

*Münchener Juristische Beiträge · Band 9*

Georg-Friedrich Ebner von Eschenbach

# **Wieviel Unrecht verträgt der deutsche Rechtsstaat?**

**Verfassungsrechtliche Probleme  
der Verurteilungen von „Mauerschützen“**



**Herbert Utz Verlag · Wissenschaft  
München**

## Münchener Juristische Beiträge

Rechtswissenschaftliche Betreuung der Reihe:  
Thomas Küffner

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme  
Ein Titeldatensatz für diese Publikation ist  
bei Der Deutschen Bibliothek erhältlich

Zugleich: Dissertation, Greifswald, Univ., 1999

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwendung, vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2000

ISBN 3-89675-699-0

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München

Tel.: 089/277791-00 - Fax: 089/277791-01

## INHALTSVERZEICHNIS

|  | Seite     |
|--|-----------|
| <b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b>   | <b>11</b> |
| <b>§ 1 Einleitung</b>  | <b>15</b> |
| <br><b>1. KAPITEL</b>  |           |
| <b>BESCHLUSS DES ZWEITEN SENATS DES BVERFG VOM 24.10.1996</b>                            | <b>18</b> |
| <b>§ 2 Beschwerdegegenstand</b>  | <b>18</b> |
| <b>§ 3 Vorinstanzliche Urteile gegen Grenzsoldaten</b>                                   | <b>19</b> |
| I. LG Berlin   | 20        |
| II. BGH  | 21        |
| <b>§ 4 Vorinstanzliche Urteile gegen ehemalige Mitglieder des NVR</b>                    | <b>23</b> |
| <b>§ 5 Beschuß des BVerfG</b>  | <b>24</b> |
| I. Absolute Geltung des Rückwirkungsverbotes   | 25        |
| II. Einschränkung des Rückwirkungsverbotes   | 26        |
| 1. Bezugnahme auf den Einigungsvertrag   | 27        |
| 2. Bezugnahme auf die Ratio des Art. 103 II GG   | 28        |
| 3. Bezugnahme auf Gerechtigkeitsaspekte  | 29        |
| 4. Bezugnahme auf die Radbruchsche Formel  | 30        |
| 5. Bezugnahme auf völkerrechtlich geschützte Menschenrechte                              | 31        |
| <b>§ 6 Zusammenfassung</b>   | <b>33</b> |
| <br><b>2. KAPITEL</b>  |           |
| <b>PROBLEMATIK UM ART. 103 II GG AUFGRUND DER<br/>VERURTEILUNGEN DER „MAUERSCHÜTZEN“</b> | <b>35</b> |
| <b>1. Abschnitt: Das zur Tatzeit geltende Recht</b>                                      | <b>35</b> |
| <b>§ 7 Auslegungsfrage</b>   | <b>35</b> |
| <b>§ 8 Ausschließliche Anwendung des Rechts der ehemaligen DDR</b>                       | <b>36</b> |

|  |           |                                 |
|--|-----------|---------------------------------|
| <b>§ 9 Ausschließliche Anwendung bundesdeutschen Strafrechts über Vorschriften des internationalen Strafrechts</b> | <b>38</b> | <b>4. Abschnitt des Art. 10</b> |
| I. DDR-Bürger: Deutsche i.S. von § 7 StGB vor der Wiedervereinigung  | 39        | <b>§ 18 Beachtung</b>           |
| II. DDR-Bürger: Deutsche i.S. von § 7 StGB seit der Wiedervereinigung  | 41        |                                 |
| <b>§ 10 Anwendung des mildernden Rechts nach § 2 III StGB</b>  | <b>42</b> | <b>I. Verhältnis</b>            |
| I. Samsons „Inlands“-Lösung  | 43        |                                 |
| II. Unmittelbare lex-mitior-Lösung   | 44        | <b>II. Ausweitung</b>           |
| <b>§ 11 Ergebnis</b>   | <b>46</b> |                                 |
| <b>2. Abschnitt: Strafbarkeit der „Mauerschützen“ und deren Vorgesetzten nach dem Recht der ehemaligen DDR</b>     | <b>47</b> | <b>III. Verhältnis</b>          |
| <b>§ 12 Tatbestände</b>  | <b>47</b> |                                 |
| I. § 112 StGB/DDR – Mord   | 47        | <b>§ 19 Immunität</b>           |
| II. § 113 StGB/DDR – Totschlag   | 47        |                                 |
| III. § 115 StGB/DDR – Vorsätzliche Körperverletzung  | 47        | <b>§ 20 Verschwiegenheit</b>    |
| IV. § 91 StGB/DDR – Verbrechen gegen die Menschlichkeit  | 48        |                                 |
| <b>§ 13 Rechtfertigungsgründe</b>  | <b>49</b> | <b>§ 21 Radikalisierung</b>     |
| I. Rechtslage vor dem 1.5.1982   | 49        |                                 |
| 1. Dienstvorschrift III/2 vom 12.9.1958  | 49        | <b>I. Weiternutzung</b>         |
| 2. Befehl 76/61 vom 6.10.1961  | 51        |                                 |
| 3. Weitere Dienstvorschriften  | 51        | <b>II. Artikulation</b>         |
| II. Rechtslage seit dem 1.5.1982   | 54        |                                 |
| Tatbestandsvoraussetzung des § 27 II GrenzG  | 55        | <b>§ 22 Ergebnisse</b>          |
| <b>§ 14 Ergebnis</b>   | <b>58</b> |                                 |
| <b>3. Abschnitt: Grundlagen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotes</b>  | <b>59</b> | <b>5. Abschnitt des Art. 10</b> |
| <b>§ 15 Entwicklungsgeschichte bis zum GG</b>  | <b>59</b> |                                 |
| <b>§ 16 Entstehung des Art. 103 II GG</b>  | <b>65</b> | <b>§ 23 Teilbereiche</b>        |
| <b>§ 17 Grundgedanken des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotes des Art. 103 II GG</b>                             | <b>66</b> |                                 |
|  |           | <b>§ 27 Rückwirkung</b>         |
|  |           | <b>§ 28 Rückwirkung</b>         |
|  |           | <b>durch</b>                    |
|  |           | <b>§ 29 Rückwirkung</b>         |

|   |     |
|---|-----|
| <b>4. Abschnitt: Rückwirkungsproblematik: Unbeachtlichkeit</b>          |     |
| des Art. 103 II GG  | 73  |
| <b>§ 18 Beachtung der Normenhierarchie in der ehemaligen DDR</b>        | 74  |
| I. Verstoß gegen Art. 30 II Verfassung/DDR                              | 74  |
| II. Ausschluß nach § 95 StGB/DDR  | 77  |
| 1. Verstoß gegen Art. 6 I 3 IPbürgR                                     | 81  |
| 2. Verstoß gegen Art. 12 II IPbürgR                                     | 85  |
| 3. Folgen der Völkerrechtswidrigkeit                                    | 88  |
| III. Verstoß gegen Art. 8 I Verfassung/DDR, § 258 StGB/DDR              | 91  |
| <b>§ 19 Immanente Grenze des Rückwirkungsverbotes</b>                   | 93  |
| <b>§ 20 Verstoß gegen ordre public</b>                                  | 102 |
| <b>§ 21 Radbruchsche Formel</b>   | 105 |
| I. Wortlaut, Inhalt und Rezeption                                       | 105 |
| II. Anwendung auf „Mauerschützenfälle“                                  | 109 |
| <b>§ 22 Ergebnis</b>  | 120 |
| <b>5. Abschnitt: Rückwirkungsproblematik: Einschränkbarkeit</b>         |     |
| des Art. 103 II GG  | 121 |
| <b>§ 23 Teleologische Reduktion</b>                                     | 121 |
| <b>§ 24 Einschränkung im Wege der praktischen Konkordanz</b>            | 123 |
| <b>§ 25 Völkerrechtlicher Lösungsansatz</b>                             | 130 |
| <b>§ 26 Stellungnahme</b>   | 132 |
| <b>6. Abschnitt: Rückwirkungsproblematik: Verletzung</b>                |     |
| des Art. 103 II GG  | 133 |
| <b>§ 27 Rückwirkungsverbot als Ausdruck des Gerechtigkeitsgedankens</b> | 133 |
| <b>§ 28 Rückwirkungsverbot als Ausdruck</b>                             |     |
| <b>des Verhältnismäßigkeitssatzes</b>                                   | 135 |
| <b>§ 29 Rückwirkungsverbot zum Schutz gegenüber</b>                     |     |
| <b>vordemokratischer Staatsgewalt</b>                                   | 136 |

|  |     |   |
|--|-----|---|
| § 30 Strafrechtliches und allgemeines Rückwirkungsverbot im Vergleich  | 140 | a.A.  |
| § 31 Stellungnahme   | 141 | Abs.  |
| <b>7. Abschnitt: Rückwirkungsproblematik: Art. 103 II GG unter besonderer Berücksichtigung der Vorbehaltserklärung zu Art. 7 II EMRK</b> | 144 | a.D.<br>AJIL<br>AK-StGB<br>AllgErklMe<br>Alt.<br>ArchVR<br>Art.<br>AT<br>Aufl.<br>Az.<br>Bd.<br>BGBl. I, II<br>BGH<br>BGHSt |
| § 32 These   | 145 |   |
| § 33 Rückwirkungsverbot des Art. 7 EMRK  | 146 |   |
| § 34 Vorbehaltserklärung gegen Art. 7 II EMRK, Inhalt und Hintergrund  | 149 |   |
| § 35 Wirkung der Vorbehaltserklärung auf Art. 7 EMRK   | 157 |   |
| § 36 Wirkung der Vorbehaltserklärung auf Art. 103 II GG  | 158 |   |
| § 37 Ergebnis  | 168 |   |
| <b>8. Abschnitt: Konsequenz für die Beurteilung des Beschlusses des BVerfG vom 24.10.1996</b>  | 169 | BGHZ  |
| § 38 Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung<br>im Spannungsverhältnis   | 169 | BK<br>Bl.<br>BT   |
| § 39 Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG   | 171 | BT-Drs.<br>BVerfG<br>BVerfGE<br>BVerfGG<br>bzw.<br>CCC  |
| <b>3. KAPITEL</b>  |     |   |
| <b>VERFASSUNGSÄNDERUNG?</b>  | 174 |   |
| § 40 Notwendigkeit   | 174 | CCPR  |
| § 41 Zulässigkeit  | 181 | d.h.<br>DA  |
| § 42 Vorzüge   | 187 | DDR   |
| § 43 Ergebnis  | 190 | ders.<br>dies.  |
| <b>ZUSAMMENFASSUNG</b>   | 192 | Diss.<br>DR   |
| <b>LITERATURVERZEICHNIS</b>  | 199 | DRiZ<br>DtZ<br>DuR<br>DV<br>DVBl.<br>ebd.   |

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

|                   |  |
|-------------------|--|
| a.A.              | anderer Ansicht  |
| Abs.              | Absatz   |
| a.D.              | außer Dienst   |
| AJIL              | American Journal of International Law                                |
| AK-StGB           | Kommentar zum StGB, Reihe Alternativkommentare                       |
| AllgErklMenschenR | Allgemeine Erklärung der Menschenrechte                              |
| Alt.              | Alternative  |
| ArchVR            | Archiv des Völkerrechts  |
| Art.              | Artikel  |
| AT                | Allgemeiner Teil   |
| Aufl.             | Auflage  |
| Az.               | Aktenzeichen   |
| Bd.               | Band   |
| BGBI. I, II       | Bundesgesetzblatt Teil 1, Teil 2                                     |
| BGH               | Bundesgerichtshof  |
| BGHSt             | Entscheidungen des BGH in Strafsachen,<br>amtliche Sammlung          |
| BGHZ              | Entscheidungen des BGH in Zivilsachen,<br>amtliche Sammlung          |
| BK                | Bonner Kommentar zum Grundgesetz                                     |
| Bl.               | Blatt  |
| BT                | Besonderer Teil  |
| BT-Drs.           | Drucksache des Deutschen Bundestags                                  |
| BVerfG            | Bundesverfassungsgericht   |
| BVerfGE           | Entscheidungen des BVerfG, amtliche Sammlung                         |
| BVerfGG           | Bundesverfassungsgerichtsgesetz                                      |
| bzw.              | beziehungsweise  |
| CCC               | Constitutio Criminalis Carolina                                      |
| CCPR              | Covenant on Civil and Political Rights                               |
| d.h.              | das heißt  |
| DA                | Deutschland-Archiv   |
| DDR               | Deutsche Demokratische Republik                                      |
| ders.             | derselbe   |
| dies.             | dieselbe(n)  |
| Diss.             | Dissertation   |
| DR                | Decisions and Reports: amtliche Sammlung<br>der Kommission seit 1975 |
| DRiZ              | Deutsche Richterzeitung  |
| DtZ               | Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift                                  |
| DuR               | Demokratie und Recht   |
| DV                | Dienstvorschrift   |
| DVBl.             | Deutsches Verwaltungsblatt   |
| ebd.              | ebenda   |

## § 1 Einleitung

„Gerechtigkeit ist mit Ungerechtigkeit oft zwielichtig verknüpft, heillos vermischt und unentwirrbar verquickt.“<sup>1</sup>

Mit der Wiedervereinigung Deutschlands am 3.10.1990 stellte sich bereits zum dritten Mal in der Geschichte Deutschlands die Frage, wie der strafrechtliche Umgang mit sog. Regierungskriminalität nach einem politischen Systemumbruch zu erfolgen hat<sup>2</sup>. Der Begriff „Regierungskriminalität“ umfaßt im Fall der ehemaligen DDR diejenigen Fallgruppen, die strafwürdige Verhaltensweisen von Machthabern und Amtsinhabern in Ausübung ihrer Funktion im Staat der DDR und in der SED bzw. den Blockparteien beschreiben<sup>3</sup>. Darunter fallen auch die Tötungen von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze durch Angehörige der DDR-Grenztruppen<sup>4</sup>. Gerade dieser Bereich der sog. „Mauerschützen“ wird aufgrund der dabei zum Ausdruck kommenden Menschenverachtung des SED-Regimes heftig

<sup>1</sup> Zitiert nach *H. Sendler*, in: ZRP 1998, S. 378.

<sup>2</sup> Diese Frage wurde zum ersten Mal im Zusammenhang mit den Folgen der Novemberrevolution von 1918 diskutiert, die dem Schutz der demokratischen Republik dienen sollte; dazu *H. Hannover/E. Hannover-Drück*, Politische Justiz; *G. Jasper*, Schutz der Republik. Ein zweites Mal wurde diese Frage bei der strafrechtlichen Ahndung nationalsozialistischen Unrechts aktuell; dazu *G. Werle*, in: NJW 1992, S. 2529 ff.; *I. Müller*, Furchtbare Juristen; *G. Jasper*, in: *L. Herbst* (Hrsg.), Westdeutschland 1945-1955, S. 183 ff.; *A. Rückerl*, NS-Verbrechen vor Gericht.

<sup>3</sup> *C. Schaeffgen*, Protokoll der 13. Sitzung der Enquete-Kommission, S. 8, der darauf hinweist, daß dieser Begriff insoweit mißverständlich ist, als darunter auch die Straftaten derjenigen fallen müssen, die nicht als Mitglieder der Regierung tätig waren. Regierungskriminalität umfasse alle staatlich begangenen Straftaten. *Ders.*, in: RuP 1992, S. 191 ff., 191, wonach der Begriff Regierungskriminalität vor allem die Bereiche Gewalttaten an der innerdeutschen Grenze, Justizunrecht, Handlungen des MfS, Wirtschaftsstraftaten und Wahlfälschungen umfaßt. Vgl. auch *K. Letzgus*, in: FS Helmrich, S. 73 ff., 73.

<sup>4</sup> Seit dem Mauerbau sind vermutlich über 900 Personen bei Fluchtversuchen ums Leben gekommen. Nach Angaben der „Arbeitsgemeinschaft 13. August“ kann man den Tod von 255 Personen an der Grenze innerhalb Berlins dokumentieren. 371 Flüchtlinge kamen an anderen Stellen der „Mauer“ zur Bundesrepublik Deutschland ums Leben, 189 Personen starben bei Fluchtversuchen in der Ostsee. Weitere 44 Menschen verloren ihr Leben bei dem Versuch, die DDR über Bulgarien, Polen, Ungarn oder die frühere Tschechoslowakei zu verlassen; Zahlen aus: Im Namen der Mauertoten, in: FR vom 26.8.1997, S. 4.

diskutiert. Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob einer strafrechtlichen Verfolgung der für die Schüsse Verantwortlichen das verfassungsrechtlich in Art. 103 II GG verankerte strafrechtliche Rückwirkungsverbot entgegensteht. Danach darf ein Verhalten nicht bestraft werden, wenn es zur Tatzeit straffrei war („nullum crimen, nulla poena sine lege“).

Im November 1992 bejahte der BGH in seinem ersten „Mauerschützenurteil“<sup>5</sup> die Strafbarkeit von Grenzsoldaten. An dieser Rspr. hielt der BGH im folgenden fest<sup>6</sup>. In seinen späteren Urteilen weitete er die Strafbarkeit auch auf hohe DDR-Funktionäre aus, die sich wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft verantworten mußten<sup>7</sup>. Der mit Spannung erwartete Beschuß des BVerfG<sup>8</sup> erklärte diese Rspr. für verfassungsgemäß. Im folgenden wird dieser Beschuß auf seine Vereinbarkeit mit dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot überprüft.

Im ersten Kapitel wird die Entscheidung des BVerfG näher erläutert. Dazu ist zunächst auf die Urteile der erstinstanzlichen Gerichte und die des BGH einzugehen. Im Anschluß daran wird die Argumentation des BVerfG zur Vereinbarkeit der Verurteilungen mit Art. 103 II GG nachgezeichnet und einer ersten kritischen Betrachtung unterzogen.

Im Schwerpunkt des zweiten Kapitels werden die in der Literatur vorgebrachten Ansichten zur Verfassungsmäßigkeit der Verurteilungen im Hinblick auf Art. 103 II GG dargelegt und auf ihre Schlüssigkeit überprüft. Zunächst ist jedoch zu klären, ob die Schüsse an der deutsch-deutschen Grenze nach der für die Beurteilung der Strafbarkeit maßgeblichen Rechtsordnung strafbar waren oder nicht; von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, ob überhaupt ein Rückwirkungskonflikt gegeben ist. Die zur Lösung der Problematik um Art. 103 II GG vorgetragenen Ansichten gehen weit auseinander. So wird aus verschiedenen Gründen bestritten, daß überhaupt der Anwendungsbereich des Art. 103 II GG berührt ist, mit der Folge, daß Art. 103 II GG für die Verurteilungen unbedeutlich sei; nach anderer Auffassung soll für die hier vorliegenden Fälle der „Mauerschützen“

<sup>5</sup> BGHSt 39, 1 ff.

<sup>6</sup> BGHSt 39, 168 ff.; 39, 199 ff.; 39, 353 ff.; 40, 48 ff.; 40, 113 ff.; 40, 241 ff.; 41, 10 ff.; 41, 101 ff.; 41, 149 ff.; 42, 356 ff.

<sup>7</sup> BGHSt 40, 218 ff.; 42, 65 ff.

<sup>8</sup> Beschuß des Zweiten Senats vom 24.10.1996 – 2 BvR 1851, 1853, 1875, 1852/94 –, in: E 95, 96 ff.

eine Einschränkung des Art. 103 II GG zulässig sein; zuletzt wird auch die Meinung vertreten, strafrechtliche Verurteilungen der vorliegenden Art seien mit Art. 103 II GG unvereinbar. An der Darstellung der verschiedenartigen Begründungsansätze wird deutlich werden, daß das BVerfG nur einige der im Zusammenhang mit Art. 103 II GG relevanten Aspekte beachtete bzw. in seinen Beschuß mit einfließen ließ. Dies zeigt sich insbesondere daran, daß im Beschuß des BVerfG die Rückwirkungsproblematik behandelt wird, ohne auf die Vorbehaltserklärung der Bundesregierung vom 5.12.1952 gegen Art. 7 II EMRK<sup>9</sup> einzugehen. Dieser Vorbehaltserklärung wird aufgrund ihrer Relevanz für die hier vorliegenden „Mauerschützenfälle“ im zweiten Kapitel ein eigener Abschnitt gewidmet. In diesem werden die Motive für den Vorbehalt und seine Auswirkungen auf die Auslegung des Art. 103 II GG erörtert. Der Verfasser verifiziert so seine eingangs in diesem Abschnitt aufgestellte These von der absoluten Wirkung des Art. 103 II GG gerade für Fälle der vorliegenden Art. Zugleich schließt er sich damit den Ansichten an, die eine Unvereinbarkeit der Entscheidung des BVerfG mit Art. 103 II GG annehmen. Schließlich wird sich der Frage zugewandt, welche Auswirkung die vom Verfasser vertretene Ansicht im Hinblick auf die Bindungswirkung der Entscheidung des BVerfG zeitigt.

Diese Fragestellung leitet über auf das dritte Kapitel. In diesem wird die Notwendigkeit und Zulässigkeit einer Verfassungsänderung erörtert. Neben den bis dahin bereits genannten Gründen, die für eine Änderung der Verfassung sprechen, werden hier auch Überlegungen zu einer möglichen Amnestie angestellt. Es folgt ein Formulierungsvorschlag für eine Neufassung des Art. 103 II GG. Der Schlußteil enthält eine Zusammenfassung der in der Arbeit gefundenen Ergebnisse. Er soll die Möglichkeit bieten, auch in kurzer Zeit die Auffassung des Verfassers, insbesondere dessen Ergebnis nachvollziehen zu können.

---

<sup>9</sup> Bekanntmachung über das Inkrafttreten der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 15.12.1953, BGBl. 1954 II, S. 14.