

## Herausgegeben von

Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster  
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen  
Professor Dr. Rolf Stürner, Richter am OLG, Freiburg i. Br.  
Professor Dr. Ulrich Weber, Tübingen

# Juristen JZ Zeitung

## Redaktion

Rechtsanwältin Heide Schapka  
72074 Tübingen, Wilhelmstraße 18  
Telefon (07071) 923-0 oder 923-52  
Telefax (07071) 923-67

Seiten 421–472

52. Jahrgang 2. Mai 1997 9

## Aufsätze

Professor Dr. Horst Dreier, Würzburg

### Gustav Radbruch und die Mauerschützen\*

Im Zentrum der Mauerschützen-Prozesse steht die sog. Radbruchsche Formel (dazu I., II.). Da sich Strategien des BGH, die Verurteilung der Angeklagten auf eine völkerrechtlich-menschenrechtsfreundliche Interpretation des DDR-Rechts selbst zu stützen, als nicht tragfähig erweisen (III.), hängt alles davon ab, ob die Rechtfertigungsgründe, die den Grenzsoldaten seinerzeit zur Seite standen, wegen eines unerträglichen Widerspruchs zu elementaren Grundsätzen der Gerechtigkeit außer Betracht bleiben können. Die damit verbundenen rechtsphilosophischen Probleme (Einschlägigkeit der Radbruchschen Formel, Naturrecht als Grund individueller Strafbarkeit) und verfassungsrechtlichen Folgefragen (Art. 103 II GG) werden einer kritischen Analyse unterzogen (IV.). Insgesamt gelangt der Autor nach Würdigung der umfänglichen Judikatur (einschließlich des Beschlusses des BVerfG vom 24. Oktober 1996) und des vielfältigen Meinungsbildes in der Literatur zu dem Ergebnis, daß die einer Verurteilung derzeit entgegenstehende Hürde des Rückwirkungsverbot nur durch eine Verfassungsänderung überwunden werden könnte. Ob allerdings hinreichend gewichtige und gute Gründe für einen derartigen Schritt vorliegen, scheint mehr als zweifelhaft (V.).

#### I. Das Thema in seinem Umfeld

##### 1. Anlaß der Untersuchung

Als das *LG Berlin* im September 1996 einige Generäle der DDR-Grenztruppen wegen ihrer Verantwortung für die Tötungen an der innerdeutschen Grenze zu mehrjährigen Freiheitsstrafen verurteilte<sup>1</sup>, bezeichnete der Vorsitzende der Kammer in seiner mündlichen Urteilsbegründung<sup>2</sup> als „Kernfrage dieses Prozesses – wenn nicht seine einzige –“ die „An-

wendbarkeit der Radbruchschen Formel auf das der Anklage zugrundeliegende Geschehen“. Eine rechtsethische Formel bildet demnach den zentralen Punkt von Strafprozessen, die zweifelsohne zu den spektakulärsten und wichtigsten der letzten Jahrzehnte gehören. Pointiert wird hier zum Ausdruck gebracht, was in der einschlägigen Judikatur des BGH sowie im Beschluß des BVerfG vom 24. Oktober 1996<sup>3</sup> ebenfalls deutlich geworden ist: daß der Radbruchschen Formel bei den sog. Mauerschützen-Prozessen ein prominenter, im folgenden noch genauer zu klärender Rang zukommt. Der rechtsphilosophisch wie verfassungsrechtlich gleichermaßen herausfordernden Frage, ob die Faktizität einer wirksamen, durchsetzungsfähigen Ordnung dem Korrektiv einer höheren normativen Ebene der Menschenrechte und rechtlicher Grundüberzeugungen unterliegt und – bejahendenfalls – individuelle Strafbarkeit begründen kann, wie sich also hier rechtliche Ordnung und gesellschaftliche Realität zueinander verhalten<sup>4</sup>, wollen sich die folgenden Darlegungen widmen.

##### 2. Juristische Vergangenheitsbewältigung?

Mit den im folgenden erörterten Mauerschützen-Prozessen, wobei aus Raumgründen auch die Besonderheiten der sog. Regierungskriminalität ausgeblendet bleiben müssen, wird nur ein kleiner Ausschnitt der sog. „juristischen Vergangenheitsbewältigung“<sup>5</sup> behandelt. Ins weitere thematische Um-

<sup>3</sup> BVerfG JZ 1997, 142 m. Anm. C. Starck.

<sup>4</sup> Die hier abgedruckte Antrittsvorlesung war Teil einer Reihe gleichartiger Veranstaltungen an der Würzburger Juristischen Fakultät aus dem Sommersemester 1996 und dem Wintersemester 1996/97, die unter dem Rahmenthema „Gesellschaftliche Realität und rechtliche Ordnung“ standen.

<sup>5</sup> Vgl. das Thema der Gießener Staatsrechtslehrertagung von 1991: „Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit“ mit Beiträgen von C. Starck, W. Berg und B. Pieroth, in: VVD-StRL 51 (1992), S. 7 ff., 46 ff., 91 ff.; ferner A. Blankenagel, Verfassungsgerichtliche Vergangenheitsbewältigung, in: ZNR 13 (1991), S. 67 ff.; E. Jesse, „Entnazifizierung“ und „Entstasifizierung“ als politisches Problem. Die doppelte Vergangenheitsbewältigung, in: J. Isensee (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, S. 9 ff. (27 ff.); W. Odersky, Die Rolle des Strafrechts bei der Bewältigung politischen Unrechts, 1992, S. 3 ff.; R. Dreier, Juristische Vergangenheitsbewältigung, 1995, S. 19 ff., 24 ff.

\* Überarbeitete und mit Fußnoten versehene Fassung meiner Antrittsvorlesung an der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg vom 15. Januar 1997.

<sup>1</sup> Vgl. zu dem Urteil vom 10.9. 1996 FAZ Nr. 212 v. 11.9. 1996, S. 1, 2.

<sup>2</sup> Auszugsweiser Abdruck in der FAZ Nr. 214 v. 13.9. 1996, S. 6; daraus das nachfolgende Zitat.

feld gehören die durchweg höchst umstrittenen Fälle der DDR-Spione<sup>6</sup>, der Zulassung von DDR-Rechtsanwälten<sup>7</sup>, der Verurteilung wegen Wahlfälschungen<sup>8</sup>, der Verneinung der Strafbarkeit bei systematischen Geldentnahmen aus Postsendungen der BRD<sup>9</sup> oder der Rechtsbeugung durch DDR-Richter<sup>10</sup>.

Überdies stellen solche juristischen Formen nachträglicher Konfliktbewältigung ihrerseits eine Restriktion im Verhältnis zu anderen, nichtrechtlichen oder auch nur nichtstrafrechtlichen Varianten dar. Und zu berücksichtigen bleibt schließlich, daß man die Vergangenheit eines totalitären Regimes im eigentlichen Sinne gar nicht bewältigen kann – man kann (und muß) allerdings versuchen, sie nicht stumm wie einen Alp auf dem kollektiven Gedächtnis der Nation ruhen zu lassen.

### 3. Die Mauerschützen-Fälle

Was man unter Mauerschützen-Fällen versteht, dürfte ohne große Erläuterung hinlänglich klar sein: die an der Mauer oder an anderen Stellen der innerdeutschen Grenze von DDR-Grenzsoldaten abgegebenen tödlichen Schüsse auf jene Personen, die diese Grenze in Richtung Bundesrepublik zu überwinden suchten, also in der Terminologie der DDR „Republikflucht“ begingen und sich des „ungesetzlichen Grenzübertretts“ (§ 213 DDR-StGB) strafbar machten. Gleichwohl kann es nicht schaden, sich den Verlauf solcher Vorfälle an zwei Beispielen exemplarisch zu vergegenwärtigen<sup>11</sup>.

Fall 1: In der Nacht vom 30. 11. auf den 1. 12. 1984 versuchte der aus der DDR stammende S, die Berliner Mauer vom Stadtbezirk Pankow aus in Richtung auf den Bezirk Wedding mit Hilfe einer mitgeführten Leiter zu überwinden. Er wurde dabei von zwei wachhabenden Grenzsoldaten entdeckt. Während S auf die Leiter hochstieg, gaben die beiden Soldaten aus ihren Gewehren, die auf „Dauerfeuer“ gestellt waren, mehrere Feuerstöße auf den S ab, und zwar aus einer Entfernung von jeweils über 100 Metern: dabei verschoß der eine (innerhalb eines Zeitraums von fünf Sekunden) 25, der andere 27 Patronen. S wurde in Knie und Rücken getroffen. Dies geschah am 1. 12. um 3.15 Uhr. Erst kurz vor 5.30 Uhr wurde S in das Krankenhaus der Volkspolizei eingeliefert, wo er um 6.20 Uhr starb. Er wäre bei unverzüglicher ärztlicher Hilfe gerettet worden.

Die beiden Grenzsoldaten wurden – wie in solchen Fällen üblich – von den staatlichen Stellen belobigt und ausgezeichnet. Man rügte allerdings den hohen Schußverbrauch. Das LG verurteilte die Angeklagten zu Jugendstrafen von einem Jahr und sechs bzw. neun Monaten, setzte die Vollstreckung beider Strafen aber zur Bewährung aus. Die Revisionen blieben ohne Erfolg<sup>12</sup>.

Fall 2: Im Jahre 1972 wollte der 29jährige W aus Ostberlin die Spree in Richtung auf das Kreuzberger Ufer durchschwimmen. Auf die Zurufe der beiden Grenzsoldaten, die ihn entdeckt hatten, reagierte er nicht. Daraufhin gaben diese mit ihren Maschinenpistolen Marke

„Kalaschnikow“ mehrere kurze Feuerstöße von je zwei Schuß aus der Hüfte ab. Tödlich in den Kopf getroffen, ging W unter. Seine Leiche konnte erst am nächsten Tag in der Nähe der Schillingsbrücke geborgen werden. Die Witwe des Getöteten erstattete eine Woche später Vermisstenanzeige. Nach vier Wochen teilte ihr die Polizei mit, die Leiche ihres Mannes sei in der Nähe der Museumsinsel geborgen, anhand der Fingerabdrücke identifiziert und bereits eingäschert worden. Es habe sich um Selbstmord gehandelt. Die beiden Grenzsoldaten wurden noch in der Nacht der Tat von ihrem Posten abgelöst und am nächsten Tag mit einem Leistungsabzeichen und einer Geldprämie von 150 Mark ausgezeichnet. Beide wurden vom LG wegen Totschlags zu einem Jahr und zehn Monaten Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt; die Revision blieb ohne Erfolg<sup>13</sup>.

### 4. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft

Diese Sachverhalte – die stellvertretend für eine Vielzahl weiterer stehen – sind ohne Zweifel erschütternd und werfen Schlaglichter auf eine jahrzehntelange unmenschliche Praxis an der innerdeutschen Grenze. Sie provozieren naturgemäß den Ruf nach Vergeltung, nach Sühne für derartige Untaten. Von daher erscheint das Medienecho auf die *BVerfG*-Entscheidung zur Strafbarkeit der Mauerschützen und der politisch Verantwortlichen vom 24.10. 1996 verständlich und nachvollziehbar, daß hier – endlich – dem Gerechtigkeitsempfinden Genüge getan wurde, daß man schießwütige Grenzsoldaten und ihre Hintermänner nicht habe entkommen lassen, daß es schlicht ein Gebot der Gerechtigkeit sei, solches Unrecht zu verfolgen, ja daß das Urteil gar der „endgültige Sieg der Gerechtigkeit“ sei, wie der „Schwarzwälder Bote“ meinte vermelden zu können<sup>14</sup>. Aber: juristische Analyse ist nicht dazu da, Empörungsbedürfnisse zu stillen. Nicht mit heißem Herzen, sondern mit kühlem Verstand sollen und müssen die Fälle betrachtet werden. Der gesamte neuzeitliche Zivilisationsprozeß beruht, wie wir spätestens seit *Norbert Elias* wissen, auf der Zähmung unmittelbarer Artikulation von Gefühlen und Bedürfnissen, der Temperierung der Affekte und Leidenschaften<sup>15</sup>. Ohne die Fälle mit ihnen zum Teil beklemmenden Fakten zu vergessen, wollen wir daher versuchen, sie in ihrer juristischen Problematik *sine ira et studio* zu erfassen<sup>16</sup>. Dazu soll zunächst der Schöpfer der von den Gerichten angesprochenen Formel kurz in Erinnerung gerufen und diese selbst vorgestellt werden.

## II. Die Radbruchsche Formel und die Bewältigung der NS-Vergangenheit

### 1. Person und Werk Gustav Radbruchs

a) *Gustav Radbruch* war Sproß einer wohlhabenden Lübecker Kaufmannsfamilie<sup>17</sup>. Der 1878 Geborene wurde in Berlin bei *Franz von Liszt* mit einem strafrechtsdogmatischen Thema promoviert; auch die bei *Karl v. Lilienthal* in Heidelberg eingereichte Habilitation war dem Strafrecht gewidmet. Erst 1914 erlangte er die Stelle eines außerordentlichen Professors in Königsberg; im gleichen Jahr erschien die erste Auflage seiner *Rechtsphilosophie*. Nach dem ersten Weltkrieg wurde er dann Professor in Kiel und ein Jahr später für die SPD in den Reichstag gewählt. Das war sicher ungewöhnlich für einen Ju-

<sup>13</sup> *BGH* v. 26.7. 1994, *BHGSt* 40, 241 = *NJW* 1994, 2708.

<sup>14</sup> Vgl. FAZ Nr. 266 v. 14.11. 1996, S.2: „Stimmen der Anderen“. Zum positiven Politikerecho *K.W. Fricke* DA 1997, 4 (5).

<sup>15</sup> *N. Elias*, Über den Prozeß der Zivilisation (1936), 2 Bde. 1976; zu Person und Werk vgl. *K.-S. Rehbberg* (Hrsg.), *Norbert Elias und die Menschenwissenschaften*, 1996.

<sup>16</sup> Vergleichbar die Forderung von *M. Pawlik* GA 1994, 472 (472), „gegenüber politischen oder moralischen Überforderungen ... an der Eigenständigkeit der strafrechtlichen Problemerkennung festzuhalten.“

<sup>17</sup> Zu Leben und Werk vgl. *E. Wolf*, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl. 1963, S. 713 ff.; *G. Spendel*, Jurist in einer Zeitenwende. Gustav Radbruch zum 100. Geburtstag, 1979; *A. Kaufmann*, Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, 1987.

<sup>6</sup> Vgl. *BVerfGE* 92, 277 (mit Sondervotum *Klein, Kirchhof und Winter* S. 341 ff. = *JZ* 1995, 885, 891); kritisch hierzu *K. Volk* *NSStZ* 1995, 367 ff.; *C.D. Classen* *NSStZ* 1995, 371 ff.; *T. Hillenkamp* *JZ* 1996, 179 (180 f.).

<sup>7</sup> Vgl. *BVerfGE* 93, 213 = *JZ* 1996, 674 m. Anm. *Henssler*; kritisch hierzu *M. Kleine-Cosack* *DtZ* 1996, 98 ff.

<sup>8</sup> Vgl. *BGHSt* 39, 54; *BGH* *NSStZ* 1995, 126; kritisch hierzu *H.-L. Schreiber* *ZStW* 107 (1995), 157 (175 ff.).

<sup>9</sup> *BGHSt* 40, 8 (16); 40, 169 (180); *Großer Senat des BGH* v. 25.7. 1995, *BGHSt* 41, 187 (194) = *JZ* 1996, 580 m. Anm. *Otto*; kritisch hierzu *F.-C. Schroeder* *JR* 1995, 95 ff.

<sup>10</sup> Grundsatzurteile: *BGHSt* 40, 30; *BGHSt* 41, 247; *BGHSt* 41, 317 = *JZ* 1996, 861 m. Anm. *Maiwald*. Zur Kritik *G. Spendel* *JZ* 1995, 375 ff.; *ders.* *NJW* 1996, 809 ff.; *G. Bemmman* *JZ* 1995, 123 ff.; *F.-C. Schroeder* *DRiZ* 1996, 81 (86 ff.); *T. Hillenkamp* *JZ* 1996, 179 (181 f.); *H. J. Hirsch*, Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht, 1996, S. 23 ff. – Offenbar hat die *BGH*-Judikatur Verfahrenseinstellungen in großer Zahl zur Folge gehabt.

<sup>11</sup> Die bisherige einschlägige *BGH*-Judikatur umfaßt mehr als zehn Fälle, was die Orientierung zuweilen erschwert. Im folgenden werden die Urteile nach der amtlichen Sammlung zitiert.

<sup>12</sup> *BGH* v. 3.11. 1992, *BGHSt* 39, 1 = *JZ* 1993, 199 m. Anm. *Fiedler* = *NJW* 1993, 141 = *EuGRZ* 1993, 37. Auf diesen Fall nehmen u. a. auch Bezug *R. Alexy*, Mauerschützen, 1993, S. 7 ff.; *K. Amelung* *JuS* 1993, 637 (Urteilsanmerkung).

risten seiner Zeit, noch ungewöhnlicher für einen Universitätsprofessor. Über die Grenzen der akademischen Zunft hinaus bekannt machte ihn seine Tätigkeit als Reichsjustizminister im Kabinett *Wirth* (Zentrum) im Jahre 1921, in gleicher Funktion dann noch einmal 1923 im Kabinett *Stresemann* (DVP). Sachlich war er vor allem mit Fragen der Justiz- und Strafrechtsreform befaßt. Die Zulassung von Frauen zum Berufsrichteramt verdankt sich einem von ihm verantworteten Gesetzentwurf. Ab 1926 wirkte *Radbruch* als Professor in Heidelberg, bis er 1933 von den Nationalsozialisten unter Berufung auf das „Gesetz über die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ entlassen wurde. Seine absolute persönliche Integrität unterlag auch in den folgenden Jahren nie dem geringsten Zweifel. Er war einer der wenigen bedeutenden und nicht emigrierten oder vertriebenen Juristen, die sich im Dritten Reich nichts hatten zuschulden kommen lassen. Auch von dieser Untadeligkeit rührte seine hohe moralische Autorität. Am 7. September 1945 setzte man ihn in Heidelberg wieder in seine Ämter ein; drei Jahre später mußte er seine Lehrtätigkeit beenden. Er starb nach schwerer Krankheit am 23. November 1949.

b) Von den zahlreichen Schriften *Radbruchs* verdienen neben der bereits angesprochenen *Rechtsphilosophie*, die bis 1973 acht Auflagen erlebte, besondere Erwähnung vor allem die vielgelesene, in zahlreichen Übersetzungen vorliegende und für jeden Juristen – nicht nur den vielzitierten „jungen“ – lohnenswerte *Einführung in die Rechtswissenschaft*. Sein feinnerviger, eleganter Stil und die „Formschönheit seiner Schriften“<sup>18</sup> sind auch unverwechselbare Kennzeichen seiner Biographie über *Paul Johann Anselm Feuerbach* oder der Abhandlung über den *Geist des englischen Rechts*<sup>19</sup>.

## 2. Die Radbruchsche Formel: Inhalt, Bedeutung, Rezeption

a) Nachhaltigsten Ruhm erwarb sich *Radbruch* indes nicht mit einem seiner Bücher, sondern mit einem kleinen Aufsatz in der Süddeutschen Juristenzeitung aus dem Jahre 1946 mit dem programmatischen Titel: „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“. Dort befaßte sich *Radbruch* vor dem Hintergrund einschlägiger Strafrechtsverfahren etwa gegen NS-Denunzianten mit der Frage, wie das Verhältnis von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zu bestimmen sei. Denn immer wieder beriefen sich ja Angeklagte auf ihren (guten?) Glauben an die Gültigkeit und Verbindlichkeit der NS-Gesetze und der auf ihnen beruhenden Anordnungen. *Radbruch* schrieb dazu folgendes:

„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. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“<sup>20</sup>

<sup>18</sup> A. Hollerbach, Gustav Radbruch: neu- und wiedergelesen, in: FS Hans Maier, 1996, S. 209 ff. (210).

<sup>19</sup> Im Erscheinen begriffen ist seit mehreren Jahren die von Arthur Kaufmann herausgegebene, auf 20 Bände konzipierte Gesamtausgabe der Schriften *Radbruchs*, von der mittlerweile ungefähr die Hälfte vorliegt.

<sup>20</sup> G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 ff. (107), wiederabgedruckt in: *Gustav Radbruch*, Gesamtausgabe, Bd. 3 (= Rechtsphilosophie III), bearbeitet von W. Hassemer, 1990, S. 83 ff.

Soweit also die vielzitierte und berühmte Radbruchsche Formel. Sie ist die wohl am stärksten verbreitete und am häufigsten zitierte Passage der gesamten Rechtsphilosophie des 20. Jahrhunderts<sup>21</sup>.

b) Woher rührt ihr Erfolg? Zum einen sicherlich aus der absoluten persönlichen Integrität *Radbruchs* und seiner hohen moralischen Autorität. Zum anderen und mehr noch dürfte der Erfolg einen sachlichen Grund haben. Die Attraktivität der Formel bestand darin, daß sie einer berechtigten Abscheu vor den einschlägigen nationalsozialistischen Gesetzen Ausdruck zu verleihen vermochte. Die Formel diente als Medium für die Artikulation eines moralischen und sittlichen Widerspruches gegen das Unrecht des nationalsozialistischen Regimes, was man gerne auch als „Perversion“ des Rechts bzw. Rechtsdenkens umschrieb – ein wiederum recht fragwürdiges, weil pathologisches Vokabular<sup>22</sup>. *Radbruchs* griffige Sätze schienen die adäquate rechtsphilosophische Antwort der Nachkriegszeit auf die überwundene nationalsozialistische Diktatur zu sein. Denn nichts konnte anscheinend deutlicher und unmißverständlicher den Unrechtsgehalt des „Dritten Reiches“ dokumentieren, als den Schandgesetzen jener Epoche einfach den Rechtscharakter abzusprechen. Denn das ist ja die zentrale geltungstheoretische Aussage: bestimmte Normen mit extremem Unrechtsgehalt werden nicht nur als wertwidriges, unsittliches, falsches oder pervertiertes Recht angesehen, sondern ihnen wird der Rechtscharakter überhaupt abgesprochen. In einem Wort: extremes Unrecht mutiert zu Nichtrecht. Diese Rechtsfolge spricht *Radbruch* am Ende des Zitats unmißverständlich aus. Bei genauem Hinsehen zeigt sich übrigens, daß er zwei unterschiedliche Kriterien für diese Rechtsfolge nennt: einmal ein (objektiv bestimmbares) „unerträgliches Maß“ des Widerspruches zwischen positivem Gesetz und Gerechtigkeit, zum anderen eine (eher subjektiv zu verstehende) fehlende Bereitschaft, überhaupt eine gerechte Regel zu erstreben. Man bezeichnet diese Varianten der Radbruchschen Formel in der Literatur als „Unerträglichkeitsformel“ und als „Verleugnungsformel“ und stellt gemeinhin und zu Recht allein auf die erstgenannte ab, da die zweite einen praktisch nie belegbaren Gerechtigkeitsbeugungsvorsatz verlangt<sup>23</sup>.

c) In dieser Gestalt fand die Formel Eingang in die Nachkriegsjudikatur des BGH, allerdings zumeist eher versatzstückhaft und ohne daß sie immer von ausschlaggebender Bedeutung gewesen wäre<sup>24</sup>. Auch das BVerfG hat in mehreren Urteilen in der Sache, wenn auch ohne Namensnennung, die Position *Radbruchs* zugrundegelegt<sup>25</sup>: neben einigen Andeu-

<sup>21</sup> Zur Auseinandersetzung mit ihr u.a.: W. Ott, Die Radbruch'sche Formel, Pro und Contra, in: ZSR n.F. 107 I (1988), S. 335 ff.; H. Dreier, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?, in: FS für Robert Walter, 1991, S. 117 ff. m.w.N.; vgl. jetzt auch H. Lecheler, Unrecht in Gesetzesform? Gedanken zur Radbruchschen Formel, 1994; F. Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995. Zur nachgerade „klassischen“ Kontroverse des englischen Rechtstheoretikers Hart mit *Radbruch* vgl. H.L.A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, Harvard Law Review 71 (1958), 593 ff. (in deutscher Übersetzung abgedruckt bei: H.L.A. Hart, Recht und Moral. Drei Aufsätze, hrsgg. von N. Hoerster, 1971, S. 14 ff.); dazu etwa W. Ott, Der Rechtspositivismus, 2. Aufl. 1992, S. 187 ff.; H. Geddert, Recht und Moral, 1984, S. 217 ff.

<sup>22</sup> Zu Recht kritisch M. Stolleis RuP 19 (1983), 1 ff.

<sup>23</sup> R. Dreier, Gesetzliches Unrecht im NS-Staat?, in: Strafgerechtigkeit. FS für Arthur Kaufmann, 1993, S. 57 ff. (57 f.); Alexy, Mauerschützen (Fn. 12), S. 3 f.; Saliger, Radbruchsche Formel (Fn. 21), S. 4 ff.

<sup>24</sup> Vgl. (ohne Anspruch auf Vollständigkeit): BGHSt 2, 173 – Standgerichtsurteil; BGHSt 2, 234 – Deportationsurteil (hier mit stärkerem Bezug auf die „Verleugnungsformel“); BGHZ 3, 94 – Staatshaftungsurteil. S. auch BGHSt 2, 333 f.; 3, 357 = JZ 1953, 377 m. Anm. Lang-Hinrichsen; BGHZ 16, 350 = JZ 1955, 495 (jeweils ohne Erwähnung des Namens *Radbruch*). Zum ganzen eingehend B. Schumacher, Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel, Diss. jur. Göttingen 1985, S. 90 ff.

<sup>25</sup> Vgl. wiederum Schumacher, Rezeption (Fn. 24), S. 71 ff.

tungen in Urteilen zur Fortgeltung von Beamtenverhältnissen<sup>26</sup> vor allem zu Fragen des Staatsangehörigkeitsrechts und der unrechtmäßigen Ausbürgerung von Juden<sup>27</sup>, bis dato aber nicht in Strafrechtsverfahren<sup>28</sup>. Eine gefestigte verfassungsgerichtliche Judikatur, auf die man sich nach der Wende hätte stützen können, gab es also nicht.

Im Laufe der Jahrzehnte verlor die Formel in zunehmender Ermangelung einschlägiger Verfahren an Relevanz. Noch vor zehn Jahren konnte sie als bloße rechtsphilosophische Denkschule oder gar als philosophiehistorisches Element der Auseinandersetzung mit dem NS-System betrachtet werden. Wie so manches, änderte sich auch dieses mit der deutschen Wiedervereinigung und der damit neuerlich gestellten Aufgabe der juristischen Bewältigung einer vorrechtsstaatlichen Vergangenheit – und wiederum zeigt sich Faszination und Anziehungskraft der Radbruchschen Formel. Sie erlebt eine bemerkenswerte Renaissance<sup>29</sup> in der Mauerschützen-Judikatur, die es nun zu erläutern gilt.

### III. Renaissance der Radbruchschen Formel in den Mauerschützen-Prozessen

#### 1. Die maßgebliche Rechtslage nach dem Einigungsvertrag

In allen Verfahren bedurfte zunächst der Klärung, nach welchen Rechtsvorschriften die in den Mauerschützen-Prozessen Angeklagten zu beurteilen waren. Die Gerichte legten als einschlägig die durch den Einigungsvertrag geänderte Norm des § 315 I EGStGB iVm § 2 StGB zugrunde, wonach für die Strafbarkeit prinzipiell das Tatzeitrecht der DDR zur Anwendung kommt; kann danach eine Strafbarkeit festgestellt werden, greift das Recht der Bundesrepublik, sofern es das mildere ist (§ 2 III StGB)<sup>30</sup>. Abgewiesen ist damit zu Recht die von einigen Stimmen in der Literatur vertretene sog. „internationale Lösung“<sup>31</sup>, wonach Deutsche mit Lebensmittelpunkt in der DDR ausnahmslos als Deutsche i.S.d. § 7 I StGB betrachtet werden sollten. Praktisch beinhaltet die von Judikatur und dem überwiegenden Schrifttum präferierte Auslegungsvariante eine Art von „Meistbegünstigungsklausel“<sup>32</sup> für die Bewohner der ehemaligen DDR. Entscheidend ist demnach, ob die tödlichen Schüsse an der Mauer bereits nach DDR-Recht strafbar waren. Da Tötungsdelikte stets in beiden Teilen Deutschlands unter Strafe standen, kommt in den Mauerschützen-Verfahren letztlich ausschlaggebende Bedeutung der Frage zu, ob die tatbestandlich vorliegenden Tötungen als gerechtfertigt anzusehen sind. In Betracht zu ziehen ist hier für alle Ereignisse nach 1982 das aus diesem Jahr stammende DDR-GrenzG mit seinem § 27, für die Zeit davor die aus an-

deren Normen (etwa des Volkspolizei-Gesetzes oder innerdienstlichen Weisungen) sich ergebende allgemeine Befehlslage<sup>33</sup>. Die im folgenden maßgebliche Frage lautet also: waren die Todesschützen durch diese Normen des DDR-Rechts gerechtfertigt und daher freizusprechen?

#### 2. LG Berlin (Fall Gueffroy): Offener Rückgriff auf Radbruch

Die schwierigen Fragen geht das *LG Berlin* sehr direkt an<sup>34</sup>. Ohne große Umschweife werden die als Rechtfertigungsgründe in Betracht kommenden §§ 26, 27 GrenzG ebenso für unbeachtlich, weil nichtig erklärt, wie entsprechende Anordnungen der Vorgesetzten (Handeln auf Befehl). Nach der Schilderung des Grenzregimes der DDR (Vorrang der Verhinderung von Grenzdurchbrüchen, Auszeichnungen der Todesschützen, vollständiges Fehlen strafrechtlicher Ermittlungen gegen sie) stellt das Gericht die zentrale Frage, „ob alles rechtens ist, was formal und durch Auslegung als Recht angesehen worden ist.“<sup>35</sup> In der Antwort auf die selbstgestellte Frage verweist es zunächst auf einen in höchstrichterlicher Rechtsprechung anerkannten „Kernbereich des Rechts, den nach dem Rechtsbewußtsein der Allgemeinheit kein Gesetz und kein obrigkeitlicher Akt antasten darf.“<sup>36</sup> Näheren Bezug nimmt das Gericht dann auf jene Urteile von *BGH* und *BVerfG*, in denen man sich auf die Radbruchsche Formel gestützt hatte<sup>37</sup>. Der bloße Grenzübertritt ohne Erlaubnis habe in einem solchen krassen Mißverhältnis zu den grenzsichernden Todesschüssen gestanden, daß eine entsprechende „Regelung keinen Respekt verdient und ihr der Gehorsam zu verweigern war.“<sup>38</sup> Damit wird im Kern die Radbruchsche Formel zugrundegelegt, um die – gemessen an der Rechtsrealität der DDR durchaus vorhandenen – Rechtfertigungsgründe auszuschließen<sup>39</sup>.

#### 3. BGH: Ausweichstrategien gegenüber der Radbruchschen Formel (Völkerrecht und „mensenrechtsfreundliche Auslegung“)

Als sehr viel umwreicher, heterogener und auch verwirrender erweist sich im Vergleich hierzu die rechtliche Beurteilung der Fälle durch den *BGH*<sup>40</sup>. In der ersten, grundlegenden Entscheidung „tippt“ das Gericht die Radbruchsche Formel zwar zunächst an, läßt aber deren Einschlägigkeit offen und leitet

<sup>33</sup> Dazu *BGHSt* 40, 241 = NJW 1994, 2708 (2709); *BGHSt* 41, 101 = NJW 1995, 2728 (2729f.). – Daß auch Fälle zur Verhandlung kommen, die zum Teil mehr als 30 Jahre zurückliegen, hat seinen Grund in der Judikatur des BGH zur Hemmung der Strafverjährung bzw. im Verjährungsgesetz vom 26.3.1993 (BGBl. I S. 392). S. etwa *BGHSt* 40, 48 = NJW 1994, 2237 (2239) = NSStZ 1994, 330 m. Anm. G. Jakobs; *BGHSt* 40, 113. Zum Verjährungsgesetz kritisch B. Pieroth/T. Kingreen NJ 1993, 385 ff.; befürwortend Hirsch, Strafrecht (Fn. 10), S. 27 ff.

<sup>34</sup> *LG Berlin* v. 20.1.1992, JZ 1992, 691. Auf dieses erste Mauerschützen-Urteil des *LG* wird im folgenden zumeist Bezug genommen. Das zeitlich spätere Urteil der Jugendkammer des *LG Berlin* v. 5.2.1992 (NSStZ 1992, 492; Fall Schmidt) geht argumentativ einen anderen Weg, indem § 27 II GrenzG sogleich rechtsstaatlich interpretiert und dadurch als Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen wird. Diese Entscheidung (nicht der Fall Gueffroy) lag dem Revisionsurteil des *BGH* v. 3.11.1992 (*BGHSt* 39, 1 = JZ 1993, 199 m. Anm. Fiedler) zugrunde. Das Revisionsurteil im Fall Gueffroy hingegen war *BGHSt* 39, 168.

<sup>35</sup> *LG Berlin* JZ 1992, 691 (692).

<sup>36</sup> *LG Berlin* JZ 1992, 691 (692).

<sup>37</sup> Vgl. oben Fn. 24 ff.

<sup>38</sup> *LG Berlin* JZ 1992, 691 (693).

<sup>39</sup> Gleiche Einschätzung etwa bei O. Mieke, Rechtfertigung und Verbotssirrtum, in: FS Gitter, 1995, S. 647 ff. (658); L. Schulz, Der nulla-poena-Grundsatz – ein Fundament des Rechtsstaats?, in: H.-M. Pawlowski/R. Roellecke (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates (= ARSP-Beiheft 65), 1996, S. 173 ff. (187).

<sup>40</sup> Im folgenden wird von den insgesamt wohl mehr als zehn einschlägigen *BGH*-Urteilen (vgl. zur Zählung G. Dannecker/K.F. Stoffers JZ 1996, 490) vor allem Bezug genommen auf: *BGHSt* 39, 1 = JZ 1993, 199; *BGHSt* 39, 168; *BGHSt* 41, 101.

<sup>26</sup> Dazu auch A. Blankenagel ZNR 13 (1991), 67 ff. (70 ff.).

<sup>27</sup> *BVerfGE* 23, 98 (Leitsätze 1–3 und S. 106 ff.) = JZ 1968, 422, dazu Makarov, S. 559; *BVerfGE* 54, 53 (67 f., 74) = JZ 1980, 762.

<sup>28</sup> Richtig betont vom *BVerfG*, Beschl. v. 26. 10. 1996 unter C.II.1 b) cc) (2) = JZ 1997, 142 (144).

<sup>29</sup> R. Weiland, Recht ohne Gerechtigkeit: Die „Radbruch-Formel“ ist wieder aktuell geworden, in: FAZ Nr. 257 v. 4. 11. 1992, S. N 7; M. Frommel, Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruchschen Formel, in: Strafgerechtigkeit. FS für Arthur Kaufmann, 1993, S. 81 ff.; A. Kaufmann NJW 1995, 81 ff.

<sup>30</sup> Vgl. nur *LG Berlin* JZ 1992, 691; *BGH* NJW 1993, 141 (142 f.); „Inlandslösung“. So auch die ganz überwiegende Literatur: vgl. genau J. Arnold/M. Kühl JuS 1992, 991 (992 ff.); Alexy, Mauerschützen (Fn. 12), S. 8 ff.; H. Roggemann DtZ 1993, 10 (13 f.); K. Gropp NJ 1996, 393 (394).

<sup>31</sup> Vertreten etwa von G. Küpper/H. Wilms ZRP 1992, 91 ff.; J. Hruschka JZ 1992, 665 (668 ff.). Dagegen E. Samson NJW 1991, 335 (337); K. Lüderssen ZStW 104 (1992), 735 (758 ff.); F.-C. Schroeder JR 1993, 45 (46).

<sup>32</sup> So plastisch K. Amelung JuS 1993, 637; M. Pawlik GA 1994, 472. H. Roggemann DtZ 1993, 10 (14) spricht von „Milderungsprivileg“, W. Gropp NJ 1996, 393 (394 f., 397 f.) von der „lex mitior“. Vgl. allgemein zum Milderungsgebot G. Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, 1993, S. 403 ff.

die tragenden Erwägungen mit der Wendung, daß heute konkrete Prüfungsmaßstäbe hinzugekommen seien, auf eine ganz andere Begründungsspur um<sup>41</sup>. Das Gericht versucht es mit Ausweichstrategien.

#### a) Ausweichstrategie Völkerrecht

Erstausnehmend ist dabei nicht, daß der Senat den Begründungsschwierigkeiten der Radbruchschen Formel entkommen will, die insbesondere mit der implizierten Vergleichbarkeit von NS-System und DDR-Grenzregime verbunden sind. Erstausnehmend ist vielmehr, wie er dies versucht. Denn abgestellt wird nun in anscheinend maßgeblicher Weise auf Völkerrecht, und zwar auf den „Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte“ (IPbPR) von 1966, den die DDR 1974 unterzeichnete und der dort wie in der Bundesrepublik 1976 in Kraft trat<sup>42</sup>. Insbesondere gegen Art. 6 (Recht auf Leben) und Art. 12 (Ausreisefreiheit) IPbPR habe das Grenzregime der DDR verstoßen<sup>43</sup>. Damit scheint der Senat plausibel machen zu wollen, daß insbesondere § 27 II GrenzG in seiner praktischen Handhabung gegen höherrangiges, von der DDR anerkanntes und übernommenes Völkerrecht verstoßen habe und demgemäß derogiert sei<sup>44</sup>. Diese Ausweichstrategie des *BGH* muß mißlingen. Sie scheitert gleich an mehreren Einwänden.

aa) Fraglich ist schon, ob die Art. 6, 12 IPbPR überhaupt eine so strikte und weitgehende Interpretation erfassen können, wie sie der *BGH* ihnen angedeihen läßt<sup>45</sup>. Beide sind mit Einschränkungsklauseln versehen, die von vielen (Unterzeichner-) Staaten recht weitgehend ausgeschöpft werden<sup>46</sup>. Gegenüber den Vereinten Nationen hat sich die DDR für ihr Grenzregime wiederholt auf den Schutz der nationalen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung berufen<sup>47</sup>, ohne daß dies zu Sanktionen oder Rügen der Staatengemeinschaft geführt hätte<sup>48</sup>. Doch wird man dem *BGH* darin zustimmen können, daß es sich beim Grenzregime der DDR nicht zuletzt wegen der Begleitumstände (innerdeutsche Grenze, Trennung von Bekannten und Verwandten) insgesamt um eine singuläre Erscheinung handelte<sup>49</sup>.

<sup>41</sup> *BGHSt* 39, 1 (16) = JZ 1993, 199 (202). Die beklagenswerte Undeutlichkeit und Undurchschaubarkeit insbesondere des Verhältnisses von überpositivem Recht (Radbruchsche Formel), Völkerrecht (IPbPR) und nationalem Recht (DDR-Verfassung) wird eingehend dargelegt von F.-C. Schroeder JR 1993, 48 ff.; s. auch O. Luchterbandt, Was bleibt vom Recht der DDR?, in: K. Schmidt (Hrsg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, 1994, S. 165 ff. (180).

<sup>42</sup> Zu ihm in aller Kürze H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1996, Vorb. Rn. 21; ausführlich K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 1592 ff.

<sup>43</sup> *BGHSt* 39, 1 (16) = JZ 1993, 199 (202); s. auch *BGHSt* 39, 168 (184) = NJW 1993, 1932 (1935). Dem folgend Hirsch, Strafrecht (Fn. 10), S. 16 ff.

<sup>44</sup> Doch schon das letzte bleibt unsicher. Der Senat schließt seine Erwägungen mit der wenig präzisen Wendung ab (*BGHSt* 39, 1 [22 f.] = JZ 1993, 199 [203]): „Die Verletzung der in den Art. 6 und 12 IPbPR garantierten Menschenrechte ... macht es dem Senat unmöglich, bei der Rechtsanwendung die Vorschriften des § 27 DDR-GrenzG sowie des § 213 III DDR-StGB in dem Umfang, wie sie in der Staatspraxis der DDR verstanden worden sind, als Rechtfertigungsgrund zugrunde zu legen. (...) Der im DDR-Recht vorgesehene, in § 27 DDR-GrenzG bezeichnete Rechtfertigungsgrund hat deswegen von Anfang an ... keine Wirksamkeit gehabt. Er hat ... außer Betracht zu bleiben, weil bereits die DDR bei Zugrundelegung der von ihr anerkannten Prinzipien den Rechtfertigungsgrund hätte einschränkend auslegen müssen.“

<sup>45</sup> Vgl. dazu K. Amelung JuS 1993, 637 (640 f.); Alexy, Mauerschützen (Fn. 12), S. 24, 27 f.; H. Roggemann DtZ 1993, 10 (17 f.).

<sup>46</sup> Siehe M. Novak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte, 1989, Art. 6 Rn. 14, Art. 12 Rn. 33 ff. Eingehend J. Polakiewicz EuGRZ 1992, 177 (182 ff.), der die restriktive Ausreisepolitik für völkerrechtswidrig hält, ohne daraus vorläufige Schlüsse für die individuelle Strafbarkeit der Grenzsoldaten zu ziehen.

<sup>47</sup> Vgl. die Ausführungen in *BGHSt* 39, 1 (16) = JZ 1993, 199 (202) = NJW 1993, 141 (145). Ob eine „Täuschung der Staatengemeinschaft“ (K. Amelung JuS 1993, 637 [641]) vorliegt, scheint insofern fraglich, als die DDR ihr Grenzregime offensiv verteidigt und weitergehende Ansprüche gerade nicht abgeleitet hat; ähnlich Miehe, Rechtfertigung (Fn. 39), S. 657.

<sup>48</sup> G. Polakiewicz EuGRZ 1992, 177 (184 f.).

bb) Schwerer wiegt – dies der zweite Einwand – der Umstand, daß ein völkerrechtlicher Vertrag die Rechtsbeziehungen der Staaten als Völkerrechtssubjekte untereinander regelt, ohne automatisch im Innern Rechte und Pflichten zu begründen<sup>50</sup>. Dazu bedarf es der Umsetzung in innerstaatliches Recht, gemäß Art. 51 der DDR-Verfassung von 1968/74 (vergleichbar Art. 59 II GG) einer „parlamentarischen Bestätigung“ durch die Volkskammer. An einer solchen innerstaatlichen Umsetzung fehlte es aber<sup>51</sup>. Der *BGH* setzt sich hierüber mit der zutreffenden, aber gänzlich irrelevanten Behauptung hinweg, die fehlende Zustimmung der Volkskammer ändere nichts an der völkerrechtlichen Bindung<sup>52</sup>. Denn nicht diese steht in Frage, sondern die innerstaatliche Rechtsfolge, näherhin die Bindung der Bürger der DDR. Und selbst wenn man mit einer sehr weitgehenden Auffassung bei dem in Rede stehenden Pakt aus der bloßen Ratifikation bereits Rechtspositionen des Bürgers gegen den Staat ableiten wollte<sup>53</sup>, so läßt sich doch keinesfalls aus einem innerstaatlich nicht umgesetzten völkerrechtlichen Vertrag die Begründung für eine individuelle Strafbarkeit der Grenzsoldaten herleiten<sup>54</sup>. Denn ein völkerrechtliches Abkommen kann zur Aufstellung einer Strafnorm oder Einschränkung eines Rechtfertigungsgrundes verpflichten, vermag aber die Transformation in nationales Recht nicht zu ersetzen<sup>55</sup>. Die Völkerrechtswidrigkeit der Ausreisepolitik reicht zur Begründung einer individuellen Strafbarkeit nicht aus.

cc) Die ganze Zweifelhaftheit der Konstruktion wurde vollends offenbar, als ein Grenzvorfall zur Verhandlung anstand, der sich vor dem Beitritt der DDR zum Internationalen Pakt zugetragen hatte<sup>56</sup>. Hier konnte die Berufung auf ein in der DDR irgendwie wirksames, von ihr anerkanntes Völkervertragsrecht als Rechtsgrundlage für den Ausschluß von Rechtfertigungsgründen nicht weiterhelfen<sup>57</sup>. Was also tun? Das Gericht behilft sich mit einem Rekurs auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948, die ebenfalls das Recht auf Leben (Art. 3) und auf Ausreise (Art. 13 Nr. 2) kennt. Nun handelt es sich bei dieser Erklärung um eine bloße Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen, nicht – wie beim Internationalen Pakt – um Völkervertragsrecht. Auch wenn man berücksichtigt, daß eine im Vordringen begriffene, allerdings nach wie vor stark bestrittene Auffassung Teile der Erklärung als Völkergewohnheitsrecht oder *ius cogens* einstuft<sup>58</sup>, so können diese oder ähnliche Tendenzen in

<sup>49</sup> *BGHSt* 39, 1 (20) = JZ 1993, 199 (202): „besondere Härte“; *BGHSt* 41, 101 (108) und in weiteren Entscheidungen.

<sup>50</sup> Vgl. I. Seidl-Hobenzon, Völkerrecht, 8. Aufl. 1994, Rn. 539 ff.; A. Verdross/B. Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 53 ff., 59; R. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 2. Aufl. 1994, S. 15 ff.

<sup>51</sup> Vgl. G. Grünwald StV 1991, 31 (37); J. Arnold/M. Kühn JuS 1992, 991 (995); B. Pieoth, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL 51 (1992), S. 91 ff. (98).

<sup>52</sup> *BGHSt* 39, 1 (16) = JZ 1993, 199 (202). Ebenso Hirsch, Strafrecht (Fn. 10), S. 16.

<sup>53</sup> Vgl. die genannten Belege (Tomuschat und Buergenthal) in: *BGHSt* 39, 1 (17) = JZ 1993, 199 (202). Ob die Autoren vom Gericht richtig interpretiert werden, muß offenbleiben.

<sup>54</sup> So deutlich E. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 II (1992), Rn. 255; J. Polakiewicz EuGRZ 1992, 177 (187, 189). Die Heranziehung des Paktes als „Schritt aus einer gewissen nationalstaatlichen Provinzialität“ zu begrüßen (W. Fiedler JZ 1993, 208), läßt außer acht, daß ein Strafteil des *BGH* wohl nicht der rechte Ort ist, dem prinzipiell billigenwertigen Anliegen einer Stärkung des Völkerrechts zu dienen.

<sup>55</sup> G. Gornig NJ 1992, 4 (8 ff.); H. Roggemann DtZ 1993, 10 (17 f.); G. Dannecker Jura 1994, 585 (590 ff.); K. Gropp NJ 1996, 393 (395 f.).

<sup>56</sup> *BGHSt* 40, 241.

<sup>57</sup> Diese Rechtfertigungsgründe waren ihrerseits nicht in § 27 II GrenzG zu finden, da das Grenzgesetz erst 1982 in Kraft trat. Der Senat akzeptiert aber praktisch inhaltlich gleichlautende polizeirechtliche Vorschriften der DDR sowie die allgemeine Befehlslage: vgl. oben Fn. 33.

<sup>58</sup> Nachweise bei H. Dreier (Fn. 42), Vorb. Rn. 20. Zum Zusammenhang von *ius cogens* und Völkergewohnheitsrecht vgl. S. Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht, 1992, S. 182 ff.

der rechtswissenschaftlichen Interpretation (nicht Praxis!) der 80er Jahre (!!) schwerlich etwas für die Beurteilung eines Ereignisses von 1972 hergeben.

Das kann und will das Gericht offensichtlich auch gar nicht sagen. Vielmehr setzt der Senat nun offen und unübersehbar auf überpositive Gerechtigkeitsmaßstäbe. Es wird an diesem Fall deutlich, was dem Senat schon im ersten Urteil beim Rekurs auf das Völkerrecht „vorschwebte“: er spricht den Menschenrechtserklärungen „naturrechtliche Geltung“ zu; mit dem „Nachweis, daß die Todesschüsse dem IPBPR und seiner Grundlage, der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte durch die UNO, widersprechen, ist für den Senat zugleich die Naturrechtswidrigkeit dieser Handlungen belegt“<sup>59</sup>. Nicht, wie es zunächst den Anschein haben konnte, um den Verstoß der Todesschüsse gegen positives und ratifiziertes Völkerrecht geht es also, sondern um einen Verstoß gegen Naturrechtssätze, der aus dem Widerspruch zu den Menschenrechtserklärungen gefolgert wird<sup>60</sup>. Die *Völkerrechtswidrigkeit* bildete im Grunde von Anbeginn nur das entscheidende Indiz für die letztlich ausschlaggebende *Naturrechtswidrigkeit*.

Sieht man es so, dann wird auch völlig gleichgültig, ob und inwieweit irgendwelche nationale Transformations- oder Umsetzungsakte völkerrechtlicher Vereinbarungen schon stattgefunden haben oder nicht<sup>61</sup>.

dd) Der Senat bringt diese Verdeutlichung seiner Position durch zwei kleine, aber signifikante Veränderungen zum Ausdruck: einmal wird in diesem späteren Urteil zum früheren Sachverhalt bei der wiederum zuerst angesprochenen Radbruchschen Formel deutlicher als zuvor das Unrechtsurteil im Sinne der Unerträglichkeitsformel direkt auf die DDR-Rechtslage bezogen, während im ersten Urteil die Formel gewissermaßen abstrakt angeführt und sodann das Problem ihrer Übertragung vom NS-Regime auf die DDR angedeutet, nicht aber eindeutig gelöst wurde<sup>62</sup>. Zweitens meint der Senat, die Menschenrechtserklärung von 1948 würde den „ungefährten (sic!) Inhalt“ der Menschenrechte zum Ausdruck bringen; sie könnte somit „als eine Konkretisierung dessen aufgefaßt werden, was als die allen Völkern gemeinsame, auf Wert und Würde des Menschen bezogene Rechtsüberzeugung verstanden wird“<sup>63</sup>.

#### b) Ausweichstrategie „mensenrechtsfreundliche Auslegung“ des DDR-Rechts

Der *BGH* beläßt es indes nicht bei dem – letztlich gescheiterten – völkerrechtlichen Ausweichversuch. Als fehle ihm das

<sup>59</sup> Zitate: *K. Amelung* NStZ 1995, 29 (29, 30).

<sup>60</sup> So für das erste *BGH*-Urteil von 1991 bereits *Alexy*, Mauerschützen (Fn. 12), S. 26: „Der Bundesgerichtshof läßt die ... Frage offen, ob der IPBPR auch ohne Transformation durch die Volkskammer innerstaatliche Rechte begründete. Das ist insofern konsequent, als es dem Bundesgerichtshof nicht darum geht, die Schüsse an der Mauer an innerstaatlich geltendem positiven Recht völkerrechtlichen Ursprungs zu messen. Vielmehr sollen dem IPBPR nur ‚konkrete Prüfungsmaßstäbe‘ und ‚Anhaltspunkte‘ für die Beantwortung der Frage entnommen werden, ob universell anerkannte Menschenrechte verletzt worden sind und dadurch extremes Unrecht begangen wurde. Diese Methode entspricht der Idee Radbruchs“. Ähnlich *K. Günther* StV 1993, 18 (20); s. auch *M. Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 111f.: „Der Bundesgerichtshof scheint also nur auf positivrechtlicher Grundlage zu argumentieren. In Wirklichkeit bedient er sich aber einer vorpositiv-außergesetzlichen Begründung, wenn er dem internationalen Menschenrechtspakt direkte Geltung zumißt, und übergeht die in der internationalen Ordnung verschiedenen Entwicklungs- und Wirklichungsweisen des Rechts.“ – Die Annahme einer im Kern gleichen sachlichen Substanz scheint mir treffender zu sein als diejenige Position, wonach der *BGH* mit dem hier herangezogenen Urteil von der „Gesetzesauf die Naturrechtswidrigkeit“ umgewechselt sei (so *W. Gropp* NJ 1996, 393 [396]). S. auch *S. Zimmermann* JuS 1996, 865 (871).

<sup>61</sup> Deutlich *BGHSt* 41, 101 (109).

<sup>62</sup> Man vergleiche *BGHSt* 39, 1 (15f. unter bb) = JZ 1993, 199 (201f. unter bb) mit *BGHSt* 40, 241 (244f. unter b).

<sup>63</sup> *BGHSt* 40, 241 (247f.).

rechte Vertrauen zur eigenen Position<sup>64</sup>, schließt er eine zweite Ausweichstrategie an: die immanente Interpretation der DDR-Verfassung nach rechtsstaatlichen Maßstäben.

aa) Zunächst stellt das Gericht richtig fest, daß gemäß der in der DDR obwaltenden Staatspraxis, also der „realsozialistischen“ Auslegung, kein Zweifel daran bestehen konnte, daß das Verhalten der Mauerschützen durch § 27 II GrenzG gerechtfertigt war: niemals hatte ein Grenzvorfall mit tödlichem Ausgang negative Konsequenzen für den Schützen; es gab keine strafrechtlichen Ermittlungen gegen ihn; im Gegenteil wurden die Betroffenen belobigt und ausgezeichnet; die Praxis des Grenzregimes und der durch die Befehlslage gekennzeichnete Schußwaffengebrauch wurde von Gerichten, Staatsanwaltschaften oder anderen staatlichen Instanzen der DDR nie beanstandet<sup>65</sup>. Die Verhinderung des Grenzübertritts wurde als überragendes nationales Interesse aufgefaßt, hinter dem das Leben des Flüchtlings zurückstehen mußte. Praktisch jeder Fluchtversuch galt als „schwerer Fall“ des ungesetzlichen Grenzübertritts (§ 213 III DDR-StGB) und damit als Verbrechen i.S. des § 27 II GrenzG. Der perfiden Logik zufolge war somit der ungesetzliche Grenzübertritt selbst das Verbrechen, das zum Schußwaffengebrauch ermächtigte<sup>66</sup>. Dieser „Vorrang der Fluchtverhinderung vor dem Lebensschutz“<sup>67</sup> konkretisierte sich in den einschlägigen staatlichen Normen, in der Befehlslage, den allgemeinen Dienstvorschriften, der Vergatterung der Soldaten und den staatlichen Reaktionen auf die Grenzvorfälle<sup>68</sup>. Ausdrücklich stellt der Senat fest, daß diese Praxis mit dem Wortlaut des § 27 II GrenzG vereinbar war<sup>69</sup>. Insofern sind die Ausführungen konzis und treffend.

bb) Von der zweiten Auslegungsvariante, der rechtsstaatlichen oder „mensenrechtsfreundlichen“ Auslegung<sup>70</sup>, läßt sich dies nicht sagen. Hier befremdet schon das Vorgehen, die Rechtsordnung eines Staates, der nach völlig anderen Systemimperativen<sup>71</sup> funktionierte als westliche Rechtsstaaten, nach Maßstäben auszulegen, die diesem Staat fremd waren und in ihm niemals eine Rolle gespielt haben. Das wirkt in der Tat wie ein die tatsächlichen Rechtsverhältnisse verzerrendes „Kunstprodukt“<sup>72</sup>. Der *BGH* sucht diesem Vorwurf zu ent-

<sup>64</sup> *K. Günther* StV 1993, 18 (21).

<sup>65</sup> Zu diesen erdrückenden Fakten, die in der Bundesrepublik allerdings im Laufe der siebziger und achtziger Jahre zunehmend ignoriert und verdrängt wurden: *BGHSt* 39, 1 (11f.) = JZ 1993, 199 (201) S. jetzt materialreich: *E. Kurth* (Hrsg.), Die SED-Herrschaft und ihr Zusammenbruch. Am Ende des realen Sozialismus, Bd. 1, 1996, insb. S. 143 ff.

<sup>66</sup> Dazu *G. Brunner* NJW 1982, 2479 ff.; *J. Arnold/M. Kühl* JuS 1992, 991 (994 ff.); *Miehe*, Rechtfertigung (Fn. 39), S. 651 f.

<sup>67</sup> *BGHSt* 39, 1 (14) = JZ 1993, 199 (201); s. auch *BGHSt* 40, 241 (244); *BGHSt* 41, 101 (104).

<sup>68</sup> Das strukturelle Phänomen bleibt also unverändert, gleichviel, ob Fälle vor oder nach Erlass des Grenzgesetzes zu beurteilen sind. Vgl. oben Fn. 33.

<sup>69</sup> *BGHSt* 39, 1 (11f.) = JZ 1993, 199 (201) – dies entgegen *LG Berlin* NStZ 1992, 492 (494). Dieser Umstand wird zu Recht hervorgehoben von *K. Günther* StV 1993, 18 (19f.): „Die an der Staatspraxis orientierte Auslegung des Gesetzes wird nicht als Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes bewertet. Sie ist nicht nur faktisch so praktiziert worden, sondern auch normativ möglich.“ Eine detaillierte Begründung dafür, daß die Praxis an der Grenze dem Wortlaut des § 27 II GrenzG entsprochen hat, findet sich bei *Miehe*, Rechtfertigung (Fn. 39), S. 650 ff.; s. auch *Luchterhandt*, Recht (Fn. 41), S. 185 f. Zum Ausschluß von Exzeßstaten s. unten Fn. 79.

<sup>70</sup> *BGHSt* 39, 1 (23) = JZ 1993, 199 (203); *BGHSt* 39, 168 (176f.); *BGHSt* 40, 241 (249); *BGHSt* 41, 101 (110).

<sup>71</sup> Etwa das Prinzip der sozialistischen Gesetzlichkeit (welches nicht mit rechtsstaatlichem Vertrauensschutz und dem Prinzip der Rechtssicherheit verwechselt werden darf); der unbedingte und anerkannte Vorrang des Politischen; die jederzeitige Interventionsmöglichkeit in Verfahren durch Staats- oder Parteiorgane. Vgl. näher *H.-L. Günther* ZStW 103 (1991), 851 (854 f.); *Luchterhandt*, Recht (Fn. 41), S. 184 f.

<sup>72</sup> *K. Amelung* JuS 1993, 637 (639). Vgl. auch *G. Jakobs*, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht, in: *J. Isensee* (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, S. 37 ff. (44): „Skurrilität“ (mit Bezug auf das NS-System); zur DDR eindringlich *ders.* GA 1994, 1 (5 ff.); deutlich auch *Fronmel*, Mauerschützenprozesse (Fn. 29), S. 85 („Man spielt nur

rinnen, indem er vorgibt, das DDR-GrenzG „mit Auslegungsmethoden, die dem Recht der DDR eigentümlich waren“, zu interpretieren<sup>73</sup>. Praktisch sieht das dann aber so aus, daß Art. 30 II DDR-Verfassung nach Grundsätzen des Verhältnismäßigkeitsprinzips ausgelegt (bzw. die Norm als dessen Ausdruck verstanden) wird, wie es unter dem westdeutschen Grundgesetz entfaltet wurde und namentlich durch die Judikatur des *BVerfG* zu überragender Bedeutung gelangte<sup>74</sup>. Mit dieser Operation, zu der sich eine völkerrechtskonforme Interpretation der DDR-Verfassung gesellt<sup>75</sup>, gelangt der Senat zu dem wenig überzeugenden Ergebnis, daß durch die Praxis der Fluchtverhinderung um jeden Preis und auf Kosten des Lebens des Flüchtlings „der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, so wie er in der DDR galt, verletzt wurde“; der „Wortlaut des § 27 II GrenzG [gestattete] eine Auslegung, die dem auch im Recht der DDR (eingeschränkt) vorhandenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung trug.“ Mit bedingtem Vorsatz abgegebene Schüsse auf einen „unbewaffneten und auch sonst nicht für Leib oder Leben anderer gefährlichen Flüchtling“ sind „von dem in menschenrechtsfreundlicher Weise ausgelegten § 27 II GrenzG nicht gedeckt“<sup>76</sup>. Doch suggeriert dieser Argumentationsgang, die Flüchtlinge seien gewissermaßen in falscher Anwendung der in der DDR gültigen Rechtsordnung erschossen worden und die Mauerschützen hätten sich „eigentlich“ bereits nach DDR-Recht strafbar gemacht<sup>77</sup>. Damit sitzt das Gericht einer „Rechtsstaatchimäre“ auf<sup>78</sup>. Denn diese Fiktion beschönigt in unerträglicher Weise den tatsächlich herrschenden Rechtszustand und ignoriert das für die DDR wie für totalitäre Staaten aller Couleur typische instrumentelle, von politischen Vorgaben abhängige Rechtsverständnis. Das Rechtssystem der DDR selbst stellte die Flüchtlinge weitgehend schutzlos, indem es ihrem Leben die Interessen des Staates vorordnete; dies war nicht lediglich Folge einer falschen Auslegung des DDR-Rechts<sup>79</sup>. Schließ-

lich verstrickt sich der *BGH* in einen unauflösbaren Selbstwiderspruch, wenn er zuerst die Rechtspraxis in der DDR als mit dem Wortlaut vereinbar qualifiziert, dann aber eine menschenrechtsfreundliche Auslegung als die allein richtige bezeichnet und diese zur Grundlage der Bestrafung macht<sup>80</sup>. Wie bei der Heranziehung des Völkerrechts wendet der *BGH* nicht das reale, positiv geltende Recht der DDR an, sondern das – bezogen auf diese – ideale Recht freiheitlicher, rechtsstaatlicher Demokratien. Er betreibt „Naturrecht im Gewande der Auslegung“<sup>81</sup>.

cc) Ein zusätzlicher Aspekt belegt, daß der Senat letztlich nur auf Unrechtsevidenzen abstellt. Denn zur Stützung seines Arguments, wonach die tödlichen Schüsse gemäß dem „richtig ausgelegten Recht der DDR“<sup>82</sup> strafbar waren, wird angeführt:

„Nichts anderes könnte im übrigen im Ergebnis gelten, wenn ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund, der gleich gewichtigen Einwendungen ausgesetzt ist, überhaupt keiner Auslegung zugänglich wäre, die sich an den Menschenrechten orientiert.“<sup>83</sup>

Dieser nicht sehr klare Satz indiziert, daß der Senat auch hier letztlich naturrechtlich im Sinne der Radbruchschen Formel denkt. Deutlicher wird dies in einem späteren Judikat, in dem das Argument aufgegriffen und etwas erläutert wird. Nun heißt es:

„Das würde sich erst recht zeigen, wenn ein Gesetz so pervertiert war, daß eine menschenrechtsfreundliche Auslegung überhaupt nicht in Betracht kam ... In Fällen dieser Art könnte Art. 103 II GG nicht die Bestrafung hindern. Das folgt aus der Erwägung, daß eine Freistellung von Strafbarkeit, die derart gegen die Menschenrechte verstößt, von vornherein unwirksam ist, also überhaupt nicht Recht geworden ist.“<sup>84</sup>

Das Gericht will also sagen: unterstellt, schon die positive Rechtslage hätte sich als ein flagranter Verstoß gegen die Menschenrechte erwiesen, so hätte sich am Ergebnis nichts geändert: Denn eine solche Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung wäre von vornherein nichtig gewesen, so daß das Rückwirkungsverbot zum Schutz der Grenzsoldaten nicht hätte eingreifen können. Den Grund dafür bildet wiederum die Kernaussage der Radbruchschen Formel, derzufolge bei einem eklatanten Widerspruch zu fundamentalen Gerechtigkeitsprinzipien die positiven Normen zu weichen haben. Und diesen Gedanken bringt der Senat nun auf die Weise zum Einsatz, daß – gewissermaßen auf einer Vorstufe – die Normativität von DDR-Recht zu retten versucht wird, indem man ihm eine andere, nämlich menschenrechtsfreundliche Interpretation zuteil werden läßt.

#### c) Scheitern der Ausweichstrategien

Am Ende ist der *BGH* keinen Schritt weiter als das *LG Berlin*. Beide Gerichte stützen sich ganz zentral und letztlich allein auf die Annahme, daß das Grenzregime der DDR mit fundamentalen Gerechtigkeitsprinzipien in Widerspruch stand und eine Rechtfertigung der Mauerschützen nicht auf die entsprechenden Normen des DDR-Rechts gegründet werden kann. Der Sache nach wird also mit der Radbruchschen Formel gearbeitet – und damit mit der Annahme von Naturrecht. Die Ausweichstrategien des *BGH* haben sich als Sackgassen erwiesen, da in beiden Fällen letztlich wieder die naturrechtliche Argumentation dominiert: im einen Fall als Naturrecht im Gewande des Völkerrechts, im anderen als Naturrecht im Gewande der Auslegung.

<sup>80</sup> Dazu kritisch *K. Günther StV* 1993, 18 (21); *M. Pawlik GA* 1994, 472 (478).

<sup>81</sup> *K. Günther StV* 1993, 18 (23).

<sup>82</sup> *BGHSt* 39, 1 (26) = *JZ* 1993, 199 (203).

<sup>83</sup> *BGHSt* 39, 1 (30) = *JZ* 1993, 199 (205).

<sup>84</sup> *BGHSt* 41, 101 (112).

DDR-Justiz“); *Luchterhandt*, *Recht* (Fn. 41), S. 187 („starker Tobak“). Zum hier aufscheinenden prinzipiellen Problem des Fremdverstehens *K. Lüderssen*, *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt?*, 1992, S. 59ff.; *K. Günther StV* 1993, 18 (22ff.).

<sup>73</sup> *BGHSt* 39, 1 (23) = *JZ* 1993, 199 (203); bei dieser Gelegenheit betont der Senat wiederum Differenzen zwischen dem NS-System und der DDR: hier Verbindlichkeit der Gesetze, dort der bloße Wille der Machthaber als rechtschaffende Instanz (S. 24f.).

<sup>74</sup> Vgl. Nachweise bei *H. Dreier* (Fn. 42), Vorb. Rn. 91 ff.

<sup>75</sup> *BGHSt* 39, 1 (23): „Schon im Blick auf Art. 6 IPBPR kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß die Verfassungsvorschrift des Art. 30 I DDR-Verf., indem sie die Persönlichkeit für unantastbar erklärte, den Schutz des Lebens einschloß“; ferner S. 24: „Wer heute den Inhalt der Gesetze der DDR unter Berücksichtigung der DDR-Verfassung unter der Bindung der DDR an die internationalen Menschenrechtspakte zu ermitteln sucht...“

<sup>76</sup> *BGHSt* 39, 1 (25) = *JZ* 1993, 199 (203). Damit ist letztlich genau das erreicht, was der Senat am Vorgehen des erstinstanzlichen Urteils (*LG Berlin* NStZ 1992, 492) gerügt hatte: die Orientierung an der der DDR fremden Rechtsordnung bei der maßgeblichen Auslegung des Grenzgesetzes (wie hier *K. Günther StV* 1993, 18 [21]; *Luchterhandt*, *Recht* [Fn. 41], S. 188). Kritisch dazu auch *W. Fiedler* *JZ* 1993, 209; *Miehe*, *Rechtfertigung* (Fn. 39), S. 654; *Alexy*, *Mauerschützen* (Fn. 12), S. 30 sieht hierin eine verdeckte Rückwirkung; ebenso *B. Schünemann*, *Aufarbeitung von Unrecht aus totalitärer Zeit*, in: *H.-M. Pawlowski/G. Roellecke* (Hrsg.), *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates*, 1996, S. 97ff. (115); *Schulz*, *nulla-poena-Grundsatz* (Fn. 39), S. 185.

<sup>77</sup> Vgl. *Jakobs*, *Vergangenheitsbewältigung* (Fn. 72), S. 53; *J. Polakiewicz* *EuGRZ* 1992, 177 (179); *M. Pawlik GA* 1994, 472 (474); *W. Gropp NJ* 1996, 393 (395); *Schünemann*, *Aufarbeitung* (Fn. 76), S. 111. Dagegen schon für das NS-Recht *G. Werle NJW* 1992, 2529 (2534). Der Judikatur zustimmend *Hirsch*, *Strafrecht* (Fn. 10), S. 9ff. m.w.N.

<sup>78</sup> *G. Jakobs GA* 1994, 1 (7 m. Fn. 25); vgl. auch *Frommel*, *Mauerschützenprozesse* (Fn. 29), S. 82; *Luchterhandt*, *Recht* (Fn. 41), S. 187ff., 192.

<sup>79</sup> Exzeßstaten sind davon indes nicht umfaßt (Beispiele dafür bei *H. Roggemann DtZ* 1993, 10 [19]). Sie können und müssen bestraft werden und dürften auch einer Amnestie nicht unterfallen (vgl. *Miehe*, *Rechtfertigung* [Fn. 39], S. 653; *Schünemann*, *Aufarbeitung* [Fn. 76], S. 112; *T. Hiltenkamp JZ* 1996, 179 [184f.]). Die Begriffsbildung von *G. Jakobs GA* 1994, 1 (9f.) ist zu eng; vgl. *S. Zimmermann JuS* 1996, 865 (869).



#### 4. BVerfG: Indirekter Rückgriff (Fälle „extremen Unrechts“)

Was sagt nun das BVerfG zu alledem? In seinem Beschluss vom 24. 10. 1996 hat der Zweite Senat neben den Verfassungsbeschwerden von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrates auch die eines Mauerschützen zurückgewiesen. Die recht knappe Begründung folgt dabei in weitem Umfang den zum Teil rätselhaften Spuren des *BGH* und verrät diese noch weiter. Das beginnt bei der nur höchst indirekt, nämlich über Wiedergabe älterer Judikatur und Bezugnahme auf die Begründung der angegriffenen Urteile angesprochenen Radbruchschen Formel<sup>85</sup>: an keiner Stelle sagt das BVerfG ausdrücklich, daß sich die Nichtigkeit des Rechtfertigungsgrundes aus § 27 II GrenzG aus ihrer Anwendung ergäbe.

Ferner wird angedeutet, man teile die Konkretisierung der Radbruchschen Formel durch die völkerrechtlich geschützten Menschenrechte in der vom *BGH* vorgenommenen Weise<sup>86</sup> – ohne auch nur mit einem Wort auf die in der Literatur nahezu unisono geübte und durchgreifende Kritik an diesem Vorgehen einzugehen<sup>87</sup>. Als letztlich entscheidend erweist sich aber die Wendung, das Grenzregime der ehemaligen DDR stelle „extremes staatliches Unrecht“ dar<sup>88</sup>, so daß ein darauf gestützter Rechtfertigungsgrund unbeachtlich sei. Denn wenn man weiß – was das Gericht selbst nicht preisgibt –, daß es sich bei dieser Wendung vom „extremem Unrecht“ um diejenige Formulierung handelt, die *Robert Alexy* der Radbruchschen Formel gegeben hat<sup>89</sup>, dann wird mit hinlänglicher Deutlichkeit klar, daß auch hier der Grundgedanke *Radbruchs* die Entscheidung trägt. Verstärkt und gefestigt wird dieser Eindruck durch den mehrfachen Gebrauch typischer Radbruchscher Wendungen wie jene vom „gesetzlichen Unrecht“ oder des „unerträglichen Widerspruchs zur Gerechtigkeit“<sup>90</sup>. In diesen Fällen müsse der strikte Schutz des Art. 103 II GG zurücktreten (dazu sogleich unter IV. 2).

#### IV. Strafbarkeit der Mauerschützen qua Anwendung der Radbruchschen Formel: Analyse und Kritik

Das Zwischenergebnis lautet also: die Strafbarkeit der Mauerschützen wurde ermöglicht durch die Verwerfung eines im DDR-Recht auffindbaren Rechtfertigungsgrundes. Diese Verwerfung beruhte auf der Anwendung der Radbruchschen Formel: Eigentlich eine großartige Bestätigung für einen rechtsphilosophischen Gedanken und für das damit zur Geltung gebrachte Naturrecht, das ja seit Jahrtausenden die Geschichte rechtsphilosophischen Denkens beherrscht! Doch wie nicht automatisch derjenige ein besserer Europäer ist, der nach immer mehr und umfangreicheren Kompetenzen für die Union ruft, so tut man vielleicht auch der Rechtsphilosophie nicht unbedingt den besten Gefallen, ihr beim höchst prekären Problem strafjuristischer Vergangenheitsbewältigung zu unverhoffter Bedeutungssteigerung zu verhelfen und sie zur entscheidenden Instanz werden zu lassen – was ja auch und zugleich immer die Gefahr der Instrumentalisierung in

<sup>85</sup> BVerfG, Beschluss v. 24. 10. 1996 unter C.II.1 b) cc) (2) und C.II.2 a) = JZ 1997, 142 (144f.).

<sup>86</sup> BVerfG, a.a.O. unter C.II.2 a) = JZ 1997, 142 (145). S. auch unter C.II.1 b) bb) = JZ 1997, 142 (144): „Gebot materieller Gerechtigkeit, das auch die Achtung der völkerrechtlich anerkannten Menschenrechte aufnimmt“.

<sup>87</sup> Vgl. oben unter III.3.a) (S. 425).

<sup>88</sup> BVerfG (Fn. 85) unter C.II.1 b) bb) und C.II.2 c) = JZ 1997, 142 (144, 145).

<sup>89</sup> Vgl. *Alexy*, Mauerschützen (Fn. 12), S. 4.

<sup>90</sup> BVerfG (Fn. 85) unter C.II.1 b) cc) (2) = JZ 1997, 142 (145). Wie hier *K. W. Fricke* DA 1997, 4 (5).

sich birgt. Ferner treten verfassungsrechtliche Probleme ins Bild. Von daher seien im folgenden einige Erwägungen zur Tauglichkeit der Lösung angestellt.

#### 1. Anwendungsprobleme des Naturrechts

Es geht im folgenden um Anwendungsprobleme, nicht um Begründungs- oder Geltungsprobleme des Naturrechts. Einer der Hauptvertreter des sog. Kommunitarismus hat einmal geschrieben, der Glaube an Natur- oder Menschenrechte unterscheide sich in nichts vom Glauben an Hexen oder Einhörner<sup>91</sup>. Im folgenden unterstellen wir die Existenz eines höheren, über- oder vorpositiven Rechts einfach und lassen den ewigen Kampf zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus auf sich beruhen<sup>92</sup>.

##### a) Strafbarkeit kraft Naturrechts?

aa) Die Wirkungsweise der Radbruchschen Formel ist vergleichsweise einfach: Man versagt einzelnen Normen die Rechtsqualität, läßt aber das normative Umfeld dieser Rechtsätze unverändert. Im Falle der Mauerschützen führt dies dazu, daß nach Fortfall des Rechtfertigungsgrundes (§ 27 II GrenzG) das strafbare Delikt, nämlich Totschlag, zurückbleibt und zur Anwendung kommt. Das wirft neben der viel diskutierten Rückwirkungsproblematik<sup>93</sup> die bislang nur selten erörterte Frage<sup>94</sup> auf, ob man die gesetzliche Strafbarkeit eines einzelnen Täters letztlich aus der Anwendung naturrechtlicher Sätze folgern bzw. darauf stützen kann: kann das Naturrecht Strafbarkeit begründen?

Es scheint kein Zufall, daß diese Frage in direkter Antwort auf *Radbruchs* Artikel in der Süddeutschen Juristenzeitung erörtert – und im Ergebnis verneint wurde<sup>95</sup>. In der Tat macht ein Blick in die Naturrechtsgeschichte deutlich, daß der Konflikt zwischen dem Gewissen des Einzelnen und einer verbrecherischen Obrigkeit im Vordergrund stand. Das Naturrecht diente zur Rechtfertigung desjenigen, der diesen Gesetzen nicht Folge leistete, es konnte Widerstand, Aufruhr oder gar den Tyrannenmord legitimieren<sup>96</sup>. Doch findet sich, soweit ersichtlich, in keinem neuzeitlichen System eine naturrechtli-

<sup>91</sup> *A. MacIntyre*, *After Virtue*, 2. Aufl., London 1985, S. 69 (dt. unter dem Titel: *Der Verlust der Tugend*, 1987, S. 98).

<sup>92</sup> Dazu etwa *H. Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. 1962; *H. Henkel*, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1977, S. 486ff.; *R. Dreier*, *Der Begriff des Rechts*, NJW 1986, S. 890ff.; *N. Hoerster*, *Verteidigung des Rechtspositivismus*, 1989; *K. Seelmann*, *Rechtsphilosophie*, 1994, S. 33ff., 134ff.; *M. Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, 1996, S. 30ff., 138ff.; *P. Koller*, *Theorie des Rechts*, 2. Aufl. 1997, S. 131ff.

<sup>93</sup> Dazu unten IV.2.a) (S. 431).

<sup>94</sup> Vgl. etwa (fragend) *A. Arndt*, *Das Verbrechen der Euthanasie* (1947), in: *ders.*, *Gesammelte juristische Schriften*, 1976, S. 269ff. (273). – Zu Mauerschützen (Möglichkeit der Strafbegründung ablehnend): *M. Köhler* FAZ Nr. 278 v. 30. 11. 1992, S. 14; *Jakobs*, *Vergangenheitsbewältigung* (Fn. 72), S. 45, 46.

<sup>95</sup> *H. Coing* SJZ 1947, Sp. 61ff. (63): „Das Naturrecht, das auf den sittlichen Werten der Gerechtigkeit, der Treue, der Zuverlässigkeit usw. beruht, gebietet wohl, bestimmten Gesetzen, die diesen Werten widersprechen, den Gehorsam zu verweigern, es gibt ein Recht zum Widerstand gegen sie; aber es fordert keine Bestrafung dessen, der diesem Gebot nicht gehorcht, von diesem Recht keinen Gebrauch macht.“ Und Sp. 64 fährt Coing fort: „Danach wären also die Richter, die naturrechtswidrige Gesetze angewendet haben, nicht zu bestrafen. Dies Ergebnis entspricht auch, soweit ich sehe, der Lehre des rationalen Naturrechts des 18. Jahrhunderts. Es hat aus dem Naturrecht gegenüber dem positiven Recht wohl Widerstandsrechte und Rechte der Gehorsamsverweigerung, aber keine Strafbarkeit abgeleitet.“

<sup>96</sup> Vgl. *K. Wolzendorff*, *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes*, 1916; *M. Köhler*, *Die Lehre vom Widerstandsrecht in der deutschen konstitutionellen Staatsrechtslehre der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, 1974; *H. Mandt*, *Tyrannislehre und Widerstandsrecht*, 1974; *C. Link*, *Jus resistendi. Zum Widerstandsrecht im deutschen Staatsdenken*, in: *FS Dordett*, Wien 1976, S. 55ff. – S. auch Art. 3 der Virginia Bill of Rights von 1776 und Art. 2 der Französischen Menschenrechts-Deklaration von 1789.



che Begründung für die Strafbarkeit desjenigen, der den sittenwidrigen Gesetzen Folge leistet<sup>97</sup>.

bb) Ein großes Fragezeichen wäre ferner bei der Wirkungsweise naturrechtlicher Sätze als „Nichtigkeitsgründen“ für entgegenstehendes Recht angebracht. Die schlichte Schlußfolgerung vom Widerspruch des positiven Rechts zu Naturrechtssätzen im Sinne eines *Naturrecht bricht positives Recht*, wie sie der Radbruchschen Formel zugrundeliegt, läßt sich jedenfalls für das neuzeitliche Naturrecht des 17./18. Jahrhunderts einschließlich des sog. jüngeren Naturrechts (seit 1785) gerade nicht nachweisen. Im Gegenteil haben neuere Forschungen<sup>98</sup> ergeben, daß ein solcher Geltungsvorrang mit unmittelbar rechtsgestaltender Wirkung dem naturrechtlichen Denken jener Zeit fremd war. Eine „unmittelbare Geltung als Ersatz für positives Recht“ war nicht intendiert<sup>99</sup>. Vielmehr wendete man sich an den Gesetzgeber, ohne eine unmittelbare Derogation des entgegenstehenden positiven Rechts bewirken zu können oder zu wollen. Eine schlichte „Verdrängung des positiven Rechts durch das Naturrecht“ lag also nicht in der Konsequenz jener naturrechtlichen Positionen<sup>100</sup>. Als potentielles Recht verharren die Naturrechtssätze auf der Vorstufe zur Positivierung; die ihnen zuwiderlaufenden, effektiv wirksamen Rechtsvorschriften gelten nicht als Nichtrecht, sondern als zu reformierendes, abzuänderndes schlechtes Recht, dessen Befolgung eine individuelle Strafbarkeit nicht begründen kann.

b) Unbestimmtheit des Naturrechts und Wertungssicherheit der Gerichte – *Zur Kritik des BGH*

aa) Probleme bereitet indes nicht nur die Wirkungsweise, sondern auch die inhaltliche Weite und Vielfalt des Naturrechts<sup>101</sup>. Es gibt ja nicht nur das aufklärerische Vernunftnaturrecht des 17./18. Jahrhunderts, sondern auch ein antikes in vielen Spielarten<sup>102</sup>, ferner ein christliches, jedenfalls ein katholisches Naturrecht<sup>103</sup>; auch die Existenz eines islamischen, eines marxistischen und eines feministischen Naturrechts

wird man in Rechnung stellen müssen. So hat man unter Berufung auf das Naturrecht nicht nur – höchst erfolgreich – die allgemeine Freiheit und Gleichheit der Individuen begründet, sondern viele Jahrhunderte die Sklaverei legitimiert (*Aristoteles, Thomas von Aquin*), Frauen von jeglicher politischer Mitsprache ausgeschlossen<sup>104</sup>, totalitär anmutende Staatskonzeptionen vertreten (*Platon, Hobbes*) und ein natürliches Vorrrecht des Stärkeren verfochten (*Kallikles*).

*Radbruch* selbst löste das damit verbundene Problem der bis zur Gegensätzlichkeit reichenden Unterschiedlichkeit naturrechtlicher Positionen nicht, sondern brachte es nur zum Ausdruck, wenn er sich auf die „jahrtausendealte gemeinsame Weisheit der Antike, des christlichen Mittelalters und der Aufklärung“ berief<sup>105</sup>. Gerade wegen dieser Unsicherheit plädierte er für eine äußerst restriktive Anwendung der Lehre vom übergesetzlichen Recht, die er auf die „völlig singulären Verhältnisse“ der NS-Zeit beschränkt wissen wollte<sup>106</sup>.

bb) Selbst wenn man nun das Naturrecht des 20. Jahrhunderts im wesentlichen als „Menschenrechtsnaturrecht“ begreift und die Menschenrechtserklärungen als authentische Konkretisierungen ansieht, so umfaßt ein entsprechender weltweiter Konsens doch immer nur die Garantieebene, grundrechtsdogmatisch gesprochen: den Schutzbereich der Norm. Unter welchen Bedingungen und bis hin zu welcher Intensität diese Gewährleistungen eingeschränkt oder gar (temporär) aufgehoben werden dürfen, steht beileibe nicht mit dieser (einmal unterstellten) Sicherheit und weltweit gleichen Geltungskraft fest. Hier spielen nationale Traditionen und Eigenarten politischer Systeme, Art und Gewicht staatlicher Interessen eine ausschlaggebende Rolle, die zeitlich und örtlich höchst variabel sind<sup>107</sup>. Es ist dies der wesentliche Grund dafür, daß weder die Staatenpraxis noch die Rechtsauffassung der internationalen scientific community durchgängig den strengen Standards des *BGH* entsprechen.

cc) All diese Wertungs- und Konkretisierungsprobleme fechten den *BGH* nicht an. Er stellt schlicht auf vermeintliche Evidenzerlebnisse ab. Zwar weist der Senat die hochgemuten Aussagen des erstinstanzlichen Urteils zurück, worin den Grenzsoldaten „Bequemlichkeit“, „Gleichgültigkeit“ und „Rechtsblindheit“ vorgeworfen worden war<sup>108</sup>. Doch bei der Frage nach der Schuldhaftigkeit des Handelns der Grenzsoldaten nimmt auch der *BGH* an, daß diesen die Rechtswidrig-

<sup>97</sup> Gegen eine solche Ableitungsmöglichkeit auch *G. Jakobs GA 1994, 1* (11 ff.). Eingehend nunmehr *Köbler, Strafrecht AT* (Fn. 60), S. 108 f.: mit dem Gegensatz von bestimmten Unrechtsordnungen (gemessen am entwickelten Menschenrechtsprinzip) kann sich u.U. „die Aufhebung der rechtlichen Gehorsamspflicht und eine vorpositiv-naturzustandsähnliche Widerstandsbefugnis (verbinden): Der sein Recht des freien Zuges behauptende Flüchtling ist insofern im Recht gegen die unrechtl. Staatsgewalt“. Aber mit diesem Gegensatz sieht sich das staatliche Rechtsverhältnis gerade nicht aufgehoben. Folglich existiert auch kein staatliches Strafrecht, dem das gegensätzliche Handeln, etwa des den Flüchtling verletzenden Grenzwächters, unterworfen werden könnte, sondern nur der naturzustandsähnliche Gegensatz zweier Geltungsansprüche in vorläufiger Unvermitteltheit, von denen der eine allerdings nach dem Rechtsprinzip besser begründet sein kann. Die naturrechtliche Kritik an staatlichen Unrechtsmaximen leistet also nicht deren staatsgesetzliche Strafbarkeit. Das aber ist nach dem Gesetzlichkeitsgrundsatz unabdingbar. Deshalb ist es ausgeschlossen, den Souveränitätsrepräsentanten eines anderen oder früheren Staates für Akte relativen Staatsrechts, z.B. die Kriegsführung oder innenpolitische Menschenrechtsverletzungen, strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Ebenso verbietet es sich, den Bürger des früheren Staates zu bestrafen, weil er dessen Gesetzen entsprechend gehandelt hat. Denn dafür fehlt es an der staatsgesetzlichen Allgemeingültigkeit, dessen das Strafrecht als staatliches bedarf; und auch subjektiv kann, was sich als relatives Staatshandeln begriffen hat, nicht schuldhaft strafbar sein.“ Konkrete Anwendung dieser Grundsätze auf die Mauerschützenfälle ebd., S. 111 f.

<sup>98</sup> *D. Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, S. 178 ff. et passim; J. Schröder, „Naturrecht bricht positives Recht“ in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?, in: FS Mikat, 1989, S. 419 ff.; zum Umfeld M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, 1988, S. 268 ff., 291 ff.*

<sup>99</sup> *Klippel, Politische Freiheit* (Fn. 98), S. 191.

<sup>100</sup> *Schröder, Naturrecht* (Fn. 98), S. 431.

<sup>101</sup> Davon vermittelt einen ersten Eindruck *E. Wolf, Das Problem der Naturrechtslehre*, 3. Aufl. 1964; *ders. u.a., Art. Naturrecht*, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 6, 1984, Sp. 560–623.

<sup>102</sup> *F. Flückiger, Geschichte des Naturrechts*, Bd. 1, 1954.

<sup>103</sup> *A. Hollerbach, Das christliche Naturrecht im Zusammenhang des allgemeinen Naturrechtsdenkens*, in: *F. Böckle/E.-W. Böckenförde* (Hrsg.), *Naturrecht in der Kritik*, 1973, S. 9 ff.

<sup>104</sup> Und zwar bis weit in die Aufklärungsphilosophie hinein: vgl. *D. Schwab, Frauenrechte und Naturrecht*, in: *ders., Geschichtliches Recht und moderne Zeiten*, 1995, S. 101 ff.

<sup>105</sup> *G. Radbruch, Erneuerung des Rechts* (1947), in: *W. Mahofer* (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 1962, S. 1 ff. (2); ähnlich *ders., Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945), in: *ders., Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. 1973, hrsgg. v. *E. Wolf* und *H.-P. Schneider*, S. 327 ff. (328): „Es gibt also Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche Satzung, so daß ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar ist. Man nennt diese Grundsätze das Naturrecht oder das Vernunftrecht. Gewiß sind sie im Einzelnen von manchem Zweifel umgeben, aber die Arbeit der Jahrhunderte hat doch einen festen Bestand herausgearbeitet, und in den sogenannten Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte mit so weitreichender Übereinstimmung gesammelt, daß in Hinsicht auf manche von ihnen nur noch gewollte Skepsis den Zweifel aufrechterhalten kann.“

<sup>106</sup> *Radbruch* spricht an der zitierten Stelle von „Ereignissen, die wir in ihrer Einzigartigkeit auch jetzt noch kaum zu fassen vermögen und deshalb als dämonisch, als apokalyptisch zu deuten geneigt sind.“ (*G. Radbruch SJZ 1947*, Sp. 136). Er selbst hat die „furchtbaren Gefahren für die Rechtssicherheit“ hervorgehoben (*SJZ 1946*, S. 107), die von einer diesen Ausnahmecharakter nicht berücksichtigenden Handhabung der Formel ausgehen könnten. – Richtige Betonung dieses Faktums bei *Miehe, Rechtsfertigung* (Fn. 39), S. 658, 665 f.; *Schulz, nulla-poena-Grundsatz* (Fn. 39), S. 188.

<sup>107</sup> *H. Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 1996, Art. 1 II Rn. 14 m.w.N.

<sup>108</sup> Vgl. *LG Berlin NSz 1992, 492 (495)* und dagegen *BGHSt 39, 1 (34)*.

keit ihres Tuns „offensichtlich“ sein mußte<sup>109</sup>. Das Hauptargument lautet,

„daß die Tötung eines unbewaffneten Flüchtlings durch Dauerfeuer unter den gegebenen Umständen ein derart schreckliches und jeder vernünftigen Rechtfertigung entzogenes Tun war, daß der Verstoß gegen das elementare Tötungsverbot auch für einen indoktrinierten Menschen ohne weiteres einsichtig, also offensichtlich war.“<sup>110</sup>

Hier sind einige Nachfragen angezeigt<sup>111</sup>. Kann man wirklich von einer über jeden Zweifel erhabenen Offensichtlichkeit für die jungen Grenzsoldaten in der DDR sprechen? Werden hier nicht vom bequemen westdeutschen Richtersessel aus im nachhinein moralische Höchststandards formuliert, obwohl seinerzeit weder von der internationalen Staatengemeinschaft noch von der Bundesrepublik die Grenzvorfälle nachhaltig und unnachgiebig angeprangert und die Einhaltung der nun für maßgeblich erachteten Regeln mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln eingefordert wurden? Daß die jungen Grenzsoldaten die Internationalen Menschenrechtsdokumente studierten, dürfte einigermaßen unwahrscheinlich sein. Aber sie wußten, daß ihr Staat 1973 zusammen mit der Bundesrepublik in die Staatengemeinschaft der Vereinten Nationen aufgenommen worden war<sup>112</sup>. Auch gab es von dieser Seite niemals klare öffentliche Verurteilungen der Grenzpraxis oder gar Sanktionen wie etwa gegen das Apartheitsregime in Südafrika. Die Grenzsoldaten konnten überdies zahlreiche Besuche westdeutscher Politiker in der DDR verfolgen, die schließlich von einem Gegenbesuch *Honeckers* in der Bundesrepublik gekrönt wurden<sup>113</sup>. Geht man international und innerdeutsch so mit einem Staat um, dessen Grenzregime extremes Unrecht offenkundigster Art darstellt?

Der *BGH* zeigt mit dem Finger auf die Grenzsoldaten und wirft ihnen vor, extremes Unrecht offenkundigster Art nicht erkannt zu haben. Doch drei Finger weisen zurück auf ihn bzw. auf Gesellschaft und Politik der Bundesrepublik Deutschland, die gerade in den 70er und 80er Jahren immer weniger von den Grenzvorfällen wissen wollte und sie beinahe schamhaft verschwiegen – bis hin zur Streichung der Zuschüsse für die Zentrale Erfassungsstelle der Landesjustizverwaltungen zur Registrierung von DDR-Gewaltakten in Salzgitter durch einige Bundesländer<sup>114</sup>. Die politische und öffentliche Kritik war mehr als matt geworden: in den Medien, in den meisten politischen Parteien, in den gesellschaftlichen Großorganisationen wie den Gewerkschaften und wohl auch in den Kirchen<sup>115</sup>. Und auch wenn man unterstellt, daß die DDR-Bevölkerung das Grenzregime ganz überwiegend für verwerflich hielt, so folgt doch daraus wohl kaum, daß sie

auch die Verurteilung der Grenzsoldaten wegen Totschlags gutgeheißen hätte.

Es verträgt sich – um die Reihe der Bedenken und Nachfragen fortzusetzen – zudem denkbar schlecht mit der behaupteten Offensichtlichkeit, daß der Senat selbst „32 Seiten mühseliger Begründung“<sup>116</sup> benötigt, um die Strafbarkeit darzulegen. Ferner finden sich im Rahmen des individuellen Schuldvorwurfs die ineinanderwirkenden und sich wechselseitig stabilisierenden Faktoren von politischer Indoktrination, gesamtstaatlicher Pression und der besonderen Situation der unter der Vergatterung stehenden Soldaten kaum hinlänglich beachtet<sup>117</sup>. Schließlich führt es nicht weit, wenn hier schlichterhand das in der Tat elementare (weil neben dem Inzestverbot in allen Kulturen [und nicht nur, wie der *BGH* meint, in den „zivilisierten“]<sup>118</sup> geltende und selbst in segmentären Gesellschaften anzutreffende) Tötungsverbot als wissenschaftlertümelnd bemüht wird – denn nicht auf das prinzipielle Tabu, sondern auf die Rechtfertigungen seiner Durchbrechung kommt es an. Insofern könnte der *BGH* vielleicht einmal die Urteile des *BVerfG* zum Schwangerschaftsabbruch nachlesen oder sich der eigenen Judikatur zur Notwehr vergewissern<sup>119</sup>. Auch der Fall eines 1988 vom *BGH* freigesprochenen bundesdeutschen Zollbeamten, der aus 100 Metern in der Dunkelheit auf einen flüchtenden Motorradfahrer nebst Beifahrer geschossen und diesen verletzt hatte, sticht natürlich bei Betrachtung des politischen Gesamtsystems, aber nicht nach den einzelnen Tatumständen und der einfachgesetzlichen Rechtslage von den Mauerschützen-Fällen so deutlich ab, wie man dies gern behauptet<sup>120</sup>.

Obendrein wäre ein Blick in den sog. *Staschynskij*-Fall aufschlußreich. Dort hatte das Gericht noch sehr viel Verständnis für jemanden aufgebracht, „der elf Jahre hindurch als bildsamer junger Mensch ununterbrochen im Kern des sowjetischen Machtbereichs zugebracht hat und dort ständig indoktriniert worden ist“<sup>121</sup>. Nun hatten die Grenzsoldaten überwiegend ihr ganzes Leben in einem sozialistischen Staat zugebracht. Aber zu Zeiten des *Staschynskij*-Falles herrschte eben Kalter Krieg – und heute herrscht Menschenrechtseuphorie. So ändern sich die Wertungen, aber nicht die beneidenswerte Wertungssicherheit des *BGH*. Mit der gleichen Unbeirrbarkeit und Festigkeit hatte dieser übrigens noch einige Jahre vorher aus dem ewigen Sittengesetz gefolgert, daß die Ermöglichung des vorehelichen Geschlechtsverkehrs durch die Eltern von Verlobten strafbare Kuppelei darstelle und die Überordnung des Mannes in Ehe und Familie naturgegeben sei<sup>122</sup>. Aber da-

<sup>116</sup> *T. Hillenkamp* JZ 1996, 179 (184).

<sup>117</sup> Insofern besser *BVerfG* v. 24. 10. 1996 unter C.III.2 b) = JZ 1997, 142 (147). – In den nach der *BVerfG*-Entscheidung veröffentlichten Mauerschützen-Urteilen des *BGH* wird dieser Punkt nun stärker beachtet und des öfteren ein Entschuldigungsgrund angenommen: für die Betroffenen nimmt die Judikatur dadurch an Unberechenbarkeit und Zufälligkeit eher noch zu.

<sup>118</sup> *BGHSt* 41, 101 (112f.) spricht in der Tat von den „zivilisierten Rechtskulturen“ (und überspielt damit die gerade in Deutschland lange gehegte Dichotomie von Zivilisation und Kultur).

<sup>119</sup> *BVerfGE* 39, 1 = JZ 1975, 205 m. Anm. *Kriele*; 88, 203 = JZ 1993, Anh. nach S. 1172, dazu *Starck*, S. 816 und *H. Dreier* DÖV 1995, 1036ff. Zu tödlichen Notwehrfällen vgl. *BGH* NJW 1980, 2263; *BGH* NSStZ 1989, 113; *BGH* NJW 1991, 503; *BGH* NJW 1996, 2315. Aus der Literatur *H.H. Jeschke/T. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, § 32 II 2b, § 32 V; *K. Kühl* JuS 1993, 117ff.; *W. Mitsch* JA 1989, 79 (86ff.); kritisch *K. Bernsmann* ZStW 104 (1992), 290 (293ff.).

<sup>120</sup> *BGHSt* 35, 379 hatte restriktive Leitsätze formuliert, den Angeklagten aber freigesprochen. Kritisch zu dem Urteil *J.A. Frowein*, Im Zweifel für den vielleicht tödlichen Schuß?, in: FS Peter Schneider, 1990, S. 112ff.; *J. Polakiewicz* EuGRZ 1992, 177 (185); *Köhler*, Strafrecht AT (Fn. 60), S. 108; genaue Erörterung der Parallelen bei *Miehe*, Rechtfertigung (Fn. 39), S. 661ff.

<sup>121</sup> *BGHSt* 18, 87 (96).

<sup>122</sup> *BGHZ* 11 (Anhang S. 34 ff. = JZ 1954, 152); *BGHSt* 6, 46 (52ff.). Zur Kritik *W. Weischedel*, Recht und Ethik, 1956, S. 6ff., 19ff.; *W. Maihofer*,

<sup>109</sup> Zu den einfachrechtlichen Hintergründen (Anwendbarkeit von § 5 I WehrstrafG) vgl. *K. Amelung* JuS 1993, 637 (642); *Miehe*, Rechtfertigung (Fn. 39), S. 667; *W. Gropp* NJ 1996, 393 (397f.).

<sup>110</sup> *BGHSt* 39, 1 (34). Wiederholung dieses Arguments in *BGHSt* 39, 168 (190).

<sup>111</sup> Die im folgenden pointiert zugespitzte Kritik deckt sich partiell mit ähnlichen Einwänden in der Literatur: vgl. *K. Amelung* JuS 1993, 637 (640); *ders.* NSStZ 1995, 29 (30); *Alexy*, Mauerschützen (Fn. 12), S. 36ff.; *Miehe*, Rechtfertigung (Fn. 39), S. 664ff.; *W. Gropp* NJ 1996, 393 (396, 398).

<sup>112</sup> Dazu *W. Bruns* DA 1974, 497ff.; *ders.* DA 1986, 376ff.

<sup>113</sup> Dazu kritisch *F.-C. Schroeder* DA 1993, 442 (449f.). Die offiziellen Dokumente in: Bulletin der Bundesregierung 1987, Nr. 83, S. 705ff.

<sup>114</sup> In den Jahren 1987 bis 1989 strichen nacheinander die Länder Nordrhein-Westfalen, Saarland, Hamburg, Bremen, Schleswig-Holstein sowie zuletzt Berlin (im Mai 1989!) die Zuschüsse. Vgl. *F.-C. Schroeder* DA 1993, 442 (450); *H. Sauer/H.-O. Plumeyer*, Der Salzgitter-Report, 1991, S. 242ff.

<sup>115</sup> Deutliche Kritik an kirchlichen Positionen bei *G. Besier*, Der SED-Staat und die Kirche: 1969–1990 – die Vision vom „Dritten Weg“, 1995; abwägend *E. Richter* DA 1993, 407ff.; zur Diplomatie des Vatikans *H. Voß* DA 1992, 1154ff.; zum gemeinsamen Papier von SPD und SED „Der Streit der Ideologien und die gemeinsame Sicherheit“ vgl. *G. Japs* DA 1992, 1011 ff. – Als spätes Beispiel für die Einschätzung der Menschenrechtslage im real existierenden Sozialismus *T. Meyer* DA 1989, 763ff.

mals befanden wir uns eben in der katholisch geprägten Restaurationsära *Adenauers* – und heute herrscht Menschenrechtseuphorie. Die Mauerschützen-Urteile sind, so zeigt sich, wohl „doch aus einer engeren Perspektive entstanden, als ihr weltbürgerlicher Gestus es erscheinen läßt, und stärker vom Zeitgeist beeinflusst, als die Berufung auf naturrechtliche Ewigkeitswerte es glauben machen will.“<sup>123</sup>

Und als letztes Wort zur angeblichen Offenkundigkeit des Unrechts sei vermerkt, daß diese in der Tendenz häufiger verneint wird, wenn es nicht um die Todesschüsse an der Grenze, sondern um Rechtsbeugung durch ehemalige DDR-Richter geht, insofern hier die Justiz „ihren Berufskollegen über die politischen Systeme hinweg ein besonderes Einfühlungsvermögen entgegenbringt.“<sup>124</sup> Vom Grenzsoldaten verlangt man offenbar eine differenziertere Gesetzesauslegung und ein höheres Maß an Einsicht als vom Richter.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten: höchst fraglich ist bereits, ob durch die Anwendung naturrechtlicher Sätze eine individuelle Strafbarkeit überhaupt zu begründen ist. Noch weniger eindeutig ist die Ableitung des vom *BGH* gefolgerten inhaltlichen Standards zu Lebensschutz und Ausreisefreiheit aus naturrechtlichen Sätzen. Die Behauptung der offenkundigen Rechtswidrigkeit vermag schließlich überhaupt nicht zu überzeugen.

## 2. Rückwirkungsverbot (Art. 103 II GG) als Hindernis?

Schon vom Boden des Naturrechts aus ist eine Bestrafung der Mauerschützen alles andere als selbstverständlich. Wie sieht dies bei einer verfassungsrechtlichen Prüfung anhand des Rückwirkungsverbotes aus?

### a) Rückwirkender Effekt der Radbruchschen Formel

Hier gilt es zunächst zu erkennen, daß die Radbruchsche Formel einen rückwirkenden Effekt hat. Indem man nachträglich einigen besonders verwerflichen Normen die Rechtsqualität abspricht, die Geltung der anderen aber unangetastet läßt, schafft man eine Rechtslage, die so niemals als wirksame, befolgte und durchgesetzte in Kraft stand. Die Formel bewirkt also eine rückwirkende, partielle Neuordnung des Rechtssystems auf naturrechtlicher Grundlage<sup>125</sup>. Allerdings handelt es sich hierbei nicht um eine Form der offenen, sondern der versteckten Rückwirkung. Nicht zu Unrecht wurde schon vor über 25 Jahren gefragt, ob es sich tatsächlich um eine besonders tiefgreifende „Bewältigung“ der NS-Zeit handelt, wenn man Teile jener Rechtsordnung nachträglich durch die Leugnung der Rechtseigenschaft einfach in den Orkus des Nichtrechts wirft. Denn eine solche „punktuelle Betrachtung der

Ideologie und Naturrecht, in: *ders.* (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, 1969, S. 121 ff.

<sup>123</sup> Treffend *K. Amelung* *NSStZ* 1995, 29 (30).

<sup>124</sup> *F.-C. Schroeder* *DRiZ* 1996, 81 (88). Zu dieser unerträglichen Inkohärenz auch *L.M. Peschel-Gutzeit*, *Grundrechte und Rückwirkungsverbot*, in: *FAZ* Nr. 139 v. 18.6. 1996, S. 11 f.; *dies./A. Jenckel*, *Aktuelle Beiträge des Nürnberger Juristenurteils: Auf welchen Grundlagen kann die deutsche Justiz das Systemunrecht der DDR aufarbeiten?*, in: *L. M. Peschel-Gutzeit* (Hrsg.), *Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947. Historischer Zusammenhang und aktuelle Bezüge*, 1996, S. 277 ff. (295 ff.); *U. Homann* *KritJ* 29 (1996), 494 (499 f.); *Schulz*, *nulla-poena-Grundsatz* (Fn. 39), S. 195 f.; *Köhler*, *Strafrecht AT* (Fn. 60), S. 111 Fn. 122; *K. Lüderssen*, *Entkriminalisierung durch Politisierung?*, demnächst in *JZ* (unter „B.“). Vgl. oben Fn. 10.

<sup>125</sup> *H. Dreier* *VVDStRL* 51 (1992), S. 137 (Diskussionsbemerkung); *Schulz*, *nulla-poena-Grundsatz* (Fn. 39), S. 188 f. m.w.N.; ferner (allgemein auf Naturrecht bezogen) *G. Grünwald* *ZStW* 76 (1964), 1 (4 ff.); *Geddert*, *Recht* (Fn. 21), S. 229 m. Fn. 352; *T. Kublen*, *Normverletzungen im Recht und in der Moral*, in: *M. Baummann/H. Kliemt* (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, 1990, S. 63 ff. (101). A.A. *Alexy*, *Mauerschützen* (Fn. 12), S. 33 (nur Feststellung der Rechtslage; daß eine Änderung „unter dem Gesichtspunkt der Faktizität“ eintritt, kann auch *Alexy* nicht leugnen).

einzelnen Gesetze bewirkt, daß für jeden Staat zu jeder Zeit festgestellt werden kann, daß in ihm eine intakte Rechtsordnung gelte oder gegolten habe – nämlich eine Rechtsordnung, bestehend aus den jeweiligen staatlichen Gesetzen, korrigiert durch die Normen des überpositiven Rechts. Mögen in einem Staate noch so abscheuliche Gesetze bestehen, befolgt und durchgesetzt werden – die Welt des geltenden Rechts ist immer eine heile Welt.“<sup>126</sup> Und mit Blick auf Stacheldraht und Schießbefehl an der innerdeutschen Grenze muß man weiterfragen, ob die Annahme einer Strafbarkeit der Mauerschützen nach in der DDR geltendem (überpositiven) Recht nicht im Grunde eine „Verharmlosung“ des Systems darstellt. Die Annahme, daß die tödlichen Schüsse bereits am Tatort und zur Tatzeit strafbar gewesen seien, kann geradewegs zur (unbeabsichtigten) Verschleierung der kritikwürdigen, weil menschenrechtsverletzenden Zustände führen<sup>127</sup>. Das Grenzregime der DDR und die aufgrund seiner Bestimmungen fehlende Strafbarkeit der Mauerschützen war aber nicht lediglich Unrecht in einem Staat, sondern „Unrecht des Staates“<sup>128</sup> – von diesem gewollt, erlassen und durchgesetzt. Dies gilt es nüchtern zu registrieren, anstatt durch Rückprojektion heute anerkannter Maßstäbe eine akzeptable Rechtswelt zu bauen und diesem schönen Schein normative Geltung zu attestieren.

Was bedeutet dies nun angesichts des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbotes?

### b) Art. 103 II GG als strikt formale Gewährleistung – *Zur Kritik des BVerfG*

aa) Es spricht zunächst für das *BVerfG*, daß es die dadurch hervorgerufene Problematik nicht umgeht und sich der Frage stellt, ob das grundgesetzliche Rückwirkungsverbot einer Versagung des Rechtfertigungsgrundes für die Mauerschützen entgegensteht<sup>129</sup>. Auch macht sich das Gericht nicht ohne weiteres die Annahme des *BGH* zu eigen, ein Verstoß gegen Art. 103 II GG liege nicht vor, weil die Verurteilung lediglich auf dem „richtig interpretierten Gesetz“ der DDR beruhe und ein Vertrauen auf die abweichende Staatspraxis in der DDR nicht schutzwürdig sei<sup>130</sup>. Zustimmung verdient ferner, daß das Rückwirkungsverbot im Einklang mit der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur auch auf Rechtfertigungsgründe erstreckt wird<sup>131</sup>.

<sup>126</sup> *G. Grünwald*, *Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht*, 1971, S. 14; weitere Kritik mit ähnlicher Stoßrichtung bei *D. Simon*, *Waren die NS-Richter „unabhängige Richter“ im Sinne des § 1 GVG?*, in: *B. Diestelkamp/M. Stolleis* (Hrsg.), *Justizalltag im Dritten Reich*, 1988, S. 11 ff., insb. 21; *R. Lippold* *Rechtstheorie* 19 (1988), 463 (483); *F. Dencker* *KritV* 73 (1990), 299 (305) mit dem Hinweis auf die „Hygiene des Geschichtsbewußtseins“; *H. Dreier*, *Radbruchsche Formel* (Fn. 21), S. 131 ff.; *Jakobs*, *Vergangenheitsbewältigung* (Fn. 72), S. 46 u.ö.

<sup>127</sup> Vgl. *Jakobs*, *Vergangenheitsbewältigung* (Fn. 72), S. 53; ihm folgend *M. Pawlik* *GA* 1994, 472 (477 f.). Kritisch *Schünemann*, *Aufarbeitung* (Fn. 76), S. 113.

<sup>128</sup> So *M. Pawlik* *GA* 1994, 472 (478) unter Bezug auf *G. Jakobs* *GA* 1994, 11 ff.

<sup>129</sup> *BVerfG* v. 24.10. 1996 unter C.II.1 (= *JZ* 1997, 142 [143]). Das *LG Berlin* (*JZ* 1992, 691 [694]) und einige Stimmen in der Literatur hingegen hatten die Frage mit dem schlichten Hinweis eskamotiert, da die überpositiven Rechtsätze schon immer gegolten hätten, läge auch keine Rückwirkung vor (*Odersky*, *Rolle* [Fn. 5], S. 16; *W. Naucke*, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, 1996, S. 71, 77 u.ö.; *Hirsch*, *Strafrecht* (Fn. 10), S. 18; auch *Alexy*, *Mauerschützen* [Fn. 12], S. 33, 35 f.). Zu Recht sieht *B. Schlink* *NJ* 1994, 433 (435) hierin eine bloße Überspielung des Rückwirkungsverbotes.

<sup>130</sup> So *BGHSt* 39, 1 (29) = *JZ* 1993, 199 (204); *BGHSt* 41, 101 (111). Zur Kritik vgl. oben unter III.3.b). Im praktischen Endergebnis gibt es zwischen *BGH* und *BVerfG* indes keinen Unterschied.

<sup>131</sup> *BVerfG* (Fn. 129) unter C.II.1 b) = *JZ* 1997, 142 (144) – jedenfalls für gesetzlich geregelte Rechtfertigungsgründe. Aus der Literatur statt aller *H. Rüping*, in: *BK*, Art. 103 II (1990), Rn. 67 ff.; ferner *A. Eser*, in: *A. Schönke/H. Schröder*, *StGB*, 25. Aufl. 1997, § 2 Rn. 3; *C. Roxin*, *Strafrecht AT*, 2. Aufl. 1994, § 5 Rn. 53; *J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch*, *Strafrecht AT*, 10. Aufl. 1995, § 9 Rn. 27.

bb) Nicht zu überzeugen vermag indes die Begründung dafür, daß in den Mauerschützen-Prozessen das strikte Rückwirkungsverbot zurückzutreten habe<sup>132</sup>. Fehlerhaft erscheint zum einen, daß das Gericht die gegenläufigen Maximen von „Gerechtigkeit“ und „Rechtssicherheit“ gleichermaßen im allumfassenden Rechtsstaatsprinzip verankert und dann leichtes Spiel hat, der Gerechtigkeit in Fällen extremen Unrechts den Vorzug zu geben<sup>133</sup>. Denn das Argument verfängt nicht, da dieser Gegensatz konstruiert ist<sup>134</sup> und die zentrale Funktion des Rückwirkungsverbot verkennt: dieses enthält für das begrenzte Feld strafrechtlicher Sanktionierung bereits die Lösung des Konflikts zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, nicht erst dessen Formulierung! Auch Art. 103 II GG liegt ein gerechtigkeitsorientierter Gedanke zugrunde; das Rückwirkungsverbot bildet kein Gegengewicht zur im Rechtsstaat verankerten Gerechtigkeit, sondern ist deren Ausdruck, indem es die Anwendung staatlicher Strafgesetze an strenge Voraussetzungen bindet<sup>135</sup>. Deswegen muß das Rückwirkungsverbot strikt-formal gelten; es kann und darf im Unterschied zum allgemeinen Vertrauensschutzgedanken gerade nicht mehr durch materielle Gerechtigkeitsüberlegungen oder durch Rekurs auf eine „Schutzwürdigkeit“ des Vertrauens eingeschränkt werden<sup>136</sup>.

cc) Die Kernthese des Beschlusses schließlich, das Rückwirkungsverbot finde seine rechtsstaatliche Rechtfertigung in der besonderen Vertrauensgrundlage, welche die Gesetze eines demokratischen und an die Grundrechte gebundenen Gesetzgebers tragen (Leitsatz 2), ist eine schlichte Erfindung des Gerichts – und keine besonders gute. Denn dieses Verständnis steht in schroffem Kontrast zur langen vordemokratischen Tradition dieser Garantie<sup>137</sup>. Es zerstört deren historischen Sinn, sie in ihrer strikten Anwendung auf den modernen, demokratischen Gesetzgeber einzuengen. Den vollen Schutz des Art. 103 II GG nur demjenigen zukommen zu lassen, der unter einer rechtsstaatlichen Verfassungsordnung lebt, verkennt die verfassungs- und ideengeschichtliche Entwicklung des Rückwirkungsverbot. Denn natürlich ist der Einzelne besonders schutzbedürftig, wenn die gesetzgebende Obrigkeit gerade nicht rechtsstaatlich diszipliniert und demokratisch organisiert ist.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Rückwirkungsverbot ist allein die Existenz eines klar umrissenen, konstitutiven (nicht nur deklarativen) Straftatbestandes, wie man ihn naturgemäß weit vor dem Siegeszug moderner Verfassungsstaatlichkeit<sup>138</sup> fand: im römischen Recht, im kanonischen

<sup>132</sup> Das Gericht spricht ausdrücklich von „Einschränkungen des absoluten Rückwirkungsverbot“ (*BVerfG* C.II.1 b = JZ 1997, 142 [144]) und davon, daß dessen strikter Schutz „zurücktreten“ müsse (Ls. 3).

<sup>133</sup> *BVerfG* (Fn. 129) unter C.II.1 a) und 1 b) bb) = JZ 1997, 142 (143 f.).

<sup>134</sup> *B. Pieroth*, VVDStRL 51 (1992), S. 145 (Diskussionsbemerkung); *B. Pieroth/T. Kingreen* NJ 1993, 385 (392).

<sup>135</sup> Deswegen verfängt nicht, wenn das Gericht davon spricht, das Gebot materieller Gerechtigkeit nehme „auch die Achtung der völkerrechtlich anerkannten Menschenrechte“ (*BVerfG* C.II.1 b) bb) = JZ 1997, 142 [144]) auf: denn zu diesen zählt eben auch das Rückwirkungsverbot. Außerdem ist die im Gedankengang des *BVerfG* implizit enthaltene Annahme fraglich, die Gerechtigkeit fordere gerade strafrechtliche Sanktionen.

<sup>136</sup> Treffend *B. Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 26; *B. Pieroth* VVDStRL 51 (1992), S. 168 (Diskussionsbemerkung); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 54), Art. 103 II Rn. 255; *B. Schlink* NJ 1994, 433 (436). In *BVerfGE* 25, 269 (284 ff., 289 ff.) wurde klar zwischen möglichen Verstößen gegen Art. 103 II GG und gegen das Rechtsstaatsprinzip getrennt.

<sup>137</sup> Sie ist übrigens deutlich älter als andere Elemente des „nulla-poena-Satzes“: vgl. *G. Schöckel*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbot bis zur französischen Revolution (Diss. jur. Göttingen 1952), 1968, S. 1 ff., 5 ff.; *H.-L. Schreiber*, Art. „Nulla poena sine lege“, in: HRG III, 1984, Sp. 1104 (1105).

<sup>138</sup> Zur Durchsetzung des Rückwirkungsverbot in den Verfassungen der Amerikanischen Staaten und in der Französischen Revolution vgl. *H. Hennings*, Die Entstehungsgeschichte des Satzes nulla poena sine lege,

Recht, partiell vielleicht sogar in der Carolina von 1532, vor allem aber natürlich im Absolutismus<sup>139</sup>. Warum wohl läßt sich gerade beim Vernunftmonarchisten *Montesquieu* das Rückwirkungsverbot aus dessen Staatstheorie herleiten<sup>140</sup>? Seiner in der Neuzeit entwickelten Hauptstoßrichtung gemäß sollte das Verbot rückwirkender Strafgesetze dem Einzelnen vor allem gegen eine vorrechtsstaatliche und vordemokratische Staatsgewalt Schutz bieten, weswegen es uns schon (und sogar!) bei *Thomas Hobbes* begegnet<sup>141</sup>. Insoweit ist das Verbot zwar Ausdruck rechtsstaatlicher Entwicklungen, in seiner strikten Anwendung aber gerade nicht auf die Strafgesetze demokratischer Rechtsstaaten beschränkt.

Ganz unabhängig vom Subjekt der gesetzgebenden Gewalt (ob Monarch, Parlament oder Volk) geht es beim „nulla poena“-Satz wieder um Temperierung, um Distanznahme, wie man vor über 100 Jahren zu Recht bemerkt hat: das Rückwirkungsverbot soll den Strafgesetzgeber dazu anhalten, sich „gegen den Einfluß (seiner) eigenen Erregungen zu sichern“<sup>142</sup> und der Versuchung zu widerstehen, das Geschehen der Vergangenheit nun an den Wertmaßstäben der Gegenwart zu messen<sup>143</sup>.

dd) Insgesamt erkaufte das *BVerfG* die Bejahung der Strafbarkeit der Mauerschützen durch eine unhaltbare Relativierung des Rückwirkungsverbot. Dessen strikte Geltung steht nicht unter Systemvorbehalt<sup>144</sup>.

c) Rechtsstaatliche Alternative: offen rückwirkende Gesetzgebung kraft Verfassungsänderung

Festzuhalten bleibt demnach: selbst wenn man (entgegen den unter IV.1. dargelegten schwerwiegenden Bedenken) eine Strafbarkeit qua Anwendung der Radbruchschen Formel befürworten würde, müßte dies am Rückwirkungsverbot der Verfassung scheitern. Die anderslautende Auffassung des *BVerfG* ist nicht haltbar.

aa) Damit wäre aber noch nicht das letzte Wort über das Schicksal der Mauerschützen gesprochen. Denn wenn ihrer Bestrafung auch derzeit Art. 103 II GG entgegensteht, so

Diss. jur. Göttingen 1933, S. 66 ff., 70 ff.; *Schöckel*, Entwicklung (Fn. 137), S. 74 ff.; *H.-L. Schreiber*, Gesetz und Richter, 1976, S. 62 ff.; *V. Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, Rn. 54, 56.

<sup>139</sup> Vgl. *Schöckel*, Entwicklung (Fn. 137), S. 5 ff. mit Nachweisen zum römischen (8 ff.), kanonischen (10 f.) und zum mittelalterlichen italienischen Recht (11 ff.). Zur Carolina ebda., S. 21 f. (eher skeptisch) sowie *Krey*, Strafe (Fn. 138), Rn. 50 ff.; *Schreiber*, Gesetz (Fn. 138), S. 25 ff. Zum kanonischen Recht auch *H.J. Berman*, Recht und Revolution, 2. Aufl. 1991, S. 309.

<sup>140</sup> Vgl. *Schreiber*, Gesetz (Fn. 138), S. 57 ff.; *Krey*, Strafe (Fn. 138), Rn. 53; *Dannecker*, Strafrecht (Fn. 32), S. 81 ff.

<sup>141</sup> *T. Hobbes*, De Cive (1642), XIII/16; *ders.*, Leviathan (1651), ch. 27. Dazu *Schreiber*, Gesetz (Fn. 138), S. 39 ff.; auch *Dannecker*, Strafrecht (Fn. 32), S. 66 ff.

<sup>142</sup> *Adolf Merkel*, Über den Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Strafrechts und der Gesamtentwicklung der öffentlichen Zustände und des geistigen Lebens der Völker (1889), in: *ders.*, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, 1899, S. 556 (565); zu Art. 103 II GG als Schutz gegen „Emotionalisierung“ auch *G. Grünwald* ZStW 76 (1964), 1 (14).

<sup>143</sup> Allerdings (nota bene!): dies gilt nur für den Strafgesetzgeber und nur für den einfachen Gesetzgeber. Andere Vorgehensweisen sind demnach praktikierbar im Beamten-, Berufs-, Sozialrecht etc.; hier hat der Gesetzgeber die Befugnis zur „Umwertung“: dazu *Pieroth*, Rechtsstaat (Fn. 51), S. 99 ff., 104 ff. Auch eine Verfassungsänderung bietet alternative Möglichkeiten. Dazu sogleich unter c).

<sup>144</sup> Man fragt sich auch, welchen Wert eigentlich der Vorbehalt der Bundesrepublik zu Art. 7 II EMRK (BGBl. 1954 II, S. 14) hat, wenn das *BVerfG* nun so leichtfüßig über das Hindernis des Rückwirkungsverbot hinwegschreitet. Wenn schon bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit, gegen Völkermord etc. die Bundesrepublik keine Relativierung des Art. 103 II GG zulassen wollte – wie ist es zu rechtfertigen, daß nun bei den nach allgemeiner Auffassung nicht unter diese Kategorie fallenden (ausführlich *G. Gornig* NJ 1992, 4 [6 ff.]), sondern in Maß und Unrechtsgehalt darunter angesiedelten Fällen der Mauerschützen eben dies geschieht? Auch hierzu findet sich in der Entscheidung kein Wort.

könnte dieses Hindernis durch eine Verfassungsänderung doch überwunden werden. Das Grundgesetz ist bereits mehr als 40 Mal – und zuweilen aus geringerem Anlaß – geändert worden<sup>145</sup>. Besonders tiefgreifend waren dabei u. a. die Veränderungen im Zusammenhang mit dem Einigungsvertrag<sup>146</sup>; hier wäre im übrigen der gleichsam natürliche Ort für die Behandlung der Mauerschützen-Problematik gewesen. Auch sind Verfassungsänderungen im Bereich der Grundrechtsgarantien kein Novum<sup>147</sup>; man denke an das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis oder das Asylrecht<sup>148</sup>.

bb) Im Verhältnis zur derzeitigen Praxis hätte eine explizite Verfassungsänderung zunächst den Vorteil der Rechtsklarheit auf ihrer Seite: zentrales Anliegen und Zierde des Rechtsstaates und damit selbst ein hoher Verfassungswert. An die Stelle einer verdeckten Rückwirkung qua Rechtsprechung träte ein klares verfassungsrechtliches Bekenntnis qua Gesetz<sup>149</sup>. Ein solches Vorgehen – dies der zweite positive Aspekt – befände sich in strukturellem Einklang mit dem Londoner Statut von 1945, dem Kontrollrats-Gesetz Nr. 10 und Art. 7 II EMRK. Nach dieser Bestimmung der Europäischen Menschenrechtskonvention steht das Rückwirkungsverbot der Bestrafung von Handlungen nicht entgegen, die den allgemein anerkannten und strafrechtlich geschützten Rechtsgrundsätzen der zivilisierten Völker zuwiderlaufen. Damit wollte man ausdrücklich die Nürnberger Militärgerichtsverfahren rechtfertigen<sup>150</sup>. Eine ausdrückliche, die Verurteilung der Mauerschützen ermöglichende Verfassungsänderung würde den im Zusammenhang mit der Bewältigung der DDR-Vergangenheit oft beschworenen Geist dieser Rechtsakte atmen – setzte allerdings eine annähernde „Unwertigkeit“ voraus (dazu sogleich unter V.). Mit Art. 79 III GG wäre eine solche Verfassungsänderung jedenfalls nicht unvereinbar<sup>151</sup>.

cc) Schließlich das dritte und wichtigste: nicht nur rechtsstaatliche Klarheit und Transparenz, sondern auch die demokratische Verantwortlichkeit des Gesetzgebers würden eingefordert. Ein verfassungsänderndes Gesetz würde die bequeme, weil Politik und Bürger entlastende Justiziabilisierung der hochpolitischen Fragen beenden und zur Rückverlagerung von der dritten auf die erste Gewalt führen. Voraussetzung für

einen derartigen Gesetzgebungsakt wäre eine offene gesamtgesellschaftliche Diskussion. Freie Willensbildung und produktiver Streit der Meinungen würden möglich und nötig, wenn man den genauen Kreis der Tatbestände fixieren und mit bestimmten Strafrahmen versehen müßte. Eine solche Diskussion wäre nicht nur heilsam und vermutlich aufschlußreich. Sie und nur sie würde auch herstellen und legitimieren können, woran es jetzt noch fehlt – und woran es, wie zu befürchten steht, nach dem *BVerfG*-Urteil dauerhaft fehlen wird: einen breiten gesellschaftlichen Konsens über die Notwendigkeit strafrechtlicher Verurteilung der Mauerschützen.

Um es noch einmal schlagwortartig zu formulieren: der Rechtsprechung zufolge *muß* bestraft werden, weil den Mauerschützen kein Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund zuzubilligen ist; der hier vertretenen Auffassung gemäß *darf* de lege lata *nicht* gestraft werden, weil dies gegen Art. 103 II GG verstoßen würde. Die eigentliche Frage ist damit noch gar nicht gestellt und naturgemäß noch nicht beantwortet: ob überhaupt gestraft werden *soll*<sup>152</sup>?

## V. Zur Angemessenheit strafrechtlicher Reaktion

Die Frage, ob man durch eine Änderung des Art. 103 II GG den Weg für eine Verurteilung der Mauerschützen bahnen sollte, würde vermutlich höchst unterschiedliche Antworten finden. Es kennzeichnet den modernen demokratischen Verfassungsstaat, daß er eine von vielfältigen Auffassungen und Meinungen gekennzeichnete, im guten Sinne pluralistische Ordnung voraussetzt und Entscheidungen nach kontroverser Diskussion mit der erforderlichen Mehrheit getroffen werden. In einer derartigen, m.E. dringend erforderlichen Diskussion wären zahlreiche Aspekte zu bedenken. Die im folgenden genannten sollten nicht als Anmaßung mißverstanden werden, der Autor verfüge über den Schlüssel zur einzig richtigen Lösung. Sie geben nur dessen Überzeugung wieder, daß gute Gründe *dagegen* sprechen, durch eine Verfassungsänderung den Weg für eine Verurteilung der Mauerschützen zu bahnen.

Ganz grundsätzlich wäre in Rechnung zu stellen die besondere Situation in militärischen Verbänden und vergleichbaren „totalen“ Institutionen jeder Art<sup>153</sup> wie auch die allgemeinen Lebensbedingungen unter totalitärer Herrschaft, die sich nicht ohne weiteres an den hehren Menschenrechtsprinzipien westlicher Demokratien messen lassen. Die Mauerschützen sind Täter und Opfer zugleich<sup>154</sup>. Ferner wäre daran zu erinnern, daß die innerstaatliche Grenze zugleich eine Systemgrenze zwischen Ost und West markierte und es nicht über jeden Zweifel erhaben ist, diesen „weltpolitischen Gegensatz“ nachträglich mit strafrechtlichen Mitteln auszufechten<sup>155</sup>, zumal Teil des Systemgegensatzes auch der ideologische Konflikt um den Bedeutungsgehalt der Menschenrechte war, der als genuin politischer nicht auf die „Dimension eines Rechtsstreits“ verkürzt werden sollte<sup>156</sup>. Das personalisierende und

<sup>145</sup> Aktuelle Übersicht: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1996, S. 1ff.

<sup>146</sup> Vgl. M. Herdegen, Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag, 1991; H. Meyer KritV 76 (1993), 399ff.; H. Hofmann StWStP 6 (1995), 155ff.; zur weiteren Entwicklung U. Berlitz JöR 44 (1996), 17ff.

<sup>147</sup> Vgl. Dreier (Fn. 42), Vorb. Rn. 18.

<sup>148</sup> Dazu G. Hermes, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 10 Rn. 5, 54; G. Lübke-Wolff, ebd., Art. 16a Rn. 4f.

<sup>149</sup> Für diese Verfahrensweise (teils mit Bezug auf NS-Verbrechen, teils auf SED-Unrecht) u. a.: F. Dencker KritV 73 (1990), 299 (306f.); Kublen, Normverletzungen (Fn. 125), S. 98ff. („größere Redlichkeit“); G. Werle NJW 1992, 2529 (2535); K. Günther, StV 1993, 18 (23f.); B. Pieroth/T. Kingreen NJ 1993, 385 (392); B. Schlink NJ 1994, 433 (437).

<sup>150</sup> Vgl. J.A. Frowein/W. Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 1985, Art. 7 Rn. 8. Kritisch zur Aufhebung des Rückwirkungsverbotes H. Quaritsch, in: ders. (Hrsg.), Carl Schmitt, Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz „Nullum crimen, nulla poena sine lege“, 1994, S. 141ff., 153ff., 202ff.; s. auch V. Epping Der Staat 34 (1995), 243 (261ff.).

<sup>151</sup> So die wohl überwiegende Meinung: Pieroth, Rechtsstaat (Fn. 51), S. 104; J. Isensee VVDStRL 51 (1992), S. 136 (Diskussionsbemerkung); B. Schlink NJ 1994, 433 (436, 437). Für eine Erfassung des Art. 103 II GG durch Art. 79 III GG Schmidt-Aßmann (Fn. 54), Art. 103 II Rn. 192; B.-O. Bryde, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 1996, Art. 79 Rn. 36 (beide allerdings ohne nähere Spezifizierung); für Verankerung in Art. 1 I GG V. Epping Der Staat 34 (1995), 243 (259ff.); explizit gegen eine Einschränkung durch eine „Nürnberger Klausel“ M. Seebode, Zur Rückwirkung von Strafgesetzen, in: FS Trusen, 1994, S. 425ff. (447). Für die Zulässigkeit einer Verfassungsänderung spricht nicht zuletzt, daß gerade die EMRK und andere internationale Menschenrechtsdokumente als Auslegungshilfe für das Grundgesetz heranzuziehen sind (vgl. Dreier [Fn. 42], Vorb. Rn. 22) und für die inhaltliche Fixierung der Ewigkeitsklausel der Konsens anderer Verfassungsstaaten über mögliche abweichende Regelungen Berücksichtigung finden sollte.

<sup>152</sup> Was von den Gerichten als geltendes und anwendbares Recht ausgegeben wird (was tatsächlich aber nur unter Verschleierung der rückwirkenden Begründung der Strafbarkeit geschieht), müßte erst zu geltendem Recht gemacht und entsprechend positiviert werden – im Verfahren verfassungsändernder Gesetzgebung.

<sup>153</sup> Grundlegend E. Goffmann, Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates, 1961. Speziell zum Militär H. Treiber, Wie man Soldaten macht. Sozialisation in ‚kasernierter Vergesellschaftung‘, 1973.

<sup>154</sup> Zur Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit exakter Grenzziehung vgl. A. Zielcke KritJ 23 (1990), 460 (464ff.); H. Schulze-Fielitz DVBl. 1991, 893 (901f.); J. Isensee VVDStRL 51 (1992), S. 134ff. (Diskussionsbemerkung); B. Pieroth/T. Kingreen NJ 1993, 385 (392); Miehe, Rechtfertigung (Fn. 39), S. 650.

<sup>155</sup> Köhler, Strafrecht AT (Fn. 60), S. 112.

<sup>156</sup> M. Pawlik GA 1994, 472 (475).

fragmentarisierende Strafrecht mit seiner Reduktion des Prozeßstoffes und der Ausrichtung auf individuell zurechenbares Handeln ist geeignet, die höchst komplexen Wirkungszusammenhänge zu zerreißen<sup>157</sup> und die skandalösen Vorgänge auf das Schuld-Konto Einzelner zu verbuchen. Zudem führt deren gewissermaßen stellvertretende Verurteilung zugleich zu einer fatalen Entlastung der vielen anderen Systemträger und Systemmitläufer (vom SED-Kreissekretär bis zum IM), der Zu- und Wegschauer, die gar nicht umfassend zur Rechenschaft gezogen und schon gar nicht alle strafrechtlich belangt werden können – selbst wenn sie Straftatbestände verwirklicht haben sollten<sup>158</sup>.

Ohnehin war das eigentlich Katastrophale das heute in vielen Facetten deutlich werdende Gesamtsystemunrecht der DDR mit ihrem umfassenden Spitzelsystem, den gezielten Zersetzungsplänen, der vieltausendfachen seelischen Deformation und Zerstörung von Biographien, der Korruption vieler Idealisten, den beruflichen und sonstigen sozialen Schikanen und dem ungezählten Raub von Lebens- und Entfaltungschancen – einschließlich der lauen Reaktion des Westens hierauf, die nun in zweifelhafter Weise überkompensiert wird<sup>159</sup>.

<sup>157</sup> *Jakobs*, Vergangenheitsbewältigung (Fn. 72), S. 57f.: Verwechslung von Kriminalität und Politik; s. auch *F. Dencker* *KritV* 73 (1990), 299 (311); *Odersky*, Rolle (Fn. 5), S. 8f.; *Schünemann*, Aufarbeitung (Fn. 76), S. 103f.; *P.-A. Albrecht* *NJ* 1997, 1 (1).

<sup>158</sup> Diese Selektivität der Sanktionen ist ihrerseits ungerecht und raubt dem strafrechtlichen Zugriff rechtsstaatliche Legitimität. Vgl. *F. Dencker* *KritV* 73 (1990), 299 (307f.); *D. Simon*, Die Verantwortung des Juristen heute, 1992, S. 19; *B. Schlink* *NJ* 1994, 433 (435).

<sup>159</sup> Mit anderen Worten: die strafrechtliche Aufarbeitung mit ihrer Anwendung „normaler“ Straftatbestände läßt den eigentlichen Unrechtsgehalt in eigentümlicher Weise unabgegolten. S. auch *A. Zielcke* *KritJ* 23 (1990), 460 (465); *Odersky*, Rolle (Fn. 5), S. 28f.

Schließlich wäre zu fragen, welchem rechtsstaatlich akzeptablen Strafzweck die Verurteilung der Mauerschützen eigentlich dienen kann, da Resozialisierung, Spezialprävention und negative Generalprävention ersichtlich ausscheiden und eigentlich nur der reine Vergeltungsaspekt übrig bleibt<sup>160</sup>. Diesem wiederum wird durch die niedrigen Bewährungsstrafen kaum adäquat Rechnung getragen.

Vielleicht könnte man in einer solchen Diskussion aber auch erwägen, dem Bannkreis strafrechtlichen Denkens zu entrinnen und ganz andere Lösungen zu suchen: sich etwa der „Weisheit großer europäischer Friedensschlüsse“<sup>161</sup> zu erinnern, die Sieg und Frieden durch eine Amnestie besiegelten<sup>162</sup>. Es müßte eine Amnestie sein, die nichts verdrängt, nichts beschönigt, nichts verzeiht, schon gar nicht freispricht – aber einen strafrechtlichen (keinen geschichtlichen und moralischen) Schlußstrich zieht<sup>163</sup>. Wie auch immer man sich zu den hier aufgeworfenen Probleme stellt: sicher dürfte sein, daß es eine rundum befriedigende Patentlösung nicht gibt und uns auch die Radbruchsche Formel eine solche nicht bietet. Dem würde *Gustav Radbruch* heute zweifelsohne zustimmen.

<sup>160</sup> Vgl. *Jakobs*, Vergangenheitsbewältigung (Fn. 72), S. 58; *T. Blanke* *KritJ* 28 (1995), 131 (141 ff.). Gegen positive Generalprävention (dazu allg. *Roxin*, Strafrecht [Fn. 131], § 3 Rn. 21 ff.) spricht wiederum, daß zahllose Unrechtstaten des SED-Regimes ohnehin ungesühnt bleiben werden.

<sup>161</sup> *Köhler*, Strafrecht AT (Fn. 60), S. 112.

<sup>162</sup> Dafür eindringlich, vor allem mit dem wichtigen Hinweis auf die Vielfalt faktischer und verdeckter Amnestien: *T. Hillenkamp* *JZ* 1996, 179 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Zu ergänzen wäre *A. Zielcke* *KritJ* 23 (1990), 460 ff.

<sup>163</sup> Zu verschiedenen Modellen und zur historischen Praxis seit der Antike eingehend *H. Quaritsch* *Der Staat* 31 (1992), 519 ff.; zum 20. Jahrhundert *ders.*, Apokryphe Amnestien, in: *Politische Lageanalyse*. FS Hans-Joachim Arndt, 1993, S. 241 ff.

Privatdozent Dr. Karl-Peter Sommermann, Speyer/Berlin

## Verordnungsermächtigung und Demokratieprinzip

Verfassungsrechtliche Grenzen parlamentarischer Änderungsvorbehalte

Um in politisch sensiblen Bereichen eine parlamentarische Kontrolle über die delegierte Rechtsetzung zu behalten oder um Steuerungsdefizite zu kompensieren, versieht der Bundesgesetzgeber Verordnungsermächtigungen nach Art. 80 Abs. 1 GG zunehmend mit Mitwirkungsvorbehalten zugunsten des Bundestages. Der folgende Beitrag erörtert die Frage der Verfassungsmäßigkeit von Änderungsvorbehalten, durch die der Bundestag gestaltend in die Rechtsetzung auf Verordnungsebene eingreifen kann.

### I. Grundsatz der Gewaltentrennung und Rechtsetzung durch die Exekutive

Die Ermächtigung der Exekutive durch den Gesetzgeber, Recht zu setzen, ist mit dem klassischen Modell der Gewaltentrennung unvereinbar. Im „Second Treatise of Civil Government“ von *John Locke* aus dem Jahre 1690 heißt es<sup>1</sup>: „The legislative cannot transfer the power of making laws to any other hands; for it being but a delegated power from the people, they who have it cannot pass it over to others.“ Weniger delegationstheoretische Bedenken denn die Furcht vor Ty-

<sup>1</sup> Chapter XI Ziff. 141 (zitiert nach der Ausgabe von *Th. I. Cook*, New York 1947, S. 193).

rannei steht bei *Montesquieu* im Vordergrund. In seinem Werk „De l'esprit des lois“ (1748) stellt er fest<sup>2</sup>: „Si le monarque prenoit part à la législation par la faculté de statuer, il n'y auroit plus de liberté.“

Diese strenge Vorstellung von der Gewaltentrennung spiegelt sich noch deutlich in den ersten geschriebenen Verfassungen wider, beispielsweise in Art. I Section 1 der Verfassung der Vereinigten Staaten von 1787<sup>3</sup> und in einer entsprechenden Bestimmung der französischen Verfassung von 1791<sup>4</sup>. Von dem starren Gewaltenteilungsverständnis haben sich die mo-

<sup>2</sup> Livre XI Chap. VI (zitiert nach der vierbändigen Ausgabe von *J. Brethe de la Cressaye*, Bd. 2, Paris 1955, S. 73). Ebenda (S. 69) definiert *Montesquieu* die „faculté de statuer“ als „le droit d'ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre“.

<sup>3</sup> „All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and a House of Representatives.“ Allerdings schließt diese Formulierung eine Delegation nicht von vornherein aus, so daß die spätere Delegationspraxis verfassungsrechtlich haltbar war.

<sup>4</sup> Art. 1 Section I Chapitre III Titre III der Verfassung von 1791 (abgedruckt bei *J. Godechot*, Les Constitutions de la France depuis 1789, Paris 1979, S. 33 ff.) lautet: „La Constitution délègue exclusivement au Corps législatif les pouvoirs et fonctions ci-après: 1° De proposer et décréter les lois: le roi peut seulement inviter le Corps législatif à prendre un objet en considération; ...“