

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

Das
wird
Unr
der
ten,
die
ges
ver
Str
wu
199
Fak
ser
Be
Di
mi
Pr
M
ge
H
m

E

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	11
§ 1 Einleitung	15
1. KAPITEL	
BESCHLUSS DES ZWEITEN SENATS DES BVERFG VOM 24.10.1996	18
§ 2 Beschwerdegegenstand	18
§ 3 Vorinstanzliche Urteile gegen Grenzsoldaten	19
I. LG Berlin	20
II. BGH	21
§ 4 Vorinstanzliche Urteile gegen ehemalige Mitglieder des NVR	23
§ 5 Beschluß des BVerfG	24
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
§ 6 Zusammenfassung	33
2. KAPITEL	
PROBLEMATIK UM ART. 103 II GG AUFGRUND DER VERURTEILUNGEN DER „MAUERSCHÜTZEN“	35
1. Abschnitt: Das zur Tatzeit geltende Recht	35
§ 7 Auslegungsfrage	35
§ 8 Ausschließliche Anwendung des Rechts der ehemaligen DDR	36

§ 9 Ausschließliche Anwendung bundesdeutschen Strafrechts über Vorschriften des internationalen Strafrechts	38	4. Abschnitt des Art. 10
I. DDR-Bürger: Deutsche i.S. von § 7 StGB vor der Wiedervereinigung	39	
II. DDR-Bürger: Deutsche i.S. von § 7 StGB seit der Wiedervereinigung	41	§ 18 Beach
§ 10 Anwendung des milderen Rechts nach § 2 III StGB	42	I. Ver
I. Samsons „Inlands“-Lösung	43	II. Aus
II. Unmittelbare lex-mitior-Lösung	44	1. V
§ 11 Ergebnis	46	2. V
		3. F
2. Abschnitt: Strafbarkeit der „Mauerschützen“ und deren Vorgesetzten nach dem Recht der ehemaligen DDR	47	III. Ve
		§ 19 Imm
		§ 20 Vers
§ 12 Tatbestände	47	§ 21 Radl
I. § 112 StGB/DDR – Mord	47	I. Wo
II. § 113 StGB/DDR – Totschlag	47	II. Ar
III. § 115 StGB/DDR – Vorsätzliche Körperverletzung	47	§ 22 Erg
IV. § 91 StGB/DDR – Verbrechen gegen die Menschlichkeit	48	
§ 13 Rechtfertigungsgründe	49	5. Abschn
I. Rechtslage vor dem 1.5.1982	49	des Art.
1. Dienstvorschrift III/2 vom 12.9.1958	49	
2. Befehl 76/61 vom 6.10.1961	51	§ 23 Tel
3. Weitere Dienstvorschriften	51	§ 24 Ein
II. Rechtslage seit dem 1.5.1982	54	§ 25 Vö
Tatbestandsvoraussetzung des § 27 II GrenzG	55	§ 26 Ste
§ 14 Ergebnis	58	
		6. Absc
3. Abschnitt: Grundlagen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotes	59	des Art
§ 15 Entwicklungsgeschichte bis zum GG	59	§ 27 Ri
§ 16 Entstehung des Art. 103 II GG	65	§ 28 R
§ 17 Grundgedanken des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotes des Art. 103 II GG	66	d § 29 R v

38	4. Abschnitt: Rückwirkungsproblematik: Unbeachtlichkeit des Art. 103 II GG	73
39		
41	§ 18 Beachtung der Normenhierarchie in der ehemaligen DDR	74
42	I. Verstoß gegen Art. 30 II Verfassung/DDR	74
43	II. Ausschluß nach § 95 StGB/DDR	77
44	1. Verstoß gegen Art. 6 I 3 IPbürgR	81
46	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
47	§ 19 Immanente Grenze des Rückwirkungsverbotes	93
	§ 20 Verstoß gegen ordre public	102
47	§ 21 Radbruchsche Formel	105
47	I. Wortlaut, Inhalt und Rezeption	105
47	II. Anwendung auf „Mauerschützenfälle“	109
47	§ 22 Ergebnis	120
48		
49	5. Abschnitt: Rückwirkungsproblematik: Einschränkungbarkeit des Art. 103 II GG	121
49		
51	§ 23 Teleologische Reduktion	121
51	§ 24 Einschränkung im Wege der praktischen Konkordanz	123
54	§ 25 Völkerrechtlicher Lösungsansatz	130
55	§ 26 Stellungnahme	132
58		
59	6. Abschnitt: Rückwirkungsproblematik: Verletzung des Art. 103 II GG	133
59		
59	§ 27 Rückwirkungsverbot als Ausdruck des Gerechtigkeitsgedankens	133
65	§ 28 Rückwirkungsverbot als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	135
66	§ 29 Rückwirkungsverbot zum Schutz gegenüber vordemokratischer Staatsgewalt	136

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, amtliche Sammlung
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen, 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 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 unentwirrt verquickt.“¹

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 hat². 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 beschreiben³. Darunter fallen auch die Tötungen von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze durch Angehörige der DDR-Grenztruppen⁴. Gerade dieser Bereich der sog. „Mauerschützen“ wird aufgrund der dabei zum Ausdruck kommenden Menschenverachtung des SED-Regimes heftig

¹ Zitiert nach *H. Sandler*, in: ZRP 1998, S. 378.

² 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.

³ *C. Schaefgen*, 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. Letzgas*, in: FS Helmrich, S. 73 ff., 73.

⁴ 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“⁵ die Strafbarkeit von Grenzsoldaten. An dieser Rspr. hielt der BGH im folgenden fest⁶. In seinen späteren Urteilen weitete er die Strafbarkeit auch auf hohe DDR-Funktionäre aus, die sich wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft verantworten mußten⁷. Der mit Spannung erwartete Beschluß des BVerfG⁸ erklärte diese Rspr. für verfassungsgemäß. Im folgenden wird dieser Beschluß 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 unbeachtlich sei; nach anderer Auffassung soll für die hier vorliegenden Fälle der „Mauerschützen“

⁵ BGHSt 39, 1 ff.

⁶ 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.

⁷ BGHSt 40, 218 ff.; 42, 65 ff.

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

eine E
Meinu
en mi
gen B
der ir
bzw.
daran
delt
5.12.
wird
zenfä
werd
Aust
eing
kung
schli
sche
der
Ansi
BVe
Di
Notv
den
fass
Am
sung
in d
in k
nac

⁹ B
re

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 Beschluß mit einfließen ließ. Dies zeigt sich insbesondere daran, daß im Beschluß des BVerfG die Rückwirkungsproblematik behandelt wird, ohne auf die Vorbehaltserklärung der Bundesregierung vom 5.12.1952 gegen Art. 7 II EMRK⁹ 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.

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