seinen elementaren Leistungen des Rechtsschutzes und der Daseinsvorsorge für die Bürger als „Nicht-Rechtsstaat“ schlechthin nicht denken. Aller Erfahrung nach findet ein weitgehender Niedergang oder gar völliger Untergang des Normenstaates nur in Kriegs-, besonders in Bürgerkriegsgesellschaften statt, wie der Zweite Weltkrieg und später die Fälle Somalia und Bosnien gezeigt haben.

Den „Führerwillen“ und den „Willen der Partei“ als „Rechtsquelle“ zu verstehen, würde voraussetzen, daß Recht aus einem bloßen beliebigen Willensakt des oder der Machthaber hervorgehen kann. Ich darf mich nochmals auf Hasso Hofmann beziehen, der Carl Schmitt die Frage entgegengehalten hat, wie denn Recht aus Macht hervorgehen könne²⁹? Dafür fehlt es an einer überzeugenden Begründung. Denn der Rückschluß aus dem Zwangscharakter des Rechts auf eine zwangsausübende Macht als Quelle des Rechts ist verfehlt, weil so auch jeder Verbrecher zur Rechtssetzung befähigt wäre. Viel wahrscheinlicher ist demgegenüber

²⁷ Hermann Klenner, Studien über die Grundrechte (Berlin/O. 1964); Willoweit, (wie Anm. 14) 436 f.

²⁸ Ernst Fraenkel, Der Doppelstaat. Recht und Justiz im „Dritten Reich“ (1941, Frankfurt a.M. 1974). Fraenkel ging es zwar in erster Linie um die Analyse des „Maßnahmestaates“. Diese gewinnt aber, ohne daß man Fraenkel auf allen Wegen seiner Argumentation folgen muß, ihre Überzeugungskraft gerade aus dem Faktum der tatsächlichen und offenbar unverzichtbaren Normenorientierung weiter Bereiche staatlichen Handelns.

²⁹ Hasso Hofmann, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts (Berlin 21992) 69.

die Annahme, daß Recht aus der Gesellschaft, aus ihren Vertrags- und Ausgleichsbeziehungen, hervorgegangen ist. Selbst wenn man aber unterstellen wollte, Recht könne allein aus dem diktatorischen Willen als solchem hervorgehen, bliebe das Problem zu lösen, wie das aus einer Entscheidung hervorgegangene Recht normative Kraft gewinnen soll, wenn es mit Rücksicht auf die Kampfziele – des Führers, der Arbeiterklasse – der jederzeitigen Disposition des Rechtssetzenden unterliegt. Nicht nur in der Theorie, auch in der Praxis zeigte es sich, wenn auch in sehr verschiedenartiger Weise, daß sich sowohl der Dezisionismus des Führertums wie auch die Diktatur des Klassenkampfes als maßnahmestaatliches Gebaren im Sinne Fraenkels manifestieren mußte. Hitlers Verachtung aller rechtlicher Bindungen und seine Weigerung, sich selbst im Sinne seiner eigenen Zielsetzungen irgendwie normativ zu binden, bedürfen keiner Kommentierung. Aber auch die DDR hat mit ihrer offenkundigen Mißachtung der Verfassung von 1949 und mit der Praxis nachgeholter Verfassungsänderungen ein eindrucksvolles Beispiel für nicht normgebundene politische Praxis geliefert, ganz zu schweigen vom „Schwert und Schild der Partei“, der Staatssicherheit³⁰.

Die normenstaatlichen Elemente dieser politischen Systeme sind aber ebenso wenig zu übersehen. Gemeinsam war ihnen das Ziel einer Optimierung der Staatsgewalt, auch wenn der Marxismus ursprünglich deren Ende ins Auge gefaßt hatte, während im Reiche Hitlers trotz unverkennbarer Auflösungserscheinungen davon gerade nicht die Rede sein sollte. Der in beiden politischen Systemen festzustellende Versuch, Staat und Gesellschaft ineinander zu integrieren, führte tatsächlich zu einer Expansion staatlicher Herrschaftsmittel. Daraus ergaben sich nicht nur totalitäre Herrschaftsmethoden im Interesse der ideologischen Kampfziele. Fundamentale Grundlagen moderner Staatlichkeit wurden zugleich stabilisiert: Das Gewaltmonopol des Staates und seine Bürokratie, die ohne berechenbare Regeln handlungsunfähig gewesen wäre, dazu die Gewährleistung der elementaren Lebensbedingungen und ökonomischen Versorgung. Es dürfte schwer fallen, moderne Staatlichkeit, gleich welcher Verfassung, ohne jegliche Normenbindung zu denken und in politische Praxis umzusetzen.

Gleichwohl: Wer „Kampf“ zum politischen Programm erklärt, Kampf gegen einen gesellschaftlichen Gegner zumal, wird sich zweckorientiert und pragmatisch jener Mittel bedienen, die ihm zur Erreichung seines Zwecks nützlich erscheinen. Es ist nicht ersichtlich, wie der so oft wiederholten Metapher des „Kampfes“ irgendwelche normativen Beschränkungen und Bindungen hätten entnommen werden können. Im Gegenteil. Die im Umfeld dieses Wortes gedeihende Semantik, deren genaueres Studium wir uns hier ersparen müssen, stimuliert zur Aktion und weckt Impulse, den Gegner zu vernichten, ohne ihn als Rechtssubjekt überhaupt wahrzunehmen. Nach dieser Logik ist der Weg frei für Verhaltensweisen, die sich an eine herkömmliche Moral nicht halten müssen, ob-

³⁰ Karl Wilhelm Fricke, *Die DDR-Staatssicherheit* (Köln ³1989); David Gill, *Ulrich Schröter, Das Ministerium für Staatssicherheit. Anatomie des Mielke-Imperiums* (Berlin 1991); vgl. a. die Beiträge in: *Engelmann, Vollnhals*, (wie Anm. 15).

wohl die DDR bei der Verfolgung der ausgemachten Regierungsgegner justizstaatliche Formen bevorzugte³¹. Daher läßt sich nicht in Abrede stellen, daß in der DDR in weit größerem Maße staatliches Unrecht geschehen ist als in rechtsstaatlichen Demokratien, die Kampf nur gegen Kriminalität, nicht gegen gesellschaftliche Gegner kennen.

VII.

Rechtsbegriffliche Überlegungen allein genügen aber offenbar nicht, um zu einem historischen Urteil über die Verhaltensweisen sozialistischer Staaten gegenüber ihren Bürgern zu gelangen. Um dieses Ziel auch nur annähernd zu erreichen, wäre es erforderlich, den Untersuchungsraum sowohl in zeitlicher wie in räumlicher Hinsicht entschieden zu erweitern, sich also um einen umfassenden Vergleich zu bemühen.

Im Rahmen der europäischen Geschichte seit dem Zeitalter der Aufklärung ist die sozialistische Bewegung auch als der Versuch zu verstehen, mittels einer Analyse der Ökonomie objektive Erkenntnisse und richtige Handlungsnormen zu gewinnen. In dieser historischen Perspektive erscheint es fragwürdig, Prädikate wie „Recht“ und „Unrecht“ zu verteilen. Denn der Versuch, eine gültige, auf Wahrheit gegründete Ordnung der gesellschaftlichen Verhältnisse wiederzugewinnen, ist ein zentrales Thema in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Auch die Vertreter einer nationalsozialistischen Rechtslehre behaupteten, jenseits aller liberalen Pluralität der Rechtsauffassungen bestimmte inhaltliche Kriterien für das richtige Recht nennen zu können, nämlich seine Verankerung im „Leben“, seine angebliche „Blutgebundenheit“, die schon das germanische Recht bestimmt habe³². Auf höherem Niveau gehört Carl Schmitts „konkretes Ordnungsdenken“ in diesen Zusammenhang³³. Dasselbe gilt für die verfassungspolitischen Gedankenspiele im

³¹ Vgl. dazu die in Anm. 15 genannte Literatur und aus der Fülle einzelner Studien *Wolfgang Eisert*, Die Waldheimer Prozesse (München 1993); *Falco Werkentin*, Politische Strafjustiz in der Ära Ulbricht (Berlin 21997).

³² *Bernd Rüthers*, Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich (München 1994) 26 ff.; *Joachim Rückert*, Der Rechtsbegriff der Deutschen Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: der Sieg des „Lebens“ und des konkreten Ordnungsdenkens, seine Vorgeschichte und seine Nachwirkungen, in: *Joachim Rückert, Dietmar Willoweit* (Hrsg.), Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen (Tübingen 1995) 177–240; *Horst Dreier*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 60 (2001) 9–72, 33 ff.; allgemein einführend *Karl Kroeschell*, Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert (Göttingen 1992) 83 ff. und exemplarisch *Dietmar Willoweit*, Deutsche Rechtsgeschichte und „nationalsozialistische Weltanschauung“: das Beispiel Hans Frank, in: *Michael Stolleis, Dieter Simon* (Hrsg.), Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin (Tübingen 1989) 25–42.

³³ *Carl Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (Hamburg 1934) und dazu *Hasso Hofmann*, (wie Anm. 29) 85 ff., 177 ff., ferner *Rückert, H. Dreier*, (wie Anm. 32).

deutschen Widerstand, die vielfach um eine neoständische Ordnung kreisten³⁴. Nicht zuletzt ist auch der Rationalismus der Neuscholastik als ein Versuch zu werten, sichere Erkenntnisse über die menschliche Sozialordnung zu gewinnen³⁵. Am Ende des 20. Jahrhunderts wissen wir, daß alle diese Konzepte scheitern mußten. Nur günstige politische Umstände haben dem sozialistischen Staats- und Gesellschaftsmodell ein längeres Überleben ermöglicht.

Schwierigkeiten mit dem Begriffspaar „Recht“ und „Unrecht“ ergeben sich auch bei einer räumlichen Ausweitung des Blickfeldes. Ganz abgesehen davon, daß bis zum heutigen Tage die Zahl der sog. „Unrechtsstaaten“ die der „Rechtsstaaten“ übersteigt, könnte eine historische Beurteilung der innerstaatlichen Verhältnisse ehemals sozialistischer Staaten deren spezifische Normen und Mechanismen nicht unbeachtet lassen. Weil eine Existenz unter den Bedingungen des Dissidententums für die Masse der Bevölkerung ausgeschlossen war, entzieht sich deren gewollte, erzwungene oder resignative Mitwirkung am Funktionieren des Staatsapparates – von individuellem Fehlverhalten abgesehen – dem moralischen Urteil. Auch insofern wird sich der Historiker darauf beschränken müssen, Ursachen, Zusammenhänge, Motivationen zu erklären.

Die DDR war Teil des Sowjetsystems. Dessen normative Strukturen beruhten aber nur zum geringeren Teil auf Gesetzestexten. Weitaus größere Bedeutung kam sozialen Normen zu, unter denen hervorgehoben zu werden verdienen: die gesellschaftliche Indienstnahme der Intelligenz, die sich der Mitwirkung in Staats- und Parteifunktionen kaum entziehen konnte; der erzwungene Verzicht auf eine unbeschränkte politische Meinungsbildung in der Öffentlichkeit und damit die Tabuisierung politischer Themen; die vom Staat eingeforderte öffentliche Bejahung und Unterstützung der Staatsideologie als formeller Bekenntnisakt. Die Einhaltung dieser gesellschaftlichen Normen belohnte der Staat durch Sicherstellung eines ökonomischen, sozialen und kulturellen Mindeststandards. Weil man dieses gesellschaftliche Normensystem in eine Beurteilung der DDR und vergleichbarer Staaten einbeziehen muß, empfinden ehemalige Bürger dieser Staaten den Vorwurf des „Unrechtsstaates“ nicht selten als unangemessen, trifft er doch letztlich die Mitglieder der Gesellschaft und das in ihr angepasste Verhalten, also die Existenz der Bürger jener Staaten insgesamt. Darin liegt zweifellos etwas Difamierendes, war ein „Ausstieg“ aus diesem politischen System doch entweder gar nicht oder nur unter großen persönlichen Schwierigkeiten möglich.

³⁴ Nicolai Hammersen, Politisches Denken im deutschen Widerstand. Ein Beitrag zur Wirkungsgeschichte neokonservativer Ideologien 1914–1944 (Beiträge zur Politischen Wissenschaft 16, Berlin 1993); zusammenfassend m. w. Nachw. Willoweit, (wie Anm. 14) 360 f.

³⁵ Stöckl, Naturrecht, in: Wetzer, Welte's Kirchenlexikon, Bd. 9 (Freiburg i. Br. 21895) 38–48; J. Haring, Naturrecht, in: Staatslexikon, im Auftrag der Görres-Gesellschaft hrsg., Bd. 3 (Freiburg 1929); Johannes Messner, Naturrecht ist Existenzordnung, in: Maihofer, (wie Anm. 4) 527–533.

VIII.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Begriff des „Unrechtsstaates“ vor allem deshalb durchgreifenden Bedenken begegnet, weil er die Disparität von Recht und Moral verdeckt. Zu diesem Ergebnis hat uns der folgende Gedankengang geführt:

1. Der Begriff des Rechtsstaates erfaßt bestimmte Elemente einer Verfassungsordnung, deren spezifische Funktion in der Beschränkung politischer Macht und damit im Schutz der Bürger besteht. Zweck der Rechtsstaatlichkeit ist die Verhinderung unmoralischen Staatshandelns.

2. Der Begriff des Rechts kann in doppelter Weise verneint werden: in Gestalt von Verhaltensweisen und Verhältnissen nicht rechtlicher Art oder durch den Vorwurf des Unrechts, der sozialetisch Verwerfliches meint.

3. Die Funktionen des Rechtsstaats, also die Beschränkung politischer Macht und damit der Schutz der Bürger, können in anderen als demokratischen Verfassungsstaaten auch durch rechtsstaatsanaloge, also „nicht-rechtliche“ Normen und Mechanismen ohne Unrechtscharakter gewährleistet sein.

4. Da das moderne, grundsätzlich positivistisch geprägte Rechtsverständnis Recht und Moral unterscheidet, kommt dem Begriff des „Unrechtsstaates“ ein juristischer, d. h. im Rahmen der Rechtsordnung definierbarer, Sinn nicht zu.

5. Der Begriff des „Unrechtsstaates“ läßt sich als Rechtsbegriff auch nicht mit Hilfe der „Radbruch'schen Formel“ begründen, da diese mit dem subjektiven Merkmal der „Unerträglichkeit“ eine objektive Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht und zugleich Unrecht nicht erlaubt.

6. Dem Rechtsbegriff sind jedoch insofern Grenzen immanent, als er sich mit willkürlichem Handeln des Staates nicht verträgt, weil der Geltungssinn einer Rechtsnorm deren Beachtung auch durch die Staatsgewalt verlangt. Insofern der Staat dagegen verstößt, handelt er unrechtmäßig.

7. Von vornherein ganz ungebundenes politisches Handeln, das jederzeit staatliches Unrecht ermöglicht, begegnet in der geschichtlichen Realität des 20. Jahrhunderts in Gestalt des faschistischen Führertums und in der dem Klassenkampf dienenden Diktatur des Proletariats. In beiden Fällen aber war der so entstandene „Maßnahmestaat“ Teil eines „Doppelstaates“ im Sinne Ernst Fraenkel's, so daß Raum blieb auch für „normenstaatliche“ Normalität.

8. Der Begriff des Unrechtsstaates erlaubt keine Differenzierungen, sondern bringt eine Totalität zum Ausdruck, die der gesellschaftlichen Realität von „Doppelstaaten“ nicht gerecht wird. Trotz der historischen Tatsache staatlichen Unrechts ist der Begriff des Unrechtsstaates daher nicht gerechtfertigt.