

Streitplatz

Volkmar Schöneburg

Der verlorene Charme des Rechtsstaates

Oder: was brachten die Mauerschützenprozesse?

Das Elend ist, dass das
Bestehende so ganz ins
Recht gesetzt ist. Schnitzler
geht und Rüge kommt.

Volker Braun 1991

Wenn über die so genannten Mauerschützenprozesse und über die weitestgehend abgeschlossenen Strafverfahren gegen die ehemals Mächtigen der DDR heute nachgedacht wird, ist es angebracht, sich von manch ehrlicher Illusion zu verabschieden. Der Blick darf nicht von der dem Strafrecht (immer) selbst verordneten Rhetorik der Moral vernebelt werden. Denn der Durchsetzungserfolg der Macht entspricht, wie Foucault herausarbeitet, „ihrem Vermögen, ihre Mechanismen zu verbergen. Würde Macht akzeptiert, wenn sie gänzlich zynisch wäre?“¹ Insofern gilt es bei der Analyse der „Vergangenheitsbewältigung mit dem Strafrecht“ – ganz nebenbei: keine Vergangenheit kann bewältigt oder gar abgewickelt werden – nicht zuerst in moral-philosophischen Begriffen, sondern in den Kategorien von Herrschaft, Macht und Gewalt zu denken.² Aus diesem Blickwinkel kann dem Fazit von Elke Schwinger, dass die strafrechtliche „Vergangenheitsbewältigung“ gelungen sei, nicht beige-pflichtet werden.

Zunächst ein kurzer Blick auf die Ausgangslage. Es ist zu konstatieren, dass kein Land bei der Reaktion auf seine staatssozialistische Vergangenheit nach 1989 so auf das Strafrecht gesetzt hat wie Deutschland. So konzentrierte sich die Strafverfolgung in Polen vorrangig auf stalinistische Verbrechen der vierziger Jahre. In Un-

¹ Michel Foucault, *Der Wille zum Wissen-Sexualität und Wahrheit 1*, Frankfurt a.M. 1983, S. 107.

² Siehe: Fritz Sack, *Der moralische Verschleiß des Strafrechts*, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3/4/1990.

garn standen insbesondere Verbrechen im Kontext des Aufstandes von 1956 wie beispielsweise Massenerschießungen im Zentrum der strafrechtlichen Auseinandersetzung. Beiden Staaten ist gemeinsam, dass sich die Strafverfolgungsbehörden nur auf wenige, schwerwiegende Fälle beschränkten. Dabei verhinderte das ungarische Verfassungsgericht Vorstöße, eine Strafverfolgung unter Durchbrechung des Rückwirkungsverbots zu erreichen. Auf einem Kolloquium zum Thema wurde dies durch einen deutschen Teilnehmer mit dem Zwischenruf: „Das sind noch Verfassungsrichter!“ kommentiert.³ In Bulgarien wurde zwar der frühere Staatschef Shiwkow wegen Begünstigung angeklagt, aber letztlich freigesprochen. Andere Staaten (Rußland, Weißrußland, Ukraine, Georgien) verzichteten gänzlich auf eine Strafverfolgung ihres „Systemunrechts“. Aber auch bei qualitativ andersartigen Systemwechseln wie in Spanien, Chile, Griechenland oder Südafrika wurde oder wird die „Vergangenheitspolitik“ nicht auf das Strafrecht fixiert.⁴

Die DDR ist hingegen das einzige Land, für das eine unbegrenzte Strafverfolgung des „Systemunrechts“ stattgefunden hat. Bis heute wurden im Rahmen der Verfolgung der so genannten Regierungskriminalität 86 000 Ermittlungsverfahren (mit 100 000 Beschuldigten) eingeleitet, davon 3000 wegen Vergehen an der Grenze zwischen der DDR und der BRD. Nur in etwa einem Prozent der Ermittlungsverfahren, von denen lediglich 2% auf Anzeigen der Opfer beruhen, wurde Anklage erhoben. Über 200 Verfahren betrafen dabei Tötungen an der Grenze, wobei mehr als 150 dieser Ermittlungsverfahren in rechtskräftige Verurteilungen mündeten. Die überwiegend ausgesprochenen Freiheitsstrafen wurden zur Bewährung ausgesetzt. Rund 40 Angeklagte erhielten wegen der Tötungen an der Grenze hohe Freiheitsstrafen ohne Bewährung.⁵ Nicht von ungefähr spricht man von viel zu viel Verfolgungseifer und einem deutschen Sonderweg.⁶

Die juristische Grundlage für die strafrechtliche Ahndung noch in der DDR begangener Straftaten („Alttaten“) bildete das Tatzeitgesetz, also das DDR-Strafrecht. So schrieb es jedenfalls der Einigungsvertrag vor dem Hintergrund von Artikel 7 Absatz 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950 (EMRK) vor, Art. 15 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche

³ Siehe: Albin Eser/Jörg Arnold (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Freiburg i.B. 2000; Uwe Ewald, Schlußstrich, Strafverfolgung oder Versöhnung, in: Neue Justiz, 11/1999, S. 579 f.

⁴ Siehe: Uwe Wesel, Der Ruf nach dem Richter. Über strafrechtlichen Umgang mit Systemwechseln am Ende des 20. Jahrhunderts, in: Berliner Zeitung vom 29./30. 04. 2000; Jörg Arnold, Im Geschirr von Strafe und Vergeltung, in: Freitag vom 20. 04. 2001, S. 11.

⁵ Siehe: Siegfried Prokop, „Strafverfolgungsmodell“ Deutschland, in: Reginald Rudolf (Hrsg.), Krenzfälle-Die Grenzen der Justiz, Berlin 2002, S. 183; Jörg Arnold, „Kreative Juristen“ die Unrecht greifen können, in: Freitag vom 27. 04. 2001, S. 11.

⁶ Siehe: Bernhard Schlink, Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit, in: Neue Justiz, 10/1994, S. 433 ff.; Uwe Wesel, Auf Biegen und Beugen, in: Krenzfälle..., a.a.O., S. 225.

und politische Rechte von 1966 (IPBPR) und Art. 103 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) vor. Sowohl die Völkerrechtsnormen als auch der Verfassungsartikel regeln das Gesetzlichkeitsprinzip, aus dem wiederum das strafrechtliche Rückwirkungsverbot abgeleitet wird. Danach ist eine rückwirkende Anwendung von Strafgesetzen verboten. „Einem Gesetz rückwirkende Kraft zu geben, wäre ein Verbrechen“, heißt es in der Jakobinerverfassung von 1793. Mit anderen Worten: Eine Handlung darf nur mit Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit bereits am Tatort zur Tatzeit gegeben war. Jenes Gesetzlichkeitsprinzip, die Bastion der Rechtsstaatlichkeit im Strafrecht⁷, ist seit der „Bill of Rights“ des guten Volkes von Virginia (1776) Bestandteil aller relevanten Menschenrechtstexte.

Demnach wäre bei den Tötungen an der Grenze eine strafrechtliche Verurteilung eigentlich nur bei den „Exzeßtaten“ (beispielsweise Niederschießen eines Flüchtlings, der sich schon ergeben hat) möglich gewesen. Denn nach der Gesetzeslage der DDR war die uneingeschränkte Ausreisefreiheit in das westliche Ausland nicht gewährleistet. Der „ungesetzliche Grenzübertritt“ galt als strafbares Vergehen bzw. Verbrechen nach § 213 DDR-StGB. Für den Schußwaffeneinsatz der Grenzsoldaten war das Grenzgesetz vom 25. 3 1982 die Grundlage. § 27 dieses Gesetzes rechtfertigte den Schußwaffeneinsatz unter bestimmten Voraussetzungen. Insofern ist das Handeln der Grenzsoldaten kein strafrechtliches Unrecht - nach dem zur Tatzeit geltenden Recht.

Dieser Rechtfertigungsgrund wurde nun von der Justiz, beginnend beim Berliner Landgericht, über den BGH bis hin zum BVerfG, *hinweg interpretiert*, um doch eine weitreichende Verurteilung zu erlangen. Dabei sind es drei Argumentationsmuster, über die § 27 Grenzgesetz „umschiffet wird“: Einmal wird das DDR-Recht menschenrechtsfreundlich ausgelegt. Zum anderen wird eine Strafbarkeit direkt über das Völkerrecht begründet. Oder es wird - wie in der Entscheidung des BVerfG vom 24. 10. 1996 (Verfahren gegen Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR) mit naturrechtlichen Argumenten (Radbruchsche Formel⁸ etc.) operiert. Sowohl bei der menschenrechtsfreundlichen Deutung des DDR-Rechts wie bei der völkerrechtlichen Argumentation wird die rechtfertigende Wirkung von § 27 Grenzgesetz dadurch verneint, dass nun ein „materiellrechtliches Interpretations-Kriterium implementiert wird“.⁹ Demnach sei zwar prinzipiell eine Rechtfertigung der Tötungen durch § 27 Grenzgesetz gegeben, aber aus dem IPBPR, den die DDR ratifiziert hatte, und der die Ausreisefreiheit (Art. 12) garantiert, leitet der BGH gleichzeitig eine völkerrechtliche Bindung ab. Sie nimmt der BGH zum Anlaß, unter Be-

⁷ Siehe: Uwe Wesel, *Juristische Weltkunde*, Frankfurt a.M. 1984, S. 131.

⁸ Siehe: Volkmar Schöneburg, *Strafrecht und Vergangenheit*, in: *Berliner Debatte Initial*, Heft 2-3/1998, S. 84 ff; H. Dreier, *Gustav Radbruch und die Mauerschützen*, in: *Juristen Zeitung*, 9/1997, S. 421 ff.

⁹ Siehe: Ilse Staff, *Zur Problematik staatsverstärkter Kriminalität*, in: Hauke Brunkhorst/Peter Niesen; *Das Recht der Republik*, Frankfurt a.M. 1999, S. 246.

zug auf die in der DDR-Verfassung garantierten Grundrechte zu schlußfolgern, dass eine „menschenrechtsfreundliche Auslegung“ von § 27 Grenzgesetz eine rechtfertigende Wirkung für die Tötungen an der Grenze nicht erbe. ¹⁰ Mit diesem hermeneutischen Kunststück meint der BGH, dass die Strafbarkeit der Tötungen bereits nach DDR-Recht vorgelegen habe.

Dabei verkennt jedoch der BGH, dass die Grundrechte der DDR-Verfassung, wie ja Elke Schwinger in ihrem Beitrag richtig feststellt, keine subjektiven Rechte des einzelnen gegen den Staat gewährleisten. In der DDR *herrschte* ein völlig anderes Menschenrechtsverständnis, das von einem Ungleichgewicht zwischen den sozialen Menschenrechten einerseits und den politischen Rechten andererseits geprägt war. Dies hing wiederum mit dem „Krebsschaden“ der in der DDR dominierenden Rechtskonzeption zusammen, die das Recht auf seine Funktionalität reduzierte und leugnete, dass das Recht nicht nur Medium, sondern auch Maß der Macht ist. ¹¹ Zudem widerspricht das Argument des BGH einer rechtstheoretischen Grunderkenntnis, nach der geltendes Recht nur ein Normensystem sein kann, das im großen und ganzen, sowie eine Einzelnorm, die wenigstens in einem erkennbaren Grad sozial wirksam ist. Die „menschenrechtsfreundliche“ Grenzschutzregelung entfaltete jedoch in der DDR nicht die geringste Wirksamkeit. ¹² Das Recht wird hier um seine Wirklichkeitsdimension gebracht. Und auch die Annahme des BGH, dass § 27 Grenzgesetz schon positiv-rechtlich gegen ein für die DDR gültiges internationales Vertragsrecht verstoße (IPBPR), hält einer Analyse nicht stand. Selbst wenn die Gesetzeslage in der DDR mit der völkerrechtlichen Verpflichtung nicht übereingestimmt hätte, folgt daraus nicht die unmittelbare Außerkraftsetzung der gesetzlichen Regelung der DDR. Ansonsten mißt man der völkerrechtlichen Regelung einen positiv-rechtlichen Standard bei, den sie in Anbetracht der Staatsouveränität gerade nicht hat. (Übrigens verhält sich die BRD hinsichtlich der sozialen Menschenrechte aus dem Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte von 1966 ebenso kritikwürdig wie die DDR bezüglich der politischen Rechte - beide Staaten transformieren bzw. transformierten sie nur ungenügend in innerstaatliches Recht.) Zwar sieht der internationale Pakt von 1966 eine Prüfungsmöglichkeit bei geltend gemachter Verletzung vor, aber keine unmittelbare internationale Durchsetzung.

Es greift auch nicht der Verweis auf Art. 7 Abs. 2 EMRK und Art. 15 Abs. 2 IPBPR. Nach diesen Absätzen ist demjenigen die Berufung auf das Rückwirkungsverbot versagt, der eine Handlung begeht, die zum Tatzeitpunkt nach den von der Völkergemeinschaft anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war. Mit dieser Regelung hatte man die „crimes against humanity“ der Nazis, die wiederum

¹⁰ Siehe: BGH St, Bd. 39, S. 1ff.

¹¹ Siehe: Hermann Klenner, Zur Entwicklung der Rechtswissenschaft in der DDR. Annäherungen, in: Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in der DDR, Berlin 1993, S. 11.

¹² Siehe: Reinhard Merkel, Politik und Kriminalität, in: Siegfried Unseld, Politik ohne Projekt?, Frankfurt a.M. 1993, S. 324.

zu den drei Völkerrechtsstrafatbeständen (Angriffskrieg, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit) führten, im Blick. Abgesehen davon, dass die DDR-Altaten jene Qualität der Naziverbrechen nicht im entferntesten aufweisen: die Ratifizierung der EMRK durch die BRD erfolgte sogar unter dem Vorbehalt, dass Art. 7 Abs. 2 der Konvention nur in den Grenzen des Art. 103 Abs. 2 GG angewandt wird. Für die BRD ist also *ausdrücklich* eine Einschränkung des Rückwirkungsverbots *nicht* erfolgt. Jedoch hätte es diesen ausdrücklichen Vorbehalts gar nicht bedurft, da in Art. 60 EMRK geregelt ist, dass keine Bestimmung der Konvention als Beschränkung oder Minderung eines der Menschenrechte und grundsätzlichen Freiheiten ausgelegt werden darf, die in den Gesetzen der Vertragsschließenden festgelegt sind. Eine inhaltlich entsprechende Regelung findet sich in Art. 5 Abs. 2 IPBPR. Insofern ist die Freiheitsgarantie von Art. 103 Abs. 2 GG durch die völkerrechtlichen Normen *nicht* angetastet. Das Rückwirkungsverbot unterliegt in der BRD keiner Einschränkung. Der BGH bewegt sich demzufolge nur *scheinbar* auf einer positiv-rechtlichen Grundlage, bedient sich aber in Wahrheit einer überpositiven, einer außergesetzlichen Begründung. Von daher ist die kritiklose Übernahme der BGH-Behauptung von Elke Schwinger (S.95), die menschenrechtsfreundliche Auslegung des DDR-Rechts verstoße formal nicht gegen das Rückwirkungsverbot, schlichtweg falsch. In der Strafrechtswissenschaft wird diese Rechtsprechungslinie als eine „verdeckte Rückwirkung“¹³, als ein „Naturrecht im Gewande der Auslegung“¹⁴ oder als offensichtlicher Verstoß gegen den absolut gesetzten Art. 103 Abs. 2 GG¹⁵ gewertet.

Offener als der BGH agierte dagegen das BVerfG, das mit seinem Beschluß vom 24. 10. 1996 zur Verfassungsbeschwerde von Keßler u.a. die Position vertrat, wonach das Rückwirkungsverbot unter einem Systemvorbehalt stehe. Uneingeschränkt gelte es in einem demokratischen Rechtsstaat, also der BRD. In den Grenzerprozessen habe hingegen das strikte, absolute Rückwirkungsverbot zurückzutreten. Dabei bedient sich das BVerfG direkt naturrechtlicher Argumente, indem es das Grenzregime der DDR als „extremes Unrecht“ kennzeichnet.¹⁶ Ein Weg, der selbst von schärfsten Kritikern der verflossenen DDR als unangemessen charakterisiert wurde.¹⁷ Noch drastischer fällt die berechtigte Kritik Uwe Wesels aus: Für ihn ist die Berufung der urteilenden West-Juristen auf den Rechtsstaat eine Selbsttäuschung. Entschieden wurde nicht nach DDR-Recht, sondern auf der Basis zum Teil „abenteuerlicher

¹³ Klaus Günther, in: Strafverteidiger, 1/1993, S. 23.

¹⁴ Robert Alexy, Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Göttingen 1993, S. 30.

¹⁵ Siehe: Reinhard Merkel, a.a.O., S. 325.

¹⁶ Siehe: H. Dreier, a.a.O., S. 428, BVerfG Neue Justiz 1/1997, S. 19ff.

¹⁷ Siehe: Klaus Adomeit, Gustav Radbruch - zum 50. Todestag, in: Neue Juristische Wochenschrift, 47/1999, S. 3469.

Konstruktionen“.¹⁸ Der Ruf nach dem „kreativen Juristen“, der das Unrecht greifen könne¹⁹, wurde erhört.

Nun wird dieser maskierte Bruch des Rückwirkungsverbots ebenso wie die mehrmalige Verlängerung von Verjährungsfristen damit legitimiert, dass das Grenzregime der DDR ein offensichtlicher unerträglicher Verstoß gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte gewesen sei.²⁰ Dabei gehen die (west-)deutschen Gerichte von der Annahme aus, dass das DDR-Ausreiseregime mit der auch nach innen gewaltsamen Abschottung der DDR-Grenze und seiner restriktiven Ausreiseregulierung im internationalen Vergleich Ausnahmeharakter trug und in einem *eklatanten* Widerspruch zu internationalen und Normen anderer Länder stand. Daraus wiederum wird abgeleitet, dass sowohl die Grenzsoldaten als auch die politische Führung der DDR die praktizierte Grenzsicherung als menschenrechtswidrig hätten erkennen müssen, bei Anspannung ihres Gewissens (vgl. Schwinger S. 97f.). Die schweren Menschenrechtsverletzungen geböten die strafrechtliche Verfolgung.²¹

Zunächst bleibt jedoch demgegenüber festzuhalten, dass es ein uneingeschränktes Ausreiserecht zumindest bis 1989 völkerrechtlich *nicht* gegeben hat. Wobei gar nicht thematisiert werden soll, inwieweit ein uneingeschränktes Recht auf Ausreise nicht auch ein Recht auf Einreise bedingt. Im übrigen verwarf der Parlamentarische Rat bei der Erarbeitung des GG ein spezielles Grundrecht auf Auswanderung. Es war vor allem Carlo Schmidt, der aus der damaligen sozialen Not und eines deshalb drohenden Massenexodus ein solches Grundrecht ablehnte. „Deutschland stelle jetzt eine Schicksalsgemeinschaft dar, aus der es keine Flucht geben dürfe.“²² Verhindert werden sollte offenkundig, dass Menschen mit Berufen (Ärzte, Ingenieure etc.), die überall Anerkennung garantieren, auswandern. Auch der IPBPR von 1966 weist eine bedeutsame Eingrenzung des Rechts auf freie Ausreise auf. In Art. 12 Abs. 3 ist formuliert, dass das Recht auf Ausreise eingeschränkt werden darf, „wenn dies gesetzlich vorgesehen und zum Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen

¹⁸ Uwe Wesel, Das Urteil gegen Egon Krenz und andere ähnelt verblüffend der Rechtsprechung durch die DDR-Justiz, in: Der Tagesspiegel vom 11.11. 1999. Das weitere Zitat lautet: „Früher haben wir mit abenteuerlichen juristischen Konstruktionen die Nazis geschont. Jetzt gehen wir mit abenteuerlichen juristischen Konstruktionen gegen sogenannte Sozialisten vor.“

¹⁹ So der frühere sächsische Justizminister Heitmann, in: Ernst-Joachim Lampe, Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung, Köln 1993, S. 47.

²⁰ Siehe: BGH St 40, S. 218 ff(232); BGH St 39, S. 1 ff (15ff); BverfG Neue Justiz 1/1997, S. 21.

²¹ Siehe: Klaus Marxen/Gerhard Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz, Berlin 1999.

²² Parlamentarischer Rat, Drucksache Nr. 673, 5. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen, 29.9. 1948, S. 3.

Ordnung (ordre public), der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist und die Einschränkungen mit den übrigen in diesem Pakt anerkannten Rechten vereinbar sind.“ Uwe Ewald²³ verweist auf eine unabhängige, 1995 publizierte Studie („The Movement of Persons Across Borders“), an deren Erarbeitung 38 anerkannte Professoren (darunter Rudolf Bernhard und Jochen A. Frowein aus der BRD), Richter und Praktiker aus 22 Ländern mitwirkten, die für die 70er und 80er Jahre verschiedene Interpretationen der inhaltlichen Bestimmungen für die Einschränkungen gem. Art. 12 Abs. 3 IPBPR konstatiert. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass, wie Ewald schreibt, restriktive Ausreiseregulungen im Interesse von Staaten, ihre Existenz z.B. durch Verhinderung von Abwanderungen größeren Umfangs zu sichern, in den 80er Jahren im internationalen Vergleich durchaus zu den *existierenden* und *anerkannten* Praktiken gehörten. Zwar setzte in den 80er Jahren ein *Prozeß* der Liberalisierung des Rechts auf Freizügigkeit international ein, der das Verhältnis von Individual- und Staatsinteressen bei der Auslegung des Rechts auf Freizügigkeit zugunsten der Freiheitsinteressen des Individuums veränderte, aber keineswegs war die DDR mit ihrer restriktiven Auslegung²⁴ des Art. 12 Abs. 2 und 3 des IPBPR ein internationaler Ausnahmefall, der als Verletzung der Norm hingestellt werden kann. Ganz in diesem Sinne stellt Siegfried Mampel, wahrlich kein Freund der DDR, fest: „Sind die Beschränkungen (des Art. 12 IPBPR - V.S.) auch unterschiedlich formuliert, so kann doch kein Zweifel daran bestehen, dass sie alle sehr weitgehend sind. Nur wenn man den Blick auf diese Einschränkungen lenkt, wird es verständlich, dass sozialistische Staaten Teilnehmer der politischen Konvention werden konnten. Denn nach deren Grundrechtskonzeption stehen Sicherheit des Staates, öffentliche Ordnung und ähnliches ... vor der Sicherung der Rechte des Einzelnen.“²⁵ Bei aller berechtigten Kritik an der Ausreisepolitik der DDR ist die Behauptung, dass diese im völligen Gegensatz zu den internationalen Normen gestanden habe, unhistorisch und falsch.

Die zweite Annahme der deutschen Justiz in den Grenzsoldatenverfahren ist jene, dass die normativen Grundlagen zum Schußwaffengebrauch einen „Befehl zum

²³ Die kriminologische Forschungsstelle der Humboldt-Universität Berlin erstellte unter Federführung Uwe Ewalds eine empirische Studie zum Schußwaffengebrauch an der „Berliner Mauer“ zwischen 1979 und 1989. Die Studie wird in Kürze in der Neuen Justiz publiziert. Mit Genehmigung des Autors dürfen einige Ergebnisse der Analyse hier vorgestellt werden.

²⁴ Trotz der restriktiven Ausreiseregulierung in der DDR erhielten doch eine Anzahl von Bürgern in den 80er Jahren eine Ausreisegenehmigung. 1981: 11093; 1984: 34982; 1986: 19982; 1988: 29033. Aus: Karl F. Schumann u.a. (Hrsg.), *Private Wege der Wiedervereinigung. Die deutsche Ost-West-Migration vor der Wende*, Weinheim 1996, S. 25.

²⁵ Siegfried Mampel, *Verwirklichung der politischen Menschenrechte in der einfachen Gesetzgebung der DDR?*, in: *Die Ausübung staatlicher Gewalt in Ost und West nach Inkrafttreten der UN-Konvention über zivile und politische Rechte*, Heidelberg/Karlsruhe 1978, S. 67.

Töten“ als Mittel der Fluchtverhinderung enthielten. Auch Elke Schwinger greift dies auf und schreibt von einem entdeckten „Schießbefehl“ und dessen „radikaler Anwendung“ und der „menschenrechtsverachtenden Rechtspraxis bis hin zur willkürlichen Tötung“ (S. 96). Zunächst springt in diesem Kontext eine Paradoxon ins Auge: Auf die schweren Menschenrechtsverletzungen, auf die „radikale Anwendung“ eines „Tot-Schießbefehls“ reagierten die Gerichte überwiegend mit Bewährungs- und Geldstrafen. Konkret wurden die schweren Menschenrechtsverletzungen als mittelschwere Kriminalität eingestuft. Schwere Menschenrechtsverletzungen, die zur Aufhebung des Rückwirkungsverbots veranlassen, als lediglich mittelschwere Kriminalität? Der Widerspruch ist offensichtlich.

Ein viel schwerwiegenderer Einwand ist jedoch der, dass die justizielle Praxis der „Wahrheitsfindung“ gar nicht mehr kritisch hinterfragt wird. Gerade an der vorbehaltlosen Übernahme der gerichtlichen Feststellungen zum „Schießbefehl“ läßt sich dies veranschaulichen. Aus der Studie der kriminologischen Forschungsstelle der Humboldt-Universität unter Federführung Uwe Ewalds zum Verhalten der DDR-Grenzposten ergibt sich jedenfalls, dass die Konstruktion der Gerichte, wonach an der Grenze Tod vor Flucht gegolten habe²⁶, durch den faktischen Einsatz von Schusswaffen *nicht* gestützt wird. Die empirische Analyse des Schusswaffengebrauchs an der „Berliner Mauer“ 1979 bis 1989 ergibt u.a., dass das Risiko des Schusswaffengebrauchs in der zweiten Hälfte der 80er Jahre erheblich gesunken ist, obwohl die Fluchtversuche und die Zahl der Flüchtlinge drastisch angestiegen sind. Zwischen 1979 und 1984 lag die absolute Anzahl der Fälle mit Schusswaffenanwendung bei 79. Die Zahl der Grenzvorkommnisse betrug 417. Zwischen 1985 und 1989 wurden 939 Fälle ohne und 85 Fälle mit Schusswaffenanwendung registriert. Daraus ergibt sich für den Zeitraum zwischen 1979 und 1984 ein Verhältnis von 1 : 5,3 (auf einen Fall der Schusswaffenanwendung kamen 5,3 Fälle ohne), wohingegen in darauffolgenden Jahren dieses Verhältnis auf 1 : 11,1 steigt. Das Risiko des Schusswaffengebrauchs halbiert sich also nahezu. Zumindest für diesen Zeitraum kann von einem hemmungslosen Gebrauch der Schusswaffen nicht die Rede sein, was wiederum *gegen* einen rigorosen Befehl zum Einsatz der Waffe selbst mit der Maßgabe der Tötung von Flüchtlingen spricht. Ähnlich ist der Befund bei der Bewertung des Schusswaffeneinsatzes, wie er in den Tagesmeldungen festgehalten wurde. Danach wurde auf 1356 Grenzverletzungen (89,2%) im Untersuchungszeitraum „ohne Waffeneinsatz“, auf 35 (2,3%) mit einem „Warnschuß“ und auf 129 (8,5%) mit einem „direkten Schuß“ reagiert. Aber auch hier sinkt das Risiko „direkte Schüsse“ in der zweiten Hälfte der 80er Jahre bei steigenden Flüchtlingszahlen. Interessant ist auch das in der Studie herausgearbeitete Risiko der Verletzung und Tötung durch Schusswaffeneinsatz im Untersuchungszeitraum. Wiederum ist im Verlaufe der 80er Jahre ein deutliches Absinken des Risikos zu verzeichnen. Für 1979 bis 1984 kommen auf 480 Personen, auf die taktisch oder mit folgenlosem Waffeneinsatz seitens der Grenz-

²⁶ Siehe: Klaus Marxen/Gerhard Werle, a.a.O., S. 9.

posten reagiert wurde, 11 Verletzte (Verhältnis 1 : 43,6). Für die zweite Hälfte der 80er Jahre stehen 5 Verletzten 1013 Grenzvorfälle, denen ohne oder durch einen folgenlosen Schußwaffengebrauch begegnet wurde, gegenüber (Verhältnis 1 : 202,6). In der ersten Hälfte des Untersuchungszeitraums kam es zu 5 Tötungen (Verhältnis 1 : 96) und in der zweiten Hälfte zu 7 (Verhältnis 1 : 144,7). Zudem wird der Nachweis geführt, dass das Risiko; durch einen Schuß an der Grenze verletzt oder getötet zu werden, für Flüchtlinge und Nichtflüchtlinge in etwa gleich war.

Als Ergebnis wird in der Studie resümiert: Die Justiz hat in den sog. Mauer-schützenprozessen der verschiedenen Ebenen (Grenzsoldaten, Nationaler Verteidigungsrat, Politbüro, Generalität usw.) eine (Schein-)Wirklichkeit des DDR-Grenzregimes an der „Berliner Mauer“ konstruiert, indem sie unterstellt, dass das Grenzregime durch einen rigorosen Schußwaffeneinsatz bei Orientierung auf vorsätzliche Tötung von Flüchtlingen dominiert worden wäre. Demgegenüber lassen die hier nur kurz referierten Ergebnisse eher den Schluß zu, dass es das Prinzip der Überordnung des Ziels der Grenzsicherung über das Recht auf Leben im Sinne einer Aufforderung zur Tötung von Flüchtlingen so nicht gegeben hat.

Wohlgemerkt: Der Befehl zum Einsatz der Schußwaffe barg auch immer das Risiko von Verletzungen und Tötungen. Und es hat an der Grenze auch Exzeßtat gegeben, die vom damaligen Recht nicht gedeckt worden sind. Aber was an dieser Stelle kritisiert werden soll, ist die Produktion von Werten und „Wahrheiten“ durch das Kriminaljustizsystem, die so empirisch nicht haltbar sind, aber als wesentliche Leistungen der Strafprozesse gerühmt werden²⁷ und in der öffentlichen Diskussion gar nicht mehr in Frage gestellt werden dürfen. Ja, sie werden vielmehr – wie im Beitrag von Elke Schwinger – einfach übernommen. Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Initiative für eine Verfolgung der Tötungen an der Grenze zwischen den beiden deutschen Staaten von der westdeutschen Seite ausging. Friedrich Wolff, der Verteidiger Honeckers, schildert dies genau.²⁸ Noch am 19. 07. 1990 waren sich Wolff und der Generalstaatsanwalt der DDR einig, dass eine Verantwortlichkeit Honeckers für die Schüsse an der Grenze in strafrechtlicher Hinsicht nicht gegeben sei. Aber der damalige Innenminister der DDR, Peter Michael Diestel, wies Wolff darauf hin, dass bundesdeutsche Stellen bereits entscheidenden Einfluß auf die Politik der DDR hätten. Und in welche Richtung die Strafverfahren aus westdeutscher Sicht gehen sollten, hatte Rupert Scholz bereits am 30. 01. 1990 in der „Welt“ vorgegeben: „... die wahren Vergehen waren Unterdrückung, Terror, Schießbefehl“. Schon am 08. 08. 1990 eröffnete der Generalstaatsanwalt der DDR gegenüber den Verteidigern, dass nun auch ein Ermittlungsverfahren wegen Mordes an der Grenze gegen Honecker eingeleitet worden sei. Wolff konstatiert: „Innerhalb von fünf Monaten waren an die Stelle der Vorwürfe der DDR-Bür-

²⁷ Siehe: ebenda, S. 223, 247.

²⁸ Siehe: Friedrich Wolff, Verlorene Prozesse 1953-1998, Baden-Baden 1999, S. 243, 253 ff.

ger gegen ihr Staatsoberhaupt die Vorwürfe der BRD gegen den Führer des Feindstaates getreten. An die Stelle des ‘Machtmißbrauchs’ trat der ‘Schießbefehl’ als strafrechtliche Beschuldigung“.²⁹

Die westdeutsche Politik gab dann im Einigungsvertrag auch die Leitkategorie vor, die für die Strafverfolgung bestimmend war: „SED-Unrechts-Regime“. Die unwissenschaftliche, moralisierende Verdrängungsvokabel „Unrechtsstaat“, diese Vulgärapostrophierung wurde zur Urteilsvoraussetzung in den Grenzerverfahren.³⁰ Die Strafprozesse wiederum produzierten ihre Wahrheiten (nicht Kollateralschäden des Staatssozialismus, sondern „Totschlagsopfer“ waren die getöteten Flüchtlinge), die ihrerseits den öffentlichen Diskurs prägen. Dieser wird lediglich noch von Schwarz-/Weiß-Klassifikationen bestimmt. „Demokratie“ und „Diktatur“, „Rechtsstaat“ und „Unrechtsstaat“ lassen die wirkliche Geschichte der beiden deutschen Staaten verschwinden. Für eine Differenzierung von Politik, Gesellschaft und Ökonomie der Staaten ist kein Raum. Die Moralisierung der politischen Öffentlichkeit ist angesagt. Das „moralische Philistertum in Politik und Publizistik“³¹ reduziert die DDR auf „Unrechtsstaat“, „Gefängnis“ und die Grenze auf ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Hingegen werden die eigentlich zu verändernden konservativen Machtstrukturen der BRD der Kritik entzogen. Die BRD wird auf eine „Sonnenscheinversion à la Bundeszentrale für politische Bildung“³² zurecht geschnitten. Selbst die PDS konnte sich mit ihrer Erklärung zum 13. August 2001 und im Berliner Koalitionsvertrag mit der SPD jener Moralisierung nicht entziehen und unterlag teilweise dem Druck. Unwillkürlich fallen einem bei dieser Kette die beißenden Worte Rudolf von Jherings zur „Begriffsjurisprudenz“ ein, der von einem mystischen Vorgang spricht, bei dem sich die Rechtsbegriffe schließlich mit ihresgleichen begatten und neue Rechtsbegriffe zeugen.³³

Nein, die „Mauerschützenprozesse“ sind weniger unter der Überschrift „Menschenrechtsschutz durch Strafrecht“ als vielmehr unter dem Kapitel Recht und Politik zu diskutieren. Denn offensichtlich wird der Einsatz oder Nichteinsatz des Strafrechts durch eine außerrechtliche Logik dominiert. Es hängt nicht unwesentlich von der Qualität der Umbrüche, von Kontinuitäten oder Diskontinuitäten ab, wie intensiv die Strafverfolgung ist. Ziel der herrschenden westdeutschen Politik war es, bei der Inkorporation („Einverleibung“, „Eingemeindung“) der DDR das Institutionengefüge der alten BRD vollständig auf den Osten zu übertragen. Im Osten sollte sich alles, im Westen nichts ändern. Den Ostdeutschen wurde somit das westdeutsche System in Politik, Wirtschaft und Kultur übergestülpt, verknüpft mit der Entwertung aller ostdeutschen Lebensbereiche. Alles, was mit der DDR zusammen hing, wurde über die Medien verächtlich gemacht. Nichts sollte von ihr übrig bleiben.

²⁹ Friedrich Wolff, a.a.O., S. 255.

³⁰ Siehe: Herwig Roggemann, Systemrecht und Strafunrecht, Berlin 1993, S. 18.

³¹ Wieland Elfferding, Die Routine der Indifferenz, in: Freitag vom 17. 08. 2001, S. 11.

³² Ebenda.

³³ Rudolf v. Jhering, Scherz und Ernst der Jurisprudenz, Leipzig 1898, S. 7, 245 ff.

Verdrängt wurden selbst die demokratischen Ansätze des Umbruchs 1989/90. Bestandteil dieses Transformationsprozesses war ein radikaler Elitenaustausch, der zu einer extremen westdeutschen Vorteilsnahme verkam. Jene Abwicklung einer Gesellschaftsordnung durch die andere wurde durch ausgedehnte Ermittlungen begleitet und legitimiert. Das Strafrecht eignet sich eben auch, um zu demonstrieren, wie verwerflich das Alte und folglich redlich das Neue ist. Es ist im ostdeutschen Transformationsprozeß eingebunden in umfassende Delegitimierungsprozesse, wofür nicht nur der damalige Bundesjustizminister, Klaus Kinkel, hingewiesen hat.³⁴ Nicht ganz unbegründet ist die These, dass die Justiz in dem Bestreben nach Überkompensation des notorischen Versagens gegenüber den NS-Verbrechen sich nun bewußt oder unbewußt erneut politisch instrumentalisieren läßt.³⁵ Daneben waren es ganz profane Interessen, die einer Befürwortung der Verfolgung zugrunde lagen. So ist es nicht verwunderlich, dass sich gerade Mitarbeiter der Zentralen Ermittlungsstelle (ZERV) für eine Verlängerung der Verjährungsfristen einsetzten. Garantierte dies doch ein kontinuierliches Arbeiten über viele Jahre. Manchmal sind es auch Karrieregründe, die ein Urteil beeinflussen. Die Richter agieren ja nicht in einem sozialen Vakuum, auch wenn es die unmittelbaren verfahrenslenkenden Eingriffe von oben, wie in der DDR zum Teil üblich, nicht gibt. Nachdem das BVerfG wegen einiger Entscheidungen im Sinne der Grundrechte unter starke Kritik geraten war, konnte rechtsstaatliche Sensibilität nun gerade bei der Verfassungsbeschwerde Keßlers nicht erwartet werden. Die Überschrift einschlägiger Kommentierungen bei einem anderen Ausgang läßt sich leicht vorstellen: „Honeckers willige Vollstreckerei!“ Verwunderlich ist lediglich die oberflächliche Argumentation des Gerichts.

Will man die „Mauerschützenprozesse“ unter Menschenrechtsaspekten debattieren, ist jedoch auch ein ganz anderer Ansatz möglich. Ingeborg Maus hat den Zusammenhang von Menschenrechten und Volkssouveränität im Verfassungsmodell der Aufklärung noch einmal heraus gehoben.³⁶ Danach ist die Volkssouveränität nicht mit dem staatlichen Gewaltmonopol identisch, sondern dessen Gegenspieler. Volkssouveränität bedeutet im Sinne der Aufklärung, dass die Gesetzgebung ausschließlich beim Volk, sprich den Nichtfunktionären im Gegensatz zu den Amtsträgern des Gewaltmonopols liegt. Dadurch soll *jeder* Einsatz der Staatsgewalt ver-

³⁴ Siehe: Klaus Kinkel, in: Deutsche Richterzeitung 1/1992, S. 5 (Es müsse der Justiz gelingen, „das SED-Regime zu delegitimieren“.); Bernhard Schlik, a.a.O., S. 433, 435; Uwe-Jens Heuer, Recht und Politik, in: Z, 29/1997, S. 103 ff.

³⁵ Siehe: Herwig Roggemann, Die strafrechtliche Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit am Beispiel der „Mauerschützen“ und der Rechtsbeugungsverfahren, in: Neue Justiz, 5/1997, S. 231.; Rolf Reißig, Die gespaltene Vereinigungsgesellschaft, Berlin 2000, S. 20 ff.; Werner Mittenzwei, Die Intellektuellen. Literatur und Politik in Ostdeutschland 1945-2000, Berlin 2001, S. 388-461; Siegfried Prokop, a.a.O., S. 171 ff.

³⁶ Siehe: Ingeborg Maus, Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie, in: Hauke Brunkhorst u.a. (Hrsg.), Recht auf Menschenrechte, Frankfurt a.M. 1999, S. 276 ff.

mittels der Gesetzesbindung der Staatsapparate durch die gesellschaftliche Basis kontrolliert und dirigiert werden. In diesem Sinne nennt Rousseau die Exekutive einen Zwischenträger des Gesetzesbefehls und Montesquieu spricht vom Richter als Mund des Gesetzes. Nach der Theorie der Volkssouveränität liegt die Freiheits-sicherung im Antagonismus zwischen gesetzgebender Souveränität des Volkes und dem rechtlich gebundenen, das staatliche Gewaltmonopol handhabenden Staatsapparat insgesamt. Aus dieser Sicht folgt, dass das vorstaatliche Menschenrecht nur im Wege der demokratischen Gesetzgebung und des öffentlichen Diskurses der Bürger konkretisiert und positiviert werden darf. Nur die Träger der Rechte selbst können direkt oder parlamentarisch vermittelt darüber befinden, was der Inhalt ihrer Rechte ist! Dem Ansatz der Aufklärung entspricht es, „dass kein überpositivrechtliches Argument jemals von seiten der Staatsapparate gegen das Individuum geltend gemacht werden kann, sondern dass der Durchgriff auf überpositives Recht ausschließlich denen zu kommt, die nicht politische Funktionäre ... sind“.³⁷ In dem Maße wie Judikative und Exekutive überpositivrechtlich argumentieren, kontrolliert aber nicht mehr die gesellschaftliche Basis in Wahrnehmung von Freiheitsrechten die Staatsapparate. Es findet vielmehr ein Perspektivenwechsel statt. Die Verfassung hört auf, Maßstab der Kontrolle der Staatsapparate zu sein. Wenn die Innovation des Rechts genau an die Staatsapparate übergeht, die an das Recht gebunden werden sollten, werden die funktionale Gewaltenteilung und der Zusammenhang von Menschenrechten als individuelle subjektive Rechtsansprüche und Demokratie zerstört.

Genau hier liegt das demokratietheoretische Problem des deutschen strafrechtlichen Sonderweges. Das Gesetzlichkeitsprinzip mit seinem Rückwirkungsverbot ist Bestandteil aller einschlägigen Menschenrechtstexte und des GG. Unabhängig davon, ob man dies für sinnvoll hält oder nicht, unabhängig davon, ob man für Krenz und Co. Sympathie hegt oder nicht, unabhängig davon, dass gerade die ehemals Mächtigen der DDR den Verzicht auf Freiheitsrechte der Beschuldigten erst beklagten, als sie sich selbst in der strafprozessualen Objektrolle wieder fanden: Indem die Justiz in den „Mauerschützenprozessen“ durch naturrechtliche Argumente die strikt formalisierte Verfassungsnorm des Art. 103 Abs. 2 GG verletzt, trägt sie zu eben jener skizzierten Zerstörung des Zusammenhangs von Menschenrechten und Demokratie bei. Außerdem: Man kann den Ostdeutschen nicht den Wert von Rechtsstaatlichkeit, die Selbständigkeit des Normativen predigen wollen und zugleich demonstrieren, wie leicht das Normative zur politischen Disposition steht (wofür der verfassungs- und völkerrechtswidrige Kosovo-Krieg ein noch gravierendes Beispiel ist).

Der einzige *demokratische Weg* wäre 1990 eine Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG mit verfassungsändernder Mehrheit gewesen. Dann hätten durch einfaches Gesetz die rückwirkend als strafbar eingeschätzten Handlungen bestimmt werden

³⁷ Siehe: ebenda, S. 288.

müssen. Dann hätte aber auch die gesamte Argumentationslast getragen werden müssen, die für einen Bruch des Grundrechts des Rückwirkungsverbots erforderlich ist. Aber mit der Regelung des Einigungsvertrages hat der demokratische Gesetzgeber bewußt und unter Kenntnis der Geschehnisse an der Grenze einen anderen Ausgangspunkt gewählt. Die Justiz hat in den „Mauerschützenprozessen“ letztlich den Willen des Gesetzgebers negiert und die Verfassung, wie Radbruch einmal formulierte, zu einem Zeuglappen degradiert, „den die Juristen, die Partei- und Justizjuristen, wie Hunde hin und widerzerren, bis von ihm nur ein zerrissener, beschmutzter, unscheinbarer Fetzen übrig bleibt.“³⁸ Aber wie vermerkt doch der Anwalt Wolfskehl in Rolf Henrichs Roman „Die Schlinge“: „In Siegergerichten dringt man mit Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit eines Verfahrens und der Berufung auf die Maxime ‘nulla poena sine lege’ nur selten durch. Die Aburteilung der Großen von gestern gehört nun mal zu den konstruierten Akten einer Neuordnung der Verhältnisse“.

³⁸ Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 13, Heidelberg 1993, S. 126.